

Energetische Sanierung im Altbestand und das EEWärmeG: Kann das Investor-Nutzer-Dilemma ökologisch-sozial aufgelöst werden?

(RdE 2009, 118 ff.)

Die verstärkte energetische Gebäudesanierung – im Sinne eines verstärkten Einsatzes erneuerbarer Energien sowie energieeffizienzfördernder Maßnahmen wie Wärmedämmung – ist ein Kernanliegen einer wirksamen Klimapolitik. Die Hauptpotenziale im Altbestand werden jedoch bis dato unzureichend genutzt. Das neue EEWärmeG ändert dies in puncto erneuerbare Energien mit einem Marktanreizprogramm immerhin in Ansätzen, ebenso wie eine neue BGH-Entscheidung ins Spiel kommt. Bestimmte Hemmnisse drohen dennoch fortzubestehen, und zwar selbst dann, wenn demnächst europarechtlich für größere Renovierungsfälle auch im Altbau eine begrenzte Erneuerbare-Energien-Nutzungspflicht (wie mit dem EEWärmeG im Neubau) eingeführt wird. Jene Hemmnisse werden vorliegend analysiert; sie sind teilweise auch für Energieeffizienzmaßnahmen relevant. Ebenso stellt sich die Frage, wie sich Klimaschutz im Wohnbereich sozial ausgewogen gestalten lässt; letztere Frage erscheint für die faktische Durchsetzbarkeit von mehr Gebäude-Klimaschutz essentiell. Einige Hemmnisse können in ökologisch-sozial gleichermaßen sinnvoller Weise verringert werden. Der große Durchbruch in der Altbausanierung wird aber wohl primär von ordnungsrechtlichen Vorgaben oder von einer weiteren (ggf. politisch herbeigeführten) Energiepreissteigerung abhängen.

1. Problemstellung: Erneuerbare Energien (und Energieeffizienz) im Altbestand

Energetische Gebäudesanierungen, also Ressourcen- und Klimaschutzmaßnahmen im Wärmebereich, bieten die vielleicht größten Potenziale eines einzelnen gesellschaftlichen Bereichs für den Klimaschutz, gerade in den OECD-Staaten (die weiterhin pro Kopf um ein Mehrfaches höhere Treibhausgasausstöße haben als die Schwellen- oder gar die Entwicklungsländer). Im Gebäudebereich wird über ein Drittel z.B. des deutschen Treibhausgasausstoßes verursacht – und gleichzeitig ist die Gebäudesanierung ein Sektor, in welchem Klimaschutz schon wegen der mittelfristigen Energiepreise und nicht erst wegen der langfristigen Klimawandelsfolgen sogar *ökonomisch* sinnvoll ist. Vor dem Hintergrund weltweit steigender Treibhausgasausstöße und drohender verheerender (nicht nur ökonomischer) Klimawandelsfolgen wäre die Nutzung solcher Gebäudesanierungspotenziale dringend geboten.² Momentan kommen gleichwohl nur 6,6 % der deutschen Wärmeenergie aus Erneuerbaren Energien³, und auch die Steigerung der Gebäudeenergieeffizienz durch bessere Wärmedämmung u.a.m. kommt nur schleppend voran. Aufbauend auf europäischen Regelungen versuchen in

¹ Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt Öffentliches Recht mit dem Schwerpunkt Umweltrecht an der Universität Bremen. Dipl.-Jur. Christian Heitmann ist Doktorand an jener Professur. Zum Investor-Nutzer-Dilemma vgl. in kurz bereits den Festvortrag beim Mietgerichtstag: Ekardt/ Schenderlein, WuM 2008, 179 ff. Der Beitrag steht im Rahmen eines vom BMU finanzierten zweijährigen Forschungs- und Beratungsprojekts zu den längerfristigen Rechtsperspektiven erneuerbarer Energien – er gibt aber natürlich nur die Ansicht der Verfasser wieder.

² Zur globalen und europäischen klimapolitischen Debatte mit einem eigenen (auch sozial austarierten) Konzept Ekardt/ v. Hövel, Carbon & Climate Law Review 2009, i.E.

³ Regierungsentwurf siehe BR-Drs. 09/08 S. 17.

Deutschland das Energieeinspargesetz (EnEG) und die Energieeinsparverordnung (EnEV), – die Energieeffizienz im Gebäudebereich zu steigern. Die neueste Novelle der EnEV soll demnächst in Kraft treten. Auch das kürzlich verabschiedete, zum 01.01.2009 in Kraft tretende Erneuerbare-Energien-WärmeGesetz (EEWärmeG) zielt auf die Förderung von erneuerbaren Energien (EE), um Treibhausgasausstöße zu reduzieren, die Versorgungssicherheit durch verringerte Auslandsabhängigkeit zu optimieren, die Energiepreise dauerhaft gegen Öl- und Gaspreisschocks zu immunisieren, der stetig schrumpfenden Verfügbarkeit fossiler Brennstoffe gerecht zu werden – und durch „rechtzeitiges“ Reagieren auf den Klimawandel ökonomisch-innovationspolitische Vorteile zu erlangen (vgl. § 1 EEWärmeG).⁴

Das EEWärmeG folgt im Gegensatz zum stromfördernden Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) einem zweigleisigen Konzept für den Wärmebereich. Die Instrumente des EEG setzen auf eine Förderung der erneuerbaren Energie durch Abnahme- und Vergütungspflicht anhand von Festpreisen. Dagegen setzen die Regelungen des EEWärmeG neben einem subventionsrechtlichen Instrument einen ordnungsrechtlichen Mechanismus ein. § 3 Abs. 1 des EEWärmeG verordnet zunächst für Neubauten eine Nutzungspflicht von Wärme aus erneuerbaren Energien ab 2009; hier liegt der Schwerpunkt des Gesetzes und ebenso der bisherigen politischen und wissenschaftlichen Debatte.

Der vorliegende Beitrag untersucht stattdessen aber den klimapolitisch eher wichtigeren, da die bei weitem meisten Gebäude betreffenden Altbestand. Die EE-Thematik steht dabei im Vordergrund; da Klimaschutz, Versorgungssicherheit etc. jedoch verlangen, sowohl die Energieeffizienz von Gebäuden durch Maßnahmen wie Wärmedämmung als auch den Einsatz erneuerbarer Energien im Wärmebereich stärker voranzubringen, nehmen wir teilweise auch die Energieeffizienz in den Blick (allerdings nur, soweit sich bei der Analyse zur Wärmethematik dazu ein passant Erkenntnisse gewinnen lassen, also ohne näheren Fokus auf die Energieeffizienz-Gebäudestandards z.B. der EnEV). Da indes nicht nur die erwartbaren Auswirkungen des Klimawandels, sondern auch die der Klimapolitik „regressiv“ – also überproportional zu Lasten der sozial Schwächeren – verlaufen, ist auch diesem Aspekt dabei Rechnung zu tragen. Letzteres ist für die faktische Durchsetzbarkeit der Vorschläge u.U. der entscheidende Punkt, gerade in Zeiten hitziger Energiepreisdebatten, in denen jeder klimapolitische Vorschlag (selbst wenn er mittelfristig Geld spart und langfristig wegen der verheerenden Kosten eines globalen Klimawandels schon ökonomisch absolut zwingend erscheinen mag) erst einmal als „zusätzliche Last für den kleinen Mann“ zurückgewiesen wird. Wieviel an sozialer Gerechtigkeit nicht nur ratsam ist, sondern durch höherrangiges Recht geboten ist (etwa durch die Grundrechte), mag vorliegend dahinstehen.⁵

Die in §§ 13 ff. EEWärmeG vorgesehene Förderung für den EE-Einsatz im Altbestand beschränkt sich auf ein Marktanreizprogramm, also auf eine begrenzte finanzielle Bezuschussung freiwilliger EE-Maßnahmen im Altbestand. Gemäß § 3 Abs. 2 EEWärmeG dürfen die Länder darüber hinaus eine EE-Wärme-Nutzungspflicht für den Altbestand einführen, sie müssen dies aber nicht (bisher hat primär Baden-Württemberg dies getan). Doch gerade der Altbestand wäre eigentlich für die Erreichung des Ausbaus der erneuerbaren Wärmeenergie von besonderer Bedeutung.⁶ Dies liegt (1) neben der größeren Zahl der Altgebäude (s.o.) auch

⁴ Siehe auch den Regierungsentwurf siehe BR-Drs. 09/08 S. 18 f.

⁵ Siehe dazu aber Fn. 2.

⁶ Darauf hinweisend auch Deutscher Mieterbund, in: A-Drs. 16 (16) 394-C S. 2.

daran, dass es (2) durch die demographische Entwicklung in Deutschland spätestens ab 2025 zu einer deutlich sinkenden Nachfrage nach Wohnungsneubauten kommen wird. Schon heute liegt die Anzahl des Einbaus neuer Heizungen pro Jahr bei Neubauten bei ca. 150.000 bis 200.000, bei Altbauten dagegen bei 500.000 bis 600.000.⁷ Zudem ist (3) der Wärmebedarf bei Altbauten deutlich höher als bei Neubauten. Die Wärmesanierung im Altbestand ist auch sozialpolitisch ein besonders sensibles Thema, da hiervon in Deutschland häufig alteingesessene Mieter (und keine Eigenheimbauer oder neue Mieter, die von vornherein ein wärmesaniertes Haus mit ihnen im vorhinein bekannter Kostensituation vorfinden). Die durchschnittlichen Energiekosten pro Quadratmeter und Monat liegen in Deutschland heute bereits bei 1,50 Euro.⁸ Die steigende Nachfrage an fossilen Brennstoffen besonders in China und Indien wird diese Lage auch ohne Klimapolitik weiter verschärfen.⁹ Vor diesem Hintergrund hält sich die Begeisterung vieler Mieter im Altbau über EE-Einbaumaßnahmen (die anders als Energieeffizienzmaßnahmen nicht unbedingt die Heizkosten senken, ggf. aber zu Mieterhöhungen führen) voraussichtlich in Grenzen. Dies versuchen wir im folgenden mitzubedenken, jenseits der allgemeineren und andernorts erörterten Frage, wie man politisch bewußt weiter forcierte Energiepreise (etwa durch einen angezogenen Emissionshandel oder eine stark ausgebaute Ökosteuern in Verbindung mit anspruchsvolleren Treibhausgasreduktionszielen) sozial abfedern könnte (etwa durch einen Pro-Kopf-Ökobonus für alle Deutschen/ Europäer usw.).

2. Marktanreizprogramm für den Altbestand nach dem EEWärmeG

Nach § 13 EEWärmeG können alle EE-Wärmemaßnahmen, welche im Regelbeispielskatalog des § 14 EEWärmeG genannt sind, gefördert werden. Die Gesamtfördersumme beträgt dabei jeweils 500 Mio. Euro in vier aufeinanderfolgenden Jahren ab 2009. Von einer solchen Förderung sind gemäß § 15 EEWärmeG solche Maßnahmen ausgenommen, die entweder bereits der Erfüllung der Nutzungspflicht nach § 3 EEWärmeG – im Neubau – oder anderweitigen wie z.B. landesgesetzlichen Verpflichtungen dienen. Durch die Regelungstechnik des § 14 EEWärmeG können auch andere Maßnahmen als die in § 14 EEWärmeG genannten gefördert werden, soweit es sich um Maßnahmen handelt, welche den EE-Einsatz im Wärmebereich fördern. Dadurch hat man die langfristige Technologieoffenheit gewahrt.

Dass die Höhe des Marktanreizprogramms recht moderat ausfällt¹⁰, mag man nach allem bis hierher Gesagten kritisieren – wobei aktuell aus Anlass der Finanzkrise „konjunkturförderliche“ Aufstockungen bei der Gebäudesanierung avisiert sind. Allerdings ist dies nicht der einzige relevante Punkt; vielmehr unterliegt der EE-Wärmebereich weiteren Hindernissen, die auch die zurückhaltende Nutzung des Marktanreizprogramms durch die Bürger miterklären und deren Auflösung möglicherweise Potenziale birgt. Diese Potenziale sind vorliegend das

⁷ Vgl. die Daten bei Klinski, A-Drs. 16 (16) 394-B S. 6.

⁸ So die Zahlenangaben beim Deutschen Mieterbund, A-Drs. 16 (16) 394-C S. 2.

⁹ Nach Berechnungen der einschlägigen Branchen sollen benötigte Fördermittel in Höhe von 6 Milliarden Euro bis 2020 bereits einen zusätzlich positiven volkswirtschaftlichen Effekt durch die Substitution von fossilen Brennstoffen und externer Kosten von 21 Milliarden Euro erbringen; vgl. Bundesverband Erneuerbare Energie, A-Drs. 16 (16) 395-F S. 3. Wie valide solche wirtschaftswissenschaftlichen Berechnungen sind (bzw. was in sie an Annahmen eingeht), mag hier dahinstehen. Die Frage ist jedenfalls u.a. immer, inwieweit externe Kosten mitgedacht sind und wie diese solide erfasst werden (können).

¹⁰ Daran dürften auch landesrechtliche oder KfW-Fördermittel quantitativ wenig ändern.

Thema. Bei alledem kann sich die Frage nach der EE-Nutzung im Altbestand demnächst teilweise neu stellen. Die geplante neue europäische EE-Richtlinie sieht zudem im Entwurf in ihrem Art. 12 „die Nutzung eines Mindestmaßes an erneuerbaren Energiequellen“ auch für den Altbestand vor – zumindest im Renovierungsfall. Klimapolitisch wäre dies sinnvoll, die Frage ist dann jedoch, wie eine soziale Kostenverteilung gelingen kann. Außerdem werden auch künftig viele Gebäude erst einmal nicht renoviert werden (und damit nicht unter die EE-RL fallen), und die Nutzungspflicht wird vielleicht auch mit einem eher geringen Prozentsatz angesetzt werden.

3. Erneuerbare Energien, Energieeffizienz und einige teilweise verkannte Grundstrukturen des Investor-Nutzer-Dilemmas

Besonders im Bereich des gemieteten Wohnraums bestehen für einen verstärkten Einsatz von EE-Wärme (und Energieeffizienz) bisher diverse Hemmnisse. Zumindest solange das Marktanzreizprogramm quantitativ die bisherige Form behält – bzw. sofern eine europa- oder landesrechtliche Nutzungspflicht von den Anwendungsfällen und von den EE-Quoten her überschaubar bleibt – können diese Hemmnisse weiterhin eine Gebäudesanierung massiv behindern. Diese Hindernisse sollen im weiteren Verlauf des Beitrags aufgezeigt und auf ihre Abbaubarkeit hin untersucht werden. Und selbst für den Fall einer sehr ausgedehnten Marktanzreizschaffung bzw. Nutzungspflicht (womit momentan aber kaum zu rechnen ist), wären die folgenden Überlegungen zumindest in puncto Sozialausgleich weiter relevant.

Das zentrale hier zu verhandelnde Hemmnis für eine klimaschützende Gebäudesanierung ist das sogenannte Investor-Nutzer-Dilemma. Vor dem Hintergrund, dass in Deutschland die große Mehrheit der Menschen in Mietshäusern wohnt, besteht dieses Dilemma in folgender Situation: Für Klimaschutzmaßnahmen bei Gebäuden fallen zunächst meist hohe Investitionskosten an; diese muß aber zunächst der Vermieter tragen, während der Mieter durch eine niedrigere Betriebskostenabrechnung die Vorteile bei Energieeffizienzmaßnahmen hat. Bei EE-Maßnahmen hat er u.U. auch nur geringe kurz- oder mittelfristigen finanziellen Vorteile, so dass dort u.U. weder Vermieter noch Mieter an entsprechenden Maßnahmen interessiert ist; bei langfristiger Betrachtung hat der Mieter aber insoweit Vorteile, als er von steigenden Öl- und Gaspreisen abgekoppelt wird. So geht ein gebäudesanierender Vermieter ein finanzielles Risiko ein, das im Falle der Energieeffizienz *für den Mieter sofortige Vorteile (denen aber auch eine höhere Kaltmiete gegenüber steht; s.u.)* erbringt – und dass für den Vermieter, auch im EE-Fall, unsichere Konsequenzen hat. § 559 BGB gestattet in Deutschland zwar, Investitionen in die Energieeffizienz (u.U. nicht aber in erneuerbare Energien) mit 11 % der Investitionssumme pro Jahr zeitlich unbegrenzt auf den Mieter umzulegen. Dieser Zuschlag führt aber (a) zu nur langfristigen Amortisationen (also nach neun Jahren), und der Zuschlag ist (b) zudem durch das Mietspiegelniveau nach § 558 BGB begrenzt. Oft steht (c) einer Mieterhöhung auch einfach die Tatsache im Wege, daß sich eine entsprechende Miete gar nicht am Markt erzielen lässt. Dies wird (d) angesichts des demographischen Wandels, welcher Immobilien zunehmend entwerten wird, aller Voraussicht nach noch radikalisiert werden (wobei dieser letzte Aspekt in der Debatte im allgemeinen gar nicht wahrgenommen wird). Vor diesem Hintergrund kommt der Umstand, daß eine Gebäudesanierung die Immobilie ggf. auch wertvoller macht, oft wohl nur sehr bedingt zum Tragen. Auch wenn der Einfachheit halber im folgenden weiter von „Investor-Nutzer-Dilemma“ gesprochen wird, ist die Lage al-

so komplizierter: Sowohl bei EE- als auch bei Energieeffizienzmaßnahmen stehen Vermieter und Mieter beide vor unsicheren wirtschaftlich-sozialen Folgen von Klimaschutzmaßnahmen im Gebäudebereich.

Es fragt sich daher, wie man dieser gesamten Situation beikommen kann – besonders, aber nicht nur für den EE-Bereich. Dies setzt allerdings voraus, dass auch die hinter scheinbar „nur ökonomischen“ Ursachenstrukturen liegenden motivationspsychologischen Antriebe der Akteure korrekt erfasst werden; sonst können keine klimapolitisch überzeugenden Defizitursachenanalysen und neuen Regelungsvorschläge entwickelt werden. Dabei dürfte es sich als nötig erweisen, die Situation differenzierter zu betrachten, als dies gängigerweise geschieht. Zwar ist es bei Zugrundelegung einer realitätsnahen Handlungstheorie korrekt, mit dem Mainstream der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie davon auszugehen, dass Menschen überwiegend eigennützig handeln (und nicht zuletzt auch ökonomische Vorteile suchen). In der neueren wirtschaftswissenschaftlichen Theorie und Empirie (Behavioral Economics¹¹) zeigt sich jedoch immer deutlicher, dass Marktakteure selbst in „rein wirtschaftlichen“ Zusammenhängen oft anders handeln, als unter dem ökonomischen Eigennutzenparadigma zu prognostizieren wäre. So konnte beispielsweise gezeigt werden: kurzfristige kleine Gewinne werden oft interessanter gefunden als längerfristige größere Gewinne; Sparen wird häufig als wenig attraktiv empfunden; interessanter als Kostenvermeidungen sind „positive Gewinne“; die Wahrscheinlichkeiten bestimmter künftiger Ereignisse werden oft grob verzerrt eingeschätzt u.a.m.

Diese Einsichten legen jedenfalls tentativ bestimmte Schlußfolgerungen nahe. So könnte sich empfehlen, nicht nur darauf zu achten, wer welche klimapolitischen Kosten und Nutzen bei Gebäudesanierungen trägt – sondern auch darauf, dass dies für die jeweiligen Beteiligten hinreichend offenkundig ist und dass ihr Nutzen sicher und in überschaubarer Zeit auftritt, soweit dies denn rechtlich möglich ist. Dies ist insofern für die energetische Gebäudesanierung relevant, als viele sie subjektiv wohl als nur „langfristig rentabel“ empfinden. Ungünstig dürften auch bestimmte „generelle“ menschliche Befindlichkeiten wirken, etwa eine gewisse Neigung zu Bequemlichkeit und Gewohnheit: Selbst wenn der Vermieter durch eine EE-Nutzung keine eigenen Kosten haben sollte, mag er sich z.B. fragen, warum er sich über derartige Dinge denn den Kopf zerbrechen sollte, anstatt einfach bei „traditionellen“ Heizmethoden zu bleiben. Dies gilt um so mehr, als Klimaschutz – da sich Menschen etwaige Schäden für raumzeitlich entfernt Lebende emotional nur schwer vorstellen können – auch auf Gefühlsebene vor einem Strukturproblem steht. Es sollen deshalb nacheinander verschiedene Regelungsgebiete analysiert und auf Optimierbarkeit hin befragt werden, wobei sich ein System ergeben könnte, das einen klimapolitisch wirksamen und sozial ausgewogenen Wärmeenergiemarkt mit neuen Anreizeffekten zwischen dem Vermieter und Mieter etabliert. Dass das Marktanzreizprogramm (in seinem – moderaten – Umfang) die Lage verbessert, liegt auf der Hand. Nur lässt sich dies in Zeiten knapper Haushaltsmittel nicht beliebig ausbauen. Welche anderen Problembereiche und Lösungswege bestehen also?

4. Mietrecht als Instrument zugunsten erneuerbarer Energien im Altbestand

a. Duldungspflicht des Mieters bei energetischen Gebäudesanierungen

¹¹ Vgl. dazu etwa Klöhn, Kapitalmarkt, Spekulation und Behavioral Finance, 2006, S. 176 ff.

Um überhaupt eine EE-Maßnahme, also einen Umbau von konventioneller Wärmeenergieversorgung zu einer EE-Versorgung durchführen zu können, müssen zunächst die rechtlichen Voraussetzungen gegeben sein. Für den Vermieter stellt sich insoweit die Frage, wann ein Mieter den Einbau einer geförderten Maßnahme nach § 13 ff. EEWärmeG zu dulden hat. Wenn keine Verpflichtung des Mieters zur Duldung der Maßnahme besteht, dann hätte der Vermieter kein Interesse mehr an der Förderung der erneuerbaren Wärmeenergie, da er Gefahr liefe, per einstweiligen Rechtsschutz auf Unterlassung der Maßnahme in Anspruch genommen zu werden (was auch bei Maßnahmen außerhalb der Wohnräume in Betracht kommt), und er dürfte die Wohnung dann auch nicht betreten.¹² Auch einer Mietminderung nach § 536 Abs. 1 BGB kann der Vermieter ausgesetzt sein. An der so geschilderten Problematik ändert das Marktanzreizprogramm von vornherein wenig; denn es bewirkt nicht, dass Rechtsstreitigkeiten vermieden werden. Die Duldungspflicht spielt übrigens auch eine Rolle, wenn die Länder auf Grundlage der Öffnungsklausel des § 3 Abs. 2 EEWärmeG von ihrer Ermächtigung Gebrauch machen und eine Nutzungspflicht hinsichtlich Altbauten einführen.

Nun könnte § 554 BGB eine Duldungspflicht des Mieters ergeben. Nach § 554 Abs. 2 BGB hat der Mieter alle Maßnahmen zur Einsparung von Energie zu dulden. Der Gesetzgeber hat mit der Regelung vor allem an energiekosten sparende Maßnahmen gedacht.¹³ Doch eine Vielzahl von EE-Wärmequellen kosten für den Nutzer nicht zwingend weniger, sondern führt „nur“ zu einer Verringerung des Treibhausgasausstoßes. Fielen EE-Wärmemaßnahmen aber nicht unter § 554 BGB, bestünde keine Duldungspflicht, und der Vermieter – dies im Vorgriff auf den nächsten Abschnitt – bliebe auch auf seinen Kosten sitzen. Rechtsunsicherheiten und unsichere Amortisationen sind indes wie erwähnt gerade ein Hemmnis, wenn es um die Bereitschaft zu Klimaschutzmaßnahmen geht.¹⁴ Eine klare höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage stand bisher aus.¹⁵ Im Wesentlichen kommt es darauf an, welchen Maßstab man anlegt. Zum einen kann man auf die Primärenergie abstellen und zum anderen auf den Endenergieverbrauch. Die Judikatur und Literatur zur Frage, ob eine Einsparung¹⁶ von Primärenergie als ausreichend gilt, ist sehr gespalten¹⁷, wobei der BGH schon vor einiger Zeit eine Umlegbarkeit auch von nicht kostensparenden Maßnahmen anklingen ließ.¹⁸ Gegen das Abstellen auf die Endenergieeinsparung, die der Wortlaut nahelegen könnte, spricht aus teleologischer Perspektive, dass die Norm des § 554 Abs. 2 BGB eine ökologische Prägung hat.¹⁹ In

¹² Vgl. LG Berlin, MM 1984, 79; AG Charlottenburg, MM 1983, Nr. 8; Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, .Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 554 Rn. 345.

¹³ Hierzu BR-Drs. 439/00, S. 124.

¹⁴ Bei einer Annahme einer Duldungspflicht aus § 242 BGB hätte der Mieter demgegenüber nicht mehr die Möglichkeit, sich wie bei § 554 Abs. 2 BGB auf einen Härtefall zu berufen. Zudem würden für den Vermieter wie stets bei Treu und Glauben eher noch größere Rechtsunsicherheiten verbleiben, von Problemen der Gewaltenteilung – die aus solchen Generalklausellösungen stets resultieren – ganz abgesehen.

¹⁵ Flatow, Anmerkung zum Urteil des LG Berlin, Az. 63 S 75/07, JurisPP-Mietrecht 10/2008 Anm. 4.

¹⁶ Formal könnte man (unergiebig) darauf hinweisen, dass nach dem Energieerhaltungssatz Energie natürlich nie „gespart“ wird, sondern immer irgendwo in der Welt „bleibt“; vgl. auch Blank, WuM 2008, 311 (317).

¹⁷ Vgl. etwa LG Berlin, Az. 63 S 75/07; LG Berlin, Az. 63 S 250/06; LG Hamburg, NZM 2006, 536; AG Schöneberg, Az. 14 C 561/05; Blank, WuM 2008, 311 (317); Ekardt/ Schenderlein, WuM 2008, 178 (182); Wilkens, NZM 2006, 521 (523); Arzt, in: MünchKomm, BGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2007, § 559 Rn. 19; Gies, Anmerkung zum Urteil des AG Berlin-Schöneberg, Az. 14 C 561/05, jurisPR-MietR 17/2007 Anm. 2; Eisenschmid, WuM 2006, 119 (120 f.); Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, § 554 Rn. 143; Meyer-Harport, NZM 2006, 524 (526).

¹⁸ Vgl. BGH, WuM 2004, 285 ff.

¹⁹ Vgl. dazu auch anhand der Entstehungsgeschichte Blank, WuM 2008, 311 (317).

einer noch unveröffentlichten Entscheidung folgt der BGH letzter Sicht nun wohl.²⁰ Hilfreich wäre trotzdem nach wie vor eine gesetzliche Klarstellung, um verbleibende Unsicherheiten zu beseitigen.²¹ Auf die sozialen Implikationen wird im folgenden noch eingegangen.

b. Mieterhöhung bei energetischen Modernisierungsmaßnahmen

Eng mit der Duldungspflicht nach § 554 BGB hängt die – praktisch noch wichtigere – Frage nach einer Mieterhöhung gemäß § 559 BGB zusammen. Der § 559 Abs. 2 BGB ermöglicht die bereits erwähnte Mieterhöhung für durchgeführte baulichen Maßnahme in Höhe von 11 % der aufgewendeten Kosten. Die Problematik ist insoweit die gleiche wie soeben bei der Duldungspflicht; würde es eine europäische Nutzungspflicht geben, stünde die Umlagepflicht zu Lasten des Mieters wohl endgültig fest. Dann ergeben sich allerdings Folgefragen. Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit der § 559 Abs. 1 BGB in klimaschutzfreundlicher (also vermietetfreundlicher) Auslegung nicht vermeidbare soziale Probleme auslöst, indem der Mieter kostenmäßig u.U. kurz- und mittelfristig nur in begrenztem Umfang von einer EE-Anlage profitiert²² (besonders Empfänger von Arbeitslosengeld II wären von einer solchen Entwicklung betroffen, denn der Zuschuss zur Miete ist begrenzt). Denn durch die Mieterhöhungsmöglichkeit um 11 %, die zeitlich unbegrenzt zur Verfügung steht, macht der Vermieter ab dem zehnten Jahr nach der Gebäudesanierung Gewinn, ohne dass der Mieter auf die damit höhere Kaltmiete irgendwie durch sein Verbrauchsverhalten Einfluss nehmen könnte; letzteres ist auch klimapolitisch diskussionswürdig, da nicht alle EE-Quellen klimapolitisch gleichermaßen vorteilhaft sind. Dies ist insofern ungünstig, als wegen der langen Amortisierung und der rechtlichen Unsicherheiten die Vermieter gleichwohl in sehr vielen Fällen nicht investitionswillig sind. Dies dürfte (hoffentlich) durch das erwähnte BGH-Urteil sowie das Marktanreizprogramm zwar verringert werden; doch um Hemmnisse wie menschliche Bequemlichkeit und Gewohnheit zu berücksichtigen, reichen derartige „Verbesserungen“ u.U. allein nicht aus. Der Vermieter kann zudem auch mit dem BGH-Urteil und der Marktanreizförderung im Rücken nicht wissen, ob er die ggf. zulässige Mieterhöhung auch am Markt durchsetzen kann; ebenso sind die Implikationen des demographischen Wandels unklar. Klimapolitisch diskussionswürdig ist auch, dass bei § 559 BGB für die konkrete Kostenberechnung allein die Investitionskosten die zulässige Mieterhöhung bestimmen, nicht aber der reale klimapolitische Effekt; und es kann klimapolitisch einen erheblichen Unterschied machen, ob z.B. eine hervorragende Wärmedämmung vorgenommen wird – oder ob vielmehr unter diskussionswürdigen Bedingungen gewonnenes Bioheizöl mit Hilfe eines neuen Brennkessels etabliert wird.²³ Und auch jenseits der Bioenergie haben EE-Träger wie Wind- oder Wasserkraft durchaus Ambivalenzen, die am besten durch eine effiziente Nutzung (auch) dieser Energieträger zu lösen sind.

²⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 24.09.2008, VIII ZR 275/07 (noch unveröffentlicht), Pressemitteilung Nr. 179/ 2008.

²¹ Teilweise dazu auch Klinski, in: A-Drs. 16 (16) 394 B, S. 21; Deshalb auch der Versuch einer gesetzlichen Klarstellung in Br.-Drs. 09/08, S. 15.

²² Hierzu Klinski, in: A-Drs. 16 (16) 394 B, S. 21, der insbesondere auf eine einschlägige Studie zu den Kosten von Solaranlagen verweist (noch ungedruckt).

²³ Zur bisher (und wohl auch in näherer Zukunft – aller Voraussicht nach auch nach dem möglichen Inkrafttreten der neuen EE-RL) unzureichenden Bewältigung der ökologisch-sozialen Ambivalenzen der Bioenergie vgl. Eckardt/ Schmeichel/ Heering, NuR 2009, i.E.

Die Höhe der EEWärmeG-Marktanreizförderung kann den Konflikt zunächst scheinbar entschärfen, indem sie die Belastung des Mieters durch eine Mieterhöhung nach § 559 BGB mindert und zugleich den Klimaschutz vorantreibt. Den Konflikt indes einfach durch weitere Erhöhungen des Marktanreizprogramms vermeintlich zu lösen, wäre allerdings kein sozialpolitisch besonders vorzugswürdiger Weg; denn auch solche Subventionen zahlt nicht „der Staat“, sondern im Endeffekt der Steuerzahler – Subventionsmodelle sind also keineswegs per se „sozial“, zumal sie latent mit dem Verursacherprinzip im Konflikt stehen. Es fragt sich deshalb, ob man im Sinne einer „win-win“-Option dem Vermieter einerseits kurzfristige, sicherere Gewinnoptionen geben und so den Klimaschutz verbessern kann, unterstützt durch klarere ökologische Konturierungen und zugleich eine gewisse Kostengünstigkeit für den Mieter wahren. Letztlich erscheint dies nur in begrenztem Umfang möglich. Der *erste Weg* könnte darin bestehen, dass man § 559 BGB selbst ändert. Die Änderung könnte so aussehen, dass man die Umlage kumulativ oder alternativ davon abhängig macht, dass entweder eine Kostenersparnis für den Mieter oder besonders qualifizierte Klimastandards (und dann gerade keine erforderliche Kosteneinsparung) erreicht werden. Die letztgenannte zweite Alternative wäre sinnvollerweise an die geplante neue EE-RL anzuknüpfen, die allerdings insoweit bisher eher unvollständig ist, da sie die Effizienz des jeweiligen EE-Trägers nur für die Bioenergie (und auch dort unzureichend) thematisiert.²⁴ Die zweite Alternative würde Rechtssicherheit schaffen und eine klimapolitische Qualifizierung bringen. Sozial sind einerseits die dann eintretenden Mieterhöhungen für den Mieter kritisch. Andererseits wird ein Beitrag geleistet, den Mieter dauerhaft von Öl- oder Gaspreissteigerungen zu entlasten, was sozial vorteilhaft ist. Oft übersehen wird zudem, dass Klimaschutzmaßnahmen ein Beitrag zur sozialen Gerechtigkeit in der Zukunft sind, also zur Generationengerechtigkeit: Nimmt man einen signifikanten globalen Klimawandel hin, führt dies nämlich aller Voraussicht in der Zukunft zu weit schwereren sozialen Verwerfungen (im nationalen und erst recht im globalen Maßstab) als begrenzte Mietsteigerungen heute.

Letztlich zu einer ähnlichen Bilanz dürfte der *zweite Weg* führen: Er bestünde in einer Änderung des Betriebskostenrechts in der BetrKV, verbunden mit der Klarstellung, dass EE-Investitionskosten nicht über § 559 BGB erstattet werden. Momentan kann nach den Regelungen der Heizkostenverordnung nur die gewerbliche Wärmelieferung abgerechnet werden. Wenn der Vermieter selbstproduzierte EE-Wärme verkauft²⁵, so kann er dies nur zum Selbstkostenpreis tun; genau letzteren Umstand könnte man nun ändern, ggf. wieder in Abhängigkeit von bestimmten ökologischen Kriterien. Ob sich dieser zweite Weg auf die Bereitschaft des Vermieters zu Klimaschutzmaßnahmen besser oder schlechter auswirkt oder ob er gleich wirkt, hängt von schwer überschaubaren Details ab (etwa vom Verhältnis der Investitionskosten zu den zulässigen Gewinnmargen im Falle eines gewinnbringenden Verkaufs selbstproduzierter EE-Wärme durch den Vermieter²⁶). Klimapolitisch könnte beim ersten Weg der Ver-

²⁴ Vgl. zur geplanten EE-RL insoweit Ekardt/ Schmeichel/ Heering, NuR 2009, i.E. – Zur denkbaren weiteren Option eines ökologischen Mietspiegels vgl. im übrigen Knissel/ Alles, WuM 2005, 169 ff. Dabei könnte heutzutage auch auf das Nachweissystem des EEWärmeG und EnEV zurückgegriffen werden.

²⁵ Relevant wäre dies besonders für die Solarenergie, wo es kaum „Betriebskosten“ gibt, die der Vermieter als solche sinnvoll abrechnen könnte.

²⁶ Durch die „besondere“ Monopolstellung des Vermieters müsste dabei freilich eine transparente Preisgestaltung sowie das Wirtschaftlichkeitsgebot des Betriebskostenrechts gesichert werden, zugleich um eine verlässliche Angemessenheitskontrolle für den Mieter und eine ebensolche Kalkulationsbasis für den Vermieter zu schaffen. Gleichzeitig könnte § 21 EStG dahingehend geändert werden, dass die Einkünfte aus dem EE-Verkauf als solche aus Vermietung und Verpachtung gelten, damit die Aufwendungen eindeutig als Werbungskosten geltend

mieter gewisse Effizianzanreize haben (da dies die Umlegbarkeit und die Höhe der Investitionskosten günstig beeinflussen könnte), wogegen beim zweiten Weg definitiv der Mieter die Effizianzanreize hat (denn beim zweiten Weg trägt der Mieter die EE-Investitionskosten eben nur über den verbrauchsabhängigen Tarif für die konkrete EE-Nutzung; der Vermieter hat beim zweiten Weg dann aber ein Interesse, im Zweifel „möglichst viel“ EE-Wärme abzusetzen, also z.B. nicht parallel noch eine Wärmedämmung vorzunehmen). Sozialpolitisch würde eine Reform allein des § 559 BGB voraussichtlich zu höheren Kaltmieten, aber langfristig stabileren Nebenkosten führen – und eine Reform primär des Betriebskostenrechts genau umgekehrt.

Einer der beiden Wege sollte in jedem Fall beschritten werden, um die bisher nicht durchgängig optimal verwirklichten Grundanliegen (größere Rechtssicherheit, klarere Erkennbarkeit der möglichen Gewinne, soziale Abfederung über langfristige Energiepreisstabilisierung oder Einfluss des Mieters via Verbrauchsabhängigkeit, Generationengerechtigkeit) voranzubringen – in Verbindung mit weiteren noch zu diskutierenden Maßnahmen. Die Betrachtung bis hierher hat freilich auch die Grenzen solcher Reaktionen auf das „Investor-Nutzer-Dilemma“ bei EE (aber auch bei Energieeffizienzmaßnahmen) gezeigt: Letztlich wird der große klimapolitische Schub im Gebäudebereich wohl schlicht von weitergehenden Nutzungspflichten oder steigenden Energiepreisen (ggf. auch staatlich durch Steuern oder durch einen an der Primärenergie ansetzenden umfassenden EU-Emissionshandel herbeigeführt²⁷) abhängen. Diese dann sozial umzulegen und eine Feinsteuerung zu übernehmen, könnte freilich in jedem Fall ein Resultat eines der beiden eben diskutierten Wege sein.

Die eben entwickelten Grundsätze müssten im übrigen auch auf ein weiteres Instrument zur Förderung von EE-Wärme angewendet werden: auf das Wärme-Contracting. Von ihm profitieren gerade Vermieter mit geringem Eigenkapital, indem die Investitionskosten für einen EE-Einbau zunächst von einem Dritten getragen werden; zudem wird der Contractor im Zweifel einen höheren Sachverstand aufweisen als Kleinvermieter. Jedoch steht das Contracting²⁸ vor diversen rechtlichen Problemen, die seinen klimapolitisch wünschenswerten Einsatz hemmen. Trotz einer wichtigen Entscheidung des BGH²⁹ ist die Frage der Umstellung von Eigenversorgung zu einer Contractinglösung noch nicht hinreichend klar; dies gilt insbesondere für alte Mietverträge, wo ggf. die Zustimmung des Mieter nötig sein könnte. Für neue Mietverträge genügt als vertragliche Grundlage für die Umlegung von Wärmelieferungskosten grundsätzlich die Bezugnahme auf die BetrKV, wenn die im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags gültige Fassung die Umlage dieser Kosten vorsah. Insofern führt das Contracting dann zu ähnlichen Ergebnissen wie die eben als „zweiter Weg“ vorgeschlagene Reform der BetrKV; wie dort bräuchte es auch beim Contracting sinnvolle Instrumente, die dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz des Betriebskostenrechts Rechnung tragen. Auch klimapolitische Kriterien dürften hier erneut sinnvoll sein. – Zusätzlich zu alledem wird bisher durch die komplexe Verweisungstechnik von EEWärmeG und EnEV eine Förderung von EE und Ener-

gemacht werden können.

²⁷ Zur Sinnhaftigkeit eines sektoral und vom Reduktionsfaktor ausgeweiteten EU-Emissionshandels (einschließlich der Ersetzung einiger Klimaschutzinstrumente und eines sozialpolitisch ausgleichenden Ökobonus) vgl. Eckardt/ von Hövel, Carbon & Climate Law Review 2009, i.E.

²⁸ Unterschieden wird zwischen Betreibermodell und Fullcontracting bei Kramer, ZNER 2007, 388 ff.; andere Unterscheidungen bei Eisenschmid, ZNER 2007, 264 ff.

²⁹ Vgl. BGH, NZM 2007, 769.

gieeffizienzmaßnahmen erschwert; mehr rechtliche Übersichtlichkeit wäre auch hier zugunsten des Vermieters und damit zugunsten des Klimaschutzes sinnvoll.

5. Wohnungseigentumsrecht und erneuerbare Energien

Neben den Mietern darf freilich auch im Altbestand die Konstellation der Eigenheime nicht aus dem Blick verloren werden. Ein spezifisches Problemfeld ergeben insoweit die Wohnungseigentümer – denn welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit der Einbau einer EE-Anlage für das gemeinschaftliche Eigentum möglich ist? Nach § 22 Abs. 1 WEG ist bei baulichen Veränderungen und Aufwendungen, die über die ordnungsgemäße Instandhaltung hinausgehen, die Zustimmung aller Wohnungseigentümer notwendig; eine Mehrheit von $\frac{3}{4}$ ist gemäß § 22 Abs. 2 WEG ausreichend, wenn es sich um eine Modernisierungsmaßnahme nach § 559 BGB handelt.³⁰ Diese Regelung kann ein erhebliches Hemmnis für die EE-Förderung sein; insbesondere besteht ein Problem, wenn eine landesrechtliche Nutzungspflicht geschaffen wird. Denn auch bei einer gesetzlichen Pflicht müssen die Voraussetzungen des § 22 WEG vorliegen.³¹ Zur Lösung dieses Dilemmas wäre eine weitere Reform des WEG geboten. Nutzungspflicht bzw. Marktanreizprogramm wirken daneben schon in die richtige Richtung.

6. Steuerrecht als Instrument zugunsten erneuerbarer Energien im Altbestand

a. Steuerliche Absetzbarkeit der Kosten für den Vermieter

Wesentlich gemessen an den aufgestellten Grundsätzen ist auch die Frage, wie sich das geltende Einkommensteuerrecht auf eine Förderung von EE und Energieeffizienzmaßnahmen auswirkt (bei Mietwohnungen und Eigenheimen, und zwar hier auch bei Neubauten), zumindest solange keine umfassende Nutzungspflicht besteht. So kann gefragt werden, ob der Vermieter die Investitionskosten steuerlich geltend machen kann. Die infrage kommenden Regelungen des Einkommenssteuerrechts haben einen hohen Grad an Komplexität und können daher hier nur skizziert werden. Die Stoßrichtung geht auch hier in Richtung Rechtssicherheit, Klarheit der Regelungen, zugleich aber nicht einfach quantitativ steigende Absetzungsmöglichkeiten (denn letzteres müssten wiederum die Mitmenschen als Steuerzahler bezahlen).

Auf erster Ebene steht die Frage, ob es sich bei den Einkünften um solche aus Vermietung und Verpachtung (VuV) gemäß § 21 EStG oder solche aus einem Gewerbebetrieb gemäß § 15 EStG handelt. Maßgeblich ist die Frage, ob es sich bei den Aufwendungen für den Einbau einer erneuerbaren Wärmeenergieanlage entweder um Werbungskosten aus Vermietung und Verpachtung handelt oder ob es sich bei diesen Aufwendungen um Betriebskosten handelt. Nach § 21 Abs. 3 EStG sind Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung subsidiär, denn es ist vorher zu prüfen, ob die Einkünfte bei anderen Einkunftsarten angefallen sind.³² Dennoch fallen die Einkünfte nicht unter die Einkunftsart Gewerbebetrieb, auch wenn es sich um eine große Anzahl an vermieteten Objekten handelt, denn dies gilt typischer Weise immer noch als Vermögensverwaltung und ist damit keine gewerbliche Tätigkeit.³³ Eher als gewerbliche Ein-

³⁰ Näher dazu siehe Bärmann/ Pick, WEG, 18. Aufl. 2007, § 22 Rn. 1 ff. und 30 ff.

³¹ Vgl. Klinski, in: A-Drs. 16 (16) 394-B S. 27.

³² Näher hierzu Dresek, in: Schmidt, Einkommensteuergesetz, 27. Aufl. 2008, § 21 Rn. 135.

³³ Vgl. Rick/ Gierschmann/ Gunsenheimer/ Martin/ Schneider, Lehrbuch Einkommensteuer, 14. Aufl. Hamm 2007, Rn. 1451f.

künfte sind solche aus der Vermietung von Ferienwohnung oder aus einem Beherbergungsbetrieb zu sehen.³⁴ Voraussetzung für die Geltendmachung von Werbungskosten bei Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist, dass es sich bei den Kosten für den Einbau einer EE-Anlage um Aufwendungen handelt, welche dem Zweck dienen, Einnahmen zu erwerben, zu sichern und zu erhalten.³⁵ Wie bei Betriebsausgaben gilt für Werbungskosten nach § 9 auch das Veranlassungsprinzip³⁶, also muss ein kausaler Zusammenhang zwischen der Einnahmenerzielung aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) und den Aufwendungen bestehen.³⁷

Für den Vermieter ist es besonders wichtig zu klären, ob er die Kosten für den Einbau z.B. einer solarthermischen Anlage oder einer Wärmepumpe sofort als unwesentliche Verbesserungen und damit Erhaltungsaufwendungen absetzen kann gemäß §§ 9, 11 Abs. 2 EStG oder ob er die Kosten als Absetzung für Abnutzung gemäß § 7 EStG gelten machen muss. Beide Möglichkeiten haben ihre Vor- und Nachteile für den Vermieter; wenn seine Einkünfte niedriger sind als die Investitionskosten, dann ist die AfA für den Vermieter besser. Bei der AfA ist die jährliche Inflation noch mit einzubeziehen und die Zeiträume können sehr lang sein. Entscheidend ist hierfür die Unterscheidung zwischen den Erhaltungsaufwendungen und den Herstellungsaufwendungen. Wenn es sich um Herstellungsaufwendungen handelt, kann der Vermieter diese nur als AfA gemäß § 7 EStG geltend machen.³⁸ Nach der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ist für den Begriff der Herstellungsaufwendung der § 255 Abs. 2 HGB maßgeblich.³⁹ Herstellungskosten sind danach alle Aufwendungen, welche die Gebäudesubstanz wesentlich vermehren oder verbessern, die Funktion wesentlich ändern oder die Wesensart oder den Zustand wesentlich verbessern. Bei vorhandener Installation in einem Wohnhaus ist der Einbau neuer Gegenstände unter das Tatbestandsmerkmal der wesentlichen Verbesserung zu subsumieren.⁴⁰ Dieses Merkmal ist immer dann erfüllt, wenn der Gebrauchswert des Gebäudes durch die Baumaßnahme wesentlich erhöht wird.⁴¹ Voraussetzung dafür ist, dass einer der Kernbereiche der Ausstattung deutlich erweitert oder ergänzt wird. Dazu gehören Elektro-, Heizungs-, Sanitäreinrichtungen und Fenster.⁴² In einem Fall, der dem BFH zur Entscheidung vorlag, hatte der Vermieter neben der vorhandenen Gaswärmeversorgung eine solarthermische Anlage zur Brauchwassererwärmung gebaut. Im Ergebnis hat der BFH ausgeführt, dass der Kernbereich zu unwesentlich erweitert werde und es sich deshalb nicht um eine wesentliche Verbesserung handle, und deshalb könne der Steuerpflichtige die Kosten als Erhaltungsaufwendung gelten machen und sofort gemäß § 9 EStG absetzen.⁴³ Diese verschiedenen Differenzierungen klingen für den nicht Rechtskundigen kompliziert und damit abschreckend, und die erleichterte Absetzbarkeit primär von kleinen Aufwendungen ist auch klimapolitisch zweifelhaft.

³⁴ Weber-Grellet, in: Schmidt, Einkommensteuergesetz, 27. Aufl. 2008, § 15 Rn. 80; Rick/ Gierschmann/ Günsenheimer/ Martin/ Schneider, Lehrbuch Einkommensteuer, Rn. 1452.

³⁵ Vgl. Rick/ Gierschmann/ Günsenheimer/ Martin/ Schneider, Lehrbuch Einkommensteuer, Rn. 1991.

³⁶ BFH VIII R 154/76.

³⁷ Zum Veranlassungsprinzip siehe hier näher Tipke/ Lang, Steuerrecht, 19. Aufl. 2008, § 9 Rn. 205 ff.

³⁸ Dresek, in: Schmidt Einkommensteuergesetz, 27. Aufl. 2008, § 21 Rn. 71.

³⁹ BFHE 198, 74; 206, 441 ff.; Anschaffungsaufwendungen gemäß § 255 Abs. 1 HGB sollen hier außer Betracht bleiben.

⁴⁰ BFHE 206, 441.

⁴¹ BFHE 177, 454; 206, 441.

⁴² BFHE 206, 441.

⁴³ BFHE 206, 441.

Die geschilderte Systematik ist zudem durch das Steueränderungsgesetz von 2003 nochmals-
verkompliziert worden, denn nach dem neuen § 6 Abs. 1 Nr. 1a EStG sind Erhaltungsauf-
wendungen dennoch als Herstellungskosten zu werten, wenn die Maßnahme innerhalb von
drei Jahren nach der Anschaffung durchgeführt wird und 15 % der Anschaffungskosten des
Gebäudes übersteigt.⁴⁴ Zumindest ist die steuerliche Absetzbarkeit für den Vermieter mög-
lich, soweit es sich um Aufwendungen handelt, die einen Zusammenhang mit Einkünften aus
Vermietung und Verpachtung haben. Jedoch bleibt für den Vermieter schwer einschätzbar, ob
der Sofortabzug möglich ist oder ob er die Kosten über Absetzung für Abnutzungen geltend
machen kann. Ursächlich dafür ist auch BFH-Definition zur wesentlichen Verbesserung, da
trotz der teilweisen Konkretisierung der Rechtsprechung die Unterscheidung zwischen
Herstellungs- und Erhaltungsaufwendungen kasuistisch geprägt ist. Hier bestünde daher Klar-
stellungsbedarf; angesichts des (s.o.) verbreiteten Wunsches nach eindeutigen, verlässlichen
Gewinnen sollte die Klarheit hier vielleicht häufiger an die Stelle möglichst ausdifferenzierter
Subventionssysteme qua Steuererleichterung (die für Deutschland typisch sind) treten.

b. Steuerliche Absetzbarkeit der Kosten für den Eigenheimbesitzer

Der private Hauseigentümer, der sein eigenes Haus mit erneuerbarer Wärmeenergie ausstatten
möchte, kann nicht die entstehenden Kosten als Werbungskosten geltend machen, denn diese
privaten Investitionen stehen nicht in einem Zusammenhang mit einer Erzielung einer Ein-
kunftsart. Werbungskosten wären dabei ein Ausdruck des objektiven Nettoprinzips, einer der
(nach h.M.) verfassungsrechtlichen Grundsätze der Besteuerung nach der Leistungsfähig-
keit.⁴⁵ Doch fordert die Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit nach h.M.
auch eine Berücksichtigung privater Aufwendungen.⁴⁶ Dieses sogenannte subjektive Netto-
prinzip hat eine eingeschränkte einfachgesetzliche Ausgestaltung in §§ 10-10f EStG (Sonder-
ausgaben) und §§ 33-33b EStG (außergewöhnliche Belastung) gefunden. Für den Privateigen-
tümer besteht nun die Frage, ob in den gesetzlichen Regelungen des subjektiven Nettoprinzips
eine solche Regelung besteht, die es ihm ermöglicht seine privaten Aufwendungen für den
Einbau erneuerbarer Energie zu berücksichtigen. Auf der Ebene der Sonderausgaben kommt
höchstens der § 10f EStG in Betracht, dabei kann der Steuerpflichtige Aufwendungen an ei-
nem eigenen Gebäude geltend machen, soweit die Voraussetzungen des § 7h EStG oder § 7i
EStG vorliegen. Die Regelung des § 7h EStG und § 7i EStG gehören systematisch zu den Re-
gelungen über die erhöhte Absetzung für Abnutzung. Durch die Verweisung des § 10f EStG
auf diese AfA-Regelung ist eine Absetzung nur bei Gebäuden in Sanierungsgebieten und
städtebaulichen Gebieten möglich. Die Beurteilung, ob ein solches Gebiet vorliegt, richtet
sich für Sanierungsgebiete nach den §§ 136-164b BauGB und für den städtebaulichen Ent-
wicklungsbereich nach §§ 165-171 BauGB.⁴⁷ Für den „normalen“ Eigenheimfall kann man
demgegenüber lediglich an die Regelung zu außergewöhnlichen Belastungen denken, wobei
keiner der besonderen Tatbestände einschlägig ist; und der freiwillige EE-Einbau ist auch
keine zwangsläufige Belastung im Sinne der Generalklausel des § 33 EStG. Selbst bei einer

⁴⁴ Vgl. Dresek, in: Schmidt, Einkommensteuergesetz, § 21 Rn. 71.

⁴⁵ Näher hierzu BVerfGE 61, 319 ff.; 82, 60 ff.; 93, 121 ff.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 99, 88 (96); Birk, Steuerrecht, 10. Aufl. 2007, Rn. 154;

⁴⁷ Bei Baudenkmälern kommt freilich keine Absetzbarkeit in Betracht, denn nur Maßnahmen zur Erhaltung der
Substanz sind erfasst; vgl. Kulosa, in: Schmidt, Steuerrecht, 27. Aufl. 2008, § 7i Rn. 3.

Nutzungspflicht (nach § 3 EEWärmeG, Landesrecht oder Europarecht) kann § 33 EStG nicht herangezogen werden, da es sich dann um keine Mehrbelastung gegenüber anderen Steuerpflichtigen mehr handelt. Der private Eigentümer kann beim Einbau einer Anlage für EE-Wärme somit nur (im Altbau) das Marktanreizprogramm in Anspruch nehmen. Ob man dies ändern sollte, ist im Hinblick auf die hier angelegten Grundsätze freilich offen. Die grundlegende Problematik der Gebäudesanierung ist letztlich, wie bereits zur Sprache kam, wohl nur über erweiterte Nutzungspflichten oder steigende Energiepreise für fossile Brennstoffe (auch über einen ausgebauten Emissionshandel) lösbar.