

GUTACHTEN

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

(Kurzfassung)

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:

Energierechtsinstitut@uni-jena.de

Internet:

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

Gliederung:

I. Thema	3
II. Methode	4
III. Gebäudebasierte Effizienzpotenziale und Wärmecontracting	4
IV. Rechtliche Hindernisse für Contracting im geltenden Mietrecht –	5
Bedürfnis für eine gesetzgeberische Lösung	5
V. Energiewirtschaftsrechtlicher Ansatz –	6
Recht der gebäudebasierten Energieeffizienz als Teil des Energiewirtschaftsrechts – Folgerungen für die Rechtsanwendung	6
VI. Rechtlicher Rahmen einer legislativen Lösung	6
1. Energiewirtschaftsrechtliche Kriterien	6
a. Praktikables formelles Verfahren für die Umstellung auf Contracting im laufenden Mietverhältnis	7
b. Erhöhung der Energieeffizienz	7
c. Preisgünstige Versorgung	7
d. Verbraucherefreundliche Versorgung	7
2. Mietrechtliche Kriterien	7
VII. Formulierungsvorschlag für eine Gesetzesänderung	8

I. Thema

Das Gutachten untersucht, unter welchen Voraussetzungen das Wärmecontracting in wirkungsvoller Weise die im Wohnungsbestand ruhenden Energieeffizienzpotenziale zu heben und hierdurch einen Beitrag zu Klimaschutz und Energiesicherheit zu leisten vermag. Die Untersuchung unternimmt es, über das geltende Recht hinaus rechtliche Rahmenbedingungen einer Lösung de lege ferenda sowie einen hierauf begründeten Formulierungsvorschlag für eine Gesetzesänderung zu entwickeln. Eine legislative Änderung des geltenden Rechts ist erforderlich, da das Wärmecontracting in Folge der vom BGH festgestellten rechtlichen Hindernisse im deutschen Mietrecht den ihm möglichen Beitrag zur Aktivierung der gebäudebasierten Energieeffizienzpotenziale bisher nicht in einem zielrelevanten Umfang leisten konnte.

II. Methode

Das Gutachten stützt sich auf einen methodischen Ansatz, der von der Erkenntnis vom rechtsgedanklichen Zusammenhang der gebäudeenergieeffizienzbezogenen Normenkomplexe sowie ihrer Zugehörigkeit zum Energiewirtschaftsrecht i.w.S. ausgeht. Diese Normenkomplexe lassen sich, unabhängig von der Normebene (Europa / Bund / Land) in Folge bestimmter, gemeinsamer typischer Merkmale als gebäudebasiertes Energieeffizienzrecht identifizieren; zu ihnen zählen, neben gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen, u.a. das Gesetz zur Energieeinsparung in Gebäuden nebst der Energieeinsparverordnung, aber auch das Mietmodernisierungsrecht des BGB. Die Zugehörigkeit zum Energiewirtschaftsrecht hat Konsequenzen für die Rechtsanwendung und für die Rahmenbedingungen de lege ferenda.

III. Gebäudebasierte Effizienzpotenziale und Wärmecontracting

Die Politik – u.a. die EU-Kommission sowie die Bundesregierung – beabsichtigt, das Energieeffizienzpotenzial mit dem Ziel zu aktivieren, Primärenergie einzusparen, hierdurch den Import von Primärenergieträgern sowie den CO₂-Ausstoß zu senken und die Energiesicherheit zu stärken.

Aktuelle Studien, die auf einer Auswertung des Energieverbrauchs von 140.000 Versorgungsobjekten sowie deren Hochrechnung auf den gesamten deutschen Bestand an Mietwohnungen von rund 20 Mio. Einheiten beruhen, bestätigen einen – ungünstigen – durchschnittlichen Jahresnutzungsgrad der Wärmeversorgung von unter 70 % und einen hohen Modernisierungstau, der sich in einem Anteil von 70 % an zwischen 10 und 24 Jahre alten und 20 % von über 24 Jahre alten Wärmeerzeugungsanlagen ausdrückt.

Eine Steigerung des durchschnittlichen Jahresnutzungsgrades um 10 Prozentpunkte würde eine jährliche Einsparung von 32 TWh Endenergiebedarf sowie eine Minderung des jährlichen CO₂-Ausstoßes um ca. 7,2 Mio. t bewirken.

Angesichts der Leistungsfähigkeit moderner Heizkessel von 85 – 95 % sowie der Rationalisierungseffekte einer professionellen Betriebsführung ist eine Steigerung des Jahresnutzungsgrades von über 20 % möglich. Die potenziellen Effizienzerträge des Contracting beruhen auf dem betriebswirtschaftlichen Eigeninteresse des Contractors, seine Versorgungs- und Dienstleistungspflichten mit Hilfe einer möglichst effizienten Energietechnik sowie einer professionellen Betriebsführung zu erbringen. Unzutreffende Annahmen des Contractors zur Preisgestaltung oder zum Wirkungsgrad der Anlage gehen zu seinen Lasten. Contracting kann über einen optimierten Jahresnutzungsgrad bei der Umwandlung von Primärenergie in Wärme, der für die gesamte Vertragslaufzeit gilt, zusätzliche Potenziale erschließen.

Im Falle einer Anlagenmodernisierung wird von einschlägigen Studien ein durchschnittlicher Energieeinspareffekt über 20 % hinsichtlich der Primärenergie angenommen.

IV. Rechtliche Hindernisse für Contracting im geltenden Mietrecht – Bedürfnis für eine gesetzgeberische Lösung

Der erste Abschnitt des mietrechtlichen Teils des Gutachtens erläutert die derzeitige Gesetzeslage für die Betriebskosten (sog. „Nebenkosten“), insbesondere für die Heizkosten. Ausgangspunkt ist die Bestimmung des § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB; danach können die Parteien des Mietvertrages „vereinbaren, dass der Mieter die Betriebskosten trägt.“ Daraus folgt, dass nach dem Gesetz grundsätzlich der *Vermieter* die Betriebskosten zu tragen hat, sofern die Vertragsparteien nicht etwas anderes vereinbart haben; für Heizkosten gelten Sonderregelungen.

Für die mit dem Wärmecontracting zusammenhängenden Fragen ist weiter § 559 BGB von Bedeutung, der bei Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters eine begrenzte Mieterhöhung zulässt.

Der Bundesgerichtshof hat sich seit 2003 wiederholt mit der Frage befasst, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vermieter im laufenden Mietverhältnis die zunächst in Eigenregie betriebene Wärmeversorgung auf gewerbliche Wärmelieferung (Wärmecontracting) umstellen und die ihm in Rechnung gestellten Kosten der Wärmelieferung auf die Mieter umlegen kann. In allen bisher entschiedenen Fällen hat er an dem Grundsatz festgehalten, dass es – mangels einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage – hierfür einer mietvertraglichen oder besonderen Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter bedarf, weil diese Umstellung regelmäßig mit einer Mehrbelastung für den Mieter verbunden ist.

Daran war in der Mehrzahl der Fälle bisher der Vermieter mit seinem Versuch, die Wärmelieferungskosten auf die Mieter umzulegen, gescheitert.

Liegt dagegen eine wirksame Vereinbarung über die Umlegung der Wärmelieferungskosten vor, dann kann der Vermieter auch im laufenden Mietverhältnis die Wärmeversorgung von der Eigenregie auf Wärmecontracting umstellen, ohne die Miete ermäßigen zu müssen.

V. Energiewirtschaftsrechtlicher Ansatz – Recht der gebäudebasierten Energieeffizienz als Teil des Energiewirtschaftsrechts – Folgerungen für die Rechtsanwendung

Das Recht der gebäudebasierten Energieeffizienz – Beispiele sind u.a. die EU-Gebäuderichtlinie, die EU-Richtlinie über Endenergie und Energiedienstleistungen 2006, die EU-Energieeinsparverordnung 2004/2007 sowie das hessische Energiegesetz 1990 – umfasst sehr unterschiedliche Rechtsgrundlagen. Den „Kern“ des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts bildet ein Wirkungsmechanismus, der aus den Elementen Energieeffizienz, Einsparung von Primärenergie, Minderung des CO₂-Ausstoßes sowie Energiesicherheit durch Senkung des Imports von Primärenergie besteht. Diesen Wirkungsmechanismus enthält auch das Mietmodernisierungsrecht mit der Folge, dass insbesondere die §§ 554, 559 BGB als Teile des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts und daher auch des Energiewirtschaftsrechts i.w.S. anzusehen sind.

Für die Rechtsanwendung hat dies zur Folge, dass die energierechtlichen Leitziele des § 1 EnWG auch für die Anwendung des Mietmodernisierungsrechts als Auslegungskriterium grundsätzlich heranzuziehen sind (Querschnittsfunktion). Auf diese Weise lässt sich die Streitfrage klären, dass unter Einsparung von Energie auch in §§ 554, 559 BGB nur die Einsparung von fossiler Primärenergie zu verstehen ist. Der Einsatz von regenerativen Energieträgern ist vom Einsparziel nicht erfasst; im Gegenteil, regenerative Energieträger leisten ihrerseits einen Beitrag zur Einsparung von fossiler Primärenergie. An dem Wortlaut von §§ 554, 559 Abs. 1 BGB, der Einsatz und Steuerung des Wirkungsmechanismus von Effizienzsteigerung, Beitrag zu Klimaschutz und Energiesicherheit, Refinanzierung durch Erhöhung der Nettomiete dem Vermieter vorbehalten, sowie den bereits dargelegten rechtlichen Hindernissen – Abschnitt IV, scheidet allerdings die Überlegung, das Contracting für das Mietmodernisierungsrecht nutzbar zu machen. Erst der Gesetzgeber vermag es, das Wärmecontracting in das Mietmodernisierungsrecht einzufügen.

VI. Rechtlicher Rahmen einer legislativen Lösung

1. Energiewirtschaftsrechtliche Kriterien

Eine gesetzliche Regelung hätte hinsichtlich der Ausstattung des Contracting als Effizienzinstrument im Mietmodernisierungsrecht das Optimierungsgebot zu beachten, das aus den Leitziele einer sicheren, effizienten, umweltschonenden, preisgünstigen und verbraucherfreundlichen Versorgung, s. § 1 Abs. 1 EnWG 05, folgt.

Aus dem Optimierungsgebot sind wiederum folgende Komponenten einer gesetzlichen Regelung des Contracting im Mietmodernisierungsrecht ableitbar:

a. Praktikables formelles Verfahren für die Umstellung auf Contracting im laufenden Mietverhältnis

Ein solches Verfahren muss auch dann wirksam sein, wenn zahlreiche Mieter vom Übergang zu Contracting betroffen sind.

b. Erhöhung der Energieeffizienz

Der Übergang zu Contracting muss zu einer Effizienzsteigerung führen, welche den jeweiligen Anforderungen des gebäudebasierten Energieeffizienzrechts mindestens entspricht.

c. Preisgünstige Versorgung

Das Leitziel einer preisgünstigen Versorgung gilt auch im Falle der Wärmelieferung durch Contracting. Es konkretisiert sich im Einzelfall am Wirtschaftlichkeitsgebot.

d. Verbraucherfreundliche Versorgung

Das in diesem Leitziel in erster Linie verkörperte Transparenzgebot muss sich mindestens in einer dem Mieter zu erläuternden Aufstellung über die spezifische, im Wärmelieferungsvertrag zugrunde gelegte Effizienzsteigerung, der voraussichtlichen Höhe der Wärmelieferungskosten sowie der im Wärmelieferungsvertrag vereinbarten Preisanpassung niederschlagen. Schließlich könnte auch die Pflicht zu Angaben über die erzielte Einsparung an Primärenergie nebst dem Anteil der einzelnen Energieträger sowie die hierdurch bewirkte Senkung der CO₂-Emissionen verankert werden.

2. Mietrechtliche Kriterien

Die mietrechtlichen Überlegungen befassen sich zunächst mit möglichen AGB-rechtlichen Bedenken gegen eine formularmäßige Umstellungsklausel des Mietvertrages und erörtern dann die Möglichkeiten einer Umstellung auf Wärmelieferung ohne finanzielle Mehrbelastung des Mieters und ohne eine Gesetzesänderung.

Der Nachteil einer solchen Lösung liegt jedoch in dem Umstand, dass sie dem Vermieter keinen wirtschaftlichen Anreiz für die Umstellung auf Wärmecontracting und die damit verbundene Modernisierung der Heizungsanlage bietet.

Da die Entscheidung über eine Modernisierung – mit oder ohne Umstellung der Wärmeversorgung – stets beim Vermieter liegt, muss ihm ein Anreiz geboten werden, soll das in der Erneuerung und Verbesserung der Anlage im Wohnungsbestand steckende Energieeffizienzpotential in dem notwendigen und wünschenswerten Umfang realisiert werden.

Dieser Anreiz kann durch öffentliche Förderung geboten werden, was jedoch in dem erforderlichen Umfang kaum in Betracht kommen dürfte. Es bietet sich deshalb eine mietrechtliche Lösung an; diese sollte darin bestehen, dass die Kaltmiete unverändert bleibt, die mit der Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmecontracting verbundene Entlastung des Vermieters von den bisher nicht umlegbaren Kosten der Wärmeerzeugung also zunächst in vollem Umfang dem Vermieter erhalten bleibt.

Die damit spiegelbildlich einhergehende Belastung des Mieters wird durch mehrere Faktoren – verbesserte Energieeffizienz, Einsparungen bei Investitions-, Wartungs- und Instandhaltungskosten sowie Wegfall der sonst mit einer Modernisierung verbundenen Mieterhöhung (§ 559 BGB) – weitgehend reduziert, wenn nicht sogar gänzlich „neutralisiert“. Das bisherige rechtliche Hindernis der erforderlichen Zustimmung des Mieters zu einer Umstellung der Wärmeversorgung ohne eigene vertragliche Grundlage muss beseitigt werden.

VII. Formulierungsvorschlag für eine Gesetzesänderung

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:

„⁵Eine 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. ⁶Bei 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. 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 CO₂-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 im Übrigen auch die Versorgung einer Mietwohnung mit Warmwasser.

Im Hinblick auf das erst kürzlich veröffentlichte Urteil des Bundesgerichtshofes vom 27. Juni 2007 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.