

## **Gutachten**

### **Haftungsrisiken für Aussteller von Energieausweisen mit dena-Gütesiegel**

- Haftungsrisiken für Aussteller von Energieausweisen,
- den damit verbundenen Versicherungsschutz sowie
- Optionen einer sinnvollen Ausgestaltung von Standardverträgen für Aussteller und deren Auftraggeber

im Auftrag der Deutsche Energie-Agentur GmbH (dena), Berlin – [www.dena.de](http://www.dena.de) –

von MESCHKAT & NAUERT, Kanzlei für Versicherungs-, Schadens- und Haftungsrecht, Gießen – [www.assekuranzrecht.de](http://www.assekuranzrecht.de) –

**Oktober 2008**

## Gliederung

### Einführung

#### 1. Potentielle Haftung des Energiepass-Ausstellers für fehlerhafte Energieausweise

##### 1.1 Allgemeines

##### 1.2 Unmittelbare Schädigung des Auftraggebers als Vertragspartner durch fehlerhaften Energieausweis

###### 1.2.1 Potentielle Schäden

- a) Schäden durch fehlerhaft schlechte Angaben/Bewertungen im Energiepass
- b) Schäden durch fehlerhaft positive Angaben/Bewertungen im Energiepass
- c) Schäden durch verspätet/nicht durchgeführte Erstellung des Energiepass
- d) Schäden durch fehlerhafte Modernisierungsempfehlungen

###### 1.2.2 Haftungspotential für Energiepass-Aussteller

- a) Haftung für fehlerhafte Angaben/Bewertungen im Energiepass
- b) Haftung für verspätete / nicht durchgeführte Erstellung des Energiepasses

##### 1.3 Haftung für fehlerhafte Modernisierungsempfehlungen im Energiepass

### Zwischenfazit

##### 1.4 Unmittelbare Schädigung Dritter durch fehlerhaften Energieausweis

###### 1.4.1 Potentielle Drittschäden durch fehlerhafte positive Angaben und Bewertungen im Energiepass

###### 1.4.2 Unmittelbare Dritthaftung des Ausstellers

###### 1.4.3 Vertragliche oder vertragsähnliche Haftung aus Drittschutzgesichtspunkten

#### 1.4.4 Haftungsausschluss

Zwischenfazit

1.5 Haftung des Ausstellers für mittelbare Schäden des Auftraggebers durch fehlerhaften Energiepass

1.5.1 Mittelbare Schädigung des Auftraggebers durch fehlerhaft positiven Energiepass

1.5.2 Haftung des Auftraggebers gegenüber (potentiellen) Mietern und Käufern:

1.5.3 Haftungspotential durch Regressansprüche des Auftraggebers wegen Inanspruchnahme durch (potentielle) Vertragspartner

Fazit zu 1.

## 2. Gestaltung der Haftungsrisiken durch werkvertragliche Vereinbarungen

## 3. Möglichkeiten Risiken durch Versicherungen abzufangen: Berufshaftpflichtversicherung in Form einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung

3.1 Versicherungsschutz im Allgemeinen

3.2 Versicherungsschutz im Einzelnen

3.2.1 Versicherte Schäden: ergänzende Einbeziehung von Vermögensschäden

3.2.2 Erfüllungsansprüche

3.2.3 Beschränkung des Versicherungsschutzes auf privatrechtliche Ansprüche: ggf. Modifizierung durch BBR sinnvoll

3.2.4 Haftungssumme

## 4. Zusammenfassung

## **Einführung**

Zur Klärung des möglichen Haftungspotentials für Aussteller von Energieausweisen mit dena-Gütesiegel ist der Vertrag über die Ausstellung eines Energieausweises zunächst einmal zivilrechtlich einzuordnen. Da mit der Erstellung des Energieausweises nicht lediglich ein Dienst geschuldet wird, sondern ein konkreter Erfolg in Form eines vorlagefähigen Energieausweises, sind die Regelungen des Werkvertrages nach §§ 631 ff. BGB maßgeblich.

Ist die Werkleistung mangelhaft, kann dies gemäß § 634 ff. BGB unterschiedliche Gewährleistungsansprüche in erster Linie des Auftraggebers gegen den Auftragnehmer auslösen. Denkbar sind jedoch auch Ansprüche Dritter. In Ermangelung einer direkten vertraglichen Beziehung setzt dies jedoch voraus, dass der Werkvertrag Schutzwirkungen zugunsten dieser Dritter entfaltet.

Haftungsrechtlich relevant ist insbesondere der Bereich des Schadensersatzes.

Zu unterscheiden sind insoweit Schadensersatz statt der Leistung nach § 281 I BGB bzw. §§ 634 Nr. 4, 281 BGB bei Schäden direkt an dem Vertragsgegenstand, mithin dem Energieausweis. Dieser Schadensersatzanspruch statt der Leistung gehört rechtlich zum Erfüllungsanspruch auf Herstellung eines mangelfreien Werkes und tritt an dessen Stelle. Solche Schadensersatzansprüche statt der Leistung können als Erfüllungsansprüche grundsätzlich nicht haftpflichtversichert werden, da der Haftpflichtversicherer in der Regel das unternehmerische Risiko seines Versicherungsnehmers nicht übernehmen möchte.

Daneben kann bei Schäden an anderen Rechtsgütern als dem Vertragsgegenstand ein Schadensersatzanspruch nach § 280 I bzw. §§ 634 Nr. 4, 280 I BGB bestehen, der neben den Erfüllungsanspruch tritt und grundsätzlich haftpflichtversicherungsfähig ist.

Gleiches gilt auch für eine mögliche deliktische Haftung nach § 823 ff BGB. Diese setzt allerdings die schuldhafte Verursachung von Sach- oder Personenschäden im Sinne der Verletzung eines „sonstigen Rechts“ oder der Verletzung eines Schutzgesetzes voraus. Eine deliktische Haftung kann unabhängig von einer vertraglichen Beziehung zu der geschädigten Person bestehen.

Die Begutachtung der haftungsrechtlichen Risiken für Aussteller von Bedarfsausweisen erfolgt anhand von Fallbeispielen durch Aufstellung potentieller Haftungsrisiken für den Energiepass-Aussteller. Sodann werden die Möglichkeiten der Beeinflussung von Haftungsrisiken durch Vertrag und schließlich die versicherungsrechtlichen Möglichkeiten skizziert.

Im folgenden wird vorausgesetzt, dass die Fertigung eines Bedarfsausweises für Wohngebäude mit dena-Gütesiegel geschuldet wird, ohne näher präzisierete Vereinbarungen<sup>1</sup>. Die Haftungssituation wird exemplarisch anhand der gesetzlich vorgesehenen Verwendung des Energieausweises im Bereich des Kauf- und Mietrechts ausgeführt und ist entsprechend auf die Fälle von Pacht- und Leasingverträgen unter Berücksichtigung dahingehender Besonderheiten übertragbar.

---

<sup>1</sup> Je nach den Besonderheiten des Einzelfalls, insbesondere der Vertragsgestaltung und der Umstände des Vertrages können folglich Abweichungen bestehen.

# **1. Potentielle Haftung des Energiepass-Ausstellers für fehlerhafte Energieausweise**

## **1.2 Allgemeines**

Da die Frage, welche Fehlerhaftigkeit einen Mangel des geschuldeten Werkes oder eine vertragliche Pflichtverletzung darstellt, immer auch eine Frage des Einzelfalls, insbesondere der konkreten Vertragsvereinbarungen ist, werden im folgenden lediglich exemplarisch einzelne Fallgruppen dargestellt. Die Schadensberechnung ergibt sich gemäß § 249 ff BGB aus einem Vergleich des „Soll-Zustandes“, der ohne das schädigende Ereignis bestünde und des tatsächlich bestehenden „Ist-Zustandes“.

## **1.2 Unmittelbare Schädigung des Auftraggebers als Vertragspartner durch fehlerhaften Energieausweis**

Zu prüfen sind zunächst die Haftungsmöglichkeiten des Ausstellers wegen unmittelbarer Schädigung des Auftraggebers als seinem Vertragspartner aus Werkvertrag.

### **1.2.1 Potentielle Schäden**

Insoweit werden zunächst die denkbaren unmittelbaren Schäden des Vertragspartners dargestellt, die durch Fehler des Energieausweises entstehen können.

#### **a) Schäden durch fehlerhaft schlechte Angaben/Bewertungen im Energiepass**

Eine fehlerhaft schlechte Gebäudebewertung bedeutet, dass beispielsweise die Gesamtenergieeffizienz des bewerteten Gebäudes tatsächlich besser ist, als im Energieausweis ausgewiesen. Dies kann in erster Linie zu Vermögensschäden des Auftraggebers als Eigentümer bzw. Bauherr des bewerteten Gebäudes führen.

Als nicht unerheblicher wertbildender Faktor hat die Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes in der Regel direkten Einfluss auf die Höhe des zu erzielenden Mietzinseszinses bzw. Kaufpreises. Hieraus folgt, dass eine fehlerhaft schlechte energetische Gebäudebewertung entsprechende Mindererlöse des Auftraggebers verursachen kann, die im Falle einer korrekten Bewertung der Energieeffizienz so nicht aufgetreten wären.

Im Falle eines Verkaufes wird eine nicht nur unerheblich schlechtere energetische Bewertung des Gebäudes in der Regel zu einem geringeren Verkaufspreis führen, da der Energieverbrauch bzw. -bedarf eines Gebäudes ein maßgeblicher wertbildender Faktor ist. Dieser geringere Verkaufserlös stellt sich auf Seiten des Verkäufers als Auftraggeber des Energieausweises als Vermögensschaden dar, der sich auch nicht durch Nachforderung gegenüber dem Käufer kompensieren lässt. Denkbar ist darüber hinaus auch ein weiterer Vermögensschaden beispielsweise in Form von Zinsschäden aufgrund verzögerten Verkaufsabschlusses.

Bei Vermietung kann es aufgrund der schlechten Energieeffizienz zu einem Mietausfall durch Leerstand der Mietwohnung oder eine niedrigere Nettomiete kommen, die ebenfalls regelmäßig nicht durch eine Mieterhöhung kompensiert werden kann.

Denkbar wäre zudem, dass der Auftraggeber an dem fehlerhaft bewerteten Gebäude in Erwartung der schlechten Energieeffizienz Modernisierungsmaßnahmen durchführen lässt, die bei Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse nicht angezeigt oder in diesem Falle sogar fehlerhaft gewesen wären. In diesem Fall können dem Auftraggeber Vermögensschäden durch die unnötig aufgewandten Kosten der Modernisierungsmaßnahmen entstehen, wie auch durch damit möglicherweise verbundene Gebäudeschäden, die bei korrekter Bewertung hätten vermieden werden können.

**c) Schäden durch fehlerhaft positive Angaben/Bewertungen im Energiepass**

Dadurch, dass der fehlerhaft positive Energieausweis regelmäßig zu einem höheren Verkehrswert des bewerteten Gebäudes führen wird, als dies bei Kenntnis der tatsächlichen Gesamtenergieeffizienz der Fall wäre, wird der Auftraggeber durch Vorlage des Energieausweises bei Verkauf, Vermietung etc. häufig einen höheren Verkaufspreis, Mietzins etc. erzielen können und folglich durch die Fehlerhaftigkeit des Energieausweises keinen direkten Schaden erleiden, sondern gegebenenfalls sogar finanziell zunächst profitieren können.

Denkbar sind insoweit jedoch mittelbare Schäden aufgrund Inanspruchnahme seiner (potentiellen) Vertragspartner, wobei dies jedoch voraussetzt, dass der Schaden aufgrund der Inanspruchnahme nicht durch den zuvor erzielten Vermögensvorteil kompensiert wird. Hierzu wird im weiteren noch näher einzugehen sein.

### **c) Schäden durch verspätet/nicht durchgeführte Erstellung des Energiepass**

Durch eine verspätete oder nicht durchgeführte Erstellung eines beauftragten Energieausweises kann es zu Verzögerungsschäden des Auftraggebers kommen.

In Betracht kommen insoweit Vermögensschäden aufgrund von Zins- und Mietausfall oder Mindererlös bei Mietzins oder Kaufpreis, sofern sich der Abschluss eines Miet- oder Kaufvertrages verzögert hat oder geplatzt ist, weil der beauftragte Energieausweis nicht oder nicht rechtzeitig vorgelegt werden konnte.

### **d) Schäden durch fehlerhafte Modernisierungsempfehlungen**

Für den Fall, dass der Energieausweis fehlerhafte Modernisierungsempfehlungen enthält, die beispielsweise entgegen ihrer Empfehlung nicht geeignet sind, die Gesamtenergieeffizienz des bewerteten Gebäudes wirtschaftlich zu reduzieren, könnte ein dahingehender Vermögensschaden des Auftraggebers beispielsweise in Höhe der für nicht sinnvollen Modernisierungsmaßnahmen aufgewandten Kosten bestehen.

Sofern die empfohlenen Modernisierungsmaßnahmen trotz fachgerechter Ausführung sogar zu Bauschäden an dem bewerteten Gebäude führen, könnten auch Sachschäden des Auftraggebers entstehen.

Ein weiterer denkbarer Schaden sind die Folgekosten erfolgloser Energiesparmaßnahmen in Form unverändert hoher Energiekosten. Zu berücksichtigen ist insoweit jedoch, dass

zunächst ein Anspruch auf Nachbesserung besteht, mithin der Aussteller die Gelegenheit erhält, seine Empfehlungen nachzubessern, sofern eine dahingehende Nachbesserung nicht unzumutbar wäre. Sollte sich eine Reduktion der Energiekosten durch die nachgebesserten Empfehlungen erzielen lassen, läge der alleinige Schaden wiederum nur in den verauslagten Kosten für bereits durchgeführte oder veranlasste erfolglose Modernisierungsmaßnahmen.

Auch für den Fall, dass sich die zunächst veranschlagten Energie-Einsparungen durch keine anderweitigen Maßnahmen erzielen lassen, dürften die unverändert hohen Energiekosten nicht als ersatzfähiger Schaden zu werten sein, da diese auch bei mangelfreier Empfehlung des Energieberaters eingetreten wären.

### **1.2.2 Haftungspotential für Energiepass-Aussteller**

Fraglich ist jedoch, ob der Aussteller des Energieausweises für die vorgenannten Schäden seines Auftraggebers haftungsrechtlich einzustehen hat. Voraussetzung wäre im Falle reiner Vermögensschäden die Verursachung des jeweiligen Schadens durch vertragliche Pflichtverletzung des Ausstellers oder Mangelhaftigkeit des Energieausweises, wobei das erforderliche Verschulden des Ausstellers gemäß § 280 I S. 2 BGB vermutet wird und von diesem im einzelnen widerlegt werden müsste<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> § 280 I BGB: „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.“

### **c) Haftung für fehlerhafte Angaben/Bewertungen im Energiepass**

Sofern der Schaden durch eine fehlerhafte Gebäudebewertung im Energiepass hervorgerufen wurde, ist zu prüfen, ob und inwieweit der Aussteller eines Energieausweises seinem Auftraggeber gegenüber die Herstellung eines inhaltlich korrekten oder lediglich einen formal vorlagefähigen Energieausweises schuldet. Das hängt maßgeblich vom Inhalt des konkret vereinbarten Werkvertrages ab.

Mangelhaft ist der Energieausweis, wenn dieser „nicht wie geschuldet“ und damit mangelbehaftet hergestellt wird, mithin die tatsächliche Ist-Beschaffenheit von der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit abweicht, die sich nach dem Vertragsinhalt richtet.

Fraglich ist im folgenden, ob dem Auftraggeber neben der Einhaltung der formalen Erfordernissen nach dem EnEV (vgl. Muster Anlage 6 EnEV) auch die inhaltliche Richtigkeit des Energieausweises geschuldet wird. Maßgeblich dürfte insoweit unter anderem Sinn und Zweck des Werkvertrages sein.

Die Fertigung des Energiepasses dient der Einschätzung der Gesamtenergieeffizienz und kann für den Auftraggeber Hinweis auf den Wert seiner Immobilie, wie auch Entscheidungsgrundlage für zukünftige Verkaufs- oder Vermietungsverhandlungen sein, da die Bestimmung der Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes maßgeblichen Einfluss auf dessen Verkehrswert hat. Eine Abweichung beispielsweise der tatsächlichen Energieeffizienz von der begutachteten ist nach der Verkehrsauffassung von Einfluss auf die Wertschätzung des be-

gutachteten Gebäudes und daher als Fehler im Sinne eines werkvertraglichen Mangels zu sehen<sup>3</sup>.

In aller Regel dürfte mithin davon auszugehen sein, dass zur vertraglichen Soll-Beschaffenheit eines Energieausweises nicht nur die von der EnEV geforderten Formalien erfüllt werden müssen, sondern auch die inhaltliche Richtigkeit geschuldet wird, mithin fehlerhafte Angaben und Bewertungen auch als Mangelhaftigkeit des Energieausweises zu bewerten sind<sup>4</sup>.

Der Aussteller muss den Energiepass auch unterschreiben und steht damit gewissermaßen ein für die Richtigkeit der Feststellungen, die er im Ausweis getroffen hat. Soweit der Eigentümer von seiner Möglichkeit nach § 17 V EnEV Gebrauch gemacht und die für die Berechnungen und Bewertungen des Energiepasses erforderlichen Gebäudedaten selbst aufnimmt und dem Aussteller zur Verfügung stellt, ist dieser zur Überprüfung der Plausibilität der Angaben verpflichtet und haftet in diesem Rahmen mit seiner Unterschrift für die Richtigkeit seiner Bewertungen.

Zudem besteht eine entsprechende Schadensersatzpflicht des Ausstellers auch unabhängig von den Anforderungen an die vertraglich geschuldete Sollbeschaffenheit, sofern der Aussteller durch die fehlerhaften Angaben im Energieausweis eine Vertragspflicht verletzt, zu denen gemäß § 241 BGB grundsätzlich auch die Verpflichtung gehört, seinen Vertragspartner vor voraussehbaren und nahe liegenden Schäden zu schützen.

Die Haftung des Ausstellers für Folgeschäden seines Vertragspartners setzt zudem voraus, dass der Aussteller den

---

<sup>3</sup> Kamphausen BauR 2008, 1208/1211.

<sup>4</sup> Eine andere Bewertung ist jedoch unter Zugrundelegung der konkreten Situation und Absprachen im Einzelfall denkbar.

Mangel oder die Pflichtverletzung nach § 280 I BGB zu vertreten hat, mithin hierfür aus Verschulden oder diesbezüglich übernommener Einstandspflicht einzustehen hat. Das Vertretenmüssen wird bei Vorliegen eines Mangels oder einer Pflichtverletzung vermutet, kann jedoch von dem Aussteller widerlegt werden. Von einem solchen widerlegten Vertretenmüssen kann ggf. in den Fällen auszugehen sein, in denen der Auftraggeber unzutreffende Daten geliefert hat, die in die Berechnungen eingeflossen sind und die Verlässlichkeit der Daten auch bei eigener sorgfältigen Prüfung des Ausstellers nicht anzuzweifeln war, mithin für den Aussteller auch unter Berücksichtigung der ihm gemäß § 17 V EnEV<sup>5</sup> obliegenden Plausibilitätsprüfung nicht ersichtlich waren.

Im Falle eines insoweit lediglich anteiligen Verschuldens des Auftraggebers kommt ggf. auch der Mitverschuldenseinwand gemäß § 254 BGB in Betracht.

#### **d) Haftung für verspätete / nicht durchgeführte Erstellung des Energiepasses**

Für unmittelbaren Verzugsschäden des Auftraggebers ist der Aussteller schadenersatzpflichtig, sofern er sich zum Schadenzeitpunkt bereits in Verzug gem. § 286 BGB befand und der Schaden im konkreten Einzelfall durch den Verzug adäquat kausal verursacht wurde, was in der Regel der Fall sein wird.

---

<sup>5</sup> § 17 V EnEV: „Der Eigentümer kann die zur Ausstellung des Energieausweises erforderlichen Daten bereitstellen; der Aussteller darf diese seinen Berechnungen nicht zugrunde legen, soweit sie begründeten Anlass zu Zweifeln an ihrer Richtigkeit geben. ...“.

### **1.3 Haftung für fehlerhafte Modernisierungsempfehlungen im Energiepass**

Fraglich ist demgegenüber, ob der Aussteller auch für die Richtigkeit, der von ihm erteilten Modernisierungsempfehlungen im Energieausweis einzustehen hat.

Zu berücksichtigen ist insoweit, dass der Energieausweis gemäß Anlage 10 EnEV einen einschränkenden Hinweis enthält, wonach diese „lediglich der Information“ dienen und „nur kurz gefasste Hinweise und kein Ersatz für eine Energieberatung“ sind<sup>6</sup>.

Mithin ist die Aussagekraft der Modernisierungsempfehlungen deutlich eingeschränkt. Der Auftraggeber wird sich aber wohl darauf verlassen dürften, dass jedenfalls die Möglichkeit einer kostengünstigen Verbesserung der energetischen Eigenschaft durch die aufgeführten Maßnahmen besteht, so dass in Fällen krasser Fehlberatung im Einzelfall auch insoweit ein Schadenersatzanspruch bestehen kann, zumal der Energiepass keinen Hinweis auf eine vollständige „Unverbindlichkeit“ der Modernisierungsempfehlungen enthält.

#### **Zwischenfazit**

**Grundsätzlich wird der Aussteller gegenüber seinem Auftraggeber für die inhaltliche Richtigkeit des Energieausweises einzustehen haben. Der Auftraggeber wird erwarten dürfen, dass die gesetzlichen Vorgaben zu den Berechnungsmethoden sowie zur „Ermittlung, Dokumentati-**

---

<sup>6</sup> Anlage 10 EnEV: „Hinweis: Modernisierungsempfehlungen für das Gebäude dienen lediglich der Information. Sie sind nur kurz gefasste Hinweise und kein Ersatz für eine Energieberatung.“

**on und Aktualisierung von Angaben und Kennwerten“ vom Aussteller berücksichtigt werden.**

**Mithin haftet der Aussteller grundsätzlich für unmittelbare Schäden seines Auftraggeber aufgrund inhaltlicher oder formaler Unzulänglichkeiten des Energieausweises oder Verzug. Auch für Schäden aufgrund fehlerhafter Modernisierungsempfehlungen dürfte der Aussteller im engen Rahmen ihrer Aussagekraft haftpflichtig sein.**

#### **1.4 Unmittelbare Schädigung Dritter durch fehlerhaften Energieausweis**

Eine Haftung des Ausstellers für Schäden Dritter aufgrund fehlerhafter Angaben und Bewertungen im Energiepass setzt voraus, dass durch eine mangelhafte Werkleistung oder sonstige vertragliche Pflichtverletzung des Ausstellers eine Person geschädigt wird, für deren Schaden der Aussteller aufgrund des Werkvertrages einzustehen hat.

##### **1.4.1 Potentielle Drittschäden durch fehlerhafte positive Angaben und Bewertungen im Energiepass**

Zu klären ist zunächst, welche Drittschäden durch Unzulänglichkeiten des Energiepasses verursacht werden können.

Im Falle einer fehlerhaft positiven Bewertung der Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes ist der energetische Verbrauch bzw. Bedarf des bewerteten Gebäudes tatsächlich schlechter als aufgrund des ausgestellten Energieausweises zu erwarten, mithin weicht die tatsächliche Gesamtenergieeffizienz des be-

werteten Gebäudes nachteilig von der durch den Aussteller bescheinigten ab.

Fehlerhaft positive Angaben und Bewertungen im Energieausweis werden in der Regel dazu führen, dass das Gebäude mit einem höheren Wert taxiert wird und dadurch ein höherer Miet- oder Verkaufspreis erzielt werden kann als dies unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gesamtenergieeffizienz der Fall wäre. Hierdurch können in erster Linie Vermögensschäden von (potentiellen) Vertragspartnern des Auftraggebers verursacht werden, sofern diese die Bewertung des Energieausweises als Entscheidungsgrundlage heranziehen bzw. aufgrund der Fehlvorstellung über die Gesamtenergieeffizienz schlechtere Vertragskonditionen erzielen als dies bei Berücksichtigung der tatsächlichen Werte der Fall gewesen wäre. Denkbar ist zudem, dass der Verbrauch im Vertrauen auf den „guten“ Energiewert noch zusätzlich erhöht wird, wenn beispielsweise der Mieter oder Käufer aufgrund dessen ein besonderes Energiesparverhalten nicht für erforderlich erachtet.

### **1.5.2 Unmittelbare Dritthaftung des Ausstellers**

Ggf. können diese Schäden jedenfalls teilweise gegenüber dem Auftraggeber als (potentieller) Vermieter bzw. Verkäufer geltend gemacht werden, worauf im weiteren noch einzugehen sein wird. Fraglich ist allerdings ob daneben auch ein direkter Schadensersatzanspruch gegenüber dem Aussteller des Energieausweises besteht.

Da die geschädigten Dritten in keiner direkten vertraglichen Beziehung zu dem Aussteller des Energieausweises stehen, können unmittelbare Schadensersatzansprüche allenfalls auf-

grund Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bzw. §§ 311 III, 280 I BGB oder aus Delikt folgen.

Mögliche allgemeine deliktische Ansprüche z.B. aus § 823 BGB<sup>7</sup> lassen eine Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht entfallen. Die vertragliche Anspruchgrundlage ist jedoch insbesondere wegen des nach § 280 I BGB vermuteten Verschuldens primär zu prüfen.

### **1.4.3 Vertragliche oder vertragsähnliche Haftung aus Drittschutzgesichtspunkten**

Den Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter hat die Rechtsprechung als besondere Art der Drittberechtigung herausgebildet. Seinem Wesen nach steht in dieser Konstellation die geschuldete Hauptleistung allein dem Vertragspartner zu, wobei ein Dritter im Sinne eines Außenstehenden allerdings in die vertraglichen Sorgfalts- und Obhutspflichten einbezogen werden kann, mit der Folge, dass er bei deren Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen kann<sup>8</sup>.

Fraglich ist, ob ein Vertrauensschutz hinsichtlich der Angaben und Wertungen des Energieausweises auch zugunsten potentieller Mieter und Käufer als Vorlageberechtigter des Energieausweises besteht, mithin ob insoweit ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter anzunehmen ist.

---

<sup>7</sup> Soweit die oben aufgeführten Drittschäden jedoch reine Vermögensschäden sind, scheidet eine deliktische Haftung nach § 823 I BGB bereits an der Tatbestandsvoraussetzung der Verletzung eines „sonstigen Rechts“, da reine Vermögensschäden nicht hierunter fallen. Denkbar wäre dann ggf. noch eine Haftung nach §§ 823 II BGB i.V.m. Verletzung des EnEV, wobei dessen Einordnung als Schutzgesetz problematisch sein dürfte.

<sup>8</sup> BGH 49, 353, NJW 59, 1676.

Rechtsgrundlage für den Drittschutz ist nach der Rechtsprechung eine ergänzende Vertragsauslegung, mit der Folge dass der (hypothetische) Parteiwillen nach § 157 BGB als Grundlage der Ansprüche des Dritten angesehen wird und dadurch ermöglicht, den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen<sup>9</sup>. Voraussetzungen für eine dahingehende Vertragsauslegung sind Leistungsnähe, Einbeziehungsinteresse und deren Erkennbarkeit für den Vertragspartner.

Nach allgemeinen Grundsätzen haftet der Ersteller eines Gutachtens vertraglich auch gegenüber Dritten, deren Interessen die ausgetauschte Leistung von vornherein bestimmungsgemäß berührt<sup>10</sup>. Entsprechende Schutzpflichten zu Gunsten Dritter bestehen nach der Rechtsprechung in der Regel bei der Beauftragung von Sachverständigen oder sonstigen Fachleuten<sup>11</sup>, so dass grundsätzlich auch im Falle der Beauftragung eines Energieausweises ein entsprechender Drittschutz anzunehmen sein wird<sup>12</sup>. So steht der (potentielle) Mieter und Käufer ebenso im Gefahrenbereich der vertraglichen Leistung, wie der Auftraggeber als Vertragspartner<sup>13</sup>, Auch das Einbeziehungsinteresse ist unproblematisch gegeben, zumal die Rechtsprechung hieran keine hohen Anforderungen mehr stellt<sup>14</sup>. Schließlich ist die Einbeziehung Dritter in den Schutzbereich für den Aussteller auf Grund der Zweckbestimmung

---

<sup>9</sup> BGH NJW 84, 356; NJW-RR 86, 485.

<sup>10</sup> BGH NJW 1998, 1948 ff; NJW 2004, 3035 ff..

<sup>11</sup> BGH 127, 378, Rn. 34; BGH BauR 2001, 428; Palandt/Heinrichs BGB § 311 Rn. 60.

<sup>12</sup> Schubmehl GPR 2008, 75/76 f.; Kamphausen BauR 2008, 1208/1212 f; Hertel DNotZ 2007. 495.

<sup>13</sup> Im Falle des Energieausweises ist dieser gerade als Entscheidungshilfe für potentielle Vertragspartner des Auftraggebers konzipiert, mithin dient die Beauftragung des Energieausweises gerade seiner Vorlage an bestimmte Dritte, wie beispielsweise potentielle Mieter.

<sup>14</sup> Einbeziehungsinteresse liegt vor, sofern der Gläubiger dem Dritten Schutz und Fürsorge schuldet (BGH NJW 1968, 1931; 1977, 2208) oder der Gläubiger an der Einbeziehung des Dritten in den Schutzbereich des Vertrages ein besonderes Interesse hat und der Vertrag dahin ausgelegt werden kann, dass der Vertragsschutz in Anerkennung dieses Interesses auf den Dritten ausgedehnt werden soll (BGH 127. 378; Palandt § 328, Rn.17).

des Energiepasses ohne weiteres erkennbar und der Dritte schutzbedürftig. Eine hinreichende Abgrenzbarkeit des von dem Drittschutz umfassten Personenkreises dürfte sich für den Aussteller durch Kenntnis der Zweckbestimmung des Energiepasses ergeben.

#### **1.4.4 Haftungsausschluss**

Zu prüfen ist allerdings, ob dieser Drittschutz des dem Energieausweis zugrundeliegenden Werkvertrages unter Berücksichtigung der Angaben im Energieausweis von den Parteien des Werkvertrages wirksam ausgeschlossen wird.

Grundsätzlich ist eine solche Abrede unter Verweis auf die Vertragsfreiheit und den Wortlaut des § 311 III 1 BGB zulässig. Denn Grundlage der Haftung des Energieausweis-Ausstellers gegenüber dem geschädigten Dritten ist der Werkvertrag zwischen dem Energieausweis-Aussteller und dem Auftraggeber. Der Haftungsumfang wird damit durch den Werkvertrag begrenzt.

Ein Ausschluss der grundsätzlich drittschützenden Wirkung des Energieausweises könnte bestehen, sofern sich aus dem Gegenstand des Werkvertrages ergäbe, dass die Angaben des Energieausweises für (potentielle) Vertragspartner des Auftraggebers unverbindlich sind, mithin auf die Expertenmeinung des Energiepass-Ausstellers nicht vertraut werden kann und diese nicht als verbindliche Entscheidungsgrundlage für erhebliche Vermögensdispositionen zur Verfügung steht.

Gegenstand des Werkvertrages ist die Erstellung eines vorläufigen Energieausweis entsprechend den öffentlich-rechtlichen Anforderungen, so dass sich ein diesbezüglicher

Haftungsausschluss allenfalls direkt aus dem Energieausweis ergeben könnte, sofern weitergehende Vereinbarungen, wie vorliegend unterstellt, nicht getroffen wurden.

Abzuklären ist insoweit, ob die drittschützende Wirkung des Energiepasses bereits durch seinen öffentlich-rechtlich normierten Informationscharakter ausgeschlossen wird.

Zu klären ist insoweit, welche Wirkungen dieser Informationscharakter für den Werkvertrag entfaltet.

Bereits die dem EnEG zugrundeliegende EU-Richtlinie verweist auf den „lediglich“ informativen Charakter des Energieausweises, wobei sich jedoch „etwaige Rechtswirkungen“ nach dem nationalen Recht richten sollen<sup>15</sup>. Mithin ist die Formulierung „Die Energieausweise dienen lediglich der Information...“ nicht dahingehend zu verstehen, dass bereits aufgrund dieses Informationscharakters weitergehende auch drittschützende Rechtswirkungen ausgeschlossen wären, sondern solche nur in der Richtlinie nicht geregelt wurden, sich jedoch aus dem sonstigen nationalen Recht ergeben können.

Insbesondere auch Sinn und Zweck dieses „informativen“ Energieausweises lassen noch nicht auf einen Ausschluss des Drittschutzes schließen. Der EU-Richtlinie zufolge soll dessen an methodische und inhaltliche Vorgaben geknüpfte Erstellung als Entscheidungshilfe für Verbraucher dienen und anhand der Angabe von Referenzwerten und Vergleichskennwerten „den Verbrauchern einen Vergleich und eine Beurteilung der Ge-

---

<sup>15</sup> Art. 7 II der Richtlinie 2002/91/EG: „Der Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden muss Referenzwerte wie gültige Rechtsnormen und Vergleichskennwerte enthalten, um den Verbrauchern einen Vergleich und eine Beurteilung der Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes zu ermöglichen. Dem Energieausweis sind Empfehlungen für die kostengünstige Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz beizufügen. Die Energieausweise dienen lediglich der Information; etwaige Rechtswirkungen oder sonstige Wirkungen dieser Ausweise bestimmen sich nach den einzelstaatlichen Vorschriften.“

samtenergieeffizienz des Gebäudes zu ermöglichen“. Der geforderte „Vergleich“ wie auch die „Beurteilung“ der Gesamtenergieeffizienz setzt jedoch die inhaltliche Richtigkeit und Vollständigkeit der wesentlichen Bewertungsparameter voraus<sup>16</sup>.

Fraglich ist allerdings, wie die nationale Umsetzung dieser EU-Richtlinie zu verstehen ist, die durch das 2005 novellierte EnEG<sup>17</sup> in Form von Rahmenbedingungen umgesetzt wurde und in § 5a EnEG eine Verordnungsermächtigung für die Detailregelung durch Novellierung der EnEV enthält.

Auch in der nationalen Umsetzung der Richtlinie in § 5 a S. 3 EnEG wurde auf den „lediglich“ informativen Charakter des Energieausweises ausdrücklich hingewiesen. Fraglich ist nunmehr, ob das Weglassen einer Bestimmung zu den „weiteren Rechtswirkungen“, die durch die EU-Richtlinie der nationalen Umsetzung vorbehalten blieben, so zu verstehen ist, dass solche über die reine Information hinausgehende Rechtswirkungen gerade ausgeschlossen werden sollten.

Dafür spricht, dass in dem Entwurf zur Novellierung des EnEG in § 5 a zunächst keine Regelung der Wirkungen für notwendig erachtet wurde, wie sich aus der Begründung des Gesetzesentwurf ergibt<sup>18</sup>. Erst im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde § 5 a EnEG um Satz 3 mit dem Hinweis auf den Informationscharakter der Energieausweise ergänzt. Diese Ergänzung sollte der Klarstellung dienen, dass die öffentlich-

---

<sup>16</sup> Kamphausen: „*Expertenhaftung für mangelhafte Energieausweise nach der neuen EnEV 2006*“, BauR 2006, 1208/1211.

<sup>17</sup> Aktuell steht eine weitere Novellierung an, auf die im folgenden noch Bezug genommen werden wird.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 15/5226, S.8: „*Einer besonderen gesetzlichen Regelung der zivilrechtlichen Wirkungen des Energieausweises, insbesondere im Hinblick auf das Kauf-, Miet- oder Pachtrecht, bedarf es nicht. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien alle erforderlichen Regelungen selbst treffen. Dem Ordnungsgeber bleibt es im Übrigen unbenommen, in den Energieausweis Hinweise aufzunehmen, um möglichen Irrtümern der Beteiligten über den Aussagegehalt des Ausweises vorzubeugen.*“

rechtliche Regelung des EnEG dem Energieausweis keine „neuen rechtlichen Wirkungen“ zuweist, mithin der öffentlich-rechtliche Energieausweis nicht aufgrund der öffentlich-rechtlichen Regelung des EnEG zum juristischen Bestandteil von notariellen Kaufverträgen bzw. Mietverträgen etc. werden soll bzw. in der Regel nur Rechtswirkungen in Kauf- und Mietverträgen entfalten könne, wenn die Vertragsparteien den Energieausweis ausdrücklich zum Vertragsbestandteil machen<sup>19</sup>. Diese Einschränkung ist wohl in erster Linie dem Interesse an der Einführung eines kostengünstigen und zugleich transparenten Energieausweises geschuldet<sup>20</sup> und bezieht sich in erster Linie auf nachfolgende Miet- und Kaufverträge, nicht jedoch einen möglichen Drittschutz.

Es ist jedoch zu klären, ob möglicherweise durch eine eindeutige Einschränkung der Rechtswirkungen die drittschützende Wirkung des Energieausweises ausgeschlossen wird. Zu prüfen ist im einzelnen, inwieweit sich die öffentlich-rechtliche Normierung des informativen Charakters von Energieausweisen auf das zivilrechtliche Werksvertragsverhältnis und dessen Drittschutz auswirkt, dies insbesondere auch im Hinblick darauf, dass eine ausschließlich öffentlich-rechtliche Normierung wie in § 5 a EnEG keine unmittelbaren zivilrechtlichen Wirkungen entfaltet.

Auf das zivilrechtliche Vertragsverhältnis schlagen die Regelungen des EnEG und EnEV trotz ihres öffentlich-rechtlichen Charakters durch, sofern durch ihre öffentlich-rechtliche Rege-

---

<sup>19</sup> BT-Drucks. 15/5849: „Der neue Satz 3 übernimmt wörtlich den Text des Artikel 7 Abs. 2 Unterabsatz 2 der Gebäude-Richtlinie. Mit der Ergänzung soll verdeutlicht werden, dass die Energieausweise als Marktinstrument im Grundstücksverkehr lediglich zur Unterrichtung der Marktteilnehmer über energetische Eigenschaften eines Gebäudes beitragen sollen. Das Energieeinsparungsgesetz weist den Energieausweisen jedoch keine neuen rechtlichen Wirkungen zu. Rechtswirkungen in Kauf- und Mietverträgen können sie in der Regel nur entfalten, wenn die Vertragsparteien den Energieausweis ausdrücklich zum Vertragsbestandteil machen.“

<sup>20</sup> BT-Drucks. 15/5849, S. 5: „... mit Blick auf die künftige EnEV allgemein dahin äußert, dass dort für eine effiziente und unbürokratische Einführung eines einfachen, kostengünstigen und zugleich transparenten Energieausweis gesorgt werden soll.“

lungen der Inhalt des zivilrechtlichen Werkvertrages mitgestaltet wird.

So gestalten beispielsweise die Angaben und Hinweise auf den Energieausweisen, wie sie entsprechend den vom EnEV vorgesehenen Mustern vorgesehen sind, den Vertragsgegenstand des Werkvertrages, da die dergestalt formulierten Energieausweise vom Auftraggeber beauftragt und vom Aussteller angefertigt und unterzeichnet werden.

Mithin ist zu prüfen, ob sich ein Ausschluss des Drittschutzes aus den „Hinweise zur Verwendung des Energieausweises“ in den für Energieausweise vorgesehenen Mustern ergeben, wonach die Bedarfsausweise einen „lediglich“ „überschlägigen Gebäudevergleich“ ermöglichen und „lediglich der Information“ dienen<sup>21</sup>.

Fraglich ist, ob diese Hinweise geeignet sind, den Vertrauensschutz auf die inhaltliche Richtigkeit des Energieausweises auszuschließen.

Dem Wortlaut nach dürfte der Hinweis auf den rein informativen Charakter wohl noch nicht geeignet sein, das Vertrauen auf die inhaltliche Richtigkeit auszuschließen, zumal insoweit auch eine verbindliche inhaltlich korrekte Information gemeint sein kann. Der Zweck der Ermöglichung eines lediglich überschlägigen Gebäudevergleichs, impliziert sogar, dass ein verbindlicher Gebäudevergleich, wenn auch ein lediglich überschlägiger gerade vom Schutzzweck des Vertrages umfasst ist.

---

<sup>21</sup> Anlage 6 EnEV Muster Energieausweise Wohngebäude: „Hinweise zur Verwendung des Energieausweises: Der Energieausweis dient lediglich der Information. Die Angaben im Energieausweis beziehen sich auf das gesamte Wohngebäude oder den oben bezeichneten Gebäudeteil. Der Energieausweis ist lediglich dafür gedacht, einen überschlägigen Vergleich von Gebäuden zu ermöglichen.“

Desweiteren wird auf dem Muster für bedarfsorientierte Energieausweise unter „Erläuterungen zum Berechnungsverfahren“<sup>22</sup> erklärt, dass die angegebenen Werte „keine Rückschlüsse auf den tatsächlichen Energieverbrauch“ zulassen und sich aufgrund des verwandten standardisierter Berechnungsverfahren der tatsächliche Energieverbrauch nicht auf Grundlage des Bedarfsausweises berechnen lässt.

Auch hieraus lässt sich aber wohl nur eine eingeschränkte Aussagekraft, nicht jedoch die vollständige Unverbindlichkeit der Angaben des Bedarfsausweises ableiten. Allerdings wird ausdrücklich darauf hingewiesen, das „keine Rückschlüsse“ und nicht etwa nur „eingeschränkt“ Rückschlüsse möglich wären. Es wird jedoch auch nicht erklärt, dass die Angaben im Energieausweis „unverbindlich“ seien.

Gegen eine gänzliche Unverbindlichkeit der angegebenen Gesamtenergieeffizienz spricht auch die Zielsetzung der öffentlich-rechtlichen Einführung des Energiepasses zur Ermöglichung eines „Vergleichs und einer Beurteilung der Gesamtenergieeffizienz des Gebäudes“ quasi als Entscheidungshilfe für gesetzlich normierte Fälle, mithin für nicht unerhebliche Vermögensdispositionen. Insoweit dürfte der Gesetzeszweck in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem in der Begründung zum EnEG geäußerten gesetzgeberischen Willen stehen.

Welche Bedeutung dem Energieausweis zukünftig im Rechtsverkehr zukommt und welche Bedeutung die Verbrauchern

---

<sup>22</sup> Anlage 6 EnEV Muster Energieausweise Wohngebäude: „Erläuterungen zum Berechnungsverfahren:  
Das verwendete Berechnungsverfahren ist durch die Energieeinsparverordnung vorgegeben. Insbesondere wegen standardisierter Randbedingungen erlauben die angegebenen Werte keine Rückschlüsse auf den tatsächlichen Energieverbrauch. Die ausgewiesenen Bedarfswerte sind spezifische Werte nach der EnEV pro Quadratmeter Gebäudenutzfläche.“

diesem einräumen, wird sich jedoch noch zeigen<sup>23</sup> und von der Rechtsprechung entschieden werden müssen.

### **Zwischenfazit**

**Mithin dürfte davon auszugehen sein, dass der Vertrag zur Erstellung des Energieausweises drittschützende Wirkung entfalten kann, wobei jedoch allenfalls das Vertrauen in einen „überschlägigen Gebäudevergleich“ geschützt wäre, so dass auch nur solche Schäden ersatzpflichtig wären, die auch unter Berücksichtigung dieses überschlägigen Gebäudevergleichs entstehen.**

**Demnach könnten unmittelbare Haftungsansprüche der geschädigten Dritten gegenüber dem Energiepass-Aussteller nur geltend gemacht werden, sofern geschützte Dritte, wie beispielsweise (potentielle) Mieter und Käufer, im Vertrauen auf den vom vorgelegten Energiepass ermöglichten „überschlägigen Gebäudevergleich“ erhebliche Vermögensdispositionen getroffen haben und ihnen hierdurch adäquat kausal ein Schaden entstanden ist.**

### **1.6 Haftung des Ausstellers für mittelbare Schäden des Auftraggebers durch fehlerhaften Energiepass**

Wie bereits unter 1.2.1.2 skizziert, sind in bestimmten Fällen mittelbare Schädigungen des Auftraggebers denkbar, so insbesondere, wenn dieser selbst wegen Unzulänglichkeiten des Energieausweises von seinen (potentiellen) Vertragspartnern in Anspruch genommen wird.

---

<sup>23</sup> Denkbare Faktoren und Anknüpfungspunkte wären in Zukunft auch noch eine weitere Verzahnung durch ein Kürzungsrecht des Mieters in der HeizkostenVO (Vgl. Flatow NJW 2008, 2886/2891).

### **1.5.1 Mittelbare Schädigung des Auftraggebers durch fehlerhaft positiven Energiepass**

Eine Schädigung des Auftraggebers durch einen fehlerhaft positiven Energiepass wird regelmäßig nur mittelbar in Form einer haftungsrechtlichen Inanspruchnahme durch die eigenen (potentiellen) Vertragspartner bestehen.

So ist im Falle eines fehlerhaft positiven Energiepasses denkbar, dass (potentielle) Mieter oder Käufer den Auftraggeber als ihren Vertragspartner aus vertraglicher Haftung für Schäden in Anspruch nehmen, die Ihnen aufgrund der tatsächlich nachteilig von den Angaben des Energieausweises abweichenden energetischen Qualität des Vertragsgegenstandes entstanden sind. In diesem Falle könnte die Ersatzpflicht des Auftraggebers als durch den fehlerhaften Energieausweis verursachter Schaden zu werten sein.

Allerdings darf insoweit nicht unberücksichtigt bleiben, dass eine etwaige Ersatzpflicht des Auftraggebers seinen Vertragspartnern gegenüber jedenfalls dann kein Schaden darstellt, wenn die Ersatzpflicht die Höhe des zuvor durch die fehlerhaft positive Bewertung des Energieausweises erzielten Profits nicht übersteigt. Mithin liegt kein Schaden vor, wenn der Auftraggeber seinen Vertragspartnern gegenüber lediglich den Vorteil ausgleichen muss, der ihm zuvor aufgrund des fehlerhaften Energieausweises zuteil wurde.

So liegt beispielsweise keine Schädigung des Auftraggebers vor, sofern er seinem Käufer zur Rückzahlung des Anteils am geleisteten Kaufpreis verpflichtet sein sollte, den er aufgrund der fehlerhaft bescheinigten Gesamtenergieeffizienz realisie-

ren konnte. Gleiches dürfte für den Fall gelten, dass der Auftraggeber aufgrund der fehlerhaft positiven Bewertung des Energieausweises eine höhere Nettomiete vereinbaren konnte und eine etwaige Minderung des Mietzinses oder der zu zahlenden Betriebskosten durch den Mieter durch den zuvor erzielten Gewinn kompensiert würde.

Allerdings ist auch denkbar, dass der Auftraggeber seinen Vertragspartnern gegenüber für Kosten einzustehen hat, welche über die von ihm zuvor erzielten Vorteile hinausgehen.

So können im konkreten Einzelfall die Schäden der (potenziellen) Vertragspartner aufgrund der fehlerhaften Angaben des Energieausweises höher sein als die von dem Auftraggeber zuvor erlangten Vorteile.

Desweiteren sind schadenbedingte Ausgaben denkbar, die im Falle eines korrekten Energieausweises nicht hätten aufgewendet werden müssen. So beispielsweise, wenn es aufgrund der fehlerhaften Angaben im Energieausweis zu einer Rückabwicklung des Vertrages käme.

In diesem Falle verblieb ein Schaden in Höhe der Transferkosten, die im Falle eines korrekt erstellten Energieausweises nicht angefallen wären. Also im Falle eines Verkaufes ggf. Makler- und Notarkosten sowie Grunderwerbssteuer etc.. Bei einem rückabzuwickelnden Mietvertrag möglicherweise Makler- und Umzugskosten.

### **1.5.2 Haftung des Auftraggebers gegenüber (potenziellen) Mietern und Käufern:**

Zu prüfen ist folglich, ob fehlerhafte Angaben im Energieausweises durch die Vorlage bei Kauf- und Mietinteressenten eine

schadensersatzpflichtige Haftung des Auftraggebers auslösen können, ohne dass es einer über das gesetzlich vorgeschriebenen Zugänglichmachen des Energiepasses hinausgehenden vertraglichen Vereinbarung oder gesonderten Einbeziehung durch die Vertragsparteien bedarf.

Eine Erörterung dieser Frage erfolgt exemplarisch anhand der mietvertraglichen Situation.

Zu prüfen ist, ob die Bereitstellung eines fehlerhaften Energieausweises vor Vertragsabschluss durch den Auftraggeber als Vermieter geeignet ist, Gewährleistungsansprüche seiner späteren Vertragspartner nach §§ 536 ff BGB zu begründen.

Ein entsprechender Schadensersatzanspruch aus Gewährleistung setzt voraus, dass aufgrund der Vorlage des fehlerhaften Energieausweises gem. § 536 II BGB eine zugesicherte Eigenschaft der Mietsache fehlt oder die Mietsache mangelbehaftet ist.

Eine Zusicherung setzt voraus, dass der Vermieter durch ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung gegenüber dem Mieter die Gewähr für das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften übernehmen und für alle Folgen ihres Fehlens unbedingt eintreten will<sup>24</sup>. Die vom Bedarfsausweis bewertete Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes haftet diesem in Form eines wertbildenden Faktor unmittelbar an und ist mithin als Eigenschaft grundsätzlich zusicherungsfähig<sup>25</sup>.

Problematisch ist allerdings, ob allein die Vorlage des Energieausweises vor Vertragsschluss in Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht nach EnEV als Zusicherungserklärung des

---

<sup>24</sup> KK-MietR-Harting, § 536 BGB, Rn. 123.

<sup>25</sup> Sternel NZM 2006, 495/497.

Vermieters hinsichtlich der im Energieausweis ausgewiesenen Angaben und Wertungen gesehen werden kann.

Dies wird angesichts der hohen Anforderungen an eine Zusicherungserklärung im Ergebnis abzulehnen sein, da der Vermieter insoweit in erster Linie seiner öffentlich-rechtlichen Pflicht zum „Zugänglichmachen“ des Energieausweises genügen will und keinen dahingehenden Zusicherungswillen hat<sup>26</sup>. Aufgrund der öffentlich-rechtlichen Vorlagepflicht kann in dem Zugänglichmachen des Energieausweises keine Erklärung des Vermieters gesehen werden, er wolle sich hierdurch ausdrücklich oder schlüssig verpflichten, verschuldensunabhängig für das Vorhandensein der dort angegebenen Eigenschaft einzustehen<sup>27</sup>.

Allerdings könnte eine entsprechende Zusicherung bereits dann vorliegen, wenn der Vermieter den Energieausweis über die öffentlich-rechtliche Verpflichtung hinaus in den Mietvertrag konkludent oder ausdrücklich einbezieht<sup>28</sup>, was für eine etwaige Haftung des Ausstellers jedoch unerheblich wäre, da eine solche Regelung dann vom Schutzzweck des Werkvertrages nicht mehr umfasst wäre.

---

<sup>26</sup> Stangl ZMR 2008 Rn. 60; Horst „NZM 2006, S.1/3.

<sup>27</sup> Schubmehl GPR 2008, 75/76; Blank WuM 2008, 311/316 f..

<sup>28</sup> Streitig ist, ob insoweit bereits das Beifügen des Energieausweises zum Mietvertrag für eine dahingehende konkludente Zusicherung ausreichen kann, dies allenfalls für die Bestimmung der vertraglich geschuldeten Soll-Beschaffenheit relevant wird oder mietvertraglich keinerlei Wirkungen entfaltet.

Nach **einer Auffassung** in der Literatur kann beispielsweise das Beifügen des Energieausweises an den Mietvertrag eine derartige Zusicherung indizieren (Sternel NZM 2006, 495/497). Argumentiert wird hier auch mit der „Auflockerungsrechtsprechung“ des BGH (BGH NZM 1998,25) zum Einbezug von Anlagen in den Mietvertrag (Horst NZM 2006, S.1/3).

Der **Gegenmeinung** zufolge reicht das bloße Beifügen des Energieausweises zum Mietvertrag jedoch nicht zur Begründung einer Eigenschaftszusicherung aus (Stangl ZMR 2008 Rn. 62; Friers WuM 2008, 255, 258).

Allerdings dürfte für den Fall, dass an das Beifügen weitergehende Rechtswirkungen geknüpft werden als an die bloße Vorlage darin eine gesonderte vertragliche Zusage gesehen werden, die eben gerade nicht bereits durch die bestimmungsgemäße Verwendung des Energieausweises erfolgt, sondern einer zusätzlichen Vereinbarung bedarf und folglich nicht mehr vom Schutzzweck des Werkvertrages umfasst wäre und damit nicht geeignet, einen Regress des Ausstellers zu stützen.

Eine Haftung des Auftraggebers für Schäden seiner Mieter aufgrund des fehlerhaften Energieausweises läge auch vor, sofern aufgrund der Angaben im Energieausweis eine Mangelhaftigkeit der Mietsache gemäß § 536 I BGB anzunehmen ist, für die der Vermieter einzustehen hat.

Das könnte der Fall sein, sofern die fehlerhafte Gebäudebewertung des Energieausweises zur Bestimmung der vertraglich vereinbarten Soll-Beschaffenheit herangezogen würde und diese von der tatsächlichen Ist-Beschaffenheit abweicht, sofern hierdurch die Gebrauchstauglichkeit der Mietsache nicht nur unerheblich gemindert wird<sup>29</sup>.

Die Wirkungen der Vorlage eines fehlerhaften Energieausweises auf den Mietvertrag, insbesondere die vertraglich geschuldete Soll-Beschaffenheit ist in der Literatur umstritten, während die Rechtsprechung hierzu noch abzuwarten bleibt.

Einen Hinweis auf die Tendenz der **Rechtsprechung** könnte allenfalls das Urteil des OLG Frankfurt am Main vom 19.01.2007, Az. 2 U 106/06 geben, in dem die mietrechtliche Verbindlichkeit des Energiepasses in einem Nebensatz angedeutet wird, ohne dass diese jedoch Gegenstand der Entscheidung gewesen wäre<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Im Falle einer Mangelhaftigkeit bereits bei Vertragsschluss bestehen Schadensersatzansprüche auch unabhängig davon, ob der Vermieter diesen Mangel zu vertreten hat. Allerdings kann diese Garantiehaftung für bei Vertragsschluss vorhandene Mängel formularmäßig abbedungen werden und ist in vielen Mietvertragsformularen ausgeschlossen.

<sup>30</sup> OLG Ffm Urteil vom 19.01.2007, Az. 2 U 106/06: „*Ein Arbeitgeber dessen Arbeitnehmer unter Berufung auf die Arbeitstättenverordnung wegen zu hoher oder zu niedriger Innentemperaturen aufbegehren, kann dieses betriebliche Risiko nur dann auf den Vermieter abwälzen, wenn eine Abweichung der Beschaffenheit des Mietobjekts von den vertraglichen Vorgaben feststellbar ist, etwa weil bei den Mietvertragsverhandlungen ein unzutreffender Energiepass vorgelegt wurde, ...*“.

**Im Schrifttum** wird eine Haftung des Vermieters für Schäden seiner (potentiellen) Vertragspartnern aufgrund Vorlage eines fehlerhaften Energieausweises teilweise bejaht mit der Begründung, durch den Energieausweis werde die Beschaffenheit der Mietsache vereinbart, für die der Vermieter auch einzustehen habe<sup>31</sup>. Insbesondere könne einer solchen Haftung nicht der informative Charakter des Energieausweises entgegengehalten werden, da diese Auslegung dem Sinn und Zweck des Energieausweises widerspräche, der als „Instrument der Entscheidungsfindung konzipiert“<sup>32</sup> sei. Teilweise wird auch mit einem Widerspruch zu den allgemeinen Grundsätzen der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts argumentiert<sup>33</sup>. Danach wird ein Widerspruch zu der Rechtsprechung des EuGH gesehen, sofern der Energieausweis alleine aufgrund der Form seiner nationalen Umsetzung keine Mängelgewährleistungsansprüche auslösen würde, da in diesem Fall seine Informationen weniger weitreichende gewährleistungsrechtliche Folge hätten, als andere Informationen über das Gebäude, obwohl nach der Rechtsprechung des EuGH Verstöße gegen Gemeinschaftsrecht nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln zu ahnden sind, wie gleichartige Verstöße gegen nationales Recht<sup>34</sup>.

**Nach anderer Ansicht** scheitern dahingehende Mängelgewährleistungsansprüche an unterschiedlichen Voraussetzungen.

**Teilweise** soll der Mängelgewährleistungsanspruch bereits an der fehlenden Tauglichkeitsminderung im Falle fälschlicher energetischer Bewertungen scheitern.

---

<sup>31</sup> Schubmehl GPR 2008, 75/76 f.; Kamphausen BauR 2008, 1208/1212 f.

<sup>32</sup> Kamphausen BauR 2008, 1208/1212 f.

<sup>33</sup> Schubmehl GPR 2008, 75/76 f..

<sup>34</sup> Schubmehl GPR 2008, 75/76 f..

Streitig ist danach, ob die Fehlerhaftigkeit der Angaben im Energieausweis zu energetischen Eigenschaften eines Gebäudes überhaupt geeignet sein kann, einen Mangel der Mietsache im Sinne einer Tauglichkeitsminderung zu begründen. So wird vertreten, dass die Tauglichkeit der Mieträume zum vertraglichen Gebrauch durch das Fehlen bestimmter energetischer Eigenschaften nicht beeinträchtigt werden könne, da eine Nutzung uneingeschränkt möglich und allenfalls mit höheren Kosten verbunden sei<sup>35</sup>.

Umstritten ist zudem die Frage, inwieweit allein durch die Vorlage des Energieausweises die vertraglich vereinbarte Soll-Beschaffenheit der Mietsache beeinflusst werden kann.

**Im Schrifttum** wird vielfach mit dem fehlenden Erklärungswillen des Vermieters argumentiert, der mit Erstellen und Zurverfügungstellen des Energieausweises lediglich seiner öffentlich-rechtlichen Pflicht genügen und mit den im Energieausweis enthaltenen Angaben keine Soll-Beschaffenheit der Mietsache vereinbaren möchte<sup>36</sup>. Dieser Ansicht zufolge werde durch die bloße Vorlage des Energieausweises keine Soll-Beschaffenheit der Mietsache vereinbart. Argumentiert wird insoweit mit dem informativen Charakter des Energieausweises<sup>37</sup>. Danach wären Fehler und Mängel des Energieausweises für die mietvertragliche Sollbeschaffenheit unerheblich und folglich nicht geeignet, mietrechtliche Ansprüche auszulösen<sup>38</sup>.

Der Schadensersatzansprüche des Mieters kann auch nicht ohne weiteres auf einen Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gestützt werden, da die Rechtsprechung des

---

<sup>35</sup> Flatow NJW 2008, S. 2886/2889.

<sup>36</sup> Stangl ZMR 2008 Rn. 67.

<sup>37</sup> Stangl ZMR 2008 Rn. 68.

<sup>38</sup> Stangl ZMR 2008 Rn. 68.

BGH insoweit einen schuldhaften Verstoß fordert. An einem solchen Verschulden dürfte es jedoch regelmäßig fehlen, wenn der Vermieter seinerseits von der Richtigkeit des Energieausweises ausgeht<sup>39</sup>.

**Stellungnahme:** Soweit vorausgesetzt wird, der Vermieter wolle keine Soll-Beschaffenheit der Mietsache vereinbaren, so dass durch die Angaben des Energieausweises keine dahingehende Beschaffenheitsvereinbarung getroffen werden könne, kann dem entgegengehalten werden, dass insbesondere bei positiven Energieausweisen deren Ergebnis zum Vorteil des Vermieters in die Mietvertragsverhandlung einfließen dürfte, so dass durchaus denkbar wäre, dass die Rechtsprechung annehmen wird, dass sich der Vermieter die dortigen Angaben bereits mit Vorlage zueigen im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung macht, sofern er sich nicht ausdrücklich von der Aussagekraft des Energieausweises distanziert. Zu berücksichtigen ist insoweit auch die durchaus mieterfreundliche Tendenz des BGH.

Abzuwarten bliebe insoweit jedoch noch, ob der gesetzlich geregelte Informationscharakter des Energieausweises sowie die in den Mustern der Energieausweise nach EnEV aufgenommenen einschränkenden Hinweise insbesondere zum „lediglich“ „überschlägigen Gebäudevergleich“<sup>40</sup> eine Einbeziehung der Angaben des Energieausweises in die mietvertraglichen Vereinbarungen verhindern. Dies insbesondere unter

---

<sup>39</sup> Streitig ist, ob der Energiepass-Aussteller insoweit als Erfüllungsgehilfe des Vermieters oder Verkäufers gemäß § 278 BGB tätig wird. Argumentiert wird insoweit teilweise damit, dass § 278 BGB auf Verbindlichkeiten, die den Schuldner lediglich zur Beauftragung eines Dritten verpflichten, nicht anwendbar sei: Schubmehl GPR 2008, 75/78; Friers WuM 2008, 255/259; Blank WuM 2008 311 ff.; a.A. Sternel NZM 2006, 495/499.

<sup>40</sup> Anlage 6 EnEV Muster Energieausweise Wohngebäude: „**Hinweise zur Verwendung des Energieausweises:** Der Energieausweis dient lediglich der Information. Die Angaben im Energieausweis beziehen sich auf das gesamte Wohngebäude oder den oben bezeichneten Gebäudeteil. Der Energieausweis ist lediglich dafür gedacht, einen überschlägigen Vergleich von Gebäuden zu ermöglichen.“

Berücksichtigung der Einschätzung des Gesetzgeber bei Normierung des EnEG und EnEV, dass die öffentlich-rechtlich verlangten Energieausweise Rechtswirkungen in Kauf- und Mietverträgen in der Regel nur entfalten können, wenn die Vertragsparteien den Energieausweis ausdrücklich zum Vertragsbestandteil machen<sup>41</sup>, mithin wohl nicht alleine aufgrund der vorgeschriebenen Vorlage. Allerdings sollte der Energieausweis gleichzeitig auch zur „Unterrichtung über energetische Eigenschaften“ und als Entscheidungshilfe fungieren<sup>42</sup>.

Dieser im Rahmen der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung geäußerte Wille des Gesetzgebers kann sich regelmäßig nur dann auf die zivilrechtlichen Verträge auswirken, wenn durch die öffentlich-rechtliche Regelungen beispielsweise Inhalt und Umstände der zivilrechtlichen Vertragsabschlüsse dahingehend gestaltet werden.

Dem Wortlaut nach dürfte der Hinweis auf den rein informativen Charakter wohl noch nicht geeignet sein, die mietvertragliche Vereinbarung unter Einbeziehung der Informationen des Energieausweises auszuschließen. Der Hinweis, dass aufgrund der im Energieausweis enthaltenen Angaben lediglich ein überschlägiger Gebäudevergleich ermöglicht werden soll, impliziert sogar, dass ein verbindlicher Gebäudevergleich, wenn auch ein lediglich überschlägiger gerade vom Schutz-

---

<sup>41</sup> BT-Drucks. 15/5849: „Der neue Satz 3 übernimmt wörtlich den Text des Artikel 7 Abs. 2 Unterabsatz 2 der Gebäude-Richtlinie. Mit der Ergänzung soll verdeutlicht werden, dass die Energieausweise als Marktinstrument im Grundstücksverkehr lediglich zur Unterrichtung der Marktteilnehmer über energetische Eigenschaften eines Gebäudes beitragen sollen. Das Energieeinsparungsgesetz weist den Energieausweisen jedoch keine neuen rechtlichen Wirkungen zu. Rechtswirkungen in Kauf- und Mietverträgen können sie in der Regel nur entfalten, wenn die Vertragsparteien den Energieausweis ausdrücklich zum Vertragsbestandteil machen.“

<sup>42</sup> BT-Drucks. 15/5849: „Der neue Satz 3 übernimmt wörtlich den Text des Artikel 7 Abs. 2 Unterabsatz 2 der Gebäude-Richtlinie. Mit der Ergänzung soll verdeutlicht werden, dass die Energieausweise als Marktinstrument im Grundstücksverkehr lediglich zur Unterrichtung der Marktteilnehmer über energetische Eigenschaften eines Gebäudes beitragen sollen. Das Energieeinsparungsgesetz weist den Energieausweisen jedoch keine neuen rechtlichen Wirkungen zu. Rechtswirkungen in Kauf- und Mietverträgen können sie in der Regel nur entfalten, wenn die Vertragsparteien den Energieausweis ausdrücklich zum Vertragsbestandteil machen.“

zweck des Vertrages umfasst ist. Wie bereits bei Untersuchung der drittschützenden Wirkung des Energieausweises ausgeführt, dürften die Hinweise im Energieausweis wohl nicht dahingehend zu verstehen sein, dass die Angaben und Bewertungen gänzlich unverbindlich sind, sondern dass diese lediglich als Basis für die Berechnung der tatsächlichen Energiekosten herangezogen werden können. Insoweit wird ergänzend auf die Ausführungen zum Haftungsausschluss der drittschützenden Wirkung verwiesen.

Zu prüfen ist noch, ob sich weiteres aufgrund der öffentlich-rechtlich geregelten Umstände der Einführung des Energieausweises in das Miet- bzw. Kaufvertragsverhältnis<sup>43</sup> ergibt.

So regelt § 16 II EnEG, dass „der Verkäufer einem potenziellen Käufer einen Energieausweis mit dem Inhalt nach Muster der Anlage 6 oder 7 zugänglich zu machen ...“ hat, wobei diese Vorlage ggf. erst auf Verlangen des Vertragsinteressenten erfolgen muss.

Für die Bedeutung des Energieausweises für zukünftige Kaufverträge<sup>44</sup> und Mietverhältnisse etc. könnte zum einen relevant sein, dass der Energieausweis potentiellen Kauf- und Mietinteressenten noch „vor Vertragsschluss“ vorzulegen ist, zum anderen jedoch lediglich ein „Zugänglichmachen“ verlangt wird. Weitere zivilrechtliche Wirkungen könnten sich auch aus der Formulierung der Energieausweise, wie sie sich aus den Mustern des EnEV ergeben, ableiten lassen.

Die öffentlich-rechtliche Zielsetzung einer Entscheidungshilfe für bestimmte potentielle Vertragspartner durch Offenlegung der Gesamtenergieeffizienz noch vor Vertragsabschluss könn-

---

<sup>43</sup> Gleiches gilt insoweit auch für das Pacht- und Leasingvertragsverhältnis.

<sup>44</sup> Der Formmangel einer möglichen Beschaffenheitsvereinbarung kann durch Eintragung nachträglich geheilt werden.

te gerade darauf hinweisen, dass sich dieser Kreis der Vorlageberechtigten auf die inhaltliche Richtigkeit dieser Entscheidungshilfe verlassen können muss. Impliziert doch gerade das Zugänglichmachen vor Vertragsabschluss, dass die Kenntnisnahme des zugänglich gemachten Energieausweises mit seiner Bewertung der Gesamtenergieeffizienz den Vertragsabschluss beeinflussen können soll, zumal der Gesetzesbegründung zufolge die Vorlage im Grundstücksverkehr der „Unterrichtung über energetische Eigenschaften“ und als Entscheidungshilfe fungieren soll<sup>45</sup>.

Auf der anderen Seite könnte gerade die gewählte Form des „Zugänglichmachens“ darauf hinweisen, dass der Inhalt des Energieausweises gerade nicht Bestandteil der zivilrechtlichen Verträge werden soll. So ist bei einem Zugänglichmachen davon auszugehen, dass den Vertragsinteressenten lediglich die Möglichkeit zur Kenntnisnahme des Energieausweises zu geben ist, dieser jedoch weder im Original, noch als Kopie ausgehändigt oder dem späteren Vertrag beigefügt werden muss und damit deutlich vom Vertrag und dessen Vereinbarung getrennt wird.

Mithin bleibt hinsichtlich der unmittelbaren Auswirkungen des Energieausweises auf Miet- und Kaufverträge und der dort getroffenen Beschaffenheitsvereinbarung noch die weitere Rechtsentwicklung und Rechtsprechung abzuwarten. Es sprechen trotz der überwiegenden Meinung im Schrifttum jedoch gute Argumente für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung des Vertragsgegenstandes aufgrund der Angaben und

---

<sup>45</sup> BT-Drucks. 15/5849: „Der neue Satz 3 übernimmt wörtlich den Text des Artikel 7 Abs. 2 Unterabsatz 2 der Gebäude-Richtlinie. Mit der Ergänzung soll verdeutlicht werden, dass die Energieausweise als Marktinstrument im Grundstücksverkehr lediglich zur Unterrichtung der Marktteilnehmer über energetische Eigenschaften eines Gebäudes beitragen sollen. Das Energieeinsparungsgesetz weist den Energieausweisen jedoch keine neuen rechtlichen Wirkungen zu. Rechtswirkungen in Kauf- und Mietverträgen können sie in der Regel nur entfalten, wenn die Vertragsparteien den Energieausweis ausdrücklich zum Vertragsbestandteil machen.“

Bewertungen des Energieausweises, so dass nach der derzeitigen Rechtslage insoweit jedenfalls das Risiko einer dahingehenden Haftung des Ausstellers besteht.

### **1.5.3 Haftungspotential durch Regressansprüche des Auftraggebers wegen Inanspruchnahme durch (potentielle) Vertragspartner**

Eine Haftung des Energiepass-Ausstellers für mittelbare Schäden seines Auftraggebers aufgrund Inanspruchnahme durch dessen (potentiellen) Vertragspartner, setzt voraus, dass sich eine dahingehende Regressmöglichkeit aus dem Werkvertrag unter Berücksichtigung seines Schutzzwecks ergibt. Das ist der Fall, wenn bereits alleine aufgrund der bestimmungsgemäßen Verwendung eines fehlerhaften Energieausweises die Haftung des Auftraggebers gegenüber seinen (potentiellen) Vertragspartnern ausgelöst wird, da die bestimmungsgemäße Verwendung vom Schutzzweck des Werkvertrages umfasst ist.

Mithin kann der Auftraggeber für den Fall, dass seine Einstandspflicht gegenüber seinen (potentiellen) Vertragspartnern für dessen Angaben und Wertungen bereits alleine durch das Zugänglichmachen des Energieausweises erfolgt, wie teilweise vertreten wird, seinen hieraus entstehenden Schaden gegenüber dem Aussteller regressieren.

## Fazit zu 1

a) Eine abschließende Einschätzung der miet- und kaufvertraglichen Auswirkungen des Energieausweises lässt sich angesichts der völlig neuen Rechtslage und fehlenden gerichtlichen Spruchmaterials nicht verbindlich einschätzen. Die derzeit herrschende Meinung im Schrifttum erachtet die Angaben des Energieausweises für die mietvertraglichen Vereinbarung als unerheblich, sofern dieser lediglich „zugänglich gemacht wird“, wie gesetzlich vorgesehen.

b) Allerdings sprechen auch gute Argumente für eine Einbeziehung in den Mietvertrag, mit potentiellen Gewährleistungsansprüchen gegen den Vermieter. Dies insbesondere im Hinblick darauf, dass der Energiepass den potentiellen Vertragspartnern noch vor Vertragsschluss zugänglich gemacht werden muss, mithin als Entscheidungshilfe für den Vertragsschluss fungiert. Der Vermieter wird wohl die Möglichkeit haben, die Rechtslage im Einzelfall durch Individualabrede zu klären.

c) Diese Argumentation lässt sich entsprechend den dortigen Besonderheiten auch auf die kaufvertraglichen Regelungen übertragen.

d) Allerdings dürfte die Aussagekraft des Bedarfsausweises auch bei Annahme einer Einbeziehung in die miet- oder kaufvertraglichen Vereinbarungen eingeschränkt sein. So dürfte dieser für die Verbraucher dahingehend zu verstehen sein, dass dessen Angaben und Bewertungen zwar verbindlich sind, sich jedoch der tatsächliche Energieverbrauch auf Basis des Bedarfsausweises nur gemessen

**an einem bestimmten Verbrauchsverhalten berechnen lässt.**

**e) Nur im Falle einer Haftung des Gebäudeeigentümers für fehlerhafte Angaben des Energieausweises alleine aufgrund der öffentlich-rechtlich geforderten Vorlage vor Vertragsschluss, wäre ein dahingehender Regress auch gegenüber dem Aussteller denkbar, so dass eine dahingehende Haftung des Energiepass-Ausstellers maßgeblich davon abhängt, ob der Inhalt der Energieausweise bereits aufgrund ihrer gesetzlich vorgesehenen Verwendung Vertragsbestandteil von Miet- oder Kaufverträgen werden.**

**f) Unter Berücksichtigung der ausgeführten Unklarheiten dürfte für mittelbare Schäden des Auftraggebers aufgrund Inanspruchnahme seiner (potentiellen) Vertragspartner jedenfalls ein haftungsrechtliches Risiko für den Energiepass-Aussteller bestehen.**

## 2. Gestaltung der Haftungsrisiken durch werkvertragliche Vereinbarungen

Grundsätzlich besteht für den Energiepass-Aussteller die Möglichkeit, seine Haftungsrisiken durch klare und unmissverständliche Regelungen über sein Leistungssoll zu beeinflussen.

Dabei ist zu beachten, dass die vertragliche Haftung durch den Aussteller stets erweitert werden kann, während eine Begrenzung der gesetzlich vorgesehenen Haftung nur soweit möglich ist, als das gesetzlich vorgegebenen Leistungsziel „Energieausweis nach der EnEV“ nicht in unzulässiger Weise verkürzt wird.

**Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter:** Die Haftung könnte beispielsweise ausgeschlossen sein, wenn Energiepass-Aussteller und Auftraggeber einen entsprechenden Haftungsausschluss ggf. auch explizit bezüglich der Schutzwirkung vereinbaren. Grundlage der Haftung des Energiepass-Aussteller gegenüber dem geschädigten Dritten ist der Werkvertrag zwischen dem Energieberater und dem Geschädigten. Der Haftungsumfang wird daher durch den Werkvertrag begrenzt. Es ist jedoch im Einzelfall zu prüfen, ob die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses als Individualabrede wirksam vereinbart oder vom Energieberater als Klausel seiner Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) wirksam gestellt und in den Werkvertrag einbezogen wurde.

Denkbar sind sicherlich auch vertragliche **Haftungserweiterung durch entsprechende Zusage/Garantie**. So könnte beispielsweise der Energieausweis mit dem dena-Gütesiegel als Marktinstrument angesichts der umstrittenen Haftungslage

durch eine entsprechende vertragliche Haftungszusage im Hinblick auf die Angaben und Wertungen im Energieausweis gegenüber der „Billigkonkurrenz“ bewusst gestärkt werden, wobei eine solche vertraglich vereinbarte Haftung zwingend auch im Rahmen der Versicherungsbedingungen Berücksichtigung finden müsste (vg. 3.2.1).

### **3. Möglichkeiten Risiken durch Versicherungen abzufangen: Berufshaftpflichtversicherung in Form einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung**

Die spezialgesetzliche Grundlage für einen Haftpflichtversicherungsvertrag bildet das Versicherungsvertragsgesetz (VVG) sowie das Versicherungsaufsichtsrecht (VAG), daneben kann es im einzelnen unter anderem auch zur Anwendung des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) kommen.

Die bedeutsamsten Quellen des Versicherungsrechts in der Praxis sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), die als Allgemeine Geschäftsbedingungen der Versicherungsunternehmen der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff BGB unterliegen.

Früher bedurften die AVB vor ihrer Verwendung noch einer Genehmigung des früheren Bundesaufsichtsamt, was neben der inhaltlichen Überprüfung unter anderem zur Folge hatte, dass von den Versicherern einer Versicherungssparte einheitliche AVB verwandt wurden. Mittlerweile wurde diese Genehmigungspflicht abgeschafft. Eine Kontrolle durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) besteht nicht, so dass diese Behörde nur im Wege der Missstandskontrolle nach § 81 VAG tätig werden kann. Diese Änderung hat dazu geführt, dass nunmehr jedes Versicherungsunternehmen seine eigenen AVB gestaltet. Eine Überprüfung der Regelungen des Versicherungsvertrages ist folglich nur noch bei Prüfung der konkret verwandten AVB möglich, deren Gültigkeit unter Berücksichtigung der §§ 305 ff BGB im einzelnen gerichtlich überprüft werden kann.

Die AVB sind für den Versicherungsnehmer eine wesentliche Informationsquelle über Grenzen und Inhalt des Versiche-

rungsschutzes. § 10 I VAG verlangt insoweit eine umfassende Aufklärung des Versicherungsnehmers über Rechten und Pflichten aus dem Versicherungsvertrag.

### **3.1 Versicherungsschutz im Allgemeinen**

Zur Absicherung des Ausstellers von Energieausweisen vor den Risiken seiner beruflichen Tätigkeit kann eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen werden.

Eine Haftpflicht kann den Versicherungsnehmer und die mitversicherten Personen von den wirtschaftlichen Folgen ihrer gesetzlichen oder vertraglichen Haftpflicht gegenüber geschädigten Dritten freistellen. „Haftpflicht“ ist die Verpflichtung zum Schadensersatz bei der Verletzung fremder Rechtsgüter.

Zur Absicherung der zuvor dargestellten Risiken aus der beruflichen Tätigkeit des Erstellens von Energieausweisen, sollte die Tätigkeit als Aussteller von Energieausweisen ausdrücklich von der Haftpflichtversicherung mitumfasst sein, ggf. in der Risikobeschreibung aufgeführt werden.

Die AVB im Bereich der Haftpflichtversicherung sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB), die in der jeweiligen Fassung als Grundgerüst der Vertragsbedingungen verwandt werden. Diese können, wie bereits ausgeführt, in den neueren Versionen je nach Versicherer variieren.

Da die AHB allgemein gehalten sind und grundsätzlich jeder Berufsgruppe oder auch privaten Risiken zugeordnet werden können, werden spezifische Risiken einer Berufsgruppe häufig durch Verwendung von „Besonderen Bedingungen und Risi-

kobeschreibungen“ (BBR) erfasst. Diese ergänzen und passen die AHB im Hinblick auf das jeweils versicherte Risiko an.

Es besteht also für den Energiepassaussteller grundsätzlich die Möglichkeit einen bereits bestehenden Haftpflichtversicherungsvertrag seinen Erfordernissen als Aussteller von Energieausweisen anzupassen, indem dieses Risiko ausdrücklich in den Versicherungsschutz einbezogen wird, einschließlich einiger notwendiger Bedingungsanpassungen.

Angesichts des wachsenden Marktes für Energieausweise dürfte aber auch die Entwicklung eines entsprechenden Versicherungsproduktes in Form spezieller BBR für Aussteller von Energieausweisen mit dena-Gütesiegel zu überlegen sein. Diese BBR sollten konkret den Erfordernissen der Aussteller von Energieausweisen angepasst werden und können ggf. auch noch mit der Tätigkeit als Energieberater kombiniert werden.

Im folgenden werden lediglich exemplarisch einige sinnvollerweise zu modifizierenden Regelungen der aktuellen gängigen AHB dargestellt. Auf dieser Basis kann gegebenenfalls auch die Vereinbarung von für die Berufsgruppe der Energieberater und Aussteller von Energieausweisen speziellen Versicherungsbedingungen geprüft werden. Die Erstellung entsprechender Bedingungen müsste jedoch gesondert unter Einbeziehung der Versicherungswirtschaft sowie Versicherungsmakler erfolgen. Auf diese Weise können bisher nicht erfasste Risiken durch Zusatzbedingungen bzw. Klauseln fixiert werden und in den Versicherungsschutz aufgenommen werden, wobei es sich jedoch empfiehlt im Interesse einer wirtschaftlich sinnvollen Prämie die Notwendigkeit der Absicherung der einzelnen Risiken genau zu prüfen.

## 3.2 Versicherungsschutz im Einzelnen

Eine Haftpflichtversicherung bietet dem Versicherungsnehmer oder der versicherten Person die Möglichkeit, seine Haftung aus einem bestimmten Verhalten zu versichern.

Da grundsätzlich nicht davon ausgegangen werden kann, dass von der Haftpflichtversicherung auch die speziellen von einer Berufsausübung ausgehenden Risiken abgedeckt sind, ist darauf zu achten, dass ausdrücklich die Tätigkeit des Ausstellers von Energieausweisen in der Risikobeschreibung der Versicherung umfasst ist.

### 3.2.1 Versicherte Schäden: ergänzende Einbeziehung von Vermögensschäden

Nach 1.1 AHB ist Gegenstand einer Haftpflichtversicherung die Verletzung gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts, wobei hierdurch verursachte Personen- oder Sachschäden von Dritten oder sich daraus ergebender Vermögensschäden ersetzt werden<sup>46</sup>.

Bei einer einfachen Haftpflichtversicherung sind folglich reine Vermögensschäden üblicherweise nicht versichert, können jedoch durch gesonderte Vereinbarung ausdrücklich vom Versicherungsschutz umfasst werden<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> 1.1 AHB 2004: „Versicherungsschutz besteht im Rahmen des versicherten Risikos für den Fall, dass der Versicherungsnehmer wegen eines während der Wirksamkeit der Versicherung eingetretenen Schadensereignisses (Versicherungsfall) das einen Personen-, Sach- oder sich daraus ergebenden Vermögensschaden zur Folge hatte, aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen privatrechtlichen Inhalts von einem Dritten auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Schadensereignis ist das Ereignis, als dessen Folge die Schädigung des Dritten unmittelbar entstanden ist. Auf den Zeitpunkt der Schadenverursachung, die zum Schadenereignis geführt hat, kommt es nicht an.“

<sup>47</sup> 2. AHB 2004: „Dieser Versicherungsschutz kann durch besondere Vereinbarung erweitert werden auf die gesetzliche Haftpflicht privatrechtlichen Inhalts des Versicherungsnehmers wegen

Reine Vermögensschäden sind jedoch für eine Haftung des Energiepassausstellers maßgeblich. Die oben dargestellten Haftungsrisiken wirken sich regelmäßig als reine Vermögensschäden aus, ohne zunächst zu einem Personen- oder Sachschaden zu führen. So kommt es beispielsweise bei Mindererlösen des Verkäufers aufgrund eines fehlerhaft negativen Energieausweises zu keinem Sach- oder Personenschaden, sondern zu einer unmittelbaren Vermögensschädigung des Auftraggebers.

Mithin ist für einen effektiven Haftpflichtversicherungsschutz des Energiepassausstellers wichtig, dass von dem Versicherungsschutz auch reine Vermögensschäden umfasst sind.

### **3.2.2 Erfüllungsansprüche**

Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sind nach 1.2 AHB 2004 auch sämtliche Erfüllungsansprüche<sup>48</sup>. Hierzu zählen sämtliche Gewährleistungsansprüche, die durch Nacherfüllung beseitigt werden können (Mangelschäden) einschließlich Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung gem. §§ 281, 283 BGB, da diese Ansprüche an die Stelle des Anspruchs auf die Primärleistung treten. Der Versicherer möchte nicht das unternehmerische Risiko des Versicherungsnehmers tragen.

---

*2.1 Vermögensschäden, die weder durch Personen- noch durch Sachschäden entstanden sind; ...“*

<sup>48</sup> 1.2 AHB 2004: „Kein Versicherungsschutz besteht für Ansprüche, auch wenn es sich um gesetzliche Ansprüche handelt,

(1) auf Erfüllung von Verträgen, Nacherfüllung, aus Selbstvornahme, Rücktritt, Minderung, auf Schadensersatz statt der Leistung; ...

(6) wegen anderer an die Stelle der Erfüllung tretender Ersatzleistungen.“

Demgegenüber gelten solche Schäden, die durch Nachbesserung oder Ersatzlieferung nicht beseitigt werden können, nach veralteter Terminologie als „Mangelfolgeschäden“, deren Ersatzpflicht neben den Erfüllungsanspruch treten und von § 280 I BGB erfasst werden nicht als Erfüllungsansprüche und werden vom Versicherungsschutz erfasst.

### **3.2.3 Beschränkung des Versicherungsschutzes auf privatrechtliche Ansprüche: ggf. Modifizierung durch BBR sinnvoll**

Gemäß 7.3 sind grundsätzlich auch Haftpflichtansprüche vom Versicherungsschutz ausgeschlossen, soweit sie auf Grund Vertrages oder Zusagen über den Umfang der gesetzlichen Haftpflicht des Versicherungsnehmers hinausgehen<sup>49</sup>.

Von diesem Ausschluss sind zwar entgegen der Formulierung „auf Grund Vertrages“ keinesfalls sämtliche vertraglichen Schadensersatzansprüche betroffen, allerdings solche, die aufgrund vertraglicher Vereinbarung über die gesetzlich bestimmten vertraglichen Gewährleistungsansprüche hinausgehen.

Angesicht der oben dargestellten Problematik im Hinblick auf die Rechtswirkungen des Energieausweises unter Berücksichtigung seines informativen Charakters (sowohl im Hinblick auf seine drittschützende Wirkung, wie auch Einbeziehung in Miet- und Kaufverträge) ist folglich im Falle einer entsprechenden Bestätigung der Verbindlichkeit der dort enthaltenen Daten, Bewertungen und Empfehlungen angesichts der noch

---

<sup>49</sup> AHB 2004 7.: „Falls im Versicherungsschein oder seinen Nachträgen nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, sind von der Versicherung ausgeschlossen: ... 7.4 Haftpflichtansprüche, soweit sie auf Grund Vertrags oder Zusagen über den Umfang der gesetzlichen Haftpflicht des Versicherungsnehmers hinausgehen.“

unklaren Rechtslage unbedingt darauf zu achten, dass diese Beschränkung auf die gesetzliche bestimmten Haftpflichtansprüche aufgehoben wird und die vertraglich erteilten Zusagen ausdrücklich in den Versicherungsschutz einbezogen werden.

### **3.2.5 Haftungssumme**

Die vereinbarte Versicherungssumme bildet die Höchstgrenze für die Leistung des Versicherers je Schadenereignis für alle Versicherten und steht bei jedem Schadenereignis einmal zur Verfügung. Wird vereinbart, dass die Versicherungssumme pro Versicherungsjahr mehrfach maximiert wird<sup>50</sup>, so führt dies zu einer Begrenzung der Gesamtleistung des Versicherers für alle Schadenereignisse eines Versicherungsjahres auf ein bestimmtes Vielfaches der Versicherungssumme. Mithin beschränkt die vereinbarte Versicherungssumme den von der Versicherung pro Schadenfall zu ersetzenden Schadenbetrag, während die Mehrfachmaximierung die Höhe der insgesamt pro Versicherungsjahr von der Versicherung umfassten Schäden begrenzt.

Um einen einheitlichen Versicherungsstandart sämtlicher Energiepassaussteller zu gewährleisten, könnte folglich ein Mindeststandart bei Versicherungssumme und Mehrfachmaximierung sinnvoll sein.

---

<sup>50</sup> Eine Mehrfachmaximierung bedeutet quasi eine Multiplikation der Versicherungssumme als Höchstgrenze für das Versicherungsjahr; Vgl. hierzu Bräuer, AnwBl. 2006, 663 ff.

#### **4. Zusammenfassung**

**a) Aufgrund der völlig neuen Rechtslage und fehlenden gerichtlichen Spruchmaterials lässt sich das haftungsrechtliche Risiko für Energiepassaussteller nur teilweise abschätzen.**

**b) Eine Haftung für nicht unerhebliche potentielle Schäden des Auftraggebers aufgrund fehlerhaft negativer Angaben und Bewertungen dürfte unproblematisch gegeben sein, wobei sich diese durch eine entsprechende Vermögensschadenhaftpflicht absichern lassen.**

**c) Problematischer ist die Haftung für fehlerhaft positive Angaben und Bewertungen. Insoweit dürfte es regelmäßig bereits an einem kausalen Schaden des Auftraggebers fehlen. Auch eine Inanspruchnahme des Energiepass-Ausstellers aufgrund mittelbarer Schäden des Auftraggebers durch Inanspruchnahme von (potentiellen) Vertragspartner, die rechtlich höchst umstritten ist, dürfte in der Regel nicht gegeben sein, da der Umfang der Inanspruchnahme wohl häufig durch den aufgrund der fehlerhaften Bewertung erzielten Vermögensvorteil kompensiert werden kann, so dass es auch insoweit an einem Schaden des Auftraggebers aufgrund fehlerhaften Energieausweises fehlen dürfte.**

**d) Allerdings dürfte insoweit das Risiko einer unmittelbaren Dritthaftung aufgrund Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bestehen, sollte der Aussteller nicht dahingehend einen konkreten Haftungsausschluss vereinbaren. Zwar bleibt hier noch abzuwarten, wie die Rechtsprechung die einschränkenden Hinweise auf dem Energieausweis bewertet und ob hierin ein vertraglicher**

**Ausschluss des Drittschutzes gesehen werden kann, allerdings sprechen gute Gründe für den drittschützenden Charakter des Energieausweises.**

**e) Es darf auch nicht ganz unberücksichtigt bleiben, dass andernfalls der Energiepass-Aussteller wohl regelmäßig nur für Schäden aufgrund fehlerhaft schlechten, nicht jedoch für Schäden aufgrund fehlerhaft positiver Gebäudebewertung haftungsrechtlich einzustehen hätte, zulasten von Verbrauchern wie Mieter und Käufer, deren Nutzung des Energieausweises als Entscheidungskriterium und Marktinstrument vom Gesetzgeber jedoch gerade gewollt ist. Es wird bei dieser Frage sicherlich auch noch maßgeblich auf die sich noch in der Entwicklung befindliche Bedeutung des Energiepasses ankommen. Die jüngsten Überlegungen bei der Novellierung des EnEV nunmehr den Verbrauchsausweis gänzlich durch den Bedarfsausweis zu ersetzen, sprechen für eine weitere Stärkung seiner Bedeutung.**

**f) Für eine Haftung bei fehlerhaften Modernisierungsempfehlungen ist zudem zu berücksichtigen, dass diese tatsächlich nur eine sehr eingeschränkte Verbindlichkeit entfalten dürften und in aller Regel diesen Angaben nicht ohne weiteres vertraut werden darf.**

**g) Vertraglich werden sich einige der oben aufgeführten Risiken, insbesondere die drittschützende Wirkung ausschließen lassen, wobei hierdurch auch die Bedeutung des Energieausweises als Marktinstrument abnehme.**

**h) Im Hinblick auf den Versicherungsschutz ist bei einer Ausweitung der gesetzlichen Haftung durch Vertrag beispielsweise durch Zusage bestimmter Verbindlichkeiten**

**unbedingt zu beachten, dass diese vertraglich vereinbarten Zusagen, die möglicherweise zu einer Erweiterung der gesetzlich vorgesehenen Haftung führen, ausdrücklich von dem Umfang des Versicherungsschutzes mit umfasst sind.**

**i) Des Weiteren ist beim Versicherungsschutz auf eine Einbeziehung der beruflichen Tätigkeit des Energiepass-Ausstellers sowie von Vermögensschäden zu achten.**

***Gießen, 28.10.2008***