

# **Pflichten des Vermieters bei unwirksamen Preisanpassungsklauseln in Versorgungsverträgen**

Vorsitzender Richter am LG *Dr. Werner Hinz*, Itzehoe

(Überarbeitete Fassung, Stand: 30.04 2014)

Inhalt	Seite
<b>I. Einleitung</b>	<b>4</b>
<b>II. Pflichten des Vermieters bei der Betriebskostenabrechnung</b>	<b>4</b>
<b>1. BGH-Rechtsprechung zur Preisanpassungsklausel</b>	<b>5</b>
<b>a) Unwirksamkeit der Klausel</b>	<b>5</b>
<b>b) Ergänzende Vertragsauslegung</b>	<b>6</b>
<b>2. Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit</b>	<b>7</b>
<b>a) Inhalt des Gebots</b>	<b>7</b>
<b>b) Anwendung auf die vorliegende Problematik</b>	<b>8</b>
<b>aa) Informationspflicht des Vermieters (erste Ebene)</b>	<b>9</b>
(1) Problemstellung	9
(2) Großvermieter/Kleinvermieter – Kriterien zur Abgrenzung	10
(a) Unternehmerbegriff	10
(b) Rechtsgedanke aus § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG?	12
(c) Eigenständiger Großvermieterbegriff	13
(d) Hinweis durch den Mieter	13
<b>bb) Reaktionspflichten des Vermieters (zweite Ebene)</b>	<b>13</b>
(1) Problemstellung	13
(2) Risiken für den Vermieter bei einer Nichtbegleichung der Preiserhöhungen	14
(a) Versorgungssperre	14
(b) Zahlungsklage	15
(c) Kündigungsrisiko	18
<b>III. Ansprüche gegen den (Groß-)Vermieter bei Überzahlung trotz geklärter Rechtslage</b>	<b>18</b>
<b>1. Schadensersatzanspruch des Mieters</b>	<b>19</b>
<b>2. Kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis durch Begleichung von Nachforderungen</b>	<b>19</b>
<b>3. Einwendungsfrist</b>	<b>20</b>
<b>a) Anwendbarkeit bei Schadensersatzansprüchen des Mieters</b>	<b>20</b>

<b>b) Fehlendes Vertretenmüssen der verspäteten Geltendmachung</b>	<b>21</b>
<b>c) Reaktionsfrist des Mieters</b>	<b>23</b>
<b>4. Verjährung von Rückforderungsansprüchen</b>	<b>23</b>
<b>a) Anspruchsentstehung</b>	<b>23</b>
<b>b) Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände</b>	<b>24</b>
<b>IV. Rückforderung aus vorangegangenen Zeiträumen</b>	<b>25</b>
<b>1. BGH-Urteil vom 31.07.2013</b>	<b>25</b>
<b>2. Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots?</b>	<b>26</b>
<b>3. Weitere mietvertragliche Nebenpflichten</b>	<b>27</b>
<b>V. Besonderheiten beim Kleinvermieter</b>	<b>29</b>
<b>1. Keine Pflicht zur unaufgeforderten Klauselprüfung</b>	<b>29</b>
<b>2. Prüfungspflicht nach Hinweis des Mieters</b>	<b>30</b>
<b>a) Nicht regulierte Versorgerabrechnung</b>	<b>30</b>
<b>b) Regulierte Versorgerabrechnung</b>	<b>30</b>
<b>VI. Verteilung von Rückerstattungen auf die Mieter</b>	<b>31</b>
<b>1. Verteilungsoptionen</b>	<b>31</b>
<b>2. Abrechnungspflicht</b>	<b>32</b>
<b>3. Leistungsprinzip</b>	<b>32</b>
<b>4. Abflussprinzip</b>	<b>33</b>
<b>a) In der Praxis geäußerter Standpunkt</b>	<b>33</b>
<b>b) Stellungnahme</b>	<b>34</b>
<b>5. Vereinfachte Leistungsabrechnung</b>	<b>35</b>
<b>6. Pflichten gegenüber ehemaligen Mietern</b>	<b>36</b>
<b>VII. Fazit</b>	<b>36</b>

## I. Einleitung

Der VIII Zivilsenat des BGH hat beginnend mit dem Urteil vom 21.09.2005 (VIII ZR 38/05)<sup>1</sup> in einer Vielzahl von Vertragsgestaltungen Preisanpassungsklauseln von Versorgungsunternehmen für unwirksam erklärt. Das ist sowohl bei Verträgen über die Versorgung mit Gas oder Fernwärme<sup>2</sup> als auch bei Stromlieferungsverträgen<sup>3</sup> geschehen. Die grundlegenden Entscheidungen des Senats zu diesem Problemkreis haben stets ein lebhaftes Medieninteresse erfahren; sie sind aber auch im mietrechtlichen Schrifttum eingehend besprochen worden<sup>4</sup>. Etwas zu kurz gekommen sind dabei die Auswirkungen auf das Mietverhältnis. Auch gibt es zu dieser Thematik bislang nur wenig Rechtsprechung; bekannt geworden sind lediglich die Urteile des AG Pinneberg vom 17.10.2013 (83 C 207/12)<sup>5</sup> und des AG Hamburg-Blankenese vom 27.11.2013 (531 C 304/12)<sup>6</sup>. Mitunter wird die Frage gestellt, ob der Vermieter gehalten ist, sich gegen unberechtigte Preiserhöhungen des Versorgungsunternehmens zur Wehr zu setzen und ggf. gegen dieses zu prozessieren<sup>7</sup>. Das ist sicherlich ein Aspekt, der im Rahmen der hier erfolgenden Untersuchung Relevanz erlangen wird. Vorrangig kristallisieren sich aber zwei Problemkreise heraus, die einer intensiven Behandlung bedürfen:

- Welche Pflichten treffen den Vermieter im Hinblick auf unwirksame Preisänderungsklauseln bei der Durchführung des Mietvertrags?
- Welche Pflichten treffen ihn bei der Verteilung von Rückzahlungen seines Energielieferanten auf die Mieter?

Im Folgenden soll die Situation des Vermieters bei der aktuellen Betriebskostenabrechnung betrachtet werden (II.); sodann wird es um die Rückforderung von geleisteten Zahlungen gehen (III. und IV.). Dem Kleinvermieter ist ein eigener Abschnitt zugeordnet (V.). Den Abschluss soll die Verteilung von Rückflüssen auf die Mieter bilden (IV.).

## II. Pflichten des Vermieters bei der Betriebskostenabrechnung

### Fall 1 (angelehnt an AG Pinneberg, Urt. v. 17.10.2013 – 83 C 207/12<sup>8</sup>):

Vermieter V bezieht vom Gaslieferanten L Erdgas zur Beheizung des vermieteten Gebäudes aufgrund eines Erdgassondervertrags. In diesem findet sich eine Preisanpassungsklausel, die eine Koppelung des Arbeitspreises<sup>9</sup> an die Preise für extra leichtes Heizöl (HEL) vorsieht. Im März 2010 betrug der Arbeitspreis 3,4876 ct/kWh. In den Jahren 2010 und 2011 erklärt der

<sup>1</sup> WuM 2005, 710 = ZMR 2005, 940.

<sup>2</sup> S. BGH, Urt. v. 06.04.2011 – VIII ZR 66/09, ZIP 2011, 1917.

<sup>3</sup> S. BGH, Urt. v. 15.01.2014 – VIII ZR 80/13, ZMR 2014, 191 mit Anm. *Markert*.

<sup>4</sup> Beispielhaft *Hamer/Schuldt*, GE 2013, 790; *Niebling*, ZMR 2013, 20.

<sup>5</sup> WuM 2013, 731.

<sup>6</sup> ZMR 2014, 128.

<sup>7</sup> S. etwa *Milger*, NZM 2012, 657, 662; 2008, 1, 10; *Beyer*, NZM 2007, 1, 4.

<sup>8</sup> WuM 2013, 731.

<sup>9</sup> Verbrauchsabhängiger Teil des Gaspreises, gemessen in kWh.

Versorger jeweils per April und Oktober eine Erhöhung des Arbeitspreises, so dass sich dieser ab Oktober 2011 auf 5,7113 ct/kWh beläuft.

In dem Mietvertrag mit Mieter M hat V die Umlage sämtliche Betriebskosten nach § 2 BetrKV, also auch der Kosten für die Versorgung mit Wärme und Warmwasser vereinbart.

V erteilt dem M Ende 2013 die Heizkostenabrechnung für das Abrechnungsjahr 2012, die mit einem Saldo von 520,00 € endet. M macht Anfang 2014 geltend, die Kosten des gelieferten Erdgases seien überhöht; da die Preisanpassungsklausel in dem Erdgassondervertrag unwirksam sei, habe der Lieferant nur auf der Grundlage des Arbeitspreises von März 2010 abrechnen dürfen. M kürzt den ihm in Rechnung gestellten Saldo um die seit April 2010 erfolgten Arbeitspreiserhöhungen und zahlt den reduzierten Betrag in Höhe von 378,00 € an V. Dieser verlangt von M die Begleichung des Restbetrags in Höhe von 142,00 €.

Vermieter V könnte Zahlung des restlichen Betrags aus der mietvertraglichen Betriebskostenabrede i. V. mit § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB verlangen, wenn der formell wirksamen Abrechnung rechtzeitig vorgetragene inhaltliche (materielle) Einwendungen des Mieters nicht entgegenstehen.

## **1. BGH-Rechtsprechung zur Preisanpassungsklausel**

### **a) Unwirksamkeit der Klausel**

#### **Intention des Mieters in Fall 1**

In tatsächlicher Hinsicht geht die im Fall 1 von M vorgetragene Kritik dahin, dass V an seinen Gaslieferanten für die Erdgasversorgung im Jahre 2012 Beträge entrichtet hat, die er infolge der unwirksamen Preisanpassungsklausel in dieser Höhe nicht schuldet. Deshalb ist M nicht bereit, diese Erhöhungsbeträge im Rahmen der mietvertraglich vereinbarten Betriebskostenumlage zu übernehmen.

Nach dem grundlegenden Urteil des BGH vom 24.03.2010 (VIII ZR 178/08)<sup>10</sup> ist eine Preisanpassungsklausel in einem Erdgassondervertrag<sup>11</sup>, die den (neben einem Grundpreis zu zahlenden) Arbeitspreis für die Lieferung von Gas zu bestimmten Zeitpunkten ausschließlich an der Preisentwicklung für extra leichtes Heizöl (HEL) koppelt, wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, sofern sie eine Preiserhöhung auch dann erlaubt, wenn ein Anstieg bei einem der Kostenfaktoren durch rückläufige Kosten in anderen Bereichen ausgeglichen wird. Das ist auch bei der hier in Rede stehenden Klausel der Fall. Sie sieht als einzige Variable für die Anpassung des Arbeitspreises den Preis für extra leichtes Heizöl (HEL) vor. Dadurch erlaubt sie dem Versorgungsunternehmen eine Erhöhung der Gaspreise selbst dann, wenn steigende Bezugspreise

<sup>10</sup> BGHZ 185, 96 = NJW 2010, 2789.

<sup>11</sup> Zur Abgrenzung von Normsonderverträgen und Tarifversorgungsverträgen s. BGH, Urt. v. 15.07.2009 – VIII ZR 225/07, BGHZ 182, 59 = ZMR 2009, 905 (Ls 1): Maßgebend ist, ob das Energieunternehmen die Versorgung zu den öffentlich bekannt gemachten Bedingungen und Preisen – aus der Sicht eines durchschnittlichen Abnehmers – im Rahmen einer Versorgungspflicht nach § 36 Abs. 1 EnWiG (bzw. § 6 Abs. 1 EnWiG a.F.) oder unabhängig davon im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit anbietet.

durch Kostensenkungen in anderen Bereichen wie beispielsweise den Netz- und Vertriebskosten aufgefangen werden. Die Preisanpassungsklausel ist damit unwirksam.

### **b) Ergänzende Vertragsauslegung**

Allerdings kann der Kunde die Unwirksamkeit von Preiserhöhungen nicht mehr geltend machen, wenn er sie nicht innerhalb von drei Jahren nach Zugang der jeweiligen Jahresabrechnung, in der die Preiserhöhung erstmals berücksichtigt worden ist, beanstandet hat. Dies ergibt sich nach Ansicht des BGH<sup>12</sup> aus einer ergänzender Auslegung des Versorgungsvertrags gem. §§ 133, 157, 242 BGB. Infolge der Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel sei eine Lücke im vertraglichen Regelungsplan der Parteien eingetreten. Die auch für den Kunden erkennbare Intention der Klausel habe gerade darin gelegen, den während der vertraglichen Laufzeit zu erwartenden Änderungen der Bezugskosten Rechnung zu tragen<sup>13</sup>.

Die durch Wegfall einer unwirksamen Formulklausel entstehende Vertragslücke kann im Wege ergänzender Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB geschlossen werden, allerdings nur dann, wenn

- sie sich nicht durch dispositives Gesetzesrecht füllen lässt und
- dies zu einem Ergebnis führt, das den beiderseitigen Interessen nicht mehr gerecht wird, sondern das Vertragsgefüge völlig einseitig zugunsten des Kunden verschiebt<sup>14</sup>.

Eine nach diesen Kriterien nicht mehr hinnehmbare Störung des Vertragsgefüges ist nach Auffassung des BGH<sup>15</sup> anzunehmen, wenn

- es sich um ein langjähriges Gasversorgungsverhältnis handelt,
- der betroffene Kunde den Preiserhöhungen und den darauf basierenden Jahresabrechnungen über einen längeren Zeitraum nicht widersprochen hat und
- er nunmehr auch für länger zurückliegende Zeitabschnitte die Unwirksamkeit der Preiserhöhungen geltend macht.

<sup>12</sup> Grdl. BGHZ 90, 69 = NJW 1984, 1177; BGHZ 137, 153 = NJW 1998, 450; zuletzt BGH, Urt. v. 14.01.2014 – VIII ZR 80/13, ZMR 2014, 191, 192 mit Anm. *Markert*; ferner BGHZ 186, 180 = ZMR 2010, 834 mit Anm. *Markert*; BGHZ 192, 372 = ZMR 2012, 521 mit Anm. *Markert*; BGH, Urt. v. 23.01.2013 – VIII ZR 52/12, EnWZ 2013, 255.

<sup>13</sup> Zuletzt BGH, Urt. v. 14.01.2014 – VIII ZR 80/13, ZMR 2014, 191, 192 mit Anm. *Markert*; ferner BGHZ 186, 180 = ZMR 2010, 834 mit Anm. *Markert*; BGHZ 192, 372 = ZMR 2012, 521 mit Anm. *Markert*.

<sup>14</sup> Grdl. BGHZ 90, 69 = NJW 1984, 1177; BGHZ 137, 153 = NJW 1998, 450; ferner BGHZ 186, 180 = ZMR 2010, 834 mit Anm. *Markert*; BGHZ 192, 372 = ZMR 2012, 521 mit Anm. *Markert*; BGH, Urt. v. 23.01.2013 – VIII ZR 52/12, EnWZ 2013, 255.

<sup>15</sup> S. Urt. v. 14.01.2014 – VIII ZR 80/13, ZMR 2014, 191, 192 (Rn. 20) mit Anm. *Markert*; ferner BGHZ 186, 180 = ZMR 2010, 834 mit Anm. *Markert*; BGHZ 192, 372 = ZMR 2012, 521 mit Anm. *Markert*.

In derartigen Fällen kann das vertraglich vorgesehene Kündigungsrecht des Versorgungsunternehmens die Vertragslücke nicht zufriedenstellend schließen. Zwar kann das Unternehmen die Kündigung zum nächsten Termin aussprechen, um einer drohenden Unwirtschaftlichkeit des Vertragsverhältnisses infolge steigender Bezugskosten zu entgehen<sup>16</sup>. Allerdings hat es hierzu überhaupt keine Veranlassung, solange der Kunde nicht erstmals Widerspruch gegen eine auf die Klausel gestützte Preiserhöhung erhoben oder Zahlungen insoweit lediglich unter Vorbehalt geleistet hat<sup>17</sup>. Dann aber könnte das Versorgungsunternehmen u.U. für die gesamte Vertragsdauer nur den ursprünglich vereinbarten Preis verlangen – ohne Rücksicht auf Schwankungen seiner eigenen Bezugspreise. Hätte dies bei längerer Vertragslaufzeit ein gravierendes Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zur Folge, so kann dem – nach den dargestellten Grundsätzen – mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung begegnet werden.

## 2. Verstoß gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit

### a) Inhalt des Gebots

Macht der Mieter geltend, der Vermieter hätte die Erhöhungsbeträge an das Versorgungsunternehmen überhaupt nicht entrichten und schon gar nicht im Rahmen der Heizkostenabrechnung an ihn weitergeben dürfen, impliziert dies den Vorwurf einer Verletzung des in §§ 556 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbs., 560 BGB verankerten Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes. Nach der Rechtsprechung des BGH hat dieser den Inhalt, dass der Vermieter lediglich solche Kosten auf den Mieter umlegen darf, die bei gewissenhafter Abwägung aller Umstände und bei ordentlicher Geschäftsführung gerechtfertigt sind; bei Maßnahmen und Entscheidungen, die sich auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten auswirken, hat er auf ein angemessenes Kosten-Nutzen-Verhältnis zu achten<sup>18</sup>. Maßgebend ist dabei die Perspektive eines „vernünftigen Vermieters“<sup>19</sup>. Dabei ist der Vermieter aber nicht gehalten, stets die kostengünstigste Lösung zu wählen; er kann sich bei seiner Entscheidung ohne Weiteres auch von pragmatischen Erwägungen leiten lassen<sup>20</sup>.

Der BGH<sup>21</sup> und die mittlerweile überwiegende Ansicht in Rechtsprechung und Schrifttum<sup>22</sup> klassifizieren die Wahrung des Wirtschaftlichkeitsgebots als vertragliche Nebenpflicht des

<sup>16</sup> Instr. zur Problematik *Wassermann*, jurisPR-BGHZivilR 9/2012 Anm. 1.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 05.01.2014 – VIII ZR 80/13, ZMR 2014, 191, 192 mit Anm. *Markert*.

<sup>18</sup> BGH, WuM 2008, 29 = ZMR 2008, 195; vgl. dazu Schmid ZMR 2008, 599 ff.

<sup>19</sup> So BGH, NZM 2010, 864, 865 (Rn. 18).

<sup>20</sup> *Hinz*, WuM 2013, 443, 444; ders., NZM 2012, 137, 144.

<sup>21</sup> WuM 2008, 29 = ZMR 2008, 195; WuM 2011, 513 = ZMR 2011, 941.

<sup>22</sup> OLG Rostock, GE 2013, 687; OLG Düsseldorf, ZMR 2012, 542, 543; OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.03.2012 – I-24 U 123/11, 24 U 123/11 (Rn. 75 ff.), zit. nach *Juris*; LG Berlin NZM 2013, 121 = GE 2012, 1565; AG Lehrte, ZMR 2012, 708; AG Köln, ZMR 2011, 966; AG Aachen, WuM 2011, 515; AG Hanau, Urt. v. 11.04.2012 – 37 C 244/10; im Schrifttum etwa Schmidt-Futterer/*Langenberg*, Mietrecht, 11. Aufl. 2013, § 560 Rdn. 114; Staudinger/*Weitemeyer*, BGB, Mietrecht 1, Neubearbeitung 2011, §

Vermieters i. S. des § 241 Abs. 2 BGB. Dieser hat bei seinen wirtschaftlichen Dispositionen, die sich auf die Höhe der vom Mieter zu tragenden Betriebskosten auswirken, auf dessen finanzielle Belange Rücksicht zu nehmen. Anknüpfungspunkt für eine Pflichtverletzung ist mithin bereits die betriebskostenrelevante Maßnahme, nicht hingegen erst die Weitergabe von unnötigen Kosten an den Mieter<sup>23</sup>. Eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitspostulats kann somit lediglich Schadensersatzansprüche des Mieters gem. § 280 Abs. 1 BGB auslösen, die im Regelfall auf Freihaltung von unangemessenen Kosten gerichtet sind<sup>24</sup>. Allerdings beziehen sich die Entscheidungen des BGH ausschließlich auf Mietverhältnisse über freifinanzierten Wohnraum. Bei preisgebundenem Wohnraum ist durchaus noch offen, ob hier § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV 1970 zu einer unmittelbaren Reduzierung der umlagefähigen Betriebskosten führen würde<sup>25</sup>.

### **b) Anwendung auf die vorliegende Problematik**

Formuliert der Mieter Einwände gegen die Höhe der umgelegten Kosten, lässt sich dies ohne Weiteres als Geltendmachung eines auf Freistellung vom Übermaß intendierenden Schadensersatzanspruchs verstehen. Es fragt sich, ob der Vermieter, der die Kosten der Gaslieferung ungeachtet der nichtigen Preisanpassungsklausel vollständig begleicht, eine Pflichtverletzung i. S. der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB begeht.

Zu den Pflichten des Vermieters aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot bei Durchführung des Vertrags gehört es nach ganz h.M.<sup>26</sup> auch, dass er die notwendigen „Konsequenzen auf der Entgeltseite“<sup>27</sup> zieht. So hat er etwa bei erheblichen Schlecht- oder Minderleistungen des von ihm beauftragten Hauswart-, Gartenpflege- oder Wartungsunternehmens dessen Vergütung zu mindern, was zu einer Reduzierung der auf den Mieter umzulegenden Betriebskosten führt. Dies wird dem Vermieter gemeinhin aber nur dann abverlangt, wenn die Rechtslage eindeutig ist<sup>28</sup>; denn auf eine prozessuale Auseinandersetzung mit ungewissen Ausgang braucht er sich nicht einzulassen. Zunächst einmal muss er die Sach- und Rechtslage sorgfältig prüfen; erst wenn sich die Minderleistung als schwerwiegend herausstellt, ist er im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitspostulat gehalten, gegen das Dienstleistungsunternehmen

---

556 Rdn. 94; *Milger*, NZM 2012, 657; *Streyll*, NZM 2006, NZM 2013, 97, 99; 2006, 125, 127 f.; *Hinz*, WuM 2013, 443, 445 f.; ders., *WImmoT* 2012, 59, 63 ff.

<sup>23</sup> Ausf. zur Problematik *Hinz*, WuM 2013, 443, 446 f.; ders., *WImmoT* 2012, 59, 65 ff.

<sup>24</sup> Ausf. dazu *Staudinger/Weitemeyer* (Fn. 22), § 556 Rn. 94.

<sup>25</sup> Dafür AG Hanau, Urt. v. 11.4.2012 – 37 C 244/10 (Rn. 28); dagegen AG Köln, ZMR 2011, 966; AG Lehrte, ZMR 2012, 708; ausf. zur Problematik *Flatow*, Vortrag DMT 2012, WuM 2012, 235, 243; *Hinz*, WuM 2013, 443, 445 f.

<sup>26</sup> *Langenberg*, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, H Rn. 45; *Flatow*, Vortrag DMT 2012, WuM 2012, 235, 236; *Wall*, WuM 2007, 8; *Lammel*, AnwZert MietR 17/2013, Nr. 2; *von Sel-deneck/Wichert/Fallak*, Gewerbemiete 2013, BSt. 73 Rn. 17; a.A. AG Dresden, WuM 2007, 8.

<sup>27</sup> So *Flatow*, Vortrag DMT 2012, WuM 2012, 235, 236.

<sup>28</sup> *Flatow*, Vortrag DMT 2012, WuM 2012, 235, 236; s. auch *Hinz*, WuM 2013, 443, 448: „in krassen Fällen“.



vorzugehen. Gerade hier steht ihm ein gewisser Entscheidungsspielraum zu. So darf er, zumal in weniger gravierenden Fällen, ohne Weiteres auch Praktikabilitätsabwägungen anstellen (s. bereits unter a) und von der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen absehen, wenn ihm das damit verbundene Prozessrisiko im Hinblick auf den Nutzen als zu hoch erscheint.

Ähnlich gelagert ist die Situation bei unwirksamen Preisanpassungsklauseln in Versorgungsverträgen. Auch hier könnte man dem Vermieter abverlangen, die notwendigen „Konsequenzen auf der Entgeltseite“ zu ziehen und den unberechtigten Preiserhöhungen des Unternehmens entgegenzutreten, diese im Zweifel gar nicht erst zu begleichen<sup>29</sup>.

## **aa) Informationspflicht des Vermieters (erste Ebene)**

### **(1) Problemstellung**

Indes wird dem Vermieter, sofern man ihm eine Reaktion auf unwirksame Preisklauseln seines Energieversorgers tatsächlich ansinnen will, einiges mehr abverlangt als bei der Geltendmachung von Gewährleistungsrechten. Er muss nämlich die Unwirksamkeit der Vertragsbestimmung erst einmal erkennen. Das ist ihm nur dann möglich, wenn er die hierzu ergangene BGH-Rechtsprechung zumindest ihren Kernaussagen nach erfasst hat. Erst dann ist ihm der Blick auf die hier in Rede stehende Problematik überhaupt eröffnet. Nunmehr kann er sich mit der durchaus komplexen Materie entweder selbst befassen, indem er etwa die in Betracht kommenden Urteile von der Homepage des BGH herunterlädt und die darin bewerteten Preisklauseln mit der in seinem Gas- oder Wärmeliefervertrag vorhandenen vergleicht, oder aber sich diesbezüglich in rechtliche Beratung begeben.

### **Konsequenzen für Fall 1:**

Die hier einschlägige Entscheidung des BGH vom 24.03.2010 (VIII ZR 178/08)<sup>30</sup> war Gegenstand einer Presseerklärung vom selben Tag (Nr. 61/2010). Der Volltext wird schätzungsweise im Mai oder Juni 2010 in die Entscheidungsdatenbank auf der Homepage des BGH eingestellt gewesen sein. Das bedeutet, dass V sie annehmbar Mitte 2010 hätte abrufen und zur Kenntnis nehmen können.

Und hier liegt ein bislang kaum thematisiertes Problem. Muss etwa der Vermieter von lediglich ein oder zwei Wohnungen durch aufmerksame Lektüre überregionaler Tageszeitungen die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu Preisanpassungsklauseln verfolgen? Und wie verhält es sich bei dem Vermieter einer kleineren Gewerbeeinheit, etwa einer Halle, in der er früher einmal seine Kfz-Werkstatt betrieben hat? Andererseits wird man einem Wohnungsunternehmen, das über mehr als 200 Wohnungen verfügt, oder dem Be-

<sup>29</sup> In diesem Sinne auch *Lammel*, AnwZert MietR 17/2013 Nr. 2.

<sup>30</sup> BGHZ 185, 96 = NJW 2010, 2789.

treiber eines Einkaufszentrums ohne Weiteres zumuten können, die höchstrichterliche Rechtsprechung zu betriebskostenrelevanten Fragen – auch außerhalb des Mietrechts – zur Kenntnis zu nehmen und im Sinne seiner Mieter umzusetzen.

Man könnte daran denken, dass es sich hierbei um einen Aspekt handelt, der erst auf der Ebene des Vertretenmüssens im Rahmen des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu bewerten wäre. Dann würden hier wohl die vom BGH<sup>31</sup> entwickelten Grundsätze zum Rechtsirrtum zur Anwendung gelangen. Das hätte die Konsequenz, dass eine Fehleinschätzung der Rechtslage durch den Vermieter grundsätzlich unbeachtlich wäre; auch beim Wirtschaftlichkeitsgebot würden insoweit keine Besonderheiten gelten<sup>32</sup>. Andererseits wird beim Wirtschaftlichkeitsgebot der Umfang des Vermietungsbetriebs bereits auf der Pflichtenebene berücksichtigt. So werden dem Kleinvermieter vor der Vergabe selbst größerer Aufträge regelmäßig keine besonderen Marktrecherchen abverlangt. Demgegenüber soll dem Vermieter eines größeren Mehrfamilienhauses grundsätzlich die vorherige Einholung von drei Angeboten seriöser Unternehmen obliegen, wohingegen dem Wohnungsunternehmen jedenfalls bei den kostenintensiven Betriebskostenarten eine Ausschreibung empfohlen wird<sup>33</sup>.

## **(2) Großvermieter/Kleinvermieter – Kriterien zur Abgrenzung**

Dies zugrunde gelegt, wird der Großvermieter, der eine Vielzahl von Wohnungen am Markt anbietet, im Interesse der Wirtschaftlichkeit seiner Betriebsführung regelmäßig auch die hierfür relevanten Medieninformationen zur Kenntnis nehmen müssen. Demgegenüber wird man dem Vermieter von nur wenigen Wohnungen Derartiges nicht ohne Weiteres abverlangen können. Es fragt sich allerdings, wo hier eine sinnvolle Grenze gezogen werden kann, die auch den Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht vernachlässigt.

### **(a) Unternehmerbegriff**

Zu denken ist zunächst an die im BGB verankerte Differenzierung zwischen Verbraucher und Unternehmer. Verbraucher ist gem. § 13 BGB eine natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Als Unternehmer klassifiziert § 14 Abs. 1 BGB natürliche und juristische Personen sowie rechtsfähige Personengesellschaften, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Die Vermietung von Wohnraum wird gemeinhin als selbständige gewerbliche Tätigkeit im Sinne dieser Vorschrift angesehen, wenn sie nicht nur der privaten

<sup>31</sup> Grdl. BGH, WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103; ferner BGH, WuM 2012, 323, 325; NJW 2005, 976, 977.

<sup>32</sup> S. etwa *Lützenkirchen*, in: ders., Mietrecht – Kommentar, 2013, § 556 Rn. 461.

<sup>33</sup> So Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 22), § 560 Rn. 80; *Milger*, NZM 2011, 1, 10.

Vermögensverwaltung des Vermieters dient, sondern dieser zahlreiche Wohnungen mit einem wechselnden Mieterbestand innehat. Maßgebend sind die Umstände des Einzelfalls; ein Indiz für eine unternehmerische Tätigkeit ist, dass der Vermieter ein Büro und einen organisierten Geschäftsbetrieb unterhält<sup>34</sup>. In der Regel wird eine unternehmerische Tätigkeit erst bei der Vermietung von mehreren Wohnungen angenommen. Doch lässt die Instanzrechtsprechung teilweise bereits sechs, jedenfalls aber mehr als zehn Wohnungen genügen<sup>35</sup>. Im Schrifttum ist die Unternehmereigenschaft mitunter schon bei der Vermietung einer einzigen Wohnung bejaht worden<sup>36</sup>. Indes hat der BGH in anderem Zusammenhang – es ging dort um das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen (§§ 312b Abs. 1, 312d Abs. 1, 355 BGB i.d.F. v. 02.12.2004) – eine restriktive Auslegung des Unternehmerbegriffs postuliert. Beim Vertragsschluss mit einer natürlichen Person sei grundsätzlich von einem Verbraucherhandeln auszugehen; anderes gelte nur dann, wenn das Handeln aus Sicht der anderen Vertragspartei zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzuordnen sei<sup>37</sup>.

Doch selbst wenn man angesichts dieser restriktiven Tendenz des BGH im Regelfall eine Vermietung von mindestens zehn Wohnungen verlangen will, erweist sich ein Abstellen auf den Unternehmerbegriff des § 14 BGB keineswegs als unproblematisch. In der Praxis begegnet man des Öfteren dem Kleinvermieter, der zur Sicherung seiner Altersversorgung ein Mehrfamilienhaus erworben hat und die darin befindlichen zehn oder zwölf Wohnungen in Eigenregie vermietet. Erfahrungsgemäß treten hier vielfach Defizite bei der Bewirtschaftung des Objekts auf, sei es bei der Abrechnung über die Betriebskosten, sei es im Umgang mit Mängelrügen oder anderen Konfliktsituationen. Ob man diesem Vermieter abverlangen kann, sich über die aktuelle BGH-Rechtsprechung – und zwar in einem Bereich, der das Mietrecht unmittelbar gar nicht betrifft – auf dem Laufenden zu halten, erscheint fraglich. Sofern er die für seine eigene Wohnung bestimmten Gas- und Stromrechnungen anstandslos begleicht, wird er ohne einen expliziten Hinweis auf die hier in Rede stehende Problematik wohl gar nicht auf den Gedanken kommen, die Preisanpassungsklauseln in seinen Versorgungsverträgen zu hinterfragen.

Ohnehin wird man bezweifeln dürfen, ob die im BGB verankerten Kategorien von Unternehmer und Verbraucher im Bereich des Mietrechts überhaupt uneingeschränkt passen<sup>38</sup>. Je-

---

<sup>34</sup> Schmidt-Futterer/*Blank* (Fn. 22), Vorbem. z. § 535 Rn. 68 mit Hinweis auf BGHZ 149, 80, 87 = NJW 2002, 368, 369 und OLG Düsseldorf, GE 2010, 845 = MDR 2010, 858.

<sup>35</sup> So AG Köln, WuM 2007, 123; AG Frankfurt/M, WuM 1998, 418; s.a. LG Görlitz, WuM 2000, 542: 11 Wohnungen; AG Mülheim/Ruhr, WuM 1995, 431: 13 Wohnungen.

<sup>36</sup> So etwa *Pfeilschifter*, WuM 2003, 543, 545.

<sup>37</sup> BGH, NJW 2009, 3780, 3781.

<sup>38</sup> S. zur Thematik insbes. *Gsell*, Vortrag DMT 2014, demnächst in WuM.

denfalls operiert der BGH bei der Frage, wann der Vermieter die Erstattung vorgerichtlicher Anwaltskosten als Verzögerungsschaden (§§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 1 BGB) verlangen kann, mit der Rechtsfigur des „gewerblichen Großvermieters“, der über kaufmännisches Personal verfügt und daher für die Abfassung von Kündigungsschreiben wegen Zahlungsverzugs in einfach gelagerten Fällen keiner anwaltlichen Hilfe bedarf<sup>39</sup>. Ihm steht der Privat- oder Kleinvermieter gegenüber, der zur Abgabe rechtserheblicher Erklärungen regelmäßig einen Rechtsanwalt einschalten und dessen Kosten als Schadensersatz geltend machen darf<sup>40</sup>. Unklar ist aber auch hier, wo die Grenze zwischen diesen beiden Kategorien verlaufen soll.

### **(b) Rechtsgedanke aus § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG?**

Eine Möglichkeit könnte darin liegen, auf den Rechtsgedanken des § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG beim zivilrechtlichen Benachteiligungsgebot zurückzugreifen. Die Bestimmung wird im Schrifttum mitunter als „Kleinvermieterklausel“ bezeichnet<sup>41</sup>. Sie bestimmt, dass die Vermietung von Wohnraum in der Regel kein Massengeschäft oder massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft i. S. des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG ist, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet. Das bedeutet, dass dem Vermieter hier lediglich eine Benachteiligung wegen der Merkmale Rasse und ethnischer Herkunft gem. §§ 19 Abs. 2, 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG untersagt ist, nicht hingegen aus den anderen in § 19 Abs. 1 AGG aufgeführten Gründen<sup>42</sup>.

Allerdings handelt es sich bei § 19 Abs. 5 Satz 3 AGG um eine – mit Blick auf die Richtlinie 2004/113/EG keineswegs unbedenkliche<sup>43</sup> – Ausnahmegesetzgebung, der im Übrigen der politische Kompromiss förmlich auf die Stirn geschrieben steht. Schon deshalb erscheint es problematisch, ihr einen über die Grenzen des zivilrechtlichen Benachteiligungsverbots hinausgehenden Anwendungsbereich zu gewähren. Aber auch inhaltlich mag man sich fragen, ob der Kleinvermieterbegriff des AGG mit seinem Schwellenwert von 50 Wohnungen hier sachgerecht ist. Gesteigerte Anforderungen an die Wirtschaftlichkeit der Betriebsführung wird man bereits dort stellen können, wo der wohnungswirtschaftlich nicht geschulte Vermieter typischerweise eine professionelle Verwaltung einschaltet. Und das ist in aller Regel bereits bei einer Vermietung von 20 Wohnungen der Fall. Ein Verwaltungsunternehmen wird indes stets gehalten sein, sich mit dem für die Versorgung der betreuten Immobilien relevanten Tagesgeschehen zu befassen.

<sup>39</sup> BGH, WuM 2010, 740 = ZMR 2011, 201.

<sup>40</sup> Vgl. etwa *Fölsch*, jurisPR-MietR 19/2012 Anm. 2.

<sup>41</sup> So etwa *Schmidt-Ränsch*, NZM 2007, 6, 12; *Hinz*, DWW 2007, 181, 188; ders., ZMR 2006, 826.

<sup>42</sup> Zur Problematik *Schmidt-Ränsch*, NZM 2007, 6, 12; *Hinz*, DWW 2007, 181, 188.

<sup>43</sup> S. nur *Schmidt-Ränsch*, NZM 2007, 6, 12; *Hinz*, DWW 2007, 181, 188.

### **(c) Eigenständiger Großvermieterbegriff**

Es bietet sich daher an, für die hier in Rede stehende Konstellation einen eigenständigen Großvermieterbegriff zu bestimmen. Dem Vermieter sind jedenfalls dann gesteigerte Pflichten bei der Bewirtschaftung seiner Immobile(n) aufzuerlegen, wenn sein Betrieb einen Umfang erreicht, der den Einsatz von kaufmännisch geschultem Personal oder einem Verwaltungsunternehmen erforderlich macht. Haben nunmehr seine Mitarbeiter oder diejenigen des Verwaltungsunternehmens es versäumt, grundlegende Entscheidungen des BGH zum Energielieferungsrecht zur Kenntnis zu nehmen und umzusetzen, liegt eine Pflichtverletzung vor, die sich der Vermieter jedenfalls nach § 278 Abs. 1 BGB wie eigenes Fehlverhalten zurechnen lassen muss. Sofern er indes eine Vermietung von 20 oder mehr Wohnungen in Eigenregie betreibt, obliegt es ihm, sich über die hierfür relevante höchstrichterliche Rechtsprechung – und zwar auch außerhalb des Mietrechts – zu informieren.

Auch beim Vermieter von Gewerberaum wird es darauf ankommen, ob der Umfang seines Betriebs eine professionelle Verwaltung erfordert. Das wird in der Regel aber schon dann der Fall sein, wenn er mit mehreren größeren Objekten am Marktgeschehen teilnimmt, auch wenn es sich um deutlich weniger als 20 Einheiten handelt.

### **(d) Hinweis durch den Mieter**

Im Übrigen ist eine Pflicht des Vermieters, sich mit der BGH-Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln zu befassen, jedenfalls dann anzunehmen, wenn ihn der Mieter in substantieller Form auf diese hinweist<sup>44</sup>. In solchen Fällen ist auch der Kleinvermieter mit Blick auf das Wirtschaftlichkeitspostulat gehalten, die betreffenden Urteile zur Kenntnis zu nehmen, etwa aus dem Internet herunterzuladen, und die darin beurteilten Preisanpassungsklauseln mit derjenigen im eigenen Versorgungsvertrag zu vergleichen. Äußerstenfalls – insbesondere wenn er nicht in der Lage ist, die höchstrichterlichen Wertungen nachzuvollziehen – wird er nicht umhinkommen, professionellen Rechtsrat einzuholen.

## **bb) Reaktionspflichten des Vermieters (zweite Ebene)**

### **(1) Problemstellung**

Es schließt sich die Frage an, wie der Vermieter reagieren muss, wenn er nach Überprüfung der Preisanpassungsklausel in seinem Mietvertrag zu dem Schluss gelangt, dass diese auf der Grundlage der aktuellen BGH-Rechtsprechung unwirksam ist.

---

<sup>44</sup> So auch AG Pinneberg, WuM 2013, 731, 733; ferner von *Seldeneck*, Info M 2013, 532.

Nach dem Urteil des AG Pinneberg vom 17.10.2013<sup>45</sup> darf er unberechtigte Forderungen seines Versorgungs- bzw. Dienstleistungsunternehmens jedenfalls dann nicht begleichen, wenn die Rechtslage hinreichend geklärt ist. *Von Seldeneck* konkretisiert dies in seiner Besprechung des Judikats dahingehend, dass der Vermieter zur Abwehr von unberechtigten Preiserhöhungen verpflichtet ist, „wenn die höchstrichterliche Rechtsprechung dazu einlädt“<sup>46</sup>. Gleichwohl kann die Frage, ob dem Vermieter eine Kürzung der ihm vom Energieversorger berechneten Beträge obliegt, nicht losgelöst von den damit verbundenen Risiken beantwortet werden.

## **(2) Risiken für den Vermieter bei einer Nichtbegleichung der Preiserhöhungen**

### **(a) Versorgungssperre**

Mit Urteil vom 11.12.2013 (VIII ZR 41/13)<sup>47</sup> hat der BGH entschieden, dass ein Stromversorgungsunternehmen zur Unterbrechung der Versorgung gem. § 19 Abs. 2 StromGKV berechtigt ist, sofern der Kunde im Falle einer nicht akzeptierten Preiserhöhung auch mit dem bereits bei Vertragsabschluss vereinbarten Anfangsbetrag (sog. Sockelbetrag) in Verzug geraten ist. Dieser Sockelbetrag ist – wie sich aus der Formulierung „soweit“ in § 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StromGKV ergibt – ungeachtet offensichtlicher Abrechnungsfehler infolge unberechtigter Preiserhöhungen in jeden Fall fällig. Entsprechendes gibt – was der BGH in dieser Entscheidung auch andeutet<sup>48</sup> – angesichts der Parallelvorschrift in § 17 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GasGKV für unberechtigte Gaspreiserhöhungen. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass der Kunde eine Versorgungssperre nicht befürchten muss, wenn er lediglich die unberechtigten Preiserhöhungen nicht entrichtet.

Die Entscheidung betraf einen Tarifikunden<sup>49</sup>; nur für diesen gelten die gesetzlichen Bestimmungen der StromGKV und der GasGKV. Bei den hier in Rede stehenden Sondervertragskunden erfolgt allerdings regelmäßig eine vertragliche Einbeziehung dieser Vorschriften<sup>50</sup>, so dass sich die Rechtslage letztlich entsprechend darstellt. Aber auch eine auf allgemeine Grundsätze, namentlich auf das Leistungsverweigerungsrecht des § 320 Abs. 1 BGB gestützte Versorgungssperre kann nicht zum Tragen kommen, wenn der Sondervertragskunde die auf einer unwirksamen Preisklausel basierenden Erhöhungsbeträge nicht entrichtet. Eine Geltendmachung dieser Befugnis würde sich hier bereits als treuwidrig erweisen (vgl. § 320 Abs. 2 BGB).

<sup>45</sup> WuM 2013, 731.

<sup>46</sup> *Von Seldeneck*, Info M 2013, 532.

<sup>47</sup> BGH, MDR 2014, 136.

<sup>48</sup> S. Rn. 12 und 13.

<sup>49</sup> S. dazu o. Fn. 11.

<sup>50</sup> Vgl. nur Palandt/*Grüneberg*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 310 Rn. 6.

Auf eines muss der Vermieter freilich achten: Er muss die bei Vertragsabschluss vereinbarten Sockelbeträge vollständig begleichen.

### **(b) Zahlungsklage**

Ein gewisses Risiko für den Vermieter besteht sicher darin, dass er bei mangelnder Entrichtung der Erhöhungsbeträge einer Zahlungsklage des Energieversorgers ausgesetzt ist. Derartiges ist – wie die zahlreichen im Jahre 2010 beim Landgericht Itzehoe anhängigen Verfahren dokumentieren<sup>51</sup> – selbst bei einer bereits vom BGH geklärten Rechtslage keineswegs ausgeschlossen. Allerdings hatte zu jener Zeit der 13. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts in einem Hinweisbeschluss (Datum: 09.12.2010 – 13 U 211/09)<sup>52</sup> angekündigt, einer von der Rechtsprechung des BGH teilweise abweichenden Auffassung zuzuneigen. Danach sollte allein der Widerspruch des Kunden gegen die Preisanpassung dem Versorgungsunternehmen keinen hinreichenden Anlass bieten, den Energieliefervertrag zu kündigen. Das gelte schon deswegen, weil eine derartige Kündigung gegenüber einer Vielzahl von (potenziell) widersprechenden Kunden ein verheerendes Echo in der Öffentlichkeit ausgelöst hätte – zumal den Kunden wohl nichts anderes übrig geblieben wäre, als erneut mit dem Versorgungsunternehmen zu kontrahieren, was wiederum den Vorwurf der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung provoziert hätte. Dann aber sei – so der OLG-Senat – zugunsten des Versorgungsunternehmens eine ergänzende Vertragsauslegung möglich, die ihm ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB gewähre, sofern das Unternehmen nachweisen könne, dass es ohne eine entsprechende Auslegung zu einer nicht mehr hinnehmbaren Verschiebung des Vertragsgefüges kommen würde. Von dieser Auffassung ist der 13. Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichts erst mit Urteil vom 30.01.2013 (13 U 211/09)<sup>53</sup> abgerückt und seither auf die Linie des BGH eingeschwenkt. Ausdrücklich stellt er klar, dass der Weg zu einer ergänzenden Vertragsauslegung versperrt sei, da das Versorgungsunternehmen die Möglichkeit sowie auch Veranlassung hatte, gegenüber den Kunden nach Eingang ihrer Widerspruchsschreiben die Kündigung der Vertragsverhältnisse auszusprechen.

Hieraus hat das AG Hamburg-Blankenese in einem Urteil vom 27.11.2013 (531 C 304/12)<sup>54</sup> gefolgert, dass es dem Vermieter in Anbetracht einer dergestalt unsicheren Rechtslage in Hamburg jedenfalls für die Zeiträume 2010, 2011 und 2012 nicht zumutbar gewesen sei, die streitgegenständlichen Fernwärmeabrechnungen auch nur teilweise nicht zu begleichen. Insoweit mag in der Freien und Hansestadt Hamburg angesichts der vom dortigen Oberlan-

---

<sup>51</sup> Beispielfhaft LG Itzehoe, ZMR 2011, 389.

<sup>52</sup> ZMR 2011, 122 mit Anm. *Markert*.

<sup>53</sup> ZMR 2013, 122 mit Anm. *Markert*.

<sup>54</sup> ZMR 2014, 128.

desgericht verlautbarten Auffassung seinerzeit eine besondere Situation vorgelegen haben. In aller Regel wird der Vermieter sich jedoch an der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu orientieren haben. Sofern diese die in seinem Versorgungsvertrag enthaltene Preisanpassungsklausel als unwirksam erachtet hat, darf er die darauf gestützten Preiserhöhungen nicht zulasten seines Mieters – der die Kosten letztlich zu tragen hat – entrichten. Dabei darf auch nicht aus dem Blick geraten, dass der Vermieter derjenige ist, in dessen Versorgungsvertrag sich die unwirksame Bestimmung befindet. Selbst wenn ihm diese von seinem Energieversorger als Verwender nach Maßgabe des § 305 Abs. 1 BGB einseitig auferlegt worden ist, so handelt es sich hierbei um einen Umstand, der allein aus seiner Sphäre resultiert. Er hat den Vertrag mit dem Versorgungsunternehmen abgeschlossen, nicht hingegen der Mieter. Dieser hatte weder auf die Auswahl des Unternehmens noch auf die Vertragsgestaltung irgendeine Einflussmöglichkeit.

Im Übrigen besteht für den Vermieter selbst dann ein gewisses Prozessrisiko, wenn er der Energiepreiserhöhung lediglich widerspricht oder die Erhöhungsbeträge unter (einfachem) Vorbehalt zahlt. Denn damit berührt er sich eines Rückforderungsanspruchs gegen das Versorgungsunternehmen, wogegen sich dieses mittels einer negativen Feststellungsklage gem. § 256 Abs. 1 ZPO zur Wehr setzen kann. Das dafür erforderliche Feststellungsinteresse ist bereits dann gegeben, wenn der Vermieter die Rechtmäßigkeit der Energiepreiserhöhung ernstlich in Zweifel zieht und geltend macht, ihm stehe unter bestimmten Umständen, deren Eintritt noch ungewiss sein mag, ein Rückforderungsanspruch zu<sup>55</sup>. Schon hierdurch wird das Versorgungsunternehmen in seinem Handlungsspielraum eingeschränkt, indem es Dispositionen im Hinblick auf die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen durch den Vermieter treffen muss – und sei es nur, dass es eine ordentliche Kündigung des Energielieferungsvertrags ausspricht, verbunden mit dem Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrags.

Schwieriger ist die Rechtslage, wenn die im Versorgungsvertrag vorhandene Preisklausel von denjenigen, die der BGH bislang für unwirksam erklärt hat, mehr oder weniger divergiert. Das ist in der Praxis keineswegs selten der Fall.

**Variante Fall 1 (s. AG Pinneberg, Urt. v. 17.10.2013 – 83 C 207/12<sup>56</sup>):**  
In dem Erdgassondervertrag findet sich folgende Preisanpassungsklausel:

---

<sup>55</sup> Vgl. BGH, NJW 1992, 436, 437; Zöller/Greger, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 256 Rn. 14a.

<sup>56</sup> WuM 2013, 731.



„Der in § 4 (3) genannte Arbeitspreis ist wie folgt an die Preise des extra leichten Heizöles (HEL) sowie an den Folgewert des Index „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“ (L) gebunden:

$$AP = AP * (1,14300 * HEL/32,0243 - 012000) + 0,2045 + 0,1023 * L /68,6$$

In dieser Formel bedeuten:

AP = der neue Arbeitspreis in Ct/kWh

AP = der Arbeitspreis gemäß Vertrag (Basiswert)

HEL = Folgewert für extra leichtes Heizöl in EU/hl

L = Folgewert Index Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“

Hier kann auch der Großvermieter in eine prekäre Situation geraten. Eine vollständige Analyse der BGH-Rechtsprechung zum Preisklauselrecht kann auch ihm nicht abverlangt werden. Abzustellen ist hier auf die Perspektive eines verständigen Wohnungsverwalters. Sofern sich diesem nach Befassung mit der einschlägigen BGH-Rechtsprechung die Vergleichbarkeit der zu beurteilenden mit der höchstrichterlich für unwirksam erklärten Klausel geradezu aufdrängt, wird der Vermieter ebenfalls gehalten sein, die Zahlung der Erhöhungsbeträge zu verweigern.

Ein derartiger Fall lag dem erwähnten Urteil des AG Pinneberg zugrunde. Die dortige Klausel enthält neben dem HEL-Preis noch eine weitere Variable, nämlich den Lohnindex des Wirtschaftszweigs „Bergbau und Gewinnung von Steinen und Erden“. Zu Recht hat das AG Pinneberg angenommen, dass sich die Unwirksamkeit der Klausel gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nach den vom BGH im Urteil vom 24.03.2010 (VIII ZR 178/08)<sup>57</sup> aufgestellten Grundsätzen bereits daraus ergibt, dass sie Kostensenkungen außerhalb von Gasbezugs- und Personalkosten, etwa im Bereich der staatlichen Abgaben oder der Investitionskosten, gänzlich unberücksichtigt lässt und damit dem Versorgungsunternehmen eine für den Kunden verdeckte Gewinnmaximierung verschafft. Zwar betraf die erwähnte Entscheidung des BGH eine Klauselgestaltung, in welcher der Arbeitspreis an den HEL-Preis und der Grundpreis an einen Lohnindex für Arbeiter kommunaler Verwaltungen und Betriebe in Nordrhein-Westfalen gekoppelt war. Allerdings ist nicht ausschlaggebend, was für ein Lohnindex bei welchem Kostenfaktor verwendet wird, sondern dass die alleinige Berücksichtigung der Lohnentwicklung nicht ausreicht<sup>58</sup>.

Ist hingegen die Unwirksamkeit der Klausel – gemessen an den Leitlinien der BGH-Rechtsprechung – weniger eindeutig, kann auch dem Großvermieter eine Kürzung der Versor-

<sup>57</sup> BGHZ 185, 96 = NJW 2010, 2789, 2793 (Rn. 35).

<sup>58</sup> AG Pinneberg, WuM 2013, 731, 733.

gerabrechnungen um die Erhöhungsbeträge nicht abverlangt werden<sup>59</sup>. In solchen Fällen kann auch er lediglich gehalten sein, der Preiserhöhung rechtzeitig, nämlich vor Ablauf der vom BGH mittels ergänzender Vertragsauslegung postulierten Dreijahresfrist (s. oben bei II. 1. b) zu widersprechen und dem Mieter auf dessen Verlangen hin anteilige Rückforderungsansprüche gegen das Versorgungsunternehmen abzutreten (s. dazu unten bei IV. 3.).

### **(c) Kündigungsrisiko**

Wendet sich der Vermieter gegen die von ihm als unberechtigt erkannte Preiserhöhung, so muss er eine weitere Reaktion des Versorgungsunternehmens mit einkalkulieren: Dieses könnte den Energieliefervertrag – sofern eine feste Laufzeit nicht vereinbart ist<sup>60</sup> – zum nächstmöglichen Termin kündigen, u.U. verbunden mit dem Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrags, nunmehr mit einer wirksamen Preisanpassungsklausel. Eine solche Kündigung wird das Unternehmen im Zweifel sehr viel eher in Betracht ziehen, als eine aller Voraussicht nach aussichtslose Zahlungsklage gegen den Vermieter.

Für den Großvermieter ergibt sich hier mit Blick auf das betriebskostenrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot u.U. eine weitere Pflicht. Er muss eine Prognose darüber anstellen, ob eine Fortführung des gegenwärtigen Versorgungsvertrags mit der unwirksamen Preisanpassungsklausel und darauf gestützten jährlichen Preiserhöhungen unter dem Strich gesehen wirtschaftlich günstiger sei kann, als der Abschluss eines Neuvertrags mit einer nunmehr wirksamen Erhöhungsberechtigung. Dabei darf er sicher nicht außer Acht lassen, dass er, solange der bisherige Energieliefervertrag noch besteht, also bis zum Ablauf der Kündigungsfrist, nur die seinerzeit vereinbarten Sockelbeträge schuldet. Auch wird er etwaige Rückforderungsansprüche gegen das Versorgungsunternehmen mit in Erwägung ziehen müssen. Im Übrigen gilt auch hier der Grundsatz, dass der Vermieter nicht gehalten ist, die punktgenau preisgünstigste Lösung auszuklügeln – ihm steht wie auch sonst bei der Bewirtschaftung seiner vermieteten Immobilie ein gewisses Ermessen zu (s. dazu unter a). Im Zweifel wird es aber nicht ermessensfehlerhaft sein, wenn er sich einer unberechtigten Preiserhöhung widersetzt.

## **III. Ansprüche gegen den (Groß-)Vermieter bei Überzahlung trotz geklärter Rechtslage**

### **Fall 2 (Ausgangsfall):**

Wie Fall 1 (Ausgangsfall). Großvermieter V hatte über die Jahre 2010, 2011 und 2012 bereits abgerechnet, ohne die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel in seinem Vertrag mit dem Gaslieferanten zu realisieren. Dementsprechend hat er auch die Preiserhöhungen in dessen Rechnungen vorbehaltlos ausgeglichen und an seinen Mieter M weitergeben. M erkennt An-

<sup>59</sup> In diesem Sinne auch *Milger*, NZM 2012, 657, 662; 2008, 1, 10; *Beyer*, NZM 2007, 1, 4.

<sup>60</sup> Dies ist bei der Lieferung von Fernwärme wohl regelmäßig der Fall, vgl. § 32 Abs. 1 AVBFernWärmeV.

fang 2014 die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel und verlangt von V Rückerstattung der für die Jahre 2010 und 2011 überzahlter Beträge.

### **1. Schadensersatzanspruch des Mieters**

Der unter II. 2. b aa [2 c] definierte Großvermieter ist nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot gehalten, die für die Bewirtschaftung seiner vermieteten Immobilien relevante höchstrichterliche Rechtsprechung zum Energielieferungsrecht zu beobachten und gegebenenfalls umzusetzen.

#### **Konsequenzen für den (Ausgangs-)Fall 2:**

V hätte insbesondere die Entscheidung des BGH vom 24.03.2010 (VIII ZR 178/08)<sup>61</sup> berücksichtigen müssen. Erweist sich danach die in seinem Gasliefervertrag enthaltene Preisanpassungsklausel als unwirksam, hätte er nach einer angemessenen Prüfungsfrist, die allerdings nicht vor Einstellung des Urteils im Volltext auf der Homepage des BGH – annehmbar also Mitte 2010 – beginnt, die laufenden Zahlungen auf die Höhe des Sockelbetrags reduzieren müssen. Darüber hinaus hätte er Überzahlungen zurückfordern müssen.

Hat der Vermieter dies unterlassen, resultiert daraus – jedenfalls dem Grunde nach – ein Schadensersatzanspruch des Mieters wegen einer Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots aus §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2 BGB. Ist dieser nach § 249 Abs. 1 BGB auf Herstellung des Zustands gerichtet, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, so hätte der Vermieter dem Mieter die diesem in Rechnung gestellten Erhöhungsbeträge zu erstatten. Denn ohne das schädigende Ereignis, nämlich die Zahlung der vom Versorgungsunternehmen ungeachtet der unwirksamen Preisanpassungsklausel eingeforderten Erhöhungsbeträge, hätte der Vermieter diese nicht im Rahmen der Betriebskostenabrechnung an den Mieter weitergegeben. Insofern läge der Schaden des Mieters in seiner Belastung mit den vom Vermieter rechtsgrundlos entrichteten Erhöhungsbeträgen.

### **2. Kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis durch Begleichung von Nachforderungen**

Der Geltendmachung eines Schadensanspruchs durch den Mieter steht nicht etwa der Umstand entgegen, dass dieser die mit den Abrechnungen geltend gemachten Nachforderungen – im Fall 2 diejenigen aus 2010 und 2011 – vorbehaltlos beglichen hat. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH<sup>62</sup> stellt weder die vorbehaltlose Zahlung einer aus der Betriebskostenabrechnung resultierenden Nachforderung durch den Mieter noch die vorbehaltlose Erstattung eines daraus folgenden Guthabens durch den Vermieter ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis dar. Bei der Wohnraummiete gilt dies nach dem Urteil des VIII. Zivilsenats vom 12.01.2011 (VIII ZR 296/09)<sup>63</sup> schon im Hinblick auf die durch die Mietrechts-

<sup>61</sup> BGHZ 185, 96 = NJW 2010, 2789.

<sup>62</sup> BGH, WuM 2011, 108 = ZMR 2011, 375; NZM 2013, 648 = ZMR 2014, 109.

<sup>63</sup> BGH, WuM 2011, 108 = ZMR 2011, 375

reform 2001 geschaffenen Abrechnungs- und Einwendungsfristen (vgl. § 556 Abs. 3 Satz 2 und 5 BGB) und die daran anknüpfenden Präklusionsfolgen (vgl. § 556 Abs. 3 Satz 3 und 6 BGB). Diese würden durch Annahme eines Schuldanerkenntnisses bei vorbehaltloser Regulierung des Abrechnungsendbetrags umgangen werden. Aber auch für die Gewerberaum-miete hat der XII. Zivilsenat mit Urteil vom 10.07.2013 (XII ZR 62/12)<sup>64</sup> angenommen, dass durch vorbehaltlose Begleichung einer Betriebskostennachforderung bzw. Erstattung eines Abrechnungsguthabens kein deklaratorisches Schuldanerkenntnis zustande kommt. Das bloße Regulieren von Abrechnungsendbeträgen beinhaltet keinen rechtsgeschäftlichen Erklärungswert; es handele sich um reine Erfüllungshandlungen i. S. von § 362 BGB<sup>65</sup>.

### 3. Einwendungsfrist

Einem Schadensersatzanspruch des Mieters aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 249 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots auf Rückerstattung von überzahlten Energiekosten aus früheren Abrechnungsperioden könnte allerdings der Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB entgegenstehen. Nach dieser Vorschrift ist der Mieter mit Einwendungen gegen die Betriebskostenabrechnung ausgeschlossen, wenn er diese dem Vermieter nicht spätestens bis zum Ablauf des zwölften Monats nach Zugang der Abrechnung mitgeteilt hat, es sei denn, er hat die verspätete Geltendmachung nicht zu vertreten.

#### a) Anwendbarkeit bei Schadensersatzansprüchen des Mieters

Nicht ganz klar ist zunächst, ob die Einwendungsfrist im Falle der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots überhaupt eingreift. Auf Seminarveranstaltungen ist dies durchaus kontrovers diskutiert worden<sup>66</sup>. Gegen eine Geltung der Einwendungsfrist wurde angeführt, diese komme nur bei inhaltlichen Fehlern der Abrechnung zum Tragen; allein der Verstoß gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz führe jedoch nicht zu deren Unrichtigkeit, sondern zur Unangemessenheit der darin eingestellten Kosten. Indes ergibt sich aus der Entscheidung des BGH vom 08.12.2010 (VIII ZR 27/10)<sup>67</sup>, dass die Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB bei inhaltlichen Beanstandungen der Abrechnung stets zur Anwendung gelangen soll; allein die formell unwirksame Abrechnung<sup>68</sup> ist nicht geeignet, diese Frist in Lauf zu setzen. Aber auch die gesetzgeberische Intention der ausschlussbewehrten Einwendungsfrist spricht für deren Geltung bei Schadensersatzansprüchen. Die erst im späten Gesetzgebungsverfahren

<sup>64</sup> NZM 2013, 648 = ZMR 2014, 109.

<sup>65</sup> NZM 2013, 648, 649 = ZMR 2014, 109, 110 f.

<sup>66</sup> Zur Thematik demnächst *Zehlein* und *Derckx* in NZM.

<sup>67</sup> WuM 2011, 101 = ZMR 2011, 454.

<sup>68</sup> S. dazu *Milger*, NJW 2009, 625; *Langenberg* (Fn. 26), H 123 ff.

ren der Mietrechtsreform 2001 in den Entwurf eingefügte Ausschlussfrist soll im Interesse der Rechtssicherheit gewährleisten, dass „absehbare Zeit nach einer Betriebskostenabrechnung Klarheit über die wechselseitig geltend gemachten Ansprüche besteht“<sup>69</sup>. Hierfür ist es ohne Belang, ob der Mieter Einwendungen gegen die materielle Richtigkeit einzelner Abrechnungspositionen erhebt oder wegen deren unberechtigter Höhe Schadensersatzansprüche auf Freistellung oder Rückerstattung geltend macht<sup>70</sup>.

### **Zwischenergebnis (Ausgangs-)Fall 2:**

Hat V dem M die Betriebskostenabrechnung für 2010 annehmbar fristgemäß (vgl. § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB) vor Ablauf des Jahres 2011 und die Abrechnung für 2011 vor Ablauf des Jahres 2012 erteilt, so ist die erst Anfang 2014 erfolgte Geltendmachung des überhöhten Gaspreises außerhalb der Zwölfmonatsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB erfolgt.

### **b) Fehlendes Vertretenmüssen der verspäteten Geltendmachung**

Fraglich ist, ob sich der Mieter in solchen Fällen darauf berufen kann, er habe die verspätete Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs nicht zu vertreten (vgl. § 556 Abs. 3 Satz 6 a.E. BGB). Grundsätzlich muss der Mieter – wie *Blank* es auf dem 11. Deutschen Mietgerichtstag 2009 sehr prägnant formuliert hat<sup>71</sup> – innerhalb der Zwölfmonatsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB sämtliche Einwendungen geltend machen, die er bei sorgfältiger Rechnungsprüfung erheben kann. Andererseits braucht er Abrechnungsfehler nicht zu beanstanden, solange sie ihm nicht erkennbar sind<sup>72</sup>. Es gilt auch insoweit der allgemeine Sorgfaltsmaßstab des § 276 BGB, nach welchem der Mieter jede Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Die Erkennbarkeit für den Mieter hängt jedoch davon ab, ob diesem die Problematik hinsichtlich der (nicht selten unwirksamen) Preisanpassungsklauseln in Versorgungsverträgen aus den Medien geläufig ist. Und insoweit wird es ihm – ebenso wie dem nicht professionell agierenden Vermieter – häufig an der nötigen Kenntnis fehlen.

Allerdings ist die richtige Einschätzung der Rechtslage für das Verschulden grundsätzlich ohne Belang; dies wird auch im Rahmen des Einwendungsausschlusses nicht anders bewertet<sup>73</sup>. Auch hier sind an das Vorliegen eines exkulpierenden Rechtsirrtums – entsprechend den von BGH in der Mietervereinsentscheidung vom 25.10.2006<sup>74</sup> aufgestellten Grundsätzen – hohe Anforderungen zu stellen. Der Mieter muss die Rechtslage unter Einbeziehung der höchstrichterlichen Rechtsprechung sorgfältig prüfen; ist er hierzu nicht in der Lage, muss er

<sup>69</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 87.

<sup>70</sup> In diesem Sinne auch *Lützenkirchen* (Fn. 32), § 556 Rn. 745.

<sup>71</sup> S. *Blank*, DWW 2009, 91, 93,

<sup>72</sup> Schmidt-Futterer/*Langenberg* (Fn. 22), § 556 Rn. 500; MünchKomm/*Schmid*, BGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2012, § 556 Rn. 97.

<sup>73</sup> Vgl. etwa *Lützenkirchen* (Fn. 32), § 556 Rn. 739.

<sup>74</sup> BGH, WuM 2007, 24 = ZMR 2007, 103; s. ferner BGH, WuM 2012, 323, 325; NJW 2005, 976, 977; ausf. zur Problematik *Blank*, Vortrag Herbstveranstaltung DMT 2007, NZM 2007, 788 = WuM 2007, 655.

professionellen Rechtsrat einholen. Sein Rechtsirrtum ist nur dann entschuldigt, wenn er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte<sup>75</sup>.

Allerdings unterscheidet sich die hier zu beurteilende Konstellation in einem wesentlichen Punkt von den klassischen Fällen des Rechtsirrtums. Dort hat der Schuldner seine Handlungsalternativen vor Augen: Er kann die Forderung begleichen, er kann dies auch unterlassen, weil er beispielsweise davon ausgeht, dass ihm ein Zurückbehaltungsrecht zusteht. Demgegenüber ist dem Schuldner der Blick auf die Thematik der unwirksamen Preisklausel im Versorgungsvertrag nur dann eröffnet, wenn er sie überhaupt realisiert hat. Dies wird ihm jedoch allein durch intensive Kontrolle der Abrechnungsunterlagen einschließlich der Versorgungsverträge nicht gelingen. Hierdurch kann er lediglich in Erfahrung bringen, dass das Versorgungsunternehmen den Gaspreis erhöht hat und es diese Erhöhung offenbar auf die im Versorgungsvertrag enthaltene Preisanpassungsklausel stützt. Die Problematik der Wirksamkeit dieser Bestimmung bleibt ihm bis auf Weiteres verborgen.

Die Frage fokussiert sich auch beim Mieter darauf, ob es ihm obliegt, durch aufmerksames Verfolgen des Tagesgeschehens in den Medien oder durch anderweitige Information – und sei es durch Inanspruchnahme einer prophylaktischen rechtlichen Beratung anlässlich der Belegkontrolle – die aktuelle Rechtsprechung zum Energielieferungsrecht zur Kenntnis zu nehmen. Indes ist die Situation hier nicht anders als beim Vermieter. Handelt es sich um einen nicht geschäftsmäßig agierenden Mieter, was bei Anmietung von Wohnraum zur Eigennutzung oder Überlassung an Familienangehörige stets der Fall ist, so spricht vieles dafür, dass ihn eine solche Pflicht ebenso wenig trifft wie den Vermieter. Anderes mag wiederum für den professionellen Großmieter gelten, etwa das Lebensmittel- oder Parfümerieunternehmen, dessen Größe eine eigene Immobilienverwaltung nahelegt. Für Gewerberaummietverhältnisse gilt die gesetzliche Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB ohnehin nicht<sup>76</sup>; mitunter findet sich in den dortigen Verträgen aber eine entsprechende formulärmäßige Regelung.

Die Rechtsprechung zum Rechtsirrtum würde im Rahmen des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB dazu führen, dass an die Informationspflichten des Mieters strengere Anforderungen gestellt würden als an diejenigen des Privatvermieters. Das wäre indes kaum zu rechtfertigen. Nach alledem sprechen die besseren Gründe dafür, dass der (Wohnraum-)Mieter die verspätete

---

<sup>75</sup> BGH, WuM 2007, 24, 26 = ZMR 2007, 103, 106.

<sup>76</sup> Vgl. BGH, NZM 2010, 240.

Geltendmachung solange nicht zu vertreten hat, wie er die BGH-Rechtsprechung zur Unwirksamkeit dieser oder ähnlicher Klauseln nicht realisiert hat.

### c) Reaktionsfrist des Mieters

Sobald der Mieter jedoch die einschlägige Rechtsprechung zur Kenntnis genommen hat, muss er – wenn die Zwölfmonatsfrist bereits abgelaufen ist – zeitnah reagieren. Nicht ganz klar ist, wie lange er sich Zeit lassen darf. Nach dem Urteil des BGH vom 05.07.2006 (VIII ZR 220/05)<sup>77</sup> ist der Vermieter nach schuldloser Versäumung der Abrechnungsfrist gem. § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB im Regelfall gehalten, die Nachforderung innerhalb von drei Monaten nach Wegfall des Abrechnungshindernisses zu erheben. Der VIII. Senat hat sich hier an den Vorschriften der §§ 560 Abs. 2 BGB, 4 Abs. 8 Satz 2, 2. Halbs. NMV orientiert und diesen den Gedanken entnommen, dass den Vermieter grundsätzlich kein Verschulden tritt, wenn er nach Wegfall eines Abrechnungshindernisses bis zu drei Monate zuwartet. Nichts anderes kann indes für die Einwendungsfrist des Mieters gelten, die nach der Intention des Gesetzgebers ein Pendant zur Abrechnungsfrist des Vermieters darstellt<sup>78</sup>.

## 4. Verjährung von Rückforderungsansprüchen

### Variante Fall 2:

M erkennt in die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel erst im Jahre 2015 und verlangt nunmehr von V die Rückerstattung der seit 2010 überzahlter Beträge. V beruft sich zumindest hinsichtlich etwaiger Rückforderungsansprüche aus 2010 auf die Einrede der Verjährung.

Für den Anspruch auf Rückerstattung überzahlter Betriebskostennachforderungen gilt die dreijährige Regelverjährung des § 195 BGB. Diese beginnt gem. § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen.

### a) Anspruchsentstehung

Der auf Rückerstattung überzahlter Heizkosten gerichtete Schadensersatzanspruch entsteht im Moment des Schadenseintritts, also der Verschlechterung der Vermögenslage beim Mieter<sup>79</sup>. Diese tritt mit der Zahlung der überhöhten Kosten ein. Hat der Vermieter die Abrechnung für 2010 dem Mieter annehmbar im Jahre 2011 vorgelegt und hat dieser den Saldo noch im selben Jahr reguliert, so würde die Verjährung mit Ablauf dieses Jahres beginnen

<sup>77</sup> BGH, WuM 2006, 516 = ZMR 2006, 847.

<sup>78</sup> So auch LG Krefeld, WuM 2010, 361, 363; *Lützenkirchen* (Fn. 32), § 556 Rn. 742; *Langenberg* (Fn. 26), H Rn. 259; a.A. *Kinne*, GE 2012, 662, 663 f.; ders., in: *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 7. Aufl. 2013, § 556 Rn. 100b: sechs Monate.

<sup>79</sup> Vgl. BGHZ 100, 228, 231; *MünchKomm/Grothe*, BGB, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, § 199 Rn. 9; *Palandt/Ellenberger* (Fn. 50), § 199 Rn. 15.

und erst mit Ablauf des Jahres 2014 enden<sup>80</sup>. Im Jahre 2015 wäre der Rückforderungsanspruch des Mieters bereits verjährt.

### **b) Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände**

Voraussetzung wäre allerdings, dass der Mieter bereits im Jahre 2011 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen hätte oder infolge von grober Fahrlässigkeit nicht hätte. Fraglich ist, ob er dazu auch die Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel kennen muss. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>81</sup> bezieht sich die für den Verjährungsbeginn maßgebliche Kenntnis – nichts anderes kann für die grob fahrlässige Unkenntnis gelten – allein auf die anspruchsbegründenden Tatsachen. Auf die zutreffende rechtliche Bewertung des Vorgangs durch den Gläubiger kommt es gemeinhin nicht an. Rechtlich fehlerhafte Vorstellungen haben grundsätzlich keinen Einfluss auf den Verjährungsbeginn, weil der Gläubiger die Möglichkeit hat, sich beraten zu lassen. Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn die Rechtslage unübersichtlich oder zweifelhaft ist, so dass selbst ein Rechtskundiger sie nicht einschätzen kann; in solchen Fällen fehlt es an der Zumutbarkeit der Klageerhebung als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn<sup>82</sup>.

Hier ist die Rechtslage zwar nicht unkompliziert, allerdings ist sie höchsttrichterlich geklärt, so dass ein mit der Prüfung der Preisänderungsklausel betrauter Rechtsanwalt ohne Weiteres in der Lage sein muss, sie zu durchblicken. In diesem Sinne hat auch der VIII. Zivilsenat des BGH mit Urteil vom 26.09.2012 (VIII ZR 279/11)<sup>83</sup> hinsichtlich der Verjährung von Rückzahlungsansprüchen des Kunden gegen den Versorger erkannt. In seinen Entscheidungsgründen weist er darauf hin, dass er bereits seit 1980 in ständiger Rechtsprechung darauf abgestellt hat,

„dass der Vertragspartner schon bei Vertragsschluss aus der Formulierung der Klausel erkennen kann, in welchem Umfang Preiserhöhungen auf ihn zukommen können, und dass er in der Lage ist, die Berechtigung vorgenommener Preiserhöhungen an der Ermächtigungsklausel zu messen“<sup>84</sup>.

Das Problem liegt wiederum allein darin, dass der Mieter, der die Diskussion um die Unwirksamkeit von Preisanpassungsklauseln im Versorgungsbereich nicht verfolgt, gar nicht auf den Gedanken kommen wird, im Rahmen der (obligatorischen) Belegeinsicht, die Wirksamkeit derartiger Vertragsbestimmungen zu hinterfragen. Dies ist jedoch ein Risiko,

---

<sup>80</sup> Zum Verjährungsbeginn für Rückzahlungsansprüche des Kunden aufgrund unwirksamer Preisänderungsklausel s. BGH, NJW 2012, 2647; 2013, 1077.

<sup>81</sup> BGH, WuM 2011, 469, 471 = ZMR 2011, 783, 784; NJW 1999, 2041, 2042 f.; 1996, 117, 118.

<sup>82</sup> BGH, NJW 1999, 2041, 2042.

<sup>83</sup> NJW 2013, 1077, 1080.

<sup>84</sup> BGH, NJW 2013, 1077, 1080 (Rn. 50).



das den Mieter auch in anderen Konstellationen trifft. Ist ihm die Höchstgrenze für die Gestellung einer Kautionszahlung bei der Wohnraummiete nach § 551 Abs. 1 BGB unbekannt und versäumt er deswegen, verjährungshemmende Maßnahmen zu ergreifen, so verjährt sein Rückzahlungsanspruch – die Erhebung der Einrede durch den Vermieter vorausgesetzt – nach Ablauf des dritten vollen Kalenderjahres seit Zahlung des überhöhten Kautionsbetrags. Dazu führt der BGH in dem Urteil vom 01.06.2010 (VIII ZR 91/10) bei Rn. 24 aus:

„Der Bereicherungsanspruch der Beklagten zu 1. ergibt sich daraus, dass sie für eine Wohnung eine Kautionszahlung erbracht hat, die den Betrag von drei Monatsmieten übersteigt; diese Umstände waren der Beklagten zu 1. bei Zahlung der Kautionszahlung bekannt. Ob die Beklagte die Vorschrift des § 551 BGB kannte und ihr deshalb bewusst war, dass ihr ein Rückforderungsanspruch zusteht, ist nicht entscheidend.“<sup>85</sup>

Das führt allerdings dazu, dass die subjektiven Anforderungen bei der Verjährungseinrede von denen des Einwendungsausschusses – jedenfalls nach der hier vertretenen Auffassung (s. oben bei 3. b) – divergieren. Das erscheint jedoch angesichts der unterschiedlichen Qualität der beiden Institute hinnehmbar. Im Gegenteil: Es wäre eher bedenklich, wenn der (professionelle) Vermieter bis zur absoluten Grenze des § 199 Abs. 3 BGB – das wären im Zweifel zehn Jahre beginnend mit Schadenseintritt – Rückforderungsansprüchen wegen überzahlter Betriebskosten ausgesetzt wäre.

#### **IV. Rückforderung aus vorangegangenen Zeiträumen**

##### **Fall 3**

Vermieter V bezieht seit den 1980er Jahren vom Gaslieferanten L Erdgas zur Beheizung des vermieteten Gebäudes. In dem Erdgassondervertrag findet sich eine Preisklausel, die ihrem Wortlaut nach dem § 4 Abs. 1 und 2 der seit dem 08.11.2006 außer Kraft getretenen AVB-GasV<sup>86</sup> entspricht. L erhöht in den Jahren 2010 und 2011 die Preise; V zahlt die Erhöhungen ohne Vorhalt und gibt die in Rechnung gestellten Beträge im Rahmen der 2011 und 2012 gelegten Heizkostenabrechnungen an seinen Mieter M weiter. Ende 2013 verlangt M Rückerstattung von Überzahlungen; er steht auf dem Standpunkt, die Preiserhöhungen seien unberechtigt gewesen.

##### **1. BGH-Urteil vom 31.07.2013**

Nach der grundlegenden Entscheidung des VIII. Zivilsenats des BGH vom 31.07.2013 (VIII ZR 162/09)<sup>87</sup> sind formularvertragliche Klauseln eines Energieversorgers in einem Sondervertrag, die ihm ein dem § 4 AVBGasV gleichlautendes Änderungsrecht gewähren, nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam. Der Senat hat dies im Wesentlichen damit begründet, dass es einer solcher Vertragsbestimmung bei der gebotenen kundenfeindlichsten Ausle-

<sup>85</sup> BGH, WuM 2011, 469, 471 = ZMR 2011, 783.

<sup>86</sup> Zit. nach Juris – Gesetzesportal.

<sup>87</sup> BGHZ 198, 111 = NZM 2013, 865 = ZMR 2013, 871 mit Anm. *Markert*.

gung an der zu ihrer Angemessenheit unerlässlichen Verpflichtung fehlt, gefallene Gasbezugskosten nach den gleichen Maßstäben wie gestiegene Kosten zu behandeln. Im Gegensatz zu dem gesetzlichen Preisänderungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 AVBGasV, das nach ständiger BGH-Rechtsprechung einer Billigkeitskontrolle unterliege<sup>88</sup>, lasse eine diesen Vorschriften lediglich nachgebildete Preisklausel eine solche Kontrolle jedenfalls bei kundenfeindlichster Auslegung nicht zu<sup>89</sup>.

Etwas anderes folgt nach dem Urteil vom 31.07.2013 (VIII ZR 162/09) auch nicht aus § 310 Abs. 2 BGB. Zwar ist der VIII. Senat in früheren Entscheidungen von der Wirksamkeit derartiger Vertragsklauseln ausgegangen, weil es den Versorgungsunternehmen nach dem in dieser Vorschrift zum Ausdruck gekommenen Willen des deutschen Gesetzgebers habe freistehen sollen, ihre AGB mit Sonderabnehmern, deren Schutz denjenigen von Tarifkunden nicht habe übertreffen sollen, entsprechend den Allgemeinen Versorgungsbedingungen auszugestalten<sup>90</sup>. Diese Rechtsprechung hat der Senat jedoch im Hinblick auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 21.03.2014<sup>91</sup> aufgegeben. Eine restriktive Interpretation des in § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerten Transparenzgebots aufgrund des erwähnten, dem § 310 Abs. 2 BGB entnommenen Rechtsgedankens kommt seither nicht mehr in Betracht<sup>92</sup>.

## 2. Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots?

Eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots würde nach dem oben Gesagten jedenfalls dann vorliegen, wenn der Vermieter auch eine angemessene Zeit nach Veröffentlichung des hier einschlägigen BGH-Urteils eine Reaktion gegenüber dem Wärmelieferanten unterlässt und die offensichtlich nicht geschuldeten Erhöhungsbeträge weiterhin entrichtet. Geht man davon aus, dass das Urteil jedenfalls Ende September 2013 im Volltext in die Entscheidungsdatenbank des BGH eingestellt war, konnte der Vermieter es frühestens seit November 2013 umsetzen und fortan die Zahlung von unberechtigten Preiserhöhungen verweigern. An einem früheren Zeitpunkt könnte man allenfalls im Hinblick auf die Vorabentscheidung des EuGH vom 21.03.2013 (vgl. Art. 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) denken. Doch wird dem Vermieter nicht abzuverlangt sein, sich mit der auf europäischer Ebene ergangenen Rechtsprechung zu befassen, solange diese noch nicht durch die nationale Gerichtsbarkeit umgesetzt ist. Hier kommt im Übrigen noch hinzu, dass der VIII. Zivilsenat bis zu seiner grundlegenden Entscheidung vom 31.07.2013 noch

<sup>88</sup> BGHZ 172, 315 (Rn. 16 f.); 178, 362 (Rn. 26).

<sup>89</sup> BGHZ 198, 111 = NZM 2013, 865, 868 = ZMR 2013, 871, 872 (Rn. 42) mit Anm. *Markert*.

<sup>90</sup> So noch BGHZ 182, 59 = NJW 2009, 2662 (Rn. 19 ff.); BGHZ 182, 41 = NJW 2009, 2667 (Rn. 21 ff.); BGHZ 186, 180 = NJW 2011, 50 (Rn. 21 ff.).

<sup>91</sup> NZM 2013, 471 = ZMR 2013, 520.

<sup>92</sup> BGHZ 198, 111 = NZM 2013, 865, 869 = ZMR 2013, 871 (Rn. 56) mit Anm. *Markert*.

eine andere Auffassung vertreten hatte und diese erst darin aufgegeben hat (s. oben bei 1.). Insofern hat der Vermieter vor dem 31.07.2013 – jedenfalls in diesen Bereich – keine gesicherte Rechtslage vorgefunden. Dann aber kommt eine Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots nicht in Betracht. Dieses soll den Vermieter zu einer kostensparenden Bewirtschaftung der vermieteten Immobilie, nicht hingegen zu einer Befassung mit höchstrichterlich noch nicht abschließend geklärten Rechtsfragen motivieren. Für einen Schadensersatzanspruch des Mieters auf Erstattung von Überzahlungen fehlt es insoweit an einer Pflichtverletzung i. S. der §§ 280 Abs. 1 Satz 1, 241 Abs. 2 BGB, so dass sich die Frage nach dem Vertretenmüssen gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB und einem (ausnahmsweise) exkulperierenden Rechtsirrtum nicht stellt.

Allenfalls könnte man erwägen, ob das Wirtschaftlichkeitsgebot dem Vermieter auch abverlangt, im Nachhinein als unwirtschaftlich erkannte Dispositionen aus der Vergangenheit nach Möglichkeit zu revidieren. Doch ist dieses Postulat wohl allein darauf gerichtet, dass der Vermieter bei der *gegenwärtigen* Versorgung des Mietobjekts auf die Belange des mit den Kosten belasteten Mieters Rücksicht nimmt<sup>93</sup>. Und selbst wenn man das Wirtschaftlichkeitsgebot bei preisgebundenem Wohnraum als Korrektiv für die Weitergabe der Kosten an den Mieter begreifen will, wofür der Wortlaut des § 20 Abs. 1 Satz 2 NMV streiten mag (s. oben bei II. 2. a), wird man zu keiner anderen Sichtweise gelangen. Eine Pflicht des Vermieters, Abrechnungsvorgänge aus der Vergangenheit, die ein wirtschaftliches Fehlverhalten seinerseits überhaupt nicht erkennen lassen, wieder aufzugreifen, ließe sich daraus nicht herleiten.

### **3. Weitere mietvertragliche Nebenpflichten**

Es fragt sich gleichwohl, ob der Vermieter – insbesondere wenn er mit einer erheblichen Anzahl von Wohnungen am Markt auftritt – „die Vergangenheit ruhen lassen“ und eine Rückforderung von Überzahlungen ablehnen darf. Nahezu als selbstverständlich muss es erscheinen, dass er an seinen Energieversorger herantritt, um diesen zur Rückerstattung von unberechtigterweise eingeforderten Preiserhöhungen zu bewegen. Das lässt sich zwanglos auf eine mietvertragliche Nebenpflicht i. S. des § 241 Abs. 2 BGB stützen.

Schwieriger wird es, wenn der Versorger eine Rückerstattung ablehnt. Dann stellt sich tatsächlich die Frage, ob der Vermieter nunmehr gehalten ist, einen Aktivprozess gegen diesen anzustrengen. Es wurde bereits an anderer Stelle hervorgehoben, dass der in § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB verankerten (Haupt-)Pflicht des Vermieters, dem Mieter auch während des laufenden Mietverhältnisses den vertraglichen Gebrauch ungestört zu gewähren, insbesondere die Versorgung des Mietobjekts mit Heizenergie, Wasser, Allgmeinestrom und diversen

---

<sup>93</sup> In diesem Sinne auch *Lammel*, AnwZertMietR 17/2013 Nr. 2.

Dienstleistungen sicherzustellen, ein Geschäftsbesorgungscharakter innewohnt<sup>94</sup>. Und beim Geschäftsbesorgungsvertrag ist der Geschäftsführer lediglich verpflichtet, dem Geschäftsherrn das aus der Geschäftsführung Erlangte herauszugeben. Für den Auftrag als unentgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag ist dieser Grundsatz in § 667 BGB verankert.

Aus der Geschäftsführung zwecks Versorgung des Mietobjekts hat der Vermieter im Hinblick auf die in der Vergangenheit überzahlten Gaspreise lediglich die Ansprüche gegen das Versorgungsunternehmen auf Rückerstattung erlangt. Diese hat er – wenn er sie nicht selbst verfolgen will – zumindest entsprechend § 667 BGB an den Mieter abzutreten<sup>95</sup>. Zudem ist er gehalten, den unwirksamen Preiserhöhungen zu widersprechen.

Man wird sich aber fragen können, ob er damit seinen aus dem Mietvertrag resultierenden Nebenpflichten genügt. Es wäre dann allein Sache des Mieters, die ja offensichtlich bestehenden Rückerstattungsansprüche des Vermieters gegen den Energieversorger aus dem abgetretenen Recht zu realisieren. Dazu müsste der Mieter aber zunächst einmal die quotale Höhe seiner Forderung ermitteln, sofern dies nicht bereits durch den Vermieter geschehen ist. Jedenfalls für die Wirksamkeit der Abtretung wäre eine vorherige Dimensionierung der Forderung nicht erforderlich; insoweit genügt die Bestimmbarkeit im Zeitpunkt ihres Übergangs<sup>96</sup>. Hierzu bedarf es lediglich einer Individualisierbarkeit anhand von vorhandenen Unterlagen<sup>97</sup>, das wären hier die Versorgerabrechnungen, aus denen sich die unberechtigten Preiserhöhungen ergeben, und die Heizkostenabrechnungen, in denen diese auf die Mieter umgelegt wurden. Aber selbst wenn man hinsichtlich der Konkretisierung der Forderung eine weitere Nebenpflicht des Vermieters aus § 241 Abs. 2 BGB konstruieren will, erscheint es nicht unproblematisch, wenn es bei einer bloßen Abtretung bewenden lassen könnte. Zunächst einmal resultieren aus dem Mietverhältnis schon aufgrund des ihm immanenten Dauerschuldcharakters weitergehende Treue- und Fürsorgepflichten<sup>98</sup> als aus einer einfachen Geschäftsbesorgung, die mit der Durchführung der Angelegenheit beendet ist. Und schließlich darf eines nicht aus dem Blick geraten: Der Vermieter ist Vertragspartner des Energieversorgers, nicht hingegen der Mieter. Sofern ihm der Versorger seine Vertragsbedingungen einschließlich der Preisanpassungsklauseln einseitig diktiert hat, tragen die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB diesem Umstand hinreichend Rechnung. Der aus ihnen resultierende Schutz findet allerdings nur innerhalb des jeweiligen Vertragsverhältnisses – hier also demjenigen zwischen Versorger und Vermieter – statt. Irgendwelche Außenwirkungen oder auch nur Reflexe im Hinblick auf andere vertragliche Beziehungen sind damit nicht verbunden. Die

<sup>94</sup> Ausf. dazu *Hinz*, WuM 2013, 443, 452; ders., *WImmoT* 2012, 59, 75.

<sup>95</sup> Vgl. *MünchKomm/Seiler* (Fn. 72), § 667 Rn. 11; *AG Hamburg-Blankenese ZMR* 2014, 128.

<sup>96</sup> Vgl. nur *MünchKomm/Roth*, BGB, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 399 Rn. 67 m. w. Nachw.

<sup>97</sup> Vgl. *BGH, NJW* 1978, 1632; ausf. dazu *MünchKomm/Roth* (Fn. 96), § 399 Rn. 69 f.

<sup>98</sup> S. dazu *MünchKomm/Bachmann* (Fn. 96), § 241 Rn. 16; *Herlitz, ZMR* 2014, 262 f.

Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel und die damit verbundenen Komplikationen sind Umstände, die allein aus der Sphäre des Vermieters resultieren. Dann aber kann es auch nur ihm obliegen, die Folgen der defizitären Vertragsbeziehung mit seinem Versorger zu beseitigen. Jedenfalls in den Fällen, in denen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung an der Berechtigung des Rückforderungsanspruchs keinerlei Zweifel bestehen, spricht vieles dafür, dass den Vermieter in seinem Vertragsverhältnis zu dem Mieter die Nebenpflicht trifft, diesen Anspruch notfalls auch mit prozessualen Mitteln durchzusetzen.

Hat indes die Preisanpassungsregelung in dem Versorgungsvertrag noch keine höchstrichterliche Bewertung erfahren, besteht insoweit also noch eine ungesicherte Rechtslage, muss der Vermieter auch kein eigenes Prozessrisiko eingehen. In solchen Fällen genügt es, wenn er seine Rückforderungsansprüche auf Verlangen des Mieters anteilig an diesen abtritt. Dann wäre es dessen Sache, die Forderung ihrer Höhe nach zu beziffern und gegebenenfalls gerichtlich geltend zu machen.

Auch hier ist der Vermieter allerdings gehalten, bei Aufforderung des Mieters den Preiserhöhungen zu widersprechen. Die Gefahr einer negativen Feststellungsklage seitens des Versorgers dürfte für ihn jedenfalls bei vorheriger Abtretung (vgl. § 265 Abs. 2 Satz 1 ZPO) und diesbezüglicher Anzeige nicht mehr bestehen. Es wäre dann der Mieter, der sich aus Sicht des Versorgers einer unberechtigten Rückforderung von Preiserhöhungsbeträgen berühen würde.

## **V. Besonderheiten beim Kleinvermieter**

### **Fall 4:**

V ist Vermieter von lediglich einer Wohnung. Er begleicht die Gasabrechnungen seines Lieferanten L aus den Jahren 2010, 2011 und 2012 ungeachtet der unberechtigten Preiserhöhungen und gibt diese im Rahmen der Heizkostenabrechnungen an seinen Mieter M weiter. Noch im Jahre 2013 erkennt M im Rahmen einer Belegeinsicht die Unwirksamkeit der Preisklausel im Versorgungsvertrag und weist den V darauf hin. Sodann verweigert er die Nachzahlung für 2012 und verlangt Rückerstattung der Überzahlungen aus 2010 und 2011.

### **1. Keine Pflicht zur unaufgeforderten Klauselprüfung**

Geht man nach dem oben Gesagten (s. oben bei II. 2. b aa [1 f., insb. 2 d]) davon aus, dass der Kleinvermieter ohne einen speziellen Anstoß seines Mieters nicht gehalten ist, die höchstrichterliche Rechtsprechung zu Preisanpassungsklauseln im Versorgungsbereich zur Kenntnis zu nehmen und auf deren Grundlage die Abrechnungen des Energielieferanten zu kürzen, trifft ihn von vornherein keine Schadensersatzpflicht aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB wegen mangelnder Preiskontrolle. Die vollständige und vorbehaltlose Regulierung der Abrechnung, ungeachtet der darin enthaltenen unwirksamen Preiserhöhungen, stellt keine Pflichtverletzung dar.

## **2. Prüfungspflicht nach Hinweis des Mieters**

Eine Pflichtverletzung kann sich allerdings dann ergeben, wenn der Mieter den Vermieter auf die Rechtslage hingewiesen hat, dieser aber gleichwohl untätig geblieben ist (s. bereits unter II. 2. b aa [2 d]). Man wird an dieser Stelle darüber diskutieren können, wie ein solcher Hinweis beschaffen sein muss, um eine Prüfungspflicht selbst des Kleinvermieters auszulösen, die u.U. die Einholung von professionellem Rechtsrat erfordert. Weist jedenfalls der Mieter nach Belegeinsicht auf eine bestimmte Preisregelung in einem der Versorgungsverträge hin und behauptet er deren Unwirksamkeit nach der BGH-Rechtsprechung, muss der Vermieter dem nachgehen. Gelangt der Vermieter dabei zu dem Schluss, dass die Preisklausel tatsächlich unwirksam ist, bedarf es folgender Differenzierung:

### **a) Nicht regulierte Versorgerabrechnung**

Hat der Vermieter die Abrechnung des Energieversorgers noch nicht beglichen, ist er – nicht anders als der Großvermieter – gehalten, der Preiserhöhung zu widersprechen und die Zahlung der Erhöhungsbeträge zu verweigern. Ist er selbst nicht in der Lage, die Rechnung des Versorgers um diese Beträge zu bereinigen, muss er eine Korrektur anfordern; notfalls muss er sich auch insoweit sachkundiger Hilfe bedienen.

### **b) Regulierte Versorgerabrechnung**

Sofern der Vermieter zu dem Zeitpunkt, in dem ihn sein Mieter auf die unwirksame Preisanpassungsklausel in seinem Versorgungsvertrag aufmerksam macht, die Abrechnungen des Versorgers bereits beglichen hat, muss er zunächst den Preiserhöhungen widersprechen. Ausgenommen sind allerdings solche Erhöhungen, deren erstmalige Geltendmachung seitens des Energieversorgers im Rahmen einer Abrechnung länger als drei Jahre zurückliegt. Bei derartigen Erhöhungen kann er nach den vom BGH mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung entwickelten Grundsätzen die Unwirksamkeit der Preiserhöhung ohnehin nicht mehr reklamieren (s. oben bei II. 1. b). Hier geht er sogar ein gewisses Risiko ein, denn das Versorgungsunternehmen könnte gegen ihn eine negative Feststellungsklage anstrengen mit dem Ziel festzustellen, dass Rückforderungsansprüche aus der Zeit vor Beginn der Dreijahresfrist nicht bestehen. Doch ist dieses Risiko wohl eher theoretischer Natur. Sehr viel näherliegend erscheint, dass das Versorgungsunternehmen den Vertrag mit dem Vermieter zum nächstmöglichen Termin kündigt (s. oben bei II. 2. b bb [2 c]). Auch der Kleinvermieter darf an dieser Stelle natürlich Erwägungen darüber anstellen, ob die Energieversorgung bei (dem dann zwangsläufig erforderlich werdenden) Abschluss eines neuen Vertrags unter den Strich gesehen günstiger sein wird.

Die Frage, ob der Kleinvermieter bei geklärter Unwirksamkeit der Preisanpassungsklausel die Rückforderung von Überzahlungen notfalls – letztlich ja im Interesse seines mit den Betriebskosten belasteten Mieters – gerichtlich durchsetzen muss oder ob er es bei einer Abtretung bewenden lassen kann, beantwortet sich hier wohl nach den denselben Kriterien wie beim Großvermieter (s. oben bei IV. 3.). Denn wie bereits ausgeführt: den defizitären Versorgungsvertrag hat der Vermieter abgeschlossen, nicht der Mieter.

## **VI. Verteilung von Rückerstattungen auf die Mieter**

Spätestens seit dem grundlegenden Urteil des BGH vom 31.07.2013 (VIII ZR 162/09)<sup>99</sup> haben Gasversorgungsunternehmen ihren Kunden in großem Umfang Überzahlungen infolge von unberechtigten Preiserhöhungen zurückerstattet. Insofern dürfte bei der Frage, ob Vermieter tatsächlich gehalten sind, im wirtschaftlichen Interesse ihrer Mieter Rückzahlungsprozesse gegen ihren Energieversorger anzustrengen, über kurz oder lang Entspannung eintreten. Aus dem Blickwinkel des Mietrechts ergibt sich folgende Problematik:

### **Fall 5:**

Gaslieferant L hat im Januar 2014 an Vermieter V sämtliche von 2010 bis September 2013 geleisteten Überzahlungen zurückerstattet. V hatte für die Jahre 2010 bis 2012 gegenüber den zehn Mietern seines Mehrfamilienhauses nach den Vorgaben der Heizkostenverordnung (HeizkV) abgerechnet. Jetzt steht er vor der Frage, wie er die Rückzahlungen des L auf seine Mieter verteilen soll.

### **1. Verteilungsoptionen**

Der Vermieter könnte seinen Mietern die Rückzahlungen in unterschiedlicher Weise gutbringen:

- Denkbar wäre zunächst eine einfache Ausschüttung an die Mieter bei einer Verteilung nach billigem Ermessen gem. § 315 Abs. 1 BGB.
- Eine andere, allerdings sehr viel aufwendigere Lösung läge darin, über die jeweiligen Abrechnungsjahre erneut, nunmehr mit den um die Guthabenbeträge reduzierten Gesamtkosten abzurechnen.
- Schließlich wäre es möglich, die Rückerstattungen im Rahmen der aktuellen Heizkostenabrechnungen zu berücksichtigen.

---

<sup>99</sup> NZM 2013, 865 = ZMR 2013, 871 mit Anm. *Markert*.

## 2. Abrechnungspflicht

Nach § 556 Abs. 3 Satz 1 BGB hat der Vermieter „über die Vorauszahlungen für Betriebskosten ... jährlich abzurechnen“. Das bedeutet, dass er den Kosten der jeweiligen Abrechnungsperiode nach Ermittlung des auf den einzelnen Mieter entfallenden Anteils die von diesem geleisteten Vorauszahlungen gegenüberzustellen hat<sup>100</sup>. Insofern muss die Abrechnung den formellen Anforderungen des § 259 Abs. 1 BGB entsprechen. Schon im Hinblick darauf erscheint die schlichte Gutschrift eines – zudem noch überschlägig ermittelten – Anteils an der Rückerstattung des Versorgers selbst dann nicht ausreichend, wenn dem Mieter der Verteilungsmaßstab mitgeteilt würde.

## 3. Leistungsprinzip

Spricht mithin vieles für die Einstellung des dem einzelnen Mieter zuzuweisenden Anteils in eine Abrechnung, so eröffnet sich die Frage, ob das ursprüngliche Rechenwerk zu revidieren ist oder ob eine Gutschrift im Rahmen der aktuellen Abrechnung erfolgen kann. Dabei ist zu beachten, dass der BGH bei der Abrechnung von Heizkosten die Anwendung des Leistungsprinzips (auch als Zeitabgrenzungs- oder Verbrauchsprinzip bezeichnet) verlangt. Für das Mietrecht hat dies der VIII. Zivilsenat mit Urteil vom 01.02.2012 (VIII ZR 156/11)<sup>101</sup>, für das Wohnungseigentumsrecht der V. Senat mit Urteil vom 17.02.2012 (V ZR 251/10)<sup>102</sup> entschieden. Nach Auffassung des BGH ist dieser Abrechnungsmodus bereits durch § 7 Abs. 2 HeizkV vorgegeben. Danach gehören zu den Kosten des Betriebs der zentralen Heizungsanlage insbesondere die Kosten der *verbrauchten* Brennstoffe. Daraus folgert der BGH, dass nur die Kosten des im Abrechnungszeitraum tatsächlich verbrauchten Brennstoffs abgerechnet werden dürfen. Eine Abrechnung nach dem Abflussprinzip, das dem Vermieter erlaubt, die ihm in dem jeweiligen Abrechnungszeitraum angefallen Kosten in die Abrechnung einzustellen, kommt nicht in Betracht<sup>103</sup>.

Das würde für die hier zu beurteilende Fallgestaltung allerdings bedeuten, dass der Vermieter die Abrechnungen über die Wirtschaftsjahre 2010, 2011 und 2012 insgesamt neu erstellen müsste<sup>104</sup>. Durch die Rückzahlungen des Versorgers haben sich die Gesamtkosten in den jeweiligen Abrechnungsjahren reduziert; diese neu bemessenen Gesamtkosten müsste er verbrauchsabhängig nach den Vorgaben der §§ 6 ff. HeizkV auf die Mieter verteilen.

Rechtlich ist der Vermieter an einer derartigen Neuabrechnung nicht gehindert; die Abrechnungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 2 BGB steht einer Korrektur zugunsten des Mieters nicht

<sup>100</sup> Langenberg (Fn. 26), H Rn. 155.

<sup>101</sup> WuM 2012, 143 = ZMR 2012, 341.

<sup>102</sup> BGH, WuM 2012, 222 = ZMR 2012, 372.

<sup>103</sup> BGH, WuM 2012, 143, 145 (Rn. 12).

<sup>104</sup> In diesem Sinne auch Wenderoth, GE 2013, 393 f.



entgegen (vgl. § 556 Abs. 3 Satz 3 BGB)<sup>105</sup>. Allerdings handelt es sich, gerade auch für die Wohnungsunternehmen, um ein außerordentlich aufwendiges und kostenintensives Verfahren. Hinzu kommen rechtliche Unwägbarkeiten. Hat der Vermieter dem Mieter eine neue Heizkostenabrechnung zu präsentieren, könnte man daran denken, dass nunmehr wiederum die zwölfmonatige Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB insgesamt neu zu laufen beginnt. Dann könnte der Mieter auch solche Einwendungen gegen die (Neu-)Abrechnung erheben, die ihm bereits gegenüber dem ursprünglichen Rechenwerk möglich gewesen wären und mit den korrigierten Gaspreisen überhaupt nicht im Zusammenhang stünden. Andererseits wäre der Vermieter – was allerdings auch sachgerecht erscheint – gem. § 556 Abs. 3 Satz 2 und 3 BGB gehindert, nunmehr anderweitige Korrekturen der Ausgangsabrechnung vorzunehmen, die den Saldo zum Nachteil des Mieters verschieben würden<sup>106</sup>. Vielleicht könnte man einer Anbringung von Alteinwendungen gegen die neue Abrechnung dadurch begegnen, dass man den Fristlauf im Wege einer restriktiven Interpretation des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB bereits mit der erstmaligen Abrechnung beginnen lässt. Das ändert aber nichts an dem hohen zeitlichen und wirtschaftlichen Aufwand, den eine Neuerstellung sämtlicher Heizkostenabrechnungen für die jeweiligen Abrechnungszeiträume, in denen seinerzeit die Überzahlungen erfolgt sind, produziert.

#### **4. Abflussprinzip**

##### **a) In der Praxis geäußerter Standpunkt**

Mitunter wurde der Gedanke geäußert, die Verteilung nach einem besonders ausgestalteten, gleichsam umgekehrten Abflussprinzip vorzunehmen. Danach hätte der Vermieter die zurückerstatteten Beträge in der Abrechnung über den Zeitraum aufzuführen, in dem sie ihm zugeflossen sind – also in der aktuellen Abrechnung. Den dortigen Gesamtkosten wäre der Erstattungsbetrag gegenüberzustellen und der daraus errechnete Saldo nach Maßgabe der §§ 6 ff. HeizkV auf die Mieter zu verteilen. Eine solche Verfahrensweise würde dem Vermieter jedenfalls einen zusätzlichen Abrechnungsvorgang ersparen.

Dem naheliegenden Einwand, eine solche Verteilung des Rückflusses kollidiere mit der vom BGH postulierten Leistungsabrechnung, ist bei Diskussionen auf Fortbildungsveranstaltungen mitunter entgegen gehalten worden, diese beziehe sich nur auf die im Abrechnungszeitraum tatsächlich verbrauchten Brennstoffe. Über diese sei aber bereits korrekt abgerechnet worden; hier gehe es indes um den Ausgleich von Überzahlungen.

---

<sup>105</sup> S. auch BGH, NZM 2005, 13, 14 = ZMR 2005, 121.

<sup>106</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 22), § 556 Rn. 473.

## b) Stellungnahme

Gewiss liegt die gesetzgeberische Intention der Heizkostenverordnung – wie auch der BGH in dem Urteil vom 16.07.2008 (VIII ZR 57/07)<sup>107</sup> betont – darin, dem Nutzer mit Hilfe einer möglichst genauen Abrechnung seinen Energieverbrauch, aber auch die dadurch verursachten Kosten vor Augen zu führen. Hinsichtlich des Energieverbrauchs ist dies bereits durch die Erstabrechnung vollumfänglich geschehen. Und was die Kosten anbelangt, so war der Mieter ohne Weiteres in der Lage, diese mit denjenigen aus anderen Abrechnungsperioden zu vergleichen; lediglich im Nachhinein haben sie sich wegen der unberechtigten Preisanhebungen als überhöht erwiesen. Die Mitteilung der erfolgten Kostenkorrektur – so könnte man argumentieren – liegt jedoch außerhalb der mit der Heizkostenverordnung verbundenen Zielsetzung.

Doch kann dies letztlich wohl nicht überzeugen. Das durch § 7 Abs. 2 HeizkV vorgegebene Leistungsprinzip ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass diejenigen Kosten in die Abrechnung eingestellt werden, die für den in der Abrechnungsperiode erfolgten Verbrauch tatsächlich angefallen sind. Und das sind hier eben nicht die ursprünglich abgerechneten, durch die unberechtigten Preisanhebungen geprägten, sondern die infolge des nachträglichen Rückflusses reduzierten Kosten. Dass deren Höhe u.U. erst nach Ablauf von Jahren seit dem Ende der betreffenden Abrechnungsperioden feststeht, ist beim Leistungsprinzip ohne Belang.

Im Übrigen hätte eine Verteilung der Rückzahlungen nach einem modifizierten Abflussprinzip zur Folge, dass sich diese zu 50 bis 70% an Verbräuchen orientiert, die in dem vom Mieter überzahlten Zeitraum gar nicht erfolgt sind. Hatte der Mieter seinerzeit einen – aus welchen Gründen auch immer – exorbitant hohen Verbrauch, so hat sich dieser naturgemäß in der Höhe seiner damaligen Verbrauchskosten (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 bis 4 HeizkV) niedergeschlagen. Hat er mittlerweile sein Heizverhalten geändert, hat sich auch der Anteil seiner Verbrauchskosten in der aktuellen Abrechnungsperiode reduziert. Nach diesem Anteil würde sich jedoch auch die Auskehrung der an den Vermieter zurückgeflossenen Überzahlungen bemessen. Andersherum wird bei einer solchen Verteilung derjenige Mieter begünstigt, dessen Verbrauch sich gesteigert hat. Fällt nämlich der verbrauchsabhängige Kostenanteil aktuell besonders hoch aus, so erhöht sich auch sein entsprechender Anteil an den vermietet-seits auszukehrenden Rückflüssen.

Zu kaum hinnehmbaren Ergebnissen führt das Abflussprinzip indes nach einem zwischenzeitlich erfolgten Mieterwechsel<sup>108</sup>.

<sup>107</sup> NZM 2008, 767 (Rn. 24) = ZMR 2008, 885.

<sup>108</sup> Zur Problematik auch *Wenderoth*, GE 2013, 393.

**Beispiel:**

Vermieter V hatte die unberechtigten Gaspreiserhöhungen der Abrechnungsjahre 2010 und 2011 im Rahmen der Heizkostenabrechnungen an seine Mieter weitergegeben, u.a. auch an Mieter M 1. Im Jahre 2012 zieht M 1 aus, der Neumieter M 2 bezieht dessen Wohnung. Ende 2013 erstattet Gaslieferant L die Überzahlungen aus den Jahren 2010 und 2011 zurück. V stellt diese in die aktuellen Heizkostenabrechnungen seiner Mieter ein, u.a. auch in diejenige für M 2, und weist auch diesem einen Anteil von 50% nach ermitteltem Verbrauch und 50% nach Wohnfläche zu.

Dieser Problematik könnte man sicher dadurch begegnen, dass man den neuen Mieter (im Beispielfall M 2) von der Kostenverteilung ausnimmt. Fraglich ist aber, was geschehen soll, wenn sich der ehemalige Mieter (im Beispielfall M 1) meldet und anteilige Erstattung seiner Überzahlungen verlangt. Der Vermieter könnte ihm diese nach den Verbrauchs- und Grundkostenquoten des neuen Mieters erstatten. Ob sich der ehemalige Mieter damit zufrieden geben muss, ist zu bezweifeln. Äußerstenfalls könnte der Vermieter eigens für diesen eine neue Abrechnung nach dem Leistungsprinzip erstellen und etwaige Mehrkosten selbst übernehmen. Das hätte jedoch zur Folge, dass die verbliebenen Mieter die Überzahlungen nach einem vereinfachten Abflussprinzip erstattet erhielten, wohingegen der ehemaligen Mieter in den Genuss einer vollständig neuen Abrechnung käme. Dies wäre mit den Zielen einer möglichst weitgehenden Umlagegerechtigkeit<sup>109</sup> schwerlich vereinbar.

**5. Vereinfachte Leistungsabrechnung**

Das alles spricht dafür, dass der Vermieter auch bei der Auskehrung der zurückgeflossenen Beträge an seine Mieter das System der Leistungsabrechnung beibehalten muss. Er wird somit nicht umhin kommen, jede einzelne von den unberechtigten Gaspreisüberhöhungen betroffene Heizkostenabrechnung noch einmal in den Blick zu nehmen. Zunächst muss er den vom Versorger veranlassten Rückfluss auf die jeweiligen Abrechnungsjahre verteilen. Anschließend wird es jedoch genügen, wenn er eine Quote bildet, indem er die Gesamtzahlungen jedes einzelnen Mieters in dem jeweiligen Abrechnungszeitraum in Relation zu den in diesem angefallenen Gesamtkosten setzt. Nach dieser Quote kann er den Anteil des Mieters an dem Rückfluss bestimmen.

Diesen Rechenweg müsste der Vermieter dem Mieter auch mitteilen. Dabei würde es sich anbieten, wenn er dem so erstellten Nachtrag die ursprüngliche Abrechnung beifügt. Eine vollständige Neuabrechnung wäre dann aber entbehrlich. Im Übrigen wird der Vermieter diesen Nachtrag entsprechend den unter III. 3. c) dargestellten Grundsätze innerhalb von drei

---

<sup>109</sup> Dazu *Blank*, DWW 1992, 65, 68; *Schmidt-Futterer/Langenberg* (Fn. 22), § 556a Rn. 7.

Monaten nach Gutschrift der Rückerstattungen auf seinem Konto an den Mieter übersenden müssen<sup>110</sup>.

## 6. Pflichten gegenüber ehemaligen Mietern

Eine letzte Frage, die sich in diesem Zusammenhang wohl des Öfteren stellen wird, lautet, in welchem Umfang der Vermieter gehalten ist, die Interessen seiner ehemaligen Mieter im Rahmen der Rückerstattung von Überzahlungen zu wahren. Insoweit kommen lediglich nachvertragliche Fürsorgepflichten – wiederum gestützt auf § 241 Abs. 2 BGB<sup>111</sup> – in Betracht. Diese gebieten es dem Vermieter, auch an die ehemaligen Mieter, die ihm eine neue Anschrift hinterlassen haben, heranzutreten und diesen den ihnen zustehenden Anteil an den Rückerstattungen des Versorgers gutzubringen<sup>112</sup>.

Mehr muss der Vermieter allerdings nicht tun. Er braucht weder Nachforschungen hinsichtlich des ihm nicht mitgeteilten neuen Wohnsitzes seines ehemaligen Mieters anstellen, noch muss er den diesem zustehenden Geldbetrag auf einem Sonderkonto insolvenzsicher anlegen. Es genügt, wenn er den Betrag auf seinem Geschäftskonto belässt und ihn – sofern der ehemalige Mieter doch noch an ihn herantreten sollte – alsbald abrechnet und auszahlt. Auch insoweit stehen ihm die besagten drei Monate seit Wegfall des Hindernisses zu (s. oben III. 3. c).

## VII. Fazit

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Die Pflichten des Vermieters bei der Prüfung von Preisanpassungsklauseln ergeben sich aus dem betriebskostenrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot.
- Hinsichtlich des Umfangs der Pflichten ist zwischen dem Großvermieter, dessen Betrieb regelmäßig eine professionelle Verwaltung erfordert, und dem Kleinvermieter zu differenzieren.
- Der Großvermieter ist gehalten, die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von Preisklauseln in Versorgungsverträgen zur Kenntnis zu nehmen und umzusetzen. Der Kleinvermieter braucht dies nur, wenn er – namentlich durch seinen Mieter – auf die Thematik hingewiesen worden ist.
- Ist die Rechtslage höchstrichterlich geklärt, darf der Vermieter im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot die von seinem Versorger geforderten unberechtigten Preiserhöhungen nicht durchsetzen.

<sup>110</sup> So auch *Wenderoth*, GE 2013, 393.

<sup>111</sup> Vgl. etwa MünchKomm/*Bachmann/Roth* (Fn. 96), § 241 Rn. 100.

<sup>112</sup> Ablehnend gegenüber nachvertraglichen Treuepflichten nach Beendigung des Mietverhältnisses durch Kündigung wegen Eigenbedarfs aber BGH, NZM 2006, 50, 51 = ZMR 2006, 119, 121; NZM 2003, 682, 683 = ZMR 2003, 665, 666.

hungen nicht entrichten. Anderenfalls macht er sich gegenüber seinem Mieter, der die Kosten letztlich zu tragen hat, schadensersatzpflichtig. Der aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB resultierende Ersatzanspruch geht auf Freistellung von unberechtigten Erhöhungsbeträgen und Rückerstattung von Überzahlungen.

- Für den Mieter gilt die ausschlussbewehrte Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB. Bei der Frage des Vertretenmüssens einer Fristüberschreitung ist zu seinen Gunsten ein großzügiger Maßstab anzulegen. Die mangelnde Kenntnis der einschlägigen Judikatur sollte ihm – ebenso wie dem Kleinvermieter – nicht zum Nachteil gereichen.
- Hinsichtlich der Verjährungsfrist bleibt es aber bei den allgemeinen Grundsätzen; mangelnde Rechtskenntnis hat im Regelfall keinen Einfluss auf den Verjährungsbeginn gem. § 199 Abs. 1 BGB.
- Ist die Rechtslage abschließend geklärt, hat der Vermieter – sofern der Mieter Rückerstattung von Überzahlungen fordert – seine Ansprüche gegenüber dem Versorger geltend zu machen und notfalls auch prozessual durchzusetzen. Dies folgt jedoch nicht aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot, sondern aus allgemeinen mietvertraglichen Nebenpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB. Eine bloße Abtretung der gegen den Versorger gerichteten Rückzahlungsansprüche an den Mieter erscheint unzureichend.
- Anders verhält es sich bei ungeklärter Rechtslage; hier braucht der Vermieter kein Prozessrisiko im wirtschaftlichen Interesse seines Mieters einzugehen.
- Hat der Versorger Überzahlungen an den Vermieter zurückerstattet, hat dieser sie ohne besondere Aufforderung an seine Mieter auszukehren. Die Verteilung hat nach denselben Grundsätzen zu erfolgen, wie die seinerzeitige Abrechnung. Bei Heizkosten gilt auch insoweit das Leistungsprinzip, wobei die Abrechnung in vereinfachter Form nach der Quote der Kostenbelastung des Mieters in den maßgeblichen Abrechnungsperioden erfolgen kann. Eine vollständige Wiederholung der Abrechnungen ist nicht erforderlich.