

Rechtliche Fragen zum Klimaschutzplan

Hier:

(a) Abrechnung von erneuerbarem Mieterstrom als umlagefähige Betriebskosten

(b) Bepreisung von Wärme und Warmwasser aus erneuerbaren Energien, ohne dass eine Wärmelieferung durch Dritte vorliegt

(geringfügig überarbeitete) Fassung vom 06.07.2018

Inhalt

Aufgabenstellung.....	3
1. Hintergrund: Worum geht es konkret?	3
1.1. [Strom]: Mieterstrom als umlagefähige Betriebskosten.....	3
1.2. [Wärme]: Bepreisung von Wärme und Warmwasser aus erneuerbaren Energien ...	4
2. Mieterstrom als Betriebskosten	5
2.1. Hintergrund: Das Mieterstromgesetz 2017	5
2.2. Begriff der Betriebskosten de lege lata	6
2.3. Europarechtliche Grenzen durch liberalisierten Strommarkt	8
2.4. Mögliche (ertrags)steuerrechtliche Auswirkungen?	10
2.4.1. Umsatzsteuer.....	10
2.4.2. Ertragssteuerrecht: Wohnungsbaugenossenschaften	11
2.4.3. Ertragssteuerrecht: Wohnungsunternehmen	12
2.5. Praktische Implikationen	14
2.6. Abschließende Einschätzung	15
3. Bepreisung Wärme.....	16
3.1. Rechtliche Ausgangslage	16
3.2. Fiktive Kosten als Betriebskosten.....	17
3.3. Erfasste Technologien und technische Anforderungen.....	18
3.4. Anwendungsbereich.....	19
3.4.1. Anwendung im Neubau?	19
3.4.2. Einbeziehung bereits errichteter Anlagen?	20
3.5. Vermeidung einer Doppelbelastung durch Wärmepreis und Modernisierungsmieterhöhung.....	20
3.6. Zum Modus der Umlegung und zur Bemessung der umlegbaren Geldbeträge.....	21
3.7. Vorläufige Einschätzung.....	24

Aufgabenstellung

Die Auftragnehmer sind gebeten worden, in einer kompakt angelegten gutachterlichen Darstellung zwei Fragestellungen rechtswissenschaftlich zu untersuchen, die im Rahmen der Unterarbeitsgruppe (UAG) 2 „Rechtlicher Rahmen“ zur Innovationspartnerschaft aufgeworfen wurden. Es handelt sich um Vorschläge, die den Einsatz von erneuerbaren Energien in Wohngebäuden fördern sollen und die jeweils das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter sowie Grundsatzfragen des Miet- und des Betriebskostenrechts berühren. Konkret geht es zum einen darum, ob von Vermietern an Mieter gelieferter (geleisteter) Strom aus erneuerbaren Energien auch als umlagefähige Betriebskosten abgerechnet werden kann. Zum anderen geht es um eine Bepreisung von Wärme und Warmwasser aus erneuerbaren Energien, ohne dass eine Wärmelieferung durch Dritte vorliegt.

1. Hintergrund: Worum geht es konkret?

1.1. [Strom]: Mieterstrom als umlagefähige Betriebskosten

Unter dem Begriff „Mieterstrom“ wurden Stromversorgungsmodelle entwickelt, bei denen Gebäudeeigentümer Strom an ihre Mieter, Pächter oder vergleichbare Vertragsparteien¹ liefern. Die charakteristischen Merkmale von Mieterstrommodellen, ihre Potenziale sowie ihr Beitrag zur Energiewende wurden seit längerer Zeit thematisiert.² Dabei spielten regelmäßig auch rechtliche und administrative Hemmnisse eine wesentliche Rolle.

Vor diesem Hintergrund wurde im Sommer 2017 das „Gesetz zur Förderung von Mieterstrom und zur Änderung weiterer Vorschriften des Erneuerbare-Energien-Gesetzes“ verabschiedet.³ Das Gesetz regelt ausdrücklich, dass die Belieferung mit Mieterstrom in einem von dem Mietvertrag separaten Vertrag geregelt werden sollte (§ 42a Abs. 2 Satz 1 EnWG-neu). Hintergrund war insbesondere, dass der „Grundsatz der freien Wahl des Stromlieferanten [...] das wesentliche Merkmal des liberalisierten Strommarkts und auch europarechtlich fundiert“⁴ sei. Daraus folgt letztlich, dass der Mieterstrom unabhängig von den mit dem Mietvertrag verbundenen Betriebskosten abzurechnen ist.

Für Vermieter könnte eine Abrechnung des Stromes als umlagefähige Betriebskosten jedoch insbesondere aus drei Gründen als vorteilhaft angesehen werden:

1. Die Verknüpfung mit der Betriebskostenabrechnung könnte, auch wenn keine rechtliche Bindung besteht, für die Planungssicherheit günstig sein, weil mit einer geringeren Kündigungsneigung der Mieter gerechnet werden könnte.
2. Die Abrechnung könnte für ihn ggf. administrativ einfacher zu handhaben sein, wenn sie innerhalb der ohnehin stattfindenden Betriebskostenabrechnung stattfindet.

¹ Vgl. die Formulierung „Mieter, Pächter oder an vergleichbare Vertragsparteien“ in § 1a Abs. 2 Nr. 1; § 7; § 13a Abs. 1 StromStV.

² Vgl. nur Koepp/Krampe/Wünsch/Schalle – Mieterstrom: Rechtliche Einordnung, Organisationsformen, Potenziale und Wirtschaftlichkeit von Mieterstrommodellen (MSM), Schlussbericht vom 17.01.2017, Projekt im Auftrag des BMWi. Auftragnehmer Prognos AG sowie Boos, Hummel & Wegerich (BH&W).

³ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 14.06.2017, BT-Drs. 18/12728 (erledigt); Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen vom 16.05.2017, BT-Drs. 18/12355; Beschlussempfehlung und Bericht vom 28.06.2017, BT-Drs. 18/12988. Vgl. zum Gesetzgebungsverfahren auch <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/815/81581.html>. Das Gesetz ist zum 25. Juli 2017 in Kraft getreten.

⁴ BT-Drs. 18/12355, S. 25.

3. Möglicherweise könnte dadurch ein aus der Gewerbesteuer resultierendes Hemmnis überwunden werden. Grundsätzlich kann die Summe des gewerbesteuerpflichtigen Gewinns auf Antrag um den Ertrag aus der Vermietertätigkeit von Wohnungsbaun-
ternehmen gekürzt werden (sog. erweiterte Gewerbesteuerkürzung). Voraussetzung
ist allerdings, dass das Wohnungsbaununternehmen keiner anderen gewerblichen Tä-
tigkeit nachgeht.⁵ Tut es dies, wenn auch nur mit untergeordneter Bedeutung, so
droht ihm, dass die an sich von der Gewerbesteuer befreite Vermietungstätigkeit des
Wohnungsunternehmens ebenfalls in vollem Umfang gewerbesteuerpflichtig wird
(sog. „Gewerbesteuerinfizierung“).⁶ Die Belieferung der Mieter mit Strom wird jedoch
regelmäßig als gewerbliche Tätigkeit zu qualifizieren sein. Eine ähnliche „Gewerbe-
steuerinfizierung“ gibt es bei der Befreiung bei der Körperschaft- und Gewerbesteuer
für Wohnungsgenossenschaften. Es ist zumindest denkbar, dass sich dieser Effekt
bei einer Abrechnung als umlagefähige Betriebskosten vermeiden lässt.

Vor diesem Hintergrund regte die UAG eine gutachterliche Untersuchung an, ob und ggf. wie
Mieterstrom als umlagefähige Betriebskosten abgerechnet werden könnte.

1.2. [Wärme]: Bepreisung von Wärme und Warmwasser aus erneuerbaren Energien

Die zweite vorliegend zu betrachtende Fragestellung betrifft die Lieferung von aus erneuer-
baren Energien erzeugter Wärme und Warmwasser an Mieter, wenn der Vermieter die An-
lage selbst errichtet und betreibt. Nach derzeitiger Rechtslage darf ein Vermieter hierbei nur
diejenigen Betriebskosten auf die Mieter umlegen, die ihm auch tatsächlich entstanden sind.
Die laufenden und damit umlagefähigen Betriebskosten – insbesondere die Brennstoffkosten
– sind bei erneuerbaren Energien jedoch regelmäßig vergleichsweise niedrig. Die Investiti-
onskosten können jedoch nicht anteilig als Betriebskosten umgelegt werden, sondern ggf.
nur über eine Kaltmietenerhöhung im Rahmen einer Modernisierungsmieterhöhung nach
§ 559 BGB.

Etwas anderes gilt grundsätzlich, wenn der Vermieter einen Dritten (Contractor) mit der Er-
richtung und dem Betrieb der Anlage zur Versorgung von Wärme und Warmwasser beauf-
tragt. Dieser kann dem Vermieter bzw. den Mietern einen sog. Wärmelieferungspreis in
Rechnung stellen. In seiner Kalkulation des Wärmelieferungspreises ist der Contractor
grundsätzlich frei, lediglich in Fällen, in denen im laufenden Mietverhältnis ein Contractor die
Versorgung mit Wärme und Warmwasser übernimmt, muss er zum Umstellungszeitpunkt die
Kostenneutralität nach § 556c BGB i. V. m. der Wärmelieferverordnung einhalten, wenn der
Mieter die Kosten der Wärmelieferung als Betriebskosten tragen soll.

Vor diesem Hintergrund regte die UAG eine gutachterliche Untersuchung an, ob und ggf. wie
fiktive Kosten in der Betriebskostenabrechnung für den Einsatz an sich kostenloser Energie-
träger wie Sonne oder Erd- bzw. Umweltwärme angesetzt werden können. Auf diese Weise
könnte die Refinanzierung von EE-Anlagen über den Verkauf der erzeugten Energie im
Rahmen der Betriebskosten erfolgen. Eine Modernisierungsmieterhöhung könnte entfallen.
Dadurch würde es für Vermieter attraktiver werden, Wärme und Warmwasser erzeugende
EE-Anlagen selbst zu errichten und zu betreiben. Auch für die Mieterseite kann das vorteil-

⁵ Ausführlich hierzu Koepp/Krampe/Wünsch (Prognos) / Schalle (Boos, Hummel & Wegerich), Mieterstrom –
Rechtliche Einordnung, Organisationsformen, Potenziale und Wirtschaftlichkeit von Mieterstrommodellen (MSM),
S. 24ff.

⁶ Ausführlich hierzu Koepp/Krampe/Wünsch (Prognos) / Schalle (Boos, Hummel & Wegerich), Mieterstrom –
Rechtliche Einordnung, Organisationsformen, Potenziale und Wirtschaftlichkeit von Mieterstrommodellen (MSM),
S. 24ff.

haft sein. Es müsste nicht zu einer Erhöhung der Kaltmiete kommen, so dass ein in der Praxis oft schwieriger Konflikt mit den Mietern vermieden werden könnte. Die Abrechnung der Wärmelieferung als eine laufende Vermieterleistung dürfte erheblich einfacher zu vermitteln sein als die Umlage von Investitionskosten.

2. Mieterstrom als Betriebskosten

Für die Bearbeitung der ersten Fragestellung – die Abrechenbarkeit des Mieterstroms als umlagefähige Betriebskosten – sollen zunächst wesentliche Elemente der derzeitigen gesetzlichen Neuregelung durch das Mieterstromgesetz 2017 dargestellt werden (2.1). Anschließend findet eine Auseinandersetzung mit dem bestehenden Begriffsverständnis der Betriebskosten statt (2.2). Daran anknüpfend wird auf europarechtliche Grenzen (2.3) sowie mögliche steuerrechtliche Auswirkungen (2.4) eingegangen. Schließlich werden praktische Implikationen erörtert (2.5) und eine abschließende Einschätzung getroffen (2.6).

2.1. Hintergrund: Das Mieterstromgesetz 2017

Ziel des erst 2017 erlassenen Mieterstromgesetzes⁷ ist es, für Mieter eine Möglichkeit zur Teilhabe an der Energiewende zu schaffen, von der sie auch wirtschaftlich profitieren. Wesentlicher Bestandteil des Gesetzes ist, dass Mieterstrom aus Solaranlagen eine Förderung nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG 2017) erhält.⁸ Solarstrom wird seitdem nicht nur im Fall der Einspeisung ins Stromnetz gefördert,⁹ sondern auch, wenn er ohne Nutzung des Netzes direkt an Letztverbraucher im Wohngebäude mit der Solaranlage geliefert und von diesen verbraucht wird.

Im Gesetzgebungsverfahren war es entscheidend, dass „Mieter [...] die Entscheidung für oder gegen den Bezug von Mieterstrom frei treffen können. Daher sieht das Gesetz vor, dass [...] Mietvertrag und Mieterstromvertrag getrennte Verträge sind. Es wird sichergestellt, dass sie unabhängig voneinander abgeschlossen und gekündigt werden können.“¹⁰ Aufgrund des „strukturellen Verhandlungsungleichgewichts“¹¹ zwischen Mieter und Vermieter wurden einige weitere Regelungen erlassen, welche einen Missbrauch verhindern sollen. Diese wurden jedoch nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) verankert, sondern im neu geschaffenen Paragrafen über „Mieterstromverträge“ in § 42a Energiewirtschaftsgesetz (EnWG).¹² Der Gesetzgeber ließ sich von folgenden Grundgedanken leiten:

„Eine wichtige Rolle bei dem Ziel, Letztverbraucher an den wirtschaftlichen Vorteilen der Mieterstromförderung zu beteiligen, spielt die wettbewerbliche Selbststeuerung über den Strommarkt: Nur wenn der Mieter das Wahlrecht hat, bei überhöhten Preisen erst gar keinen Mieterstromvertrag abzuschließen oder später zu einem anderen Stromanbieter zu wechseln, hat der Mieterstromanlieferant einen Anreiz, wettbewerbsfähige Preise anzubieten. Der Grundsatz der freien Wahl des Stromlieferanten ist das wesentliche Merkmal des liberalisierten Strommarkts und auch europarechtlich fundiert. Mit dieser Maßgabe sind sowohl die Interessen der Anbieter als auch der Verbraucher von Mieterstrom in den Blick zu nehmen. Der Rechtsrahmen muss einem [sic!] an-

⁷ Zum Mieterstromgesetz auch: Thorsten Kirch, Das Gesetz zur Förderung von Mieterstrom, jurisPR-UmwR 7/2017 Anm. 1.

⁸ BT-Drs. 18/12988, S. 1.

⁹ Zur beihilferechtlichen Notifizierung siehe <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2017/20171120-zypries-gruenes-licht-aus-bruessel-fuer-mieterstrom.html> sowie http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_48327.

¹⁰ BT-Drs. 18/12355, S. 13; siehe auch BT-Drs. 18/12355 S. 2 und S. 25f.

¹¹ BT-Drs. 18/12355, S. 25

¹² Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 2 Absatz 6 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2808) geändert worden ist.

gemessenen Ausgleich dieser beiden Interessenlagen Sorge tragen, ohne die Privatautonomie über das notwendige Maß hinaus einzuschränken. Außerdem muss die Mieterstromlieferung in die bestehenden energiewirtschaftsrechtlichen Regelungen zur Energielieferung an Letztverbraucher eingefügt werden. Diesem Ziel dient der neue § 42a EnWG.“¹³

Die wesentlichen Regelungen zur Vertragsgestaltung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Ein Mieterstromvertrag darf nach § 42a Abs. 2 S. 1 EnWG nicht Bestandteil eines Vertrags über die Miete von Wohnräumen sein.¹⁴
- Nach § 42a Abs. 2 S. 6 EnWG muss der Mieterstromvertrag die umfassende Versorgung des Letztverbrauchers mit Strom auch für die Zeiten vorsehen, in denen kein (erneuerbarer) Mieterstrom geliefert werden kann.
- Vertragslaufzeiten und Kündigungsmöglichkeiten sind gem. § 42a Abs. 3 EnWG reguliert. Die Laufzeit eines Mieterstromvertrags ist auf ein Jahr begrenzt. Zusätzlich sind eine stillschweigende Verlängerung um mehr als ein Jahr sowie eine mehr als dreimonatige Kündigungsfrist vor Ablauf der ursprünglichen oder stillschweigend verlängerten Vertragslaufzeit unwirksam. Hierdurch soll ein „Rechtsrahmen für Verbraucherschutz durch Wettbewerb geschaffen“ werden.¹⁵ Die Vorschriften sollen sicherstellen, dass ein Mieter sich frei für oder gegen den Abschluss und die Fortführung des Mieterstromvertrags entscheiden kann. In der Gesetzesbegründung wird großen Wert darauf gelegt, dass der Anbieter von Mieterstrom im Wettbewerb mit den übrigen Stromanbietern stehe, da dies eine faire Preisgestaltung für den Mieterstrom gewährleisten.¹⁶ Zudem ist in § 42a Abs. 2 S. 7 EnWG vorgesehen, dass bei einer Beendigung des Wohnraummietvertrags auch der Mieterstromvertrag mit der Rückgabe der Wohnung endet, ohne dass es einer ausdrücklichen Kündigung bedarf.
- Der Gesetzgeber sieht angesichts des strukturellen Verhandlungsungleichgewichts auch eine Regulierung des Preises vor. Nach § 42a Abs. 4 EnWG gilt eine Preisobergrenze von 90% des örtlichen Grundversorgungstarifes.
- Schließlich wird in § 42a Abs. 1 EnWG klargestellt, dass alle Vorgaben des EnWG auch für die Belieferung von Letztverbrauchern mit Mieterstrom¹⁷ gelten, soweit sich aus den anderen Absätzen dieses Paragraphen nichts anderes ergebe.

Insgesamt zeigt die vom Gesetzgeber gewählte Konstruktion, dass es aus mehreren Gründen wesentlich erschien, die Entscheidungsfreiheit der Mieter zu schützen. Zudem sollte die energiewirtschaftliche Regulierung des liberalisierten Strommarkts weitestgehend auch auf Mieterstromverträge angewendet werden.

2.2. Begriff der Betriebskosten de lege lata

Es gehört gem. § 535 Abs. 1 S. 3 BGB zu den Hauptpflichten des Vermieters, die „auf der Mietsache ruhenden Lasten zu tragen“. Diese gesetzliche Pflichtenverteilung ist allerdings

¹³ BT-Drs. 18/12355, S. 25.

¹⁴ In § 42a Abs. 2 EnWG ist klargestellt, dass bei einem Verstoß gegen dieses Kopplungsverbot der Mieterstromvertrag nichtig ist. Eine Rückabwicklung nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften des BGB ist jedoch teilweise ausgeschlossen. Durch einen gedeckelten Wertersatz soll sichergestellt werden, dass der Vermieter in solchen Fällen zumindest einen Teil seiner Kosten decken kann. Siehe hierzu BT-Drs. 18/12988, S. 41.

¹⁵ BT-Drs. 18/12355, S. 26.

¹⁶ BT-Drs. 18/12355, S. 26.

¹⁷ Mieterstrom im Sinn von § 21 Abs. 3 EEG 2017.

abdingbar,¹⁸ wovon auch regelmäßig Gebrauch gemacht wird. Für Wohnraummietverträge existieren zudem die Sonderregelungen der §§ 556 ff. BGB,¹⁹ welche unter bestimmten Voraussetzungen die Umlegung der Betriebskosten auf die Mieter ermöglichen. Nach der Legaldefinition in § 556 Abs. 1 S. 2 BGB sind die Betriebskosten „die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen.“ § 556 Abs. 1 S. 3 BGB verweist für die Aufstellung der Betriebskosten auf die Betriebskostenverordnung, welche in § 1 Abs. 1 S. 1 BetrKV²⁰ die Legaldefinition der Betriebskosten wiederholt²¹ und im Übrigen weitere Abgrenzungen und Klarstellungen vornimmt. So gehören nach § 1 Abs. 2 BetrKV weder Verwaltungskosten noch Instandhaltungs- oder Instandsetzungskosten zu den Betriebskosten.

Aus mehreren Gründen handelt es sich bei dem für Mieterstrom zu zahlenden Entgelt nicht um Betriebskosten im Sinne der derzeitigen Definition:

Zunächst ist festzustellen, dass es sich bei dem Mieterstrom-Entgelt nicht um **Kosten** handelt, die dem Eigentümer – durch die Inanspruchnahme von Fremdleistungen – tatsächlich entstanden sind.²² Vielmehr wird – wie auch § 42a Abs. 4 EnWG²³ verdeutlicht – zwischen den Parteien ein **Preis** vereinbart, der nicht mit den tatsächlich laufenden Kosten übereinstimmen muss und es dem Vermieter erlaubt, einen Gewinn zu erwirtschaften. Mit Ausnahme der Eigenleistung des Vermieters nach § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV dürfen keine fiktiven Kosten angesetzt werden.²⁴ Demnach dürfen Sach- und Arbeitsleistungen des Eigentümers mit dem Betrag angesetzt werden, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers, angesetzt werden könnte, jedoch ohne Umsatzsteuer. Zwar könnte bei einer extensiven Auslegung in Betracht kommen, die Belieferung mit Strom als „Sachleistung“ des Eigentümers anzusehen. Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um eine Leistung, die in Zusammenhang mit dem Mietvertrag erfolgt, sondern in Erfüllung des separat abgeschlossenen Mieterstromvertrags.

Nach der gesetzlichen Definition der Betriebskosten wird zudem vorausgesetzt, dass es sich um **grundstücksbezogene** Kosten handelt – also Kosten, die dem Eigentümer²⁵ entweder

- durch das Eigentum (oder Erbbaurecht) am Grundstück oder
- durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks

entstehen. Dies ist nicht der Fall. Vorliegend geht es um eine gegenüber dem einzelnen Mieter individuell erbrachte und nur ihm dienende Leistung, wobei der Anspruch auf Entrichtung

¹⁸ MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, BGB § 535 Rn. 145.

¹⁹ MüKoBGB/Häublein, 7. Aufl. 2016, BGB § 535 Rn. 145.

²⁰ Betriebskostenverordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346, 2347), die durch Artikel 4 des Gesetzes vom 3. Mai 2012 (BGBl. I S. 958) geändert worden ist.

²¹ vgl. zudem § 27 Abs. 1 S. 1 der Zweiten Berechnungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Oktober 1990 (BGBl. I S. 2178), die zuletzt durch Artikel 78 Absatz 2 des Gesetzes vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2614) geändert worden ist.

²² Schmidt-Futterer/Langenberg, 13. Aufl. 2017, BGB § 556 Rn. 76.

²³ § 42a Abs. 4 EnWG lautet: Der für den Mieterstrom und den zusätzlichen Strombezug nach Absatz 2 Satz 6 zu zahlende Preis darf 90 Prozent des in dem jeweiligen Netzgebiet geltenden Grundversorgungstarifs, auf Basis des Grund- und Arbeitspreises, nicht übersteigen. Wird der Höchstpreis nach Satz 1 überschritten, erfolgt eine Herabsetzung auf den Preis, der diesem Höchstpreis entspricht.

²⁴ MüKoBGB/Schmid/Zehelein, 7. Aufl. 2016, BetrKV § 1 Rn. 12.

²⁵ Vgl. demgegenüber zu unmittelbaren Mieterleistungen Schmidt-Futterer/Langenberg, 13. Aufl. 2017, BGB § 556 Rn. 75.

des Entgelts für den Bezug des Mieterstroms auf der in einem separaten Vertrag geregelten Verpflichtung zur Erzeugung und Lieferung von Strom einerseits und seiner entsprechenden Abnahme durch den Mieter andererseits beruht.

Demnach kann festgehalten werden, dass es sich bei dem für Mieterstrom entrichteten Entgelt nicht um Betriebskosten im Sinne der derzeitigen Rechtslage handelt. Obgleich es ein systemfremder Eingriff in die Definition der Betriebskosten wäre, kommt daher nur in Betracht, die gesetzlichen Bestimmungen so anzupassen, dass Mieterstrom vom Betriebskostenbegriff umfasst ist. Hierbei sind jedoch die europarechtlichen Implikationen zu berücksichtigen.

2.3. Europarechtliche Grenzen durch liberalisierten Strommarkt

Einer gesetzlichen Änderung im Bereich des Mieterstroms sind durch den liberalisierten Strommarkt Grenzen gesetzt. Insbesondere sieht die Elektrizitätsbinnenmarkt-RL 2009/72/EG²⁶ als wesentlichen Grundsatz vor, dass alle Kunden den Stromlieferanten frei wählen können.

Bereits Erwägungsgrund (3) der Richtlinie unterstreicht, dass „allen Verbrauchern die freie Wahl ihrer Lieferanten und allen Anbietern die freie Belieferung ihrer Kunden gestattet“ sein soll. Hierfür sieht Art. 3 Abs. 7 S. 6 RL 2009/72/EG vor, dass „zugelassene Kunden tatsächlich leicht zu einem neuen Lieferanten wechseln können.“ Zumindest für Haushaltskunden muss dies die im Anhang I der Richtlinie aufgeführten Maßnahmen einschließen. Anhang I Abs. 1 lit. e) RL 2009/72/EG sieht vor, dass sichergestellt wird, dass Kunden „den Lieferanten ohne Berechnung von Gebühren wechseln können“.²⁷ Von diesen Grundsätzen des liberalisierten Strommarkts sieht die Richtlinie keine Ausnahmen vor. Selbst die Regelungen des Art. 44 RL 2009/72/EG für den Fall, dass sich für den Betrieb von kleinen, isolierten Netzen erhebliche Probleme ergeben, gestatten es nicht, von den grundlegenden kundenschützenden Regelungen des Art. 3 RL 2009/72/EG abzuweichen.

Dementsprechend wurde das Wahlrecht des Mieters, einen Mieterstromvertrag abzuschließen, im Gesetzgebungsverfahren des Mieterstromgesetzes 2017 betont und in § 42a EnWG festgeschrieben (siehe hierzu ausführlich 2.1).²⁸

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass es sich bei dem Energienetz in dem betreffenden Gebäude energiewirtschaftsrechtlich um eine nicht regulierte „Kundenanlage“ handelt. Auch bereits vor Erlass des Mieterstromgesetzes 2017 konnten entsprechende Konstellationen energiewirtschaftlich so eingeordnet werden. Bei einem Mietshaus handelt es sich klassischerweise²⁹ um eine „Kundenanlage“ im Sinne des § 3 Nr. 24a EnWG.³⁰ Schon in der

²⁶ Richtlinie 2009/72/EG vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. 2009 Nr. L 211, 55.

²⁷ Darüber hinaus sieht Art. 3 Abs. 5 RL 2009/72/EG vor, dass vertraglich zulässige Lieferantenwechsel innerhalb von drei Wochen vorgenommen werden. Zudem haben Kunden das Recht, sämtliche sie betreffenden Verbrauchsdaten zu erhalten. Hierbei ist sicherzustellen, dass diese Rechte allen Kunden ohne Diskriminierung bezüglich der Kosten, des Aufwands und der Dauer gewährt werden.

²⁸ Da viele Mieterstrommodelle zudem im nicht regulierten Raum als „Kundenanlagen“ bzw. „Kundenanlagen zur betrieblichen Eigenversorgung“ iSd. § 3 Nr. 24a/b EnWG stattfinden, ist über deren Definitionen klargestellt, dass es sich um Energieanlagen handelt, die „jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden“, vgl. hierzu ausführlich die Gesetzesbegründung BT-Drs. 17/6072, S. 51.

Vgl. auch § 20a Abs. 3 EnWG sowie § 20 StromGKV und GasGKV.

²⁹ Voß/Weise/Heßler bezeichnen Mietshäuser als den „klassischen Fall einer Kundenanlage“; in: Quo vadis Kundenanlage? Eine Auswertung der veröffentlichten Rechtsprechung, EnWZ 2015, 12 (16).

Gesetzesbegründung heißt es, dass „geografisch eng begrenzte ‚Hausanlagen‘ innerhalb von Gebäuden oder Gebäudekomplexen [...] in der Regel Kundenanlagen dar[stellen].“³¹ Wesentliches europarechtlich determiniertes Kriterium einer „Kundenanlage“ ist nach dessen lit d), dass die Energieanlagen „jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden“. Das Kriterium soll die rechtlichen Einwände des EuGH³² gegen die Privilegierung von Objektnetzen nach § 110 EnWG 2005 ausräumen, die von der Pflicht zur diskriminierungsfreien Gewährung des Netzzugangs ausgenommen waren.³³

Mit der gesetzlichen Definition der „Kundenanlage“ 2011 wollte der Gesetzgeber auch den energiewirtschaftlich regulierten vom nicht regulierten Bereich abgrenzen.³⁴ Denn nach § 3 Nr. 18 EnWG macht „der Betrieb einer Kundenanlage [...] den Betreiber [vorliegend also: Vermieter] nicht zum Energieversorgungsunternehmen“ mit den damit verbundenen zahlreichen Verpflichtungen. Europarechtlich bedingte Voraussetzung für diese Klarstellung ist jedoch, eine diskriminierungsfreie Nutzung der Anlagen für dritte Nutzer zu ermöglichen. Die Pflicht soll sowohl gegenüber dritten an die Anlage angeschlossenen Letztverbrauchern gelten als auch gegenüber Lieferanten, die zur Belieferung der Letztverbraucher auf die Nutzung der Anlage angewiesen sind.³⁵

Eine Regelung, welche das grundsätzliche Recht des Mieters, seinen Lieferanten frei zu wählen bzw. diesen zu wechseln, einschränken könnte, wäre somit erheblichen Risiken ausgesetzt, gegen europäisches Recht zu verstoßen.

Wollte man dieses Risiko vermeiden, so könnte daher allenfalls in Betracht gezogen werden, das Wahlrecht des Mieters sowie die derzeitigen Vorgaben durch § 42a EnWG-neu auf-

³⁰ Die Definition der Kundenanlagen lautet: „Energieanlagen zur Abgabe von Energie,

- a) die sich auf einem räumlich zusammengehörenden Gebiet befinden,
- b) mit einem Energieversorgungsnetz oder mit einer Erzeugungsanlage verbunden sind,
- c) für die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas unbedeutend sind und
- d) jedermann zum Zwecke der Belieferung der angeschlossenen Letztverbraucher im Wege der Durchleitung unabhängig von der Wahl des Energielieferanten diskriminierungsfrei und unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden.“

³¹ Gesetzentwurf, BT-Drs. 17/6072, S. 51.

³² EuGH, Urteil vom 22. Mai 2008, Rechtssache C-439/06, (Cityworks), Link: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=67746&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

³³ Voß/Weise/Heßler: Quo vadis Kundenanlage? Eine Auswertung der veröffentlichten Rechtsprechung, EnWZ 2015, 12 (14). Ebenso: Wolf, in: Säcker, Energierecht, § 110 EnWG Rn. 32; Danner/Theobald/Jacobshagen/Kachel, 94. EL Juli 2017, EnWG § 110 Rn. 35.

³⁴ Gesetzentwurf, BT-Drs. 17/6072, S. 46 sowie S. 51. Zur Abgrenzung geschlossener Verteilnetze und Kundenanlagen siehe auch Vogt, Die Kundenanlage nach dem neuen EnWG, RdE 2012, 95; Strohe, Geschlossene Verteilernetze – Ein Überblick über § 110 EnWG und die Abgrenzung zur Kundenanlage, CuR 2011, 105; Jacobshagen/Kachel/Baxmann, Geschlossene Verteilernetze und Kundenanlagen als neuer Maßstab der Regulierung, IR 2012, 2; Ortlieb, Der Leitfaden zu den geschlossenen Verteilernetzen – Überblick über das „Gemeinsame Positionspapier der Regulierungsbehörden der Länder und der Bundesnetzagentur zu geschlossenen Verteilernetzen gem. § 110 EnWG vom 23.2.2012“, EWeRK 2012, 88; Schalle, Geschlossene Verteilernetze und Kundenanlagen – neue Kategorien im EnWG, ZNER 2011, 406.

³⁵ So Voß/Weise/Heßler, Quo vadis Kundenanlage? Eine Auswertung der veröffentlichten Rechtsprechung, EnWZ 2015, 12 (14) unter Verweis auf EuGH, NVwZ 2008, 769 – Citiworks, Rn. 43 sowie BT-Drs. 17/6072, 51. Rn. 43 des EuGH-Urteils lautet: „Im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2003/54 ist ausgeführt, dass in einem vollständig geöffneten Markt den Verbrauchern die freie Wahl ihrer Lieferanten und den Anbietern die freie Belieferung ihrer Kunden gestattet sein muss. Wie der Generalanwalt in Nr. 72 seiner Schlussanträge zu Recht hervorgehoben hat, sind diese beiden Rechte naturgemäß miteinander verbunden. Denn damit die Kunden ihren Lieferanten frei wählen können, muss den Anbietern der Zugang zu den jeweiligen Übertragungs- und Verteilernetzen, die die Elektrizität zu den Kunden leiten, möglich sein.“

rechtzuerhalten, dabei jedoch die jeweiligen Erträge aus dem Mieterstrom rein abrechnungstechnisch „als Betriebskosten“ zu behandeln. Dies würde allerdings einen grundlegenden Eingriff in den bisherigen Betriebskostenbegriff darstellen, der sich allenfalls lohnen könnte, wenn dieser mit steuerrechtlichen oder Praktikabilitätsvorteilen verbunden sein sollte.

2.4. Mögliche (ertrags)steuerrechtliche Auswirkungen?

Wie eingangs erwähnt,³⁶ existieren ertragssteuerrechtliche Hemmnisse für Mieterstrom. Es ist zumindest denkbar, dass sich diese vermeiden lassen, wenn die Erträge aus dem Mieterstrom als Betriebskosten abgerechnet werden. Denn es ist für die Beurteilung der Steuerpflicht oft wesentlich, ob die Stromlieferung als unselbstständige Nebenleistung zur Wohnraumbereitstellung verstanden wird.

Hierzu soll zunächst kurz auf die Umsatzsteuer eingegangen werden (2.4.1), bevor die Rechtslage bei den Ertragssteuern dargestellt wird. Für die ertragssteuerrechtliche Betrachtung ist zwischen Wohnungsgenossenschaften einerseits (2.4.2) und Wohnungsunternehmen andererseits (2.4.3) zu unterscheiden.

2.4.1. Umsatzsteuer

Erträge aus dem Verkauf von Strom unterliegen grundsätzlich der Umsatzsteuerpflicht. Die Weitergabe von Betriebskosten an Mieter ist hingegen nach § 4 Nr. 12 Satz 1 UStG als übliche Nebenleistung nicht umsatzsteuerpflichtig,³⁷ was auch deren Abrechnung erleichtert. Eine Steuerbefreiung von Mieterstrom ist aufgrund eines Urteils des BFH³⁸ jedoch auch bisher schon möglich.³⁹ In Abschnitt 4.12.1 Abs. 5 des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses⁴⁰ des BMF heißt es hierzu:

„¹Zu den nach § 4 Nr. 12 Satz 1 UStG steuerfreien Leistungen der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken gehören auch die damit in unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden üblichen Nebenleistungen (BFH-Urteil vom 9. 12. 1971, V R 84/71, BStBl 1972 II S. 203). ²Dies sind Leistungen, die im Vergleich zur Grundstücksvermietung bzw. -verpachtung nebensächlich sind, mit ihr eng zusammenhängen und in ihrem Gefolge üblicherweise vorkommen. ³Als Nebenleistungen sind in der Regel die Lieferung von Wärme, die Versorgung mit Wasser, auch mit Warmwasser, die Überlassung von Waschmaschinen, die Flur- und Treppenreinigung, die Treppenbeleuchtung **sowie die Lieferung von Strom durch den Vermieter anzusehen** (vgl. BFH-Urteil vom 15. 1. 2009, V R 91/07, BStBl II S. 615 und EuGH-Urteile vom 11. 6. 2009, C-572/07, RLRE Tellmer Property, und vom 27. 9. 2012, C-392/11, Field Fisher Waterhouse). [...]“

Auch wenn das Umsatzsteuergesetz Nebenleistungen nicht explizit erwähnt, sind diese bereits von der Umsatzsteuer befreit. Eine gesetzliche Fiktion des Entgelts für Mieterstrom als

³⁶ Siehe 1.1.

³⁷ Heidner in: Bunjes, Umsatzsteuergesetz, 16. Auflage 2017, § 4 Nr.12 UStG Rn. 36. Hierzu ausführliche Erörterungen durch: Wüst: Nebenleistungen zu Vermietungsumsätzen – fällt auf Betriebskostenumlagen nach dem EuGH-Urteil v. 16.4.2015 – C-42/14 Umsatzsteuer an?, MwStR 2015, 447; Schütz, Die Umsatzsteuer in der Betriebskostenabrechnung, NZM 2014, 417.

³⁸ BFH, Urteil vom 15. 1. 2009, V R 91/07.

³⁹ IWU, Möglichkeiten der Wohnungswirtschaft zum Einstieg in die Erzeugung und Vermarktung elektrischer Energie, S. 17, mwN.

⁴⁰ Umsatzsteuer-Anwendungserlass vom 1. Oktober 2010, BStBl I S. 846 – aktuelle Version (Stand 31. Dezember 2017), http://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/BMF_Schreiben/Steuerarten/Umsatzsteuer/Umsatzsteuer-Anwendungserlass/2017-12-31-umsatzsteuer-anwendungserlass-konsolidierte-fassung-31-12-2017.html

„Betriebskosten“ hätte demnach – soweit ersichtlich – keine umsatzsteuerrechtlichen Auswirkungen.

2.4.2. Ertragssteuerrecht: Wohnungsbaugenossenschaften

Wohnungsgenossenschaften sind nach § 5 Abs. 1 Nr. 10 KStG für die Umsatzerlöse aus der Überlassung der eigenen Wohnungen an Genossen von der Körperschaftsteuer befreit.⁴¹ An der Körperschaftsteuerbefreiung hängt gemäß § 3 Nr. 15 GewStG gleichzeitig auch die Gewerbesteuerbefreiung.

Diese Befreiung wird durch § 5 Abs. 1 Nr. 10 b) KStG erweitert, soweit die Wohnungsgenossenschaft im Zusammenhang mit der Wohnungsvermietung „Gemeinschaftsanlagen“ herstellt oder erwirbt und sie betreibt, wenn diese Einrichtungen überwiegend für Mitglieder und deren zum Haushalt gehörende Angehörige bestimmt sind und der Betrieb durch die Genossenschaft notwendig ist.⁴²

Nach dem BMF sind „Gemeinschaftsanlagen [...] bauliche Anlagen, die für Wohnungen errichtet werden und anstelle der üblicherweise zur Wohnungsnutzung gehörenden Einzelanlagen den Wohnungsberechtigten zur gemeinsamen Benutzung dienen. Dazu gehören z. B. gemeinsame Heizungsanlagen, Wasch- und Trockenanlagen, Badeeinrichtungen sowie Gemeinschaftsgebäude für Wohnsiedlungen“.⁴³

Wichtige gesetzliche Voraussetzung ist, dass die Gemeinschaftsanlagen für die Mitglieder bestimmt sind und der Betrieb durch die Genossenschaft oder den Verein notwendig ist. Hierzu ist allerdings für Mieterstrommodelle keine gefestigte Auslegung in Verwaltungspraxis oder Rechtsprechung auffindbar. In einem IWU-Bericht⁴⁴ heißt es hierzu treffenderweise wie folgt:

„Hierzu gibt es bislang keine klaren gesetzlichen Regelungen. Auch von der Finanzverwaltung gibt es bislang nur Äußerungen zu dem Sachverhalt, dass der Strom aus einer Erzeugungsanlage in das öffentliche Netz eingespeist wird und nicht – was hier das Thema der Untersuchung ist – an die eigene Mieterschaft bzw. an die Genossen verkauft wird. Die Einspeisung des regenerativ erzeugten Stroms ins Netz wird jedenfalls nicht den begünstigten Tätigkeiten zugerechnet.“⁴⁵

⁴¹ Siehe hierzu Großklos/Behr (IWU) / Paschka (hessenENERGIE), Möglichkeiten der Wohnungswirtschaft zum Einstieg in die Erzeugung und Vermarktung elektrischer Energie, S. 16

⁴² BMF, Schreiben betr. Aufhebung der Steuerbefreiung für gemeinnützige Wohnungsunternehmen und Einführung der Steuerbefreiung für Vermietungsgenossenschaften sowie -vereine durch das Steuerreformgesetz 1990, vom 22. November 1991 (BStBl. I S. 1014) (BMF IV B 7 – S 2730 – 24/91), Rn. 25.

⁴³ BMF, Schreiben betr. Aufhebung der Steuerbefreiung für gemeinnützige Wohnungsunternehmen und Einführung der Steuerbefreiung für Vermietungsgenossenschaften sowie -vereine durch das Steuerreformgesetz 1990, vom 22. November 1991 (BStBl. I S. 1014) (BMF IV B 7 – S 2730 – 24/91), Rn. 26.; dort heißt es weiter:

Rn. 28: „Die Steuerbefreiung wird nicht dadurch eingeschränkt, daß Gemeinschaftsanlagen oder Folgeeinrichtungen auch von Nichtmitgliedern in Anspruch genommen werden; die Nutzung durch Nichtmitglieder darf aber nicht überwiegen.“

Rn. 29: „Das steuerbegünstigte „Betreiben“ einer Gemeinschaftsanlage oder Folgeeinrichtung setzt nicht voraus, daß die Vermietungsgenossenschaft im eigenen Namen und für eigene Rechnung den Nutzenden gegenüber selbst tätig wird.“

vgl. hierzu auch: Blümich/von Twickel, 139. Aufl. 2017, KStG § 5 Rn. 221.

⁴⁴ Großklos/Behr (IWU) / Paschka (hessenENERGIE), Möglichkeiten der Wohnungswirtschaft zum Einstieg in die Erzeugung und Vermarktung elektrischer Energie, S. 16.

⁴⁵ Unter Verweis auf weitergehende ausführliche Darstellungen in Toptaner: Verkauf selbsterzeugten Stroms an die Mieter – neue Chancen für die Wohnungswirtschaft, Abschlussarbeit im Studiengang Energiewirtschaft an der Hochschule Darmstadt, September 2014, S. 4ff. sowie GdW-Arbeitshilfe 71: Wohnungsunternehmen als Energieerzeuger – Bedeutung, Möglichkeiten, wirtschaftliche und rechtliche Rahmenbedingungen; Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e.V., Berlin, September 2013, S. 80.

Eine Lösung könnte sein, in die Körperschaftsteuer-Richtlinien⁴⁶ einen entsprechenden Auslegungshinweis aufzunehmen – vergleichbar mit dem Auslegungshinweis im Rahmen der Umsatzsteuer. Bei einer mietrechtlichen Deklaration des Stromentgelts als „Betriebskosten“ wäre hingegen nicht sichergestellt, dass sich dies auf die Auslegung des § 5 Abs. 1 Nr. 10 b) KStG auswirkt. Verbindliche Rechtssicherheit könnte im Übrigen selbstverständlich durch eine ausdrückliche Regelung hierzu in § 5 KStG erreicht werden.

Ergänzend ist auszuführen, dass für den Fall, dass die EE-Anlage nicht als Gemeinschaftsanlage angesehen wird, nach § 5 Abs. 1 Nr. 10 S. 2 KStG die Befreiung von der Körperschaftsteuer – insgesamt – erst dann bedroht ist, wenn die Einkünfte aus dem Vertrieb von Mieterstrom – ggf. gemeinsam mit weiteren Geschäftstätigkeiten – einen Anteil von 10% ihrer Gesamteinnahmen erreichen.⁴⁷

Im Ergebnis kann nicht sicher darauf geschlossen werden, dass die Einordnung der Erträge aus dem Mieterstrom als Betriebskosten Einfluss auf die ertragssteuerliche Bewertung haben würde. Die gewünschte Rechtsfolge könnte durch eine Änderung des KStG oder einen Auslegungshinweis des BMF erreicht werden. Darauf, ob das Entgelt mietrechtlich als Bestandteil der Betriebskosten eingestuft ist, kommt es dafür nicht an.

2.4.3. Ertragssteuerrecht: Wohnungsunternehmen

Wohnungsunternehmen, die nicht – wie soeben dargestellt – ohnehin gewerbsteuerbefreit sind, haben die Möglichkeit, eine „erweiterte Gewerbesteuerkürzung“ nach § 9 Nr. 1 Satz 2 ff GewStG für ihre Vermietungstätigkeit in Anspruch zu nehmen.⁴⁸ Voraussetzung ist allerdings, dass das Wohnungsbaununternehmen keiner anderen gewerblichen Tätigkeit nachgeht.⁴⁹ Tut es dies, wenn auch nur mit untergeordneter Bedeutung, so droht ihm, dass die an sich von der Gewerbesteuer faktisch befreite Vermietungstätigkeit des Wohnungsunternehmens in die Gewerbesteuerbemessungsgrundlage einbezogen wird (sog. „Gewerbesteuerinfizierung“).⁵⁰

Die Lieferung von Strom gehört nach der Auslegung des Bayerischen Landesamtes für Steuern – anders als die Lieferung von Wärme – nicht zu den Obliegenheiten im Rahmen eines Wohnraummietvertrages und sei deshalb eine sonstige gewerbliche Tätigkeit.⁵¹

⁴⁶ Körperschaftsteuer-Richtlinien 2015 (KStR 2015) Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Anwendung des Körperschaftsteuerrechts vom 6. April 2016 (BStBl. I 2016 Sondernummer 1 S. 2).

⁴⁷ Vgl. hierzu Koepp/Krampe/Wünsch (Prognos) / Schalle (Boos, Hummel & Wegerich), Mieterstrom – Rechtliche Einordnung, Organisationsformen, Potenziale und Wirtschaftlichkeit von Mieterstrommodellen (MSM), S. 25.

⁴⁸ Siehe hierzu ausführlich Koepp/Krampe/Wünsch (Prognos) / Schalle (Boos, Hummel & Wegerich), Mieterstrom – Rechtliche Einordnung, Organisationsformen, Potenziale und Wirtschaftlichkeit von Mieterstrommodellen (MSM), S. 24ff. Großklos/Behr (IWU) / Paschka (hessenENERGIE), Möglichkeiten der Wohnungswirtschaft zum Einstieg in die Erzeugung und Vermarktung elektrischer Energie, S. S. 16f.

⁴⁹ Ausführlich hierzu Koepp/Krampe/Wünsch (Prognos) / Schalle (Boos, Hummel & Wegerich), Mieterstrom – Rechtliche Einordnung, Organisationsformen, Potenziale und Wirtschaftlichkeit von Mieterstrommodellen (MSM), S. 24ff.

⁵⁰ Ausführlich hierzu Koepp/Krampe/Wünsch (Prognos) / Schalle (Boos, Hummel & Wegerich), Mieterstrom – Rechtliche Einordnung, Organisationsformen, Potenziale und Wirtschaftlichkeit von Mieterstrommodellen (MSM), S. 24ff.; siehe hierzu auch Meitz, Mieterstrommodelle vor dem Durchbruch?, Aktuelle Rechtslage und geplante Neuregelungen, in: REE 1/2017, S. 17ff. (19).

⁵¹ Bayerisches Landesamt für Steuern, Verfügung betr. Auswirkungen des Betriebs von Blockheizkraftwerken (BHKW) durch Wohnungsunternehmen auf die Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 ff. GewStG, vom 14. Oktober 2015 (StEd S. 766) (LfSt Bayern G 1425.1.1-6/5 St31); offengelassen in FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13.12.2011 – 6 K 6181/08, wo es um Strom ging, der aus Dach-Photovoltaikanlagen ausschließlich in das Netz eingespeist wurde: „Die Stromerzeugung und -einspeisung stellen auch keine Nebengeschäfte dar, die dem Begriff der Grundstücksverwaltung zuzurechnen und deshalb für die Inanspruchnahme der erweiterten Gewerbesteuerkürzung unschädlich sind. Derartige Nebengeschäfte liegen nur vor, wenn sie der Grundstücksnutzung und -

„Die Vertreter der obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder haben die Frage erörtert, ob der Betrieb einer Kraft-Wärme-Kopplungs-Anlage (KWK-Anlage), hier speziell eines Blockheizkraftwerks (BHKW), Auswirkungen auf die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 ff. GewStG hat.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Versorgung der Mietwohnungen mit **Wärme (und Warmwasser)** zu den mietrechtlichen Obliegenheiten des Wohnungsunternehmens zählt (vgl. auch BGH-Urteil vom 30.06.1993 – XII ZR 161/91 – BB 1993 S. 1760). Diese Tätigkeit ist Teil der von § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG begünstigten Tätigkeiten des Unternehmens.

Dagegen stellt die **Erzeugung und Lieferung von Strom** eine eigenständige, nicht zu den Obliegenheiten des Wohnungsunternehmens (des Vermieters) zählende Tätigkeit dar.

Diese Tätigkeit ist gewerblich. Sie ist nicht von § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG als begünstigte oder nicht kürzungsschädliche Tätigkeit erfasst. Übt ein Wohnungsunternehmen eine solche Tätigkeit aus, kann die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 ff. GewStG nicht gewährt werden.

Hierauf hat der Umstand, dass bei einer KWK-Anlage der Strom „rein technisch bedingt“ anfällt, keinen Einfluss. Kürzungsunschädlich wäre es nur, wenn das Wohnungsunternehmen den anfallenden Strom selbst verbraucht, d. h. daneben keine Lieferung an Dritte (einschließlich an Mieter) vornimmt.

Die Kürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 ff. GewStG ist beim Wohnungsunternehmen auch nicht ausgeschlossen, wenn die KWK-Anlage nicht selbst, sondern z. B. von einem Contractor betrieben wird und das Unternehmen von diesem die Wärme bezieht und der Contractor den Strom an Dritte (einschließlich an Mieter) veräußert.“ (Hervorhebungen im Original)⁵²

Anders als im Umsatzsteuerrecht⁵³ ist die Erzeugung und Lieferung von Strom an Mieter somit im Gewerbesteuerrecht keine zulässige Nebentätigkeit.⁵⁴

Vor dem Hintergrund der derzeitigen restriktiven Auslegung durch Rechtsprechung und Finanzbehörden kann nicht sicher davon ausgegangen werden, dass eine mietrechtliche Deklaration des Stromentgelts als „Betriebskosten“ ausreicht, um die ertragssteuerrechtlichen Hemmnisse rechtssicher zu beseitigen. Die steuerrechtliche Praxis stellt für die Auslegung des § 9 Nr. 1 GewStG nicht auf die Kategorie der „Betriebskosten“ ab, sondern darauf, ob eine mietrechtliche Obliegenheit vorliegt. Gegebenenfalls wäre daher eine Änderung des Gewerbesteuerrechts anzustreben, wie sie in der Wohnungswirtschaft gefordert wird.⁵⁵ Bei einer mietrechtlichen Deklaration des Stromentgelts als „Betriebskosten“ wäre hingegen nicht sichergestellt, dass sich dies auf die Auslegung des § 9 Nr. 1 GewStG auswirkt.

verwaltung im eigentlichen Sinne dienen und als "zwingend notwendiger Teil einer wirtschaftlich sinnvoll gestalteten eigenen Grundstücksverwaltung und -nutzung angesehen werden" können (z.B. BFH-Beschluss vom 17. Oktober 2002 BFH Aktenzeichen IR2401 I R 24/01, BFHE 200, BFHE Band 200 Seite 54, BStBl II 2003, BSTBL Jahr 2003 II Seite 355). Hierzu zählt insbesondere der Betrieb notwendiger Sondereinrichtungen für die Mieter und von notwendigen Sondereinrichtungen im Rahmen der allgemeinen Wohnungsbewirtschaftung, etwa die Unterhaltung von zentralen Heizungsanlagen, Gartenanlagen und Ähnlichem (BFH-Urteil vom 14. Juni 2005 BFH Aktenzeichen VIII R 3/03, BFHE 210, BFHE Band 210 Seite 38, BStBl. II 2005, BSTBL Jahr 2005 II Seite 778). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, da der Betrieb der Photovoltaikanlagen nicht im Zusammenhang mit dem Betrieb der A's... steht. Anders wäre womöglich zu entscheiden, wenn der produzierte Strom für den Energiebedarf der A's... verwendet würde.“

⁵² Abrufbar unter beck-online sowie: <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/556977/>.

⁵³ Siehe oben, 2.4.1.

⁵⁴ Vgl. Gosch in Blümich, 139. Auflage 2018, § 9 GewStG, Rn. 60.

⁵⁵ Siehe GdW Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen, Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung von Mieterstrom vom 20. 3. 2017, S. 3 f.; vgl. auch Vogler/Große, EnWZ 2013, 217 [219 f.]. vgl. auch die Forderung der Fraktion Bündnis90/Die Grünen, BT-Drs. 8(9)1291.

2.5. Praktische Implikationen

Sofern das Recht des Mieters, seinen Lieferanten frei zu wählen, aus europarechtlichen Gründen nicht eingeschränkt werden kann und steuerrechtliche Vorteile nicht rechtssicher zu erwarten sind, ist es fraglich, welche Vorteile mit einer gesetzlichen Deklaration des Entgelts für den gelieferten Mieterstrom als „Betriebskosten“ – bzw. einer entsprechenden gesetzlichen Fiktion⁵⁶ – erreicht werden können.

Ausgangspunkt der Überlegung ist, dass es für den Vermieter ggf. administrativ einfacher zu handhaben sein könnte, wenn die Abrechnung des Stroms innerhalb der ohnehin stattfindenden Betriebskostenabrechnung stattfindet. Allerdings sind Betriebskostenabrechnungen auch mit einigen administrativen Hürden verbunden. Folgende Punkte sollten kurz andiskutiert werden:

- **Umlageschlüssel:** Wesentliche Vorteile einer Betriebskostenabrechnung liegen darin begründet, dass die bestehenden Kosten in der Praxis regelmäßig mit für alle Parteien einheitlichen Umlageschlüsseln und an alle Parteien umgelegt werden können. Dies wäre aber bei einer Deklaration des Stromentgelts als Betriebskosten nicht gesichert. Zum einen besteht für Mieter ja die Freiheit, den Stromlieferanten zu wechseln, so dass für den Vermieter kein einheitliches Vorgehen gewährleistet wäre. Zum anderen wäre für den Strom ohnehin rechtlich erforderlich, dass als neuer Umlageschlüssel (teilweise) der kWh-Verbrauch zugrunde gelegt werden muss (Anhang VII Nr. 1.1 der Energieeffizienz-RL 2012/27/EU). Dieser wäre jedoch auch bei einer bisher üblichen Abrechnung des Stromvertrags maßgeblich. Ergänzend hierzu könnten auch Verteilungsmaßstäbe für die Aufteilung von „Grundpreis“ und „Arbeitspreis“ erlassen werden – vergleichbar mit den Regelungen bei der Heizkostenverordnung für die Verteilung nach Verbrauch und Wohn-/Nutzfläche. Ein Vorteil, die energiewirtschaftlichen Abrechnungsschlüssel in die Betriebskostenabrechnung zu verlagern oder mit dieser zu kombinieren, ist hierdurch jedoch nicht ersichtlich. Im Gegenteil könnten hierdurch neue rechtliche und tatsächliche Unsicherheiten für die Betriebskostenabrechnung entstehen.
- **Frist:** Die Betriebskostenabrechnung muss Mietern und Mieterinnen nach § 556 Abs. 3 BGB spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Ende des Abrechnungszeitraums mitgeteilt werden. Nach Ablauf dieser Frist ist die Geltendmachung einer Nachforderung durch die Vermieter bzw. Vermieterinnen ausgeschlossen, es sei denn, sie haben die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten. Bei der „normalen“ (energierechtlichen) Abrechnung des Stroms nach § 40 EnWG gibt es zwar in den Abs. 3 und 4 ebenfalls Vorgaben an Rechnungsintervalle und -fristen, allerdings keine einer Ausschlussfrist entsprechende Rechtsfolge. Die dortigen Fristbestimmungen sind zudem nicht identisch mit denen des Betriebskostenrechts. Insbesondere muss den Letztverbrauchern nach § 40 Abs. 3 Satz 2 EnWG (abweichend von der an sich auch dort möglichen jährlichen Abrechnung) eine monatliche, vierteljährige oder halbjährliche Abrechnung angeboten werden. Soll dies ausgeschlossen werden, so bedarf es dafür einer entsprechenden Gesetzesänderung. Die Möglichkeit dazu dürfte jedoch nicht gegeben sein, da die Bestimmung der Umsetzung einer EU-rechtlichen Verpflichtung dient (vgl. Anhang VII Nr. 1.1 der Energieeffizienz-RL 2012/27/EU⁵⁷). Folglich müsste im Betriebskostenrecht insoweit eine Anpassung an

⁵⁶ Zu denken wäre hierbei an Formulierungen wie „Strom aus Mieterstromverträgen nach § 42a EnWG kann als Betriebskosten abgerechnet werden“, „...gilt als Betriebskosten...“ oder ähnliches.

⁵⁷ Richtlinie 2012/27/EU vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABl. 2012 Nr. L 315, 1.

die Anforderungen des EU-Rechts erfolgen – mit der Folge, dass die Stromverbrauchsabrechnung für den Strom bei Wahl eines kürzeren Abrechnungszeitraums durch Mieter letztlich doch nicht als Bestandteil der Gesamtabrechnung der Betriebskosten erfolgen könnte.

- **Informationspflichten:** Rechnungen für Energielieferungen an Letztverbraucher müssen gemäß § 40 Abs. 1 und 2 EnWG inhaltlich bestimmte Anforderungen erfüllen. Dies gilt auch bei einer Belieferung von Letztverbrauchern innerhalb einer Kundenanlage ohne Nutzung des Netzes der allgemeinen Versorgung⁵⁸ und damit auch bei Mieterstromverträgen. Diese Mindestanforderungen an die Abrechnung und an Abrechnungsinformationen sind jedoch für Energierechnungen ebenfalls weitgehend durch Art. 10 i.V.m. Anhang VII Energieeffizienz-RL 2012/27/EU vorgezeichnet und damit europarechtlich vorgegeben. Es sind keine Möglichkeiten ersichtlich, dass im Strombereich von diesen Anforderungen – beispielsweise zugunsten kleiner Unternehmen – grundsätzlich abgewichen werden kann.

Für Betriebskostenabrechnungen gibt es allerdings davon abweichende insbesondere durch die Rechtsprechung determinierte Anforderungen an Mindestangaben, Inhalt sowie die „gedankliche und rechnerische Verständlichkeit“. Sofern die erforderlichen Mindestinhalte nicht angegeben werden, ist die Betriebskostenabrechnung formell nicht ordnungsgemäß und somit unwirksam. Dies führt aufgrund der Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB regelmäßig dazu, dass Nachforderungen aufgrund einer späteren entsprechend ergänzten Abrechnung (zumindest hinsichtlich der betroffenen Kostenposition) scheitern.⁵⁹ Anders ist dies jedoch bei Fehlern, welche nicht den Mindestinhalt betreffen, sondern die inhaltliche Richtigkeit der Abrechnung. Hier können Fehler auch noch zu einem späteren Zeitpunkt korrigiert werden.

Bei einer Deklaration des Entgelts für den gelieferten Mieterstrom als „Betriebskosten“ müssten dann die verschiedenen formellen Anforderungen an die Abrechnungen – einerseits die europarechtlich vorgegebenen energierechtlichen und andererseits die betriebskosten- und mietrechtlichen – miteinander kombiniert werden. Es ist davon auszugehen, dass dies zumindest kleinere und mittlere Vermieter vor fast unlösbare Aufgaben stellen wird.

Besonders problematisch stellt sich dies mit Blick auf die weitreichende Rechtsfolge bei nicht hinreichenden Mindestinhalten der Betriebskostenabrechnung dar: Die Abrechnungen wären ggf. unwirksam. Im Falle einer gesonderten Stromkostenabrechnung würde eine vergleichbare Konsequenz nicht drohen.

2.6. Abschließende Einschätzung

Bei Erträgen aus geliefertem Mieterstrom handelt es sich nicht um „Betriebskosten“. Eine entsprechende gesetzliche Deklaration oder gesetzliche Fiktion wäre ein systemfremder Eingriff in den Betriebskostenbegriff. Aus europarechtlichen Gründen kann das Recht des Mieters, seinen Lieferanten frei zu wählen, nicht eingeschränkt werden. Auch eine Beseitigung der steuerrechtlichen Hemmnisse ist durch eine entsprechende Änderung nicht zu erwarten. Die europarechtlich vorgezeichneten Abrechnungs- und Informationspflichten hinsichtlich Energierechnungen können hierdurch nicht negiert werden. Diese harmonisieren nicht mit dem deutschen Betriebskostenrecht, so dass sie die gewünschten Vereinfachungen

⁵⁸ Siehe Koepf/Krampe/Wünsch (Prognos) / Schalle (Boos, Hummel & Wegerich), Mieterstrom – Rechtliche Einordnung, Organisationsformen, Potenziale und Wirtschaftlichkeit von Mieterstrommodellen (MSM), S. 27.

⁵⁹ Im Einzelnen: Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, S. 381f., H IV. Rn. 161f.

konterkarieren und sogar zusätzliche Komplikationen auslösen können. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass die Komplexität der Betriebskostenabrechnung deutlich zunehmen würde.

Eine entsprechende Änderung ist deshalb nicht zu empfehlen.

3. Bepreisung Wärme

Für die Bearbeitung der zweiten Fragestellung – der Bepreisung von Wärme und Warmwasser aus erneuerbaren Energien als Betriebskosten – soll zunächst die rechtliche und tatsächliche Ausgangslage umrissen werden (3.1). Anschließend wird erörtert, inwieweit es denkbar ist, fiktive Kosten im Rahmen der Betriebskosten abzurechnen (3.2). Daran anknüpfend wird auf die erfassten Technologien (3.3), den Anwendungsbereich (3.4) sowie die Vermeidung einer Doppelbelastung der Mieter durch Wärmepreis und Modernisierungsmieterhöhung (3.5) eingegangen. Schließlich wird eine Regulierung des Preises erörtert, um einem möglichen Missbrauch vorzubeugen (3.6). Die Betrachtung schließt mit einem Fazit (3.7).

3.1. Rechtliche Ausgangslage

Wie bereits in der Aufgabenstellung (1.2) beschrieben, stellt es sich aus dem Blickwinkel des Vermieters in Bestandsgebäuden relativ ungünstig dar, in Eigenregie eine neue EE-Anlage für die Wärmeversorgung zu errichten und zu betreiben:

- Nach derzeitiger Rechtslage darf ein Vermieter hierbei nur diejenigen Betriebskosten auf die Mieter umlegen, die ihm auch tatsächlich entstanden sind. Die laufenden und damit umlagefähigen Betriebskosten – insbesondere die Brennstoffkosten – sind bei erneuerbaren Energien jedoch regelmäßig vergleichsweise niedrig. Die Investitionskosten können nicht anteilig als Betriebskosten umgelegt werden, sondern ggf. nur über eine Kaltmietenerhöhung im Rahmen einer Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB. Dies liegt insbesondere an dem Betriebskostenbegriff (siehe 2.2), auf den sogleich näher eingegangen wird (3.2).
- Wenn der Vermieter einen Dritten (Contractor) mit der Errichtung und dem Betrieb der Anlage zur Versorgung von Wärme und Warmwasser beauftragt, so kann dieser hingegen dem Vermieter bzw. den Mietern einen sog. Wärmelieferungspreis in Rechnung stellen. In seiner Kalkulation des Wärmelieferungspreises ist der Contractor grundsätzlich frei, lediglich in Fällen, in denen im laufenden Mietverhältnis ein Contractor die Versorgung mit Wärme und Warmwasser übernimmt, muss er zum Umstellungszeitpunkt die Kostenneutralität nach § 556c BGB i. V. m. der Wärmelieferverordnung einhalten, wenn der Mieter die Kosten der Wärmelieferung als Betriebskosten tragen soll.

Anders als bei der Lieferung von Strom findet die Lieferung von Wärme und Warmwasser an Mieter nicht in einem liberalisierten – und europarechtlich regulierten – Markt statt. Deshalb stellen sich vorliegend nicht die oben unter (2.) aufgeworfenen Fragen der Vertragsfreiheit des Mieters. Im Gegenteil gilt die Belieferung mit Wärme und Wasser als Obliegenheit des Vermieters, der die Kosten entsprechend den Vorgaben der Heizkostenverordnung an die einzelnen Nutzer der mit Wärme oder Warmwasser versorgten Räume (Mieter, Wohnungseigentümer, etc.) umlegt. Hierbei müssen auch diejenigen Nutzer einen Teil der Kosten tragen, die selbst keine Wärme und/oder Warmwasser verbraucht haben.

Auch die im Rahmen des Mieterstromthemas diskutierten steuerrechtlichen Hemmnisse spielen keine Rolle, da jeweils anerkannt ist, dass es sich bei der Versorgung mit Wärme und Warmwasser um Nebenpflichten des Vermieters bzw. eine zulässige Nebentätigkeit handelt (siehe 2.4.).

Entscheidend sind vielmehr Begriff und Systematik der Betriebskosten (siehe sogleich 3.2).

3.2. Fiktive Kosten als Betriebskosten

Wie bereits dargelegt (2.2), sind Betriebskosten legal definiert als „die Kosten, die dem Eigentümer oder Erbbauberechtigten durch das Eigentum oder Erbbaurecht am Grundstück oder durch den bestimmungsmäßigen Gebrauch des Gebäudes, der Nebengebäude, Anlagen, Einrichtungen und des Grundstücks laufend entstehen.“ Investitionskosten gehören nicht dazu.

Es steht dem Gesetzgeber jedoch grundsätzlich frei, selbst zu definieren, was „Betriebskosten“ sind. Er ist an die Beibehaltung der bisherigen Definition nicht gebunden und kann diese auch speziell zur angemessenen Berücksichtigung der Aufwendungen für EE-Anlagen für Heizung und Warmwasser modifizieren.

Gewisse Spielräume für Modifikationen ergeben sich sogar schon auf Basis des hergebrachten Rechts. So sieht § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV vor, dass für Sach- und Arbeitsleistungen des Eigentümers fiktive Kosten⁶⁰ angesetzt werden können:

„Sach- und Arbeitsleistungen des Eigentümers oder Erbbauberechtigten dürfen mit dem Betrag angesetzt werden, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten, insbesondere eines Unternehmers, angesetzt werden könnte; die Umsatzsteuer des Dritten darf nicht angesetzt werden.“⁶¹

Hervorzuheben ist, dass die fiktiven Kosten der Höhe nach begrenzt sind, um eine höhere Belastung des Mieters als bei einer Durchführung durch einen Dritten zu vermeiden.

Es ist denkbar, diesen Grundgedanken auf die vorliegende Konstellation einer Belieferung mit Wärme und Warmwasser zu übertragen. Allerdings ist im vorliegenden Fall von einer Regelung auf Verordnungsebene abzuraten. Notwendig dürfte eine Vorgabe dazu auf gesetzlicher Ebene sein – wie dies bei § 556c BGB für die „eigenständig gewerbliche Lieferung durch einen Wärmelieferanten (Wärmelieferung)“ erfolgte. Dafür spricht schon der verfassungsrechtliche Wesentlichkeitsgrundsatz, nach dem der Gesetzgeber für die Grundrechtsausübung wesentliche Regelungen selber treffen muss,⁶² aber auch die Komplexität und die Differenziertheit der Materie.

Bei der Anwendung von § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV geht es um in der Regel kaum ins Gewicht fallende Beträge. Durch die festgelegten Begrenzungen zur Höhe der Anrechenbarkeit kann es effektiv nicht zu einer Mehrbelastung der Mieter im Vergleich zu dem Regelfall der Anrechnung einer Unternehmensleistung kommen. Entsprechendes lässt sich hier jedenfalls nicht ohne weiteres sicherstellen. Die hiesige Regelung wäre weit komplexer. Sie müsste verschiedenartige technologische Varianten abdecken und diverse Folgefragen mit lösen (wie z.B. das Verhältnis zu § 559 BGB oder ggf. die Anrechnung von Fördermitteln). Dabei

⁶⁰ Siehe hierzu MüKoBGB/Schmid/Zehlein, 7. Aufl. 2016, BetrKV § 1 Rn. 12-15. Zu der Umlagefähigkeit der Sach- und Arbeitsleistungen des Eigentümers vgl. ausführlich Schmidt-Futterer/Langenberg, 13. Aufl. 2017, BGB § 556 Rn. 76-86 sowie BeckOK BGB/Ehler, 43. Ed. 1.5.2014, BGB § 556 Rn. 10 mit weiteren Nachweisen.

⁶¹ Zu der redaktionell leicht abweichenden Vorgängerregelung in § 27 Abs. 2 der Zweiten Berechnungsverordnung siehe Schmidt-Futterer/Langenberg, 13. Aufl. 2017, BGB § 556 Rn. 79 sowie MüKoBGB/Schmid/Zehlein, 7. Aufl. 2016, BetrKV § 1 Rn. 13.

⁶² Maunz/Dürig/Grzeszick, 81. EL September 2017, VI. Rn. 105-106.

zugleich mit ausreichender Rechtssicherheit zu gewährleisten, dass es für die jeweiligen Mieter nicht jedenfalls in bestimmten Konstellationen zu Nachteilen kommen kann, ist schwer vorstellbar. Es würde auch den Gestaltungsspielraum für die Regelungen stark beschränken. Von daher ist eine Regelung auf gesetzlicher Ebene zu empfehlen.

Es ist allerdings offensichtlich, dass die Abrechenbarkeit fiktiver Kosten missbrauchsanfällig ist, so dass es – falls eine solche Regelung geschaffen werden sollte – jedenfalls begrenzender Regelungen bedarf. Wie soeben dargestellt, enthält auch § 1 Abs. 1 S. 2 BetrKV eine entsprechende Deckelung, da nur der Betrag ansetzbar ist, der für eine gleichwertige Leistung eines Dritten angesetzt werden könnte. Zudem ist klargestellt, dass die Umsatzsteuer des Dritten nicht angesetzt werden darf, um eine Bereicherung des Vermieters auszuschließen. In diesem Zusammenhang soll in Erinnerung gerufen werden, dass der Gesetzgeber angesichts des strukturellen Verhandlungsungleichgewichts auch im Rahmen des Mieterstromgesetzes eine Regulierung des Preises für notwendig erachtet und daher in § 42a Abs. 4 EnWG eine Preisobergrenze von 90% des örtlichen Grundversorgungstarifes festgelegt hat.

Vor diesen Hintergrund soll – falls eine entsprechende Regelung geschaffen werden sollte – erörtert werden, welche gesetzlichen „Leitplanken“ erforderlich sind, um den „Wärmepreis“ zu regeln und zu vermeiden, dass die Gesamtbelastung des Mieters insgesamt steigt. Da die Absetzbarkeit fiktiver Kosten den Hauptzweck verfolgt, erneuerbare Energien zu fördern, stellt sich auch die Frage, welche Technologien gefördert und welche technischen Anforderungen an sie gestellt werden sollen.

3.3. Erfasste Technologien und technische Anforderungen

Im Rahmen dieser rechtswissenschaftlichen Stellungnahme kann keine Bewertung vorgenommen werden, welche Anlagen von einer solchen Regelung umfasst sein sollen. Dies ist eine insbesondere vor dem Hintergrund energiewirtschaftlicher Bewertungen zu treffende politische Entscheidung.

Dies vorausgesetzt sei aus rechtssystematischer Sicht jedoch darauf verwiesen, dass der Gesetzgeber mit dem EEWärmeG⁶³ Nutzung von Raumwärme und Warmwasser aus erneuerbaren Energien voranbringen will und hierzu für den Neubau grundsätzlich eine anteilige Nutzungspflicht vorsieht.

Für dieses Gesetz gilt nach § 2 Abs. 1 EEWärmeG folgende Definition für erneuerbare Energien:

„(1) Erneuerbare Energien im Sinne dieses Gesetzes sind

1. die dem Erdboden entnommene Wärme (Geothermie),
2. die der Luft oder dem Wasser entnommene und technisch nutzbar gemachte Wärme mit Ausnahme von Abwärme (Umweltwärme),
3. die durch Nutzung der Solarstrahlung zur Deckung des Wärmeenergiebedarfs technisch nutzbar gemachte Wärme (solare Strahlungsenergie),
4. die aus fester, flüssiger und gasförmiger Biomasse erzeugte Wärme. Die Abgrenzung erfolgt nach dem Aggregatzustand zum Zeitpunkt des Eintritts der Biomasse in den Apparat zur Wärmeerzeugung. Als Biomasse im Sinne dieses Gesetzes werden nur die folgenden Energieträger anerkannt:
 - a) Biomasse im Sinne der Biomasseverordnung in der bis zum 31. Dezember 2011 geltenden Fassung,

⁶³ Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz vom 7. August 2008 (BGBl. I S. 1658), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 20. Oktober 2015 (BGBl. I S. 1722) geändert worden ist.

- b) biologisch abbaubare Anteile von Abfällen aus Haushalten und Industrie,
 - c) Deponiegas,
 - d) Klärgas,
 - e) Klärschlamm im Sinne der Klärschlammverordnung vom 15. April 1992 (BGBl. I S. 912), zuletzt geändert durch Artikel 4 der Verordnung vom 20. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2298, 2007 I S. 2316), in der jeweils geltenden Fassung und
 - f) Pflanzenölmethylester, und
5. die dem Erdboden oder dem Wasser entnommene und technisch nutzbar gemachte oder aus Wärme nach den Nummern 1 bis 4 technisch nutzbar gemachte Kälte (Kälte aus Erneuerbaren Energien).“

Es liegt nahe, bei einer neu geschaffenen Regelung, die ebenfalls Wärme aus EE-Anlagen fördern soll, auf diese bestehende Definition Bezug zu nehmen.

Von dem Auftraggeber wurde auf das Problem hingewiesen, dass bei Anlagen zur Nutzung von Umweltwärme nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 EEWärmeG unter Umständen hohe Stromkosten anfallen. Dies spricht jedoch nicht dafür, die Anlagen insgesamt von einer Regelung auszunehmen, sondern verdeutlicht nur die Notwendigkeit einer angemessenen Preisregulierung, die der Einfachheit halber für alle Technologien einheitlich sein sollte (siehe hierzu 3.6).

Zudem steht die Folgefrage im Raum, welche technischen bzw. Effizienz-Anforderungen ggf. an eine solche Regelung zu stellen sind. Auch diesbezüglich bietet es sich an, das Zivilrecht nicht zu überfrachten und stattdessen an bestehende Regelung des öffentlichen Rechts, konkret der Anlagen des EEWärmeG anzuknüpfen. Anlage I bis IV des EEWärmeG definieren hier weithin anerkannte Anforderungen an „Technologien zur Erzeugung von Wärme und Kälte aus Erneuerbaren Energien“.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie mit Anlagen umzugehen ist, die – wie solarthermische Anlagen – oftmals nur unterstützend zur Wärmeerzeugung beitragen. Auch in dieser Hinsicht liegt es nahe, eine für alle Technologien einheitliche und in der Praxis einfach handhabbare Preisregulierung zu finden, welche die Mieter vor überhöhten Wärmepreisen schützt (siehe hierzu 3.6). In diesem Zusammenhang können auch Regelungen zur Berücksichtigung der Anteile verschiedener Wärmeerzeuger getroffen werden.

Im Ergebnis empfiehlt sich aus rechtstechnischer Sicht, an die Definition der erneuerbaren Energien in § 2 Abs. 1 EEWärmeG sowie an die Anforderungen an diese Technologien in Anlage I bis IV des EEWärmeG anzuknüpfen. Nur wenn diese Anforderungen eingehalten werden, sollte es ggf. mietrechtlich möglich sein, für die Wärme einen fiktiven Wärmepreis anzusetzen.

3.4. Anwendungsbereich

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs kann davon ausgegangen werden, dass die Errichtung von neuen EE-Anlagen in bestehenden Gebäuden erfasst sein soll, denn derartige Fallgestaltungen stehen im Fokus des Vorschlags. Darüber hinaus stellt sich zum einen die Frage, ob sich die Regelung auch auf den Einsatz im Neubau erstrecken soll (3.4.1). Zum anderen ist zu entscheiden, ob bereits bestehende Anlagen einbezogen werden sollen (3.4.2).

3.4.1. Anwendung im Neubau?

Der Anwendungsbereich der Regelung kann rechtswissenschaftlich keiner Bewertung zugeführt werden, da es sich um eine politische Entscheidung handelt, die zu langfristigen Belastungen von Mietern führen kann. Insofern sollte diese Entscheidung von sozialpolitischen und ggf. energiewirtschaftlichen Erwägungen abhängig gemacht werden.

Hinzuweisen ist aus rechtlicher Sicht jedoch darauf, dass nach Art. 9 Abs. 1 Gebäude-Richtlinie 2010/31/EU⁶⁴ nach dem 31. Dezember 2020 alle neu errichteten Gebäude den Niedrigstenergiegebäude-Standard erfüllen müssen.⁶⁵ Art. 2 Nr. 2 Gebäude-Richtlinie 2010/31/EU definiert „Niedrigstenergiegebäude“ als

„Gebäude, das eine sehr hohe, nach Anhang I bestimmte Gesamtenergieeffizienz aufweist. Der fast bei Null liegende oder sehr geringe Energiebedarf sollte zu einem ganz wesentlichen Teil durch Energie aus erneuerbaren Quellen – einschließlich Energie aus erneuerbaren Quellen, die am Standort oder in der Nähe erzeugt wird – gedeckt werden“.

Vor dem Hintergrund der damit einhergehenden faktischen Verpflichtung zur Nutzung erneuerbarer Energien – sowie der ordnungsrechtlichen nach dem EEWärmeG – ist nicht zu erwarten, dass im Neubaubereich von einer (zusätzlichen) Bepreisungsmöglichkeit erneuerbarer Wärme eine weitergehende Anreizwirkung ausgeht. Im Neubaubereich könnte es somit verstärkt zu reinen Mitnahmeeffekten kommen. Durch die langfristigen Ziele für den Gebäudesektor dürfte es zunehmend Normalität werden, dass die benötigte Energie ohnehin aus erneuerbaren Technologien herrührt. Die hierfür benötigten Investitionskosten gehören bereits zur Grundausstattung eines neu zu errichtenden Gebäudes. Dies spricht gegen die Möglichkeit einer Bepreisung im Neubau.

3.4.2. Einbeziehung bereits errichteter Anlagen?

Ähnliche Erwägungen können für bereits in der Vergangenheit errichtete Anlagen angestellt werden. Gegen eine Einbeziehung spricht, dass diese bereits errichtet wurden, so dass keine neue Anreizwirkung für sie ausgeht. Für eine Einbeziehung spricht, dass auf Übergangsregelungen verzichtet werden kann und diejenigen Vermieter, die besonders frühzeitig die umweltfreundliche Investition getätigt haben, nicht von der finanziell vorteilhaften Regelung ausgeschlossen und somit „bestraft“ werden sollen.

Sollten auch bereits errichtete Anlagen einbezogen werden, so ist jedenfalls eine Doppelbelastung der Mieter, die bereits eine entsprechende Modernisierungsmieterhöhung getragen haben, zu vermeiden (siehe hierzu 3.5).

3.5. Vermeidung einer Doppelbelastung durch Wärmepreis und Modernisierungsmieterhöhung

Ausgangspunkt der Überlegungen der Wohnungswirtschaft zur Refinanzierung der Investitionskosten für EE-Anlagen über einen „Wärmepreis“ im Rahmen der Betriebskostenabrechnung war, dass eine Refinanzierung der Investitionskosten über eine Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB am Markt nicht durchsetzbar sei bzw. zu schwierigen Konflikten mit Mietern führe. Für einige Technologievarianten der erneuerbaren Wärme ist außerdem nicht möglich oder umstritten, ob eine Wahrnehmung des § 559 BGB überhaupt möglich ist. Denn die Modernisierungsumlage kann gemäß § 559 Abs. 1 BGB zwar bei nachhaltiger Einsparung von Endenergie erhoben werden, nicht aber, wenn es nur zur Senkung des nicht erneuerbaren Primärenergieverbrauchs kommt (siehe die ausdrückliche Bezugnahme von § 559 Abs. 1 BGB auf § 555b Nr. 1, nicht aber auf Nr. 2 BGB). Nicht erfasst ist daher die Umstellung auf Holzpellets. Besonders bedeutsam ist die Frage für die Solarenergie. Der Gesetzgeber des Mietrechtsreformgesetzes 2011 hat insoweit zwar verdeutlicht, dass es ihm

⁶⁴ Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. L 153 vom 18.06.2010, S. 13.

⁶⁵ Für Gebäude, die von Behörden als Eigentümer genutzt werden, gilt dies bereits nach dem 31. Dezember 2018.

auf die Einsparung an „zu bezahlender Endenergie“ ankomme,⁶⁶ so dass Sonnenkollektoren an sich erfasst sein müssten. In Teilen der Rechtsliteratur wird das aber nicht für eindeutig gehalten.⁶⁷

Wichtig ist nicht nur aus Akzeptanzgründen, dass der Vermieter die Investitionskosten für die EE-Anlage nicht doppelt von den Mietern erstattet bekommt – einmal im Rahmen einer Modernisierungsmieterhöhung nach § 559 BGB und ein zweites Mal durch Einpreisung der Investitionskosten in einen Wärmepreis. Dies kann aber durch eine entsprechende Ausgestaltung der Vorschriften sichergestellt werden. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Varianten: Entweder eine Bepreisung der Wärme wird ausgeschlossen, sofern der Mieter bereits eine Modernisierungsmieterhöhung zu tragen hatte, oder es findet eine anteilige Verrechnung der Modernisierungsmieterhöhung statt („Vermischung“). Da die erste Variante rechtstechnisch deutlich einfacher umzusetzen sein wird und erheblich transparenter ist, erscheint sie vorzugswürdig.

3.6. Zum Modus der Umlegung und zur Bemessung der umlegbaren Geldbeträge

Wie unter (3.2) dargelegt, ist es erforderlich, genauere Festlegungen über den Umlegungsmodus und die Bemessung der umlegbaren Geldbeträge zu treffen. Hierzu kommen verschiedene Ansatzpunkte in Betracht. Vorstellbar sind z.B. folgende Varianten:

- (1) die Vorgabe einer Preisobergrenze unter Orientierung an den ortsüblichen Kosten der Fernwärme,
- (2) die Festlegung einer Preisobergrenze und eines Umlegungsmodus entsprechend bzw. ähnlich den Bestimmungen zur Umstellung auf Wärmeliefercontracting,
- (3) eine an die sog. Modernisierungsumlage nach § 559 BGB angelehnte Verfahrensweise, hier aber angewandt nicht auf die Kaltmiete, sondern auf die Betriebskosten.

Eine tragfähige Praktikabilitäts- und Vergleichsbewertung der verschiedenen denkbaren Varianten ist im Rahmen einer nur rechtswissenschaftlichen Kurzstudie nicht möglich. Um eine fundierte politische – insbesondere auch mietenpolitische – Gesamteinschätzung treffen zu können, bedarf es ggf. einer vertieften Betrachtung aus wirtschaftlicher Sicht, möglicherweise auch unter Einbeziehung weiterer denkbarer Gestaltungsoptionen. Auch juristisch müssten Regelungsbedarf und Gestaltungsoptionen an anderer Stelle vertieft untersucht werden. Für sämtliche Varianten lassen sich jedoch bereits bei der hier nur möglichen kurssorischen Draufsicht einige spezifische Vor- und Nachteile erkennen:

Variante (1), bei der es zur **Orientierung an den ortsüblichen Kosten für Fernwärme** kommt, besticht auf den ersten Blick mit dem Vorteil der Einfachheit. Soweit der Vergleichspreis der Fernwärme bekannt ist, wäre das System transparent und sehr gut überprüfbar.

Nicht unbedeutende Nachteile und regelungstechnische Herausforderungen zeigen sich jedoch aus systematischer und sozialer Sicht. Diese könnten sich auch auf die Akzeptanz negativ auswirken. Die Fernwärmekosten umfassen als Kostenbestandteile neben den eingepreisten Investitionskosten auch Gewinne und Verwaltungskosten. Sie liegen deshalb im Vergleich zu anderen Varianten der Wärmeversorgung oft relativ hoch. Würde man den

⁶⁶ BT-Drs. 17/10485, S. 19.

⁶⁷ Kritisch namentlich Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 555b BGB Rn. 19 f.; für eine Anwendung von § 555b Nr. 1 BGB allerdings die h.M., vgl. Blank, in: Blank/Börstinghaus, Miete, § 555b BGB Rn. 6; Schlosser, in: BeckOK BGB, § 555b Rn. 12.

Maßstab hier anwenden, so dürften sich Mitnahmegewinne auf Seiten der Vermieter ergeben, was im Widerspruch zu Funktion und Systematik der Betriebskosten stünde, die gerade keine zusätzlichen Gewinne für den Vermieter ermöglichen sollen und auch Verwaltungskosten explizit von den Betriebskosten ausnehmen (vgl. § 1 Abs. 2 Nr. BetrKV). Diesem Problem könnte mit einem pauschalen Abschlag begegnet werden, ähnlich wie dies im Rahmen des Mieterstromgesetzes vorgesehen ist. Dort gilt gem. § 42a Abs. 4 EnWG eine Preisobergrenze von 90 % des örtlichen Grundversorgungstarifes. Vor dem Hintergrund, dass Preise für Fernwärme in der Jahresbilanz zudem häufig über denen für die Öl- oder Gasfeuerung liegen,⁶⁸ könnte ein entsprechender Abschlag angemessen sein. Möglicherweise liegt es hier aber in bestimmten Fällen auch anders, weil es mit einem solchen Abschlag nicht zu einem wirksamen Umstellungsanreiz kommen würde. Klar ist in jedem Falle, dass die Pauschalierung je nach den örtlichen Verhältnissen sehr unterschiedliche Auswirkungen auf einerseits den Anreiz und andererseits die Sozialverträglichkeit haben würde.

Ungeachtet dieser systematischen und sozialen Probleme kann ein solches System allerdings überhaupt nur funktionieren, sofern die ortsüblichen Vergleichskosten der Fernwärme bekannt sind und verbindlich festgestellt werden können. Wie die nötige verbindliche Feststellung praktisch erfolgen soll, müsste ggf. ergänzend geregelt werden. Ein sehr bedeutender, darüberhinausgehender Nachteil dürfte im Übrigen darin liegen, dass der Maßstab nur dort ansetzbar ist, wo es örtlich überhaupt mit Fernwärme versorgte Gebiete gibt. Fernwärme ist durchaus nicht in allen Teilen Deutschlands verfügbar, insbesondere nicht in vielen mittelgroßen und kleineren Städten. Für die betreffenden Orte müsste also eine Alternativ- oder Auffangregelung geschaffen werden – es sei denn die Regelung würde von ihrem Anwendungsbereich her von vornherein auf Städte mit Fernwärmeversorgung beschränkt.

Wesentlich näher dürfte es daher liegen, mit **Variante (2)** eine Umlegungsregelung zu schaffen, die sich an den Bestimmungen des Zivilrechts zur **Umstellung auf Wärmeliefercontracting orientiert** oder diese (ggf. teilweise) für anwendbar erklärt. Konkret gibt § 556c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB iVm der Wärmelieferverordnung⁶⁹ eine Preisobergrenze vor, wonach bei einer Umstellung auf Contracting die „Kosten der Wärmelieferung die Betriebskosten für die bisherige Eigenversorgung mit Wärme oder Warmwasser nicht übersteigen“ dürfen. Diese Regelung könnte zum Vorbild genommen werden, möglicherweise auch unter gewissen Modifikationen (z.B. der Gewähr eines moderaten pauschalen Zuschlags, um einen weitergehenden Anreiz zur Umstellung zu bieten).

Diese Variante ist tendenziell bewohnerfreundlicher. Sie hat den Vorteil, dass an die in der Praxis bereits eingeführten Regelungen für die Umstellung auf Contracting zurückgriffen werden kann. Auch vom Regelungsaufwand her liegt eine Anknüpfung an die bestehende Preisregelung des § 556c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB nahe. Rechtstechnisch könnte hierfür angeordnet werden, dass für die Berechnung der umlegbaren Beträge die §§ 8 bis 12 der Wärmelieferverordnung entsprechend anzuwenden sind. Insoweit müssten Einzelheiten – insbesondere bei § 10 und § 11 WärmeLV – ggf. noch angepasst werden. Aus der Praxis wird jedoch auch berichtet, dass bestimmte Detailregelungen der bisherigen Wärmelieferverordnung – wie die für die Bemessung benötigte Ermittlung des Jahresnutzungsgrades – aufwändig und schwierig in der Handhabung sind. Wie bedeutsam diese Schwierigkeiten sind, kann hier aus juristischer Sicht nicht eingeschätzt werden.

Auch bei Variante (2) ergäben sich im Übrigen Probleme hinsichtlich des Anwendungsbereichs, die hier jedoch quantitativ weniger bedeutsam sein dürften als bei Variante (1). Die

⁶⁸ So <https://www.heizsparer.de/heizung/heizungssysteme/fernwaerme/fernwaerme-vorteile-nachteile>.

⁶⁹ Wärmelieferverordnung vom 7. Juni 2013 (BGBl. I S. 1509).

entsprechende Anwendung der Bestimmungen aus der Wärmelieferverordnung wäre nämlich dort nicht möglich, wo die Mieter bisher keine Betriebskosten für die Wärme an den Vermieter gezahlt haben. So liegt es, wenn die einzelnen Wohnungen jeweils mit eigenen Heizungen oder mit dezentralen Warmwasserbereitern versorgt wurden, nun aber auf eine zentrale Versorgung mit regenerativ erzeugter Wärme umgestellt werden sollen (Stichwort: Etagenheizung). Dieses Problem lässt § 556c BGB und die Wärmelieferverordnung ungelöst.⁷⁰ Wie dort müsste für solche Fälle ggf. eine angemessene Lösung gefunden werden.

Inwieweit Variante (2) als sozial- bzw. mieterverträglich eingestuft werden kann, dürfte stark von den konkreten Verhältnissen abhängen. Je nachdem, wie hoch die vorherigen Betriebskosten für Wärme lagen und die Aufwendungen für die neuen Anlagen (investitions- und betriebsseitig) liegen, können sich größere Vorteile aus Vermieter- und/oder relative Nachteile aus Mietersicht ergeben. Aus Mietersicht würden die Gesamtkosten jedenfalls nicht steigen können.

Bei **Variante (3)** würde daran gedacht, die Investitionskosten ähnlich **wie bei der sog. Modernisierungsumlage** nach § 559 BGB nach einem zu bestimmenden Schlüssel auf die Mietkosten umzulegen – in diesem Falle aber nicht als Bestandteile der Kaltmiete, sondern als Bestandteile der Betriebskosten. Der betreffenden Umlegungsschlüssel müsste dabei mit dem des § 559 BGB weder in der Höhe noch in der Laufzeit identisch sein.

Für die Akzeptanz dürfte die Nähe zu § 559 BGB ein großes Problem sein, da diese Vorschrift durch häufige Fälle mit sehr großen Mietsprüngen in Verruf geraten ist. Zudem dürfte schwer zu vermitteln sein, dass die Umstellung zu Technologien mit besonders niedrigen tatsächlichen Betriebskosten zu höheren Betriebskosten in der Abrechnung gegenüber Mietern führen soll. Auch würde eine solche Regelung im Vergleich zur Contracting-Regelung die Frage aufwerfen, warum dort eine Kostendeckelung besteht und bei der Regelung nach Variante (3) nicht.⁷¹

Variante (3) wäre gegenüber den anderen Varianten vom Ansatz her eine besonders investitionskostengerechte Lösung, mit der die Gefahr von „versteckten Zusatzgewinnen“ vermieden werden kann. Das gilt aber nur, wenn sich aus der Kombination aus zulässiger Höhe und Laufzeit keine bzw. keine wesentliche Überkompensation ergibt. Dies müsste ggf. gesetzlich austariert werden. Geht man von der bisherigen Bestimmung zur Modernisierungsumlage aus, bei der jährlich 11 Prozent der Investitionsaufwendungen umgelegt werden dürfen, so ergäbe sich eine sehr hohe Mehrbelastung der Mieter, die sicherlich nicht zu einer guten Akzeptanz der Regelung führen dürfte. Je geringer der zulässige Umlegungssatz ist, desto größer dürfte die Akzeptanz sein. In der Tendenz entsprechend geringer würde der Umstellungsanreiz. Allerdings ist zu bedenken, dass der Vermieter nach Abschluss der Amortisation einen sehr hohen Zusatzgewinn erwirtschaften könnte, wenn die Umlage auch über diesen Zeitpunkt hinaus unbeschränkt erhoben werden könnte. Es liegt deshalb nahe, wie auch bei Vorschlag (2) fachlich zu untersuchen und politisch zu bewerten, auf welche Weise sichergestellt werden kann, dass ein passabler Umstellungsanreiz erreicht werden kann, ohne die Mieter auf längere Sicht zu übervorteilen (z.B. durch Festlegung eines sehr geringen, auf die übliche Nutzungsdauer der Anlage abstellenden Umlegungsprozentsatzes für einen relativ langen Zeitraum). Während eine Modernisierungsmieterhöhung teilweise dadurch ausgeglichen wird, dass sie den Spielraum für Mieterhöhungen bis zur ortsüblichen

⁷⁰ MüKoBGB/Schmid/Zehelein, 7. Aufl. 2016, BGB § 556c Rn. 12 mwN.

⁷¹ Siehe zum Meinungsstand zur Wärmelieferverordnung: „Arbeitspapier Wärmelieferverordnung“ der Plattform Energieeffizienz (PFEE) Arbeitsgruppe EDL / Rechtsrahmen Unterarbeitsgruppe Contracting (Stand: 25.04.2017), <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/plattform-energieeffizienz-arbeitspapier-waermelieferverordnung.pdf>.

Vergleichsmiete nach § 558 BGB einschränkt, gäbe es einen solchen Effekt bei der Variante (3) im Bereich der Betriebskosten nicht.

Auch bei dieser Variante dürfte im Übrigen ein hoher Berechnungsaufwand entstehen. Eine entsprechende Einbeziehung der Regelungen der § 559 Abs. 2 bis 6 BGB könnte Härtefälle vermeiden und somit eine größere Einzelfallgerechtigkeit herstellen. Die Bestimmung zur Anrechnung von Drittmitteln nach § 559a BGB könnte hier ebenfalls in Bezug genommen werden.

In der Gesamtschau ist für **sämtliche Optionen** darauf hinzuweisen, dass mit den soeben kurz umrissenen Modellvarianten zunächst nur die jeweilige Bemessungsgrundlage als solche angesprochen ist. Für alle Varianten stellen sich ergänzende Fragen, insbesondere im Hinblick darauf, für welche Zeiträume die jeweilige Festlegung gilt bzw. wie mit ihr im weiteren Zeitverlauf umzugehen ist. Eine weitere Frage ist, wie in diesem Zusammenhang mit erhaltenen Drittmitteln oder Steuerbegünstigungen umzugehen ist (vgl. hierzu § 559a BGB als Vorbildregelung). Zu diskutieren ist ferner z.B., ob und ggf. inwieweit es sinnvoll ist, hinsichtlich der Bemessung zwischen verschiedenen Technologiearten zu differenzieren. Auch derartige Fragen lassen sich letztlich nur auf Basis genauerer wirtschaftlicher Betrachtungen beantworten.

3.7. Vorläufige Einschätzung

Rechtlich besteht die Möglichkeit, durch eine Änderung auf gesetzlicher Ebene den Betriebskostenbegriff zu modifizieren, um Aufwendungen für EE-Anlagen des Vermieters angemessen zu berücksichtigen. Ein solcher Ansatz wirft allerdings viele Folgefragen auf, die eine weitergehende Bewertung erforderlich erscheinen lassen – insbesondere hinsichtlich sozialer und wirtschaftlicher Implikationen sowie der Einbettung in den bestehenden Rechtsrahmen.

Auch wenn eine Überwindung der bestehenden Hemmnisse für einen Eigenbetrieb von EE-Anlagen durch Vermieter wünschenswert erscheint, ist – allein aus Akzeptanzgründen – grundsätzlich eine moderate Lösung zu empfehlen, die die Mieter nicht zusätzlich belastet. Auch der Entwurf des Koalitionsvertrages 2018⁷² geht davon aus, dass die Akzeptanz für Belastungen der Mieter im Rahmen von Modernisierungen gering ist und die Belastung daher in mehrerlei Hinsicht eingeschränkt bzw. gedeckelt werden soll.⁷³ Vor diesem Hintergrund wäre es kaum vermittelbar, für die Lieferung von Wärme und Warmwasser aus erneuerbaren Energien bestehende Kostendeckelungen aufzuheben – wenn bei der Erzeugung mit erneuerbaren Energien regelmäßig nur geringe tatsächlichen Betriebskosten anfallen.

Die vorliegende Betrachtung soll insofern ein Einstieg in die Diskussion ermöglichen und keine abschließende Empfehlung darstellen – weder dem Grunde nach noch für ein bestimmtes konkretes Modell zur Bemessung der umlegbaren Geldbeträge.

⁷² Entwurf des Koalitionsvertrages zwischen CDU, CSU und SPD: Zeile 5258 bis 5270.

⁷³ „Wir wollen Mieter besser vor bewusstem Missbrauch bei der Ankündigung und der Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen schützen. Das gezielte Herausmodernisieren wird künftig den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllen und für Mieter Schadensersatzansprüche begründen.“

In Gebieten geltender Kappungsgrenze für Mieterhöhungen wird die Modernisierungsumlage auf acht Prozent abgesenkt. Diese Regelung wird auf fünf Jahre befristet und zum Laufzeitende überprüft.

Wir wollen verhindern, dass Mieter durch Modernisierungsmaßnahmen unverhältnismäßig belastet werden. Die monatliche Miete darf künftig nach einer Modernisierung nicht um mehr als drei Euro pro Quadratmeter Wohnfläche innerhalb von sechs Jahren erhöht werden (Kappungsgrenze).“