

Rundschreiben 03/2011

Thema: Umstellung auf Fernwärme / Mietrecht

1. Einleitung

Die Umstellung auf Fernwärme wird zunehmend interessanter. Immer mehr Anbieter dringen auf den Markt, insbesondere auch Kommunen, die eine ortsnahe Energieversorgung anbieten. Dabei muss der Vermieter einiges beachten, um keine Nachteile zu erleiden. Die Umstellung auf Fernwärme bzw. das „Wärmecontracting“ birgt auch manches Problem. Umstritten ist die Umlagefähigkeit der in Rechnung gestellten Wärmelieferungskosten.

2. Betriebskostenbegriff und Fernwärme

Der Bezug von Fernwärme soll für den Vermieter letztlich ein „Durchlaufposten“, wie andere Betriebskosten auch, sein. Statt der eigenen Kosten der Heizung treten nun an deren Stelle die vom Wärmelieferanten in Rechnung gestellten Beträge.

Der Vermieter muss aber im Rahmen der Vertragsgestaltung bzw. bei Umstellung auf Fernwärme besonders sorgfältig sein, damit keine Nachteile entstehen.

Grundsätzlich trägt der Vermieter gem. § 535 Abs. 1 Satz 3 BGB die Lasten der Mietsache, was gleichzeitig bedeutet, dass der Vermieter auch die Betriebskosten grundsätzlich trägt. Berücksichtigt man allein diese gesetzliche Wertung, so bedeutet dies, dass die Wärmelieferung grundsätzlich vom Vermieter zu bezahlen ist und nicht auf den Mieter umlegbar wäre. Damit ist festzuhalten, dass im Mietvertrag zunächst eine Vereinbarung zur Umlage von Betriebskosten enthalten sein muss. Es stellt sich die Frage, ob der übliche Verweis im Mietvertrag auf die Betriebskostenverordnung bzw. die Geltung der Heizkostenverordnung ausreicht.

Ein weiteres Problem ist, dass zwar die Aufwendungen für die Wärmelieferung laufende Kosten sind, die damit an sich die klassische Definition der Betriebskosten erfüllen, im Preis aber auch durch den Anbieter Verwaltungskosten und Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung mit eingerechnet sind, sowie ein Gewinnanteil. Das Gesetz nimmt aber grundsätzlich Verwaltungskosten und die Kosten der Instandhaltung und Instandsetzung von der Betriebskostendefinition aus, so dass der Mieter diese an sich nicht tragen muss.

Kein Grundsatz ohne Ausnahmen. In der Betriebskostenverordnung werden gemäß § 2 Nr. 4 – 6 BetrKV die Positionen als „Kosten der eigenständigen gewerblichen Lieferung von Wärme und Warmwasser“ ausdrücklich als umlagefähig bezeichnet.

Diese Ausnahmen sind aber nicht grenzenlos. So sollen die Investitionskosten für eine „Übergabestation“ nicht angesetzt werden können. Nur deren Betriebskosten selbst, einschließlich der Kaltwasserkosten für den Wärmetauscher, sollen umlagefähig sein¹.

¹ LG Berlin GE 2006, 1041

Im Bereich der Heizkostenverordnung zwingt der Verordnungsgeber Vertragsparteien, d. h. Vermieter und Mieter dazu, bestimmte Betriebskostenpositionen verbrauchsabhängig abzurechnen. Die Heizkostenverordnung geht gem. § 2 HeizkostenV anderen Regelungen vor. Die Parteien können also mit wenigen Ausnahmen nicht von der Heizkostenverordnung abweichen². Es stellt sich deshalb die Eingangsfrage, ob die Lieferung von Fernwärme und Fernwarmwasser von der Heizkostenverordnung gedeckt ist, da die Wärme oder das Warmwasser nicht vom Gebäudeeigentümer, sondern von einem Dritten bereit gestellt wird. Das sind üblicherweise Fernversorgungsunternehmen wie Fernheizwerk, Kraftwerk mit Kraft-/Wärmekopplung, usw. Ebenfalls möglich ist auch das Betreiben eines entsprechenden Versorgungsunternehmens, die die Heizungsanlage des Gebäudeeigentümers für ihn im eigenen Namen und für eigene Rechnung betreibt. Fraglich ist auch, ob zwischen „Nah- und Fernwärme“ zu unterscheiden ist.

Seit der Fassung der Heizkostenverordnung vom 19.01.1989 sind gem. § 1 Abs. 1 Nr. 2 HeizkostenV auch die *„eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme und Warmwasser, auch als Anlagen nach Nr. 1 (Wärmelieferung, Warmwasserlieferung)“*, in den Anwendungsbereich der Heizkostenverordnung einbezogen.

Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die Wärme- oder Warmwasserlieferung in Lieferverträgen als Direkt-, Nah- oder Fernlieferung bezeichnet wird.

Im Ergebnis ist festzustellen, dass nur ältere Fassungen (bis 19.01.1989) der Heizkostenverordnung problematisch sein können, die jüngere Fassung der Heizkostenverordnung weitgehend die Problematik abdeckt.

Es kommt somit nicht mehr auf die Nähe der Anlage zum versorgten Gebäude an, gleichgültig ist auch, ob ein entsprechend größeres Leistungsnetz vorhanden ist³.

Fehlt eine wirksame Betriebskostenvereinbarung über die Umlage der Wärmelieferungskosten, sind nur die in § 7 Abs. 2 Heizkostenverordnung ausdrücklich ausgewiesenen Kostenpositionen umlagefähig.

3. Rechtsprechung zum Wärmecontracting; Erforderlichkeit der Zustimmung

Nachdem auch durch die Heizkostenverordnung geklärt ist, dass derartige Versorgungskonzepte grundsätzlich vom Anwendungsbereich erfasst sind, verlagerten sich die Streitigkeiten auf das so genannte „Wärmecontracting“. Es bezeichnet die Übertragung des Betriebs einer vorhandenen Heizungsanlage auf einen Dritten.

Problematisch war, ob der Vermieter für eine derartige Umstellung die Zustimmung des Mieters benötigt. Der Streit entzündete sich insbesondere an den höheren Wärmepreisen, die dem Mieter in Rechnung gestellt werden, weil dort an sich „betriebskostendefinitionsfremde“ Bestandteile, wie Verwaltungskosten, usw. mit einkalkuliert sind.

Meinung 1: Vertragliche Vereinbarung oder Zustimmung notwendig

Eine Auffassung meinte, dass der Vermieter nur dann eine Umstellung vornehmen kann, wenn dies im Mietvertrag zuvor geregelt wurde oder der Mieter nachträglich ausdrücklich zustimmt. Diese Meinung stellte sich auf den Standpunkt, dass eine getroffene Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter bindend ist, mit der Folge, dass der Vermieter zusätzlich entstehende Kosten nicht gegen den Willen des Mieters umlegen kann⁴.

² Gem. § 2 HeizkostenV gibt es eine Ausnahme bei Gebäuden mit nicht mehr als 2 Wohnungen, von denen eine der Vermieter selbst bewohnt; die Heizkostenverordnung findet auch auf bestimmte Sachverhalte keine Anwendung, die in § 11 HeizkostenV geregelt sind.

³ Dies wurde noch vor der Neufassung der Heizkostenverordnung anders gesehen, BGH NJW 1990; 1181, BGH NJW 1986, 3195

⁴ LG Braunschweig ZMR 2000, 832; LG Essen, LG Frankfurt a. Main WuM 2003, 217; LG Berlin WuM 2004, 611; LG Köln WuM 2004, 400

Meinung 2: Keine Vereinbarung oder Zustimmung notwendig

Eine Auffassung meinte, dass der Vermieter auch ohne vertragliche Grundlagen und ohne Zustimmung des Mieters eine Umstellung vornehmen kann, selbst wenn in den Wärmepreis Kosten für Kapital, Gewinn, usw. einkalkuliert sind⁵.

Rechtsauffassung Bundesgerichtshof (BGH)

Der BGH entschied sich zu Gunsten der ersten Meinung⁶. Der BGH war der Meinung, dass es einer entsprechenden Zustimmung bedarf:

„Eine Abweichung von der mit dem Mieter vereinbarten Vertragsgestaltung durch einseitige Erklärung des Vermieters ist nicht gerechtfertigt und würde den Mieter mit Kosten belasten, auch wenn sie ihm durch die vertragliche Belastung mit den Heizkosten nicht auferlegt werden; dies betrifft insbesondere die Investitionskosten. Etwas anderes folgt vorliegend nicht aus § 7 Abs. 3 HeizkostenV. Nach dieser Vorschrift sind zwar die Kosten einer Wärmelieferung gem. § 7 Abs. 1 HeizkostenV zu verteilen. Doch setzt sie voraus, dass zwischen Vermieter und Mieter bereits eine vertragliche Vereinbarung über die grundsätzliche Verteilung der Heizkosten besteht, wozu auch die Art und Weise der Versorgung mit Wärme gehört. Fehlt eine solche Vereinbarung, kann auch die in der Heizkostenverordnung zugelassene Umlegbarkeit der Wärmelieferungskosten nicht zu einer Umlegung führen.“

Trotz Kritik bestätigte der BGH in einem weiteren Urteil diese Auffassung⁷. In dieser Entscheidung führte der BGH sogar aus, dass selbst für den Fall, dass die Umstellung bereits vor dem Vertragsabschluss erfolgt ist, es einer vertraglichen Grundlage für die Umlage bedarf. Sofern der Vermieter sämtliche durch das Wärmecontracting entstandenen Kosten auf den Mieter umlegen will, muss dies im Mietvertrag geregelt werden. Aus der vorangegangenen Entscheidung des Jahres 2005 kann nicht entnommen werden, dass eine vertragliche Grundlage entbehrlich ist, bzw. eine Zustimmung, wenn die Umstellung bereits vor Abschluss des Mietvertrages erfolgt sei.

Es stellt sich nun die Frage, was dies in der Praxis für den Vermieter bedeutet.

Die Frage ist relativ einfach zu beantworten. Der Vermieter, der sich mit dem Gedanken des Wärmecontracting befasst, muss, wenn er sein Mietobjekt vermieten will oder vermietet hat, bei der Vertragsgestaltung mitdenken bzw. frühzeitig die Zustimmung einholen, wenn Lücken im Vertrag vorhanden sind.

Deshalb kann differenziert werden:

Neue Mietverträge:

Der Vermieter hat es bei der Vertragsgestaltung von neuen Mietverträgen in der Hand, die Frage der Heizungsumstellung auf Fernwärme einer ausdrücklichen Regelung zuzuführen. In diesem Fall, wenn eine vertragliche Grundlage geschaffen wurde, ist die bereits erfolgte bzw. noch folgende Umstellung unproblematisch.

Vermieter müssen darauf achten, dies im Vertrag zu prüfen und im Zweifelsfall rechtlichen Rat einzuholen.

Alte Mietverträge:

⁵ LG Frankfurt a. d. Oder WuM 1999, 403; LG Chemnitz NJW 2000, 81; LG München II WuM 2000, 81; AG Dortmund NJW 2004, 300

⁶ BGH NJW 2005, 1777

⁷ BGH WuM 2007, 445

Vermieter müssen einen Blick in den Mietvertrag werfen, insbesondere unter den Passagen, die sich mit der Betriebskostenumlage befassen. Viele Verträge beinhalten zudem den Text oder den Verweis auf die Anlage 3 zu § 27 II. BV oder aber die Betriebskostenverordnung.

Der BGH vertritt die Auffassung, dass ein Vermieter seine Ölzentralheizung stilllegen und abbauen kann und zur Fernwärme übergehen darf, wenn eine vertragliche Bestimmung im Mietvertrag existiert. Dabei stellt der BGH für den Vermieter glücklicherweise keine hohen Anforderungen. Sofern im Mietvertrag eine Klausel enthalten ist, wonach der Mieter die Betriebskosten der Heizung nach Anlage 3 zu § 27 II. BV zu tragen hat, soll dies ausreichen⁸.

Die Umstellung auf Fernwärme ist keine einseitige Änderung des Mietvertrages, da durch die vertragliche Fassung keine Verpflichtung des Vermieters bestand, dass nur mit Ölzentralheizung geheizt werden darf. Eine derartige Einschränkung lässt sich dem Vertrag nicht entnehmen. Vielmehr ist umgekehrt der Vertrag offen, führt durch die Verweisung auf die entsprechende Anlage 3 zu § 27 II. BV dazu, dass auch Kosten der Wärmelieferung durch Fernwärme umlagefähige Betriebskosten sind.

Der BGH stellt aber ausdrücklich klar, dass zu den Kosten der Wärmelieferung auch die in den Wärmepreis einkalkulierten Investitions- und Verwaltungskosten sowie der Gewinn des Wärmelieferanten gehören⁹. Diese Entscheidung ist auch übertragbar auf die Verweisung in Mietverträgen auf die Betriebskostenverordnung als Nachfolgeregelung der Anlage 3 zu § 27 II. BV.

Problematisch sind Mietverträge, in denen noch die ältere Fassung (bis 19.01.1989) der Anlage 3 zu § 27 II. BV enthalten oder darauf verwiesen ist. Fassungen vom 05.04.1984 bis zum 19.01.1989 erlauben nur die Umlage der Fernwärme, nicht aber der Nahwärme. Fassungen vor dem 05.04.1984 erlauben gar keine Umlage der Kosten der Wärmelieferung.

Hier muss im Einzelfall geprüft werden, welche Fassung dem Mietvertrag zugrunde gelegt wurde. Hier rächt sich, wer als Vermieter an aktuellen Mietvertragsmustern spart und ältere Fassungen weiter verwendet hat.

4. Wirtschaftlichkeitsgrundsatz

Einen weiteren Streitpunkt stellt der so genannte „Wirtschaftlichkeitsgrundsatz“ dar. Mieter wenden ein, dass der Wärmepreis unwirtschaftlich ist. Unwirtschaftliche Kosten müsse der Mieter nicht tragen. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ist in § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB geregelt. Nach dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit sind nur Betriebskosten umlegbar, die bei einer ordnungsgemäßen Wirtschaftsführung entstehen. Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit ist vom Standpunkt eines vernünftigen Vermieters auszugehen, der ein vertretbares Kostenutzenverhältnis im Auge hat. Der Vermieter sollte daher Preisvergleiche machen, bevor die Verträge mit dem Wärmecontractor abgeschlossen werden.

Der BGH musste sich mit dieser Problematik bereits befassen.

Sofern der Vertrag bereits vor Abschluss des Mietvertrages mit dem Wärmecontractor geschlossen wurde, greift der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nicht. Es fehlt bereits an einer vertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme, da ein Mietvertragsverhältnis noch nicht besteht¹⁰. Die Pflicht entsteht mit Abschluss des Mietvertrages.

Sofern der Mietvertrag besteht, existiert auch eine entsprechende Pflicht zur Rücksichtnahme. Allerdings muss der Mieter konkret vortragen, dass das Wärmecontracting im vorliegenden Fall unwirtschaftlich sei. Beispielsweise dadurch, dass er auf bestimmte Positionen verweist, die von anderen Anbietern preiswerter angeboten werden. Erst wenn dies geschehen

⁸ BGH NJW 2007, 3060

⁹ BGH NJW 2007, 3060; BGH NJW 2003, 2009

¹⁰ BGH WuM 2008, 29

ist, muss der Vermieter darlegen und beweisen, dass er das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht verletzt hat.

5. Zusammenfassung

Der Bezug von Fernwärme bzw. das Wärmecontracting können im Mietrecht zu Streitpotential führen. Vermietern ist dringend zu raten, bevor sie ihre Versorgung umstellen, Mietverträge anzupassen bzw. Mietverträge zu prüfen. Gleiches gilt auch für die im Immobilienbereich tätigen, wie Hausverwaltungen und Makler, damit keine Schadensersatzansprüche entstehen.