

Energiekrisenbedingte Heizkostenforderungen - Anpassung des Mietvertrags und Zahlungsverzug

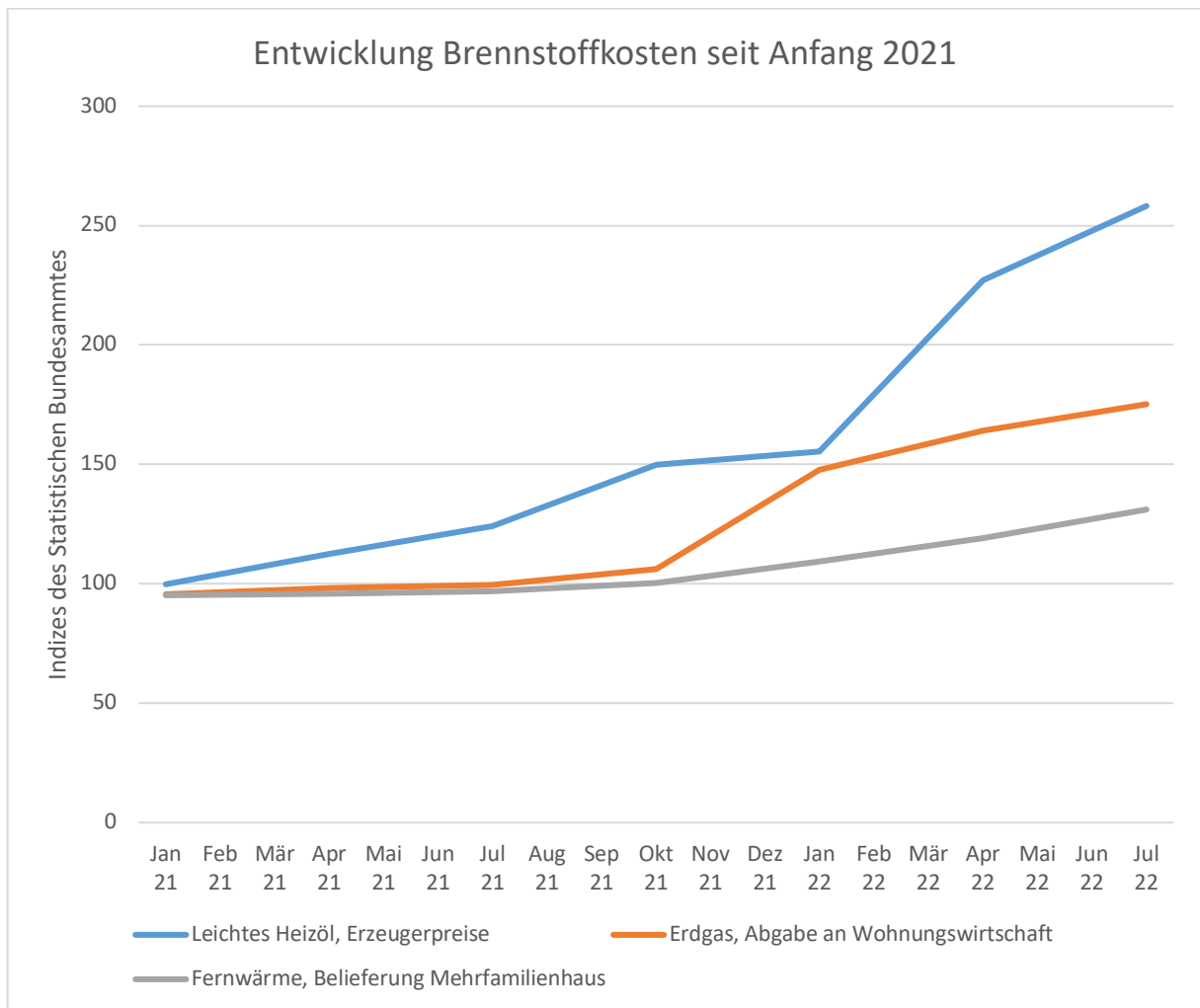
A. Einleitung

Ein Thema der diesjährigen Herbstveranstaltung des Deutschen Mietgerichtstags sind die Auswirkungen der steigenden Energiepreise auf das Mietverhältnis. Die folgenden Ausführungen sind dem Betriebskostenrecht gewidmet. Kern der Untersuchung ist die Frage, wie das zuletzt eingetretene Risiko außergewöhnlich ansteigender Energiekosten zwischen den Mietparteien zu verteilen ist.

Der Energiebedarf in Wohn- und Geschäftsräumen betrifft schwerpunktmäßig die Bereiche Heizung und Warmwasser. Zwar können sich die Preissteigerungen auch bei anderen Betriebskostenpositionen auswirken, z. B. bei den Kosten eines Aufzugs oder der Beleuchtung. Diese Punkte haben indes nur untergeordnete Bedeutung und werden daher im Folgenden nicht behandelt.

I. Preisentwicklung

Die bei der Erzeugung von Heizung und Warmwasser zum Einsatz kommenden Energieträger sind in erster Linie Heizöl und Erdgas. Nach einer Untersuchung des Bundesverbands der Energie- und Wasserwirtschaft e.V. wurden im Jahr 2019 rund 25% der Wohnungen in Deutschland mit Heizöl und 48% mit Erdgas versorgt, rund 13% entfielen auf Fernwärme und rund 5% auf Strom. Den Anstieg bei den Hauptprodukten Erdgas, Heizöl und Fernwärme soll folgende Grafik nach den Daten des Statistischen Bundesamtes zeigen:



Diese Grafik verdeutlicht, dass der Preisanstieg bereits 2021 begann. Der Ukraine-Krieg ist mithin nicht sein Auslöser, hat den Anstieg aber beschleunigt.

II. Öffentliche Energiekostenzuschüsse

Das am 1. Juni 2022 in Kraft getretene Heizkostenzuschussgesetz (HeizkZuschG)¹ gewährt Beziehern von Wohngeld oder bestimmten Ausbildungsunterstützungen eine Einmalzahlung. Diese soll die mit dem starken Anstieg der Energiekosten (Heizöl, Gas und Fernwärme) verbundenen finanziellen Lasten abfedern.² Der Zuschuss variiert, insbesondere nach der Zahl der Haushaltsmitglieder. Für alleinlebende Wohngeldbezieher beträgt er 270 Euro (§ 2 Abs. 1 HeizkZuschG)

Das Steuerentlastungsgesetz 2022³ hat eine einmalige steuerpflichtige

¹ BGBl 2022 I, 698.

² BT-Drs. 20/689, 1.

³ BGBl 2022 I, 749.

Energiepreispauschale von 300 Euro eingeführt (§§ 112 ff. EStG). Anspruchsberechtigt sind die in § 113 EStG genannten unbeschränkt steuerpflichtigen Personen.

III. Kostentragungspflicht des Mieters

Die HeizkV regelt die Pflicht des Mieters, die zunächst beim Vermieter anfallenden Kosten für Heizung und Warmwasser zu übernehmen. Diese Pflicht ist vereinbarungsfest: § 2 HeizKV verbietet eine abweichende Vertragsregel. Die Kostenübernahmepflicht des Mieters ist mithin gesetzlich vorgeschrieben.⁴

Zur Tragung der Heizkosten ist aber auch ein Mieter verpflichtet, der sich selbst mit Brennstoffen versorgt, etwa weil seine Wohnung über eine Gasetagenheizung verfügt. Denn hier fehlt es schlicht an einer gesetzlichen Regelung, die dem Mieter einen Erstattungsanspruch gegen seinen Vermieter gewährt.

B. Reduzierung der Kaltmiete?

Angesichts des Anstiegs der Energiepreise stellt sich aus Mietersicht die Frage, ob ihm rechtliche Instrumente zwecks Reduzierung der Miete zur Verfügung stehen.

I. Gegenstand der Reduzierung: Die „Kaltmiete“

Einem Reduzierungsrecht steht nicht bereits § 2 HeizkV als gesetzliches Verbot entgegen. Denn diese Vorschrift verbietet nur eine Abweichung von der Heizkostenübernahmepflicht. Sie lässt aber Raum für das Ergebnis, dass aufgrund der Preissteigerung der übrige Teil der Miete zu reduzieren ist.

II. Keine Minderung

Es ist offensichtlich, dass die gestiegenen Energiekosten den vom Vermieter versprochenen Gebrauch der Mieträume nicht beeinträchtigt. Denn der Vermieter verspricht nicht die Versorgung zu einem bestimmten Energiepreis. Daher scheidet eine Minderung nach § 536 BGB aus.

III. Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)?

Weniger eindeutig ist das Ergebnis der Prüfung von § 313 BGB. Dies zeigt etwa die Diskussion um die Anpassung von Bauverträgen nach dieser Vorschrift wegen des jüngsten

⁴ Zu den Hintergründen Lammel, HeizkV, 4. Aufl. 2015, Vor § 1 Rn. 1 ff.

Anstiegs von Einkaufspreisen für Baustoffe.⁵ Um die Antwort vorwegzunehmen: Die Frage ist jedenfalls aufgrund der soeben (A III) beschriebenen gesetzlichen Risikoverteilung zu verneinen.

1. Energiepreise als Geschäftsgrundlage?

Erste Voraussetzung eines Anspruchs auf Reduzierung der Kaltmiete wäre, dass die Höhe der Energiepreise ein Umstand ist, der zur Grundlage des Mietvertrags geworden ist, § 313 Abs. 1 BGB.

a) Dogmatik

Der Geschäftsgrundlagenbegriff ist bekanntlich facettenreich. Nach der Rechtsprechung handelt es sich um die bei Vertragsabschluss bestehenden gemeinsamen Vorstellungen der Parteien oder die dem Geschäftspartner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände, sofern der Geschäftswille der Parteien auf dieser Vorstellung aufbaut.⁶ Diese Formel wird in der Literatur als „subjektive“ Geschäftsgrundlage bezeichnet, die nach h. L. um die „objektive“ Geschäftsgrundlage zu ergänzen ist. Das sind die Umstände, welche objektiv erforderlich sind, damit der Vertrag als eine sinnvolle Regelung bestehen kann.⁷ In der Literatur wird darauf verwiesen, dass sich diese „objektiven“ Umstände in die Formel der Rechtsprechung integrieren ließen.⁸ Verbreitet wird weiter differenziert: Die „große“ Geschäftsgrundlage ist die Erwartung, dass sich die grundlegenden politischen, wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen eines Vertrags nicht ändern werden⁹, die „kleine“ Geschäftsgrundlage erfasst alle anderen für die Vertragsparteien fundamentalen Umstände.¹⁰

b) Anwendung

Die Energiepreise sind offensichtlich Schwankungen unterworfen. Die Behauptung, dass sich die Parteien gemeinsame Vorstellungen über die Bandbreite der Schwankungen gemacht und auf Basis dieser Vorstellung die Kaltmiete kalkuliert hätten, steht daher auf tönernen, weil

⁵ Etwa Lührmann/Egle/Thomas, NZBau 2022, 251.

⁶ BGH NJW 2022, 1370 Rn. 44, COVID-19 m. Nachw.

⁷ Hau/Poseck/Lorenz, 5. Aufl. 2022, § 313 Rn. 4. Gegen diese Unterscheidung etwa MünchKommBGB/Martens, 9. Aufl. 2022, § 313 Rn. 12 ff.

⁸ Hau/Poseck/Lorenz § 313 Rn. 6.

⁹ BGH NJW 2022, 1370 Rn. 44, COVID-19, m. Nachw.

¹⁰ Siehe etwa BeckOGK/Martens, § 313 Rn. 58 mit dem Hinweis, dass diese Differenzierung für die Anwendung von § 313 BGB bedeutungslos ist.

spekulativen, Füßen. Allerdings ist nach der Rechtsprechung bei gegenseitigen Verträgen in der Regel die Vorstellung von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung Geschäftsgrundlage.¹¹

2. Schwerwiegende Änderung

Wenn man eine Geschäftsgrundlage unterstellt, so müsste diese eine schwerwiegende Änderung erfahren haben, § 313 Abs. 1 BGB. Dafür muss gefragt werden, ob die Überschreitung der von den Parteien einkalkulierten Preisschwankungen bei wertender Betrachtung so erheblich ist, dass ein Eingriff in den Vertrag erforderlich ist.¹² Der BGH hat etwa bei einem Erbbaurecht eine Anpassung des Erbbauzinses verweigert, solange der Kaufkraftschwund nicht mehr als 60% betrug.¹³

3. Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrags

Umschiff man diese Klippen, scheidet der Anpassungsanspruch aber jedenfalls daran, dass das Festhalten am Vertrag dem Mieter nach der Risikoverteilung nicht unzumutbar ist, wie es § 313 Abs. 1 BGB indes verlangt. Denn mit der HeizkV besteht eine klare gesetzliche Risikoverteilung: steigende Energiekosten muss der Mieter übernehmen. Die Situation ist angesichts dieser gesetzlichen Regelung keine andere, als wenn der Mieter dieses Risiko vertraglich¹⁴ übernommen hätte. Die Energiekostenzuschüsse der öffentlichen Hand verdeutlichen diese Risikoverteilung. Denn insbesondere die Zahlung nach dem HeizkZuschG ist nicht davon abhängig, dass der Mieter seine Heizung selbst betreibt.

C. Anpassung von Betriebskostenvorauszahlungen

Ebenfalls um eine Vertragsänderung geht es bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen angesichts der gestiegenen Brennstoffpreise die Betriebskostenvorauszahlungen anzupassen sind.

I. Vorauszahlungssplitting vs. Gesamtvorauszahlung

Typischerweise ist der Mieter nicht nur zur Erstattung der Heizkosten, sondern auch anderer Betriebskosten des Vermieters verpflichtet. Es ist dann eine Frage der Vertragsgestaltung, ob für die einzelnen Betriebskostenarten gesonderte Vorauszahlungen vereinbart wurden

¹¹ BGH JZ 1978, 235; NJW 2014, 3439 Rn. 18 m. Nachw.

¹² BeckOGK/Martens, § 313 Rn. 108.

¹³ BGH NJW 1986, 2698.

¹⁴ Dazu BGH NJW 1977, 2262, Wärmelieferung zu fixiertem Preis; BGH NJW-RR 2005, 236, Staffelmiete im sinkenden Mietmarkt; BGH JZ 1978, 235, Ölkrise.

(„Splitting“) oder eine alle Betriebskosten erfassende Gesamtvorauszahlung. Es entspricht allgemeiner Meinung, dass beide Vertragsgestaltungen – auch in Vermieter-AGB – zulässig sind, es mithin kein gesetzliches Splittinggebot gibt.¹⁵ Bei einer Gesamtvorauszahlung ist diese, bei einer gesondert ausgewiesenen Vorauszahlung für Heizkosten jene Gegenstand der Anpassung.

In dem Sonderfall, in dem die Parteien einen Heizkostenvorschuss nicht vereinbart, sondern sich entgegen § 2 HeizKV auf eine Warmmiete oder eine Betriebskostenpauschale geeinigt haben, bedarf es der Extraktion des (fiktiven) Heizkostenvorschusses aus der Warmmiete. Das Gesetz macht dafür keine konkreten Vorgaben. In Rechtsprechung und Literatur werden hierfür verschiedene Methoden vertreten.¹⁶

II. Einvernehmliche Anpassung

Die Parteien können, wie sich in der Wohnraummiete aus § 557 Abs. 1 BGB ergibt, die Heizkostenvorauszahlungen jederzeit einvernehmlich anpassen.¹⁷ Ob ein solcher Änderungsvertrag geschlossen wurde, ist anhand allgemeiner vertragsrechtlicher Grundsätze zu beantworten.

III. Wohnraummiete: Anpassung nach § 560 Abs. 4 BGB

Die Antwort auf die Frage, ob der Wohnraumvermieter nach § 560 Abs. 4 BGB Heizkostenvorauszahlungen aufgrund der Energiekrise anpassen kann, muss sich an der Dogmatik des § 560 Abs. 4 BGB orientieren, die daher vorab darzustellen ist.¹⁸

1. Doppeltes Gestaltungsrecht

§ 560 Abs. 4 BGB gibt beiden Parteien das Recht, den Mietvertrag zu ändern. Es handelt sich mithin um ein „doppeltes“ Gestaltungsrecht. Sein Zweck ist der Schutz beider Parteien vor unangemessenen finanziellen Belastungen.¹⁹ Im hiesigen Kontext geht es um die Interessen des Vermieters, dem die Last der Vorfinanzierung sowie das Insolvenzrisiko des Mieters abgenommen werden soll.

¹⁵ Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, Mietrecht, 15. Aufl. 2022, § 556 Rn. 107.

¹⁶ Näher Lammel, HeizKV § 2 Rn. 19 ff.

¹⁷ Das wird m. E. auch für die Wohnraummiete von niemandem bestritten. Die von Elzer ZMR 2022, 677 Fn. 7 zitierten, angeblich abweichenden Stimmen befassen sich mit der Vereinbarung eines die Grenzen des § 560 Abs. 4 BGB erweiternden Anpassungsrechts des Vermieters.

¹⁸ Zum Folgenden: Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter § 560 Rn. 51 ff.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2011, 2350 Rn. 16.

2. Gestaltungsgrund

Den Gestaltungsgrund knüpft § 560 Abs. 4 BGB jedenfalls an eine Abrechnung. Es kommt in Betracht, aus dem Merkmal „angemessene Höhe“ eine zweite Voraussetzung abzuleiten, nämlich dass die bisherigen Vorauszahlungen der Höhe nach unzutreffend sind.²⁰ Bei genauer Betrachtung führt dies aber zu einer Vermischung von Voraussetzung und Rechtsfolge der Norm. Deshalb ist es überzeugender, diesen Punkt allein bei der Wirksamkeit der Anpassungserklärung (C III 3) zu prüfen.

§ 560 Abs. 4 BGB definiert nicht, was eine „Abrechnung“ ist. Aufschluss gibt der Zweck dieses Merkmals: Es geht darum, in einem parteiinternen Verfahren der Gegenseite die Berechtigung der Vorauszahlungsanpassung nachvollziehbar zu erläutern. Diesem Zweck genügt nur eine Abrechnung, die die zu § 556 Abs. 3 BGB entwickelten formellen Kriterien erfüllt.²¹ Es ist nicht erforderlich, dass die Abrechnung binnen der Frist des § 556 Abs. 3 S. 2 BGB erteilt wird.²² Eine Abrechnung gem. § 560 Abs. 4 BGB ist auch ein veraltetes Rechenwerk für einen Abrechnungszeitraum, der zwischenzeitlich von einem späteren Abrechnungszeitraum überholt wurde, für den aber noch keine Abrechnung vorliegt.²³

Fraglich ist, ob der Vermieter „unterjährig“ in dem Sinne über einen 12-Monats-Zeitraum abrechnen kann, dass die Abrechnung nicht der Begründung von Nach- oder Rückzahlungen dient, sondern allein dazu, eine Anpassung der Vorauszahlungen zu ermöglichen. Relevant ist dies, wenn man – wie hier (C III 5) – für einen Verbrauch des Gestaltungsrechts eintritt. Es käme dann zu einer gespaltenen Interpretation des Abrechnungsbegriffs, weil § 560 Abs. 4 BGB dann auch Rechenwerke erfasst, die nicht unter § 556 Abs. 3 S. 1 BGB fallen. Stellt man in den Mittelpunkt, dass § 560 Abs. 4 BGB dazu dient, die Vorauszahlungen à jour zu halten, so ist diese Interpretation des Merkmals der Abrechnung in der Vorschrift überzeugend. Zwar wird der Mieter auf diese Weise der Belästigung mehrfacher jährlicher Anpassungen ausgesetzt. Eine unangemessene Belastung ist hier indes schon angesichts der prohibitiven Kraft des Faktischen nicht zu befürchten – der mit einer solchen Zwischenabrechnung verbundene Aufwand wird multiple Anpassungen typischerweise verhindern.

²⁰ So noch Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter § 560 Rn. 63.

²¹ BGH NJW 2012, 2186.

²² BGH NJW 2011, 145 Rn. 25.

²³ BGH NJW 2011, 2350 Rn. 15.

3. Gestaltungserklärung

Ausgeübt wird das Gestaltungsrecht durch Willenserklärung. Ihre Wirksamkeit setzt voraus, dass der Anpassungsbetrag der Höhe nach angemessen ist. Mit diesem Merkmal engt § 560 Abs. 4 BGB den allgemeinen Maßstab des billigen Ermessens aus § 315 Abs. 1 BGB ein. Ob die Anpassung angemessen ist, setzt eine Prognoseentscheidung voraus. Die Abrechnung hat hier eine Indizwirkung: Decken nach den inhaltlich zutreffenden Zahlen in der Abrechnung die Vorauszahlungen nicht die Betriebskosten passgenau ab, so ist dies ein Indiz dafür, dass die Summe der Vorauszahlung auch den in Zukunft zu erwartenden Betriebskosten nicht entsprechen wird.²⁴ Diese Indizwirkung ist aber entkräftet, wenn die Prognose der zukünftigen Entwicklung der Betriebskosten auf andere, zumindest ebenso aussagekräftige Prognosefakten gestützt wird. Denn, so der BGH zutreffend: Die letzte Betriebskostenabrechnung ist nur Ausgangspunkt für eine Anpassung, hindert aber nicht die Berücksichtigung anderer – bereits eingetretener oder noch eintretender – Umstände, von denen die im laufenden Jahr entstehenden Kosten voraussichtlich beeinflusst werden.²⁵ Nach Ansicht des BGH ist die Erhebung eines abstrakten Sicherheitszuschlag, um allgemeine Kostensteigerungen abzufangen, vom Gestaltungsspielraum des § 560 Abs. 4 BGB aber nicht gedeckt.²⁶

4. Keine Ausübungs- oder Wartefrist

Dem Wortlaut des § 560 Abs. 4 BGB ist keine Ausübungsfrist zu entnehmen. Für eine diesbezügliche Rechtsfortbildung bestehen keine überzeugenden Gründe. Denn es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, nach dem Gestaltungsrechte einer Ausübungsfrist unterliegen. Die Einführung einer solchen Frist ist auch nicht zum Schutze der Gegenpartei erforderlich. Denn § 560 Abs. 4 BGB erlaubt die Anpassung der Vorauszahlungen nur ex nunc.²⁷ Der Vermieter kann die Vorauszahlungen aber zum nächsten Fälligkeitstermin anpassen. Eine Wartefrist besteht nämlich nicht.

5. Verbrauch des Anpassungsrechts

Auch bei § 560 Abs. 4 BGB stellt sich die allgemeine Frage, ob Gestaltungsrechte durch Ausübung verbraucht werden. Diese allgemeine Frage wird richtigerweise prinzipiell bejaht²⁸

²⁴ Vgl. BGH NJW 2011, 3642 Rn. 12.

²⁵ BGH NJW 2011, 3642 Rn. 15.

²⁶ Vgl. BGH NJW 2011, 3642.

²⁷ BGH NJW 2011, 2350 Rn. 18.

²⁸ Etwa BAG NJW 1994, 473; Staudinger/Rieble (2020), § 315 Rn. 349.

und dieses Prinzip überzeugt auch bei § 560 Abs. 4 BGB. Hat der Vermieter daher nach einer Betriebskostenabrechnung die Heizkostenvorauszahlungen – oder bei Gesamtvorauszahlungen diesen Betrag – angepasst, kommt eine neuerliche Anpassung nicht mehr in Betracht.²⁹ Es bedarf hierfür vielmehr eines neuen Gestaltungsgrunds in Form einer neuen Abrechnung (dazu C III 2).

6. Verhältnis zu § 313 BGB

Sind die Voraussetzungen des § 560 Abs. 4 BGB nicht erfüllt, ist eine Vorauszahlungsanpassung nach § 313 BGB gesperrt.³⁰ Denn § 560 Abs. 4 BGB ermöglicht nach der zutreffenden Rechtsprechung des BGH³¹ auch die Vorauszahlungsanpassung wegen zwischenzeitlich gestiegener, in der letzten Abrechnung aber noch nicht eingeflossener Preissteigerungen. Angesichts dessen regelt die Norm die Problematik „Vorschusserhöhung wegen Kostensteigerung“ abschließend und der Subsidiaritätsgrundsatz³² steht einer Anwendung von § 313 BGB entgegen.

7. Lösung der Ausgangsfrage

In Anwendung dieser Grundsätze ergeben sich zur Ausgangsproblematik folgende Ergebnisse:

1. Hat der Vermieter eine formell ordnungsgemäße Heizkostenabrechnung erteilt, so hat er das Recht, die Heizkostenvorauszahlungen mit Wirkung für die Zukunft anzupassen.
2. Dieses Recht besteht auch „unterjährig“ in dem Sinne, dass es jederzeit – also nicht zwingend im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Abrechnung – ausgeübt werden kann.
3. Hat der Vermieter von seinem Recht einmal Gebrauch gemacht, können die Heizkostenvorauszahlungen erst nach erneuter Abrechnung ein weiteres Mal angepasst werden.
4. Bei der Höhe der Anpassung hat der Vermieter ein enges Gestaltungsermessen. Die Summe der jährlichen Vorauszahlungen muss im Wesentlichen dem Betrag entsprechen, der sich unter Berücksichtigung der Preise, die der Vermieter für die in Zukunft abzurechnenden Brennstoffe aufzubringen hat, als Heizkosten voraussichtlich ergeben wird.

²⁹ Derckx NZM 2004, 321, 326; Schmid MDR 2011, 1449; Zehelein NZM 2022, 593, 597.

³⁰ A. A. Zehelein NZM 2022, 593, 597 und wohl auch Elzer ZMR 2022, 677.

³¹ BGH NJW 2011, 3642 Rn. 15.

³² Erman/Böttcher, BGB 16. Aufl. 2020, § 313 Rn. 32; MünchKommBGB/Finkenauer § 313 Rn. 52.

IV. Geschäftsraummiete

§ 560 Abs. 4 BGB gilt in der Geschäftsraummiete nicht. Die Anpassungsmöglichkeit bedarf daher einer vertraglichen Grundlage. Fehlt eine solche, scheidet eine Anpassung der Vorauszahlung regelmäßig aus. Denn die für § 313 BGB erforderliche Unzumutbarkeit kann angesichts des Ausnahmecharakters der Norm eine Erhöhung nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen rechtfertigen.

D. Vermieterrechte bei Nichtzahlung von auf den Preissteigerungen beruhenden

Heizkosten

Abschließend zu den Vermieterrechten, die sich ergeben, wenn der Mieter Forderungen nicht begleicht, die ihre Ursache in den gestiegenen Energiekosten haben. Hier sind zwei Konstellationen zu unterscheiden: Die Nichtzahlung eines Heizkostenvorschusserhöhungsbetrags und die Nichtzahlung einer Heizkostennachforderung. In beiden Fällen lautet die maßgebliche Frage, ob und inwieweit die Energiekostenkrise die Pflichtverletzung des Mieters relativiert.

I. Kündigung

Es ist im Ausgangspunkt unstrittig, dass beide Pflichtverletzungen des Mieters einen Kündigungsgrund ergeben können. Hinsichtlich der erhöhten Vorauszahlungen ist die Rechtsprechung des BGH von Bedeutung, nach der § 569 Abs. 3 Nr. 3 BGB die Kündigung solange nicht sperrt, wie kein Rechtsstreit über die Zahlungspflicht anhängig ist.³³

1. Überblick über die Kündigungsgründe

Bekanntlich kann in der Wohnraummiete ein Zahlungsrückstand sowohl eine außerordentliche als auch eine ordentliche Kündigung rechtfertigen. Denn § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB sperrt die ordentliche Zahlungsverzugskündigung nach allgemeiner Meinung nicht.³⁴ In der Geschäftsraummiete geht es hingegen nur um die außerordentliche Kündigung.

a) Außerordentliche Zahlungsverzugskündigung

³³ BGH NJW 2012, 3089; ausführlich Hinz ZMR 2012, 842.

³⁴ Etwa Blank, DMT-Bilanz (2011), 254; Hinz, DMT-Bilanz (2011), 758, 761.

Bei den absoluten („benannten“) Zahlungsverzugsgründe in § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB sind nach h. M. nur rückständige Vorauszahlungen³⁵, nicht aber Heizkostennachzahlungen³⁶ zu berücksichtigen.

Im hiesigen Kontext kann eine fristlose Kündigung nach der Generalklausel des § 543 Abs. 1 BGB gemäß h. M.³⁷ nur auf Heizkostennachzahlungen, nicht aber auf rückständige Vorauszahlungen gestützt werden. Denn anderenfalls droht die Umgehung der besonderen Regelungen über die absoluten Kündigungstatbestände (§§ 543 Abs. 2 S. 2 und S. 3; 569 Abs. 3 Nr. 2 und Nr. 3 BGB).

b) Ordentliche Zahlungsverzugskündigung

In der Wohnraummiete ist es denkbar, eine Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB wegen nicht unerheblicher schuldhafter Pflichtverletzung sowohl auf offene Heizkostenvorauszahlungen als auch auf Nachzahlungsforderungen zu stützen. Auch eine Kündigung nach der Generalklausel ist denkbar (§ 573 Abs. 1 BGB).

2. Berücksichtigung der Belastung durch die Energiekostenkrise

Lässt man diese Kündigungsmöglichkeiten Revue passieren, kommen als Anknüpfungspunkte für die Berücksichtigung der Energiekostenkrise die Merkmale des Verschuldens, des Vertretenmüssens oder eine von der Kündigungsregel eröffnete Wertungsmöglichkeit in Betracht. Im Überblick:

1. Die Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB wegen Nichtzahlung erhöhter Vorauszahlungen erlaubt keine wertende Entscheidung, aber Verzug. Dies setzt nach § 286 Abs. 4 BGB Vertretenmüssen des Mieters voraus.
2. Die Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB wegen Nichtzahlung einer Heizkostennachzahlung verlangt Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung und damit eine wertende Entscheidung.
3. Die Kündigung nach § 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verlangt eine schuldhafte und zudem nicht unerhebliche Pflichtverletzung des Mieters; die Einordnung als nicht unerheblich bedarf einer Wertung.

³⁵ OLG Naumburg WuM 1999, 160; Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 164.

³⁶ BGH NJW 2008, 3210 Rn. 31; OLG Koblenz NJW 1984, 2369. BGH NJW 2016, 762 lässt die Frage offen.

³⁷ Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 11 m. Nachw.

a) Verschulden (§ 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB)

Nach der Rechtsprechung des BGH kann den Mieter im Rahmen des § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB eine unverschuldete Zahlungsunfähigkeit entlasten.³⁸ Dafür ist im hiesigen Kontext erforderlich, dass der Mieter alles ihm zumutbare getan hat, um die krisenbedingte Heizkostenforderung zu begleichen.³⁹ Dazu gehört es etwa, einen staatlichen Heizkostenzuschuss zurückzulegen.

b) Vertretenmüssen (§ 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB)

Der BGH ist der Ansicht, dass der Mieter bei einer fristlosen Kündigung wegen Verzugs mit der Mietzahlung für seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einzustehen hat und sich deswegen nicht mit Erfolg auf § 286 Abs. 4 BGB (kein Verzug ohne Vertretenmüssen) berufen kann.⁴⁰ Das deckt sich mit der h. M., die aus dem Prinzip „Geld hat man zu haben“ ableitet, dass ein Schuldner Geldmangel auch ohne Verschulden zu vertreten hat.⁴¹ Legt man diese Meinung zugrunde, kann der Umstand, dass ein Zahlungsverzug auf dem krisenbedingten Anstieg der Brennstoffkosten beruht, bei der Kündigung nach § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB nicht berücksichtigt werden.

Die praktischen Folgerungen sind aber begrenzt: Denn die Kündigung nach dieser Vorschrift betrifft nur offene Heizkostenvorauszahlungen. Diese können für sich genommen eine Kündigung nur rechtfertigen, wenn sie in der Summe die Miete für zwei Monate erreichen, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 b) BGB. Der Wohnraummieter wird zudem über § 569 Abs. 3 Nr. 2 BGB geschützt.

c) Wertungsmöglichkeiten (§§ 543 Abs. 1, 573 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB)

Bei der auf § 543 Abs. 1 BGB gestützten Zahlungsverzugskündigung bedarf es einer Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, ob die Vertragsfortsetzung dem Vermieter objektiv unzumutbar ist.⁴² Wird die Zahlungsverzugskündigung auf § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützt, folgt die Wertungsmöglichkeit aus dem Merkmal „nicht unerheblich“.⁴³ Gleiches gilt, wenn

³⁸ BGH ZMR 2016, 523 Rn. 17.

³⁹ Vgl. MünchKommBGB/Häublein § 573 Rn. 76.

⁴⁰ BGH ZMR 2016, 523 Rn. 17.

⁴¹ Siehe etwa Lorenz, WuM 2013, 202 (Vortrag DMT 2013).

⁴² Allg. etwa BGH WuM 2017, 23.

⁴³ BVerfG ZMR 2004, 566; BGH NJW 2010, 3020 Rn. 20 und 25.

der Vermieter sich – denkbar ist dies nur bei einem unverschuldeten Zahlungsverzug⁴⁴ – auf § 573 Abs. 1 BGB beruft.

Wie ist dieser Bewertungsspielraum im hiesigen Kontext auszufüllen? Zum einen ist die Rückstandshöhe von Bedeutung. Entgegen der herrschenden Meinung⁴⁵ gibt § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB hier keine konkreten Anhaltspunkte. Denn die hinter dieser Regelung stehende Wertung ist auf Forderungen aus Betriebskostenabrechnungen, deren Höhe und Fälligkeit für den Mieter unvorhersehbar sind, nicht zu übertragen.⁴⁶ Neben der Forderungshöhe sind die Hintergründe der Pflichtverletzung zu berücksichtigen.⁴⁷ Hier ist die „Energiekrise“ von Bedeutung: Weist der Mieter im Prozess seine Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung nach und wäre die Kündigung beim „Herausrechnen“ des auf der Energiekrise beruhenden Heizkostenforderung unbegründet, wird dies den Mieter regelmäßig entlasten. Denn es bedarf eines ausgewogenen Gesamtsystems: Das Gesetz weist in der HeizkV dem Mieter das finanzielle Risiko steigender Brennstoffkosten zu. Es ginge zu weit, wenn mit dieser finanziellen Risikozuweisung auch das Risiko des Vertragsverlusts fest verkoppelt wäre. Dazu käme es aber, wenn man die Unfähigkeit des Mieters, einen energiekrisenbedingten Heizkostenanteil zu zahlen, nicht im Regelfall als Kündigungssperre einordnet.

3. Gesetzliches Kündigungsmoratorium?

Aus rechtspolitischer Sicht wird man folgendes Fazit ziehen können: In welchem Umfang die Gerichte den Mieter vor energiekrisenbedingten Kündigungen schützen werden, ist offen. Möchte man einen umfassenden Schutz gewähren, bedarf es mithin einer gesetzlichen Kündigungssperre. Ein solches Kündigungsmoratorium wird von Teilen der Politik bekanntlich bereits gefordert. Die Nachteile einer Kündigungssperre liegen indes auf der Hand: Zum einen wird die Definition des Sperrgrundes Auslegungsfragen offen lassen, weil man – ähnlich wie bei Art. 240 § 2 EGBGB – an die Ursache der Forderung anknüpfen muss, was Bestimmtheitsprobleme provoziert.⁴⁸ Zum anderen würden von einer allgemeinen Kündigungssperre auch Mieter profitieren, denen die Forderungsbegleichung wirtschaftlich

⁴⁴ MünchKommBGB/Häublein § 573 Rn. 57. Die dann erforderliche besonders gravierende Pflichtverletzung wird man beim energiekrisenbedingten Heizkostenrückstand kaum annehmen können.

⁴⁵ Etwa BGHZ 195, 64 Rn. 20 (zu § 574 BGB); Hinz, NZM 2010, 57, 60; Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 45.

⁴⁶ Lehmann-Richter ZMR 2017, 372 (Vortrag DMT 2017).

⁴⁷ Vgl. Schmidt-Futterer/Streyll § 543 Rn. 9.

⁴⁸ Etwa: „Eine Forderung des Vermieters auf Vorauszahlungen für oder Erstattung von Kosten nach der Heizkostenverordnung ist kein Grund für die Kündigung eines Mietvertrags über Wohn- oder Geschäftsräume, soweit die Forderung auf dem Anstieg der Brennstoffkosten seit dem XXX beruht.“.

möglich ist. Möchte man dies vermeiden, bedarf es einer ergänzenden Regelung.⁴⁹ All dies spricht letztlich gegen ein Einschreiten des Gesetzgebers. Wertungsmäßig stehen nämlich die Umstände des Einzelfalls im Vordergrund und diese lassen sich mit den allgemeinen Kündigungsregelungen angemessen berücksichtigen.

II. Weitere Rechte

Der Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Verzugs mit der Zahlung eines energiekrisisbedingten Heizkostenanteils richtet sich nach §§ 280 Abs. 1, 286 BGB. Es ergeben sich keine Besonderheiten, weil das Vertretenmüssen – wie dargestellt (D I 2 b) – nicht wegen Zahlungsunfähigkeit entfällt. Gerät der Mieter in Zahlungsverzug, kommt auch ein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters, etwa mit der Wärmeversorgung, in Betracht. Sowohl § 320 BGB als auch § 273 BGB⁵⁰ stehen aber unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben.⁵¹ Jedenfalls daran wird eine Zurückbehaltung wegen eines nicht zur Kündigung berechtigenden, „energiekrisisbedingten“ Zahlungsrückstands scheitern.

E. Ergebnisse

1. Der energiekrisisbedingte Anstieg der Heizkosten führt nicht dazu, dass die Kaltmiete nach § 313 BGB zu reduzieren ist.
2. In der Wohnraummiete richtet sich die Anpassung von Heizkostenvorauszahlungen allein nach § 560 Abs. 4 BGB. Die Anpassung ist der Höhe nach nicht auf das Ergebnis der letzten Heizkostenabrechnung beschränkt, sondern kann auch den bereits eingetretenen oder absehbaren Anstieg der Brennstoffkosten berücksichtigen. Das Anpassungsrecht muss nicht zwingend im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Abrechnung, kann aber nur einmal ausgeübt werden.
3. In der Geschäftsraummiete richtet sich die Anpassung nach den vertraglichen Regelungen. Ein auf § 313 BGB gestütztes Anpassungsrecht mag in ganz extremen Fällen in Betracht kommen.

⁴⁹ Etwa: „Dies gilt nicht, wenn zwischen Nichterfüllung und dem Anstieg der Brennstoffkosten kein Zusammenhang besteht“.

⁵⁰ Zur Gegenseitigkeit bei Dauerschuldverhältnissen Staudinger/Schwarze (2020) § 320 Rn. 25.

⁵¹ Vgl. BGH NJW 2004, 3484, 3485.

4. Bei der Kündigung wegen Zahlungsrückstands kann eine „energiekrisenbedingte“ Zahlungsunfähigkeit des Mieters im Rahmen des regelmäßig erforderlichen Abwägungsprozesses angemessen berücksichtigt werden. Ein gesetzliches Kündigungsmoratorium ist angesichts dessen entbehrlich.