

Wärmecontracting im Spannungsfeld von Miet- und WEG-Recht

I. Tatsächliche Entwicklung

Wärmecontracting wird in der Praxis des Immobilienverwalters ein immer zentraleres Thema. Die Energiepreise steigen, die EnEV verpflichtet zur Modernisierung von Heizungsanlagen¹ und schließlich schufen mehrere BGH-Urteile im letzten Jahr zumindest im Mietrecht hinreichende Orientierung für eine wirksame Vereinbarung von Wärmecontracting. Bei näherer Betrachtung zeigt sich dabei, dass die vorherige Rechtsprechung des BGH konsequent fortgesetzt wurde. Demgegenüber steht die Lösung der meisten Rechtsprobleme im WEG-Recht noch ganz am Anfang.

II. Allgemeine Rahmenbedingungen

1. Nah- und Fernwärme

Im Rahmen des Wärmecontractings unterscheidet man Nah- und Fernwärme. Bei der Fernwärme wird in zentral gelegenen Heizkraftwerken Wärme produziert und dann zu den Haushalten der Abnehmer transportiert. Anbieter sind häufig die lokalen Stadtwerke. Rechtlich genügend für die Annahme von Fernwärme ist jedoch bereits, dass sich die Heizungsanlage auf fremden Grund und Boden (ggf. auch gleich benachbart) befindet².

Demgegenüber wird bei der sogenannten Nahwärme die Wärme zentral für ein bestimmtes Haus hergestellt. Die Nahwärmebelieferung ist von ihrem äußeren Erscheinungsbild nicht von der üblichen Wärmeerzeugung zu unterscheiden. Im Keller befindet sich eine zentrale Heizungs- und Warmwasseraufbereitungsanlage, die jedoch nicht vom Vermieter, sondern vom Contractor betrieben wird.

2. Contracting-Arten

*Der Autor Schultze ist Rechtsanwalt bei Schultze Rechtsanwälte, Leipzig und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

¹ Für Heizkessel, die mit Öl- oder Gasfeuerung betrieben werden, wird die Außerbetriebnahmefrist, die schon in der EnEV 2004 festgeschrieben war, fortgeführt. Kessel – außer Niedertemperaturheizkessel - mit einer Leistung von 4- 400 KW, die vor 1978 eingebaut wurden, waren schon nach der EnEV 2004 bis zum 31.12.2006 außer Betrieb zu nehmen, wenn nicht bestimmte Grenzwerte durch Modernisierungsmaßnahmen des Kessels oder den Einbau eines neuen Brenners nach dem 1.11.1996 erreicht wurden. Diese Kessel sind jedenfalls bis zum 31.12.2008, durch einen Neuen zu ersetzen. Von der Verpflichtung sind nur Eigenheimselbstnutzer befreit, deren Immobilie maximal über eine weitere Wohnung verfügt. Erst im Falle eines Eigentümerwechsels (Verkauf, Versteigerung) nach dem 1.2.2002 entsteht die Pflicht für den Käufer mit einer Frist von 2 Jahren nach Eigentumswechsel, frühestens jedoch am 1.1.2009 (§ 9 EnEV 2004 i.V.m. §§ 10, 30 EnEV 2007).

² BGHZ 109, 118 – entsprechend § 1 HeizkV a.F.

Vorrangig sind zwei verschiedene Arten des Contractings zu unterscheiden. Beim Anlagencontracting wird die Anschaffung, die Instandhaltung sowie der Betrieb der Anlage übernommen und die Wärme vom Contractor geliefert. Beim Betriebsführungscontracting werden dieselben Leistungen mit Ausnahme der Anschaffung einer neuen Heizungs- und Warmwasseraufbereitungsanlage erbracht. Die bestehende Anlage wird stattdessen für einen symbolischen Preis von z.B. 1 € je Monat vom Gebäudeeigentümer angemietet. Schließlich kommt das sogenannte Finanzierungscontracting vor, bei dem der Contractor die Heizungsanlage nur finanziert und vermietet. Betrieben wird sie vom Immobilieneigentümer.

3. Übliche Vertragskonstellationen

Üblich sind zwei verschiedene Vertragskonstellationen. Entweder der Contractor schließt einen Belieferungsvertrag mit dem Vermieter, der dann die Wärme an seine Mieter weiterleitet und abrechnet (1. Variante) oder der Mieter wird im Mietvertrag verpflichtet, einen Vertrag mit dem Contractor zur Belieferung von Wärme und Warmwasser zu schließen (2. Variante). Erforderlich ist dann zumindest bei der Nahwärme ferner ein Rahmenvertrag mit dem Vermieter bzw. der Wohnungseigentümergeinschaft, der dem Contractor im Wesentlichen gestattet, eine zentrale Heizungs- und Warmwasseraufbereitungsanlage im Haus zu betreiben.

III. Mietrechtliche Voraussetzungen

1. Zulässigkeit der Übertragung der Belieferung auf den Contractor

Weder die Heizkostenverordnung, noch die Betriebskostenverordnung regeln, ob Contractingkosten umgelegt werden dürfen. Sie regeln nur, ob es grundsätzlich umlagefähige Kosten sind bzw. wie die gelieferte Menge von Wärme und Warmwasser abzurechnen ist. Ob eine Umlage zulässig ist, bestimmt sich nach dem jeweiligen Mietvertrag, der eine Umlage im Sinne von § 556 Abs. 1 BGB vorsehen muss³.

Welche Anforderungen an diese Vereinbarung im bestehenden und im sich anbahnenden Mietvertrag zu stellen sind, war Gegenstand einer ganzen Reihe von BGH-Urteilen.

a) Änderung der Versorgungssituation im laufenden Mietverhältnis

³ BGH, NJW 2005, 1776, BGH, NJW-RR 2007, 1242 = NZM 2007, 563, BGH, WuM 2006, 256

Mit Urteil vom 6.4.2005⁴ stellte der BGH fest, dass im laufenden Mietverhältnis die Übertragung der Versorgung mit Wärme und Warmwasser auf einen Contractor nur dann zulässig im Sinne einer Kostenabwälzung auf den Mieter ist, wenn hierfür eine ausdrückliche Regelung im Mietvertrag enthalten ist⁵. Eine gesetzliche Grundlage, etwa nach der HeizkV gäbe es (insbesondere § 7 Abs. 3, 1 HeizkV) nicht.

In dem zur Entscheidung stehenden Fall hatte der Vermieter eine Klausel aufgenommen, wonach der Mieter verpflichtet sein sollte, auf Verlangen mit einem Wärmecontractor einen Vertrag über die eigenständige gewerbliche Lieferung von Wärme und Warmwasser abzuschließen (2. Variante). Der Vermieter hatte im Laufe des Mietverhältnisses indessen selbst einen Vertrag mit dem Contractor abgeschlossen und wollte seine Kosten für die Belieferung auf den Mieter umlegen (1. Variante). Dieser wehrte sich mit Erfolg mit der Begründung, dass dieser Fall im Mietvertrag nicht geregelt sei. Der Mieter sei zwar verpflichtet mit einem Contractor ein Vertragsverhältnis einzugehen, er sei aber nicht verpflichtet, die Kosten aus dem Vertragsverhältnis zwischen Vermieter und Contractor anteilig zu übernehmen.

b) Nahwärme und Fernwärme erfordern unterschiedliche Vertragsgestaltungen

Auch im Urteil vom 20.6.07⁶ verlangte der BGH eine exakte vertragliche Grundlage hinsichtlich der Belieferungsart. Der Vermieter hatte im Mietvertrag die Zulässigkeit der Belieferung durch Fernwärme vereinbart und anschließend mit einem Nahwärmecontractor einen Vertrag abgeschlossen. Der BGH stellt fest, dass Nahwärme und Fernwärme unterschiedlich zu behandeln seien, so dass eine vertragliche Grundlage für die Kostenumlage fehle.

c) Einheitliche Art und Weise der Umlagevereinbarung

Nur eine Woche später entschied der BGH⁷, dass eine wirksame Umlagevereinbarung von Fernwärmekosten bereits dann vorliege, wenn der Vertrag die Umlage der in Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. Berechnungsverordnung (II. BVO) vorsehe⁸. Dabei bezieht sich der BGH auf seine Rechtsprechung, wonach die einfache Bezugnahme auf die (hier:) Betriebskostenverordnung (BetrkV) hinreichend konkret sei, um die dort ausdrücklich benannten Betriebskosten auf den Mieter abzuwälzen⁹. Man könnte geneigt sein, einen Widerspruch zu den vorangehenden Entscheidungen vom 20.6.07¹⁰, 15.3.06¹¹, 1.6.05¹² und 6.4.05¹³ zu sehen. Tatsächlich ist das aber nicht der Fall. Denn den Urteilen lagen

Mietverträge zugrunde, die die umlegbaren Betriebskosten im einzelnen selbst formulierten, ohne auf die Betriebskostenverordnung oder auf Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. BVO zu verweisen.

Eine Bestätigung findet sich im Urteil vom 22.2.06¹⁴. Darin hatte der BGH die Umlage von Nahwärmekosten abgelehnt. Auch in diesem Fall war hinsichtlich der Kostenumlage im Mietvertrag auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. BVO verwiesen worden. Ein Widerspruch ergibt sich hieraus nicht, da der Mietvertrag schon älter war. Zur Zeit des Mietvertragsabschlusses beinhaltete die Anlage 3 zu § 27 der II. BVO nur Kosten der Fernwärme. Die Kosten der Nahwärme waren jedoch nicht enthalten. Eine ergänzende Vertragsauslegung im Sinne einer dynamischen Verweisung auf die jüngere Fassung der Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 II. BVO lehnte der Mietrechtssenat ab, so dass die Umlage der Kosten der Nahwärmebelieferung für unwirksam erklärt wurde.

Konsequent in diese Linie passt auch das BGH-Urteil vom 16.7.2003¹⁵. Der Mietvertrag im zugrundeliegenden Fall sah keine Umlagemöglichkeit vor. Der Vermieter hatte indessen von einer gesetzlichen Sonderregelung für die neuen Bundesländer Gebrauch gemacht. Dort galt bis zum 31.7.1995 die Betriebskostenumlageverordnung (BetrkUV)¹⁶ vom 17.6.1991. Diese erlaubte dem Vermieter durch eine einfache schriftliche Erklärung, Betriebskosten ab dem 1.10.1991¹⁷ einzuführen. Um welche Betriebskosten es sich dabei handeln durfte, bestimmte eine Anlage zu § 1 Abs. 5 BetrUV. Soweit keine abweichenden vertraglichen Regelungen bestanden, durften nach dieser Anlage auch die Kosten der Nah- und Fernwärmebelieferung umgelegt werden. Diese Regelung wurde ab 1.8.1995 befristet bis zum 31.12.1997 durch § 14 Miethöhegesetz (MHG)¹⁸ abgelöst¹⁹. Im zugrundeliegenden Fall hatte der Vermieter eine entsprechende Erklärung abgegeben, als er 1996 die Kohleöfen sukzessive durch Nahwärmebelieferung ersetzen ließ. Das MHG verwies auf die jüngere Fassung der Anlage 3 zu § 27 II. BVO, so dass die Umlage von Nah- und Fernwärme zulässig war.

d) Vertragliche Grundlage auch bei Neuabschluss erforderlich

Ob überhaupt eine Regelung enthalten sein muss oder es genügt, dass der Mieter in der gegebenen Versorgungssituation angemietet hat, ist vom BGH mit Urteil vom 20.6.07 geklärt worden²⁰. Ein Mieter hatte eine Wohnung mit Nahwärmebelieferung angemietet. Der Mietvertrag enthielt keine Verweisung auf die II. BVO oder sonst einen Hinweis, der auf die vorhandene Nahwärmebelieferung schließen ließ. Der VIII. Senat nimmt auf sein Urteil vom 6.4.05²¹ ausdrücklich Bezug und stellt fest, dass aus dem postulierten Erfordernis

⁴ BGH, NJW 2005, 1776

⁵ Ebenso BGH, WuM 2005, 456

⁶ BGH, GE 2007, 1118

⁷ BGH, NJW 2007, 3060=NZM 2007, 769

⁸ Im Ergebnis auch für Nahwärme, BGH, NJW-RR 2007, 1242 = NZM 2007, 563

⁹ BGH, NJW-RR 2004, 875 (Dachrinnenreinigung)

¹⁰ BGH, GE 2007, 1118

¹¹ BGH, WuM 2006, 256

¹² BGH, WuM 2005, 456

¹³ BGH, NJW 2005, 1776

¹⁴ BGH, NJW 2006, 2185=ZMR 2006, 595=NZM 2006, 534

¹⁵ BGH, NJW 2003, 2900

¹⁶ BGBl. I 1991, S. 1270

¹⁷ §§ 1 Abs. 1, 11 Abs. 1 BetrUV

¹⁸ Mietenüberleitungsgesetz vom 6.6.1995, BGBl. I. S. 748

¹⁹ jedoch beschränkt auf Mietverhältnisse, die vor dem 11.6.1995 geschlossen wurden, § 14 Abs. 1 MHG

²⁰ BGH-Urteil, GE 2007, 1118

²¹ BGH, NJW 2005, 1776

einer vertraglichen Grundlage für die Umstellung auf Wärmecontracting nicht geschlossen werden dürfe, dass das Erfordernis entfalle, wenn schon vor Abschluss des Mietvertrages eine Nahwärmebelieferung geschaffen worden sei.

e) Kostenerhöhungen oder -reduzierungen haben keine rechtlichen Konsequenzen

Mit Urteil vom 13.6.2007²² stellte der BGH fest, dass durch Nahwärme das Wirtschaftlichkeitsgebot auch dann nicht verletzt sei, wenn Fernwärme oder der Betrieb einer im Eigentum des Vermieters stehenden Heizungsanlage kostengünstiger wäre. Im Urteil vom 22.2.06²³ hatte der für Mietsachen zuständige VIII. Senat umgekehrt festgesetzt, dass eine unwirksame Umlagevereinbarung nicht mit dem Argument geheilt werden könne, dass das Wärmecontracting für den Mieter finanziell günstiger sei, als der vorherige Betrieb der vermietereigenen Heizungsanlage. Es verbleiben weiterhin nicht umlegbare Kostenbestandteile in der Vergütung. Allein diese sind es denn auch, welche die Umstellung ohne Zustimmung des Mieters unwirksam machen. Mit BGH-Urteil vom 6.5.2005 wurde klar gestellt, dass nur die Umlage zusätzlicher Kosten²⁴ unzulässig sei, wenn der Vermieter zum Wärmecontracting wechseln will und eine rechtliche Grundlage im Vertrag fehle²⁵.

2. Prüfschema: Wirksame Vereinbarung des Wärmecontracting:

Zusammenfassend ergibt sich folgendes Prüfschema für die Frage, ob die Kosten für die Belieferung von Wärme und Warmwasser durch eine Nah- oder Fernwärmeunternehmen umlegbar sind.

- Verweist der Mietvertrag, der nach dem 1.1.2004²⁶ geschlossen wurde in der Umlagevereinbarung auf die Betriebskostenverordnung sind die Kosten sowohl für Nah- als auch für Fernwärme auf den Mieter umlegbar. Das gilt sowohl für den Neuabschluss, als auch für einen Wechsel im bestehenden Mietverhältnis.
- Die gleiche rechtliche Situation ergibt sich, wenn die Umlagevereinbarung auf die jüngere Fassung der Anlage 3 zu § 27 der II. BVO verweist (Vertragsschluss zwischen 1.3.1989 und 31.12.2003)²⁷.
- Erfolgte der Vertragsschluss zwischen dem 1.4.1984 und 28.2.1989 besteht nur in Bezug auf Kosten der

Fernwärmebelieferung eine Umlagemöglichkeit²⁸.

- Gibt es im Vertrag weder eine der vorstehenden Verweisungen noch eine ausdrückliche Regelung, bedarf es einer Umlageerklärung nach BetrKUV oder MHG für einen Mietvertrag, der zwischen 1.10.1991 und 31.12.1997 in den neuen Bundesländern geschlossen wurde.
- Gibt es keine vertragliche Regelung oder eine wirksame Umlageerklärung, ist eine nachträglichen Vereinbarung oder Einwilligung des Mieters notwendig. Zu regeln ist dabei nicht nur die Versorgungsart (Nah-Fernwärme), sondern auch die Vertragsvariante (1. oder 2.).

3. Risiken bei der nachträglichen Vereinbarung

Fehlt eine (passende) vertragliche Grundlage und soll diese geschaffen werden, ist darauf zu achten, keinen ungebührlichen Druck auf den Mieter auszuüben. Soll die Versorgungsart, etwa von Nah- auf Fernwärme geändert werden, kann es zu zeitlichen Engpässen kommen. Der Vertrag mit dem Nahwärmelieferanten ist zeitlich befristet und endet automatisch unabhängig davon, ob zum Beendigungszeitpunkt eine alternative Versorgungsart hergestellt ist oder nicht. Wird dem Mieter dann erst kurz vor dem Vertragsende unter Hinweis der Einstellung der Belieferung die Vertragsänderung angeboten, entsteht eine Zwangslage für ihn. Entweder er stimmt der Änderung zu oder die Belieferung mit Wärme und Warmwasser endet ersatzlos. Hier drohen dem Vermieter Schadenersatzforderungen aus § 280 Abs. 1 BGB, wenn es zur Unterzeichnung kommt und Mietminderungen aus § 536 BGB, wenn es zum Lieferstopp kommt, weil sich der Mieter nicht beugt.

IV. WEG-rechtliche Fragstellungen

1. Abschluss contracting-Vertrag

Ein neues Problem ergibt sich für einzelne Wohnungseigentümer, wenn die Gemeinschaft beschließt, künftig die Wärme von einem Wärmecontractor zu beziehen. Indirekt entstehen möglicherweise bei einzelnen Eigentümer wirtschaftliche Nachteile, die andere nicht treffen. All die vermietenden Eigentümer, die keine für das Contracting erforderliche Mietvertragsklausel vereinbart haben, und keine Zustimmung vom Mieter erhielten, trifft ein nicht umlegbarer Kostenanteil. Die Kostenverteilung nach § 16 Abs. 2 WEG wird hierdurch nicht zum Nachteil einzelner Eigentümer geändert. Die neue Belieferungsart wirkt sich für diese Eigentümer aber wie eine nachteilige Änderung des Verteilungsschlüssels aus.

Zudem kann es nicht nur zu Ungleichgewichten zwischen den Vermietern kommen. Finanzielle

²² BGH, NJW-RR 2007, 1242 = NZM 207, 563, ebenso BGH, NZM 2008, 78

²³ BGH, NJW 2006, 3185

²⁴ So auch: KG Berlin DWW 2007,148

²⁵ BGH, NJW 2005, 1776

²⁶ 1.1.2004 Inkrafttreten der BetrKV

²⁷ VO zur Änderung energiesparrechtlicher Vorschriften vom 19.1.1989 BGBl. I. 1989, 109, 112

²⁸ Neufassung der II. BVO vom 5.4.1984 BGBl. 1984, 553, 577

Unterschiede können sich auch zwischen Vermietern und Selbstnutzern ergeben. Beim Betrieb einer eigenen Heizungsanlage fallen die Kosten der Anschaffung sowie der Instandsetzung gleichermaßen Vermieter und Selbstnutzern zur Last. Das ändert sich mit dem Abschluss eines Vertrages zum Anlagencontracting. Der vermietende Eigentümer kann die gesamten Kosten auf seinen Mieter umlegen, der Selbstnutzer muss sie indessen selbst tragen.

Schließlich wird der Abschluss eines Anlagencontractingvertrages nicht selten in der Summe teurer sein, als der Betrieb einer neu angeschafften Heizungsanlage. Letztere Variante ist aber für die Selbstnutzer attraktiver, weil sich die Investition in energiesparende, moderne Heizungstechnik amortisiert. Der vermietende Eigentümer gibt hingegen die mit den Energiespareffekten verbundenen Vorteile vollständig an seinen Mieter weiter. Seine wirtschaftlichen Vorteile gestalten sich daher nur mittelbar in Form einer besseren Vermietbarkeit.

Es wird im Ergebnis also vielfach nicht zu vermeiden sein, dass sich mit der Entscheidung zum Wärmecontracting unterschiedliche wirtschaftliche Effekte für die Eigentümer ergeben.

Unter Berücksichtigung der schuldrechtlichen Sonderverbindung der Wohnungseigentümer untereinander, die besondere Treue- und Rücksichtnahmepflichten auferlegt²⁹, ist diese Mehrbelastung nur mit triftigem Grund³⁰ rechtlich zulässig.

2. Baumaßnahme im Falle des Anlagen- oder Finanzierungscontractings

Beim Anlagencontracting hat die Wohnungseigentümergeinschaft nicht nur generell über die Frage zu entscheiden, ob ein Vertrag mit einem Contractor abgeschlossen wird, sondern auch über die bauliche Maßnahme zu beschließen, die in der Folge des Vertragsschlusses ansteht.

a) Instandsetzung, § 21 Abs. 5 WEG

Unproblematisch ist der Fall des Wechsels zur Nah- oder Fernwärme³¹, wenn die bestehende Heizungsanlage nicht mehr den gesetzlichen Anforderungen entspricht, etwa weil der Kessel außer Betrieb zu setzen ist oder eine größere Reparatur ansteht. In diesen Fällen kann die Wohnungseigentümergeinschaft über § 21 Abs. 5 WEG (ordnungsgemäße Verwaltung) die modernisierende Instandsetzung mit einfacher Mehrheit beschließen³².

b) Modernisierung, § 22 Abs. 2 WEG

²⁹ BGH-Urteil vom 10.11.06, V ZR 62/06

³⁰ BGHZ 95, 137, 143, WEG-Gesetzesentwurf, BT-Drucksache 16/887 vom 9.3.2006, S. 23

³¹ Auch beim Wechsel zur Fernwärme liegt eine bauliche Änderung vor. Es muss eine Übergabestation errichtet werden und der Bestandsanlagenanschluss durch den Fernwärmeanschluss ersetzt werden.

³² OLG Hamburg NZM 2006, 27

Etwas aufwendiger gestalten sich die Erfordernisse, wenn die Heizungsanlage zwar intakt ist und auch noch den gesetzlichen Vorgaben entspricht, jedoch modernisiert werden soll, etwa um Energie einzusparen. Hier bietet § 22 Abs. 2 WEG die Grundlage, mit doppelt qualifizierter Mehrheit die Voraussetzungen für die Modernisierung im Wege einer baulichen Maßnahme zu schaffen. § 22 Abs. 2 WEG bestimmt, dass die bauliche Maßnahme keinen Wohnungseigentümer gegenüber Anderen (finanziell) unbillig beeinträchtigen darf. Es stellt sich daher die Frage, ob die vorstehend bezeichneten, wirtschaftlich unterschiedlichen Interessenlagen eine derartige unbillige Beeinträchtigung darstellen können. Dabei sind es nicht die Kosten der baulichen Maßnahme selbst, die hier eine unterschiedliche wirtschaftliche Situation schaffen, sondern die hierauf aufbauenden Kostenfolgen. In der Rechtsprechung zu § 22 Abs. 1 WEG ist anerkannt, dass Folgekosten einer baulichen Änderung in Form einer erhöhten Reparatur- oder Wartungsanfälligkeit einen Nachteil darstellen kann³³. In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung ist der auf die bauliche Maßnahme gerichtete Beschluss aufgrund unterschiedlicher Kostenbelastung dann rechtswidrig, wenn er einzelne Eigentümer eine unbillige Mehrbelastung abverlangt. Ob die Mehrbelastung im Verhältnis Vermieter-Selbstnutzer bzw. zwischen Vermietern mit wirksamer bzw. fehlender Umlageklausel genügt, ist vom Einzelfall abhängig. In die anzustellende Bewertung ist der Anlass des Wechsels zum Contracting ebenso einzustellen, wie der Grad der wirtschaftlichen Mehrbelastung.

c) Bauliche Änderung nach § 22 Abs. 1 WEG

Schließlich kann die Maßnahme als bauliche Änderung nach § 22 Abs. 1 WEG beschlossen werden. Von dieser Maßnahme sind nicht zwangsläufig alle Eigentümer über das in § 14 Nr. 1 WEG normierte Maß hinaus betroffen, so dass ein Beschluss über diese Norm Sinn machen kann. Zu denken ist hier insbesondere an Mehrhausanlagen mit getrennten Heizungsanlagen. Hier kann das eine Haus den Wechsel zum Contracting beschließen, während das andere Haus weiterhin die Heizungsanlage in Eigenregie betreibt. In diesem Fall müssen nur die wechselwilligen Eigentümer des einen Hauses einen allstimmigen Beschluss fassen.

3. Auswahl des Contractors vs. Wirtschaftlichkeitsgebot

Ausnahmsweise findet sich bei der Auswahl des Contractors eine Gleichrichtung von Gemeinschaftsinteressen und Vermieterpflichten. Nach dem BGH – Urteil vom 28.11.07³⁴ hat der Vermieter den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit bei der Auswahl des Contractors („angemessenen Kosten-Nutzen-Verhältnis“) zu beachten, was nicht bedeutet, dass der billigste Anbieter auszuwählen ist. Eben diese Kosten-Nutzen-Analyse ist auch erforderlich, um bei der Auswahl des

³³ BayObLG WE 1989,65, KG OLGZ 1991,186

³⁴ BGH-Urteil VIII ZR 243/07

contractors einen Beschluss zu fassen, der den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht.³⁵

4. Mietverträge mit dem Contractor

Üblicherweise sehen die Contracting-Verträge den Abschluss eines Mietvertrages für den Heizungsraum vor, um darin die neue Heizungsanlage errichten zu können. Soweit die Bestandsanlage weiter betrieben werden soll, ist diese in den Mietvertrag einzuschließen. Über den Abschluss dieser Mietverträge kann die Wohnungseigentümergeinschaft im Beschlusswege mit einfacher Mehrheit entscheiden.³⁶ Die Gemeinschaftsflächen stehen im gemeinschaftlichen Eigentum. Vermieter im Außenverhältnis ist der teilrechtsfähige Verband.

5. Unnötige beschränkt persönliche Dienstbarkeit

In Contracting-Verträgen findet sich häufig die Verpflichtung, eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit einzutragen. Die Dienstbarkeit hat die Aufgabe, die vertragliche Bindung des Eigentümers zum Contractor in Bezug auf die zu beheizende Immobilie abzusichern³⁷. Andernfalls läuft der Contractor bei einem Eigentümerwechsel die Gefahr, dass bei einem Verkauf der Immobilie der Vertragspartner aus wichtigem Grund kündigt und der neue sich auf die fehlende Vertragsbeziehung beruft.

Dabei ist der Aufwand nicht zu unterschätzen. Die Eintragung der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit verlangt eine Einigung der Vertragsparteien, die notariell zu beglaubigen ist. Damit in das Grundbuchblatt einer jeden Wohnung in Abteilung II die Dienstbarkeit eingetragen werden kann, müssen alle Eigentümer der Wohnanlage mitwirken³⁸. Zwar kann die Abwesenheit einzelner Eigentümer kompensiert werden, indem für diese Einzelne als vollmachtlose Vertreter auftreten und die Abwesenden bei ihrem Heimatnotar nachgenehmigen. Damit hat der Aufwand indessen nicht sein Bewenden. Vielfach werden die Wohnungen zur Kaufpreisfinanzierung mit Grundpfandrechten belastet sein. Soll die Dienstbarkeit vorrangig und damit vollstreckungssicher eingetragen werden, bedarf es einer Rangrücktrittserklärung der vorrangigen Grundpfandgläubiger. Wenn sich diese überhaupt dazu bereit erklären, erfolgt dies gegen eine pauschale Aufwandsentschädigung. Diese ist zwar erfahrungsgemäß nicht hoch; der Betrag summiert sich aber aufgrund der möglicherweise zahlreichen Rangrücktrittserklärungen.

Tatsächlich besteht bei Wohnungseigentümergeinschaften nur ein geringes Sicherheitsbedürfnis des Contractors, da nicht anzunehmen ist, dass in einer Wohnanlage durch den Abverkauf einzelner Wohnungen neue Lieferbeziehungen entstehen. Hinzu kommt, dass mit

der Teilrechtsfähigkeitsentscheidung des BGH³⁹ klargestellt ist, dass der Verband Vertragspartner des contractors ist. Ein Auseinanderfallen von versorgter Immobilie und Vertragspartner während der Vertragslaufzeit kann mithin nicht mehr eintreten. Das ist ein einzigartiges Merkmal des teilrechtsfähigen Verbandes. Eine sonstige (juristische) Person ist immer zugleich Immobilieneigentümer und Vertragspartner. Bei der Wohnungseigentümergeinschaft ist der Verband immer zwingend mit dem Grundstück gekoppelt, so dass der Vertrag unabhängig von der personellen Zusammensetzung der Gemeinschaft immer mit demselben Verband bestehen bleibt.

Insofern sind Wohnungseigentümergeinschaften für Contractoren vertragsrechtlich einfacher zu binden, als natürliche oder juristische Globaleigentümer oder sonstige Gemeinschaften.

V. Ausblick

Die mietrechtlichen Erfordernisse für einen Wechsel zum contracting sind vom BGH im Wesentlichen abgesteckt. Es ist daher zu erwarten, dass der Wirtschaftszweig zusätzlichen Aufwind erfährt. Die WEG-rechtlichen Fragestellungen sind indessen in weiten Bereichen noch nicht geklärt. Insbesondere die unterschiedlichen wirtschaftlichen Konsequenzen für die Miteigentümer bedürfen einer Auseinandersetzung und obergerichtlicher Klärung. Beschlüsse von Wohnungseigentümergeinschaften, die auf den Wechsel zum contracting gerichtet sind, müssen daher bis auf absehbarer Zeit als „Zitterbeschlüsse“ behandelt werden.

³⁵ BayObLG NJW-RR 1989,1293

³⁶ BayObLG NJW-RR 2002, 949

³⁷ Vgl. Urteil OLG Koblenz vom 13.3.06, 12 U 1227/04

³⁸ KG OLGZ 68, 257

³⁹ BGH, NJW 2005, 2061