

Dr. Beate Flatow

Umgestaltung einer unwirksamen Warminklusivmiete

I. Einleitung

II. Inhalt und Rechtsnatur der Heizkostenverordnung

1. Regelungsgehalt – Verbrauchserfassung und verbrauchsabhängige Abrechnung
2. Vorrang der Heizkostenverordnung – zur Rechtsnatur des § 2 HeizkostenV

III. Bruttowarmmiete

1. Darstellung des Vertrags infolge der Geltung der HeizkostenV
 - a. Keine Umstellungserklärung oder -vereinbarung
 - b. Abschichtung der Heizkosten
2. Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete
 - a. Ermittlung des Nettomietanteils
 - b. Abzug der kalten Betriebskosten
 - c. Abzug der Heizkosten
3. Heizkostenabrechnung
 - a. Abrechnung ohne vorherige Umstellung und ohne Verbrauchserfassung
 - b. Rückwirkende Abrechnung
 - c. Durchführung der Abrechnung

IV. Heizkostenpauschale

1. Darstellung des Vertrags infolge der Geltung der HeizkostenV
2. Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete
3. Heizkostenabrechnung

V. Nebenkostenpauschale

VI. Zusammenfassung

I. Einleitung

Die Formulierung „Umgestaltung einer unwirksamen Warmmiete“ ist missverständlich. Ist die Vereinbarung einer Warmmiete, sei es als Bruttowarmmiete oder auch als Heizkosten- oder Betriebskostenpauschale unwirksam, gelten die Vorgaben der Heizkostenverordnung. Es besteht keine Gestaltungsfreiheit der Parteien. § 2 der Heizkostenverordnung (HeizkostenV) besagt ausdrücklich: „Die Vorschriften der HeizkostenV gehen rechtsgeschäftlichen Bestimmungen vor, wenn es sich nicht um ein Haus mit nur zwei Wohnungen handelt, von denen auch noch eine der Vermieter selbst bewohnt.“ Durch § 2 HeizkostenV werden also entgegenstehende Abreden außer Kraft gesetzt und sind nicht anzuwenden.¹ Das kann dem Vermieter entgegenkommen, wenn die Energiekosten stark steigen und die seinerzeit in der Miete oder der Pauschale eingepreisten Energiekosten nicht ansatzweise die aktuellen Kosten decken. Es stellen sich dabei eine Reihe von Fragen.

Vorab soll hier einerseits der Inhalt der Heizkostenverordnung kurz zusammengefasst werden; dabei gilt dem § 2 besonderes Augenmerk (II). Anschließend geht es um die Umsetzung des gesetzlichen Vorrangs, und zwar getrennt nach den Mietstrukturen, die der HeizkostenV widersprechen, nämlich der Bruttowarmmiete (III), der Miete mit einer reinen Heizkostenpauschale (IV) sowie – am Ende – der Miete mit einer einheitlichen Betriebs- und Heizkostenpauschale (V).

II. Inhalt und Rechtsnatur der Heizkostenverordnung

1. Regelungsgehalt – Verbrauchserfassung und Verbrauchsabhängige Abrechnung

Die Heizkostenverordnung gilt, von wenigen Ausnahmetatbeständen² abgesehen, für Mietverhältnisse in der Wohnraum- wie in der Gewerbemiete. Der Vermieter ist verpflichtet, die Räume so auszustatten, dass der Verbrauch an Wärme und Warmwasser für die einzelnen Nutzer erfasst werden kann. Diesen erfassten Verbrauch hat der Vermieter bei der verpflichtend verbrauchsabhängigen Abrechnung zugrunde zu legen. Der Zweck der Heizkostenverordnung liegt darin, den Nutzer zu einem sparsamen Energieverbrauch anzuhalten. Die verbrauchsabhängige Abrechnung stellt für den einzelnen Nutzer die Verbrauchs-Kosten-Beziehung her.³ Die Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten soll allerdings neben den Verbrauchskosten auch die fixen Kosten berücksichtigen, die nicht durch den Verbrauch beeinflusst werden. Für die Verteilung der Gesamtheit aller Heizkosten gilt daher ein gemischter Maßstab aus Flächenanteilen und Verbrauchsanteilen. Damit wird ein Ausgleich zwischen fixen und variablen Kosten erreicht. Außerdem wird aber auch sichergestellt, dass nicht einzelne Nutzer, deren Wohnung etwa günstig nach Süden ausgerichtet in der Mitte des Hauses liegt, von

¹ BGH VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 = NJW-RR 2006, 1305; AG München NJOZ 2015, 1601 (1602)

² Dazu i.E. Saxinger NZM 2018, 849 (852).

³ Lammel, HeizkostenV, 5. Aufl. 2022, § 1 HeizkostenV Rn. 1.

dem dort geringeren Wärmebedarf zu Lasten anderer ungünstiger gelegenen Wohnungen profitieren.⁴ Der Verbrauchsanteil liegt zwischen 50 und 70 % (§ 7 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV).

2. Vorrang der Heizkostenverordnung – zur Rechtsnatur des § 2 HeizkostenV

Die Heizkostenverordnung geht nach dem Wortlaut des § 2 rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen vor. Wie das dogmatisch einzuordnen ist, ist damit noch nicht geklärt. Es besteht wohl weitgehend Einigkeit darüber, dass es sich bei § 2 HeizkostenV nicht um ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB handelt.⁵ Zwar wird als Verfechter dieser Auffassung teilweise das OLG Schleswig mit einer Entscheidung aus dem Jahre 1986⁶ genannt.⁷ Diese Entscheidung enthält aber keine dahingehende Aussage. Das OLG führt nur ohne nähere Begründung aus, dass die Parteien die HeizkostenV nicht abbedingen können.

Aktuell werden zwei Auffassungen vertreten. Eine Auffassung sieht in § 2 HeizkostenV eine Kollisionsnorm.⁸ Die Gegenauffassung nimmt an, es handele sich um ein Abdingbarkeitsverbot, wie es etwa auch in zahlreichen mietrechtlichen Vorschriften (etwa § 536 Abs. 4, 547 Abs. 2 – jeweils Abdingbarkeitsverbot für Klauseln zu Lasten des Mieters) enthalten ist.⁹ Der Meinungsstreit ist nur in einem Fall von Bedeutung. Dabei geht es um das nachträgliche Herausfallen einer Wohnung aus dem Anwendungsbereich der Heizkostenverordnung. Wenn der Vermieter ein Haus mit zwei vermieteten Wohnungen hat, gilt die Heizkostenverordnung, abweichende vertragliche Klauseln kommen nicht zur Anwendung. Zieht der Vermieter nachträglich in eine Wohnung selbst ein, greift die Ausnahme ein. Wenn nun § 2 HeizkostenV eine Kollisionsnorm ist, leben Klauseln im Mietvertrag, die der HeizkostenV widersprechen, automatisch wieder auf. Eine Unabdingbarkeit würde dagegen dazu führen, dass die Klausel unwirksam bleibt.¹⁰ ME ist der herrschenden Meinung, die nur eine Kollisionsnorm annimmt, zu folgen. Die Formulierung „geht vor“ legt im Wortlaut eher eine Rangfolge fest, denn eine Unabdingbarkeit. Die Heizkostenverordnung will m.E. auch nach ihrem Regelungszweck ihre Geltung nicht auf Sachverhalte erstrecken, die aktuell nicht mehr bestehen. Der BGH hat die Frage, die wohl auch nur sehr selten relevant wird,

⁴ Vgl. iE Lammel, HeizkostenV, 5. Aufl. 2022, § 7 HeizkostenV Rn. 1-4.

⁵ Vgl. nur Lammel, 5. Aufl. 2022, HeizkostenV § 2 Rn. 10,11; MüKoBGB/Zehlelein, 8. Aufl. 2020, HeizkostenV § 2 Rn. 1; Guhling/Günter/Both, Gewerberaummieta, 2. Aufl. 2019, HeizkostenV § 2 Rn. 1; BayObLG WuM 2004, 737 (738); OLG Düsseldorf GuT 2003, 87 (88); offen gelassen bei BGH VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 (Rn. 13); aA wohl nur Langenberg, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. K 8.

⁶ OLG Schleswig WuM 1986, 330.

⁷ So bei MüKoBGB/Zehlelein, 8. Aufl. 2020, HeizkostenV § 2 Rn. 1; BeckOGK/Drager, 1.7.2021, HeizkostenV § 2 Rn. 4; Lammel, 5. Aufl. 2022, HeizkostenV § 2 Rn. 10.

⁸ BayObLG WuM 2004, 737 (738); Guhling/Günter/Both, Gewerberaummieta, 2. Aufl. 2019, HeizkostenV § 2 Rn. 1; Lammel, 5. Aufl. 2022, HeizkostenV § 2 Rn. 10; Herrlein/Kops/Spiegelberg/Wall, Mietrecht, 5. Aufl. 2020, HeizkostenV § 2 Rn. 5.

⁹ MüKoBGB/Zehlelein, 8. Aufl. 2020, HeizkostenV § 2 Rn. 1; dagegen Schmidt-Futterer/Lammel, 15. Aufl. 2021, HeizkostenV § 2 Rn. 6.

¹⁰ Lammel, 5. Aufl. 2022, HeizkostenV § 2 Rn. 9.

bisher offengelassen.¹¹ Wenn nicht der gerade genannte Spezialfall vorliegt, können auch die Beteiligten einer mietrechtlichen Auseinandersetzung die Rechtsnatur des § 2 HeizkostenV dahinstehen lassen, es ist in aller Regel ein akademisches Problem.¹²

Einigkeit besteht in jedem Fall darin, dass der Vorrang der Heizkostenverordnung auch für Verträge gilt, die noch vor Inkrafttreten der Verordnung geschlossen worden waren.¹³ Die Vereinbarung einer Bruttowarmmiete oder einer Heizkostenpauschale ist in jedem Fall unwirksam oder jedenfalls „gegenstandslos“¹⁴, wenn kein Ausnahmetatbestand vorliegt.¹⁵

III. Bruttowarmmiete

Die Bruttowarmmiete sieht eine einheitliche Miete vor, aus der der Vermieter sämtliche Nebenkosten bestreitet, also die kalten Betriebskosten wie auch die Heizkosten.

1. Darstellung des Vertrags infolge der Geltung der HeizkostenV

a. Keine Umstellungserklärung oder -vereinbarung

Der Vertragsinhalt weicht von den Vorgaben der HeizkostenV ab.

Fraglich wäre daher zunächst, ob der Vorrang durch ausdrückliche Umstellung der Vertragsstruktur – Herausnahme der Heizkosten – hergestellt werden muss. In Rechtsprechung und Schrifttum finden sich verschiedene Meinungen zum Erfordernis einer Umstellung durch Gestaltungserklärung oder Vereinbarung, wenn eine Bruttowarmmiete oder eine Heizkostenpauschale vereinbart ist.

Der BGH hat schon im Jahr 2006 entschieden, die Vorschriften der HeizkostenV gingen „ohne weiteres“ vor; die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit der Parteien sei insoweit eingeschränkt.¹⁶ Der Rechtsstreit betraf eine Mieterhöhung; es gab keine vorherige Umstellungserklärung oder -vereinbarung, und der BGH verlangte sie auch nicht. In einer WEG-Sache hat der BGH ausdrücklich ausgesprochen, eine Vereinbarung oder Beschlussfassung über die Geltung der HeizkostenV sei nicht erforderlich, die Norm gelte (dort nach § 3 HeizkostenV) unmittelbar.¹⁷ Diese Aussage wird generell auch im Schrifttum und in der Rechtsprechung der

¹¹ BGH VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 (Rn. 13); ebenso Bub/Treier/*Emmerich*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kap. III Rn. 393.

¹² So die Formulierung bei BeckOK MietR/*Pfeifer*, 29. Ed. 1.8.2022, HeizkostenV § 2 Rn. 5.

¹³ BayObLG, RE v. 13.06.1998 – RE-Miet 3/88 – NJW-RR 1988, 1293 mit zahlreichen Nachweisen; Schmidt-Futterer/Lammel, 15. Aufl. 2021, HeizkostenV § 2 Rn. 6; vgl. auch BGH VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652

¹⁴ Vgl. Saxinger, NZM 2018, 849 (850)

¹⁵ Schmidt-Futterer/Börstinghaus, BGB § 558a Rn. 56

¹⁶ BGH VIII ZR 212/05, NZM 2006, 652 (653) = NJW-RR 2006, 1305 (1306).

¹⁷ BGH V ZR 251/10, NJW 2012, 1434.

Instanzgerichte nicht infrage gestellt.¹⁸ Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Zustimmung zu der BGH-Rechtsprechung immer in der Erörterung der Mieterhöhung ausgesprochen wird. Es gibt Einschränkungen in der Frage der Heizkostenabrechnung. Diese Unterscheidung beruht darauf, dass die Mieterhöhung nur in die Zukunft wirkt, die Betriebskostenabrechnung aber möglicherweise auch zurückwirkt. Darauf wird noch einzugehen sein.¹⁹ Als Grundsatz ist jedenfalls festzuhalten, dass der Vorrang nach § 2 HeizkostenV eben greift und nicht zur Disposition der Mietparteien gilt. Sie können durch Gestaltungserklärungen oder Vereinbarungen den Vorrang nicht beeinflussen, auch nicht zeitlich nach hinten schieben.

Zulässig bleibt der Einschluss aller kalten Betriebskosten. Das zeigt schon der Wortlaut des § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB: „Die Parteien können vereinbaren, dass der Mieter die Betriebskosten trägt.“ Auch nach § 535 Abs. 1 Satz 3 stellt die Bruttomiete das Grundmodell nach dem BGB dar.

b. Abschichtung der Heizkosten

Die in der Miete enthaltenen Heizkosten sind für die gesetzlich vorgegebene Struktur also herauszurechnen, während alle anderen Betriebskosten Teil der Miete bleiben, die sich richtig als Bruttokaltmiete darstellt. Dabei ist der Heizkostenanteil zunächst einmal in Abzug zu bringen. Die Anpassung an die Heizkostenverordnung bedeutet nicht, dass die bisherige Warmmiete zur neuen Kaltmiete wird und die Heizkosten hinzukommen. Andernfalls müsste der Mieter im Ergebnis die Heizkosten doppelt entrichten.²⁰ Der abgespaltene Teil ist dann Heizkostenvorauszahlung, über den nach der Vorgabe der HeizkostenV jährlich abzurechnen ist.

Damit ist allerdings noch offen, wie hoch der Abzugsbetrag ist, der jetzt nicht mehr Teil der Bruttowarmmiete ist, sondern gesonderte Heizkostenvorauszahlung wird. Hier kommen zwei Auffassungen infrage. Denkbar wäre es, die Heizkosten bei Vertragsschluss – oder ggf. bei der letzten Mietänderung – festzustellen und in Abzug zu bringen. Denkbar wäre es auch, in jedem Jahr die Heizkosten des letzten gedachten Abrechnungsjahres zu wählen und als Vorauszahlung für das laufende Jahr anzusetzen.

Beispiel:

Bei Vertragsbeginn beträgt die Bruttowarmmiete 700 €. Die kalten Betriebskosten betragen zu diesem Zeitpunkt 100 €, die Heizkosten 80 €. Aktuell liegen die kalten Betriebskosten bei 120 €, die Heizkosten bei 180 €.

¹⁸ Vgl. Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 15. Aufl. 2021, BGB § 558a Rn. 56; Bub/Treier/Schultz, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019 Kap. III Rn. 1058; jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, BGB § 558a Rn. 16; LG Berlin GE 2015, 1405; LG Berlin GE 2016, 867; LG Berlin GE 2009, 1499; unklar allerdings Staudinger/Artz (2018) HeizkostenV Rn. 24.

¹⁹ Unter III.3.b.

²⁰ Vgl. Lammel, Heizkostenverordnung, 5. Aufl. 2022, § 2 HeizkostenV Rn.19; Schmid, DWW 1982, 226 (228); AG Wedding, Urt. v. 24.04.2009 – 20 C 2/09 – juris und BeckRS 2009, 24488.

Die (Bruttokalt-)Miete könnte aktuell also unter Geltung der HeizkostenV 620 € zzgl. 80 € Heizkostenvorauszahlung oder eben 520 € zzgl. 180 € Heizkostenvorauszahlung betragen.

Das Gesetz enthält keine Anpassungsregeln.

Lammel schlägt vor, auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (oder der letzten einvernehmlichen Mietänderung) abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt ergäbe sich rechnerisch ein Verhältnis zwischen der Nettorendite und den Heizkosten. Dem Willen der Parteien entspreche es am ehesten, dieses Verhältnis aufrechtzuerhalten.²¹

Indem auf den Willen der Parteien abgestellt wird, handelt es sich hier um eine ergänzende Vertragsauslegung. Dass hier eine ergänzende Vertragsauslegung erforderlich ist, trifft auch zu. Dem genannten Ergebnis ist aber m.E. nicht zuzustimmen. Wenn die Parteien eine Bruttowarmmiete vereinbaren, bedeutet das nach ihrer Vorstellung, dass der Vermieter das unternehmerische Risiko für die Höhe aller Betriebskosten übernehmen soll. Bei einer gleichbleibenden Gesamtmiete steigt sein Ertrag bei sinkenden Betriebskosten und sinkt Ertrag bei steigenden Betriebskosten. Das beschreibt das Äquivalenzverhältnis nach der Vorstellung der Parteien.

Auf das Verhältnis der Positionen bei Vertragsschluss zueinander abzustellen, würde aber bedeuten, dass der Vermieter einen Teil des übernommenen unternehmerischen Risikos auf den Mieter abwälzt. Wenn die Heizkosten stärker als die Miete steigen, hätte jetzt der Mieter den Anstieg zu finanzieren, weil ihm nur die geringeren Heizkosten als Vorauszahlung zugutekommen würden.

Das kann nicht das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung sein. Bei der ergänzenden Auslegung ist darauf abzustellen, was die Parteien bei einer angemessenen Abwägung ihrer Interessen nach Treu und Glauben als redliche Vertragspartner vereinbart hätten, wenn sie den von ihnen nicht geregelten Fall bedacht hätten.²² Hier ist nicht darauf abzustellen, dass evtl. der Vermieter als stärkerer Verhandler eine ihm günstigere Lösung durchgesetzt hätte. Vielmehr ist nach Treu und Glauben diejenige Lösung zu finden, die die angedachte Vertragsparität wahrt.²³ Das vertragliche Äquivalenzverhältnis darf bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht zu Lasten einer Seite verschoben werden.²⁴

Wenn der Vertrag die Entwicklung der Kosten allein dem Vermieter zuschob, entspricht diejenige Lösung Treu und Glauben, die jeweils auf die aktuellen Kosten abstellt und dem Vermieter die verbleibende Rendite belässt. Der Vermieter wird dadurch nicht dauerhaft auf eine immer weiter fallende Rendite verwiesen, weil er die

²¹ Lammel, HeizkostenV, 5. Aufl. 2022, § 2 HeizkostenV Rn. 20 ff.

²² Vgl. nur BGH NJW 2013, 494 (495) (Rn. 12); BGH NJW 2007, 509 (510) (Rn. 11).

²³ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2021, BGB § 157 Rn. 48; vgl. BGH NJW 2010, 1956 (1957) (Rn. 15).

²⁴ BGH NJW 2013, 678 (679) (Rn. 17).

Miete entsprechend erhöhen kann. Wenn auch hier auf die aktuellen Kosten abgestellt wird,²⁵ ist das System geschlossen.

Der Vertrag beinhaltet also bei Anpassung zu einem konkreten Zeitpunkt die Heizkosten in der Höhe des letzten abgeschlossenen Jahres als Vorauszahlung. Der verbleibende Restbetrag ist die Bruttokaltmiete.

Im Beispielsfall sind also von der Miete von 700 € aktuelle Heizkosten von 180 € abzuziehen. Der Mietvertrag sieht – richtig – jetzt eine Bruttokaltmiete von 520 € und eine Heizkostenvorauszahlung von 180 € vor. Die Heizkosten der Wohnung sind für eine korrekte Darstellung des Vertrags – nach Fläche – erst zu ermitteln, das ist aber für die Mieterhöhung und die Heizkostenabrechnung ohnehin erforderlich.

2. Mieterhöhung auf die ortsübliche Miete

a. Ermittlung des Nettomietanteils

Die Mehrzahl der Mietverträge sieht keine Staffel- oder Indexmiete vor. Infrage kommt also die Erhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete, also die Mieterhöhung nach § 558 BGB. Die Schwierigkeit liegt hier bereits darin, dass alle maßgebenden Vergleichsmieten die Heizkostenabrechnung voraussetzen, nur insoweit liegt nämlich eine wirksam vereinbarte Miete vor. Mietspiegel stellen heute zudem ausnahmslos nur noch auf die Nettokaltmiete ab, also auf die Miete ohne Heizkosten aber auch ohne alle weiteren Betriebskosten nach der Betriebskostenverordnung.²⁶ Für den qualifizierten Mietspiegel schreibt die Mietspiegelverordnung das inzwischen sogar in einer Sollvorschrift vor (§ 12 Abs. 1 MsV). Damit ist zu klären, wie die Vergleichbarkeit herzustellen ist.

Der der Nettomietbetrag muss rechnerisch ermittelt werden. Die Angabe der Abzugsposten gehört schon in das Mieterhöhungsverlangen nach § 558a BGB. Nur mit den Angaben kann der Mieter den Betrag mit den Vergleichswerten etwa eines Mietspiegels abgleichen. Sind die Abzugsposten nicht benannt, ist das Mieterhöhungsverlangen formell unwirksam und kann die Überlegungsfrist nicht in Gang setzen. Der Zustimmungsanspruch entsteht nicht, die Klage auf Zustimmung ist von vornherein unbegründet.²⁷

Wenn der Vermieter zur Höhe Angaben gemacht hat, ist sein Mieterhöhungsverlangen formell wirksam, und zwar auch dann, wenn die Angaben inhaltlich falsch sind.²⁸ Für die Begründetheit des Zustimmungsanspruchs ist dann die richtig ermittelte Nettokaltmiete maßgebend.

b. Abzug der kalten Betriebskosten

²⁵ Dazu unter III.2.c.

²⁶ Vgl. Bub/Treier/Bub, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, Kap. II Rn. 2227.43; HK-BGB/Alexander Scheuch, BGB § 558c Rn. 2; sh. auch schon die zur Mietspiegelerstellung

²⁷ BGH VIII ZR 355/18, NZM 2020, 534 (536) = NJW 2020, 1947 (1948) (Rn. 18 ff).

²⁸ BGH VIII ZR 41/05, NZM 2006, 101 = NJW-RR 2006, 227 (228) (Rn. 11)

Hier sind einerseits die kalten Betriebskosten abzuziehen. Das lässt sich verdeutlichen, wenn – nur für die Berechnung – eine zulässige Bruttokaltmiete angenommen wird und die Heizkosten noch außer Betracht bleiben. Die vorherige Bruttokaltmiete wird auf die ortsübliche Bruttokaltmiete erhöht. Es stellt sich wieder das Bemessungsproblem. Was ist die ortsübliche Bruttokaltmiete? Ortsübliche Bruttokaltmiete könnte bedeuten: ortsübliche Nettokaltmiete zzgl. ortsüblicher – heißt: durchschnittlicher – Betriebskosten vergleichbarer Wohnungen. Es kann auch bedeuten: ortsübliche Nettokaltmiete zzgl. der individuellen, konkret auf die Wohnung entfallenden Betriebskosten. Außerdem ist zu klären, ob der Betrag zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses oder der zuletzt angefallene Betrag abzuziehen ist.

Bei den kalten Betriebskosten ist die Frage des Abzugsbetrags schon ausführlich erörtert und durch den BGH entschieden. Der BGH stellt auf die konkreten, aktuell auf die Wohnung entfallenden Betriebskosten ab.²⁹ In der maßgebenden Entscheidung aus dem Jahr 2006 betont er, dass die Nebenkosten für den Vermieter einen „durchlaufenden Posten“ darstellen würden.³⁰ Deswegen müsste das Gesamtergebnis rechnerisch bei einer Nettokaltmiete mit Vorauszahlungen und einer Bruttokaltmiete gleich sein.³¹ Der Vermieter dürfe keinen verdeckten Zuschlag auf die Nettomiete erhalten, wenn die konkreten Betriebskosten unter den durchschnittlichen lägen. Er dürfte umgekehrt nicht schlechter gestellt sein als bei einer Nettokaltmiete, wenn die konkreten Betriebskosten höher lägen, also der ihm verbleibende Restbetrag unter die ortsübliche Nettokaltmiete absinken würde.

Folgt man dieser Begründung ist es auch zwingend, immer mit den zuletzt angefallenen konkreten Kosten zu arbeiten.³² Der Vermieter soll aktuell den ortsüblichen Nettoanteil zzgl. der zuletzt für das Haus angefallenen Betriebskosten erhalten, nur das sind die „durchlaufenden Posten“. Genauer gesagt ist wohl auf die Kosten des letzten abgeschlossenen Abrechnungsjahres abzustellen, weil andernfalls keine Berechnung möglich wäre.

Die Begründung mit dem Schlagwort „durchlaufender Posten“ ist zwar nicht so zwingend, wie es zunächst scheint.³³ § 558 Abs. 2 BGB definiert die ortsübliche Miete als die „üblichen Entgelte“; Zahlungen auf Betriebskosten sind Teil der Miete, also des Entgelts nach § 535 Abs. 2 BGB.³⁴ In der Bruttomietenkonzeption des § 535 Abs. 2 BGB³⁵ sind die Nebenkosten Teil eines einheitlichen Entgelts. Der Vermieter müsste bei einer Bruttokaltmiete nicht dem Vermieter einer Nettokaltmiete

²⁹ BGH NZM 2006, 101; ebenso schon zuvor OLG Stuttgart, RE v. 13.07.1983 – 8 REMiet 2/83 – NJW 1983, 2329; OLG Hamm, RE v. 03.12.1992 – 30 REMiet 4/92, NJW 1993, 398.

³⁰ BGH NZM 2006, 101 (102) = NJW-RR 2006, 226 (228) (Rn. 18); ebenso die ganz hM, vgl. etwa Staudinger/V Emmerich (2021) BGB § 558 Rn. 17; Ermann/Dickersbach, 16. Aufl. 2020, BGB § 558a Rn. 14; Spielbauer/Schneider/Spielbauer, Mietrecht, 2. Aufl. 2018, BGB § 558a Rn. 72; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 15. Aufl. 2022, § 558a BGB Rn. 55, 56; BeckOGK/Fleindl, Stand 01.10.2022, BGB § 558a Rn. 62.1; MüKo/Artz, 8. Aufl. 2020, BGB § 558 Rn. 9.

³¹ Vgl. BGH NZM 2006, 101 (102) (Rn. 18).

³² So auch BGH NZM 2006, 101 (102) (Rn. 16) = NJW-RR 2006, 226 (228 f); wiederholt in BGH NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626.

³³ Kritisch dazu Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009 Rn. 108 ff.

³⁴ Vgl. Jost Emmerich, NZM 2022, 273; BT-Drucks. 14/4553, S. 50; MüKo BGB/Häublein, BGB § 535 Rn. 195.

³⁵ Dauner-Lieb/Langen/Klein-Blenkers, 4. Aufl. 2021, BGB § 535 Rn. 209.

gleichgestellt sein. Bei ihm sind die Betriebskosten gerade kein durchlaufender Posten, sondern fallen in sein unternehmerisches Risiko. Er kann die Betriebskosten bei einer Bruttokaltmiete in aller Regel nicht nach § 560 BGB erhöhen.³⁶ Ihm den Gewinn aus konkret besonders niedrigen Betriebskosten wieder zu „streichen“, ist damit nicht aus Gründen der Gleichbehandlung aller Vermieter geboten.

Dennoch ist m.E. dem BGH und mit ihm der ganz herrschenden Meinung zuzustimmen. Auch das lässt sich in erster Linie damit begründen, dass die Vertragsparität auch nach einer Mieterhöhung gewahrt bleiben sollte. Bei Mietbeginn erhielt der Vermieter eine aktuelle Rendite, die ihm nach Abzug der Betriebskosten verblieb. Im Zweifel entsprach das rechnerisch der erzielbaren Markt-Nettokaltmiete zuzüglich der aktuellen Kosten. Nach der Mieterhöhung erhält er die „ortsübliche Netto-Kalt-Rendite“ zzgl. des Betrags, den er aus der Bruttokaltmiete aktuell abdecken kann.

Für diese Handhabung spricht außerdem die Praxis. Die ortsüblichen Betriebskosten, also die durchschnittlichen Betriebskosten für vergleichbare Wohnungen werden sich kaum ermitteln lassen. Allgemeine Betriebskostenspiegel enthalten dafür keine zuverlässige Aussage. Wenn die Vergleichbarkeit mit einem Nettokalt-Mietspiegel hergestellt werden muss, bleibt nur der Weg des Abzugs der aktuellen konkreten Kostenanteile. Für die Praxis ist die Frage ohnehin geklärt.

c. Abzug der Heizkosten

Wenn der Vertrag bisher noch keine Heizkostenvorauszahlung ausweist, ist an dieser Stelle die gleiche Anpassung vorzunehmen.

Dabei ist die gleiche Berechnungsweise wie bei den kalten Betriebskosten geboten. Hier gilt die Argumentation des BGH ebenso. Wie ausgeführt, stellt der BGH darauf ab, dass die Betriebskosten als durchlaufende Posten zu behandeln seien. Für die Heizkosten ist dem ohne Einschränkung zuzustimmen. Heizkosten sind schon nach der Anordnung der vorrangigen HeizkostenV zwingend durchlaufende Posten. In diesem Punkt sind alle Vermieter gleich zu behandeln. Aus der unwirksamen Vereinbarung einer Bruttowarmmiete darf sich schon kraft der Heizkostenverordnung weder ein verdeckter Gewinn noch ein verdeckter Verlust des Vermieters ergeben. Der Nettokaltanteil als Vergleichsgröße zum Mietspiegel ergibt sich nach Abzug der aktuellen, konkreten Kosten, seien es Betriebs- seien es Heizkosten.

Auch hier gilt für die Berechnung also, dass die aktuellen Heizkosten, genauer die Heizkosten des letzten Jahres maßgebend sind. Es wäre im Übrigen auch keinem Mieter mehr zu vermitteln, wenn bei der Mieterhöhung einer Bruttowarmmiete die aktuellen kalten Betriebskosten in Abzug zu bringen wären – aber die Heizkosten per Datum des Vertragsschlusses. In einem geschlossenen System sind alle Betriebskosten gleich zu behandeln. Das ist wohl auch die Auffassung des BGH. In

³⁶ Vgl. BGH NZM 2004, 218 = NJW 2004, 1380 (1381); abweichend davon hat der Vermieter allerdings ein Erhöhungsrecht analog § 560 BGB, wenn es sich um einen Altmietvertrag aus der Zeit vor dem 1.9.2001 handelt (Art. 229, § 3 Abs. 4 EGBGB).

der Entscheidung zur Erhöhung einer verordnungswidrigen Bruttowarmmiete nimmt der BGH auf sein Urteil zum Abzug bei den kalten Betriebskosten Bezug.³⁷ Das Urteil enthält keine Aussage dazu, dass für die Bemessung des Heizkostenanteils etwa ein anderer Stichtag gelten müsse.

Damit bleibt auch das Gesamtsystem stimmig. Wäre nur der Vertrag ohne weiteren Anlass „richtig“ darzustellen, wären die aktuellen Heizkosten (des letzten Abrechnungsjahres) herauszurechnen. Genau das ist auch bei der Mieterhöhung zur Herstellung der Vergleichbarkeit der richtige Betrag.

Zur Verdeutlichung soll das Beispiel ergänzt werden:

Bei Vertragsbeginn beträgt die Bruttowarmmiete 700 €. Die kalten Betriebskosten betragen zu diesem Zeitpunkt 100 €, die Heizkosten 80 €. Aktuell liegen die kalten Betriebskosten bei 120 €, die Heizkosten bei 180 €. Für die Mieterhöhung soll im Beispiel die ortsübliche Nettokaltmiete lt. Mietspiegel 500 € betragen.

Für die Begründung der Mieterhöhung sind von der Bruttowarmmiete rechnerisch die aktuellen kalten Betriebskosten mit 120 € abzuziehen, die aktuellen Heizkosten mit 180 €. Es verbleibt ein fiktiver Nettoanteil von 400 €.

Neu ergeben sich jetzt 500 € zuzüglich aktueller Betriebskostenanteil von 120 €, also eine ortsübliche Bruttokaltmiete von 620 €. Der Mieter hat außerdem eine Heizkostenvorauszahlung von 180 € zu zahlen.

Zusatz: Die Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB ist in diesem Beispiel eingehalten 580 € (alte Bruttokaltmiete) x 1,2 sind 624 €. Sie wird bei einer Bruttokaltmiete nach dem Inklusivbetrag berechnet.³⁸ Die Kappungsgrenze kann aber – wie auch sonst bei einer Mieterhöhung – den Erhöhungsbetrag begrenzen.

3. Heizkostenabrechnung

a. Abrechnung ohne vorherige Umstellung und ohne Verbrauchserfassung

Bei der Abrechnung ist vorab erneut zu klären, wie weit hier eine Abrechnung erfolgen kann, wenn der Abrechnungszeitraum bereits läuft oder sogar schon abgelaufen ist. Die damit aufgeworfene Frage nach einer rückwirkenden Abrechnung ist nicht schon damit beantwortet, dass die HeizkostenV grundsätzlich unmittelbar ohne jede Gestaltungserklärung oder Vereinbarung greift. Speziell für die Abrechnung könnten Einschränkungen gelten. Daneben gibt es eine zweite Fragestellung. Zu fragen ist, ob Verbrauchserfassungsgeräte installiert sein müssen, bevor eine Verbrauchsabrechnung erfolgen kann.

³⁷ BGH NZM 2006, 652 (653) = NJW-RR 2006, 1305 (1307) (Rn. 19).

³⁸ BGH NZM 2004, 218 = NJW 2004, 1380.

Die beiden Punkte – Umstellungserklärung einerseits, Verbrauchserfassungsgeräte andererseits – lassen in der Kombination vier Auffassungen möglich werden. Es gibt tatsächlich Vertreter zu drei dieser Varianten.

Das LG Berlin, das hier am weitesten gegangen ist, hat die Erfüllung beider Vorgaben verlangt. Voraussetzung sei in jedem Fall eine Umstellungserklärung vor Beginn des Abrechnungszeitraums. Diese Erklärung könne der Vermieter wiederum erst dann abgeben, wenn er das Gebäude insgesamt mit Verbrauchserfassungsgeräten ausgestattet habe.³⁹

Eine zweite Auffassung meint, die Umstellung setze keine Möglichkeit zur Verbrauchserfassung voraus. Die vorherige Installation von Erfassungsgeräten sei nicht zwingend. Eine Umstellung sei aber nur für die Zukunft möglich. Der ersten Abrechnung müsse eine Vereinbarung der Parteien oder eine einseitige Erklärung des Vermieters vorausgehen. Für die Vergangenheit müsse es bei der Bruttowarmmiete oder einer Heizkostenpauschale sein Bewenden haben.⁴⁰

Die dritte Auffassung geht am weitesten und verlangt weder Erklärung noch Ausstattung. Die HeizkostenV verdränge die abweichenden Vertragsregelungen in jedem Fall von Anfang an. Es gehe nicht nur darum, den Vertrag nur für die erst folgenden Abrechnungsperioden zu ändern. Auch für vergangene Zeiträume könne abgerechnet werden. Das gelte zudem auch für die Zeiträume, in denen noch keine Verbrauchserfassungsgerät vorhanden gewesen seien.⁴¹

In der Entscheidung zwischen diesen Auffassungen ist m.E. vorab das Erfordernis einer generellen förmlichen Umstellungsvereinbarung oder -erklärung auszuschneiden. Das ist eine Wiederholung der schon erfolgten Erörterung.⁴² Die HeizkostenV verdrängt gerade abweichende Vereinbarungen. Der Vertrag sieht – auch wenn er sich nicht so liest – bereits aktuell eine Heizkostenvorauszahlung vor, die aus der Bruttowarmmiete auszuschneiden ist. Einer gestaltenden Erklärung oder sogar Vereinbarung bedarf es nicht. Andernfalls wäre nämlich doch die Geltung der HeizkostenV – und sei es für die Vergangenheit – wieder zur Disposition der Parteien oder jedenfalls des Vermieters gestellt. Das kommt m.E. schon deswegen nicht in Betracht, weil damit der Mieter nicht das Recht hätte, ohne Zustimmung des Vermieters den Vertrag die vorgeschriebene Behandlung seines Vertrags nach den Regeln der HeizkostenV zu erreichen.

b. Rückwirkende Abrechnung

³⁹ LG Berlin WuM 2010, 428 = BeckRS 201, 17349; ebenso inzident (am Ende der Entscheidung) LG Berlin NZM 2000, 333 (334).

⁴⁰ Vgl. etwa LG Potsdam WuM 2015, 550 = NJOZ 2015, 1835; OLG Hamburg ZMR 2017, 884 = BeckRS 2017, 119467; wohl auch AG München NJOZ 2015, 1601; offen gelassen bei LG Chemnitz ZMR 2003, 573 = BeckRS 2003, 30920968 (dort war die Ausstattung vorhanden); AG Erfurt WuM 2007, 130; Lammel WuM 2007, 439.

⁴¹ So LG Heidelberg WuM 2011, 217 (218) = BeckRS 2011, 5561; BeckOK Mietrecht/Pfeifer, Stand 1.2.2021, § 2 HeizkostenVO Rn. 13; BeckOGK/Drager, 1.7.2021, HeizkostenV § 6 Rn. 41; aktuell auch (anders noch in den Voraufgaben) Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Rn. K 19.

⁴² Sh. oben unter III.1.a.

Es bleibt zu prüfen, ob speziell der rückwirkenden Abrechnung anderweitige Bedenken entgegenstehen.

Teilweise wird zur Begründung eines nur in die Zukunft wirkenden Umstellungserfordernisses – speziell für die Abrechnung – auf eine entsprechende Anwendung der § 556a Abs. 2 Satz 2 BGB und § 6 Abs. 4 Satz 2 HeizkostenV abgestellt. Diese Vorschriften sehen vor, dass ein Abrechnungsmaßstab nur für künftige Zeiträume durch Erklärung des Vermieters bzw. Gebäudeeigentümers geändert werden kann. Der Verweis auf § 556a Abs. 2 BGB greift aber schon deswegen nicht, weil es dort um die Änderung eines wirksam vereinbarten Abrechnungsschlüssels geht. Hier ist kein Abrechnungsmaßstab zu ändern; es gilt von Anfang an der Maßstab nach der HeizkostenV, also die anteilige Abrechnung nach Fläche und Verbrauch. Auch § 6 Abs. 4 Satz 2 HeizkostenV greift nicht, weil diese Vorschrift die Änderung des Abrechnungsmaßstabs regelt. Es geht aber wiederum nicht um eine Änderung. Vielmehr hat der Vermieter „endlich“ die erstmalige Bestimmung vorzunehmen, die § 7 HeizkostenV regelt. Die erstmalige Bestimmung ist nach § 6 Abs. 4 Satz 3 HeizkostenV „mit Wirkung“ zum Beginn eines Abrechnungsjahres möglich. „Mit Wirkung“ bedeutet für die erste Festlegung gerade nicht, dass der Vermieter eine Festlegung noch vor Beginn der Mietzeit vornehmen müsste. Es bedeutet nur, dass seine Festlegung zum Beginn dieses Zeitraums Wirkung entfaltet. Andernfalls wäre es auch in vielen Fällen gar nicht möglich, den Umlagemaßstab für das erste Jahr festzulegen, wenn nicht schon der Mietvertrag selbst eine Regelung enthält.

Das weitere Argument dafür, dass eine Abrechnung erst nach Ankündigung erlaubt sei, ist der Vertrauensschutz. Wenn eine Inklusivmiete vereinbart sei, sei die Umstellung auf verbrauchsabhängige Abrechnung nur für die Zukunft möglich.⁴³ Dem Vermieter sei es nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung zu berufen.⁴⁴ M.E. greift auch dieses Argument nicht.

Zunächst ist zu bedenken, dass auch der Mieter eine Abrechnung verlangen kann. Es erschiene fragwürdig, dem Vermieter hier einen Vertrauensschutz zuzubilligen, wenn er den Vertrag „gestellt“ hat und wenn er es unterlassen hat, den Verbrauch zu erfassen und nach Verbrauch abzurechnen. M.E. kann der Vermieter, der die HeizkostenV missachtet hat, sich nicht darauf berufen, dass der Mieter ihn dazu in der Vergangenheit nicht angehalten habe. Ein Zwischenergebnis ist danach, dass jedenfalls der Mieter eine Abrechnung auch für die Vergangenheit verlangen kann, und zwar – wenn der Vermieter die Verjährungseinrede erhebt – für die vorausgegangenen drei Jahre (§ 195 BGB).⁴⁵

⁴³ So LG Potsdam WuM 2015, 550.

⁴⁴ So AG Freiberg, 5 C 587/08 – BeckRS 2008, 29383 und juris; OLG Hamburg ZMR 2017, 884 = BeckRS 2017, 119467; dagegen Wall, jurisPR-MietR 14/2009, Anm. 5.

⁴⁵ Zur Verjährung des Mieteranspruchs auf Abrechnung: Hannemann/Wiegner/Schneider, MAH, 5. Aufl. 2019, § 32 Rn. 14, 15.

Danach ließe sich noch fragen, ob der Mieter Vertrauensschutz geltend machen kann, wenn der Vermieter rückwirkend abgeschlossene Abrechnungsperioden jetzt abrechnet. Auch das ist m.E. zu verneinen. Es kann nicht unterstellt werden, dass der Vermieter in jedem Fall dem Mieter die Bedingungen diktiert, so dass der Mieter nicht unter einer rückwirkenden Abrechnung leiden dürfe. Insbesondere in der Gewerbemiete gibt es schon keinen Erfahrungswert, dass immer der Vermieter die Vertragsbedingungen vorgibt; hier kommen auch Mieter-AGB vor.⁴⁶ In diesen Fällen wäre es von vornherein nicht zu rechtfertigen, jetzt dem Mieter Vertrauensschutz zuzubilligen. In einer allgemeinen Wertung gilt aber auch im Übrigen, dass der Mieter nicht tendenziell in der schwächeren Verhandlungsposition ist. Er hat sich seinerseits entschieden, den Vertrag ohne Berücksichtigung der HeizkostenV zu schließen. Insoweit kann dahinstehen, ob der Mieter sich hier auf eine dreijährige Verjährungsfrist berufen kann, wenn er über Jahre hinweg keine Abrechnung erhält.⁴⁷ Er hätte nämlich auch seinerseits die Möglichkeit, eine Abrechnung zu beanspruchen.

Der BGH hat 2008 einen Fall entschieden, in dem eine Nettokaltmiete zwar vereinbart war, der Vermieter aber gleichwohl keine Verbrauchserfassungsgeräte installiert hatte. Danach war für die zurückliegende Zeit eine Verbrauchsabrechnung objektiv nicht mehr möglich. Dazu hat der BGH geurteilt, der Vermieter dürfe rückwirkend umlegen, dann nach Flächenmaßstab. Es müsse dabei die 15 %-ige Kürzung nach § 12 HeizkostenV hinnehmen.⁴⁸ M.E. gilt hier das Gleiche. Vertraglich ist, wie in dieser BGH-Entscheidung, eine Kaltmiete (wenn auch Bruttokaltmiete) vereinbart. Das liegt daran, dass die HeizkostenV die entgegenstehende Abrede im Vertrag verdrängt. Es gilt also auch hier, dass der Vermieter die tatsächlich angefallenen Heizkosten abrechnen kann – und muss – und dass er ggf. die Kürzung hinnehmen muss.

In der Wohnraummiete geht es wirtschaftlich ohnehin nur um die rückwirkende Abrechnung für das gerade abgelaufene und für das laufende Jahr. Für vorausgegangene Abrechnungsperioden wären Nachforderungen ausgeschlossen (§ 556 Abs. 3 Satz 3 BGB). Außerdem steht dem Mieter ggf. das Kürzungsrecht des § 12 HeizkostenV zu. Diese gesetzlichen Wertungen sind m.E. abschließend und stellen Risikozuweisungen dar, die dem Einwand des § 242 BGB entgegenstehen.

c. Durchführung der Abrechnung

Für die Durchführung der Abrechnung kommt es wiederum auf den Abzugsbetrag an, der sich jetzt als Heizkostenvorauszahlung darstellt.

Auch hier ist wieder streitig, ob der Betrag der anfänglich – bei Vertragsschluss – angefallenen Heizkosten als Vorauszahlung gilt oder aber der Betrag, des letzten Abrechnungsjahres.

⁴⁶ Vgl. etwa die Entscheidung OLG Jena NZM 2012, 642 = NJW 2013, 13.

⁴⁷ Dafür etwa Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Rn. I 33; KG GE 2003, 117 = BeckRS 2003, 2467; dagegen BGH NJW 1991, 836.

⁴⁸ BGH NZM 2008, 35 = NJW 2008, 142

Eine Auffassung meint, es komme für die Abrechnung auf das Jahr des Vertragsschlusses an.⁴⁹ Der Wert der tatsächlichen Heizkosten in diesem Jahr gelte als gedachte Vorauszahlung so lang weiter, wie die Miete nicht erhöht werde, und zwar unabhängig von der tatsächlichen Entwicklung der Energiepreise. Bei einer einvernehmlichen Mieterhöhung sei neu auf die Heizkosten zu diesem Zeitpunkt abzustellen. Es sei nämlich davon auszugehen, dass der Vermieter jeweils bezogen auf die Mietvereinbarung die aktuellen Heizkosten einkalkuliere. Dieser Betrag bliebe dann wieder maßgebend bis zur nächsten Mieterhöhung.⁵⁰

Die zweite Auffassung meint, der Betrag der aktuellen Heizkosten des letzten Jahres stelle zugleich die Vorauszahlung für die Abrechnung nach der HeizkostenV dar.⁵¹

M.E. ist der zweiten Auffassung zu folgen. Das bedeutet, dass sich in der Bruttowarmmiete die Heizkosten des jeweiligen Jahres mit den Heizkostenvorauszahlungen des jeweiligen Jahres decken. Maßgebend ist einerseits wieder die gedachte ergänzende Vertragsauslegung. Dabei ist es keine zutreffende Methode, isoliert auf die Kalkulation des Vermieters zurzeit des Vertragsschlusses abzustellen und dann zu seinen Gunsten, alle Veränderungen in das Risiko des Mieters zu verlagern. Es ist nicht maßgebend, dass der Vermieter etwa in Zeiten des Wohnungsmangels auch eine ihm günstigere Lösung hätte durchsetzen können. Vielmehr gilt, wie oben schon gesagt, dass die ergänzende Vertragsauslegung auf die beiderseitigen Interessen und hier vor allem auf die Vertragsparität abzustellen hat.

Nach der Vorstellung der Parteien lag ein Gesamtbetrag fest. Dabei war sowohl dem Vermieter als auch dem Mieter im Zweifel bewusst, dass die Lasten der Mietsache veränderlich waren. Diese Veränderungen sollten bis zu einer Mieterhöhung gerade im unternehmerischen Risiko des Vermieters liegen. Es lag also gerade nicht in der Kalkulation des Vermieters, steigende Kosten im gleichen Umfang abwälzen zu können – vielmehr war es Bestandteil der (gedachten) Kalkulation, diese Kosten aus dem Bruttoerlös zu tragen. Die Rendite steigt bei geringeren Kosten und sinkt bei steigenden Kosten. Dem entspricht es aber, sowohl für die Mieterhöhung als auch für die Abrechnung einen Schnitt gerade auf den Zeitpunkt zu legen, zu dem die Miete erhöht und/oder die Kosten in eine Abrechnung überführt werden. Dadurch wird der Vermieter nicht unbillig benachteiligt. Für die Zukunft erhält er die ortsübliche Bruttokaltmiete. Wenn er für die Vergangenheit darunter liegt, beruht das ggf. darauf, dass er eben die Miete nicht erhöht hatte. Für die Vergangenheit führt bei dieser Annahme jede Abrechnung im Grundsatz dazu, dass es weder Nachforderung noch Guthaben gibt. Das liegt daran, dass jeweils Heizkosten und Heizkostenvorauszahlung sich decken.

⁴⁹ Lammel, HeizkostenV, 5. Aufl. 2022, § 2 HeizkostenV Rn. 22; LG Potsdam, 13 S 72/14, NJOZ 2015, 1835; Sternel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. V 510; BayObLG NJW-RR 1988, 1293 (1294).

⁵⁰ Lammel, HeizkostenV, 5. Aufl. 2022, § 2 HeizkostenV Rn. 23.

⁵¹ Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Rn. K 13; Eisenschmid, WuM 1981, 97 (98); OLG Düsseldorf NZM 2008, 524 (525) (dort für die Aufteilung einer Pauschale).

Es könnte dazu den Einwand geben, dass der Vermieter doch ein Minus macht, wenn er die 15 %-ige Kürzung der Heizkosten in Kauf nehmen muss. Das ist aber kein Argument, den Vertrag anders ergänzend auszulegen, weil die hier - Heizkostenverordnung als Sanktion eine Kürzung vorsieht. Das gilt wie in jedem anderen Vertrag.

Schließlich spricht für diese Auffassung auch die einheitliche und einfachere Handhabung. Die Vorstellung, dass der Vermieter für die Mieterhöhung die aktuellen Heizkosten in Abzug bringt,⁵² zugleich aber für die Heizkostenabrechnung einen erheblich geringeren Betrag, erscheint zumindest problematisch. Es dürfte schwer sein, dem Mieter dieses Zahlenwerk noch zu vermitteln.

Schließlich dürfte in vielen Fällen eine Abrechnung auch nur so möglich sein. Selbst wenn der Vermieter identisch geblieben ist, hat er möglicherweise die Rechnungen nicht mehr greifbar, wenn der Vertragsschluss länger zurückliegt. Erst recht entstehen kaum überwindbare Schwierigkeiten, wenn es einen Erwerbsvorgang gab und der neue Vermieter beim besten Willen die alten Daten nicht haben kann. Lammel schlägt vor, in diesem Fall die üblichen Heizkosten aus Heizkostenspiegeln heranzuziehen.⁵³ Das wäre aber auch problematisch. Diese Werte können je nach der Gebäudeisolierung und der Effizienz der Heizung vom konkreten Wert des Hauses weit abweichen. Es gibt nicht einmal überall Heizkostenspiegel. Das Landgericht Potsdam hat ausgeführt, dass der Vermieter für die Abrechnung dann eben ein Sachverständigengutachten zur Ermittlung der anfänglich angefallenen Heizkosten einholen müsse.⁵⁴ Das ist m.E. nicht praktikabel – es wäre wohl auch in jedem Fall teurer, als die aktuellen Heizkosten abzuziehen.

IV. Heizkostenpauschale

An zweiter Stelle ist die Rechtslage bei einem Vertrag zu untersuchen, der neben der weiteren Miete eine Heizkostenpauschale vorsieht. Das kann eine Bruttokaltmiete oder eine Nettokaltmiete mit Betriebskostenpauschale sein, wenn jeweils eine getrennte Heizkostenpauschale vorgesehen ist.

1. Darstellung des Vertrags infolge der Geltung der HeizkostenV

Auch hier stellt sich zunächst die Frage, wie der Vertrag sich korrekt darstellt, wenn der Vorrang der HeizkostenV beachtet wird. Auch hier gilt zunächst, dass es keiner Umstellungserklärung oder gar -vereinbarung bedarf. Die HeizkostenV setzt sich ohne Weiteres durch.

Typischerweise wird die Heizkostenpauschale bei Vertragsschluss die Heizkosten übersteigen; es ist eine verdeckte Nettoendite enthalten. Das ist aber nicht zwingend, denkbar wäre auch eine von Anfang an nicht kostendeckende Pauschale.

⁵² Dazu s.o. und BGH NZM 2006, 101 und NZM 2006, 652.

⁵³ Lammel, HeizkostenV, 5. Aufl. 2022, § 2 HeizkostenV Rn. 22.

⁵⁴ LG Potsdam WuM 2015, 550 (551) = NJOZ 2015, 1835.

Beides entspräche nicht der HeizkostenV, nach der der tatsächliche Verbrauch abzurechnen ist. Fraglich ist aber wieder der Abzugsbetrag. Hier drängt es sich zunächst auf, dass jetzt eben die Pauschale als Heizkostenvorauszahlung ausgewiesen wird, über die künftig abzurechnen ist. Das wird wohl auch überwiegend zu vertreten.⁵⁵

Auch hier stellt sich allerdings die Frage nach der ergänzenden Vertragsauslegung. M.E. ist auch hier nach Treu und Glauben diejenige Lösung zu finden, die die angedachte Vertragsparität wahrt.⁵⁶ Das vertragliche Äquivalenzverhältnis darf bei der ergänzenden Vertragsauslegung nicht zu Lasten einer Seite verschoben werden.⁵⁷

Zu prüfen ist also wiederum, welche vertragliche Risikoverteilung die Parteien zugrunde gelegt hatten. Hier galt, dass der Vermieter das unternehmerische Risiko der Kostendeckung trug. Wenn die Pauschale einen Überschuss für ihn beinhaltete, sollte er diesen als zusätzliche Nettorendite behalten; sollten die Heizkosten über die Pauschale hinaus ansteigen, hatte er – bis zu einer Erhöhung – die Differenz aus dem Nettoanteil der Miete abzudecken. Es gilt in der Wertung nichts anderes als bei einer Bruttowarmmiete. Der Vermieter konnte nach seiner Vorstellung eine zusätzliche Erhöhungsmöglichkeit über § 560 BGB vereinbaren und ggf. wahrnehmen. Das ändert aber nichts daran, dass die tatsächlichen Heizkosten höher oder niedriger als die Pauschale sein können und dass sie in jedem Jahr den unternehmerischen Gewinn bestimmen. Ebenso kann der Vermieter bei der Bruttowarmmiete die Miete erhöhen. Nach der Heizkostenverordnung ist eine Lösung zu finden, die das wirtschaftliche Äquivalent wahrt und dabei die Heizkosten – wie es vorgeschrieben ist – zu abzurechnenden aber durchlaufenden Posten macht.

Zu diesem Argument vertritt *Lammel* ausdrücklich eine abweichende Position. Er meint, der Mieter habe die Kosten einer Fehlkalkulation des Vermieters zu tragen. Diese Kosten würden nach der HeizkostenV auf ihn übergewälzt.⁵⁸ M.E. ist das als Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung – unter Berücksichtigung von Treu und Glauben - abzulehnen.

Vielmehr gilt m.E., dass die Heizkostenpauschale zu einem bloßen Rechenposten in einer Gesamtmiete, wie bei einer Bruttowarmmiete wird. Ausgesondert bleiben bei einer Betriebskostenpauschale die kalten Betriebskosten, die getrennt erhoben werden dürfen. Wiederum sind aus diesem Gesamtbetrag die Heizkosten des letzten Jahres als Vorauszahlungen zu abzuziehen.

⁵⁵ Vgl. etwa Langenberg/Zehlelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Rn. K 16 und 21; Lammel, HeizkostenV, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 28; LG Heidelberg WuM 2011, 217 (218); Spielbauer/Schneider/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl. 2018, § 556 BGB Rn. 15; Guhling/Günter/Both, Gewerberaummieta, 2. Aufl. 2019, HeizkostenV § 2 Rn. 2; OLG Düsseldorf ZfIR 2008, 568 jeweils für eine Betriebs- und Heizkostenpauschale.

⁵⁶ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2021, BGB § 157 Rn. 48; vgl. BGH NJW 2010, 1956 (1957) (Rn. 15).

⁵⁷ BGH NJW 2013, 678 (679) (Rn. 17); sh. näher oben unter III.1.b.

⁵⁸ Lammel, HeizkostenV, 5. Aufl. 2022, § 2 HeizkostenV Rn. 28.

2. Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete

Für die Mieterhöhung gilt wiederum keine Abweichung von der Bruttowarmmiete. Anzusetzen sind die aktuellen Heizkosten. Das ist die Vorauszahlung, die sich nicht als Rendite darstellt. Sie sind dann zusätzlich zu der erhöhten, jetzt ortsüblichen Miete – Bruttokaltmiete oder Nettokaltmiete plus Betriebskostenpauschale – zu zahlen. Es darf wiederum nicht beim Abzug der Pauschale bleiben, weil dann die Vergleichbarkeit mit Nettokaltmieten nicht hergestellt wird.

Erster Beispielfall – ausgewiesen: Bruttokaltmiete zzgl. Heizkostenpauschale

Bei Vertragsbeginn ist eine Bruttokaltmiete 600 € ausgewiesen zzgl. einer Heizkostenpauschale von 100 €. Bei Vertragsschluss lagen die kalten Betriebskosten bei 90 €. Aktuell liegen die kalten Betriebskosten bei 120 €, die Heizkosten bei 180 €. Die ortsübliche Nettokaltmiete lt. Mietspiegel liegt bei 600 €.

Mieterhöhung erster Schritt: Die ortsübliche Bruttokaltmiete ist zu errechnen. Sie beträgt bei dem vom BGH vorgesehenen Ansatz der aktuellen Betriebskosten jetzt: Mietspiegelwert von 600 € zzgl. 120 € konkreter Betriebskosten, also 720 €. (Kappungsgrenze ebenfalls: 720 €). Die Nettorendite liegt – noch ohne Rücksicht auf die Heizkosten – bei 600 €

Wenn die Heizkosten jetzt mit dem vor – gesetzt – fünf Jahre zuvor vereinbarten Betrag der Pauschale hinzukämen, erhielte der Vermieter 720 € zzgl. 100 € Heizkostenvorauszahlung. Der Vermieter müsste in der Folge zunächst jeden Monat den überschießenden Anteil der Heizkosten (80 €) aus dem Nettoanteil von 600 € tragen.

Das ist nicht so dramatisch, wie es zunächst scheint. Es ergäbe sich nachträglich ein Ausgleich, wenn dem Mieter in der folgenden Abrechnung konsequenterweise auch nur 100 € als Vorauszahlung gutgebracht würden. Entsprechend höher wäre nämlich die Heizkostennachforderung gegen ihn. Bei 12 Monaten wären das zusätzliche 960 €. Insoweit hätte aber der Vermieter immer noch das Insolvenzrisiko des Mieters zu tragen. Dieses Risiko erhöht sich gerade bei hohen Heizkostennachforderungen.

Bei einer Vielzahl von Wohnungen ergäbe sich auch eine entsprechende Verringerung der Liquidität beim Vermieter, der die hohen Heizkosten zumindest zwischenfinanzieren müsste. In dieser Zeit wären für ihn die Heizkosten gerade keine durchlaufenden Posten, sondern ein Kredit an den Mieter. Dem Vermieter wäre es möglicherweise schwer zu vermitteln, dass er die aktuellen Betriebskosten jetzt wirtschaftlich laufend erhält, nicht aber – also Vorauszahlung – die aktuellen Heizkosten.

Zweiter Beispielfall – ausgewiesen: Nettokaltmiete zzgl. Betriebskostenpauschale zzgl. Heizkostenpauschale

Bei Vertragsbeginn ist folgende Miete ausgewiesen: Nettokaltmiete 500 €, Betriebskostenpauschale 100 €; Heizkostenpauschale 100 €. Die kalten Betriebskosten betragen zu diesem Zeitpunkt 100 €, die Heizkosten 80 €. Aktuell liegen die kalten Betriebskosten bei 120 €, die Heizkosten bei 180 €. Für die Mieterhöhung soll im Beispiel die ortsübliche Nettokaltmiete lt. Mietspiegel 600 € betragen.

Im Beispiel bleibt die Betriebskostenpauschale außer Betracht. Sie ist zulässig und folgt für die Erhöhung, wenn die vertraglich möglich ist, eigenen Regeln (§ 560 BGB). Hier ist die Ungleichbehandlung gesetzlich gewollt. Im Beispiel käme jeweils die Betriebskostenpauschale von 100 € zu den geschuldeten Mieten hinzu, wenn es bisher keine Erhöhungen gab. Soweit der Vermieter hier ein Minus macht, bleibt ihm das bis zur nächsten möglichen Erhöhung nach § 560 BGB erhalten.

Es stehen sich also wirtschaftlich als veränderte Posten gegenüber:
 Alte Nettokaltmiete 500 € zzgl. Heizkostenpauschale von 100 €.
 Aktuelle Nettokaltmiete 600 €. Aktuelle Heizkosten 180 €.

Wäre jetzt die Heizkostenpauschale die neue Vorauszahlung, erhielte der Vermieter jetzt 600 €, zzgl. 100 € (jetzt) als Heizkostenvorauszahlung, zzgl. der Betriebskostenpauschale. Er müsste hier zusätzlich einen Anteil von 80 € der laufenden Heizkosten aus dem „Nettoanteil“ zwischenfinanzieren.

Bei Ansatz der aktuellen Vorauszahlungen ergäbe sich dagegen eine neue Nettokaltmiete von 600 € zzgl. der Betriebskostenpauschale von 100 €, zzgl. einer Heizkostenvorauszahlung von 180 €. Für die Mieterhöhung müsste der Vermieter nach § 558a BGB die aktuellen Heizkosten mitteilen. Der Zahlbetrag wird für den Mieter höher, die Zwischenfinanzierung der Heizkosten unterbleibt.

3. Heizkostenabrechnung

Für die Abrechnung ist dem gleichen System zu folgen. M.E. schuldet der Mieter also laufend Heizkosten in Höhe der aktuellen Heizkosten. Eine nicht mehr „gültige“ Pauschale ist ein bloßer Rechenposten in der Warmmiete (mit enthaltenen Betriebskosten oder neben einer gesonderten Betriebskostenpauschale).

Es gilt genau das Gleiche wie bei einer Bruttowarmmiete oder einer „Nettowarmmiete“ zzgl. Betriebskostenpauschale. Abzurechnen ist auch rückwirkend ohne vorherige Ankündigung. Insbesondere hat ggf. der Mieter einen in die Vergangenheit zurückreichenden Abrechnungsanspruch. Der Vermieter kann auch aus der Vereinbarung einer „Heizkostenpauschale“ keinen Vertrauenstatbestand ableiten. Diese Vereinbarung ist ebenso unwirksam wie die Vereinbarung einer Bruttowarmmiete. Ebenso hat der Mieter keinen Vertrauensschutz, hat aber jedenfalls in der Wohnraummiete auch nur für ein Jahr eine Nachforderung zu erwarten – auch das nicht wenn, wie schon ausgeführt, ihm die aktuellen Heizkosten als Vorauszahlungen gutgebracht werden.

Abziehen als Vorauszahlung sind die jeweiligen Heizkosten; es ergibt sich – abgesehen vom Kürzungsrecht des § 12 HeizkostenV – immer eine Null als Ergebnis. Das entspricht der ergänzenden Vertragsauslegung. Es belässt das unternehmerische Risiko bei dem Vermieter, der es nach der Vorstellung der Parteien tragen sollte. Würde nach vielen Jahren nur eine anfänglich sehr geringe Pauschale als Vorauszahlung abgezogen, wäre das Risiko gerade entgegengesetzt auf den Mieter verlagert.⁵⁹

V. Nebenkostenpauschale

Noch schwieriger erscheint die Behandlung einer zusammengefassten Betriebs- und Heizkostenpauschale, die hier als Nebenkostenpauschale bezeichnet werden soll.

Das Problem liegt darin, dass eine Betriebskostenpauschale (kalte Betriebskosten) zulässig ist und bleibt, während die Heizkostenpauschale nicht zulässig ist und keinen Bestand haben kann.

Infrage käme, jetzt einen Teil der Pauschale zu einer zulässigen Betriebskostenpauschale werden zu lassen, den anderen Teil zu einer Heizkostenvorauszahlung. Dazu wird vertreten, dass die Pauschale in dem Verhältnis aufzuteilen sei, in dem Heizkosten und Betriebskosten bei Vertragsbeginn zueinanderstanden.⁶⁰

Dem liegt wieder die Annahme zugrunde, der Vertrag sei ergänzend dahingehend auszulegen, dass die Pauschale – oder hier: ein Teil der Pauschale – als Vorauszahlung zu behandeln sei,⁶¹ die im Vertrag so bezeichnete Nettomiete werde aber nicht angetastet. Abweichend hat das OLG Düsseldorf in einem Fall die Heizkosten des vorausgegangenen Jahres, also des Abrechnungsjahres, nach Fläche ermittelt und entschieden, das sei der Heizkostenanteil, der in der so vereinbarten Pauschale enthalten sei. Es kann aber nicht sicher gesagt werden, dass hier eine Gegenposition eingenommen werden sollte. Im dortigen Fall war nämlich die Miete – wohl mit der Pauschale – auch aufgrund einer Wertsicherungsklausel eben im Jahr 2006 angepasst worden.

M.E. wird mit dieser Handhabung wiederum eine Lösung vertreten, die das unternehmerische Risiko steigender Kosten vom Vermieter auf den Mieter verlagert, die also die Kosten einer Fehlkalkulation des Vermieters auf den Mieter abwälzt. Wie in den zuvor erörterten Fällen auch, kann das m.E. nicht das Ergebnis einer Treu und Glauben folgenden ergänzenden Vertragsauslegung sein.

⁵⁹ Sh. im Einzelnen oben unter III.3.c.

⁶⁰ LG Heidelberg WuM 2011, 217; BayObLG NJW-RR 1988, 1293 (1294); BeckOGK/Drager, 1.7.2021, HeizkostenV § 2 Rn. 14; wohl auch MüKoBGB/Zehelein, 8. Aufl. 2020, HeizkostenV § 2 Rn. 3; aA wohl Langenberg/Zehelein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 10. Aufl. 2022, Rn. K 17; Theobald/Kühling/Schumacher, 116. EL Mai 2022, HeizkostenV § 2 Rn. 18.

⁶¹ Vgl. LG Heidelberg WuM 2011, 217 (218) mit – insoweit – zustimmender Anmerkung von Lammel, jurisPR-MietR 11/2011, Anm. 2; Lützenkirchen/K. Callsen/Lützenkirchen, Anwalts-Handbuch Mietrecht, 6. Aufl. 2018 Rn. L 813.

Das soll folgendes Beispiel zeigen:

Der Mietvertrag datiert von 2010. Die Miete beträgt 700 € zzgl. einer Nebenkostenpauschale von 210 €. Seinerzeit betragen die Heizkosten 50 € und die Betriebskosten 100 €. Das Verhältnis betrug also 1/3 zu 2/3. In den Pauschalen war ein verdeckter Netto-Mietanteil von 50 € enthalten. Aktuell – 2022 – betragen die Heizkosten 150 € und die Betriebskosten 150 €. Der Vermieter hat also im aktuellen Vertragsjahr – unter Außerachtlassung der Heizkostenverordnung – aus der „Nettomiete“ einen Betrag von 90 € getragen. Seine Rendite betrug nur noch 610 €.

Auch hier zeigt sich wieder, dass der Begriff Nettokaltmiete und Pauschale noch nichts über das wirtschaftliche Äquivalenzverhältnis aussagt.

Jetzt sind die Varianten darzustellen, also die Berechnung je nachdem, wie die ergänzende Vertragsauslegung angenommen wird.

1. Variante (h.M.) – Aufteilung der Pauschale auf Heizkostenvorauszahlung und Betriebskostenpauschale nach dem Anteil der Kosten bei Vertragsbeginn

Wenn jetzt der Abzug auf die Pauschale begrenzt würde und dann auch noch aus der unveränderten Pauschale von 210 € nur ein Anteil von 1/3, also 70 € als Heizkostenvorauszahlung gerechnet würde, sowie die restlichen 2/3, mithin 140 € – als Betriebskostenpauschale gelten würden, ergäbe sich folgender Mietvertrag:

Nettomiete: 700 €, Heizkostenvorauszahlung 70 €, Betriebskostenpauschale 140 €. Mit der nächsten Heizkostenabrechnung hätte der Mieter die realen Heizkosten von 1.800 - 840 € Vorauszahlung nachzuzahlen ($150 \times 12 = 1.800 \text{ €}$ und $70 \times 12 = 840 \text{ €}$). Der Vermieter käme in den Heizkosten auf ein ausgeglichenes Ergebnis. Die Betriebskostenpauschale läge um 10 € unter den realen Betriebskosten. Die Unterdeckung des Vermieters betrüge – allein durch die angenommene Berechnung der Anteile nicht mehr 90 €, sondern nur noch 10 € monatlich.

Es ergäbe sich wiederum das von Lammel richtig beschriebene Ergebnis, dass der Vermieter eine zu geringe Kalkulation getätigt hatte und dass der Mieter dieses Risiko jetzt zu tragen hätte.

2. Variante – Abzug der realen Heizkosten und Bildung der Betriebskostenpauschale aus dem „Rest“

Die zweite Variante würde bedeuten, dass aus der Pauschale vorab die aktuellen Heizkosten jetzt zur Vorauszahlung würden. Das wären also hier 150 € monatlich. Es verblieben nur 60 € als Betriebskostenpauschale. Der Vermieter erhielte bei einer Heizkostenabrechnung nichts. Die Heizkosten werden wiederum zum Rechenposten wie bei der Bruttokaltmiete. Der Vertrag sähe so aus:

Nettomiete: 700 €, Heizkostenvorauszahlung 150 €, Betriebskostenvorauszahlung 60 €. Da die aktuellen Betriebskosten gerade 150 € betragen, ergibt sich hier wieder

die Unterdeckung von 90 €, die auch zuletzt „galt“. Das Risiko der Fehlkalkulation bleibt beim Vermieter, der es auch nach Vorstellung der Parteien zu tragen hatte.

Bei dieser Berechnung bedeutet der Vorrang der Heizkostenverordnung, dass sie sich nicht nur bei einer Bruttowarmmiete, sondern auch gegenüber Pauschalen vollständig durchsetzt. Diese Lösung ist m.E. die richtige, der Vorrang darf sich nicht deshalb im Betrag reduzieren, weil die Parteien in der Vergangenheit eine Zahlung als Pauschale „definiert“ hatten. Diese Abrede wird ebenso wie andere Abreden durch die Heizkostenverordnung gegenstandslos.

Der Vermieter kann das wirtschaftliche Gleichgewicht – wie auch sonst – wieder herstellen, indem er die verbleibende Betriebskostenpauschale nach § 560 BGB um jedenfalls 90 € auf 150 € erhöht. Der Vermieter erleidet einen dauerhaften Verlust, wenn der Mietvertrag keinen Erhöhungsvorbehalt enthält, den § 560 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz BGB verlangt. Dieses Risiko ist dann aber auch bereits im Vertrag angelegt, steigende Betriebskosten wären in jedem Fall beim Vermieter geblieben. Auch hier darf auf dieses Versäumnis nicht durch Abstriche bei der Heizkostenverordnung reagiert werden.

Das Gleiche muss auch gelten, wenn die gesamte Nebenkostenpauschale durch die Heizkosten „aufgefressen“ wird. Hier richtet sich der Anspruch nach § 560 BGB auf Erhöhung der Betriebskostenpauschale von 0 € auf den Betrag der aktuellen Betriebskosten.

Für die Mieterhöhung gilt hier, dass die Vergleichbarkeit mit der Nettokaltmiete bereits besteht. Die Betriebskostenpauschale bleibt außer Betracht, ebenso die Heizkostenvorauszahlung.

Für die Heizkostenabrechnung gilt ebenfalls das Gleiche wie bei den anderen Mietstrukturen.

Durch diese Lösung wird der Vorrang der Heizkostenverordnung hergestellt, ohne dass sich je nach Mietstruktur unterschiedliche Ergebnisse errechnen. Es wird auch jeweils das zuletzt bestehende Äquivalenzverhältnis, das Teil der Kalkulation war, beibehalten.

VI. Zusammenfassung

Die Umstellung einer Miete, die der Heizkostenverordnung widerspricht, stellt sich rechtlich als korrekte Darstellung des geltenden Vertragsinhalts dar. Die Heizkostenverordnung gilt ohne „Umstellung“ oder sonstige Rechtsgestaltung. Der Vorrang ist so umzusetzen, dass das wirtschaftliche Äquivalent des Vertrags beibehalten wird. Das ist das Ergebnis einer ergänzenden Vertragsauslegung nach billigem Ermessen und Treu und Glauben. Es entspräche nicht der Billigkeit, eine Fehlkalkulation des Vermieters bei Gelegenheit der korrekten Vertragsdarstellung auf den Mieter abzuwälzen. Umgekehrt darf der Mieter nicht von einer (aktuell wohl seltenen) Senkung der Heizkosten profitieren. Das bedeutet, dass als erstes – und vorrangig – die aktuellen Heizkosten sich jetzt als Vorauszahlung darstellen. Bei

gestiegenen Heizkosten ergibt die erste Abrechnung weder eine Nachforderung des Vermieters noch – vorbehaltlich einer Kürzung nach § 12 HeizkostenV – ein Guthaben des Mieters. Der Mieter hat umgekehrt entsprechend hohe laufende Vorauszahlungen zu entrichten, die auch bei einer Mieterhöhung nach § 558 BGB zu der Netto- oder Bruttokaltmiete hinzukommen. Seine laufenden Zahlungen erhöhen sich, sein Saldo bei der Heizkostenabrechnung berücksichtigt aber auch diese Zahlungen. Für den Vermieter hat dies immerhin den Vorteil, dass er schon aktuell die annähernd kostendeckenden Vorauszahlungen erhält, dass er insoweit also keine gesonderte Erhöhung vornehmen muss. Wenn der Vermieter sich in der Vergangenheit insoweit verkalkuliert hatte, dass er gestiegene Kosten aus dem Nettoanteil der Miete finanzieren musste, bleibt es dabei.