

# 9/2013

Seiten 677–768  
66. Jahrgang  
ISSN 0340-7497  
Art.-Nr. 24308309

## Aus dem Inhalt:

### Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung

Hubert Fleindl  
→ Seite 677

### Mietrechtsänderungsgesetz 2013 und Gewerberaummiete

Kai-Jochen Neuhaus  
→ Seite 686

### Schriftformheilungsklauseln

Stefan Frick/Niko Schultz-Süchting  
→ Seite 694

### Streitwert für die Nutzungsentschädigung bis zur Räumung – Jahreszeitraum?

Nicola-Isabelle Mack  
→ Seite 698

### Umfang des Wasserverbrauchs; Beweislast des Versorgungsunternehmens

KG (4.2.2013)  
→ Seite 700

### Räumungs- und Herausgabeklage gegen den Untermieter; Streitwert

KG (18.2.2013)  
→ Seite 701

### Optionsausübung; Schriftform

KG (2.5.2013)  
→ Seite 702

### Mietausfallschaden; Bemühungen um einen Nachmieter

OLG Düsseldorf (25.10.2012)  
→ Seite 704

# ZMIR

Miete, Pacht, Leasing,  
Maklerrecht  
Wohnungseigentum  
Wohngeld  
Erschließungsbeitragsrecht

### Wirksamkeit einer doppelten Schriftformklausel in AGB

OLG Frankfurt (18.3.2013)  
→ Seite 708

### Schriftform bei Vermietung einer noch herzustellenden Hotelanlage

OLG Hamm (26.4.2012)  
→ Seite 710

### Mitwirkungspflicht einzelner Wohnungseigentümer bei der Veräußerung von Teilen des gemeinschaftlichen Grundstücks

BGH (12.4.2013)  
→ Seite 730

### Prüfung der Zugänglichkeit des Gemeinschaftseigentums beim verfahrensrechtlichen Vollzug der Aufhebung eines Sondernutzungsrechts

OLG Düsseldorf (22.3.2013)  
→ Seite 731

### Deckendurchbruch; bauliche Genehmigung; bauliche Veränderung; Nachteil für Miteigentümer? Bestimmtheitsgrundsatz

LG Berlin (21.9.2012)  
→ Seite 732

### Begründung eines verdinglichten Sondernutzungsrechts; Bestimmtheitsgrundsatz

OLG München (8.2.2012)  
→ Seite 761

# Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

## Redaktion

Heiko Ormanschick  
Dr. Olaf Riecke

## Redaktionsbeirat

Dr. Dr. Andriik Abramenko  
Prof. Dr. Christian Armbrüster  
Dr. Lothar Briesemeister  
Dr. Michael Casser  
Dr. Wolf-Dietrich Deckert  
Wolfgang Dötsch  
Johannes Drabek  
Prof. Dr. H.-J. Driehaus  
Dr. Oliver Elzer  
Günther Geldmacher  
Prof. Dr. Martin Häublein  
Dr. Werner Hinz  
Prof. Dr. Stefan Hügel  
Prof. Dr. Florian Jacoby  
Dr. Georg Jennißen  
Wilfried J. Köhler  
Prof. Dr. Siegbert Lammel  
Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter  
Dr. Klaus Lützenkirchen  
Horst Müller  
Dr. Marcel M. Sauren  
Edwin Schläger  
Dr. Michael J. Schmid  
Dr. Jan-Hendrik Schmidt  
Prof. Wolfgang Schneider  
Féréol Jay von Seldeneck  
Prof. Dr. Friedemann Sternel  
Dr. A. Olrik Vogel  
Dr. Joachim Wichert

Luchterhand Verlag

Die Vorschrift des § 940 Abs. 3 ZPO wurde im Gesetzgebungsverfahren vielfach kritisiert. Im Rahmen der Umsetzung in der gerichtlichen Praxis ist besonderer Wert darauf zu legen, dass die Prüfung des Verfügungsanspruches auf Räumung und Herausgabe gegen den Mieter hohen Anforderungen gerecht werden muss und eine einstweilige Verfügung nur ergehen kann, wenn eine sehr hohe Wahr-

scheinlichkeit dafür besteht, dass die erhobene Räumungsklage wegen Zahlungsverzuges auch begründet ist. Hingegen ist im Rahmen des Verfahrens auf Erlass einer einstweiligen Verfügung nicht mehr zu prüfen, ob die Sicherungsanordnung nach § 283a ZPO zu Recht ergangen ist. Hier ist Sache des Schuldners, die gegen den Beschluss nach § 283 Abs. 1 S. 3 ZPO möglichen Rechtsmittel zu ergreifen.

## Mietrechtsänderungsgesetz 2013 und Gewerberaummiete

Von RA/FAMuWR/FAVersR Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund\*)

### Inhalt

1. Überblick
2. Energetische Sanierung
  - 2.1. Grundsätzliches, Übergangsvorschriften
  - 2.2. Abdingbarkeit
  - 2.3. Erhaltungsmaßnahmen
  - 2.4. Modernisierungsmaßnahmen
    - 2.4.1. Überblick
    - 2.4.2. Begriff der energetischen Modernisierung, § 555 b Nr. 1 BGB
    - 2.4.3. Einsparung von Primärenergie und Klimaschutz
    - 2.4.4. Einsparung erneuerbarer Primärenergie
    - 2.4.5. Andere Modernisierungsformen
  - 2.5. Ankündigung der Modernisierung
  - 2.6. Duldungspflicht und Einwände des Gewerberaummieters
  - 2.7. Sonderkündigungsrecht des Gewerberaummieters
  - 2.8. Mieterhöhungen
  - 2.9. Modernisierungsvereinbarungen
3. Ausschluss der Mietminderung
  - 3.1. Grundsätze
  - 3.2. Problem: gemischte Maßnahmen
  - 3.3. Beginn und Ende der Minderung
  - 3.4. Darlegungs- und Beweislast
4. Bekämpfung des Einmietbetruges
  - 4.1. Grundsätze
  - 4.2. Kündigung wegen nicht gezahlter Kaution
  - 4.3. Räumung und einstweiliger Rechtsschutz

### 1. Überblick

Das Mietrechtsänderungsgesetz 2013<sup>1)</sup> ist am 1.5.2013 in Kraft getreten. Es enthält vier Regelungsschwerpunkte, von denen der folgende erste, zweite und vierte Punkt für Gewerberaummietverhältnisse relevant sind:

- (1) Erleichterung der energetischen Modernisierung: neuer Minderungsausschluss in § 536 Abs. 1 a BGB; § 554 BGB a.F. wurde aufgehoben und durch ein neues Unterkapitel „Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen“ mit den §§ 555 a bis 555 f BGB ersetzt.
- (2) Bekämpfung des Einmietbetruges.
- (3) Mieterschutz bei Umwandlung in Eigentumswohnungen.
- (4) Gesetzliche Regelung der Berliner Räumung.

Erörtert werden hier die Punkte (1) und (2) im Hinblick auf ihre praktische Anwendung in gewerblichen Mietverhältnissen.

### 2. Energetische Sanierung

#### 2.1. Grundsätzliches, Übergangsvorschriften

Die §§ 555 a bis 555 f BGB enthalten Sonderregelungen die energetische Modernisierung, die von allen anderen Fällen baulicher Maßnahmen mit Instandsetzung-, Erhaltungs- oder Modernisierungscharakter abzugrenzen sollen. Die Regelungen zur Duldungspflicht gelten für Wohnraum und für Gewerberaum, die Vorschriften zu Mieterhöhungen gelten jedoch nur für Wohnraum (§ 578 Abs. 2 BGB).

Anzuwenden sind die neuen Vorschriften zur Modernisierung auch bei Mietverträgen, die vor der Gesetzesänderung 2013 abgeschlossen wurden. Entscheidend ist, wann die Modernisierungsmittelung zugegangen ist bzw. – wenn eine solche Mitteilung nicht erforderlich war – die Baumaßnahme begonnen hat (Art. 229 § 29 EGBV **Stichtagsregelung**): war dies vor dem 1.5.2013, gelten die früheren Vorschriften, ab diesem Tag die neuen Regelungen.

#### 2.2. Abdingbarkeit

Im Gewerberaummietrecht spielt die Vertragsgestaltung seit jeher eine dominierende Rolle, da viele Regelungen des Wohnraummietrechts für gewerbliche Mietverhältnisse nicht gelten. So verweist der durch das Mietrechtsänderungsgesetz ergänzte § 578 Abs. 2 BGB nicht auf die jeweiligen Verbote nachteiliger Abweichungen für den Mieter, §§ 555 c Abs. 5, § 555 d Abs. 7 und § 555 e Abs. 3 BGB, dass der halbzwingende Charakter für gewerbliche Mietverhältnisse aufgehoben und eine vertragliche, für den Mieter nachteilige Gestaltung für zulässig erklärt wurde. Dies entspricht im Kern der früheren Rechtslage (z.B. bspw. § 554 Abs. 5 a.F.), sodass auf die dazu entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann. Streitig war bereits vor dem 1.5.2013, in welchem Umfang ein Ausschluss der Rechte durch AGB zulässig war. Nach

\*) Der Autor ist Rechtsanwalt in Dortmund (Mail-Kontakt: neuhaus@anwaltskanzlei-neuhaus.de). Der Schwerpunkt seiner Tätigkeit im Immobilienrecht liegt im gewerblichen Miet- und Pachtrecht. Er ist Verfasser zahlreicher Publikationen, u.a. des „Handbuch der Geschäftsraummietverträge“ (4. Aufl.). Neuhaus ist außerdem als Dozent in offenen und geschlossenen House-Seminaren in der Immobilienbranche tätig.

1) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012.

Meinung kann vertraglich in den Grenzen der §§ 242, 138, 157 und 307 BGB frei vereinbart werden, ob und wann der Mieter zur Duldung verpflichtet ist,<sup>2)</sup> was somit bis hin zum völligen Verzicht auf die Rechte reichen kann. Andere lehnen einen völligen Ausschluss der Mieterrechte ab und lassen formularvertraglich abweichende Regelungen nur „in engen Grenzen“ zu, etwa indem die besonderen Härtefallbestände nach § 554 Abs. 2 BGB a. F. eingeschränkt oder die Anforderungen an die Ankündigungspflicht des Vermieters begrenzt werden; das Kündigungsrecht des Mieters nach § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB a. F. soll aber ausgeschlossen werden dürfen.<sup>3)</sup> Letzteres ist bereits nicht konsequent, denn das Kündigungsrecht soll es dem Mieter gerade ermöglichen, auch bei zumutbaren Maßnahmen die „Flucht zu ergreifen“, sodass – wenn man enge Grenzen für vertragliche Beschränkungen verlangt – ein Ausschluss des Kündigungsrechts recht hart erscheint. Unabhängig davon macht der Verzicht des Reformgesetzgebers auf den halbzwingenden Charakter der Vorschriften ohne zusätzliche Einschränkung bei § 578 Abs. 2 BGB oder auch nur einschränkende Anmerkungen in der Gesetzesbegründung<sup>4)</sup> deutlich, dass den Vertragsparteien hier völlige Freiheit innerhalb der üblichen Grenzen des BGB – also §§ 242, 138, 157 und 307 ff. BGB – gewährt werden soll, da gesetzgeberische Einschränkungen unproblematisch möglich gewesen wären.

Bezüglich §§ 307 ff. BGB scheidet eine unangemessene Benachteiligung auch bei einem völligen vertraglichen Verzicht aus, da das gesetzliche Leitbild die Abweichung zu Ungunsten des Mieters gerade erlaubt; möglich sind aber Transparenzverletzungen und Verstöße gegen das Überraschungsverbot, wenn derartige Klauseln beispielsweise im Vertrag „versteckt“ sind.

Die Abdingbarkeitsregelungen gelten auch bei Mischraummietverhältnissen, soweit der Anteil des gewerblichen Teils überwiegt.<sup>5)</sup>

### 2.3. Erhaltungsmaßnahmen

§ 555 a BGB verpflichtet den Mieter, Maßnahmen zur Instandhaltung und Instandsetzung zu dulden (Abs. 1). Der Vermieter ist verpflichtet, diese Maßnahmen rechtzeitig anzukündigen, es sei denn, es handelt sich um eine lediglich unerhebliche Einwirkung auf die Mietsache, oder die sofortige Durchführung ist zwingend erforderlich (Abs. 2). Die Dauer der Ankündigungsfrist hat der Gesetzgeber nicht geregelt, sodass sie im Einzelfall nach der Dringlichkeit und dem Umfang der Maßnahme bestimmt werden muss.<sup>6)</sup>

Nach § 555 a Abs. 3 BGB hat der Mieter – wie bei § 554 Abs. 4 BGB a. F. – einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen. Die Vorschriften sind über § 578 Abs. 2 auf die Gewerberaummiete entsprechend anzuwenden. Da § 578 Abs. 2 BGB nicht auf § 555 a Abs. 4 BGB (Verbot nachteiliger Abweichungen für den Mieter) verweist, sind vertragliche Gestaltungen zulässig.

## 2.4. Modernisierungsmaßnahmen

### 2.4.1. Überblick

§ 555 b BGB definiert den Begriff der Modernisierungsmaßnahme in einem abschließenden Katalog und gilt über § 578 Abs. 2 BGB auch für Gewerberaummietverhält-

nisse. Die im Gesetzestext erwähnte Mieterhöhung betrifft jedoch lediglich Wohnraummietverhältnisse (§§ 559 ff. BGB). Das Gesetz differenziert zwischen Modernisierungsmaßnahmen mit Einspareffekt beim Endverbraucher (§ 555 b Nr. 1 BGB) und allen weiteren Maßnahmen ohne Auswirkung auf die Mietsache, durch die nicht erneuerbare Primärenergie eingespart oder Energie in neue regenerative und „sauberere“ Varianten getauscht wird (§ 555 b Nr. 2 BGB). Diese Vorschriften gelten damit nur alternativ; der Duldungsanspruch betrifft beide Varianten, jedoch nicht die Mieterhöhung, was aber für gewerbliche Mietverhältnisse ohnehin unerheblich ist, da dort die §§ 559 ff. BGB nicht gelten und eine gesonderte Vereinbarung zur Mieterhöhung erforderlich ist. Der Minderungsausschluss nach § 536 Abs. 1 a BGB gilt nur für § 555 b Nr. 1 BGB. Die erstmals im BGB verwendeten Begriffe der End- und Primärenergie stammen aus der EnEV.

### 2.4.2. Begriff der energetischen Modernisierung, § 555 b Nr. 1 BGB

Vereinfacht gesagt umfasst die energetische Modernisierung gemäß § 555 b Nr. 1 BGB alle mieterbezogenen Maßnahmen, die zur Verbesserung der Energieeffizienz des vermieteten Gebäudes und damit zum Klimaschutz beitragen und mit denen Endenergie mit einem finanziellen Vorteil für den Mieter eingespart werden kann.<sup>7)</sup> Energetische Modernisierungen sind damit bauliche Veränderungen am Gebäude oder technischen Anlagen, durch die in Bezug auf die Mietsache Endenergie nachhaltig eingespart wird. Der Energiebegriff umfasst mehrere Varianten:

- Als **Endenergie** i. S. von § 555 b Nr. 1 BGB wird die Nutzenergie zuzüglich der Verluste bei Betrieb der Anlage bei Übergabe, der Verteilung, der Speicherung und der Erzeugung von Wärme im Gebäude verstanden. Endenergie ist daher die Menge an Energie, die der Anlagentechnik eines Gebäudes zur Verfügung stehen muss, um die für den Mieter erforderliche Nutzenergie zu decken.<sup>8)</sup> Der Begriff der Endenergie ist somit weiter als der Begriff der Nutzenergie (dazu nachfolgend). Die zur Versorgung eines Gebäudes benötigte Endenergie wird an der „Schnittstelle“ Gebäudehülle gemessen und dort in Form von Heizöl, Erdgas, Braunkohlenbriketts, Holzpellets, Strom, Fernwärme etc. übergeben.<sup>9)</sup> Es geht also um den **Endenergiebedarf des Gebäudes**. Wenn daher formuliert wird, Endenergie sei der bspw. am Strom- oder Gaszähler abzulesende Verbrauch beim Mieter,<sup>10)</sup> ist dies bei Häusern mit mehreren Einheiten und einzelnen Verbrauchszäh-

2) Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rdn. 1237; MünchKomm.-Bieber, BGB, 6. Aufl., § 554 Rdn. 43 („Die Grenze bilden §§ 138, 157, 242.“); wohl auch Fritz, Gewerberaummietrecht, 4. Aufl., Rdn. 243.

3) Eisenschmid, in: Schmidt-Futter, Mietrecht, 11. Aufl., § 554 BGB Rdn. 370.

4) Vgl. BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 26 [27] zu § 578.

5) Eisenschmid, in: Schmidt-Futter, Mietrecht, 11. Aufl., § 554 BGB Rdn. 370 m. w. Nachw.

6) Flatow, Mietrechtsänderungsgesetz 2013, NJW 2013, 1185 [1186].

7) Horst, Mietrechtsnovelle 2013 – Energetische Modernisierung und Wärmecontracting, MDR 2013, 189.

8) Granlich, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 b.

9) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

10) Flatow, NJW 2013, 1185 [1186].

lern nicht ganz richtig, weil es auf den Energiestand vor der Verteilung an die einzelnen Mieter ankommt.

- **Nutzenergie** ist diejenige Energie, die der Mieter für die Beheizung, Beleuchtung und sonstige Energiedienstleistung vor Ort benötigt.<sup>11)</sup> Die Nutzenergie wird also am Ort des Verbrauchs aufgewendet.<sup>12)</sup>
- **Hilfsenergie** ist die für den Betrieb der Anlagentechnik notwendige Energie (z. B. Heizungs- oder Pumpenstrom).<sup>13)</sup>
- **Primärenergie** ist hingegen vereinfacht dargestellt die Energie, die mit den natürlich vorkommenden Energieformen oder Energiequellen zur Verfügung steht, etwa als Kohle, Öl, Gas (fossile Brennstoffe), Sonne oder Wind.<sup>14)</sup> Die Art der verwendeten Energie – erneuerbar (Sonne, Wind, Biomasse, Holz<sup>15)</sup>) oder nicht erneuerbar (Erdöl, Erdgas, Kohle etc.) – ist unerheblich, beides ist Primärenergie. Sie kann durch einen Umwandlungsprozess in Sekundärenergie umgewandelt werden. Primär- oder Sekundärenergie stellen dann vom Verbraucher nutzbare Endenergie dar.

Damit es sich um eine energetische Modernisierung handelt, muss zwingend zumindest auch der Endenergieverbrauch reduziert werden; es muss weniger Endenergie als „vorher“ aufgewendet werden. Das kann durch eine echte Verringerung oder Verbesserung der Effizienz erfolgen. Endenergie wird dann gespart, wenn

- zur Erbringung derselben Energiedienstleistungen am Ort des Verbrauchs weniger Energie als vor der Modernisierung erforderlich ist oder
- wenn die Nutzenergie mit größerer Effizienz zur Verfügung gestellt wird.<sup>16)</sup>

Wird hingegen nur Primär- oder Hilfsenergie eingespart, handelt es sich nicht um eine Maßnahme nach § 555 b Nr. 1 BGB. Die Einsparung von Endenergie zeigt sich daher typischerweise wie folgt:

- Geringerer Verbrauch von Nutzenergie am Ort des Verbrauchs (**Verbrauchsverbesserung**; Beispiele: Wärmedämmung der Gebäudehülle, Austausch von Fenstern, Einbau von Lüftungsanlagen mit Wärmerückgewinnung<sup>17)</sup>).
- Nutzenergie wird mit größerer Effizienz zur Verfügung gestellt (**Effizienzverbesserung**; Beispiele: Erneuerung der Heizungsanlage, Wärmedämmung freiliegender Warmwasserleitungen<sup>18)</sup>).
- Installation einer Solar- oder Windenergieanlage, wenn dadurch an der „Schnittstelle“ der Gebäudehülle weniger „zu bezahlende“ Endenergie beschafft werden muss (Beispiel: es muss weniger Heizöl zugekauft werden).<sup>19)</sup>
- Eine Öl- oder Gasheizung kann bei gleichbleibender Heizungsart nach baulichen Veränderungen effizienter betrieben werden oder wird durch ein effizienteres Modell ersetzt<sup>20)</sup> (weil auch bloße Änderungen der Anlagentechnik für die Anwendung von § 555 b Nr. 1 BGB ausreichen).

In all diesen Fällen sinkt der Endenergiebedarf des Gebäudes, was in der Regel auch dazu führen wird, dass die Betriebskosten des Mieters geringer ausfallen.

Da das Gesetz die Formulierung „bauliche Veränderungen“ statt „Verbesserungen“ verwendet, umfasst dies auch **Änderungen der Anlagentechnik** eines Gebäudes.<sup>21)</sup>

Nicht selten wird in der Praxis eine Modernisierungsmaßnahme dazu führen, dass zwar nicht erneuerbare Primärenergie gespart wird (also in der Regel Öl oder Gas), aber **kein Einsparungseffekt bei der Endenergie** besteht. Das kann etwa der Fall sein, wenn eine Heizanlage mit fossilen Brennstoffen komplett auf Holzpellets umgestellt wird und der Mieter dieselbe Menge an Nutzenergie benötigt bzw. verbraucht und auch keine geringeren Kosten hat. Da dann begrifflich keine Endenergie gespart wird, handelt es sich nicht um eine energetische Modernisierung i. S. von § 555 b Nr. 1 BGB, obwohl Holzpellets als nachwachsender Rohstoff zur erneuerbaren Primärenergie gehören.<sup>22)</sup> Das scheint vom Gesetzgeber auch so gewollt zu sein, denn in der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich als Hauptfall angeführt, dass die Heizungsanlage von einem fossilen Energieträger auf einen erneuerbaren Energieträger umgestellt wird, etwa von einem Betrieb durch Öl oder Gas auf einen Betrieb durch Holzpellets; in diesen Fällen soll dann der Tatbestandsalternative der Primärenergieeinsparung eine eigenständige Bedeutung zukommen.<sup>23)</sup> Was mit dem letzten Teilsatz konkret gemeint ist, wird in der Gesetzesbegründung nicht deutlich. Es ist aber anzunehmen, dass der Gesetzgeber diese Fälle völlig aus der energetischen Modernisierung heraushalten will, was allerdings überhaupt nur dann in Betracht kommen könnte, wenn tatsächlich keine Endenergie eingespart wird. Zu beachten ist aber, dass Fälle der Primärenergieeinsparung ohne Einsparungseffekt bei der Endenergie letztlich auch dem Klimaschutz dienen und daher bereits nach der Rechtsprechung zur Gesetzeslage vor dem 1.5.2013 zur modernisierungsbedingten Mieterhöhung berechtigt haben.<sup>24)</sup> Danach ist der Anschluss einer mit einer Gasheizung ausgestatteten Mietwohnung an das aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gespeiste Fernwärmenetz eine Maßnahme zur Einsparung von Energie, die der Mieter nach § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB (a. F.) auch dann grundsätzlich zu dulden hat, wenn nur Primärenergie eingespart wird<sup>25)</sup> (dazu nachfolgend).

#### 2.4.3. Einsparung von Primärenergie und Klimaschutz

Nach § 555 b Nr. 2 BGB muss der Mieter auch Maßnahmen dulden, durch die nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart oder das Klima nachhaltig geschützt

11) *Börstinghaus*, Das Mietrechtsänderungsgesetz 2013, ZAP, Fach 4, S. 1487 [1490]; *Eisenschmid*, in: *Börstinghaus/Eisenschmid*, Arbeitskommentar Mietrechtsänderung, 2013, § 555 b Rdn. 15.

12) *Horst*, MDR 2013, 189.

13) *Horst*, MDR 2013, 189.

14) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

15) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

16) *Gramlich*, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 b.

17) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

18) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

19) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

20) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

21) *Horst*, MDR 2013, 189.

22) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19: „Erneuerbar sind ... auch Energieträger, die reproduziert werden können: Dazu zählen z. B. Biomasse und Holz“.

23) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 20.

24) *Horst*, MDR 2013, 189 [190].

25) BGH, Urteil vom 24.9.2008 – VIII ZR 275/07 –, ZMR 2009, 264 [267] = NZM 2008, 883 = NJW 2008, 3630 = MDR 2008, 13850.

wird (sonstige energetische Baumaßnahmen). § 555 b Nr. 2 BGB erfasst alle Maßnahmen, die dem Klimaschutz „auf sonstige Weise“ dienen. Gemeint sind Maßnahmen, deren Einsparungseffekt *nicht* der Mietsache zugute kommt.<sup>26)</sup>

Beispiel:<sup>27)</sup>

Installation einer Fotovoltaikanlage, deren erzeugter Strom in das allgemeine Stromnetz eingespeist wird.

Die Vorschrift soll Abgrenzungsprobleme vermeiden helfen und sicherstellen, dass auch bislang unbekanntete Technologien künftig einbezogen werden können.<sup>28)</sup> Auch wenn also keine energetische Modernisierung i. S. von § 555 b Nr. 1 BGB vorliegt, die vorgenannten Voraussetzungen aber erfüllt sind, besteht ein Duldungsanspruch. Es besteht jedoch **kein Minderungsausschluss** gemäß § 536 Abs. 1 a BGB, sodass der Mieter beispielsweise den Einbau einer Fotovoltaikanlage dulden muss, bei erheblichen Beeinträchtigungen aber mindern darf.

#### 2.4.4. Einsparung erneuerbarer Primärenergie

Nach dem Wortlaut des Gesetzes fällt die Einsparung erneuerbarer Primärenergie (Sonne, Wind, Biomasse, Holz<sup>29)</sup>) weder unter § 555 b Nr. 1 BGB noch unter Nr. 2. Wird also beispielsweise eine bestehende Solaranlage modernisiert, handelt es sich nicht um eine gesetzliche energetische Modernisierung. Wird der Gebrauchswert des Mietobjekts nachhaltig erhöht, handelt es sich aber um eine Modernisierungsmaßnahmen nach § 555 b Nr. 4 BGB. Der Minderungsausschluss des § 536 Abs. 1 a BGB gilt dafür jedoch nicht.

#### 2.4.5. Andere Modernisierungsformen

In § 555 b Nr. 3-7 BGB werden die bereits bekannten anderen Formen der Modernisierung geregelt. Da § 555 b BGB über § 578 Abs. 2 BGB vollständig auf Räume, die keine Wohnräume sind, anzuwenden ist, gelten alle Regelungen auch für Geschäftsräume. Dies sind:

- Nachhaltige Reduzierung des Wasserverbrauchs (§ 555 b Nr. 3 BGB): Veränderungen, durch die der Wasserverbrauch nachhaltig reduziert wird, sind ebenfalls Modernisierungsmaßnahmen. Gemeint sind vor allem der Einbau von Kaltwasser-Zwischenzählern, Spülkästen mit Sparmöglichkeiten und Regenwasseranlagen.<sup>30)</sup> Nachhaltigkeit liegt vor, wenn eine messbare Einsparung von Wasser dauerhaft erzielt wird, die Wasserkosten müssen hingegen nicht tatsächlich sinken.<sup>31)</sup>
- Nachhaltige Erhöhung des Gebrauchswerts der Mietsache (Nr. 4). Gemeint sind originär Maßnahmen, die die Nutzbarkeit einer Wohnung für den Mieter verbessern, weil sie das Wohnen bequemer, sicherer, gesünder oder angenehmer machen. Daher gilt dies im gewerblichen Bereich grundsätzlich nur für Verbesserungen an Geschäftsräumen mit regelmäßigem Aufenthalt von Menschen und nur ausnahmsweise auch für andere Räume (Ausnahme: Verbesserung des Sicherheitsstandards, etwa bei Lagerhallen oder Garagen). Die Verbesserung muss dauerhaft und von nicht nur geringer Bedeutung sein, sonst kann sie nicht als nachhaltig bezeichnet werden.<sup>32)</sup>
- Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer (Nr. 5). Dies bezieht sich auf Maßnahmen

außerhalb einer Wohnung (Gemeinschaftsanlagen), die der Wohnung zugute kommen (Beispiele: Fahrstuhlneubau, Anschluss an verbesserte Versorgungsleitungen)<sup>33)</sup> und kann ohne weiteres auf Geschäftsräume und dortige Gemeinschaftsflächen übertragen werden. Sind entsprechende Anlagen bereits vorhanden, können nur die Kosten einer wesentlichen Erweiterung umgelegt werden.<sup>34)</sup>

- Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat und die keine Erhaltungsmaßnahmen sind (Nr. 6), sind alle Maßnahmen, die der Vermieter nicht beeinflussen und deren Kosten er nicht vermeiden kann. Beispiele: Umstellung von Stadtgas auf Erdgas, der Ersatz einer elektrischen Freileitung durch eine Erdleitung, der nachträgliche Einbau von Grenzwertgebern für Öltanks, behördliche Anordnungen im Rahmen eines Modernisierungsgebotes.<sup>35)</sup>
- Schaffung neuen Wohnraums (Nr. 7). Da sich § 578 Abs. 2 BGB auch auf diese Regelung bezieht, gilt auch die Schaffung von Räumen, die keine Wohnräume sind, als Modernisierungsmaßnahme.

#### 2.5. Ankündigung der Modernisierung

Nach §§ 555 c Abs. 1, 578 Abs. 2 BGB muss die Maßnahme dem Mieter spätestens drei Monate vor Beginn angezeigt werden, damit er sich entscheiden kann, ob er die Modernisierung dulden will oder kündigen soll (§ 555 e BGB). Ohne ordnungsgemäße Ankündigung wird der Duldungsanspruch nicht fällig.<sup>36)</sup> Die Ankündigung muss die Art und den voraussichtlichen Umfang der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen benennen (§ 555 c Abs. 1 Nr. 1 BGB), den voraussichtlichen Beginn, die voraussichtliche Dauer (Nr. 2), den Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung (sofern eine solche nach § 559 BGB verlangt werden soll) und die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten (Nr. 3). Da mangels Verweisung in § 578 Abs. 2 BGB die Mieterhöhung nach § 559 BGB bei Gewerberaum nicht möglich ist, muss der Gewerberaumvermieter zu § 555 c Abs. 1 Nr. 3 BGB auch nichts angeben. Dies alles gilt nicht für Modernisierungen, die nur zu unerheblichen Einwirkungen führen (§ 555 c Abs. 2 BGB).

Ob die für den Vermieter negativen Folgen der nicht eingehaltenen Dreimonatsfrist, also insbes. die fehlende Fälligkeit des Duldungsanspruchs, auch dann gelten, wenn der Vermieter aufgrund behördlicher Anordnungen von Modernisierungsmaßnahmen (vgl. § 555 b Nr. 6 BGB) und dortiger Fristsetzungen von weniger als drei Monaten gar nicht rechtzeitig reagieren kann, ist ungeklärt. Das im gewerblichen Mietrecht nicht ganz seltene Problem wurde im Gesetzgebungsverfahren behandelt, aber nicht ge-

26) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 20.

27) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

28) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 20.

29) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 19.

30) *Börstinghaus*, ZAP, Fach 4, S. 1487 [1490].

31) *Börstinghaus*, ZAP, Fach 4, S. 1487 [1490].

32) *Gramlich*, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 b.

33) *Gramlich*, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 b.

34) *Gramlich*, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 b.

35) *Gramlich*, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 b.

36) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 21 mit Bezugnahme auf *Sternel*, MietR Aktuell, 4. Aufl. (2009), Rdn. VII 150, und *Staudinger/Emmerich*, BGB, Neubearb. 2011, § 554 Rdn. 41.

löst.<sup>37)</sup> Gewollt ist anscheinend, dass dem Mieter auch dann der Härteeinwand zustehen soll, wenn der Vermieter die Arbeiten nicht zu vertreten hat, sie ihm öffentlich-rechtlich vorgeschrieben sind (§ 555 b Nr. 6 i. V. m. § 555 d BGB), was der fragwürdigen Idee entspringen soll, das Zivilrecht – hier die Rechtsposition des Mieters – könne das öffentliche Recht „schlagen“, den Vermieter also zur Missachtung des öffentlichen Rechts zwingen.<sup>38)</sup>

Gegenüber dem früheren Recht sind die **formellen Anforderungen der Ankündigung leicht herabgesetzt** worden. Der BGH hatte bereits entschieden, dass der Zweck der früheren gesetzlichen Regelung es nicht erfordert, „dass jede Einzelheit der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme in der Ankündigung beschrieben und jede mögliche Auswirkung mitgeteilt wird“.<sup>39)</sup> Durch den neuen Begriff „in wesentlichen Zügen“ ist dies nochmals abgemildert, denn in der Gesetzesbegründung heißt es, „dass an den Inhalt der Modernisierungsankündigung insbesondere hinsichtlich Art und Umfang der Maßnahme keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen“.<sup>40)</sup> Es reicht daher, wenn der Mieter über die tatsächlichen Kernmaßnahmen der Modernisierung und die sich daraus ergebenden vertraglichen Veränderungen informiert wird. Mehr als eine Darstellung der wesentlichen Umriss der Maßnahmen ist nicht gefordert.<sup>41)</sup> Allerdings ist zu beachten, dass die äußerst pauschale Formulierung „in wesentlichen Zügen“ es den Gerichten auch ermöglichen kann, energetische Modernisierungen an überzogenen formalen Gesichtspunkten scheitern zu lassen, da ein Interpretationsspielraum besteht.

#### Praxistipp:

Vermieter sollten trotz der gelockerten Anforderungen die Modernisierungsankündigung rein sicherheitshalber formal ausführlich formulieren und die Maßnahmen möglichst konkret beschreiben.

Hinsichtlich der in wesentlichen Zügen darzulegenden Art der Modernisierungsmaßnahme darf der Vermieter nach § 555 c Abs. 3 BGB insbesondere hinsichtlich der energetischen Qualität von Bauteilen **auf allgemein anerkannte Pauschalwerte Bezug nehmen**. Vermieden werden soll, dass der Vermieter ein Gutachten erstellen lassen muss.<sup>42)</sup> Die Regelung macht deutlich, dass der Gesetzgeber hier dennoch mehr vom Vermieter verlangt als nur eine pauschale Bezeichnung der Art der Maßnahmen (etwa „Erneuerung der Wärmedämmung“: dies wäre nicht ausreichend). Nach der Gesetzesbegründung gehören dazu beispielsweise die Bekanntmachung der Regeln zur Datenaufnahme und Datenverwendung im Wohngebäudebestand des Bundesministers für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 30.7.2009.<sup>43)</sup> Diesem Regelwerk können Wärmedurchgangskoeffizienten für bestimmte Bauteile entnommen werden, geordnet nach Baualtersklassen. Auf diese pauschalierten Werte kann der Vermieter in der Modernisierungsankündigung Bezug nehmen und den Einsparungseffekt dann beispielsweise durch Vergleich dieses Wertes mit dem Wärmedurchgangskoeffizienten des zu montierenden Bauteils darlegen, der vom Hersteller mitgeteilt wird.<sup>44)</sup>

§ 578 Abs. 2 BGB verweist nicht auf § 555 c Abs. 5 BGB (Verbot nachteiliger Abweichungen für den Mieter), so dass eine vertragliche, **für den Mieter nachteilige Gestal-**

**tung** zulässig ist. Dies kann bis hin zum völligen Verzicht auf die Rechte reichen.

#### Praxistipp:

Es ist zu erwarten, dass sich insbesondere bezüglich der anzugebenden Art der Modernisierungsmaßnahme – wenn auch mit der zulässigen Bezugnahme auf pauschalierte Werte – Streitigkeiten entwickeln werden. Mieter, die den Maßnahmen entgegneten wollen, werden rügen, dass die Beschreibung der Maßnahme zu pauschal sei, und Vermieter stehen vor der Problematik, ob technische Einzelangaben gemacht werden müssen und in welchem Umfang. Aus Vermietersicht ist es deshalb empfehlenswert, im Gewerberaummietvertrag Einschränkungen bezüglich dieser konkreten Beschreibung der Art der Modernisierungsmaßnahme zu vereinbaren oder ganz auszuschließen.

#### Klauselvorschläge:

„Milde“ Variante: *„Die Parteien sind sich einig, dass es für eine Modernisierungsankündigung im Sinne des § 555 c Abs. 1 Nr. 1 BGB ausreicht, wenn der Vermieter die Art der Modernisierungsmaßnahme in wesentlichen Zügen so ankündigt, dass der Kernbereich der baulichen Maßnahmen und der möglichen Auswirkungen genannt wird. Die Angabe technischer Einzelheiten und technischer Werte für etwaige energetische Verbesserungen ist dafür nicht erforderlich.“*

„Härtere“ Variante: *„§ 555 c BGB ist ausgeschlossen. Der Vermieter wird eine Modernisierungsmaßnahme jedoch so rechtzeitig vorher ankündigen, dass der Mieter sich darauf einstellen.“*

## 2.6. Duldungspflicht und Einwände des Gewerberaummieters

Nach §§ 555 d Abs. 1 BGB, 578 Abs. 2 BGB ist der Mieter (nur) grundsätzlich zur Duldung der angekündigten Modernisierungsmaßnahmen verpflichtet. Die Duldungspflicht des Mieters erstreckt sich auch auf Veränderungen, die auf gesetzlichen Geboten oder behördlichen Anordnungen beruhen und die ein sorgfältiger Vermieter weder vorhersehen noch vermeiden konnte. Welchen Zweck solche Veränderungen haben oder welches Ergebnis sie bewirken, ist unerheblich.

Nach wie vor gilt der Vorbehalt der Härteklausele, für die die Gesetzesbegründung auf § 554 Abs. 2 Satz 3 BGB a. F. Bezug nimmt.<sup>45)</sup> Der Mieter muss die Maßnahmen gemäß § 555 d Abs. 2 Satz 1 BGB nicht dulden, wenn die Modernisierung für ihn, seine Familie oder einen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen sowohl des Vermieters als auch anderer Mieter in dem Gebäude sowie von Belangen der Energieeinsparung und des Klimaschutzes nicht zu rechtfertigen ist. Maßgeblich ist die Würdigung der berechtigten Interessen von Mieter und Vermieter.

37) Vgl. den Hinweis des Bundesrates, BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 39 mit Verweis auf BGH, Urteil vom 4.3.2009 – VIII 110/08 –, NJW 2009, 1736.

38) Flatow, NJW 2013, 1185 [1187].

39) BGH, Urteil vom 28.9.2011 – VIII ZR 242/10 –, NZM 2011, 849 ZMR 2012, 94 = NJW 2012, 63.

40) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 20.

41) Gramlich, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 c.

42) Gramlich, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 b.

43) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 20.

44) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 20.

45) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 21.

ter unter Einbeziehung von Belangen der Energieeinsparung und des Klimaschutzes. Praktisch bedeutet dies, dass individuelle Interessen der Mietparteien mit generellen gesellschaftlichen Interessen der Energieeinsparung und des Klimaschutzes abzuwägen sind. Dabei ist ggf. jede Baumaßnahme auch dann für sich allein zu prüfen, wenn der Vermieter gleichzeitig mehrere Maßnahmen, die technisch selbstständig sind, durchführen lässt.<sup>46)</sup> Die im Gesetzestext erwähnte Härte für die „Familie oder einen Angehörigen seines Haushalts“ ist für gewerbliche Mietverhältnisse im Sinne von Mitarbeitern und Beschäftigten zu verstehen; Kunden sind ebenso wie Besucher bei Wohnraummieter nicht gemeint.

Bei der Interessenabwägung sind aus Sicht des Gewerberaummieters vor allem folgende Umstände zu berücksichtigen:

- Art, Umfang und Dauer der geplanten Baumaßnahmen, insbes. Lärm- oder Schmutzentwicklungen, Kapung der Energieversorgung, Zugangsbehinderungen,
- Arbeitsschutz-Aspekte für Mitarbeiter,
- berufliche und persönliche Situation,
- räumliche Veränderungen durch die erfolgte Modernisierung, d. h. etwa nachteilige Grundrissänderungen,
- zu erwartende Umsatz- oder Gewinneinbußen,
- frühere Investitionen des Mieters, die mit Zustimmung des Vermieters erfolgt sind und die durch die Modernisierung wertlos werden,
- künftige Senkung der Betriebskosten.

Hingegen fließen beim Vermieter von Gewerberaum vor allem folgende Gesichtspunkte in die Abwägung ein:

- sein Interesse an der Pflege und Werterhöhung seines Eigentums,
- Verbesserung der Wirtschaftlichkeit,
- die Möglichkeit, die Arbeiten besonders preiswert oder schnell zu einem bestimmten Zeitpunkt durchführen zu können,
- Interesse anderer Mieter an der Modernisierung.<sup>47)</sup>

In der Literatur wird formuliert, dass „**wirtschaftliche Härteeinwände** des Mieters nicht bei seiner Duldungspflicht, sondern erst im Rahmen der Mieterhöhung berücksichtigungsfähig werden“.<sup>48)</sup> Das liest sich so, als ob der (Gewerberaum-) Mieter mögliche Umsatz- oder Gewinneinbußen ausschließlich einer Mieterhöhung entgegensetzen dürfte. Gemeint ist dies aber so, dass die künftige Höhe der wegen der Modernisierung später erhöhten Miete für die Abwägung ohne Belang ist. Denn die Gesetzesbegründung behandelt dies ausdrücklich nur bezüglich § 555 d Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach eine zu erwartende Mieterhöhung und mögliche künftige Betriebskosten bei der Abwägung, ob geduldet werden muss oder nicht, nicht einfließen. Das ist so zu verstehen, dass aus der Mieterhöhung resultierende finanzielle Härten auch erst dort abzuwägen sind, weil es außerhalb der Miet- und Nebenkostenzahlung beim Wohnraummieter im Normalfall auch keine abzuwägenden finanziellen Interessen gibt. Bei der Duldung der Maßnahmen fließen daher für diesen nur die sonstigen, personalen Härtegründe in die Abwägung ein, damit der Vermieter bei energetischen Modernisierungen weitgehende Baufreiheit und Planungssicherheit erlangt.<sup>49)</sup> Daraus

folgt wiederum, dass aus Baumaßnahmen resultierende mögliche Umsatz- oder Gewinneinbußen des gewerblichen Mieters, die es beim Wohnraummieter begrifflich nicht geben kann, auch für die Duldungsabwägung relevant sind.

Der Einwand eines Härtegrundes muss gemäß § 555 d Abs. 3 Satz 1 BGB **innerhalb eines Monats** erfolgen, der auf den Zugang der Modernisierungsankündigung folgt und zwar in Textform (§ 126 b BGB). Maßgeblich ist der Zugang beim Vermieter (§ 130 BGB). Diese Ausschlussfrist mit Präklusionswirkung läuft nur dann an, wenn die Anündigung die Voraussetzungen des § 555 c BGB erfüllt (§ 555 d Abs. 3 Satz 2 BGB); ansonsten sind Härteeinwände des Mieters auch nach Fristablauf zu berücksichtigen. Die Frist gilt nicht, wenn der Vermieter in der Anündigung nicht auf die Form und Frist hingewiesen hat, § 555 Abs. 5 BGB, bei fehlendem Verschulden an der Fristversäumung oder wenn später entstandene Gründe vorliegen (§ 555 d Abs. 3, 4 BGB). Der Mieter muss dies aber einschließlich der Gründe für die Versäumung unverzüglich mitteilen und die Härtegründe angeben.

Da § 578 Abs. 2 BGB nicht auf § 555 d Abs. 7 BGB verweist, darf vertraglich auch zum Nachteil des Mieters von § 555 d Abs. 1 bis 6 BGB bis hin zum Ausschluss der Rechte davon abgewichen werden. Gegebenenfalls muss hier darauf geachtet werden, dass ein vertraglicher Ausschluss der Duldungsfrist wenig hilfreich sein kann, wenn nicht auch einen Verzicht auf das Sonderkündigungsrecht des § 555 e BGB geregelt wird.

Klauselvorschlag:

„§ 555 d BGB ist ausgeschlossen. Der Vermieter wird eine Modernisierungsmaßnahmen jedoch so rechtzeitig vorher ankündigen, dass der Mieter sich darauf einstellen kann.“

Die Darlegungs- und Beweislast beim Härteeinwand obliegt dem Mieter.

## 2.7. Sonderkündigungsrecht des Gewerberaummieters

Nach §§ 555 e Abs. 1 Satz 1, 578 Abs. 2 BGB kann der Gewerberaummieter nach Zugang der Modernisierungsankündigung das Mietverhältnis außerordentlich zum Ablauf des übernächsten Monats kündigen (was § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB a. F. entspricht) und zwar gemäß § 555 e Abs. 1 Satz 2 BGB und zwar spätestens bis zum Ablauf des Monats, der auf den Zugang der Modernisierungsankündigung folgt (praktisch kann die Frist für die Kündigungserklärung damit bis zu zwei Monate betragen). Dies gilt nicht für Modernisierung mit nur unerheblichen Einwirkungen (§§ 555 e Abs. 2, § 555 c Abs. 4, 578 Abs. 2 BGB). Da § 578 Abs. 2 BGB nicht auf § 555 e Abs. 3 BGB verweist, sind vertragliche Abweichungen von § 555 e Abs. 1 und 2 BGB auch zum Nachteil des Mieters zulässig, sodass das Kündigungsrecht – auch durch AGB – ausgeschlossen werden kann.

Klauselvorschlag (Vermietersicht):

„Das Kündigungsrecht gemäß § 555 e BGB bei Modernisierungsmaßnahmen (§ 555 b BGB) ist ausgeschlossen.“

46) Gramlich, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 d.

47) Gramlich, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 d (für Wohnraum).

48) Horst, MDR 2013, 189 [189].

49) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 21.

## 2.8. Mieterhöhungen

Da § 578 Abs. 2 BGB nach wie vor nicht auf § 559 BGB verweist, bleibt es dabei, dass die gesetzlichen Regelungen zur Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen nur für Wohnraum gelten und bei der Gewerberaummiete eine ausdrückliche Vereinbarung der Parteien – entweder bereits im Mietvertrag oder nachträglich i. S. von §§ 555 f, 578 BGB – erforderlich ist.

Klauselvorschlag (Vermietersicht):<sup>50)</sup>

„Für Kosten, die dem Vermieter für Modernisierungsmaßnahmen (einschließlich energetischer Modernisierungen) am Mietobjekt, am Gebäude oder am Grundstück entstehen, kann der Vermieter nach Durchführung der Maßnahmen schriftlich eine Erhöhung der jährlichen Miete um 11 % der auf das Mietobjekt entfallenden Kosten verlangen. Dies gilt nicht für Modernisierungen, die dem Gebäude oder Grundstück nicht zugute kommen.“<sup>51)</sup> Der Vermieter hat dem Mieter mindestens zwei Monate vor dem Beginn der Maßnahme deren Art, Umfang, Beginn und voraussichtliche Dauer und die zu erwartende Erhöhung der Miete schriftlich mitzuteilen. Die erhöhte Miete ist ab dem Monat zu zahlen, der auf den Zugang der schriftlichen Mieterhöhungserklärung des Vermieters folgt.“

## 2.9. Modernisierungsvereinbarungen

§§ 555 f, 578 BGB bestimmen, dass die Vertragsparteien nach Abschluss des Mietvertrags aus Anlass von Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen Vereinbarungen treffen können, die sich insbesondere auf die zeitliche und technische Durchführung der Maßnahmen, Gewährleistungsrechte und Aufwendungsersatzansprüche des Mieters und die künftige Höhe der Miete beziehen. Anstatt also den einseitigen Weg über das gesetzlich vorgesehene Ankündigungs- und Mieterhöhungsverfahren zu gehen, kann der Vermieter von Gewerberaum versuchen, sich mit dem Mieter vertraglich zu einigen.

Der Vorschrift bezieht sich ausdrücklich nicht auf den Mietvertragsabschluss. Ihr kommt kein eigener Regelungsgehalt zu, sie hat lediglich eine Hinweiskfunktion und damit einem dem BGB bisher unbekanntem deklaratorischen Charakter,<sup>52)</sup> ohne dass die genannten Regelungspunkte abschließend sein sollen. Ihr Zweck ist es, unerfahrene Vermieter darauf aufmerksam machen, dass vertragliche Vereinbarungen im Zusammenhang mit der Durchführung von Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen sinnvoll sind.<sup>53)</sup>

Da das Gesetz keine Anhaltspunkte dafür enthält, dass eine individuelle Vereinbarung erforderlich ist, kann dies auch durch Verwendung von AGB erfolgen. Nach der Gesetzesbegründung betreffen die in §§ 555 a ff. und §§ 559 ff. BGB enthaltenen Verbote generelle Vereinbarungen, die für jeden Fall der Modernisierung gelten sollen, während § 555 f. BGB sich auf Vereinbarungen aus Anlass einer konkreten baulichen Maßnahme bezieht.<sup>54)</sup> Folglich sind solche Vereinbarungen in den allgemeinen Grenzen der §§ 138, 157 und 242 BGB generell zulässig.

## 3. Ausschluss der Mietminderung

### 3.1. Grundsätze

Nach § 536 Abs. 1 a BGB bleibt eine Minderung der Tauglichkeit des Mietobjekts für drei Monate außer Betracht, soweit diese aufgrund einer Maßnahme eintritt, die einer

energetischen Modernisierung (Definition: § 555 b Nr. 1 BGB) dient und der Gebrauch nicht völlig aufgehoben ist (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB). Gegenüber § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB (keine Minderung bei unerheblichem Mangel) ist dies eine *lex specialis*. Andere Rechte des Mieters wie Schadensersatz oder Aufwendungsersatz werden nicht erfasst.<sup>55)</sup> Sinn und Zweck der Regelung ist es, Vermieter dazu anzuhalten, Modernisierungsmaßnahmen durchzuführen und dies möglichst zügig.

Handelt es sich um gemischte Maßnahmen, die nicht technisch trennbar sind (gleichzeitige energetische Modernisierung sowie Erhaltungsmaßnahmen) greift der Minderungsausschluss; ist hingegen eine technische Trennung der nur beiläufig mit durchgeführten Erhaltungsmaßnahmen möglich, darf bei mehr als unerheblichem Beeinträchtigungen durch die Erhaltungsarbeiten gemindert werden (dazu nachfolgend).

Bei Maßnahmen nach § 555 b Nr. 2 BGB (Schutz des Klimas durch andere Maßnahmen als eine Modernisierung) ist die Mietminderung nicht ausgeschlossen, da § 536 Abs. 1 a BGB sich ausdrücklich nur auf Maßnahmen gemäß § 555 b Nr. 1 BGB bezieht. Der Ausschluss gilt nur für Minderungen gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB und nicht für die **völlige Aufhebung der Tauglichkeit** zum vertragsgemäßen Gebrauch (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB), sodass trotz einer energetischen Modernisierung eine Minderungsquote von 100 % denkbar ist (Beispiel: energetisch motivierte Kernsanierung).

Nicht geregelt wurde, ob nur eine **ordnungsgemäß angekündigte Modernisierungsmaßnahme** (§§ 555 c, 578 Abs. 2 BGB) den dreimonatigen Minderungsausschluss beiseitigt oder ob dieser bspw. auch dann gilt, wenn der Vermieter ohne Ankündigung mit der Modernisierung beginnt und der Mieter sie duldet. Der Wortlaut von § 536 Abs. 1 a BGB spricht von einer Tauglichkeitsminderung, die „aufgrund einer Maßnahmen eintritt, die einer energetischen Modernisierung nach § 555 b Nr. 1 dient“. Es wäre ein Leichtes gewesen, hier § 555 c BGB einzubeziehen und sozusagen auf eine „formell ordnungsgemäße“ energetische Modernisierung abzustellen, was anscheinend nicht gewollt war. Daher führt formell „mangelhafte“ Modernisierungen zum Minderungsausschluss.

### 3.2. Problem: gemischte Maßnahmen

Bei gemischten Maßnahmen sind zwei Situationen zu unterscheiden: einerseits die echte energetische Modernisierung, bei der aber nur einige Kernmaßnahmen energetischer Natur sind (etwa die neue Wärmedämmung) während andere Arbeiten lediglich der Vor- oder Nachbereitung dienen; andererseits geht es um Gemengelagen, bei denen energetische Modernisierungsmaßnahmen mit anderen technisch trennbaren Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen zusammenfallen.

50) Neuhaus, Handbuch der Geschäftsraummiets, 4. Aufl., Rdn. 1268.

51) Gemeint ist hiermit bspw. der Einbau von Photovoltaikanlagen, die der Vermieter nur nutzt, um Strom in das öffentliche Netz einzuspeisen und den Strom an einen Energieversorger zu verkaufen, denn das muss nicht der Mieter finanzieren.

52) Flatow, NJW 2013, 1185 [1188].

53) Gramlich, Mietrecht, 12. Aufl., § 555 f.

54) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 22.

55) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S. 18.



Da das Gesetz (nur) davon spricht, dass die Maßnahme einer energetischen Modernisierung „dienen“ muss, ist davon auszugehen, dass der Minderungsausschluss für alle Arbeiten gilt, die die eigentliche Kerntätigkeit vorbereiten oder auch nur mittelbar mit ihr zusammen hängen und sie ermöglichen bzw. für ihren Abschluss erforderlich sind. Der einige Tage vor Erneuerung einer Wärmedämmung beginnende und mit Lärm verbundene Aufbau eines Gerüst am Gebäude wird deshalb ebenso vom Minderungsausschluss erfasst der sich noch einige Zeit nach Durchführung der Arbeiten hinziehende Abbau und Abtransport von Material vom Grundstück.

Für gleichzeitig mit der energetischen Modernisierungsmaßnahme durchgeführte **Erhaltungs- oder andere Modernisierungsmaßnahmen** soll es für die Reichweite des Minderungsausschlusses darauf ankommen, welche Beeinträchtigungen auf die jeweiligen Maßnahmen entfallen, was im Streitfall vom Gericht nach § 287 ZPO zu schätzen ist.<sup>56)</sup> Das Zusammentreffen von energetische Modernisierungen mit Instandsetzungs- und Erhaltungsmaßnahmen dürfte in der Praxis eher die Regel als die Ausnahme sein. Wegen allen Beeinträchtigungen, die nicht energetisch motiviert sind, darf also vereinfacht gesagt, auch weiterhin gemindert werden.<sup>57)</sup> Bei einheitlichem Lärm und Staub ist die in der Gesetzesbegründung angesprochene Schätzung eine kaum lösbare Aufgabe.<sup>58)</sup> In der Praxis werden sich hier gerichtliche Pauschalquoten herausbilden, denen eine komplexe Beweisaufnahme über den Umfang der Beeinträchtigungen vorauszugehen hat, jedoch mit der Besonderheit, dass dann Zeugen ihre tatsächlichen Wahrnehmungen und Sachverständige ihre Beurteilungsgrundlagen auf die energetischen und die anderen Maßnahmen „aufsplitten“ müssen und Richter entsprechend differenziert zu fragen haben.

### 3.3. Beginn und Ende der Minderung

Die maximale Dauer der Minderung beträgt drei Monate. Das Gesetz besagt nichts darüber, wann die Frist beginnt, ob die drei Monate zusammenhängen müssen oder auch „gestückelt“ über das Jahr verteilt sein können und ob die Frist für unterschiedliche Maßnahmen jeweils neu zu laufen beginnt. Da die Regelung dazu dient, den Vermieter anzuhalten, die Modernisierung schnell abzuwickeln, ist davon auszugehen, dass die Dreimonatsfrist mit der ersten Beeinträchtigung zu laufen beginnt; sie gilt jedoch für jede energetische Modernisierungsmaßnahme gesondert und stellt keinen Jahreshöchstzeitraum dar.<sup>59)</sup>

### 3.4. Darlegungs- und Beweislast

Da es sich um einen Ausschlussstatbestand handelt, muss der Vermieter alle Tatbestandsvoraussetzungen darlegen und beweisen. Für die Hauptfrage, dass es sich tatsächlich um eine energetische Sanierung handelt, eignet sich ein Sachverständigengutachten, aber auch der Zeugenbeweis durch Vernehmung des planenden Architekten. Bei gleichzeitiger Durchführung von nicht energetischen Arbeiten darf das Gericht bei ausreichendem Sachvortrag von Schätzungsgrundlagen gemäß § 287 ZPO eine prozentuale Aufteilung schätzen.<sup>60)</sup> Da fehlendes Verschulden den Mieter bei einer Minderung und fristloser Kündigung des Vermieters wegen Zahlungsverzug nicht entlastet, wenn er hätte erkennen können, dass er nicht zur Minderung be-

rechtigt war<sup>61)</sup>, sollte er – wie immer in nicht eindeutigen Minderungsfällen – vorsichtig sein, Miete nur unter Vorbehalt zahlen und den Anspruch ggf. gerichtlich durch eine Feststellungsklage klären lassen.

## 4. Bekämpfung des Einmietbetruges

### 4.1. Grundsätze

Der Einmietbetrug betrifft die Problematik der sog. Mietnomaden, die vor allem durch die Presse bekannt geworden sind und statistisch bezogen auf die Anzahl aller Mietverhältnisse eigentlich nicht ins Gewicht fallen. Die gesetzlichen Regelungen wirken sich daher insbesondere auf Mieter aus, die keine Mietnomaden sind. Nachfolgend werden nur die neuen Regelung zur Kündigung wegen nicht gezahlter Kautions und die Räumungsverfügung angesprochen.

### 4.2. Kündigung wegen nicht gezahlter Kautions

Nach § 569a Abs. 2 a BGB liegt ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung nach § 543 BGB auch dann vor, wenn der Mieter mit einer Sicherheitsleistung nach § 551 BGB in Höhe eines Betrages in Verzug ist, der der zweifachen Monatsnettomiete entspricht. Begleitend dazu regelt das Gesetz nun ausdrücklich, dass die zweite und dritte Rate der Kautions mit den unmittelbar folgenden Mietzahlungen fällig werden (§ 551 Abs. 2 Satz 3 BGB). Eine vorherige Abmahnung ist dafür nicht erforderlich. Der Mieter kann die Kündigung unwirksam machen, wenn die Kautions binnen zwei Monaten nachgezahlt wird oder sich eine öffentliche Stelle zur Zahlung verpflichtet. § 578 BGB verweist nicht auf diese Regelungen, sodass nach wie vor im Gewerberaummietrecht eine **gesonderte Vereinbarung** erforderlich ist, wenn Entsprechendes gelten soll.

Schon nach früherem Recht entsprach es der herrschenden Meinung, dass ein Kündigungsgrund nach § 543 Abs. 1 BGB sogar bei der tendenziell restriktiver angesehenen Wohnraummiete bestand, wenn die Kautions bei Fälligkeit nicht bezahlt wurde; in der Wohnraummiete wurde nur verlangt, dass entsprechend § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB der Rückstand den Betrag einer Monatsmiete überstieg.<sup>62)</sup> Der nun gesetzlich geregelte Mindestrückstand von zwei Monatsmieten (jedoch ohne Mahnung) nebst Abwendungsbezugnis des Mieters stellt damit eine Verbesserung für Mieter dar. Ob damit ein gesetzliches Leitbild geschaffen werden sollte, muss bezweifelt werden. Die Nichteinbeziehung gewerblicher Mieterverhältnisse spricht vielmehr dafür, dass die dortige Rechtsprechung uneingeschränkt weiter anwendbar ist.

### 4.3. Räumung und einstweiliger Rechtsschutz

Nach § 940 a ZPO kommt eine Räumung durch einstweilige Verfügung nur bei verbotener Eigenmacht (§ 858 BGB),

56) BT-Drucks. 17/10485 vom 15.8.2012, S.18.

57) *Hinz*, NZM 2013, 209 mit zahlreichen Beispielen.

58) *Flatow*, NJW 2013, 1185 [1187].

59) *Börstinghaus*, ZAP, Fach 4, S.1487 [1488].

60) *Börstinghaus*, ZAP, Fach 4, S.1487 [1489].

61) BGH, Urteil vom 11.7.2012 – VIII ZR 138/11 –, NZM 2012, 637 = IMR 2012, 363 = NJW 2012, 2882.

62) Vgl. die Nachw. bei *Blank*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., § 543 BGB Rdn.184; zur Gewerberaummiete BGH, ZMR 2007, 525 [528] = NJW-RR 2007, 886 = NZM 2007, 400.

einer konkreten Gefahr für Leib und Leben, dem Vermieter unbekannter Besitzergreifung durch Dritte und bei Verstoß des Mieters gegen die Anordnung einer Sicherungsanordnung (§ 283 a ZPO) im Rahmen einer Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs in Betracht. Die beiden letztgenannten Fälle sind neu. Die Vorschrift bezieht sich ausdrücklich nur auf Wohnraum, im gewerblichen Miet- und Pachtrecht gelten diese Beschränkungen daher nicht, sondern sozusagen das „allgemeine Recht“ der einstweiligen Verfügung. Danach darf eine einstweilige Verfügung nicht zur endgültigen Befriedigung des Anspruchstellers führen und nicht den Prozesserfolg vorweg nehmen. Das ist aber bei einer Räumung grundsätzlich immer der Fall, da dem Schuldner der Besitz entzogen wird, was eine Erfüllung des Räumungsanspruches bewirkt.

Die Einstellung der Mietzahlungen und die Weigerung des Mieters, die Mieträume herauszugeben, rechtfertigen deshalb ohne weitere Umstände nicht den Erlass einer Räumungsverfügung. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn der unberechtigte Besitzer die Sache in einer vom Vertrag nicht mehr gedeckten Weise nutzt und der Sachsubstanz aus diesem Grunde konkrete Gefahr droht.<sup>63)</sup> Im

Kern geht es damit um extreme Ausnahmesituationen. Jedoch kann eine Räumungsverfügung auch bei bloßem Zahlungsverzug gerechtfertigt sein, wenn eine Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile des Gläubigers unter Berücksichtigung der Schuldnerbelange unabweisbar ist.<sup>64)</sup> Dies ist insoweit zu ergänzen, dass es ausnahmsweise ab dem 1.5.2013 entsprechend § 940 a Abs. 3 ZPO auch bei gewerblichen Mietverhältnissen ausreicht, wenn der Mieter nach erhobener Räumungsklage einer Sicherungsanordnung (§ 283 a ZPO) im Hauptsacheverfahren nicht Folge leistet, denn durch das MietRÄndG wurde der Gläubigerschutz deutlich aufgewertet. Anhaltspunkte dafür, dass der Wohnraumvermieter gegenüber dem Vermieter von Gewerberaum vom Gesetzgeber in diesem Bereich bevorzugt werden soll, ergeben sich aus der Gesetzesbegründung nicht.

63) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.6.2004 – I-24 W 36/04 –, ZMR 2004, 751 = GuT 2004, 175 m.w.Nachw.

64) OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.9.2005 – I 10 U 18/05 –, ZMR 2006, 446 = GuT 2005, 257: Pächter zahlt noch nicht einmal den von ihm selbst als angemessenen angesehenen (geringeren) Betrag der Nutzungsentschädigung und stellt Wirksamkeit des Pachtvertrags in Frage.

## Schriftformheilungsklauseln

– Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Urteil vom 29. November 2012 (– I-10 U 34/12 –, ZMR 2013, 276),  
und zu OLG Hamm, Urteil vom 26. April 2013 (– 30 U 82/12 –, ZMR 2013, 710 – in diesem Heft) –

von RA Dr. Stefan Frick und RA Dr. Niko Schultz-Süchting, MJur<sup>\*)</sup>

### A. Einleitung

Bei der Erstellung und Prüfung gewerblicher Mietverträge ist die Wahrung der Schriftform gemäß § 550 BGB seit Langem ein gewichtiges Thema. Um die Risiken aus etwaigen Schriftformverstößen abzumildern, enthalten viele gewerbliche Mietverträge eine qualifizierte Schriftformheilungsklausel. Diese beinhaltet üblicherweise die wechselseitige Vereinbarung, den Mietvertrag nicht unter Berufung auf einen Schriftformmangel zu kündigen und alle erforderlichen Handlungen vorzunehmen, um der gesetzlichen Schriftform Genüge zu tun, insbesondere eventuelle Formmängel durch Abschluss eines formwirksamen Nachtrages zu heilen. In der Literatur ist umstritten, ob durch eine solche Klausel auch den Rechtsnachfolgern der ursprünglichen Vertragsparteien, insbesondere einem Grundstückserwerber, derartige Pflichten wirksam auferlegt werden können.<sup>1)</sup> Der 10. Zivilsenat des OLG Düsseldorf hatte – nachdem der 24. Zivilsenat desselben Gerichts bereits im Jahr 2004 ein *obiter dictum* zu dieser Frage abgegeben hatte<sup>2)</sup> – dies nun als erstes Obergericht zu entscheiden, und stellte fest, eine Schriftformheilungsklausel, die auch den Erwerber eines Grundstücks binde, sei AGB-rechtlich unwirksam. Das OLG Hamm kommt zu demselben Ergebnis, aber mit anderer Begründung: Die Schriftformheilungsklausel sei wirksam, gehe aber jedenfalls insoweit nicht auf den Erwerber über, als sie einen Anspruch auf die Behebung von vor dem Zeitpunkt des Erwerbs begründeten Schriftformmängeln vorsehe.<sup>3)</sup> Der folgende

Beitrag setzt sich kritisch mit diesen Urteilen auseinander und zeigt deren Konsequenzen auf.

### B. Urteil des OLG Düsseldorf

#### I. Zugrundeliegender Sachverhalt

Sachverhalt und Entscheidungsgründe des Urteils sind bereits an anderer Stelle in dieser Zeitschrift abgedruckt.<sup>4)</sup> Daher soll hier eine Kurzzusammenfassung genügen: Ein Rechtsvorgänger der Klägerin hatte als Vermieter mit dem Beklagten als Mieter einen Mietvertrag über Räume zum Betrieb einer Gaststätte (die ihrerseits Teil eines Food Courts in Form eines sog. Schlemmermarktes war) in einem Einkaufszentrum abgeschlossen. Sodann veräußerte der ursprüngliche Vermieter das Objekt und der Mietvertrag ging gemäß § 566 Abs. 1 BGB auf den neuen Eigentü-

<sup>\*)</sup> Beide Rechtsanwälte bei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Hamburg.

1) Dagegen etwa *Emmerich*, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2011, § 550 Rdn. 46; Münch-Komm.-Bieber, BGB, 6. Aufl. 2012, § 550 Rdn. 20; *Leo*, NZM 2006, 815, 816; wohl auch *Timme/Hülk*, NZM 2008, 764, 766. Dafür etwa *Lindner-Figura*, in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Aufl. 2012, Kap. 6 Rdn. 56; *Weidenkaff*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 550 Rdn. 12; *Kreikenbohm/Niederstetter*, NJW 2009, 406, 407 f.

2) OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.2004 – 24 U 264/03 –, ZMR 2004, 749 [750] = NZM 2005, 147.

3) OLG Hamm, Urteil vom 26.4.2013 – 30 U 82/12 –, ZMR 2013, 710, BeckRS 2013, 09388.

4) OLG Düsseldorf, Urteil vom 29.11.2012 – I-10 U 34/12 –, ZMR 2013, 276.