

Dualismus der Mieterhöhung nach §§ 559 und 559e BGB*

Von Vors. Richter am LG *Dr. Werner Hinz*, Itzehoe

* Überarbeitete Fassung – Stand: 1.4.2024. Der Beitrag wird in nochmals überarbeiteter Version in zwei Teilen in der ZMR erscheinen.

Inhalt	Seite
I. Einleitung	4
1. Dualismus?	4
2. Neue Modernisierungsvorschriften – gesetzgeberische Intention	4
3. Geltung	5
4. Wahlrecht des Vermieters	5
II. Mieterhöhung nach GEG-Heizungsanlagenmodernisierung – § 559e Abs. 1 Satz 1 BGB	6
1. Voraussetzungen	6
a) Heizungsanlagenmodernisierung nach § 555b Nr. 1a BGB	6
aa) Begriff der Heizungsanlage	7
bb) Anforderungen des § 71 GEG	7
cc) Erfüllungsoptionen	8
dd) Übergangsheizungen	9
(1) Kommunale Wärmeplanungsfristen	9
(2) Übergangsfrist	10
(3) Erfüllung der 65 %-Vorgabe?	10
ee) Die H2-ready-Heizung	11
ff) Erneute Installation einer „65 %-EE-Heizungsanlage“	13
b) Förderfähigkeit/Inanspruchnahme von öffentlichen Fördermitteln	14
2. Rechtsfolgen	15
a) Umlagefähige Kosten	15
aa) Umfang	15
bb) Abgrenzung zu den Kosten der heizungstechnischen Anlage	16
cc) Hydraulischer Abgleich	16
b) Umlagesatz; Abzug von Erhaltungskosten	17
c) Mieterschutz bei „ineffizienter“ Wärmepumpe	18
aa) Nachweisobliegenheit	18
bb) Ermittlung der Jahresarbeitszahl	19
cc) Erneute Mieterhöhung	19
d) Anrechnung von Drittmitteln	20
e) Aufteilung auf mehrere Wohnungen	21
f) Sonderkappungsgrenze	22
aa) Ausgestaltung, Konsequenzen	22
bb) Verbrauch des Mieterhöhungsrechts?	23

III. (Allgemeine) Modernisierungsmieterhöhung – § 559 BGB	25
1. Anwendbarkeit	25
2. Voraussetzung – mieterhöhungsrelevante Modernisierungsmaßnahme	26
a) Heizungsanlagenmodernisierung gem. § 555b Nr. 1a BGB	26
b) Energetische Modernisierung gem. § 555b Nr. 1 BGB	28
aa) Einsparung von Endenergie	28
bb) Nachhaltigkeit	32
(1) Übergangsheizungen	32
(2) H2-ready-Heizungen	33
cc) In Bezug auf die Mietsache	34
c) Erhöhung des Gebrauchswerts	35
3. Rechtsfolgen	36
a) Umlagesatz	36
b) Umlagefähige Kosten	36
c) Abzug von Erhaltungskosten	36
d) Mieterschutz bei „ineffizienter“ Wärmepumpe	38
e) Drittmittelabzug	38
f) (Sonder-)Kappungsgrenze	38
IV. Modernisierungsumlage nach §§ 559e Abs. 1 Satz 2, 559 BGB	39
1. Voraussetzung: mangelnde Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel	39
2. Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung?	39
V. Wirtschaftlicher Härteeinwand	40
VI. Begründungserfordernis gem. § 559b Abs. 1 BGB	41
1. Grundsätzliche Anforderungen	41
2. Nachweis der Jahresarbeitszeit einer eingebauten Wärmepumpe?	42
3. Angaben zur Sonderkappungsgrenze	43
VII. Schlussbemerkung	44

I. Einleitung

1. Dualismus?

Als Dualismus beschreibt die Philosophie eine Doktrin, die zwei unabhängige, nicht aufeinander zurückführbare Prinzipien zulässt¹. Diese können gegeneinander streiten, sie müssen dies aber nicht. Aus dem Geschichtsunterricht kennen wir den Deutschen Dualismus; er bezeichnet das Verhältnis zwischen der Habsburger Monarchie und dem Königreich Preußen in der Zeit von 1740 bis 1866, das einerseits durch Konflikte, andererseits aber auch durch Kooperation geprägt war². Indes gestaltet sich der Dualismus der jetzt maßgeblichen Vorschriften über die Mieterhöhung nach Heizungsanlagenmodernisierung – der §§ 559 und 559e BGB – dergestalt, dass diese zwar selbstständig nebeneinanderstehen, gleichwohl aber ineinandergreifen, sich ergänzen und miteinander harmonieren als kollidieren. Daher soll die Ausgangsthese gewagt werden, dass die gerichtliche Praxis wird mit dem Dualismus der §§ 559 und 559e BGB zu-recht kommen wird.

2. Neue Modernisierungsvorschriften – gesetzgeberische Intention

Bekanntlich hat der Gesetzgeber noch auf den letzten Metern der GEG-Novellierung³ weitreichende Änderungen auf dem Gebiet des Wohnraummietrechts veranlasst. So hat er in § 555b Nr. 1a BGB einen neuen Tatbestand der Heizungsanlagenmodernisierung implementiert. Als Modernisierungsmaßnahme wird ausdrücklich die Installation einer den Anforderungen des § 71 GEG entsprechenden Heizungsanlage in einem Gebäude klassifiziert. Damit korrespondierend hat er durch den neuen § 559e BGB einen eigenständigen Mieterhöhungstatbestand geschaffen, nach dessen wesentlichem Inhalt kann der Vermieter von den Kosten einer Heizungsanlagenmodernisierung nach Maßgabe des § 71 GEG anstatt 8 % jährlich 10 % abzüglich einer 15 %-igen Erhaltungskostenpauschale auf die Mieter umlegen, sofern er an der öffentlichen Förderung eines solchen Vorhabens partizipieren kann. Auch der zentrale Mieterhöhungstatbestand des § 559 BGB hat einige Folgeänderungen erfahren⁴.

¹ Philosophiemagazin Begriffslexikon, abgerufen bei Philosophischer Grundbegriff: Dualismus (philomag.de) am 10.3.2024.

² Dazu Geschichte kompakt, abgerufen bei: Deutscher Dualismus - Geschichte kompakt (geschichteabitur.de) am 10.3.2024.

³ 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 vom 16.10.2023, BGBl. I Nr. 280.

⁴ Instr. zu den Änderungen des Modernisierungsrechts durch die GEG-Novelle die komprimierten Darstellungen bei *Plappert/Böhme*, NZM 2023, 777; *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193; *Zehelein*, MDR 2024, 265; *Bentrop*, WuM 2023, 649; *Herlitz*, NJ 2023, 527; *ders.*, jurisPR-MietR 20/2023 Anm. 1; jurisPR-MietR 21/2023 Anm. 1.

Intention der neuen Modernisierungsvorschriften ist es, den vermietenden Gebäudeeigentümer bereits zu einem „freiwillige[n] Einbau einer neuen Heizungsanlage, die den Anforderungen des § 71 des Gebäudeenergiegesetzes entspricht“ zu motivieren, „noch bevor eine gesetzliche Verpflichtung dazu besteht“⁵. Es sollen „Anreize für Vermieter“ geschaffen werden, „frühzeitig eine Umstellung vorzunehmen“⁶. Vor allem aber – wenngleich dieser Aspekt in der Gesetzesbegründung lediglich am Rande anklingt – dürfte es ein zentrales Anliegen für die Schaffung des neuen Mieterhöhungstatbestands in § 559e BGB gewesen sein, den Vermieter zu motivieren, die für den Wechsel des Heizungsanlagensystems vorgesehenen öffentlichen Fördermittel in Anspruch zu nehmen, damit diese auch dem Mieter, der auf den Bezug der Wärmeenergie unmittelbar angewiesen ist, im Wege des Drittmittelabzugs gem. § 559a BGB zugutekommen. In diesem Sinne heißt es in der Stellungnahme des Haushaltsausschusses vom 5.7.2023:

„Ferner gilt, dass die Vermietenden nur dann die neue Modernisierungsumlage nutzen dürfen, wenn Sie die staatliche Förderung durch die BEG in Anspruch nehmen. Die Fördermittel dürfen dabei nicht auf die Miete umgelegt werden. Damit ist sichergestellt, dass die Umlage auf das erforderliche Maß begrenzt wird.“⁷

3. Geltung

Für die neuen Modernisierungsvorschriften gibt es keine speziellen Übergangsregelungen. Anders als bei der Änderung des § 559 BGB durch das zum 1.1.2019 in Kraft getretene Mietrechtsanpassungsgesetz⁸ kommt es nicht darauf an, ob die Modernisierungsankündigung vor oder nach dem Stichtag erfolgt ist. Nach dem aus Art. 171 EGBGB resultierenden allgemeinen Rechtsgedanken⁹ sind die neuen Vorschriften mit deren Inkrafttreten auf bestehende Mietverhältnisse anzuwenden. Demgemäß gelten sie bereits dann, wenn die Modernisierungsankündigung (§ 555c BGB) oder die Mieterhöhungserklärung (§ 559b Abs. 1 BGB) dem Mieter nach dem 31.12.2023 zugegangen ist¹⁰.

4. Wahlrecht des Vermieters

Will der Vermieter künftig die Kosten einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung auf den Mieter umlegen, kann er sowohl nach § 559 BGB als auch nach dem neuen § 559e BGB vorgehen. Insoweit steht ihm ein Wahlrecht zu¹¹. Denn die neue Mieterhöhungsberechtigung

⁵ BT-Drs. 20/7619, S. 96.

⁶ BT-Drs. 20/7619, S. 96.

⁷ BT-Drs. 20/7620, S. 3.

⁸ Ausf. dazu *Hinz*, ZMR 2019, 557; 645.

⁹ S. dazu auch NK-BGB/*Hinz*, 4. Aufl. 2021, § 556c Rn. 6; *Hinz*, WuM 2013, 55 [59].

¹⁰ So auch *Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus*, Das neue GEG – Gebäudeenergiegesetz, 2024, § 3 Rn. 116; *Lee*, NZM 2023, 780 [784 f.].

¹¹ BT-Drs. 20/7619, S. 98.

nach § 559e BGB tritt neben diejenige des § 559 BGB; sie stellt keine *lex specialis*, sondern lediglich eine Ergänzung des bisherigen Erhöhungstatbestands dar¹².

Im Folgenden sollen die neuen Vorschriften anhand von einfachen Fallbeispielen erläutert und unter Auswertung der mittlerweile bereits recht umfangreichen Literatur analysiert werden.

Fall 1:

Vermieter V ersetzt nach ordnungsgemäßer Ankündigung in dem vermieteten Vierfamilienhaus die vorhandene 20 Jahre alte Gasheizungsanlage durch eine Erdwärmepumpe. Die Kosten belaufen sich auf 30.000 €. V nimmt öffentliche Zuschüsse von der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) in Höhe von 10.000 € in Anspruch. Die übrigen Kosten möchte er auf seine vier Mieter umlegen.

II. Mieterhöhung nach GEG-Heizungsanlagenmodernisierung – § 559e Abs. 1 Satz 1 BGB

Nach § 559e Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Vermieter die jährliche (Grund-)Miete um 10 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten abzüglich der in Anspruch genommenen Drittmittel erhöhen, wenn er Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b Nr. 1a BGB durchgeführt hat, welche die Voraussetzungen für Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten dem Grunde nach erfüllen, und er diese als Drittmittel i.S.d. § 559a BGB in Anspruch genommen hat.

1. Voraussetzungen

a) Heizungsanlagenmodernisierung nach § 555b Nr. 1a BGB

Der Mieterhöhungstatbestand erfordert zunächst eine Modernisierungsmaßnahme nach § 555b Nr. 1a BGB, nämlich eine bauliche Veränderung, durch die mittels Einbaus oder Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zwecke der Inbetriebnahme in einem Gebäude die Anforderungen des § 71 GEG erfüllt werden. Das gilt unabhängig davon, ob durch die Installation der neuen Heizungsanlage eine Einsparung von Endenergie i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB erfolgt. Demgemäß beinhaltet der neue, in § 555 Nr. 1a BGB eingefügte Modernisierungstatbestand einen Sonderfall der Einsparung von Primärenergie im Sinne von Nummer 2 der Vorschrift¹³ – allerdings mit dem bedeutsamen Unterschied, dass er den Vermieter mithilfe des § 559e BGB zur Kostenumlage berechtigt.

Nach § 71 Abs. 1 Satz 1 GEG darf eine Heizungsanlage zum Zweck der Inbetriebnahme in einem Gebäude nur eingebaut oder aufgestellt werden, wenn sie mindestens 65 % der durch

¹² BT-Drs. 20/7620, S. 3.

¹³ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 1; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 16. Aufl. 2024 § 559e Rn. 1; Lee, NZM 2023, 780 [792].

sie bereitgestellten Wärme mit erneuerbaren Energien i.S.v. § 3 Abs. 2 GEG oder unvermeidbarer Abwärme i.S.v. § 3 Nr. 30a GEG erzeugt. Gleiches gilt gem. § 71 Abs. 1 Satz 2 GEG für eine Heizungsanlage, die ein Gebäudenetz, bestehend aus mindestens zwei und höchstens 16 Gebäuden mit maximal 100 Wohneinheiten (§ 3 Abs. 1 Nr. 9a GEG), versorgen soll.

aa) Begriff der Heizungsanlage

Gegenstand des neuen Modernisierungstatbestands ist ausschließlich eine Heizungsanlage. Nach der in § 3 Nr. 14a GEG eingefügten Legaldefinition handelt es sich hierbei um „eine Anlage zur Erzeugung von Raumwärme, Warmwasser oder einer Kombination davon einschließlich Hausübergabestationen zum Anschluss an ein Wärmenetz und Wärmeüberträger von unvermeidbarer Abwärme“. Ausgenommen sind handbeschickte Einzelraumfeuerungsanlagen, offene Kamine und Badeöfen (s. § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 2 Nr. 2 und § 12 der 1. BImSchV), die für die hier erörterte Thematik auch keine Relevanz beanspruchen. Von der Heizungsanlage zu unterscheiden ist die im GEG nicht legaldefinierte heizungstechnische Anlage, die das gesamte System der Erzeugung, Speicherung, Verteilung und Übergabe der Wärme umfasst¹⁴. Die Heizungsanlage beinhaltet lediglich diejenigen Komponenten, die die Temperatur eines Wärmeträgers erhöhen und damit die in dem Gebäude zu verteilende Wärme erzeugen¹⁵; sie bildet gleichsam – wie *Philipp Lee* es treffend formuliert hat – das „Herz“ der heizungstechnischen Anlage¹⁶.

bb) Anforderungen des § 71 GEG

Die neue Heizungsanlage muss, um ein Gebäude oder ein Wärmenetz mit Heizenergie versorgen zu dürfen, den Anforderungen des § 71 GEG genügen. Das bedeutet, dass mindestens 65 % der durch sie bereitgestellten Wärme mit erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme nach Maßgabe des § 71 Abs. 4 bis 6 GEG sowie der §§ 71b bis 71g GEG erzeugt wird. Diese sog. 65 %-Vorgabe¹⁷ bildet das zentrale Anliegen der GEG-Novelle, um dem in § 1 GEG formulierten Gesetzeszweck Rechnung zu tragen¹⁸.

¹⁴ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 146; Lee, NZM 2023, 780 [785].

¹⁵ Lee, NZM 2023, 780 [785].

¹⁶ Lee, NZM 2023, 780 [785].

¹⁷ So die Terminologie von Lee, NZM 2023, 780 [781], der von einem „Herzstück“ der GEG Novelle spricht; siehe auch *Bentop*, WuM 2023, 649 [650], der dieses Erfordernis als 65 %-EE-Anforderung bezeichnet.

¹⁸ I.d.S. auch Lee, NZM 2023, 780 [781].

Zu den erneuerbaren Energieträgern gehört gem. § 3 Abs. 2 Nr. 1 GEG insbesondere die Geothermie, die als Schlüsseltechnologie der Energiewende betrachtet wird¹⁹. Nach der Legaldefinition in § 3 Abs. 1 Nr. 13 GEG handelt es sich dabei um „dem Erdboden entnommene Wärme“. Darüber hinaus gehören Umweltwärme, Energie aus Photovoltaikanlagen und Solar Kollektoren sowie Wärme aus Biomasse, grünem Wasserstoff oder den daraus hergestellten Derivaten zu den erneuerbaren Energieträgern (vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 2 bis 6 i.V.m. Abs. 1 Nr. 13b, Nr. 30, Abs. 3 GEG). Unvermeidbare Abwärme, legaldefiniert in § 3 Abs. 1 Nr. 30a GEG, ist vereinfacht gesagt der nicht bestimmungsgemäß verwertbare Wärmeanteil aus der Nutzung gewerblicher Anlagen, der – um eine nutzlose Abgabe in die Luft zu vermeiden²⁰ – mittels eines Wärmeüberträgers zur Wärmebereitstellung zurückgewonnen werden soll²¹.

Letztlich steht es dem Gebäudeeigentümer frei, mit welcher Anlagentechnologie er die 65 %-Vorgabe erfüllt (§ 71 Abs. 2 Satz 1 GEG). Prinzipiell muss er sich dabei dem in § 71 Abs. 2 Satz 2 bis 4 GEG geregelten Nachweisverfahren unterziehen. Allerdings braucht er die Einhaltung der 65 %-Vorgabe nicht zu belegen, wenn er eine der in § 71 Abs. 3 GEG aufgeführten Erfüllungsoptionen wählt.

Adressat des § 71 GEG ist der Gebäudeeigentümer. Die Vorschrift dürfte insoweit *lex specialis* zu dem durch die Novelle unberührt gebliebenen § 8 Abs. 1 GEG sein, der die Verantwortung für die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften dem Eigentümer sowie dem Bauherrn zuschreibt, sofern das Gesetz keine anderweitige Regelung trifft²². Für die Geltendmachung einer Modernisierungsmieterhöhung ist aber nach wie vor Voraussetzung, dass der Vermieter die Modernisierungsmaßnahme als Bauherr entweder selbst oder durch Dritte im eigenen Namen und auf eigene Rechnung wirtschaftlich und technisch vorbereitet und durchgeführt hat²³.

cc) Erfüllungsoptionen

Eine Heizungsanlagenmodernisierung i.S.d. § 555b Abs. 1a BGB kann insbesondere durch Umsetzung einer der in § 71 Abs. 3 GEG aufgeführten Erfüllungsoptionen erfolgen. Neben der Installation einer elektronisch angetriebenen Wärmepumpe (Nr. 2) – wie sie Gegenstand des **Falls 1** ist – kann der Vermieter die 65 %-Vorgabe auch durch den Anschluss an ein den

¹⁹ Exemplarisch Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Eckpunkte für eine Erdwärmekampagne, abrufbar unter [Geothermie_Eckpunktepapier_ressortabgestimmt](#) ([energie-und-management.de](#)); s. auch Fraunhofer Institut, Roadmap tiefe Geothermie für Deutschland, S. 19, abrufbar unter [22020121_22020121_Fraunhofer_IEG_Roadmap.pdf](#).

²⁰ Frenz, *EnWZ* 2023, 435 [440].

²¹ BT-Drs. 20/6875, 110; Börstinghaus/Meyer/Schnell (Fn. 10), § 2 Rn. 127.

²² Eine Unstimmigkeit in diesem Punkt wird allerdings bei Börstinghaus/Meyer/Schnell (Fn. 10), § 2 Rn. 19 erblickt.

²³ Flatow, *NZM* 2008, 785 [786]; Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 26; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 66; MüKo-BGB/Artz, 9. Aufl. 2023, § 559 Rn. 14.

Anforderungen des § 71b GEG entsprechendes Wärmenetz (Nr. 1), durch eine solarthermische Anlage nach Maßgabe des § 71e GEG, eine Heizungsanlage zur Nutzung von Biomasse oder grünen oder blauen Wasserstoff einschließlich daraus hergestellter Derivate nach Maßgabe des § 73f GEG (Nr. 5) sowie durch Wärmepumpen- und Solarthermie-Hybridanlagen nach Maßgabe des § 71h GEG (Nr. 6 und 7) erfüllen.

Auch eine Stromdirektheizung (Nr. 3) ist möglich, allerdings nur dann, wenn beim baulichen Wärmeschutz ein vorgegebenes besonders anspruchsvolles Mindestniveau eingehalten wird. Bei Neubauten werden gem. § 71d Abs. 1 GEG besonders hohe Anforderungen gestellt, da die bessere Ausführung des Wärmeschutzes technisch gut realisierbar ist. Demgegenüber werden die Anforderungen bei Bestandsgebäuden in § 71d Abs. 2 GEG etwas herabgesetzt²⁴. Letztlich soll damit verhindert werden, dass Strom in sehr großen Mengen für die Gebäudebeheizung bereitgestellt werden muss und zugleich sichergestellt werden, dass die Heizkosten auf einem akzeptablen Kostenniveau bleiben²⁵.

dd) Übergangsheizungen

In zeitlicher Hinsicht gilt die 65 %-Vorgabe bei den hier allein interessierenden Bestandsgebäuden erst nach Ablauf von mehrfach gestaffelten Fristen, nämlich den gestaffelten kommunalen Wärmeplanungsfristen des § 71 Abs. 8 GEG und einer erst nach deren Ablauf eingreifende fünfjähriger Übergangsfrist gem. § 71i GEG.

(1) Kommunale Wärmeplanungsfristen. Sofern sich das Objekt in einer Großstadt, nämlich einer Gemeinde mit mehr als 100.000 Einwohnern befindet, darf gem. § 71 Abs. 8 Satz 1 GEG im Falle eines Heizungsaustauschs bis zum 30.6.2026 auch eine Heizungsanlage installiert werden, welche die 65 %-Vorgabe nicht erfüllt. Gleiches gilt gem. Satz 2 der Vorschrift für ein in einer Klein- oder Mittelstadt, also in einer Gemeinde mit bis zu 100.000 Einwohnern, belegenes Gebäude bis zum 30.6.2028. Bezugszeitpunkt für die Ermittlung der Einwohnerzahl ist der 1.1.2024. Wird in der betreffenden Gemeinde allerdings nach Erstellung einer kommunalen Wärmeplanung die Entscheidung über die Ausweisung als Wärmenetz- oder Wasserstoffnetzausbaug Gebiet getroffen, so laufen die vorstehend genannten Fristen gem. § 71 Abs. 8 Satz 3 GEG einen Monat nach Bekanntgabe der Entscheidung ab. Andererseits laufen nach der Einwohnerzahl der jeweiligen Gemeinde differenzierende Fristen zum 30.6.2026 bzw. 2028 auch dann ab, wenn bis dahin keine kommunale Wärmeplanung vorliegt.

²⁴ BT-Drs. 20/6875, S. 115.

²⁵ BT-Drs. 20/6875, S. 115.

Wird innerhalb dieser Fristen eine die 65 %-Vorgabe nicht erfüllende Heizungsanlage installiert, so darf diese prinzipiell bis Ende 2044 betrieben werden. Erst danach greift gem. § 72 Abs. 4 GEG das absolute Verbot für die Beheizung von Gebäuden mit fossilen Brennstoffen. Allerdings trifft die Eigentümer bei Installation einer mit flüssigem- oder gasförmigem Brennstoff betriebenen Heizungsanlage gem. § 71 Abs. 9 GEG vor Ablauf der in § 71 Abs. 8 Satz 1 bis 3 GEG statuierten Wärmeplanungsfristen eine gestaffelte Nachsorgepflicht dergestalt, dass ab 2029 mindestens 15 Prozent, ab 2035 mindestens 30 Prozent und 2040 mindestens 60 Prozent der bereitgestellten Wärme aus Biomasse oder grünem oder blauem Wasserstoff einschließlich daraus hergestellter Derivate erzeugt werden muss.

(2) *Übergangsfrist.* Nach Ablauf der jeweils einschlägigen Wärmeplanungsfrist greift zugunsten des Gebäudeeigentümers gem. § 71i GEG eine fünfjährige Übergangsfrist ein, beginnend mit dem Tag, an dem erstmals Arbeiten zum Austausch der Heizungsanlage durchgeführt werden. Sofern die dann eingebaute Heizungsanlage die 65 %-Vorgabe nicht erfüllt, darf sie „höchstens für fünf Jahre übergangsweise“ betrieben werden.

(3) *Erfüllung der 65 %-Vorgabe?* Es eröffnet sich sodann die Frage, ob die während der vorstehenden Fristen installierten, die 65 %-Vorgabe aber nicht erfüllenden Heizungsanlagen (sog. Übergangsheizungen)²⁶ Gegenstand einer Modernisierungsmaßnahme gem. § 555b Nr. 1a BGB und damit einer Mieterhöhung nach § 559e BGB sein kann. Das wird für die fünfjährige Übergangsfrist des § 71i GEG ohne Weiteres zu verneinen sein; ihre Intention liegt gerade darin, für eine gewisse Restlaufzeit einen Heizungsbetrieb jenseits der 65 %-Vorgabe zu ermöglichen. Im Übrigen wird sich immer die Frage stellen, ob es sich bei der Installation einer mit fossilen Brennstoffen betriebenen Heizung innerhalb der Fünfjahresfrist überhaupt um eine Modernisierungsmaßnahme i.S.d. § 555b BGB handelt. Nach der dortigen Legaldefinition erfordert eine solche auf jeden Fall eine bauliche Veränderung. Zwar ist dieser Begriff weit auszulegen und umfasst sowohl Eingriffe in die bauliche Substanz als auch Veränderungen der Anlagentechnik des Gebäudes²⁷. Voraussetzung ist aber immer, dass die in Rede stehende Maßnahme eine – wenn auch nur geringfügige – Veränderung des baulichen Zustands bewirkt, sie also in einem gewissen Umfang einen neuen baulichen Zustand hinsichtlich der Mietwohnung, des Gebäudes oder des gesamten Grundstücks schafft²⁸. Das wird regelmäßig nicht der Fall sein, wenn der Gebäudeeigentümer die funktionsuntüchtige Heizungsanlage für eine Übergangszeit durch eine ähnlich beschaffene, womöglich bereits gebrauchte Anlage ersetzt. Hier fehlt es an jeglicher Verbesserung gegenüber dem bisher vorhandenen

²⁶ So die Terminologie bei Lee, NZM 2023, 780 [781].

²⁷ BT-Drs. 17/10485, S. 18.

²⁸ BGH, NZM 2023, 591 Rn. 22.

technischen Standard. Es handelt sich daher um eine bloße Erhaltungsmaßnahme i.S.d. § 555a Abs. 1 BGB. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung soll dies selbst dann gelten, wenn die neue Heizungsanlage gegenüber der bisherigen zwar einen fortgeschrittenen technischen Standard aufweist, der Vermieter aber gar nicht mehr die Möglichkeit hat, den bisherigen Typus zu beschaffen²⁹. Dies ist aber noch nicht abschließend geklärt.

Weniger eindeutig lässt sich die Frage einer Erfüllung der 65 %-Vorgabe bei einer während der Wärmeplanungsfrist installierten fossilen Heizungsanlage beantworten. Immerhin hat diese eine Bleibeperspektive bis zum absoluten Verbotzeitpunkt Ende 2044. Zudem lässt sie sich wohl zwanglos unter den Modernisierungstatbestand des § 555b Nr. 1a BGB subsumieren, der auf § 71 GEG insgesamt rekurriert, so auch auf dessen Absätze 8 und 9. Allerdings wird man bezweifeln können, ob die dortigen Vorschriften überhaupt Anforderungen beinhalten, die „mittels Einbaus oder Aufstellung einer Heizungsanlage“ erfüllt werden könnten, wie § 555b Nr. 1a BGB dies verlangt. Namentlich § 71 Abs. 9 GEG scheint weniger auf die Beschaffenheit der Anlage als auf die Kategorie des Brennstoffs abzustellen³⁰.

Letztlich würde die Klassifizierung eines während der kommunalen Wärmeplanungsfristen erfolgten, die 65 %-Vorgabe nicht erfüllenden Heizungstausches als Modernisierungsmaßnahme nach § 555b Nr. 1a BGB auch dem Sinn und Zweck dieses Tatbestandes zuwiderlaufen, der gerade darin liegt, die Umsetzung dieser Vorgabe zu befördern.

ee) H2-ready-Heizungen

Eine andere Frage ist, ob der Einbau einer sog. H2-ready-Heizung eine zur Mieterhöhung nach § 559e BGB berechtigende Heizungsanlagenmodernisierung i.S.v. § 555b Nr. 1a BGB darstellt. Eine H2-ready-Heizung ist gem. § 77k Abs. 1 und 7 GEG dadurch gekennzeichnet, dass sie Erdgas verbrennen kann, aber mit niederschweligen Maßnahmen nach Austausch einzelner Bauteile auf die Verfeuerung von 100 % Wasserstoff umrüstbar ist³¹. Insoweit würde die H2-ready-Heizung die 65 %-Vorgabe ohne Weiteres erfüllen, sobald sie an ein Wasserstoffverteilstromnetz angeschlossen werden kann. Es würde sich um die Erfüllungsoption der „Heizungsanlage zur Nutzung von [...] grünem oder blauem Wasserstoff einschließlich der daraus hergestellten Derivate“ gem. §§ 71 Abs. 3 Nr. 5, 71f GEG handeln³². Allerdings ist diese Form des Heizungsbetriebs derzeit nicht möglich, da die erforderlichen Wasserstoffverteilstromnetze erst noch

²⁹ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 13), § 555a Rn. 9 ff.; MüKo-BGB/*Artz* (Fn. 23), § 555a Rn. 6; *Bentrop*, WuM 2023, 649 [654]; zurückhaltender *Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus* (Fn. 10), § 3 Rn. 69 f.; dagegen aber *Staudinger/V. Emmerich*, Mietrecht, Neubearbeitung 2021, § 555a Rn. 7.

³⁰ *Bentrop*, WuM 2023, 649 [654].

³¹ S. auch *Bentrop*, WuM 2023, 649 [652 f.].

³² *Lee*, NZM 2023, 780 [786].

geschaffen werden müssen, sei es durch Umrüstung der vorhandenen Gasverteilnetze, sei es durch Neuerrichtung³³.

Schwieriger ist indes die Rechtslage vor dem Abschluss der kommunalen Wasserstoffversorgung. Gem. § 71k Abs. 1 GEG darf die H2-ready-Heizung bis spätestens Ende 2044 für den Gasbetrieb genutzt werden, sofern – die weiteren Vorgaben des § 71k GEG zusammengefasst –

- sich das Gebäude in einem Gebiet befindet, welches unter Berücksichtigung eines Wärmeplans auf der Grundlage des Wärmeplanungsgesetzes (WPG)³⁴ als Wasserstoffausbaugbiet ausgewiesen ist,
- dieses bis spätestens Ende 2044 vollständig mit Wasserstoff versorgt ist und
- der zuständige Gasnetzbetreiber und die zuständige Behörde bis zum 30.6.2028 einen einvernehmlichen verbindlichen Wärmeplan für Transformation beschlossen und veröffentlicht haben.

Insoweit stellt die H2-ready-Heizung bis zu dem letztlich erstrebten Anschluss an das Wasserstoffverteilnetz eine Überbrückungsheizung dar, die – nicht anders als vor dem 1.1.2024 installierte mit fossilen Energieträgern finanzierte Heizungsanlagen – ohne Weiteres gem. § 72 Abs. 4 GEG bis Ende 2044 betrieben werden darf. Sollte der Ausbau der Wasserstoffverteilernetze bis dahin noch nicht hinreichend fortgeschritten sein, wird man durchaus die Prognose wagen können, dass der absolute Schlusszeitpunkt für den fossilen Heizungsbetrieb noch einige Jahre weiter aufgeschoben wird.

Sofern allerdings der Ausbau des Wasserstoffverteilnetzes in dem betreffenden Gebiet aus welchen Gründen auch immer nicht realisiert wird, muss gem. § 71k Abs. 4 Satz 1 GEG jede Heizungsanlage, die bis zum Ablauf eines Jahres nach Bestandskraft und öffentlicher Bekanntgabe des maßgeblichen Bescheids der Bundesnetzagentur installiert worden ist, die Anforderungen des § 71 Abs. 1 GEG spätestens bis zum Ablauf einer Übergangsfrist von drei Jahren, beginnend mit der öffentlichen Bekanntgabe des Bescheids, erfüllen. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass allein durch den Einbau einer H2-ready-Heizung die 65 %-Vorgabe und damit die Anforderungen des § 71 GEG nicht erfüllt werden, so dass eine Modernisierungsmaßnahme i.S.d. § 555b Nr. 1a BGB nicht vorliegt. Ob stattdessen eine energetische Modernisierung gem. § 555b Nr. 1 BGB in Betracht kommt, wird an späterer Stelle zu behandeln sein (s. unter III. 2. b bb [2]).

³³ Lee, NZM 2023, 780 [781]; Bentrop, WuM 2023, 649 [653].

³⁴ Gesetz für die Wärmeplanung und zur Dekarbonisierung der Wärmenetze v. 20.12.2023, BGBl. I Nr. 394.

ff) Erneute Installation einer „65 %-EE-Heizungsanlage“

Nicht ganz klar erscheint, ob der Modernisierungstatbestand des § 555b Nr. 1a BGB auch den weiteren Austausch einer die Anforderungen des § 71 Abs. 1 GEG erfüllenden Heizungsanlage impliziert. Gewiss ist die Problematik derzeit noch ein wenig Zukunftsmusik; in einigen Jahren wird sie annehmbar aber Relevanz erlangen.

Variante Fall 1:

Sechs Jahre nach Austausch der Gasheizung gegen die Wärmepumpe lässt Vermieter V eine neue, deutlich leistungsstärkere Wärmepumpe installieren.

Stellt man auf den Wortlaut des § 555b Nr. 1a BGB ab, so lässt sich auch die erneute Installation einer den Anforderungen des § 71 Abs. 1 GEG entsprechenden Heizungsanlage ohne Weiteres unter diesen Modernisierungstatbestand subsumieren. Eine *erstmalige* Errichtung der GEG-konformen Heizungsanlage ist kein Kriterium des § 555b Nr. 1a BGB. Auch die Gesetzessystematik innerhalb des § 555b BGB mag für einen weiten, die erneute Installation einer solchen Heizungsanlage noch umfassenden Anwendungsbereich des hier in Rede stehende Modernisierungstatbestands streiten. Verlangt nämlich die in § 555b Nr. 4a BGB etablierte Modernisierungsvariante explizit, dass „die Mietsache *erstmalig* [Hervorh. d. Verf.] mittels Glasfaser an ein öffentliches Netz mit sehr hoher Kapazität“ i.S.d. § 3 Nr. 33 TKG angeschlossen wird, so legt dies den Umkehrschluss nahe, bei § 555b Nr. 1a BGB neben der originären auch jede weitere, die 65 %-Vorgabe erfüllende Heizungsanlagenmodernisierung als duldungspflichtig und damit im Rahmen des § 559e BGB auch als mieterhöhungsrelevant zu erachten.

Die Intention der in § 555b Nr. 4a BGB angeordneten Beschränkung auf den erstmaligen Anschluss an ein leistungsstarkes öffentliches Glasfasernetz erschließt sich zwar weder aus den Materialien zu Art. 19 des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes³⁵, noch ist sie in dem dazu veröffentlichten Schrifttum thematisiert worden³⁶. Sie liegt allerdings auf der Hand: Sobald das Gebäude an ein Glasfasernetz i.S.d. § 3 Nr. 33 TKG angeschlossen ist, wird dadurch den gewachsenen Anforderungen an das Leistungsvermögen von Telekommunikationsnetzen³⁷ Rechnung getragen; ein neuerlicher Anschluss bringt dem Mieter keinerlei Gewinn³⁸. Das mag bei Installation einer effizienteren GEG-konformen Heizungsanlage oder auch beim späteren Anschluss an ein neues Wärmenetz i.S.d. § 71b Abs. 1 GEG durchaus anders sein.

³⁵ S. BT-Drs. 19/28865, S. 413; BT-Drs. 19/26108, S. 233.

³⁶ S. etwa *Lehmann-Richter*, ZMR 2022, 522.

³⁷ S. BT-Drs. 19/26108, S. 233.

³⁸ *Lee*, NZM 2023, 780, 788.

Allerdings liegt der Gesetzeszweck des neuen, in § 555b Nr. 1a BGB implementierten Modernisierungstatbestands und des damit korrespondierenden Mieterhöhungsrechts aus § 559e BGB gerade darin, für den vermietenden Gebäudeeigentümer Anreize zu schaffen, die Anforderungen des § 71 Abs. 1 GEG freiwillig und zeitnah umzusetzen, somit die vorstehend erläuterten Übergangsfristen tunlichst nicht auszuschöpfen (s. oben unter I. 2.). Solcher Anreize bedarf es jedoch nicht mehr, wenn der Vermieter die 65 %-Vorgabe bereits erfüllt hat.

Zwischenergebnis Variante Fall 1: V kann die Kosten der erneuten Installation einer Wärmepumpe jedenfalls nicht nach § 559e BGB auf seine Mieter umlegen. Das gilt auch dann, wenn die neue Wärmepumpe deutlich leistungsstärker ist als die erstmals errichtete GEG-konforme Anlage.

b) Förderfähigkeit/Inanspruchnahme von öffentlichen Fördermitteln

Weiterhin erfordert eine Mieterhöhung nach Heizungsanlagenmodernisierung nach § 559e BGB, dass die Maßnahme „die Voraussetzungen für Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten dem Grunde nach“ erfüllt. Diese sind insbesondere in den §§ 89 ff. GEG geregelt. Nach § 89 Abs. 1 GEG kann die Nutzung erneuerbarer Energien zur Wärmeerzeugung sowie die Verbesserung der Energieeffizienz von Bestandsgebäuden durch den Bund nach Maßgabe des Bundeshaushalts gefördert werden. Das gilt nach § 90 Abs. 1 GEG insbesondere für die Errichtung oder Erweiterung der darin aufgeführten, die 65 %-Vorgabe gem. § 71 Abs. 3 GEG ohne Weiteres erfüllenden wärmeerzeugenden Anlagen, wobei die weiteren, in § 90 Abs. 2 GEG statuierten, zum 1.1.2024 leicht angepassten Voraussetzungen sowie gegebenenfalls weitergehende Anforderungen nach den Verwaltungsvorschriften des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vorliegen müssen. Im Übrigen wurde die Bundesförderung für effiziente Gebäude (BEG) ab 2024 neu dimensioniert³⁹.

Weitere Voraussetzung des neuen Umlagetatbestands ist, dass der Vermieter die für das Modernisierungsvorhaben grundsätzlich zur Verfügung stehenden öffentlichen Fördermittel als Drittmittel i.S.d. § 559a GEG tatsächlich in Anspruch genommen hat. Geschieht dies nicht, obschon die Voraussetzungen für eine öffentliche Förderung der Heizungsmodernisierung vorliegen, kann der Vermieter gem. § 559e Abs. 1 Satz 2 BGB die Kosten der Maßnahme nur noch nach § 559 BGB umlegen – Einzelheiten dazu sind unter IV. dargestellt. Eine solche Situation kann etwa vorliegen, wenn der Vermieter die ihm für die Durchführung der Maßnahme zustehenden Fördermittel gar nicht erst beantragt. Denkbar ist aber auch, dass er diese deswegen nicht erhalten hat, weil sie bereits erschöpft waren⁴⁰.

³⁹ Einzelheiten bei Börstinghaus/Meyer/Meyer (Fn. 10), § 10 Rn. 6 ff.

⁴⁰ BT-Drs. 20/7619, S. 99; Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559e Rn. 9; Lee, NZM 2023, 780 [792].

Nicht ganz klar erscheint, ob eine Mieterhöhung nach § 559e BGB voraussetzt, dass der Vermieter die für die Durchführung der GEG-Heizungsanlagenmodernisierung vorgesehenen öffentlichen Fördermittel in voller Höhe in Anspruch genommen hat. Dies ist deswegen infrage gestellt worden, weil der Wortlaut der Vorschrift nicht zwingend die Maximalförderung verlangt⁴¹. Allerdings hat die in § 559e Abs. 1 Satz 1 BGB angeordnete Pflicht des Vermieters zur Inanspruchnahme der ihm zur Verfügung stehenden Drittmittel auch mieterschützenden Charakter. Dem Vermieter wird eine gegenüber dem allgemeinen Modernisierungstatbestand höhere Kostenumlage gestattet, aber nur unter der Voraussetzung, dass der Mieter an den für das Modernisierungsvorhaben vorgesehenen staatlichen Fördermitteln auch tatsächlich partizipiert. Dann aber ist der Vermieter gehalten, die für das konkrete Heizungsmodernisierungsvorhaben erzielbaren Fördermittel auch in vollem Umfang in Anspruch zu nehmen.

2. Rechtsfolgen

Sind die vorstehend aufgeführten Voraussetzungen des § 559e Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt, darf der Vermieter die jährliche (Grund-)Miete um 10 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten abzüglich der in Anspruch genommenen Drittmittel erhöhen.

a) Umlagefähige Kosten

aa) Umfang

Umlagefähig nach § 559e BGB sind lediglich die Kosten, die der Vermieter für die Modernisierungsmaßnahme nach § 555b Nr. 1a BGB ausgewendet hat. Das sind ausschließlich die Kosten, die durch den Einbau oder die Aufstellung einer die Anforderungen der 65 %-Vorgabe des § 71 Abs. 1 GEG entsprechenden Heizungsanlage entstanden sind. Es gilt die bereits oben zitierte Legaldefinition des § 3 Nr. 14a GEG (s. unter II. 1. a aa). Nicht erfasst werden somit die über die Kosten der Heizungsanlage hinausgehenden Kosten der heizungstechnischen Anlage, also die für das über an die Wärmezeugungseinrichtung anschließende System der Speicherung, Verteilung und Übergabe der Wärmeenergie⁴². Diese Kosten kann der Vermieter ausschließlich nach § 559 BGB auf den Mieter übertragen (s. dazu auch unter III. 3. b).

Zu den Kosten der Heizungsanlage gehören namentlich:

- die Kosten des Wärmeerzeugers, z.B. der elektrisch angetriebenen Wärmepumpe oder der solartechnischen Anlage (§§ 71 Abs. 2 Nr. 2 und 4, 71c, 71e GEG), aber auch die Kosten der Übergabestation zum Anschluss an ein Wärmenetz (§§ 71 Abs. 2 Nr. 1, 71b GEG),

⁴¹ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 147.

⁴² Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 146; Lee, NZM 2023, 780 [785]; Herlitz, NJ 2023, 527 [529]; ders., jurisPR-MietR 20/2023 Anm. 1 (unter A. II.).

- die Kosten der gegebenenfalls erforderlichen Wärmequelle, z.B. der für die Erdwärmepumpe erforderliche Erdwärmesonde bzw. eines Flächenkollektors⁴³,
- sämtliche mit den vorstehenden Positionen zusammenhängenden weiteren Materialkosten,
- sämtliche Personalkosten, namentlich Planungs- und Arbeitskosten,
- die Baunebenkosten, soweit sie allein auf die Installation der Heizungsanlage entfallen sind, das wären gegebenenfalls
 - die Kosten für die Aufstellung eines Baugerüsts oder eines Baukrans⁴⁴,
 - die Kosten der Baustelleneinrichtung, z.B. eines Baustellen PCs oder eines Bauwagens,
- die Kosten für den Ausbau und die Entsorgung der bisherigen Heizungsanlage⁴⁵.

bb) Abgrenzung zu den Kosten der heizungstechnischen Anlage

Die Personalkosten und insbesondere natürlich die Baunebenkosten können auch gleichzeitig für die erforderliche Erneuerung oder Ertüchtigung der heizungstechnischen Anlagen erforderlich gewesen sein. In diesem Fall muss der Vermieter die nach § 559e BGB umzulegenden Kosten um diejenigen Anteile bereinigen, die ausschließlich für die Arbeiten an der heizungstechnischen Anlage angefallen sind⁴⁶. Dabei darf er im Wege einer Schätzung vorgehen; man mag hier vorsichtig auf den Rechtsgedanken des § 559 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB zurückgreifen (s. dazu unter III. 3. c). Das bedeutet aber auch, dass der Kostenansatz des Vermieters gerichtlich voll überprüfbar ist; es findet nicht nur eine Billigkeitskontrolle i.S.d. § 315 Abs. 3 BGB statt⁴⁷. Demgemäß ist der Vermieter im Rechtsstreit gehalten, Anknüpfungstatsachen vorzutragen, anhand derer gegebenenfalls mithilfe eines Sachverständigengutachtens überprüft werden kann, ob die Schätzung ordnungsgemäß ist⁴⁸.

cc) Hydraulischer Abgleich

Zu den Kosten der Heizungsanlage werden schließlich die Kosten des hydraulischen Abgleichs gerechnet⁴⁹, der gem. § 60c GEG ab dem 1.10.2024 bei Gebäuden mit mindestens sechs Wohnungen oder sonstigen Nutzungseinheiten obligatorisch sein wird. Der hydraulische Abgleich bezweckt, in einem verwinkelten Rohrleistungssystem eine gleichmäßige Verteilung

⁴³ *Herlitz*, NJ 2023, 527 [529]; *ders.*, jurisPR-MietR 20/2023 Anm. 1 (unter A. II.).

⁴⁴ *Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus* (Fn. 10), § 3 Rn. 146a.

⁴⁵ *Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus* (Fn. 10), § 3 Rn. 146a.

⁴⁶ *Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus* (Fn. 10), § 3 Rn. 146a.

⁴⁷ *Schmidt-Futterer/Börstinghaus* (Fn. 13), § 559 Rn. 72; *BeckOGK/Schindler*, BGB, Stand: 1.1.2024, § 559 Rn. 78.

⁴⁸ *BeckOGK/Schindler* (Fn. 47), § 559 Rn. 78.

⁴⁹ So namentlich *Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus* (Fn. 10), § 3 Rn. 146a; a.A. wohl *Lee*, NZM 2023, 780 [795 f.]; *Herlitz*, NJ 2023, 527 [529]; *ders.*, jurisPR-MietR 20/2023 Anm. 1 (unter A. II.).

der Wärmeenergie zu gewährleisten⁵⁰. Dabei werden die dem erhitzten Wasser auf den unterschiedlich langen Wegen entgegenstehenden unterschiedlich starken Strömungswiderstände durch Ventile und andere Drosselorgane so angepasst, dass jedem Heizkörper gerade so viel Heizwasser zugeordnet wird, wie es für die gewünschte Heizleistung benötigt wird⁵¹. Demgemäß finden die zur Durchführung des hydraulischen Abgleichs erforderlichen Eingriffe in das Heizungssystem zuvörderst in den Rohrleitungen statt, was gegen eine Kategorisierung der dadurch entstandenen Kosten als Kosten der Heizungsanlage spricht. Andererseits wird der hydraulische Abgleich ab dem 1.10.2024 gem. § 60c Abs. 1 GEG bei den erwähnten Gebäuden gerade nach Einbau oder Aufstellung einer neuen Heizungsanlage erforderlich; schon bislang war er nach Durchführung einer solchen Maßnahme weitgehend üblich. Daher spricht vieles dafür, den hydraulischen Abgleich als Annex zur Installation einer neuen Heizungsanlage zu betrachten und die daraus resultierenden Kosten den Modernisierungskosten nach § 555b Nr. 1a BGB zuzuschreiben.

b) Umlagesatz; Abzug von Erhaltungskosten

Der Sondertatbestand des § 559e BGB privilegiert den Vermieter gegenüber der allgemeinen Mieterhöhung nach Wohnraummodernisierung gem. § 559 BGB insoweit, als dass er eine Umlage von 10 % der für die jeweilige Wohnung aufgewendeten Modernisierungskosten jährlich auf den Mieter ermöglicht. Davon abzuziehen sind gem. §§ 559e Abs. 2, 559 Abs. 2 Satz 1 BGB pauschal 15 % für Erhaltungskosten, also Kosten für Instandhaltungs- oder Instandsetzungsmaßnahmen (vgl. § 555a Abs. 1 BGB), die der Vermieter infolge der GEG-Heizungsmodernisierung tatsächlich eingespart hat oder fiktiv eingespart hätte. Hierbei handelt es sich – entsprechend dem in § 559 Abs. 2 BGB formulierten Grundsatz – um keine „auf die Wohnung aufgewendeten Kosten“ der Modernisierung. Mithilfe dieser fixen 15 %-Quote wollte der Gesetzgeber den bei Modernisierungsumlagen obligatorischen Abzug eingesparter Instandsetzungs- und Instandhaltungsaufwendungen gegenüber der allgemeinen Regelung in § 559 Abs. 2 BGB „vereinfacht“ ausgestalten⁵². Auch damit wollte er den Vermieter zu einer frühzeitigen Umsetzung der 65 %-Vorgabe motivieren (s. dazu bereits unter I. 2.).

Man wird sich an dieser Stelle fragen können, ob von dem 10 %-igen Umlagesatz in jedem Fall 15 % für ersparte Erhaltungskosten abzuziehen sind, oder ob der Vermieter geltend machen kann, dass angesichts des Alters der ausgetauschten Heizung überhaupt keine Erhal-

⁵⁰ LG Karlsruhe, Beschl. v. 8.6.2018 – 10 O 194/14, BeckRS 2018, 46657 Rn. 11; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 75; Hinz, NZM 2022, 681 [688].

⁵¹ Ganten/Kindereit/Finke, Typische Baumängel, 3. Aufl. 2019, 2. Teil N Rn. 20 f.; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 75; Hinz, NZM 2022, 681 [688].

⁵² BT-Drs. 20/7619, S.98.

tungsmaßnahmen „erforderlich gewesen wären“. Immerhin verlangt der BGH in der grundlegenden Entscheidung vom 17.6.2020 einen Abzug für Erhaltungskosten nach § 559 Abs. 2 BGB nur „bei der modernisierenden Erneuerung von Bauteilen und Einrichtungen, die bereits über einen *nicht unerheblichen* Zeitraum ihrer Nutzungsdauer (ab-)genutzt worden sind, so dass der Vermieter durch die Modernisierung *in erheblichem Umfang* (fiktive) Instandhaltungskosten erspart“ [Hervorh. d. Verf.]⁵³. Nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht ist ein Nutzungszeitraum nur dann „nicht unerheblich“, wenn er mindestens ein Viertel der Gesamtlebensdauer ausmacht, wobei es sich um eine Untergrenze handeln soll, von der ab eine Anrechnung überhaupt stattfindet, nicht hingegen um einen anrechnungsfreien Zeitabschnitt⁵⁴. Vereinzelt werden bereits 10 % der Gesamtlebensdauer für ausreichend befunden⁵⁵. Andere Autoren wollen die gesamte bisherige Nutzungsdauer des betreffenden Bauelements angerechnet wissen⁵⁶.

Was den *pauschalen* Abzug von Erhaltungskosten in § 559e Abs. 2 BGB betrifft, so wollte der Gesetzgeber hier erklärtermaßen eine einfache Regelung schaffen⁵⁷, die bei der praktischen Anwendung wenig Raum für Kontroversen lässt. Im Übrigen verweist § 559e Abs. 2 BGB lediglich auf § 559 Abs. 2 Satz 1 BGB, nicht jedoch auf den neuen Satz 2 der Vorschrift⁵⁸, mit dem der Gesetzgeber versucht hat, die vom BGH in dem erwähnten Judikat aufgestellten Kriterien für eine Anrechnung zu kodifizieren⁵⁹. All das spricht dafür, den 10 %-igen Abzug von Erhaltungskosten hier – ebenso wie beim vereinfachten Verfahren gem. § 559c Abs. 1 Satz 2 BGB – als fixe Größe und nicht nur als widerlegbare Vermutung zu betrachten. Damit ist der Vermieter hier wie dort daran gehindert, sich auf das Fehlen jedweder Erhaltungskosten zu beziehen⁶⁰.

c) Mieterschutz bei „ineffizienter“ Wärmepumpe

aa) Nachweisobliegenheit

Eine besondere, den Schutz des Mieters vor einer hohen Kostenumlage nach Installation einer Wärmepumpe, die angesichts des unsanierten oder bedingt sanierten Gebäudezustands nur ineffizient betrieben werden kann, findet sich an etwas versteckter Stelle in § 71o GEG. Nach

⁵³ BGH, NZM 2020, 795 = ZMR 2020, 925 Rn. 41.

⁵⁴ Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 70.

⁵⁵ Hinz, MDR 2021, 1436 [1439].

⁵⁶ Schindler, NZM 2021, 258 [261]; wohl auch Staudinger/V. Emmerich (Fn. 29), § 559 Rn. 37.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 20/7619, S. 98.

⁵⁸ Gegen diesen Rückschluss aber Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559e Rn. 10; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 150.

⁵⁹ Sehr krit. zu dieser Regelung Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 3 Rn. 72a; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 96.

⁶⁰ Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559c Rn. 13, wohl auch bei § 559e Rn. 10; BeckOGK/Schindler (Fn. 47), § 559e Rn. 11; Hinz, JR 2020, 275 [278].

Absatz 1 Satz 1 dieser Vorschrift kann der Vermieter in einem Gebäude mit vermieteten Wohnungen nach Einbau einer Wärmepumpe eine Mieterhöhung aufgrund einer Modernisierungsmaßnahme nach §§ 559 Abs. 1 oder 559e Abs. 1 BGB in voller Höhe nur verlangen, wenn er den Nachweis erbracht hat, dass die Jahresarbeitszahl der Wärmepumpe über 2,5 liegt. Erbringt er diesen Nachweis nicht, so kann er für die Mieterhöhung gem. § 710 Abs. 2 GEG nur 50 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten zugrunde legen.

Der erforderliche Nachweis ist gem. § 710 Abs. 1 Satz 3 GEG durch ein Fachunternehmen zu führen. Fachkundig sind die in § 60a Abs. 4 GEG aufgeführten Personen⁶¹. Es handelt sich um eine qualifizierte formelle Begründungsobliegenheit, die im Zusammenhang mit der förmlichen Mieterhöhungserklärung steht (s. dazu unter VI. 2.). Hingegen stellt die zu belegenden Jahresarbeitszahl von mehr als 2,5 keine materielle Mieterhöhungsvoraussetzung dar⁶². Das bedeutet, dass der Mieter diese nicht mit Erfolg bestreiten kann, nachdem der Vermieter den nach § 710 Abs. 1 Satz 3 GEG erforderlichen Nachweis geführt hat. Eines Nachweises bedarf es nach § 710 Abs. 1 Satz 2 GEG nicht, wenn das betreffende Gebäude nach 1996 errichtet oder in besonderer – in den Nummern 2 bis 4 der Vorschrift näher beschriebenen – Weise energieeffizient ist.

bb) Ermittlung der Jahresarbeitszahl

Die Jahresarbeitszahl wird nach dem Verhältnis der der Wärmepumpe zugeführten Energie in Gestalt von Strom zu der von ihr erzeugten Wärmeenergie ermittelt. Prinzipiell müssten dazu der Stromverbrauch der Anlage und die von ihr abgegebene Wärmemenge jeweils in Kilowattstunde pro Jahr (kWh/a) gemessen werden⁶³. Allerdings darf die Jahresarbeitszahl gem. § 710 Abs. 1 Satz 4 GEG vor Inbetriebnahme der Anlage auf der Grundlage der VDI 4650 Blatt 1: 2019-03 oder eines vergleichbaren Verfahrens ermittelt werden.

Zwischenergebnis Fall 1: Hat V den nach § 710 Abs. 1 Satz 1 GEG grundsätzlich erforderlichen Nachweis einer Jahresarbeitszeit für die Wärmepumpe von mehr als 2,5 nicht erbracht, so kann er nach Abs. 2 der Vorschrift lediglich 50 % der Modernisierungskosten nach Maßgabe des § 559e BGB auf die Mieter umlegen.

cc) Erneute Mieterhöhung

Der Vermieter kann die auf die erstmalige Installation einer Wärmepumpe gestützte Mieterhöhung aber hinsichtlich der noch nicht umgelegten 50 % erneut erklären und nunmehr den

⁶¹ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 85.

⁶² Lee, NZM 2023, 780 [793 f.].

⁶³ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 83.

Nachweis einer Jahresarbeitszahl von mehr als 2,5 erbringen. Dabei ist zu beachten, dass die Erhöhungswirkung gem. § 559b Abs. 2 BGB insoweit zeitlich versetzt eintritt⁶⁴.

Man wird sich die Frage stellen können, ob der Vermieter eine erneute Mieterhöhung nach § 559e BGB auch auf die Installation einer weiteren Wärmepumpe stützen kann, bei welcher er eine Jahresarbeitszahl von mehr als 2,5 nachweisen kann. Nach dem oben Gesagten (s. unter II. 1. a) ff)) wird dies mit Blick auf die gesetzgeberische Intention des § 559e BGB zu verneinen sein. Die Vorschrift will den Vermieter zu einer zügigen und freiwilligen Umstellung des Gebäudeheizungsbetriebs im Sinne der 65 %-Vorgabe motivieren (o. oben unter I. 2.). Dieser Zweck ist indes bereits mit dem Einbau der ersten Wärmepumpe erreicht, mag deren Jahresarbeitszahl auch unterhalb der Plus-2,5-Schwelle liegen.

Natürlich bleibt es dem Vermieter unbenommen, weitere Modernisierungsmaßnahmen an dem Heizungssystem durchzuführen – allerdings nur unter den Voraussetzungen des allgemeinen Tatbestands der Mieterhöhung nach Wohnraummodernisierung gem. § 559 BGB (s. dazu unter III.).

d) Anrechnung von Drittmitteln

Sofern der Vermieter nach Maßgaben der ihm nach § 559e Abs. 1 Satz 1 BGB treffenden Obliegenheit staatliche Fördermittel in Anspruch genommen hat, muss er diese von den mit der Modernisierungsumlage geltend gemachten Aufwendungen in Abzug bringen. Insoweit verweist die Vorschrift ausdrücklich auf die allgemeinen in § 559a BGB enthaltenen Regelungen.

Nicht ganz klar erscheint, ob der Drittmittelabzug vor oder nach einer etwaigen Kürzung der Modernisierungsumlage um 50 % bei Installation einer unter den gegebenen baulichen Umständen ineffizienten Wärmepumpe nach § 710 Abs. 2 GEG zu erfolgen hat. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass die Halbierung nach Abzug der Erhaltungskosten und vor Abzug etwa erhaltene Drittmittel zu erfolgen habe⁶⁵. Das erscheint jedoch nicht zwingend.

Richtig ist, dass zunächst die errechneten Kosten für die Modernisierung um die – bei der Mieterhöhung nach § 559e BGB pauschal anzusetzenden – Erhaltungskosten zu bereinigen sind. Das ergibt sich ausdrücklich aus dem Wortlaut des § 559e Abs. 2 BGB, demzufolge „Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen erforderlich gewesen wären [...], nicht zu den [für die Wohnung, *Anm. d. Verf.*] aufgewendeten Kosten gehören. Eine entsprechende Formulierung

⁶⁴ Lee, NZM 2023, 780 [795].

⁶⁵ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 87, 157.

findet sich in § 559 Abs. 2 Satz 1 BGB. Demgemäß handelt es sich bei den tatsächlich eingesparten sowie den fiktiv anzusetzenden Erhaltungskosten⁶⁶ von vornherein nicht um umlagefähige Kosten der Modernisierung.

Nach § 559a Abs. 1 BGB gehören Kosten, die vom Mieter oder für diesen von einem Dritten übernommen oder die mit Zuschüssen aus öffentlichen Haushalten gedeckt werden, nicht zu den „aufgewendeten Kosten“ i.S.d. § 559 BGB. Auch hierbei handelt es sich von vornherein nicht um Modernisierungskosten. Bei den vom Mieter selbst übernommenen Kosten versteht es sich geradezu von selbst, dass diese nicht im Wege einer Mieterhöhung auf ihn umgelegt werden können. Entsprechendes gilt aber auch für die Zuschüsse aus öffentlichen Haushalten; auch bei diesen handelt es sich von vornherein nicht um umlagefähige Modernisierungskosten.

Demgegenüber ordnet § 710 Abs. 2 GEG an, dass „der Vermieter für die Mieterhöhung nach § 559 Absatz 1 oder § 559e Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches nur 50 % der von den für die Wohnung aufgewendeten Kosten zugrunde legen“ darf. Mit anderen Worten: Die unter Abzug der Erhaltungskosten nach § 559 Abs. 2 BGB sowie der Drittmittel nach § 559a Abs. 1 BGB errechneten Modernisierungskosten sind erst jetzt um 50 % zu kürzen.

Anders dürfte sich dies bei den in § 559a Abs. 2 BGB thematisierten Kosten verhalten, die ganz oder teilweise durch zinsverbilligte oder zinslose Darlehen aus öffentlichen Haushalten gedeckt werden. Gem. § 559a Abs. 2 Satz 1 BGB werden diese direkt von dem errechneten Erhöhungsbetrag abgezogen⁶⁷; dieser „verringert sich [...] um den Jahresbetrag der Zinsermäßigung“. Entsprechendes gilt für Zuschüsse oder Darlehen zur Deckung von laufenden Aufwendungen gem. § 559a Abs. 2 Satz 4 BGB sowie für Mieterdarlehen, Mietvorauszahlungen und Leistungen von einem Dritten für den Mieter gem. § 559a Abs. 3 BGB; auch diese werden direkt von dem errechneten Erhöhungsbetrag abgezogen⁶⁸.

e) Aufteilung auf mehrere Wohnungen

Nach §§ 559e Abs. 4, 559 Abs. 3 BGB hat der Vermieter die Kosten von Modernisierungsmaßnahmen, die er für mehrere Wohnungen durchgeführt hat, angemessen auf die Mieter zu verteilen. Dabei darf er den Verteilungsmaßstab gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen bestimmen. Anders als bei der Ausgrenzung von nicht umlagefähigen Kosten (s. dazu unter

⁶⁶ S. dazu BGH, NZM 2020, 795 = ZMR 2020, 925.

⁶⁷ Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559a Rn. 16; MüKo-BGB/Artz (Fn. 23), § 559a Rn. 5.

⁶⁸ Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559a Rn. 20 ff.

III. 3. c) steht ihm hier – wie sich dem § 315 Abs. 3 Satz 2 BGB entnehmen lässt – ein Spielraum zu; es ist also nicht nur eine richtige Entscheidung denkbar⁶⁹.

Unbillig sind Verteilungsmaßstäbe, die einzelne Mieter benachteiligen und bevorteilen. Aber auch eine Verteilung der Kosten einer Heizungsanlagenmodernisierung nach der Anzahl der Wohnungen wird als unbillig erachtet, sofern diese nicht die gleiche Größe aufweisen⁷⁰. Demgegenüber soll eine Verteilung der Kosten nach den beheizten Flächen zulässig sein⁷¹. Ist damit ein Rückgriff auf den in § 6 Abs. 2 Nr. 1, § 7 Abs. 1 Satz 5 HeizkV für die Verteilung der Grundkosten der Wärmeversorgung eröffneten Maßstab erfolgt, dürfte auch eine Verteilung nach dem Volumen der beheizten Räume in Betracht kommen. Im Übrigen gelten auch bei der Heizungsanlagenmodernisierung die allgemeinen Grundsätze der Kostenverteilung nach § 559 Abs. 3 BGB.

Zwischenergebnis Fall 1: V kann 10 % der aus der Installation der Wärmepumpe resultierenden Kosten jährlich, abzüglich 15 % für Erhaltungskosten, abzüglich der erhaltenen Drittmittel, sodann reduziert um 50 % wegen des fehlenden Nachweises einer Jahresarbeitszeit von mehr als 2,5, auf seine vier Mieter umlegen. Die Verteilung darf er nach billigem Ermessen vornehmen.

f) Sonderkappungsgrenze

aa) Ausgestaltung, Konsequenzen

Im Zuge der GEG-Novelle hat der Gesetzgeber in den §§ 559 und 559e BGB eine weitere Kappungsgrenze installiert, die ausschließlich bei der Mieterhöhung nach Heizungsanlagenmodernisierung Geltung beansprucht. Gem. §§ 559e Abs. 3 Satz 1, 559 Abs. 3a Satz 1 BGB darf sich bei Erhöhungen der jährlichen Miete nach einer Heizungsanlagenmodernisierung gem. § 555b Nr. 1a BGB (s. indes zu § 559 Abs. 3a Satz 3 BGB unter III. 3. f) der monatliche Grundmietbetrag innerhalb von sechs Jahren – von Erhöhungen nach §§ 558 oder 560 BGB abgesehen – nicht um mehr als 0,50 €/qm erhöhen. Dabei dürfen – sofern der Vermieter darüber hinaus zu Mieterhöhungen nach § 559 Abs. 1 BGB berechtigt ist – die in § 559 Abs. 3a Satz 1 und 2 BGB etablierten Grenzen nicht überschritten werden. Das bedeutet, dass sich die (Grund-)Miete insgesamt – wiederum ohne Erhöhungen nach §§ 558 oder 560 BGB – innerhalb von 6 Jahren um nicht mehr als 3 €/qm, sofern sie weniger als 7 €/qm beträgt, um nicht mehr als 2 €/qm erhöhen darf.

⁶⁹ LG Berlin, GE 2019, 1579.

⁷⁰ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 102; aA aber Horst, MietRB 2023, 311 [315].

⁷¹ Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559e Rn. 13; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 102.

Fall 2:

Die (Grund-)Miete beträgt seit Januar 2019 350 €, die Wohnfläche 50 qm. Vermieter V hat nach energetischer Modernisierung ab Sept. 2021 125 € mtl. umgelegt. Im Februar 2024 ersetzt er die Gasheizungsanlage durch eine Erdwärmepumpe. Die monatlich umlagefähigen Kosten belaufen sich auf 50 €. Kann V diese voll umlegen?

Die „50 Cent-Kappungsgrenze“ gilt, wie der Umlagetatbestand des § 559e BGB überhaupt, ausschließlich für die Kosten des Einbaus oder der Aufstellung der Heizungsanlage i.S.d. § 3 Nr. 14a GEG. Die dadurch u.U. erforderlich werdende Modernisierung der weiteren heizungstechnischen Komponenten in dem Gebäude kann ohnehin nur nach § 559 BGB auf die Mieter umgelegt werden; hier gelten die allgemeinen Kappungsgrenzen des Abs. 3a Satz 1 und 2 dieser Vorschrift.

Hat der Vermieter in den letzten sechs Jahren bereits Modernisierungskosten, für welche Maßnahme auch immer, auf die Mieter umgelegt, so muss er zunächst die allgemeinen Kappungsgrenzen des § 559 Abs. 3a Satz 1 und 2 BGB in den Blick nehmen. Hat er diese bereits ausgeschöpft, ist eine Modernisierungsumlage wegen einer nunmehr erfolgten Heizungsanlagenmodernisierung nach § 559e BGB – jedenfalls in dem genannten Zeitraum – nicht mehr möglich⁷².

Zwischenergebnis Fall 2:

Der für die Kappungsgrenze der §§ 559 Abs. 3a, 559e Abs. 2 BGB maßgebliche Sechsjahreszeitraum endet gem. §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 BGB mit Ablauf des Monats August 2027. Die Kappungsgrenze für die Kosten der Heizungsanlagenmodernisierung lässt innerhalb dieser sechs Jahre einen monatlichen Erhöhungsbetrag von 25 € zu. Die Kappungsgrenze für eine Modernisierungsmieterhöhung insgesamt beschränkt die Umlage für den Sechsjahreszeitraum auf 150 €/qm (3 € x 50 qm). Die Kosten für die im September 2021 durchgeführte energetische Modernisierung haben 125 € betragen. V kann von den prinzipiell umlagefähigen Kosten der Heizungsanlagenmodernisierung in Höhe von monatlich 50 € innerhalb des Sechsjahreszeitraums lediglich 25 € auf die Mieter umlegen.

Fraglich ist, ob V die weiteren 25 € noch nach Ablauf der Sechsjahresfrist umlegen kann.

bb) Verbrauch des Mieterhöhungsrechts?

Die Frage einer Nachholung des Restes einer nach § 559 Abs. 3a BGB gekappten Modernisierungsumlage wird bereits seit Inkrafttreten dieser Vorschrift kontrovers diskutiert. Teilweise

⁷² Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559e Rn. 16; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 157; s. auch BeckOGK/Schindler (Fn. 47), § 559e Rn. 16; Plappert/Böhme, NZM 2023, 777 [779].

wird das während des Sechsjahreszeitraums einmal ausgeübte Mieterhöhungsrecht nach dessen Ablauf als verbraucht angesehen⁷³. Eine Nachholung – so wird argumentiert – widerspreche der Intention der Kappungsgrenze, der eine mietpreisbegrenzende Funktion zukomme⁷⁴. Deswegen wolle die Kappungsgrenze die Möglichkeit einer Mieterhöhung generell und nicht nur zeitweise ausschließen⁷⁵. Der Vermieter könne abgeschlossene Modernisierungsmaßnahmen für eine Mieterhöhung nur nutzen, wenn sie sich innerhalb der Kappungsgrenze bewegen⁷⁶.

Die Gegenansicht weist darauf hin, dass das Mieterhöhungsrecht des § 559 Abs. 1 BGB nicht befristet ist⁷⁷. Zudem handele es sich bei der Kappungsgrenze gem. § 559 Abs. 3a BGB um eine betragsbezogene Begrenzung zulässiger Erhöhungen innerhalb eines Bezugszeitraums, um finanzielle Mehrbelastungen zu deckeln und besser vorhersehbar zu machen, nicht hingegen um eine maßnahmenbezogene Limitierung⁷⁸.

Nach einer Variante dieser Ansicht ist der Vermieter gehalten, auch die erst nach Ablauf der Kappungsfrist greifende weitere Mieterhöhung bereits gem. § 555c Abs. 1 Satz 2 BGB in die Modernisierungsankündigung mit aufzunehmen⁷⁹. Darüber hinaus müsse er den Restbetrag noch vor Ablauf der Sechsjahresfrist zum Gegenstand der weiteren Mieterhöhungserklärung nach § 559b Abs. 1 BGB machen. Es könne vom Mieter nicht erwartet werden, dass ihm der womöglich sechs Jahre zurückliegende Vorbehalt der weiteren Erhöhung noch hinreichend präsent sei⁸⁰.

Für die erstgenannte Auffassung wird die Intention der erst Anfang 2019 in den § 559 BGB eingefügten Kappungsgrenze ins Feld geführt, die gerade darin liege, dem Vermieter keine unbegrenzten Mieterhöhungsmöglichkeiten einzuräumen und ihn damit auch zur Zurückhaltung bei der Modernisierung anzuhalten⁸¹. Deshalb könne der Vermieter nur solche Modernisierungsmaßnahmen für eine Mieterhöhung nutzen, die sich innerhalb der Kappungsgrenze bewegen würden. Eine Vollumlage der Modernisierungskosten, die er nur scheinbar zeitversetzt geltend machen könne, stehe ihm gerade nicht zu⁸².

⁷³ So namentlich Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 87f; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 156; Eisenschmid, WuM 2019, 225 [236].

⁷⁴ Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 87 f.

⁷⁵ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 156.

⁷⁶ Eisenschmid, WuM 2019, 225 [236].

⁷⁷ Lee, NZM 2023, 780 [797]; Hinz, ZMR 2019, 557 [564].

⁷⁸ Lee, NZM 2023, 780 [797].

⁷⁹ Gsell/Siegmund, NZM 2019, 489 [500].

⁸⁰ Gsell/Siegmund, NZM 2019, 489 [500].

⁸¹ Eisenschmid, WuM 2019, 225 [236].

⁸² Eisenschmid, WuM 2019, 225 [236].

Auch bei Mieterhöhungen nach § 558 BGB könne der Vermieter den die Kappung übersteigenden Betrag nicht „mitnehmen“, sondern müsse bei jeder Mieterhöhung die ortsübliche Vergleichsmiete erneut ermitteln und darauf die Kappungsgrenze bemessen⁸³.

Gegen diese Sichtweise lässt sich jedoch argumentieren, dass es für die Modernisierungsmieterhöhung – gleichgültig ob diese auf den allgemeinen Tatbestand des § 559 BGB oder auf die neue in § 559e BGB eingefügte Sonderregelung gestützt wird – keine zeitliche Beschränkung gibt. Insbesondere muss sie nicht in zeitlichem Zusammenhang mit dem Abschluss der Modernisierungsarbeiten erklärt werden. Ob der zeitliche Abstand einer Mieterhöhung zu den Arbeiten, deren Kosten der Vermieter umlegen will, im Einzelfall zu groß ist, kann sich lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen der Verwirkung bemessen. Allerdings setzt diese nach ständiger Rechtsprechung des BGH voraus, dass zu dem Aspekt des Zeitablaufs (sog. Zeitmoment) besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde seinen Anspruch nicht mehr geltend machen (sog. Umstandsmoment)⁸⁴. Um einer Verwirkung vorzubeugen, mag es sinnvoll sein, wenn der Vermieter bereits in der ersten Mieterhöhungserklärung mitteilt, dass er beabsichtigt, den gem. §§ 559 Abs. 3a oder 559e Abs. 3 BGB gekappten Betrag nach Ablauf der maßgeblichen Sechsjahresfrist umzulegen. Es erscheint jedoch fraglich, ob dies in jedem Fall erforderlich sein wird, um die Umlage eines während der Sechsjahresfrist gekappten Restbetrages nach deren Ablauf zu realisieren.

Indes kann der Hinweis auf die Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB schon deswegen nicht verfangen, weil diese gänzlich anderen Prinzipien gehorcht. Bezugspunkt sind hier nicht die vom Vermieter für das Objekt aufgewendeten Kosten, sondern die ortsübliche Vergleichsmiete, die sich in einer ständigen Fluktuation befindet. An dieser muss sich naturgemäß jedes neue Mieterhöhungsverlangen nach §§ 558, 558a BGB orientieren.

III. (Allgemeine) Modernisierungsmieterhöhung – § 559 BGB

1. Anwendbarkeit

Will der Vermieter nach Durchführung einer Heizungsanlagenmodernisierung gem. § 555b Nr. 1a BGB die daraus resultierenden Kosten teilweise dem Mieter auferlegen, kann er dies einerseits mithilfe des speziellen Umlagetatbestands gem. § 559e BGB erreichen. Andererseits kann er eine Kostenumlage aber auch auf den allgemeinen Tatbestand der Mieterhöhung nach Wohnraummodernisierung gem. § 559 BGB stützen. Keineswegs wird dieser durch die

⁸³ *Eisenschmid*, WuM 2019, 225 [236].

⁸⁴ S. nur BGH, UrT. v. 9.11.2022 – VIII ZR 331/21 Rn. 37, zit. nach juris.

allein für Heizungsanlagenmodernisierungen geltende Regelung in § 559e BGB verdrängt. Beide Umlagetatbestände konkurrieren miteinander⁸⁵. Der Vermieter hat insoweit die Wahl, mithilfe welcher der beiden Tatbestände er die erstrebte Mieterhöhung durchsetzen will. Vor einer Umlage der Kosten einer GEG-Heizungsanlagenmodernisierung werden der Vermieter und sein Berater daher sehr genau zu prüfen haben, mit welchen der beiden Mieterhöhungssysteme das gewünschte Ziel am einfachsten zu erreichen ist.

Im Übrigen muss bei der Beratung des Vermieters stets beachtet werden, dass § 559e BGB ausschließlich die Kosten für die Heizungsanlage i.S.d. § 3 Nr. 14a BGB erfasst. Sind dem Vermieter im Zuge der Heizungsanlagenmodernisierung auch noch Kosten für eine notwendige Erneuerung oder Ertüchtigung von weiteren Komponenten der heizungstechnischen Anlage, namentlich der Heizkörper und der Heizungsrohre entstanden, kann er diese nur mithilfe des allgemeinen Mieterhöhungstatbestands gem. § 559 BGB auf den Mieter umlegen⁸⁶.

2. Voraussetzung – mieterhöhungsrelevante Modernisierungsmaßnahme

Gem. § 559 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Mieter die monatliche (Grund-)Miete um 8 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen, wenn er eine Modernisierungsmaßnahme i.S.d. § 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB durchgeführt hat.

a) Heizungsanlagenmodernisierung gem. § 555b Nr. 1a BGB

Nicht erwähnt in der Palette der mieterhöhungsrelevanten Modernisierungsmaßnahmen in § 559 Abs. 1 BGB ist die Heizungsanlagenmodernisierung nach § 555b Nr. 1a BGB. Gleichwohl wird im Schrifttum kontrovers diskutiert, ob auch eine solche Modernisierungsmaßnahme unmittelbar zu einer Mieterhöhung nach § 559 BGB berechtigt.

Nach einer Auffassung zählen auch Heizungsanlagenmodernisierungen i.S.d. § 555b Abs. 1a BGB im Rahmen des § 559 Abs. 1 BGB zu den Modernisierungsmaßnahmen nach § 555b Nr. 1 BGB⁸⁷. Dass diese in dem Mieterhöhungstatbestand nicht aufgezählt seien, sei unerheblich. Die Nummer 1a sei ebenso wie die nachträglich eingeführte Nummer 4a von der jeweils vorherigen Nummer mitumfasst. Für die Nummer 4a ergebe sich dies bereits aus § 559 Abs. 1 Satz 2 BGB; für Nummer 1a aus § 559 Abs. 3a Satz 3 und Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BGB⁸⁸.

⁸⁵ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 141.

⁸⁶ S. dazu auch Lee, NZM 2023, 780 [785 f.].

⁸⁷ Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 52; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 71; Börstinghaus, NJW 2023, 3193 [3195].

⁸⁸ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 71.

Allerdings erwähnt § 559 BGB die Modernisierungsvariante des Anschlusses an ein Glasfasernetz (§ 555b Nr. 4a BGB) bereits auf der Tatbestandsebene, nämlich in Absatz 1 Satz 2. Damit hat der Gesetzgeber im Zuge der TKG-Novelle 2021⁸⁹ die in § 559 Abs. 1 BGB beherbergte Palette der mieterhöhungsrelevanten Modernisierungstatbestände um eine weitere Variante ergänzt und diese in den dortigen Satz 2 verlagert. Allerdings hat er das betreffende Mieterhöhungsrecht dahingehend eingeschränkt, dass es nur dann besteht, wenn der Mieter seinen Telekommunikationsanbieter über den errichteten Anschluss frei wählen kann und der Vermieter kein Bereitstellungsentgelt gem. § 72 TKG als Betriebskosten umlegt oder umgelegt hat. Demgegenüber ist die Heizungsanlagenmodernisierung des § 555b Nr. 1a BGB unter den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 559 Abs. 1 BGB überhaupt nicht erwähnt.

Auch der Rekurs auf § 555b Nr. 1a BGB in den Absätzen 3a und 4 des § 559 BGB gibt kein Argument dafür ab, dass die darin geregelte Heizungsanlagenmodernisierung unmittelbar zur Mieterhöhung nach dieser Vorschrift berechtigen könnte. Die Nennung des § 555b Nr. 1a BGB ist vielmehr deswegen erforderlich geworden, weil der Mieterhöhungstatbestand des § 559e BGB in Absatz 1 Satz 2 für den Fall, dass der Vermieter die für die Maßnahme prinzipiell vorgesehenen öffentlichen Fördermittel nicht in Anspruch genommen hat, auf § 559 BGB verweist. Allein im Hinblick auf diese – unter IV. noch zu thematisierende – Verweisung ist es erforderlich geworden, die Heizungsanlagenmodernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1a BGB ausdrücklich bei den auch in § 559 BGB enthaltenen Regelungen über die Sonderkappungsgrenze in Absatz 3a Satz 3 und über die Modernisierungsmaßnahmen aufgrund nicht zu vertretender Umstände in Absatz 4 Satz 2 Nummer 2 zu erwähnen. Dann aber kann der Hinweis auf diese Bestimmungen nicht verfangen.

Es dürfte sogar sehr viel näherliegen, aus der im Zuge der TKG-Novelle in § 559 Abs. 1 Satz 2 BGB eingefügten Mieterhöhungsberechtigung nach Anschluss an ein Glasfasernetz den Umkehrschluss zu ziehen, dass eine Heizungsanlagenmodernisierung gem. § 555b Nr. 1a BGB eben nicht unmittelbar zur Mieterhöhung berechtigt. Zudem drängt sich die Frage auf, welchen Sinn überhaupt der Verweisungstatbestand in § 559e Abs. 1 Satz 2 BGB haben sollte, wenn der Vermieter nach Durchführung einer Heizungsanlagenmodernisierung ohnehin gem. § 559 BGB zur Kostenumlage berechtigt wäre, ohne die für eine solche Maßnahme vorgesehenen öffentlichen Fördermittel in Anspruch nehmen zu müssen. Nach alledem sprechen die besseren Argumente dafür, dass eine Modernisierungsmaßnahme nach § 555b Nr. 1a BGB dem Vermieter allein dann ein unmittelbares Mieterhöhungsrecht nach § 559 BGB generiert, wenn zumindest einer der in Absatz 1 Satz 1 der Vorschrift aufgeführten Modernisierungstatbestände des § 555b Nr. 1, 4 oder 6 BGB erfüllt ist.

⁸⁹ Telekommunikationsmodernisierungsgesetz v. 23.6.2021, BGBl. I, S. 1858.

b) Energetische Modernisierung gem. § 555b Nr. 1 BGB

Es eröffnet sich daher die Frage, ob der Einbau einer die 65 %-Vorgabe des § 71 Abs. 1 GEG erfüllenden Heizungsanlage eine nach § 559 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Mieterhöhung berechtigende energetische Modernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB darstellt. Eine solche erfordert nach der in der Vorschrift enthaltenen Legaldefinition eine bauliche Maßnahme, durch die in Bezug auf die Mietsache Endenergie nachhaltig eingespart wird.

aa) Einsparung von Endenergie

Endenergie ist diejenige Energiemenge, die der Anlagentechnik des Gebäudes zur Verfügung gestellt werden muss, um die vom Endverbraucher geforderte Nutzenergie in Gestalt von Raumwärme, Warmwasser, Bewegung oder Beleuchtung zu erzeugen⁹⁰. Gemessen wird die Endenergie an der Gebäudegrenze gleichsam als Schnittstelle, an welcher der jeweilige Energieträger in Form von Heizöl, Erdgas, Holzpellets, Fernwärme oder Strom übergeben wird⁹¹. Damit schließt der Begriff der Endenergie die hinter der Gebäudegrenze stattfindenden Verluste durch Anlagentechnik mit ein.

Stark vereinfachend lässt sich sagen: Endenergie = Nutzenergie + Verluste durch Anlagentechnik.

Das Pendant zur Endenergie bildet die Primärenergie. Hierbei handelt es sich um die Energie, wie sie mit den natürlichen Energieformen zur Verfügung steht, namentlich den fossilen Energien wie Kohle, Erdöl und Erdgas, den nuklearen Energien (Kernenergien) wie Uran und Plutonium sowie den erneuerbaren Energien wie Wind, Wasser, Solarstrahlung sowie Geothermie und Umweltwärme⁹². Im Gegensatz zur Endenergie impliziert die Primärenergie auch die der Gebäudegrenze vorgelagerten Prozesse zur Gewinnung, Umwandlung und Verteilung der Energieträger (z.B. Bohrung zur Gewinnung von Erdöl, Raffinerie zu Heizöl und Transport zum Abnehmer, Verstromung des Heizöls durch Verbrennung)⁹³.

Stark vereinfachend lässt sich sagen: Primärenergie = Endenergie + vorgelagerter Aufwand.

⁹⁰ BT-Drs. 17/10485, S. 27; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 69.

⁹¹ BT-Drs. 17/10485, S. 27; *Eisenschmid*, WuM 2009, 624; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 13), § 555b Rn. 16.

⁹² *Eisenschmid*, WuM 2009, 624; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 13), § 555b Rn. 16.

⁹³ *Derleder*, NZM 2013, 441 [444].

Während der Energiebedarf eines Gebäudes stets messbar ist⁹⁴, lässt sich der Primärenergiebedarf nur dadurch bestimmen, dass die an der Gebäudegrenze gemessene Endenergie mit einem Primärenergiefaktor multipliziert wird⁹⁵.

Eine Einsparung von Endenergie findet in folgenden Konstellationen statt:

- Wenn zur Erbringung derselben Energiedienstleistung am Verbrauchsort weniger Nutzenergie erforderlich wird. Das geschieht beispielsweise durch eine Wärmedämmung der Gebäudehülle, einen Fensteraustausch oder durch Installation einer Lüftungsanlage mit Wärmerückgewinnung.
- Wenn die Nutzenergie mit größerer Effizienz zur Verfügung gestellt wird, so etwa durch eine Heizungsanlage mit einem höheren Wirkungsgrad oder durch eine bessere Isolierung der Rohrleitungen zwischen Heizkessel und Heizkörpern. Auch die Durchführung eines hydraulischen Abgleichs fällt in diese Kategorie⁹⁶.

Streitig ist indes, ob eine Verringerung des Endenergiebedarfs auch dadurch erfolgen kann, dass in dem Gebäude eine Anlage zur Nutzung von erneuerbaren Energien installiert wird, so z.B. Solarkollektoren zur Erzeugung von Warmwasser oder eben eine Wärmepumpe, wie im **Fall 1**. Das ist mitunter deswegen bezweifelt worden, weil die im Gebäude benötigte Nutzenergie unverändert bleibt⁹⁷. Auch die zur Herstellung der Nutzenergie aufzubringende – dem Gebäude also zuzuführende – Energiemenge (gemessen in kWh/a) werde nicht reduziert. Die Situation sei vergleichbar mit derjenigen einer Windkraftanlage in unmittelbarer Nähe des Gebäudes, die zu dessen Stromversorgung eingesetzt werde⁹⁸. Hier wie dort bleibe die dem Gebäude zuzuführende Energiemenge gemessen in kWh/a unverändert. Es reduziere sich lediglich die an Gebäudehülle zu messende „bezahlbare“ Endenergie, da weniger Heizöl oder Heizgas eingekauft werden müsse. Allein darin liege aber aus technischer Sicht keine Einsparung von Endenergie⁹⁹.

Anders hat dies allerdings der Gesetzgeber des Mietrechtsänderungsgesetzes 2013 gesehen. In der Begründung des Regierungsentwurfs heißt es:

⁹⁴ S. nur BeckOGK/Schepers (Fn. 47), § 555b Rn. 9.

⁹⁵ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 17.

⁹⁶ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 75.

⁹⁷ Derleder, NZM 2013, 441 [443]; BeckOGK/Schepers (Fn. 47), § 555b Rn. 15 f.; Hinz, NZM 2013, 209 [212].

⁹⁸ Derleder, NZM 2013, 441 [443]; BeckOGK/Schepers (Fn. 47), § 555b Rn. 15.1.

⁹⁹ Derleder, NZM 2013, 441 [443]; BeckOGK/Schepers (Fn. 47), § 555b Rn. 15,1; Hinz, NZM 2013, 209 [212].

„Auswirkungen auf den Endenergiebedarf können aber auch am Gebäude befindliche Anlagen zur Nutzung von Sonnen- oder Windenergie haben: Wird ein Gebäude mit einer solchen Anlage ausgestattet und die hiermit erzeugte Energie zur Deckung des Energiebedarfs des Gebäudes selbst eingesetzt (z.B. Erzeugung von Warmwasser mit Hilfe von Solarkollektoren), so bleibt zwar die benötigte Nutzenergie unverändert. Es muss nach der Modernisierung jedoch an der ‚Schnittstelle‘ Gebäudehülle weniger ‚zu bezahlende‘ Endenergie beschafft werden (also etwa weniger Heizöl zugekauft werden). Der Endenergiebedarf des Gebäudes sinkt also; zugleich sinken damit i.d.R. auch die Betriebskosten des Mieters für die gemietete Wohnung.“¹⁰⁰

Mit Blick auf die Intention des § 555b Nr. 1 BGB, den Austausch fossiler durch erneuerbare Energieträger zu befördern, ist mitunter eine extensive Auslegung der Vorschrift dahingehend befürwortet worden, dass eine Einsparung von Endenergie bereits dann stattfinden soll, wenn „teilweise keine nicht erneuerbare Energie mehr benötigt“ wird, „insoweit die Kaufpreisbeträge für fossile Energieträger wie das Erdgas“ entfallen¹⁰¹, kurzum: wenn – gemessen an der Gebäudehülle – weniger fossile Endenergie in die Anlagentechnik des Gebäudes hineingegeben werden muss, um gewünschte Nutzenergie zu erzeugen. Im Ergebnis liefe das auf eine teleologische Reduktion des Endenergiebegriffs hinaus.

Allerdings hat ein von der energietechnischen Terminologie emanzipierter Begriff der Endenergie gerade keinen Eingang in den § 555b Nr. 1 BGB gefunden¹⁰². Das ist auch vor dem Hintergrund zu berücksichtigen, dass die hier in Rede stehende Problematik im Rahmen der Sachverständigenanhörung zum Entwurf des Mietrechtsänderungsgesetzes im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am 15.10. 2012 thematisiert worden ist. Jedenfalls in den schriftlichen Stellungnahmen ist die Frage aufgeworfen worden, ob § 555b Nr. 1 BGB-E lediglich „bezahlbare“ Endenergie meint, verbunden mit der Anregung, insoweit eine Klarstellung vorzunehmen¹⁰³. Ist eine solche unterblieben, lässt dies den Schluss zu, dass der Gesetzgeber allein auf die Einsparung von Endenergie abstellen wollte.

Vielleicht lässt sich das vom Gesetzgeber favorisierte Ergebnis aber auch schon mithilfe des herkömmlichen technischen Endenergiebegriffs erzielen. Endenergie ist nach dem oben Gesagten die vom Endverbraucher – im **Fall 1** also vom Mieter – abgerufene Nutzenenergie zuzüglich der Verluste, welche durch die Anlagentechnik des Gebäudes verursacht werden. Werden die durch die Anlagentechnik verursachten Verluste reduziert, z.B. durch einen Heizkessel mit einem größeren Wirkungsgrad, reduziert sich auch der Endenergiebedarf des Gebäudes.

¹⁰⁰ BT-Drs. 17/10485, S. 19.

¹⁰¹ *Derleder*, NZM 2013, 441 [443].

¹⁰² Das konzidiert auch *Derleder*, NZM 2013, 441 [443].

¹⁰³ S. etwa *Hinz*, NZM 2012, 777 [781].

Nun können die Verluste durch die Anlagentechnik unter dem Strich aber auch dadurch reduziert werden, dass diese natürliche, in der Umwelt vorhandene Energiequellen aktiviert und ihr bereits deswegen weniger Energie zugeführt werden muss, ohne dass sich dies auf die Nutzenergiebilanz auswirken könnte. So wird beispielweise mithilfe von Sonnenkollektoren ein Medium erhitzt, welches über einen Wärmetauscher die Wärme an die Warmwasseranlage des Gebäudes abgibt¹⁰⁴.

Auch die Wärmepumpe entzieht der Umwelt oder dem Erdreich Wärmeenergie, die sie komprimiert und sodann in konzentrierter Form an das die Heizkörper versorgende Wasser abgibt. Die Wärmepumpe funktioniert gleichsam wie ein umgedrehter Kühltisch: Dieser erzeugt mithilfe seiner Anlagentechnik (gasförmiges Kältemittel, Kompressor, Verdampfer) bestimmungsgemäß Kälte und gibt Wärme nach außen ab; die Wärmepumpe erzeugt bestimmungsgemäß Wärme für die heizungstechnische Anlage und gibt Kälte nach außen ab. Dieser Prozess erfordert jedoch den Einsatz von Energie; im Regelfall wird es sich dabei um Strom handeln. Eine Einsparung von Endenergie erfolgt aber nur dann, wenn sich die zum Betrieb der Wärmepumpe erforderliche Menge an elektrischer Energie gegenüber den zum Betrieb der bisherigen Heizungsanlage erforderlichen Menge an (regelmäßig) fossiler Energie – gemessen in kWh/a an der Gebäudegrenze – reduziert. Das wird beim Austausch älterer Heizungsanlagen stets der Fall sein, zumal damit regelmäßig eine Erneuerung der weiteren Anlagentechnik einhergeht¹⁰⁵.

Aber auch bei Ersetzung einer modernen Gasheizung mit einem hohen Wirkungsgrad durch eine Wärmepumpe wird – jeweils nach den Umständen des Einzelfalls – eine Einsparung von Endenergie erzielbar sein. Dies liegt bereits deswegen nahe, weil ein Teil der für die Beheizung des Gebäudes benötigten Wärme dem Erdreich oder der Umwelt entnommen wird. Gerade die Nutzung der Geothermie lässt prinzipiell eine hohe Effizienz versprechen. Es kommt aber immer auf die Umstände vor Ort an: Neben dem Wirkungsgrad der Wärmepumpe sind vor allem die Beschaffenheit des Gebäudes, namentlich der Dämmzustand, sowie die Dimensionierung der Heizkörper in den Räumen von ausschlaggebender Bedeutung.

Keine Einsparung von Endenergie erfolgt indes durch die Ersetzung einer mit fossilen Energieträgern betriebenen Heizungsanlage durch eine Hausübergabestation zum Anschluss an ein Wärmenetz, selbst wenn dieses den Anforderungen des § 71b GEG (vgl. § 71 Abs. 3 Nr. 1 GEG) entsprechen sollte. Denn der an der Gebäudegrenze (in kWh/a) zu messende

¹⁰⁴ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 13), § 555b Rn. 19, 28; Blank/Börstinghaus/Siegmund/*Börstinghaus*, *Miete*, 7. Aufl. 2023, § 555b Rn. 16.

¹⁰⁵ Blank/Börstinghaus/Siegmund/*Börstinghaus* (Fn. 104), § 555b Rn. 18.

Energiebedarf für die Anlagentechnik des Objekts bleibt unverändert. Eingespart in nicht unerheblichem Umfang wird aber Primärenergie. Der für das Gebäude zu veranschlagende Primärenergiebedarf lässt sich durch die an der Gebäudegrenze zu messende Menge an Endenergie, multipliziert mit dem Primärenergiefaktor des jeweiligen Energieträgers, bestimmen. Die Anlage 4 zu § 22 GEG nennt zwar keinen Primärenergiefaktor für Wärme aus Wärmenetzen; in technischen Übersichten wird der Faktor für Wärme aus Kraft-Wärme-Kopplungsanlagen bei Verwendung von erneuerbarem Brennstoff mit einer Untergrenze von 0,2, bei Verwendung von beliebigem Brennstoff mit einer solchen von 0,3 angegeben. Als Pauschalfaktor wird 0,7 genannt¹⁰⁶. Demgegenüber liegt der Primärenergiefaktor für Heizöl, Erdgas und Flüssiggas bei 1,1.

bb) Nachhaltigkeit

Eine Energieeinsparung ist nachhaltig, wenn sie überhaupt eine messbare Einsparung an Heizenergie bewirkt und diese dauerhaft ist. Für den Begriff der Nachhaltigkeit ist nicht die Feststellung einer bestimmten Mindestenergieeinsparung erforderlich¹⁰⁷. Im Vordergrund steht also der zeitliche Faktor; die Energieeinsparung muss von einer gewissen Dauer sein¹⁰⁸.

(1) *Übergangsheizungen*. Eine nachhaltige Einsparung von Endenergie, wie § 555b Nr. 1 BGB sie erfordert, ist insbesondere bei den bereits unter II. 1 a dd [3]) thematisierten Übergangsheizungen problematisch. Wird eine nicht GEG-konforme Heizungsanlage nach Ablauf der jeweiligen kommunalen Wärmeplanungsfrist gem. § 71 Abs. 8 Satz 1, 2 oder 3 GEG installiert, so darf sie höchstens für fünf Jahre betrieben werden; es läuft die allgemeine Übergangsfrist des § 71i Abs. 1 Satz 1 GEG. Nach Ablauf von fünf Jahren, beginnend mit den Austauscharbeiten, muss sie unabweislich durch eine die Vorgaben des § 71 Abs. 1 GG erfüllende Heizungsanlage ersetzt werden. Dann aber kann die durch sie bewirkte Energieeinsparung nicht als nachhaltig im Sinne einer gewissen Dauer kategorisiert werden. Es handelt sich um eine lediglich vorübergehende Lösung. Darüber hinaus wird dem Einbau einer solchen Übergangsheizung vielfach auch schon der Charakter einer Modernisierungsmaßnahme abzusprechen und lediglich von einer Erhaltungsmaßnahme i.S.v. § 555a BGB auszugehen sein. Das gilt namentlich dann, wenn eine mit fossilen Energieträgern betriebene Heizungsanlage durch eine ähnlich beschaffene, vom Ausstattungsstandard her aber kaum verbesserte Anlage ersetzt wird (s. dazu bereits oben unter II. 1. a) dd) [3])¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Grundlagenpapier Primärenergiefaktoren, S. 11, abrufbar unter Grundlagenpapier Primärenergiefaktoren (bdew.de).

¹⁰⁷ BGHZ 150, 277, 282 = NZM 2002, 519, 520; NZM 2004, 336, 337 f. = ZMR 2004, 424; WuM 2004, 288.

¹⁰⁸ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 13), § 555b Rn. 26; Blank/Börstinghaus/Siegmund/*Börstinghaus* (Fn. 104), § 555b Rn. 23; *Bentrop*, WuM 2023, 649 [655]; *Harsch*, WuM 2013, 514 [520].

¹⁰⁹ So etwa *Bentrop*, WuM 2023, 649 [654].

Sofern die nicht GEG-konforme Heizungsanlage allerdings während der kommunalen Wärmeplanungsfristen des § 71 Abs. 8 Satz 1 bis 3 GEG – bei Großstädten mit mehr als 100.000 Einwohnern also spätestens bis zum 30.6.2026, bei Städten und Gemeinden mit bis zu 100.000 Einwohnern spätestens bis zum 30.6.2028 oder eben bis zum Ablauf von einem Monat nach Bekanntgabe der behördlichen Entscheidung über die Ausweisung des betreffenden Gebiets als Wärmenetz- oder Wasserstoffnetzausbaugebiet – errichtet wird, hat sie eine Daseinsberechtigung bis Ende 2044, immer vorausgesetzt, dass der Gebäudeeigentümer die ihn ab 2029 treffenden Nachsorgepflichten erfüllen kann (s. oben unter II. 1. a) dd) [1]). Das spricht tatsächlich für eine gewisse Dauerhaftigkeit der durch eine solche Heizungsanlage bewirkten Endenergieeinsparung.

(2) *H2-ready-Heizungen*. Spannend ist auch hier die Frage der Nachhaltigkeit einer Endenergieeinsparung. Unproblematisch wäre dies sicher dann, wenn ein Heizungsbetrieb mit grünem oder blauem Wasserstoff nach Fertigstellung des leitungsgebundenen Wasserstoffnetzes entsprechend der kommunalen Planung möglich wäre. Das wird jedoch aller Voraussicht nach in den nächsten Jahrzehnten nicht der Fall sein. Soweit die Heizungsanlage aber die recht engen Voraussetzungen des § 71k Abs. 1 Nr. 1 und 2 GEG erfüllt, darf sie jedenfalls bis Ende 2044 mit Erdgas betrieben werden. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber diese Frist noch einmal verlängern wird, sofern sich vor deren Ablauf in der Entwicklung der Wasserstofftechnologie doch noch ein signifikanter Fortschritt abzeichnen sollte. Zudem treffen den Gebäudeeigentümer während dieser Überbrückungszeit auch nicht die gestaffelten Nachsorgepflichten des § 71 Abs. 9 GEG. Gerade diese Privilegierung mag man als Argument dafür betrachten, dass sich die H2-ready-Heizung – mit Blick auf ihre Überbrückungsfunktion – bereits als Dauerlösung kategorisieren lässt¹¹⁰.

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass der Gebäudeeigentümer gem. § 71k Abs. 4 GEG die 65 %-Vorgabe binnen drei Jahren auf andere Weise erfüllen muss, sobald die Bundesnetzagentur festgestellt hat, dass der geplante Ausbau des Wasserstoffnetzes keine Umsetzung erfährt. Damit ist der dauernde Verbleib der Heizungsanlage in dem Gebäude im Zeitpunkt ihrer Installation keineswegs gesichert; gegenwärtig besteht aus Sicht des Gebäudeeigentümers lediglich die Hoffnung und Erwartung, dass die Anlage irgendwann vor 2045 in die Anforderungen des § 71 Abs. 1 GEG „hineinwächst“¹¹¹. Die begründete Aussicht auf einen dauerhaften Verbleib in dem Gebäude wird ihm erst dann zuteil, wenn ein positiver Bescheid über die Ausweisung des betreffenden Gebiets als Wasserstoffausbaugebiet ergangen ist.

¹¹⁰ Lee, NZM 2023, 780 [781].

¹¹¹ Lee, NZM 2023, 780 [787].

Erst dann erlangt die H₂-ready-Heizung in der Phase des Erdgasbetriebs den Status einer echten Übergangsheizung. Vorher lässt sie keine nachhaltige Einsparung von Endenergie erwarten.

Diese Sichtweise mag sich ändern, wenn in einigen Jahren die Errichtung eines Wasserstoffverteilnetzes in dem Bezugsgebiet mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit absehbar ist. Dann, aber auch erst dann wird die Installation einer H₂-ready-Heizung als eine zur Mieterhöhung nach § 559 BGB berechtigende energetische Modernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB bewertet werden können.

cc) In Bezug auf die Mietsache

Im Übrigen stellt § 555b Nr. 1 BGB klar, dass eine energetische Modernisierung eine Einsparung von Endenergie gerade in Bezug auf die Mietsache erfordert. Das bedeutet, dass die Maßnahme der Mietsache in irgendeiner Weise zugutekommen und dem Mieter insoweit irgendeinen Vorteil bringen muss¹¹². Das ist bei Einbau oder Aufstellung einer die 65 %-Vorgabe erfüllenden Heizungsanlage gem. § 71 Abs. 1 GEG fraglos der Fall. Demgegenüber fehlt es an einem Bezug zur Mietsache etwa bei einer auf dem Grundstück betriebenen Photovoltaikanlage, sofern der damit erzeugte Strom ausschließlich in das allgemeine Netz eingespeist wird. Hier greift lediglich der Auffangtatbestand des § 555b Nr. 2 BGB ein, der den Vermieter aber nicht zur Mieterhöhung berechtigt. Anders verhält es sich, wenn dieser den photovoltaisch erzeugten Strom mit Hilfe einer Verbundanlage oder einer Inselanlage dem Mietobjekt als Heizungs-Betriebsstrom (§ 2 Nr. 4 Buchst. a BetrKV) oder Beleuchtungsstrom (§ 2 Nr. 11 BetrKV) zur Verfügung stellt. Dann ist der für die Annahme einer energetischen Modernisierung gem. § 555b Nr. 1 BGB erforderliche Bezug zur Mietsache ohne Weiteres gegeben¹¹³.

Zwischenergebnis Fall 1: Der Einbau einer Wärmepumpe anstelle der bisherigen Gasheizungsanlage wird in aller Regel auch zu einer Einsparung von Endenergie führen, so dass er auch den Tatbestand einer energetischen Modernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1 BGB erfüllt. Da bei einer solchen strombasierten Heizungsanlage ein erheblicher Teil der vom Endverbraucher abgerufenen Wärmeenergie dem Erdreich entnommen wird, muss der Anlagentechnik des Gebäudes jedenfalls von außen weniger (fossile) Endenergie, gemessen in kWh/a zugeführt werden. Ein Mieterhöhungsrecht des V nach § 559 Abs. 1 BGB wäre damit begründet.

¹¹² Schmidt-Futterer/Eisenschmid (Fn. 13), § 555b Rn. 27; Börstinghaus/Eisenschmid, Modernisierungshandbuch, 2014, Kap 3 Rn. 30; BeckOGK/Schepers (Fn. 47), § 555b Rn. 19; Hinz, NZM 2019, 209 [212].

¹¹³ Zu den weiteren Konstellationen einer Versorgung des Mietobjekts mit photovoltaisch erzeugtem Strom Hinz, ZMR 2011, 685 [694 f.].

c) Erhöhung des Gebrauchswerts

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Installation einer die 65 %-Vorgabe erfüllenden Heizungsanlage eine nach § 559 Abs. 1 BGB mieterhöhungsrelevante Erhöhung des Gebrauchswerts der Wohnung i.S.d. § 555b Nr. 4 BGB darstellt. Maßgebend ist, ob durch die Heizungsanlagenmodernisierung eine Verbesserung des Wohnwerts erfolgt. Das bestimmt sich nach objektiven Kriterien, nicht hingegen nach den subjektiven Vorstellungen des Vermieters oder des Mieters¹¹⁴. Nach der Rechtsprechung des BGH ist darauf abzustellen, ob der in Rede stehenden Maßnahme nach der Verkehrsanschauung eine Wohnwertverbesserung zugemessen wird, so dass der Vermieter damit rechnen kann, dass die Wohnung nach Durchführung der Maßnahme von künftigen Mietinteressenten bei im Übrigen gleichen Konditionen eher angemietet würde als eine vergleichbare Wohnung, bei der diese Maßnahme nicht durchgeführt worden ist¹¹⁵ – etwas pointierter: wenn eine im Mietmarkt honorierte Wohnwertverbesserung stattfindet¹¹⁶.

Stellt man auf den Erwartungshorizont des durchschnittlichen Mietinteressenten ab, so könnte man zu der Annahme gelangen, dass es diesem letztlich gleichgültig ist, wie die Wohnung beheizt wird, ihn allein die auskömmliche Beheizbarkeit der Räume, die Leistungsfähigkeit des Heizungssystems und vor allem natürlich die zu erwartende Heizkostenbelastung interessiert. Andererseits wird die energetische Ausstattung und Beschaffenheit des Mietobjekts in § 558 Abs. 2 Satz 1 BGB explizit als Wohnwertmerkmal hervorgehoben. Zudem wird nach § 85 Abs. 1 Nr. 15 GEG die Art der genutzten erneuerbaren Energien zur Erfüllung der Anforderungen des § 71 Abs. 1 GG im Energieausweis dokumentiert. Dieser ist dem Mietinteressenten gem. § 80 Abs. 4 Satz 1 bis 5, Abs. 5 GEG im Original oder in Kopie bei der Wohnungsbesichtigung vorzulegen und nach Abschluss des Mietvertrages zu übergeben. Das deutet darauf hin, dass die Rechtsordnung der energetischen Beschaffenheit des Wohnraums einen hohen Stellenwert beimisst. Bestimmt sich der Modernisierungstatbestand der Gebrauchswertterhöhung nicht nach den subjektiven Befindlichkeiten des einzelnen Mietinteressenten, sondern nach der Verkehrsanschauung, in welche auch normative Aspekte mit einfließen, spricht vieles dafür, dass sich die Installation einer die 65 %-Vorgabe des § 71 Abs. 1 GG erfüllenden Heizungsanlage durchaus als Gebrauchswertterhöhung i.S.d. § 555b Nr. 4 BGB mit der Folge eines Mieterhöhungsrechts nach § 559 Abs. 1 BGB kategorisieren lässt.

¹¹⁴ BeckOK-BGB/Schlosser, 69. Edition (Stand: 1.2.2024), § 555b Rn. 27; Blank/Börstinghaus/Siegmund/Börstinghaus (Fn. 104), § 555b Rn. 30; Schmidt-Futterer/Eisenschmid (Fn. 13), § 555b Rn. 77.

¹¹⁵ BGH, NZM 2005, 697 f. = ZMR 2005, 851; NZM 2008, 283 Rn. 21 = ZMR 2008, 519; NZM 2011, 804 Rn. 23 = ZMR 2012, 97.

¹¹⁶ So explizit AG Charlottenburg, ZMR 2014, 368 Rn. 30: Wohnwertverbesserung bei zusätzlichem hofseitigen Balkon abgelehnt.

Zwischenergebnis Fall 1: Der Einbau einer Wärmepumpe anstelle der bisherigen Gasheizungsanlage wird bei hinreichender Leistungsfähigkeit, insbesondere wenn ihre Jahresarbeitszahl 2,5 übersteigt, auch zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts des Mietobjekts i.S.d. § 555b Nr. 4 BGB führen, womit ein Mieterhöhungsrecht des V nach § 559 Abs. 1 BGB begründet wäre.

3. Rechtsfolgen

a) Umlagesatz

Der allgemeine Tatbestand der Mieterhöhung nach Modernisierung erlaubt dem Vermieter, die jährliche Miete lediglich um 8 % der „für die Wohnung aufgewendeten Kosten“ zu erhöhen. Das für eine Heizungsanlagenmodernisierung vorgesehene Privileg einer 10 %-igen jährlichen Kostenumlage wird ihm nur dann zuteil, wenn er seine Umlage auf den Sondertatbestand des § 559e BGB stützt.

b) Umlagefähige Kosten

Anders als nach § 559e BGB, der ausschließlich die Kosten der Heizungsanlage i.S.d. § 3 Nr. 14a BGB umfasst, kann der Vermieter mithilfe des § 559 BGB sämtliche aus der Modernisierung des Heizungssystems resultierenden Kosten, somit auch diejenigen aus der erforderlich gewordenen Erneuerung oder Ertüchtigung der weiteren heizungstechnischen Anlage auf den Mieter umlegen. Dazu gehören insbesondere die Kosten von Heizkörpervergrößerungen, neu errichteten Rohrleitungen sowie Regelungs- und Steuerungsanlagen¹¹⁷. Im Übrigen gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze zum Umfang der nach § 559 BGB umlagefähigen Kosten¹¹⁸. Neben den Material- und Arbeitskosten für die Installation der einzelnen Komponenten kann der Vermieter auch hier die erforderlichen Baunebenkosten, wie z. B. die Kosten für die Planungs- und Ingenieurleistungen sowie die Baustelleneinrichtung (s. bereits oben unter II 2. a) in Ansatz bringen. Umlagefähig sind auch die Kosten für die Wiederherstellung des dekorativen Zustands des Mietobjekts¹¹⁹. Nicht in Ansatz zu bringen sind nach wie vor die Kosten der Kapitalbeschaffung; diese fällt allein in den Risikobereich des Vermieters¹²⁰.

c) Abzug von Erhaltungskosten

Nicht zu den „für die Wohnung aufgewendeten Kosten“ i.S.d. § 559 Abs. 1 Satz 1 BGB gehören nach § 559 Abs. 2 Satz 1 BGB diejenigen Kosten, die für Erhaltungsmaßnahmen, also zur Instandhaltung oder Instandsetzung der Mietsache (vgl. § 555a Abs. 1 BGB) erforderlich gewesen wären. Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Vermieter einen Abzug

¹¹⁷ Herlitz, NJ 2023, 527 [529]; ders., jurisPR-MietR 20/2023 Anm. 1 (unter A. II.).

¹¹⁸ Ausf. dazu Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 54 ff.; BeckOGK/Schindler (Fn. 47), § 559 Rn. 59 ff.

¹¹⁹ Dazu BGH, NZM 2011, 358 = ZMR 2011, 622 mit Anm. Schläger.

¹²⁰ OLG Hamburg, NJW 1981, 2820 [2821]; Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 64; Staudinger/V. Emmerich (Fn. 29), § 559 Rn. 32.

nach § 559 Abs. 2 BGB nicht nur dann vornehmen, wenn er durch die Modernisierung „fällige“ Instandsetzungsmaßnahmen erspart, sondern auch „bei der modernisierenden Erneuerung von Bauteilen und Einrichtungen, die bereits über einen nicht unerheblichen Zeitraum ihrer Nutzungsdauer (ab-)genutzt worden sind“¹²¹. Die abzuziehenden Kosten sind gem. § 559 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB soweit erforderlich durch Schätzung zu ermitteln. Solange dem Vermieter aber ein genauer rechnerischer Abzug der durch die Modernisierungsmaßnahme eingesparten Erhaltungskosten ohne größeren Aufwand möglich ist, muss er diesen vornehmen¹²².

Nach dem zum 1.1.2024 im Zuge der GEG Novelle neu eingefügten § 559 Abs. 2 Satz 2 BGB ist beim Abzug von Erhaltungskosten „der Abnutzungsgrad der Bauteile und Einrichtungen, die von einer modernisierenden Erneuerung erfasst werden, angemessen zu berücksichtigen“. Der Gesetzgeber wollte damit die Vorgaben der erwähnten BGH-Rechtsprechung kodifizieren¹²³, was ihm mithilfe des im preisgebundenen Wohnungsbau verorteten Kriteriums der „modernisierenden Erneuerung“ nur sehr bedingt gelungen ist¹²⁴. Der Begriff wird im Sinne einer modernisierenden Instandsetzung zu lesen sein.

Um eine modernisierende Instandsetzung handelt es sich auch, wenn der Vermieter die vorhandene Heizungsanlage durch eine solche mit einem höheren Wirkungsgrad austauscht, denn die Maßnahme beinhaltet sowohl Elemente der Erhaltung als auch solche der Modernisierung¹²⁵. Das gilt unabhängig davon, ob die bisherige Heizungsanlage havariert ist oder lediglich eine nicht unerhebliche Nutzungsdauer hinter sich hat¹²⁶. Muss sie wegen eines irreparablen Defekts ersetzt werden, so sind die aktuellen Kosten einer Heizungsanlage nach dem bisherigen Standard in Abzug zu bringen¹²⁷. Möglich wäre aber wohl auch, die Kosten einer entsprechenden Heizungsanlage aus der Zeit ihres Einbaus zu eruieren und sodann eine Inflationsbereinigung vorzunehmen¹²⁸. In jedem Fall würde ein gewisser „Modernisierungsüberhang“ verbleiben, der nach Maßgabe des § 559 BGB auf die Mieter umgelegt werden könnte.

¹²¹ BGH, NZM 2020, 795 = ZMR 2020, 925 Rn. 41.

¹²² Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 72; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 98.

¹²³ BT-Drs. 20/7619, S. 97.

¹²⁴ Sehr krit. zu dieser Regelung Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 3 Rn. 72a; Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 96.

¹²⁵ Vgl. BGH, NZM 2020, 795 = ZMR 2020, 925 Rn. 37; Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559 Rn. 49; BeckOGK/Schindler (Fn. 47), § 559 Rn. 76.

¹²⁶ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 98.

¹²⁷ Börstinghaus/Meyer/Börstinghaus (Fn. 10), § 3 Rn. 98.

¹²⁸ Vgl. Hinz, MDR 2020, 1436 [1438].

d) Mieterschutz bei „ineffizienter“ Wärmepumpe

Auch wenn der Vermieter nach Installation einer Wärmepumpe sein Wahlrecht hinsichtlich der Kostenumlage zugunsten des § 559 BGB ausgeübt hat, ist die mieterschützende Vorschrift des § 710 GEG anwendbar. Kann er den nach dieser Vorschrift erforderlichen Nachweis, dass die Jahresarbeitszahl der Anlage mehr als 2,5 beträgt, nicht erbringen, so darf er für die Mieterhöhung lediglich 50 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten zugrunde legen. Die unter II. 2. c) dargestellten Grundsätze gelten auch hier.

e) Drittmittelabzug

Hier gibt es ebenfalls keine Besonderheiten; die Bestimmung des § 559a BGB findet direkte Anwendung.

f) (Sonder-)Kappungsgrenze

Im Zuge der GEG-Novelle wurde die Sonderkappungsgrenze für Mieterhöhungen nach Modernisierung „mittels Einbaus oder Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zwecke der Inbetriebnahme in einem Gebäude“ auch in § 559 Abs. 3a BGB in einem neuen Satz 3 implementiert. Anders als die in § 559e Abs. 3 BGB statuierte Kappungsgrenze gilt die Erweiterung des § 559 Abs. 3a BGB nicht nur für die Heizungsanlagenmodernisierung im Sinne der 65 %-Vorgabe gem. § 555b Nr. 1a BGB, sondern auch für die energetische Modernisierung der Heizungsanlage nach § 555b Nr. 1 BGB. Auch in letzterem Fall erfasst die Sonderkappungsgrenze aber nur die Modernisierung der Heizungsanlage i.S.d. § 3 Nr. 14a GEG. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des § 559 Abs. 3a Satz 3 BGB, der explizit von einer Heizungsanlage, nicht hingegen von einer heizungstechnischen Anlage oder einem Heizungssystem spricht. Entsprechendes folgt auch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift, der annehmbar darin liegt, Mieterhöhungen nach Heizungsanlagenmodernisierung betragsmäßig innerhalb des Sechsjahreszeitraums zu begrenzen, um allzu hohen Mehrbelastungen des Mieters entgegenzuwirken¹²⁹.

Man mag bei vordergründiger Betrachtung daran denken, § 559 Abs. 3a Satz 3 BGB und – soweit an dieser Stelle darauf rekuriert wird – auch § 555b Nr. 1 BGB dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass ausschließlich Heizungsanlagenmodernisierungen zwecks Erfüllung der 65 %-Vorgabe unter die Sonderkappungsgrenze fallen. Das würde aber ihrer Intention, den Mieter vor finanziellen Mehrbelastungen weitergehend zu schützen als mittels der allgemeinen Kappungsgrenzen des § 559 Abs. 3a Satz 1 und 2 BGB, nicht gerecht werden. Demgemäß kommt die Sonderkappungsgrenze des § 559 Abs. 3a Satz 3 BGB auch bei Heizungs-

¹²⁹ I.d.S. auch Lee, NZM 2023, 780 [797].

anlagenmodernisierungen jenseits der 65 %-Vorgabe zum Tragen, soweit diese den Tatbestand der energetischen Modernisierung gem. § 555b Nr. 1 BGB erfüllen (s. dazu unter III. 2. b).

IV. Modernisierungsumlage nach §§ 559e Abs. 1 Satz 2, 559 BGB

Fall 3:

Vermieter V ersetzt nach ordnungsgemäßer Ankündigung in dem vermieteten Vierfamilienhaus die vorhandene 20 Jahre alte Gasheizungsanlage durch eine Erdwärmepumpe. Die Kosten belaufen sich auf 30.000 €. V hat die für eine solche Maßnahme vorgesehenen KfW-Zuschüsse in Höhe von 10.000 € nicht in Anspruch genommen, weil er diese im Zuge vorangegangener Sanierungsmaßnahmen bereits erschöpft hat. Nunmehr will er die Modernisierungskosten so weit wie möglich auf seine Mieter umlegen.

1. Voraussetzung: mangelnde Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel

Ein Mieterhöhungsrecht nach § 559e Abs. 1 Satz BGB in Höhe von 10 % p.a. der auf die Wohnung aufgewendeten Kosten steht dem Vermieter nach den obigen Ausführungen nur dann zu, wenn die Maßnahme dem Grunde nach öffentlich förderfähig ist und er die Fördermittel auch tatsächlich in Anspruch genommen hat (s. bereits unter II. 1. b). Geschieht dies nicht, obschon die Voraussetzungen für eine staatliche Förderung der Heizungsanlagenmodernisierung vorliegen, kann der Vermieter gem. § 559e Abs. 1 Satz 2 BGB die Kosten der Maßnahme nur noch nach § 559 BGB umlegen. Allerdings ist die Heizungsanlagenmodernisierung gem. § 555b Abs. 1a BGB im Tatbestand des § 559 Abs. 1 BGB nicht aufgeführt. Auch eine gesetzessystematische Interpretation dieser im Zuge der GEG-Novelle neu gestalteten Vorschrift führt – nach dem oben Gesagten – nicht dazu, dass sie die Modernisierungsvariante des § 555b Nr. 1a BGB mit umfassen könnte (s. unter III. 2. a). Und ob die Modernisierungstatbestände des § 555b Nr. 1 und 4 BGB bei sämtlichen die 65 %-Vorgabe erfüllenden Optionen des § 71 Abs. 3 GEG einschlägig sind, kann keineswegs als gesichert angesehen werden.

2. Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung?

Nach ganz überwiegender Ansicht handelt es sich bei dem in § 559e Abs. 1 Satz 2 BGB enthaltenen Rekurs auf § 559 BGB um eine Rechtsfolgenverweisung¹³⁰. Demgemäß darf das in dieser Vorschrift statuierte Mieterhöhungsrecht auch dann Geltung beanspruchen, wenn der Erhöhungstatbestand des § 559e Abs. 1 Satz 1 BGB – mit Ausnahme des Drittmittelbezugs – erfüllt ist, insbesondere also eine Heizungsanlagenmodernisierung i.S.d. § 555b Nr. 1a BGB von Seiten des Vermieters durchgeführt worden ist.

¹³⁰ Schmidt-Futterer/Börstinghaus (Fn. 13), § 559e Rn. 3, 9.

Vereinzelt wird § 559e Abs. 1 Satz 2 BGB aber auch im Sinne einer Rechtsgrundverweisung auf § 559 BGB verstanden¹³¹. Das hätte zur Folge, dass der Vermieter nach Durchführung einer Heizungsanlagenmodernisierung i.S.d. § 555b Abs. 1a BGB bei mangelnder Inanspruchnahme der dafür vorgesehenen öffentlichen Fördermittel eine Kostenumlage nur bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 559 Abs. 1 BGB realisieren könnte, seine Modernisierungsmaßnahme also die Voraussetzungen des § 555b Nr. 1, 4 oder 6 BGB erfüllen müsste.

Allerdings dürfte der Vermieter diesen Weg bereits aufgrund seines Wahlrechts zwischen den Mieterhöhungsoptionen der §§ 559 und 559e BGB einschlagen, sodass die § 559 Abs. 1 Satz 2 BGB statuierte Verweisungsnorm gänzlich überflüssig wäre. Indes wollte der Gesetzgeber den Vermieter im Falle einer zügigen und bestenfalls freiwilligen Umsetzung der 65 %-Vorgabe auch dann in einem gewissen Maße privilegieren, wenn dieser – aus welchen Gründen auch immer – die für den Heizungsaustausch vorgesehenen staatlichen Fördermittel nicht in Anspruch genommen hat. Das mag aus Sicht des Mieters zumindest dann unverständlich sein, wenn der Vermieter eine Inanspruchnahme der Fördermittel aus purer Nachlässigkeit unterlassen hat. In solchen Fällen bleibt dem Mieter nur die Möglichkeit, dies im Rahmen der Härtefallabwägung gem. § 559 Abs. 4 BGB geltend zu machen.

Lösung Fall 3: V steht nach Durchführung der Heizungsanlagenmodernisierung gem. § 555b Nr. 1a BGB ein Mieterhöhungsrecht im Umfang des § 559 BGB zu, nachdem er die für die Maßnahme vorgesehenen öffentlichen Fördermittel nicht in Anspruch nehmen konnte.

V. Wirtschaftlicher Härteeinwand

Nach § 559 Abs. 1 Satz 1 BGB ist die Mieterhöhung ausgeschlossen, soweit sie auch unter Berücksichtigung der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten für den Mieter eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Entsprechendes gilt aufgrund der Verweisung in § 559e Abs. 4 BGB auch für den Sondertatbestand der Mieterhöhung nach Heizungsanlagenmodernisierung. Erforderlich ist somit eine Abwägung zwischen dem Interesse des Mieters an der fortwährenden Erhaltung der von ihm bezogenen Wohnung und dem Interesse des Vermieters an der Refinanzierung seiner Modernisierungsaufwendungen, wobei die widerstreitenden verfassungsrechtlichen Eigentumspositionen beider Vertragsparteien (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) in Einklang zu bringen sind¹³².

¹³¹ So Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (Fn. 13), § 555b Rn. 67c.

¹³² Vgl. BGH, Urf. v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, WuM 2019, 706 Rn. 27, 30.

Im Prinzip vollzieht sich die Abwägung auch nach einer Modernisierungsmaßnahme gem. § 555b Nr. 1a BGB nach den allgemeinen – insbesondere vom BGH in seinem Urteil vom 9.10.2019¹³³ – aufgestellten Grundsätzen. Demgemäß ist die wirtschaftliche Situation des Mieters nicht schematisch, sondern einzelfallbezogen zu betrachten¹³⁴. Dabei ist immer zu berücksichtigen, dass die Härtefallabwägung den mit dem Modernisierungsvorhaben unabweisklich konfrontierten Mieter in Konkordanz mit dem vermierterseitigen Refinanzierungsinteresse vor dem Verlust seines bisherigen Lebensmittelpunktes schützen soll. Dabei ist insbesondere auch den Aspekten der Verwurzelung sowie der gesundheitlichen Verfassung des Mieters ein hoher Stellenwert beizumessen¹³⁵.

Darüber hinaus spricht vieles dafür, dass sich eine mangelnde Inanspruchnahme der für eine Heizungsanlagenmodernisierung nach § 555b Nr. 1a BGB zur Verfügung stehenden öffentlichen Fördermittel aus nicht nachvollziehbaren Gründen im Rahmen der Härtefallabwägung zum Nachteil des Vermieters auswirkt. Demgemäß hat dieser in einem (auch) die Härtefallabwägung betreffenden Rechtsstreit konkret darzulegen, warum er für derartige Vorhaben bereitgestellte öffentliche Fördermittel nicht in Anspruch genommen hat.

VI. Begründungserfordernis gem. § 559b Abs. 1 BGB

1. Grundsätzliche Anforderungen

Auch das Begründungserfordernis des § 559b Abs. 1 BGB gilt nicht nur für die allgemeine Modernisierungsmieterhöhung gem. § 559 BGB, sondern aufgrund der Generalverweisung in § 559e Abs. 4 BGB auch für den Sondertatbestand der Mieterhöhung nach GEG-Heizungsanlagenmodernisierung. Hier wie dort erfolgt die (einseitige) Mieterhöhung durch rechtsgestaltende Erklärung des Vermieters mit Wirkung zum Beginn des dritten Monats nach dem Zugang dieser Erklärung gem. § 559b Abs. 2 Satz 1 BGB bzw. in den beiden Konstellationen des Satzes 2 mit Verschiebung um sechs Monate.

Erforderlich ist eine textförmige Erklärung des Vermieters (§§ 559b Abs. 1 Satz 1, 126b BGB), in der „die Erhöhung auf Grund der entstandenen Kosten berechnet und entsprechend den Voraussetzungen der §§ 559 und 559a erläutert“ wird. Hält der Vermieter diese Vorgaben nicht ein, ist die Mieterhöhungserklärung unwirksam¹³⁶. An dieses Begründungserfordernis sind –

¹³³ BGH, WuM 2019, 706.

¹³⁴ Vgl. BGH, NZM 2014, 193.

¹³⁵ BGH, WuM 2019, 706 Rn. 28.

¹³⁶ S. nur BGH, NZM 2006, 211 = ZMR 2006, 272 Rn. 11.

wie der BGH in einer Vielzahl von Entscheidungen, zuletzt mit Urteil vom 19.7.2023¹³⁷, klargestellt hat – keine überhöhten Anforderungen zu stellen¹³⁸. Es genügt, wenn der Mieter den Umfang der verlangten Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann¹³⁹. Das Formerfordernis stellt keinen Selbstzweck dar. Die Erläuterungspflicht soll unzumutbare Nachteile für den juristisch und wohnungswirtschaftlich nicht vorgebildeten Mieter verhindern; dieser soll die Berechtigung der Mieterhöhung – und sei es auch unter Hinzuziehung einer sachkundigen Person – überprüfen können¹⁴⁰.

2. Nachweis der Jahresarbeitszeit einer eingebauten Wärmepumpe?

Ist eine Modernisierungsmaßnahme durch den Einbau einer Wärmepumpe erfolgt, so muss die Erhöhungserklärung die Jahresarbeitszahl nennen sowie Angaben dazu enthalten, ob der nach § 71o Abs. 1 Satz 1 und 3 GEG erforderliche Nachweis eines Fachunternehmens i.S.d. § 60a Abs. 4 GEG vorliegt. Am einfachsten wäre es, der Erklärung eine solche Bescheinigung beizufügen und bei der Erläuterung der Kosten hierauf Bezug zu nehmen.

Fehlt es an einem Nachweis nach § 71o Abs. 1 Satz 1 und 3 GEG oder an einem Hinweis darauf in der Erhöhungserklärung, kann der Mieter eigentlich davon ausgehen, dass der Vermieter lediglich 50 % der auf die Installation der Wärmepumpe entfallenden Modernisierungskosten geltend machen darf (§ 71o Abs. 2 GEG). Nicht ganz klar erscheint allerdings, ob und inwieweit das Fehlen der Bescheinigung oder eines entsprechenden Hinweises darauf Einfluss auf die Wirksamkeit der Erhöhungserklärung hat.

Man könnte die Erklärung des Vermieters dahingehend interpretieren, dass dieser in jedem Fall die vollen Kosten der Wärmepumpe umlegen will, sei es aufgrund des vermeintlichen Vorliegens einer der in § 71o Abs. 1 Satz 2 GEG aufgeführten Konstellationen. Sofern er dies aber nicht einmal andeutungsweise zum Ausdruck gebracht hat, kann der Mieter weder diesen Umstand noch die Jahresarbeitszahl der Wärmepumpe überprüfen. Insofern fehlt es der Mieterhöhungserklärung an maßgeblichen Informationen.

Gleichwohl erscheint es fraglich, ob damit die gesamte Mieterhöhungserklärung unwirksam ist, zumindest insoweit, als sie sich auf eine Heizungsanlagenmodernisierung nach § 559e BGB stützt¹⁴¹. Denn sofern der Nachweis über die Jahresarbeitszeit nicht erbracht ist, kann

¹³⁷ BGH, NZM 2023, 766 = ZMR 2023, 963 Rn. 23 ff.

¹³⁸ Beispielhaft BGH, NZM 2022, 795 = ZMR 2022, 951; NZM 2023, 213 = ZMR 2023, 351.

¹³⁹ BGH, NZM 2022, 795 = ZMR 2022, 951 Rn. 17; NZM 2015, 198 Ls. 2, Rn. 28 ff.

¹⁴⁰ BGH, NZM 2023, 213 = ZMR 2023, 351 Rn. 12, 30.

¹⁴¹ I.d.S. Lee, NZM 2023, 780 [795].

der Vermieter – sofern er die sonstigen formellen Erfordernisse des § 559b Abs. 1 BGB beachtet hat – für die Installation der Wärmepumpe seiner Mieterhöhung jedenfalls 50 % der für die Wohnung aufgewendeten Modernisierungskosten nach Maßgabe des § 559e BGB zugrunde legen. Diese Rechtsfolge ergibt sich bereits aus dem Gesetz; insoweit besteht für den Mieter kein Bedürfnis zur Kontrolle des betreffenden Kostenansatzes in der Mieterhöhungserklärung. Die Situation ist hier eine andere als in der dem BGH-Urteil vom 19.7.2023¹⁴² zugrunde liegenden Mieterhöhungserklärung, aus welcher der Mieter nicht entnehmen konnte, ob die zunächst nach § 555c BGB angekündigte Inanspruchnahme von abzugsfähigen Drittmitteln tatsächlich stattgefunden hat.

3. Angaben zur Sonderkappungsgrenze

Schließlich ist die Frage aufgeworfen worden, ob der Vermieter in der Erhöhungserklärung Angaben zur Sonderkappungsgrenze nach §§ 559 Abs. 3a Satz 3, 559e Abs. 3 BGB machen muss. Anders als bei der allgemeinen Kappungsgrenze nach § 559 Abs. 3a Satz 1 und 2 BGB ist eine Erläuterung hier für erforderlich gehalten worden¹⁴³. Sofern in den letzten sechs Jahren bereits Modernisierungsmaßnahmen erfolgt seien, müsse zunächst die Sonderkappungsgrenze beachtet werden. Sollte die Miete nach Modernisierungsarbeiten in diesem Zeitraum schon einmal um 2 bzw. 3 €/qm erhöht worden sein, sei keine Mieterhöhung mehr möglich. Sofern aber der Betrag noch nicht ausgeschöpft sei, könnten maximal 0,50 €/qm umgelegt werden¹⁴⁴. Hieraus wird offenbar der Schluss gezogen, dass eine Darstellung der Sonderkappungsgrenze zumindest dann erforderlich ist, wenn die erklärte Mieterhöhung auf eine Umlage der Kosten einer Heizungsanlagenmodernisierung in Kombination mit weiteren Modernisierungskosten abzielt.

Allerdings ergeben sich der für die Sonderkappungsgrenze maßgebliche Zeitraum sowie die Höhe der gekappten Beträge – nicht anders als für die allgemeinen modernisierungsbezogenen Kappungsgrenzen – aus dem Gesetz. Insofern ist der Mieter in der Lage zu prüfen, ob innerhalb des Sechsjahreszeitraums bereits Mieterhöhungen stattgefunden haben und für welche Modernisierungen welche Kosten umgelegt worden sind. Dies wird sich aus früheren Mieterhöhungserklärungen ergeben. Sollten diese dem Mieter nicht mehr vorliegen, wird ihm ein darauf gerichteter Auskunftsanspruch aus § 242 BGB zuzuerkennen sein. Eine vollständige Darlegung der Sonderkappungsgrenze gem. §§ 559 Abs. 3a Satz 3, 559e Abs. 3 BGB erscheint daher zum Zwecke der Information des Mieters nicht zwingend erforderlich.

¹⁴² BGH, NZM 2023, 766 = ZMR 2023, 963.

¹⁴³ So namentlich Schmidt-Futterer/*Börstinghaus* (Fn. 13), § 559b Rn. 37b; Börstinghaus/Meyer/*Börstinghaus* (Fn. 10), § 3 Rn. 126.

¹⁴⁴ Schmidt-Futterer/*Börstinghaus* (Fn. 13), § 559b Rn. 37b; Börstinghaus/Meyer/*Börstinghaus* (Fn. 10), § 3 Rn. 126.

Unverzichtbar ist hingegen eine genaue Abgrenzung der Kosten der Heizungsanlagenmodernisierung gem. § 555b Nr. 1a BGB von den Kosten anderer Modernisierungsarbeiten, auch von solchen, welche auf die Erneuerung oder Verbesserung der heizungstechnischen Anlage entfallen sind. Insofern muss der Vermieter in der Erhöhungserklärung eine Trennung vornehmen. Sofern Kosten für beide Bereiche entstanden sind, darf er deren jeweilige Höhe schätzen. Hier genügt – ebenso wie beim Abzug der Erhaltungskosten – die Mitteilung einer Quote¹⁴⁵.

VII. Schlussbemerkung

Die Untersuchung der durch die GEG-Novelle in das BGB eingefügten Vorschriften über die Mieterhöhung nach Heizungsanlagenmodernisierung in §§ 559 und 559e BGB dürfte die eingangs aufgestellte These bestätigen: Die Vorschriften selbst sind für die mietrechtliche Praxis gut handhabbar; das hinter ihnen stehende – vorwiegend in den §§ 71 ff. GEG deponierte – Geflecht an Bestimmungen über die 65 %-Vorgabe mit all seinen Verästelungen ist indes auch für den „heizungsrechtlich“ vorgebildeten Mietrechtspraktiker nur schwer zugänglich. Einiges muss man mehrfach lesen, um es auch nur ansatzweise erfassen zu können.

In Ansehung der zahlreichen Änderungen und Erweiterungen, die das Modernisierungsrecht in den letzten Jahren erlebt hat, soll auch an dieser Stelle die Forderung wiederholt werden, über eine durchgreifende Vereinfachung und Bündelung der betreffenden Vorschriften, namentlich derjenigen über die Mieterhöhung nachzudenken. Dazu gehört auch der auf dem Deutschen Mietgerichtstag diskutierte Vorschlag, den Vermieter bei sämtlichen Mieterhöhungen nach Wohnraummodernisierung zur Inanspruchnahme von verfügbaren staatlichen Fördermitteln zu verpflichten, um dem Mieter daran im Wege des Drittmittelabzugs gem. § 555a BGB daran partizipieren zu lassen. Insoweit mag der neuen Bestimmung in § 559e Abs. 1 Satz 1 BGB eine Vorreiterfunktion zukommen.

¹⁴⁵ S. etwa BGH, NZM 2015, 198 = WuM 2015, 165 Rn. 30; BGH, NZM 2022, 795 = ZMR 2022, 951 Rn. 18; NZM 2023, 213 = ZMR 2023, 351 Rn. 33.