

GUTACHTEN

„Rechtliche Voraussetzungen einer Steigerung der Energieeffizienz durch Wärmecontracting in der Wohnungswirtschaft als Beitrag zu Energiesicherheit und Klimaschutz“

Dr. Dietrich Beyer,

Bundesrichter a.D.

Prof. Dr. Michael Lippert,

Staatssekretär a.D.

Im Auftrag des ZVEI –  
Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e.V.

Jena, Oktober 2007  
Institut für Energiewirtschaftsrecht  
- Kompetenzzentrum für Technik, Wirtschaft, Recht -  
Carl-Zeiß-Str.3  
07743 Jena

Geschäftsführender Direktor:

Prof. Dr. Walter Bayer

Telefon:

+ 49 (0)3641 - 942140

Geschäftsstelle:

Frau ref. iur. Mareen Puletz

Telefon:

+ 49 (0)3641 - 412615

Telefax:

+ 49 (0)3641 - 942142

E-Mail:

[Energierightsinstitut@uni-jena.de](mailto:Energierightsinstitut@uni-jena.de)

Internet:

<http://www.rewi.uni-jena.de/Energierightsinstitut.html>

## Literaturverzeichnis

*Bemmann, Ulrich* (Hrsg.), Contracting-Handbuch 2002, Köln 2002

*Beyer, Dietrich*, Wärmecontracting, in: Pöschk (Hrsg.), Energieeffizienz in Gebäuden, Jahrbuch 2006, Berlin 2006, S. 151f.

*Ders.*, Aktuelle Aspekte des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit im Wohnraummietrecht – Inhalt und Grenzen eines Versorgungstarife-Managements - Contracting – Energiepass, NZM 2007, S. 1ff.

*Ders.*, *Wärmecontracting* – Was sagt der Bundesgerichtshof dazu?, Das Grundeigentum 2006, S. 826ff.

*Blank, Hubert*, Rechtsfragen zur energetischen Modernisierung, Weimarer Immobilienrechtstage, Dokumentation 2006, Berlin, S. 109ff.

*Boldt, Gerhard / Weller, Herbert*, Bundesberggesetz, Kommentar, Berlin 1984

*Büdenbender, Ulrich*, Zur Dogmatik des Energierechts, in: Baur (Hrsg.), FS für Bodo Börner zum 70. Geburtstag, Köln (u.a.) 1992, S. 502ff.

*Buderus*, Energiekennwerte – Anlagen zur Heizung und Trinkwarmwasserbereitung für Mehrfamilienhäuser in Deutschland, September 2005

*Bundesanstalt für Energie*, EnergieSchweiz, Grundlagen Optimierung, Bern 2002

*Bundesregierung*, Eckpunkte für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm, August 2007

*Danner, Wolfgang / Theobald, Christian*, Energierecht, Band 1, München 2004

*Eisenschmid, Norbert*, Die Energieeinsparung im Sinne der §§ 554, 559 BGB, WuM 2006, Heft 3, S. 119ff.

*Grawert, Jens*, Versorgungssicherung und Energieeinsparung, in: Hüffer / Ipsen / Tettinger (Hrsg.), Berg- und Energierecht vor den Fragen der Gegenwart, Festschrift für Fritz Fabricius zum 70. Geburtstag, Stuttgart (u.a.) 1989, S. 335 ff.

*Hack, Martin*, Wärmecontracting – Rechtslage und Vertragsgestaltung unter besonderer Betrachtung neuer europarechtlicher Vorgaben, in: Evangelisches Siedlungswerk in Deutschland e.V. (Hrsg.), Klauseln zum Mietvertrag im Licht der Rechtsprechung, Berlin 2006, S. 98ff.

*Ders.*, Energie-Contracting: Recht und Praxis, München 2003

*Hainz, Hans-Joachim*, Wärmelieferung und Mietrecht – eine Pattsituation ist aufzulösen, CuR 2007, Heft 2, S. 43ff.

*Ders.*, Contracting in der Immobilienwirtschaft – Gesetzesinitiative zur Aufhebung des „Investor-Nutzer-Dilemmas“, ZVEI-Mitteilungen 2007, Heft 14, S. 2ff.

*Kleemann, Manfred*, Umweltschutz und Arbeitsplätze, angestoßen durch die Tätigkeiten des Schornsteinfegerhandwerks, Schriften des Forschungszentrums Jülich, Reihe Umwelt, Band 36, Jülich 2003

*Ders.*, Verdopplung des Modernisierungstempos bis 2020 – Minderungsziel: 30 % Energieeinsparung, Studie im Auftrag des Bundesindustrieverbands Deutschland, Haus-, Energie- und Umwelttechnik e.V. (BDH), 2007

*Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Mitteilung: Aktionsplan zur Verbesserung der Energieeffizienz in der Europäischen Gemeinschaft, KOM (2000) 247 endg. vom 26. April 2000

*Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Mitteilung über die Durchführung der ersten Phase des Europäischen Programms zur Klimaänderung (ECCP), KOM (2001) 580 endg. vom 23. Oktober 2001

*Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch über Energieeffizienz oder Weniger ist mehr, KOM (2005) 265 endg. vom 22. Juni 2005

*Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Grünbuch: Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, KOM (2006) 105 endg. vom 8. März 2006

*Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Mitteilung: Aktionsplan für Energieeffizienz: Das Potenzial ausschöpfen, KOM (2006) 545 endg. vom 19. Oktober 2006

*Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Mitteilung: Eine Energiepolitik für Europa, KOM (2007) 1 endg. vom 10. Januar 2007

*Kuxenko, Michael*, Umweltverträgliche Energieversorgung – Analyse eines neues Gesetzeszwecks im Energiewirtschaftsrecht, Baden-Baden 2004

*Larenz, Karl / Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage, Berlin (u.a.) 1995

*Leible, Stefan / Lippert, Michael / Walter, Christian* (Hrsg.), Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, Tübingen 2007

*Lefèvre, Jörg*, Heizungsmodernisierung und Erfassungsgeräte, Die Heizkostenabrechnung, 2002, S. 9 ff.

*Lippert, Michael*, Energiewirtschaftsrecht, Köln 2002

*Ders.*, Energieeffizienz als Beitrag der Wohnungswirtschaft zur Energiesicherheit – rechtliche Hindernisse beim Übergang zur gewerblichen Wärmeversorgung, in: Ennuschat / Geerlings / Mann / Pielow (Hrsg.), Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart, Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, Stuttgart (u.a.) 2007

*Luckey, Christian*, Die Umlegbarkeit von Heizkosten nach Umstellung von Eigen- auf Fremdversorgung, Das Grundeigentum 2006, Heft 8, S. 294ff.

*Luger, Raimund*, Schutz des Mieters vor Mehrbelastungen beim Übergang von Eigenbetrieb von Wärmeversorgungsanlagen auf gewerbliche Wärmelieferung, in: Pöschk (Hrsg.), Energieeffizienz in Gebäuden, Jahrbuch 2007, Berlin 2007, S. 135ff.

*Palandt, Otto* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 66. Auflage, München 2007

*Pöschk, Jürgen* (Hrsg.), Energieeffizienz in Gebäuden, Jahrbuch 2006, Berlin 2006

*Quint, Rüdiger Peter*, Contracting in der Immobilienwirtschaft – ein Beitrag zu Energieeffizienz, Klimaschutz und Energiesicherheit, CuR 2007, Heft 2, S. 80

*Ders.*, Wärme-Contracting – ein Beitrag zu Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Wettbewerb, et 2007, Heft 8, S. 8ff.

*Rips, Franz-Georg*, Die ökologische Kompetenz der Mietrechtsreform, WuM 2001, S. 419ff.

*Salje, Peter*, Energiewirtschaftsgesetz, Kommentar, Köln (u.a.) 2006

*Schmidt-Futterer, Wolfgang*, Mietrecht, 9. Auflage, München 2007

*Schwintowski, Günter*, Das Wirtschaftlichkeitsgebot – die Rechtspflicht des Vermieters zur optimalen Wärmeversorgung, WuM 2006, S. 115ff.

*Techem AG*, Energiekennwerte – Hilfen für den Wohnungswirt, 2005

*Wetekamp, Axel*, Mietsachen: Handbuch zur Wohnraummiete, 4. Auflage, München 2007

## Inhaltsübersicht

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>III</b>
<b>Inhaltsübersicht</b>	<b>VI</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>VII</b>
<b>A. Einführung</b>	<b>1</b>
I. Auftrag	1
II. Problemstellung, Gegenstand	1
III. Methode	3
IV. Aufbau	3
<b>B. Energieeffizienzpotenziale im Gebäudebestand</b>	<b>4</b>
I. Potenziale	4
II. Contracting als Instrument zur Erschließung von Effizienzpotenzialen	8
<b>C. Rechtliche Hindernisse für Contracting-Projekte: Das mietrechtliche Dilemma</b>	<b>10</b>
I. Derzeitige Gesetzeslage	10
II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	13
III. Zusammenfassung	21
<b>D. Das Recht der gebäudebasierten Energieeffizienz als Teil des Energiewirtschaftsrechts</b>	<b>22</b>
I. Energiewirtschaftsrecht	23
II. Gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht – normative Zusammenhänge	24
<b>E. Energiewirtschaftsrechtliche Leitziele und gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht; Folgerungen für die Rechtsanwendung</b>	<b>35</b>
I. Energiewirtschaftsrechtliche Leitziele	35
II. Neuralgische Elemente des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts im Lichte der energiewirtschaftsrechtlichen Leitziele	39
<b>F. Rechtlicher Rahmen einer legislativen Lösung</b>	<b>45</b>
I. Energiewirtschaftsrechtlicher Rahmen	45
II. Mietrechtliche Kriterien	47
III. Lösungsansätze für eine gesetzliche Regelung	52
<b>G. Legislativer Lösungsvorschlag</b>	<b>55</b>
I. Einordnung einer Neuregelung in das materielle Wohnraummietrecht des BGB	55
II. Umstellung auf Wärmelieferung als Modernisierungsmaßnahme i.S.d. § 554 BGB	55
III. Keine Änderung des Betriebskostenrechts und der Miethöhe	56
IV. Formulierungsvorschlag	57

## Inhaltsverzeichnis

<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>III</b>
<b>Inhaltsübersicht</b>	<b>VI</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>VII</b>
<b>A. Einführung</b>	<b>1</b>
I. Auftrag	1
II. Problemstellung, Gegenstand	1
III. Methode	3
IV. Aufbau	3
<b>B. Energieeffizienzpotenziale im Gebäudebestand</b>	<b>4</b>
I. Potenziale	4
1. Erwartungen, Ziele und Vorhaben der Politik	4
a) EU-Kommission	4
b) Bundesregierung	4
aa) Energieeinsparverordnung	5
bb) Betriebskosten bei Mietwohnungen	5
cc) Weitere gebäudebasierten Effizienzvorhaben	5
2. Untersuchungsergebnisse	6
a) Ausgangslage	6
b) Erschließbare Effizienzpotenziale	7
II. Contracting als Instrument zur Erschließung von Effizienzpotenzialen	8
1. Typ des Wärmeliefercontracting	8
2. Spezifische Effizienzwirkungen des Contracting	9
3. Durch Contracting erschließbare Effizienzpotenziale	9
<b>C. Rechtliche Hindernisse für Contracting-Projekte: Das mietrechtliche Dilemma</b>	<b>10</b>
I. Derzeitige Gesetzeslage	10
1. Umlegung von Betriebskosten, insbesondere: Heizkosten (§§ 556ff. BGB; § 2 BetrKV, § 7 HeizkV)	10
2. Mieterhöhung bei Modernisierung (§ 559 BGB)	11
II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	13
1. Vorbemerkung	13
2. Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung	13
3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Einzelnen	15
a) Das Urteil vom 16. Juli 2003 – der Sonderfall Neue Bundesländer (Wärmecontracting I)	15
b) Das Urteil vom 6. April 2005 – Wärmecontracting II	15
c) Das Urteil vom 1. Juni 2005 - Wärmecontracting III	16
d) Das Urteil vom 22. Februar 2006 – Wärmecontracting IV	17
e) Das Urteil vom 20. Juni 2007 - Wärmecontracting V	18
f) Wärmecontracting und Wirtschaftlichkeitsgebot – Wärmecontracting VI	19
g) Das Urteil vom 27. Juni 2007: Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der II. BV	20
III. Zusammenfassung	21
<b>D. Das Recht der gebäudebasierten Energieeffizienz als Teil des Energiewirtschaftsrechts</b>	<b>22</b>
I. Energiewirtschaftsrecht	23
II. Gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht – normative Zusammenhänge	24
1. Standort im Energiewirtschaftsrecht	24
2. Europäisches Gemeinschaftsrecht	25
a) Initiativen der EU-Kommission	25

b) Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden vom 16. Dezember 2002	27
c) Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der RL 93/76/EWG des Rates vom 05. April 2006	28
3. Bundesrecht	29
a) Ausgangspunkt	29
b) Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden	29
c) Energieeinsparverordnung	30
d) Mietmodernisierungsrecht	30
4. Landesrecht	31
5. Funktionsbestimmte Merkmale des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts	31
a) Funktionsbestimmte Rechtsbegriffe	31
b) Wirkungsmechanismus	32
c) Elemente des Wirkungsmechanismus	32
aa) Effizienzeffekt	32
bb) Einsparung von Primärenergie	34
cc) CO <sub>2</sub> -Minderung/Klimaschutz	34
dd) Energiesicherheit	35
d) Normative Zusammenhänge (Zwischenbilanz)	35

<b>E. Energiewirtschaftsrechtliche Leitziele und gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht; Folgerungen für die Rechtsanwendung</b>	<b>35</b>
I. Energiewirtschaftsrechtliche Leitziele	35
1. Rechtliche Bedeutung von gesetzlichen Leitzielen	35
a) Leitziele als Auslegungsrichtlinie	36
b) Weitere Funktionen von Leitzielen	36
2. Leitziele mit normativer Wirkung für das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht	37
a) Leitziele i.S. von § 1 Abs. 1 EnWG 05	37
b) Zielkonkurrenz	38
3. Wirksamkeit der Leitziele im gebäudebezogenen Energieeffizienzrecht	38
II. Neuralgische Elemente des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts im Lichte der energiewirtschaftsrechtlichen Leitziele	39
1. Einsparung von Primärenergieträgern	39
a) Gebäudebasierte effizienzrechtliche Grundlagen	39
b) Auslegungseinflüsse energiewirtschaftsrechtlicher Leitziele	39
aa) Sichere Energieversorgung	40
bb) Umweltverträgliche Energieversorgung	40
cc) Preisgünstigkeit der Energieversorgung	40
dd) Ergebnis	41
2. Instrumente	41
a) Gebäudebasiertes Effizienzrecht	42
aa) Gemeinschaftsrecht	42
bb) Gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht: Energieeinsparverordnung 2007	42
cc) Mietmodernisierungsrecht	43
b) Auslegungseinflüsse energiewirtschaftsrechtlicher Leitziele	43
aa) Effiziente Versorgung	43
bb) Energiesicherheit	44
cc) Umweltverträgliche Versorgung	44
dd) Preisgünstigkeit	44
ee) Verbraucherfreundlichkeit	44

<b>F. Rechtlicher Rahmen einer legislativen Lösung</b>	<b>45</b>
I. Energiewirtschaftsrechtlicher Rahmen	45
1. Ergebnisse der Untersuchung	45
2. Energiewirtschaftsrechtliche Programmierung	46

a) Energierightliches Optimierungsgebot	46
b) Konkretisierung	47
II. Mietrechtliche Kriterien	47
1. Wirtschaftliche Folgen der Umstellung auf Wärmecontracting im laufenden Mietverhältnis	47
a) Beeinträchtigung des Äquivalenzprinzips	48
aa) Äquivalenzprinzip in der Wohnraummiete	48
bb) Äquivalenzprinzip und Umstellung der Wärmeversorgung	49
cc) AGB-rechtliche Bedenken	50
b) Ungeklärte Kostenfolgen im Einzelfall	50
2. Möglichkeiten eines Ausgleichs im Mietverhältnis	51
a) Eingeschränkte Umlegung von Wärmelieferungskosten	51
b) Volle Umlegung von Wärmelieferungskosten bei gleichzeitiger Herabsetzung der Miete	52
III. Lösungsansätze für eine gesetzliche Regelung	52
1. Fortbildung bestehender Regelungen	52
2. Notwendigkeit eines wirtschaftlichen Anreizes für den Vermieter	53
3. Belastung der Mieterseite	54
<b>G. Legislativer Lösungsvorschlag</b>	<b>55</b>
I. Einordnung einer Neuregelung in das materielle Wohnraummietrecht des BGB	55
II. Umstellung auf Wärmelieferung als Modernisierungsmaßnahme i.S.d. § 554 BGB	55
III. Keine Änderung des Betriebskostenrechts und der Miethöhe	56
IV. Formulierungsvorschlag	57

## **A. Einführung**

### **I. Auftrag**

Es soll untersucht werden, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen das Wärmeliefercontracting in wirkungsvoller Weise die im Wohnungsbestand ruhende Energieeffizienz zu heben und hierdurch einen Beitrag zum Klimaschutz und zur Energiesicherheit zu leisten vermag.

Das Gutachten unternimmt es, neben einer Prüfung des geltenden Rechts, auch rechtliche Rahmenbedingungen einer Lösung de lege ferenda sowie einen Formulierungsvorschlag für eine Gesetzesänderung zu entwickeln.

### **II. Problemstellung, Gegenstand**

Nachdem die EU-Kommission in ihrem Grünbuch zur Energiesicherheit vom März 2006<sup>1</sup> die Energieeffizienz zu den vorrangigen energiepolitischen Handlungsfeldern zählt und hierfür ein großes Potenzial in der Gebäudewirtschaft mit positiven Auswirkungen auf Energiesicherheit und Arbeitsplätze erblickt<sup>2</sup>, zielt der Europäische Rat der Staats- und Regierungschefs jetzt auf eine integrierte europäische Energie- und Klimapolitik, in welche er eine Steigerung der Energieeffizienz einbezieht.

Die Bundesregierung setzt die europäischen Richtungsentscheidungen durch ein Maßnahmenprogramm in Gestalt von am 23./24. August 2007 beschlossenen „Eckpunkten für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm“ um<sup>3</sup>, welches unter dem Gebot einer sicheren, preiswürdigen und umweltschonenden Energieversorgung steht.<sup>4</sup>

Die Steigerung der Energieeffizienz sowie ein weiterer Ausbau der erneuerbaren Energien gehören zu den Zielen des Eckpunkte-Katalogs; große Potenziale zur Steigerung der Energieeffizienz sieht die Bundesregierung insbesondere in der Gebäudewirtschaft.<sup>5</sup>

Die Bundesregierung will in diesem Zusammenhang u.a. die durch Contracting mobilisierbaren Energieeinsparpotenziale sowie die rechtlichen Hindernisse, die dem Contracting entgegenstehen, untersuchen lassen.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch: Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, KOM (2006) 105 endg. vom 8. März 2006, S. 3 ff.

<sup>2</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 12.

<sup>3</sup> Bundesregierung, Eckpunkte für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm, 2007, S. 4.

<sup>4</sup> Eckpunkte, ebenda.

<sup>5</sup> Eckpunkte, a.a.O. S. 6.

In der rechtlichen Bewertung von Energiedienstleistungen als Effizienzinstrumente im Gebäudebereich bestehen Unterschiede. Während Energiedienstleistungen, einschließlich Contracting, nach den Vorstellungen der Kommission eine wichtige Rolle spielen<sup>7</sup> und sich Contracting auch in Deutschland im vermieteten Wohnungsbestand, vor dem Hintergrund der 1989 novellierten Heizkostenverordnung, zunächst gut entwickeln konnte<sup>8</sup>, sind die Marktchancen für Contracting nunmehr, seit den einschlägigen Entscheidungen des BGH<sup>9</sup>, stark zurückgegangen.

Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage, wie sie sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes konkretisiert, kann der Vermieter die Wärmeversorgung im laufenden Mietverhältnis grundsätzlich nur mit Zustimmung des Mieters auf Wärmecontracting umstellen. Dem Vermieter ist es damit untersagt, die vom Mieter beim Abschluss des Mietvertrages vorgefundene Versorgung zu ändern, wenn hierdurch das mietvertragliche Leistungsgefüge zu Lasten des Mieters verschoben wird.<sup>10</sup>

Die Hinweise auf praktische Behelfslösungen zur Erleichterung des Übergangs zu Contracting stellen sich, zumindest in größeren Wohneinheiten, als nicht praktikabel dar.<sup>11</sup> Infolge des Rückschlags für Contracting-Projekte auf dem Wärmemarkt liegen erhebliche Energieeffizienzpotenziale brach, wenn man davon ausgeht, dass allein für die Wohnimmobilien Jahresnutzungsgradsteigerungen von 15 % bis 20 % möglich sind.<sup>12</sup> Bereits ein einziger Prozentpunkt an nicht ausgenutztem Jahresnutzungsgrad der Wärmeerzeuger hat einen Primärenergieverbrauch von 3,7 Mio. MWh zur Folge, hält in dieser Größenordnung unsere Abhängigkeit von Energieimporten aufrecht und belastet die Sicherheit der Energieversorgung.<sup>13</sup>

Angesichts der energiewirtschaftlichen Bedeutung – Effizienz, Einsparung/Versorgungssicherheit – und dem umweltpolitischen Rang – Ressourcenschonung/Klimaschutz – der durch Contracting aktivierbaren Effizienzpotenziale im vermieteten Wohnungsbestand sind auf der Grundlage neuer energiewirtschaftsrechtlicher Ansätze Auswege aus dem „mietrechtlichen“ Dilemma des Wärmecontracting zu erkunden. Diese Überlegungen setzen bei einer systematischen Erschließung der normativen Grundlagen des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts an. Angesichts der unterschiedlichen Interessen, den verunsicherten Branchen von Wohnungswirtschaft und Contractoren und den rechtlichen Streitfragen ist allerdings eine legislative Lösung erforderlich.

---

<sup>6</sup> Eckpunkte für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm, 2007, S. 24.

<sup>7</sup> Z. B. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch: Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, KOM (2006) 105 endg. vom 8. März 2006, S. 13; weitere Nachweise bei Hack, Wärmecontracting – Rechtslage und Vertragsgestaltung unter besonderer Beachtung neuer europarechtlicher Vorgaben.

<sup>8</sup> Dazu Hainz, Wärmelieferung und Mietrecht – eine Pattsituation ist aufzulösen, CuR 2007, Heft 2, S. 43.

<sup>9</sup> Dazu Abschnitt C in dieser Studie.

<sup>10</sup> Luckey, Die Umlegbarkeit von Heizkosten nach Umstellung von Eigen- auf Fremdversorgung, Das Grundeigentum 2006, Heft 8, S. 294; Beyer, Wärmecontracting – Was sagt der Bundesgerichtshof dazu?, Das Grundeigentum 2006, Heft 13, S. 826.

<sup>11</sup> Beyer, Wärmecontracting, in: Pöschk (Hrsg.), Energieeffizienz in Gebäuden, Jahrbuch 2006, S. 151f.

<sup>12</sup> Siehe nähere Hinweise bei Hainz, Wärmelieferung und Mietrecht – eine Pattsituation ist aufzulösen, CuR 2007, Heft 2, S. 43.

<sup>13</sup> Hainz, ebenda.

Nur der Bundesgesetzgeber vermag hier eine sichere Rechtsgrundlage zu schaffen. Das Gutachten unternimmt es, rechtliche Rahmenbedingungen sowie einen Formulierungsvorschlag für eine gesetzgeberische Lösung zu entwickeln.

### **III. Methode**

Der dem Gutachten zugrunde liegende methodische Ansatz beruht auf der Erkenntnis von dem inneren Zusammenhang der gebäudeenergieeffizienzbezogenen Normenkomplexe und ihrer Zugehörigkeit zum Energiewirtschaftsrecht i.w.S. Dies gilt für alle einschlägigen Rechtsgrundlagen, unabhängig von ihrer Entstehungszeit, ihrer Stellung in der Normenhierarchie oder ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten normsetzenden Ebene. Die Elemente und Wirkungsmechanismen sind herauszuarbeiten, um die typischen Merkmale dieses „gebäudebasierten Energieeffizienzrechts“ zu identifizieren. Die Zugehörigkeit des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts zum Energiewirtschaftsrecht hat die wichtige Konsequenz, dass dessen leitende Prinzipien – vor allem die hier maßgeblichen Ziele einer sicheren, umweltschonenden und effizienten Energieversorgung, § 1 Abs. 1 EnWG 2005, bei der Anwendung der Normen des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts heranzuziehen sind. Dies gilt auch für das Mietmodernisierungsrecht, das hinsichtlich seiner energetisch relevanten Regelungsbereiche ebenfalls dem Energieeffizienzrecht und damit dem Energiewirtschaftsrecht im weiteren Sinne zuzurechnen ist.

Die aus der Anwendung der leitenden Prinzipien des Energiewirtschaftsrechts auf normative Grundlagen des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts gewonnenen Erkenntnisse sind für die energiewirtschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen und den Vorschlag einer legislativen Lösung nutzbar zu machen.

### **IV. Aufbau**

Der Aufbau der Studie geht aus von den Energieeffizienzpotenzialen im Gebäudebestand – Abschnitt B -, um in einem zweiten Schritt die rechtlichen Hindernisse für das Wärmecontracting im geltenden Recht darzustellen – C -. Auf der dritten Stufe – D – soll der methodische Ansatz, der das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht als Teil des Energiewirtschaftsrechts identifiziert, entwickelt werden. Konsequenzen für die Rechtsanwendung zieht Abschnitt E, der „neuralgische Elemente“ des gebäudebasierten Energierechts mit Hilfe der Leitziele aufzulösen versucht. Die Rahmenbedingungen einer legislativen Lösung werden im Abschnitt F, der legislative Lösungsvorschlag in Abschnitt G vorgestellt.

## **B. Energieeffizienzpotenziale im Gebäudebestand**

Die im Gebäudebestand ruhenden Energieeffizienzpotenziale stehen in zweifacher Weise in einem Wirkungszusammenhang mit den energie- und klimapolitischen Zielen. Im Falle ihrer Aktivierung leistet die Energieeffizienz Beiträge einerseits zu einem verringerten CO<sub>2</sub>-Ausstoß und damit zu Klimaschutz sowie einer umweltschonenden Energieversorgung, auf der anderen Seite zu einer Einsparung von fossilen Primärenergieträgern, ihrem verringerten Import und damit wiederum zu einer gesteigerten Energiesicherheit.

### **I. Potenziale**

#### **1. Erwartungen, Ziele und Vorhaben der Politik**

##### **a) EU-Kommission**

Die EU-Kommission zählt die Energieeffizienz zu den vorrangigen energiepolitischen Handlungsfeldern<sup>14</sup>, wofür sie ein großes Potenzial in der Gebäudewirtschaft sieht, von der sie eine Einsparung bei den Energieimporten in Höhe von 60 Mrd. EUR erwartet.<sup>15</sup> Der Wohnungssektor ist mit 40 % am Endenergieverbrauch der Gemeinschaft beteiligt.<sup>16</sup> Der Aktionsplan für Energieeffizienz<sup>17</sup> schätzt das Einsparpotenzial im Gebäudesektor auf 28 %, welches seinerseits den Gesamtverbrauch an Endenergie in der EU um ca. 11 % verringern kann.<sup>18</sup>

##### **b) Bundesregierung**

Die Bundesregierung hat in Umsetzung von Beschlüssen der Staats- und Regierungschefs der EU am 23./24. August 2007 Eckpunkte für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm beschlossen, welches Ziele enthält und Maßnahmen vorsieht, die einer Steigerung der Energieeffizienz im Gebäudebereich dienen. Leitschnur des Programms ist das Zieldreieck aus Versorgungssicherheit,

---

<sup>14</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch: Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, KOM (2006) 105 endg. vom 8. März 2006, S. 12.

<sup>15</sup> Grünbuch, ebenda.

<sup>16</sup> Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 65.

<sup>17</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung: Aktionsplan für Energieeffizienz: Das Potenzial ausschöpfen, KOM (2006) 545 endg. vom 19. Oktober 2006.

<sup>18</sup> Aktionsplan, ebenda, S. 13.

Wirtschaftlichkeit und Umweltschutz. Dem dienen Klimaschutzmaßnahmen, der Ausbau erneuerbarer Energien und die Steigerung der Energieeffizienz.<sup>19</sup>

Die Bundesregierung verweist auf die enormen Effizienzpotenziale im Gebäudebereich und strebt integrierte Lösungsansätze beim einzelnen Gebäude und auch im quartiersbezogenen und gesamtstädtischen Umfeld an.<sup>20</sup> Hierzu sollen bei Heizung und Warmwasser der Öl- und Gasverbrauch deutlich vermindert (Verringerung der Abhängigkeit von Energieimporten) und dadurch die Heizungsrechnung der Verbraucher gesenkt werden. Die verbindlichen Effizienzstandards für Gebäude sollen deutlich angehoben werden.<sup>21</sup> Hierzu sind im Einzelnen u. a. vorgesehen:

#### **aa) Energieeinsparverordnung**

Die energetischen Anforderungen an Gebäude werden stufenweise angepasst – 30 % 2008/2009 und - bis 2012 nochmals bis zur gleichen Größenordnung. Hierzu soll eine Novellierung der EnEV im Rahmen der wirtschaftlichen Vertretbarkeit erfolgen.<sup>22</sup>

#### **bb) Betriebskosten bei Mietwohnungen**

Mehrfamilienhäuser im vermieteten Bestand sollen beschleunigt energetisch saniert und weitere Energieeinsparpotenziale ausgeschöpft werden. Die Bundesregierung verweist auf vorhandene Anreize für Energieeinsparmaßnahmen im Mietrecht, sieht dort aber weiteres Effizienzpotenzial.

Die durch Contracting erreichbaren Energieeinsparpotenziale sowie entgegenstehende rechtliche und sonstige Hemmnisse sollen gutachterlich erfasst werden.<sup>23</sup>

#### **cc) Weitere gebäudebasierten Effizienzvorhaben**

Die Bundesregierung strebt an, das CO<sub>2</sub>-Gebäudesanierungsprogramm über 2009 fortzuführen und um stadtquartiersbezogene Elemente – Gebäude- und quartiersbezogene Versorgung mit Wärme auf KWK- und Erneuerbaren-Energien-Basis – zu erweitern.<sup>24</sup>

---

<sup>19</sup> Bundesregierung, Eckpunkte für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm, 2007, S. 4.

<sup>20</sup> Eckpunkte, a.a.O., S. 6.

<sup>21</sup> Eckpunkte, a.a.O., S. 7.

<sup>22</sup> Eckpunkte, a.a.O., S. 22.

<sup>23</sup> Eckpunkte, a.a.O., S. 24.

<sup>24</sup> Eckpunkte, a.a.O., S. 25.

Die Gebäude der „sozialen Infrastruktur“ sollen energetisch saniert werden – vor allem Schulen und Jugendeinrichtungen. Ein Investitionspakt Bund/Länder soll eine Primärenergieeinsparung von bis zu 50 % je saniertem Gebäude und eine Sanierung von 600 Schulen oder 1.200 Kitas ermöglichen.<sup>25</sup>

Schließlich soll mit Hilfe eines Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz der Anteil erneuerbarer Energien am Wärmeverbrauch gesteigert werden.

Zu diesem Zweck soll eine Pflicht zur anteiligen Nutzung von erneuerbaren Energien eingeführt werden, welche auch die Kraft-Wärme-Kopplung einbezieht.

Bei Einsatz solarer Strahlungsenergie sollen ein obligatorischer Anteil von 15 % im Neubau und 10 % bei Sanierung im Bestand erreicht werden.

Der Anteil der erneuerbaren Energien soll ausgewiesen und – wie bisher – auf die Erfüllung der energetischen Anforderungen angerechnet werden, was ein Beleg für die Primärenergiebezogenheit der Einsparpläne sowie die Beschränkung des Einspargebots auf fossile Energieträger ist. Regenerative Energieträger sollen ja gerade verstärkt eingesetzt werden.

## **2. Untersuchungsergebnisse**

Inzwischen liegen zahlreiche Stellungnahmen von Autoren unterschiedlicher fachlicher Provenienz zu den energetischen Effizienzkapazitäten im Wohnungsbestand vor.<sup>26</sup> Sämtliche Untersuchungen verweisen auf das große Energieeffizienzpotenzial im privaten Wohnungsbestand, wobei der Schwerpunkt der Einsparkapazitäten bei privaten Haushalten in der Raumheizung und Warmwasserbereitung gesehen wird.<sup>27</sup>

### **a) Ausgangslage**

Eine aktuelle Studie<sup>28</sup> basiert auf einer Auswertung der Verbräuche von 140.000 Versorgungsobjekten<sup>29</sup> sowie deren Hochrechnung auf den gesamten deutschen Bestand an Mietwohnungen von

---

<sup>25</sup> Eckpunkte, a.a.O., S. 26.

<sup>26</sup> Einen breiten und aktuellen Überblick mit zahlreichen Beiträgen verschiedener Autoren bietet Pöschk (Hrsg.), Energieeffizienz in Gebäuden, Jahrbuch 2007.

<sup>27</sup> Luger, Schutz des Mieters vor Mehrbelastungen beim Übergang von Eigenbetrieb von Wärmeversorgungsanlagen auf gewerbliche Wärmelieferung, in: Pöschk (Hrsg.), Energieeffizienz in Gebäuden, Jahrbuch 2007, S. 135ff.

<sup>28</sup> Buderus, Energiekennwerte - Anlagen zur Heizung und Trinkwarmwasserbereitung für Mehrfamilienhäuser in Deutschland, 2005.

<sup>29</sup> Teilmenge aus der Studie der Techem AG, Energiekennwerte - Hilfen für den Wohnungswirt, 2005.

rund 20 Mio. Einheiten. Der durchschnittliche Jahresnutzungsgrad der Wärmeversorgung liegt hier bei nur 70 %. Dieser schlechte Wert geht einher mit einem erkennbaren Modernisierungstau.<sup>30</sup> So sind im Bestand nur 10 % der Wärmeerzeugungsanlagen jünger als 10 Jahre, während 70 % zwischen 10 und 24 Jahre alt sind. 20 % der betriebenen Wärmeerzeugungsanlagen sind sogar älter als 24 Jahre. Wie Untersuchungen auf der Grundlage von Daten der Schornsteinfeger belegen, nimmt das Durchschnittsalter des Anlagenbestandes und mit ihm der Modernisierungstau sogar weiter zu und hat inzwischen seinen Höchststand erreicht.<sup>31</sup> Der Hauptgrund ist die sinkende Bereitschaft der Anlageneigentümer/Vermieter, ihre Anlagen zu modernisieren.<sup>32</sup>

Diese Altersverteilung zeigt, dass der technische Fortschritt unter diesen Voraussetzungen nur begrenzt wirken kann.<sup>33</sup> Als Folge dieser dringend zu verbessernden Situation bestimmt sich ein Endenergieverbrauch Gas/Heizöl von jährlich 253 TWh und eine damit verbundene jährliche CO<sub>2</sub>-Emission von 57 Mio. t.<sup>34</sup> Die modernen Kessel verfügen demgegenüber über höhere Nutzungsgrade: Kessel mit Heizwerttechnik liegen bei über 85 %, Kessel mit Brennwerttechnik bei 95 % Jahresnutzungsgrad.<sup>35</sup>

## **b) Erschließbare Effizienzpotenziale**

Eine Steigerung des Jahresnutzungsgrades um nur 1 %-Punkt könnte bereits eine Verringerung des Energieverbrauchs von Gas und Öl um 3.567.000 Wh im Jahr bewirken.

Angesichts der Erfahrungen einschlägiger Unternehmen, wonach bereits durch den Einbau einer neuen Wärmeerzeugungsanlage deren Nutzungsgrad um 15 %-Punkte und durch eine professionelle Betriebsführung um weitere 5 %-Punkte gesteigert werden kann, lässt sich eine 20-prozentige Steigerung annehmen.<sup>36</sup>

Bereits eine Steigerung des Jahresnutzungsgrades von 10 %-Punkten hätte zur Folge:

- eine Einsparung von 32 TWh Endenergiebedarf gem. DIN V 4701-10 (Heizöl, Erdgas) und
- eine jährliche Reduzierung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes um ca. 7,2 Mio. t<sup>37</sup>.

---

<sup>30</sup> Im Jahr 2001 galten fast 4,5 Mio. Heizanlagen als dringend modernisierungsbedürftig, dazu Lefèvre, Heizungsmodernisierung und Erfassungsgeräte, in: Die Heizkostenabrechnung, 2002, S. 9ff.

<sup>31</sup> Kleemann, Umweltschutz und Arbeitsplätze, angestoßen durch die Tätigkeiten des Schornsteinfegerhandwerks.

<sup>32</sup> Kleemann, Verdopplung des Modernisierungstempos bis 2020, S. 11 mit detaillierten Nachweisen.

<sup>33</sup> BDH, Jesse, Vortrag auf der Deutschen Wärmekonferenz am 4. September 2007 in Berlin.

<sup>34</sup> Luger, Effizienzbeiträge des Wärmecontracting aus der Sicht der Contractingwirtschaft, Vortrag beim Workshop des Instituts für Energiewirtschaftsrecht Jena am 4. Juli 2007.

<sup>35</sup> Buderus, Energiekennwerte, a.a.O., Einleitung.

<sup>36</sup> So die „EnergieSchweiz“ in der Studie „Grundlagenoptimierung“, Bundesanstalt für Energie, 2002.

<sup>37</sup> Luger, Effizienzbeiträge des Wärmecontracting aus der Sicht der Contractingwirtschaft, Vortrag beim Workshop des Instituts für Energiewirtschaftsrecht Jena am 4. Juli 2007.

Eine Steigerung des Jahresnutzungsgrades um maximal 20 %-Punkte erscheint unter den obigen Voraussetzungen möglich.

## **II. Contracting als Instrument zur Erschließung von Effizienzpotenzialen**

Contracting wird gemeinhin mit Energieeffizienz in Verbindung gebracht.<sup>38</sup> Die EU-Kommission misst den verschiedenen Varianten der „Energiedienstleistungen“, einschließlich der Contracting-Modelle, eine große Bedeutung im Zusammenhang mit Energieeffizienz steigernden Maßnahmen im Gebäudebereich bei.<sup>39</sup>

Das Gemeinschaftsrecht betrachtet Energiedienstleistungen durch Dritte als besonders wirksame Instrumente, um effizienzsteigernde Methoden und – Technologien einzusetzen.<sup>40</sup>

### **1. Typ des Wärmeliefercontracting**

In der Rechtspraxis haben sich unterschiedliche Contracting-Modelle herausgebildet, welche sich in Abgrenzung zu anderen Formen der Energieversorgung, wie z.B. dem Verkauf von Energieträgern, verstehen als umfassende Energiedienstleistung, die den Kunden von allen Aufgaben befreit, die mit der Bereitstellung der benötigten Energie zusammenhängen.<sup>41</sup> Im Rahmen einer großen Bandbreite von Erscheinungsformen des Contracting hat sich, neben dem Einspar-, dem Finanzierungs- und dem Betriebsführungs-Contracting<sup>42</sup>, das Energieliefer-Contracting bzw. Wärmeliefer-Contracting herausgebildet. Hier plant, finanziert und errichtet oder übernimmt – regelmäßig mit, teilweise ohne Modernisierung – der Contractor die Energieerzeugungsanlage. Während der Laufzeit des Vertrages führt der Contractor den Betrieb der Anlage, wartet sie, besorgt die Einsatzenergie und verkauft die Nutzenergie.<sup>43</sup> Beschränkt sich die vertragliche Leistungspflicht des Energieliefer-Contractors auf die Lieferung von Wärme, so handelt es sich um eine eigenständige gewerbliche Lieferung von Wärme und Warmwasser i. S. von § 1 Abs. 1 Ziff. 2 HeizkV.

Der Contractor betreibt die Anlage auf eigenes Risiko auf der Grundlage eines langfristigen Vertrages, der die Amortisation der vom Contractor getätigten Investitionen gewährleisten soll.

---

<sup>38</sup> Hack, Energie-Contracting, S. 142.

<sup>39</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch: Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, KOM (2006) 105 endg. vom 8. März 2006, S. 12.

<sup>40</sup> Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der Richtlinie 93/76/EWG des Rates vom 5. April 2006, ABI.EU Nr. L 114 vom 27. April 2006, S. 64.

<sup>41</sup> Hack, Energie-Contracting, S. 1.

<sup>42</sup> Zu den verschiedenen Modellen siehe Bemann (Hrsg.), Contracting-Handbuch 2002, S. 46ff.; Hack, Energie-Contracting, S. 6ff.

<sup>43</sup> Hack, Energie-Contracting, S. 4f.

Die Folgen von unzutreffenden Annahmen bei der Gestaltung der Preise, vor allem aber auch im Hinblick auf den während der Vertragslaufzeit gleich bleibenden Wirkungsgrad der Wärmeerzeugungsanlage, hat der Contractor zu tragen.

## **2. Spezifische Effizienzwirkungen des Contracting**

Die mit Contracting-Projekten typischerweise verbundene, effizienzsteigernde Wirkung beruht auf dem betriebswirtschaftlichen Eigeninteresse des Contractors, seine Energieversorgungs- und Dienstleistungsverpflichtungen mit Hilfe einer möglichst effizienten Energietechnik zu erbringen.<sup>44</sup> Eine neue bzw. modernisierte Anlage erbringt als solche bereits eine Effizienzsteigerung, eine entsprechende Betriebsführung kommt noch hinzu.

Je effizienter der Contractor seine vertragliche Leistung erbringen kann, d.h. je wirkungsvoller er die Wärmelieferung aus den eingesetzten Primärenergieträgern über die verschiedenen Wertschöpfungsstufen – Bezug von Primärenergie, ggf. Aufbereitung der Primärenergie, ggf. Speicherung, Umwandlung in Wärme, Verteilung der Wärme – erzeugen kann, desto günstiger ist sein Ergebnis.

Der aus diesem wirtschaftlichen Eigeninteresse des Contractors resultierende Effizienzanreiz bleibt während der gesamten Laufzeit des Wärmeliefervertrags wirksam und erschließt dem Contracting größere Effizienzpotenziale, als dies bei einem Eigenbetrieb durch den Vermieter der Fall wäre.<sup>45</sup>

## **3. Durch Contracting erschließbare Effizienzpotenziale**

Die spezifischen Effizienzvorteile des Contracting führen zu einem optimierten Jahresnutzungsgrad bei der Umwandlung von Primärenergie in Wärme.<sup>46</sup> Dieser optimierte Jahresnutzungsgrad in Verbindung mit der Effizienzgarantie über die gesamte Vertragslaufzeit des Wärmeliefervertrages erschließt gegenüber anderen Versorgungsmodellen im konkreten Projekt zusätzliche Effizienzpotenziale. Nachdem der Contracting-Markt im Bereich der Wohnungswirtschaft noch relativ unerschlossen ist, bestehen hier auch in dem gesamten Wirtschaftszweig noch effizienzsteigernde Potenziale.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Dazu näher Quint, Contracting in der Immobilienwirtschaft – ein Beitrag zu Energieeffizienz, Klimaschutz und Energiesicherheit, CuR 2007, Heft 2, S. 80.

<sup>45</sup> Rips, Die ökologische Kompetenz der Mietrechtsreform, WuM 2001, 419 (423).

<sup>46</sup> Dazu ausführlich, mit rechnerisch begründeten Praxisbeispielen, Quint, et 2007, Heft 8, S. 8ff.

<sup>47</sup> Luger, Effizienzbeiträge des Wärmecontracting aus der Sicht der Contractingwirtschaft, Vortrag beim Workshop des Instituts für Energiewirtschaftsrecht Jena am 4. Juli 2007.

Der optimierte Jahresnutzungsgrad stellt sich als spezifischer, mit dem Contracting verbundener Effizienzeffekt dar.

Eine von einem bekannten Unternehmen vorgenommene Stichprobe weist eine hohe Spannweite von Contracting-bezogenen Verbrauchseinsparungen auf, die von 1,68 % bis zu 34,9 % reichen. Die Einsparmengen sind abhängig von der Frage des Ob und des Grades der Anlagenmodernisierung.<sup>48</sup> Im Falle einer Anlagenmodernisierung wird ein durchschnittlicher Energieeinspareffekt von 15 % bis 20 % im Hinblick auf die Primärenergie angenommen.<sup>49</sup>

### **C. Rechtliche Hindernisse für Contracting-Projekte: Das mietrechtliche Dilemma**

Dass die Versorgung von Wohngebäuden mit Nahwärme im Wege des Wärmecontracting – wie erwähnt - geeignet ist, die Effizienz der eingesetzten Energie zu verbessern, dürfte kaum zu bestreiten sein. Vor dem Hintergrund der drängenden Probleme des Klimawandels muss es deshalb ein Anliegen aller Beteiligten sein, das in der Modernisierung der Wärmeversorgung liegende ökologische Potential so rasch wie möglich zu erschließen. Damit ist bereits ein wunder Punkt der gegenwärtigen Rechtslage angesprochen, der sich als ein Hindernis für eine großräumige Ausweitung des Wärmecontracting erweist: im laufenden Mietverhältnis stößt die Absicht des Vermieters, im Zusammenhang mit der Modernisierung einer Heizungsanlage von der Wärmeversorgung in Eigenregie auf Wärmelieferung durch einen Dritten überzugehen, auf kaum überwindbare rechtliche Hürden. Zweck dieses Gutachtens ist es, die Ursachen dieser Situation darzulegen und Möglichkeiten zu ihrer Überwindung aufzuzeigen.

#### **I. Derzeitige Gesetzeslage**

##### **1. Umlegung von Betriebskosten, insbesondere: Heizkosten (§§ 556ff. BGB; § 2 BetrKV, § 7 HeizkV)**

Die Umlegung von Betriebskosten ist für das Wohnraummietrecht in den §§ 556ff. BGB in den Grundzügen geregelt. Einzelheiten für die Aufstellung der Betriebskosten enthält die Betriebskostenverordnung vom 23. November 2003<sup>50</sup>, die auf Grund der Bezugnahme in § 556 Abs. 1 Satz 3 BGB jetzt – seit dem 1. Januar 2007 – unmittelbar auch für den preisfreien Wohnungsbau anwendbar ist; § 2 gibt eine umfassende Definition der einzelnen Betriebskostenarten.

---

<sup>48</sup> Luger, ebenda.

<sup>49</sup> Luger, ebenda.

<sup>50</sup> BGBl. I-2003, 2346 (2347).

Für die Wärmeversorgung, erfahrungsgemäß den größten Posten der Betriebskosten im Bereich der Wohnungsmiete, sind überdies die Vorschriften der Heizkostenverordnung von Bedeutung. Nach § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB können „die Vertragsparteien... vereinbaren, dass der Mieter die Betriebskosten trägt.“ Daraus folgt, dass grundsätzlich der *Vermieter* die Betriebskosten zu tragen hat, sofern die Parteien nicht etwas anderes vereinbart haben. Für die Heizkosten besteht allerdings eine *Sonderregelung* insofern, als § 2 HeizkV bestimmt, dass die Vorschriften der Verordnung rechtsgeschäftlichen Bestimmungen vorgehen (Verbot der Bruttowarmmiete<sup>51</sup>). Der Vermieter ist deshalb – auch ohne eine entsprechende Vereinbarung im Mietvertrag – verpflichtet, den Wärmeverbrauch der einzelnen Nutzer (Mieter) mittels geeigneter Geräte zu erfassen und die Kosten verbrauchsabhängig auf die Nutzer zu verteilen (§§ 4 – 8 HeizkV). Hinsichtlich der *Einzelheiten der Umlegung* der Heizkosten verbleibt es jedoch bei dem grundsätzlichen Erfordernis einer vertraglichen Grundlage. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Mieter – abgesehen von der *generellen* Verpflichtung zur Tragung der Heizkosten gemäß § 2 HeizkV – nach Art und Umfang nur diejenigen Kosten zu tragen hat, für deren Umlegung auf die Mieter eine ausreichende vertragliche Grundlage besteht. Eine für den Mieter nachteilige Änderung des Verteilungsschlüssels (§ 7 Abs. 1 HeizkV) oder der Versorgungsart ist daher nur möglich, wenn der Mietvertrag dies zulässt.

Eine über die Reichweite des § 2 HeizkV hinausgehende gesetzliche Anspruchsgrundlage existiert nicht. Sowohl § 2 Nr. 4 BetrKV als auch § 7 Abs. 2 und 4 HeizkV umschreiben lediglich die zentralen Begriffe der Heizkosten, indem sie im Einzelnen festlegen, welche Positionen hierzu zählen. Bemerkenswert ist allerdings, dass sie ausdrücklich auch die *Wärmelieferung* bzw. *eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme* erwähnen; damit ist klargestellt, dass das Wärmecontracting-Entgelt – ebenso wie früher bereits das Entgelt für Fernwärme – in voller Höhe umgelegt werden kann, sofern der Mietvertrag oder eine besondere Vereinbarung der Vertragsparteien die Möglichkeit der Wärmeversorgung durch einen Dritten vorsieht.

## **2. Mieterhöhung bei Modernisierung (§ 559 BGB)**

Die Umstellung der Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung durch den Vermieter zur Wärmelieferung in Form der sog. Nahwärme (Wärmecontracting) erfolgt regelmäßig im Zusammenhang mit oder aus Anlass einer Modernisierung der Heizungsanlage. Nimmt der Vermieter selbst diese Maßnahme vor, so kann er den auf die Modernisierung entfallenden Kostenanteil nach § 559 BGB anteilig auf die Mieter umlegen; dagegen sind Aufwendungen, die lediglich auf den gleichwertigen Ersatz der alten Heizungsanlage entfallen, einfache Instandsetzungskosten, die weder über § 559 BGB noch als Teil der Heizungskosten umzulegen sind.

---

<sup>51</sup> Siehe dazu näher BGH, Urteil vom 19. Juli 2006 – VIII ZR 212/05, NZM 2006, 282 = Grundeigentum 2006, 1094 = WuM 2006, 418 = NJW-RR 2006, 1305 = BGHReport 2006, 1284 = ZMR 2006, 766 = DWW 2006, 420 = MDR 2007, 138.

Diese Aufwendungen hat der Vermieter vielmehr aus der Nettomiete zu bestreiten.<sup>52</sup>

Konkret bedeutet dies,

**a)** dass eine zur Mieterhöhung berechtigende Modernisierung i.S.d. § 559 BGB *nicht* vorliegt, wenn der Vermieter lediglich den vorhandenen alten, ohnehin erneuerungsbedürftigen Standard-Heizkessel durch einen dem aktuellen Mindeststand der Technik entsprechenden Standard-Heizkessel ersetzt, auch wenn damit – infolge der allgemeinen technischen Entwicklung – eine Einsparung an Energie verbunden ist.<sup>53</sup>

**b)** Anders dagegen bei der sog. „Instandsetzungsmodernisierung“ oder „modernisierenden Instandsetzung“: Übertrifft die neue Heizungsanlage die Mindestanforderungen der Energieeinsparungsverordnung, dann dient die Maßnahme (auch) der Einsparung von Energie mit der Folge, dass die auf den besseren Standard der Anlage entfallenden *anteiligen Mehrkosten* als Modernisierungskosten nach § 559 BGB mieterhöhend berücksichtigt werden können.

**c)** Nur in dem dritten denkbaren Fall des Einbaus einer höherwertigen Anlage trotz vorhandener Funktionsfähigkeit der alten Anlage liegt eine „echte“ Modernisierung i.S.d. § 559 BGB vor, deren Kosten *in voller Höhe* mieterhöhend angesetzt werden können.<sup>54</sup>

Allen diesen Fallgestaltungen ist gemeinsam, dass für den Vermieter ein wirtschaftlicher Anreiz zur Vornahme energiesparender Modernisierungsmaßnahmen nicht bzw. allenfalls sehr langfristig gegeben ist: Die Kosten der Modernisierung in dem zuvor beschriebenen Sinn kann er gemäß § 559 Abs. 1 BGB mit jährlich 11 % mieterhöhend ansetzen, so dass der entsprechende Teil der (Netto-) Miete erst im zehnten Jahr nach der Maßnahme zu einer tatsächlichen Mehreinnahme führt.

---

<sup>52</sup> Allgemeine Meinung, z.B. Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 559 BGB Rn. 53, 54 und 162.

<sup>53</sup> Vgl. z.B. Blank, Rechtsfragen zur energetischen Modernisierung, Weimarer Immobilienrechtstage, Dokumentation 2006, 109 (115); Langenberg in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 559 BGB, Rn. 166; Wetekamp, Mietsachen, Kap. 7, S. 178 Rn. 74.

<sup>54</sup> Langenberg in: Schmidt-Futterer, a.a.O., Rn. 167 m.w.N.

## II. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

### 1. Vorbemerkung

Dass das Wärmecontracting im Vergleich zur Wärmeerzeugung in Eigenregie des Vermieters i.d.R. eine effizientere Energienutzung – und damit auch Einsparungen bei den Brennstoffkosten unter Einschluss von Primärenergie – bewirkt, kann nicht ernsthaft bezweifelt werden; wegen der Änderung der Kostenstruktur folgt daraus aber noch nicht zwangsläufig, dass der Mieter auch per Saldo entlastet oder zumindest nicht mit höheren Kosten belastet wird. Zwar sind im Schrifttum bereits verschiedene Modellrechnungen vorgelegt worden, nach denen die Umstellung auf Wärmecontracting im laufenden Mietverhältnis auch bei unveränderter Kaltmiete im Ergebnis nicht zu einer Mehrbelastung des Mieters führen soll<sup>55</sup>; diese Rechnungen gehen jedoch davon aus, dass – jedenfalls bei Einbeziehung eines fiktiven Modernisierungszuschlages nach § 559 BGB – die zusätzlichen Kostenanteile des Entgelts für die Wärmelieferung durch die verbesserte Energieeffizienz und die dadurch erzielbaren Einsparungen bei den Brennstoffkosten annähernd ausgeglichen werden. Die Bundesregierung beabsichtigt, ein Gutachten zur Frage der Energieeinsparung durch Contracting einzuholen.<sup>56</sup> Dies sollte jedoch nicht zu Lasten einer möglichst raschen gesetzlichen Neuregelung zur Erleichterung der Einführung des Wärmecontracting<sup>57</sup> gehen, dessen prinzipielle Eignung zur Energieeinsparung durch Steigerung der Effizienz offen zu Tage liegt.

### 2. Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung

Im Mittelpunkt der bisherigen Rechtsprechung der Instanzgerichte und des Bundesgerichtshofes steht regelmäßig die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vermieter im bestehenden Mietverhältnis von der Eigenerzeugung der Heizwärme zum Fremdbezug – eben dem Wärmecontracting – übergehen und die Kosten der Wärmelieferung dem Mieter in Rechnung stellen kann.

Bei den Amts- und Landgerichten waren die Meinungen geteilt<sup>58</sup>; teilweise wurde die Umstellung auch ohne Zustimmung des Mieters für zulässig gehalten, teilweise wurde eine mietvertragliche

---

<sup>55</sup> So z. B. bei Quint, Wärmecontracting – ein Beitrag zu Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Wettbewerb, et 2007, Heft 8, S. 8ff.

<sup>56</sup> Bundesregierung, Eckpunkte für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm, 2007.

<sup>57</sup> Die rechtlich gleich zu behandelnde Wärmelieferung durch *Fernwärme* hat bisher in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur eine untergeordnete Rolle gespielt.

<sup>58</sup> Aus der Rechtsprechung der letzten Jahre seien beispielhaft erwähnt: Eine Umstellung auch ohne Zustimmung des Mieters halten für zulässig LG München II, Urteil vom 5. August 1997, Grundeigentum 1999, 111; LG Frankfurt (Oder), Urteil vom 18. Dezember 1998, WuM 1999, 403 = NZM 1999, 1037; LG Chemnitz, Urteil vom 1. November 1999, Grundeigentum 1999, 1649 = NZM 2000, 63 = NJW-RR 2000, 81 = WuM 2000, 16 = ZMR 2000, 94; LG München II, Urteil vom 28. Dezember 1999, Grundeigentum 2000, 124 = WuM 2000, 81 = ZMR 2000, 177 = NZM 2000, 205; LG Osnabrück, Urteil vom 14 März 2002, WuM 2003, 325; eine Zustimmung des Mieters halten für erforderlich: LG Essen,

oder gesonderte Vereinbarung für erforderlich gehalten. Demgegenüber hat der Bundesgerichtshof von Anfang an betont, dass der Wechsel von der Wärmeerzeugung durch den Vermieter zur Wärmelieferung durch einen Dritten eine zusätzliche Belastung des Mieters mit sich bringt und deshalb einer vertraglichen Grundlage bedarf.

Der entscheidende Grund hierfür liegt in der unterschiedlichen *Struktur* der Kosten<sup>59</sup> einer in Eigenregie betriebenen Heizungsanlage einerseits und der Kosten der Wärmelieferung andererseits: Während erstere im Wesentlichen nur die in § 7 Abs. 2 HeizkV bzw. § 2 Nr. 4 a BetrKV genannten Kosten für den Brennstoff, die Bedienung und die laufende Wartung der Anlage umfassen, sind in dem Entgelt für die Wärmelieferung (§ 7 Abs. 4 HeizkV, § 2 Nr. 4 c BetrKV) auch die Instandhaltungs- und Investitionskosten bzw. Abschreibungen, Kapitalkosten und der kalkulierte Gewinn des Wärmelieferanten enthalten. *Diese* Kosten sind, wenn im Mietvertrag der Vermieter die Wärmeversorgung in Eigenregie übernommen hat, jedoch mit der Nettomiete abgegolten. Für die Umlegung der zusätzlichen, mit der Wärmelieferung verbundenen Kosten bedarf es deshalb, wie erwähnt, einer eigenen vertraglichen Grundlage. Ein einseitiges Gestaltungsrecht steht dem Vermieter – anders als in der besonderen Situation der neuen Bundesländer<sup>60</sup> – nach derzeitiger Gesetzeslage nicht zu.

Betrachtet man die Veränderung der Kostenstruktur, die mit der Umstellung vom Eigenbetrieb der Wärmeversorgung auf Wärmelieferung in Fällen dieser Art verbunden ist, etwas näher, so zeigt sich Folgendes: die Nettomiete bleibt unverändert; der Mieter zahlt nun also für die Instandhaltungs- und Investitionskosten, für den kalkulierten Gewinn und etwaige Kapitalkosten doppelt – einmal an den Vermieter in Gestalt der unveränderten (Netto-)Miete, ein zweites Mal – direkt oder mittelbar – an den Wärmelieferanten mit dem Entgelt für die Wärmelieferung. Dem entspricht ein doppelter wirtschaftlicher Vorteil auf der Seite des Vermieters: Bei unverminderten Mieteinnahmen wird er von allen mit dem Betrieb der Heizungsanlage verbundenen Kosten und Risiken, die er bisher selbst zu tragen hatte, entlastet; zusätzlich erhält er ggf. die Pachtzahlungen des Wärmelieferanten. Eine derartige Störung des jeden Vertrag innewohnenden Äquivalenzprinzips braucht ein Mieter nicht ohne sein Einverständnis hinzunehmen.

---

Urteil vom 30. Mai 2000, Grundeigentum 2000, 1254 = ZMR 2000, 835 = NZM 2001, 90 (differenzierend); LG Braunschweig, Urteil vom 11. Juli 2000, ZMR 2000, 832; LG Köln, Urteil vom 28. Januar 2004, CuR 2004, 100; LG Berlin, Urteil vom 30. August 2004, WuM 2004, 611 = Grundeigentum 2004, 1294 = DWW 2004, 335 = CuR 2004, 150; LG Bochum, Urteil vom 3. November 2004, WuM 2005, 245 = CuR 2005, 53.

<sup>59</sup> Der in diesem Zusammenhang häufig gebrachte Einwand, im Ergebnis bedeute das Wärmecontracting für den Mieter keine zusätzliche wirtschaftliche Belastung, entbehrt bislang einer hinreichend sicheren statistischen Grundlage.

<sup>60</sup> Siehe dazu nachfolgend unter C. II. 3. a).

### **3. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Einzelnen**

Die auf diesem Grundsatz beruhende bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum Wärmecontracting stellt sich wie folgt dar:

#### **a) Das Urteil vom 16. Juli 2003 – der Sonderfall Neue Bundesländer (Wärmecontracting I)**

Das erste Urteil des Bundesgerichtshofes zum Wärmecontracting stammt vom 16. Juli 2003.<sup>61</sup> Es betrifft allerdings einen eher untypischen Sachverhalt und darf deshalb nicht verallgemeinert werden. Erwähnung verdient es dennoch, weil die gesetzliche Bestimmung, auf der die Entscheidung beruht, durchaus als Vorbild für eine umfassendere gesetzliche Regelung dienen könnte.

In dem entschiedenen Fall hatte die Vermieterin im Jahre 1996 – nach vorheriger Ankündigung gegenüber den Mietern – in einem Altbau in den neuen Bundesländern die vorhandene Ofenheizung durch eine zentrale Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlage ersetzen lassen. Mit dem Einbau und Betrieb der Anlage hatte sie eine Drittfirma beauftragt und anschließend deren Wärmerechnung auf die Mieter umgelegt. Nach der ersten Heizkostenabrechnung verweigerten die Mieter die Bezahlung eines Teils der Heizkosten, letztlich allerdings ohne Erfolg. Die Vermieterin konnte sich auf den damaligen § 14 Abs.1 Miethöhengesetz (MHG) berufen. Nach dieser Bestimmung konnte der Vermieter – im Interesse einer möglichst raschen Verbesserung der Wohnverhältnisse in den neuen Bundesländern – in einem vereinfachten Verfahren, nämlich durch einseitige schriftliche Erklärung, Betriebskosten im Sinne des § 27 der Zweiten Berechnungsverordnung auf die Mieter umlegen. Da die Kosten der Wärmeversorgung zu den Betriebskosten zählen, und zwar einschließlich der Kosten einer gewerblichen Wärmelieferung<sup>62</sup>, umfasste die Befugnis des Vermieters zur einseitigen Änderung des Mietvertrages auch die Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmecontracting. Diese Regelung war jedoch zeitlich und regional beschränkt, und zwar bis zum 31. Dezember 1997 und sie galt nur für die neuen Bundesländer. Auf die Zeit danach und auf die alten Bundesländer lässt sich dieses Urteil also nicht übertragen.

#### **b) Das Urteil vom 6. April 2005 – Wärmecontracting II**

Der Entscheidung vom 6. April 2005<sup>63</sup> lag folgender Sachverhalt zu Grunde: Die Vermieterin hatte zunächst die zentrale Wärmeversorgung in Eigenregie betrieben.

---

<sup>61</sup> VIII ZR 286/02, WuM 2003, 501 = Grundeigentum 2003, 1152 = NJW 2003, 2900 = NZM 2003, 757 = ZMR 2003, 824 = BGHReport 2003, 1234 = MDR 2004, 49 = CuR 2004, 14.

<sup>62</sup> Nr. 4c der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV.

<sup>63</sup> VIII ZR 54/04, NJW 2005, 1776 = DWW 2005, 195 = WuM 2005, 387 = CuR 2005, 49.

Der Mietvertrag enthielt folgende Klausel: „Der jeweilige ... Vermieter kann jederzeit die Wärmeversorgung des gesamten Hauses auf einen Dritten zu dessen Bedingungen übertragen. Der Mieter ist in diesem Fall zum Abschluss eines entsprechenden Wärmelieferungsvertrages verpflichtet...“. Im Oktober 1998 schloss die Vermieterin mit einer Drittfirma einen Wärmelieferungsvertrag, in welchem sie den gesamten Betrieb und die Instandhaltung der vorhandenen Heizungsanlage auf die Firma übertrug; vertragliche Beziehungen zwischen den Mietern und der Drittfirma kamen nicht zustande. Mit den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 1999 und 2000 legte die Vermieterin die gesamten Wärmelieferungskosten auf die Mieter um. Damit waren die Mieter nicht einverstanden.

Ausgangspunkt aller rechtlichen Überlegungen musste die Frage sein, ob der Mietvertrag die Umlegung der Wärmelieferungskosten zuließ; das war eindeutig zu verneinen. Von der im Vertrag vereinbarten Möglichkeit, im Zusammenhang mit der Einschaltung des Wärmelieferanten die Mieter zum Abschluss individueller Wärmelieferungsverträge anzuhalten, hatte die Vermieterin keinen Gebrauch gemacht.<sup>64</sup> Der Bundesgerichtshof hat hier also allein darauf abgestellt, dass die Vermieterin die von ihr selbst vorgegebene vertragliche Regelung nicht eingehalten hatte. Eine darüber hinausgehende Aussage, insbesondere etwa im Sinne einer grundsätzlichen Einschränkung der Umlegung von Wärmelieferungskosten, lässt sich dem Urteil nicht entnehmen.

### **c) Das Urteil vom 1. Juni 2005 - Wärmecontracting III**

Die Grundsätze der Entscheidung vom 6. April 2005 hat der Senat in einem Urteil vom 1. Juni 2005<sup>65</sup> wiederholt und bestätigt. In diesem – etwas krassen – Fall hatte die Vermieterin die vorhandene Ofenheizung durch eine zentrale Heizungs- und Warmwasseraufbereitungsanlage ersetzt. Anschließend vereinbarten die Parteien eine neue Gesamtmiete, die u.a. eine Modernisierungsumlage in Höhe von rund 150 DM enthielt. Kurze Zeit später verpachtete die Vermieterin die Heizungs- und Warmwasseraufbereitungsanlage an eine Drittfirma, die ab April 1999 die Wärmeversorgung übernahm. Mit der folgenden Nebenkostenabrechnung forderte die Vermieterin von den Mietern die gesamten Wärmelieferungskosten, die ihr der Wärmelieferant in Rechnung gestellt hatte. Damit waren die Mieter nicht einverstanden. Hier war die doppelte Belastung der Mieter – sowohl durch die Modernisierungsumlage als auch durch den Anteil an den vollständigen Wärmelieferungskosten – geradezu mit Händen zu greifen.

---

<sup>64</sup> Auf die Frage, ob die betreffende formularmäßige Klausel einer Prüfung nach den Bestimmungen des AGB-Rechts (früher: AGB-Gesetz; jetzt: §§ 305ff. BGB) standhält, kam es deshalb in dem Urteil vom 6. April 2005 nicht an.

<sup>65</sup> VIII ZR 84/04, WuM 2005, 456 = GE 2005, 916.

#### **d) Das Urteil vom 22. Februar 2006 – Wärmecontracting IV**

Der Entscheidung vom 6. April 2005 ähnelt ein Urteil vom 22. Februar 2006<sup>66</sup>. In diesem Fall enthielt der Mietvertrag vom 30. Juni 1988 hinsichtlich der Wärmeversorgung in seinem § 2 zunächst folgende Klausel: „(1) Das Wohnungsunternehmen stellt dem Mieter folgende Gemeinschaftsanlagen und -einrichtungen zur Verfügung: Zentralheizung, zentrale Warmwasserversorgung... (2) Die Versorgung der Mietsache mit Wärme für Raumbeheizung erfolgt nicht durch das Wohnungsunternehmen, sondern durch das Unternehmen X-GmbH. Der Mieter verpflichtet sich, mit diesem Unternehmen einen Wärmelieferungsvertrag abzuschließen, Wärme von diesem Unternehmen zu beziehen und die Wärmekosten an dieses Unternehmen zu bezahlen.“ In einer weiteren Bestimmung des Mietvertrages war unter Bezugnahme auf § 27 der II. Berechnungsverordnung die Umlegung der Betriebskosten, u.a. der Heizungs- und Warmwasserkosten, nach einem bestimmten Schlüssel vereinbart. Schließlich waren dem Mietvertrag Allgemeine Vertragsbestimmungen beigelegt, in der sich zur Wärme- und Warmwasserversorgung folgende Regelung fand: „Das Wohnungsunternehmen kann die Versorgung mit Wärme... einem geeigneten Versorgungsunternehmen übertragen, soweit dies nach billigem Ermessen unter Abwägung der Belange der Gesamtheit der Mieter zweckmäßig erscheint. Der Mieter ist in diesem Fall verpflichtet, mit diesem einen Versorgungsvertrag abzuschließen...“

Trotz der wiederholten Erwähnung der Wärmelieferung im Mietvertrag hatte die Vermieterin zunächst die zentrale Heizungsanlage selbst betrieben; erst später – ab dem Jahr 2001 – hatte sie den Betrieb der Anlage auf eine Drittfirma<sup>67</sup> übertragen, welche die Anlage komplett erneuerte. In den nachfolgenden Betriebskostenabrechnungen für 2001 und 2002 hatte die Vermieterin das Entgelt für die Wärmelieferung auf die Mieter umgelegt.

Das Landgericht hatte die Forderung der Vermieterin auf Nachzahlung von Heizungskosten für unbegründet gehalten. Der Bundesgerichtshof hat das Berufungsurteil im Ergebnis bestätigt. Wie in dem mit Urteil vom 6. April 2005 entschiedenen Fall<sup>68</sup> scheiterte die Forderung der Vermieterin nach Bezahlung der vollen Wärmelieferungskosten zunächst daran, dass die Vermieterin nicht die in § 2 des Mietvertrages vorgesehene Vertragskonstruktion gewählt hatte; ist im Mietvertrag die Möglichkeit des Wärmecontracting vereinbart, dann kann der Mieter ein berechtigtes Interesse daran haben, dass dieser Weg eingehalten wird, auch wenn es im Ergebnis keinen Unterschied machen dürfte, ob bereits der Wärmelieferant oder erst der Vermieter die Kosten auf die einzelnen Mieter aufteilt.

---

<sup>66</sup> VIII ZR 362/04, WuM 2006, 322 = CuR 2006, 54 = DWW 2006, 234 = NJW 2006, 2185 = Grundeigentum 2006, 839 = NZM 2006, 534 = BGHReport 2006, 958 = ZMR 2006, 595.

<sup>67</sup> Die mit der in § 2 des Mietvertrages genannten X-GmbH nicht identisch war.

<sup>68</sup> Siehe dazu oben unter C. II. 3. b).

Auch die in § 3 des Mietvertrages vereinbarte Umlegung der „nachstehenden Betriebskosten im Sinne des § 27 der Zweiten BerechnungsVO“ half der Vermieterin nichts, wobei der Senat allerdings entscheidend auf die bei Abschluss des Mietvertrages im Juni 1988 geltende Fassung der II. BV abgestellt hat: Damals erfasste die Nummer 4c jedoch lediglich die Fernwärme; die Einbeziehung der Nahwärme durch den Oberbegriff der „eigenständig gewerblichen Lieferung von Wärme“ erfolgte erst durch die Verordnung vom 19. Januar 1989<sup>69</sup>. Da die Verweisung auf die Bestimmungen der II. BV aus Gründen der Rechtssicherheit nur die bei Abschluss des Mietvertrages geltende Fassung der Verordnung betreffen konnte, mithin nicht als „dynamische“ Verweisung auch spätere Änderungen erfasste, konnte die Vermieterin ihre Forderung nicht auf die im Zeitpunkt der Heizungsumstellung gültige Fassung der Verordnung stützen.

#### **e) Das Urteil vom 20. Juni 2007 - Wärmecontracting V**

In die Reihe der Fälle, in denen die Umlegung der Wärmelieferungskosten am Fehlen einer ausreichenden vertraglichen Anspruchsgrundlage scheiterte, gehört ein Urteil vom 20. Juni 2007<sup>70</sup>. Anders als in den oben genannten Entscheidungen wies der Sachverhalt allerdings die Besonderheit auf, dass es nicht um die Umstellung der Wärmeversorgung im laufenden Mietverhältnis ging; vielmehr wurde das Objekt bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durch ein gewerbliches Versorgungsunternehmen mit Nahwärme versorgt. Dies war jedoch im Mietvertrag nicht erwähnt; dort war nur von einer „etwa vorhandenen Sammelheizung“ bzw. von den „Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage... oder der Versorgung mit Fernwärme“ die Rede. Der Bundesgerichtshof hat deshalb auch bei dieser Vertragsgestaltung eine (ausreichende) Vereinbarung i.S.d. § 556 Abs. 1 BGB unter Hinweis auf den eindeutigen Wortlaut der Klausel verneint; das Argument des Vermieters, die Kosten der Nahwärme seien wie diejenigen der Fernwärme zu behandeln, entscheidend sei lediglich, dass die Mieterin Heizwärme „im Weg des Fremdbezuges“ von einem Dritten beziehe, hat er nicht gelten lassen.

Ob dieser Auffassung zu folgen ist, erscheint fraglich, denn unter dem – maßgebenden – Gesichtspunkt der Kostenstruktur unterscheiden sich Nahwärme und Fernwärme nicht.<sup>71</sup> Bei beiden Alternativen enthält das Entgelt für die Wärmelieferung auch die Investitions-, Instandhaltungs- und Kapitalkosten sowie den kalkulierten Gewinn des Wärmelieferanten, mithin eben die Kostenanteile, die der Vermieter bei der Versorgung in Eigenregie nicht in die umlegbaren Heizungskosten einstellen kann, sondern aus seinen (Netto-) Mieteinnahmen bestreiten muss.

---

<sup>69</sup> BGBl. I-1989, 109 (112).

<sup>70</sup> VIII ZR 244/06, WuM 2007, 445.

<sup>71</sup> Im Ergebnis ebenso Hack, Wärmecontracting - Rechtslage und Vertragsgestaltung unter besonderer Betrachtung neuer europarechtlicher Vorgaben.

Zuzugeben ist dem Bundesgerichtshof aber, dass der Wortlaut der einschlägigen Vertragsklauseln eine solche Gleichstellung nicht zuließ; auch eine ergänzende Vertragsauslegung zur Schließung einer Regelungslücke kam hier nicht in Betracht. Nach dem auch das Mietrecht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, hätte sich aber m.E. doch die Erwägung aufgedrängt, ob dem Mieter hier nicht ausnahmsweise das Berufen auf den Buchstaben des Vertrages als treuwidriges Verhalten hätte versagt werden müssen.

Im Ergebnis bleibt jedenfalls festzuhalten, dass der Bundesgerichtshof auch in diesem Urteil seine strikte Linie der Bindung des Vermieters an den – in aller Regel von ihm selbst gestellten – Vertrag beibehalten hat.

#### **f) Wärmecontracting und Wirtschaftlichkeitsgebot – Wärmecontracting VI**

In einem jüngeren Urteil<sup>72</sup> hatte der Bundesgerichtshof erstmals Gelegenheit, eine mietvertragliche Contracting-Klausel zu bestätigen, die folgenden Wortlaut hatte:

*„...Der Mieter ist verpflichtet, die anteiligen Kosten der zentralen Heizungsanlage... sowie der Warmwasserversorgungsanlage zu bezahlen... Werden die Mieträume durch eigenständige gewerbliche Lieferung von Wärme (Fernwärme oder einer zentralen Heizungsanlage) versorgt, so ist der Mieter verpflichtet, sämtliche dem Vermieter entstehenden Kosten anteilig zu tragen...“*

Angesichts dieser eindeutigen Regelung konnte der Bundesgerichtshof mit wenigen Sätzen die Begründetheit der Umlegung der Wärmelieferungskosten bejahen; zu erwähnen ist lediglich, dass in diesem Fall die Umstellung auf Wärmecontracting bereits vor Beginn des Mietverhältnisses erfolgt war. Dennoch erscheint es bemerkenswert, dass hier erstmals eine Klausel anzuwenden war, die nicht den Abschluss individueller Wärmelieferungsverträge zwischen dem Contractor und den Mietern, sondern die Umlegung der dem Vermieter – auf Grund des zwischen ihm und dem Contractor bestehenden Wärmelieferungsvertrages – in Rechnung gestellten Contractingkosten<sup>73</sup> betraf.

Beschränkt sich das Urteil insoweit noch auf schlichte rechtliche Selbstverständlichkeiten, so dürften die weiteren durch den Fall veranlassten Ausführungen – zum Wirtschaftlichkeitsgebot – für den Bereich des Wärmecontracting weitaus bedeutsamer sein.

---

<sup>72</sup> Vom 13. Juni 2007 – VIII ZR 78/06, WuM 2007, 393.

<sup>73</sup> § 2 Nr. 4 c BetrKV, § 7 Abs. 4 HeizkV.

Den Einwand der Mieterin, die Vermieterin habe mit dem von ihr gewählten „Wärmebelieferungskonzept“ das Wirtschaftlichkeitsgebot<sup>74</sup> nicht beachtet, hat der Bundesgerichtshof nicht gelten lassen; die Vorstellung, das Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichte den Mieter schon bei der Auswahl unter den örtlich angebotenen Versorgungsarten, stets die wirtschaftlich vorteilhafteste Versorgungsalternative zu wählen, erscheint ihm als „zu weit gehend“.<sup>75</sup> Jedenfalls dann, wenn – wie hier – bereits bei Abschluss des Mietvertrages die Wärmeversorgung mittels Wärmecontracting erfolgt, ist es dem Mieter versagt, dem Vermieter entgegenzuhalten, die Wohnung hätte durch Fernwärme oder eine von Vermieter selbst betriebene Zentralheizung preiswerter versorgt werden können.

### **g) Das Urteil vom 27. Juni 2007: Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der II. BV**

In seiner vorläufig letzten Entscheidung zur Wärmeversorgung<sup>76</sup> hat der Bundesgerichtshof eine bemerkenswerte Aussage zur Reichweite der in einem Formularymietvertrag enthaltenen Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der II. BV getroffen. Die betreffende Klausel hatte folgenden Wortlaut:

*„Folgende Betriebskosten (erläutert durch Anlage 3 zu § 27 II. BVO) sind in der Nettomiete nicht enthalten und deshalb gesondert zu zahlen:*

....

18. Heizung...“

Bei Beginn des Mietverhältnisses im Jahr 1984 erfolgte die Wärmeversorgung durch eine ölbetriebene Zentralheizung. Ende 2001 wurde die Anlage stillgelegt und abgebaut. Seitdem bezieht die Vermieterin Fernwärme von dem örtlichen Fernwärmeversorger; die ihr in Rechnung gestellten Kosten der Wärmelieferung legt sie auf die Mieter um. Der beklagte Mieter hatte eingewandt, er sei nicht verpflichtet, die im Fernwärmetarif enthaltenen Gewinn-, Abschreibungs- und Instandhaltungsanteile des Fernwärmeversorgers zu bezahlen. Der Bundesgerichtshof hat diesen Einwand zurückgewiesen und angefügt, die Vermieterin sei auch nicht verpflichtet, die Grundmiete entsprechend zu ermäßigen. Begründet hat er dies damit, durch die Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV in § 4 Nr. 1b des Mietvertrages hätten die Parteien (auch) die Umlegung der gesamten Kosten der Wärmelieferung vereinbart; hierfür sei der Verweis auf die Anlage 3 ausreichend, sofern es sich nicht um „sonstige“ Betriebskosten i.S.d. Nr. 17 der Anlage 3 handele. Die Kosten der Fernwärme seien in der bei Abschluss des Mietvertrages im Jahr 1984 geltenden Fassung der

---

<sup>74</sup> § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB; vgl. dazu näher Beyer, Aktuelle Aspekte des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit im Wohnraummietrecht, NZM 2007, S. 1.

<sup>75</sup> A.a.O. Rn. 14.

<sup>76</sup> Urteil vom 27. Juni 2007 – VIII ZR 202/06, zur Veröffentlichung vorgesehen.

Anlage 3 zu § 27 II. BV<sup>77</sup> bereits in Nr. 4 c enthalten gewesen. Auf Grund der Einbeziehung der Anlage 3 zu § 27 II. BV in § 4 Nr. 1b des Mietvertrages sei die Vermieterin zur Umstellung auf Fernwärme berechtigt gewesen; eine unzulässige einseitige Änderung des Mietvertrages durch die Vermieterin liege daher nicht vor.<sup>78</sup>

Überträgt man diese Gedanken auf das Wärmecontracting, so bedeutet dies Folgendes: bei Mietverträgen, die nach der am 1. März 1989 in Kraft getretenen Änderung der Nr. 4 c der Anlage 3 zu § 27 II. BV durch Einbeziehung der Nahwärme in den Oberbegriff der „eigenständig gewerblichen Lieferung von Wärme“<sup>79</sup> abgeschlossen worden sind und die den gesamten Betriebskostenkatalog der Nr. 1 – 16 der Anlage 3 in die Vereinbarung über die umzulegenden Betriebskosten wirksam einbezogen haben, kann der Vermieter auch ohne besondere Zustimmung des Mieters jederzeit die Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung auf die Lieferung von Fern- oder Nahwärme umstellen. Die hierfür erforderliche vertragliche Grundlage ist bei dieser Vertragsgestaltung in der Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV – konkret: deren Nr. 4 c – enthalten. Für die Betriebskostenverordnung, die mit Wirkung vom 1. Januar 2004 an die Stelle der Anlage 3 zu § 27 II. BV getreten ist und die in ihrem § 2 einen nahezu wortgleichen Betriebskostenkatalog enthält, kann nichts anderes gelten.

### III. Zusammenfassung

Die gegenwärtige Rechtslage lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Eine gesetzliche Bestimmung, die den Vermieter zur einseitigen Umstellung der Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung zur Wärmelieferung berechtigt, besteht derzeit nicht. Weder die Vorschriften des Mietrechts, insbesondere des Wohnraummietrechts, noch die speziellen Bestimmungen des Betriebskostenrechts (HeizkV, Anlage 3 zu § 27 II. BV, BetrKV) enthalten eine entsprechende Regelung.

---

<sup>77</sup> Fassung vom 5. April 1984, BGBl. I-1984, 553 (577).

<sup>78</sup> Diese Ausführungen sind nicht ganz unbedenklich; denn im Ergebnis führt die Umstellung der Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung durch den Vermieter zur Fernwärmelieferung durch einen Dritten – ebenso wie beim Wärmecontracting – zu einer Mieterhöhung, da der Mieter die zunächst mit der Nettomiete abgegoltenen Kostenanteile für Investitionen (bzw. Abschreibung), Instandhaltung, Instandsetzung, Fremdkapital und kalkulierten Gewinn bei unveränderter Nettomiete nun ein zweites Mal an den Wärmelieferanten bezahlt. Gleichzeitig wird der Vermieter im selben Umfang kostenmäßig entlastet. Dies führt letztlich zu einer Erhöhung der Miete, ohne dass hierbei die Bestimmungen der §§ 557ff. BGB eingehalten werden. Darin könnte eine unangemessene Benachteiligung des Mieters (§ 307 BGB) zu sehen sein, wenn die Umstellung auf Wärmelieferung – wie im entschiedenen Fall – allein auf Grund einer Formulklausel erfolgt.

<sup>79</sup> Verordnung vom 19. Januar 1989, BGBl. I-1989, S. 109 (112).

2. § 2 i.V.m. §§ 4 - 7 HeizKV schreibt für Mietobjekte die verbrauchsabhängige Erfassung und Verteilung der Heizkosten auf die Nutzer zwingend vor (Verbot der Bruttowarmmiete). Hinsichtlich der Kosten der Wärmelieferung verbleibt es jedoch bei dem Grundsatz des § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB; danach kann der Vermieter die im Vergleich mit der Wärmeversorgung in Eigenregie anfallenden Mehrkosten nur dann auf die Mieter umlegen, wenn der Mietvertrag hierfür eine ausreichende Anspruchsgrundlage enthält oder die Parteien nachträglich eine entsprechende Vereinbarung getroffen haben; dies gilt insbesondere für die Umstellung der Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung zur Wärmelieferung im laufenden Mietverhältnis.

3. Ausreichend in diesem Sinne ist eine vertragliche Regelung dann, wenn sie entweder

a) die Umstellung der gewählten Art (Fernwärme oder Nahwärme) konkret vorsieht, oder

b) den Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zu § 27 II. BV oder des § 2 BetrKV wirksam in den Mietvertrag einbezogen hat. Bei vor dem 1. März 1989 abgeschlossenen Mietverträgen ist zu beachten, dass die damalige Fassung der Nr. 4 c der Anlage 3 zu § 27 II. BV lediglich die *Fernwärme* erfasste.

4. Hat der Vermieter auf der Grundlage einer wirksamen vertraglichen Regelung die Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung auf Wärmelieferung umgestellt, so kann er die vollen Kosten der Wärmelieferung auf die Mieter umlegen; eine Reduzierung der Nettomiete um den auf Investitionen, Instandsetzung, Instandhaltung, Fremdkapital und kalkulierten Gewinn entfallenden Kostenanteil ist nicht erforderlich.

#### **D. Das Recht der gebäudebasierten Energieeffizienz als Teil des Energiewirtschaftsrechts**

Um die Einsatzbreite von Contracting-Vorhaben zu vergrößern, ist ein neuer rechtssystematischer Ansatz erforderlich. Dieser beruht auf der Überlegung von der Zugehörigkeit des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts, einschließlich des Mietmodernisierungsrechts, zum Energiewirtschaftsrecht mit weiteren Konsequenzen für die Rechtsanwendung.

## I. Energiewirtschaftsrecht

Ausgangspunkt für die Abgrenzung des Energierechts in der Rechtsordnung sind die einschlägigen Rechtsquellen, wobei zwischen Rechtsquellen des Energierechts im engeren Sinne sowie im weiteren Sinne zu unterscheiden ist.<sup>80</sup>

Als Energierecht im engeren Sinne ist „der Inbegriff der Normen, die spezielle energierechtliche Tatbestände mit ausschließlicher Geltung für die Energiewirtschaft regeln“, anzusehen.<sup>81</sup>

Energierecht im weiteren Sinne umfasst die „Summe der Vorschriften, deren Geltungsbereich über die Energiewirtschaft ganz oder teilweise hinausgeht, die jedoch für die Energiewirtschaft, insbesondere für die einzelnen energiewirtschaftlichen Wertschöpfungsstufen, eine besondere Bedeutung haben, bei deren Anwendung spezifische energierechtliche Kriterien sowie energiewirtschaftliche/energietechnische Besonderheiten und ggf. energiepolitische Vorgaben rechtlich zu berücksichtigen sind“.<sup>82</sup>

Während das Energiewirtschaftsrecht im engeren Sinne die gesetzlichen Bestimmungen, welche die leitungsgebundene Versorgung mit Strom und Gas regeln, umfasst, finden sich die Rechtsnormen des Energiewirtschaftsrechts im weiteren Sinne verzweigt und verstreut auf den verschiedenen wirtschaftlich-technisch geprägten Stufen der gesamten energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette, von der Gewinnung von Primärenergieträgern, dem Anlagenbau, über die Verstromung, die Regulierung des Netzbetriebs von Strom und Gas, bis hin zur Sicherung sowie Einsparung von Energie.<sup>83</sup>

Normen des Energiewirtschaftsrechts im weiteren Sinne weisen eine Gemengelage von großer Normenvielfalt und Normenkompliziertheit auf und finden sich, rechtsgebietsübergreifend, auf zahlreichen Feldern des öffentlichen Rechts und des Privatrechts. Beispiele bieten u.a. das Bergrecht, das Raumordnungs- und Landesplanungsrecht, das Bauplanungs- und Bauordnungsrecht sowie vor allem das Umweltrecht. Zum Energiewirtschaftsrecht zählen u.a. auch das Recht der Konzessionsverträge sowie der Leitungs- und Netzinfrastruktur, das Recht der Energielieferung unter Einschluss der Verträge im Rahmen von Fernwärme- und Nahwärmeversorgung, schließlich auch das Recht der Energiedienstleistungen und des Contracting. Bei Fernwärmeversorgung und z.T. Wärmeliefer-Contracting handelt es sich zwar um leitungsgebundene Energieversorgung; sie unterliegen aber nicht dem EnWG 2005, sondern gehören vor dem Hintergrund technisch-wirtschaftlicher

---

<sup>80</sup> Lippert, *Energiewirtschaftsrecht*, S. 70.

<sup>81</sup> Büdenbender, *Zur Dogmatik des Energierechts*, in: *Festschrift für Börner zum 70. Geburtstag*, S. 502.

<sup>82</sup> Büdenbender, *Zur Dogmatik des Energierechts*, a.a.O., S. 502f.

<sup>83</sup> Dazu im Einzelnen Lippert, *Energiewirtschaftsrecht*, S. 72ff.

Besonderheiten und ihrer Rolle als Instrumente für Energieeinsparung und Umweltschutz sowie ihrem Einsatzschwerpunkt in der „Wohnungswirtschaft“, dem Rechtsbereich der Energieeinsparung als einem klassischen Regelungskomplex des Energiewirtschaftsrechts im weiteren Sinne an.<sup>84</sup>

## **II. Gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht – normative Zusammenhänge**

### **1. Standort im Energiewirtschaftsrecht**

Ausgangspunkt des Rechts der Energieeinsparung war die Energieversorgungskrise 1973/74. Bildete zunächst das Ziel einer sicheren Energieversorgung den alleinigen Orientierungspunkt der neuen Regelungen, ist im Laufe der Jahre das Ziel einer umweltschonenden Energieversorgung hinzugetreten, fundiert in Art. 20 a GG, später rezipiert in § 1 Abs. 1 EnWG 1998 und in § 1 Abs. 1 EnWG 2005 sowie verankert in gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.<sup>85</sup>

Regelungsgegenständlich weist das Recht der Energieeinsparung Schwerpunkte in den Bereichen von Wohnungswirtschaft, der Wärmeversorgung von Wohnungen, der Hebung des Energieeffizienzpotenzials im Wohnungsbereich durch bauliche und energieanlagenbezogene Komponenten sowie von Fernwärme-, Nahwärme- und Contractingmodellen auf. Europarechtliche Anstöße und Vorgaben, bundes- und landesrechtliche Regelungen sowie kommunale Satzungen, z.B. für den Bereich der Versorgung mit Fernwärme, bilden den rechtlichen Handlungsrahmen.

Das Ziel der Energieeffizienz als einer Voraussetzung für die Energieeinsparung ist in zahlreichen gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen verankert und findet sich in programmatischen Aussagen der EU-Kommission. Im deutschen Recht ist das Ziel der Energieeffizienz teilweise ausdrücklich und an prominenter Stelle, z.B. in § 1 Abs. 1 EnWG 2005 oder unter anderen Bezeichnungen, wie Energieeinsparung bzw. Modernisierung, z.B. in der Energieeinsparverordnung oder im Mietmodernisierungsrecht, §§ 554, 559 BGB, aufgenommen worden.

---

<sup>84</sup> Lippert, Energiewirtschaftsrecht, S. 72ff.

<sup>85</sup> Lippert, Energiewirtschaftsrecht, S. 74.

## 2. Europäisches Gemeinschaftsrecht

### a) Initiativen der EU-Kommission

Die EU-Kommission hat seit 1990 in einer Serie unterschiedlicher Initiativen die Diskussion zur Energieeffizienz mit dem Ziel einer rechtlichen Verankerung immer wieder angestoßen.

**aa)** Bereits in der 1. Mitteilung der Kommission an den Rat betreffend den Aktionsplan zur Verbesserung der Energieeffizienz in der EG<sup>86</sup> fordert die Kommission Versorgungsunternehmen und Dienstleister auf, sich freiwillig dazu zu verpflichten, Energieeffizienzmaßnahmen in ihre Unternehmensziele zu integrieren, soweit Kosteneffizienz gewährleistet ist. Energie soll, in Abweichung von der bisherigen Praxis, Energie in Form von kWh zu verkaufen, in erster Linie als effiziente Dienstleistungen für Heizung, Kühlung, Beleuchtung und Kraft, entsprechend den Bedürfnissen der Kunden, angeboten werden.

**bb)** Wesentlicher Inhalt der am 23.10.2001 veröffentlichten 2. Mitteilung der Kommission über die Durchführung der ersten Phase des europäischen Programms zur Klimaänderung (ICCP)<sup>87</sup> ist der Vorschlag für eine Richtlinie über das Energienachfragemanagement durch effiziente Technologien und neue Dienste, die auf Energieverbraucher sowie kleine und mittlere Unternehmen zielt.

**cc)** Für den Einsatz von Energiedienstleistungen im Gebäudebereich wichtig ist die Entscheidung Nr. 1230/2003 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 zur Festlegung eines mehrjährigen Programms für Maßnahmen im Energiebereich für die Jahre 2003 – 2006.<sup>88</sup> Der dortige Teilbereich „ALTENER“ umfasst die Förderung neuer und erneuerbarer Energiequellen für die zentrale und dezentrale Produktion von Strom und Wärme sowie ihre Einbeziehung im lokalen Umfeld. In dem Arbeitsprogramm bis 2006 ist das Ziel einer Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden ausdrücklich genannt. Einer Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz sollen die Entwicklung und Förderung von Energiedienstleistungspaketen und innovativen Finanzierungssystemen – z.B. Contracting – insbesondere für die Nachrüstung von Gebäuden - dienen. Die Entscheidung hebt die Bedeutung unterschiedlicher Finanzierungsmaßnahmen und vor allem der Drittfinanzierung in Gestalt von Contractingmodellen, der Gründung von Energiedienstleistungsunternehmen oder von Investmentfonds für Energieeffizienz sowie die Anreize für Maßnahmen zur Nachfragesteuerung in Gestalt des Einsparcontracting hervor.

---

<sup>86</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung: Aktionsplan zur Verbesserung der Energieeffizienz in der Europäischen Gemeinschaft, KOM (2000) 247 endg. vom 26. April 2000.

<sup>87</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung über die Durchführung der ersten Phase des Europäischen Programms zur Klimaänderung (ECCP), KOM (2001) 580 endg. vom 23. Oktober 2001.

<sup>88</sup> ABI.EU Nr. L 176 vom 15. Juli 2003, S. 29ff.

**dd)** Das Grünbuch der Europäischen Kommission über Energieeffizienz<sup>89</sup> betont die Notwendigkeit gezielter Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz. Es verweist auf die bedeutende Rolle, die Energiedienstleistungsunternehmen in Zukunft spielen können. Es bezeichnet die Finanzierung durch Dritte und das Energiecontracting als eine wichtige Variante.<sup>90</sup> Im Hinblick auf die wirtschaftliche Lage der Contractingunternehmen fordert das Grünbuch eine stärkere Unterstützung durch die Mitgliedsstaaten in Form von Hilfen für die Verbreitung ihrer Aktivitäten und den Zugang zu Finanzierungsmöglichkeiten. Auf diese Weise soll die Kluft zwischen den verschiedenen Akteuren der Energie- und Technologie-Angebotsseite einerseits und den Energiekunden und Verbrauchern andererseits überbrückt werden.<sup>91</sup>

**ee)** Das Grünbuch der Europäischen Kommission – Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie vom 08.03.2006<sup>92</sup> betont den Zusammenhang zwischen Energieeffizienz, Klimaschutz und Energieversorgungssicherheit<sup>93</sup>, sieht ein effizienz begründetes Einsparpotenzial von bis zu 20 % der in der EU genutzten Energie und bezieht die Energieeffizienz in Gebäuden vorrangig ein.<sup>94</sup> Auch dieses Grünbuch betont die Bedeutung von Energiedienstleistungsunternehmen – also Contractoren – für die Durchsetzung der Effizienz-Ziele.<sup>95</sup>

**ff)** Der Aktionsplan für Energieeffizienz: Das Potenzial ausschöpfen vom 19.10.2006<sup>96</sup> benennt eine Steigerung der Energieeffizienz als die wirksamste Art und Weise, um zugleich die Ziele der Versorgungssicherheit und des Klimaschutzes zu verfolgen<sup>97</sup> und zielt darauf ab, das in Europa bestehende Potenzial zu nutzen.<sup>98</sup> Als eine der obersten Prioritäten nennt der Aktionsplan die Energieeffizienz im Bausektor<sup>99</sup>, wo er mit 27 % des Verbrauchs in Wohngebäuden das größte kosteneffiziente Einsparpotenzial sieht.<sup>100</sup> Der Aktionsplan sieht hierzu eine Reihe von Maßnahmen vor, welche die Wohnungswirtschaft einschließen. Dazu zählen die Festlegung dynamischer Anforderungen an die Energieeffizienz u.a. von Gebäuden sowie die Stärkung von Finanzinstrumenten.<sup>101</sup>

---

<sup>89</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über Energieeffizienz oder Weniger ist mehr, KOM (2005) 265 endg. vom 22. Juni 2005.

<sup>90</sup> Grünbuch, a.a.O., Seite 12.

<sup>91</sup> Grünbuch, a.a.O., Seite 13.

<sup>92</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch: Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie, KOM (2006) 105 endg. vom 8. März 2006.

<sup>93</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 11.

<sup>94</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 12, 22.

<sup>95</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 13.

<sup>96</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Mitteilung: Aktionsplan für Energieeffizienz: Das Potenzial ausschöpfen, KOM (2006) 545 endg. vom 19. Oktober 2006.

<sup>97</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 3.

<sup>98</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 4.

<sup>99</sup> Ebenda.

<sup>100</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 6.

<sup>101</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 9.

Zu den Anforderungen an die Energieeffizienz kündigt der Aktionsplan Vorschläge der Kommission für das Jahr 2009 an, den Anwendungsbereich der Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden auf kleinere Gebäude auszudehnen und zugleich die Mindestanforderungen an die Energieeffizienz – in kWh/m<sup>2</sup> - sowohl von Neu- als auch von Bestandsbauten anzuheben.<sup>102</sup>

Angesichts des dringenden Finanzierungsbedarfs von Maßnahmen zu Steigerung der Energieeffizienz kündigt der Aktionsplan mehrere Initiativen der Kommission an. Insbesondere sollen rechtliche Hindernisse im Recht der Mitgliedstaaten, welche u.a. der Tätigkeit von Energiedienstleistern sowie der Nutzung von Drittfinanzierungen entgegenstehen, ermittelt und Wege zu ihrer Beseitigung gesucht werden.<sup>103</sup>

#### **b) Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden vom 16. Dezember 2002<sup>104</sup>**

Die Richtlinie zielt auf eine Steigerung der gebäudebasierten Energieeffizienz, um so ausdrücklich „über die Einsparung von Mineralöl, Erdgas und festen Brennstoffen“<sup>105</sup> auf die Sicherheit der Energieversorgung Einfluss zu nehmen<sup>106</sup> und zum Klimaschutz beizutragen.<sup>107</sup> Der Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst nach Art. 1 der Richtlinie u.a.:

- eine gemeinsame Methode zur Berechnung der integrierten Gesamtenergieeffizienz
- Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden
- regelmäßige Inspektionen von Heizkesseln und Heizungsanlagen.

Die Energieerzeugungsanlagen – Heizung und Kühlung – sind ausdrücklich neben die Maßnahmen der baulichen Wärmedämmung gestellt;<sup>108</sup> schließlich wird auf Energiedienstleister verwiesen, welche sich zu den erforderlichen Investitionen verpflichten.<sup>109</sup>

---

<sup>102</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 13.

<sup>103</sup> Grünbuch, a.a.O., S. 18.

<sup>104</sup> ABI. EG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 65.

<sup>105</sup> Erwägungsgrund 2.

<sup>106</sup> Erwägungsgrund 4.

<sup>107</sup> Erwägungsgrund 3.

<sup>108</sup> Erwägungsgründe 8, 10, 13.

<sup>109</sup> Erwägungsgrund 16.

**c) Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der RL 93/76/EWG des Rates vom 05. April 2006<sup>110</sup>**

Die Richtlinie zielt auf eine Senkung des Primärenergieverbrauchs, um die Versorgungssicherheit zu verbessern<sup>111</sup> und den Ausstoß von CO<sub>2</sub> zu verringern<sup>112</sup>, wozu die Endenergieeffizienz zu steigern, die Energienachfrage zu steuern und die erneuerbaren Energien zu fördern sind.<sup>113</sup>

Im Zusammenhang mit dem effizienten Endverbrauch steht die Wärmeversorgung von Gebäuden. Als Instrumente der Effizienzsteigerung dienen so genannte Drittfinanzierungen<sup>114</sup>, welche die für Effizienzmaßnahmen notwendigen Investitionen durch einen Dritten tätigen lassen. Als ein besonders wirksames Instrument für Effizienztechnologien sowie -methoden gelten Energiedienstleistungen auf vertraglicher Grundlage mit dem Ziel von überprüfbar und messbar Energieeffizienzsteigerungen bzw. Primärenergieeinsparungen.<sup>115</sup> Der Energiedienstleister trägt in gewissem Umfang finanzielle Risiken, da sich sein Entgelt insbesondere nach den erreichten Energieeffizienzverbesserungen richtet.<sup>116</sup>

Dementsprechend ist ein Energiedienstleistungsvertrag i.S. der RL, Art. 3 j, eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Nutzer und dem Energiedienstleister einer Energieeffizienzmaßnahme, wobei die Erstattung der Kosten der Investitionen in eine derartige Maßnahme im Verhältnis zu dem vertraglich vereinbarten Umfang der Energieeffizienzverbesserung erfolgt.

Diese Instrumente werden von der Richtlinie unter den Begriff der „Finanzinstrumente für Energieeinsparungen“ subsumiert, Art. 3 m. Die genannten Instrumente weisen sämtlich Elemente auf, welche dem Modell des Wärmeliefer-Contracting entsprechen, dabei ausdrücklich den Bezug zur Einsparung von Primärenergieträgern herstellen, Art. 3 e der Richtlinie.

Auf eine Verbreitung des Contracting zielt Art. 9 Abs. 1 RL, wonach nationale Rechtsvorschriften außerhalb des Steuerrechts grundsätzlich von den Mitgliedstaaten aufzuheben sind, wenn und soweit sie die Nutzung von Finanzinstrumenten auf dem Markt für Energiedienstleistungen behindern.<sup>117</sup>

---

<sup>110</sup> ABI.EU Nr. L 114 vom 27. April 2006, S. 64.

<sup>111</sup> Erwägungsgrund 1.

<sup>112</sup> Erwägungsgrund 2.

<sup>113</sup> Erwägungsgrund 1.

<sup>114</sup> Erwägungsgrund 22, Art. 3 k.

<sup>115</sup> Art. 3 e der Richtlinie.

<sup>116</sup> Art. 3 i der Richtlinie.

<sup>117</sup> Zur Bedeutung des Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie für das deutsche Recht: siehe Hack, Wärmecontracting, Rechtslage und Vertragsgestaltung unter besonderer Betrachtung neuer europarechtlicher Vorgaben.

### 3. Bundesrecht

#### a) Ausgangspunkt

Die Energieversorgungskrise 1973/74 hat die Zusammenhänge von Energieeinsparung und Energieversorgungssicherheit schlagartig in das Bewusstsein der Öffentlichkeit gehoben und Reaktionen von Bundesregierung und Bundesgesetzgeber ausgelöst. Die Bundesregierung hatte bereits 1973 ein energiepolitisches Programm mit den Schwerpunkten einer rationellen - also effizienten - Energienutzung, einer Energieeinsparung sowie einem verstärkten Einsatz von erneuerbaren Energieträgern aufgelegt.<sup>118</sup>

#### b) Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden

Das auf diesem Programm aufbauende Gesetz zur Einsparung von Energie in Gebäuden vom 2. Juli 1976<sup>119</sup> bezweckt, ebenso wie die auf seiner Grundlage erlassenen Verordnungen<sup>120</sup>, speziell die Energieeinsparung in Gebäuden. Das Energieeinsparungsgesetz begnügt sich, z.B. in §§ 1, 2 und 3 EnEG, damit, Leitlinien vorzugeben und im Übrigen zu Regelungen durch Rechtsverordnung zu ermächtigen.<sup>121</sup>

Nach § 5 Abs. 1 EnEG müssen die von den Rechtsverordnungen normierten Anforderungen nach dem Stand der Technik erfüllbar und für Gebäude gleicher Art und Nutzung wirtschaftlich vertretbar sein; damit hat das Wirtschaftlichkeitsgebot Aufnahme in das Gesetz gefunden. Die Energieeinsparziele des EnEG belegen als historischen Ausgangspunkt der Gesetzgebung die Energieversorgungskrise 1973/74, die seinerzeitigen Grundsatzserklärungen der Bundesregierung zur Energiepolitik<sup>122</sup>, aber auch die von Initiativen des Bundesrates und der Enquete-Kommission des Bundestages „Vorsorge zum Schutz der Erdatmosphäre“ begleiteten Vorgaben der Bundesregierung zur Novellierung der Wärmeschutzverordnung sowie der Heizungsanlagen-Verordnung „Nutzung der technischen Potenziale im Gebäudebestand zur Verringerung des Energieverbrauchs und Verminderung der CO<sub>2</sub>-Emissionen“.<sup>123</sup>

---

<sup>118</sup> Im Einzelnen dazu Lippert, *Energiewirtschaftsrecht*, S. 699ff.; Grawert, *Versorgungssicherung und Energieeinsparung* in: Hüffer/Ipsen/Tettinger (Hrsg.), *Berg- und Energierecht vor den Fragen der Gegenwart*, Festschrift für Fabricius zum 70. Geburtstag, 335 (353).

<sup>119</sup> BGBl. I-1976, S. 1873.

<sup>120</sup> Nachweise bei Lippert, *Energieeffizienz als Beitrag der Wohnungswirtschaft zur Energiesicherheit – rechtliche Hindernisse beim Übergang zur gewerblichen Wärmeversorgung*, in: Ennuschat/Geerlings/Mann/Pielow (Hrsg.), *Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart*, Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, S. 5, i.E.

<sup>121</sup> Grawert, *Versorgungssicherung und Energieeinsparung*, a.a.O., S. 354.

<sup>122</sup> Dazu mit näheren Nachweisen Lippert, *Energiewirtschaftsrecht*, S. 699 ff.

<sup>123</sup> Dazu Lippert, *Energiewirtschaftsrecht*, S. 704 mit weiteren Nachweisen.

### c) Energieeinsparverordnung

Die inzwischen an die Stelle der beiden vorgenannten Verordnungen getretene Energieeinsparverordnung in der Bekanntmachung der Neufassung vom 02.12.2004<sup>124</sup> hat in Verfolgung der Ziele von Energieeffizienz, Klimaschutz und Energiesicherheit vom Maßstab des Jahres-Heizwärmebedarf auf den des Jahres-Primärenergiebedarf umgestellt.<sup>125</sup> Damit sollen vermeidbare Energieverluste dadurch unterbunden werden, dass „Belohnungen“ von Energieverlusten auf den energiewirtschaftlichen Vorstufen auf dem Weg zum Verbraucher vermieden werden.<sup>126</sup> Die erneute Novellierung der Energieeinsparverordnung vom 24.07.2007<sup>127</sup> führt, in Umsetzung der RL 2002/91/EG – Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden – u. a. die Energieausweise ein, behält aber die Maßstäbe des Jahres-Primärenergiebedarfs bei, § 9 Abs. 1 EnEV.

### d) Mietmodernisierungsrecht

Die mietrechtlichen Vorschriften des BGB zur Modernisierung durch Energieeinsparung, §§ 554, 559 BGB, sind rechtssystematisch dem gebäudebasierten Energieeffizienzrecht zuzurechnen. Die Vorschriften sollen es dem Vermieter ermöglichen, u.a. eine Einsparung von Energie durchzuführen; dadurch soll die Einsparung von Energie ermöglicht und gefördert werden.<sup>128</sup> Das Mietrechtsreformgesetz vom 01.09.2001 beschränkt, in Abkehr von § 541 b BGB a.F., den Begriff der Energie nicht mehr auf Heizenergie, sondern erfasst vielmehr alle Arten von Energie.<sup>129</sup>

Der Gesetzgeber hat, indem er auch Maßnahmen zur Einsparung von Primärenergie<sup>130</sup> einbezieht, das Mietmodernisierungsrecht in den Zusammenhang des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts gestellt. Mit der Einbeziehung der Primärenergie sind auch die energetischen Mietmodernisierungsmaßnahmen in den Dienst der Ziele Klimaschutz und Energiesicherheit gestellt. Weitere Verbindungslinien zum gebäudebasierten Energieeffizienzrecht bilden der Gebäudebezug<sup>131</sup> sowie der Fördermechanismus, der beim Mietmodernisierungsrecht im Wesentlichen den Vermieter zum Herrn des Verfahrens bestellt.<sup>132</sup>

---

<sup>124</sup> BGBl. I-2004, S. 3146.

<sup>125</sup> Lippert, in: Gedächtnisschrift Tettinger, a.a.O., S. 6 i.E.

<sup>126</sup> Amtliche Begründung I 2 a, S. 3.

<sup>127</sup> BGBl. I-2007 S. 1519.

<sup>128</sup> Weidenkaff in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 554 Rn. 1.

<sup>129</sup> Weidenkaff in: Palandt, a.a.O., § 554 Rn. 12.

<sup>130</sup> Weidenkaff in: Palandt, a.a.O., unter Verweis auf LG Hamburg, NZM 06, 536, str.

<sup>131</sup> Weidenkaff in: Palandt, a.a.O., § 554 Rn. 2.

<sup>132</sup> §§ 554, 559 I BGB.

## 4. Landesrecht

Nach dem Inkrafttreten des Energieeinspargesetzes 1976 haben auch einige Länder Gesetze mit energieeinspar- und -effizienzrechtlichen Zielen erlassen.<sup>133</sup> Das hessische Energieeinspargesetz vom 3. Juli 1985<sup>134</sup> - als erstes Landesgesetz dieser Art - ist inzwischen durch das Hessische Gesetz über die Förderung rationeller und umweltfreundlicher Energienutzung – Hessisches Energiegesetz – vom 25. Mai 1990 abgelöst worden.<sup>135</sup> Ziel des Gesetzes ist es, eine rationelle und umweltverträgliche Energienutzung mit einer sicheren und preiswürdigen Energieerzeugung und -verwendung zu verbinden, § 1 des Gesetzes. Diesen Zielen dienen eine rationelle, sparsame und umweltverträgliche Energienutzung im Gebäudebereich, §§ 2 bis 4 des Gesetzes. Die energetischen Anforderungen an Gebäude dienen einem sparsamen Einsatz fossiler, bei jedoch gleichzeitiger Nutzung regenerativer Energieträger.

In instrumenteller Hinsicht bezweckt das Gesetz die Förderung von Energietechnologien, Anlagen und Konzepten, soweit diese den Zielen des § 1 Hessisches Energiegesetz entsprechen.<sup>136</sup>

## 5. Funktionsbestimmte Merkmale des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts

### a) Funktionsbestimmte Rechtsbegriffe

Die Herausarbeitung funktionsbestimmter Merkmale knüpft an die Lehre von den funktionsbestimmten Rechtsbegriffen an, mit denen die moderne Rechtswissenschaft arbeitet. Beispiele sind die Begriffe des „Rechtsgeschäfts“ oder des „Persönlichkeitsrechts“.<sup>137</sup> Diese Begriffe werden durch die Ermittlung des spezifischen Sinngehalts eines solchen Rechts und seiner Funktion gewonnen.<sup>138</sup> Sie werden nicht abstrakt gebildet, sondern teleologisch, die in ihnen wirkende Wertung und das entsprechende Rechtsprinzip müssen erschließbar sein. Funktionsbestimmte Rechtsbegriffe dienen dazu, in einem bestimmten normativen Zusammenhang die Rolle einer Auslegungsrichtlinie zu übernehmen.

Dies gilt z.B. für den Begriff der „Sicherung der Rohstoffversorgung“ im Sinne von § 1 Ziff. 1 Bundesberggesetz, welcher eine Grundkonzeption des Gesetzgebers bildet, die bei der Anwendung der einzelnen Bestimmungen des Gesetzes als Richtschnur dient.<sup>139</sup>

---

<sup>133</sup> Überblick bei Lippert, *Energiewirtschaftsrecht*, S. 708.

<sup>134</sup> GVBl. I, 101.

<sup>135</sup> GVBl. II, 56, 5.

<sup>136</sup> Lippert, *Energiewirtschaftsrecht*, S. 708.

<sup>137</sup> Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, S. 310.

<sup>138</sup> Larenz/Canaris, ebenda.

<sup>139</sup> Boldt/Weller, *Bundesberggesetz*, § 1 Rn. 1.

Die funktionsbestimmten Merkmale in dem hier verwendeten Sinn sind die einem Gesetz zugrunde gelegten wirtschaftlich-technischen – Wirkungsmechanismen, welche den gesetzlichen Zielen dienen und soweit sie normativen Ausdruck gefunden haben, der Auslegung bedürfen.

Die funktionsbestimmten Merkmale bilden ihrerseits Einflusszonen für funktionsbestimmte Rechtsbegriffe bzw. Leitziele i.S. einer widerspruchsfreien Auslegung des Gesetzes.

## **b) Wirkungsmechanismus**

Das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht beruht im Kern auf dem Wirkungsmechanismus einer Nutzung des Energieeffizienzpotenzials im Gebäudebestand zum Zweck der Einsparung von Primärenergie mit dem Ziel, Beiträge zum Klimaschutz - Minderung des CO<sub>2</sub>-Ausstoßes - und der Energiesicherheit - Verminderung des Imports von fossilen Primärenergieträgern - zu leisten. Dieser Wirkungsmechanismus bildet den „Kern“ des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts; er findet sich zwar nicht im konzentrierten normativen Zusammenhang, sondern verstreut, teilweise ausdrücklich, meistens rechtsgedanklich, in den verschiedenen gesetzlichen Grundlagen. Seine rechtliche Bewertung ist daher erst nach einer Prüfung seiner einzelnen Elemente und deren Rechtsgrundlagen möglich.

## **c) Elemente des Wirkungsmechanismus**

In diesem Sinne lassen sich folgende Elemente des Wirkungsmechanismus unterscheiden:

Effizienzeffekt;

Einsparung von Primärenergie;

CO<sub>2</sub>-Minderung/Klimaschutz;

Verringerung des Imports von Primärenergieträgern/Energiesicherheit.

### **aa) Effizienzeffekt**

Wegen ihres Zusammenhangs mit der Einsparung von Primärenergie und den Wirkungen für Klimaschutz und Energiesicherheit stellt die gebäudebasierte Energieeffizienz das Schlüsselement dar.

Die Effizienzsteigerung i.S. eines integrierten Konzepts zur Steuerung der Höhe des Energieverbrauchs, der Senkung des Primärenergieverbrauchs, im Dienst von Klimaschutz sowie Energiesicherheit<sup>140</sup>, enthält darüber hinaus die Komponenten „Gebäudebezug“ sowie „Instrument“.

Das Effizienzelement hat eine anlagenbezogene Seite: Steigerung des Wirkungsgrades von Energieerzeugungs- und -verteilanlagen durch Modernisierung und professionellen Betrieb.<sup>141</sup>

Der Gebäudebezug bildet eine natürliche Komponente der gebäudebezogenen Energieeffizienzsteigerung, da die Wertschöpfung im Zusammenhang mit der Wärmeversorgung eines Gebäudes stehen muss. Dies belegt bereits die Bezeichnung der EU-Richtlinie „Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden“.<sup>142</sup> Eine anlagenbezogene Effizienzsteigerung braucht jedoch nicht unbedingt im, sondern muss vielmehr für die Versorgung des Gebäudes wirksam werden.

Von hoher Bedeutung für die tatsächliche Umsetzung der Effizienzziele ist das eingesetzte Instrument i.S. eines rechtlich-wirtschaftlich-technischen Verfahrensmodells, z. B. des Contracting.

Das deutsche Recht bestimmt traditionellerweise eine Mindesteffizienz vorhandener Anlagen und setzt als Träger der Maßnahmen regelmäßig den Eigentümer der Anlage ein, der, soweit erforderlich, durch Subventionen unterstützt wird. Ein Beispiel bildet das von der Bundesregierung initiierte und von der KfW vollzogene, optimierte CO<sub>2</sub>-Gebäudesanierungsprogramm.<sup>143</sup>

Ein aktuelles Beispiel dieser Tradition bildet die im integrierten Energie- und Klimaprogramm angekündigte Verschärfung von energetischen Anforderungen an Gebäude durch eine weitere Novellierung der EnEV.<sup>144</sup>

Ebenso bestimmt das Mietmodernisierungsrecht den Vermieter zum Träger der energetischen Modernisierung, §§ 554 I, II, 559 I BGB.

Das europäische Gemeinschaftsrecht geht hier einen anderen Weg. Es hält, insbesondere in der Endenergieeffizienz- und Dienstleistungsrichtlinie<sup>145</sup>, verschiedene Handlungsinstrumente bereit, um die Nutzung der Effizienzpotenziale weiter zu beschleunigen. Dazu zählen Energiedienstleistungen bzw. Drittfinanzierungen, deren rechtlicher Kern die „Bereitstellung von Nutzenergie ist,

---

<sup>140</sup> Dazu für Elektrizität und Gasversorgung: Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 3 EnWG Rn. 95.

<sup>141</sup> Dazu z.B. Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABLEG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, Erwägungsgründe 8, 10 und 13, siehe oben; Weidenkaff in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 554 Rn. 12.

<sup>142</sup> Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABLEG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 65ff.

<sup>143</sup> Dazu der Bericht in: Das Grundeigentum 2006, Heft 4, S. 214ff.

<sup>144</sup> Ziffer 10 der von der Bundesregierung am 23./24.08.2007 verabschiedeten Eckpunkte für ein integriertes Energie- und Klimaprogramm, S. 22f.

<sup>145</sup> ABLEU vom 27. April 2006, Nr. L 114, S. 64.

wobei der gesamte Prozess der Erzeugung dieser Nutzenergie und das damit verbundene wirtschaftliche Risiko in der Verantwortung des Energiedienstleisters liegt<sup>146</sup>, was ohnehin dem typischen Wärmecontracting-Modell entspricht.

### **bb) Einsparung von Primärenergie**

Die Effizienzsteigerung muss eine Einsparung von Primärenergie bewirken. Es stellt sich die Frage, welche Primärträger dem Einsparungsziel unterliegen, insbesondere, ob über die fossilen Energieträger hinaus, auch die regenerativen Energieträger einbezogen sind.

Während das Gemeinschaftsrecht die vom Einsparungsziel erfassten Primärenergieträger ausdrücklich benennt – „Mineralöl, Erdgas und feste Brennstoffe“<sup>147</sup> – und auch das deutsche Energieeinsparrecht ausdrücklich oder vom Rechtsgedanken her die fossilen Primärenergieträger im Blick hat, ist diese Frage für das Mietmodernisierungsrecht umstritten.<sup>148</sup> Gegen den Einsatz von regenerativen Energieträgern zur Einsparung von „fossilen“ Primärenergieträgern und ihrer Bilanzierung als „Einsparung“ wird vor allem eingewandt, dass es sich hier nicht um eine Energieeinsparung, sondern nur um eine Substitution bei gleich bleibender Energiebilanz handele.<sup>149</sup>

### **cc) CO<sub>2</sub>-Minderung/Klimaschutz**

Mit der Einsparung von fossilen Primärenergieträgern ist eine verringerte Belastung der Erdatmosphäre mit CO<sub>2</sub>-Emissionen verbunden.

Der Klimaschutz ist ein wichtiges Ziel des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts und hat an zahlreichen Stellen des Energieeffizienzrechts eine normative Verankerung erfahren; dies gilt auch für das Mietmodernisierungsrecht, wo über den Primärenergiebezug der Energieeinsparung rechtsgedanklich das Klimaschutzziel integriert ist.<sup>150</sup>

---

<sup>146</sup> So Hack, Wärmecontracting – Rechtslage und Vertragsgestaltung unter besonderer Beachtung neuer europarechtlicher Vorgaben, S. 102.

<sup>147</sup> Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABLEG Nr. L 1 vom 4. Januar 2003, Erwägungsgrund 2.

<sup>148</sup> Weidenkaff, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 554 Rn. 12 m.w.N.

<sup>149</sup> So Eisenschmid, Die Energieeinsparung im Sinne der §§ 554, 559 BGB; WuM 2006, Heft 3, 119 (120) m.w.N.

<sup>150</sup> Weidenkaff, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, zum Primärenergiebezug, ebenda.

## **dd) Energiesicherheit**

Das Ziel der Energiesicherheit ist im europäischen Gemeinschaftsrecht sowie im hessischen Energiegesetz ausdrücklich verankert. In den bundesrechtlichen Rechtsgrundlagen des Energieeffizienzrechts, z.B. der EnEV, ist es nicht mehr ausdrücklich, wohl aber, vermittelt durch den Primärenergiebezug, im Rechtsgedanken enthalten.

## **d) Normative Zusammenhänge (Zwischenbilanz)**

Die Durchsicht der normativen Grundlagen hat zum Ergebnis, dass der dem gebäudebasierten Energieeffizienzrecht zugrunde liegende Wirkungsmechanismus ganz überwiegend in normativer Hinsicht verankert ist. Die von diesem Grundsatz festgestellten Abweichungen betreffen zunächst die Frage, ob der Einsatz erneuerbarer Energieträger als Energieeinsparung i.S. des Mietmodernisierungsrechts anzusehen ist und des Weiteren die Frage nach dem geeigneten Instrumentarium für eine Aktivierung der Effizienzpotenziale. Diese beiden neuralgischen Punkte sind unter Heranziehung der energierechtlichen Leitziele zu klären.

## **E. Energiewirtschaftsrechtliche Leitziele und gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht; Folgerungen für die Rechtsanwendung**

### **I. Energiewirtschaftsrechtliche Leitziele**

#### **1. Rechtliche Bedeutung von gesetzlichen Leitzielen**

Leitziele, insbesondere von „technokratischer“ Provenienz mit wirtschaftlich-technischer Steuerungsabsicht, erfreuen sich gesetzestechisch steigender Beliebtheit.<sup>151</sup>

Derartige Leitziele, wie z.B. eine effiziente leitungsgebundene Energieversorgung, § 1 Abs. 1 EnWG 2005, entfalten eine rechtliche Bedeutung in mehrfacher Hinsicht.

---

<sup>151</sup> Dazu Lippert, Energieeffizienz als Beitrag der Wohnungswirtschaft zur Energiesicherheit – rechtliche Hindernisse beim Übergang zur gewerblichen Wärmeversorgung, in: Ennuschat/Geerlings/Mann/Pielow (Hrsg.), Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart, Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, S. 17 m.w.N.

## **a) Leitziele als Auslegungsrichtlinie**

Zunächst handelt es sich um eine sich selbst tragende Auslegungsregel, die als solche auch ohne Bekräftigung durch Inbezugnahme einer Spezialnorm wirksam ist. Allerdings vermag ein Leitziel erst dann eigenständige Rechte und Pflichten zu begründen, wenn bestehende Vorschriften ausdrücklich auf dieses Leitziel verweisen oder wenigstens rechtsgedanklich den Inhalt des Leitziels aufgenommen haben.<sup>152</sup>

## **b) Weitere Funktionen von Leitzielen**

Im Rahmen dieser „Richtlinienkompetenz“ der Leitziele lassen sich eine Reihe von Teilfunktionen identifizieren, welche das Leitziel sektoral fortsetzen und seine Wirkkraft mitprägen. Dies gilt jeweils für die Ziel-, die Programm- sowie die Querschnittsfunktion.<sup>153</sup>

Die Aufgabe der Zielfunktion besteht in der Bestimmung von Inhalt und Reichweite des gesetzlichen Ziels, aber auch seiner Abgrenzung gegenüber dem Gesetzeszweck, der im Verhältnis zum Ziel eher den Weg bzw. das Instrument zum Ziel darstellt.<sup>154</sup>

Leitziele wird – über die Programmfunktion - auch die Aufgabe einer Selbstkontrolle des Gesetzgebers zugesprochen, z.B. i.S. einer disziplinierenden Wirkung im Zuge einer Gesetzesnovellierung, um den Gesetzgeber auf dem rechtspolitischen Kurs zu halten.<sup>155</sup> Die Programmfunktion soll auch den Gesetzgeber „ermahnen“, widersprüchliche Regelungen, welche die Umsetzung der Leitziele und damit den roten Faden in einem Gesetz beeinträchtigen, zu vermeiden bzw. zu ändern.

Die Querschnittsfunktion beschreibt die Wirkung, dass ein gesetzliches Leitziel – gewissermaßen horizontal – über das eigene Gesetz hinaus wirkend, auch die gesetzlichen Nachbarregelungen erfasst. Diese Wirkung kann in rechtlichen Querschnittsmaterien, wie z.B. im Energiewirtschaftsrecht i.w.S. von Bedeutung sein, um auch andere Stufen der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette, wie z.B. das Energieeinspar- bzw. das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht, an die Leitziele des § 1 EnWG zu binden.

---

<sup>152</sup> Dazu Lippert, ebenda.

<sup>153</sup> Zu diesen Teilfunktionen: Lippert, Energieeffizienz als Beitrag der Wohnungswirtschaft zur Energiesicherheit – rechtliche Hindernisse beim Übergang zur gewerblichen Wärmeversorgung, in: Ennuschat/Geerlings/Mann/Pielow (Hrsg.), Wirtschaft und Gesellschaft im Staat der Gegenwart, Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, S. 18f.

<sup>154</sup> A.A. anscheinend, in der Wortwahl, aber nicht im Ergebnis Kuxenko, Umweltverträgliche Energieversorgung - Analyse eines neuen Gesetzeszwecks im Energiewirtschaftsrecht, S. 112.

<sup>155</sup> Kuxenko, a.a.O., S. 155.

Voraussetzung einer normativen Bindung an die Leitziele ist auch hier ein ausdrücklicher Bezug, zumindest eine rechtsgedankliche Verankerung wesentlicher Inhalte des Leitziels.<sup>156</sup>

## **2. Leitziele mit normativer Wirkung für das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht**

### **a) Leitziele i.S. von § 1 Abs. 1 EnWG 05**

§ 1 Abs. 1 des EnWG benennt neben den „klassischen“ Zielen einer sicheren, preisgünstigen und umweltverträglichen Versorgung als neue Ziele eine effiziente und verbraucherfreundliche Versorgung.

Während die Umriss einer sicheren Versorgung – technische, wirtschaftliche, auch außenwirtschaftlich abgesicherte Versorgung - sowie einer umweltschonenden Versorgung – rationeller und sparsamer Umgang mit Energie, schonende und dauerhafte Nutzung von Ressourcen sowie möglichst geringe Umweltbelastung<sup>157</sup> feststehen, sind die Ziele einer effizienten und verbraucherfreundlichen Versorgung näher zu konturieren.

In Ermangelung einer Erläuterung in der amtlichen Begründung<sup>158</sup> ist für das Ziel des Verbraucherschutzes auf Art. 3 Abs. 5 Satz 2 RL-Elt bzw. Art. 3 Abs. 3 Satz 4 RL-Gas, dem gemeinschaftsrechtlichen Ursprung der bundesrechtlichen Rezeption dieses Ziels, zurückzugreifen.<sup>159</sup> Dort sind insbesondere als Elemente eines Verbraucherschutzes die Transparenz von Vertragsbedingungen und allgemeine Informationen für den Kunden aufgeführt.

Als weitere Schutzmaßnahmen zugunsten von Endkunden verweisen Art. 3 Abs. 5 RL-Elt und Art. 3 Abs. 3 RL-Gas auf die Vorgaben des Anhangs A zu den Richtlinien – welche allgemeine Vertragsinformationen, z.B. zur Änderung von Vertragsbedingungen, Entgelterhöhungen bzw. Zahlungsmodalitäten, betreffen.

Das Ziel der Energieeffizienz umfasst nicht nur die Kosteneffizienz der Energieversorgungsnetze, sondern Maßnahmen zur Verbesserung des Verhältnisses zwischen Energieaufwand und -ergebnis im Bereich von Energieumwandlung, Energietransport und Energienutzung, § 3 Ziff. 15 a EnWG, aber auch Nachfragesteuerungsmaßnahmen sowie die Berücksichtigung von dezentralen Erzeugungsanlagen, § 14 Abs. 2 EnWG.

---

<sup>156</sup> Lippert, a.a.O., S. 19.

<sup>157</sup> § 1 Abs. 1 i.V.m. § 3 Ziff. 33 EnWG.

<sup>158</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 47.

<sup>159</sup> Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 1 EnWG Rn. 40.

## b) Zielkonkurrenz

Nachdem die Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG nicht alle zugleich erreichbar sind, ist eine Optimierung unter Berücksichtigung der Zielkonflikte durch Entscheidung im Einzelfall zu treffen. Hierzu wird teilweise auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>160</sup> zurückgegriffen. Angesichts der normativen Gleichrangigkeit der Ziele könnte eine Abwägung im konkreten Fall unter Heranziehung der Verfahren zur Gewichtung öffentlicher Belange erfolgen, wo zwischen einer quantitativen Beeinträchtigung und einer qualitativen Bedeutung des Belangs zu unterscheiden wäre, was wiederum eine Prüfung der normativen Verankerung bedingt.<sup>161</sup>

## 3. Wirksamkeit der Leitziele im gebäudebezogenen Energieeffizienzrecht

Die Leitziele des § 1 EnWG gelten zunächst im EnWG und damit im gesamten Recht der leitungsgebundenen Versorgung mit Strom und Gas. Im Rahmen der sog. Querschnittsfunktion vermögen die Leitziele jedoch unter bestimmten Voraussetzungen in benachbarten Gebieten des Energierechts, z.B. im Bergrecht, aber auch im gesamten Energiewirtschaftsrecht i.w.S., normative Wirksamkeit zu entfalten.<sup>162</sup>

Für das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht kann davon ausgegangen werden, dass die Leitziele des § 1 EnWG grundsätzlich auch hier gelten. Dies gilt für die Ziele einer sicheren und umweltschonenden Energieversorgung, welche über den im Energieeffizienzrecht angelegten primärenergierechtlichen Bezug normative Wirkung entfalten. Der Wirkungsmechanismus des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts ist ohnehin im Effizienzprinzip enthalten.

Das Leitziel einer preisgünstigen Versorgung prägt kraft Natur der Sache die gesamte Energiewirtschaft, soll aber vorwiegend durch die Kräfte des freien Marktes verwirklicht werden und tritt teilweise, z.B. zugunsten des Prinzips der umweltverträglichen Energieversorgung sowie der sicheren Energieversorgung zurück. Das Ziel der Energiesicherheit und das Umweltziel sind stärker auf regulierende Maßnahmen des Staates angewiesen.<sup>163</sup> Das Ziel einer preisgünstigen Versorgung prägt über das Wirtschaftlichkeitsgebot das gebäudebasierte Effizienzrecht.

---

<sup>160</sup> Danner in Danner/Theobald, Energierecht, § 1 EnWG 1998, Rn. 19; a.A. Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 1 EnWG Rn. 78.

<sup>161</sup> Dazu Kuxenko, Umweltverträgliche Energieversorgung - Analyse eines neues Gesetzeszwecks im Energiewirtschaftsrecht, S. 114f.

<sup>162</sup> Lippert, Sicherheit der Energieversorgung – Renaissance eines energierechtlichen Leitziels? In: Leible/Lippert/Walter, Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, S. 19.

<sup>163</sup> Kuxenko, a.a.O., S. 115.

Das Ziel einer verbraucherfreundlichen Versorgung hat seine normative Ausprägung vor allem im Mietrecht, das u.a. in § 554 Abs. 2 und 3 BGB im Zusammenhang mit Maßnahmen zur Energieeinsparung mieterschützende Transparenzgebote enthält.

## **II. Neuralgische Elemente des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts im Lichte der energiewirtschaftsrechtlichen Leitziele**

Die im gebäudebasierten Energieeffizienzrecht als „neuralgisch“ festgestellten Elemente „Energieeinsparung“ sowie „Instrumentarium“ sind im Lichte der Leitziele zu klären.

### **1. Einsparung von Primärenergieträgern**

#### **a) Gebäudebasierte effizienzrechtliche Grundlagen**

Die Frage, welche Primärenergieträger dem Einsparziel unterliegen, beantworten das Gemeinschaftsrecht und das deutsche gebäudebasierte Energieeffizienzrecht – mit Ausnahme des Mietmodernisierungsrechts - übereinstimmend mit dem Ergebnis, dass die Einsparung nur die fossilen Energieträger erfasst. Es bezieht sich nicht auf die regenerativen Energieträger, deren Einsatz im Gegenteil angestrebt wird.

Für das Mietmodernisierungsrecht wird in Abweichung vom übrigen Energieeffizienzrecht teilweise vertreten, dass der Einsatz regenerativer Primärenergieträger, z.B. von Sonnenkollektoren oder Wärmepumpen, anstelle von fossilen Primärenergieträgern an der Energiebilanz des Gebäudes nichts ändere<sup>164</sup> und aus diesem Grunde im Ergebnis keine Energieeinsparung i.S. der Mietmodernisierung vorliege.

#### **b) Auslegungseinflüsse energiewirtschaftsrechtlicher Leitziele**

Zur Beurteilung der Frage, ob der Einsatz von regenerativen Energieträgern eine Energieeinsparung i.S. des Mietmodernisierungsrechts darstellt, sind in erster Linie die Leitziele einer sicheren Energieversorgung sowie einer umweltverträglichen aber auch einer preisgünstigeren Energieversorgung heranzuziehen.

---

<sup>164</sup> Eisenschmid, Die Energieeinsparung im Sinne der §§ 554, 559 BGB, WuM 2006, Heft 3, 119 (120).

## **aa) Sichere Energieversorgung**

Eine sichere Energieversorgung umfasst alle Stufen der Energieversorgung – Erzeugung, Speicherung, Übertragung und Verteilung.<sup>165</sup> Dazu zählt auch die außenwirtschaftliche Komponente der Energiesicherheit, wie z.B. der Zugang zu Lagerstätten, die Importe von fossilen Primärenergieträgern, welche angesichts der ständig steigenden Importabhängigkeit der Bundesrepublik Deutschland und der EU existenzielle Bedeutung gewinnen.<sup>166</sup>

Eine Einsparung von fossilen Primärenergieträgern leistet daher einen Beitrag zur Senkung von Energieimporten und erhöht dadurch die Energiesicherheit.

Der Einsatz von regenerativen Primärenergieträgern erhöht den Anteil der inländischen bzw. EU-eigenen Energieproduktion, ersetzt teilweise die Nutzung von fossilen Energieträgern (Öl, Gas, feste Brennstoffe), senkt deren Importe und trägt auf diese Weise zur höheren Energiesicherheit bei.

## **bb) Umweltverträgliche Energieversorgung**

Die mit dem Einsatz von regenerativen Energien bewirkte Einsparung von fossilen Energien trägt bei zu:

- einem sparsamen Umgang mit fossiler Energie
- einer schonenden und dauerhaften Nutzung von Ressourcen
- einer möglichst geringen Umweltbelastung, z.B. des Klimas durch die Belastung mit CO<sub>2</sub>-Emissionen.

Sie erfüllt damit die vom Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 i.V.m. § 3 Ziff. 33 EnWG normierten Kriterien einer umweltverträglichen Energieversorgung.

## **cc) Preisgünstigkeit der Energieversorgung**

Zu den energierechtlichen Leitzielen zählt auch die Preisgünstigkeit der Energieversorgung.

---

<sup>165</sup> Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 1 Rn. 26.

<sup>166</sup> Dazu z. B. die Mitteilung der EG-Kommission, Eine Energiepolitik für Europa vom 10.01.2007, KOM (2007) 1 endg., S. 4. und mit zahlreichen Beiträgen: Leible/Lippert/Walter (Hrsg.), Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, dort insbesondere Müller, Strategische Bedingungen für die Nutzung der Weltenergiereserven, S. 29ff.; Walter, Gewährleistungs- und Erfüllungsverantwortung auf globalen Energiemärkten, S. 47ff.

Im Einzelfall schwer konkretisierbar, ist sie mit den Zielen einer sicheren und umweltschonenden Versorgung in Ausgleich zu bringen. Das auch im Energieeffizienzrecht geltende Wirtschaftlichkeitsprinzip, welches auch energie- und umweltschutzorientierte Ziele rezipiert<sup>167</sup>, bestimmt in § 5 Abs. 1 EnEG, dass nur solche Anforderungen gestellt werden, welche nach dem Stand der Technik erfüllbar und für die jeweiligen Gebäudearten wirtschaftlich vertretbar sind. Als vertretbar gelten die Anforderungen, die innerhalb einer bestimmten Nutzungsdauer durch die eintretenden Einsparungen erwirtschaftet werden können.

Andererseits ist ein bestimmtes Preisniveau zu erzielen, um die Kosten von sicheren und umweltverträglichen Versorgungslösungen zu tragen.<sup>168</sup>

Anscheinend in der Annahme eines gewissen Vorrangs des Umweltprinzips<sup>169</sup> hat der BGH entschieden, dass das umweltpolitische Interesse am Vollzug einer energetischen Modernisierungsmaßnahme einer Bewertung ausschließlich nach Kostengesichtspunkten nicht zugänglich ist.<sup>170</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Leitziel einer preiswürdigen Versorgung bei grundsätzlicher Gleichrangigkeit mit den Zielen von Sicherheit und Umweltsicherung nur im Falle seiner qualitativen Gefährdung überwiegen kann. Das dem Effizienzrecht innewohnende Prinzip der Wirtschaftlichkeit wirkt hier abfedernd zugunsten der Preiswürdigkeit.

## **dd) Ergebnis**

Die Nutzbarmachung von energiewirtschaftsrechtlichen Leitzielen für das Mietmodernisierungsrecht führt zu dem Ergebnis, dass der Rechtsbegriff der Energieeinsparung i.S. von §§ 554 Abs. 2, 559 Abs. 1 BGB in dem Sinne auszulegen und zu vollziehen ist, dass auch die teilweise oder vollständige Substitution von fossilen durch regenerative Primärenergieträger als Einsparung i.S. des Mietmodernisierungsrechts gilt.

## **2. Instrumente**

Die Frage nach dem geeigneten Instrumentarium zur Hebung des Effizienzpotenzials wird unterschiedlich beantwortet.

---

<sup>167</sup> Schwintowski, Das Wirtschaftlichkeitsgebot – die Rechtspflicht des Vermieters zur optimalen Wärmeversorgung, WuM 2006, S. 115ff.

<sup>168</sup> Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 1 Rn. 33.

<sup>169</sup> Kuxenko, Umweltverträgliche Energieversorgung – Analyse eines neuen Gesetzeszwecks im Energiewirtschaftsrecht, S. 115.

<sup>170</sup> BGH in WuM 2004, 285.

Die Regelungen des Gemeinschaftsrechts und des deutschen Rechts weichen hier teilweise voneinander ab. Während das Gemeinschaftsrecht durchgehend auf Energiedienstleister setzt, einen entsprechenden Markt fördern und rechtliche sowie sonstige Hindernisse beseitigen will, knüpft das deutsche Gebäudeenergieeffizienzrecht am Eigentümer/Investor/Vermieter an.

## **a) Gebäudebasiertes Effizienzrecht**

### **aa) Gemeinschaftsrecht**

Die Endenergieeffizienz- und Dienstleistungsrichtlinie setzt, um die Erschließung der Effizienzpotenziale mit Hilfe bereits vorhandener Instrumentarien zu beschleunigen, auf Energiedienstleistungen, Art. 3 c, Energiedienstleister, Art. 3 i, sowie Drittfinanzierungen, Erwägungsgrund 22. Funktion und Status dieser Dienstleister entsprechen hinsichtlich ihrer wesentlichen Merkmale dem Contracting i.S. einer eigenständigen, gewerblichen Lieferung von Wärme.

### **bb) Gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht: Energieeinsparverordnung 2007**

Die Energieeinsparverordnung vom 24.07.2007<sup>171</sup> enthält vor allem Anforderungen hinsichtlich:

- der Ermittlung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden
- der energetischen Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz auch von bestehenden Gebäuden
- der Einführung von Energieausweisen
- der regelmäßigen Inspektionen von Klimaanlage und von Heizkesseln in Gebäuden
- sowie einer Überprüfung der gesamten Heizungsanlage, wenn deren Kessel älter als 15 Jahre sind.<sup>172</sup>

Für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Pflichten ist, wie im Bauordnungsrecht, nach § 26 EnEV grundsätzlich der Bauherr verantwortlich. Eine andere Person wäre nur dann verantwortlich, wenn sie in einer Regelung der Verordnung ausdrücklich als Normadressat benannt ist.

---

<sup>171</sup> BGBl. I-2007 S. 1519.

<sup>172</sup> Amtliche Begründung, S. 1.

### **cc) Mietmodernisierungsrecht**

Während Maßnahmen zur Einsparung von Energie nach § 554 Abs. 2 S. 1 BGB vom Vermieter, aber auch von einem Dritten vorgenommen werden können und grundsätzlich vom Mieter zu dulden sind, wenn die Voraussetzungen der §§ 554 Abs. 3, Abs. 2, S. 2-4 BGB vorliegen, ist die Durchführung der eigentlichen energetischen Modernisierung nach § 559 Abs. 1 BGB – Maßnahmen mit nachhaltiger Einsparung von Energie sowie Befugnis zur Mieterhöhung – und damit die Bedienung des energiewirtschaftlichen Gestaltungsmechanismus der mietrechtlichen Modernisierung, dem Vermieter vorbehalten.

### **b) Auslegungseinflüsse energiewirtschaftsrechtlicher Leitziele**

Mit dem Ziel, die unterschiedlichen instrumentellen Bezugspunkte im Gemeinschaftsrecht einerseits und im deutschen Recht andererseits aufzulösen, sind neben der effizienten Versorgung auch die Leitziele einer sicheren umweltschonenden, preisgünstigen und verbraucherfreundlichen Energieversorgung heranzuziehen.

#### **aa) Effiziente Versorgung**

Unter Effizienz ist – neben der Kosteneffizienz – insbesondere die Effizienz beim Einsatz der Primärenergieträger im Rahmen der Wertschöpfungskette – Erzeugung, Übertragung, Verteilung, u.U. auch Dienstleistung zu verstehen.<sup>173</sup> Mit Hilfe des Contracting lassen sich hohe Effizienzpotenziale im Gebäudebestand in Deutschland erschließen. Der spezifische Contracting-Effekt besteht in einem „Effizienzzwang“ für den Contractor, in dem Sinne, die Energie möglichst effizient zu liefern, denn bei ihm liegt – im Unterschied zur Versorgung eines vermieteten Gebäudes durch den Eigentümer – das wirtschaftliche Risiko eines weniger effizienten Betriebs der Anlage.<sup>174</sup> Der Contractor gibt eine stillschweigende oder eine ausdrückliche Effizienzgarantie ab.

Demgegenüber erzeugt die Versorgung durch den Vermieter keine vergleichbaren Effizienzwirkungen. Für den Vermieter stellt eine ineffizient arbeitende Anlage keinen Nachteil dar, weil er die laufenden Kosten an die Mieter überwälzen kann, § 556 BGB i.V.m. § 2 Nr. 4 a BetriebskostenVO. Aus seiner Sicht besteht auch kein Anreiz zur Erneuerung von Heizungsanlagen,

---

<sup>173</sup> Dazu Salje, Energiewirtschaftsgesetz, § 1 Rn. 46.

<sup>174</sup> Dazu Hack, Wärmecontracting – Rechtslage und Vertragsgestaltung, S. 100.

weil er die Investitionen über eine Erhöhung der Kaltmiete finanzieren muss und die Kosteneinsparungen den Mietern zugute kommen.<sup>175</sup> Eine Folge dieser Rechtslage ist der inzwischen entstandene Modernisierungstau.

Contracting bietet daher auf Grund seiner spezifischen Effizienzwirkung im einzelnen Anwendungsfall wie in der Breite als Instrument aus der Natur der Sache höhere Effizienzgewinne als die Vermieter-Lösung.

Contracting-Modelle zur Wärmeversorgung entsprechen daher dem Leitziel einer effizienten Versorgung.

### **bb) Energiesicherheit**

Die mit Contracting verbundenen spezifischen Effizienzwirkungen erzielen gegenüber konkurrierenden Lösungen ein höheres Maß an Einsparung von Primärenergieträgern mit der Folge eines größeren Beitrags zu einer erhöhten Energiesicherheit.

### **cc) Umweltverträgliche Versorgung**

Die Erwägungen zu bb) führen auch zu einem höheren Beitrag des Contracting zu einer umweltverträglichen Versorgung.

### **dd) Preisgünstigkeit**

Die Preisgünstigkeit konkretisiert sich in dem Wirtschaftlichkeitsgebot, welche z.B. im Falle hoher Modernisierungskosten – z.B. Umstellung von Gasversorgung auf Solarwärme – die Umlage auf den Kunden begrenzt.<sup>176</sup>

### **ee) Verbraucherfreundlichkeit**

Die Transparenzanforderungen dieses Leitziels ließen sich durch eine Erläuterung des Contractors zur garantierten Effizienz sowie zur Kosten- und Preisregelung während der vertraglichen Laufzeit erfüllen. Es wäre zu erwägen, die Einsparung fossiler Energieträger sowie die hierdurch bewirkten Beiträge zu Klimaschutz und Energiesicherheit ausdrücklich auszuweisen.

---

<sup>175</sup> Hack, ebenda.

<sup>176</sup> Siehe unter E. II. 1. b) cc).

## **F. Rechtlicher Rahmen einer legislativen Lösung**

### **I. Energiewirtschaftsrechtlicher Rahmen**

#### **1. Ergebnisse der Untersuchung**

Das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht umfasst normative Zusammenhänge verschiedener Rechts- und Gesetzesebenen, welche mittels einer Hebung des in Gebäuden ruhenden Effizienzpotenzials auf eine Einsparung von fossilen Primärenergieträgern zielen, um hierdurch einen Beitrag zu einer umweltverträglichen, klimaschützenden und sicheren Energieversorgung zu leisten. Das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht ist Kraft dieser Merkmale ein Teil des Energiewirtschaftsrechts im weiteren Sinne.

Das „Mietmodernisierungsrecht“ i.S. der §§ 554, 559 BGB ist hinsichtlich seiner Zielsetzung und des ihm zugrunde liegenden Wirkungsmechanismus ein Teil des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts und damit des Energiewirtschaftsrechts i.w.S.

Auch für das gebäudebasierte Energieeffizienzrecht gelten, mittels ihrer „Querschnittsfunktion“, die Leitziele des § 1 Abs. 1 EnWG 2005. Diese zielen auf eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche Versorgung.

Die genannten Leitziele enthalten, unabhängig von normativen Inbezugnahmen in den jeweiligen Gesetzen, jedenfalls eigenständige, selbsttragende Auslegungsregeln für den Gesetzesvollzug. Im Rahmen ihrer Aufgaben als Auslegungsdirektiven werden den Leitzielen eine

- Zielfunktion
- Programmfunktion
- Querschnittsfunktion

zugesprochen.

Mit Hilfe der energiewirtschaftsrechtlichen Leitziele lässt sich im Zusammenhang mit zwei „neutralen Punkten“ der Handhabung des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts, insbesondere des Mietmodernisierungsrechts, jedenfalls ein Problem auflösen.

Für die Auslegung der Tatbestandsmerkmale „nachhaltige Einsparungen von Energie bewirken“ (Modernisierung), §§ 554 Abs. 2, 559 BGB, führt eine Nutzung der Leitziele einer sicheren, umweltschonenden und effizienten Energieversorgung zum Ergebnis, dass die ganz oder teilweise auf Kraft-Wärme-Kopplung oder regenerative Energieträger umgestellte Wärmeversorgung die gesetzlichen Voraussetzungen einer „Einsparung von Energie“ bzw. „nachhaltige Einsparungen von Energie bewirken“ i.S.v. §§ 554 Abs. 2, 559 BGB erfüllt. Energieeinsparung im Lichte der Leitziele beschränkt sich auf die Einsparung von fossilen Energieträgern – Öl, Gas und festen Brennstoffen. Der vermehrte Einsatz regenerativer Energieträger bewirkt seinerseits eine weitere Einsparung fossiler Energieträger.

Die Auslegung der einschlägigen Bestimmungen des Mietmodernisierungsrechts, auch unter Heranziehung der energiewirtschaftsrechtlichen Leitziele, findet jedoch ihre Grenze im Gesetzeswortlaut. Die Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen i.S. von § 554 BGB, sowie ihre Refinanzierung nach § 559 Abs. 1 BGB – Erhöhung der Kaltmiete um 11 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten – ist nur dem Vermieter möglich. Das Instrument der mietrechtlichen Modernisierung durch Energieeinsparung liegt in der Hand des Vermieters. Für einen wirkungsvollen Einsatz des Wärmecontracting bestehen die bereits dargelegten rechtlichen Grenzen im geltenden deutschen Mietrecht, das die einseitige Umstellung der Wärmeversorgung durch den Vermieter im laufenden Mietverhältnis nicht zulässt.

Um diese Hindernisse auszuräumen, und das Instrument des Wärmecontracting in das Mietmodernisierungsrecht einzupassen, ist eine legislative Lösung erforderlich.

## **2. Energiewirtschaftsrechtliche Programmierung**

### **a) Energierechtliches Optimierungsgebot**

Eine gesetzliche Regelung mit dem Ziel, das Wärmecontracting in das Mietmodernisierungsrecht einzupassen, hätte ein energiewirtschaftsrechtliches Gebot der Optimierung zu beachten.

Das Optimierungsgebot resultiert aus den Zielen einer sicheren, umweltschonenden effizienten, preisgünstigen sowie verbraucherfreundlichen Versorgung. Wärmecontracting muss effizient sein, weil die Effizienz über die Einsparung von fossilen Primärenergieträgern einen Beitrag zur Sicherheit und Umweltschonung der Energieversorgung leistet.

Eine gesetzliche Regelung hätte die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Contracting als ein Instrument des Mietmodernisierungsrechts verankert und die formalen und materiellen Voraussetzungen für seinen Einsatz in einer Weise ausgestaltet werden, dass eine Forderung der Mietmodernisierungsziele zu erwarten ist.

## **b) Konkretisierung**

Eine gesetzliche Regelung im Rahmen des Mietmodernisierungsrechts sollte als Komponenten enthalten:

- ein praktikables Verfahren beim Übergang zu Contracting im laufenden Mietverhältnis (auch bei mehreren Mietern)
- eine Effizienzsteigerung auf dem Niveau der Anforderungen des Mietmodernisierungsrechts
- eine preisgünstige Versorgung, im Einzelfall konkretisiert durch das Wirtschaftlichkeitsgebot
- eine Transparenz für die Mieter i.S. einer Erläuterung zur Effizienzsteigerung der modernisierten Anlage, zur voraussichtlichen Höhe der Wärmelieferkosten sowie der wärmevertraglichen Preisanpassung. Es könnten schließlich auch Angaben zur Einsparung von fossilen Primärenergieträgern, dem Einsatz regenerativer Energieträger sowie der hierdurch bewirkten Senkung der CO<sub>2</sub>-Emissionen verankert werden.

## **II. Mietrechtliche Kriterien**

### **1. Wirtschaftliche Folgen der Umstellung auf Wärmecontracting im laufenden Mietverhältnis**

Stellt der Vermieter die Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung auf Wärmelieferung um, so hat dies, wie in Teil C des Gutachtens bereits erwähnt, für beide Vertragsparteien nicht unerhebliche wirtschaftliche Folgen: bestimmte Kostenpositionen („Grundkosten“), die bei der Wärmeversorgung in Eigenregie des Vermieters bereits mit der Kaltmiete abgegolten werden<sup>177</sup>, sind auch in dem – nach § 7 Abs. 4 HeizkV bzw. § 2 Nr. 4 c BetrKV umlegbaren – Entgelt für die Wärmelieferung enthalten.

Das ist unproblematisch, soweit die Umstellung im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages bereits durchgeführt ist und im Mietvertrag nichts anderes bestimmt ist oder der Mieter zumindest

---

<sup>177</sup> Investitionen, Instandsetzung, Instandhaltung, Fremdkapital, kalkulierter Gewinn.

Kenntnis von der tatsächlichen Art der Wärmeversorgung hat<sup>178</sup>; dann findet der Mieter eine bestimmte Art der Wärmeversorgung bereits vor, und dieser Zustand stellt die vertragsgemäße Wärmeversorgung dar – anders ausgedrückt: vertraglich vereinbart ist dann die Umlegung der *gesamten* Wärmekosten – also *einschließlich* der „Grundkosten“ – und dementsprechend eine Kaltmiete unter *Ausschluss* dieser Kostenteile. (Miet-)rechtlich bedeutet dies: der Ist-Zustand entspricht dem vertraglichen Soll-Zustand. Insoweit gilt nichts anderes als für die äußere Beschaffenheit der Wohnung, die dem Mieter bei Abschluss des Mietvertrages in aller Regel bekannt ist und die durch den Vertragsschluss in Kenntnis des Zustandes der Wohnung zur vertragsgemäßen Beschaffenheit wird.

Für die Umstellung der Wärmeversorgung im laufenden Mietverhältnis gilt dies alles jedoch nicht; in einem solchen Fall kommt es darauf an, ob der Mietvertrag die Änderung der Wärmeversorgung zulässt.

### **a) Beeinträchtigung des Äquivalenzprinzips**

#### **aa) Äquivalenzprinzip in der Wohnraummiete**

Für schuldrechtliche gegenseitige Verträge hat der Grundsatz der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung (Äquivalenzprinzip) grundlegende Bedeutung.<sup>179</sup> Diese Gleichwertigkeit ergibt sich im Rahmen der Vertragsfreiheit grundsätzlich aus dem von den Parteien bei Vertragsschluss zugrundegelegten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung. Grenzen bestehen insoweit nur unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Wucherverbots (§ 138 Abs. 2 BGB) oder besonderer Preisvorschriften, etwa auf dem Gebiet des Wohnraummietrechts.<sup>180</sup> Ändert sich nachträglich dieses von den Parteien zugrundegelegte Verhältnis von Leistung und Gegenleistung ohne eine entsprechende Vereinbarung der Parteien, so wird das vertragliche Gleichgewicht gestört.

Bei Formularverträgen – und um derartige Verträge handelt es sich bei der ganz überwiegenden Zahl der Mietverträge – kann eine solche Vereinbarung für den Vertragspartner des Formularverwenders, in der Regel des Vermieters, eine unangemessene treuwidrige Benachteiligung mit der Folge der Unwirksamkeit der Klausel darstellen (§ 307 BGB).

---

<sup>178</sup> Vgl. dazu näher BGH, Urteil vom 20. Juni 2007 – VIII ZR 244/06 (WuM 2007, 445).

<sup>179</sup> BGH, Urteil vom 16. Oktober 1996 – VIII ZR 54/96, WM 1997, 131 = DB 1997, 90 = BB 1997, 63 = MDR 1997, 229; BGHZ 96, 103, 109; BGHZ 163, 1 = NJW 2005, 1713.

<sup>180</sup> Z.B. das Verbot der Überschreitung der ortsüblichen Miete um mehr als 20 % (§ 5 WiStG).

## bb) Äquivalenzprinzip und Umstellung der Wärmeversorgung

Eine derartige Verschiebung des ursprünglichen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung liegt bei der Wohnraummiete regelmäßig dann vor, wenn der Vermieter ohne entsprechende Reduzierung der Miete die Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung auf Wärmelieferung umstellt: Im ersteren Fall kann der Vermieter als Heizkosten nur die in den einschlägigen Bestimmungen der Anlage 3 zu § 27 II. BV<sup>181</sup>, der Heizkostenverordnung<sup>182</sup> bzw. der Betriebskostenverordnung<sup>183</sup> aufgezählten Positionen, im Wesentlichen also die Kosten für:

- Brennstoffe
- Betriebsstrom
- Wartung der Anlage sowie für die
- Verbrauchserfassung und -abrechnung

auf die Mieter *umlegen*;

*nicht umlegungsfähig* sind dagegen alle übrigen Kosten, insbesondere also die Aufwendungen für:

- Anschaffung und Einbau der zentrale Heizungsanlage,
- die Instandsetzungs- und Instandhaltungskosten<sup>184</sup>,
- Fremdkapitalkosten,
- anteilige Verwaltungskosten<sup>185</sup> sowie
- der kalkulierte Gewinn;

diese Positionen muss der Vermieter aus den Nettomieteinnahmen bestreiten. Demgegenüber sind in dem Entgelt für die Wärmelieferung auch diese Positionen – neben den oben genannten Heizkosten im engeren Sinn – in vollem Umfang enthalten. Dieser für den Mieter nachteiligen Veränderung der Kostenstruktur entspricht spiegelbildlich die Entlastung auf der Seite des Vermieters. Es findet mithin eine teilweise Kostenverlagerung von der Vermieter- auf die Mieterseite statt.

---

<sup>181</sup> Nr. 4 a.

<sup>182</sup> § 7 Abs. 2.

<sup>183</sup> § 2 Nr. 4 a.

<sup>184</sup> § 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrKV.

<sup>185</sup> § 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrKV.

## cc) AGB-rechtliche Bedenken

Wohnraummietverträge sind in aller Regel Formularverträge, wobei der Vertragstext vom Vermieter vorgegeben ist; es handelt sich mithin um Allgemeine Geschäftsbedingungen i.S.d. § 305 BGB. Solche Allgemeine Geschäftsbedingungen unterliegen einer besonderen Inhaltskontrolle gemäß § 307 BGB. Danach sind Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen dem Gebot von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für das Wohnraummietrecht, das in weiten Bereichen durch seine soziale Schutzfunktion zugunsten des Mieters geprägt ist<sup>186</sup>, kommt diesem AGB-rechtlichen Grundsatz besondere Bedeutung zu.<sup>187</sup> Deshalb sind Formulklauseln, die dem Vermieter die jederzeitige Umstellung der Wärmeversorgung von Eigenerzeugung zur Wärmelieferung ohne gleichzeitigen Ausgleich bei der Kaltmiete gestatten, unter dem Gesichtspunkt des § 307 BGB nicht unbedenklich.

Die AGB-rechtlichen Bedenken, die sich aus der unter bb) dargelegten Veränderung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung ergeben, wenn die Berechtigung des Vermieters zur Umstellung der Wärmeversorgung nicht auf einer Individualvereinbarung, sondern – wie regelmäßig – auf einer Formulklausel beruht, hat der Bundesgerichtshof in einer erst kürzlich ergangenen Entscheidung allerdings nicht geteilt.<sup>188</sup> Er hält jedoch daran fest, dass es wegen der für den Mieter nachteiligen Folgen einer Umstellung der Wärmeversorgung im laufenden Mietverhältnis einer entsprechenden vertraglichen Grundlage bedarf. Eine ausreichende Grundlage sieht der Bundesgerichtshof in der (Formular-) Klausel, die dem Vermieter die Umlegung der in der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV konkret, d.h. in den Nummern 1 – 16 genannten Betriebskostenarten gestattet. Hierunter fallen auch die Kosten der eigenständig gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser (Nrn. 4 c und 5 b der Anlage 3).

## b) Ungeklärte Kostenfolgen im Einzelfall

Es wurde bereits erwähnt, dass es bislang an aktuellen belastbaren statistischen Aussagen über Energieeinsparpotentiale durch Contracting fehlt.<sup>189</sup> Auch der Bundesgerichtshof hatte in seiner bisherigen Rechtsprechung keine Gelegenheit, hierzu grundsätzlich oder auch nur für den Einzelfall Stellung zu nehmen.

---

<sup>186</sup> Was besonders in den zahlreichen Verboten des Abweichens von einer gesetzlichen Regelung („Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam“) zum Ausdruck kommt, so z.B. in §§ 551 Abs. 4, 553 Abs. 3, 554 Abs. 5, 556 Abs. 4, 557 Abs. 4 BGB.

<sup>187</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Wohnraummietrecht, namentlich für den Bereich der Betriebskosten und der Schönheitsreparaturen, beruht überwiegend auf der Anwendung des AGB-Rechts.

<sup>188</sup> Urteil vom 27. Juni 2007 – VIII ZR 202/06, WuM 2007, 445.

<sup>189</sup> Siehe oben Teil C des Gutachtens, Vorbemerkung zu Abschnitt II; Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 15. August 2007, S. 24 Ziff. 11, letzter Absatz.

In keinem der seit 2004 entschiedenen einschlägigen Sachverhalte spielte die mit der Umstellung auf Wärmelieferung verbundene Änderung der konkreten Kosten eine ausschlaggebende Rolle.<sup>190</sup> Da der Bundesgerichtshof als Revisionsgericht an die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanzen und an das Vorbringen der Parteien gebunden ist, war ihm bisher eine nähere Erörterung dieses Gesichtspunktes und seiner mietrechtlichen Folgen verwehrt.

## 2. Möglichkeiten eines Ausgleichs im Mietverhältnis

Für die Überlegung, wie ein Ausgleich zwischen den Belangen des Mieters, des Vermieters und der Energieeffizienz erreicht werden kann, bieten sich *de lege lata* zwei Wege an – wobei es, um es zu wiederholen, nur um die Umstellung auf Wärmecontracting im *laufenden* Mietverhältnis geht:

### a) Eingeschränkte Umlegung von Wärmelieferungskosten

Der Vermieter kann einen Wärmelieferungsvertrag abschließen und dabei mit dem Contractor vereinbaren, dass dieser das *Entgelt für die Wärmelieferung aufteilt*, und zwar in einen Teil, der nur diejenigen Kosten enthält, die der Vermieter auch bei der vorher praktizierten Wärmeerzeugung in Eigenregie auf die Mieter umlegen kann (§ 7 Abs. 2 HeizkV; § 2 Nr. 4 a und 5 a BetrKV). Alle weiteren – *nicht umlagefähigen* – Kosten des Wärmecontracting *verbleiben dann beim Vermieter*. Bei dieser Lösung ändert sich die wirtschaftliche Belastung für Mieter und Vermieter im Ergebnis nicht, und das ist das Entscheidende: Der Mieter trägt dieselben Kosten, die er auch bisher schon zu tragen hatte. Ebenso sieht es beim Vermieter aus: Die Kosten insbesondere für Instandsetzung und Abschreibung der technischen Anlage, die er bisher aus der Nettomiete bestreiten musste und von denen er nun durch die Übertragung der Wärmeerzeugung auf den Contractor zunächst entlastet ist, entrichtet er jetzt aus der vereinnahmten Nettomiete an den Contractor. Für beide Seiten ergibt sich also ein „Nullsummenspiel“.

Die Frage, inwieweit diese Lösung in der Praxis durchsetzbar ist, kann nur von den beteiligten Wirtschaftskreisen, in erster Linie der Energiedienstleistungsbranche, beantwortet werden. Immerhin war aber eine solche Kostenaufteilung in dem Fall, der dem Urteil des Bundesgerichtshofes vom 6. April 2005<sup>191</sup> zugrunde lag, von dem beteiligten Contractor ausdrücklich angeboten worden.

---

<sup>190</sup> In dem Urteil vom 22. Februar 2006 – VIII ZR 362/04 (WuM 2006, 322 = CuR 2006, 54 = DWW 2006, 234 = NJW 2006, 2185 = Grundeigentum 2006, 839 = NZM 2006, 534 = BGHReport 2006, 958 = ZMR 2006, 595, unter II 2 a) konnte diese Frage offen bleiben, da die Umlegung der Wärmelieferungskosten schon mangels einer ausreichenden vertraglichen Grundlage nicht in Betracht kam.

<sup>191</sup> VIII ZR 54/04, NJW 2005, 1776 = DWW 2005, 195 = WuM 2005, 387 = CuR 2005, 49.

## **b) Volle Umlegung von Wärmelieferungskosten bei gleichzeitiger Herabsetzung der Miete**

Für eine *zweite Lösung* gibt das BGB in § 556a Abs. 2 einen Hinweis. Nach dieser Vorschrift kann der Vermieter unter bestimmten Voraussetzungen im laufenden Mietverhältnis durch *einseitige* Erklärung den *Maßstab* für die Umlegung der Betriebskosten ändern. In dem anschließenden Satz 3 dieses Absatzes findet sich sodann folgende Bestimmung:

*„Sind die Kosten bislang in der Miete enthalten, so ist diese entsprechend herabzusetzen.“*

Natürlich kann diese Vorschrift auf die Umstellung der Wärmeerzeugung im laufenden Mietverhältnis *nicht unmittelbar* angewendet werden, weil es hier *nicht* um die *Änderung des Umlegungsmaßstabes*, sondern um die *Änderung der Kostenstruktur* geht. Die rechtlichen Voraussetzungen für eine analoge, d.h. entsprechende Anwendung dieses § 556a Abs. 2 Satz 3 BGB, die hier nicht im Einzelnen darzulegen sind<sup>192</sup>, dürften aber erfüllt sein. Dieser Weg würde dazu führen, dass der Vermieter zwar die vollen Kosten der Wärmelieferung auf die Mieter umlegen kann, im Gegenzug aber die Nettomiete um den Betrag ermäßigt, der auf die nicht umlagefähigen Kosten einer in Eigenregie betriebenen Wärmeversorgung entfällt, also Instandsetzungs-, Investitionskosten und kalkulierten Gewinn (*Ausgleichsbetrag*).

Schwierigkeiten können in der Praxis allerdings dann auftreten, wenn Streit über die *Höhe der „entsprechenden Herabsetzung“* der Miete entsteht, und ein derartiger Streit dürfte sich in größeren Wohnanlagen kaum ganz vermeiden lassen. Dieser Punkt wird letztlich nur durch das Gutachten eines Sachverständigen zu klären sein. Dasselbe Problem besteht aber ebenso bei der unmittelbaren Anwendung des § 556a Abs. 2 Satz 3 BGB.

### **III. Lösungsansätze für eine gesetzliche Regelung**

#### **1. Fortbildung bestehender Regelungen**

Die vorstehend erwähnte Bestimmung des § 556a Abs. 2 Satz 3 BGB bietet sich auch als Vorbild für eine gesetzliche Regelung an, die die einseitige Umstellung auf Wärmecontracting im laufenden Mietverhältnis bei gleichzeitiger Herabsetzung der Miete um einen – auf gesicherter statisti-

---

<sup>192</sup> Siehe dazu grundsätzlich BGH, Urteil vom 16. Juli 2003 – VIII ZR 274/02, BGHZ 155, 380, 389ff.

scher Grundlage – gesetzlich zu definierenden und praktikablen *Ausgleichsbetrag* zulassen könnte.<sup>193</sup>

Denkbar erscheint schließlich auch das von *Quint*<sup>194</sup> vorgeschlagene Modell, das den Gedanken des 11-prozentigen Modernisierungszuschlages nach § 559 BGB in das Wärmecontracting integriert und die Umstellung als einseitige (Modernisierungs-) Maßnahme des Vermieters zulassen würde. Das würde dem ökologischen Fortschritt dienen und zugleich das vertragliche Äquivalenzprinzip weitgehend unangetastet lassen. Inwieweit die zusätzlichen Kosten, die den Mieter hierbei treffen würden, durch die sog. Effizienzgarantie ausgeglichen werden, ist eine andere Frage.

## 2. Notwendigkeit eines wirtschaftlichen Anreizes für den Vermieter

Die unter 1) nur grob skizzierten Lösungsmodelle orientieren sich am Leitbild des vertraglichen Äquivalenzprinzips. Dieses Prinzip entspricht zwar am ehesten dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit. Die praktische Umsetzung jener Modelle wird jedoch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle daran scheitern, dass dem Vermieter kein wirtschaftlicher Anreiz für die im übergeordneten Interesse des Klimaschutzes – konkret: der Energieeffizienz – wünschenswerte Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmecontracting geboten wird. Für ihn bleibt es – ebenso wie auf der Seite des Mieters – bei einem „Nullsummenspiel“, sieht man einmal von der Einsparung von Verwaltungskosten ab. Mit dem Wegfall des derzeit noch bestehenden rechtlichen Hindernisses der Mieterzustimmung allein ist es deshalb nicht getan. Da auch eine gesetzliche Verpflichtung zur flächendeckenden Umstellung auf Wärmelieferung in Gestalt der Nah- oder Fernwärme nicht ernsthaft in Betracht kommt<sup>195</sup>, muss dem Vermieter ein Anreiz geboten werden, der ihn jedenfalls bei einer ohnehin fälligen Erneuerung einer vorhandenen Zentralheizungsanlage, möglichst aber schon vorher veranlasst, auf das energieeffizientere Modell des Wärmecontracting umzustellen. Ein solcher Anreiz könnte in einer öffentlichen Förderung – etwa steuerlicher Art – bestehen. Eine derartige Förderung sieht das Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 15. August 2007 an zahlreichen Stellen vor.

Soweit eine öffentliche Förderung ausscheidet oder als nicht ausreichend zu beurteilen ist, bleibt realistischere Weise nur die Alternative auf der privatrechtlichen Seite, und das kann wiederum nur heißen: im Rahmen des Mietverhältnisses. Es liegt auf der Hand, dass ein derartiger wirtschaftlicher Anreiz in erster Linie den Vermieter als denjenigen im Blick haben muss, der über Investitionen im Mietobjekt zu entscheiden hat.

---

<sup>193</sup> Siehe dazu näher Beyer, Wärmecontracting – Was sagt der Bundesgerichtshof dazu?, Das Grundeigentum 2006, 826 (831f.).

<sup>194</sup> Quint, Wärme-Contracting – ein Beitrag zu Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Wettbewerb, et 2007, Heft 8, S. 8ff.

<sup>195</sup> Die Möglichkeiten des öffentlichen Bauplanungsrechts sollen hier ausgeklammert bleiben.

Am ehesten und am einfachsten wird deshalb der notwendige Anreiz dadurch zu erreichen sein, dass die Nettomiete (Kaltmiete) unverändert bleibt, sich für den Vermieter also infolge der Entlastung von den bei der Wärmeversorgung in Eigenregie nicht umlegbaren Kosten<sup>196</sup> ein positiver Saldo ergibt.

### 3. Belastung der Mieterseite

Für den Mieter führt die Umstellung der Wärmeversorgung, wie ausgeführt, zumindest auf den ersten Blick – auf Grund der Änderung der Kostenstruktur - zu einer Mehrbelastung bei den Heizkosten. Andererseits wird die effektive zusätzliche Kostenbelastung durch folgende Faktoren *reduziert*:

- geringerer Brennstoffverbrauch infolge der verbesserten Energieeffizienz,
- sonstige Einsparungen infolge der Optimierung von Beschaffungs-, Wartungs-, Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten, und vor allem
- Wegfall der Mieterhöhung nach Modernisierung (§ 559 BGB).

Die Höhe der danach beim Mieter per saldo verbleibenden Kostenbelastung ist bislang nicht hinreichend geklärt. Statistische Werte und wissenschaftliche Untersuchungen liegen bisher, soweit ersichtlich, nicht vor. Nach einer Modellrechnung soll jedoch die Umstellung der Wärmeversorgung von der Eigenerzeugung durch den Vermieter auf gewerbliche Wärmelieferung (Wärmecontracting) sich im Ergebnis – auf die übliche Vertragslaufzeit eines Wärmelieferungsvertrages bezogen – „wärmemietneutral“ verhalten.<sup>197</sup>

Ob und inwieweit diese Nachteile auf der Mieterseite vom Gesetzgeber durch öffentliche Fördermaßnahmen beseitigt oder im Hinblick auf das übergeordnete allgemeine Interesse an der Verbesserung des Klimaschutzes in Kauf genommen werden, ist eine politische Frage, die sich der Bewertung durch das vorliegende Gutachten entzieht.

---

<sup>196</sup> Einschließlich der hiermit zusammenhängenden Verwaltungskosten.

<sup>197</sup> Quint, Wärmecontracting – ein Beitrag zu Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Wettbewerb, et 2007, Heft 8, S. 8ff.

## **G. Legislativer Lösungsvorschlag**

### **I. Einordnung einer Neuregelung in das materielle Wohnraummietrecht des BGB**

Die derzeitige Gesetzeslage lässt, wie die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zeigt, die einseitige Umstellung der Wärmeversorgung durch den Vermieter im laufenden Mietverhältnis nicht zu. Erforderlich ist daher – sofern nicht der Mietvertrag eine Umstellungsklausel enthält – die Zustimmung des Mieters, und das heißt in der Praxis: *sämtlicher* Mieter eines Objekts, weil die Umstellung nur *einheitlich für alle* Einheiten eines Mietwohngebäudes oder einer Wohnanlage erfolgen kann. Diese Zustimmung sämtlicher Mieter dürfte jedoch in der Praxis kaum jemals zu erreichen sein. Soll das im Wohnungsbestand vorhandene „ruhende“ Energieeffizienzpotential genutzt werden, bedarf es deshalb einer gesetzlichen Regelung, die eine Zustimmung des Mieters zur Umstellung der Wärmeversorgung entbehrlich macht. Eine solche Regelung greift unmittelbar in das Mietverhältnis ein; ihr systematischer Ort kann daher nur das materielle Wohnraummietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches sein. Die einschlägigen Verordnungen – die Heizkostenverordnung und die Betriebskostenverordnung – enthalten keine eigenen Anspruchsgrundlagen und kommen schon deshalb, im Übrigen aber auch wegen ihrer Rechtsnatur als Untergesetzesrecht nicht als Regelungsort in Betracht.

### **II. Umstellung auf Wärmelieferung als Modernisierungsmaßnahme i.S.d. § 554 BGB**

Im Bereich des Wohnraummietrechts sollte die vorzuschlagende Bestimmung dort ihren Platz haben, wo sie der Sache nach hingehört; dies kann nur die Vorschrift des § 554 Abs. 2 BGB sein, der die Pflicht des Mieters zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen umschreibt. Damit wäre auch klargestellt, dass der Mieter die Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmelieferung nur dann zu dulden hat, wenn sie mit einer Modernisierung verbunden ist; für eine Pflicht zur Duldung ohne gleichzeitige Modernisierung besteht – insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Energieeffizienz – keine Rechtfertigung. Allerdings kann die Härteklausel des § 554 Abs. 2 Satz 2 – 4 BGB, die die Duldungspflicht des Mieters wiederum einschränkt, für die Umstellung der Wärmeversorgung keine Geltung haben; andernfalls wäre bei größeren Wohnanlagen in zahlreichen Fällen diese Modernisierung praktisch nicht durchführbar, weil immer damit zu rechnen wäre, dass bei einer Mietpartei ein Härtefall in diesem Sinne vorläge oder zumindest bei entsprechenden Einwänden eines Mieters die Durchführung des Vorhabens für den Vermieter mit einem unkalkulierbaren wirtschaftlichen Risiko verbunden und damit auf längere Zeit blockiert wäre.

Die Umstellung kann aber sinnvollerweise nur einheitlich für das gesamte Mietobjekt und sämtliche Mieter durchgeführt werden. Soweit im Einzelfall die mit der Umstellung möglicherweise verbundene Kostenbelastung eines Mieters für diesen eine Härte bedeutet, kann und muss diesem Umstand mit dem ohnehin gegebenen Sonderkündigungsrecht des § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB Rechnung getragen werden. Ein darüber hinausgehender Schutz des Mieters ist bei Abwägung aller Umstände nicht geboten.

### **III. Keine Änderung des Betriebskostenrechts und der Miethöhe**

Da das Entgelt für die Wärmelieferung (Nah- oder Fernwärme) bereits sowohl in § 7 Abs. 4 HeizkV als auch in § 2 Nr. 4 c BetrKV bzw. – für Altverträge – in Nr. 4 c der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV als umlegbare Betriebskostenposition aufgeführt ist, sind Änderungen insoweit entbehrlich, und zwar gleichermaßen für den preisgebundenen wie auch für den preisfreien Wohnraum. Dasselbe gilt für das materielle Betriebskostenrecht der §§ 556, 556 a BGB; auch insoweit besteht kein Änderungsbedarf.

Unberührt bleibt schließlich die Höhe der Miete. Eine Herabsetzung der Miete um den sog. Ausgleichsbetrag – als Äquivalent für die Veränderung der Heizkostenstruktur – scheidet aus den unter II 2 genannten Gründen aus. Andererseits bedarf es auch keiner Heraufsetzung der Miete wegen einer durchgeführten Modernisierung der Wohnung nach § 559 BGB; denn sämtliche Investitionskosten des Wärmelieferanten – und dazu zählen in erster Linie die Aufwendungen für Anschaffung und Montage einer verbesserten Heizungsanlage – sind in dem Wärmelieferungsentgelt einkalkuliert und mit diesem abgegolten.

Gegenüber dem Regelungsmodell, das auf einer Kombination von herkömmlicher Heizkostenumlegung nach § 7 Abs. 2 HeizkV bzw. § 2 Nr. 4 a BetrKV und Modernisierungserhöhung nach § 559 BGB beruht, hat die hier vorgeschlagene Lösung den für die Praxis entscheidenden Vorteil der einfachen, unkomplizierten und für den Mieter leicht nachvollziehbaren Berechnung. Diesem Gesichtspunkt kommt in der mietrechtlichen Praxis eine nicht hoch genug einzuschätzende Bedeutung zu.

Dass auch der Gesetzgeber dem Aspekt der Praktikabilität und leichten Nachvollziehbarkeit ein herausragendes Gewicht beigemessen hat, zeigt die Vorschrift des § 556 a Abs. 1 Satz 1 BGB; danach sind die Betriebskosten grundsätzlich nach dem Wohnflächenanteil abzurechnen, soweit etwas anderes nicht vertraglich vereinbart oder gesetzlich bestimmt ist.

Dass mit diesem einfachen Schlüssel notwendigerweise Ungenauigkeiten verbunden sind und individuelle Gewohnheiten der Mieter weitgehend unberücksichtigt bleiben, nimmt das Gesetz in Kauf.<sup>198</sup> Auch der Bundesgerichtshof hat diesen Gesichtspunkt bei Entscheidungen zum Recht der Betriebskosten wiederholt betont.<sup>199</sup> Die Abrechnung und Umlegung der Heizkosten nach dem individuellen Verbrauch des Mieters – ein wichtiges Instrument der Energieeinsparung – wird dadurch nicht beeinträchtigt.

#### IV. Formulierungsvorschlag

Aus den oben im Einzelnen dargelegten Gründen schlagen wir vor, in § 554 Abs. 2 BGB nach Satz 4 folgenden Satz 5 anzufügen:

*„Eine Maßnahme zur Einsparung von Energie im Sinne von Satz 1 kann auch durch eigenständig gewerbliche Wärmelieferung erbracht werden; in diesem Fall finden Satz 2 bis 4 keine Anwendung.“*

Mit dieser Formulierung ist hinreichend klargestellt, dass der Mieter die Maßnahme auch dann zu dulden hat, wenn im Mietvertrag eine bestimmte andere Art der Wärmeversorgung vereinbart ist. Eines ausdrücklichen Hinweises auf den Wegfall des Erfordernisses der Zustimmung des Mieters zu der mit der Umstellung verbundenen Abweichung vom Mietvertrag bedarf es daher nicht. Sollte dennoch ein solcher klarstellender Hinweis in das Gesetz aufgenommen werden, könnte in Satz 5 nach den Worten „erbracht werden“ ein entsprechender Halbsatz eingefügt und der oben wiedergegebene Halbsatz in einen neuen Satz 6 umformuliert werden. § 554 Abs. 2 Satz 5 und 6 BGB (E) würden dann folgendermaßen lauten:

*„<sup>5</sup> Eine Maßnahme zur Einsparung von Energie im Sinne von Satz 1 kann auch durch eigenständig gewerbliche Wärmelieferung erbracht werden; der Zustimmung des Mieters bedarf es nicht, auch wenn die Parteien eine andere Art der Wärmeversorgung vereinbart haben.*

*<sup>6</sup> Bei einer Maßnahme nach Satz 5 finden Satz 2 bis 4 keine Anwendung.“*

Das Wort „kann“ bezieht sich auf die Entscheidungsfreiheit des Vermieters, auf welche Art er die Wärmeversorgung modernisiert.

---

<sup>198</sup> Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz, BT-Drs. 14/4553, S. 51 re. Sp. unter 1.

<sup>199</sup> Z.B. Urteil vom 20. September 2006 - VIII ZR 103/06, WuM 2006, 613 = Grundeigentum 2006, 1398 = NJW 2006, 3557 = NZM 2006, 895 = ZMR 2006, 919 = BGHReport 2006, 1512 = MDR 2007, 329 unter II 2 c (Rn. 19, 20).

Wählt er statt der Modernisierung in Eigenregie die mit einer Modernisierung verbundene Umstellung auf Wärmelieferung, so stellt die „Öffnungsklausel“ in § 554 Abs. 2 Satz 5 klar, dass er hierfür – wie bei einer anderen Modernisierungsmaßnahme i.S.v. Satz 1 a.a.O. – die Zustimmung des Mieters nicht einzuholen braucht.

Es bedarf an sich keiner besonderen Erwähnung, dass auch eine Modernisierungsmaßnahme in Gestalt der Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmecontracting wie jede andere Modernisierungsmaßnahme dem Mieter anzukündigen und so genau zu erklären ist, dass er eine aus seiner Sicht sachgerechte Entscheidung darüber treffen kann, ob er von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB (in der geltenden Fassung) Gebrauch machen will oder nicht. Die auf „normale“ Modernisierungsmaßnahmen zugeschnittene Bestimmung des § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB lässt sich auf den Modernisierungsfall „Wärmecontracting“ jedoch nicht anwenden, weil die dort genannten Kriterien hier i.d.R. keine oder jedenfalls keine ins Gewicht fallende Rolle spielen. Es bedarf daher einer eigenen, auf die Besonderheiten des Modernisierungsfalls „Wärmecontracting“ zugeschnittenen Regelung, die – wie § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB – die Mitteilungspflicht als solche, die Frist und die Pflicht zur Erläuterung der Maßnahmen umfasst; hinzukommen müssen – vergleichbar mit dem in § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB genannten Aspekt der Mieterhöhung – die wesentlichen Bestandteile der notwendigen Erläuterung, die wiederum den Besonderheiten des Wärmecontracting entsprechen müssen.

Auf Grund dieser Erwägung schlagen wir vor, nach § 554 Abs. 3 Satz 1 BGB folgenden Satz 2 einzufügen, wodurch die bisherigen Sätze 2 und 3 Satz 3 und 4 werden würden:

*„Bei einer Maßnahme nach Absatz 2 Satz 5 hat der Vermieter dem Mieter spätestens drei Monate vor Beginn der Maßnahme deren Art mitzuteilen und zu erläutern; in der Erläuterung sind insbesondere der im Wärmelieferungsvertrag zugrunde gelegte Energieeffizienzgewinn, die voraussichtliche Höhe der Wärmelieferungskosten und die im Wärmelieferungsvertrag vereinbarte Preisanpassung anzugeben.“*

Mit dieser Regelung wird dem Mieter ein bisher nicht erreichtes Maß an Transparenz über seinen voraussichtlichen Energieverbrauch und die voraussichtlichen Heizkosten gewährt – ein Gesichtspunkt, dem im Hinblick auf das von der Bundesregierung angestrebte Ziel der Energieeinsparung und CO<sub>2</sub>-Reduzierung besondere Bedeutung zukommt.

Das Gutachten sieht davon ab, nähere Einzelheiten für die Umschreibung des vertraglich zugrunde gelegten Energieeffizienzgewinns vorzuschlagen. Dies sollte der Abstimmung der beteiligten Wirtschaftskreise vorbehalten bleiben.

Wir beschränken uns an dieser Stelle auf die Empfehlung, die erforderliche Definition in den einschlägigen Verordnungen (BetrKV, HeizkV) an geeigneter Stelle – etwa als Abs. 5 in § 7 HeizkV – „anzusiedeln“.

Nur der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die vorgeschlagene Formulierung die Umstellung auf Fernwärme mit umfasst. Der Begriff „Wärmelieferung“ umfasst auch die Versorgung einer Mietwohnung mit Warmwasser.

Im Hinblick auf das erst kürzlich veröffentlichte<sup>200</sup> Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27. Juni 2007<sup>201</sup> erscheint der Hinweis veranlasst, dass diese Entscheidung eine gesetzliche Regelung wie die hier vorgeschlagene nicht entbehrlich macht. In diesem Urteil hat der Bundesgerichtshof ausgesprochen, dass die in einem Mietvertrag enthaltene Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zu § 27 II. BV dem Vermieter die Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmelieferung auch ohne ausdrückliche Zustimmung des Mieters (und ohne gleichzeitige Reduzierung der Miete) gestattet. Die Entscheidung gilt jedoch unmittelbar nur für die Umstellung der Wärmeversorgung auf Fernwärme; sie erfasst außerdem nicht die Mietverträge, die vor der am 1. März 1989 in Kraft getretenen Änderung der Nr. 4 c der Anlage 3 zu § 27 II. BV (Einbeziehung der Nahwärme) abgeschlossen worden sind. Im Übrigen waren die besonderen AGB-rechtlichen Probleme einer entsprechenden Formulklausel nicht Gegenstand der Prüfung durch den Bundesgerichtshof. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit halten wir deshalb eine eindeutige gesetzliche Regelung in dem vorgeschlagenen Sinn nach wie vor für unverzichtbar.

---

<sup>200</sup> Im Internet unter [www.Bundesgerichtshof.de/Entscheidungen](http://www.Bundesgerichtshof.de/Entscheidungen).

<sup>201</sup> VIII ZR 202/06.