

# Umstellung auf Contracting und Fernwärme

Der neue § 556c BGB und die WärmeLV

---

Deutscher Mietgerichtstag 2014

Dortmund, 4. April 2014

**Dr. Dietrich Beyer**

**Richter am Bundesgerichtshof a.D.**

## Umstellung auf Contracting und Fernwärme

### - Inhaltsübersicht -

<b>I. Einleitung</b>	3
<b>II. Die bisherige Rechtslage: Umstellung der Wärmeversorgung auf Contracting – Voraussetzungen und Folgen</b>	4
1) Vorweg: Wärme-Contracting – Versuch einer Definition	4
2) Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zum Wärme-Contracting	5
<b>III. Gewerbliche Wärmelieferung nach dem neuen § 556c BGB und der WärmeLV</b>	6
1) Ausgangslage und Ziel des Gesetzes	6
2) Zeitlicher Geltungsbereich	6
3) § 556c BGB und Ausführungsbestimmungen (WärmeLV)	7
a) Objektiver Geltungsbereich (Wohnraummiete; Gewerberaummiete; WEG)	8
aa) Preisgebundener Wohnraum	8
bb) Gewerberaum und gemischt-genutzte Objekte	8
cc) WEG-Fälle	8
b) Voraussetzungen für die Umlegung der Wärmelieferkosten im Einzelnen	11
aa) Kosten für Wärme oder Warmwasser als Betriebskosten (§ 556c Abs.1 S.1)	11
bb) Wärmelieferung mit verbesserter Effizienz aus neuer Anlage oder Wärmenetz (§ 556c Abs.1 Satz 1 Nr.1 BGB)	12
cc) Betriebsführungscontracting	13
dd) Kostenneutralität (§ 556c Abs.1 S.1 Nr.2 BGB) – das Problem und mögliche Lösungen	13
(1) Kostenneutralität durch Eigenbeteiligung des Vermieters?	14
(2) Ein anderer Ausweg: Die Modernisierungsvereinbarung (§ 555f BGB)	15
(3) Reduzierung („Umgehung“) des Gebots der Kostenneutralität durch kurzfristigen Erstvertrag und längeren Folgevertrag?	16
(a) Umstellung mit kostenneutralem Betriebsführungscontracting	16
(b) Laufzeit für Betriebsführungscontractingverträge – zur Person des Vertragspartners	17
(c) Gleichbehandlung von privaten und gewerblichen Vermietern	18
(d) Ergebnis	19
ee) Kostenneutralität und Kostenvergleich (§§ 8 – 10 WärmeLV)	19
4) Umstellungsankündigung (§ 556c Abs.2 BGB; § 11 WärmeLV)	21
a) Zeitpunkt, Form und Inhalt der Ankündigung	22
b) Rechte des Mieters bei fehlender oder fehlerhafter Ankündigung	25

5) Folgen einer „unzulässigen“ Umstellung der Wärmeversorgung	26
6) Vorschriften der WärmeLV außerhalb des Mietrechts	27
a) Parteien und Form des Wärmeliefervertrages (§ 4 WärmeLV)	27
b) Inhalt des Wärmeliefervertrages (§ 2 WärmeLV)	28
c) Preisänderungsklauseln (§ 3 WärmeLV)	29
aa) Grundsätze	29
bb) Erläuterung einer Preisanpassung im Verhältnis Vermieter – Mieter?	29
d) Klarstellung der Eigentumsverhältnisse (§ 95 BGB, § 2 Abs.1 Nr.7 WärmeLV)	30
7) Exkurs: Wärmecontracting und Betriebskostenabrechnung	30
a) Keine Aufschlüsselung der Kosten der Wärmelieferung	30
b) Kontrollrechte des Mieters nach bisheriger und neuer Rechtslage	30
<b>IV. Zusammenfassung</b>	<b>31</b>

## UMSTELLUNG AUF CONTRACTING UND FERNWÄRME

### Der neue § 556c BGB und die Wärmelieferverordnung

#### I. Einleitung

Rund 25% des Gesamtenergieverbrauchs in Deutschland entfallen auf Heizung und Warmwassererzeugung der privaten Haushalte. Schon diese Zahl zeigt, dass alle Beteiligten daran interessiert sein müssen, hierbei Energie und Kosten einzusparen. Contracting und Fernwärme als die typischen Formen der gewerblichen Wärmelieferung können dazu einen entscheidenden Beitrag leisten; gegenüber der Eigenversorgung durch den Vermieter bringen sie für alle Beteiligten Vorteile zum einen durch Steigerung der Energieeffizienz durch Modernisierung und optimale Wartung der Anlage, zum anderen aber auch durch Kostenvorteile bei der Beschaffung der Anlage und des Brennstoffs sowie der Wartung und Instandhaltung. Zusätzlich profitiert der Vermieter von der Umstellung auf Wärmelieferung im Regelfall durch die Entlastung von allen Kosten und Risiken der Anschaffung, Installation, Instandhaltung, des laufenden Betriebs, der Finanzierung und der Verwaltung der Anlage.

Allerdings ging diese Entlastung des Vermieters nach bisheriger Rechtslage *zu Lasten des Mieters*; denn er hatte mit dem Entgelt für die Wärmelieferung auch die gesamten Aufwendungen des Wärmelieferanten für Anschaffung, Instandhaltung, Finanzierung und Verwaltung der Anlage und den kalkulierten Gewinn zu tragen, die bei der Eigenversorgung durch den Vermieter mit der Grundmiete abgegolten sind, also nicht als Betriebskosten umgelegt werden können<sup>1</sup>; das führte bislang regelmäßig zu einer Erhöhung seiner Heiz- und Warmwasserkosten. Problematisch waren diese Folgen für den Mieter bei der Umstellung der Wärmeversorgung im laufenden Mietverhältnis vor allem deshalb, weil nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes trotz der Erhöhung der Heizkosten die Kaltmiete unverändert blieb, der Mieter im Ergebnis also mit einer Erhöhung der Warmmiete belastet wurde.

Die strukturelle – und in aller Regel auch finanzielle – Mehrbelastung des Mieters bei den Heiz- und Warmwasserkosten als Folge der Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmelieferung hat der BGH allerdings nicht verkannt. Die Umlegung der Wärmelieferkosten hat er deshalb nur dann für zulässig gehalten, wenn entweder der Mietvertrag eine entsprechende rechtliche Grundlage enthielt, und sei es auch nur in Gestalt einer pauschalen Bezugnahme auf den Katalog der Betriebskostenverordnung (bzw. der alten Anlage 3 zu § 27 II. BV), oder der Mieter nachträglich zugestimmt hatte.<sup>2</sup> Das konnte in der Praxis dazu führen, dass für ein

---

<sup>1</sup> § 1 Abs. 2 BetrKV; bis 31. Dezember 2003 Nr. 4c und 5b der Anl. 3 zu § 27 Abs. 1 II. BV

<sup>2</sup> Urteil vom 6. April 2005 - VIII ZR 54/04, NJW 2005, 1776 = DWW 2005, 195 = WuM 2005, 387 = CuR 2005, 49; zuletzt Urteil vom 27. Juni 2007 - VIII ZR 202/06, NJW 2007, 3060 = WuM 2007, 571 = NZM 2007, 769 = Grundeigentum 2007, 1310 = CuR 2007, 98 = ZMR 2007, 851; zu dieser Entscheidung näher *Beyer*, NZM 2008, 12

und dasselbe Mietwohngebäude unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen für die Umlegung der Contractingkosten bestanden, für einen Teil der Wohnung die Kosten also umlegbar waren, für einen anderen Teil aber nicht. Eine für alle Wohnmietverhältnisse einheitliche Rechtslage auf gesetzlicher Grundlage fehlte.

Diese Probleme – Mehrbelastung des Mieters, uneinheitliche Rechtslage – sollten im Rahmen des MietRÄndG mit einer gesetzlichen Regelung „unter einen Hut gebracht“ werden, die einerseits die noch bestehenden rechtlichen Hindernisse für einen Ausbau der Wärmelieferung beseitigt, andererseits eine zusätzliche Kostenbelastung des Mieters vermeidet. Ein Gutachten der Universität Jena vom Februar 2008<sup>3</sup> rechnet für das Contracting mit einem Marktanteil von 90% im Mietwohnungsbestand innerhalb von 8 Jahren nach Beseitigung der (damaligen) rechtlichen Hindernisse.<sup>4</sup> Ob dieses Ziel allerdings mit dem neuen § 556c BGB und der als Ausführungsverordnung erlassenen WärmeLV erreicht wird, erscheint mehr als fraglich, wenn man sich die Bestimmungen näher ansieht.

Eine Einschränkung ist bereits an dieser Stelle angebracht: § 556c BGB gilt nur für die *Umstellung der Wärmeversorgung im laufenden Mietverhältnis*, konkret: für die im Zeitpunkt seines In-Kraft-Tretens am 1. Juli 2013 bestehenden Mietverhältnisse. Bei neu abzuschließenden Mietverhältnissen ist der Vermieter frei, welche Form der Wärmeversorgung er wählt, sofern nur der Mietvertrag beide Arten – Eigenversorgung oder Wärmelieferung – zulässt (§ 2 Nr. 4 a und c, 5 a und b, 6 a und b BetrKV).

## **II. Die bisherige Rechtslage: Umstellung der Wärmeversorgung auf Contracting und Fernwärme in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes**

### 1) Vorweg: Wärme-Contracting – Versuch einer Definition

Bei der Beschäftigung mit dem Thema Wärme-Contracting zeigt sich immer wieder, dass es sinnvoll ist, zur Vermeidung von Missverständnissen eine Definition der verschiedenen Formen des Contracting voranzustellen. Auch der Gesetzgeber hatte damit gewisse Probleme, wenn man die einschlägigen Ausführungen zu § 556c BGB in der Begründung des MietRÄndG betrachtet.<sup>5</sup>

Folgende Definitionen können heute als allgemein anerkannt gelten:

- Wärme-Contracting oder in der Kurzform Contracting: *eigenständig gewerbliche Wärmelieferung aus einer in dem zu versorgenden Gebäude (oder der Wirtschafts-*

<sup>3</sup> *Ruhland/Herud*, Prognose der Marktdurchdringung des Contracting in der Deutschen Wohnungswirtschaft, Gutachten des Instituts für Energiewirtschaft der Universität Jena vom Februar 2008 in *Bayer*, Energieeffizienz im Wohnungsbestand durch Contracting (im Folgenden: Gutachten Marktdurchdringung), S. 89 ff.

<sup>4</sup> Gutachten Marktdurchdringung aaO, S. 132

<sup>5</sup> vgl. dazu Bericht des Rechtsausschusses vom 12. Dezember 2012. BT-Drucks. 17/11894, S. 33 li. Sp. oben

einheit) befindlichen Heiz- und Warmwasseranlage, die von einem Dritten (Contractor) auf eigene Rechnung installiert, betrieben und instandgehalten wird;

- Betriebsführungscontracting: eigenständig gewerbliche Wärmelieferung aus einer in dem zu versorgenden Gebäude (oder der Wirtschaftseinheit) vorhandenen Heiz- und Warmwasseranlage, die ein Dritter (Contractor) von dem Gebäudeeigentümer pachtet und auf eigene Rechnung betreibt und wartet (ggf.: instandhält).

Auf den Gebrauch des Begriffs „Full-Contracting“ verzichte ich, weil er in diesem Beitrag entbehrlich ist und seine Einzelheiten z.T. ungeklärt sind.<sup>6</sup>

## 2) Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zur Umstellung auf Wärmelieferung im bestehenden Mietverhältnis

Die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zur Umstellung der Wärmeversorgung nach der bisherigen Gesetzeslage lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- (1) Nach einer Umstellung der Wärmeversorgung konnte der Vermieter die Kosten der Wärmelieferung auf die Mieter umlegen, wenn der Mieter zustimmte oder wenn dies im Mietvertrag vereinbart war;
- (2) eine derartige Vereinbarung lag nicht nur dann vor, wenn der Mietvertrag eine ausdrückliche Regelung über die Umstellung der Wärmeversorgung enthielt; ausreichend war auch die (pauschale) Bezugnahme auf den Betriebskostenkatalog der Anlage 3 zu § 27 II. BV bzw. des § 2 BetrKV;
- (3) bei einer Bezugnahme auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV kam es darauf an, welche Fassung im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages gegolten hat: *bis zum 28. Februar 1989* waren in den Nrn. 4 c) und 5 b) der Anlage 3 nur die Fernwärme und das Fernwarmwasser genannt. Erst mit der *ab dem 1. März 1989* geltenden Fassung und dem weiteren Begriff der *eigenständig gewerblichen Lieferung von Wärme* bzw. *eigenständig gewerblichen Lieferung von Warmwasser* war auch das Contracting einbezogen.
- (4) Obwohl der Mieter bei einer Umstellung der Wärmeversorgung mit dem Entgelt für die Wärmelieferung auch solche Kosten zu tragen hat, die vorher mit der Grundmiete abgegolten waren, war der Vermieter – entgegen dem Grundgedanken des § 556a Abs.2 Satz 1 und 3 BGB – zu einer Herabsetzung der Miete nicht verpflichtet.
- (5) Wärmelieferung in Gestalt des Contracting ist rechtlich als Lieferung von Fernwärme zu behandeln; es gelten deshalb die Vorschriften der AVBFernwärmeV. Ausgenommen ist lediglich das Betriebsführungscontracting.

<sup>6</sup> vgl. dazu *Klemm*, CuR 2013, 152, 155 (Frage 7); *Hinz*, WuM 2014, 55, 60

### III. Gewerbliche Wärmelieferung nach dem neuen § 556c BGB und der WärmeLV

#### 1) Ausgangslage und Ziel des Gesetzes

Ziel des MietRÄndG ist, was das Thema Wärmelieferung betrifft, die *Erleichterung der Umstellung der Wärmeversorgung von Eigenregie auf Wärmelieferung im laufenden Mietverhältnis*; oder anders ausgedrückt: § 556c BGB soll *nur für Bestandsverträge* gelten und für diese Mietverhältnisse einen *einheitlichen, klaren gesetzlichen Rechtsrahmen* schaffen.<sup>7</sup>

In der Vereinheitlichung der rechtlichen Voraussetzungen für alle Bestandsverträge liegt zweifellos einer der entscheidenden Vorteile der Gesetzesänderung. Für neu abzuschließende Mietverträge besteht dagegen – theoretisch jedenfalls – Vertragsfreiheit, sofern Contracting oder Fernwärme bei Vertragsabschluss bereits praktiziert werden.<sup>8</sup> Die Befürchtung des Deutschen Mieterbundes, der Vermieter könne den Mieter bei Abschluss eines neuen Mietvertrages mit beliebig hohen Kosten für das Contracting belasten, teile ich nicht. Da für ein Wohngebäude aus technischen und wirtschaftlichen Gründen nur ein einheitlicher Wärmeliefervertrag bestehen kann, kann auch die Abrechnung der Contractingkosten gegenüber der Gesamtheit der Mieter grundsätzlich nur einheitlich erfolgen; der neue Mieter profitiert also vom Schutz der Bestandsmieter. Anders mag es allenfalls bei der kompletten Neuvermietung eines neuen Gebäudes aussehen; auch dort werden aber, wenn das Contracting die erhoffte Akzeptanz bei den Vermietern findet, der Wettbewerb und das mietrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot den Kosten Grenzen setzen.

Praktische Erfahrungen fehlen jedoch bislang. Typisch dürfte insoweit beispielsweise die Situation in Karlsruhe sein. Die *Stadtwerke Karlsruhe* unterhalten ein ausgedehntes Fernwärmenetz und bieten als zusätzliche Leistung auch Wärmecontracting an. Bis heute konnten die Stadtwerke noch keine Auswirkungen bei der Nachfrage nach diesen Formen der Wärmelieferung feststellen; allerdings hat man dort den *Eindruck*, „*dass bei den Hausverwaltern/ Vermietern die Gesetzesänderung noch garnicht richtig angekommen ist.*“ Eindeutig ist jedenfalls die Aussage, dass Kostenneutralität mit den Regelungen der WärmeLV nicht herzustellen ist.

#### 2) Zeitlicher Geltungsbereich

Die Vereinheitlichung der Gesetzeslage für alle bestehenden Mietverträge hat allerdings auch eine Kehrseite, die nicht übersehen werden darf und die einer der Gründe für die durchweg recht skeptische Beurteilung dieses Komplexes durch die angehörten Verbände ist. Nach § 556c Abs.4 BGB und § 12 WärmeLV sind Vereinbarungen, die zum Nachteil des Mieters von § 556c BGB oder den Bestimmungen der WärmeLV abweichen, unwirksam. Entsprechend dem für Dauerschuldverhältnisse geltenden allgemeinen Grundsatz, dass eine

<sup>7</sup> MietRÄndG, BT-Drucks. 17/10485, S. 14 unter 2.

<sup>8</sup> MietRÄndG, Begründung aaO

Neuregelung mit ihrem In-Kraft-Treten auch für bereits bestehende Vertragsverhältnisse gilt<sup>9</sup>, sind also alle vertraglichen Regelungen, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bisher ohne Weiteres eine Umstellung zuließen und dabei in aller Regel zu einer finanziellen Mehrbelastung des Mieters ohne jeglichen Ausgleich führen konnten, „*automatisch*“ und *kraft Gesetzes unwirksam* geworden.<sup>10</sup> Insoweit wirkt das Gesetz ausgesprochen *kontraproduktiv*, weil es die nach der bisherigen, auf der Rechtsprechung des BGH beruhenden Rechtslage bestehenden Möglichkeiten der Umstellung auf Wärmelieferung entgegen seiner Zielsetzung nicht erweitert, sondern beseitigt; dies dürfte sich vor allem in den neuen Bundesländern, wo die Mietverträge regelmäßig die Bezugnahme auf den gesetzlichen Betriebskostenkatalog enthalten, ausgesprochen nachteilig auswirken.<sup>11</sup> Das mag politisch gewollt sein, ob es dem Ziel der Energieeinsparung dient, erscheint mehr als fraglich. Ein Bestandsschutz für bestehende Mietverträge mit Umstellungsmöglichkeit wäre daher sinnvoll gewesen.<sup>12</sup>

### 3) § 556c BGB und Ausführungsbestimmungen (WärmeLV)

Kurz gesagt ermöglicht § 556c BGB die Umlegung der Wärmelieferkosten nach der Umstellung der Wärmeversorgung im bestehenden Mietverhältnis unter folgenden Voraussetzungen:

- Der Mieter muss die Kosten für Heizung oder Warmwasser als Betriebskosten zu tragen haben,
- die Wärme muss mit verbesserter Effizienz aus einer vom Wärmelieferanten neuen Anlage oder aus einem Wärmenetz geliefert werden,
- der Wärmelieferant kann die vorhandene Anlage weaternutzen, wenn der Jahresnutzungsgrad mindestens 80% beträgt (Betriebsführungscontracting);
- die Kosten für die Wärmelieferung dürfen die Kosten der bisherigen Eigenversorgung durch den Vermieter nicht übersteigen (Kostenneutralität);
- einer besonderen vertraglichen Grundlage für die Umstellung von Eigenversorgung durch den Vermieter auf Wärmelieferung bedarf es – anders als bisher – nicht mehr.

Die rechtlichen und technischen Einzelheiten sind in der Wärmelieferverordnung geregelt; die entsprechende Ermächtigungsgrundlage ist in Abs. 3 des § 556c BGB enthalten. Die Verordnung ist nach mehrfachen und einschneidenden Änderungen des ursprünglichen

<sup>9</sup> vgl. Art. 171 EGBGB

<sup>10</sup> Begründung zu Nr. 6 a.E., S. 23 re. Sp. unten

<sup>11</sup> Stellungnahme der Bundesvereinigung Spitzenverbände der Immobilienwirtschaft (BSI) vom 13. Januar 2012, S. 5, 1. Absatz

<sup>12</sup> BSI-Stellungnahme aaO, 3. Absatz; ebenso Stellungnahme der Deutschen Unternehmensinitiative Energieeffizienz (DENEFF) vom 16. Januar 2012, S. 2 unter B, S. 9 unter 2; kritisch auch Gemeinsame Stellungnahme der Verbände AGFW, ASEW, B.KWK, VfW und ESCO Forum im ZVEI vom 17. Januar 2012, S. 5 unter 4.



Entwurfs<sup>13</sup> am 13. Juni 2013 verkündet worden<sup>14</sup> und zusammen mit § 556c BGB am 1. Juli 2013 in Kraft getreten. Die ausführliche – und überwiegend sehr hilfreiche – amtliche Begründung zur WärmeLV vom 14. Juni 2013 ist im Bundesanzeiger veröffentlicht.<sup>15</sup>

a) *Objektiver Geltungsbereich (preisgebundener Wohnraum; Gewerberaummiete und gemischt genutzte Objekte; WEG)*

aa) *Preisgebundener Wohnraum*

Der objektive Geltungsbereich des § 556c BGB ist nur lückenhaft geregelt. Immerhin stellt die Gesetzesbegründung jetzt klar, dass § 556c BGB für den preisgebundenen Wohnraum *nicht anwendbar* ist, weil insoweit die speziellere Vorschrift des § 5 NMV gilt. Danach ist bei einer Verringerung des Gesamtbetrages der laufenden Aufwendungen des Vermieters die Kostenmiete neu zu berechnen und entsprechend zu senken.<sup>16 17</sup> Zu den laufenden Aufwendungen gehören, was die Wärme- und Warmwasserversorgung durch den Vermieter betrifft, auch die Kosten der Anschaffung (genauer: die Abschreibung [AfA]), Instandhaltung, Finanzierung und Verwaltung der Anlage, die nicht mit den Heizkosten als Betriebskosten auf die Mieter umgelegt werden können (§ 2 Nr. 4a, 5a, 6a BetrKV). Bei der Umstellung von Eigenversorgung auf Wärmelieferung wird der Vermieter von allen diesen Aufwendungen – beim Betriebsführungscontracting allerdings nur in eingeschränktem Umfang – entlastet mit der Folge, dass die Kostenmiete neu zu berechnen ist.

bb) *Gewerberaummiete und gemischt-genutzte Objekte*

Nach der Entwurfsfassung vom 11. Mai 2011 sollte § 556c BGB *nur für Wohnraummietverhältnisse* gelten. Deshalb hätten in gemischt-genutzten Objekten Schwierigkeiten bei der Abrechnung entstehen können. Dieses Problem hat die beschlossene Gesetzesfassung gelöst, indem sie in die Verweisungsnorm des § 578 Abs.2 BGB auch den § 556c BGB, allerdings ohne das Abweichungsverbot des Abs. 4, aufgenommen hat.<sup>18</sup> Von dieser Ausnahme abgesehen, gilt § 556c BGB also in vollem Umfang auch für die Gewerberaummiete.

cc) *WEG-Fälle*

Eine gewisse Unklarheit besteht jedoch nach wie vor bei der Rechtslage für vermietete Eigentumswohnungen. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist im Innenverhältnis nicht an § 556c BGB gebunden, anders dagegen der vermietende Wohnungseigentümer im Verhältnis zum Mieter; für ihn gilt nichts anderes als für einen „professionellen“ Vermieter

<sup>13</sup> Diskussionsentwurf des BMJ, Stand: 23. Mai 2012

<sup>14</sup> BGBl. I, 1509

<sup>15</sup> BAnz. AT vom 20. Juni 2013

<sup>16</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 23 li. Sp. oben

<sup>17</sup> An der früher vertretenen Auffassung, dass § 556c BGB auch für den preisgebundenen Wohnraum gelten müsse (CuR 2012, 48, 61 unter b) aa), halte ich aus den oben angeführten Gründen nicht mehr fest. Wie hier *Hinz*, WuM 2014, 55, 58

<sup>18</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 27, li. Sp. oben (zu Nr. 13)

(Wohnungsunternehmen). Infolgedessen kann es dazu kommen, dass die Eigentümergemeinschaft die Umstellung der Wärmeversorgung beschließt, auch wenn die mietrechtlichen Voraussetzungen des § 556c Abs.1 BGB *nicht* erfüllt sind. Etwaige Mehrkosten für Heizung und/oder Warmwasser gegenüber der früheren Eigenversorgung der WEG kann der Vermieter dann nicht auf den Mieter abwälzen. Dieses Dilemma – Bindung an den Umstellungsbeschluss der WEG-Gemeinschaft im Innenverhältnis einerseits, Unzulässigkeit der Umlegung der durch die Umstellung verursachten (vollen<sup>19</sup>) Wärmelieferkosten im Verhältnis zum Mieter andererseits – ist mit den Bestimmungen des Gesetzes und der WärmeLV nicht zu lösen. Im Ergebnis muss der Vermieter einer Eigentumswohnung jedoch genauso behandelt werden wie der „eigenverantwortliche“ Vermieter, also etwa das Wohnungsunternehmen, das über die Umstellung der Wärmeversorgung nach seinem freien Ermessen entscheidet und die wirtschaftlichen Konsequenzen einer gegen § 556c Abs.1 BGB verstoßenden Entscheidung zu tragen hat. Dann kann er nur die *fiktiv zu berechnenden Kosten der bisherigen Versorgungsart* dem Mieter in Rechnung stellen. Das könnte auf den ersten Blick unbillig erscheinen, zumal dann, wenn der Vermieter auf die ungekürzten Einkünfte aus der Wohnungsvermietung angewiesen ist. Dennoch ist dieses Ergebnis im Hinblick auf den klaren Wortlaut sowie den Sinn und Zweck des § 556c BGB hinzunehmen.<sup>20</sup> Der Vermieter wird dadurch letztlich auch nicht schlechter gestellt als er vor der Umstellung mit der Abrechnung der Heizkosten nach den Vorgaben des § 2 Nr. 4a, 5a und 6a BetrKV und dem „Selbstbehalt“ der Investitions- und Instandhaltungskosten usw. gestanden hat.

Die hierfür erforderliche Berechnung würde den (privaten) Vermieter, wenn er sie selbst anstellen müsste, zweifellos überfordern. Das Problem lässt sich aber bei vorausschauender „Verhandlungstaktik“ der Eigentümergemeinschaft mit Hilfe des § 5 WärmeLV lösen, eine sehr sinnvolle Bestimmung, die in früheren Fassungen des VO-Entwurfs nicht enthalten war. Danach hat der Kunde, also der Vermieter, „bei Bedarf“ gegen den Wärmelieferanten einen Auskunftsanspruch auf Ausweisung derjenigen Kostenbestandteile des Wärmelieferpreises, die der Mieter bei der Eigenversorgung durch den Vermieter als Betriebskosten zu tragen hat, konkret also der in § 2 Nr. 4a, 5a und 6a BetrKV genannten Kosten. Soweit § 5 WärmeLV in diesem Zusammenhang auf die §§ 7 Abs. 2 und 8 Abs. 2 HeizKV verweist, handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen; denn diese Vorschriften besagen nur, *wie* die zu verteilenden *Kosten zu berechnen* sind. Die Frage der *Umlegbarkeit* der Kosten als Betriebskosten ist dagegen in den Nrn. 4 – 6 des § 2 BetrKV geregelt. Im Ergebnis ändert das am Umfang des Auskunftsanspruchs des Kunden jedoch nichts, weil die genannten Bestimmungen inhaltlich identisch sind.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> näher dazu unten S. 26 unter 5).

<sup>20</sup> ebenso Schmid, CuR 2013, 64, 65

<sup>21</sup> ebenso Schmid, CuR 2013, 64, 67 unter V 1

Ein gewichtigeres rechtliches Hindernis für die Geltendmachung eines Auskunftsanspruchs durch den vermietenden Wohnungseigentümer nach § 5 WärmeLV ergibt sich aus dem eingeschränkten Anwendungsbereich der WärmeLV. Nach ihrem § 1 Nr. 1 gilt sie nur für Wärmelieferverträge, die bei einer Umstellung auf Wärmelieferung *nach § 556c BGB* geschlossen werden; damit sind unmittelbar nur die Verträge erfasst, in denen ein *Vermieter als Kunde* des Wärmelieferanten beteiligt ist. Für Wärmelieferverträge mit der *Eigentümergeinschaft als Kunden* ist die Verordnung mithin nicht „automatisch“ anwendbar. Das Problem ist aber relativ einfach zu lösen, wenn die Eigentümergeinschaft vor Abschluss des Wärmeliefervertrages intern klärt, ob eine der Wohnungen (oder auch mehrere) aktuell vermietet ist oder im Zeitpunkt der Umstellung voraussichtlich vermietet sein wird. Das Ergebnis dieser Abklärung ist sodann dem (künftigen) Wärmelieferanten im Rahmen der Vertragsverhandlungen mitzuteilen.

Ist auch nur eine einzige Wohnung *im Zeitpunkt der Umstellung der Wärmeversorgung* vermietet, ist *im Verhältnis zwischen dem vermietenden Eigentümer und seinem Mieter § 556c BGB* ohne Einschränkung anzuwenden. Für das Vertragsverhältnis mit dem Wärmelieferanten kann es aber keinen Unterschied machen, ob sämtliche oder nur einzelne Wohnungen oder auch nur eine einzige Wohnung des zu versorgenden Gebäudes vermietet sind. In jedem Fall ist § 556c BGB berührt und anzuwenden. Der vermietende Eigentümer hat deshalb ein erhebliches und berechtigtes Interesse an einer rechtlichen Absicherung für den Fall, dass die Wärmelieferkosten nicht in vollem Umfang auf den Mieter umgelegt werden können, insbesondere etwa wegen Nichteinhaltung des zwingenden Gebots der Kostenneutralität. Er hat daher gegenüber den anderen Eigentümern *grundsätzlich* einen Anspruch darauf, dass der Wärmeliefervertrag mit dem Inhalt abgeschlossen wird, der den Anforderungen des § 556c BGB bzw. den sich mittelbar daraus ergebenden Rechtsfolgen gerecht wird.

Konkret bedeutet dies, dass im Wärmeliefervertrag für eine Eigentumswohnanlage eine *klarstellende Klausel* bezüglich der Anwendbarkeit des § 556c BGB enthalten sein sollte. Die Klausel könnte etwa folgendermaßen lauten:

*Dem Wärmelieferanten ist bekannt, dass eine oder mehrere der Wohnungen des zu versorgenden Gebäudes im Zeitpunkt der Umstellung der Wärmeversorgung vermietet ist/sind. Die Anforderungen des § 556c BGB und der WärmeLV sind einzuhalten.*

Die Rechtslage ist dann nicht anders als bei einem „normalen“ Mietwohngebäude, bei dem davon ausgegangen werden kann, dass in den Vertragsverhandlungen die Anwendbarkeit des § 556c BGB (im Verhältnis Kunde/Vermieter – Mieter) als zentraler Punkt erörtert und zweifelsfrei klargestellt wird. Infolgedessen hat der Wärmelieferant kraft Gesetzes (§ 2 Abs. 2 WärmeLV), auch ohne besondere Vereinbarung, die notwendigen Vergleichsberechnungen vorzunehmen und bei Bedarf die in § 5 WärmeLV vorgeschriebene Auskunft zu erteilen.

Anders ist die Rechtslage jedoch dann, wenn die Eigentümergemeinschaft einen Wärmeliefervertrag in Kenntnis der Tatsache, dass eine der in § 556c BGB genannten zwingenden Voraussetzungen für die Umlegung der Wärmelieferkosten als Betriebskosten nicht zu erfüllen ist, abschließen will. In einem solchen Fall muss das Interesse eines vermietenden Eigentümers an einer „gesetzeskonformen“ Wärmelieferung mit voller Umlegung der Wärmelieferkosten auf den Mieter gegenüber der Entscheidung der Mehrheit der Eigentümer zurücktreten.<sup>22</sup> Die Konsequenz, dass der betreffende Eigentümer/Vermieter dann den nicht umlegbaren Teil der Wärmelieferkosten selbst tragen muss, ist, wie erwähnt, hinnehmbar. Das ändert aber nichts daran, dass der vermietende Eigentümer ein anerkanntes Interesse daran hat, vom Wärmelieferanten eine Auskunft über die Kostenbestandteile zu erhalten, die bei der Eigenversorgung als Betriebskosten umgelegt werden können. Da § 556c BGB und die WärmeLV, insbesondere deren § 5, in diesem Fall aber im Verhältnis Vermieter – Wärmelieferant nicht unmittelbar anwendbar sind, bedarf es einer *vertraglichen Grundlage für den Auskunftsanspruch* des vermietenden Wohnungseigentümers. Es empfiehlt sich daher, in den Wärmeliefervertrag eine entsprechende Klausel aufzunehmen.<sup>23</sup>

b) *Voraussetzungen für die Umlegung der Wärmelieferkosten im Einzelnen (§ 556c Abs.1 BGB)*

aa) *Heiz- oder Warmwasserkosten als mietvertragliche Betriebskosten*

(1) Erste rechtliche Voraussetzung für die Umlegung der Wärmelieferkosten nach der Umstellung der Wärmeversorgung ist, dass der Mieter nach dem Mietvertrag Heiz- oder Warmwasserkosten als Betriebskosten zu tragen hat, was angesichts der gesetzlichen Pflicht zur Umlegung dieser Kosten auf den „Nutzer“ (§ 2 HeizkV) in aller Regel zutreffen dürfte. *Ausnahmen* – keine Umlegung der Wärmelieferkosten – gelten demnach nur für folgende drei Fälle:

- Ist im Mietvertrag zulässigerweise eine *Inklusivmiete* vereinbart, weil einer der Ausnahmefälle der §§ 2 oder 11 HeizkV vorliegt, scheidet die Anwendung des § 556c BGB aus;
- dasselbe gilt für *Pauschalen* für Heizkosten (oder die gesamten Betriebskosten), es sei denn, der Vermieter ist nach dem Mietvertrag berechtigt, die Pauschale wegen einer Erhöhung der Betriebskosten zu erhöhen (§ 560 Abs.1 Satz 1 BGB);<sup>24</sup>
- *bisherige Eigenversorgung des Mieters* (z.B. Kohleöfen, Gasetagenheizung).

(2) In dem letztgenannten Fall ist zunächst zu prüfen, ob die Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmelieferung eine Modernisierungsmaßnahme i.S.d. § 555b Nr. 1, 2 oder 4 BGB

<sup>22</sup> ebenso Schmid aaO S. 65 unter II 4

<sup>23</sup> z.B.: „Der Wärmelieferant verpflichtet sich, einem Mitglied der Eigentümergemeinschaft auf Verlangen eine der Bestimmung des § 5 WärmeLV entsprechende Auskunft zu erteilen.“

<sup>24</sup> ebenso Schmid aaO, CuR 2011, 52, 54 unter III 3 b)

darstellt.<sup>25</sup> Ist die zu bejahen, was etwa bei der Umstellung von Kohleöfenheizung auf gasbetriebene Zentralheizung oder auf Fernwärme ohne weiteres der Fall ist, ist der Mieter jedenfalls zur Duldung der Maßnahme verpflichtet (§ 555d Abs.1 und 2 BGB). Dann ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb der Mieter nicht zumindest die bei einer entsprechenden Eigenversorgung durch den Vermieter umlegbaren Kostenanteile (z.B. nach § 2 Nr.4a BetrKV) zu tragen hat, auch wenn der Mietvertrag hierzu keine Regelung enthält. In einen solchen Fall ist infolge der Umstellung der Wärmeversorgung nachträglich eine *Lücke im Mietvertrag* entstanden, die nach den vom BGH entwickelten Grundsätzen für die *ergänzende Vertragsauslegung* zu schließen ist. Zu fragen ist also, was die Parteien redlicherweise vereinbart hätten, wenn sie bei Abschluss des Mietvertrages den nicht geregelten, nunmehr aber regelungsbedürftigen Fall bedacht hätten.<sup>26</sup> Das Ergebnis kann nicht fraglich sein; da der Mieter durch die Umstellung von den Kosten der selbst betriebenen Heizung entlastet wird, erscheint es sachgerecht und angemessen, dass er jedenfalls die bei einer Wärmeversorgung durch den Vermieter umlegbaren Kostenanteile trägt. Auch für den Vermieter ändert sich an der Kostenverteilung im Prinzip nichts, da er schon vor der Umstellung die Investitions- und Instandhaltungskosten der Heizgeräte zu tragen hatte und nach der Umstellung die entsprechenden Anteile der Wärmelieferkosten bei ihm verbleiben.

Anders können die Dinge aber dann liegen, wenn die Wohnung bisher vom Mieter mit einer dem technischen Stand entsprechenden Gasetagenheizung beheizt worden ist; dann kann bereits die Duldungspflicht zu verneinen sein<sup>27</sup>, was den Vermieter vor erhebliche Probleme stellen dürfte. Als Lösung bietet sich in einem solchen diffizilen Fall der Abschluss einer Vereinbarung nach § 555f BGB an, in der der Vermieter im Interesse einer einheitlichen Wärmeversorgung für das gesamte Gebäude dem Mieter für dessen – nicht einklagbare – Zustimmung zur Umstellung der Wärmeversorgung eine finanzielle Gegenleistung zusagen könnte.

bb) *Wärmelieferung mit verbesserter Effizienz aus einer neuen Anlage oder aus einem Wärmenetz (§ 556c Abs.1 Satz 1 Nr.1 BGB)*

Die Vorschrift des § 556c Abs.1 Satz 1 Nr.1 BGB ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens mehrfach und z.T. einschneidend geändert worden. Die schließlich beschlossene, zuletzt auf Empfehlung des Rechtsausschusses<sup>28</sup> „nachgebesserte“ Fassung verlangt, dass die Umstellung von der Eigenversorgung durch den Vermieter auf gewerbliche Wärmelieferung mit ei-

<sup>25</sup> vgl. dazu z.B. BGH, Urteil vom 24. September 2008 – VIII ZR 275/07, CuR 2008, 142 = WuM 2008, 667 = Grundeigentum 2008, 1485 = NZM 2008, 883; Urteil vom 20. Juni 2012 - VIII ZR 110/11, WuM 2012, 448 = Grundeigentum 2012, 1036 = NJW 2012, 2954 = NZM 2012, 679 = ZMR 2013, 22

<sup>26</sup> st. Rspr., zuletzt Urteil vom 11. Dezember 2013 – VIII ZR 235/12, WuM 2014, 148, RNr.10

<sup>27</sup> s. dazu BGH, Urteile vom 20. Juni 2012 – VIII ZR 110/11, WuM 2012, 448 = Grundeigentum 2012, 1036 = NJW 2012, 2954 = NZM 2012, 679 = ZMR 2013, 22, und vom 10. Oktober 2012, VIII ZR 25/12, Grundeigentum 2012, 1555 = CuR 2012, 170 = WuM 2012, 677 = NJW-RR 2012, 1480 = ZMR 2013, 106 = NZM 2013, 141, und VIII ZR 56/12, WuM 2012, 678 = ZMR 2013, 180

<sup>28</sup> BT-Drucks. 17/11894 S. 13, 32 re. Sp. unten

nem Effizienzgewinn verbunden sein muss. Eine wesentliche Änderung gegenüber dem Regierungsentwurf ergibt sich hieraus allerdings nicht, da ein Effizienzgewinn in den geregelten Fällen, wie der Rechtsausschuss in seiner Stellungnahme zutreffend bemerkt<sup>29</sup>, „regelmäßig unschwer dazulegen ist.“

cc) *Betriebsführungscontracting* (§ 556c Abs.1 Satz 2 BGB)

Entsprechend der bisherigen Praxis schließt § 556c BGB in seinem Abs.1 Satz 2 auch das sog. *Betriebsführungscontracting* ein. Bei diesem Modell beschränkt sich der Contractor auf die Optimierung, den laufenden Betrieb und die Wartung der vorhandenen, im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Anlage. Im Interesse einer einheitlichen Behandlung der gängigen Contracting-Modelle erscheint die ursprünglich nicht vorgesehene Einbeziehung des Betriebsführungscontracting in die Regelung des § 556c BGB sinnvoll. Die Bedenken des DMB, der Vermieter könne auf diesem Weg seine in der Vergangenheit vernachlässigten Erhaltungsmaßnahmen über den Wärmelieferungspreis auf die Mieter abwälzen<sup>30</sup>, sind nicht ganz von der Hand zu weisen, durch das Erfordernis eines Jahresnutzungsgrades der vorhandenen Anlage von mindestens 80% vor der Umstellung jedoch weitgehend beseitigt.

Einigen Vermieter und Wärmelieferant sich auf das Betriebsführungscontracting, so kann sich der Wärmelieferant anstelle der Maßnahmen nach § 556c Abs.1 Satz 1 BGB (Effizienzverbesserung durch Errichtung einer neuen Anlage oder Anschluss an ein Wärmenetz) auf die Verbesserung der Betriebsführung beschränken. Die Formulierung „*Verbesserung der Betriebsführung*“ ist an sich für eine gesetzliche Bestimmung etwas unklar, weil sie nach ihrem Wortlaut auch die rein betriebswirtschaftliche, also kostenmäßige Verbesserung umfasst. Nach dem Sinn und Zweck des § 556c BGB und dem systematischen Zusammenhang mit der Regelung in Abs.1 Satz 1 besteht aber kein Zweifel, dass es auch hier um die *energetische* Verbesserung der Betriebsführung, d.h. der Effizienz geht. In § 2 Abs.2 Nr.1 WärmeLV ist dies mit der Formulierung „*die energetisch verbesserte Betriebsführung nach § 556c Abs.1 Satz 2 BGB*“ noch einmal unmissverständlich klargestellt. Die energetische Effizienzsteigerung der Altanlage durch konkrete technische Maßnahmen bzw. verbesserte Wartung des Wärmelieferanten im Zuge der verbesserten Betriebsführung ist bei dieser Form des Contracting die *zentrale Leistungspflicht* des Wärmelieferanten.<sup>31</sup>

dd) *Kostenneutralität* (§ 556c Abs.1 Satz 1 Nr.2) – *das Problem und mögliche Lösungen*

Sehr viel schwieriger, wenn nicht sogar unmöglich, dürfte in der Praxis die Erfüllung des Gebots der Kostenneutralität werden<sup>32</sup>; dieses Gebot war nach Aussage des zuständigen Refe-

<sup>29</sup> aaO S. 32, re. Sp. unten

<sup>30</sup> DMB-Stellungnahme vom 16. Januar 2012, S. 15 oben

<sup>31</sup> WärmeLV-Begründung, BAnz-AT v. 20. Juni 2013, S. 5

<sup>32</sup> ähnlich *Hainz*, CuR 2013, 89 („...ein Ding der Unmöglichkeit“)

ratsleiters des BMJ<sup>33</sup> eine „Vorgabe der Politik“; ich bezweifle, dass sich die betreffenden Politiker des Problems, das sie mit ihrer Forderung heraufbeschworen haben, auch nur einigermaßen bewusst waren.

Der Gesetzgeber verlangt mit diesem Erfordernis nichts Geringeres als die Schaffung einer dreifachen Win-Win-Win-Situation<sup>34</sup>: Der Vermieter gewinnt, weil er von einem ganzen Kostenblock bei der Wärmeversorgung entlastet wird; der Mieter erhält eine umweltschonende und energieeffiziente Wärmeversorgung ohne jegliche Mehrkosten, und der Wärmelieferant (Contractor) soll nicht bloß zum Selbstkostenpreis liefern, sondern darf noch einen angemessenen Gewinn erwirtschaften. Dass ein solches Geschäftsmodell in der Praxis schwerlich funktionieren kann, liegt auf der Hand.<sup>35</sup> „Belastbare“ Informationen zu diesem neuralgischen Punkt waren bisher weder aus dem BMJ noch von Vertretern der Contracting- oder der Fernwärmebranche zu erhalten.

Nur zur Vermeidung von Missverständnissen sei darauf hingewiesen, dass die Vergleichsberechnungen vor/nach der Umstellung der Wärmeversorgung sich nicht auf einzelne Wohnungen, sondern auf das jeweilige Mietwohngebäude oder die aus mehreren Gebäuden bestehende Wirtschaftseinheit beziehen. Auf die Darstellung der Einzelheiten der Berechnungen in den §§ 8 – 10 WärmeLV, über deren Sinn und Unsinn in den letzten Monaten heftig diskutiert worden ist, muss im Rahmen dieses Beitrages verzichtet werden.

Wenn man nach jetzigem Sachstand davon ausgehen muss, dass das Gebot der Kostenneutralität in der Praxis nicht einzuhalten ist, bleibt zu überlegen, ob und ggf. welche rechtlichen Möglichkeiten überhaupt noch in Betracht kommen, um in Zukunft die Umstellung der Wärmeversorgung im laufenden Mietverhältnis mit einer für alle Beteiligten – Mieter, Vermieter und Wärmelieferant – akzeptablen anderen Lösung bewerkstelligen zu können.

#### (1) *Kostenneutralität durch Eigenbeteiligung des Vermieters?*

Eine *Kompromisslösung* bietet sich für den Vermieter dergestalt an, dass er bestimmte Kostenanteile der Wärmelieferung selbst übernimmt und dadurch den Wärmelieferpreis für den Mieter bis zur Grenze der Kostenneutralität verringert. Damit würde der Vermieter per saldo wahrscheinlich immer noch besser stehen als bei der Eigenversorgung, bei der er mit dem „Kostenblock Investitionen“<sup>36</sup> stets einen nicht unerheblichen Teil der der Kosten für die Heizung und Warmwasserversorgung des Mietwohngebäudes zu tragen hat.

<sup>33</sup> so auf der Jahrestagung des *Forum Contracting* in Frankfurt am 28.2.2013 und der Tagung „Partner im Gespräch“ des Evang. Siedlungswerks in Deutschland (ESWiD) in Rosenheim am 24.4.2013

<sup>34</sup> oder sogar eine „vierfache Win-Win-Win- Situation“ – einschließlich der Allgemeinheit als vierte Gewinnerin“ (Stein [BMJ], Weimarer Immobilitätag, Dokumentation 2011, 51, 57)

<sup>35</sup> Zur Kritik am Gebot der Kostenneutralität s. näher: Stellungnahme des DAV vom Januar 2012, S. 8 unten; Stellungnahme DENEFF vom 16. Januar 2012, S. 2 unter B und S.7 f; Stellungnahme AGFW u.a. vom 17. Januar 2012, S. 4/5 unter IV 3, S. 5 unter 6; ähnlich *Hannemann*, CuR 2012, 47 unter 1.

<sup>36</sup> Kosten der Investition, Instandhaltung, Finanzierung, Verwaltung und ggf. der kalkulierte Gewinn.

Einer solchen wirtschaftlich und energiepolitisch sinnvollen Lösung steht auch nicht die detaillierte und zwingende Regelung für den Vergleich der Kosten vor und nach der Umstellung in den §§ 8 – 10 WärmeLV entgegen. Der rechtliche „Einstieg“ ergibt sich aus der Kalkulation des Wärmelieferpreises durch den Wärmelieferanten. Erklärt sich beispielsweise der Kunde (Vermieter) bereit, einen Teil der Investitionskosten für eine neue Heizungsanlage oder die Kosten des Fernwärmeanschlusses sowie ggf. einen Teil des Fernwärme-Grundpreises selbst zu übernehmen, um auf diese Weise den gegenüber dem Mieter abzurechnenden Wärmelieferpreis bis zur Grenze der Kostenneutralität zu reduzieren, ist dem Gebot des § 556c Abs.1 Satz 1 Nr. 2 BGB Genüge getan und der Schutz des Mieters gewahrt.<sup>37</sup> Ob ein derartiges Modell des „Burden-Sharing“ in der Praxis funktioniert, im Klartext: ob ein Vermieter sich darauf einlässt, ist eine andere Frage. Entscheidend wird letztlich sein, ob sich die Beteiligung für den Vermieter im Ergebnis „rechnet“.

Bei dieser Lösung darf jedoch nicht übersehen werden, dass der Eigenanteil des Vermieters im Wärmeliefervertrag ausdrücklich ausgewiesen sein muss (§ 2 Abs.1 Nr. 6 WärmeLV); außerdem muss der Wärmelieferant ihn in dem Kostenvergleich, den er in seiner Vertragserklärung (Angebot oder Annahme) durchzuführen und dessen Grundlagen er dem Kunden mitzuteilen hat (§ 2 Abs.2 Nr. 2 WärmeLV), offenlegen.

Unzulässig wäre es allerdings, in dem Vertrag – etwa in einer Preisänderungsklausel – zu vereinbaren, dass der Kunde (Vermieter) zu einem bestimmten künftigen Zeitpunkt seinen Kostenanteil reduzieren oder ganz streichen kann. Das würde zwangsläufig dazu führen, dass – bei im Übrigen gleichen Voraussetzungen – die Kostenneutralität nicht mehr während der gesamten Laufzeit des Vertrages einzuhalten wäre mit der Folge, dass der Vermieter von Anfang an nur die fiktiven Kosten der Eigenversorgung auf die Mieter umlegen könnte.

Allerdings stellt sich in diesem Zusammenhang und darüber hinaus ganz generell die Frage, wie die *Laufzeit des kostenneutralen Erstvertrages* bemessen sein muss, um ein Umgehungsgeschäft zu verneinen und einen *nicht mehr kostenneutralen Folgevertrag* als rechtswirksam anzuerkennen: vier, fünf oder zehn Jahre, oder genügen schon zwei Jahre, etwa bei einem Betriebsführungsvertrag?<sup>38</sup>

#### (2) Ein anderer Ausweg: die Modernisierungsvereinbarung nach § 555f BGB

Eine andere Lösungsmöglichkeit bietet der neue § 555f Nr. 3 BGB. Danach können Vermieter und Mieter „aus Anlass von Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen“ Vereinbarungen treffen, „insbesondere über die... künftige Höhe der Miete“. Das *generelle Abweichungsverbot* – im vorliegenden Zusammenhang § 556c Abs. 4 BGB und § 12 WärmeLV – gilt für solche aus *konkretem Anlass* getroffenen Vereinbarungen *nicht*. Die Anwendung des

<sup>37</sup> ebenso *Klemm*, CuR 2013, 152, 157 (zu Frage 10)

<sup>38</sup> s. dazu auch unten S. 16 unter (3)



§ 555f BGB ist auch nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil bei der Umstellung der Wärmeversorgung nicht der Vermieter, sondern der Wärmelieferant die Modernisierungsmaßnahme vornimmt, indem er entweder eine neue Anlage einbaut, die vorhandene Anlage optimiert (Betriebsführungscontracting, § 556c Abs.1 Satz 2 BGB) oder den Anschluss an das Fernwärmenetz herstellt. Anders als bei der Modernisierungsmieterhöhung (§ 559 BGB), die nur in Betracht kommt, wenn der Vermieter selbst die Maßnahme durchgeführt und finanziert hat, setzt § 555f BGB mit seiner „neutralen“ Formulierung „aus Anlass von Modernisierungsmaßnahmen“ einen derartige persönliche Identität von „Modernisierer“ und Vereinbarungspartei nicht voraus. Es spricht deshalb unter rechtlichen Gesichtspunkten nichts gegen den Abschluss einer Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter, nach der beispielsweise der Mieter die gesamten Kosten der Wärmelieferung trägt, auch soweit sie die bisherigen Kosten der Eigenversorgung übersteigen, und der Vermieter im Gegenzug die Miete angemessen reduziert; dass dieser Differenzbetrag sorgfältig zu ermitteln ist, versteht sich von selbst und ist mit keinem zusätzlichen Aufwand für den Wärmelieferanten verbunden, der ohnehin die Vergleichsberechnung durchzuführen und vertraglich abzusichern hat (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 WärmeLV). Allerdings hängt diese Lösung von der Kompromissbereitschaft beider Seiten ab; erzwingen kann der Vermieter bei Nichteinhaltung einer der zwingenden Voraussetzungen des § 556c BGB nichts.

*(3) Reduzierung („Umgehung“) des Gebots der Kostenneutralität durch kurzfristigen Erstvertrag und längeren Folgevertrag?*

*(a) Umstellung der Wärmeversorgung mit kostenneutralem Betriebsführungscontracting*

Nach seinem klaren Wortlaut gilt das strenge „Korsett“ des § 556c BGB nur für die *Umstellung der Wärmeversorgung* von Eigenversorgung durch den Vermieter auf Wärmelieferung durch einen Dritten im laufenden Mietverhältnis. Eine solche Umstellung kann aber begrifflich *nur einmal* erfolgen; alle späteren rechtlichen oder technischen Änderungen der Wärmeversorgung durch einen Dritten werden von § 556c BGB nicht mehr erfasst. Davon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen.<sup>39</sup> Beim Abschluss eines Folgevertrages ist der Vermieter daher an die Vorgaben des § 556c BGB nicht mehr gebunden. Deshalb bietet sich für den Vermieter und den Wärmelieferanten als Parteien des Wärmeliefervertrages die Möglichkeit an, zunächst einen gesetzeskonformen und „kostenneutralen“ Vertrag mit relativ kurzer Laufzeit und sodann einen Folgevertrag mit für den Wärmelieferanten günstigeren Bedingungen – im Klartext: mit einem höheren Wärmepreis ohne Bindung an die Kostengrenze des § 556c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB – abzuschließen. Die Begründung der WärmeLV sieht darin ein *verbotenes* und damit unwirksames *Umgehungsgeschäft*.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Begründung WärmeLV, BAz (AT) v. 20. Juni 2013, S. 3, letzter Absatz.

<sup>40</sup> aaO

Der Gedanke liegt naturgemäß nahe, wenn die Parteien beispielsweise zunächst einen „normalen“ Wärmeliefervertrag mit ein oder zwei Jahren Laufzeit und sodann einen Folgevertrag mit der üblichen Laufzeit von 10 Jahren abschließen. Ganz so einfach ist die Annahme eines Umgehungsgeschäftes aber *dann nicht mehr, wenn die Parteien zunächst einen Wärmeliefervertrag in Gestalt des Betriebsführungscontractings* (§ 556c Abs.1 Satz 2 BGB) abschließen. Beim Betriebsführungscontracting fällt die Wahrung der Kostenneutralität relativ leicht, weil die nicht unerheblichen *Kosten für die Installation* einer neuen Anlage – genauer: die *Abschreibung für Abnutzung (AfA)* – bei der Kalkulation des Wärmelieferpreises *entfallen*. Ob und inwieweit auch *Instandhaltungskosten* beim Kunden (Vermieter) verbleiben oder vom Contractor getragen werden, hängt von den Vereinbarungen im Einzelfall ab.

Für einen solchen Vertrag hat der BGH in einem Urteil vom Dezember 2011 mit überzeugender Begründung die Laufzeitregelungen des § 32 Abs.1 AVBFernwärmeV ausgeschlossen.<sup>41</sup> Damit scheidet auch eine Anwendung des § 310 Abs.2 Satz 1 BGB aus, der die §§ 308 und 309 BGB bei Fernwärmeverträgen für unanwendbar erklärt. M.a.W.: die Laufzeitbeschränkungen des § 309 Nr. 9 a BGB gelten für das Betriebsführungscontracting jedenfalls dann uneingeschränkt, wenn Vertragspartner ein Verbraucher ist, was in der Praxis allerdings eher die Ausnahme sein dürfte.

Eine Laufzeit von 10 Jahren, wie sie in dem vom BGH entschiedenen Fall vereinbart war, ist beim Betriebsführungscontracting – vorbehaltlich der Anwendung des § 309 Nr.9a BGB – jedenfalls am Maßstab des § 307 BGB zu messen<sup>42</sup> mit der Folge, dass die entsprechende Klausel unwirksam war, der Vertrag daher als *auf unbestimmte Zeit geschlossen* galt und für den Kunden „vorzeitig“ kündbar war.

*(b) Laufzeit für Betriebsführungscontracting-Verträge (§ 309 Nr.9 a BGB) – zur Person des Vertragspartners*

Auf eine bestimmte Höchstlaufzeit hat sich der BGH in seiner Entscheidung vom Dezember 2011 allerdings nicht festgelegt, weil der Fall dafür keinen Anlass und – wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion Allgemeiner Geschäftsbedingungen – auch keine rechtliche Möglichkeit bot. Ausdrücklich offengelassen hat er insbesondere die Frage, ob die Laufzeitklausel bereits an § 309 Nr.9 BGB scheitert oder ob sie nach § 310 Abs.1 BGB deshalb nicht an § 309 Nr.9 BGB zu messen ist, weil die Rechtsvorgängerin der Vermieterin nach ihrer Behauptung Unternehmerin war. Jedenfalls nach der Generalklausel des § 307 Abs.1 BGB war die Vereinbarung einer 10jährigen Laufzeit unwirksam, weil eine solche lange Bindung die Vermieterin unangemessen benachteiligte.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 262/09, NJW-RR 2012, 249 = WuM 2012, 115 = Grundigentum 2012, 198, RNr. 24

<sup>42</sup> Urteil vom 21. Dezember 2011 aaO, RNr. 22

<sup>43</sup> Urteil vom 21. Dezember 2011 aaO

§ 309 Nr. 9 a BGB erklärt für Dauerschuldverhältnisse über die regelmäßige Erbringung von Dienst- oder Werkleistungen eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren für unwirksam, wenn ein *Verbraucher* Vertragspartner des Verwenders ist. Nach der gesetzlichen Definition des § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Das trifft beim einzelnen *privaten Vermieter* ohne weiteres zu. Dagegen ist der *gewerbliche Vermieter* ebenso zweifelsfrei als *Unternehmer i.S.d. § 14 BGB* anzusehen, weil er (als natürliche oder juristische Person oder als rechtsfähige Personengesellschaft) bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts, das mit seiner Vermietungstätigkeit zusammenhängt, in Ausübung seiner gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Zwischen diesen beiden Rechtsfiguren steht die *Eigentümergeinschaft*, die spätestens seit der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofes vom 2. Juni 2005<sup>44</sup> als teilrechtsfähige Personenmehrheit anerkannt ist. Damit ist aber noch nicht geklärt, ob die Eigentümergeinschaft dann, wenn sie einen Wärmeliefervertrag über „normales“ Contracting oder Betriebsführungscontracting abschließt, dabei als Verbraucher oder als Unternehmer tätig wird. Es spricht jedoch alles dafür, sie als *Verbraucher i.S.d. § 13 BGB* anzusehen; denn mit einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit hat die Verwaltung der privaten Eigentumswohnung einer natürlichen Person nichts zu tun.<sup>45</sup> Vielmehr stellt auch das Halten einer Wohnung oder Teileigentums, um über dauerhafte Vermietung und Verpachtung erhebliche regelmäßige und dauerhafte Mieteinnahmen zu erzielen, Verwaltung eigenen Vermögens und unabhängig von der Höhe der verwalteten Werte grundsätzlich keine unternehmerische Tätigkeit dar.<sup>46</sup> Mithin ist der Abschluss eines Wärmeliefervertrages durch die Personenmehrheit der Eigentümergeinschaft dem privaten Bereich der Eigentümer als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB zuzurechnen, unabhängig von der Art einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit der Beteiligten.

(c) *Gleichbehandlung von privaten und gewerblichen Vermietern*

Danach ist § 309 Nr.9 a BGB bei der aus natürlichen Personen bestehenden Eigentümergeinschaft unmittelbar anzuwenden mit der Folge, dass die Laufzeit eines Betriebsführungscontracting-Vertrages auf höchstens zwei Jahre begrenzt ist. Beim gewerblichen Vermieter, der beim Abschluss des Wärmeliefervertrages als Unternehmer tätig wird, scheidet die unmittelbare Anwendung der Vorschrift zwar aus (§ 310 Abs.1 Satz 1 BGB). Angesichts der Besonderheiten des Betriebsführungscontracting kann aber kein Zweifel bestehen, dass auch hier die Laufzeit auf zwei Jahre zu begrenzen ist, weil kein Grund ersichtlich ist, der zugunsten des Contractors eine längere Laufzeit rechtfertigen könnte (§ 310 Abs.1 Satz 2

<sup>44</sup> V ZB 32/05, BGHZ 163, 154

<sup>45</sup> ebenso OLG München, Beschluss vom 25. September 2008 – 32 Wx 118/08, NJW 2008, 3574 = NZM 2008, 894 = CuR 2009, 25 = Grundeigentum 2009, 61 = ZMR 2009, 137

<sup>46</sup> OLG München aaO RNr. 15

i.V.m. § 307 Abs.1 BGB); die vom BGH in dem Urteil Dezember 2011<sup>47</sup> angeführten Argumente müssen auch hier gelten.

(d) *Ergebnis*

Stellt das Betriebsführungscontracting nach dem Gesetz (§ 556c Abs.1 Satz 2 BGB) eine gleichwertige Alternative zum „Normal“-Contracting dar und ist die Laufzeit des Vertrages auf zwei Jahre begrenzt (§ 309 Nr. 9 a; § 310 Abs.1 Satz 2 i.V.m. § 307 Abs.1 BGB), so kann der Abschluss eines Folgevertrages über ein („normales“) Wärmecontracting mit einer längeren Laufzeit, von krassen Ausnahmen abgesehen, nicht als unzulässiges Umgehungs-geschäft bezeichnet werden, und es bedarf – entgegen der Begründung der WärmeLV<sup>48</sup> – auch keiner „besonderen Rechtfertigung“ für eine solche Vertragskombination. Andernfalls wären die Vertragsparteien gezwungen, mindestens einen weiteren Betriebsführungscontracting-Vertrag abzuschließen, bevor der Umgehungscharakter zu verneinen wäre. Dass dies nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand.

Ob die Rechtsprechung diesen Überlegungen folgt, bleibt abzuwarten. Der Gesetzgeber wird die weitere Entwicklung jedenfalls sorgfältig zu beobachten haben.

ee) *Kostenneutralität und Kostenvergleich (§§ 8 – 10 WärmeLV)*

Der Satz, dass die Kosten der Wärmelieferung die Betriebskosten für die bisherige Eigenversorgung mit Wärme und Warmwasser nicht übersteigen dürfen, liest sich leicht; der Teufel steckt jedoch im Detail, genauer: in den §§ 9 und 10 WärmeLV. Beim Studium der recht detaillierten Vorschriften kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass sie von Ingenieuren für Ingenieure formuliert worden sind – damit ist der Kreis der in Betracht kommenden Mieter aber nur zu einem sehr geringen Teil erfasst. Die §§ 8 - 10 WärmeLV enthalten folgende wesentliche Aussagen:

1. Zu vergleichen sind die bisherigen Betriebskosten (der Eigenversorgung) mit den Kosten der Wärmelieferung *für dieselbe Wärmemenge*;
2. der bisherige Energieverbrauch ist aus einem Drei-Jahres-Durchschnitt zu berechnen und mit den Brennstoffkosten des letzten Abrechnungszeitraums zu multiplizieren
3. aus dem bisherigen Energieverbrauch ist anhand des Jahresnutzungsgrades der alten Anlage die erzielte Wärmemenge (kWh) zu ermitteln. Für diese Wärmemenge ist der Angebotspreis des Wärmelieferanten anhand seiner Preisanpassungsklausel auf den letzten Abrechnungszeitraum zurückzurechnen („zu indexieren“).

<sup>47</sup> Urteil vom 21. Dezember 2011 – VIII ZR 262/09, NJW-RR 2012, 249 = WuM 2012, 115 = Grundigentum 2012, 198, RNr. 24

<sup>48</sup> BAnz. (AT) vom 20. Juni 2013, S. 4, erster Absatz

Im Ergebnis dürfen die so gefundenen Wärmelieferungskosten die bisherigen Kosten nicht übersteigen, wobei jeweils auf das gesamte Mietwohngebäude bzw. - bei mehreren Gebäuden - auf die Wirtschaftseinheit abzustellen ist.<sup>49</sup> Im Klartext: Die im Entgelt des Wärmelieferanten enthaltenen zusätzlichen Kosten für die Investition (genauer: die Abschreibung), die Instandhaltung der Anlage, die Finanzierung, Verwaltung und der kalkulierte Gewinn, die bei der Eigenversorgung mit der Grundmiete abgegolten sind und deshalb nicht als Betriebskosten umgelegt werden dürfen, müssen durch Einsparungen an anderer Stelle, also beim Einkauf, dem laufenden Betrieb (Energieeffizienz) und der Wartung der Anlage mindestens ausgeglichen werden. Das erscheint unrealistisch und kommt der Formel 1+1=1 gleich.

Zu dieser Regelung, die die Begründung der VO-Entwürfe vom 25. Oktober 2011 und 13. Februar 2013 selbst als „anspruchsvoll“ bezeichnet<sup>50</sup>, ist Folgendes anzumerken:

1. Dass der Kostenvergleich nur *einmal*, und zwar *vor der Umstellung* der Wärmeversorgung und damit zugleich als Grundlage der Entscheidung des Vermieters sowie der Überprüfung durch den Mieter an Hand der Umstellungsankündigung (§ 11 Abs. 2 Nr.3 VO) anzustellen ist, erscheint selbstverständlich. Die in einer Stellungnahme zum Gesetzentwurf geforderte Klarstellung hierzu erübrigt sich. Dass der Abgleich etwa alljährlich für die Betriebskostenabrechnung neu vorzunehmen sein sollte, wäre angesichts der langen Vertragsdauer des Wärmeliefervertrages mit den berechtigten Belangen des Vermieters und des Contractors nach rechtlicher und wirtschaftlicher Sicherheit schlechterdings nicht zu vereinbaren.
2. Den ursprünglich vorgesehenen Zusatz, dass die Vergleichsberechnung um die „Witterungseinflüsse zu bereinigen“ sei, enthält die endgültige Fassung der WärmeLV nicht mehr. Das ist zu begrüßen, weil eine solche „Bereinigung“ im Hinblick auf den zugrundezulegenden Drei-Jahres-Durchschnitt (§ 9 Abs.1 Nr. 1 WärmeLV) entbehrlich ist und die Berechnung noch mehr erschwert hätte als sie es ohnehin schon ist.<sup>51</sup> Immerhin hatte das BMJ in dem Anschreiben, mit dem es den betroffenen Verbänden den VO-Entwurf vom Februar 2013 zur Stellungnahme übersandt worden hatte, diesen Punkt ausdrücklich noch einmal zur Diskussion gestellt.
3. Der *Jahresnutzungsgrad* der „Altanlage“, anhand dessen die aus der verbrauchten Energie durchschnittlich erzeugte Wärmemenge zu errechnen ist, muss nicht zwingend durch eine Messung ermittelt werden; zulässig ist auch die Bestimmung anhand anerkannter Pauschalwerte (§ 10 Abs.2 WärmeLV). Die damit verbundenen Ungenauigkeiten sind im Interesse der Vereinfachung der Berechnung hinzunehmen.

<sup>49</sup> Begründung WärmeLV, BAnz. (AT) v. 20. Juni 2013, S. 7, zu § 8

<sup>50</sup> MietRÄndG-Referentenentwurf S. 60 unten; ebenso Begr. VO-E vom 13. Februar 2013, S. 16

<sup>51</sup> Beyer, Vortrag auf dem Mietgerichtstag 2012, unter III 2 c bb) (S. 28) und CuR 2012, 48, 63

4. Ob der durchschnittliche Mieter anhand der Vergleichsberechnung nachvollziehen kann, „ob die gesetzlichen Anforderungen (einer zulässigen Umstellung der Wärmeversorgung) erfüllt sind“, wie die Begründung der WärmeLV<sup>52</sup> das erhofft, muss mindestens mit einem großen Fragezeichen versehen werden.

Gegen diese in der Praxis kaum zu erfüllende und sehr komplizierte Regelung sind in den Stellungnahmen der Verbände zu Recht Einwände erhoben worden. Dennoch konnte sich der Gesetzgeber nicht dazu entschließen, den Komplex Kostenneutralität zu streichen und durch eine praktikable Vorschrift, etwa über die hälftige Aufteilung des „Kostenblocks Investitionen“ zwischen Vermieter und Mieter, zusätzlich abgesichert durch die zwingende Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes<sup>53</sup>, zu ersetzen.

Dass diese Berechnungen selbst für einen gewerblichen Vermieter – Unternehmen der Wohnungswirtschaft, Wohnungsgenossenschaften, kommunale und ähnliche Wohnungsträger – mit vertretbarem Aufwand kaum zu leisten sind, liegt auf der Hand. Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Bundesregierung in die schließlich verkündete Fassung der WärmeLV eine insoweit klarstellende Regelung in § 2 Abs. 2 der VO aufgenommen hat. Danach ist *der Wärmelieferant* verpflichtet,

1. *in seiner Vertragserklärung – je nach Fallgestaltung: Angebot oder Annahme – die voraussichtliche energetische Effizienzverbesserung (§ 556c Abs.1 Satz 1 Nr.1 BGB) oder die energetisch verbesserte Betriebsführung anzugeben und*
2. *den Kostenvergleich vor/nach der Umstellung (§§ 8 – 10 WärmeLV) durchzuführen und die ihm zugrundeliegenden Annahmen und Berechnungen mitzuteilen.*

Die hierfür *erforderlichen Daten der bisherigen Eigenversorgung* (durchschnittlicher Energieverbrauch der letzten drei Abrechnungszeiträume, durchschnittliche Brennstoffkosten des letzten Abrechnungszeitraums, § 9 WärmeLV) muss der Kunde (Vermieter) dem Wärmelieferanten zur Verfügung stellen.

#### 4) Umstellungsankündigung (§ 556c Abs.2 BGB; § 11 WärmeLV)

Der Katalog für die Ankündigung der Umstellung der Wärmeversorgung in § 11 WärmeLV hat zweifellos den Vorteil, dass er dem Vermieter einen sicheren rechtlichen Rahmen liefert und damit das Risiko eines formellen Mangels der Ankündigung und der sich daraus ergebenden nachteiligen Folgen (§ 11 Abs. 3 WärmeLV) minimiert. Zusätzlich positiv – jedenfalls aus der Sicht des Vermieters – kann sich im Streitfall die Rechtsprechung des BGH auswirken, die einer Überspannung formeller Anforderungen konsequent entgegentritt.

<sup>52</sup> BAnz. (AT) v. 20. Juni 2013, S. 8, zu § 11 VO

<sup>53</sup> vgl. dazu z.B. *Hinz*, ZMR 2012, 153, 160 li. Sp. oben

a) *Zeitpunkt, Form und Inhalt der Ankündigung*<sup>54</sup>

Wie bei anderen Modernisierungsmaßnahmen sieht auch § 556c BGB in seinem Abs. 2 vor, dass der Vermieter die beabsichtigte Umstellung der Wärmeversorgung spätestens drei Monate vorher in Textform anzukündigen hat (ebenso nunmehr § 11 Abs.1 WärmeLV). Nach § 11 Abs.2 WärmeLV muss die Ankündigung Angaben enthalten

1. zur Art der künftigen Wärmelieferung,
2. zur voraussichtlichen energetischen Effizienzverbesserung bzw. zur energetisch verbesserten Betriebsführung (§ 556c Abs.1 BGB),
3. zum Kostenvergleich nach § 556c Abs.1 Satz 1 Nr.2 BGB und §§ 8 – 10 WärmeLV,
4. zum geplanten Umstellungszeitpunkt und
5. zu den im Wärmeliefervertrag vorgesehenen Preisen und ggf. zu Preisänderungsklauseln.

Konkret bedeutet dies Folgendes:

zu 1: hier müsste *Fernwärme* oder *Wärme-Contracting* angegeben werden; angesichts der Unklarheiten, die die Gesetzesbegründung hinsichtlich der Begriffe „Contracting“ und „Wärme-Contracting“ aufweist, im Übrigen aber auch deshalb, weil der durchschnittliche Mieter mit dem Wort „Wärme-Contracting“ erfahrungsgemäß nichts anfangen kann, wird man hier eine verständlichere Umschreibung verlangen müssen. Diese Definition könnte etwa folgendermaßen lauten:

*„Art der künftigen Wärmelieferung: Versorgung mit Heizwärme und Warmwasser durch die Fa. XY GmbH als Betreiberin der von ihr im Gebäude installierten neuen Anlage (Wärme-Contracting)“*

bzw. beim Betriebsführungscontracting (§ 556c Abs. 1 Satz 2 BGB):

*„Art der künftigen Wärmelieferung: Versorgung mit Heizwärme und Warmwasser durch die Fa. XY GmbH als Betreiberin der im Gebäude vorhandenen Anlage (Betriebsführungscontracting)“*

zu 2: z.B. *„Energetische Auswirkung der geplanten Umstellung: nachhaltige Einsparung von im Gebäude verbrauchter Energie auf Grund verbesserter Effizienz der Wärmeerzeugung durch eine neue Anlage (Verbesserung des Jahresnutzungsgrades von 80% auf 95%)“*. Ob der Mieter daraus einen großen Erkenntnisgewinn ziehen wird, kann man bezweifeln; mehr als das, was das Gesetz selbst in § 556c Abs.1 Satz 1 Nr.1 BGB unter den Begriff der energetischen Auswirkungen subsumiert, wird man jedoch nicht ver-

<sup>54</sup> näher hierzu Pfeifer, CuR 2013, 108

langen können. In der Begründung der WärmeLV findet sich hierzu nichts.<sup>55</sup> Typische Fälle einer effizienteren Energienutzung sind beispielsweise die Erneuerung der Anlage mit einem besseren Jahresnutzungsgrad, die Umstellung von „konventioneller“ Wärmeerzeugung auf Wärmeerzeugung aus einem Blockheizkraftwerk im Gebäude oder – bei Fernwärme – aus einer KWK-Anlage.<sup>56</sup>

Als einfache und „sichere“ *Alternative* bietet sich die wörtliche Übernahme der Daten an, die der Wärmelieferant in seiner Vertragserklärung zum Wärmeliefervertrag zur voraussichtlichen energetischen Effizienzverbesserung bzw. zur energetisch verbesserten Betriebsführung anzugeben hat (§ 2 Abs.2 Nr.1 WärmeLV). Für diesen Modus spricht auch die wörtliche Übereinstimmung des § 11 Abs.2 Nr.2 mit § 2 Abs.2 Nr.1 WärmeLV.

zu 3: Anhand des Kostenvergleichs soll der Mieter überprüfen können, ob das Gebot der Kostenneutralität (§ 556c Abs.1 Satz 1 Nr.2 BGB) gewahrt ist. Grundlage des Vergleichs ist die durchschnittlich erzeugte Wärmemenge der letzten drei Abrechnungszeiträume und die hierfür – einschließlich der umlegbaren „Nebenkosten“ für Wartung und Reinigung der Anlage usw. (§ 2 Nr. 4 a und c, Nr. 5 b BetrKV) – im *letzten* Abrechnungszeitraum *tatsächlich aufgewendeten Kosten*; diesen Kosten sind die *fiktiven Kosten der Wärmelieferung*, berechnet nach dem Angebotspreis des Wärmelieferanten und zurückgerechnet („indexiert“) auf den *letzten Abrechnungszeitraum*, gegenüberzustellen. Legt man für diese vorgeschriebenen Angaben den Maßstab zugrunde, den der Bundesgerichtshof bei der Prüfung der formellen Anforderungen an eine Betriebskostenabrechnung in den vergangenen Jahren konsequent angewendet hat, dann darf die Darstellung des Kostenvergleichs den Vermieter nicht überfordern. Folgende Formulierung erscheint erforderlich, aber auch ausreichend:

*„(1) Aus dem Durchschnitt der letzten drei Abrechnungszeiträume (2011 – 2013) errechneter Energieverbrauch pro Abrechnungszeitraum: .... (Öl, Gas, Kohle);*

*(2) Betriebskosten der bisherigen Versorgung mit Wärme und Warmwasser im letzten Abrechnungszeitraum (2013), berechnet nach dem durchschnittlichen Energieverbrauch (Ziff 1) insgesamt: ... €;*

*(3) Kosten der Wärmelieferung, zurückgerechnet auf den letzten Abrechnungszeitraum (2013) auf der Grundlage des aktuellen Wärmelieferpreises und der Preisanpassungsregelung der Fa. XY GmbH: ... €.*

<sup>55</sup> auch der sorgfältigen Untersuchung von Schmid „Geplante Neuregelung des Übergangs zur gewerblichen Wärmelieferung“ (CuR 2011, 52, 57 unter IV 3 b) lässt sich hierzu nichts Näheres entnehmen.

<sup>56</sup> vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2008 – VIII ZR 275/07, Grundeigentum 2008, 1485 = WuM 2008, 667 = NZM 2008, 883 = NJW 2008, 3630 = DWW 2008, 376, = CuR 2008, 142



Auch hier kann der Vermieter *alternativ* die Angaben aus der Vertragserklärung des Contractors 1:1 übernehmen (§§ 2 Abs.2 Nr.2, 11 Abs.2 Nr.3 WärmeLV).

zu 4: Wie exakt *der geplante Umstellungszeitpunkt* in der Ankündigung anzugeben ist, lässt sich weder der Vorschrift selbst noch der Gesetzesbegründung eindeutig entnehmen; unklar ist auch, ob mit dem „Zeitpunkt der Umstellung“ lediglich die Umstellung also solche, also das Datum der erstmaligen Wärmelieferung<sup>57</sup>, oder aber der Zeitraum für die notwendigen baulichen und technischen Maßnahmen, wie Abbau der alten und Montage einer neuen Anlage, gemeint ist. Es bietet sich jedoch an, auf die vergleichbare Lage bei einer geplanten „normalen“ Modernisierung i.S.d. § 555b BGB zurückzugreifen. Insoweit verlangt § 555c BGB in Abs.1 (nur) eine Beschreibung der geplanten Maßnahme „*in wesentlichen Zügen*“ und in Abs.2 Nr.2 eine Angabe über „*den voraussichtlichen Beginn und die voraussichtliche Dauer* der Modernisierungsmaßnahme“. Die Gesetzesbegründung (S. 29) vermerkt hierzu ausdrücklich, mit der Formulierung „*in wesentlichen Zügen*“ solle im Normtext verankert werden, dass an den Inhalt der Ankündigung *keine überhöhten Anforderungen* gestellt werden dürfen. Dies gilt umso mehr deshalb, als eine fehlerhafte Prognose zu wirtschaftlichen Nachteilen für den Vermieter führen kann.

Diese Gesichtspunkte müssen „erst recht“ für die Ankündigung der Umstellung der Wärmeversorgung gelten, die in der Regel für den Mieter mit wesentlich geringeren Beeinträchtigungen verbunden ist als eine „normale“ Modernisierungsmaßnahme. Auch für die Ankündigung der Umstellung der Wärmeversorgung muss daher die *Angabe des voraussichtlichen Beginns und der voraussichtlichen Dauer* genügen; aus diesen Daten kann der Mieter unschwer auch den (voraussichtlichen) konkreten Zeitpunkt der Umstellung i.e.S., d.h. der erstmaligen Versorgung durch den Wärmelieferanten entnehmen. Wegen der mit jeder derartigen Prognose zwangsläufig verbundenen Unsicherheit hinsichtlich Beginn und Dauer der Maßnahme ist die Angabe eines exakten Datums nicht sinnvoll; die Zeitspanne bis zu dem voraussichtlichen Beginn sollte nicht zu knapp bemessen sein. Die Angabe des Zeitpunktes der geplanten Umstellung der Wärmversorgung nach § 11 Abs.2 Nr.4 VO könnte danach etwa wie folgt lauten:

*„Voraussichtlicher Beginn der geplanten Umstellung: Mitte Mai 2014; voraussichtliche Dauer der Maßnahme: ca. zwei Wochen.“*

Mit dieser Formulierung dürfte allen Unwägbarkeiten in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht hinreichend Rechnung getragen sein. Eine ergänzende, kurzfristige Informati-

<sup>57</sup> so z.B. *Lützenkirchen*, Wärme-Contracting, § 11 WärmeLV, RNr. 45

on der Mieter über das genaue Datum des Beginns der Maßnahme dürfte sich allerdings empfehlen, sobald dieser Zeitpunkt *sicher* feststeht.

zu 5: Für die *Angabe der im Wärmeliefervertrag vereinbarten Preise und der Regelungen zur Preisanpassung* empfiehlt sich die wörtliche Wiedergabe der entsprechenden Passagen des Wärmeliefervertrages (§ 2 Abs.1 Nr.2 WärmeLV).

b) *Rechte des Mieters bei fehlender oder fehlerhafter Umstellungsankündigung*

Hat der Vermieter die Umstellung nicht, zu spät oder nicht in der vorgeschrieben Form und mit dem nötigen Inhalt angekündigt, so sollte nach dem letzten Entwurf der WärmeLV vom 13. Februar 2013 der Mieter die auf ihn entfallenden Kosten für Wärme und Warmwasser um 15% kürzen können, und zwar *bereits ab dem Zeitpunkt*, zu dem die Ankündigung hätte erfolgen müssen (§ 12 Abs.1 WärmeLV-E). Die 15% waren § 12 Abs.1 HeizkV nachgebildet. Die Regelung war wenig einleuchtend, insbesondere der frühe Zeitpunkt des Kürzungsrechts des Mieters; denn in den Monaten *vor* der Umstellung ist der Mieter von der Maßnahme überhaupt noch nicht betroffen. Begründen ließ sich diese zeitliche Ausdehnung der Kürzung ebenso wie die ganze Regelung als solche wohl nur durch den rechtspolitischen „Strafcharakter“ der Vorschrift.<sup>58</sup>

Im Ergebnis hätte der Mieter also die 15% *bis zum Zeitpunkt der Umstellung* von den vom Vermieter in Rechnung gestellten Heiz- und Warmwasserkosten der Eigenversorgung und *ab diesem Zeitpunkt* von den anteiligen Wärmelieferungskosten abziehen können. Das Kürzungsrecht sollte erst in dem Zeitpunkt enden, in dem der Vermieter die Ankündigung – u.U. also auch nachträglich – nachholt, dann allerdings sofort und ohne eine zusätzliche Wartezeit (§ 12 Abs. 2 WärmeLV-E).

In einer Stellungnahme zu dem WärmeLV-Entwurf vom 13. Februar 2013 ist vorgeschlagen worden, die Vorschrift ersatzlos zu streichen. Zur Begründung war ausgeführt, ein Grund für dieses Kürzungsrecht des Mieters sei weder in der Begründung des VO-Entwurfs genannt noch sonst ersichtlich. Denn weder hat der Mieter, soweit es um § 556c BGB geht, ein Widerspruchsrecht, noch erleidet er angesichts des zwingenden Gebots der Kostenneutralität durch die Umstellung einen finanziellen Nachteil. Eine den Vermieter belastende Kürzung wäre im Übrigen auch deshalb nicht zu rechtfertigen, weil er mit der "vorschriftsmäßigen" Umstellung, und nur um die geht es hier, dem übergeordneten Interesse der Verbesserung der Energieeffizienz (Ressourcenschonung) und des Klimaschutzes dient. Eine Ahndung für ein "Fehlverhalten" des Vermieters bei der Ankündigung erschien daher unter keinem Gesichtspunkt vertretbar.

<sup>58</sup> ebenso Schmid aaO S. 58 unter V 2

Diesen Bedenken hat das BMJ Rechnung getragen. Der im Entwurf vorgesehene § 12 WärmeLV ist ersatzlos weggefallen. Der Vermieter kann also auch dann, wenn er die Umstellung nicht, nicht rechtzeitig oder nicht mit dem vorgeschriebenen Inhalt (§ 11 Abs.2 WärmeLV) angekündigt hat, die Kosten der Wärmelieferung ab dem Zeitpunkt der Umstellung vollständig abrechnen, sofern die materiellen Voraussetzungen des § 556c Abs.1 BGB erfüllt sind; eine entsprechende Anwendung des § 559b Abs.2 Satz 2 Nr.1 BGB, der bei fehlender oder fehlerhafter Ankündigung eine Verschiebung einer Modernisierungsmieterhöhung um sechs Monate vorsieht, kommt nicht in Betracht. Allerdings beginnt in diesem Fall die Frist für etwaige Einwendungen des Mieters gegen die Abrechnung der Wärmelieferkosten frühestens in dem Zeitpunkt, in dem der Mieter eine den Anforderungen des § 11 Abs.1 und 2 WärmeLV entsprechenden Mitteilung erhalten hat (§ 11 Abs.3 WärmeLV).

#### 5) Folgen einer „unzulässigen“ Umstellung der Wärmeversorgung: Berechnung der fiktiven Kosten für Eigenversorgung durch den Vermieter

Weder § 556c BGB noch die WärmeLV enthalten eine Bestimmung für den Fall, dass der Vermieter die Wärmeversorgung umstellt, obwohl die zwingenden Voraussetzungen der Art der Wärmelieferung (Effizienzverbesserung, Neuanlage, Wärmenetz, Altanlage mit mindestens 80% Jahresnutzungsgrad) und/oder der Kostenneutralität (§ 556c Abs.1 BGB) nicht vollständig erfüllt sind. Eine derartige Vorschrift wäre zur Klarstellung sicher sinnvoll gewesen. Immerhin gibt die Gesetzesbegründung zu § 556c BGB<sup>59</sup> hierzu folgenden Hinweis:

*„Sind die Voraussetzungen des Abs. 1 für eine Umstellung nicht erfüllt, so fehlt es an einer Rechtsgrundlage für die Umlage der Wärmelieferungskosten als Betriebskosten. Erfolgt dennoch eine Umstellung, kann der Vermieter nur die (fiktiv zu berechnenden) bisherigen Betriebskosten für die Versorgung mit Wärme oder Warmwasser vom Mieter verlangen, also insbesondere die Brennstoff- und die Wartungskosten, nicht aber sonstige Kosten des Energielieferanten.“*

Gegen die Aussage im ersten Satz wird man nichts einzuwenden haben; die „mieterfreundliche“, aber unangemessene Radikallösung eines heizkostenfreien Wohnens des Mieters auf Kosten des Vermieters scheidet also aus. Anders sieht es bei dem folgenden Satz aus: Es ist fraglich, was unter den „(fiktiv zu berechnenden) bisherigen Betriebskosten...“ zu verstehen ist, d.h. ob damit die *höheren* Kosten für Betrieb, Wartung usw. *der alten Anlage* oder aber *die niedrigeren Kosten der neuen*, modernen und sparsameren *Anlage* gemeint sind. *Schmid*<sup>60</sup> will auf letztere abstellen, was für den Mieter naturgemäß günstiger, für den Vermieter nachteilig ist; davon geht wohl auch die Gesetzesbegründung aus.

<sup>59</sup> BT-Drucks. 17/10485, S. 23 re. Sp., zweiter Absatz

<sup>60</sup> CuR 2011, 52, 57 unter V 1

Mit der Berechnung der fiktiven früheren Betriebskosten wäre der Vermieter zweifellos überfordert. Durch den nunmehr in § 5 WärmeLV normierten *Auskunftsanspruch des Kunden* gegen den Wärmelieferanten ist das Problem jedoch in einer praktikablen Weise gelöst; zugleich hat der Gesetzgeber damit deutlich gemacht, dass die *aktuellen* Kosten für die fiktive Berechnung maßgebend sein sollen.

Mitzuteilen hat der Wärmelieferant, wie erwähnt, diejenigen Kostenbestandteile des Wärmelieferpreises, die der Mieter bei der Eigenversorgung durch den Vermieter als Betriebskosten zu tragen hätte, konkret also die in § 2 Nr. 4 a, 5 a und 6 a BetrKV genannten Kosten.<sup>61</sup> Dabei ist der Wärmelieferant nur verpflichtet, die grundsätzlich nach den gesetzlichen Vorschriften umlagefähigen Positionen auszuweisen; eine Befassung mit der Frage der Umlagbarkeit nach dem konkreten Mietvertrag kann naturgemäß nicht verlangt werden. Die vom Wärmelieferanten auszuweisenden Kosten müssen den *Marktpreisen für gleichwertige Leistungen eines dritten Unternehmens* entsprechen.<sup>62</sup> Letztere Aussage überrascht auf den ersten Blick; sie ist aber gerechtfertigt im Hinblick auf die Belange des Mieters, der durch den Ansatz marktüblicher Preise vor überhöhten (fiktiven) Heizkosten geschützt wird, sowie des Wärmelieferanten, der seine individuelle Kalkulation nicht offenlegen muss.

Gegenüber den vorhergehenden Entwurfsversionen stellt diese Regelung einen großen Fortschritt dar. Der Vermieter wird dadurch in die Lage versetzt, ohne unverhältnismäßigen Aufwand den umlegbaren Kostenanteil festzustellen und – zweckmäßigerweise mit einer kurzen Erläuterung – in die Betriebskostenabrechnung für den Mieter einzustellen. Soweit nach dem konkreten Mietvertrag im Einzelfall bestimmte vom Wärmelieferanten mitgeteilte Positionen nicht umlegbar sein sollten – was in der Praxis kaum vorkommen dürfte –, ist es Sache des Vermieters, die betreffenden Kostenanteile bei der Erstellung der Betriebskostenabrechnung abzuziehen.

Zugleich ermöglicht die Angabe des auf die Mieter umlegbaren Anteils der Wärmelieferkosten dem Vermieter die Berechnung eines Schadensersatzanspruchs, falls die im Wärmeliefervertrag ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Umlagbarkeit der gesamten Wärmelieferkosten sich nachträglich als aussichtslos erweist, weil der Wärmelieferant die Voraussetzungen des § 556c BGB Abs.1 BGB nicht erfüllt hat.

## 6) Vorschriften der WärmeLV außerhalb des Mietrechts

### a) *Parteien und Form des Wärmeliefervertrages*

§ 2 Abs.1 WärmeLV in der Entwurfsversion vom Februar 2013 definierte als Parteien eines Wärmeliefervertrages nach § 556c BGB den Wärmelieferanten und den Vermieter. Vor dem

<sup>61</sup> Die Verweisung auf die §§ 7 Abs. 2 und 8 Abs. 2 HeizkV in § 5 WärmeLV ist sachlich unzutreffend, im Ergebnis aber unschädlich (s. dazu oben S. 9, 2. Absatz)

<sup>62</sup> BAnz (AT) v. 20. Juni 2013, S. 6

Hintergrund des Verbots von abweichenden Vereinbarungen zu Lasten des Mieters (§ 556c Abs. 4 BGB, § 12 WärmeLV) hatte diese Klarstellung einen gewissen Sinn: Die in manchen Formularverträgen vorgesehene Möglichkeit, dass der Vermieter die Umstellung der Wärmeversorgung veranlassen kann und der Mieter in diesem Fall verpflichtet ist, selbst einen (individuellen) Wärmeliefervertrag mit dem Contractor abzuschließen<sup>63</sup>, sollte dem Vermieter verschlossen sein. Daran hat sich durch die endgültige Fassung der WärmeLV, die eine vergleichbare Bestimmung nicht mehr enthält, nichts geändert.

Der Wärmeliefervertrag bedarf (nur noch) der Textform (§ 4 WärmeLV; vorher: Schriftform, § 2 Abs.2 WärmeLV-E a.F.)

b) *Inhalt des Wärmeliefervertrages (§ 2 WärmeLV)*

Eine insbesondere für die Praxis wesentliche Verbesserung gegenüber dem ersten VO-Entwurf stellt § 2 WärmeLV dar, weil nunmehr der Inhalt des Wärmeliefervertrages unmittelbar geregelt wird und nicht mehr lediglich - wie vorher - der Inhalt des *Angebots* des Wärmelieferanten (§ 3 WärmeLV-E a.F.). § 2 Abs. 1 WärmeLV unterscheidet nicht mehr zwischen dem notwendigen ("muss enthalten") und dem Soll-Inhalt des Vertrages, sondern ist nunmehr *insgesamt als Soll-Vorschrift* ausgestaltet, und zwar mit folgenden Angaben:

1. eine genaue Beschreibung der Leistungen des Wärmelieferanten,
2. eine Aufschlüsselung des Wärmelieferpreises (Grund- und Arbeitspreis, Brutto- und Nettobeträge, Preisänderungsklauseln),
3. den Übergabepunkt,
4. Angaben zur Dimensionierung der Anlage,
5. zum Umstellungszeitpunkt und zur Laufzeit des Vertrages,
6. ggf. eine Beschreibung der vom Kunden vorzuhaltenden Leistungen,
7. Regelungen zu Rechten und Pflichten der Parteien bei Vertragsbeendigung, insbesondere hinsichtlich einer bei Vertragsbeginn neu errichteten Anlage.

Fehlen einzelne dieser Angaben, hat dies nicht zwingend die Unwirksamkeit des Vertrages insgesamt zur Folge; vielmehr sind die allgemeinen Regeln für den offenen oder versteckten Einigungsmangel (§§ 154, 155 BGB) maßgebend für die Prüfung, ob und ggf. mit welchem Inhalt der Vertrag zustande gekommen ist.<sup>64</sup>

Nach § 2 Abs.2 WärmeLV ist der Wärmelieferant, wie bereits erwähnt, jedoch *verpflichtet*, in seiner Vertragserklärung (d.h. dem Angebot oder der Annahme)

1. Angaben zur Effizienzverbesserung oder zur verbesserten Betriebsführung (§ 556c Abs. 1 BGB) zu machen und

<sup>63</sup> so z.B. in den vom BGH mit Urteilen vom 6. April 2005 - VIII ZR 54/04 und 22. Februar 2006 - VIII ZR 362/04 entschiedenen Fällen

<sup>64</sup> Begründung WärmeLV, BAnz. (AT) v. 20. Juni 2013, S. 4, zu § 2 Abs.1 WärmeLV

2. den Kostenvergleich durchzuführen.

Die nach der früheren Fassung bestehenden Unklarheiten hinsichtlich des notwendigen Inhalts des Wärmeliefervertrages sind damit weitgehend beseitigt.

c) *Preisänderungsklauseln (§ 3 WärmeLV)*

aa) *Grundsätze*

Eine Anpassung des Preises für die Wärmelieferung ist wegen der auf mehrere Jahre angelegten Dauer des Wärmeliefervertrages und der häufigen Änderung der Energiepreise und anderer Preisfaktoren unverzichtbar. Die im ersten Entwurf der VO noch vorgesehenen erheblichen und nicht sachgerechten Einschränkungen bei den maßgeblichen Faktoren der Preisanpassung sind weggefallen. Stattdessen verweist § 3 WärmeLV auf die Bestimmungen § 24 Abs.4 Satz 1 und 2 AVBFernwärmeV und lässt damit nunmehr neben dem Kostenelement auch ein Marktelement als Anpassungsfaktor zu.<sup>65</sup> Damit ist insoweit der „Gleichlauf“ für sämtliche Formen der Wärmelieferung gewährleistet.

bb) *Erläuterung einer Preisänderung im Verhältnis Vermieter – Mieter?*

Weder der Text der WärmeLV selbst noch die Begründung enthalten eine Aussage zu der Frage, ob der Vermieter gegenüber dem Mieter eine Preisanpassung erläutern muss. In der Begründung zu § 4 Abs.3 WärmeLV-E a.F. hieß es lediglich, durch die Offenlegung werde der Vermieter in die Lage versetzt, die Preisanpassung „ggf. auch gegenüber dem Mieter (zu) erläutern“; in der neuen Fassung fehlt selbst ein solcher Hinweis. Auch sonst ist kein Grund für eine derartige Erläuterungspflicht ersichtlich, wie sie ja auch bei vergleichbaren Leistungen Dritter (etwa Strom- oder Wasserlieferungen; öffentliche Gebühren) nicht besteht.

Hat der Mieter Bedenken gegen die Berechtigung einer Preisänderung, dann ist ihm – wie auch sonst – die Möglichkeit der Einsicht in die Belege des Vermieters unbenommen, eine Obliegenheit des Mieters, die der BGH in allen einschlägigen Entscheidungen regelmäßig betont. In der dem Vermieter vorliegenden Begründung des Wärmelieferanten für die Preisänderung, die den zwingenden Vorgaben für die Preisänderungsklauseln entsprechen und „die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Form ausweisen“ muss (§ 24 Abs.4 Satz 2 AVBFernwärmeV), kann er unschwer die Gründe einer Anpassung nachlesen. Die allgemeinen Regelungen für Preisänderungen sind ihm ohnehin bereits mit der Umstellungsankündigung – ihr vorschriftsmäßiger Inhalt unterstellt – mitgeteilt worden (§ 11 Abs.2 Nr.5 WärmeLV).

<sup>65</sup> Begründung WärmeLV, BAnz. (AT) v. 20. Juni 2013, S. 5/6

d) *Klarstellung der Eigentumsverhältnisse (§ 95 BGB; § 2 Abs. 1 Nr. 7 WärmeLV))*

Äußerlich betrachtet unterscheidet sich das Wärmecontracting in nichts von der Wärmeversorgung in Eigenregie des Vermieters. Bei den Eigentumsverhältnissen ist allerdings die Besonderheit zu beachten, dass es sich bei der Heizungsanlage, die der Contractor auf Grund des Wärmeliefervertrages (Wärmecontractingvertrages) in den Keller des Wohnhauses einbaut, in aller Regel um einen Scheinbestandteil i.S.d § 95 BGB handelt, also mit dem Einbau nicht „automatisch“ in das Eigentum des Gebäudeeigentümers fällt, sondern Eigentum des Contractors bleibt; denn er will die Anlage nur für seine Zwecke, d.h. für die Dauer und Durchführung des Vertrages, einbauen und nutzen. Das sollte jedoch zur Klarstellung von Anfang an im Wärmeliefervertrag ausdrücklich vereinbart werden, zumal der Vertrag nach § 2 Abs. 1 Nr. 7 WärmeLV auch Angaben zu den Rechten und Pflichten der Vertragsparteien bei Vertragsbeendigung enthalten soll, insbesondere wenn für Zwecke des Wärmeliefervertrages eine Heizungs- oder Warmwasseranlage neu errichtet worden ist.

7) *Exkurs: Wärmecontracting und Betriebskostenabrechnung*

a) *Keine Aufschlüsselung des Wärmelieferungsentgelts*

Für die Betriebskostenabrechnung ergeben sich aus der Umstellung der Wärmeversorgung von der Eigenversorgung durch den Vermieter auf Wärmelieferung keine nennenswerten Änderungen. Es verbleibt also bei den vom BGH hierzu entwickelten Grundsätzen.

Im Bereich der Betriebskosten verfolgt der VIII. Senat des BGH seit langem die Tendenz, die formellen Anforderungen an die Ordnungsmäßigkeit einer Abrechnung auf ein vernünftiges Maß zurückzuschrauben und sie nicht zu überspannen. Dementsprechend hat er in einem Hinweisbeschluss vom 8. Februar 2011<sup>66</sup> klargestellt, dass eine Aufschlüsselung der Kosten für das Wärmecontracting (§ 2 Nr. 4 c) BetrKV) nicht erforderlich ist. Für die formelle Ordnungsmäßigkeit der Betriebskostenabrechnung genügt es also, wenn das Gesamtentgelt – evtl. aufgeschlüsselt in Grundpreis und Arbeitspreis – in der Abrechnung angegeben und nach dem maßgebenden Schlüssel umgelegt worden ist.

Die auch in jener Entscheidung zum Ausdruck kommende klare Linie des BGH ist ein weiteres Argument gegen die Notwendigkeit der Erläuterung einer Preisanpassung im Verhältnis Vermieter – Mieter. Allerdings hat der Mieter nach der Rechtsprechung des BGH gegen den Vermieter einen Anspruch auf Einsicht in den Wärmeliefervertrag.<sup>67</sup>

b) *Kontrollrechte des Mieters nach bisheriger und neuer Rechtslage*

Nach der *Rechtsprechung des BGH* sind dem Mieter auf Verlangen nicht nur die für die Betriebskostenabrechnung unmittelbar relevanten Belege – also etwa die Jahresabrechnung

<sup>66</sup> VIII ZR 145/10, WuM 2011, 219 = Grundeigentum 2011, 609 = CuR 2011, 87

<sup>67</sup> Beschluss vom 22. November 2011 – VIII ZR 38/11, WuM 2012, 276 = CuR 2012, 76 = Grundeigentum 2012, 825 = ZMR 2012, 542

des Wärmelieferanten – zur Einsicht vorzulegen, sondern auch solche Unterlagen, die mindestens mittelbar für die Betriebskostenabrechnung relevant sind. So muss es dem Mieter möglich sein, die Abrechnung *des Wärmelieferanten* daraufhin zu überprüfen, ob die Wärmepreisberechnung mit den vertraglich vereinbarten Preisberechnungs- und Preisänderungsformeln übereinstimmt.<sup>68</sup> Ob der vom BGH im Zusammenhang mit der Betriebskostenabrechnung so gerne zitierte „juristisch und betriebswirtschaftlich nicht geschulte Mieter“ zu einer derartigen Überprüfung in der Lage ist, spielt für das Einsichtsrecht keine Rolle. Es ist allein Sache des Mieters, sich im Rahmen seiner persönlichen Verständnismöglichkeiten oder mit sachkundiger Hilfe Klarheit über die maßgeblichen Daten zu verschaffen.

Anzumerken bleibt dabei noch, dass irgendwelche schutzwürdigen Betriebsgeheimnisse des Vermieters und/oder des Wärmelieferanten der Einsichtnahme des Mieters in den Wärmeliefervertrag nicht entgegenstehen. Vorzulegen hat der Vermieter vielmehr, wie der BGH ausdrücklich hervorhebt, generell *„Verträge mit Dritten, soweit deren Heranziehung zur sachgerechten Überprüfung der Nebenkostenabrechnung und zur Vorbereitung etwaiger Einwendungen gegen die Abrechnung... erforderlich ist.“* Dies hat der BGH in einem Urteil vom Juli 2013 erneut bejaht, zugleich aber hinzugefügt, das Einsichtsrecht erstrecke sich nicht auf die dem Contractor von dessen Vorlieferanten, etwa dem Heizöl- oder Gaslieferanten ausgestellten Rechnungen.<sup>69</sup>

Hat der Vermieter dem Mieter zu Unrecht die Einsicht in den Wärmeliefervertrag verwehrt, ist der Mieter solange zur Zurückbehaltung der vom Vermieter verlangten Beträge sowohl hinsichtlich der Nachforderungen als auch hinsichtlich der laufenden Betriebskostenvorauszahlungen berechtigt, bis der Vermieter ihm die Einsicht ermöglicht (§ 273 BGB).

Für die *neue Rechtslage* unter der Geltung des § 556c BGB können die vorstehenden Aussagen der BGH jedoch nur noch eingeschränkt gelten: Wenn der Vermieter dem Mieter die für die Wärmelieferung *vereinbarten Preise und die Regelungen zur Preisänderung* mit der Umstellungsankündigung mitgeteilt hat, wie § 11 Abs.2 Nr.3 WärmeLV dies zwingend vorschreibt, verfügt der Mieter bereits über wesentliche Kenntnisse für eine Überprüfung der Wärmelieferungsabrechnung.

#### **IV. Zusammenfassung**

1) *Das Problem der Kostenneutralität.* Der neue § 556c BGB schafft einen einheitlichen Rechtsrahmen für die Umstellung der Wärmeversorgung auf Wärmelieferung im bestehenden Mietverhältnis. Dieser Vorteil wird jedoch durch das *unrealistische Gebot der Kostenneutralität* und die Notwendigkeit komplizierter Berechnungen wieder zunichte gemacht. Im

<sup>68</sup> Beschluss vom 22. November 2011 – VIII ZR 38/11 aaO; ebenso Urteil vom 3. Juli 2013 – VIII ZR 322/12, WuM 2013, 540 = Grundeigentum 2013, 119, RNr. 9

<sup>69</sup> Urteil vom 3. Juli 2013 – VIII ZR 322/12, WuM 2013, 540 = Grundeigentum 2013, 119, RNr. 9, 10



Übrigen ist die Regelung *insgesamt sehr unausgewogen*; von einer angemessenen und ausgewogenen Berücksichtigung der Belange von Vermietern, Mietern und Wärmelieferanten kann keine Rede sein.

2) *Umstellung auf Betriebsführungscontracting und Folgevertrag*. Ein Ausweg aus dem Dilemma der Kostenneutralität könnte in der Vereinbarung eines Betriebsführungscontractings mit einer Laufzeit von zwei Jahren und einem anschließenden Folgevertrag über „normales“ Contracting mit längerer Laufzeit (max. 10 Jahre) liegen. Diese Kombination ist kein unzulässiges Umgehungsgeschäft.

3) Die *WärmeLV* erscheint insgesamt *praktikabel und handhabbar*. Den gegenüber früheren Entwurfsversionen vorgebrachten Bedenken hat das BMJ durchweg Rechnung getragen. Die Bestimmungen über die aufwendigen Berechnungen sind eine zwangsläufige Folge der gesetzlichen Vorgabe der Kostenneutralität.