

## **Die dezentrale Nahwärmeversorgung im Contracting**

*ein kurzer Beitrag von Rechtsanwalt Dr. Dirk Legler, Rechtsanwälte Günther, Hamburg*

### *I. Einführung in die Thematik*

In Deutschland erfolgt die Wärmeversorgung einer vermieteten Immobilie (mit Wärme für Heizung und Warmwasser) in der Regel in der Art und Weise, dass der Vermieter oder die Vermieterin die Heizanlage, die die Wärme erzeugt, selbst betreibt (so genannte eigenbetriebene Wärmeversorgung). Mit anderen Worten: Der Gas-, Öl- oder Pellet-Kessel im Keller des Wohnhauses wird vom Vermietenden betrieben.

Das Problem an dieser Konstellation ist indes, dass der Vermietende in diesem Fall – der, wie beschrieben, in Deutschland indes die Regel ist, – keinerlei Interesse an der Effizienz dieser Wärmeerzeugungsanlage hat. Denn der Vermietende kann hierbei sämtliche Brennstoffkosten über die Betriebskostenumlage (nach BetrKV) komplett umlegen – und das gilt selbst dann, wenn diese Brennstoffkosten sehr hoch sind. Im Ergebnis führt das dann wiederum dazu, dass es für den Mieter oder die Mieterin oft sehr teuer wird.

Wenn sich hingegen regelmäßig jemand um die Energieanlagen (im Heizungskeller des Wohnhauses) kümmern würde, dann könnten diese Anlagen effizienter betrieben werden und dann müsste auch insbesondere oft wesentlich weniger Brennstoff für die Wärmeversorgung der Mietenden eingesetzt werden. Das wiederum kann die Wärmeversorgung gerade für die Mietenden wesentlich günstiger machen.

Doch zunächst zurück zur Ausgangslage: Weil die Vermietenden von Investitionen in nachhaltige Betriebsweisen ihrer Wärmeerzeugungsanlagen in der Regel nichts haben, unterlassen sie solche Effizienzverbesserungen und sonstigen Optimierungen der Fahrweise oft. Das ist nicht nur aus Sicht des Geldbeutels des Mietenden, sondern auch aus Klimaschutzgründen sehr misslich. Denn es wird pro Kilowattstunde Wärme mehr CO<sub>2</sub> emittiert, als es nötig wäre. Auch die neuen ordnungsrechtlichen Ansätze (z.B. der nunmehr für alle Vermietenden verpflichtende hydraulische Abgleich nach § 60c GEG) helfen hier nicht hinreichend weiter, denn es fehlt auch damit weiterhin das ureigene Interesse an einer effizienten Fahrweise der Energieanlage: die Vermietenden haben keinen Anreiz, sie können vielmehr nach wie vor die hohen Betriebskosten (insbesondere Brennstoffkosten) auch bei einer ineffizienten Fahrweise komplett umlegen auf die Mietenden.

Auch wenn man hier über recht komplizierte juristische Erweiterungen des mietrechtlichen Mangelbegriffs nachdenken kann (was auch anderweitig in der juristischen Literatur zahlreich getan wird), soll sich dieser Beitrag mit einem anderen, eher praktischen Ansatz befassen: Bei diesem geht es darum, dass in diesen Konstellationen statt des Vermietenden ein Dritter/eine Dritte die Energieanlage auf eigenes wirtschaftliches Risiko betreiben kann und dem Vermietenden dabei nicht den Brennstoff, sondern die Wärme verkaufen kann. Hierbei würde dann auch die tatsächlich gelieferte Wärme gemessen (mit Wärmemengenzählern) und nicht der Brennstoff. Außerdem würde ein Preis pro verkaufter Kilowattstunde Wärme vereinbart (so genannte gewerbliche Wärmelieferung).

Geht man mithin auf diese Weise im Wege der gewerblichen Wärmeversorgung vor, führt das dann wiederum dazu, dass die Kosten für den Umwandlungs-/Verbrennungsprozess die Verkäuferin der Wärme trägt (in diesem Fall also die gewerbliche Wärmelieferantin und nicht die Vermietende). Diese andere vertragliche Gestaltung bedingt zudem wie folgt: die Wärmelieferantin verkauft das fertige Endprodukt aus der in der Energieanlage erfolgenden Produktion der Wärme (Wärme- statt Brennstoffverkauf).

Solche Fälle der Wärmerversorgung gibt es in unterschiedlichsten Konstellationen: der klassische Fall ist derjenige der Fernwärme, bei der der große Fernwärmeversorger ein zentrales Heizwerk am Rande der Stadt betreibt und die in diesem zentralen Großkraftwerk von ihm auf seine Kosten produzierte Wärme an die an sein Fernwärmenetz angeschlossenen Wärmekunden, was dann auch die Vermietenden sein können, verkauft. Im Keller ist dann nur noch die Fernwärme-Übergabestation.

Neben dieser klassischen Form der zentralen (Fern-) Wärmeversorgung durch einen großen Fernwärmeversorger gibt es aber auch viele andere Fälle der eher dezentralen Wärmeversorgung. Diese werden oft unter dem Begriff „Contracting“ zusammengefasst. Was dieser Begriff genau bedeutet und welche Folgen die Nutzung eines „Contractors“ für die Mietenden genau hat, soll im Folgenden kurz umrissen werden.

## *II. Definition von „Contracting“*

Der Begriff des „Contracting“ ist ein Anglizismus für eine Vielzahl von Dienstleistungen, bei denen sich ein Anbieter (englisch: „Contractor“) gegenüber dem Nachfrager (Contracting-Nehmer, Kunde) zur Erbringung einer vertraglich bestimmten Leistung verpflichtet. Wikipedia drückt es dabei so aus: „Der Anglizismus ist auf das Verb „einen Vertrag abschließen“ (englisch: „to contract“, hieraus: Kontrahierung) zurückzuführen und betrifft Modelle, bei denen ein Contractor die Planung, Finanzierung, Errichtung oder Wartung einer Investition oder Infrastruktur übernimmt. (...) Das Contracting soll dabei Investitionen ermöglichen, die etwa bislang wegen mangelndem Know-how, Geldmangel, zu hoher Amortisationserwartungen oder fehlender Risikobereitschaft unterblieben sind.“ (Zitat aus: <https://de.wikipedia.org/wiki/Contracting>). Weiter heißt es bei Wikipedia sodann auch: „Ob das erste Contracting auf James Watt zurückzuführen ist – wie in der entsprechenden Fachliteratur kolportiert wird – ist umstritten. Er soll jedenfalls interessierten Kunden eine Dampfmaschine überlassen und hierfür den Kundendienst übernommen haben. Dabei garantierte er, dass die Kohle für den Betrieb der Maschine weniger kostete als das Tierfutter für die Pferde, welche die gleiche Arbeit übernahmen“ (Zitat ebenfalls aus: <https://de.wikipedia.org/wiki/Contracting>).

Mit diesem Überblick wird bereits deutlich: Der Begriff des „Contracting“ kommt aus dem Energiebereich. Dementsprechend ist die heutige Hauptanwendungsform auch das so genannte Energie-Contracting, das sich auf die Lieferung von Betriebsstoffen (Dampf, Druckluft, elektrischer Strom, Kälte, Wärme, usw.) und den Betrieb zugehöriger Anlagen bezieht: Der „Contractor“ betreibt für den Kunde die Anlage und liefert das Produkt, das diese Anlage erzeugt (hier: die Wärme).

### *1. Synonyme; Voraussetzungen nach DIN*

Der Begriff „Contracting“ wird im (Energie-)Recht (in den Gesetzen) nur nachrichtlich erwähnt, z.B. im Energiedienstleistungsgesetz, dort in § 6 Abs. 2, der lautet: „Die Bundesstelle für Energieeffizienz stellt auf ihrer Internetseite Informationen über verfügbare Energiedienstleistungsverträge im Bereich Energie-Contracting oder über Musterklauseln, die in solchen Verträgen verwendet werden können, zur Verfügung. Die Informationen müssen verständlich und leicht zugänglich sein. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der zur Verfügung gestellten Informationen wird nicht gehaftet.“ Das Gesetz selbst nutzt ansonsten den Begriff „Energiedienstleistung“ (kurz: EDL), so z.B. im Energieeffizienzgesetz, dort in § 2 Nr. 13, der wie folgt lautet: „Energiedienstleistung: jede durch Dritte vertraglich erbrachte Tätigkeit, durch die die Umsetzung von Energieeffizienzmaßnahmen vorbereitet, unterstützt, geplant oder durchgeführt wird.“ Energie-Liefer-Contracting meint aber mehr: es wird Nutzenergie (Wärme) verkauft.

Die Deutsche Industrienorm (DIN) hat sich dementsprechend bereits vor 2003 dieser Thematik angenommen und definiert mit der im November 2003 verabschiedeten Norm DIN 8930-5

seither vier verschiedene Arten des Contracting: (1.) das so genannte Energieliefer- oder Anlagen-Contracting (kurz: ELC), (2.) das so genannte Einspar-Contracting oder auch Performance-Contracting (kurz: ESC), (3.) das so genannte Finanzierungs-Contracting oder (4.) das technische Anlagenmanagement (auch Betriebsführungs-Contracting genannt). Hierbei ist mit einem Anteil von 83 % das so genannte Energie-Liefer-Contracting die bei weitem häufigste Contracting-Art.

Beim Energieliefer-Contracting verkauft der Contractor die Nutzenergie und betreibt auf eigenes wirtschaftliches Risiko die Energieanlage. Weil sich diese Energieanlage oftmals im Gebäude des Kunden vor Ort befindet, wird diese Form auch als Objekt-Contracting benannt. Möglich ist aber auch eine Installation der Heizanlage im Quartier oder sonst in der Nähe, dann wird diese Form auch oft als Nahwärme- oder Quartiers-Wärme-Lieferung bezeichnet.

## 2. *Abgrenzung zu „klassischer“ Fernwärme*

Beim Liefer-Contracting ist der Contractor verantwortlich für Planung, Finanzierung und Errichtung sowie für den Betrieb, die Bedienung, Wartung und Instandhaltung der Energieanlage. Der Contractor ist auch häufig Eigentümer der Anlage, kann aber auch eine bereits vorhandene Anlage übernehmen und modernisieren. Er ist auch für den Bezug und Einsatz der benötigten Endenergie (Gas, Strom, etc.) zuständig. Die in der Energieanlage erzeugte Nutzenergie verkauft der Contractor dann in definierter Qualität an den Contracting-Nehmer (Wärmekunden, hier: in der Regel den Gebäudeeigentümer (Vermieter)). Für alle diese Dienstleistungen erhält der Contractor vom Contracting-Nehmer eine entsprechende Vergütung, die in der Regel einen Grundpreis (für das Vorhalten der Anlage), einen Arbeitspreis (für die Nutzenergie-Lieferung) sowie eine Mess- / Verrechnungspreis-Komponente beinhaltet. Über eine Preisanpassungsklausel werden die Preise an Energiepreisentwicklungen während der Vertragslaufzeit angepasst. Die Laufzeit beträgt in der Regel mindestens 10 Jahre.

Damit unterscheidet sich das „Liefer-Contracting“ oder die Nahwärmeversorgung rechtlich von der „klassischen“ Fernwärme nur in der Art und Weise, dass die Wärmeversorgungsanlage nicht am Rande der Stadt oder als zentrale Heizanlage jedenfalls in einiger Entfernung vom versorgten Grundstück steht, sondern eben direkt am Standort (oder zumindest im selben Quartier im Falle der so genannten Quartiers- oder Nahwärmeversorgung). Abgesehen von der unterschiedlichen Entfernung zwischen dem Ort der Wärmeabnahme und dem der Wärmeproduktion unterscheidet sich die Nahwärme (oder eben das Liefer-Contracting) rechtlich und tatsächlich also nicht von der klassischen Fernwärme.

## 3. *Einordnung nach Gebäudeenergiegesetz (GEG) und Wärmeplanungsgesetz (WPG)*

Das Energie-Liefer-Contracting generell und insbesondere der entsprechende Liefer-Contracting-Vertrag werden rechtlich im Schwerpunkt als kaufvertragsrechtlich, also der Vertrag als ein Kaufvertrag über Energie, eingeordnet. Es erfolgt demgegenüber keine Einordnung als Werkvertrag, denn der „Contractor“ verkauft Nutzenergie (Wärme) an den Kunden und keine Anlage. Die Leistung des Contractors ist die Lieferung von Energie und er schuldet in der Regel dabei auch nicht die Erstellung einer bestimmten Anlage, d.h. aber auch: es gibt keine begrenzte Gewährleistung des Contractors, sondern es gibt eine über die Vertragslaufzeit (von in der Regel mindestens 10 Jahren) Leistungspflicht (Lieferpflicht) des Contractors (er muss die Anlage auf seine Kosten erneuern, wenn sie kaputt geht). Dies erfolgt zum vereinbarten Preis bis Vertragsende, wobei der Preis so genannten Preisänderungsklauseln unterstellt wird.

Auch wenn rechtlich damit an sich kein Unterschied zur klassischen Fernwärme besteht, so gibt es seit Anfang 2024 doch einen Unterschied: Seit Anfang 2024 haben wir mit dem neuen Gebäudeenergiegesetz (GEG) und dem neuen Wärmeplanungsgesetz (WPG) nämlich eine

neue Rechtslage: Nach diesen beiden Gesetzen wird nämlich nunmehr zwischen einer Versorgung über ein Gebäudenetz und ein Wärmenetz unterschieden. Ein Gebäudenetz wird dabei als ein Netz definiert, dass der ausschließlichen Versorgung mit Wärme von mindestens zwei und bis zu 16 Gebäuden und bis zu 100 Wohneinheiten dient. Alles, was größer ist, ist demgegenüber ein so genanntes „Wärmenetz“ (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 9a GEG und § 3 Abs. 1 Nr. 17 WPG). Derjenige, der Wärme über ein Gebäudenetz oder direkt im Objekt liefert (wie der Liefer-Contractor oder Nahwärmelieferant) wird dabei anders behandelt als derjenige, der über ein (größeres) Wärmenetz seine Wärme liefert. Während bei der Versorgung in Neubaugebieten über ein neues „Gebäudenetz“ nämlich schon heute eine Quote von mind. 65 % Erneuerbare Energien erreicht werden muss (vgl. § 71 Abs. 1, S. 2 GEG), so muss bei einer Versorgung über ein neues „Wärmenetz“ erst ab 01.03.2025 ein Anteil von mind. 65 % Erneuerbaren Energien erreicht sein (vgl. § 30 Abs. 1 WPG). Die Vorgaben an den Contractor sind also strenger als an den klassischen Fernwärmeversorger.

#### 4. *Einordnung nach AVBFernwärmeV*

Betrachtet man sodann das vertragliche Verhältnis zwischen dem Contractor (Nahwärme- oder Quartierswärme-Lieferanten) und seinem Kunden (d.h. in der Regel dem Vermieter), so ist die Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme (AVBFernwärmeV) in den Blick zu nehmen. Diese ist seit 1980 in Kraft und seither auch weitestgehend unverändert (anders als die alten AVBEltV/ AVBGasV). Es gibt indes einen Entwurf des BMWK aus Ende Juli 2024, der aber noch der Zustimmung des Bundesrates bedarf und voraussichtlich in Ende 2024/Anfang 2025 in Kraft treten soll.

Diese AVBFernwärmeV regelt die kaufrechtliche (vertragliche) Seite und damit das Verhältnis zwischen dem Lieferanten (Verkäufer = Liefer-Contractor) und seinem Kunden (Käufer). Bei vermieteten Immobilien ist dabei i.d.R. die Vermieterin die Käuferin und Vertragspartnerin des Wärmeliefervertrages (Ausnahme: so genannte Direkt-Wärmelieferung an die Mieter). Zu dieser Verordnung gibt es drei wichtige Urteile des Bundesgerichtshofes (BGH) zur Anwendbarkeit der AVBFernwärmeV auf die Fälle des „Contracting“:

- (a) Da ist zunächst das Urteil des BGH vom 25.10.1989 (VIII ZR 229/88) zu nennen. Mit diesem Urteil hat der BGH entschieden, dass jedenfalls in Fällen, „in denen aus einer nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehenden Heizungsanlage von einem Dritten nach unternehmenswirtschaftlichen Gesichtspunkten eigenständig Wärme produziert und an andere geliefert wird“, es sich um „Fernwärme“ im Sinne dieser AVBFernwärmeV handelt. Damit kommt es laut BGH auf die Nähe der Anlage zu dem versorgten Gebäude ebensowenig an, wie auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes. Vielmehr wird „jede Art der eigenständig gewerblichen Wärmelieferung abgedeckt (...), ohne Rücksicht darauf, ob sie in Lieferverträgen als Direkt-, Nah- oder Fernlieferung deklariert würde, und (...) damit sind neu entwickelte so genannte Nah- und Direktwärmeversorgungs-konzepte der Fernwärmelieferung rechtlich gleichgestellt.“
- (b) Das zweite Urteil des BGH, das in diesem Zusammenhang wichtig ist, stammt vom 15.02.2006 (VIII ZR 138/05). Mit diesem Urteil hat der BGH nämlich entschieden, dass Fernwärmeversorgungsunternehmen im Sinne von § 1 Absatz 1 AVBFernwärmeV auch Unternehmen sind, „die Fernwärme nicht selbst herstellen, aber andere mit Fernwärme versorgen, die sie von Dritten beziehen.“ Das bedeutet, dass der Qualifikation desjenigen, der die Lieferung vornimmt, als „Versorgungsunternehmen“ auch nicht entgegen steht, dass dieses die Fernwärme nicht selbst herstellt. Denn, so der BGH wörtlich: „unabhängig davon erbringt sie die Versorgung (...). Tragendes Element für ein Versorgungsunternehmen ist nicht die eigene Herstellung der Fernwärme, sondern die Versorgung anderer (...).“ Es ist auch nicht ersichtlich, warum die entsprechende Definition des Versorgungsunternehmens in der Energieversorgung

(§ 3 Nr. 18 EnWG) nicht auch im Bereich der Fernwärme Anwendung finden sollte. Im Ergebnis setzt der Begriff der Fernwärmeversorgung mithin nicht voraus, dass durch die Wärmelieferung eine Vielzahl unterschiedlicher Verbraucher auf einem größeren Gebiet versorgt wird. Auf den Umfang der Lieferverpflichtungen kommt es vielmehr „ebenso wenig an wie im Falle der Eigenerzeugung der Fernwärme durch den Lieferanten auf das Vorhandensein eines größeren Leitungsnetzes.“ (Zitate aus BGH, aaO). Damit sind auch Contractoren, die ihrerseits Fernwärme beziehen und dann (über ein Quartiersnetz) an ihre Kunden weiter liefern, Fernwärmeversorger i.S.d. AVBFernwärmeV und gilt diese Verordnung mithin grundsätzlich auch in deren Rechtsverhältnissen zu ihren Kunden.

- (c) Das dritte Urteil des BGH, was in diesem Kontext zu nennen ist, stammt vom 21.12.2011 (VIII ZR 262/09). Mit diesem Urteil hat der BGH entschieden, dass es sich nur dann um die Lieferung von Fernwärme i.S.d. AVBFernwärmeV handelt, „wenn der Energieversorger/ Energiedienstleister hohe Investitionen vorzunehmen hat, um seine Vertragspflicht zur Wärmelieferung erfüllen zu können“. Hieran fehlt es laut BGH indes regelmäßig, wenn der Energieversorger/Energiedienstleister „sich im Wesentlichen lediglich dazu verpflichtet, eine bereits vorhandene, im Eigentum des Kunden stehende funktionstüchtige Heizungsanlage für ein symbolisches Entgelt anzupachten, zu warten und zu betreiben“ (Zitate aus BGH, aaO).

Im Ergebnis ist auf Basis dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH im Anwendungsbereich der AVBFernwärmeV die „Nahwärme“ mittels „Contracting“ in der Regel der klassischen Fernwärme gleich gestellt. Dies wird auch in dem Entwurf zur Novelle des AVBFernwärmeV (BMWK-Entwurf aus Juli 2024) so vorgesehen. Darin findet sich ein Entwurf eines neuen § 1 Abs. 1 Satz 3 AVBFernwärmeV, der lautet: „Die Verordnung ist entsprechend für die gewerbliche Lieferung von Wärme aus einem Gebäudenetz oder einer Wärmeerzeugungsanlage anzuwenden, die jeweils nicht im Eigentum des Gebäudeeigentümers stehen.“ Auch danach haben wir mithin – was die in der AVBFernwärmeV geregelten Fragen angeht – eine Gleichstellung zwischen dem Nahwärme-Contractor und dem Fernwärmeversorger. U.a. die folgenden Besonderheiten der AVBFernwärmeV gelten damit i.d.R. auch beim „Contracting“: (a) die Erst-Vertragslaufzeit darf 10 Jahr betragen (nach § 32 Abs. 1 AVBFernwärmeV) und nicht nur 2 Jahre wie in der Regel beim Stromverkauf gegenüber Verbrauchern. Auch der Contracting-Kunde hat zudem ein Sonderkündigungsrecht (nach § 3 AVBFernwärmeV) und Preisänderungsklauseln sind ebenfalls vertraglich vereinbar (§ 24 AVBFernwärmeV in Abweichung von § 1 Abs. 3 Preisklauselgesetz mit dem grds. Preisklauselverbot (und Maßstab Kostenelement-/ Spannungselement-Klauseln). Aber: Davon sind natürlich auch abweichende Individualabreden zwischen Vermieter und Contractor vereinbar und rechtlich möglich.

### *III. Vorgaben aus dem Mietrecht; insbesondere § 556c BGB und WärmeLV („Kostenneutralität“)*

Wie bereits aufgezeigt, werden die Heizkosten in der üblichen mietrechtlichen Zuordnung so aufgeteilt, dass es eine Netto-Kaltmiete gibt und dazu die Betriebskosten (vgl. § 556 Abs. 1 BGB i.V.m. BetrKV), wobei der Vermieter die Investition in die Heizanlage aus der Kaltmiete bestreiten muss und die Mieter alle laufenden Brennstoffkosten zahlen (lediglich mit der einen Ausnahme bezogen auf den Anteil der CO<sub>2</sub>-Kosten, der nach CO<sub>2</sub>KostAufTG (BEHG/TEHG) ermittelt wird und sich nach der Effizienz der Anlage bestimmt). In der Folge gibt es keinen bzw. kaum Anreiz zur Modernisierung der Anlage für die Vermieterin und es erfolgt auch kein rationeller Energieeinsatz (sondern die Mieter zahlen hohe Verbrauchs-/Brennstoffkosten). Nach BGH gibt es auch keine Pflicht zur Modernisierung (BGH, 31.10.07, VIII ZR 261/06), denn aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit lasse sich, so der BGH, „eine Verpflichtung des Vermieters zur Modernisierung einer vorhandenen alten, die Wärmeversorgung der

Wohnung jedoch sicherstellenden Heizungsanlage nicht herleiten. (wörtliches Zitat aus BGH, aaO). Das führt zu dem bereits eingangs aufgezeigten so genannten Nutzer-Investor-Dilemma in der Wärmeversorgung der Mieter: die Verantwortung für die Effizienz und die Kostentragung sind nicht in einer Person zusammengeführt. Derjenige, der eine Heizungsanlage ineffizient betreibt (der Vermieter), muss nicht die wirtschaftlichen Nachteile tragen, sondern diese tragen seine Mieter.

Hinzu kommt, dass die ambitionierten Klimaschutzziele der Europäischen Union und der Bundesregierung auf der anderen Weise nur zu erreichen sind, wenn alle Marktteilnehmer ihren Beitrag leisten. Investitionen in Klimafreundlichkeit führen nicht zu einem höheren Absatz von Wärme, so dass oft die Hebel fehlen, um einem Preisanstieg entgegenzuwirken. Die Bezahlbarkeit der „Wärmewende“ ist unter den derzeitigen Bedingungen eine riesige Herausforderung. Für diese Herausforderung (Umstellung des Anlagenbestands) stellt Contracting eine mögliche Lösung auch für die Wohnungswirtschaft dar, zumal ein effizienter Betrieb von erneuerbaren Wärmeerzeugungslösungen technisch oft anspruchsvoll ist (know-how von „Energiespezialisten“, „ganzheitliche“ Betrachtung, etc.). Eine wichtige Säule ist dabei zudem die Energieeffizienz. Voraussetzung dafür sind energieeffiziente Anlagen, die möglichst optimal eingesetzt und wirtschaftlich betrieben werden. Contracting ist dabei, wie aufgezeigt, ein marktwirtschaftliches Instrument, um Hemmnisse bei der Investition in effiziente Technologien zu überwinden. Denn: Contracting macht Energieeffizienz zum Geschäftsmodell. So können vorhandene Energieeffizienzpotenziale ausgeschöpft werden. Jede Contracting-Lösung ist dabei individuell und wird vor der Realisierung von den Vertragspartnern mit Blick auf die Wirtschaftlichkeit geprüft.

In der Konsequenz sind die Contracting-Kosten, also das Wärmelieferentgelt, das an den Contractor zu zahlen ist, auch umlegbar nach § 2 Nr. 4 c) und 5 d) Betriebskostenverordnung sowie § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 7 und § 8 (je Abs. 3 und 4) Heizkostenverordnung. Das gilt grds. nicht nur für den Arbeitspreis, sondern auch den Grundpreis und damit die Investitionskosten in die (neue) Heizanlage. Dementsprechend hat der BGH (mit Urteil vom 16.07.2003 (VIII ZR 286/02)) auch entschieden: „Zum Entgelt für die Wärmelieferung bei der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme (...) zählen die kompletten vom Versorgungsunternehmen berechneten Kosten, einschließlich der darin enthaltenden Investitions- und Verwaltungskosten und auch der Unternehmergewinn des Lieferanten.“ Hiermit ist also ein Anreiz zu rationellem Energieeinsatz gegeben: der Vermieter (und seine Mieter) zahlen einen festen Preis für jede Verbrauchseinheit Wärme (inklusive eines festen Grundpreises. Für den Contractor bedeutet das: je effizienter die Wärmeerzeugung, desto höher ist sein Gewinn.

Im vermieteten „Bestand“ sind dieser Lösung indes Grenzen gesetzt: gegenüber Mietern, die im Moment der erstmaligen Umstellung auf Contracting bereits im Objekt wohnen und einen Mietvertrag haben, gilt § 556c BGB und die Wärmelieferverordnung (WärmeLV), nach der eine so genannte „Kostenneutralität“ herzustellen ist. Das heißt, dass bei der erstmaligen Umstellung von vermietetseitig betriebener Zentralheizung auf gewerbliche Wärmelieferung (im Contracting oder mit Fernwärme) für die Frage der Umlage des Wärmelieferentgelts über die Betriebskosten es nicht allein auf die BetrKV ankommt, sondern zusätzlich die Normen des § 556c BGB und der WärmeLV zu erfüllen sind. Danach ist eine vollständige Wärmelieferungskostenumlage nur dann zulässig, wenn drei Bedingungen erfüllt sind: (1.) die so genannte technische Bedingung in 3 Varianten: die Versorgung muss entweder (aa) aus einer neuen Anlage, (bb) aus „Wärmenetzen“ (Fern- oder Nahwärme, Netzalter und Anlagenalter egal) oder (cc) aus bestehenden Anlagen erfolgen, wenn diese einen Jahresnutzungsgrad von mind. 80 % haben. Zum Zweiten (2.) muss eine Umweltschutzbedingung erfüllt sein: die Wärmeversorgung muss mit verbesserter Effizienz (bei Neuanlage und Netz) bzw. verbesserter Betriebsführung (bei Bestandsanlagen) erfolgen und drittens (3.) muss schließlich eine wirtschaftliche Bedingung erfüllt werden: die

Wärmelieferungskosten dürfen danach nicht höher sein als die bisherigen Betriebskosten der vermietetseitigen Eigenversorgung (so genannte „Kostenneutralität“). Diese Kostenneutralität ist indes sehr aufwändig darzustellen und oft nicht einzuhalten. Insbesondere bei der gebotenen Umstellung auf eine Wärmeerzeugung aus Erneuerbaren Energien ist sie so gut wie nie einzuhalten, was bedeutet, dass die „Wärmewende“ im vermieteten Bestand nicht erfolgt.

Grund dafür ist, dass nach § 8 bis § 10 WärmeLV die Vollkosten der Wärmelieferung (mit den hohen Investitionskosten in die neue Heizanlage) gegen die bisherigen Eigenversorgungskosten (ohne Investition und Reparaturkosten, die in der Kaltmiete stecken) verglichen werden.

Hier wird dementsprechend allgemein die Hoffnung auf eine immer wieder angekündigte Novelle der WärmeLV gesetzt.

#### *IV. Nahwärme/Contracting-Preise und „Preiskontrolle“ nach AVBFernwärmeV*

Was sodann die Preisgestaltung der Wärmelieferung angeht, so ist zu beachten, dass im Verhältnis zwischen dem Vermieter (der in der Regel der Wärmekunde ist) und dem Contractor oftmals wegen der geschilderten Gleichstellung mit dem Fernwärmeversorger (siehe oben) die AVBFernwärmeV anwendbar ist. Dies gilt indes nicht, wenn der Vermieter (oder der Bauträger) im Wege der Individualabrede abweichende Regelungen vereinbart haben.

Gilt indes die AVBFernwärmeV, so ist dessen § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV zu beachten. Danach dürfen zwar Preisänderungsklauseln grds. genutzt werden, sie dürfen zugleich aber nur so ausgestaltet sein, dass sie sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch das Unternehmen als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigen. Sie müssen weiterhin die maßgeblichen Berechnungsfaktoren vollständig und in allgemein verständlicher Form ausweisen.

##### *1. „Preiskontrolle“ nach AVBFernwärmeV*

Die aufgezeigte Norm des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV und die mit dieser Norm eröffnete Möglichkeit zur Nutzung von Preisänderungsklauseln führt zur Nutzung von teilweise komplexen mathematischen Formeln in den Wärmelieferverträgen, wobei streng zwischen dem Grundpreis und dem Arbeitspreis zu unterscheiden ist.

Beide Preise (ggf. noch ergänzt durch einen Messpreis) werden jeweils gesondert geprüft und sind in ihrer Wirksamkeit auch voneinander unabhängig, d.h.: Ist eine Preisänderungsklausel zum Grundpreis unwirksam, hat das keinen Einfluss auf die (Un-)Wirksamkeit des Arbeitspreises (und umgekehrt). Über den Grundpreis werden in der Regel die verbrauchsunabhängigen Kosten, also die Kosten für die Anlagenvorhaltung (Investitionen in die Anlage, Wartung, Reparatur, Überwachung, etc.) und den Messaufwand (Miete/Kauf Messgeräte, Abrechnung, etc.) abgerechnet – möglich ist aber auch die Vereinbarung eines separaten Messpreises. Auch die Kosten der Verwaltung werden meist in den Grundpreis eingepreist. Über den Arbeitspreis werden demgegenüber die verbrauchsabhängigen Kosten abgerechnet, also die Energieträgerkosten (Brennstoffkosten) und die Kosten für den Pumpenstrom.

Laut BGH (Urteil vom 06.04.2022, VIII ZR 295/22, Rn. 29 ff.) ist im Grundpreis die Verwendung von Bezugsfaktoren, die ausschließlich an die Kostenentwicklung bei den Investitions- und Instandhaltungskosten anknüpfen, ausreichend. Dafür sind dann laut BGH (aaO) zudem Investitionsgüterindex und Lohnkostenindex geeignet, weil das eine zulässige Pauschalierung ist, es muss also nicht auf konkretere Bezugskosten abgestellt werden und es muss auch kein Marktelement im Grundpreis / Leistungspreis abgebildet werden.

In einer Preisänderungsklausel zum Arbeitspreis ist indes sowohl das Kostenelement aus § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV, als auch das Marktelement aus dieser Norm hinreichend – und zwar in der Regel zu gleichen Teilen – abzubilden. Es müssen also sowohl die Kostenentwicklung bei Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme durch den Wärmelieferanten, als auch die jeweiligen Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen berücksichtigt werden. Laut BGH kommt dabei beiden Elementen an sich der gleiche Rang zu. Demnach ließ der BGH bis dato stets eine hälftige Gewichtung von Markt- und Kostenelement im Arbeitspreis genügen. Zugleich lässt der BGH indes Abweichungen davon zwar zu, verlangt dafür aber wiederum begründete „Anhaltspunkte“, aus denen sich konkret ergeben muss, dass im jeweils vorliegenden Einzelfall ausnahmsweise eine hälftige Aufteilung nicht sachgerecht und auch nicht (mehr) geeignet ist, sowohl die Kostenentwicklung, als auch die Verhältnisse auf dem Wärmemarkt angemessen abzubilden. D.h.: wenn beide Elemente jeweils 50 % der Preisänderungsklausel im Arbeitspreis ausmachen, ist man i.d.R. rechtssicher und Abweichungen von dieser 50/50 Regelung sind grundsätzlich möglich, müssen dann aber begründet werden, wozu indes nicht ersichtlich ist, was zulässige Gründe für eine Abweichung sein könnten (vgl. zu alledem nur: BGH, Urteil vom 06.04.2011, Az: VIII ZR 273/09, 2. Leitsatz und Rn. 44; BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az: VIII ZR 339/10, Rn. 20; BGH, Urteil vom 05.06.2014, Az: VIII ZR 344/13, Rn. 21; BGH, Urteil vom 19.07.2017, Az: VIII ZR 268/15, Rn. 27; BGH, Urteil vom 18.12.2019, Az: VIII ZR 209/18, Rn. 22; BGH, Urteil vom 27.09.2023, Az: VIII ZR 249/22, Rn. 37).

Was sodann die Konkretisierung des Kostenelementes im Arbeitspreis anbelangt, so hat der BGH dies insbesondere in seinem Urteil vom 18. Dezember 2019 (VIII ZR 209/18) wie folgt konkretisiert: „Hinsichtlich des Kostenelements ist zwar keine Kostenechtheit, aber eine unmittelbare Anknüpfung an die beim Fernwärmeversorger anfallenden Kosten der Erzeugung und Bereitstellung der Fernwärme geboten.“ Und: „Das Gebot der Kostenorientierung ist nicht schon dann gewahrt, wenn sich der Preis der Fernwärmeerzeugung und derjenige des Brennstoffbezugs in einem konkreten Fall mehr oder weniger zufällig gleich entwickelt haben. Vielmehr erfordert das Gebot der Kostenorientierung die Wahl eines Preisänderungsparameters, der generell sicherstellt, dass sich die vom Kunden zu tragende Preiskomponente der Wärmeerzeugungskosten nicht anders entwickeln kann als die Kosten des Brennstoffbezugs. Ein solcher abstrakt-genereller Gleichlauf der Kostenkomponenten ist bei einer gegenüber dem Fernwärmekunden praktizierten "HEL,-Bindung nur gewährleistet, wenn die Ölpreisbindung im Erdgasbezugsvertrag des Fernwärmeversorgungsunternehmens keinen zusätzlichen Bemessungsfaktor aufweist.“ Im Ergebnis erfordert dies, dass der Vorlieferant des Wärmeversorgers bei seiner Preisbestimmung dieselben oder jedenfalls vergleichbare örtliche Notierungen als Referenzgröße heranzieht, es neben dieser Referenzgröße weitere Bemessungsfaktoren nicht gibt und dass dieselben Berechnungszeiträume zugrunde gelegt werden.“ Kann man all dies nachweisen, kann zur Abbildung des Kostenelements auch ein Index genutzt werden.

Was das so genannte Marktelement angeht, so hat der BGH mit Urteil vom 01.06.2022 (VIII ZR 287/20, Rn. 31) klar gestellt, dass der Versorger (hier also der Contractor) gewährleisten muss, dass die gegenüber seinen Kunden verwendete Preisänderungsklausel (jedenfalls im Ergebnis) „dauerhaft – und unabhängig von einer etwaigen Änderung der Zusammensetzung seines eigenen Bezugspreises beziehungsweise der diesem zugrundeliegenden vertraglichen und preislichen Bestimmungen – ein angemessenes Marktelement (zum Arbeitspreis) enthält“. Hierbei kann auch ein Mischindex oder können auch mehrere Indices oder sogar der gleiche Index wie zum Kostenelement genutzt werden. Um die angemessene Berücksichtigung des Marktelements beurteilen zu können, bedarf es dann – bei entsprechendem streitigen Vortrag – in der Regel aber sachverständigen Feststellungen (BGH, Urteil vom 19.07.2017, VIII ZR 268/15). Vor diesem Hintergrund hat der BGH in mehreren Urteilen daher den so genannten Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamtes nunmehr mehrfach als hinreichendes und



damit rechtswirksames Marktelement in einer Arbeitspreisformel akzeptiert und dies zuletzt wie folgt begründet: „Der Wärmepreisindex des Statistischen Bundesamts setzt sich aus den Positionen "Betriebskosten für eine Gaszentralheizung", "Betriebskosten für eine Ölzentralheizung" sowie "Fernwärme" zusammen. Er bildet damit hinreichend den Wärmemarkt in seiner Gesamtheit ab. Davon sind auch die Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgegangen (...). Auf diese Weise wird dem Willen des Verordnungsgebers Rechnung getragen, dass sich das Markt-element nicht lediglich auf einen örtlichen oder auf das Marktsegment der Fernwärme verengten Wärmemarkt beziehen, sondern auch auf andere Energieträger erstrecken soll.“ (Zitat aus BGH, 27.09.2023, VIII ZR 249/22, Rn. 32 unter Hinweis auf BGH, 26.01.2022, Az: VIII ZR 175/19, Rn. 58 und BGH, 13.07.11, VIII ZR 339/10, Rn. 21).

Liegt nach alledem eine wirksame Preisänderungsklausel vor, ist auch der sich aus der Anwendung dieser Klausel ergebende Wärmepreis zu zahlen. Ist das indes nicht der Fall – werden also die strengen Vorgaben des BGH an die Gestaltung von Preisänderungsklauseln nicht eingehalten, führt dies zu einer Nichtigkeit der Preisänderungsklausel nach § 134 BGB. Es besteht dann also keine wirksame Preisänderungsklausel mehr. Ein Rückgriff auf den Ausgangspreis scheidet nach BGH dennoch aus. Stattdessen richtet sich die Höhe eines (bereicherungsrechtlichen) Rückzahlungsanspruchs des Wärmekunden nach dem Wärmepreis, welchem nach der so genannte 3-Jahres-Rechtsprechung („3 t“) nicht binnen 3 Jahren widersprochen wurde. Dieser Preis gilt dann als Vertragspreis und tritt an die Stelle der preisrechtlich unzulässigen Vergütung (BGH, Urteil vom 05.10.2016, VIII ZR241/15 (und seither ständige Rechtsprechung des BGH): Bei einer unwirksamen Preisänderungsklausel also gilt der Preis, der drei Jahre vor der Unwirksamkeitsrüge gestellt wurde. Alle Preisanpassungen danach, die über diesen Preis („3 t“) hinaus gehen, sind unwirksam.

Auf der anderen Seite hat der Wärmeversorger (Contractor) ein einseitiges Recht und einseitige Pflicht zur Festlegung einer neuen Preisänderungsklausel, die dann wieder den Anforderungen des § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV entsprechen muss (BGH, Urteil vom 26.01.2022, VIII ZR 175/19).

## 2. Rechte der Mieter bei der „Preiskontrolle“

Die zu 1. aufgezeigten Determinanten gelten „nur“ im Rechtsverhältnis zwischen Contractor und Wärmekunde. Weil in der Regel die Vermietende die Wärmekundin ist, gilt diese „Preiskontrolle“ mithin nicht direkt zugunsten der Mietenden, die „nur“ über die Betriebskosten gegenüber ihren Vermietenden mit dem Wärmelieferergeld zu tun haben (Ausnahme sind freilich so genannte Direkt-Wärmelieferverträge, bei denen die Mietenden direkt mit dem Contractor Wärmelieferverträge schließen). Abgesehen von diesem Ausnahmefall ist damit zugunsten der Mietenden „nur“ das so genannte Wirtschaftlichkeitsgebot nutzbar. Zum Gebot der Wirtschaftlichkeit gemäß § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB und § 560 Abs. 5 BGB zählt indes auch die Pflicht der Vermieterin zur gewissenhaften Prüfung der Wärmeabrechnung. Danach ist die Vermieterin verpflichtet, sehr sorgsam zu prüfen, ob die jeweilige Wärmeabrechnung mit dem Wärmeliefervertrag und den darin vereinbarten Preisänderungsklauseln in Einklang steht und ob die Preisänderungsklauseln rechtswirksam sind. Die Mieterin hat zudem das Recht, von ihrer Vermieterin in die Lage versetzt zu werden, selbst den Wärmeliefervertrag zwischen ihrer Vermieterin und dem Fernwärmelieferanten zu prüfen – und vor allem auch die darin enthaltenen Preisänderungsklauseln. Bis zur vollständigen Vorlage dieser Unterlagen kann die Mieterin die Bezahlung von Nachzahlungsforderungen sowie auch von laufenden Nebenkostenvorauszahlungen auch zurück halten (Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB; vgl. BGH, Hinweisbeschluss vom 22.11.2011, VIII ZR 38/11).

Der Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz stellt jedenfalls bei preisfreiem Wohnraum dabei meines Erachtens auch eine Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Mietvertrag dar. Die

schädigende Handlung erfolgt bereits in der Eingehung der Verpflichtung, die zu den erhöhten Ausgaben führt und die Pflichtverletzung begründet auch einen Schadensersatzanspruch der Mieterin nach §§ 280 Abs. 1, 249 BGB, der wiederum darauf gerichtet ist, dass die Mieterin von den unnötigen Kosten freigehalten wird. Die Abrechnung bleibt nach betriebskostenrechtlichen Gesichtspunkten zwar inhaltlich „richtig“, aber die Mieterin hat einen Schadensersatzanspruch. Prozessual muss die Mieterin, da sie sich auf diese Pflichtverletzung (d.h. den Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz) beruft, indes die Tatsachen darlegen und beweisen, aus denen sich der Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 05.10.2022, Az. VIII ZR 117/21).

Über den Autor:

Herr Rechtsanwalt Dr. Dirk Legler, ist auf das Recht der dezentralen Energieversorgung (mit Wärme und Strom) spezialisiert und verfügt seit fast 20 Jahren über Erfahrungen in diesem Bereich. Er ist Partner der Kanzlei Günther in Hamburg und berät zusammen mit seinem Team sehr viel und bundesweit bei der dezentralen Wärmeversorgung von Wohnimmobilien. Die Entwicklung von Vertrags- und Geschäftsmodellen der dezentralen Wärme- und Stromversorgung ist neben der Beratung über aktuelle Rechtsfragen aus diesem Bereich ein deutlicher Schwerpunkt seiner täglichen Arbeit.