

# Auswirkungen der aktuellen Energiekostensteigerungen im Mietverhältnis

*Rechtsanwalt Dr. Hans Reinold Horst, Hannover / Solingen*

---

## I. Vorbemerkungen

„Dieser Winter wird der teuerste aller Zeiten“, so titelt DIE WELT am 16.8.2022 ihren Leitartikel auf Seite 1 und weiter: „Die Gasumlage ist nur der Auftakt für weitere Preissteigerungen. Die Politik verspricht Entlastung.“ Der Hintergrund:

Inflationsbedingt, durch Versorgungsknappheiten infolge des Ukraine-Kriegs und auch nationalpolitisch gelenkt (CO<sub>2</sub>-Bepreisung, EEG-Umlage etc.) werden Energien wie Gas, Strom und Heizöl drastisch und ständig teurer<sup>1</sup>. Die Gasumlage<sup>2</sup> zur Stärkung der Gasimporteure verstärkt diesen Effekt ab dem 1. Oktober 2022 nochmals deutlich, zumal wenn man die Mehrwertsteuersenkung<sup>3</sup> in diesem Zusammenhang mit in den Blick nimmt.

Der „Notfallplan Gas“ des Bundeswirtschaftsministeriums vom 23.6.2022 ist bereits in der Frühwarnstufe 1 und in der Alarmstufe 2 verkündet. Muss es zum Ausruf der dritten „Notfallstufe“ per Verordnung kommen, kann die Bundesregierung auf der Grundlage des Energiesicherungsgesetzes Verordnungen zum Einsatz, zur Verteilung, zum Transport und zur Einsparung von Energie erlassen. Zudem wird die Bundesnetzagentur dann federführend die Rolle des Lastenverteilers übernehmen. Das bezieht sich insbesondere auf die Verteilung von Gas: Privathaushalte, soziale Einrichtungen wie Krankenhäuser und etwa Gaskraftwerke in ihrer Eigenschaft als Wärmeerzeuger auch für Privathaushalte sind solange wie möglich zu beliefern.

Andererseits hat das Berliner Regierungskabinett wie gesagt am 5.7.2022 eine sehr bemerkenswerte Änderung des Energiesicherungsgesetzes (EnSG)<sup>4</sup> beschlossen und auf den Weg gebracht: Gasimporteure sollen wirtschaftlich nach den Preisexplosionen aufgrund der Versorgungsknappheit entlastet werden; gestiegene Preise sollen auch auf Endkunden weitergegeben werden<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Instruktiv dazu: Frigel, Energiepreise: Furcht vor „sozialem Sprengstoff“, DIE WELT vom 4.7.2022, S. 1

<sup>2</sup> Verordnung über eine zeitbefristete Gasumlage für sichere Wärmeversorgung, in Kraft getreten am 9.8.2022, geltend ab dem 1. Oktober 2022, erlassen auf der Ermächtigungsgrundlage von § 26 EnSiG (saldierbares Preisanpassungsrecht), eingeführt mit der 2. Novelle des Energiesicherungsgesetzes – EmSiG - vom 20. Dezember 1974, BGBl. I S. 3681, in der Fassung vom 20.5.2022, BGBl. I, 730 ff, zuletzt geändert durch Artikel 4 des Gesetzes vom 8. Juli 2022, BGBl. I 2022, S. 1054, in Kraft getreten am 12.7.2022; Umlage zunächst von 2,419 ct/kWh, Tendenz steigend, zuzüglich Mehrwertsteuer; vergleiche auch den Entwurf einer Änderungsverordnung zur AVB-Fernwärme V, des BMWK, mit denen Fernwärmeversorgungsunternehmen, die ihre Wärme aus Gas erzeugen, zeitlich befristet das Recht eingeräumt wird, Preiserhöhungen an ihre Kunden weiterzugeben; im Gegenzug erhalten die Kunden ein Sonderkündigungsrecht; vgl.: Die WELT vom 10.8.2022, S. 1; Unmut in Koalition über Habecks Gasumlage-Plan

<sup>3</sup> Vgl. DIE WELT vom 19.8.2022, S. 1: Steuersenkung kompensiert nur Teil der Gasumlage - Die Mehrwertsteuer auf Gas soll von 19 auf 7 % gesenkt werden. Ökonomen halten das für falsch

<sup>4</sup> Formulierungshilfe – Änderungsantrag der Fraktionen der SPD, von Bündnis 90/Die Grünen und der FDP zu dem Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Bereithaltung von Ersatzkraftwerken zur Reduzierung des Gasverbrauchs im Stromsektor im Falle einer drohenden Gasmangellage durch Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes und weiterer energiewirtschaftlicher Vorschriften, Drucksache 20/2356

<sup>5</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Pressemitteilung vom 5.7.2022: Bundesregierung wappnet sich weiter für eine Zuspitzung der Lage auf den Energiemärkten:

Über die zeitliche und mengenmäßige Rationierung von Gas wird bereits politisch<sup>6</sup> und auch in Teilen der Wohnungswirtschaft<sup>7</sup> laut nachgedacht. Gleich einer „selbsterfüllenden Prophezeiung“ wurde immer wieder laut befürchtet, die turnusmäßig seit dem 11. Juli 2022 anstehenden Wartungsarbeiten an der Gaspipeline „Nordstream 1“ würden über den angesetzten Zeitraum von 14 Tagen hinaus zu einer dauerhaften Reduktion oder sogar zu einer Einstellung russischer Gaslieferungen führen. Tatsächlich kommt es aktuell schon zu deutlichen Einschränkungen. Die daraus entstehenden drängenden Fragen zu den Auswirkungen auf Mietverhältnisse sind Gegenstand dieses Vortrags:

## II. Vertragsgemäßer Gebrauch

### 1. Reduzierung oder Ausfall einer Beheizung und Warmwasseraufbereitung

Zunächst der Grundsatz in „normalen“ Zeiten: Der Vermieter muss im Rahmen seiner Pflicht zur dauernden Gewährleistung eines vertragsgemäßen Zustands der Mieträume für eine ausreichende Wohnungstemperatur sorgen. Dazu muss er die Bausubstanz und die vorgehaltene Heiztechnik in ordnungsgemäßem Zustand halten und je nach vorherrschender Außentemperatur auch außerhalb der Heizperioden betreiben. Nach der Rechtsprechung gilt zur Heizpflicht und zu den zu gewährleistenden Mindestraumtemperaturen folgendes:

Das während der Heizperiode auch zu heizen ist, versteht sich von selbst. Der Mietvertrag kann die Heizperiode kalendarisch definieren. Finden sich keine Aussagen, gilt die Zeit vom 1. Oktober bis zum 30. April des Folgejahres als Heizperiode<sup>8</sup>, in kälteren Regionen auch bereits vom 15. September bis zum 15. Mai des Folgejahres.

Will der Mieter zum Beispiel wegen längerer Abwesenheit „nicht beheizt“ werden, bleibt dies für die Heizpflicht des Vermieters unbeachtlich, ebenso die Tatsache, dass Mieter ihre Heizkosten nicht bezahlt haben<sup>9</sup>.

Zu untersuchen bleibt, ob und unter welchen Voraussetzungen der Vermieter außerhalb dieser Heizperioden heizen muss. Nach einer Auffassung soll dies auch von einem entsprechenden Mehrheitsvotum der Mieter abhängig sein<sup>10</sup>. Das AG Köln orientiert sich nur an den vorherrschenden und weiter zu erwartenden

---

Bundeskabinett beschließt Anpassung des Energiesicherungsgesetzes; DIE WELT vom 5.7.2022, S. 10; Steigender Gaspreis: Muss der Staat Uniper wirklich helfen?, Tagesschau vom 5.7.2022

<sup>6</sup> Die WELT vom 22.7.2022, S. 1: Habeck schnürt Sparpaket für den Winter - Energieverbrauch soll sinken durchgecheckt der Heizung, mehr HomeOffice und kalte Pools; Die WELT vom 20.7.2022, S. 1: Von der Leyen will sparen von Gas erzwingen; Die WELT vom 20.7.2022, S. 4: Wie viel Druck zum Gas sparen ist zulässig? Im Notfall sollen sich auch Privathaushalte einschränken - und zwar nicht nur freiwillig. Rechtlich seien viele Vorgaben möglich, so Juristen; Die WELT vom 8.8.2022, S. 4: Die heikle Frage, wer das Gas rationiert; Die WELT vom 10.8.2022, S. 9: So soll ein Gasmangel noch verhindert werden

<sup>7</sup> Tagesschau vom 16.6.2022: Heizen bei Gasmangel - Wohnungsverband will Mindesttemperatur senken, www.tagesschau.de; WDR Aktuelle Stunde vom 5.7.2022: Mietenden wird das warme Wasser abgedreht - Gas-Krise: Darf mein Vermieter mir das Warmwasser abstellen?, www.wdr.de/nachrichten/wohnungsgenossenschaften

<sup>8</sup> LG Hamburg, WuM 1984, 54

<sup>9</sup> So: Wetekamp, Heizpflicht des Vermieters ist ernst zu nehmen, in: MK Heft 3/2021, 57, 57

<sup>10</sup> AG Hamburg, Urteil vom 7.9.1978 - 29 C 203/78, ZMR 1981, 330

Temperaturen<sup>11</sup>. Ausreichend soll es danach für eine anzunehmende Heizpflicht bereits sein, wenn die Raumtemperatur einen Tag lang unter 20 °C absinkt und mit einer Erwärmung in den nächsten ein bis 2 Tagen nicht gerechnet werden kann.

Nach anderer Ansicht<sup>12</sup> soll es für eine Heizpflicht auf eine 3-tägige Unterschreitung der Raumtemperatur von 20°C ankommen<sup>13</sup>, wenn an 3 aufeinanderfolgenden Tagen die Außentemperatur um 21:00 Uhr auf unter 12°C absinkt. Erst recht soll eine Heizpflicht des Vermieters ausgelöst werden, wenn die Innentemperatur bei geschlossenen Fenstern ohne Zusatzheizung auf unter 17 °C abfällt und von einer Erwärmung in den nächsten Stunden nicht ausgegangen werden kann<sup>14</sup>. Dabei soll es dem Mieter bei einem erreichten Temperaturbereich von 17 °C bis 20 °C zuzumuten sein, für kurze Zeit eine elektrische Zusatzheizung auf eigene Kosten zu betreiben<sup>15</sup>.

Auch die zu gewährleistenden Mindesttemperaturen werden in der Rechtsprechung unterschiedlich angesetzt. So sollen 20 °C von 7:00 Uhr morgens bis 23:00 Uhr abends ausreichen<sup>16</sup>. Teilweise wird auch nach dem Nutzungszweck einzelner Räume unterschieden. So soll zum Beispiel im Wohn- und Schlafzimmer sowie in der Küche eine Temperatur von 20 °C vorherrschen, in Bädern und Duschen 22 °C, in Fluren dagegen nur 17 °C<sup>17</sup>. Auf diese Werte stellt auch die DIN-Norm 4701 ab.

In der Nachtzeit wird allgemein eine abgesenkte Innentemperatur von 17 °C bis 18 °C als ausreichend bemessen, teilweise sogar von 15 °C bis 17 °C<sup>18</sup>. Wünscht ein Mieter mit Blick auf seine dann gelegene Arbeitszeit höhere Temperaturen, so soll dies keine Rolle spielen<sup>19</sup>.

Ob der Vermieter mietvertraglich geringere Temperaturen vorgeben kann oder aus Zwecken der Energieeinsparung die genannten Margen unterschreiten darf, wird als zweifelhaft betrachtet<sup>20</sup> oder ganz in Abrede gestellt<sup>21</sup>. Dazu ein

Beispiel:

V senkt die Heizungstemperatur auf nachts unter 18° C ab, um Energie zu sparen. M empfindet das als zu kalt und mindert die Miete. Das AG Köln<sup>22</sup> hilft ihm.

Regele der Wohnungsmietvertrag keine konkreten Mindesttemperaturen, die die Heizung immer gewährleisten muss, dann müsse in der Zeit vom 1. Oktober bis zum 30. April des Folgejahres innerhalb der dann laufenden Heizperiode in der Nachtzeit von 23:00 Uhr bis 6:00 Uhr in allen Räumen einer Mietwohnung ebenso eine Raumtemperatur von mindestens 18°C erreicht werden. Andernfalls sei die Wohnung

---

<sup>11</sup> AG Köln, Beschluss vom 29.11.1984 - 206 C 351/84, WuM 1986, 136

<sup>12</sup> Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, Teil II Rn. 64

<sup>13</sup> Ebenso AG Köln, Urteil vom 9.4.2009, XXX; OLG Brandenburg, Urteil vom 1.10.2007, XXX AG Köln, GE 2008, 1567

<sup>14</sup> Kraemer, in: Bub/Treier, Teil III Rn. 1307

<sup>15</sup> Kraemer, a. a. O.

<sup>16</sup> AG Berlin-Mitte, Urteil vom 28.6.2018 XXX; LG Wuppertal, Urteil vom 2.9.2016, XXX; OLG München, WuM 1959, S. 74; LG Köln, Urteil vom 17.5.1977 - 12 S 35/76, WuM 1980, 17; LG Hamburg, Urteil vom 6.3.1979 - 16 O 100/78, WuM 1980, 126

<sup>17</sup> Kraemer, in: Bub/Treier, Teil III Rn. 1306

<sup>18</sup> AG Hannover, WuM 1984, 196

<sup>19</sup> Wetekamp, a. a. O., S. 58

<sup>20</sup> So: Stürzer/Koch, Vermieterlexikon, 17. Aufl. 2021 unter dem Stichwort „Zentralheizung“, S. 1111

<sup>21</sup> Wetekamp, a. a. O., S. 58

<sup>22</sup> AG Köln, Urteil vom 5.7.2016 - 205 C 36/16, WuM 2017, 427; ebenso: LG Berlin, Urteil vom 26.5.1998 - 64 S 266/97, ZMR 1998, 634; LG Wuppertal, Urteil vom 4.4.2012 - 16 S 46/10, zitiert nach juris Datenbank

mangelhaft, der Mieter könne dann unter anderem die Miete so lange mindern, bis der Vermieter die Heizleistung auf das geschuldete Mindestmaß von 18° während der Nachtzeit erhöht habe<sup>23</sup>.

Dazu hatten der Mieter behauptet, die Heizung würde ab ca. 23:00 Uhr komplett ausgeschaltet. Dadurch sinke die Innentemperatur in seiner Wohnung auf 14 bis 15°C ab. Dies sei besonders störend, wenn man berufsbedingt morgens gegen 5:00 Uhr aufstehen müsse und sich in einer kalten Wohnung für den Tag rüsten wolle. Weiter behauptete der Mieter, dass auch an den Wochenenden gegen 8:10 Uhr oder 8:55 Uhr in der Wohnung nur Temperaturen von 16 bis 17°C gemessen worden seien.

Interessant und lehrreich äußerte sich der Kölner Amtsrichter zur Beweissituation:

Benenne der klagende Mieter konkrete Daten sowie konkrete Tages- und Nachtzeiten, in denen ebenso genau angegebene Heiztemperaturen in der Wohnung nicht überschritten würden, so sei es Angelegenheit des beklagten Vermieters, dies substantiiert zu bestreiten und seinerseits für den eigenen Vortrag Beweis anzubieten. Die pauschale Behauptung, im Badezimmer der Mietwohnung seien sogar Temperaturen von 21°C gemessen worden, sei im Verhältnis zu dem detaillierten Vortrag des Mieters dann zu unkonkret und damit unbeachtlich.

Auch dann, wenn der klagende Mieter ausdrücklich bestreite, dass jemand auf Veranlassung des beklagten Vermieters in der Wohnung die Temperatur gemessen habe, sei es Aufgabe des Vermieters im Einzelnen darzulegen, konkret wann, durch wen und mit welchem Ergebnis in der Wohnung Messungen vorgenommen worden seien. Nur nach einem so konkretisierten und substantiierten Vortrag sei es dem Mieter möglich, hierzu wiederum Stellung zu nehmen.

Zu den Ausführungen des Gerichtes im Hinblick auf die Beweisverteilung ist auszuführen, dass der Vermieter ein Sachverständigengutachten zur Heizleistung und zur erreichten Wohnungstemperatur vorgelegt hatte. Die Würdigung des Richters: Dies stelle kein geeignetes Beweismittel dar. Denn es gebe keine Aufklärung darüber, ob tatsächlich eine Messung im Badezimmer mit dem Ergebnis von 21°C durchgeführt worden sei oder nicht.

Ebenso sei es zum Beweisantritt des Vermieters nicht ausreichend, einen Verwalter als Zeugen zu benennen, der bekunden könne, dass der Vermieter die Heizanlage habe überprüfen lassen. Denn es bleibe völlig offen - so das Gericht - , woraus diese Überprüfung im Einzelnen bestanden habe und wann sie stattgefunden haben solle. Der als Beweismittel angebotene Zeuge sei deshalb schon gar nicht zu vernehmen. Denn dies würde auf eine reine Ausforschung hinauslaufen und deshalb ausscheiden.

Insgesamt weist das AG Köln dem Vermieter die Darlegungs- und Beweislast für eine behauptete Temperaturmessung in der Wohnung des Mieters zu. Daraus folgt als

Praxisrat:

Monieren die Mieter erreichte Wohnungstemperaturen als zu kalt und die Heizleistung deshalb als zu gering, so ist der Vermieter gut beraten, wenn er einen (sachverständigen) Zeugen in der Wohnung des Mieters die erreichte

---

<sup>23</sup> So: AG Köln, Urteil vom 5.7.2016 - 205 C 36/16, WuM 2017, 427; ebenso: LG Berlin, Urteil vom 26.5.1998 - 64 S 266/97, ZMR 1998, 634; LG Wuppertal, Urteil vom 4.4.2012 - 16 S 46/10, zitiert nach juris Datenbank

Raumtemperatur messen lässt, diese Werte ins Verhältnis zur vorgehaltenen Heizleistung setzen lässt und dann, wenn die Wohnungstemperatur zu kalt ist und die Heizleistung höhere Temperaturen nicht hervorrufen kann, die Heizung selbst technisch überprüfen, bzw. in Stand setzen lässt. Diese Schritte sind nach dem Urteil des AG Köln beweisbar nötig, damit man als Vermieter vor Gericht den „schwarzen Peter“ nicht zugeschoben bekommt.

Schließlich ist dieser Überprüfungsumfang auch im eigenen Interesse. Denn es soll schon vorgekommen sein, dass vor der Messung der Wohnungstemperatur die Fenster der Wohnung mal richtig aufgemacht und „kräftig gelüftet“ wurde.

Nur ein formularmäßiger Ausschluss der Beheizung im Sommer wird als wirksam befunden<sup>24</sup>.

Für die Gewerberaummiete trifft man auf weniger dezidierte Aussagen: Nach Auffassung des OLG München<sup>25</sup> wird auch für Büroräume eine Mindesttemperatur von 20 °C in der Zeit von 7:00 Uhr morgens bis 23:00 Uhr abends für notwendig und ausreichend gehalten. Hat die Raumtemperatur an zwei Tagen außerhalb der Heizperiode unter der Marke von 20 °C gelegen, soll der Gewerberaummieter deshalb aber nicht fristlos kündigen können<sup>26</sup>.

#### a) Mietminderungen?

Bei unterschrittener Mindestraumtemperatur wird von einem Sachmangel der Wohnung ausgegangen, der zur Mietminderung berechtigt<sup>27</sup>. Entsprechendes gilt auch bei einem Ausfall der Warmwasserversorgung<sup>28</sup>.

Fallen Heizung oder Warmwasser nur kurzfristig ein oder 2 Tage lang aus, so wird ein erheblicher Sachmangel, der zum Mietminderung berechtigt (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB), noch nicht unterstellt<sup>29</sup>.

All dies setzt jeweils voraus, dass die zu kalten Mieträume Folge eines bauphysikalischen oder heizungstechnischen Defekts oder schließlich einer pflichtwidrig unterlassenen Beheizung durch den Vermieter trotz abgesenkter Außentemperaturen sind. Sind aber Heiz- und Bautechnik sowie Bauphysik in Ordnung und fehlt es lediglich am Brennstoff „Gas“, ist nach der hier vertretenen Auffassung kein Bezug der eingeschränkten oder ausgefallenen Heizleistung zur Mietsache gegeben, ein Sachmangel folglich nicht anzunehmen. Dann aber muss folgendes gelten:

#### aa) Staatliche Lenkung des Energiebezugs

Ruft der Staat die Gaswarnstufe 3 auf, so würde es sich um einen behördlichen Eingriff handeln, der die Gasversorgung unterbricht, in der Verbrauchsmenge

<sup>24</sup> LG Hamburg, Urteil vom 5.6.1987 - 11 S 30/86, WuM 1988, S. 151

<sup>25</sup> OLG München, Urteil vom 20.11.2000 - 5 U 2899/00, NZM 2001, 382

<sup>26</sup> OLG Düsseldorf, a. a. O.

<sup>27</sup> LG Potsdam, Urteil vom 28.1.2021 - 4 O 274/20, BeckRS 2021, 40197; LG Düsseldorf, WuM 1973, 187; LG Hamburg, WuM 1976, 10; LG Berlin, GE 2002, 1043; AG Potsdam, WuM 2012, 670; AG Dortmund, WuM 2013, 12; LG Hamburg, WuM 1984, 54; AG Hannover, WuM 1984, 196; AG Hamburg, WuM 1996, 469; LG Kassel, WuM 1987, 271 AG Köln, GE 2008, 1567

<sup>28</sup> AG Münster, WuM 1981, 22; LG Berlin, ZMR 1998, 634

<sup>29</sup> So: Wetekamp, in: Mietrecht kompakt (MK) Heft 3/2021, 57, 58

rationiert oder zeitlich beschränkt. Zur Bewertung ist eine parallele Betrachtung angezeigt: Mit Urteilen vom 12.1.2022<sup>30</sup>, vom 16.2.2022<sup>31</sup> und vom 2.3.2022<sup>32</sup> hat der BGH im Falle eines behördlichen Eingriffs in die Funktionsfähigkeit der Mietsache durch pandemieabwehrbedingte Betriebsverbote ohne direkten Bezug zu ihren baulichen und technischen Zuständen einen Sachmangel ausgeschlossen.

Genauso liegt es hier: Unterbrechungen oder Reduktionen der Gasversorgung kommen von außen und haben mit der Funktionsfähigkeit der Mietsache selbst nichts zu tun. Auch dann, wenn eine Küche - mit Gasherd betrieben - mit vermietet ist, bleibt der Herd technisch einwandfrei. Ihm fehlt nur der Betriebsstoff.

Auch ein Auto wird nicht dadurch mangelhaft, wenn der Tank oder der Akku leer gefahren sind.

#### bb) Internationaler Gaslieferstopp und dadurch bedingte mangelnde Verfügbarkeit

Genauso verhält es sich, wenn es keiner nationalen Lenkungsregelungen mehr bedarf, weil der Gashahn außerhalb Deutschlands schlichtweg zugedreht ist. Denn auch dann käme es zum staatlichen Ausruf der Gasnotfallstufe 3 mit entsprechenden Lenkungsverordnungen zum Gasbezug.

Zu berücksichtigen ist zusätzlich: Nach dem Mietvertrag ist der Vermieter nicht verpflichtet, die Versorgung mit Energie zu garantieren, sondern nur im Rahmen der Einräumung und Gewährleistung des vertragsgemäßen Gebrauchs der Mietsache ungestört funktionsfähige technische Einrichtungen zur Energieversorgung und zur Generierung von Heizleistung und von Warmwasser vorzuhalten (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Besonders klar wird dies im Falle der häufig abgeschlossenen Selbstversorgerverträge direkt zwischen Mieter und Energieversorger.

Als Auffangargument könnte man schließlich noch „höhere Gewalt“ und das dadurch beeinflusste allgemeine Lebensrisiko eines jeden Bürgers – hier des Mieters - mit anziehen. Dabei ist höhere Gewalt zu verstehen als externes, unverschuldetes und unabwendbares Ereignis ohne betrieblichen Zusammenhang, dass auch nicht durch äußerste Sorgfalt vermeidbar ist<sup>33</sup>. Die vom Vermieter nicht beeinflussbare Unterbindung einer Gasversorgung füllt diesen Terminus deshalb aus. Dies würde dann zur Annahme einer Unmöglichkeit führen, die den Vermieter auch im Falle einer von ihm übernommenen Energieversorgung der Mieter leistungsfrei machen würde (§ 275 Abs. 1 BGB). Auch dieser Aspekt wurde bereits innerhalb der „Corona-Rechtsprechung“ unter dem Stichwort „Risikozuweisung bei aufgetretenen Leistungsstörungen“ diskutiert<sup>34</sup>. Sollten hier nicht besondere Risikozuweisungen zum Beispiel durch force-majeure-Klauseln im Mietvertrag vorgenommen worden sein, wäre das Risiko einer ununterbrochen weiter bestehenden Gasversorgung keiner Partei des Mietvertrages zuzuweisen, damit aber auch nicht - mangelbegründend - dem Vermieter. Das beschriebene Szenario wäre dann wie ausgeführt unter „allgemeines Lebensrisiko“ einzuordnen. Es liegt auf der Hand, dass dazu Rechtsprechung noch nicht existieren kann. Dazu ist das Thema zu neu.

---

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 12.1.2022 - XII ZR 8/21, juris

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 16. Februar 2022 - XII ZR 17/21, juris

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 2.3.2022 - XII ZR 36/21, juris

<sup>33</sup> BGH, Urteil vom 16.5.2017 – X ZR 142/15 juris, Rn. 7, 12; BGH, Urteil vom 23.10.2019 – XII ZR 125/18, NZM 2020, 54, Rn. 37 der Entscheidungsgründe

<sup>34</sup> So zum Beispiel: OLG Hamm, Beschluss vom 10.9.2021 - I-30 U 147/21, juris

Im Einklang mit den vom BGH zur Frage von Mietreduktionen durch Betriebsverbote in Zeiten eines Corona-Lock-Downs gefundenen Ergebnissen ist damit nach der hier vertretenen Auffassung eine Mietminderung wegen Ausfall oder Reduktion der Heizleistung durch fehlende Gasbezugsmöglichkeiten auszuschließen. Das gilt in gleicher Weise für die eingeschränkte oder wegfallende Aufbereitung warmen Wassers.

cc) Gasrationierung durch „eigenmächtige“ Entscheidung des kommunalen Energieversorgers?

Gaslieferungsverträge für Haushaltskunden richten sich nach der Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung - GasGVV) vom 26.10.2006<sup>35</sup> in Verbindung mit § 36 Abs. 1 Satz 3 Energiewirtschaftsgesetz (EnwG). Dabei ist die GasGVV als Allgemeine Geschäftsbedingung zu verstehen (§ 1 Abs. 1), muss also in den Vertrag einbezogen sein, wovon typischerweise auszugehen ist. § 6 Abs. 1 und Abs. 2 verpflichtet zur ununterbrochenen Gasbelieferung, soweit Versorgungsunterbrechungen nach §§ 19 ff (hier nicht einschlägig) nicht veranlasst sind. Allerdings kann der Gasversorger die Lieferung unterbrechen, „soweit und solange der Grundversorger an dem Bezug oder der vertragsgemäßen Lieferung von Gas durch höhere Gewalt oder sonstige Umstände, deren Beseitigung ihm nicht möglich ist oder im Sinne des § 36 Abs. 1 Satz 3 des Energiewirtschaftsgesetzes wirtschaftlich nicht zugemutet werden kann, gehindert ist (§ 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3). Das bedeutet: „Eigenmächtig“ oder aufgrund eines lokal begrenzten „Energiegipfels“ mit der Politik kann der Gasversorger den Gasbezug nicht begrenzen oder gar unterbrechen und einstellen. Dies muss er im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GasGVV im Einzelnen begründen.

b) Verpflichtung des Vermieters zur Realisierung von Ersatzbeheizungsmöglichkeiten?

Es klang bereits an: Den Vermieter trifft die Pflicht, während der gesamten Mietvertragsdauer einen vertragsgemäßen Zustand der vermieteten Räume anzubieten und aufrechtzuerhalten (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB). Funktioniert das nicht mehr, hat der Mieter einen Anspruch auf Instandsetzung. Abgesehen von der hier verneinten Mietminderung ist deshalb zu fragen, ob der Mieter nach diesen Regeln verpflichtet sein könnte, Ersatzbeheizungsmöglichkeiten anzubieten, also zum Beispiel Radiatoren auf seine Kosten anzuschaffen und den Mietern zur Verfügung zu stellen.

Zunächst wieder der Grundsatz: Der Instandsetzungsanspruch des Mieters gegen den Vermieter geht sehr weit. Bis zur so genannten „Opfergrenze“ können Mieter von ihrem Vermieter die Wiederherstellung der Mieträume im Falle eines eingetretenen Sachmangels verlangen. Dabei ist die Opfergrenze erst überschritten, wenn die Wiederherstellung einer Neuerrichtung des Hauses gleichkäme.<sup>36</sup> Erst im Falle der

<sup>35</sup> BGBl. I, S. 2391, 2396, zuletzt in der Fassung vom 22. 11. 2021, BGBl. I 2021, S. 4946

<sup>36</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 6.9.2000 – 4 U 15/00, NZM 2002, S. 343; näher zu den Möglichkeiten einer Berufung auf die Opfergrenze: OLG Karlsruhe, Urteil vom 30. Dezember 1994 – 19 U 113/94,

Totalzerstörung oder der nahezu völligen Zerstörung der Mieträume wird der Vermieter von seiner Instandsetzungspflicht frei (§§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB), in diesen Fällen ebenso von seiner Sachmängelgewährleistungshaftung insgesamt<sup>37</sup>.

So aber liegt es bei einem Gasboykott oder einer reduzierten Liefermenge im Falle von Ausfällen bei Heizung und Warmwasser nicht. Denn es zeigt sich dadurch wie ausgeführt kein Mangel mit Bezug zu den Mieträumen, eben kein Sachmangel. Zeigt sich aber kein Mangel an den Mieträumen und ihrer Heiztechnik, dann gibt es folgerichtig auch keinen Anspruch auf Instandsetzung, also auf die Realisierung einer Ersatzbeheizung.

Geht man von diesem Ansatz aus, dann kann der Mieter nach einer entsprechenden ergebnislosen Aufforderung an den Vermieter auch nicht selbst Radiatoren auf Rechnung des Vermieters anschaffen (vgl. § 536 a Abs. 2 Nr. 1 BGB). Ergebnis: Nach der hier vertretenen Auffassung ist der Vermieter nicht zur Stellung einer alternativen Heizmöglichkeit verpflichtet, schon gar nicht auf seine Kosten.

Ein letzter Hinweis zur „Steckdosenheizung“: Würden gerade in Mehrfamilienhausanlagen mehrere oder alle Mieter gleichzeitig strombasierte Radiatoren betreiben, könnte das vorhandene Leitungsnetz aufgrund der hohen Leistungsaufnahme der Geräte schnell überlastet werden<sup>38</sup>. Die Folge zeigt sich dann im Ausfall auch der Ersatzbeheizungsmöglichkeit.

#### c) Gemeinsames Vorgehen von Mieter und Vermieter in Notfällen angezeigt

Von alledem zu unterscheiden bleibt die Frage, ob man die Realisierung von Ersatzbeheizungsmöglichkeiten im Sinne einer Schadensprophylaxe und eines guten Kundenmanagements gleichwohl ins Auge fassen sollte. Denn damit erspart man sich harte Diskussionen mit den Mietern in der Sache, die doch nicht weiterführen. Im Gegenteil wird man als Vermieter kundenorientiert und menschlich interessiert wahrgenommen. Sachlich argumentiert kühlen auch die Wohnungen nicht so stark aus, sodass die Gefahr von Frostschäden und Feuchteschäden mit Schimmelbildung abnimmt. Solange die „Versorgungslage“ mit Radiatoren noch nicht selbst angespannt ist, sollte man deshalb zugreifen und nicht bis zum Winter warten. Je nach den Versorgungsverhältnissen bleibt es im nächsten Frühjahr unbenommen, die angeschafften Radiatoren dann zum Beispiel über Internetportale wieder zu verkaufen.

Also: Ob sich Vermieter gemeinsam mit deren Mietern auf Versorgungsengpässe oder Ausfälle vorbereiten und Radiatoren u. a. zur Verfügung stellen, zeigt sich als Frage der Kundenbindung, des Empfehlungsmarketings und der eigenen Schadensprophylaxe innerhalb der Wohnungswirtschaft, nicht als rechtliche Verpflichtung.

Zu bedenken ist bei alledem auch, dass sich diese Prophylaxemaßnahmen innerhalb des eigenen Verhältnisses zum Gebäudeversicherer als Obliegenheitspflichten

---

juris; BGH, Urteil vom 26. September 1990 – VIII ZR 205/89, WuM 1990, S. 546; LG Osnabrück, Urteil vom 17. September 1991 – 12 S 45/91, WuM 1992, 119; LG Berlin, LG Berlin, Urteil vom 30. November 1990 – 64 S 290/90, WuM 1991, 538; LG Hamburg, Urteil vom 29. November 1996 – 311 S 119/96, WuM 1997, 432; OLG Hamburg, Urteil vom 06. September 2000 – 4 U 15/00 –, juris, NZM 2002, 343; LG Dresden, Urteil vom 14. Juni 2007 – 4 S 640/06, juris; und auch OLG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13. Oktober 2009 – 9 U 45/09, NZM 2011, 35

<sup>37</sup> BGH, Urteil vom 26. September 1990 – VIII ZR 205/89, NJW-RR 1991, 204

<sup>38</sup> Vgl. auch Die WELT vom 10.8.2022, S. 10: Dem Stromnetz droht der Heizlüfter-Schock



darstellen können, deren Verletzung dann im Schadensfall zu Deckungskürzungen oder zu Deckungsausschüssen führen kann.

#### d) Kostenfolgen und Wirtschaftlichkeitsgrundsatz?

Unterstellt, durch den Stromverbrauch der Radiatoren wird der Mieter mit höheren Kosten im Vergleich zu einem ungestört fortlaufenden Gasbezug belastet: Kann er seinen Vermieter dann zum Ersatz der Differenz heranziehen oder kann er deshalb in Rechnung gestellte Stromkosten (teilweise) aus der Betriebskostenabrechnung herausstreichen?

Ansatz zu solchen Überlegungen könnte das Gebot der Wirtschaftlichkeit im Betriebskostenrecht sein (§ 556 Abs. 3 S. 1, 1. Hs. BGB). Kurz gesagt ist dem Vermieter damit aufgegeben, im Rahmen eines eigenen Ermessens möglichst wirtschaftlich und mit Blick auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis bei der Disposition um die Verursachung von Betriebskosten zu handeln, so zum Beispiel beim Einkauf von Hausmeisterleistungen oder Gartenpflegedienste. Weichen die angesetzten Kosten deutlich von durchschnittlichen Betriebskostenniveaus oder von den hauseigenen Werten des Vorjahres ab, ist die Prüfung eines Verstoßes gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot ausgelöst.

Unabhängig davon, ob der Vermieter die Radiatoren auf eigene Kosten anschafft und zur Verfügung stellt oder der Mieter sich mit einem entsprechenden Kauf selbst hilft, kann die Antwort logisch wie rechtlich nur „Nein“ lauten. Üblicherweise hat der Mieter als Stromkunde einen Direktversorgungsvertrag mit dem Stromanbieter abgeschlossen. Dann muss er verbrauchte Energie ohnehin schon aus diesem Vertragsverhältnis bezahlen. Bezieht er den Strom über den Vermieter, wird dem ebenfalls eine vertragliche Umlagevereinbarung zugrunde liegen. Dann kann ebenfalls kein Zweifel daran bestehen, dass die Kosten tatsächlich verbraucht wurden und damit bei entsprechender Vertragslage umlegbare Betriebskosten darstellen (§ 2 Nr. 17 BetrKV).

Dem Gebot der Wirtschaftlichkeit im Betriebskostenrecht ist dabei genügt. Durch dessen Rüge kann der Mieter erhöhte Kosten also nicht erfolgreich eliminieren. Zwar wird mit erheblichen Kostensteigerungen zu rechnen sein, doch zeigt sich derselbe Effekt isoliert betrachtet schon beim Gas auch dann, wenn man den Energieträger bei der Generierung von Heizleistung und Warmwasser nicht gewechselt hätte.

Insgesamt haben die zu erwartenden Kostensteigerungen bekanntlich auch nichts mit dem Einkaufsverhalten des Vermieters oder mit der bautechnischen Situation zu tun. So ist allgemein bekannt - und damit im Streitfall auch gerichtsbekannt - dass sich die Teuerungen aufgrund der Inflationsentwicklung, der Verteuerung des Energiekostenbezugs und der international bedingten Versorgungsknappheit ergeben.

Endlich obliegt dem Mieter die Darlegungs- und Beweislast für das Gegenteil, wenn er eine Verletzung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit bei der Abrechnung der Betriebskosten durch den Vermieter erfolgreich rügen will<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> So: BGH, Urteil vom 17.12.2014 - XII ZR 170/13, NZM 2015, 132; BGH, Urteil vom 6.7.2011 - VIII ZR 43/10, juris; LG Berlin, Beschluss vom 17.8.2017 - 67 S 190/17, ZMR 2017, 978; die Beweislast soll sich allerdings umkehren, wenn der Vermieter neue Verträge für die Erbringung bestimmter Leistungen abgeschlossen hat (Winterdienst, Gartenpflege und Hauswart) und die angesetzten Betriebskosten daraufhin im Vergleich zum Vorjahr um mehr als 50 % angestiegen sind (AG Berlin,

## 2. Eigenmächtige Entscheidung des Vermieters zur Drosselung der Heizleistung und des Warmwasserbezugs aus Energieeinsparungsgründen

Schließlich sei der Fall betrachtet, dass Gas - wenn auch stark verteuert - in ausreichender Menge zur Verfügung steht. Entweder zur Kostenreduktion oder aber tatsächlich aus dem Motiv der Energieeinsparung könnten sich einzelne Vermieter dazu berufen fühlen, Heizleistungen temporär und in den erreichbaren Temperaturen genauso zu drosseln wie die Bezugsmöglichkeit warmen Wassers.<sup>40</sup> Diese Sachlage würde ohne weiteres rechtlich einem vertragskonformen Verhalten zuwiderlaufen und deshalb

- eine Mietminderung auslösen,
- einen Anspruch auf Gewährung vertragsgemäßen Gebrauchs der betroffenen Mieter nach sich ziehen (§ 535 Abs. 1 Satz 2 BGB), hier also einer Heizleistung, die den ganzjährig einzuhaltenden Mindesttemperaturen im Rauminneren genügt, und
- einen Anspruch auf Selbstvornahme nach Fristsetzung, hier auf die Anschaffung von Ersatzbeheizungsmöglichkeiten jetzt auf Kosten des Vermieters, zur Seite stellen (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB).
- Ebenso kann der Mieter weiteren Verzugsschaden liquidieren (§ 536 a Abs. 1 BGB).

### III. Mietforderung

#### 1. Umstellung der Mietstrukturen

Je nachdem, ob in dem gesamt ausgewiesenen Mietbetrag neben dem reinen Entgelt für die Überlassung der Mietsache auch „kalte“ und/oder „warme“ Betriebskosten enthalten sind, gibt es verschiedene Begriffe, mit denen die Mietstruktur im Einzelfall veranschaulicht und beschrieben werden soll.

Dabei zeigen alte Mietverträge bisweilen nur eine Bruttomiete, in der die Betriebskosten mit enthalten sind oder eine Betriebskostenpauschale neben der Miete, über die dann nicht abgerechnet werden muss. Der Grund: Früher bewegten sich Betriebskostenniveaus in einem überschaubaren Rahmen. Heute sieht das wesentlich anders aus. Daraus leitet sich der verständliche Wunsch der Vermieter ab, Betriebskosten aus der Miete herauszurechnen und sie gesondert auszuweisen und abzurechnen. Deshalb ist bei den anzutreffenden Mietstrukturen zu unterscheiden:

---

Urteil vom 13.7.2017 - 210 C 387/16, juris). Dann habe der Vermieter darzulegen, welche Preisverhandlungen er geführt habe und welche Anstrengungen er unternommen habe, um andere preisgünstige Unternehmen für die jeweilige Tätigkeit vertraglich zu binden. Genüge der Vermieter dieser Darlegungslast nicht, könne das Gericht angemessene Beträge durch Schätzung (§ 287 ZPO) auf der Grundlage der Mittelwerte eines örtlichen Betriebskostenspiegels ermitteln.

<sup>40</sup> Erste Verlautbarungen dazu finden sich bereits in den Medien: Bild-Zeitung vom 7.7.2022: Vonovia drosselt Mietern nachts die Heizung!; Tagesschau vom 16.6.2022: Heizen bei Gasmangel - Wohnungsverband will Mindesttemperatur senken, [www.tagesschau.de](http://www.tagesschau.de); WDR Aktuelle Stunde vom 5.7.2022: Mietenden wird das warme Wasser abgedreht - Gas-Krise: Darf mein Vermieter mir das Warmwasser abstellen?, [www.wdr.de/nachrichten/wohnungsgenossenschaften](http://www.wdr.de/nachrichten/wohnungsgenossenschaften)

Von einer Inklusivmiete spricht man, wenn die Grundmiete als Entgelt für die Überlassung der Mietsache selbst und zusätzlich kalte Betriebskosten sowie Betriebskosten für die Zentralheizung oder für Warmwasser in dem angegebenen einheitlichen Mietvertrag enthalten sind. In diesem Fall wird auch von einer Voll-Inklusivmiete gesprochen. Für diese Konstellation wird auch der Begriff der Bruttowarmmiete verwendet.

Von einer Teil-Inklusivmiete spricht man, wenn neben der Grundmiete als reines Entgelt für die Überlassung der Mietsache die „kalten“ Betriebskosten nur teilweise mit enthalten sind. Betriebskosten für die Zentralheizung oder für Warmwasser (warme Betriebskosten) sind üblicherweise nicht mit umfasst.

Die Bruttokaltmiete beschreibt die Grundmiete für die Überlassung der Mietsache einschließlich der kalten Betriebskosten und grenzt „warme“ Betriebskosten für Zentralheizung und/oder Warmwasser aus.

Im Gegensatz zur Bruttokaltmiete steht die Nettokaltmiete, auch Nettomiete genannt. Sie ist synonym für die Grundmiete, verstanden als reines Entgelt für die Überlassung der Mietsache, ohne das kalte und/oder warme Betriebskosten mit eingerechnet sind.

Die Mietrechtsreform 2001 als zentrale Basis des heutigen Mietrechts hat diese Mietstrukturen beibehalten.<sup>41</sup> Das Gesetz erlaubt also wie bisher sowohl die Vereinbarung einer Netto- wie einer Bruttomiete, und zwar sowohl als Warm- oder Kaltmiete. Erlaubt sind auch alle Mischformen, also sogenannte Teilinklusivmieten. Wurde vertraglich nichts dazu vereinbart, so hat der Vermieter sämtliche Betriebskosten zu zahlen. § 556 Abs. 1 BGB sieht vor, dass die Parteien eines Wohnraummietvertrags bestimmen können, dass der Mieter die in der BetrKV aufgeführten Betriebskosten trägt. Dies kann in Form einer Pauschale oder in Form von Vorauszahlungen erfolgen.

Die Betriebskostenpauschale erfordert keine regelmäßigen Abrechnungen. Der Vermieter kann sie gem. § 560 Abs. 1 BGB erhöhen, wenn die Betriebskosten gestiegen sind und wenn im Mietvertrag eine entsprechende Erhöhungsklausel vereinbart wurde. Ermäßigen sich die Betriebskosten, so ist die Betriebskostenpauschale entsprechend herabzusetzen.

Was die Umstellung auf Nettokaltmiete unter Herausrechnung der Betriebskosten angeht, so werden entsprechende Wünsche von Vermietern insbesondere dann laut, wenn der eingerechnete Betriebskostenanteil kalkulatorisch in Folge zwischenzeitlich eingetretener Verteuerungen im Rahmen der Betriebskosten nicht mehr ausreicht.

Beispiel:

Der Wohnungsmietvertrag aus dem Jahre 2015 sieht eine Teilinklusivmiete vor, in der sämtliche Betriebskostenarten bis auf einen „Elektro-Abschlag“ in Höhe von 25 € monatlich enthalten sind. Bestimmungen zur Umstellung im Falle verteuerter Betriebskosten finden sich nicht. Vermieter V möchte aufgrund der deutlich verteuerten Betriebskosten und der dramatisch steigenden Energiekosten den

---

<sup>41</sup> vgl. hierzu Grundmann, Die Mietrechtsreform, NJW 2001, S. 2497 ff; Hinz, Mietbegriff und Mietstruktur nach der Mietrechtsreform, ZMR 2001, S. 331 ff; Eisenschmid, Miethöherecht der Mietrechtsreform, NZM 2001, S. 11 ff; Emmerich, NZM 2001, S. 690 ff

Mietvertrag umstellen und die Betriebskosten jetzt gesondert abrechnen. Rechtslage?

Zunächst ist festzuhalten:

Die Mieterhöhungsmöglichkeiten bei Bruttomieten gem. § 4 Abs. 2 und 3 MHG a.F. sind durch die Mietrechtsreform 2001 ersatzlos entfallen. Wurde also nach dem 1.9.2001 ein Brutto- oder Teilinklusivmietvertrag abgeschlossen, so kann der Vermieter einseitig verteuerte Betriebskostenanteile nicht mehr durch Mieterhöhung auf den Mieter abwälzen. Auch nach bisheriger Rechtslage war dies auf Grund der restriktiven Rechtsprechung der Oberlandesgerichte nur möglich, wenn der Mietvertrag hierzu eine ausdrückliche Vereinbarung vorsah.<sup>42</sup> Das Mietrechtsreformgesetz sieht allerdings für Brutto- und Teilinklusivmietverträge, die bis zum 31.8.2001 abgeschlossen wurden, mit Art. 229 § 3 Abs. 4 EGBGB eine Entlastung vor. Auf diese Mietverträge ist wegen Erhöhungen der Betriebskosten § 560 Abs. 1, 2, 5 und 6 BGB analog anzuwenden, soweit im Mietvertrag vereinbart ist, dass der Mieter Erhöhungen der Betriebskosten zu tragen hat. Bei Ermäßigungen der Betriebskosten gilt § 560 Abs. 3 BGB ebenfalls analog. Für diese Mietverhältnisse gilt also Bestandsschutz mit dem Inhalt, dass Veränderungen in den Betriebskostenanteilen einseitig vom Vermieter an den Mieter weitergegeben werden können. Dabei ist die analoge Anwendung von § 560 BGB nötig. Die Vorschrift gilt unmittelbar nur für die Betriebskostenpauschalen, nicht für Brutto- oder Teilinklusivmietverträge. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass im Falle unterbliebener Umstellvereinbarungen in Altverträgen und für Neuverträge mit Brutto- oder Teilinklusivmiete keine Regelung einseitiger Abwälzungen von Betriebskostenvertierungen im Gesetz besteht. Hierzu ist also weiterhin grundsätzlich eine zweiseitige Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter notwendig.<sup>43</sup> Das gilt in dem skizzierten Beispiel auch für den im Jahre 2015 abgeschlossenen Mietvertrag

Die Notwendigkeit einer zweiseitigen Vereinbarung folgt auch aus § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB: Besteht für den Vermieter keine einseitige Erhöhungsmöglichkeit bei Betriebskosten, die in einer Inklusiv- oder Teilinklusivmiete enthalten sind, ist eine Erhöhung oder auch eine Umstellung der Mietstruktur auf Nettokaltmiete nur durch eine zweiseitige Vereinbarung mit dem Mieter möglich.

Quintessenz und Lösung des Beispiels:

1.)

Die Mietrechtsreform 2001 hat mit § 560 BGB Anpassungen wegen veränderter Betriebskosten nur noch im Falle von Betriebskostenpauschalen und Betriebskostenvorauszahlungen zugelassen. Eine Mieterhöhung wegen gestiegener Betriebskosten bei vertraglich vereinbarter Teilinklusivmiete ist nach heutigem Recht nicht mehr vorgesehen. Dasselbe gilt für Bruttomietverträge. Sie können also einseitig durch den Vermieter nicht mehr auf Nettomieten mit gesonderter Betriebskostenabrechnung umgestellt werden. Hierfür ist eine zweiseitige Vereinbarung vorausgesetzt.<sup>44</sup>

2.)

---

<sup>42</sup> vgl. hierzu, Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 7. Auf. 1999, § 4 MHG Rdn. 18 ff mit weiteren Nachweisen

<sup>43</sup> LG Augsburg, Urteil vom 17.12.2003 – 7 S 3983/03, WuM 2004, Seite 148)

<sup>44</sup> LG Augsburg, Urteil vom 17.12.2003 – 7 S 3983/03, WuM 2004, Seite 148); anders noch: AG Augsburg, Urteil vom 21.08.2003 – 17 C 2833/03, WuM 2003, Seite 566; AG Köln, Urteil vom 12.08.2003 – 216 C 123/03, ZMR 2004, Seite 119 f)

Auch der Gedanke an eine Kündigung wegen Hinderung an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung (§ 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB) schafft keine Abhilfe. Natürlich ist es klar, dass bei den deutlich gestiegenen und weiter dramatisch steigenden Betriebskosten irgendwann einmal keine Mieterträge mehr übrig bleiben werden. Eine Kündigungsmöglichkeit würde aber die Absicht einer anderweitigen Verwertung verlangen<sup>45</sup>. Genau darum geht es hier aber nicht, weil das Mietverhältnis bestehen bleiben und nur seine Konditionen geändert werden sollen. Hinzu tritt Halbsatz 2 der Vorschrift, wonach die Kündigung zum Zwecke der Erzielung einer höheren Miete ausgeschlossen ist. Damit wird das Verbot der Änderungskündigung in der Wohnungsmiete ergänzt; so wird sichergestellt, dass Mietsteigerungen nur im Wege freiwilliger Vereinbarungen oder nach Maßgabe der §§ 557 ff BGB durchgesetzt werden können<sup>46</sup>.

Angesichts der dramatisch steigenden Betriebs- und Heizungskosten soll zwar die Miete nicht erhöht, sondern nur in ihrer bisherigen Kalkulation gesichert werden; der Gesetzgeber verwendet aber den Bruttomieterbegriff<sup>47</sup> und bezieht deshalb den Betriebskostenanteil dort mit ein, wenn er nicht von vornherein durch Vertragsgestaltung separiert wird. So verstanden, wird man deshalb auch hier von der Absicht einer „Mieterhöhung“ ausgehen müssen. Alles andere würde auch der Wertung in § 560 Abs. 1 Satz 1 BGB zuwiderlaufen, der eine einseitige Umstellung der Mietstruktur mit gesondertem Betriebskostenausweis eben gerade ausschließt.

3.)

Greift die Verwertungskündigung nicht, bleibt zu untersuchen, ob eine Kündigung nach der Generalklausel in § 573 Abs. 1 BGB infrage kommt.<sup>48</sup> Denn die in Abs. 2 der Vorschrift als Regelbeispiele ausformulierten Kündigungsgründe sind nicht abschließender Natur, sondern werden durch die Generalklausel in Abs. 1 ergänzt. Dabei muss es sich um gleichgewichtige berechnete Interessen des Vermieters beim Kündigungsgrund handeln<sup>49</sup>. Sie können auch grundsätzlich in veränderten Umständen gegenüber den Verhältnissen bei Vertragsschluss bestehen<sup>50</sup>.

Hier ist erneut auf das drastisch gestiegene und weiter explosionsartig steigende Betriebskostenniveau abzustellen, das eine Inklusivmiete oder eine Teilinklusivmiete gravierend oder völlig aufsaugt. Es liegt auf der Hand, dass dazu noch keine Rechtsprechung ergangen ist. In der Bewertung dürfte die Frage auch schwer prognostizierbar sein. Denn einerseits geht es um die Erhaltung der jetzigen Mietanteile für die reine Wohnungsüberlassung beim Vermieter, andererseits ist der Rechtsgedanke des Verbots einer Änderungskündigung zur Erzielung einer höheren Miete (§ 573 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu bedenken. Darauf liefe eine solche Kündigung aber hinaus, wenn man auf den Bruttomieterbegriff abstellt. Deshalb wird vertreten, auch eine beabsichtigte Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung liefe dem Verbot zuwider.<sup>51</sup> Denkbar wäre deshalb eine solche Kündigung nach § 573 Abs. 1 BGB aber dann, wenn eine vereinbarte Inklusivmiete durch den anfallenden

<sup>45</sup> Blank/Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 573 Rn. 152

<sup>46</sup> Blank/Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 573 Rn. 183

<sup>47</sup> Bestätigend: BGH, Urteil vom 6. April 2005 – XII ZR 225/03 –, BGHZ 163, 1-9; BGH, Urteil vom 21. März 2018 – VIII ZR 68/17 –, BGHZ 218, 139-162, Rn. 38 nach juris

<sup>48</sup> BGH, Urteil vom 16. Dezember 2020 – VIII ZR 70/19, NJW-RR 2021, S. 204; Weidenkaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 573 BGB Rn. 39

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 16. Dezember 2020 – VIII ZR 70/19, NJW-RR 2021, S. 204; Rn. 16 nach juris m. w. N. zur BGH-Rspr.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 16. Dezember 2020 – VIII ZR 70/19, NJW-RR 2021, S. 204 (für den Fall des eingetretenen Leerstands); Weidenkaff, in: Grüneberg, Kommentar zum BGB, 81. Aufl. 2022, § 573 BGB Rn. 45

<sup>51</sup> Blank/Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 573 Rn. 286

Betriebskostenanteil für den Vermieter wirtschaftlich (nahezu) völlig aufgesogen würde.

## 2. Inflationsbedingte Fortschreibung von Mietspiegeln

§ 558 c Abs. 3 BGB gibt auf, einfache Mietspiegel im Abstand von 2 Jahren der Marktentwicklung anzupassen. Es handelt sich nicht um ein festes Gebot, sondern um eine „Richtschnur“ (Soll-Vorschrift). Für qualifizierte Mietspiegel ist dies allerdings als Pflicht ausgestaltet (§ 558 d Abs. 2 Satz 1 BGB). Für diesen Fall kann auch auf die Entwicklung des vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland Bezug genommen werden (§ 558 d Abs. 2 Satz 2 BGB). Für einfache Mietspiegel gibt das Gesetz kein näheres Procedere vor, das bei einer Fortschreibung zu beachten wäre.

Es unterliegt keinem Zweifel anzunehmen, dass die drastisch gestiegenen und weiter so steigenden Energiekosten auch die Inflation und damit den erwähnten Preisindex nach oben treiben. Deshalb kommt eine Fortschreibung des einfachen Mietspiegels, für den das Gesetz dazu keine zwingenden Vorgaben macht<sup>52</sup>, aus diesem Anlass aktuell in Betracht. Für den qualifizierten Mietspiegel bleibt zu untersuchen, ob der fest vorgegebene Zeitraum einer Fortschreibung einer aktuellen (aperiodischen) Fortschreibung entgegenstehen kann. Da die angegebene Frist hier als Gebot zur Fortschreibung spätestens alle 2 Jahre zu verstehen ist<sup>53</sup>, steht einem früheren Tätigwerden nichts im Wege.

In der Zusammenschau mit Art. 229 §§ 50, 62 EGBGB ergeben sich diese Möglichkeiten natürlich nur dann, wenn es sich danach insgesamt um fortschreibbare Mietspiegel handelt<sup>54</sup>.

Ist das nicht der Fall, so kann ein bei der Erstellung eines älteren Mietspiegels beteiligter Interessenverband diesen Mietspiegel weder kündigen<sup>55</sup>, noch kann ein einzelner Vermieter innerhalb seines Mieterhöhungsverlangens zum Beispiel unter Berücksichtigung der aktuellen Inflationsentwicklung zu verwendende Mietspiegelwerte selbst „fortschreiben“. Wegen des Alters eines Mietspiegels darf also ein Zuschlag zu den dort entnommenen Werten nicht hinzugerechnet werden<sup>56</sup>.

## IV. Betriebskosten

### 1. Unterjährige Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen möglich?

Die vereinbarten oder derzeit geltenden Betriebskostenvorauszahlungen decken die tatsächlich anfallenden Betriebskosten schon aktuell oder in nächster Zukunft gar nicht mehr. Daraus entsteht der Wunsch des Vermieters auf Erhöhung der

---

<sup>52</sup> Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, §§ 558 c 558 d BGB Rn. 71

<sup>53</sup> Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, §§ 558 c BGB, 558 d BGB Rn. 118

<sup>54</sup> Näher dazu, Horst, Mietspiegelreform - Alternativen zur Begründung eines Mieterhöhungsverlangens im freifinanzierten Wohnungsbau, MDR 2022, 863 ff und Horst, Mietspiegelreform - Praxisfragen zu Mietspiegelpflicht der Gemeinden, MDR 2022, S. 927 ff

<sup>55</sup> Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, §§ 558 c 558 d BGB Rn. 68

<sup>56</sup> Börstinghaus, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, §§ 558 c 558 d BGB Rn. 72; OLG Stuttgart, NJW 1982, 945; OLG Hamburg, NJW 1983, 18 103, 1805; LG München, WuM 19 98, 726; OLG Frankfurt/Main, WoM 1985, 216

Betriebskostenvorauszahlung. § 560 Abs. 4 BGB gibt dieses Anpassungsrecht durch einseitige Gestaltungserklärung bis zur „angemessenen Höhe“. Die Vorschrift bindet dabei zunächst an eine erteilte Betriebskostenabrechnung an, die mit einem Nachzahlungssaldo zulasten des Mieters endet.

Hinterfragt wird diese Möglichkeit, wenn kein engerer zeitlicher Zusammenhang mit der Betriebskostenabrechnung besteht. So ist es vorstellbar, dass eine Abrechnung schon länger zurückliegt und ebenso, dass sie für einen zurückliegenden Abrechnungszeitraum noch nicht erteilt worden ist oder zum Beispiel mangels vollständig vorliegender Abrechnungsbelege noch nicht erteilt werden kann. Genauso häufig sind die Fälle, in denen die sprunghafte Erhöhung des Betriebskostenniveaus mitten in einen laufenden Abrechnungszeitraum fällt. Kann der Vermieter in allen diesen Fällen auch dann sein Gestaltungsrecht zur Erhöhung der Vorauszahlungen zumindest in Textform ausüben?

Die Beantwortung dieser Frage ist aktuell durchaus umstritten; die häufiger anzutreffende Auffassung verneint sie. Nach dieser Ansicht besteht ein Anspruch auf Erhöhung der Vorauszahlungen aus § 560 Abs. 4 BGB nicht; der Vermieter soll auf den Versuch einer freiwilligen Vereinbarung mit dem Mieter verwiesen sein, um die durch die Vorauszahlungen ungedeckten Betriebskosten nicht zu hoch auflaufen zu lassen.

Eine vermittelnde Ansicht erkennt das Interesse beider Seiten an einer möglichst schnellen Lösung. Der Mieter soll in den ohnehin aktuell schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen durch unnötig lange aufgehäufte Betriebskostenanteile nicht ins Trudeln kommen. Insolvenzgefahren und Streitigkeiten aus dem Mietverhältnis sollen vermieden werden. Der Vermieter soll durch die zugestandene Möglichkeit einer zügigen Erhöhung der Vorauszahlungshöhe ein erhöhtes Forderungsbeitreibungsrisiko oder sogar eine Insolvenzgefahr des Mieters nicht übernehmen müssen. Dem Vermieter wird deshalb eine Anspruchslösung mit Verpflichtung des Mieters zur erhöhten Vorauszahlung aus § 313 Abs. 1 BGB (Anpassung des Mietvertrags wegen gestörter Geschäftsgrundlage) oder aus § 242 BGB (Treu und Glauben) zuerkannt.

Nach hier vertretener Auffassung können beide Ansätze auf sich beruhen; denn für den Vermieter lässt sich auch ein „unterjähriger“ Anspruch auf Erhöhung der Vorauszahlungen auf die Betriebskosten in der aktuellen Situation sprunghaft gestiegener und weiter stark ansteigender Kosten schon aus § 560 Abs. 4 BGB wie folgt begründen:

Die Vorschrift bezweckt den Schutz beider Vertragsparteien vor unangemessenen finanziellen Belastungen<sup>57</sup>. Dem Vermieter soll die Last der Vorfinanzierung sowie das Insolvenzrisiko des Mieters abgenommen werden<sup>58</sup>. Genau diese Überlegung trifft: Denn wenn der Vermieter innerhalb der gesamten laufenden restlichen Abrechnungsperiode die schon eingetretenen oder mit Sicherheit eintretenden Kostenerhöhungen für seinen Mieter vorfinanzieren muss, werden sich „riesige“ Nachzahlungen als Ergebnis der folgenden Betriebskostenabrechnung aufhäufen. Der Mieter steht vor hohen finanziellen Hürden, dem Vermieter wird das Forderungsbeitreibungsrisiko auferlegt. Er trägt dann für den Mieter sogar dessen Insolvenzrisiko. Insgesamt steigt die Gefahr deutlich, dass Mietverhältnisse notleidend werden. In Mietverhältnissen mit sozialhilferechtlichem Einschlag verstärkt

---

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 18. Mai 2011 - VIII ZR 271/10, NJW 2011, S. 2350 Rn. 16

<sup>58</sup> Lehmann-Richter, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 560 BGB Rn. 52

sich dieser Effekt deutlich. Denn der Sozialhilfeträger legt in seinen verschiedenen Mietenstufen 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<sup>59</sup>.

Auch das Problem eines „zeitlichen Zusammenhangs“ zwischen Abrechnung und Erklärung löst sich von selbst, wenn man bedenkt, dass auch ein veraltetes Rechenwerk für einen Abrechnungszeitraum, der zwischenzeitlich von einem späteren Abrechnungszeitraum überholt wurde, für den aber noch keine Abrechnung vorliegt, Grundlage einer Erklärung des Vermieters nach § 560 Abs. 4 BGB sein kann<sup>60</sup>. Zwar muss sich die Erhöhung rechnerisch aus dem Nachzahlungssaldo der Abrechnung ergeben, doch trägt dieser Ansatz für das hier betrachtete aktuelle Problem trotzdem. Natürlich kann die aktuelle Steigerung im Bereich der Betriebskosten in einer veralteten Abrechnung noch nicht erfasst sein. Da es sich aber bei der „gebotenen angemessenen Erhöhung“ um eine Prognoseentscheidung handelt, darf auch ein kalkulierbarer Sicherheitszuschlag mit eingepreist werden, um allgemeine Kostensteigerungen aufzufangen<sup>61</sup>.

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

Folgt man dem hier vertretenen Ergebnis dagegen nicht, so wird man um einen Anspruch auf Anpassung des Mietvertrages durch Erhöhung der Vorauszahlungen wegen gestörter Geschäftsgrundlage nicht herkommen. Andernfalls ergibt sich das beschriebene unzumutbare Insolvenzrisiko beim Vermieter, das er für den Mieter übernimmt, wenn dieser das ganze Jahr ungedeckte Betriebskosten auflaufen lässt und hinterher nicht zahlen kann. Diese Gefahr zeigt sich sehr wahrscheinlich; aus der allgemeinen wirtschaftlichen Situation einschließlich Inflationsentwicklung, der Gefährdung oder gar dem Verlust des Arbeitsplatzes; und auch aus den ökonomischen Nachwirkungen der Pandemie mit Kurzarbeitergeld oder Jobverlust beim Mieter.

Auch dem Mieter muss daran gelegen sein, nicht zu viel an Betriebskosten „auflaufen“ zu lassen, um den „Abrechnungsschock hinterher“ zu vermeiden. Deshalb sollte man zeitig das Gespräch mit ihm zum Thema suchen und eine gemeinsame Vereinbarung zur Erhöhung der Vorauszahlungen als Ergebnis eigener Überzeugungsarbeit anstreben. Dabei kann man sich diese Überzeugungsarbeit mit dem Hinweis erleichtern, dass eine Senkung oder Rückerstattung vorgenommen werden wird, sobald sich (dauerhaft) ein sinkendes Kostenniveau zeigt. Im Hinblick auf § 560 Abs. 4 BGB entspricht das ohnehin der gesetzlichen Rechtslage. Denn das

---

<sup>59</sup> BGH, Urteil vom 31.1.2018 - VIII ZR 105/17, juris

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 18. Mai 2011 - VIII ZR 271/10, NJW 2011, 2350 Rn. 15; zustimmend Lehmann-Richter, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 560 BGB Rn. 61

<sup>61</sup> BGH, Urteil vom 28. September 2011 - VIII ZR 294/10, NJW 2011, S. 3642 Rn. 18; zustimmend: Lehmann-Richter, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022 § 560 BGB Rn. 73 und 80



dort enthaltene Gestaltungsrecht besteht im Falle sinkender Kosten auch zu Gunsten des Mieters („doppeltes Gestaltungsrecht“<sup>62</sup>). Auch zu § 313 BGB wird dies in der Rechtsprechung vertreten, wenn sich eine Anpassung als „rückanpassungsbedürftig“ zeigt<sup>63</sup>.

Gelingt eine Vereinbarung nicht, kann man immer noch wie beschrieben einseitig vorgehen. Die Basis dazu gibt es nach hier vertretener Auffassung allemal.

## 2. Umstellung von Betriebskostenpauschale auf Vorauszahlung mit Einzelabrechnung möglich?

Wie bereits zuvor angerissen spielten Betriebskosten in alten Mietverträgen eine mehr untergeordnete Rolle. Das lag an ihrem relativ überschaubaren Preisniveau. Auch aus Bequemlichkeit wurde gerne neben der Nettomiete eine Betriebskostenpauschale vereinbart, über die dann nicht abgerechnet werden musste. Oder man warf gar keine Pauschale für die Betriebskosten neben der Nettomiete aus und kalkulierte gleich alles in einem Betrag.

Jetzt steigen die Betriebskosten beträchtlich, insbesondere im energetischen Bereich bei Strom, Gas, Öl und auch Wasser, insbesondere aber im Bereich der Heizkosten. Die augenblicklich deutlich anziehende Inflation beschleunigt Preisentwicklungen zusätzlich. Kein Wunder - der lange vereinbarte Pauschalbetrag reicht nicht mehr aus, um die tatsächlich anfallenden Kosten jetzt noch zu decken. Die damit häufig verbundene Frage eines Vermieters: Kann von einer Betriebskostenpauschale auf eine Betriebskostenvorauszahlung umgestellt werden, über die dann nach Ende der Abrechnungsperiode eine „spitz gerechnete“ Betriebskostenabrechnung zu erteilen ist und die Teuerungen besser angepasst werden kann?

Eine solche Umstellung ist möglich, wenn der Vermieter die Betriebskosten künftig nach Verbrauch oder Verursachung umlegen möchte. In diesem Falle - und nur dann<sup>64</sup> - darf er von einer Betriebskostenpauschale auf eine Nettomiete mit jährlicher Abrechnung umstellen. Dem Vermieter kann also geholfen werden. Das Ergebnis: Die derzeitige Kostenunterdeckung durch die Pauschale, die ja zur Deckung der tatsächlich angefallenen Kosten nicht mehr ausreicht, kann beseitigt werden. Dazu muss sich der Vermieter durch schriftliche Erklärung an den Mieter vor Beginn der Abrechnungsperiode, für die die Umstellung greifen soll, richten. Möglich ist auch eine Erklärung in Textform (zum Beispiel per E-Mail). Gesetzliche Grundlage hierfür ist § 556 a Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB in Verbindung mit § 126 b BGB<sup>65</sup>. In der Erklärung ist der Grund für die Umstellung anzugeben und zu erläutern, so zum Beispiel durch den Hinweis auf gestiegene und weiter steigende Betriebskosten insbesondere im Bereich der Energiekosten, inflationsbedingte Kaufkraftentwicklungen, die durch die Pauschale nicht mehr abgefangen werden können, etc.

Wie gesagt: Die Erklärung muss vor dem Abrechnungszeitraum, ab dem sie gelten soll, dokumentiert und nachweisbar beim Mieter eingehen.

<sup>62</sup> Dazu Lehmann-Richter, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022 § 560 BGB Rn. 51; Deutscher Bundestag, Drucksache 14/4553, S. 14 und Deutscher Bundestag, Drucksache 14/5663, S. 81

<sup>63</sup> So: LG Krefeld, Urteil vom 14.7.2021 - 2 O 58/21, NZM 2021, 607 Rn. 78 am Ende

<sup>64</sup> AG Spandau, Urteil vom 13.12.2021 - 6 C 296/21, juris: eine darüber hinausgehende vorbehaltene Umstellungsmöglichkeit für den Vermieter per Formulklausel ist unwirksam.

<sup>65</sup> Vgl. Lehmann-Richter, in Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 556 a BGB Rn. 60 mit weiteren Nachweisen

Umgestellt werden kann auch im Falle einer bisher geltenden Inklusivmiete, die neben der eigentlichen Überlassung der Mieträume auch alle Betriebskosten oder auch einige Betriebskosten (dann Teilinklusivmiete) beinhaltet<sup>66</sup>.

### 3. Folgen unbedienter Vorauszahlungen

#### a) Zahlungsverzugsbedingte Kündigung

Wer Nettomiete und vereinbarte Betriebskostenvorauszahlungen nicht, nur teilweise oder ständig unpünktlich zahlt, gerät in Zahlungsverzug, wenn ihm daran ein eigenes Verschulden anzulasten ist oder wenn er fremdes Verschulden zu verantworten hat (§ 286 Abs. 4 BGB)<sup>67</sup>. Der Eintritt des Verzugs (selbst verschuldeter oder zu verantwortender Zahlungsrückstand) ist gesetzliche Voraussetzung für eine Kündigung wegen Zahlungsverzugs. Dazu folgendes:

Auch die vom Vermieter nach § 560 Abs. 4 BGB einseitig erhöhten Betriebskostenvorauszahlungen sind kündigungsrelevant, wenn sie nicht bedient werden. Offen stehende Beträge hieraus kann der Vermieter deshalb seiner zahlungsverzugsbedingten Kündigung zu Grunde legen, ohne dass er zuvor den Vermieter auf Zahlung der erhöhten Betriebskosten verklagt haben muss. Das vertritt der BGH in ständiger Rechtsprechung<sup>68</sup>, so auch in diesem Fall:

Wohnungsmieter M erhält von Vermieter V eine Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlungen. Die Erhöhungsbeträge zahlt er wie Teile der

---

<sup>66</sup> Dazu: Lehmann-Richter, Kommentar zum Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 556 a BGB Rn. 60 mit weiteren Nachweisen; ders., a.a.O. § 556 BGB Rn. 4 am Ende

<sup>67</sup> Das ist auch seit Ausbruch der Corona-Pandemie nicht anders. Das anlässlich der Corona-Krise erlassene Abmilderungsgesetz sah vor: Mietforderungen, die in der Zeit vom 1. April bis zum 30.6.2020 entstanden und fällig geworden sind, blieben bestehen, mussten also auch im Ergebnis weiter fristgerecht bedient werden (Art. 240 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB (Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.03.2020 (BGBl I Nr. 14, S. 569 ff)). Das gilt für später entstandene fällig gewordene Mietforderungen nebst Betriebskostenvorauszahlungen erst recht. Auf Zahlung geklagt werden kann auch im Urkundenprozess (Börstinghaus, ZAP Heft 8/2020, Fach 4 (2020), 411, 412; ebenso: LG Frankfurt/Main, Beschluss vom 7.8.2020 - 2-05 O 160/20, IMR 2020, 419).

Auch Gewerbemieten bleiben nach dem Willen des Gesetzgebers genauso weiterhin in voller Höhe fällig; spezielle Zeiten öffentlich-rechtlich verhängter Betriebsverbote werden in Art. 240 § 7 EGBGB gesondert geregelt. Nähere Erkenntnisse dazu hat der XII. Zivilsenat des BGH in seinen erwähnten Urteilen vom 12.1., 16.2. und 2.3.2022 gefunden.

Vom 1.4. bis zum 30.6.2020 war es gesetzlich nicht erlaubt, ein Wohnungsmietverhältnis wegen Zahlungsverzugs zu kündigen. Nach Auslaufen dieses Kündigungsmoratoriums innerhalb der Wohnungsmiete zum 1.7.2020 kann also auch wieder ungeschmälert wegen Zahlungsverzugs fristlos oder fristgemäß gekündigt werden (§§ 569 Abs. 3, 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 und 3 BGB); dies auch in Fällen, die in die Zeit des Moratoriums fallen.

<sup>68</sup> BGH, Urteil vom 18.7.2012 – VIII ZR 1/11, ZMR 2012, 853 = DWW 2012, 261 = NJW 2012, 3089 = NZM 2012, 676; BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2012 – VIII ZR 360/11 –, juris Rn. 6; a. A. LG Hamburg, 30. August 2007, 307 S 43/07; LG Berlin, 13. April 1989, 61 S 160/85, Grundeigentum 1989, 675; AG Altena, 20. März 1987, 2 C 839/86, WuM 1988, 25; LG München I, 28. Juni 1978, 14 S 2506/78, WuM 1979, 16; zu einem nur selten anzunehmenden entschuldbaren Rechtsirrtum: BGH, Urteil vom 11.4.2021 – XII ZR 48/10, juris) Der eine fristlose Kündigung begründende Zahlungsverzug entfällt nicht wegen fehlenden Verschuldens des Mieters, wenn dieser bei Anwendung verkehrsbüblicher Sorgfalt hätte erkennen können, dass die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Anhebung der Betriebskostenvorauszahlungen besteht; so zu Recht Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 18/2012 Anm. 3 unter C.

Grundmiete nicht. Bezüglich der Grundmiete beruft er sich auf einen mietmindernden Sachmangel der Wohnung. V klagt auf Zahlung und auf Räumung.

Letztinstanzlich gewinnt V vor dem BGH<sup>69</sup>. Vorgeiflich zur Räumungsklage sei die zahlungsverzugsbedingte Kündigung des V wirksam erklärt worden. Denn aus § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB ergebe sich keine Verpflichtung des Vermieters, den Mieter vor Ausspruch der Kündigung auf Zahlung der Erhöhungsbeträge nach § 560 Abs. 4 BGB zu verklagen. Bis zur Entscheidung des BGH war die Frage einer notwendig vorgeiflichen Klage auf Zahlung der Erhöhungsbeträge in Rechtsprechung und Literatur umstritten<sup>70</sup>. Der BGH stützt seine Ansicht auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB. Auch die Interessen des Mieters geböten es nicht, den Schutzbereich der Norm so auszuweiten, dass der Vermieter vor Erhebung einer Zahlungsklage nicht kündigen könnte. Die Vorschrift habe Ausnahmecharakter im Verhältnis der Kündigungsbestimmungen, was für eine restriktive Handhabung spreche. Der Mieter sei ausreichend geschützt, weil im Rahmen des Kündigungsprozesses zu prüfen sei, ob der Vermieter gemäß § 560 Abs. 4 BGB bei den Vorauszahlungen eine Anpassung auf die verlangte Höhe vornehmen durfte. Dazu bedürfe es einer inhaltlich korrekten Abrechnung. Dies könne der Mieter durch Einsicht in die Abrechnungsunterlagen überprüfen. Vor allem könne er dadurch erkennen, ob die Anpassung gemäß § 560 Abs. 4 BGB gerechtfertigt sei oder nicht und welches Prozessrisiko er eingehe, wenn er nicht zahle. Sollte der Vermieter die Einsicht nicht ermöglichen, könne der Mieter ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen. In diesem Fall sei eine auf Zahlungsverzug gestützte Kündigung ausgeschlossen<sup>71</sup>.

Nicht erfüllte Nachzahlungssalden aus der Betriebskostenabrechnung selbst können dagegen nicht Grundlage einer zahlungsverzugsbedingten fristlosen Kündigung sein. Die wohl herrschende Meinung ordnet Nachforderungen aus jährlichen Betriebskostenabrechnungen nicht als Miete im Sinne des mietrechtlichen zahlungsverzugsbedingten Kündigungstatbestandes ein. Denn es handele sich bei Nachforderungen aus Betriebskostenabrechnungen um eine Einmalzahlung<sup>72</sup>. Der BGH lässt die Gegenauffassung in seiner Entscheidung vom 28. Mai 1975<sup>73</sup> und vom 20. Juli 2016<sup>74</sup> zwar anklängen. Er hat diese Frage bisher aber nicht ausdrücklich entschieden, sondern letztlich offen gelassen<sup>75</sup>. Zur besseren Veranschaulichung der folgende Fall:

V kündigt zahlungsverzugsbedingt fristlos wegen ausstehender Betriebskostenvorauszahlungen und wegen einer unerfüllt gebliebenen Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung. Die Rückstände übersteigen

<sup>69</sup> BGH, Urteil vom 18.7.2012 – VIII ZR 1/11, ZMR 2012, 853 = DWW 2012, 261 = NJW 2012, 3089 = NZM 2012, 676

<sup>70</sup> Vergleiche die Nachweise bei BGH, a. a. O., Rn. 16 und 17 der Entscheidungsgründe

<sup>71</sup> So ausdrücklich Rn. 21 der Entscheidungsgründe am Ende

<sup>72</sup> OLG Koblenz, Rechtsentscheid vom 26. Juli 1984 - 4 W-RE 386/84, NJW 1984, 2369 = ZMR 1984, 351 = WuM 1984, 269; LG Dessau-Roßlau, Urteil vom 29. Dezember 2016 - 5 S 141/16, IMR 2017, 132

<sup>73</sup> BGH, Urteil vom 28. Mai 1975 - VIII ZR 70/74, WuM 1975, S. 897

<sup>74</sup> BGH, Urteil vom 20. Juli 2016 - VIII ZR 263/14, DWW 2016, 291 = NJW 2016, 3231 = NZM 2016, 762 = ZMR 2016, 768 = MDR 2016, 1323 = WuM 2016, 620: Betriebskostennachzahlung als wiederkehrende Leistung im Sinne des Verjährungsrechts - § 216 BGB

<sup>75</sup> BGH, Urteil vom 23. September 1987 - VIII ZR 265/86, WuM 1988, 125 = ZMR 1988, 16; BGH, Urteil vom 24 August 2016 - VIII ZR 261/15, NZM 2016, 765 = MDR 2016, 1257 = DWW 2016, 330 = WuM 2016, 658 = NJW 2016, 3437 = ZMR 2017, 30

den Betrag von zwei Monatsmieten. M wendet sich gegen die Kündigung, V stellt sich auf den Standpunkt, auch Betriebskostennachzahlungen seien vom Begriff der Miete umfasst.

Das LG Dessau-Roßlau<sup>76</sup> weist die Räumungsklage ab. Die erklärte zahlungsverzugsbedingte Kündigung sei unwirksam. Nachzahlungen von Betriebskosten aufgrund von Abrechnungssalden fielen nicht unter § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB. Denn die Nachzahlung aufgrund einer Betriebskostenabrechnung sei nicht periodisch im Sinne einer monatlichen Mietzahlung zu erbringen. Die endgültig geschuldeten Betriebskosten ergeben sich erst der Höhe nach aus der jährlichen Abrechnung. Sie seien erst dann fällig, wenn dem Mieter eine ordnungsgemäße und nachprüfbar Abrechnung zugegangen und eine angemessene Prüfungs- und Überlegungsfrist verstrichen sei.

Achtung: Dies bezieht sich nur auf die fristlose zahlungsverzugsbedingte Kündigung, nicht auf die ordentliche verhaltensbedingte Kündigung<sup>77</sup>, die deswegen möglich bleibt.

#### b) Ausfrieren durch den Vermieter

Zu untersuchen bleibt, ob der Vermieter im Falle der berechtigten Kündigung wegen Zahlungsverzugs zur weiteren Durchsetzung seiner Rechte auch Versorgungssperren mit Gas, Wasser und Strom verhängen kann. Vorgreiflich für diesen Ansatz ist, dass der Vermieter entsprechende Lieferverträge abgeschlossen hat. Für die Lösung ist zwischen dem Gewerbe- und dem Wohnraummietrecht zu differenzieren. Zunächst zur Gewerbemiete:

Der Fall:

Die Parteien streiten um die Befugnis des Beklagten, als Vermieter die Versorgung der vom Kläger gemieteten Gewerberäume mit Heizwärme zu unterbrechen. Nach dem Abschluss des Gewerbemietvertrags im Juli 2000 entrichtete der Mieter bereits seit dem Jahr 2001 keine Nebenkostenvorauszahlungen mehr. Später stellte er auch die Zahlung der Miete ein. Im August 2007 ergab sich ein Zahlungsrückstand von acht Monatsmieten. Der Vermieter kündigte das Mietverhältnis wiederholt, zuletzt fristlos wegen Zahlungsverzugs im August 2007. Zwischen den Parteien schwebt ein Räumungsverfahren. Der Vermieter drohte, die Lieferung von Heizwärme einzustellen.

Die Lösung:

Der BGH<sup>78</sup> verwarf die Unterlassungsklage des Mieters. Ein Unterlassungsanspruch aus § 535 Abs. 1 BGB aus der Pflicht zur Gebrauchsüberlassung scheitere. Der Gewerbemietvertrag sei durch die Zahlungsverzugskündigung wirksam beendet gewesen, als der Vermieter die Heizungsversorgung unterbrach.

Nach dem Vertragsende sei der Vermieter gegenüber dem die Mieträume weiter nutzenden Mieter zur Gebrauchsüberlassung und damit auch zur Fortsetzung

---

<sup>76</sup> Urteil vom 29. Dezember 2016 - 5 S 141/16, IMR 2017, 132

<sup>77</sup> Dazu: BGH, Urteil vom 10. Oktober 2012 – VIII ZR 107/12 –, BGHZ 195, 64-73; BGH, Urteil vom 13. Oktober 2021 – VIII ZR 91/20 –, juris Rn. 56 der Entscheidungsgründe

<sup>78</sup> BGH, Urteil vom 6. Mai 2009 - XII ZR 137/07; NJW 2009, 1947 = NZM 2009, 482 = DWW 2009, 223 = BGHZ 180, 300-311

vertraglich übernommener Versorgungsleistungen (hier: Belieferung mit Heizenergie) grundsätzlich nicht mehr verpflichtet. Die Einstellung oder Unterbrechung der Versorgung mit Heizenergie durch den Vermieter störe den Mieter nicht im Besitz der Mieträume (§§ 862 Abs. 1 S. 2, 858 BGB). Zwar stehe der Besitzschutz auch dem zur Räumung verpflichteten Mieter als unrechtmäßigem Besitzer zu. Die zur Nutzung des Mietobjekts erforderlichen Energielieferungen seien aber nicht Bestandteil des Besitzes und könnten daher auch nicht Gegenstand des Besitzschutzes nach §§ 858 ff BGB sein. Der Besitz umfasse lediglich den Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft. Der Zufluss von Versorgungsleistungen könne zwar Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch sein, der aber nach Beendigung des Vertrages nicht mehr geschuldet werde. Er sei hingegen nicht Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft als solcher. Da der Besitzschutz nur Abwehrrechte und keine Leistungsansprüche gewähre, mache es auch keinen Unterschied, ob die Störung durch den (Miet-)Vertragspartner oder durch einen Dritten wie etwa den Energieversorger erfolge<sup>79</sup>. Schließlich komme es nicht darauf an, ob der Mieter (Mit-)Besitzer der Absperrvorrichtungen sei.

Ein Anspruch des Mieters auf Fortsetzung von Versorgungsleistungen könne im Falle des bereits beendeten Mietverhältnisses nur im Einzelfall nach Treu und Glauben aus nachvertraglichen Pflichten des Vermieters folgen. Zumindest bei zahlungsverzugsbedingt beendetem Gewerbemietverhältnis sei diese Pflicht wegen Unzumutbarkeit für den Vermieter aber nicht mehr anzunehmen, wenn der Mieter sich mit Grundmiete, nachvertraglicher Nutzungsentschädigung und Betriebskostenvorauszahlungen im Zahlungsverzug befinde und dem Vermieter mangels eines Entgelts für seine Leistungen ein stetig wachsender Schaden drohe.

Daraus folgt für die Praxis:

In seiner zum Gewerbemietrecht ergangenen Entscheidung macht der BGH deutlich, dass sich im Einzelfall nachvertragliche Pflichten des Vermieters zu weiteren Versorgungsleistungen für die weiter genutzte Wohnung trotz beendetem Mietvertrag ergeben können<sup>80</sup>. Solche nachvertraglichen Pflichten könnten sich im Einzelfall aus der Eigenart des - beendeten - Mietvertrages wie z.B. bei der Wohnraummiete oder den besonderen Belangen des Mieters (z.B. Gesundheitsgefährdung oder etwa durch Versorgungssperre drohender, besonders hoher Schaden) ergeben. Dies würde allerdings allein den Interessen des Mieters dienen<sup>81</sup>. Die trotz beendeten Vertrags aus Treu und Glauben nach § 242 BGB herzuleitende Verpflichtung lasse sich daher nur rechtfertigen, wenn sie auf der anderen Seite den berechtigten Interessen des Vermieters nicht in einer Weise zuwiderlaufe, die ihm die weitere Leistung unzumutbar mache. Sei dem Vermieter die Weiterbelieferung nicht zumutbar, so komme es anders als bei bestehendem Mietvertrag auf den Umfang und die Grenzen eines Zurückbehaltungsrechts nicht an, weil der Vermieter in diesem Fall schon nicht mehr zur Gebrauchsüberlassung verpflichtet sei.

Als Beispiel einer nachvertraglichen Pflicht des Vermieters zu Versorgungsleistungen führt der BGH eine gewährte Räumungsfrist für den Mieter nach §§ 721, 765 a, 794 a ZPO an, wenn dem Vermieter wegen der regelmäßig entrichteten Nutzungsentschädigung kein Schaden entsteht. Das Problem stelle sich nicht, wenn

---

<sup>79</sup> a. A. Derleder NZM 2000, 1098, 1100 f.

<sup>80</sup> so auch Schmidt-Futterer/Gather Mietrecht 9. Aufl. 2007, § 546 a BGB Rdn. 47 ff.; MünchKomm/Bieber BGB 5. Aufl. § 546 a Rdn. 28 ff

<sup>81</sup> vgl. insoweit Staudinger/Rolls BGB [2006] § 546 a BGB Rdn. 6

der Mieter Versorgungsleistungen aufgrund eigener Vertragsbeziehung zum Versorgungsunternehmen beziehe. Dann drohe dem Vermieter durch die weitere Versorgung der Mieträume mit Wasser, Strom und Heizenergie kein Schaden. Denn in diesem Falle hafte er nicht gegenüber dem Energieversorger<sup>82</sup>. Deshalb sei der Vermieter dann nicht berechtigt, die Versorgungseinrichtungen zu sperren, um wegen anderer Forderungen Druck auf den Mieter auszuüben.

Bei diesem Hinweis übersieht der BGH, dass es der Vermieter bei direkter Vertragsbeziehung zwischen Mieter und Energieversorger gar nicht in der Hand hat, Leistungen zu unterbinden.

Damit gilt im Gewerbemietrecht:

Ein Anspruch des Mieters auf Versorgungsleistungen kann bei beendetem Mietverhältnis nur im Einzelfall aus nachvertraglichen Pflichten (§ 242 BGB), nicht aber aus Besitzschutzansprüchen (§§ 862 Abs. 1 S. 2, 858 BGB) folgen. Erhebliche Zahlungsrückstände des Mieters und eine zahlungsverzugsbedingte Vertragsbeendigung hindern die Annahme einer solchen Pflicht. Denn nach dem Ende des Mietverhältnisses ist der Vermieter gegenüber dem Mieter nicht mehr zur Belieferung mit Heizenergie verpflichtet, wenn der Mieter die Mieträume vertragswidrig weiter nutzt und angenommen werden kann, dass der Mieter die Heizkosten nicht mehr entrichten wird. Davon ist auszugehen, wenn der Vermieter bereits wegen Zahlungsverzuges kündigen musste. Ein ständig wachsender Schaden ist ihm nicht zuzumuten.

Dagegen soll bei noch bestehendem Mietverhältnis eine Versorgungssperre unzulässig sein.<sup>83</sup>

Nun zur Wohnraummiete:

Der für das Wohnungsmietrecht zuständige VIII. Zivilsenat hat diesen Fall noch nicht judiziert, doch ist es aus dogmatischen Gründen wie aus Mieterschutzerwägungen naheliegend, das er zum entgegengesetzten Ergebnis gelangt.

Nach bislang herrschender Meinung ist der Vermieter nicht berechtigt, die Versorgung seines Mieters mit Wasser und Heizung sowie sonstigen Energien zu unterbrechen, selbst wenn dieser mit der Zahlung der laufenden Betriebskosten in Verzug ist. Dem Vermieter steht insoweit kein Zurückbehaltungsrecht zu. Denn der Vermieter kann von ihm geschuldete Nebenleistungen zur Versorgung des Mieters mit Wärme, Strom und Wasser nicht gemäß §§ 273, 320 BGB zurückhalten, obwohl die Voraussetzungen der Vorschriften bei Zahlungsverzug des Mieters gegeben sind.<sup>84</sup> Nach herrschender Meinung soll in diesen Fällen das an sich gegebene

---

<sup>82</sup> BGH, Urteil vom 10.12.2008 - VIII ZR 293/07, NJW 2009, 913 = NZM 2009, 195

<sup>83</sup> KG, Urteil vom 23.10.2014 – 8 U 178/14, ZMR 2015, 224 = MDR 2015, 19 = MietRB 2015, 41

<sup>84</sup> KG, Beschl. v. 29.08.2005 – 8 U 70/05, ZMR 2005, S. 951; KG, Ur. v. 08.07.2004 – 12 W 21/04, NZM 2005, S. 65 = ZMR 2004, S. 905; OLG Celle, Ur. v. 28.04.2005 – 11 U 44/05, NZM 2005, S. 741; LG Hannover, Ur. v. 19.01.2005 – 11 O 467/04, ZMR 2005, S. 615; OLG Köln, Beschl. v. 26.04.2004 – 1 U 67/03, NZM 2005, S. 67; LG Göttingen, Beschl. v. 7.3.2003 – 5 T 282/02, WM 2003, S. 626; LG Berlin, Beschl. v. 19.6.2003 – 67 S 376/02, WM 2003, S. 508 f; AG Flensburg, Beschl. v. 24.9.2003 – 61 C 350/03, WM 2004, S. 32; OLG Hamburg, WM 1978, S. 169 (Heizung); LG Kassel, WM 1979, S. 51 (Wasser); LG Heilbronn, WM 1965, S. 46 (Strom); Stornel, Mietrecht, Teil II, Rdn. 81, S. 252 f; Beuermann, Darf der Vermieter den zahlungsunwilligen Mieter ausfrieren? Grundeigentum Berlin 2002, S. 1601 ff; differenzierend: Ulrici, Liefersperren als verbotene Eigenmacht, ZMR 2003, S.

Zurückbehaltungsrecht nach § 242 BGB ausgeschlossen sein. Deshalb erfüllt das Ausfrieren des Mieters den Tatbestand der verbotenen Eigenmacht (§ 858 BGB).

**Praxishinweis:** Der Mieter kann sich hiergegen mit einer einstweiligen Verfügung erfolgreich wehren.<sup>85</sup>

Allerdings hat das AG Waldshut-Tiengen<sup>86</sup> die Möglichkeit der Einstellung einer Versorgung mit warmem Wasser auch für den Wohnraumbereich zugelassen. Zahle ein Mieter längere Zeit keine Miete, so könne der Vermieter unter Umständen das warme Wasser abdrehen.

Hinweis:

Die Entscheidung erging in einem Fall, in dem eine Frau als Folge einer Ehescheidung in finanzielle Not geriet und zahlungssäumig wurde. Der Vermieter kündigte fristlos und stellte die Warmwasserversorgung ein. Die Frau beantragte als ehemalige Mieterin eine einstweilige Verfügung: Die Versorgung mit Warmwasser sei für sie und für ihre Kinder notwendig. Der Richter sah das anders und gestand dem Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht zu, wenn die Mieterin mit 3 Monatsmieten in Verzug geraten sei und das Mietverhältnis deswegen beendet worden wäre. Auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sei nicht verletzt. Denn der Vermieter habe nicht alle Grundversorgungsleistungen wie Wasser und Strom zurückgehalten, sondern nur einen Teil.

Auch das Amtsgericht Hameln<sup>87</sup> gestand einem Vermieter im Falle eines zahlungsverzugsbedingt gekündigten Wohnungsmietverhältnisses das Recht zu, die weitere Belieferung mit Heizenergie nach beendetem Mietverhältnis einzustellen.

Diese Auffassung wird in der Literatur für den Fall des beendeten Mietverhältnisses geteilt; dies zumindest dann, wenn der Vermieter trotz zügiger Prozessvorbereitung und Prozessführung einen Räumungstitel nicht erlangen kann und der weitere Verbleib des Mieters in der Wohnung bzw. in den Gewerberäumen für den Vermieter aus finanziellen oder sonstigen Gründen nicht mehr erträglich ist<sup>88</sup>. Das soll aber nach der Auffassung des BGH unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben stehen, was eine Abwägung im Einzelfall erforderlich macht.<sup>89</sup>

Besteht also der Versorgungsvertrag zwischen dem Versorger und dem Vermieter, kommt eine Sperre in Betracht, wenn deshalb der Besitz des Mieters nicht gestört werden muss, der Vermieter die Wohnung also zur praktischen Durchführung der

---

895 ff a.A.: von Martius, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete 3. Aufl. 1999, Teil III A Rdn. 1152, S. 962 f; a.A. auch: BGH, Urt. v. 10.06.2005 – V ZR 235/04, NZM 2005, S. 626 = ZMR 2005, S. 880; KG, Beschl. v. 26.11.2001 – 24 W 7/01, n.v., jeweils für den Wohnungseigentümer mit Wohngeldrückständen gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft sowie für dessen Mieter (Ausfrierungsmöglichkeit bejaht)

<sup>85</sup> Eisenschmid, in: Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 8. Aufl. 2003, § 535 BGB Rdn. 86 mit weit. Nachweisen zur Rspr., Horst, Selbsthilfemöglichkeiten bei der Abwicklung beendeter Mietverhältnisse, NZM 1998, S. 139 (139 f)

<sup>86</sup> AG Waldshut-Tiengen, Beschluss vom 6.7.2009 - 7 C 131/09, DWW 2010, 23 = InfoM 2009, 319

<sup>87</sup> Urteil vom 13.11.2009 –23 C 304/09 (III), n.v.

<sup>88</sup> So: Streyl, Vorprozessuale Strategien und Vorbereitung eines Mietprozesses, NZM 2014, 1, 10; Streyl, in: Schmidt-Futterer, Kommentar zum Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 546 BGB Rn. 116 ff; auch Scheidacker, Versorgungssperren im Miet- und WEG-Recht, NZM 2010, 103 ff

<sup>89</sup> BGH, Urteil vom 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NZM 2009, 482 zur Gewerbemiete; ebenso: Streyl, NZM 2014, 1, 10

Sperre nicht zu betreten braucht<sup>90</sup>. Solange der Vermieter und Hauseigentümer nicht eingreift, bleibt er gegenüber dem Energieversorger als direkter Beteiligter des Versorgungsvertrages zahlungspflichtig. Zahlt er trotzdem nicht, muss der Versorger dem Mieter einen eigenen Vertrag anbieten, bevor er abreht. Andernfalls begeht er verbotene Eigenmacht<sup>91</sup>, was dem Mieter gegen den Versorger Abwehrrechte zugesteht.

Hinweis:

In seiner Entscheidung vom 6.5.2009<sup>92</sup> weist der BGH darauf hin, dass auch die Sperrung von Versorgungsleitungen durch eine Wohnungseigentümergeinschaft als solche keine Besitzschutzansprüche auslöst<sup>93</sup>, auch wenn sie den Mieter eines Wohnungseigentümers betrifft<sup>94</sup>. Deshalb kann die Wohnungseigentümergeinschaft auch von dem Mieter eines Wohnungseigentümers aus § 1004 BGB die Duldung von technischen Maßnahmen in der vermieteten Wohnung zur Durchführung einer Versorgungssperre verlangen, wenn der vermietende Wohnungseigentümer mit Wohngeldzahlungen im Verzug ist<sup>95</sup>. Das setzt ein Betretungsrecht voraus<sup>96</sup>. Der Mieter könnte die Versorgungssperre durch Zahlung der Rückstände an die Gemeinschaft abwenden.

c) Ausfrieren durch den Energieversorger bei Selbstversorgung durch direkten Vertrag des Mieters mit dem Versorger

Hat der Mieter direkt ausdrücklich mit dem Versorger kontrahiert und zahlt der Mieter nicht, so kann der Versorger die Leistungen unterbrechen (§ 19 Abs. 2 Satz 1 GasGVV<sup>97</sup>) und den Versorgungsvertrag fristlos kündigen (§ 21 Absatz 2 GasGVV). Die entsprechenden Vorschriften der Verordnungen über die Allgemeinen Bedingungen für die Grundversorgung mit Strom, Gas, Fernwärme und Wasser (StromGVV, GasGVV, AVBWasserV, AVBFernwärmeV) geben diese Möglichkeit für die dort genannten Energieformen mit identischem Wortlaut ebenso. Im Gegenzug hat selbst der Wohnungsmieter gegen den Stromversorger keinen Anspruch auf Unterlassung der Unterbrechung der Anschlussnutzung aus § 862 Abs. 1 Satz 2 BGB oder aus §§ 1004 Abs. 1 BGB analog, 823 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB<sup>98</sup>. Was dem

---

<sup>90</sup> Streyll, a.a.O.

<sup>91</sup> AG Wiesbaden, Urteil vom 23.2.2010 – 92 C 495/10, zit. nach juris; AG Bremen, Beschluss vom 22.8.2016 – 2 C 290/16, zit. nach juris

<sup>92</sup> BGH, Urteil vom 6. Mai 2009 - XII ZR 137/07; NJW 2009, 1947 = NZM 2009, 482 = DWW 2009, 223 = BGHZ 180, 300-311

<sup>93</sup> vgl. BGH Urteil vom 10. Juni 2005 - V ZR 235/04 - NJW 2005, 2622, 2623 - Gemeinschaft von Erbbauberechtigten; OLG Frankfurt a. M. OLGR 2006, 1060

<sup>94</sup> Staudinger/Bund BGB [2007] § 858 Rdn. 53; Palandt/Bassenge BGB 68. Aufl. § 862 Rdn. 4; Gaier ZWE 2004, 109, 111; ausführlich Scholz NZM 2008, 387; a. A. OLG Köln NJW-RR 2001, 301

<sup>95</sup> vgl. auch BGH, Urteil vom 1.12.2006 – V ZR 112/06, NJW 2007, 432, Störungsabwehr gegenüber einem Miteigentümer durch Inanspruchnahme des Mieters seiner Eigentumswohnung dazu: Briesemeister, ZMR 2007, 661

<sup>96</sup> Dazu: BGH, Beschluss vom 10.8.2006 – I ZB 126/05, ZMR 2007, 675

<sup>97</sup> Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung - GasGVV) vom 26.10.2006 (BGBl. I, S. 2391, 2396) zuletzt in der Fassung vom 22. 11. 2021 (BGBl. I 2021, S. 4946)

<sup>98</sup> LG Berlin, Urteil vom 12. Mai 2021 - 33 S 23/20, juris



Vermieter nicht möglich ist, steht den Versorgungsunternehmen und Netzbetreibern also ohne weiteres zu.

Der Eigentümer und Vermieter muss dann nicht für seinen Mieter dessen Schulden beim Versorger begleichen<sup>99</sup>. Freilich darf der Vermieter in diese Versorgungsbeziehung nicht eingreifen, die der Mieter direkt mit dem Versorger unterhält. Anders ist dies nur, wenn damit eine Gefahr für das Gebäude einhergeht<sup>100</sup>.

#### d) Vermieter als „Schuldner“ des Energieversorgers für seine zahlungssäumigen Mieter?

Einzelne kommunale Versorgungsunternehmen gehen bereits dazu über, mit Mietern abgeschlossene Direktlieferungsverträge für den Wasserbezug schlicht zu ignorieren und den Immobilieneigentümern und Vermietern die Rechnungen für ihre Mieter zu präsentieren. Dazu berufen sie sich auf kommunale Satzungen, die den Immobilieneigentümer als Schuldner für entstandene Gebührenpflichten sehen. Dabei wird mehr oder minder unverblümt zum Ausdruck gebracht, dass man bei Mietern häufiger mit Zahlungsausfällen rechnen müsse und sich deshalb an den Eigentümer wende.

Verbraucherzentralen und Wohlfahrtsverbände steigen ebenfalls auf das Thema ein; die Medien verbreiten Tipps zur Reduktion des Energieverbrauchs. In Telefonaktionen finden Beratungen zu angefallenen Energiekosten und zu ihrer Reduktion in der Zukunft statt.

Was aber passiert, wenn der eigene Mieter seine Stromrechnung, seine Gasrechnung oder seine Wasserrechnung gegenüber dem Energieversorger nicht mehr bezahlt?

#### Ausgangsfall 1:

Vermieter V hat in seinem Haus 2 Wohnungen an jeweils unterschiedliche Mieter, M1 und M2, vermietet. Beide Mieter sind „Selbstversorger“, haben also einen eigenen Energielieferungsvertrag für die jeweiligen Etagenheizungen mit dem kommunalen Energieversorger abgeschlossen. Der Gasbezug läuft über einen einheitlichen hauseigenen Zähler. Beide Mieter zahlen die Gasrechnungen nicht. Sie werden dem Vermieter in Höhe von rund 20.000 € präsentiert. Muss V zahlen?

Das LG Amberg<sup>101</sup> weist die Zahlungsklage gegen den Vermieter ab. Denn der Vermieter sei nicht Vertragspartner, folglich schulde er auch nicht den Ausgleich der daraus entstandenen Forderungen. Wenn ein Versorgungsvertrag auch durch Annahme einer sogenannten „Realofferte“ zustande kommen könne (§ 2 Abs. 2 GasGVV), so sei diese Realofferte doch nicht an den Vermieter V gerichtet gewesen, der sie folglich auch durch die Entnahme und den Verbrauch des gelieferten Gases nicht habe annehmen können. Denn nur M habe die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt gehabt. Entscheidend sei, wer

---

<sup>99</sup> Dazu näher sogleich unter IV. 3) d)

<sup>100</sup> So: Streyll, a. a. O. mit weiteren Nachweisen

<sup>101</sup> Urteil vom 6.9.2021 - 22 O 828/20, IMR 2022, 244

die gelieferte Energie verbrauche. Nähere Vorstellungen des Gasanbieters hierzu blieben ohne Belang<sup>102</sup>.

#### Ausgangsfall 2:

M, Mieter einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus, zahlt seine Stromrechnung nicht, das Stromversorgungsunternehmen mahnt, sperrt die Stromzufuhr und wendet sich mit den offenen Rechnungen an Hauseigentümer und Vermieter V. V will nicht für M „bluten müssen“ und lässt sich auf Zahlung verklagen.

Der BGH<sup>103</sup> weist die Zahlungsklage ab. Denn die Wohnung verfüge über einen eigenen Stromzähler. Sei dieser Stromzähler ausschließlich der Mietwohnung zugeordnet, so komme ein Stromlieferungsvertrag mit entsprechender Zahlungspflicht ausschließlich zwischen dem Mieter und dem Energieversorger zustande.

Zunächst zum Vertragsangebot: Der Energieversorger biete den Abschluss des Energieversorgungsvertrags demjenigen an, der die Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss am Übergabepunkt habe und der die Energie dann abnehme, so der BGH. Auf die Eigentümerstellung komme es dabei nicht an (Realofferte). Verfüge die Wohnung über einen eigenen Stromzähler, sei Adressat des Vertragsangebots der Mieter.

Entnehme er dem Leitungsnetz Strom, nehme der Mieter mit dieser Handlung das Vertragsangebot „zwischen den Zeilen“ an (konkludente oder schlüssige Annahme des Vertragsangebots). Zwar habe der Eigentümer die Verfügungsgewalt, doch komme auch der Mieter als Vertragspartner in Betracht, weil ihm diese Verfügungsgewalt aufgrund des Mietvertrags übertragen worden sei. Abzustellen sei letztendlich auf die tatsächliche Stromentnahme in den Mieträumen und nicht auf die bloße Bereitstellung von elektrischer Energie am Hausanschluss. Denn das in § 2 Abs. 2 StromGVV genannte Elektrizitätsversorgungsnetz „der allgemeinen Versorgung“ ende nicht am Netzanschluss nach § 5 NAV („Hausanschluss“), sondern stelle auf die Kundenanlage mit ab, d. h. auf die einzelnen Entnahmeeinrichtungen in den Wohnungen<sup>104</sup>.

Folge: Der Mieter zahlt, wenn er über einen eigenen Zähler verfügt und alleiniger Inhaber der Verfügungsmacht über die Energieentnahmestellen ist<sup>105</sup>.

#### Ausgangsfall 3:

---

<sup>102</sup> Zu den Gaskosten: AG Schöneberg, IMR 2020, 163 - ebenfalls keine automatische Haftung des Vermieters für die vom Mieter verursachten Energiekosten; vgl. allerdings auch OLG Hamm, IMR 2018, 206 - Vermieter ist ohne klare Zuordnung eines Energieverbrauchs zum Mieter zahlungspflichtig; zur Stromversorgung: BGH, IMR 2020, 124 - Mieter ist Adressat der Realofferte bei einer Wohnung mit eigenem Zähler

<sup>103</sup> BGH, Urteil vom 27. 11. 2019 (VIII ZR 165/18, NZM 2020, 213 = WuM 2020, 94 = IMR 2020, 124

<sup>104</sup> Ebenso bereits für den Stromlieferungsvertrag: KG Berlin, Beschluss vom 21.1.2020 - 27 U 139/19, juris; LG Köln, Urteil vom 11.7.2018 - 18 O 18/17, juris; LG Itzehoe, Urteil vom 08. Mai 2018 - 1 S 116/17, MietRB 2018, 259 = IMR 2018, 477; a. A. OLG Hamm, Urteil vom 15. Januar 2018 - I-2 U 127/17, IMR 2018, 206 und LG Saarbrücken, LG Saarbrücken, Urteil vom 20. Mai 2016 - 10 S 13/16, IMR 2017, 37 - ohne klare Zuordnung der Energieverbräuche (hier Strom und Gas) zahlt der Hauseigentümer; ebenso über die Realofferte einen Gaslieferungsvertrag zwischen dem Mieter als Verfügungsberechtigten über die Energieentnahmestelle und dem Energieversorger kraft Realofferte annehmend: LG Aachen, Urteil vom 0,29 € 10. 2020 - 2 S 52/20, ZMR 2021, 170). Mit alldem hat der BGH nun aufgeräumt -

<sup>105</sup> Vgl. auch zur Stromsperre: BGH, Beschluss vom 17.6.2021 - I ZB 68/20, NZM 2022, 289

Mieter M und Mieterin M1 mieten gemeinsam ein Einfamilienhaus. M1 unterschreibt nur aus Bonitätsgründen, zieht aber selbst nicht ein und hält sich nur zu kurzen Besuchen in diesem Haus auf. Energieversorger E stellt Gas zur Verfügung, das M im Haus verbraucht. Zwischen M und E gibt es keinen schriftlichen Energieversorgungsvertrag. Als M das verbrauchte Gas nicht zahlt, sperrt E die Versorgung ab und klagt auf Zahlung - gegen M1.

Der BGH<sup>106</sup> gibt der Klage statt. Die Begründung:

In der angebotenen und zum Verbrauch bereit gehaltenen Energie durch E sei eine so genannte Realofferte zu sehen. Dieses konkludente Angebot sei auf Abschluss eines Versorgungsvertrags gerichtet, im Falle dessen Abschlusses beide Mieter als Gesamtschuldner haften. Durch den Verbrauch der Energie sei das Vertragsangebot konkludent angenommen worden, dadurch der Energielieferungsvertrag zu Stande gekommen. Der tatsächlich Energie Verbrauchende habe dabei sowohl im eigenen Namen als auch stellvertretend für M1 gehandelt. Die dafür erforderliche Vertretungsmacht folge hier aus den Grundsätzen der Duldungsvollmacht<sup>107</sup>. Von einer Duldungsvollmacht sei auszugehen, so der BGH, wenn der Vertretene es willentlich geschehen lasse, dass ein anderer für ihn wie ein Vertreter auftritt, und der Geschäftspartner dieses Dulden nach Treu und Glauben dahin verstehe und auch verstehen durfte, dass der als Vertreter Handelnde zu den vorgenommenen Erklärungen bevollmächtigt sei<sup>108</sup>.

Da M1 den Mietvertrag mitunterzeichnet und den Mitmieter M im Anschluss daran ohne weitere Vereinbarungen in das Haus habe einziehen lassen, dulde sie es wissentlich, dass er die zur Nutzung zwingend erforderliche Heizung in Betrieb nahm, hierdurch Gas verbraucht und damit die Realofferte angenommen habe.

Ausgangsfall 4:

F war von Dezember 2014 bis August 2015 unter einer Wohnadresse gemeldet. Der Energieversorger erhält davon Kenntnis und unterstellt, F wohne dort. An den Entnahmestellen für die Wohnung werden Gas und Strom aus dem Leitungsnetz entnommen. Die mittlerweile ausgezogene F erhält dafür die Rechnung. Dagegen wehrt sie sich mit dem Hinweis, sie sei weder Mieterin noch Eigentümerin der Wohnung. Vielmehr habe sie dort mit ihrem Ex-Lebensgefährten L gewohnt. Nur L sei Mieter. Energieversorger E reicht Zahlungsklage ein.

Das AG Steinfurt; spricht die Klage zu<sup>109</sup>. Ein Versorgungsvertrag sei zustande gekommen. Denn in der Bereitstellung von Strom und Gas durch den Energieversorger liege ein Angebot auf Abschluss eines Versorgungsvertrags in Form einer Realofferte, dass durch die Entnahme von Strom und Gas aus dem Leitungsnetz vom Entnehmenden (schlüssig) angenommen worden sei (vgl. § 2 Abs. 2 StromGKV und § 2 Abs. 2 GasGKV<sup>110</sup>). Argumentiere F dagegen, müsse sie die dazu vorgetragenen Tatsachen nachweisen. Das sei hier nicht gelungen; zunächst könne offenbleiben, ob sie Eigentümerin oder Mieterin sei oder nicht. Unstreitig habe sie die Wohnung mit bewohnt. Die Vermutung, dass sie dann auch die tatsächliche

---

<sup>106</sup> BGH, Urteil vom 22. Juli 2014 – (VIII ZR 313/13, WuM 2014, S. 618 = NZM 2014, S. 702 = NJW 2014, S. 3150; ebenso bereits: BGH, Urteil vom 2.7.2014 fort (Az VIII ZR 316/13

<sup>107</sup> BGH, a. a. O. Rn. 25 und 26 nach juris

<sup>108</sup> BGH, a. a. O., Rn. 26 nach juris mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung des BGH

<sup>109</sup> AG Steinfurt, Urteil vom 17.6.2020 - 21 C 915/18, ZMR 2020, 991-993

<sup>110</sup> BGH, Urteil vom 2.7.2014 - VIII ZR 316/13, juris

Verfügungsgewalt über die Versorgungsanschlüsse der Wohnung ausübte, habe sie nicht entkräften können. Es sei deshalb davon auszugehen, dass sie als Mitbewohnerin neben dem Mieter Mitinhaberin der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Entnahmestellen gewesen sei. Deshalb sei sie als Gesamtschuldnerin gemäß § 421 Satz 1 BGB zu Recht in Anspruch genommen worden.

Nachtrag zu den Ausgangsfällen:

Zu unterscheiden ist zunächst danach, ob es einen direkt abgeschlossenen Versorgungsvertrag über die Entnahmestellen gibt, deren Verbrauchsrechnungen offengeblieben sind.

aa) Ausdrücklich abgeschlossener Vertrag zwischen den Hauseigentümer/Vermieter und den Versorgungsunternehmen

Besteht der Versorgungsvertrag zwischen dem Versorger und dem Vermieter, muss der Vermieter selbstverständlich auch dann zahlen, wenn er selbst das Geld vom Mieter nicht zurück erhält. Weil der Mieter dann auf Kosten seines Vermieters lebt, stellt sich die Frage, ob der Vermieter die Energieversorgung unterbrechen kann, um den Mieter so zur Zahlung zu veranlassen (sog. „ausfrieren“)<sup>111</sup>.

bb) Ausdrücklich abgeschlossener Vertrag zwischen dem Mieter und den Versorgungsunternehmen

Hat der Mieter direkt ausdrücklich mit dem Versorger kontrahiert und zahlt der Mieter nicht, so kann der Versorger auch durch Wegnahme des Stromzählers die Energiezufuhr unterbrechen; Der Eigentümer und Vermieter muss dann nicht für seinen Mieter dessen Schulden beim Versorger begleichen.

Vollstrecken lässt sich eine entsprechende darauf lautende Gerichtsentscheidung allerdings erst dann, wenn der Mieter zumindest Mitgewahrsam an dem Raum hat, in dem sich der Stromzähler befindet. Hat der Mieter diesen Mitgewahrsam nicht, weil er keinen Schlüssel zu dem Raum besitzt und deshalb auch den Raum selbst nicht betreten könnte, muss eine Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher scheitern<sup>112</sup>.

Freilich darf der Vermieter in diese Versorgungsbeziehung nicht eingreifen, die der Mieter direkt mit dem Versorger unterhält. Anders ist dies nur, wenn damit eine Gefahr für das Gebäude einhergeht<sup>113</sup>.

cc) Fehlender ausdrücklich abgeschlossener Vertrag

Bleibt letztlich unklar, ob und wer ausdrücklich mit dem Energieversorger kontrahiert hat, und / oder hat der Mieter schlicht Wasser, Strom, Gas oder auch Fernwärme entnommen, so beurteilt § 2 Abs. 2 der Verordnungen über die Allgemeinen Bedingungen für die Grundversorgung mit Energie und Wasser (StromGVV,

---

<sup>111</sup> Dazu unter IV. 3 b)

<sup>112</sup> BGH, Beschluss vom 17.6.2021 - I ZB 68/20, FD-MietR 2021, 441151, dort auch zur Befugnis des Versorgungsunternehmens sowie des Gerichtsvollziehers zum Betreten des Grundstücks; ebenso bereits KG Berlin, Beschluss vom 21.1.2020 - 27 U 139/19, juris

<sup>113</sup> Streyll, Vorprozessuale Strategien und Vorbereitung eines Mietprozesses, NZM 2014, 1, 10

GasGVV, AVBWasserV, AVBFernwärmeV) und hieran anknüpfend die Rechtsprechung dies als Realofferte und nach einer früher vorherrschender Ansicht als konkludente Abnahme im Zweifel des Eigentümers, wenn der Mieter nicht den alleinigen Zugriff auf die Übergabepunkte (!), nicht auf die Entnahmestellen, hat. Der Eigentümer, bzw. der Vermieter soll dann für den Wasser- und Energieverbrauch seines Mieters zahlen müssen<sup>114</sup>. Logisch ist diese Auffassung nicht. Denn wenn in der Entnahme von Wasser und Energie die konkludente Annahme des Vertragsangebots durch den Versorger liegen soll, müsste die Zugriffsmöglichkeit auf die Entnahmestellen immer ausschlaggebend sein.

Hat dagegen der Mieter die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Versorgungsanschluss, wurde er auch bisher als Empfänger der Realofferte eingeordnet, damit auch Vertragspartner bei Entnahme von Energie oder Wasser und schließlich auch zahlungspflichtig<sup>115</sup>

Das bedeutete dann in der Praxis, dass der Vermieter immer zur Kasse gebeten wurde, wenn er nicht darlegen und nachweisen konnte, dass der Mieter die alleinige Zugriffsmöglichkeit auf den Übergabepunkt, nochmals: nicht auf die Entnahmestellen, hat.

Der BGH korrigiert diese frühere Rechtsprechung jetzt für Mehrfamilienhäuser mit Urteil vom 27. 11. 2019<sup>116</sup>, bezieht jetzt die Kundenanlage in seine Wertung mit ein, sieht deshalb auch hier den Energie verbrauchenden Mieter einer Wohnung mit eigenem Zähler als Empfänger der Realofferte und weist die Zahlungsklage des Energieversorgers gegen den Vermieter und Hauseigentümer ab.

Wird mit Zwischenzählern gearbeitet, so gilt nach dem Urteil des LG Köln<sup>117</sup>: Versorgt der Zwischenzähler allein die Wohnung des Mieters, so hat der Mieter auch die letzte Entscheidung darüber, ob und wie viel Strom entnommen wird. Dann ist er der Vertragspartner des Versorgers. Läuft aber zusätzlich über einen Zwischenzähler neben dem Stromverbrauch für die Mietwohnung auch „Allgemeinstrom“, dann wird der Vermieter insgesamt Vertragspartner des Energieversorgers. Denn er hat die endgültige Entscheidungsbefugnis über die Leitungsführung, die Verkabelung und die Zählerbelegung und damit auch über die Stromentnahme.

Bei einem komplett an den Mieter vermieteten Einfamilienhaus oder in sonstigen Fällen einer ihm allein zur Verfügung stehenden Mieteinheit ergeben sich keine Neuerungen. Denn hier war der Mieter bereits nach alter Auffassung stets zahlungspflichtig. Der Hauseigentümer und Vermieter blieb außen vor.

#### Zwischenfazit:

Damit ist entscheidend, wer Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Entnahmestellen ist. Es bedarf keiner genaueren Vorstellung des Energieversorgers dazu<sup>118</sup>.

Der Energieversorger muss die Tatsachen für den (konkludenten Vertragsschluss) darlegen und nachweisen. Dem genügt er, wenn er neben dem Energieverbrauch an

---

<sup>114</sup> LG Saarbrücken, Urteil vom 20. Mai 2016 - 10 S 13/16, zit. nach juris; LG Hildesheim, Urteil vom 10. März 2017 - 7 S 173/16, nicht veröffentlicht

<sup>115</sup> BGH, Urteil vom 2. Juli 2014 - VIII ZR 316/13, NZM 2014, 705 = NJW 2014, 3148; BGH, Urteil vom 22. Juli 2014 - VIII ZR 313/13, NZ M2 1014, 702 = NJW 2014, 3150; BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - IX ZR 146/15, NZ M2 1016, 676 = NJW 2016, 2260

<sup>116</sup> BGH, Urteil vom 27. 11. 2019 - VIII ZR 165/18, IMR 2020, 124

<sup>117</sup> LG Köln, Urteil vom 11.7.2018 - 18 O 18/17, juris

<sup>118</sup> BGH, Urteil vom 25.2.2016 - IX ZR 146/15, NZM 2016, 676; BGH, Urteil vom 2.7.2014 - VIII ZR 316/13, NZM 2014, 705; BGH, Urteil vom 22. Juli 2014 - VIII ZR 313/13 -, BGHZ 202, 158-168; AG Steinfurt, Urteil vom 17.6.2020 - 21 C 915/18, ZMR 2020, 991-993, a. A. für den Lebensgefährten einer Mieterin nur AG Darmstadt, Urteil vom 21. März 2011 - 313 C 243/2009, NZM 2013, 207

den Entnahmestellen auch einen Bewohner als Inhaber der tatsächlichen Verfügungsgewalt bezeichnet. Der Bewohner muss die Umstände vortragen und nachweisen, aus denen sich Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Versorgungsanschlüsse der Wohnung nicht von ihm ausgeübt worden ist, wenn er die Wohnung unstreitig mit bewohnt hat<sup>119</sup>.

#### dd) Besonderheiten für die Kosten des Wasserbezugs durch den Mieter

Die für Strom, Gas und sonstige Heizleistungen entwickelten Grundsätze gelten so auch für den Wasserbezug. Auch hier kommt es zunächst darauf an, ob der Mieter einen Direktlieferungsvertrag mit dem (meist kommunalen) Versorger geschlossen hat oder nicht<sup>120</sup>. Entscheidend ist ebenso, ob es schließlich einen Lieferungsvertrag zwischen dem Grundstückseigentümer und Vermieter und dem Versorger gibt. Es wurde bereits kurz darauf hingewiesen, dass manche Gemeinden jetzt auch dann den Eigentümer über die Wasserversorgungssatzung nebst Gebührensatzung zu den Kosten heranziehen, die der Mieter verursacht hat, wenn es eine direkte vertragliche Beziehung mit dem Mieter gibt. Das mag auf erste Sicht satzungskonform sein, aber nach der hier vertretenen Auffassung nicht rechtmäßig. Denn durch den Abschluss eines direkten Belieferungsvertrags mit dem Mieter hat sich die Kommune selbst gebunden und widerspricht dieser Bindung in dem Moment, in dem sie dieses Vertragsverhältnis ignoriert und auf Satzungsgrundlage den Vermieter für verursachte Wasserkosten des Mieters heranzieht. Ob man diese vertragliche Bindung direkt mit dem Mieter gegenüber dem Vermieter als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB) versteht, kann offenbleiben. Auch wenn man mit dem beschriebenen Verwaltungshandeln eine verwaltungsrechtliche Zusage mit Bindungswirkung gegenüber dem Vermieter nicht annehmen kann, so ist dem Vermieter im Falle seiner rein öffentlich-rechtlich nach Satzungslage begründeten Heranziehung für die Wasserkosten des Mieters doch die Einrede nach § 242 BGB (Verstoß gegen Treu und Glauben) eröffnet. Denn der Grundsatz von Treu und Glauben (hier in Form eines zu rügenden widersprüchlichen Verhaltens zu eigenem Vorverhalten der Behörde) beherrscht das gesamte Rechtssystem und gilt über Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG auch im öffentlichen Recht<sup>121</sup>. Dieser Einwand greift auch durch. Denn mit ihrer „Umsteuerung“ auf den Vermieter verlagert die Gemeinde das von ihr bewusst vertraglich eingegangene Forderungsbeitragsrisiko einseitig auf

<sup>119</sup> AG Steinfurt, Urteil vom 17.6.2020 - 21 C 915/18 juris Rn. 19 und 20 der Entscheidungsgründe; BGH, Urteil vom 2. Juli 2014 – VIII ZR 316/13 –, BGHZ 202, 17-26

<sup>120</sup> Dazu BGH, Urteil vom 16.4.2008 - VIII ZR 75/07, NJW 2008, 2105 f zur Annahme eines durch angenommene Realofferte zustande gekommenen Versorgungsvertrages mit Frischwasser zwischen dem Mieter und dem Versorger nach dem erfolgten Einbau von Einzelwasserzählern und dem vom Mieter unterlassenen direkten Vertragsabschluss trotz mehrfacher Aufforderung des Vermieters dazu

<sup>121</sup> Einhellige Auffassung: BVerwG, Beschluss vom 29. August 2018 – 3 B 24/18 –, juris Rn. 16; BVerwG, U.v. 20.3.2014 - 4 C 11.13 - BVerwGE 149, 211 Rn. 29; BVerwG, Urteil vom 26. April 2012 – 2 C 15/10 –, juris, Rn. 24 mit zahlreichen Nachweisen zur höchstrichterlichen Rechtsprechung; BVerwG, Urteil vom 30.6.2010 - 5 C 2.10 - juris Rn. 12; Urteil vom 20.3.2014 a.a.O. Rn. 31; BVerwG, Urteil vom 29. August 1996 - 2 C 23.95 - BVerwGE 102, 33, 36); VGH München, Beschluss v. 30.05.2017 – 18 P 16.1700, Rn. 13; VG Düsseldorf, Urteil vom 04. März 2022 – 2 K 5930/19 –, juris, Rn. 28; VG Bremen, Beschluss vom 28. Februar 2022 – 7 V 272/22 –, juris; Rn. 81; im Ergebnis offenbar a. A.: VG Greifswald, Urteil vom 22.4.2016 - 3 A 413/14, juris - keine Heranziehungsmöglichkeit des Mieters eines Hausgrundstücks als Schuldner der Abwassergebühr, wenn die Schuldnerbestimmung in der Gebührensatzung denn Grundstückseigentümer benennt; so auch: Ruff, Schuldner der Wasser- und Abwassergebühren sind die Grundstückseigentümer und nicht die Mieter, WuM 2019, 61 ff

den Vermieter. Ein solches Vorgehen aber hat mit dem Grundsatz von Treu und Glauben absolut nichts mehr zu tun.

#### V. Besonderheiten bei Mietverhältnissen mit sozialhilferechtlichem Einschlag

In Wohnungsmietverhältnissen mit sozialhilferechtlichem Einschlag kommt es leider immer wieder zu Zahlungsausfällen. Dies wird aktuell aufgrund der multiplen Teuerungen noch wesentlich prekärer. Dazu ein Fall, wie er typischer in der Praxis nicht sein kann:

Wohnungsvermieter V vermietet an Mieter M. Im Mietvertrag heißt es, dass M „der unmittelbaren Auszahlung des Wohngeldes“ oder entsprechender Leistungen an V zustimmt und „die Abtretung“ den Behörden offen legt. Das Jobcenter bewilligt ALG II und überweist bei Mietbeginn die Hälfte einer Monatsmiete sowie die Kautions direkt an V. In der Folgezeit widerruft M seinen Antrag auf direkte Auszahlung von Unterkunft- und Heizungsbeihilfen an V. V kündigt fristlos wegen Zahlungsverzugs. Denn Miete und Betriebskostenvorauszahlungen hat M nicht mehr erbracht. Zur Vermeidung von Obdachlosigkeit wird M wieder in die Wohnung eingewiesen. Ab diesem Stichtag zahlt der Sozialhilfeträger Nutzungsentschädigung.

V klagt direkt gegen das Jobcenter auf Zahlung der weiterhin offenstehenden Mieten einschließlich Betriebskostenvorauszahlungen. In letzter Instanz blitzt er mit seiner Zahlungsklage vor dem BSG ab<sup>122</sup>.

Aus Gründen der besseren Übersicht sei die Begründung für jede denkbare Anspruchsgrundlage getrennt vorgestellt. Denn es bündeln sich sozialrechtliche und zivilrechtliche Überlegungen:

- Anspruch aus abgetretenem öffentlichem Recht des Mieters auf Unterkunft- und Heizungsbeihilfen; es fehlt an der sozialrechtlich vorgeflichen und zeitlich auch vorrangigen Entscheidung der Behörde, dass die Abtretung im „wohlverstandenen Interesse“ des Sozialhilfeempfängers erfolgt ist (§ 53 Abs. 2 Nr. 1 SGB I, § 42 Abs. 4 Satz 2 SGB II). Mit einer solchen behördlichen Reaktion ist auch nicht zu rechnen. Denn der Mieter hat es – frei widerrufbar – in der Hand, einen Antrag auf direkte Zahlung der Beihilfen an den Vermieter zu stellen. Das ist auch dann so, wenn der Vermieter den Abschluss des Mietverhältnisses von einem zuvor gestellten Antrag auf direkte Zahlung der Beihilfen abhängig macht. Die sozialrechtliche Betrachtungsweise konstatiert dazu ganz „cool“: Letztendlich geht es (nur!) um die – wenn auch legitime – Absicherung des Vermieters;
- Anspruch aus einer Mietschuldenregelung (§ 22 Abs. 8 SGB II); danach kann das Jobcenter Schulden übernehmen und direkt gegenüber dem Vermieter begleichen, damit der Mieter nach Ausspruch einer offenkundig wirksamen Kündigung wegen Zahlungsverzugs seine Wohnung nicht verliert. Schon die Zulässigkeit einer darauf gestützten Leistungsklage setzt einen entsprechenden Verwaltungsakt im Verhältnis des Jobcenters zum sozialhilfeberechtigten Mieter voraus, gewährt aber auch in diesem Fall keine eigenen Ansprüche des Vermieters;

---

<sup>122</sup> BSG, Urteil vom 9.8.2018 - B 14 AS 38/17 R, veröffentlicht in NJW 2018, S. 3740 = WuM 2018, S. 792

- Anspruch aus einem zivilrechtlichen Schuldbeitritt der Behörde gegenüber dem Vermieter; Ansatz könnte eine entsprechende (konkludente) Erklärung, oder eine erfolgte Zahlung sein. Die Rechtsprechung wertet etwaige Erklärungen aber nur als Information an den Vermieter. Er werde nur Empfangsberechtigter. Eigene Ansprüche seien damit nicht verbunden. Denn das Jobcenter besitzt keine Sachleistungsverantwortung für einen bestehenden Bedarf für Unterkunft und Heizung. Geschuldet ist nur eine Geldleistung in Form der Beihilfen (§ 4 Absatz 1 Nr. 2 SGB II). Für ihren Einsatz und für die Gewährleistung seiner – angemessenen – . Unterkunft ist der Sozialhilfeempfänger nach der Vorgabe des Sozialrechts selbst verantwortlich;
- Ansprüche des Vermieters aus einer Direktzahlungsentscheidung nach entsprechendem Antrag des Mieters (§ 22 Abs. 7 Satz 1 SGB II) oder aus einer erwiesenen zweckwidrigen Verwendung bereits gezahlter Beihilfen an den Mieter (§ 22 Abs. 7 Satz 2 SGB II) werden nicht begründet.

Auch der erwähnte Antrag auf Direktzahlungen garantiert im Ergebnis keine (ununterbrochene) Zahlung direkt an den Vermieter, wie ein Urteil des LSG Niedersachsen-Bremen zeigt<sup>123</sup>. In dem entschiedenen Fall war der Antrag abgegeben, der Vermieter sah aber trotzdem kein Geld - und klagte gegen den Sozialhilfeträger auf Direktzahlungen. Das Gericht wies ihn ab: der abgegebene Antrag auf direkte Zahlung an den Vermieter enthalte lediglich eine abweichende Empfangsberechtigung für die jeweilige Zahlung, vermittele aber keinen eigenen Zahlungsanspruch des Vermieters<sup>124</sup>.

Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass eine Zahlungsklage entweder schon unstatthaft und damit unzulässig oder mangels bestehenden Zahlungsanspruchs in der Sache unbegründet bleibt. Der Vermieter sitzt „erfolglos“ und im Ergebnis ohne Rechtsschutz zwischen allen Stühlen - Pech gehabt! Das Sozialrecht schützt ihn nicht und will ihn auch nicht schützen, sondern nur den Mieter als Leistungsempfänger. Und das Mietrecht kann ihn nicht schützen. Natürlich gibt es einklagbare Zahlungsansprüche, doch entwickelt sich das Forderungsbeitreibungsrisiko sehr schnell zu 100 %. Der Volksmund würde es so ausdrücken: „Einem wirtschaftlich nackten Mann kann man nicht in die Tasche fassen“. Diese Erkenntnis kann auch mit den Mitteln des Mietrechts nicht überwunden werden.

## VI. Ausblick de lege ferenda

Das hier betrachtete Thema ist mit der Beschreibung seiner rechtlichen Folgen de lege lata längst nicht abschließend vorgestellt. Politische Forderungen und Zielvorstellungen leiten sich daraus ebenso ab, um einen gesehenen Korrekturbedarf für die Zukunft auszuformen. Die wichtigsten:

### 1. Einführung einer Teilwarmmiete

---

<sup>123</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 3.2.2022 - L 11 AS 578/20, IMR 2022, S. 213

<sup>124</sup> Ebenso schon: BSG, Urteil vom 9.8.2018 - B 14 AS 38/17 R, juris; zur Rückabwicklung einer rechtswidrig bewilligten und ausgezahlten Unterkunfts- und Heizungsbeihilfen durch den Sozialhilfeträger nur gegenüber dem Mieter, nicht aber gegenüber dem Vermieter: LSG Bayern, Urteil vom 21. 1. 2013 - L 7 AS 381/12, IMRRS 2013, 2485



Schon der Koalitionsvertrag der amtierenden Bundesregierung sieht die Einführung einer sogenannten „Teilwarmmiete“ vor, in die auch bisher isoliert durchsetzbare energetisch motivierte Modernisierungszuschläge mit einbezogen werden sollen<sup>125</sup>. Anders gesagt: Die Möglichkeit einer Mieterhöhung nach energetischer Modernisierung steht auf dem Prüfstand!

## 2. Kündigungsmoratorium bei offenen Vorauszahlungen

In einem 9-Punkte-Programm fordert der Deutsche Mieterbund unter anderem ein Kündigungsmoratorium, das sicherstellt, dass niemand gekündigt werden darf, der wegen stark gestiegener Heizkosten seine Nebenkostenabrechnung oder hohe Preisanpassungen nicht fristgerecht bezahlen kann. Mindestens ein halbes Jahr Zeit müsse den Mieterhaushalten gewährt werden, um ihre Energieschulden zu begleichen, da 30 Tage bei einer Verdopplung bis Vervierfachung der Gasrechnung völlig unzureichend seien<sup>126</sup>. Bereits am 22.7.2022 hatte die SPD-Bundestagsfraktion ohne Abstimmung mit der Bundesregierung ein entsprechendes Eckpunktepapier zu Maßnahmen gegen steigende Heizkosten vorgelegt<sup>127</sup>.

## 3. Politische Vorstöße zu „staatlich verordnetem Frieren“?

Politisch gefordert worden ist eine gesetzlich vorgegebene abgesenkte Heizungstemperaturregelung bereits<sup>128</sup>, jedoch zunächst auf Ablehnung gestoßen. So konterte Bundesbauministerin Klara Geywitz, „staatlich verordnetes Frieren“ mache keinen Sinn. Das ist sicher richtig. Denn neben Gesundheitsschäden für die Bewohner durch zu starke Auskühlung steigt die Gefahr von Frost- und Feuchtigkeitsschäden mit Schimmelbildung in der Bausubstanz. Damit ist keinem geholfen.

Gleichwohl kann nach Art. 4 des Entwurfs eines „Gesetzes zur Bereithaltung von Ersatzkraftwerken zur Reduzierung des Gasverbrauchs im Stromsektor im Falle einer drohenden Gasmangellage durch Änderungen des Energiewirtschaftsgesetzes und anderer energiewirtschaftlicher Vorschriften“ in der Fassung des Kabinettsentwurfs vom 5.7.2022 (BMWK - Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz) der Staat letztendlich solche Vorgaben festlegen. Denn der dort enthaltene § 30 Energiesicherungsgesetz (EnSG) sieht Verordnungsermächtigungen für präventive Maßnahmen zur Vermeidung eines Krisenfalls in der Gasversorgung vor. Prompt stellt das Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz am

---

<sup>125</sup> „Mehr Fortschritt wagen- Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit“, Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/die Grünen und FDP 2021-2025, S. 91

<sup>126</sup> Pressemeldung und Programm vom 30.6.2022 abrufbar unter <https://www.mieterbund.de/presse/pressemeldung-detailansicht/article/69838-mieterinnen-und-mieter-vor-kuendigungen-schuetzen-bei-heizkosten-entlasten.html> und unter [https://www.mieterbund.de/fileadmin/public/pdf\\_PM/20220630-9PunktePlan.pdf](https://www.mieterbund.de/fileadmin/public/pdf_PM/20220630-9PunktePlan.pdf); vgl. auch Die WELT vom 8.8.2022, S. 9: Mieterbund fordert Entlastungen

<sup>127</sup> <https://www.tagesspiegel.de/politik/bericht-ueber-fuenf-punkte-konzept-spd-plant-offenbar-kuendigungsschutz-fuer-stark-betroffene-mieter/28546236.html>

<sup>128</sup> Vgl. Die WELT vom 21.8.2022, S. 4: Begrenzung der Raumtemperatur muss möglich sein - Schleswig-Holsteins Ministerpräsident Günther fordert weitere Entlastungen. Gleichzeitig sollen sich die Bürger einschränken

21.7.2022 ein weiteres Energiesicherungspaket<sup>129</sup> vor, das mit Fokus auf das hier betrachtete Thema folgende Punkte beinhaltet:

- Mietverträge, die Mieter (!) zur Gewährleistung von bestimmten Mindestraumtemperaturen beim Betrieb der Heizung zwingen, sollen mit diesen Regelungen ausgesetzt werden.
  - Es soll eine gesetzliche Pflicht zur energieoptimierten Einstellung von Heizungen für Privatwohnungen geben. Bis zur Jahreswende 2023/2024 soll dies erfolgen müssen. Diese Regelung soll zunächst für 2 Jahre gelten. Beteiligt an der näheren Detailregelung sind die Verbände der Heizungsinstallateure und das Schornstiefegerwesen. Daraus lässt sich ableiten, dass die Schornstiefeger entsprechende Kontrollrechte bekommen werden.
  - Nicht diesem Diktum unterworfen, aber vom BMWK gefordert wird zusätzlich ein hydraulischer Abgleich von Heizsystemen in Mehrfamilienhäusern sowie ein Austausch von bisher verbauten Heizungs- und Zirkulationspumpen auf Kosten der Vermieter<sup>130</sup>.
4. Politische Vorstellungen zur künftigen „Verantwortlichkeit“ des Vermieters für „Energieschulden“ seiner Mieter

Vermietern, deren Mieter die angefallenen Energiekosten teuerungsbedingt nicht mehr tragen können, soll über die KfW ein Zwischenfinanzierungsdarlehen auf Antrag eingeräumt werden<sup>131</sup>. Das setzt aber logisch voraus, dass sie für die Energieschulden ihrer Mieter eintreten sollen - ohne Rücksicht darauf, ob sie zivilrechtlich überhaupt dafür herangezogen werden können oder nicht.

Aus diesem Verständnis ist ablesbar, dass das Thema eine neue Facette, besser eine neue Dimension gewinnt: Motiviert mit Versorgungsknappheiten soll der

---

<sup>129</sup>

Abzurufen unter [https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/20220721\\_energiesicherungspaket.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=8](https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/Energie/20220721_energiesicherungspaket.pdf?__blob=publicationFile&v=8); vgl. auch die Pressemeldung des BMWK vom 21.7.2022 dazu: Weiter niedrige Gasflüsse durch Nord Stream 1 - Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz legt zusätzliches Energiesicherungspaket vor – Habeck: „Wir müssen uns für den Winter wappnen.“ Abzurufen unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/07/20220721-bundesministerium-fur-wirtschaft-und-klimaschutz-legt-zusatzliches-energiesicherungspaket-vor.html>

<sup>130</sup> Dazu Ziff. 3 c) des Energiesicherungspakets wörtlich, S. 5: „Nochmal weitere Einsparungen sind möglich über einen sogenannten hydraulischen Abgleich. Dadurch wird das Heizwasser optimal verteilt. Ihn sollen künftig alle Eigentümer von Gebäuden mit zentraler Wärmeversorgung - also in der Regel Mehrfamilienhäuser – machen, wenn sie es nicht schon in den letzten Jahren getan haben. Da es sich hierbei um eine Instandhaltungsmaßnahme handelt, trägt hierfür der Eigentümer bzw. der Vermieter die Kosten. Ebenfalls für Gebäude mit zentraler Wärmeversorgung soll der Austausch ineffizienter, ungesteuerter Heizungspumpen verbindlich werden – auch das ist eine Investition, die sich rechnet. Denn ungesteuerte Heizungspumpen wie Heizkreispumpen oder Zirkulationspumpen sind große Energiefresser. Der Austausch von Heizungspumpen refinanziert sich innerhalb der Nutzungsdauer, teilweise mehrfach“.

<sup>131</sup> Spiegel Online, 23. 7. 2022: Bundesregierung erwägt Finanzhilfen für säumige Gaskunden ; Bild online, 23 7. 2022: Wer sich Gas nicht mehr leisten kann, kriegt Stütze - Zinsloses Darlehen für Vermieter und Mieter im Gespräch - Vermieter können ein zinsloses Darlehen der staatseigenen KfW-Bank erhalten und damit die Gasrechnung ihrer Mieter bezahlen. Oder: Mieter und Eigentümer, die ihre Gasrechnung nicht mehr begleichen können, können einen Antrag auf direkte Finanzhilfe bei einer staatlichen Stelle einreichen. In diesem Fall würde der Bund für die Hilfen aufkommen; vgl. Auch das Eckpunktepapier der SPD-Bundestagsfraktion zu Maßnahmen gegen steigende Heizkosten - Stand 22 der 7. 2022 - , dort. 3 „Hilfestellung für Vermieter\*Innen

energetische Gebäudeumbau im Zuge des Klimaschutzes mit Wucht vorangetrieben und zeitlich noch stärker vorgezogen beschleunigt werden - allein auf Kosten der Eigentümer und Vermieter!

Bestehende Vertragslagen werden durch rigorosen staatlichen Eingriff einfach zur Seite gewischt, die Privatautonomie als tragender Pfeiler des Zivilrechts bedenkenlos durchbrochen. Gleichzeitig wird „Heizungsmuffeln“ ein Freibrief erteilt - wieder mit hohen Schadensfolgen für die Bausubstanz, und wieder im Ergebnis allein auf Kosten der Eigentümer und Vermieter!

Spannend und von banger Erwartung begleitet bleibt, ob sich aus diesen Entwicklungen insgesamt ein neues Rechtsverständnis etabliert. Wer wollte dann noch (eine Wohnung) vermieten?

Dr. Horst  
23.8.2022