

Zur Umlagefähigkeit der Kosten der Wärmelieferung im Mietrecht

Eine kritische Würdigung bisheriger Gesetzesinitiativen

I. Einleitung

Bei der Umsetzung von Contracting-Modellen im Mietwohnungsbau bestehen rechtliche Hemmnisse bezüglich der Umlagefähigkeit der Contracting-Entgelte vom Vermieter auf den Mieter. Diese Problematik ist mittlerweile nicht nur der fachlich interessierten Leserschaft bekannt.¹ In der Diskussion wird gelegentlich der Eindruck erweckt, dass Contracting-Modelle im Mietwohnungsbau nicht zu realisieren seien, weil grundsätzliche rechtliche Hemmnisse bestünden. Die Rechtsprechung des BGH zur Umlagefähigkeit von Contracting-Engelten² lässt allerdings eine Umlage in vielen Fällen zu. Trotzdem bleibt den Vermietern eine wirtschaftliche Ummstellungsmöglichkeit in denjenigen Fällen verwehrt, in denen im Mietvertrag entsprechende Verweisungen auf die Zweite Berechnungsverordnung in der Fassung von 1989 oder deren Nachfolgeregelung (Betriebskostenverordnung) fehlen.

Zur Auflösung dieser Problematik ist eine Änderung der korrespondierenden Gesetzesmaterie daher trotz der positiven Signale des BGH erforderlich. Die Praxis braucht eine nachvollziehbare und verständliche Regelung, die unabhängig vom Inhalt der einzelnen Mietverträge auf alle üblichen Szenarien anwendbar ist.³ Dies ist Grundvoraussetzung, um die europarechtlich gewünschte Förderung von Contracting-Vorhaben zu erreichen.

II. Stand der Diskussion

In den vergangenen Monaten und Jahren sind eine ganze Reihe von Vorschlägen zu gesetzlichen Neuregelungen vorgelegt worden, wobei vorliegend exemplarisch auf den Arbeitsentwurf des Bundesbauministeriums, auf die Gesetzesinitiative von Interessenverbänden der Contracting-Branche sowie auf den Arbeitsentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums abgestellt wird.

Das Bundesbauministerium hat sich in seiner Studie „Contracting im Mietwohnungsbau“⁴ mit den rechtlichen Rahmenbedingungen und den bisher vorgeschlagenen Lösungsansätzen auseinandergesetzt. Stellvertretend für die bisherige Diskussion – insbesondere unter Berücksichtigung der Initiativen in der letzten Legislaturperiode – sei zunächst der Arbeitsentwurf für eine gesetzliche Regelung zum Contracting, der im Rahmen einer öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung des Deutschen Bundestages vom 10. 11. 2008 zu dem Gesetzentwurf der Bundes-

regierung für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Energieeinsparungsgesetzes⁵ diskutiert wurde⁶, genannt. Diesem Arbeitsentwurf war ein Antrag der SPD-Fraktion zur Gesetzesänderung des BGB aus Oktober 2008 vorausgegangen, wobei verschiedenen Interessenverbänden die Möglichkeit eingeräumt worden war, zu den geplanten Änderungen im Rahmen der Anhörung Stellung zu nehmen.

Des Weiteren hat sich auch das Bundeswirtschaftsministerium mit den Themen Contracting und Mietrecht auseinandergesetzt. Im November 2008 ist entsprechend ein Arbeitsentwurf gefertigt worden, der zwar inhaltlich auf dem Arbeitsentwurf des Bundesbauministeriums aufbaut, im Detail jedoch teilweise erheblich von den Vorschlägen abweicht. Im März des Jahres 2009 brachten zwei Interessenverbände der Contracting-Branche, namentlich das ESCO Forum im ZVEI und der Verband für Wärmelieferung, einen abgestimmten Regelungsvorschlag in die politische Diskussion ein.

III. Kernpunkte der Vorschläge

Die nachfolgende Betrachtung der oben dargestellten Regelungsvorschläge beschränkt sich jeweils auf die für die Erreichung des Ziels der Änderung maßgeblichen Kriterien.

In dem Arbeitsentwurf des Bundesbauministeriums wird vorgeschlagen, das BGB hinsichtlich der Regelungen über die Betriebskosten um einen § 556 c BGB zu erweitern. In dessen Ab-

* Michael Körber ist Rechtsanwalt und Partner, Maximilian Suchfort ist Rechtsanwalt in der Kanzlei MPW Legal Tax, Northeim.

1 Beispielhaft: „Nationaler Energieeffizienzplan“ des Bundesumweltministeriums vom 16. 10. 2008, S. 11, abrufbar unter www.bmu.de

2 Vgl. Artikel der Verfasser in: e.21 „energie für morgen“, Ausgabe Nr. 1, S. 30 ff.; sowie etwa: BGH, CuR 2008, S. 63 ff.

3 So auch: Pressemeldung des Verbandes für Wärmelieferung vom 3. 11. 2009, „Verband für Wärmelieferung fordert rasche Umsetzung der energiepolitischen Ziele des Koalitionsvertrages“, S. 1, abrufbar unter: www.vfw.de.

4 Studie des Bundesbauministeriums, Contracting im Mietwohnungsbau, Schriftenreihe Forschungen, Heft 141, S. 46 ff.

5 BT-Drs. 16/10290, 16/10331.

6 Vgl. redigiertes Wortprotokoll, 72. Sitzung, Protokoll Nr. 16/72, abrufbar unter: www.bundestag.de.

satz 1 soll dann festgelegt sein, dass der Mieter die Kosten der Wärmelieferung als Betriebskosten zu tragen hat, wenn

„[...] der Vermieter die bisherige Versorgung mit Wärme auf eigenständig gewerbliche Lieferung durch einen Dritten (Wärmelieferung) [...]“

umstellt. Daneben soll aber auch die Einschränkung vorgenommen werden, dass der Dritte

„[...] die Wärme aus einer von ihm errichteten neuen Anlage zur Wärmeerzeugung oder als Fernwärme liefert.“

In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag der Interessenverbände der Contracting-Branche.⁷ Danach soll der bisherige § 554 BGB (Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen) in seinem Abs. 2 um einen Satz 5 erweitert werden. Eine Maßnahme zur Einsparung von Energie im Sinne des § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB soll sein

„[...] auch die Umstellung der bisherigen Versorgung mit Wärme und Warmwasser auf eigenständig gewerbliche Lieferung durch einen Dritten aus einer von diesem errichteten neuen Anlage zur Wärmeerzeugung oder auf Fernwärme (Wärmelieferung)“.

Darüber hinaus wird aber auch die Neuaufnahme eines § 556 c BGB befürwortet. Zwar weichen die Vorschläge hinsichtlich des § 556 c BGB inhaltlich zum Teil ab, das maßgebliche Problem jedoch bleibt bestehen:

Durch die Einfügung des § 554 Abs. 2 Satz 5 BGB wird der Regelungsgehalt des § 556 c BGB ebenso wie im Vorschlag des Bundesbauministeriums auf Neuanlagen begrenzt. Denn in § 554 Abs. 2 Satz 5 BGB wird das gesetzlich gewollte Umstellungsszenario definiert, so dass für die nachfolgenden Paragraphen des BGB keine andere Auslegung möglich sein dürfte. Bestandsanlagen des Vermieters werden nicht erfasst, Entgelte für Einspar-Contracting-Vorhaben mit Bestandsanlagen wären damit nicht umlagefähig.

Anders dagegen lautet der im Arbeitsentwurf des Bundeswirtschaftsministerium gemachte Änderungsvorschlag: Dieser Entwurf sieht in einem § 556 c BGB an der entscheidenden Stelle abweichend vor, dass die Umstellung der bisherigen Versorgung mit Wärme auf eigenständig gewerbliche Lieferung durch einen Dritten „[...] nachhaltig Einsparungen von Energie oder Primärenergie [...]“ bewirken muss. Die daran geknüpfte Umlagefähigkeit wird damit nicht an die Errichtung neuer Anlagen, sondern vielmehr an die Realisierung von Energieeinsparpotentialen geknüpft.

IV. Kritikpunkte an den Vorschlägen

Den genannten Vorschlägen zur Änderung der mietrechtlichen Bestimmungen ist – abgesehen von dem insoweit abweichenden Vorschlag des Bundeswirtschaftsministeriums – gemein,

dass Contracting-Modelle (insbesondere Einspar-Contracting), die keinen Ersatz der bestehenden Anlage durch eine neue Anlage vorsehen, nicht zu umlagefähigen Kosten führen. Damit aber ergeben sich an den Vorschlägen des Bundesbauministeriums sowie der Interessenverbände der Contracting-Branche zwei maßgebliche Kritikpunkte, die im Folgenden näher dargestellt werden:

Davon ausgehend, dass die bislang geplanten Änderungen des BGB nach den gezeigten Vorschlägen eine Umlagefähigkeit ausschließlich auf vom Contractor errichtete Neuanlagen beschränken, muss die Frage gestellt und beantwortet werden, wie in diesem Zusammenhang der Umstand zu würdigen ist, dass die Betriebskostenverordnung in § 2 Ziff. 4 c eine solche Beschränkung gerade nicht vornimmt. Denn in § 2 Ziff. 4 c BetrKV wird keine Differenzierung nach Alt- oder Neuanlagen vorgenommen.

Auf diese Weise bestünde eine Divergenz zwischen den Bestimmungen des BGB und der Betriebskostenverordnung, also zwischen dem Mietrecht und dem dazugehörigen Betriebskostenrecht. Mithin könnte man sich sogar auf den Standpunkt stellen, dass ein Widerspruch zum Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung geschaffen würde. Im Ergebnis würde dies nämlich dazu führen, dass im Falle einer Verweisung auf die Zweite Berechnungsverordnung in der Fassung von 1989 oder die Betriebskostenverordnung eine Umlagefähigkeit zunächst auch für Altanlagen zu bejahen wäre, während ohne eine solche Verweisung die Möglichkeit der Umlegung auf Neuanlagen begrenzt bleiben würde. Damit aber würden sämtliche Bestrebungen, eine einheitliche Regelung zu schaffen, ad absurdum geführt werden. Bei Bestandsanlagen würde sich auf diese Weise die Rechtslage als unverändert erweisen. Umlagefähig wären die Kosten nur, soweit auf die Zweite Berechnungsverordnung in der Fassung von 1989 oder die Betriebskostenverordnung verwiesen wird. Erst bei Neuanlagen könnte die gesetzliche Regelung greifen.

Fraglich ist dann aber immer noch, ob nicht die Bestimmungen der Betriebskostenverordnung im Lichte des BGB dergestalt einschränkend auszulegen wären, dass auch hier nur Neuanlagen erfasst sein sollen. Folgte man – entgegen des insoweit eindeutigen Wortlauts der Betriebskostenverordnung – dieser Auffassung, dann wäre die Möglichkeit für Umstellung auf Contracting nach der dann geltenden Rechtslage nicht verbessert, sondern insgesamt grundsätzlich nur noch bei Neuanlagen möglich. Damit stellt sich die Rechtslage bei beiden Auslegungsvarianten aus Sicht der Contractoren schlechter dar als ohne Gesetzesänderung. Der durch die Gesetzesänderung angestrebte Zweck würde ins Gegenteil verkehrt, die Gesetzeslage würde indes noch weiter verkompliziert.

Es muss bei der bislang angestrebten Begrenzung der Umlagefähigkeit auf Neuanlagen auch beachtet werden, dass die mit

⁷ Vgl. Bundesbauministerium (o. Fußn. 4), S. 46 f.

Altanlagen durch die Einschaltung von Contractoren erzielbaren wesentlichen Effizienzverbesserungsmaßnahmen im Rahmen des Einspar-Contracting unterbleiben, was nicht nur zum Nachteil von den Vermietern, sondern letztlich auch von den Mietern und der Umwelt geht. Verschiedene Untersuchungen haben gezeigt, dass der Jahresnutzungsgrad bei den Anlagen, die von Contractoren professionell betrieben werden, um 10 bis 15 % höher ist als bei Anlagen, die in Eigenregie des Vermieters betrieben werden.⁸ Der überschaubare Investitionsaufwand gewährleistet im Regelfall zudem, dass die Kosten für die Mieter nicht steigen. Diese Chancen aber würden ungenutzt verfallen.

Politisch erwünschte Einspar-Contracting-Vorhaben auf Basis einer Bestandsanlage mit Einspar-Investitionen und einer korrespondierenden Einspar-Garantie⁹ würden somit geradezu verhindert. Es entstünde das Paradoxon, dass durch die geplante BGB-Änderung nur das „klassische“ Liefer-Contracting aus einer Neuanlage betroffen wäre und alle Einspar-Contracting-Vorhaben weiter erschwert würden. Vorhandenes Einsparpotential würde auf diese Weise gar nicht erst erschlossen. Das aber würde dazu führen, dass Einspar-Contracting auf Basis einer Bestandsanlage im Mietwohnungsbaubereich unmöglich gemacht wird, während einfaches Liefer-Contracting aus einer neuen Anlage begünstigt wird.

In letzter Konsequenz stellen die Änderungsvorschläge des Bundesbauministeriums sowie der beiden Interessenverbände der Contracting-Branche eine Fehldeutung der eindeutigen europarechtlichen Vorgaben dar. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf den Inhalt der Richtlinie 2006/32/EG über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen (EDL-Richtlinie)¹¹ abzustellen. Gemäß Artikel 6 dieser Richtlinie haben die Mitgliedstaaten den Auftrag, einen Markt für Energiedienstleistungen zu schaffen und diesbezügliche Hemmnisse abzubauen.

Der im Rahmen der Lösungsansätze des Bundesbauministeriums sowie der Interessenverbände der Contracting-Branche zwangsläufige Ausschluss von Marktteilnehmern aus dem Bereich des Einspar-Contracting steht im klaren Widerspruch zu den Vorgaben aus der EDL-Richtlinie. Denn insbesondere Energiedienstleistungen in Gestalt des Einspar-Contracting sind im Lichte der EDL-Richtlinie wesentliche Mittel zur Steigerung der Endenergieeffizienz. In einem zweiten Schritt würde eine Änderung des BGB, welche die Umlagefähigkeit der Contracting-Entgelte auf die Szenarien der Errichtung einer neuen Wärmeerzeugungsanlage durch den Contractor beschränkt, perspektivisch dem zu fordernden Regelungsgehalt des nationalen Umsetzungsaktes entgegenstehen.

Ein zukünftiges Energieeffizienzgesetz müsste unter Wahrung der europarechtlichen Vorgaben insbesondere die Kernelemente des Einspar-Contracting, namentlich die Einspar- oder Erfolgsgarantie, als Königsweg im Bereich der Energiedienstleistungen beschreiben, um das vorgegebene Ziel der Senkung des Energieverbrauchs um mindestens 9 % in 9 Jahren zu erreichen. Die bewusste Ausgrenzung des Einspar-Contracting

im Bereich des Mietwohnungsbaus stellt damit auch aus europarechtlicher Sicht einen falschen Weg dar.

V. Schlussfolgerungen

Die bisher verfolgten Lösungsansätze des Bundesbauministeriums sowie der beiden Interessenverbände der Contracting-Branche sind aus den oben dargestellten Gründen mit Risiken behaftet, die erheblichen politischen Schaden auslösen können, so dass sie in dieser Weise nicht weiterverfolgt werden sollten. Sie richten für das Contracting im Wohnungsbestand mehr Schaden an, als sie Nutzen stiften und verkennen zudem klare gesetzliche Vorgaben.

Mit Blick auf die bestehenden Unsicherheiten im rechtlichen Bereich der Umlagefähigkeit von Contracting-Entgelten ist eine eindeutige Regelung durch das Gesetz nach wie vor erstrebenswert. Dabei sollte zum einen eine Lösung gefunden werden, die auch und gerade „wirkliches“ Einspar-Contracting ermöglicht. Zum anderen sollte sich die Gesetzeslage in diesem Bereich einheitlich und unkompliziert präsentieren. Für das weitere Vorgehen bedeutet dies, dass eine Möglichkeit gefunden werden muss, welche den Spielraum für Contracting-Vorhaben im Wohnungsbau insgesamt vergrößern kann.

Im Lichte des Vorgenannten stellt der Vorschlag des Bundeswirtschaftsministeriums im Kern einen zielführenden Lösungsansatz dar. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Möglichkeit der Umlagefähigkeit von Contracting-Entgelten an die Erreichung von nachhaltigen Einsparungen von Energie oder Primärenergie geknüpft ist, unabhängig von der Errichtung einer neuen Heizstation durch den Contractor. Damit spiegelt dieser Ansatz die Essenz des Energieeffizienzgedankens wider und präsentiert sich auch mit Blick auf absehbare Legislativakte im Bereich der Energieeffizienz zukunftsicher, zumal Marktakteure im Bereich des Einspar-Contracting nicht durch falsch gewichtete Anforderungen an die Bejahung einer Umlagefähigkeit von Contracting-Entgelten diskriminiert werden.

In der Diskussion um die Änderung des Mietrechts sollte daher der zitierte Arbeitsentwurf des Bundeswirtschaftsministeriums als maßgebliche Grundlage dienen, um so zielführend die Problemsituation auflösen zu können.

8 Pressemeldung des ESCO Forum im ZVEI vom 17. 3. 2009: „Contracting hat Potenzial als Konjunkturmotor“, abrufbar unter: www.vfw.de

9 Vgl. zu den Begrifflichkeiten der verschiedenen Contracting-Modelle die Studie des Bundesbauministeriums, S. 8 f.

10 Bundesbauministerium (o. Fußn. 4), S. 42 f., wobei eine nähere Betrachtung des Problems nicht erfolgt, da es nicht zum Gutachterauftrag gehörte.

11 ABl. EU Nr. L 114 v. 27. 4. 2006, S. 64.