



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

VIII ZR 151/20

Verkündet am:
12. Januar 2022

in dem Rechtsstreit

Kläger und Revisionskläger,

- Prozessbevollmächtigte:

gegen

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigte
II. Instanz:

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Januar 2022 durch die Richterin Dr. Fetzer als Vorsitzende, den Richter Dr. Schmidt, die Richterinnen Wiegand und Dr. Matussek sowie den Richter Dr. Reichelt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Landgerichts Heidelberg - 5. Zivilkammer - vom 28. Mai 2020 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Amtsgerichts Heidelberg vom 3. September 2019 wird (insgesamt) zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger und seine Ehefrau waren vom 1. Mai 2016 bis zum 31. Mai 2017 Mieter einer in einem Mehrparteienhaus gelegenen Wohnung der Beklagten in Heidelberg. Entsprechend den mietvertraglichen Vereinbarungen leisteten sie Vorauszahlungen auf die Betriebskosten sowie eine Mietsicherheit in Form

einer Barkaution. Diese beläuft sich einschließlich angefallener Zinsen auf insgesamt 2.575 €. Die Ehefrau des Klägers trat mit Abtretungsvereinbarung vom 27. Mai 2019 ihren Anspruch auf Rückzahlung der Mietsicherheit an diesen ab.

2 In dem Wohngebäude werden Heizungswärme und Warmwasser zentral durch Bezug von Fernwärme mittels einer Anlage bereitgestellt, bei der die Versorgung mit Wärme mit der Warmwasserversorgungsanlage verbunden ist. Die auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallende Wärmemenge wird nicht mit einem Wärmemengenzähler gemessen.

3 Die Beklagte rechnete für die Jahre 2016 und 2017 fristgerecht über die Betriebskosten der Wohnung einschließlich der Heiz- und Warmwasserkosten ab. In den Betriebskostenabrechnungen wurden die Gesamtkosten der Heizungsanlage wegen der fehlenden Erfassung der auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallenden Wärmemenge unter Berufung auf die in § 9 Abs. 2 Satz 4 HeizkostenV genannte Formel ersatzweise rechnerisch auf die Kosten für Warmwasser und auf die Heizkosten verteilt. Die auf diese Weise ermittelten Kosten für Warmwasser und Heizung wurden dann zu 30 % über die Wohnfläche und zu 70 % anhand der Verbrauchswerte auf den Kläger und seine Ehefrau umgelegt, die mittels den für die Mietwohnung installierten Heizkostenverteiler und dem Warmwasserzähler ermittelt wurden.

4 Der Kläger und seine Ehefrau erhoben gegen die Abrechnungen verschiedene Einwendungen, weshalb die Beklagte sie mehrfach korrigierte, zuletzt jeweils mit Schreiben vom 19. Dezember 2018. Eine verbrauchsabhängige Aufteilung des Wärmeverbrauchs der verbundenen zentralen Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlage erfolgte allerdings weiterhin nicht.

5 Die zuletzt erteilten Abrechnungen weisen Nachzahlungsbeträge zu Lasten des Klägers und seiner Ehefrau in Höhe von 607,91 € für das Jahr 2016 und 980,65 € für das Jahr 2017 aus.

6 Der Kläger hat hiervon Beträge in Höhe von 298,14 € für das Jahr 2016 und von 439,46 € für das Jahr 2017 akzeptiert und die Beklagte auf Rückzahlung der danach verbleibenden Mietsicherheit von noch 1.837,40 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Hierbei hat er die angesetzten Heiz- und Warmwasserkosten um 15 % gekürzt. Gegen die Klageforderung hat die Beklagte hilfsweise die Aufrechnung mit den ihr aus ihrer Sicht zustehenden Ansprüchen auf Betriebskostennachzahlung - wie sie sich aus den vorstehend genannten Abrechnungen ergeben - erklärt.

7 Die Klage hat vor dem Amtsgericht in Höhe von 1.651,46 € nebst Zinsen Erfolg gehabt. Das Amtsgericht hat unter anderem angenommen, dass dem Kläger ein Kürzungsrecht nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV in Höhe von 15 % im Hinblick auf die Kosten für Wärme und Warmwasser zustehe.

8 Auf die Berufung der Beklagten, mit der sie sich lediglich noch gegen die Aberkennung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen in Höhe von 665,02 € und in diesem Zusammenhang insbesondere gegen die Anwendung des Kürzungsrechts nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV gewandt hat, hat das Landgericht das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und die Klage mit der Begründung, ein solches Kürzungsrecht bestehe nicht, in Höhe weiterer 175,78 € nebst Zinsen abgewiesen.

9 Mit der vom Berufungsgericht zugunsten des Klägers zugelassenen Revision erstrebt dieser die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

10 Die Revision hat Erfolg. Über das Rechtsmittel ist antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da die Beklagte in der mündlichen Verhandlung trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht anwaltlich vertreten war. Inhaltlich beruht das Urteil indessen nicht auf der Säumnis, sondern einer Sachprüfung (BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 ff.).

I.

11 Das Berufungsgericht (LG Heidelberg, WuM 2020, 420) hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

12 Das Amtsgericht habe ein Kürzungsrecht des Klägers aus der Vorschrift des § 12 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über die verbrauchsabhängige Abrechnung der Heiz- und Warmwasserkosten vom 5. Oktober 2009 (BGBl. I S. 3250; im Folgenden: HeizkostenV) zu Unrecht bejaht. Dies führe zur Abänderung des amtsgerichtlichen Urteils und zur Klageabweisung in Höhe eines weiteren Betrags von 175,78 € einschließlich anteiliger Zinsen. Der Anspruch auf Rückzahlung der Mietsicherheit sei auch in diesem Umfang durch Aufrechnung erloschen (§ 389 BGB).

13 Nach § 9 Abs. 1 HeizkostenV seien bei verbundenen Anlagen die einheitlich entstandenen Kosten des Betriebs aufzuteilen. Bei eigenständiger gewerblicher Wärmelieferung habe die Teilung nach den Anteilen am Wärmeverbrauch zu erfolgen. Die Beklagte habe aber entgegen § 9 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV die auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallende Wärmemenge nicht mit einem Wärmemengenzähler gemessen, weil ein solches Gerät nicht vorhanden sei, sondern sie habe eine Trennung durch Berechnung nach § 9 Abs. 2

Satz 4 HeizkostenV vorgenommen, ohne dass hierfür die Voraussetzungen gegeben gewesen seien. Dieser Verstoß führe allerdings nicht dazu, dass der Kläger gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV das Recht habe, den auf ihn entfallenden Anteil an den Kosten um 15 % zu reduzieren.

14 Ob das Kürzungsrecht nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV in einer Konstellation wie der vorliegenden bestehe, werde uneinheitlich beurteilt. Die Kammer schließe sich der Auffassung an, nach der ein solches Kürzungsrecht nicht gegeben sei, wenn eine Aufteilung der einheitlich entstandenen Kosten einer verbundenen Anlage unter Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV nur rechnerisch erfolge und dabei - wie im Streitfall - zu Unrecht die Formel nach § 9 Abs. 2 Satz 4 HeizkostenV angewandt werde.

15 Diese Auffassung sei mit dem Wortlaut der Vorschrift zu vereinbaren, nach dem das Kürzungsrecht nur entstehe, wenn entgegen den Vorschriften der Verordnung "nicht verbrauchsabhängig" abgerechnet werde. Vom Verbrauch abhängig - nämlich von der Erfassung der Heizkostenverteiler - sei die Abrechnung aber selbst dann, wenn nicht einmal das verbrauchte Warmwasservolumen ermittelt, sondern stattdessen die versorgte Wohnfläche als verbrauchsunabhängiger Faktor zu Grunde gelegt werde.

16 Ob nach dem Willen des Ordnungsgebers gleichwohl ein Kürzungsrecht habe entstehen sollen, lasse sich nicht klären. In der Erstfassung habe die Vorschrift des § 12 HeizkostenV darauf abgezielt, einen Zwang zur Anbringung von Ausstattungen zur Verbrauchserfassung für Räume zu begründen. Für die Berechnung des Warmwasseranteils nach § 9 HeizkostenV folge daraus aber bereits deshalb nichts, weil zwar schon nach der bis zum 1. Januar 2009 geltenden Fassung der Norm die auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallende Wärmemenge mit einem Wärmezähler zu messen gewesen sei, diese

Wärmemenge aber auch nach einer Formel oder nach den anerkannten Regeln der Technik habe errechnet werden dürfen (§ 9 Abs. 3 Satz 1 bis 4 HeizkostenV aF). Dass der Verordnungsgeber sich anlässlich der Änderung der Heizkostenverordnung mit der Rechtsfolge des Kürzungsrechts befasst habe, sei nicht ersichtlich. Vielmehr habe er angenommen, dass die Neufassung des § 9 Abs. 2 HeizkostenV "weitgehend geltendes Recht" übernehme. Welche Folgen es für das Kürzungsrecht habe, dass die Kostentrennung nunmehr nur noch ausnahmsweise nach den Ersatzverfahren zulässig sei, werde in der Verordnungsbegründung nicht thematisiert.

17 Maßgeblich abzustellen sei daher auf den Regelungszweck. Zweck der Heizkostenverordnung sei es, das Verbrauchsverhalten der Nutzer nachhaltig zu beeinflussen und damit Energieeinspareffekte zu erzielen. Dem jeweiligen Nutzer solle durch die verbrauchsabhängige Abrechnung der Zusammenhang zwischen dem individuellen Verbrauch und den daraus resultierenden Kosten bewusstgemacht werden. Vor diesem Hintergrund gestatte das Kürzungsrecht dem Mieter eine abstrakte Berechnung des Schadens, der aus der nicht ordnungsgemäßen Anwendung der Heizkostenverordnung resultiere, und zwar beruhend auf Erhebungen, nach denen bei einer verbrauchsabhängigen Abrechnung mit einer Energieersparnis in Höhe von 15 % zu rechnen sei.

18 Diese Wertung lasse sich auf die unzureichende Abgrenzung des auf Heizung und Warmwasserbereitung entfallenden Energieanteils nicht übertragen. Zwar seien möglicherweise auch von der korrekten Anwendung des § 9 HeizkostenV Energieeinsparungseffekte zu erhoffen. Deren Höhe sei indes letztlich offen und der nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV unterstellte Schaden in Höhe von 15 % mangels verbrauchsbezogener Abrechnung stehe mit einer unzutreffenden Anwendung des § 9 HeizkostenV nicht in Zusammenhang.

19 Angesichts dessen, dass dem Vermieter der Gegenbeweis eines geringeren Schadens versagt sei, sei es nicht Aufgabe der richterlichen Rechtsfortbildung, sondern des Verordnungsgebers, zu entscheiden, ob und in welcher Höhe ein pauschaler Schaden durch unzureichende Abgrenzung überhaupt entstehen könne und inwieweit dieser unwiderleglich zu vermuten sei.

20 Hiergegen könne nicht eingewandt werden, dass die Pflicht zum Einbau von Wärmemengenzählern ohne die Sanktionierung durch das Kürzungsrecht leerliefe, weil ein Schaden des Mieters regelmäßig nicht nachweisbar sei. Denn § 4 Abs. 4 HeizkostenV gebe dem Nutzer gegen den Gebäudeeigentümer und den in § 1 Abs. 2 HeizkostenV genannten Personenkreis ein subjektives Recht auf Einhaltung der Pflichten zur Verbrauchserfassung, welches mit der Leistungsklage geltend gemacht werden könne. Zudem könne eine unrichtige Anwendung der Formel nach § 9 Abs. 2 Satz 4 HeizkostenV gerügt werden und gegebenenfalls zu einer für den Mieter günstigeren Betriebskostenabrechnung führen. Daneben könnten auch öffentlich-rechtliche Sanktionen eintreten.

II.

21 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch des Klägers auf Rückzahlung der geleisteten Mietsicherheit in Höhe von weiteren 175,78 € gemäß § 551 Abs. 3 Satz 2, 3 BGB in Verbindung mit der zwischen dem Kläger, dessen Ehefrau und der Beklagten getroffenen Sicherungsabrede im Mietvertrag aus eigenem und abgetretenem Recht (§ 398 BGB) nicht verneint werden.

22 Anders als das Berufungsgericht meint, ist der Anspruch des Klägers auf Rückzahlung weiterer geleisteter Mietsicherheit in dieser Höhe nicht durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit einem Anspruch auf Nachzahlung durch Vorauszahlungen nicht gedeckter Betriebskosten aus § 556 Abs. 1, 3 BGB

in Verbindung mit dem Mietvertrag erloschen (§ 389 BGB). Dem Kläger steht ein Recht zur Kürzung der in den Nebenkostenabrechnungen für die Jahre 2016 und 2017 umgelegten Kosten für Wärme und Warmwasser aus § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV zu, so dass insoweit eine aufrechenbare Gegenforderung der Beklagten nicht besteht.

23 1. Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV hat der Nutzer das Recht, soweit die Kosten der Versorgung mit Wärme oder Warmwasser entgegen den Vorschriften der Verordnung nicht verbrauchsabhängig abgerechnet werden, den auf ihn entfallenden Anteil um 15 % zu kürzen. Eine Abrechnung ist - wie der Senat bereits in anderem Zusammenhang entschieden hat - dann nicht verbrauchsabhängig im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV, wenn sie - auch nur teilweise - nicht den einschlägigen Bestimmungen der HeizkostenV entspricht, was der Ordnungsgeber durch die Formulierung "entgegen den Vorschriften dieser Verordnung" zum Ausdruck gebracht hat (vgl. Senatsurteil vom 16. November 2005 - VIII ZR 373/04, NJW-RR 2006, 232 Rn. 21).

24 2. An diesem Maßstab gemessen hat die Beklagte über die Kosten für Wärme und Warmwasser in den Betriebskostenabrechnungen für die Jahre 2016 und 2017 nicht verbrauchsabhängig abgerechnet und hat der Kläger daher das von ihm ausgeübte Kürzungsrecht nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV.

25 a) Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV sind Heizkosten in Objekten mit zentralen Heizungsanlagen oder mit Wärmelieferung (§ 1 Abs. 1 HeizkostenV) im Interesse eines sparsamen Umgangs mit Energie grundsätzlich nach dem konkreten Verbrauch der einzelnen Nutzer zu verteilen. Die Einzelheiten der Verteilung sind in §§ 7 bis 9 HeizkostenV geregelt (vgl. auch Senatsurteile vom 16. November 2005 - VIII ZR 373/04, NJW-RR 2006, 232 Rn. 11; vom 27. Okto-

ber 2021 - VIII ZR 264/19, juris Rn. 16). Um eine verbrauchsabhängige Kostenverteilung sicherzustellen, schreibt § 4 Abs. 1 HeizkostenV vor, dass der anteilige Verbrauch an Wärme und Warmwasser zu erfassen ist.

26 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts verfügte das Wohngebäude, in dem sich die *vormals* von dem Kläger und seiner Ehefrau gemietete Wohnung befindet, im zu beurteilenden Zeitraum über eine zentrale verbundene Anlage zur Versorgung der Wohnungen mit Wärme und mit Warmwasser mittels gewerblicher Lieferung von Fernwärme. Für derartige Anlagen sieht - wie das Berufungsgericht noch zutreffend angenommen hat - § 9 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV vor, dass die einheitlich für Wärme und Warmwasser entstandenen Kosten des Betriebs aufzuteilen sind und zwar gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 HeizkostenV anhand der Anteile am Wärmeverbrauch. Zur Ermittlung der beiden Anteile am Wärmeverbrauch sieht § 9 Abs. 1 Satz 4 HeizkostenV vor, dass der Verbrauch der zentralen Warmwasserversorgungsanlage von dem gesamten Verbrauch der verbundenen Anlage abzuziehen ist. Zu diesem Zweck regelt § 9 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV, dass die auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallende Wärmemenge ab dem 31. Dezember 2013 mit einem Wärmemesszähler zu messen ist.

27 Über einen entsprechenden Wärmemesszähler verfügte die mit der Wärmeversorgung verbundene zentrale Warmwasserversorgungsanlage in dem Mehrparteienhaus in den Jahren 2016 und 2017 nicht, weshalb - was von den Parteien auch nicht in Frage gestellt wird - der Beklagten eine den Anforderungen des § 9 Abs. 1 HeizkostenV genügende verbrauchsabhängige Abrechnung der Kosten für Wärme und Warmwasser in den Jahren 2016 und 2017 nicht möglich war.

28 b) Die Beklagte durfte eine Trennung der Kosten für Wärme und Warmwasser auch nicht nach der in § 9 Abs. 2 Satz 4 HeizkostenV aufgeführten Rechenformel vornehmen, weil die Voraussetzungen für eine Trennung der Kosten nach dieser Vorschrift ebenfalls nicht gegeben waren. Die genannte Bestimmung erlaubt in Ausnahmefällen eine rechnerische Ermittlung der auf die zentrale Warmwasserversorgungsanlage entfallenden Wärmemenge in Abhängigkeit zu der durch die zentrale Anlage mit Warmwasser versorgten Fläche, wenn weder die Wärmemenge noch das Volumen des verbrauchten Wassers gemessen werden können. Der Beklagten war jedoch nach den im Revisionsverfahren nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ausweislich der von ihr erstellten Abrechnungen die Messung des Volumens des verbrauchten Wassers aufgrund der für die einzelnen Wohnungen installierten Warmwasserzähler möglich.

29 c) Die im Hinblick auf § 9 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, 4 HeizkostenV nicht ordnungsgemäße Abrechnung führt - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts (ebenso LG Berlin, Urteil vom 20. Juni 2018 - 65 S 29/18, juris Rn. 7 ff.; LG Berlin [67. Zivilkammer], WuM 2017, 463 f.; MünchKommBGB/Zehlein, 8. Aufl., § 12 HeizkostenV Rn. 1; Langenberg/Zehlein, Betriebskosten- und Heizkostenrecht, 9. Aufl., K Rn. 150; wohl auch BeckOGK/Drager, HeizkostenV, Stand: 1. Juli 2021, § 12 Rn. 8) - nach den dargestellten Grundsätzen dazu, dass dem Kläger im Hinblick auf die Kosten für Wärme und Warmwasser das Kürzungsrecht nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV in Höhe von 15 % zusteht (vgl. auch LG Potsdam, WuM 2018, 90; LG Berlin, Urteil vom 16. Januar 2018 - 63 S 91/17, juris Rn. 25 ff.; LG Halle, WuM 2019, 318 f.; LG Frankfurt aM, Urteil vom 28. Oktober 2019 - 2/11 S 38/19, juris Rn. 26 ff.; AG Osnabrück, WuM 2021, 591; BeckOK-Mietrecht/Pfeifer, Stand: 1. November 2021, § 12 HeizkostenV Rn. 11c; Wall, Betriebs- und Heizkosten-Kommentar, 5. Aufl., § 9 HeizkostenV Rn. 6329;

Schmidt-Futterer/Lammel, Mietrecht, 15. Aufl., § 9 HeizkostenV Rn. 13; Lützenkirchen, Mietrecht, 3. Aufl., § 12 HeizkostenV Rn. 24; im Grundsatz ebenso LG Itzehoe, ZMR 2019, 499, 500; Schmid/Harz/Ormanschick, Mietrecht, 6. Aufl., § 12 HeizkostenV Rn. 13).

30 3. Die vom Berufungsgericht zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung angeführten Gründe vermögen demgegenüber nicht zu überzeugen.

31 a) Der Auffassung des Berufungsgerichts steht bereits der Wortlaut der Vorschrift des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV entgegen. Denn nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift hat der Nutzer ein Kürzungsrecht, soweit die Kosten der Versorgung mit Wärme oder Warmwasser "entgegen den Vorschriften" der HeizkostenV "nicht verbrauchsabhängig" abgerechnet werden. Dies bedeutet, dass grundsätzlich anhand ordnungsgemäß erfasster Verbrauchswerte abzurechnen ist und von der Heizkostenverordnung vorgesehene Ersatzverfahren nur dann angewendet werden dürfen, wenn deren Voraussetzungen - anders als hier - tatsächlich vorliegen (vgl. auch Senatsurteil vom 16. November 2005 - VIII ZR 373/04, NJW-RR 2006, 232 Rn. 21).

32 Von einer nicht verbrauchsabhängigen Abrechnung in diesem Sinne ist - anders als das Berufungsgericht meint - auch dann auszugehen, wenn zwar die Wohnung über Heizkostenverteiler und Warmwasserzähler verfügt, jedoch die verbundene zentrale Wärme- und Warmwasserversorgungsanlage nicht über den nach § 9 Abs. 2 Satz 1 HeizkostenV vorgesehenen Wärmemengenzähler. Denn § 9 HeizkostenV stellt insoweit zusätzliche Anforderungen auf. Da die Regelung des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV ihrem Wortlaut nach gerade keine Einschränkung dahin enthält, dass nur bestimmte Arten einer (zu Ungunsten des Mieters erfolgten) nicht verbrauchsabhängigen Erfassung von Heiz- oder Warmwasserkosten durch das Kürzungsrecht des Mieters erfasst sein sollen, ist von

ihrem Wortlaut auch eine gegen § 9 HeizkostenV verstoßende Ermittlung der Wärmeverbrauchsanteile umfasst.

33 b) Unabhängig davon sprechen auch der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV - anders als das Berufungsgericht meint - gegen eine Beschränkung des Kürzungsrechts in Fällen wie dem vorliegenden.

34 aa) Nach dem Willen des Ordnungsgebers dient das Kürzungsrecht gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV der Durchsetzung des Übergangs zur verbrauchsabhängigen Kostenabrechnung mittels Nachrüstung von Verbrauchserfassungsgeräten (BR-Drucks. 494/88, S. 31 [zu § 12 HeizkostenV aF]). Der Ordnungsgeber hat - obwohl dies zwischenzeitlich beabsichtigt war (vgl. BR-Drucks., aaO S. 31 f.; vgl. auch Lammel, HeizkostenV, 4. Aufl., § 12 Rn. 9 f.) - darauf verzichtet, das Kürzungsrecht des Nutzers im Hinblick auf andere Sanktionsmöglichkeiten entfallen zu lassen.

35 bb) Der Erreichung des beschriebenen Ziels dient es, ein Kürzungsrecht dann zu bejahen, wenn die Nachrüstung von Verbrauchserfassungsgeräten - wie vorliegend - unterblieben ist, obwohl die Heizkostenverordnung deren Verwendung ausdrücklich vorschreibt, und wenn - wie hier - die Voraussetzungen eines nur unter engen Voraussetzungen eröffneten Ersatzverfahrens nicht gegeben sind. Der Ordnungsgeber hat sich nicht darauf beschränkt, eine verbrauchsabhängige Verteilung der Kosten einer zentralen Heizungsanlage (§§ 6, 7 HeizkostenV) beziehungsweise einer zentralen Warmwasserversorgungsanlage (§§ 6, 8 HeizkostenV) zu verlangen. Vielmehr hat er in § 9 HeizkostenV für verbundene zentrale Heizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen (zusätzlich) eine verbrauchsabhängige Erfassung vorgesehen und lässt hierzu nur in Ausnahmefällen Abweichungen zu (BR-Drucks. 570/08, S. 16). Für den Verord-

nungsgeber war entscheidend, dass sich angesichts der Verschärfungen der Anforderungen an die bauliche Hülle (Wärmedämmung) bei gleichbleibendem Wasserverbrauch der Anteil des Energieverbrauchs für die Warmwasserbereitung am Gesamtenergieverbrauch erhöht hat und wegen "der großen möglichen Unterschiede im Nutzungsgrad" im Regelfall eine Messung der Wärmemenge durch einen Wärmehähler geboten ist (BR-Drucks. 570/08, S. 15).

36 cc) Vor diesem Hintergrund misst die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts, nach der die Vorschrift des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV für die unzureichende Abgrenzung der auf die Heizung und auf die Warmwasserbereitung entfallenden Wärmeanteile einer zentralen verbundenen Anlage nicht passe, weil der dort unterstellte Schaden in Höhe von 15 % des auf den Nutzer entfallenden Kostenanteils mit einer unzutreffenden Anwendung des § 9 HeizkostenV nicht "in Zusammenhang stehe", dem Regelungszweck des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV nicht den ihm zukommenden Gehalt bei.

37 (1) Aus der vom Ordnungsgeber vorgesehenen pauschalen Berechnung folgt in erster Linie eine vereinfachte Durchsetzbarkeit des im Falle einer nicht den Vorschriften der Verordnung entsprechenden verbrauchsunabhängigen Ermittlung von Heiz- und Warmwasserkosten dem Nutzer zustehenden Kürzungsanspruchs. Damit ist der Anspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV einerseits geeignet, den Mieter wegen Nichtbeachtung der Heizkostenverordnung und damit einhergehender Ungenauigkeiten in der Abrechnung zu entschädigen (vgl. Senatsurteil vom 20. Januar 2016 - VIII ZR 329/14, WuM 2016, 174 Rn. 19 mwN), führt andererseits aber auch dazu, den Verpflichteten (§ 4 Abs. 1, 2, § 1 Abs. 2 HeizkostenV) zur Nachrüstung von Messgeräten anzuhalten und deren Unterlassen wirkungsvoll zu sanktionieren (vgl. BR-Drucks. 494/88, S. 31 f.).

38 (2) Dafür, dass dieser Anspruch in den Fällen einer nicht den Anforderungen des § 9 HeizkostenV entsprechenden Ermittlung der Heiz- und Warmwasserkosten nicht eingreifen sollte, lassen sich der Verordnungsbegründung keine tragfähigen Anhaltspunkte entnehmen. Vielmehr hat der Verordnungsgeber die Überarbeitung in § 9 HeizkostenV nicht zum Anlass genommen, die bereits existierende Regelung des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV einzuschränken.

39 Der Sache nach handelt es sich bei dem Recht des Nutzers nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV um einen pauschalierten Schadensersatzanspruch wegen Nichtbeachtung sich aus der Heizkostenverordnung ergebender und als mietvertragliche Nebenpflichten einzuordnender Vermieterpflichten (vgl. Senatsurteil vom 20. Januar 2016 - VIII ZR 329/14, aaO; siehe auch Senatsurteil vom 13. März 2012 - VIII ZR 218/11, WuM 2012, 316 Rn. 3). Die Möglichkeit zur pauschalen Schadensberechnung ist dabei - vom Verordnungsgeber hingenommen - zwangsläufig mit der Gefahr einer unzutreffenden, insbesondere zu hohen Bemessung des Schadens verbunden. Dieses Risiko kann aber durch eine der Heizkostenverordnung entsprechende Abrechnung ohne weiteres vermieden werden, durch die der Vermieter den Strafabzug abwenden kann (vgl. Senatsurteil vom 14. September 2005 - VIII ZR 195/04, NJW-RR 2006, 86 unter II aE; vgl. auch Lützenkirchen, WuM 2006, 63, 75 [dieser spricht von einer "Schadenspauschalierung mit Strafcharakter"]).

40 Der aufgezeigten Risikoverteilung wird es nicht gerecht, wenn man - wie das Berufungsgericht - eine Abrechnung auch dann als verbrauchsabhängig im Sinne des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV mit der Folge des Entfallens des dort vorgesehenen pauschalierten Kürzungsrechts ansieht, wenn sie auf einem in § 9 Abs. 2 HeizkostenV geregelten rechnerischen Ersatzverfahren beruht, dessen Voraussetzungen aber gerade nicht gegeben sind.

41 c) Davon abgesehen soll nach dem Willen des Verordnungsgebers der Rückgriff auf die in § 9 Abs. 2 HeizkostenV geregelten Ersatzverfahren nur in den in der Verordnung geregelten engen Grenzen möglich sein (vgl. BR-Drucks. 570/08, S. 16). Diesem Regel-Ausnahme-Verhältnis hat das Berufungsgericht ebenfalls nicht hinreichend Rechnung getragen, indem es Verstöße gegen die beschränkte Möglichkeit zum Rückgriff auf die in § 9 Abs. 2 HeizkostenV geregelten Ersatzverfahren vom Anwendungsbereich der Sanktionsmöglichkeit des § 12 Abs. 1 Satz 1 HeizkostenV ausgenommen hat.

III.

42 Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es weiterer Feststellungen nicht bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt zur Aufhebung der Entscheidung des Berufungsgerichts, soweit diese zum Nachteil des Klägers getroffen wurde, und zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen dieses Versäumnisurteil steht der säumigen Partei der Einspruch zu. Dieser ist von einem bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab der Zustellung des Versäumnisurteils bei dem Bundesgerichtshof, Karlsruhe, durch Einreichung einer Einspruchsschrift einzulegen.

Dr. Fetzer

Dr. Schmidt

Wiegand

Dr. Matussek

Dr. Reichelt

Vorinstanzen:

AG Heidelberg, Entscheidung vom 03.09.2019 - 21 C 86/19 -

LG Heidelberg, Entscheidung vom 28.05.2020 - 5 S 42/19 -

