sung → Rn. 47) und dem Nutzer aus der Überschreitung kein Nachteil entsteht (Sternel MietR III 367).

2. Abrechnungsfrist. a) Dauer. Von der Abrechnungsperiode ist die Abrechnungsfrist zu unterscheiden, also der Zeitraum, innerhalb dessen der Gebäudeeigentümer die **Abrechnung zu erstellen** hat. Für Wohnraummietverhältnisse gilt nach den §§ 556 Abs. 3 S. 3 BGB, 20 Abs. 3 S. 4 NMV eine Ausschlussfrist von 12 Monaten nach Beendigung der Abrechnungsperiode. Bis zu diesem Zeitpunkt muss dem jeweiligen Nutzer eine **formell** ordnungsgemäße Abrechnung zugegangen sein (dazu BGH NJW 2009, 283: „der durchschnittliche Mieter muss in der Lage sein, die Art des Verteilerschlüssels der einzelnen Kostenpositionen zu erkennen und den auf ihn entfallenden Anteil an den Gesamtkosten rechnerisch nachzuprüfen. Ob die abgerechneten Positionen dem Ansatz und der Höhe nach zu Recht bestehen oder sonstige Mängel der Abrechnung vorliegen, etwa ein falscher Anteil an den Gesamtkosten zugrunde gelegt wird, betrifft die inhaltliche Richtigkeit der Betriebskostenabrechnung"; dazu auch Lammel WuM 2014, 387). Für nicht dem Wohnraummietrecht unterliegende Nutzungsverhältnisse kann – sofern keine vertragliche Sonderregelung getroffen worden ist – dieselbe Abrechnungsfrist zugrunde gelegt werden, allerdings ohne deren Ausschlusscharakter. **53**

b) Folgen der Fristversäumung. Die Festlegung einer konkreten Abrechnungsfrist ist für die **nicht** dem **Wohnraummietrecht** unterliegenden Nutzungsverhältnisse in mehrfacher Hinsicht von Bedeutung. Zunächst wird die Abrechnungspflicht mit Fristablauf **fällig.** Danach kann der Nutzer bei Überschreitung der Frist ein **Zurückbehaltungsrecht** an seinen weiteren Vorauszahlungen auf die Heizkosten ausüben (BGH NJW 1984, 1684 (1685)). Daneben kann er auf Erteilung der Abrechnung klagen (zur Beschwer BGH WuM 2022, 53 Rn. 21 ff.), im Wege der Stufenklage verbunden mit der Klage auf Auszahlung eines sich aus der Abrechnung ergebenden Guthabens; sein möglicher Rückzahlungsanspruch aus § 812 BGB unterliegt allerdings der dreijährigen Regelverjährung des § 195. Nach Fälligkeit kann der Nutzer den Abrechnungspflichtigen weiter in Verzug setzen, § 286 BGB, mit der Folge, dass er zumindest Verzugszinsen, § 288 BGB, aber auch weiteren Schadensersatz, etwa höhere eigene Kreditzinsen, verlangen kann, § 280 Abs. 2 BGB. Schließlich beginnt der Zeitfaktor für die Verwirkung eines möglichen Nachzahlungsanspruchs zu laufen. Denn der Lauf der dreijährigen Verjährungsfrist beginnt erst mit Ende des Jahres, in dem eine ordnungsgemäße Abrechnung erteilt worden ist (Sternel MietR III 375). Das hat zur Folge, dass ein hinsichtlich seiner **Abrechnungspflicht** nachlässiger Gebäudeeigentümer nicht Gefahr läuft, seine Nachzahlungsansprüche durch Verjährung zu verlieren. **54**

Auf **Verwirkung einer Nachzahlungsforderung** aus verspäteter Heizkostenabrechnung (bei **Nicht-Wohnraum**-Nutzungsverhältnissen) kann sich der Nutzer aber nur berufen, wenn sowohl das Zeitmoment als auch ein Umstandsmoment vorliegen. Das Zeitmoment setzt voraus, dass der Anspruchsinhaber seinen Anspruch längere Zeit nicht geltend gemacht hat. Welcher Zeitraum hierfür erforderlich ist, hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Setzt man die Frist für die Heizkostenabrechnung auf 12 Monate nach Ende der Abrechnungsperiode an, wäre das Zeitmoment gegeben, wenn die Forderung nicht bis zum Ablauf der Abrechnungsfrist der nachfolgenden Abrechnungsperiode geltend gemacht worden ist. Das Umstandsmoment erfordert, dass der Nutzer darauf vertraut hat, dass der **55**

Anspruchsinhaber seine Forderung nicht mehr geltend machen würde; auf dieses Vertrauen kann aus entsprechenden Dispositionen des Nutzers geschlossen werden. Der **Zeitablauf** allein rechtfertigt kein Vertrauen (KG WuM 1981, 270; BGH NJW 1984, 1684; WuM 2007, 700). Ein solcher Vertrauenstatbestand kann beim Nutzer dadurch entstehen, dass die Höhe der Vorauszahlungen auf die Heizkosten an den vorjährigen Aufwand gekoppelt ist; wenn ein Recht zur Erhöhung der Vorauszahlungen vertraglich zwar vereinbart, aber auf Grund des aktuellen Verbrauchs nicht geltend gemacht worden ist; die unveränderten Vorauszahlungen bis zum Ablauf der Abrechnungsfrist für die nächste Abrechnungsperiode vorbehaltlos angenommen worden sind, und der Hinweis auf die noch ausstehende Abrechnung unterlassen worden ist.

56 Schließlich ist es dem Abrechnungspflichtigen nach Ablauf der Abrechnungsfrist versagt, Zahlung nicht geleisteter Vorauszahlungen für die vergangene Abrechnungsperiode zu verlangen; er muss vielmehr die Abrechnung erstellen und kann danach lediglich den Saldo geltend machen (OLG Hamburg MDR 1989, 162). Dagegen verliert der Gebäudeeigentümer allein auf Grund des Verstreichens einer vertraglich vereinbarten Abrechnungsfrist nicht seinen **Anspruch auf Nachzahlung.** Diese Frist stellt keine Ausschlussfrist dar, sondern lediglich eine Regelung der Fälligkeit iSd § 271 BGB (LG Essen WuM 1988, 221; BGH WuM 2010, 36: auch kein Verwirkungstatbestand).

57 Bei **Wohnraummietverhältnissen** stellt die gesetzliche Abrechnungsfrist eine **Ausschlussfrist** dar. Nach deren Ablauf ist eine sich aus der – verspäteten – Abrechnung ergebende Nachforderung des Gebäudeeigentümers ausgeschlossen, § 566 Abs. 3 S. 3 BGB. Dieser Rechtsnachteil tritt nur dann nicht ein, wenn er die Verspätung nicht zu vertreten hat. Zu vertreten hat er aber zögerliches Abrechnungsverhalten des von ihm mit der Abrechnung beauftragten Wärmemessdienstes, § 278 BGB (Langenberg/Zehelein BetrKV G Rn. 52); dem Gebäudeeigentümer steht gegen das Unternehmen ein Schadensersatzanspruch in Höhe des ausgefallenen Nachforderungsbetrages zu.

D. Zahlungspflicht

I. Prüfung der Abrechnung

58 Mit der Übersendung einer ordnungsmäßigen Heizkostenabrechnung wird ein sich daraus ergebendes **Guthaben** für den Nutzer sofort zur Auszahlung **fällig,** § 271 BGB. Ergibt die Überprüfung der Abrechnung, dass das Guthaben tatsächlich höher ist, hindert die Annahme der (Teil-)Zahlung den Nutzer nicht, das restliche Guthaben nachzufordern. Der Geldempfang stellt keinen Anspruchsverzicht dar; entsprechende Verzichtsklauseln in Vertrags- oder Abrechnungsformularen verstoßen gegen § 307 BGB.

59 Umgekehrt wird ein **Saldo zu Lasten** des Nutzers **nicht sofort fällig.** Denn dem Nutzer ist Gelegenheit zu geben, die Abrechnung zu überprüfen, da in sie nicht nur Daten der selbstgenutzten Räume eingegangen sind, sondern die Daten aus dem gesamten Gebäude. Der **abweichenden Auffassung** des **BGH** (WuM 2005, 337; jetzt auch Langenberg/Zehelein BetrKostR I Rn. 7, 11) ist ebenso wenig zu folgen wie der eines Zurückbehaltungsrechts (so Langenberg/Zehelein BetrKostR I Rn. 15). Dem Nutzer kann nicht zugemutet werden, erst zu zahlen (mit der Gefahr des Rechtsverlustes wegen eines vermeintlichen Anerkenntnisses;

bei Zahlung unter Vorbehalt droht eine mögliche Klage des Gläubigers), um dann beweisbelastet eine Rückforderung geltend zu machen. Die Annahme eines Zurückbehaltungsrechts ist dogmatisch nicht haltbar; das Zurückbehaltungsrecht setzt das Prüfungsrecht voraus, kann es daher nicht begründen (Zirkelschluss). Als **Prüfungsfrist** kann analog der Fälligkeitsregelung bei Fernwärme, § 27 Abs. 1 AVBFernwärmeV, von zwei Wochen ausgegangen werden (Kreuzberg/Wien Heizkostenabrechnung-HdB/von Brunn S. 146; anders jetzt S. 251). Der Gebäudeeigentümer bedarf hingegen dieser Prüfungsfrist nicht, da die Abrechnung entweder von ihm selbst oder seinen Erfüllungsgehilfen auf Grund seiner Angaben und deren Feststellung erstellt worden ist (aA Pfeifer HeizkV § 6 Anm. 9a). Die formularmäßige Klausel in Nutzungsverträgen, dass der Nutzer die Abrechnung nur innerhalb einer bestimmten Frist beanstanden könne, unterliegt der Bewertung nach § 308 Nr. 5 BGB (Sternel MietR I 360); die Gewährung einer Prüfungsfrist von nur einer Woche ist zu kurz (AG Geesthacht WuM 1985, 371).

60 Die Überprüfung sollte auch zu einer **Plausibilitätskontrolle** der angesetzten Werte genutzt werden. Hierfür können Grenzwerte für die einzelnen Kostenarten zugrunde gelegt werden, bei deren Überschreiten eine nähere Kontrolle des Erfassungsergebnisses erforderlich wird. Als Grenzwerte, die zu einer solchen Überprüfung Anlass geben, aber die Abrechnung nicht allein wegen ihrer Überschreitung fehlerhaft machen (Pfeifer Taschenbuch 1986, 43; AG Münster WuM 1989, 261), können gelten: für Heizung und Warmwasser 300 kWh/m^2/a (= Kilowattsunden pro Quadratmeter pro Jahr [anno]), nur für Heizung 280 kWh/m^2/a; der Anteil des Energieverbrauchs am Gesamtenergieverbrauch kann 8 % bis 25 % betragen; der Anteil der Heiznebenkosten je nach Abrechnungsfläche zwischen 30 % (bei einer Fläche über 500 m^2) und 20 % (bei einer Fläche unter 500 m^2); der Anteil der Stromkosten der Heizungsanlage bis zu 8 % der Brennstoffkosten (Kreuzberg/Wien Heizkostenabrechnung-HdB/Franke/Pawellek S. 708). Ein Anhaltspunkt für diese nähere Kontrolle können auch die für die jeweilige Stadt veröffentlichten Heizspiegel darstellen. Eine nochmalige Überprüfung der erfassten Werte ist auch angebracht, wenn der abgelesene Wert um 25 % vom Vorjahreswert nach oben oder unten abweicht (AG München WuM 1989, 261; AG Köln WuM 1987, 360).

61 Zur Verwirklichung seines Prüfungsrechts steht dem Nutzer ein **Einsichtsrecht** in die Unterlagen zu, die die Grundlage für die Abrechnung bilden, § 810 BGB. Hierzu gehören nicht nur die Rechnungen für die einzelnen Kosten (das beinhaltet nicht unbedingt die Einsichtnahme in die Verträge mit den Lieferanten, BGH WuM 2021, 730; weitergehend LG Berlin NZM 2021, 223 m. Anm. Lammel, jurisPR-MietR 24/2020, Anm. 2), sondern auch die für die anderen Nutzer erfassten Daten (AG Garmisch-Partenkirchen WuM 1996, 155; AG Berlin-Charlottenburg GE 2005, 805; AG Coesfeld WuM 2009, 586). Das ist erforderlich, weil bei der **Kostenverteilung** sämtliche abgelesenen Daten in die Rechnung eingehen und deshalb diese Daten wiederum für die Einzelüberprüfung notwendig sind.

62 Der Gebäudeeigentümer darf die Einsichtnahme in die Daten anderer Nutzer nicht unter Hinweis auf Gesichtspunkte des **Datenschutzes** verweigern (AG Berlin-Charlottenburg GE 2005, 805). Zwar handelt es sich bei den abgelesenen Verbrauchswerten um personenbezogene Daten im Sinn des Art. 4 Nr. 1 DSGVO, da sie Auskunft über den Wärmeverbrauch des einzelnen Nutzers geben. Die Speicherung dieser Daten ist gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b), c) DSGVO zulässig, da der Gebäudeeigentümer auf andere Weise seinen Pflichten aus der HeizkV nicht

nachkommen kann. Die Weitergabe der Daten durch Einsichtnahme in die Einzelwerte ist ebenfalls nach Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO gestattet, wenn der Gebäudeeigentümer selbst die Daten weitergibt; denn er hat ein Interesse daran, dass seine Rechnungslegung als korrekt anerkannt wird. Der Betroffene, dh der Nutzer der Räume, dessen **Verbrauchswerte** weitergegeben werden, kann eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Belange nicht dartun, da er durch seinen Wärmeverbrauch zum abzurechnenden Gesamtverbrauch des Gebäudes beigetragen hat. Erfolgt die Gewährung von Einsicht in die Einzeldaten durch das Wärmedienstunternehmen, kann es sich für die Zulässigkeit ebenfalls auf Art. 6 Abs. 1 lit. c) DSGVO stützen. Denn der einzelne Nutzer, der Einsicht begehrt, kann ein berechtigtes Interesse an der Einsicht deshalb geltend machen, weil auf Grund der Verhältnisrechnung die auf ihn entfallenden Kosten auch von den Werten der anderen Nutzer abhängen (LG Berlin GE 2013, 1143; BGH NZM 2018, 458). Die Neuregelung in § 6b ändert dieses Einsichtsrecht insoweit, als es nur noch für die Verbrauchserfassung durch Verdunster gilt. Wird der Verbrauch durch fernablesbare Geräte erfasst, ist die Datenverarbeitung (wozu auch das Einsichtsrecht gehört) streng zweiseitig auf das Verhältnis Gebäudeeigentümer – Nutzer beschränkt (→ HeizkV § 6b Rn. 5).

63 Der **Einsicht** begehrende Nutzer hat Anspruch auf Vorlage der **Originalbelege,** er braucht sich nicht mit Kopien zu begnügen (BGH NJW 2022, 772; Gather FWW 1985, 157; differenzierend nach der Art der vorhandenen Belege Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter BGB § 556 Rn. 511). Andererseits ist der Gebäudeeigentümer nicht verpflichtet, bereits mit der Verbrauchsabrechnung Belege zu übersenden. Belege, allerdings lediglich in der Form von Kopien, brauchen nur noch dann übersandt zu werden, wenn dem Mieter die Einsichtnahme nicht zumutbar ist (zB Entfernung, Alter, Krankheit) (BGH NZM 2006, 340 und 926; zur sich daraus ergebenden Problematik s. Langenberg/Zehelein BetrKostR H Rn. 310 ff.).

64 Zwar gehen die §§ 269 Abs. 1, 810 BGB grundsätzlich davon aus, dass die Pflicht zur Einsichtgewährung in die Unterlagen am **Sitz des Schuldners,** der mit dem Aufbewahrungsort der Urkunden identisch sein wird, zu erfüllen ist. Das mag bei kleineren Nutzungseinheiten keine Schwierigkeiten hervorrufen, wenn der Gebäudeeigentümer ebenfalls im Gebäude oder in der Nähe wohnt. Bei größeren Einheiten, bei denen zwischen Gebäudeeigentümer und Nutzern eine Verwaltungsgesellschaft eingeschaltet ist, die mehrere Objekte betreut, kann es für den einzelnen Nutzer sehr zeit- und kostenaufwendig werden, wenn er von seinem Einsichtsrecht Gebrauch machen will. Die Regelungen des dinglichen Gerichtsstandes in §§ 24–26 ZPO, des ausschließlichen Gerichtsstandes in Mietsachen in § 29a ZPO sowie die Bewertung der Rechnungslegung als Nebenpflicht des Nutzungsvertrages, der die Überlassung der Räume beinhaltet, rechtfertigen die Annahme des Ortes des **Nutzungsobjekts als Erfüllungsort** für das Einsichtsrecht (OLG Karlsruhe NJW 1969, 1968 für den Verwalter von Wohnungseigentum; anders wohl die hM, Langenberg/Zehelein BetrKostR H Rn. 294–298; auf die jeweiligen Umstände abstellend Schmidt/Futterer/Lehmann-Richter BGB § 556 Rn. 500, 501).

65 **Verweigert** der Gebäudeeigentümer die **Einsichtnahme** in die Belege, verhindert er die dem Nutzer zustehende Überprüfung der Abrechnung und damit auch den Eintritt der Fälligkeit einer Nachforderung. Denn die Fälligkeit hängt vom Verstreichen einer Prüfungsfrist ab. Kann der Nutzer aus Gründen, die in der Sphäre des Gebäudeeigentümers liegen, diese Prüfung nicht vornehmen, so

kann sich der Abrechnungspflichtige für den Eintritt der Fälligkeit nicht auf den Fristablauf berufen, analog § 162 BGB als Ausdruck des Verbots des widersprüchlichen Verhaltens (Sternel MietR III 373; aA Pfeifer HeizkV § 6 Anm. 6). Darüber hinaus darf der Nutzer ein Zurückbehaltungsrecht an den auf die Heizkosten vereinbarten Vorauszahlungen geltend machen. Schließlich steht ihm auch insoweit der Klageweg offen; im Falle eines Guthabens die Stufenklage auf Einsichtsrecht, verbunden mit der Klage auf das sich danach (evtl.) ergebende höhere Guthaben.

II. Einwendungen

1. Bauliche Umstände. Die Zulässigkeit von Einwendungen gegen die Heizkostenabrechnung auf Grund baulicher Umstände bedarf einer differenzierten Betrachtung. Im Vordergrund steht hierbei der sog. **Lagenachteil** (GGW, Materialien 3, 5; Schlich in GGW, Materialien 16, 22), der dazu führen kann, dass zwischen gleich großen Nutzungseinheiten Wärmeverbrauchsspreizungen im Verhältnis von bis zu 7,5 : 1 auftreten können (Kreuzberg/Wien Heizkostenabrechnung-HdB/Franke/Pawellek S. 737–743). Dieser Lagenachteil kann durch die Verbrauchserfassung nicht aufgefangen werden (Kreuzberg/Wien Heizkostenabrechnung-HdB/von Brunn/Alter S. 239/240). **66**

Bis zum 1.7.1981 war es nach der HeizkV noch zulässig, den **Lagenachteil** durch eine entsprechende **Skalenreduktion** an den Erfassungsgeräten aufzufangen; der auf Grund der Wohnungslage zu erwartende Mehrverbrauch wurde dadurch korrigiert, dass die Mess-Skala entsprechend angepasst wurde. Die Skala entspricht in diesem Fall nicht der konkreten Heizkörperleistung, sondern der eines kleineren Heizkörpers, der rechnerisch an dem mittleren Wärmebedarf des gesamten Gebäudes ausgerichtet war (Philipp GWW 1981, 240). Solche zum Stichtag vorhandenen Altgeräte genossen gem. § 12 Abs. 2 Nr. 2 nur noch bis zum 31.12.2013 Bestandsschutz (dazu → HeizkV § 12 Rn. 44). Nach dem Stichtag angebrachte Geräte sowie nach diesem Bestandsschutztermin dürfen solche mit Skalenreduktion nicht mehr verwendet werden. **67**

In einem Entwurf zur HeizkV 1989 (Stand 20.4.1988) sollte dem **Lagenachteil** durch eine **Ergänzung in § 7** folgendermaßen Rechnung getragen werden: „… besondere bauliche oder heiztechnische Verhältnisse, die nach fachkundigen Ermittlungen einen wesentlich unterschiedlichen Wärmeverbrauch der einzelnen Nutzereinheiten zur Folge haben, können beim erfassten Wärmeverbrauch durch angemessene Zu- und Abschläge berücksichtigt werden.“ Dieser Vorschlag (für den bereits ein Vorschlag zur Ergänzung der DIN 4713 Teil 5 mit einem an dem spezifischen Wärmebedarf der unterschiedlichen Wohnungen ausgerichteten Reduktionsfaktor vorlag) stieß bei den Verbänden (Mieterbund (zustimmend in der Zielsetzung, nicht aber zum konkreten Vorschlag), Zentralverband der Haus-, Wohnungs-, Grundeigentümer, Gesamtverband gemeinnütziger Wohnungsunternehmen; Arbeitsgemeinschaft Heizkostenverteilung) sowie bei den Bundesländern wegen der in ihm enthaltenen unklaren und unbestimmten Formulierungen weitgehend auf Ablehnung und wurde nicht in die Endfassung der neuen HeizkV übernommen. Rechnerisch lassen sich **Reduktionsmöglichkeiten** zwar bestimmen (Kreuzberg/Wien Heizkostenabrechnung-HdB/Franke/Pawellek S. 741). Der Lagenachteil steht jedoch in keinem systembedingten Zusammenhang mit den Zielen der HeizkV, Verringerung des Verbrauchs durch sparsames Verbrauchsverhalten; denn er ist objektiv durch die Gestaltung der genutzten Räume vorgegeben (s. auch Kreuzberg, Lageaus- **68**

gleich würde das Ziel der Heizkostenverordnung in Frage stellen, HLH 5/1988); außerdem würde die Berücksichtigung zu einer Bevorzugung der Vielverbraucher und damit auch zu einer Kostenverzerrung führen.

69 Systematisch korrekt ist der **Lagenachteil** bei der Festlegung des **Nutzungsentgelts** zu berücksichtigen (Sternel ZfgWBay 1986, 513; aA LG Hamburg WuM 1985, 398); der Nutzer kann durch einen Wärmepass (dazu → Rn. 7) auf die energieverbrauchstechnischen Besonderheiten der in Aussicht genommenen Räume hingewiesen werden (Kreuzberg/Wien Heizkostenabrechnung-HdB/von Brunn/Alter S. 264). Eine entsprechende Energiediagnose ist jetzt nach § 82 GEG vorgeschrieben (→ Rn. 7).

70 Ebenfalls nicht im Rahmen der Heizkostenabrechnung zu berücksichtigen ist eine **mangelhafte Isolierung** der Räume (nach §§ 15 f. GEG). Auch dies ist ein Umstand, der objektiv vorgegeben ist und von der Zwecksetzung der HeizkV durch den Nutzer nicht beeinflusst werden kann. Das schließt nicht aus, dass eine mangelhafte Wärmeisolierung einen **Mangel der Mietsache** darstellt und zur Minderung der Miete berechtigt (Lammel AnwK WohnraummietR BGB § 536 Rn. 46; LG Frankfurt a. M. WuM 1987, 119 einerseits; LG Berlin GE 1989, 411 andererseits; zu „Mietrecht und Energieeffizienz" Blank WuM 2008, 311).

71 In diesen Bereich, der nicht bei der Heizkostenabrechnung zu berücksichtigen ist, gehört auch das Problem des sog. **Trockenheizens,** also des aus bauphysikalischen Gründen erhöhten Energiebedarfs beim Erstbezug eines Neubaues. Zwar ist der Nutzer mangels abweichender vertraglicher Regelungen mit diesen Kosten nicht zu belasten (Schmidt-Futterer/Eisenschmid BGB § 536 Rn. 238; aA Pfeifer HeizkV § 7 Anm. 3b [S. 89]); denn Neubaufeuchte mag ein normales Phänomen sein (so Kreuzberg/Wien Heizkostenabrechnung-HdB/von Brunn/Alter S. 234), beeinträchtigt dennoch die Gebrauchsfähigkeit der Räume. Die Mehrkosten sind jedoch nicht bei der Heizkostenabrechnung zu berücksichtigen (aA AG Köln WuM 1985, 371; LG Lübeck WuM 1983, 239), sondern können als **Mängelanspruch** im Wege der Minderung von der Miete abgesetzt oder im Falle eines Rückzahlungsanspruchs bereits gezahlter Miete der Abrechnungsforderung aufrechnungshalber entgegengehalten werden (Sternel PiG 23 (1986), 85). Zur Höhe → HeizkV § 7 Rn. 122.

72 Anders ist hingegen die **fehlerhafte Ausgestaltung der Heizungsanlage** selbst zu bewerten, zB eine Überdimensionierung, ein Zuvielverbrauch an Energie im Verhältnis zur Leistungsabgabe, eine schlechte Isolierung der Leitungen. Diese Elemente stehen im unmittelbaren Zusammenhang mit der Berechnung der Heizkosten; für sie finden sich Regelungen in der § 71 GEG, die derartige Fehler vermeiden sollen. Die Regelung ist im unmittelbaren Zusammenhang mit der HeizkV zu sehen: während diese den jeweiligen Nutzer zur Einsparung von Energie über die Steuerung des Verbrauchs bewegen soll, dient das GEG dazu, auf Seiten des Gebäudeeigentümers die technischen Bedingungen aufzuführen, deren Erfüllung ebenfalls der Einsparung von Energie dienen soll

73 Kommt der Gebäudeeigentümer diesen **Pflichten nicht nach,** wird das Ziel der Energieeinsparung von seiner Seite verhindert. Weist die Heizkostenabrechnung wegen dieser Unterlassung höhere Beträge aus als bei Erfüllung der Pflichten aus dem GEG, kann der Gebäudeeigentümer diesen Mehrbetrag, der im Einzelfall vom Sachverständigen prozentual berechnet werden kann, nicht vom Nutzer ersetzt verlangen (Kuhn HKA 1986, 23). Denn der Gebäudeeigentümer hat diese Mehrkosten durch eigenes pflichtwidriges Handeln verursacht; analog § 670 BGB kann er aber nur diejenigen Aufwendungen ersetzt verlangen, die er für erforderlich halten durfte, wozu nur Aufwendungen aus pflichtgemäßen Handlungen

gehören (AG Hamburg DWW 1989, 113; LG Essen WuM 1989, 262; AG Bad Homburg Privates Eigentum 1989, 55; LG Frankfurt a. M. WuM 1987, 119; AG Düren WuM 1982, 184; aA AG Brühl/LG Köln WuM 1989, 310). Dieses Ergebnis lässt sich jetzt auch aus dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, § 556 Abs. 3 S. 1 BGB, herleiten (Blank WuM 2008, 311 (312)).

Die Ordnungsmäßigkeit der Abrechnung wird schließlich beeinträchtigt, wenn nicht nach der **kleinstmöglichen Nutzungseinheit** abgerechnet wird. Je mehr Nutzer von einer Anlage mit Wärme und Warmwasser versorgt werden, desto mehr nivelliert sich der Einsparungseffekt der verbrauchsabhängigen Kostenverteilung. Denn das Nutzerverhalten ist zu unterschiedlich, als dass gleichgerichtete Interessen und Wirkungen vorausgesetzt werden dürften. Deshalb muss der technisch möglich geringste Abrechnungskreis zugrunde gelegt werden, um den Anreiz der Kostenersparnis durch Verbrauchssteuerung zu erhalten (AG Wipperfürth WuM 1984, 230; LG Mainz DWW 1987, 16; AG Hamburg WuM 1987, 89; AG Cham NJW-RR 1988, 1484). Allerdings lässt der BGH die Abrechnung nach Wirtschaftseinheiten zu (BGH WuM 2005, 579 (581); BGH ZMR 2011, 458); er konnte im konkreten Fall die konkludente Vereinbarung einer hausbezogenen Abrechnung durch genaue Bezeichnung des Mietobjekts deshalb dahingestellt sein lassen, weil eine individuelle Abrechnung wegen Vorliegens einer Gemeinschaftsheizung nicht möglich war; dazu auch → HeizkV § 1 Rn. 26). **74**

2. Abrechnungsmängel. Weist die verbrauchsabhängige Verteilung der Heizkosten Mängel auf, ist die sich aus ihr ergebende Nachforderung von Kosten nicht begründet, der Nutzer braucht nicht zu zahlen und kommt entsprechend nicht in Verzug. Dieser Grundsatz ist für die HeizkV danach zu modifizieren, ob der Abrechnungsmangel behebbar ist oder nicht. Ist der **Mangel behebbar,** besteht er zB in einem Rechenfehler, Schreibfehler, einer Übernahme nicht belegbarer oder nicht in die Abrechnungsperiode gehörender Kosten, ist die Kostenforderung insgesamt nicht ordnungsgemäß. In der neuen Terminologie des BGH zu den Betriebskostenabrechnungen liegt ein materieller Mangel vor, der die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB nicht in Gang setzt. **75**

Die Möglichkeit einer **Teilfälligkeit** derjenigen Positionen, die vom Mangel nicht betroffen werden, ist zu verneinen (differenzierend Langenberg/Zehelein BetrKV I Rn. 8 zur Vermeidung der Folgen der Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 S. 3 BGB; OLG Düsseldorf ZMR 2003, 569). Nach den vertraglichen Vereinbarungen über die Festlegung der Abrechnungsperiode und den nach der HeizkV in die Abrechnung einstellbaren sonstigen Kosten handelt es sich um eine **Gesamtabrechnung** über die Kosten der Versorgung mit Wärme und Warmwasser und nicht um eine solche über die Einzelpositionen (aA Sternel MietR III 374; Pfeifer HeizkV § 6 Anm. 3a). Die Abrechnung ist daher nicht teilbar; der Nutzer ist nicht verpflichtet, den mangelhaft berechneten Teilbetrag aus der Gesamtabrechnung herauszurechnen und den Restbetrag als fällige Forderung zu bezahlen (aA AG Tiergarten GE 1982, 657). Bei Rüge mangelnder Fälligkeit ist die Abrechnung stets abänderbar (AG Gelsenkirchen WuM 1987, 361; AG Hamburg WuM 1985, 373). **76**

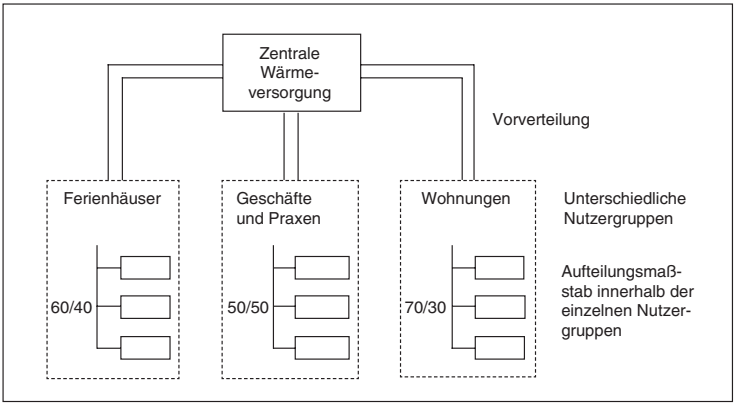
Allerdings stellt die vorbehaltlose Zahlung auf Grund einer fehlerhaften Abrechnung angesichts der für das Wohnraummietrecht normierten Ausschlussfrist kein deklaratorisches Anerkenntnis dar (BGH NJW 2011, 843). Für das Gewerberaummietrecht wird dieses Ergebnis aus dem mangelnden Rechtsbindungswillen der Parteien für ein Anerkenntnis hergeleitet (BGH NJW 2013, 2885; NZM 2014, 641). **77**

Ist der **Mangel** der Abrechnung **nicht behebbar,** zB fehlerhafte oder fehlende Ausstattung mit Erfassungsgeräten, fehlerhaftes Ablesen und Vernichtung der Mes- **78**

sampullen, so entspricht die darauf basierende Abrechnung nicht den Vorschriften der HeizkV und dem § 259 BGB. In diesem Fall greift das Kürzungsrecht des § 12 Abs. 1 ein; denn der Nutzer kann nicht besser stehen, wenn lediglich fehlerhaft (mit der Folge mangelnder Fälligkeit der Nachforderung), als wenn entgegen der HeizkV überhaupt nicht verbrauchsabhängig abgerechnet worden ist (LG Frankfurt a. M. Privates Eigentum 1989, 6; AG Freiburg WuM 1987, 231; LG Hamburg WuM 1988, 64; LG Köln WuM 1987, 128; aA OLG Düsseldorf ZMR 2003, 569).

E. Vorerfassung

79 Die Verteilung der nach § 5 Abs. 7 für unterschiedliche Nutzergruppen erfassten Kosten (dazu → HeizkV § 5 Rn. 100–106) kann nach § 6 Abs. 2 auf zwei verschiedenen Wegen erfolgen. Zunächst besteht die Möglichkeit, den im Wege der **Vorerfassung** durch Wärmezähler gemessenen **Verbrauch** zu 100 % der jeweiligen Nutzergruppe zuzuordnen, bei der diese Erfassung erfolgt ist. Der Gesamtverbrauch für ein Gebäude wird bei dieser Methode entsprechend den prozentualen Anteilen der Vorerfassung am Gesamtverbrauch der jeweiligen Nutzergruppe zugeordnet. Betragen die Gesamtkosten aus drei Nutzergruppen zB 100 und sind für die Nutzergruppen jeweils Werte von 20, 30 und 50 vorerfasst worden, so tragen die Nutzergruppen jeweils 20 %, 30 % und 50 % der Gesamtkosten. Innerhalb der Nutzergruppen ist dann eine anteilige Verteilung nach den Maßstäben der §§ 7–9 vorzunehmen. Diese rein verbrauchsabhängige Vorverteilung kann zu Härten führen, wenn Räume mit unterschiedlicher Nutzungsdauer oder unterschiedlichem Wärmebedarf mit einbezogen werden, dann würden in diesen Fällen die Kosten für die Bereitstellung der Wärme nicht gleichmäßig auf die Nutzergruppen verteilt werden (Lefèvre, S. 94; Lefèvre HKA 1996, 33; Kohlenbach § 6 Anm. 4). Zur Verdeutlichung mögen folgende Schaubilder dienen (Kreuzberg/Wien Heizkostenabrechnung-HdB/Franke/Pawellek S. 721):



80 Um solche Härten zu vermeiden, kann bereits bei der Vorverteilung eine **anteilsmäßige Berücksichtigung** von Verbrauch und festem Maßstab vorgenommen werden (BR-Drs. 483/83, 36). Der Verbrauch der Nutzergruppen ist aber stets zu mindestens 50 % beim Verhältnis der Gruppenanteile an den Gesamtkosten zu