

Miete, Wohnungseigentum, Makler- und Bauträgerrecht, Steuern, Versicherungen, Wohnungswirtschaft

Sonderausgabe Herbst 2022

Wohnen in der Gas- und Klimakrise

Seiten 1–80, 1. 10. 2022

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Andreas Kappus, Frankfurt a. M.

In Verbindung mit der **ARGE Mietrecht und Immobilien im DAV** und in Zusammenarbeit mit der **Neuen Juristischen Wochenschrift (NJW)** herausgegeben von Prof. Dr. Markus Artz, Universität Bielefeld – Prof. Dr. Ulf Börstinghaus, Richter am AG a. D., Gelsenkirchen – Dr. Patrick Bruns, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Baden-Baden – Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Bub, Rechtsanwalt, München – Dr. Anja Disput, Rechtsanwältin, Frankfurt a. M. – Michael Drasdo, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Neuss – Prof. (em.) Dr. Volker Emmerich, Universität Bayreuth – Dr. Beate Flatow, Vizepräsidentin des AG a. D., Eckernförde – Hubert Fleindl, Vors. Richter am OLG München – Prof. Dr. Martin Häublein, Universität Innsbruck – Thomas Hannemann, Rechtsanwalt, Karlsruhe – Dr. Jürgen Herrlein, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht sowie für Steuerrecht, Frankfurt a. M. – Hans-Jörg Kraemer, Richter am BGH a. D., Karlsruhe – Dr. Hans Langenberg, Vors. Richter am LG a. D., Hamburg – Dr. Ulrich Leo, Rechtsanwalt, Köln/Hamburg – Jan Lindner-Figura, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Carsten Ludley, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Leipzig – Horst Müller, Rechtsanwalt, München – Frank Oprée, Rechtsanwalt, München – Dr. Henrik Over, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Köln – Dr. Marcel M. Saurcn, Rechtsanwalt und Steuerberater, Aachen – Anke Scheffler, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Köln – Joachim Schmidt, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Dr. Michael Schultz, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Prof. Dr. Winfried Schuschke, Vors. Richter am OLG Köln a. D., Universität zu Köln – Dr. Philipp Schweitzer, LL. M., Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt a. M. – Dr. Michael Selk, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht sowie Fachanwalt für Strafrecht, Hamburg – Prof. Dr. Friedemann Sternel, Vors. Richter am LG Hamburg a. D., Universität Leipzig – Elmar Streyll, Vors. Richter am LG, Krefeld – Dr. Kai Zehlein, Richter am AG, Hanau – Dr. Frank Zschieschack, Vors. Richter am LG, Frankfurt a. M.

Inhalt**NZM-info**

3

Beiträge

<i>Zehelein</i> , Energiekrise: Gaspreissteigerung im Mietverhältnis (NZM 16/2022, 593–600)	7
<i>Hinz</i> , Klimafreundliche Wärmeversorgung der Mietwohnung (NZM 18/2022, 681–692)	14
<i>Gsell</i> , Miete und Recht auf Klimaschutz (NZM 13/2022, 481–489)	24
<i>Horst</i> , Elektromobilität: Ladeinfrastruktur im Mietverhältnis (NZM 9/2022, 313–323)	32
<i>Graf v. Westphalen</i> , Bemühensklauseln in „Grünen“ Mietverträgen – Eine AGB-rechtliche Antwort (NZM 1-2/2022, 1–8)	42

Rechtsprechung**Wohnraummiete**

BGH	20.7.2022 – VIII ZR 361/21	Formelle Anforderungen an Mieterhöhung bei (komplexer) „modernisierender Instandsetzung“: Keine Untergliederung der Gesamtkosten einer Maßnahme nach Gewerken (NZM 20/2022, 795–800)	50
LG München I	23.6.2022 – 31 S 12015/21	Ladeinfrastruktur für E-Mobil: Mieters Erlaubnisanspruch zur Errichtung in Eigenregie mit Anm. <i>Kappus</i> (NZM 16/2022, 625–627)	56

BGH	27.10.2021 – VIII ZR 264/19	Heizkostenschätzung: Vergleichbarkeit von Räumen innerhalb eines Wohnkomplexes (NZM 11/2022, 416–420)	58
BGH	17.6.2021 – I ZB 68/20	Stromsperre: Wohnraummieters Unvermögen zur Zutrittsgewährung zum zentralen Stromzählerraum im Keller des Mehrfamilienhauses – Duldungstitel und Gewahrsamslage (NZM 8/2022, 289–292)	63

Gewerbliche Miete

BGH	29.6.2022 – XII ZR 6/21	Schadensersatz bei Beheizbarkeitsmangel – Differenzmethode in der „Leistungskette“-Struktur des als Kapitalgesellschaft organisierten Mieters mit Tochter-GmbH bei Einnahmeausfällen und drohender Belastung mit Vertragsstrafe (NZM 18/2022, 713–715)	66
-----	-------------------------	--	----

Wohnungseigentumsrecht

OLG Düsseldorf	8.10.2021 – 22 U 66/21	Energieberaters Haftung für Unwirtschaftlichkeit: Ersetzen einer Heizungsanlage durch Kombination aus Brennwertkessel/Solaranlage – Verjährung (NZM 17/2022, 667–670)	69
----------------	------------------------	---	----

Sonstiges

BGH	26.1.2022 – VIII ZR 175/19	Fernwärme: Versorgungsstabilität und Preisgestaltung jenseits bloßen Versorgerermessens – Preisgleitklauseln zur kosten- und marktorientierten Preisbemessung (NZM 14-15/2022, 584–592)	72
-----	----------------------------	---	----

Gastkommentar

Preisexplosionen als (wechselseitige) „Betriebskosten-Fälle“: Ist eine „unterjährige“ Erhöhung der Vorauszahlungen der Königsweg?

Mit dem Überfall Russlands auf die Ukraine sind die Energiekosten sprunghaft gestiegen und befeuern die ohnehin schon länger steigende Inflationsrate ins Kritische. Für so manchen Vermieter bedeutet das: Die Vorauszahlungen seiner Mieter auf die Betriebskosten decken die tatsächlich anfallenden Kosten aktuell schon nicht mehr oder aber in absehbar naher Zukunft. Daraus resultiert der Vermieterwunsch, die zu leistenden Vorauszahlungen möglichst rasch einseitig erhöhen zu können. Dabei ist die Rechtslage nach der halbzwingenden Norm des § 560 BGB („Veränderungen der Betriebskosten“) zu beurteilen, welche Vorschrift eigens an den „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit“ appelliert (§ 560 V BGB).

Sind, wie in der Praxis wohl der Regelfall, *Betriebskostenvorauszahlungen* vereinbart worden, gibt § 560 IV BGB ein Anpassungsrecht – und zwar in beide Richtungen, also bei Erhöhung wie Ermäßigung – durch einseitige Gestaltungserklärung in Textform „auf eine angemessene Höhe“, was das nachteilsfeste Gebot in § 556 II 2 BGB wiederholt. Pferdefuß: Die Vorschrift knüpft an eine *erteilte* Abrechnung an.

Ist demgegenüber, wie eher selten, eine *Betriebskostenpauschale* vereinbart und hat der Vermieter im Mietvertrag einen entsprechenden Vorbehalt gemacht, dürfen Erhöhungen der Betriebskosten durch Erklärung in Textform anteilig auf die Mieter umgelegt

werden. Der jeweilige Grund hierfür ist anzugeben und zu erläutern (§ 560 I BGB), wobei es nicht ausreicht, nur die erhöhten Kosten mitzuteilen, vielmehr muss sich aus einer Aufstellung deren Höhe ergeben (*Blank/Börstinghaus*, *Miete*, 6. Aufl. 2020, § 560 Rn. 2).



Dr. Hans Reinold Horst

Ab dem auf die Erklärung folgenden übernächsten Monat ist der Mieter zahlungspflichtig, § 560 II 1 BGB. Bei einer rückwirkenden Erhöhung von Betriebskosten – Hauptanwendungsfall Grundsteuer – gilt die spezielle Regelung in § 560 II 2 BGB. Für den Ermäßigungsfall ordnet das Gesetz Spiegelbildliches zur Herabsetzung an (§ 560 III BGB). *Mischfälle* von Vorauszahlung und Pauschale sind in Abhängigkeit davon zu behandeln, wo eine Veränderung von Betriebskosten „anlandet“ (s. *Blank/Börstinghaus*, § 560 Rn. 2).

Im praktischen Hauptanwendungsfall *vereinbarter Vorauszahlungen* ist das Anpassungsrecht einer jeden Vertragspartei an eine Abrechnung geknüpft. Hinterfragt wird diese Möglichkeit, wenn kein engerer zeitlicher Zusammenhang mit der Betriebskostenabrechnung besteht. So ist

es möglich, dass eine Abrechnung schon länger zurückliegt, gerade wenn der Abrechnungszeitraum nicht identisch ist mit dem Kalenderjahr. Oder dass die Abrechnung für einen zurückliegenden Abrechnungszeitraum noch nicht erteilt worden ist oder mangels vollständig vorliegender Abrechnungsbelege noch nicht erteilt werden konnte. Genauso häufig sind Fälle, in denen eine sprunghafte Erhöhung von Betriebskosten mitten in einen laufenden Abrechnungszeitraum fällt.

Kann der Vermieter in all diesen Fällen sein Gestaltungsrecht zur Erhöhung der Vorauszahlungen – in Textform – ausüben? Die Beantwortung dieser Frage ist aktuell durchaus umstritten. Die häufiger anzutreffende Auffassung verneint sie mit der Folge, dass der Vermieter auf den Versuch einer freiwilligen Vereinbarung mit dem Mieter verwiesen bleibt.

Andere erkennen das Interesse beider Seiten an einer möglichst raschen Lösung. Mieter sollen sich in wirtschaftlich ohnehin schwieriger Zeit keinen üppigen Nachzahlungen ausgesetzt sehen und darüber gegebenenfalls „ins Trudeln“ oder gar in die (Verbraucher-)Insolvenz geraten. Dem Vermieter wird deshalb ein Anpassungsrecht aus § 313 I BGB („Störung der Geschäftsgrundlage“) oder nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zuerkannt.

Nach hier vertretener Auffassung können beide Ansätze auf sich beruhen; denn für den Vermieter lässt sich ein „unterjähriger“ Anspruch auf Erhöhung der Vorauszahlungen auf Betriebskosten direkt aus § 560 IV BGB begründen. Denn die Vorschrift bezweckt den Schutz beider Ver-

tragsparteien vor unangemessenen finanziellen Belastungen:

BGH-Formel: „Mit der Anpassung der Vorauszahlungen nach einer Abrechnung soll erreicht werden, dass die vom Mieter zu leistenden Abschläge den tatsächlichen Kosten möglichst nahe kommen, so dass weder der Mieter dem Vermieter – durch zu hohe Vorauszahlungen – ein zinsloses Darlehen gewährt noch der Vermieter – angesichts zu niedriger Vorauszahlungen – die Nebenkosten teilweise vorfinanzieren muss. Die Auffassung des BerGer. würde dazu führen, dass dem Mieter, wenn – wie hier – die letztmögliche Abrechnung noch nicht erstellt ist, eine Anpassung der Vorauszahlungen verwehrt ist und es deshalb bei den aus einer noch weiter zurückliegenden Abrechnungsperiode stammenden und deshalb (noch) weniger realistischen Vorauszahlungen bliebe.“ (BGH, NZM 2011, 544 Rn. 16).

Dem Vermieter soll mithin, neben der Last einer Vorfinanzierung, das Insolvenzrisiko des Mieters abgenommen werden (Lehmann-Richter in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 560 Rn. 52). Genau diese Überlegung trifft im hiesigen Kontext: Denn wenn der Vermieter innerhalb der laufenden Abrechnungsperiode bereits eingetretene oder mit Sicherheit anfallende Kostenerhöhungen vorfinanzieren müsste, werden sich „ungeahnte“ Nachzahlungsbeiträge summieren. Der Mieter seinerseits steht vor der hohen Hürde einer Einmalzahlung, für die er „bei der Zeit“ Rücklagen bilden müsste.

Insgesamt steigt deutlich die Gefahr, dass Mietverhältnisse notleidend werden. In Mietverhältnissen mit sozialhilferechtlichem

Einschlag verstärkt sich dieser Effekt spürbar. Denn der Sozialhilfeträger legt in seinen verschiedenen Mietstufen auch Betriebskostenobergrenzen fest, bis zu denen er zahlt. Die häufige Solvenzschwäche des Mieters tritt hinzu. Und schließlich: Eine „vorbeugende“ Kündigung wegen befürchteter Finanzschwäche des Mieters ist unzulässig (BGHZ 217, 263 = NZM 2018, 325 – Mietvertrageintritt des scheinbar „klammen“ Lebensgefährten; dazu Kappus, NJW 2018, 331).

Das Problem eines „zeitlichen Zusammenhangs“ zwischen Abrechnung und Erklärung löst sich, wenn man bedenkt, dass auch ein älteres, wenngleich weniger umständerealistisches Rechenwerk Grundlage einer Erhöhungserklärung des Vermieters nach § 560 IV BGB sein kann. Zwar muss sich die Erhöhung rechnerisch aus dem Nachzahlungssaldo der Abrechnung ergeben, doch trägt dieser Ansatz für das hier betrachtete aktuelle Problem. Natürlich kann die aktuelle Steigerung im Bereich der Betriebskosten in einer „Alt“-Abrechnung noch nicht erfasst sein. Da es sich aber bei der „gebotenen angemessenen Erhöhung“ um eine Prognoseentscheidung handelt, darf auch ein *kalkulierbarer* Sicherheitszuschlag eingepreist werden, um allgemeine Kostensteigerungen aufzufangen:

BGH zum „Sicherheitszuschlag“ für Kostensteigerungen am Beispiel von Energiepreisen: „Für einen ‚abstrakten‘ Sicherheitszuschlag in Höhe von 10% wegen möglicher Preissteigerungen ist kein Raum. Die Zubilligung eines generellen Zuschlags von 10% auf die gesamten Betriebskosten, der deutlich über der gegenwärtigen allgemeinen Teuerungsrate

liegt, ginge über das berechnete Interesse des Vermieters, die vom Mieter zu tragenden Betriebskosten nicht vorfinanzieren zu müssen, hinaus. Nur wenn hinsichtlich bestimmter Betriebskosten – etwa der Energiepreise – Preissteigerungen konkret zu erwarten sind, kann dies in die Berechnung der Vorauszahlungen einbezogen werden, allerdings nur unter Berücksichtigung des Verhältnisses der betreffenden Betriebskosten zu den Betriebskosten insgesamt.“ (BGH, NZM 2011, 880 Rn. 18; zustimmend Lehmann-Richter in Schmidt-Futterer, § 560 Rn. 73, 80).

Der Vermieter kann also auch „unterjährig“ eingetretenen und sich weiter abzeichnenden krasen Betriebskostenerhöhungen Rechnung tragen und Mieter zur angemessenen Erhöhung zu leistender Vorauszahlungen heranziehen. Eingetretene und sich abzeichnende Steigerungen der Energiekosten kann er dort genauso einpreisen wie eine inflationsbedingte Teuerung. Zu empfehlen ist weiter, sich in der Erklärung vorzubehalten, bei weiter gravierend fortschreitender Entwicklung die Vorauszahlungen erneut anzupassen.

Wer dem hier vertretenen Ergebnis nicht folgen mag, wird, wie nach den Umständen eines jeden Einzelfalls zu beurteilen, nicht umhinkommen, über eine Vertragsanpassung wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage nachzudenken (grundlegend BGH, NZM 2022, 99 mit Anm. Kappus, NZM 2022, 106 – Pandemiemiete I). Andernfalls ergibt sich das beschriebene unzumutbare Mieterinsolvenzrisiko beim Vermieter. Diese Gefahr speist sich augenscheinlich aus der allgemeinen wirtschaftlichen Situation einschließlich Inflationsent-

wicklung, aus einer Gefährdung oder gar aus dem Verlust des Arbeitsplatzes und auch aus den ökonomischen Nachwirkungen der Pandemie, gegebenenfalls mit Kurzarbeitergeld oder gar Jobverlust beim Mieter.

Auch realitätsbewussten Mietern muss daran gelegen sein, einen „Abrechnungsschock“ zu vermeiden, sondern das Unvermeidliche pro rata temporis zu finanzieren.

Deshalb ist es in jedem Fall ratsam, wenn nicht gar vorzugswürdig, zeitig das Gespräch zu suchen und eine gemeinsame Vereinbarung zur Erhöhung der Vorauszahlungen als Ergebnis eigener Überzeugungsarbeit anzustreben. Dabei kann man sich diese Überzeugungsarbeit mit dem Hinweis erleichtern, dass eine Senkung oder Rückanpassung der Vorauszahlungen vorgenommen wird, sobald sich ein (dauerhaft) sinkendes Kosteniveau einstellt. Mit Blick auf § 560 IV BGB entspricht dies ohnehin der Gesetzeslage. Auch zu § 313 BGB wird dies im Übrigen vertreten, wenn sich eine Anpassung später als „rückanpassungsbedürftig“ zeigt (dazu *LG Krefeld*, NZM 2021, 607 Rn. 78 a. E.). Gelingt eine Vereinbarung nicht, bleibt das einseitige Vorgehen – um den Preis eines Zeitverlusts, aber um den Gewinn von gegenseitigem Verständnis im Dauerschuldverhältnis – eröffnet.

Rechtsanwalt Dr. Hans Reinold Horst, Hannover/Solingen. Der Autor ist geschäftsführender Vorstand sowie Vorsitzender des Landesverbandes Niedersächsischer Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer e. V., Hannover. Im Beitrag gibt er seine persönliche Auffassung wieder.

Rechtsprechung

Gaspreis-Explosion: Abstellen der Warmwasserversorgung?

Das AG *Frankfurt a. M.* (Beschl. v. 26.7.2022 – 33 C 2065/22 (76), BeckRS 2022, 21266) hat entschieden:

Auch wenn die Gaspreiskalkulation des Vermieters durch die gegenwärtige Entwicklung des Gaspreises in Schieflage gerät, ist der Vermieter nicht – auch nicht aus „Fürsorge“ um die Mieterschaft, die er angeblich vor erheblichen Nachforderungen auf die Betriebskosten bewahren will – berechtigt, die Versorgung der Mietwohnung mit Warmwasser und Heizung einzustellen. In einem solchen die mietvertraglichen Pflichten verletzenden Vorgehen des Vermieters liegt zugleich eine mit den Mitteln des Eilrechtsschutzes abwehrfähige Störung des Mietbesitzes. (Leitsatz der Redaktion)

Ihre NZM dokumentiert aus den Entscheidungsgründen:

13 Danach haben die Verfügungsklägerinnen aus dem Mietvertrag der Parteien gegenüber dem Verfügungsbeklagten einen Anspruch auf Versorgung der Wohnung mit Warmwasser und Heizung. Dies beruht auf dem Umstand, dass eine Gas-Zentralheizung vorliegt, die der Verfügungsbeklagte betreibt und die Kosten hierfür auch über die Betriebskostenabrechnung auf die Verfügungsklägerinnen und Mieterinnen umlegt. Aus dem Umstand der zu erwartenden Erhöhung der Gaslieferpreise ergibt sich an dieser Anspruchskonstellation keine Änderung. Der Vermieter, der für die Kosten des Gases in Vorleistung treten muss, kann auf Grundlage der aktuellen Abrechnung unter Berücksichtigung einer Erhöhung der Verbrauchskosten die Vorauszahlungen für die Zukunft erhöhen. Eine Reduzierung des Verbrauchs durch Abschalten der Anlage ist

unzulässig. Gleiches gilt für den Verweis auf alternative Möglichkeiten der Beheizung oder Wassererwärmung. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob diese Alternativen kostengünstiger wären.

14 In der Unterbrechung der Warmwasserzufuhr ist zugleich eine Besitzbeeinträchtigung durch verbotene Eigenmacht zu sehen. Die Verfügungsklägerinnen haben deshalb auch einen Anspruch auf Besitzschutz.

(Mitgeteilt von Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht Dr. J. Herrlein, Frankfurt a. M.)

Anm. d. Schriftlfg.: Im Berufungsverfahren (2-11 S 133/22) ist dem Vermieter seitens des *LG Frankfurt a. M.* unter dem 17.8.2022 mitgeteilt worden, dass die von ihm persönlich eingelegte Berufung wegen Nichtbeachtens des Anwaltszwangs und zudem wegen Nichterreichens der Mindestbeschwer von 600 EUR unzulässig ist. – Nach einem Beschluss des *VG Frankfurt a. M.* vom 22.8.2022 (BeckRS 2022, 22703) kann Vermietern, die wie vorliegend unter Berufung auf kriegsbedingt galoppierenden Gaspreise die Warmwasserversorgung einstellen, mit den Mitteln des Wohnungsaufsichtsrechts aufgegeben werden, binnen zu bestimmender Frist dieselbe wiederherzustellen.

§ 9 HessWoAufG. *Gebäude und Außenanlagen.* Die Gemeinde soll erforderliche Anordnungen treffen, die den dinglich Verfügungsberechtigten verpflichten, Gebäude, in denen sich Wohnungen oder Wohnräume befinden, und zugehörige Nebengebäude und Außenanlagen so instandsetzen oder verbessern und nur so benutzen zu lassen, daß Bewohner nicht gefährdet oder unzumutbar belästigt werden oder der bestimmungsgemäße Gebrauch von Gebäuden und Anlagen nicht erheblich beeinträchtigt wird.

„Smart Home“ im Frankfurter Henninger-Turm oder: Geringes Zahlungsrückstandsverschulden des Mieters im „Brutkasten à la Dubai“

Das AG *Frankfurt a. M.* (Urt. v. 15.8.2022 – 33 C 1355/21 (56),

BeckRS 2022, 20970) hat entschieden:

1. Der Mieter einer relativ hochpreisigen und als „Smart Home“ ausgestatteten Wohnung kann auch ohne ausdrückliche vertragliche Regelung erwarten, dass die Wohnräume zum vertragsgemäßen Gebrauch derart ausgestattet sind, dass in ihr durch Kühlung oder Lüftung die Außentemperatur nicht erheblich überschritten wird. Denn zum Mindeststandard einer Wohnung gehört grundsätzlich, dass in der Wohnung angemessene Temperaturen erreicht werden können.

2. Zum (geringen) Verschulden des Mieters, der angesichts von Mängeln die Miete mindert, an der Entstehung eines zur Kündigung berechtigenden Zahlungsrückstands, den er nach Anspruch der fristlosen, hilfsweise fristgemäßen Kündigung binnen Schonfrist durch Vorbehaltszahlung ausgleicht. (Leitsätze der Redaktion)

(Mitgeteilt von Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht Dr. J. Herrlein, Frankfurt a. M.)

Modernisierungsmieterhöhung nach Wärmedämmung: Kein „Aufschlüsselungsgebot“ zu Untergewerken

Das LG Frankfurt a. M. (Urt. v. 22.11.2021 – 2-11 S 8/21, BeckRS 2021 43328; keine Revision) hat entschieden:

Bei einer Wärmedämmung der Außenfassade ist es zur formellen Wirksamkeit einer Modernisierungsmieterhöhung nicht erforderlich, die Gesamtkosten nach den insoweit beteiligten Untergewerken aufzuschlüsseln. (Leitsatz der Redaktion)

Ihre NZM dokumentiert aus den Entscheidungsgründen:

46 Der BGH konkretisiert diese Anforderungen in BeckRS 2018, 25387 Rn. 10:

„Danach hat der Vermieter gem. § 559 b I BGB aF in der Erhöhungserklärung darzulegen, inwiefern die durchgeführten baulichen Maßnahmen den Gebrauchswert der Mietsache nachhaltig erhöhen,

die allgemeinen Wohnverhältnisse auf Dauer verbessern oder eine nachhaltige Einsparung von Energie und Wasser bewirken (...). Da die Mieterhöhung automatisch nach kurzer Zeit wirksam wird, soll die Erklärungspflicht unzumutbare Nachteile für den Mieter dadurch verhindern, dass dieser die Berechtigung der Mieterhöhung überprüfen kann (...). Dabei sind allerdings – wovon auch das BerGer. zutreffend ausgegangen ist – an die formelle Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens keine überhöhten Anforderungen zu stellen. Vielmehr genügt es, wenn der Mieter den Grund der Mieterhöhung anhand der Erläuterung als plausibel nachvollziehen kann (...).“

47 Der BGH hat mit dieser Entscheidung insbesondere aufgezeigt, dass die formellen Anforderungen an die Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens nicht überspannt werden sollen und es genügt, wenn der Mieter den Grund der Mieterhöhung plausibel nachvollziehen kann, wobei auch der BGH nicht voraussetzt, dass die Erläuterung so sein muss, dass der Mieter sie auch ohne entsprechende Sachkunde verstehen können muss. So hat der BGH in der vorgenannten Entscheidung, wie auch bereits in einer früheren, klargestellt, dass dem Mieter eine Überprüfung der Berechtigung der Mieterhöhung auch aufgrund der Erläuterung im Erhöhungsschreiben nicht selten nur unter Zuziehung sachkundiger Personen möglich sein wird (BGHZ 150, 277 = NZM 2002, 519). Auch aus der Entscheidung BGH, NZM 2020, 795 lässt sich nichts dazu entnehmen, dass eine aufgeschlüsselte Darlegung der abtrennbaren baulichen Modernisierungsmaßnahmen zur Erläuterung erforderlich ist. Der BGH hat in dieser Entscheidung auch nur über die Abtrennbarkeit von Baumaßnahmen entschieden, die übrige formelle Wirksamkeit hat er nicht mehr geprüft, da dies auch nicht im Streit stand. So führt er aus:

„Frei von Rechtsfehlern ist noch die Annahme des BerGer., dass die Erhöhungserklärung der Beklagten vom 19.7.2017 im Hinblick auf die im Revisionsverfahren noch im Streit befindlichen baulichen Maßnahmen (also ausgenommen der Heizungsumstellung), die die Beklagten unter Angabe der jeweiligen Kosten im Einzelnen beschrieben haben, ausreichend begründet und erläutert ist und deshalb insoweit den formellen Anforderungen des § 559 b I BGB genügt“

Diese Ausführungen lassen nach Ansicht der Kammer keinen Rückschluss darauf zu, dass eine Unterteilung in Untergewerke durch den BGH als erforderlich angesehen wird. Dort ist auch nur von Kosten der baulichen Maßnahmen die Rede, nicht aber von einer erforderlichen Unterteilung.

48 Das Wort „Gewerk“ findet sich im Gesetz im Zusammenhang mit Modernisierungsmieterhöhungen nicht, dort ist von Maßnahmen die Rede. Im Übrigen ist auch fraglich, was unter dem Begriff „Gewerk“ zu verstehen ist. Zu der baulichen Maßnahme „Wärmedämmung Außenfassade/Fassadenarbeiten“ gehören auch Nebenleistungen wie vorbereitende (Gerüst) und nachbereitende Arbeiten (Malerarbeiten). Diese sind zwangsweise mit der Anbringung einer neuen Wärmedämmung an den Außenwänden verbunden.

49 ... Wenn man nun für jede bauliche Hauptmaßnahme im Rahmen der Erläuterung und Berechnung gem. § 559 b BGB eine weitere Untergliederung fordern würde, so würde dies gerade zu der vom BGH nicht gewünschten Überspannung der Anforderungen an die formelle Wirksamkeit führen.

(Mitgeteilt von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht S. Maertens, Essen)

Anm. d. Schriftlfg.: S. jetzt BGH Nr. 1 in diesem Sonderheft.

Dr. Kai Zehelein*

Energiekrise: Gaspreissteigerung im Mietverhältnis

Zu den Möglichkeiten einer Versorgungsbeschränkung und/oder Sonderanpassung der Betriebskostenvorauszahlungen bzw. einer Betriebskostenpauschale

NZM-Übersicht

- | | |
|---|---|
| <p>I. Ausgangssituation</p> <p>II. Zur Vergegenwärtigung: Sinn und Zweck von Versorgungspflicht und Betriebskostenumlage bei Heizwärme und Warmwasser</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Parallele zu pandemiebedingten Schließungsanordnungen? 2. Pflichtenstellung des Vermieters nach dem Grundgedanken des Mietrechts 3. Versorgung als „notwendiges Übel“ für den Vermieter <p>III. Beteiligung des Vermieters an den steigenden Gaspreisen?</p> <p>IV. Rationierung der Versorgung durch den Vermieter?</p> <p>V. Anhebung der Betriebskostenvorauszahlungen</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Schutzzweck von Vorauszahlungen 2. Gesetzliche Hürden | <p>3. Sonderanpassung bei zu erwartenden Mehrkosten</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Getrennte Abrechnungskreise, inkongruente Abrechnung b) Kalenderjahr als Abrechnungszeitraum <p>4. Direkte Anwendung von § 560 IV BGB?</p> <p>5. Sondererhöhungsrecht infolge (ergänzender) Vertragsauslegung?</p> <p>6. Geschäftsgrundlagenstörung</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Voraussetzungen b) Wirtschaftliche Sicherung von Vorfinanzierung und Kostenerstattung als Geschäftsgrundlage des Vermieters c) Kriegsbedingte Gaspreiserhöhung als Störung der Geschäftsgrundlage d) Teleologische Reduktion von § 313 I BGB e) Unterjährige Vorauszahlungserhöhung bzw. Anpassung vereinbarter Betriebskostenpauschale <p>VI. Ergebnis</p> |
|---|---|

I. Ausgangssituation

Infolge des Ukraine-Kriegs steht ein Mangel an Erdgas akut bevor, der Gaspreis ist bereits drastisch angestiegen und eine weitere erhebliche Verteuerung ist zu erwarten, jedenfalls wenn die derzeit wartungsbedingt unterbrochenen Gaslieferungen aus Russland nach Abschluss der Routinearbeiten nicht wieder vollumfänglich aufgenommen werden. Mit der Betriebskostenabrechnung für das Abrechnungsjahr 2022 werden Mieter deshalb von der Vermieterseite (sehr) erhebliche Nachzahlungsforderungen erhalten, weil die angestiegenen Gaspreise in dieser erstmals enthalten sind und die bisherigen Vorauszahlungen die Verteuerung nicht abfangen.

Zuerst trifft die Preissteigerung jedoch Vermieter, die, ohne über entsprechend kalkulierte Vorauszahlungen zu verfügen, nach der Neuregelung des § 24 des Gesetzes zur Sicherung der Energieversorgung (EnSiG)¹ idF vom 20.5.2022 („Preis Anpassungsrechte bei verminderten Gasimporten“) kurzfristig hohe Gaspreise zahlen müssen, um ihrer vertraglichen Versorgungspflicht nachzukommen. Hier können neben der Vorleistung auch kurzfristig notwendige Kapitalaufbringungskosten anfallen. Jedenfalls erstere erhalten Vermieter zwar über die Betriebskostenabrechnung ersetzt, das jedoch nur, soweit ihre Mieter auch über die entsprechenden wirtschaftlichen Mittel verfügen.

Neben einem sparsamen Nutzerverhalten sinnvoll ist es daher, dass sich die Mietvertragsparteien aus gegebenem Anlass über eine unterjährige Erhöhung der vereinbarten Vorauszahlungen des Mieters verständigen. Eine solche Abrede ist auch nicht von § 560 VI BGB untersagt, weil

das zugunsten des Mieters angeordnete Nachteilsverbot nur allgemeine vertragliche Regelungen und keine Individualvereinbarung aus konkretem Anlass erfasst.² Wo die unterjährige Anpassung an die aktuellen Verhältnisse nicht gelingt, stellt sich die Frage, ob der Vermieter nicht einseitig Maßnahmen ergreifen kann, um den zu erwartenden Risiken zu entgehen oder diese zumindest abzumildern.

II. Zur Vergegenwärtigung: Sinn und Zweck von Versorgungspflicht und Betriebskostenumlage bei Heizwärme und Warmwasser

Wie die laufende Diskussion in Politik und (Fach-)Medien³ zeigt, setzen Überlegungen zur Abmilderung häufig bei der Frage an, wer die Kosten bzw. das Kostenrisiko gerade der spontanen Gaspreiserhöhung(en) tragen soll und ob bzw. wie dieses zwischen Vermieter und Mieter aufgeteilt werden sollte.

* Der Autor ist Richter am AG Hanau, Abteilung für Miet- und WEG-Sachen, sowie Lehrbeauftragter an der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt a. M. Stand des Beitrags ist Ende Juli 2022.

1 BGBl. 1974 I 3681, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes zur Bereithaltung von Ersatzkraftwerken zur Reduzierung des Gasverbrauchs im Stromsektor im Fall einer drohenden Gasmangellage durch Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energiewirtschaftlicher Vorschriften v. 8.7.2022 (BGBl. I 2022, 1054).

2 Ebenso Prütting/Wegen/Weinreich, BGB/Elzer, 17. Aufl. 2022, BGB § 560 Rn. 35; Schmidt-Futterer, Mietrecht/Lehmann-Richter, 15. Aufl. 2022, BGB § 560 Rn. 84; iErg auch Lützenkirchen, Mietrecht/Dickersbach, 3. Aufl. 2021, BGB § 560 Rn. 12 iVm BGB § 557 Rn. 7 (kein Verbot von Vereinbarungen über die Miethöhe selbst).

3 Auch in dieser Zeitschrift; s. Horst NZM-info Heft 11/2022, V.

1. Parallele zu pandemiebedingten Schließungsanordnungen?

Die vorliegende Situation ist mit dem Schicksal der Mietzahlungspflicht bei hoheitlich bedingten Schließungen von Gewerberäumen nach § 28 IfSG aufgrund der COVID-19-Pandemie⁴ nicht vergleichbar. Die Interessen der Parteien, insbesondere der Grund, warum Mieter überhaupt Heizwärme und Warmwasser vom Vermieter beziehen und ihm die Kosten über die Betriebskosten als Teil der Miete iSd § 535 II BGB⁵ erstatten, sind völlig anders gelagert.

2. Pflichtenstellung des Vermieters nach dem Grundgedanken des Mietrechts

Dass der Vermieter dem Mieter neben Besitzverschaffung und Instandhaltung auch Versorgungsleistungen zu erbringen hat, folgt nicht direkt aus § 535 I BGB. Der Begriff des „Gewährens“ des Gebrauchs an der Mietsache wurde bei Schaffung des BGB in Abgrenzung zu dem – in Anlehnung an andere Rechtsordnungen in Betracht gezogenen – Begriff des „Überlassens“ gewählt, um klarzustellen, dass der Vermieter dem Mieter die Mietsache aktiv zu übergeben und nicht nur dessen Zugriff zu dulden hat.⁶ Eine Versorgung mit zB Wasser, Öl etc. war hier nicht vorgesehen. Das ist auch stringent, weil es um Leistungen geht, die ausschließlich der Lebensführung des Mieters und seinen Bedürfnissen dienen und welche er bei Nutzung eines in seinem Eigentum stehenden Objekts ebenso beziehen und bezahlen müsste. Mit dem Vermieter bzw. mit dem vertraglichen Nutzungsrecht am Mietobjekt hat das nichts zu tun.

3. Versorgung als „notwendiges Übel“ für den Vermieter

Der Vermieter hat auch kein Eigeninteresse daran, dem Mieter Versorgungsleistungen wie Wasser und Wärme oder die Entsorgung von dessen Abfall zukommen zu lassen und die hierfür verauslagten Gelder über eine Betriebskostenabrechnung wieder „reinholen“ zu müssen. Es handelt sich im Gegenteil um einen vorzufinanzierenden Aufwand einschließlich Verwaltungstätigkeit, der zunächst eingepreist werden muss und den der Vermieter über ein ebenso aufwändiges Betriebskostenabrechnungssystem und die bekannten Hürden der Forderungsdurchsetzung finanziell egalisieren muss. Wirtschaftlich hat er also lediglich einen Organisationsaufwand sowie ein Finanzierungsrisiko, was zudem aufgrund der einzukalkulierenden Verwaltungskosten eine höhere Miete – ohne Gewinn – bedingt.

Die Versorgungspflicht des Vermieters basiert auf einer schlichten Notwendigkeit. Denn bei den in der Betriebskostenverordnung enthaltenen (insbesondere leitungsgelassenen) Ver- und Entsorgungsleistungen handelt es sich um solche, die für die einzelnen Bewohner einer Liegenschaft in aller Regel nicht aufgrund eines eigenen Vertragsverhältnisses selbst zu beziehen sind. Vertragspartner oder Gebührenschuldner ist der Liegenschaftseigentümer/Vermieter, welcher somit die Kosten vorstreckt und über diese abrechnet. Dort, wo eine entsprechende Einzelversorgung hingegen möglich ist (zB Individualstrom, Telefon, Internet), besteht keine Versorgungspflicht; entsprechend finden sich diese Kostenarten auch nicht in der Betriebskostenverordnung.⁷

Der Vermieter nimmt eine reine *Durchlauf-Funktion* in letztlich fremdem Interesse wahr und steht daher im Rahmen einer Diskussion über Risikoordnung und -verteilung bei unerwarteten Änderungen äußerer Umstände an-

ders da als bei einer pandemiebedingten Schließungsanordnung. Denn diese betrifft unmittelbar die Nutzungsmöglichkeit des Objekts, für die er als Gegenleistung Miete einschließlich Gewinn erhält. Auch die allgemeinen Grundsätze einer Risikoordnung bei Preissteigerungen, wie etwa im privaten Baurecht,⁸ greifen hier nicht, weil der Mietanteil für die Versorgungsleistungen ausschließlich durch die Nutzer bedingt ist (anders als zB bei Grundsteuer oder Sachversicherung).

III. Beteiligung des Vermieters an den steigenden Gaspreisen?

Aus Vorstehendem ergibt sich zunächst, dass Überlegungen, den Vermieter an den Kostensteigerungen des Brennstoffs zu beteiligen, die Risiken der Preissteigerungen also entsprechend den pandemiebedingten Nutzungsuntersagungen nach dem IfSG beiden Parteien zuzusprechen, fehlgehen. Der Vermieter fungiert allein aus praktischen Gründen als „Mittelsmann“ zwischen Versorger und Mieter. Da er hiervon also keinen Vorteil, sondern nur Aufwand und Risiken hat, kann ihm auch keine Beteiligung an den Kostensteigerungen auferlegt werden.

IV. Rationierung der Versorgung durch den Vermieter?

Um sowohl den erhöhten Vorauszahlungen an den Versorger als auch dem Realisierungsrisiko der Betriebskostennachforderungen zu entgehen, haben einzelne (Groß-)Vermieter bereits angekündigt, die Versorgungsleistungen nicht mehr durchgehend, sondern nur zu bestimmten Zeiten zu erbringen, also etwa Warmwasser morgens, mittags und abends oder Heizwärme nur ab dem Nachmittag bis zum Morgen des Folgetages. Alternativ würde die erreichbare Temperatur zu bestimmten Tageszeiten und insbesondere in der Nacht abgesenkt.

Ein solche Vorgehensweise ist – klar – unzulässig. Für die Nichtversorgung mit Warmwasser gilt das grundsätzlich und für ein Absenken der Raumtemperaturen, sobald die bislang anerkannten Werte unterschritten werden. Hierfür bedürfte es einer einvernehmlichen Abrede zwischen Vermieter und Mieter: Eine formularvertragliche ist nicht möglich, insbesondere nicht in Bezug auf einen besonderen Anlass wie vorliegend. Die zu gewährenden Raumtemperaturen sind zwar gesetzlich ebenso wenig geregelt wie der Umfang der Warmwasserversorgung, sondern allein durch Rechtsprechung und Literatur ausgeformt worden, so dass man daran denken könnte, der Vermieter habe insoweit ein Ermessen iSv § 315 BGB. In dieses darf er die Folgen der Gasverknappung und Gaspreiserhöhung jedoch nicht einstellen.

Der Bezug von Heizenergie für die Wärme- und Warmwasserversorgung ist essenziell für die Nutzung der Mietsache und kann keiner Regulierung durch den Vermieter unterliegen. Gerade weil jener wie gezeigt nur eine Leistungsdurchlauf-Funktion innehat, steht ihm kein eigenes

4 Grundlegend BGH NZM 2022, 99 – Pandemiemiete I; dazu Kappus NZM 2022, 106; Göldner NZM 2022, 243; Herrlein COVuR 2022, 156; Sittner NJW 2022, 1349. Für die Zeit zu Beginn der Pandemie s. nur Zehelein NZM 2020, 390.

5 BGHZ 163, 1 = NZM 2005, 455.

6 Mugdan II, Motive, S. 205.

7 Eingehend Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, D Rn. 16.

8 Zu den Auswirkungen von ukrainekriegsbedingten Materialpreissteigerungen auf Bauverträge vgl. Leinemann Ukraine-Krieg und Recht (UKuR) 2022, 53.

Recht zu, auf den Umfang oder die Zeit der Versorgung einzuwirken. Das unterliegt allein der Entscheidung des Mieters, alternativ des Staates bzw. des Gesetzgebers, für den der Vermieter hier nicht tätig wird. Seine Pflichten sind allein zivilrechtlicher Natur. Entsprechendes kann auch nicht mit einem Schutz des Mieters „vor sich selbst“, also mit dessen Risiko wirtschaftlicher Not im Fall einer späteren hohen (exorbitanten?) Heizkostenabrechnung begründet werden. Denn auch insoweit wäre der Mieter dieser Situation bei einem – an sich vom Gesetz vorgesehenen – Selbstbezug der Versorgungsleistungen in gleicher Weise ausgesetzt. Der Vermieter ist hier nicht gleichsam „(wirtschaftlicher) Betreuer seiner Mieter“.

Auch die ggf. anwendbare Heizkostenverordnung führt zu keinem anderen Ergebnis. Ihr Ziel liegt zwar in der Verwirklichung eines allgemeinen Interesses an Energieeinsparung,⁹ hierfür statuiert sie jedoch nur eine Verbrauchserfassungs- und verbrauchsbasierte Abrechnungspflicht. Den Umfang der Versorgung selbst, insbesondere im Fall einer kriegsbedingten Mangelwirtschaft, erfasst sie nicht.

Verhältnis Grundversorger/Netzbetreiber bei „höherer Gewalt“: Die Situation ist hier keine andere als bei einer Selbstversorgung des Mieters. Gemäß § 6 II Nr. 3 GasGVV entfällt die Leistungspflicht des Grundversorgers im Fall höherer Gewalt oder sonstiger Umstände nur dann, wenn der Netzbetreiber die Gasversorgung unterbricht, weil dem Gasversorger diese dann unmöglich ist.¹⁰

Der Gasversorger hat also keine eigene Regulierungsbefugnis, so dass auch der Vermieter über kein entsprechendes Instrument verfügt.

Praxistipp: Im Anwendungsbereich der Heizkostenverordnung hat der Vermieter gem. § 6 IV HeizkostenVO ein Ermessen hinsichtlich der Abrechnungsmaßstäbe gem. § 7 I 1 HeizkostenVO, § 8 HeizkostenVO. Die Anhebung eines bislang unter 70% liegenden verbrauchsbezogenen Abrechnungsanteils auf die Höchstgrenze hat gerade aufgrund der erheblichen Kostensteigerungen einen nachhaltigen Einfluss auf das Nutzerverhalten und stellt somit einen *sachlichen* Grund iSd § 6 IV 2 Nr. 3 HeizkostenVO dar. Die Mitteilung muss allerdings vor Beginn des Abrechnungszeitraums erfolgen (§ 6 IV 3 HeizkostenVO).¹¹ Das ist jedenfalls bei inkongruenten Abrechnungen über die Heizkosten (s. V 3 a) vor dem für sie geltenden Abrechnungsjahr möglich. So erforderlich,¹² muss die Abrechnung nach VDI 2077 (§ 7 I 3, 4 HeizkostenVO) erstellt werden.

V. Anhebung der Betriebskostenvorauszahlungen

Das preissteigerungsbedingte wirtschaftliche Risiko des Vermieters darf gleichwohl nicht unberücksichtigt bleiben. Die Pflicht zur uneingeschränkten Versorgung (so weit faktisch möglich) kann für ihn ein unzumutbares Kapitalaufbringungs- und Kostenerstattungsrisiko bedeuten.

1. Schutzzweck von Vorauszahlungen

Das insoweit geeignete Sicherungsmittel ist die Vorauszahlung (§ 556 II 2 BGB). Diese dient zwar auch dem Mieter, indem er den mit der Abrechnung auf ihn zukommenden Gesamtbetrag der Jahresmiete, der auf die Betriebskosten entfällt, pro rata temporis „zurücklegt“. Maßgeblicher Schutzzweck von Vorauszahlungen ist jedoch das Verlust- und Insolvenzrisiko desjenigen Vertragspartners, der vorleistungspflichtig ist,¹³ so etwa auch des Versorgungsunternehmens im Hinblick auf Gas (§ 14

GasGVV), Fernwärme (§ 28 AVBFernwärmeV) und Strom (§ 14 StromGVV).¹⁴ Der Ansatzpunkt für eine Risikoverringerung liegt mithin in den Betriebs- bzw. Heizkostenvorauszahlungen.

2. Gesetzliche Hürden

Als problematisch erweist sich, dass die Anpassung von Vorauszahlungen auf Betriebskosten gem. § 560 IV BGB nur *nach* einer Abrechnungserteilung erfolgen kann und dass die Grundlage für die Anpassung an sich das Ergebnis der vorhergehenden Betriebskostenabrechnung, also monatlich ein Zwölftel der insgesamt auf den Mieter entfallenden Betriebskosten, ist.¹⁵ Der BGH erlaubt jedoch eine darüber hinausgehende Erhöhung, wenn Preissteigerungen „konkret“, also mit hinreichender Bestimmtheit zu erwarten sind, und zwar unter expliziter (beispielhafter) Bezugnahme auf „Energiepreise“.¹⁶ Damit kann der Vermieter die zukünftigen Vorauszahlungen im Hinblick auf den ukrainekriegsbedingten Anstieg der Gaspreise und die zu erwartende Entwicklung *erhöhen*.

3. Sonderanpassung bei zu erwartenden Mehrkosten

Allerdings wird die gesetzlich vorgesehene Anpassung gem. § 560 IV BGB die wirtschaftliche Belastung einer Vorfinanzierung und das Risiko eines Zahlungsausfalls oder zumindest von Zahlungsverzug im Hinblick auf die Betriebskostennachforderung nicht immer ausreichend abfangen können. Denn die Gaspreise steigen bereits jetzt erheblich und diese Entwicklung wird insbesondere im Winter 2022/2023 weiter anhalten. Die Abrechnung und die hiermit verbundene Erhöhungsmöglichkeit folgt somit erst deutlich später und kann den akuten Finanzierung- und Sicherungszweck kaum erfüllen.

a) *Getrennte Abrechnungskreise, inkongruente Abrechnung.* Für Heizkostenabrechnungen, die nach der Heizperiode, also in der Regel von Juli bis Juni oder Oktober bis September, erstellt werden, kann sich die Situation noch als tragfähig darstellen, so die Abrechnung zeitnah erfolgt. Das setzt allerdings voraus, dass der Mietvertrag tatsächlich getrennte Abrechnungskreise für die Betriebskosten einer- und die Heiz- bzw. Warmwasserkosten andererseits aufweist. Das kann etwa bei Ausweisung getrennter Vorauszahlungen angenommen werden.¹⁷ Rechnet der Vermieter hingegen *inkongruent* ab, ist das Abrechnungsjahr also das Kalenderjahr und werden lediglich die Heiz- und Warmwasserkosten in dieser Abrechnung zeitlich vorverlegt auf etwa Juli des Vorjahres bis Juni des Abrechnungsjahres,¹⁸ verbessert sich die Si-

9 Ausf. Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, K Rn. 1.

10 Theobald/Kühling, Energierecht/Hartmann, 114. EL Januar 2022, GasGVV § 6 Rn. 7.

11 BGH NZM 2004, 254.

12 Hierzu Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, K Rn. 174.

13 BGH NZM 2011, 880 – Kein (abstrakter) „Sicherheitszuschlag“ (hier: von 10%) auf die Anpassung der Betriebskostenvorauszahlungen.

14 Hack, Energie-Contracting/Hack, 3. Aufl. 2015, B Rn. 189; Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft/de Wyl, 5. Aufl. 2021, § 12 Rn. 256.

15 BGH NZM 2011, 880.

16 BGH NZM 2011, 880 Rn. 20, 22.

17 AG Ludwigsburg WuM 2015, 429 = BeckRS 2015, 12091; AG Melsungen WuM 2009, 459 = LSK 2010, 050248 Ls; Langenberg NZM 2001, 783 (787); offen gelassen von BGH NZM 2012, 153.

18 BGH NZM 2008, 781; Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, G Rn. 106.

tuation jedoch nicht, weil die Gesamtabrechnung nicht früher erstellt wird und daher auch keine zeitnähere Erhöhung der Vorauszahlungen nach § 560 IV BGB erfolgen kann.

b) *Kalenderjahr als Abrechnungszeitraum.* In den allermeisten Fällen erstellt der Vermieter jedoch einheitliche Abrechnungen über die Betriebs- und Heizkosten basierend auf dem Kalenderjahr. Diese gehen dem Mieter erfahrungsgemäß erst im Herbst bis Winter des Folgejahres zu. Zum Teil werden sie auch schon im Frühjahr erstellt, also ab April.

Praxistipps zum Abrechnungsverhalten: Wurde über das Abrechnungsjahr 2021 noch nicht abgerechnet, sollte die Betriebs- und Heizkostenabrechnung so schnell wie möglich erstellt werden, um die kommenden Steigerungen der Gaspreise bereits in die Vorauszahlungserhöhung einzupreisen. Wo möglich, sollte zumindest über die Heiz- und Warmwasserkosten zeitnah abgerechnet werden. Wurde über 2021 bereits abgerechnet, aber mangels Anlasses bislang keine Erhöhung gem. § 560 IV BGB ausgesprochen, so kann diese nunmehr im Hinblick auf die Gaspreissteigerungen erfolgen.

Wurde über 2021 bereits abgerechnet, werden die mit der Abrechnung 2022 erhöhten Vorauszahlungen jedoch frühestens ab April/Mai 2023 fällig. Das bedeutet, dass der Vermieter den Winter 2022/2023 vorfinanzieren muss. Die gesetzlich vorgesehene Erhöhung der Vorauszahlungen nach § 560 IV BGB wird das eingangs dargestellte Vorfinanzierungs- und Kostenerstattungsrisiko also häufig nicht reduzieren können. Daher wird man dem Vermieter angesichts der wirtschaftlichen Risiken, die er aufgrund der Kriegssituation in der Ukraine mit ihren weltweiten gesamtwirtschaftlichen Folgen tragen muss, ein Sondererhöhungsrecht der Vorauszahlungen zuerkennen müssen.

4. Direkte Anwendung von § 560 IV BGB?

Es wird bereits angedacht, zur Begründung einer unterjährigen (zweiten oder dritten) Vorauszahlungsanpassung die Vorschrift des § 560 IV BGB direkt anzuwenden. Begründet wird das mit dem Schutzzweck der Norm, der sowohl den Vermieter vor dem Insolvenzrisiko als auch den Mieter vor einer zu hohen Einmalzahlung schützt.¹⁹ Das ist jedoch mit dem Wortlaut nicht zu vereinbaren.²⁰ Zudem steht die Vorschrift nach der Gesetzesbegründung in direktem Zusammenhang mit § 556 II 2 BGB, nach welcher „nur“ angemessene Vorauszahlungen erhoben werden können.²¹ Vordringlich ist also hier die begrenzende Funktion der Vorauszahlungshöhe. Die Bezugnahme der Gesetzesbegründung zu § 556 II 2 BGB²² auf § 4 II MHRG nimmt auch für den hiesigen Fall abweichende Interpretationsspielräume, weil es dort lautet:²³

„Wegen der namentlich in jüngster Zeit im Zusammenhang mit der Erhöhung der Heizölkosten aufgetauchten Zweifel wird jedoch bestimmt, dass nur angemessene, also an der Höhe der zu erwartenden Betriebskosten ausgerichtete Vorauszahlungen zulässig sind.“

Auch bei Anstieg der Brennstoffpreise steht damit die begrenzende Funktion von § 556 II 2 BGB, § 560 IV BGB im Vordergrund, so dass eine erweiternde Auslegung zugunsten des Mieters ausscheidet. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber die Notwendigkeit unterjähriger Preisanpassungen aufgrund der drohenden Gasknappheit gesehen und mit der Neufassung des § 24 EnSiG²⁴ ein außerordentliches Anpassungsrecht der Energieversorgungs-

unternehmen geschaffen hat, um die Preissteigerungen innerhalb der Lieferkette abzufangen.²⁵ Eine vergleichbare Regelung für § 560 IV BGB wurde jedoch nicht geschaffen, obwohl in der Bundestagsdebatte auf die allgemeine Gefahr, dass der Bürger seine Gasrechnungen nicht mehr bezahlen kann, hingewiesen wurde.²⁶

§ 560 BGB lässt daher unterjährige (zweite) Vorauszahlungserhöhungen zulasten des Mieters nicht zu. Ebenso wenig ist eine Analogie zu § 24 I EnSiG oder anderen Vorschriften möglich, weil es hier bereits an einer (für die Analogie erforderlich) gesetzessystematischen Lücke²⁷ fehlt.

5. Sondererhöhungsrecht infolge (ergänzender) Vertragsauslegung?

Ein außerordentliches Recht des Vermieters, die Vorauszahlungen zu erhöhen, könnte sich aus der ergänzenden Auslegung des Mietvertrags bzw. der Umlage- und Vorauszahlungsabrede ergeben. Problematisch ist jedoch, dass sich die zu ergänzende (oder auch einfach auszulegende) Regelung hinsichtlich der Vorauszahlungsleistung in aller Regel als formularvertragliche Vereinbarung gem. § 305 BGB darstellt und somit gerade nicht zwischen den Parteien, wovon das Gesetz an sich ausgeht, ver- bzw. (im Einzelnen) ausgehandelt wurde.

Das Rechtsinstitut der einfachen und ergänzenden Vertragsauslegung gem. § 157 BGB stellt jedoch seinem Wesen nach auf Individualvereinbarungen ab, was sich schon daraus ergibt, dass es die Auslegung von Willenserklärungen gem. § 133 BGB ergänzt.²⁸ Allgemeine Geschäftsbedingungen und Auslegung von Willenserklärungen schließen sich gegenseitig aus, insbesondere aufseiten des Vertragspartners des Verwenders. Daher beschränkt sich die Auslegung von Formulklauseln im Rahmen des § 133 BGB auch auf das *objektive* Verständnis dieser²⁹ und wird durch die zulasten des AGB-Verwenders gehende Zweifelregelung in § 305 c II BGB ergänzt. Der Zweck des AGB-Rechts liegt darin, dass der einer Partei aus in der Regel wirtschaftlicher Unterlegenheit bei den Vertragsverhandlungen aufoktroierte Regelungsgehalt des Vertrags gerade nicht Ausdruck einer eigenen Vorstellung über dessen Inhalt ist; das insbesondere, weil der Kunde meist überhaupt nicht weiß, mit welchen formularvertraglichen Regelungen er sich über den Vertragsabschluss einverstanden erklärt. Das basiert nicht nur auf Desinteresse,³⁰ sondern auch auf einem Mangel an Zeit und Kompetenz.³¹ Ob ihm hieraus ein Vorwurf gemacht werden

¹⁹ So etwa Horst NZM-info Heft 11/2022, V f.

²⁰ Zum Streitstand Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, E Rn. 34 ff.

²¹ BT-Drs. 14/4553, 59.

²² BT-Drs. 14/4553, 50.

²³ BT-Drs. 7/2011, 12.

²⁴ BT-Drs. 20/1501.

²⁵ BT-Drs. 20/1501, 38 f.; hierzu Goldberg/Meier UkuR 2022, 167; allg. Schmitz/Helleberg UKuR 2022, 129.

²⁶ Etwa von Mark Helfrich; vgl. Stenografischer Bericht der 34. Sitzung des Deutschen Bundestags v. 12.5.2022, PlenProt. 20/34, 3175 (D).

²⁷ Näher Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 186 f., 215.

²⁸ BeckOK BGB/Wendtland, 1.5.2022, BGB § 157 Rn. 2.

²⁹ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2021, BGB § 133 Rn. 25.

³⁰ Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/Pfeiffer, 7. Aufl. 2020, Einl. Rn. 15.

³¹ EuGH ECLI:EU:C:2015:262 = NJW 2015, 1811 Rn. 26 („geringeren Informationsstand“) – Van Hove; ebenso EuGH ECLI:EU:C:2000:346 = NJW 2000, 2571 Rn. 25 – Océano Grupo; Staudinger, BGB/Mäsch, 2019, Vorb. §§ 305 ff. Rn. 3 f.; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht/Pfeiffer, Einl. Rn. 15.

kann, ist vorliegend irrelevant, weil es nichts daran ändert, dass eine Auslegung seiner Willenserklärung über § 133 BGB und somit hierüber auch des Vertrags gem. § 157 BGB scheitert.

Die Anwendung des § 157 BGB beschränkt sich im formularvertraglichen Bereich daher auf eine Lückenfüllung bei Klauselunwirksamkeit mit der Folge des § 306 II BGB (jedenfalls solange kein Verbrauchsvertrag vorliegt³²).

In einem Mietvertrag wären zwei Vereinbarungen Gegenstand einer Vertragsauslegung nach § 157 BGB, wollte man eine unterjährige Vorauszahlungsanpassung annehmen. Einerseits die Höhe der zu leistenden Vorauszahlungen und andererseits das Anpassungsrecht des Vermieters, wobei letzteres überhaupt nicht vertraglich aufgenommen sein muss, so dass schon deshalb eine Auslegung von Willenserklärungen nicht in Betracht kommt. Zudem erlaubt § 560 VI BGB keine Abweichung davon, dass eine Anpassung nur „nach einer Abrechnung“ zulässig ist.

Damit bliebe eine Anpassung der Vorauszahlungshöhe über § 157 BGB. Hier könnte man argumentieren, dass diese nicht formularvertraglicher Natur ist, weil die Vorauszahlung Teil der Miete iSd § 535 II BGB und damit eine Preisvereinbarung iSd § 307 III BGB sei. Das ist insofern zutreffend, als die Höhe der Miete als solche nicht formularvertraglich bestimmt wird. Daher wäre es auch unschädlich, dass die Befreiung von der Klauselkontrolle gem. § 307 III BGB nicht gleichbedeutend mit der Negierung ihres AGB-Charakters ist.³³ Es geht aber vorliegend nicht um die Höhe der Miete als solche, jedenfalls soweit man die Möglichkeit einer Anwendung der §§ 133, 157 BGB eruiert, sondern allein um die Bestimmung desjenigen Teils der Miete gem. § 535 II BGB, der über die – sodann formularvertragliche – Umlagevereinbarung *variabel* gestaltet³⁴ wird und hierbei zudem um die als Sicherung des Vermieters zu leistenden Vorauszahlungen.

Sperrwirkung des Formularcharakters der Umlagevereinbarung: Die Umlagevereinbarung, die Grundlage des Erhöhungsrechts nach § 560 IV BGB ist, erfolgt praktisch stets formularvertraglich und kann daher keiner Auslegung über § 157 BGB zugeführt werden.

6. Geschäftsgrundlagenstörung

a) *Voraussetzungen.* Gemäß § 313 I BGB kann eine Anpassung des Vertrags verlangt werden, wenn sich die Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Dabei kann eine Anpassung insoweit verlangt werden, als dem einen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Die

„Geschäftsgrundlage eines Vertrags (wird) durch die bei Vertragsabschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände gebildet, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.“³⁵

b) *Wirtschaftliche Sicherung von Vorfinanzierung und Kostenerstattung als Geschäftsgrundlage des Vermieters.* Anders als bei § 157 BGB ist es für die Anwendung der

Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage nicht relevant, dass die Verpflichtung des Mieters, Vorauszahlungen zu leisten, deren Höhe nunmehr unterjährig angepasst werden soll, formularvertraglich begründet worden ist. Denn die hier einschlägige Geschäftsgrundlage ist allgemeiner Natur.

Wie unter II dargestellt, ist der Vermieter nur deshalb zur Versorgung des Mieters mit ua Heizwärme und Warmwasser verpflichtet, weil bzw. wenn der Mieter aus tatsächlichen Gründen keinen eigenen Versorgungsvertrag abschließen kann. Bei zB Einfamilienhäusern oder bei der Versorgung mit Individualstrom ist das anders.³⁶ Damit ist Grundlage jeder Mietkalkulation des Vermieters, über Voraus- und Nachzahlungen die Betriebskosten vollständig zu kompensieren.³⁷ Dem hat auch der Gesetz- und Verordnungsgeber mit §§ 24, 27 der II. BerechnungsVO, sodann mit § 4 MHRG sowie mit den Nachfolgeregelungen der §§ 556, 560 BGB für die Betriebs- einschließlich der Heizkosten Rechnung getragen.³⁸

Das ist für den Mieter fraglos auch erkennbar, zumal er sich die Versorgung sonst selbst beschaffen müsste.

c) *Kriegsbedingte Gaspreiserhöhung als Störung der Geschäftsgrundlage.* Die drastische Erhöhung des Gaspreises infolge des Ukraine-Kriegs betrifft bzw. stört insoweit die „große Geschäftsgrundlage“, also die Erwartung der vertragsschließenden Parteien, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrags nicht etwa durch Revolution, Krieg, Vertreibung, Hyperinflation oder eine (Natur-)Katastrophe ändern und die Sozialexistenz nicht erschüttert werde.³⁹ Das jedenfalls dahingehend, dass binnen der gesetzlich möglichen Frist von einem Jahr, eine Vorauszahlungsanpassung oder eine Erhöhung der Betriebskostenpauschale vorzunehmen, keine derart gravierenden Änderungen eintreten, dass sowohl die Vorfinanzierung einschließlich einer hierfür ggf. erforderlichen Kosten der Kapitalaufbringung als auch das Risiko eines Ausfalls der Nachforderungsansprüche, weil die Mieter schlicht nicht (mehr) über die notwendigen Mittel verfügen, zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung bis hin zur Insolvenz führen (von Minderungen mangels Versorgung der Mieter einmal ganz abgesehen).

32 EuGH ECLI:EU:C:2020:25 = NJW 2020, 3023 Ls. = BeckRS 2020, 207 – AT/Pensionsversicherungsanstalt; Zehelein NZM 2020, 857 (870).

33 Guhling/Günter, Gewerberaummierte/Guhling, 2. Aufl. 2019, BGB § 307 Rn. 102 f.

34 Hierzu eingehend Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, B Rn. 3.

35 BGH NZM 2022, 99 Rn. 44 – Pandemiemiete I.

36 Wobei auch bei Möglichkeit einer Selbstversorgung die Pflicht des Vermieters hierzu positiv aus dem Mietvertrag entnommen werden muss (Freizeichnung), was formularvertraglich möglich ist (aA wohl MüKoBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, BGB § 535 Rn. 88, nach dem sich dies bereits aus einer Vertragsauslegung ergibt).

37 Im Gegensatz zur Preiskalkulation des Bauherrn; vgl. Leinemann UKuR 2022, 53 (54); krit. auch Seidenberg NZBau 2022, 257; s. aber BGHZ 216, 319 = NJW 2018, 544 Rn. 42, wonach eine Preis-anpassung über § 313 BGB zumindest möglich ist; ebenso zur aktuellen Situation Lührmann/Egle/Thomas NZBau 2022, 251; Kues/Simlesa NZBau 2022, 319.

38 Die Vorschriften der HeizkostenVO, wonach über die Heiz- und Warmwasserkosten zwingend überwiegend verbrauchsbezogen abzurechnen ist, haben für das hiesige Thema keine Relevanz, weil sie nicht dem Interesse des Vermieters oder des Mieters (bzw. Eigentümers und Nutzers) dienen, sondern gesamtgesellschaftliche Ziele verfolgen (vgl. Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, K Rn. 19).

39 BGH NZM 2022, 99 Rn. 45 – Pandemiemiete I.

d) *Teleologische Reduktion von § 313 I BGB.* Weiteres Tatbestandmerkmal des § 313 I BGB ist, dass die Parteien, hätten sie die Entwicklung vorausgesehen, den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt abgeschlossen hätten. Das ist vorliegend problematisch. Denn selbst bei Kenntnis über die wirtschaftlichen Folgen des Ukraine-Kriegs im Zug eines vor Jahren abgeschlossenen Mietvertrags hätten die Parteien keine andere Regelung zur Vorauszahlungshöhe getroffen oder wegen § 560 IV BGB überhaupt treffen können. Dass sie bereits damals Vorauszahlungen in der aufgrund der Gaspreisentwicklung erforderlichen Höhe vereinbart hätten, ist abwegig, zumal der Mieter diese jederzeit gem. § 560 IV BGB hätte reduzieren können, indem er in Textform „eine Anpassung auf eine angemessene Höhe“ vornimmt. Eine Vereinbarung dahingehend, dass der Vermieter ab dem Zeitpunkt des Preisanstiegs die Vorauszahlungen nach einer bereits durchgeführten Erhöhung erneut anpassen kann, wäre hingegen gem. § 560 IV BGB unwirksam.

Dem könnte man entgegenhalten, das Anpassungsrecht gem. § 313 I BGB bestehe auch dann, wenn die Parteien den Mietvertrag in Kenntnis der hiesigen Umstände überhaupt nicht abgeschlossen hätten. Das ist jedoch kaum denkbar, zumal der Vermieter in diesem Fall überhaupt keinen Wohnraummietvertrag hätte abschließen können. Weiterhin könnte man anführen, dass § 560 IV BGB auf konkret anlassbezogene Vereinbarungen nicht anwendbar ist (s. o. I). Das kann nicht anders beurteilt werden, wenn die Parteien die jetzige Situation bei Vertragsabschluss schon gekannt hätten und für eben diese (und nur diese) die Regelung aufgenommen wird. Dann hätte es sich zwar noch immer um eine Formularvereinbarung gehandelt, weil der Vermieter sie vor der Krise in jedem Vertrag verwendet hätte und müsste sie § 307 BGB standhalten, wogegen aber keine größeren Bedenken bestehen.

Naheliegender ist es, § 313 I BGB derart auszulegen bzw. teleologisch dahin zu reduzieren, dass es auf die Frage, ob eine damalige Vereinbarung wirksam gewesen wäre, nicht ankommt. Denn maßgeblich sind die Interessen der Parteien und die Frage, ob sich der Vertragspartner redlicherweise auf die Anpassung einlassen muss, zum aktuellen Zeitpunkt. Der Schutzzweck des § 560 IV BGB hat für diese Entscheidung keine Relevanz und kann daher bei Erörterung des hypothetischen Parteiwillens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht herangezogen werden.

e) *Unterjährige Vorauszahlungserhöhung bzw. Anpassung vereinbarter Betriebskostenpauschale.* Zunächst ist der mietvertragliche Ausgangspunkt zu bestimmen.

aa) *Vorauszahlung, Pauschale, Inklusivmiete.* Bei einer, wie regelmäßig, Vereinbarung von *Betriebskostenvorauszahlungen* ist dem Vermieter ein ausnahmsweises Recht auf eine unterjährige Anpassung der Vorauszahlungen zuzuerkennen, wenn ihm unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten an den bisherigen Vorauszahlungen nicht zugemutet werden kann, es also zu einem nicht mehr tragbaren Ergebnis käme.⁴⁰ Das wird ebenso für die Anpassung einer *Betriebskostenpauschale* gem. § 560 I BGB anzunehmen sein. Bei einer *Inklusivmiete*, in der auch die Heiz- und Warmwasserkosten enthalten sind, ist hierfür aber kaum Raum. Denn insoweit hat der Vermieter auf die Möglichkeit, das Kos-

tensteigerungsrisiko vertraglich abzufangen, verzichtet. Allerdings werden diese Fälle in der Praxis, schon wegen der Anwendung der Heizkostenverordnung oder einer Versorgungsauslagerung bei Einfamilienhäusern, sehr selten sein.

bb) *Bereits erteilte Abrechnungen für 2021 bzw. 2020/2021.* Ein Sonderanpassungsrecht besteht in aller Regel nicht, wenn der Vermieter bereits über das Abrechnungsjahr 2021 eine Betriebskostenabrechnung erteilt, hierbei jedoch keine Vorauszahlungserhöhung ausgesprochen hat. Denn diese wird zeitlich kaum zu einem Zeitpunkt erstellt worden sein, in dem die Gaspreisentwicklung infolge des Ukraine-Kriegs nicht bekannt war oder zumindest hätte bekannt sein müssen. Das ist auch kein Fall individuellen Vertretenmüssens, weil es hier auf die Risikotragung ankommt.

Anders wird sich die Lage darstellen, wenn sich das Abrechnungsjahr in Abweichung vom Kalenderjahr aus 2020 bis in das Jahr 2021 hinein erstreckt, weil hier die Abrechnungen möglicherweise noch in 2021 oder zu Beginn des Jahres 2022, insbesondere vor Kriegsbeginn am 24.2.2021, erstellt wurden. Hierunter fallen jedoch nicht die Fälle einer inkongruenten Abrechnung (s. o. V 3 a), weil dort nur der Abrechnungszeitraum der Heiz- und Warmwasserkostenabrechnung vorverlagert ist, die Abrechnung selbst sich aber auf das Kalenderjahr bezieht und es für die Absehbarkeit einer Notwendigkeit zur Vorauszahlungserhöhung auf *deren* Zugang ankommt.

cc) *Vorfinanzierungs- und Erstattungsrisiko.* Hinsichtlich der Frage, ob und in welchem Umfang eine Anpassung vorzunehmen ist, muss differenziert werden. Denn die Vorauszahlungen sichern nicht nur den Nachforderungsanspruch des Vermieters, sie stellen ihm zugleich die Vorfinanzierungsmittel zur Verfügung.

Ob der Vermieter eine unterjährige Erhöhung der Vorauszahlungen geltend machen kann, um die Kosten für eine *Vorfinanzierung* bei erhöhten Gaspreisen aufbringen zu können, ist stets eine Frage des konkreten Einzelfalls. Denn das Risiko von Kostensteigerungen trägt der Vermieter an sich immer. Insoweit kann auf die Rechtsprechung des BGH⁴¹ zur Störung der Geschäftsgrundlage bei pandemiebedingter Schließung von Gewerberäumen zurückgegriffen werden. Das bedeutet, der (hier) Vermieter muss im konkreten Fall darlegen, welche wirtschaftlichen Auswirkungen der Preisanstieg aktuell für ihn hat und dass diese Nachteile ein Ausmaß erreicht haben, das eine Anpassung der Vorauszahlungen erforderlich ist. Das dürfte in aller Regel dann zu bejahen sein, wenn er die Gasbeschaffung trotz ordentlicher kaufmännischer Kalkulation und Mittelverwendung nunmehr über die Aufnahme von Fremdkapital finanzieren muss oder wenn sich, gerade bei Großvermietern, die bisherige Finanzierung deutlich verteuert. Hierunter fällt etwa bei Kleinvermietern auch die Kontüberziehung.

Das Risiko, mit einem Nachforderungsanspruch aus einer Betriebskostenabrechnung auszufallen, also die *Kostenersatzung* nicht realisieren zu können, wird der Vermieter indes nicht darlegen können und auch nicht müssen, weil er keine Einsicht in die finanziellen Verhältnisse seiner

⁴⁰ BGH NZM 2022, 99 Rn. 53 – Pandemiemiete I.

⁴¹ BGH NZM 2022, 99 – Pandemiemiete I.

Mieter hat und deren Ausgabenpolitik bis zur Abrechnung auch nicht zuverlässig abschätzen kann.

dd) *Umfang der Erhöhung.* Der Umfang der Vorauszahlungserhöhung (ebenso der Anpassung einer Pauschale) orientiert sich am prozentualen Anstieg des Gaspreises seit Beginn des laufenden Abrechnungszeitraums und bezieht sich auf denjenigen Anteil der Vorauszahlungen des Mieters, der sich kalkulatorisch auf die Kosten des Brennstoffs (§ 2 Nr. 4 a und Nr. 4 b HeizkostenVO, § 7 II HeizkostenVO, § 8 II HeizkostenVO) bezieht. Sollten tatsächlich weitere Kostenarten kriegsbedingt steigen, können auch sie in die Erhöhungskalkulation eingestellt werden. Zudem kann die weitere Entwicklung des Gaspreises berücksichtigt werden, und zwar über das Ende des laufenden Abrechnungszeitraums hinaus, weil die nächste Vorauszahlungsanpassung erst mit der folgenden Abrechnung vorgenommen wird. Hier kann der Vermieter, so kalkulierbar, die Entwicklung bis Ende der Heizperiode 2022/2023 einstellen.

Bei den Kosten der Wärmelieferung kommt es zunächst darauf an, ob sich diese bereits erhöht haben. In diesem Fall entspricht die Vorauszahlungserhöhung der Anpassung, wobei der Vermieter aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichtet ist, die Rechtmäßigkeit der Erhöhung zu prüfen und sich gegen diese ggf. zur Wehr zu setzen.⁴² Kennt der Vermieter den Anteil der Kosten nicht, kann er vom Versorger Auskunft verlangen (entsprechend § 5 WärmeLV). Zukünftige Erhöhungen können auch hier berücksichtigt werden.

Allerdings hat der Vermieter zugleich vorzutragen, in welchem Umfang ihm die Vorfinanzierung nicht mehr oder voraussichtlich nicht mehr möglich oder zumutbar ist; andernfalls kann das Gericht die Erhöhung zumindest teilweise kürzen, weil dieser seiner kaufmännischen Pflicht, auf mögliche Preissteigerungen vorbereitet zu sein, nicht ausreichend nachgekommen ist.

ee) *Erhöhungserklärung.* Es bedarf wie bei der allgemeinen Erhöhung der Vorauszahlungen zunächst einer Erklärung in Textform. Der Mieter muss an sich nicht mitgeteilt bekommen, welche Betriebskostenart tatsächlich gestiegen ist,⁴³ obwohl sich das bei der Verbindung mit der Betriebskostenabrechnung im Allgemeinen aus dieser selbst ergibt. Vorliegend ist das jedoch geboten, weil der Vermieter eine außerordentliche Erhöhung gem. § 313 BGB geltend macht. Er hat dem Mieter also mitzuteilen, dass die Erhöhung auf dem Gaspreisanstieg beruht und wie die zu erwartende Entwicklung dabei bewertet wird. Auch wenn ihm hier ein Einschätzungsspielraum zukommt, muss der Mieter die Kalkulation und Schätzung jedenfalls im Wesentlichen nachvollziehen und sich hiergegen auch ggf. zur Wehr setzen können.

ff) *Allgemeine Erhöhungsvoraussetzungen, Prozessverhalten, Einwände.* Die Erhöhung ist inhaltlich von den allgemeinen Voraussetzungen nach der BGH-Rechtsprechung⁴⁴ in Bezug auf die formelle und materielle Richtigkeit der letzten Betriebskostenabrechnung nicht abgekoppelt. Diese ist weiterhin Grundlage der auch außerordentlichen Vorauszahlungserhöhung gem. § 313 BGB. Damit muss der Vermieter im Prozess die letzte Abrechnung *vorlegen*, weil das Gericht jedenfalls die formellen Anforderungen von Amts wegen prüft.⁴⁵

Der Mieter kann einer Sondererhöhung dieselben Einwände wie einer allgemeinen Erhöhung nach § 560 IV

BGB entgegensetzen, also insbesondere die inhaltliche Richtigkeit der letzten Betriebskostenabrechnung rügen, solange die Einwendungsfrist des § 556 III 5, 6 BGB noch läuft. Weil die Erhöhung nach § 560 IV BGB keine vertragliche Vereinbarung ist, binden bereits erbrachte Zahlungen auf die erste Erhöhungserklärung den Mieter nicht, so dass er allgemeine Einwände gegen die Abrechnung auch im Rahmen der Sondererhöhung geltend machen kann. Auch ein Zahlungsurteil würde die erste Erhöhung nicht bindend feststellen, weil diese nicht in Rechtskraft erwächst. Deren Gestaltungswirkung wird mit der zweiten Erhöhung aufgehoben. Der Vermieter läuft also über die Sondererhöhung tatsächlich Gefahr, die erste Erhöhung zu verlieren, was aber im Rahmen der Risikoverteilung nach § 313 BGB angemessen ist. Soweit der Mieter hiermit durchdringt, verringert sich die Grundlage der Vorauszahlungserhöhung aus der letzten Abrechnung, die durch den Gaspreisanstieg bedingte Erhöhung bleibt hiervon jedoch unberührt und wird dieser hinzugefügt.

Dieselben Grundsätze gelten für das Erhöhungsverfahren der Pauschale gem. § 556 I BGB.⁴⁶

gg) *Anspruchsdurchsetzung.* Obwohl § 313 BGB primär einen Anspruch auf Zustimmung zur Vertragsänderung vorsieht, kann der Vermieter diesen nach der Erhöhungserklärung auch direkt durchsetzen.⁴⁷

VI. Ergebnis

1. Der Vermieter kann angesichts des seit Beginn des Ukrainekriegs eingetretenen und noch weiter zu erwartenden (drastischen) Gaspreisanstiegs im Jahr 2022 gegen den Mieter aus § 313 BGB einen Anspruch auf Zustimmung zu einer unterjährigen außerordentlichen Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen haben.

2. Der aus einer Geschäftsgrundlagenstörung folgende Erhöhungsanspruch bezieht sich in der Regel auf die kalkulatorischen Kosten des Brennstoffs und orientiert sich dem Umfang nach an der Gaspreisentwicklung.

3. Der Vermieter muss insoweit vortragen, dass ihm die Vorfinanzierung nicht (länger) möglich bzw. nicht (mehr) zumutbar ist, was namentlich dann anzunehmen ist, wenn er hierfür Fremdkapital aufbringen müsste. Zugleich muss der Vermieter darlegen, dass er bislang wirtschaftlich in der Weise gehandelt hat, dass allgemein übliche Preissteigerungen abgefangen werden; andernfalls kann der Erhöhungsanteil gekürzt werden.

4. Diese Grundsätze gelten auch für eine vereinbarte Betriebskostenpauschale.

⁴² AG Pinneberg NZM 2014, 390; Hinz WuM 2013, 443 (448); Wall, Betriebs- u. Heizkostenkommentar, 5. Aufl. 2020, Rn. 1171.

⁴³ Für eine aA s. Wall, Betriebs- u. Heizkostenkommentar, Rn. 2721.

⁴⁴ BGH NZM 2012, 455.

⁴⁵ LG Bonn WuM 2012, 155 = BeckRS 2009, 28572; LG Frankfurt a. M. Urt. v. 15.2.2008 – 2-11 S 109/07; AG Hanau BeckRS 2019, 53158; Milger NJW 2009, 625 (628); Schmid MDR 2015, 187 (188); Zehelein ZMR 2019, 93 (94 ff.); Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, H Rn. 214; ebenso zu den formalen Anforderungen der Erhöhungserklärung nach § 560 I BGB Bay-ObLG (RE) BayObLGZ 1982, 78 = NJW 1982, 1292; aA Schmidt-Futterer, Mietrecht/Lehmann-Richter, BGB § 556 Rn. 569.

⁴⁶ Hierzu näher Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- u. Heizkostenrecht, C Rn. 61 ff.

⁴⁷ BeckOGK/Martens, 1.4.2022, BGB § 313 Rn. 157 mwN.