

Vom Vermieter nicht zu vertretende Umstände und gesetzliche Verpflichtungen bei der Modernisierung

Dr. Ann-Kristin Mayrhofer*

I.	Einleitung	1
II.	Relevanz des Vertretenmüssens beim Heizungstausch trotz § 555b Nr. 1a BGB	3
III.	Heizungstausch in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung	5
1.	Öffentlich-rechtliche Verpflichtungen nach §§ 71, 72 GEG	6
2.	Keine reinen Erhaltungsmaßnahmen	6
a)	Anspruch des Mieters auf Einhaltung klimarelevanter Vorschriften	8
b)	Einordnung als Modernisierung trotz Rechtspflicht gegenüber dem Mieter	9
3.	Fehlendes Vertretenmüssen des Vermieters bei öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen	13
a)	Fehlendes Vertretenmüssen grundsätzlich auch bei Vorhersehbarkeit	13
aa)	Fahrlässigkeit nur bei Vermeidbarkeit <i>und</i> Vorhersehbarkeit	14
bb)	Keine generelle gesetzliche oder vertragliche Verschärfung	15
b)	Keine abweichende vertragliche Risikoverteilung im konkreten Fall des Heizungstauschs.....	18
4.	Ergebnis	18
IV.	Freiwilliger Heizungstausch	19
1.	Fehlendes Vertretenmüssen auch bei Unzumutbarkeit	19
2.	Unzumutbarkeit des Abwartens mit dem Heizungstausch.....	20
3.	Ergebnis	22
V.	Zusammenfassung	22

I. Einleitung

Durch das sog. Heizungsgesetz vom 16.10.2023¹ erhielten mit Wirkung vom 1.1.2024 auch die Vorschriften des BGB zu Modernisierungsmaßnahmen im Mietverhältnis ein Update.² Kern der Änderungen ist ein neuer § 555b Nr. 1a BGB, wonach zu den Modernisierungsmaßnahmen nun auch bauliche Veränderungen gehören, durch die mittels Einbaus oder Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zwecke der Inbetriebnahme in einem Gebäude die Anforderungen des § 71 GEG erfüllt werden. § 71 Abs. 1 GEG sieht vor, dass eine Heizungsanlage nur eingebaut oder aufgestellt werden darf, wenn sie mindestens 65 % der bereitgestellten Wärme mit erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme erzeugt; § 71 Abs. 2 bis Abs. 12 GEG regeln die Art und Weise der Einhaltung dieser Anforderungen und

* Die Autorin ist akademische Rätin a. Z. am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Europäisches Privat- und Verfahrensrecht von Prof. Dr. Beate Gsell an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

¹ Gesetz zur Änderung des Gebäudeenergiegesetzes, zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches, zur Änderung der Verordnung über Heizkostenabrechnung, zur Änderung der Betriebskostenverordnung und zur Änderung der Kehr- und Prüfungsordnung v. 16.10.2023 (BGBl. 2023 I Nr. 280); umfassend dazu Börstinghaus/Meyer Das neue GEG, 2024 (Rechtsstand: erste Befassung durch den Bundesrat am 29.9.2023, S. V).

² Überblicke bei Börstinghaus, NJW 2023, 3193; Lee, NZM 2023, 780; Herlitz, NJ 2023, 527; Plappert/Böhme, NZM 2023, 777; Bentrop, WuM 2023, 649; Börstinghaus/Meyer Das neue GEG/Börstinghaus, 2024, § 3.

Ausnahmen von der 65 %-Vorgabe.³ Für die Anwendbarkeit von § 555b Nr. 1a BGB soll es allerdings keine Rolle spielen, ob die 65 %-Vorgabe aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder freiwillig eingehalten wird.⁴ § 559e BGB enthält einen speziellen Mieterhöhungstatbestand, wenn Maßnahmen i.S.v. § 555b Nr. 1a BGB durchgeführt werden, der hinsichtlich seiner Voraussetzungen und Rechtsfolgen von der allgemeinen Regel in § 559 BGB teilweise abweicht. Die Neuregelung soll durch gewisse Vorteile für den Vermieter, etwa die Möglichkeit einer 10 %- anstatt einer 8 %-Erhöhung, stärkere Anreize für Investitionen in Maßnahmen zur Einhaltung der 65 %-Vorgabe setzen.⁵ Daneben sind für solche Maßnahmen aber auch Sonderregeln zugunsten des Mieters vorgesehen:⁶ Bei Maßnahmen, die auf Grund von Umständen durchgeführt werden, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (vgl. § 555b Nr. 6 BGB), wird der Vermieter herkömmlicherweise privilegiert, indem bei der Indexmiete die Jahressperrfrist ausgeschlossen (§ 557b Abs. 2 S. 2 BGB) und dem Mieter der Härteeinwand gegen die Modernisierungsmieterhöhung abgeschnitten (§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BGB) wird. Im Fall der Indexmiete bleibt es jedoch nun bei der Jahressperrfrist, wenn eine Modernisierungsmaßnahme nach § 555b Nr. 1a BGB durchgeführt wurde (§ 557b Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB). Der Härtefalleinwand gegen die Modernisierungsmieterhöhung bleibt dem Mieter erhalten, wenn die Maßnahme auch die Voraussetzungen des § 555b Nr. 1 oder Nr. 1a BGB erfüllt und mittels Einbaus oder Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zwecke der Inbetriebnahme in einem Gebäude durchgeführt wurde (§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Hs. 2 BGB). Im vereinfachten Verfahren, wo der Härteeinwand bislang gar nicht galt (§ 559c Abs. 1 S. 3 BGB), wurde dieser für solche Maßnahmen eingeführt (§ 559c Abs. 1 S. 3 Hs. 2 BGB).⁷

Wie genau § 555b Nr. 1a BGB in die Systematik der Modernisierungstatbestände einzuordnen ist, wird unterschiedlich beurteilt.⁸ Im Rahmen dieses Beitrags soll vor allem das Verhältnis der Neuregelung zum Tatbestand des fehlenden Vertretenmüssens des Vermieters nach § 555b Nr. 6 BGB betrachtet werden. Dessen Vorliegen zieht, wie soeben dargestellt, bestimmte vermietergünstige Folgen nach sich, von denen nun aber für die Installation einer 65 %-konformen Heizungsanlage abgewichen wird. Als Fälle des fehlenden Vertretenmüssens werden insbesondere Maßnahmen diskutiert, die der Vermieter in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen, etwa nach der früheren EnEV oder dem GEG, vornimmt.⁹ Es stellt sich somit die Frage, inwieweit § 555b Nr. 6 BGB auch bei der Installation einer 65 %-konformen Heizungsanlage zur Anwendung kommt. Wie sogleich gezeigt wird, machen § 555b Nr. 1a BGB und die neuen Abweichungen von dem vermietergünstigen Sonderregime diese Frage nicht obsolet (II.). Die Neuregelungen bieten vielmehr Anlass, den Modernisierungstatbestand des § 555b Nr. 6 BGB konkret mit Blick auf die neuen GEG-Vorschriften zu beleuchten und zugleich seine herkömmliche Auslegung grundlegend auf den Prüfstand zu stellen. Dabei ist zwischen zwei Fallgruppen zu unterscheiden, nämlich zwischen Konstellationen, in denen der Vermieter die Maßnahme – konkret: den Heizungstausch – in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung vornimmt (III.) und Konstellationen, in denen der Vermieter die Maßnahme freiwillig vornimmt (IV.).

³ Zum neuen § 71o GEG, der Sonderregeln zum Schutz des Mieters vorsieht, wenn eine Wärmepumpe nach § 71c GEG eingebaut wird, siehe Börstinghaus/Meyer *Das neue GEG/Börstinghaus*, 2024, § 3 Rn. 81 ff.

⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96.

⁵ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 98; Börstinghaus/Meyer *Das neue GEG/Börstinghaus*, 2024, § 3 Rn. 144.

⁶ Vgl. Börstinghaus/Meyer *Das neue GEG/Börstinghaus*, 2024, § 3 Rn. 142.

⁷ Daneben ist in § 559e Abs. 3 S. 1 BGB und § 559 Abs. 3a S. 3 BGB eine Sonder-Kappungsgrenze vorgesehen.

⁸ Vgl. *Börstinghaus*, MietRB 2024, 17, 18: Aufweichung von § 555b Nr. 2 BGB; *Lee*, NZM 2023, 780, 791 f.: Unterfall von § 555b Nr. 2 BGB, weshalb sich eine Verortung unter Nr. 2a angeboten hätte.

⁹ Blank/Börstinghaus/*Siegmond/Börstinghaus*, 7. Aufl. 2023, § 555b Rn. 55; MüKoBGB/Artz, 9. Aufl. 2023, § 555b Rn. 26; Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, 16. Aufl. 2024, § 555b Rn. 151; Staudinger/*J. Emmerich*, 2021, § 555b Rn. 38.

II. Relevanz des Vertretenmüssens beim Heizungstausch trotz § 555b Nr. 1a BGB

Ein und dieselbe Maßnahme kann mehrere Modernisierungstatbestände i.S.d. § 555b BGB erfüllen, also auch zugleich § 555b Nr. 6 und Nr. 1a BGB.¹⁰ Das Vorliegen (auch) des Tatbestands des § 555b Nr. 6 BGB eröffnet, wie einleitend dargestellt, grundsätzlich verschiedene Sonderregelungen zugunsten des Vermieters. Dennoch scheint es im Fall des Heizungstauschs auf das Vertretenmüssen des Vermieters auf den ersten Blick nicht anzukommen: Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Modernisierungsrechts genügt es, dass der Tatbestand des § 555b Nr. 1a BGB erfüllt ist. Was die Sonderregelungen in §§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 559e Abs. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB angeht, so kann offen bleiben, ob ein Vertretenmüssen gegeben ist, wenn jedenfalls die Rückausnahme für Fälle des § 555b Nr. 1a BGB zur Anwendung kommt. Bei näherer Betrachtung wird die Frage eines Vertretenmüssens des Vermieters allerdings auch beim Heizungstausch relevant:

Zunächst könnte das fehlende Vertretenmüssen dazu führen, dass der Vermieter sich zwischen einer Mieterhöhung nach § 559 BGB und einer Mieterhöhung nach § 559e BGB entscheiden kann. In der Literatur ist umstritten, ob der Vermieter sich im Fall einer Modernisierung i.S.v. § 555b Nr. 1a BGB immer wahlweise auf die allgemeine Mieterhöhungsvorschrift nach § 559 BGB anstelle der Spezialregelung in § 559e BGB berufen kann¹¹ oder nur, wenn die Maßnahme zugleich einen in § 559 Abs. 1 S. 1 BGB ausdrücklich genannten Modernisierungstatbestand erfüllt.¹² Bejaht man Letzteres, kann das fehlende Vertretenmüssen nach § 555b Nr. 6 BGB ein Wahlrecht des Vermieters begründen.

Unklar ist außerdem, ob § 555b Nr. 1a BGB auch beim Austausch einer bereits 65 %-konformen Heizungsanlage gegen eine andere greift, der etwa mit Rücksicht auf ein Betriebsverbot nach § 72 Abs. 4 GEG erfolgen könnte. Vereint man dies,¹³ stellt sich auch hier die Frage, ob § 555b Nr. 6 BGB eine Mieterhöhung infolge des Heizungstauschs rechtfertigen kann.

Darüber hinaus erfasst § 555b Nr. 1a BGB nicht alle Maßnahmen im Zusammenhang mit einem Heizungstausch, sondern nur den Einbau und die Aufstellung einer „Heizungsanlage“. In den Materialien zum Gesetzgebungsverfahren wird auf die Definition in § 3 Abs. 1 Nr. 14a GEG verwiesen:¹⁴ Danach ist eine „Heizungsanlage“ grundsätzlich¹⁵ eine „Anlage zur Erzeugung von Raumwärme, Warmwasser oder einer Kombination davon einschließlich Hausübergabestationen zum Anschluss an ein Wärmenetz und Wärmeüberträger von unvermeidbarer Abwärme“. Anders als der Begriff der „heizungstechnischen Anlage“ soll der Begriff der „Heizungslange“ nicht das gesamte System aus Erzeugung, Speicherung, Verteilung und Übergabe der Wärme umfassen.¹⁶ „Begleitmaßnahmen“, die mit dem Einbau oder der Aufstellung der Heizungsanlage i.e.S. verbunden sein können, fallen damit nicht unter § 555b Nr. 1a BGB.¹⁷ Beim Austausch einer Gasheizung gegen eine elektrische Wärmepumpe können zu diesen Begleitmaßnahmen beispielsweise der Umbau des Verteilnetzes und der Einbau einer Umwälzpumpe zur Umstellung auf eine Fußbodenheizung gehören oder die Veränderung der Dämmung der

¹⁰ Vgl. auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96.

¹¹ *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3195

¹² *Lee*, NZM 2023, 780, 792 f.; wohl auch *Herlitz*, jurisPR-MietR 21/2023 Anm. 1. § 559e Abs. 1 S. 2 BGB erlaubt eine Erhöhung nach Maßgabe des § 559 BGB jedenfalls dann, wenn eine Förderung i.S.v. § 559e Abs. 1 S. 1 BGB nicht erfolgt, obwohl die Voraussetzungen der Förderung dem Grunde nach erfüllt sind.

¹³ So *Lee*, NZM 2023, 780, 788 f.

¹⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96.

¹⁵ Nicht erfasst sind nach § 3 Abs. 1 Nr. 14a aE GEG handbeschickte Einzelraumfeuerungsanlagen i.S.d. § 2 Nr. 3, offene Kamine nach § 2 Nr. 12 und Badeöfen nach § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. d der Verordnung über kleine und mittlere Feuerungsanlagen v. 26.1.2010 (BGBl. 2010 I S. 38) in der jeweils geltenden Fassung.

¹⁶ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96.

¹⁷ *Lee*, NZM 2023, 780, 785; *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3195; *ders.*, MietRB 2024, 17, 19; *Bentrop*, WuM 2023, 649, 654.

Gebäudehülle zur Verhinderung von Wärmeverlust.¹⁸ Die genaue Einordnung einzelner Maßnahmen wird zweifellos Schwierigkeiten aufwerfen,¹⁹ etwa hinsichtlich des Ausbaus der alten Heizungsanlage.²⁰ Mit Blick auf die bewusste Beschränkung des § 555b Nr. 1a BGB auf die Heizungsanlage²¹ erscheint es ausgeschlossen, die neuen Regelungen erweiternd auszulegen und auch auf Begleitmaßnahmen zu beziehen. Begleitmaßnahmen können allerdings die Voraussetzungen anderer Modernisierungstatbestände des § 555b BGB erfüllen und insofern eine Mieterhöhung nach § 559 BGB rechtfertigen.²² In Betracht kommt zunächst § 555b Nr. 1 BGB. Häufig dürfte durch den Heizungstausch in Bezug auf die Mietsache Endenergie nachhaltig eingespart werden.²³ § 555b Nr. 1 BGB erfasst nach dem BGH auch „eine notwendige Begleitmaßnahme der Heizungsmodernisierung“, durch die in Bezug auf die Mietsache Endenergie nachhaltig eingespart wird.²⁴ Anders als § 555b Nr. 1a BGB erfordert § 555b Nr. 1 BGB keine bestimmte Maßnahme – Einbau oder Aufstellung einer Heizungsanlage – sondern lediglich eine bestimmte *Wirkung*, die durch die Maßnahme erzielt wird – nachhaltige Einsparung von Endenergie in Bezug auf die Mietsache.²⁵ § 555b Nr. 1a BGB wird allerdings auch nicht immer erfüllt sein.²⁶ Zwar dürfte dann meist ein Fall von § 555b Nr. 2 Alt. 1 BGB gegeben sein – nachhaltige Einsparung von nicht erneuerbarer Primärenergie. Dieser Tatbestand berechtigt allerdings nicht zur Mieterhöhung.²⁷ Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass ein Heizungstausch auch zu einer nachhaltigen Erhöhung des Gebrauchswerts i.S.v. § 555b Nr. 4 BGB führen kann;²⁸ möglicherweise auch zu einer dauerhaften Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse i.S.v. § 555b Nr. 5 BGB²⁹. Ist aber keiner dieser Tatbestände gegeben, stellt sich die Frage, inwiefern die Begleitmaßnahmen unter § 555b Nr. 6 BGB, den Fall des fehlenden Vertretenmüssens, subsumiert werden können.

Selbst wenn hinsichtlich der Begleitmaßnahmen ein Tatbestand nach § 555b Nr. 1, 3, 4 oder 5 BGB gegeben ist, kann die Frage des fehlenden Vertretenmüssens für die Mieterhöhung relevant werden. Wie dargestellt, kann dies zum Ausschluss des Härteeinwands gegen die Mieterhöhung (§ 559 Abs. 4

¹⁸ Lee, NZM 2023, 780, 785; vgl. auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96.

¹⁹ Vgl. Börstinghaus/Meyer Das neue GEG/Börstinghaus, 2024, § 3 Rn. 112, 146a.

²⁰ Vgl. Lee, NZM 2023, 780, 793, der sich dafür ausspricht, die Ausbaurkosten unter § 559e BGB zu fassen; dem folgend Börstinghaus, MietRB 2024, 17, 18.

²¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96, 98.

²² Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 97; Lee, NZM 2023, 780, 786; Börstinghaus, NJW 2023, 3193, 3195; ders., MietRB 2024, 17, 18 f.; Bentrop, WuM 2023, 649, 654.

²³ Vgl. Lee, NZM 2023, 780, 789; Börstinghaus, MietRB 2024, 17, 18.

²⁴ BGH, Ur. v. 20.5.2020 – VIII ZR 55/19, NZM 2020, 793, juris Rn. 36 (konkret: Austausch eines Gasherds durch einen Elektroherd im Zusammenhang mit dem Einbau einer Gaszentralheizung); vgl. auch BGH, Ur. v. 20.7.2022 – VIII ZR 337/21, DWW 2022, 301, juris Rn. 30 zu einem die „energetischen Maßnahmen begleitenden baulichen Eingriff“ und dazu Lee, NZM 2023, 780, 786.

²⁵ Zu diesem Unterschied Lee, NZM 2023, 780, 785 f.

²⁶ Vgl. Börstinghaus, MietRB 2024, 17, 18: „Sinn macht die Neuregelung im Bereich der Duldungspflicht deshalb vor allem bei baulichen Veränderungen, die nur zu einer in Ziff. 2 angesprochenen Einsparung von nicht erneuerbarer Primärenergie führen. Konsequenzen hat die Einordnung aber für die Frage der möglichen Mieterhöhung.“

²⁷ Nach Börstinghaus, NJW 2023, 3193, 3195 handelt es sich bei § 555b Nr. 1a BGB um eine „Aufweichung“ von § 555b Nr. 2 BGB; nach Lee, NZM 2023, 780, 791 f. ist die GEG-Heizungsanlagenmodernisierung „systematisch als Unterfall einer Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie zu kategorisieren, weshalb sich innerhalb des § 555b BGB eine Verortung unter Nr. 2a angeboten hätte“. Lee bezweifelt insofern, dass es gerechtfertigt ist, „dass der Mieter für eine Maßnahme bezahlen muss, die ihm weder eine Einsparung von Endenergie noch eine Gebrauchswertverbesserung der Wohnung bringt und die der Vermieter überdies aus freiem Entschluss ergriffen hat“.

²⁸ Vgl. Horst, MietRB 2023, 311, 317; siehe auch Lee, NZM 2023, 780, 788 f. im Zusammenhang mit dem Austausch einer bereits 65 %-konformen Anlage.

²⁹ Horst, MietRB 2023, 311, 317.

S. 2 Nr. 2 BGB) oder bei der Indexmiete der Jahressperrfrist (§ 557b Abs. 2 S. 2 BGB) führen. Die neuen Rückausnahmen von diesen Sonderregelungen gelten ebenfalls nur für die Heizungsanlage i.e.S., nicht für Begleitmaßnahmen.³⁰ Zudem könnte es für den Vermieter mitunter einfacher sein, die Voraussetzungen des § 555b Nr. 6 BGB zu erläutern (vgl. § 559b Abs. 1 S. 2 BGB)³¹ und gegebenenfalls in einem Prozess darzulegen und zu beweisen³² als die eines anderen Modernisierungstatbestandes.

III. Heizungstausch in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung

§ 555b Nr. 6 BGB soll primär Fälle erfassen, in denen der Vermieter öffentlich-rechtlich zur Vornahme bestimmter Maßnahmen verpflichtet ist.³³ In der Rechtsprechung wurde das fehlende Vertretenmüssen beispielsweise bei der Ausstattung einer Heizungsanlage mit einer raumweisen Temperaturregelung im Zusammenhang mit einer umfassenden Überholung der Heizungsanlage (§ 7 i.V.m. § 1 Heiz-AnIV v. 22.3.1994)³⁴ und bei einer Wärmedämmung der Außenwände im Zusammenhang mit einer unausweichlich gewordenen Putzerneuerung (§ 9 Abs. 1 EnEV, vgl. heute § 48 GEG) bejaht.³⁵ In der Begründung zum Regierungsentwurf des MietRändG aus dem Jahr 2013³⁶ werden die Nachrüstpflichten nach § 10 EnEV (vgl. heute § 47 GEG) als Beispiel genannt.³⁷

Auch bei einem Heizungstausch, der die Einhaltung der GEG-Anforderungen nach sich zieht, handelt der Vermieter zwar nicht in allen, aber in bestimmten Fällen in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung (1.). In solchen Fällen stellt sich aber auch die Frage, ob der Vermieter überhaupt modernisierend tätig wird oder die Mietsache nicht lediglich erhält. § 555b Nr. 6 BGB greift nach seinem Wortlaut nicht, wenn eine Erhaltungsmaßnahme i.S.v. § 555a BGB vorliegt.³⁸ Wie sogleich gezeigt wird, führt die in §§ 555a, 555b BGB angelegte Dichotomie zwischen Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen des Vermieters allerdings zu Friktionen und ist insofern zu hinterfragen. Letztlich muss man zu dem Ergebnis kommen, dass bei einem Heizungstausch in Erfüllung der neuen GEG-Vorgaben nicht nur Erhaltungs-, sondern zumindest auch Modernisierungsmaßnahmen vorliegen (2.). In der Regel sind dann in diesen Fällen zugleich auch vom Vermieter nicht zu vertretende Umstände i.S.v. § 555b Nr. 6 BGB gegeben. Entgegen der wohl h.M. kommt es hierfür insbesondere nicht darauf an, ob der Vermieter beim Abschluss des Mietvertrages die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen vorhersehen konnte (3.).

³⁰ Vgl. *Börstinghaus*, MietRB 2024, 17, 19 f.; *Börstinghaus/Meyer* Das neue GEG/*Börstinghaus*, 2024, § 3 Rn. 54, 134.

³¹ Vgl. zu dieser Erläuterungspflicht *MüKoBGB/Artz*, 9. Aufl. 2023, § 559b Rn. 7.

³² Vgl. zur Darlegungs- und Beweislast des Vermieters für die Voraussetzungen der Mieterhöhung BGH, Versäumnisurt. v. 17.6.2020 – VIII ZR 81/19, NZM 2020, 795, juris Rn. 49.

³³ *Blank/Börstinghaus/Siegmund/Börstinghaus*, 7. Aufl. 2023, § 555b Rn. 55; *MüKoBGB/Artz*, 9. Aufl. 2023, § 555b Rn. 26; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, 16. Aufl. 2024, § 555b Rn. 151; *Staudinger/J. Emmerich*, 2021, § 555b Rn. 38.

³⁴ LG Halle (Saale), Urt. v. 8.8.2002 – 2 S 42/01, ZMR 2003, 35, juris Rn. 25 (zu § 3 MHG).

³⁵ OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.12.2012 – OVG 5 B 1.12, ZMR 2013, 583, juris Rn. 31 ff. (zu § 6 Abs. 1 Neubaumietenverordnung 1970), siehe auch die Nachinstanz: BVerwG, Beschl. v. 18.6.2013 – 5 B 28/13, GE 2013, 1468, juris Rn. 5; vgl. auch BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, NZM 2019, 928, juris Rn. 41 ff. (zu § 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BGB), wo das Kriterium der „Unausweichlichkeit“ der Außenputzerneuerung betont wird; ansonsten würden die Arbeiten i.S.v. § 9 Abs. 1 EnEV aus „freiem Entschluss“ vom Vermieter ausgeführt werden.

³⁶ Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRändG) v. 11.3.2013, BGBl. 2013 I S. 434.

³⁷ Im Zusammenhang mit § 559 Abs. 4 S. 2 BGB, BT-Drs. 17/10485, S. 25; vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, NZM 2019, 928, juris Rn. 42.

³⁸ In §§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB ist die zusätzliche Voraussetzung, dass die Maßnahme keine Erhaltungsmaßnahme i.S.v. § 555a BGB darstellt, nicht erwähnt, da Erhaltungsmaßnahmen von vornherein nicht zur Mieterhöhung berechtigen, vgl. *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 118.

1. Öffentlich-rechtliche Verpflichtungen nach §§ 71, 72 GEG

§ 71 Abs. 1 GEG enthält grundsätzlich keine Pflicht dazu, eine Anlage auszuwechseln. Ähnlich wie bei § 9 Abs. 1 EnEV und § 48 GEG greift die Verpflichtung erst dann, wenn eine bestimmte Veränderung an dem Gebäude vorgenommen wird, nämlich dann, wenn eine Heizungsanlage eingebaut oder aufgestellt wird. Es handelt sich um sog. bedingte Maßnahmen.³⁹ Eine defekte Anlage muss nicht zwingend ausgetauscht werden, sondern kann auch repariert werden.⁴⁰ Zudem enthält das GEG eine Reihe von Übergangsregelungen, welche die Installation einer neuen nicht 65 %-konformen Anlage erlauben (§§ 71i ff. GEG, siehe auch § 71 Abs. 8 bis Abs. 12 GEG).⁴¹ § 102 GEG sieht weiterhin die Möglichkeit einer Befreiung in Härtefällen vor.⁴² Wenn diese Ausnahmegesetze nicht einschlägig sind und der Defekt irreparabel ist, bleibt dem Vermieter allerdings nur die Installation einer 65 %-konformen Anlage. Der Eintritt der „Bedingung“ für die gesetzliche Verpflichtung ist hier unausweichlich.⁴³ In diesen Fällen erfolgt der Heizungstausch in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung. Dieser Einordnung steht nicht entgegen, dass der Vermieter den Anforderungen des § 71 GEG streng genommen auch dadurch Rechnung tragen könnte, dass er den Betrieb einer Heizungsanlage schlicht unterlässt. Eine solche Betrachtung wäre zu formal: Jedenfalls die Fortführung der bisherigen Nutzung des Gebäudes – Vermietung als Wohnraum – ist dem Vermieter ohne Einhaltung der Vorschriften nicht möglich.⁴⁴ Dies gilt nicht nur für die Installation der Heizungsanlage i.e.S., sondern auch für Begleitmaßnahmen, die damit notwendigerweise verbunden sind, um das Gebäude entsprechend seinem Verwendungszweck als Wohnraum zu heizen. Die notwendigen Begleitmaßnahmen werden somit ebenfalls in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung vorgenommen.

Unabhängig von einem irreparablen Defekt muss der Vermieter die Heizung austauschen, wenn eines der in § 72 GEG angeordneten Betriebsverbote für Heizkessel greift. Da in dieser Vorschrift nicht an eine bestimmte Veränderung des Gebäudes, z.B. die Installation einer neuen Heizungsanlage, angeknüpft wird, kann hier von einer unbedingten Maßnahme gesprochen werden, ähnlich wie bei § 10 EnEV.⁴⁵ Durch das Heizungsgesetz wurde § 72 Abs. 4 GEG eingeführt, wonach Heizkessel – vorbehaltlich einer Befreiung – längstens bis zum Ablauf des 31.12.2044 mit fossilen Brennstoffen betrieben werden dürfen. Zwar folgt aus dem Nutzungsverbot genau genommen nur eine Pflicht zur Stilllegung der alten Anlage, nicht aber zur Installation einer neuen.⁴⁶ Auch insofern greift eine formale Betrachtung jedoch zu kurz: Möchte der Vermieter das Gebäude weiter als Wohnraum nutzen, bleibt ihm nur der Austausch.⁴⁷ In diesen Fällen erfolgen die Installation der Heizungsanlage i.e.S. sowie die notwendigen Begleitmaßnahmen somit ebenfalls in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung.⁴⁸

2. Keine reinen Erhaltungsmaßnahmen

Die Abgrenzung zwischen Erhaltungsmaßnahmen (§ 555a BGB) und Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB) erfolgt herkömmlicherweise anhand des vom Vermieter vertraglich geschuldeten Soll-

³⁹ Vgl. zu § 9 Abs. 1 EnEV *Eisenschmidt*, WuM 2009, 624, 627.

⁴⁰ *Lee*, NZM 2023, 780, 790 f.

⁴¹ Vgl. *Lee*, NZM 2023, 780, 781 f.; *Schmidt-Futterer/Eisenschmidt*, 16. Aufl. 2024, § 555b Rn. 59e ff.

⁴² Vgl. *Lee*, NZM 2023, 780, 786; *Börstinghaus*, MietRB 2024, 17, 19.

⁴³ Vgl. zum Kriterium der Unausweichlichkeit bei bedingten Maßnahmen BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, NZM 2019, 928, juris Rn. 41 ff.; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 118.

⁴⁴ Vgl. zur EnEV *Lehmann-Richter*, MietRB 2010, 340, 341.

⁴⁵ Vgl. zur EnEV *Lehmann-Richter*, MietRB 2010, 340, 341.

⁴⁶ Vgl. *Schmidt-Futterer/Eisenschmidt*, 16. Aufl. 2024, § 555a Rn. 13 zu § 72 Abs. 1 GEG.

⁴⁷ Vgl. *Lee*, NZM 2023, 780, 790 f.; siehe auch *Lützekirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b BGB Rn. 81 zu § 10 Abs. 1 EnEV.

⁴⁸ Vgl. zur EnEV *Lehmann-Richter*, MietRB 2010, 340, 341, wonach eine Differenzierung zwischen bedingten und unbedingten Maßnahmen nicht angezeigt sei, „weil sie – wenn sie ausgeführt werden – sämtlich auf gesetzlicher Anordnung beruhen“.

Zustands der Mietsache. Wenn die Maßnahme nur der Erfüllung der Erhaltungspflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB, liegt danach keine Modernisierung vor, sondern nur eine Instandsetzung oder Instandhaltung⁴⁹ i.S.v. § 555a BGB.⁵⁰ Eine Maßnahme kann sowohl der Erhaltung als auch der Modernisierung dienen (sog. „modernisierende Instandsetzung“). Solche Maßnahmen werden dem Modernisierungsrecht unterworfen und erlauben somit grundsätzlich eine – um einen Erhaltungsanteil gekürzte (§§ 559 Abs. 2, 559c Abs. 1 S. 2, 559e Abs. 2 BGB) – Mieterhöhung.⁵¹

Im Zusammenhang mit der EnEV bzw. dem GEG wird die Abgrenzung unterschiedlich beurteilt.⁵² Einigkeit herrscht wohl darüber, dass im Fall eines irreparablen Defekts der Heizungsanlage zumindest *auch* eine Erhaltungsmaßnahme vorliegt.⁵³ Denn wird eine Wohnung mit einer funktionsfähigen Heizung vermietet, hat der Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB diesen Zustand zu erhalten.⁵⁴ Umstritten ist aber, ob in den Fällen, in denen die zur Erhaltung erforderliche Maßnahme, z.B. die Installation einer neuen Heizungsanlage infolge einer Havarie der alten, eine gesetzliche Verpflichtung auslöst, die dazu führt, dass der Vermieter nicht lediglich den bisherigen Zustand wiederherstellen kann, z.B. weil er gem. § 71 Abs. 1 GEG nur eine 65 %-konforme Heizungsanlage installieren darf, *zugleich* eine Modernisierung i.S.v. § 555b BGB gegeben sein kann.⁵⁵ In diese Richtung deutet eine Entscheidung des BGH zu § 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BGB, wonach bedingte Maßnahmen nach § 9 Abs. 1 EnEV hiervon erfasst seien, wenn sie für den Vermieter „unausweichlich“ geworden sind.⁵⁶ Auch bei unbedingten Maßnahmen, die in Erfüllung von Verpflichtungen vorgenommen werden, die nicht an eine Änderung des Gebäudes anknüpfen, sondern unabhängig davon gelten, ist umstritten, ob der Vermieter das Objekt lediglich erhält oder auch modernisiert.⁵⁷ Hierzu gehören Nachrüstgebote, z.B. nach § 48 GEG, und

⁴⁹ Zur Abgrenzung der Begriffe vgl. *Horst*, DWW 2013, 204, 2010.

⁵⁰ Vgl. *Staudinger/J. Emmerich*, 2021, § 555a Rn. 3 f.; *BeckOK MietR/Müller*, 34. Ed., 1.8.2023, § 555a Rn. 8; *Flatow*, NZM 2008, 785, 794; *Horst*, DWW 2013, 204, 210.

⁵¹ Vgl. *Börstinghaus*, PiG 105 (2017), 37, 41; BGH, Versäumnisurt. v. 17.6.2020 – VIII ZR 81/19, NZM 2020, 795, juris Rn. 37; auf dieses Urteil wird auch in der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung Bezug genommen, BT-Drs. 20/6875, S. 107.

⁵² Überblick z.B. bei *Lehmann-Richter*, MietRB 2010, 340, 340 f.; *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 76 ff.; jeweils zur EnEV.

⁵³ Vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/6875, S. 107; *Lee*, NZM 2023, 780, 790; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, 16. Aufl. 2024, § 555a Rn. 13a; *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3194; *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 82 zu § 10a Abs. 1 EnEV.

⁵⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 22.8.2018 – VIII ZR 99/17, NZM 2018, 1020, juris Rn. 13; BGH, Beschl. v. 19.7.2022 – VIII ZR 194/21, NZM 2023, 30, juris Rn. 30 ff., wo der BGH außerdem annahm, dass konkret eine Gasetagenheizung geschuldet war; *BeckOK MietR/Müller*, 34. Ed., 1.8.2023, § 555a Rn. 29.1; *Selk*, NZM 2023, 393, 397 f.

⁵⁵ Dagegen *Eisenschmid*, WuM 2009, 624, 627; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, 16. Aufl. 2024, § 555a Rn. 9a, 13a; *Lee*, NZM 2023, 780, 790; *Bentrop*, WuM 2023, 649, 654; vgl. auch die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/6875, S. 107; dafür *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 79, 81; *MüKoBGB/Artz*, 9. Aufl. 2023, § 555a Rn. 8; *Sternel*, NZM 2010, 721, 727.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, NZM 2019, 928, juris Rn. 41 ff.

⁵⁷ Für Erhaltung *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, 16. Aufl. 2024, § 555a Rn. 13; *Eisenschmid*, WuM 2009, 624, 627; LG Bonn, Beschl. v. 28.1.2021 – 6 S 78/20, WuM 2021, 487, juris Rn. 3; für Modernisierung *Horst*, MietRB 2023, 311, 312; *MüKoBGB/Artz*, 9. Aufl. 2023, § 555a Rn. 9; *Sternel*, NZM 2010, 721, 727; *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 80 f.; *Flatow*, NZM 2008, 785, 795; *Gsell*, PiG 105 (2017), 21, 23.

Nutzungsverbote, z.B. nach § 72 Abs. 4 GEG.⁵⁸ Der BGH ordnete jedenfalls Maßnahmen, die der Erfüllung von Nachrüstpflichten nach § 10 EnEV dienen, als Fälle von § 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BGB ein.⁵⁹

Die Abgrenzung bereitet in der Tat gewisse Schwierigkeiten: Es spricht viel dafür, dem Mieter gegenüber dem Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB einen Anspruch auf Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen an den Bauzustand der Mietsache einzuräumen, jedenfalls soweit es um die klimarelevanten Vorgaben des GEG geht (a). Dies müsste nach dem oben Gesagten grundsätzlich zur Einordnung als reine Erhaltungsmaßnahme führen. Allerdings würden hierdurch die Vorschriften des Modernisierungsrechts zum fehlenden Vertretenmüssen weitgehend leerlaufen, obwohl diese, wie bereits angedeutet, gerade auch die Fälle öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen erfassen sollen. Im Ergebnis ist hier daher trotz Erhaltungspflicht des Vermieters von einer Anwendbarkeit der Modernisierungsvorschriften – einschließlich der Mieterhöhungstatbestände – auszugehen (b).

a) Anspruch des Mieters auf Einhaltung klimarelevanter Vorschriften

Inwieweit den Vermieter gegenüber dem Mieter nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB eine Pflicht zur Anpassung der Mietsache an die EnEV- bzw. GEG-Vorgaben trifft, ist umstritten.⁶⁰ Die Annahme einer solchen Pflicht setzt voraus, dass man zum einen die öffentlich-rechtlichen Vorschriften als für den Soll-Zustand der Mietsache maßgeblich ansieht und zum anderen diesen Soll-Zustand nicht rein statisch, anhand der Verhältnisse zur Zeit des Vertragsschlusses, sondern vielmehr dynamisch versteht und anerkennt, dass er sich im Laufe des Mietverhältnisses verändern kann, z.B. aufgrund neuer Vorschriften.⁶¹

Die wohl noch h.M. lehnt einen Anspruch des Mieters auf Einhaltung der EnEV- bzw. GEG-Vorgaben ab.⁶² Eine Abweichung vom Soll-Zustand bestehe nur bei einer Gebrauchsbeeinträchtigung des Mieters, für welche aber lediglich die erzielbare Wärme entscheidend sei und nicht die damit verbundenen Kosten- oder Klimafolgen.⁶³ Diese Auffassung begegnet allerdings Bedenken: Der Mieter darf grundsätzlich nicht nur erwarten, dass er ausreichend Wärme erzielen kann, sondern auch, dass der Vermieter ihm dies in Einklang mit den hierfür relevanten Vorschriften ermöglicht.⁶⁴ Öffentlich-rechtliche Vorschriften prägen auch die Erwartungen in Privatrechtsverhältnissen und sind insofern maßgeblich für

⁵⁸ *Blank*, WuM 2008, 311, 314 f. unterscheidet mit Blick auf die EnEV zwischen Fällen des Austauschs eines Gegenstands (Erhaltungsmaßnahme) und des Hinzufügens von Gegenständen (keine reine Erhaltungsmaßnahme); wobei allerdings ein Anspruch des Mieters in beiden Fällen verneint wird. Eine solche Unterscheidung zwischen Nachrüstgeboten und Nutzungsverböten erscheint indes nicht gerechtfertigt. Zwar wird der Vermieter bei Letzteren öffentlich-rechtlich nur zur Stilllegung verpflichtet und die Pflicht zur Installation der neuen Technik, z.B. der Heizungsanlage, folgt erst aus dem Mietvertrag (vgl. BeckOK MietR/Müller, 34. Ed., 1.8.2023, § 555a Rn. 29). Allerdings muss der Vermieter auch einer Nachrüstpflicht, z.B. zur Dämmung, nicht zwingend dadurch Rechnung tragen, dass er die angeordnete Maßnahme vornimmt; er könnte das Gebäude auch entfernen (siehe bereits oben 1.); gegen eine Differenzierung im Ergebnis auch Lützenkirchen/Dickersbach, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 81; Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 51a.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, NZM 2019, 928, juris Rn. 42. Dabei wird auch auf die Begründung zum Regierungsentwurf des MietRÄndG verwiesen (siehe dazu oben vor und mit Fn. 37).

⁶⁰ Überblick bei MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, § 536 Rn. 12; Staudinger/V. Emmerich, 2021, § 536 Rn. 27; Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, § 536 Rn. 120.

⁶¹ Vgl. Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter, 16. Aufl. 2024, § 535 Rn. 402 ff.

⁶² Vgl. Flatow, NZM 2008, 785, 791 f.; Friers, WuM 2008, 255, 257; Staudinger/V. Emmerich, 2021, § 536 Rn. 27; Blank, WuM 2008, 311, 315; Sternel, NZM 2010, 721, 728; Lee, NZM 2023, 780, 782; Horst, DWW 2013, 204, 212 f.; ders., MDR 2023, 1145, 1145 f.; Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, § 536 Rn. 118 ff.; Börstinghaus/Meyer Das neue GEG/Börstinghaus, 2024, § 3 Rn. 11; offen gelassen in BGH, Urt. v. 31.10.2007 – VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142, juris Rn. 18; für eine Nebenpflicht des Vermieters gem. § 241 Abs. 2 BGB Karabulut, PiG 112 (2023), 113, 132 f.; Derleder, NZM 2012, 487, 494.

⁶³ Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, § 536 Rn. 120; Lützenkirchen/Dickersbach, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 81; Flatow, NZM 2008, 785, 791 f.; Sternel, NZM 2010, 721, 728; Börstinghaus/Meyer Das neue GEG/Börstinghaus, 2024, § 3 Rn. 11.

⁶⁴ Vgl. Artz, WuM 2008, 259, 262.

den Soll-Zustand des Vertragsgegenstandes.⁶⁵ Im Mietverhältnis sind die Erwartungen weiterhin nicht statisch auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses fixiert, sondern können sich im Laufe der Zeit verändern. Dies zu ignorieren, würde dem Charakter des Mietverhältnisses als Dauerschuldverhältnis widersprechen. Die Erhaltungspflicht ist daher dynamisch zu bestimmen, unter Berücksichtigung einer Änderung der Gesetzeslage.⁶⁶ Soweit es, wie hier, um klimarelevante Vorschriften geht, spricht auch die verfassungsrechtliche Wertung des Art. 20a GG für einen Anspruch des Mieters.⁶⁷ Das Ziel des Klimaschutzes gewinnt mit Blick auf die globale Erwärmung zunehmend an Bedeutung für die Rechtssetzung und -anwendung.⁶⁸ Es findet berechtigterweise auch zunehmend Eingang in die Auslegung des Privatrechts, einschließlich des Mietrechts.⁶⁹ Eine sich wohl im Vordringen befindliche Ansicht bejaht deshalb mit Grund eine Verpflichtung des Vermieters nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB zur Einhaltung der Vorschriften der EnEV bzw. des GEG, unabhängig von einer sonstigen Beeinträchtigung des Mieters.⁷⁰ Dies muss dann auch für die neuen klimarelevanten⁷¹ Regelungen in §§ 71 Abs. 1, 72 Abs. 4 GEG gelten.⁷²

b) Einordnung als Modernisierung trotz Rechtspflicht gegenüber dem Mieter

Die Annahme einer Erhaltungspflicht des Vermieters gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB steht auf den ersten Blick der Einordnung gesetzlich geforderter Maßnahmen als Modernisierung entgegen. Unabhängig von einem Anspruch des Mieters soll eine Modernisierung zudem nach h.M. voraussetzen, dass der Vermieter eine Wahlmöglichkeit hat: Ist der Vermieter gezwungen, eine bessere Technik einzusetzen, weil die ursprünglich verwendete auf dem Markt nicht mehr verfügbar oder nicht mehr zugelassen ist,

⁶⁵ Vgl. Blank/Börstinghaus/Siegmund/Siegmund, 7. Aufl. 2023, § 535 Rn. 246; MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, § 536 Rn. 12.

⁶⁶ Vgl. Mayrhofer/Gsell, NZM 2020, 1065, 1067; Gsell, WuM 2022, 249, 250; siehe zum dynamischen Mangelbegriff auch schon Lehmann-Richter, MietRB 2010, 340, 343; vgl. auch zur Verschärfung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die dem Gesundheitsschutz dienen BayObIG, Rechtsentscheid in Mietsachen v. 4.8.1999 – RE-Miet 6/98, NZM 1999, 899, juris Rn. 21; vgl. außerdem BGH, Ur. v. 29.4.2015 – VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177, juris Rn. 28, wonach „eine Weiterentwicklung der Verkehrsanschauungen jedenfalls im Hinblick auf hinzunehmende Umwelteinwirkungen bei Fehlen konkreter vertraglicher Regelungen zum ‚Soll-Zustand‘ auch zu gewissen Anpassungen des vertraglich geschuldeten Standards einer Gebrauchsgewährung führen“ könne; BGH, Ur. v. 17.12.2014 – VIII ZR 88/13, NZM 2015, 198, juris Rn. 21, wonach „auch der Mieter einer nicht modernisierten Altbauwohnung [...] jedenfalls einen Mindeststandard erwarten kann, der ein zeitgemäßes Wohnen ermöglicht und den Einsatz der für die Haushaltsführung allgemein üblichen elektrischen Geräte erlaubt“ (m.w.N.); siehe aber auch BGH, Ur. v. 5.12.2018 – VIII ZR 271/17, NZM 2019, 16, juris Rn. 27, wo eine Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf die Beschaffenheit einer Wohnung bezüglich der Wärmedämmung verneint wurde, „insofern weder eine vergleichbare Veränderung der Lebensverhältnisse noch eine hierauf beruhende Erwartung des Wohnraummieters hinsichtlich des Mindeststandards einer Altbauwohnung gegeben ist“.

⁶⁷ Schwintowski, WuM 2006, 115, 118 f.; Gsell, NZM 2022, 481, 488, wo darauf hingewiesen wird, dass der Mindeststandard des „zeitgemäßen Wohnens“ (vgl. Fn. 66) im Lichte von Art. 20a GG interpretiert werden muss; vgl. auch zu den Nachhaltigkeitserwartungen des Käufers im Zusammenhang mit dem Mangelbegriff nach § 434 BGB dies., ZHR 187 (2023), 392, 410 ff.

⁶⁸ Vgl. nur den „Klimabeschluss“ des BVerfG, Beschl. v. 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18, BVerfGE 157, 30.

⁶⁹ Siehe etwa Gsell, NZM 2022, 481; Wischmeyer, NZM 2023, 406; Selk, NZM 2023, 393; Azizi/Dakovic, KlimR 2023, 234; Ekdardt/Schenderlein, WuM 2008, 179; Schwintowski, WuM 2006, 115.

⁷⁰ Artz, WuM 2008, 259, 262 f.; Lehmann-Richter, MietRB 2010, 340, 342 f.; MüKoBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, § 536 Rn. 12; Gsell, NZM 2022, 481, 488; Schwintowski, WuM 2006, 115, 118 f. (wo außerdem auf das Wirtschaftlichkeitsprinzip verwiesen wird); siehe auch Blank/Börstinghaus/Siegmund/Siegmund, 7. Aufl. 2023, § 535 Rn. 248: „Ob an der rechtsdogmatischen Behandlung einer ungünstigen energetischen Beschaffenheit der Mietsache EnEV, GEG und EnSimiMaV auch künftig nichts ändern [...], muss mit Blick auf die Preisexplosionen für Energie, die Sparwänge wegen der Begrenztheit der verfügbaren Ressourcen und die Klimaschutzentscheidung des BVerfG [...] (immer wieder) neu gefragt und beantwortet werden“.

⁷¹ Vgl. zum Ziel des Klimaschutzes die Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/6875, S. 1 f.

⁷² A.A. Lee, NZM 2023, 780, 782; Horst, MDR 2023, 1145, 1145 f.; Schmidt-Futterer/Streyll, 16. Aufl. 2024, § 536 Rn. 120.

soll keine modernisierende Instandsetzung, sondern eine reine Erhaltungsmaßnahme vorliegen.⁷³ Folgt man dem, läge jedenfalls keine Modernisierung vor, wenn der Vermieter anlässlich eines irreparablen Defekts nach § 71 Abs. 1 GEG über die Wiederherstellung hinausgehen muss oder wegen § 72 Abs. 4 GEG eine andere Heizungsanlage als die ursprüngliche installieren muss.⁷⁴

Dieses Ergebnis – keine Modernisierung – gerät allerdings in Konflikt mit §§ 556b Nr. 6, 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB.⁷⁵ Durch die Möglichkeit der Mieterhöhung bei Maßnahmen, die der Vermieter auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat, soll diesem gerade im Fall einer Verschärfung der öffentlich-rechtlicher Anforderungen an den Bauzustand eine Kostenumlage ermöglicht werden.⁷⁶ Würde man bei einer gesetzlichen Verpflichtung stets eine reine Erhaltung annehmen, liefen diese Vorschriften indes weitgehend leer. Insofern besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem – dynamisch zu bestimmenden – Erhaltungsanspruch des Mieters und dem Mieterhöhungsrecht des Vermieters.⁷⁷ Aufzulösen ist dies dadurch, dass in dem Fall, in dem die öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verpflichtungen des Vermieters parallel laufen, das Modernisierungsmietrecht trotz Vorliegen eines Anspruchs nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB angewandt wird und die Kosten, die ohne die Verschärfung der öffentlich-rechtlichen Anforderungen angefallen wären – wie bei sonstigen modernisierenden Instandsetzungen – nach Maßgabe von §§ 559 Abs. 2, 559c Abs. 1 S. 2, 559e Abs. 2 BGB berücksichtigt werden.⁷⁸ Mit Blick auf den Wortlaut des § 555b Nr. 6 BGB, der Erhaltungsmaßnahmen explizit ausklammert, erfordert dies freilich einen nicht unerheblichen Begründungsaufwand, der durch eine gesetzliche Klarstellung beseitigt werden sollte.

Unter der früheren Rechtslage, vor Inkrafttreten des MietRÄndG aus dem Jahr 2013,⁷⁹ bereitete es weniger Schwierigkeiten, eine Maßnahme vollumfänglich als Erhaltung zu qualifizieren – mit der Folge eines Anspruchs des Mieters – und zugleich dem Vermieter die Möglichkeit zur Mieterhöhung einzuräumen.⁸⁰ Denn damals wurde der Fall des fehlenden Vertretenmüssens nicht als „Modernisierung“ eingeordnet, sondern stellte eine eigenständige Variante im Mieterhöhungstatbestand des § 559 BGB a.F. dar. Es gab folglich – anders als heute – nicht zwei, sondern drei Kategorien von Maßnahmen: Erhaltung (§ 554 Abs. 1 BGB a.F.), Modernisierung (§§ 554 Abs. 2, 559 Abs. 1 Var. 1 bis Var. 3 BGB a.F.) und Maßnahmen aufgrund von Umständen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (§ 559 Abs. 1 Var. 4 BGB a.F.). § 559 BGB a.F. wurde durch das Mietrechtsreformgesetz aus dem Jahr 2001⁸¹ in

⁷³ Vgl. Lützenkirchen/Dickersbach, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 89, § 555a Rn. 14; Eisenschmid, WuM 2009, 624, 627; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, 16. Aufl. 2024, § 555a Rn. 9a; BeckOK MietR/Müller, 34. Ed., 1.8.2023, § 555a Rn. 24; siehe auch AG Hamburg-St. Georg, Urt. v. 26.7.2012 – 913 C 21/12, ZMR 2012, 964, juris Rn. 23; a.A. Staudinger/J. Emmerich, 2021, § 555a Rn. 7, wonach nicht auf die Wahlmöglichkeit, sondern auf eine Verbesserung für den Mieter abgestellt werden sollte; zustimmend Gsell, PiG 105 (2017), 21, 23; kritisch gegenüber dem Kriterium der Wahlmöglichkeit auch Horst, DWW 2013, 204, 211 f.; für Modernisierung auch Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 51a.

⁷⁴ Vgl. zu dieser Schlussfolgerung Gsell, PiG 105 (2017), 21, 23 zu § 10 Abs. 1 EnEV; siehe auch AG Hamburg-St. Georg, Urt. v. 26.7.2012 – 913 C 21/12, ZMR 2012, 964, juris Rn. 23.

⁷⁵ Vgl. MüKoBGB/Artz, 9. Aufl. 2023, § 555a Rn. 8 f.; Gsell, PiG 105 (2017), 21, 23.

⁷⁶ Vgl. Lehmann-Richter, MietRB 2010, 340, 343; siehe auch Gsell, PiG 105 (2017), 21, 23; zu § 555b Abs. 2 S. 2 BGB siehe Schmidt-Futterer/Börstinghaus, 16. Aufl. 2024, § 557b Rn. 39 mit rechtspolitischer Kritik.

⁷⁷ Lehmann-Richter, MietRB 2010, 340, 343.

⁷⁸ Vgl. MüKoBGB/Artz, 9. Aufl. 2023, § 555a Rn. 8 f.; Gsell, PiG 105 (2017), 21, 23; in diese Richtung auch dies., NZM 2022, 481, 488.

⁷⁹ Siehe dazu oben Fn. 36.

⁸⁰ So Lehmann-Richter, MietRB 2010, 340, 343; umgekehrt verfährt Blank, WuM 2008, 311, 314 f. hinsichtlich Dämmmaßnahmen nach § 9 EnEV (Recht zur Mieterhöhung, aber kein Anspruch des Mieters, vgl. schon Fn. 58).

⁸¹ Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) v. 19.6.2001, BGBl. 2001 I 1149.

Anlehnung an § 3 MHG in das BGB aufgenommen.⁸² Dem damaligen Konzept lag vor allem die Erwägung zugrunde, dass dem Mieter im Fall des fehlenden Vertretenmüssens der bei Modernisierungen vorgesehene Härteeinwand gegen die Maßnahme (§ 554 Abs. 2 S. 2 BGB a.F.) nicht zustehen sollte. Die Duldungspflicht sollte vielmehr nach § 242 BGB beurteilt werden.⁸³ Weder dem Wortlaut noch der Systematik oder dem Zweck der früheren Vorschriften lässt sich entnehmen, dass eine Maßnahme nicht zugleich der ersten *und* der dritten Kategorie zuzuordnen sein konnte. In diese Richtung deutet auch eine Entscheidung des BGH, in der dieser ausführte, dass bauliche Maßnahmen, die der Vermieter aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung durchzuführen hat, vom Mieter gem. § 242 BGB zu dulden seien, „soweit es sich nicht schon um ohnehin gem. § 554 Abs. 1 BGB hinzunehmende Erhaltungsmaßnahmen handelt“.⁸⁴

Das heutige Konzept geht auf das MietRändG aus dem Jahr 2013 zurück. Die Aufnahme der dritten Kategorie in den Katalog des § 555b BGB sollte eine „konsistente Bezugnahme“ bei den Vorschriften über die Duldung und die Mieterhöhung ermöglichen.⁸⁵ Die Bundesregierung ging ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien davon aus, dass „die nicht zu vertretenden Maßnahmen zu den anderen dort aufgeführten Maßnahmen eine größere Nähe aufweisen als zu Erhaltungsmaßnahmen“.⁸⁶ Es gehe dabei „nicht um die Erhaltung der Mietsache, sondern – wie bei den übrigen Modernisierungsmaßnahmen auch – regelmäßig um ihre Veränderung“.⁸⁷ Außerdem würden die Maßnahmen ebenfalls zur Mieterhöhung berechtigen.⁸⁸ Einen dynamischen Soll-Zustand hatte man bei dieser Änderung offenbar nicht im Blick.⁸⁹ Legt man einen solchen zugrunde, gerät, wie dargestellt, der Wortlaut von § 555b Nr. 6 BGB mit den Zwecken der §§ 555b Nr. 6, 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB in Konflikt. Um diese Zwecke dennoch zu erreichen, ist unter dem geltenden Recht eine einschränkende, teleologische Auslegung des Begriffs „Erhaltung“ erforderlich: Anders als bei der Bestimmung der Duldungspflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB ist kein dynamischer, sondern ein statischer Maßstab anzulegen. „Erhaltungsmaßnahmen“ i.S.v. § 555b Nr. 6 BGB sind also nur solche, die auch nach den Standards bei Vertragsschluss geschuldet wären.⁹⁰ Eine solche Auslegung führt bei Maßnahmen in Erfüllung von

⁸² Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum Mietrechtsreformgesetz, BT-Drs. 14/4553, S. 58. § 3 Abs. 1 MHG fasste den Fall des fehlenden Vertretenmüssens ebenfalls nicht unter den Begriff der „Modernisierung“. Die Duldungspflicht des Mieters war dort allerdings nicht geregelt, diese ergab sich vor Inkrafttreten des Mietrechtsreformgesetzes aus §§ 541a, 541b BGB a.F. bzw. aus § 242 BGB; zur Entstehung des § 559 BGB siehe auch BeckOGK BGB/Schindler, 1.1.2024, § 559 Rn. 2 ff.

⁸³ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 14/4553, S. 49; siehe auch BGH, Versäumnisurt. v. 4.3.2009 – VIII ZR 110/08, NZM 2009, 394, juris Rn. 13 ff.

⁸⁴ BGH, Versäumnisurt. v. 4.3.2009 – VIII ZR 110/08, NZM 2009, 394, juris Rn. 13, 16.

⁸⁵ Gegenäußerung der Bundesregierung zu einer kritischen Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 17/10485, S. 44.

⁸⁶ Gegenäußerung der Bundesregierung zu einer kritischen Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 17/10485, S. 44.

⁸⁷ Gegenäußerung der Bundesregierung zu einer kritischen Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 17/10485, S. 44.

⁸⁸ Gegenäußerung der Bundesregierung zu einer kritischen Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 17/10485, S. 44; kritisch zur Aufnahme dieses Falls in § 555b Nr. 2 BGB und der damit verbundenen Geltung des Härteeinwands nach § 555d Abs. 2 BGB etwa Staudinger/J. Emmerich, 2021, § 555b Rn. 35.

⁸⁹ Vgl. Gsell, NZM 2022, 481, 488, wonach der Gesetzgeber bei der Schaffung von § 555b Nr. 6 BGB möglicherweise nicht im Auge hatte, „dass dem Klimaschutz einmal eine solche Dringlichkeit und ein solches Gewicht zukommen würde, dass der Mieter auch im Bestandsmietvertrag die Einhaltung der EnEV- bzw. neuerdings der GEG-Vorgaben als energetischen Mindeststandard würde verlangen können“.

⁹⁰ Siehe auch Gsell, NZM 2022, 481, 488, wo erwogen wird, trotz Anspruch des Mieters auf Einhaltung der EnEV- bzw. GEG-Vorgaben „die Ausnahmen zugunsten der Erhaltungskosten in § 555b Nr. 6 BGB und § 559 II BGB einschränkend auszulegen und dementsprechend entgegen dem Wortlaut eine (anteilige) Umlagefähigkeit der Kosten für Maßnahmen aufgrund zwingender öffentlich-rechtlicher Modernisierungsgebote gleichwohl anzuerkennen“.

öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu interessengerechten Lösungen: Muss der Vermieter die Maßnahmen bereits bei Vertragsschluss durchführen, kann er die hierfür anfallenden Kosten bei der Vertragsgestaltung berücksichtigen.⁹¹ Entstehen die Pflichten dagegen erst später, ist ihm dies nicht in vergleichbarer Weise möglich. Entsprechend ist das Modernisierungsrecht anwendbar und es kommt eine Mieterhöhung in Betracht. Die Kürzung der umlagefähigen Kosten um den Erhaltungsanteil nach § 559 Abs. 2 BGB ist – sofern keine Pauschalierung erfolgt (§§ 559c Abs. 1 S. 2, 559e Abs. 2 BGB) – ebenfalls anhand des ursprünglich geschuldeten Zustands vorzunehmen.

Diese Auslegung von § 555b Nr. 6 BGB führt zu einer Aufweichung des herkömmlichen Verhältnisses von Erhaltungsmaßnahmen einerseits und Modernisierungsmaßnahmen andererseits. Sie wirft damit die Folgefrage auf, ob sich der Vermieter, der in Erfüllung von § 71 Abs. 1 GEG und § 535 Abs. 1 S. 2 BGB handelt, auch auf § 555b Nr. 1a BGB – und die hierfür geltenden Sonderregeln – berufen kann oder lediglich § 555b Nr. 6 BGB angewandt werden kann. Die besseren Argumente sprechen dafür, Ersteres zu bejahen. Der grundsätzliche Ausschluss von reinen Erhaltungsmaßnahmen ist hier, anders als in § 555b Nr. 6 BGB, gar nicht ausdrücklich geregelt, sondern wird der Systematik entnommen – der Mieter soll für Maßnahmen, auf die er einen Anspruch hat, nichts bezahlen müssen.⁹² Das herkömmliche Verhältnis ist aber nicht zwingend und berücksichtigt, wie gesehen, nicht hinreichend, dass sich der Soll-Zustand verändern kann. Die Anwendung von § 555b Nr. 1a BGB erscheint auch besser vereinbar mit den Intentionen des Gesetzgebers: In den Materialien zum Heizungsgesetz ist davon die Rede, dass „auch“ der freiwillige Einbau einer 65 %-konformen Heizungsanlage erfasst sein soll, was nahe legt, dass der Gesetzgeber den Fall einer Verpflichtung ebenfalls regeln wollte.⁹³ Die Rückausnahmen in §§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Hs. 2, 559e Abs. 4, 557b Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB zeigen zudem, dass davon ausgegangen wurde, dass die Voraussetzungen des § 555b Nr. 1a BGB und des § 555b Nr. 6 BGB gleichzeitig vorliegen können. Möchte man diese Vorschriften nicht weitgehend leerlaufen lassen und zugleich am Anspruch des Mieters auf Einhaltung der GEG-Vorhaben festhalten, muss man zumindest für die in § 555b Nr. 1a BGB geregelten Fälle anerkennen, dass das Modernisierungsrecht auch bei

⁹¹ *Lehmann-Richter*, MietRB 2010, 340, 343.

⁹² Vgl. zu diesem Gedanken *Lehmann-Richter*, MietRB 2010, 340, 343; Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 47; siehe auch *Staudinger/J. Emmerich*, 2021, § 555b Rn. 7.

⁹³ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96 und dazu *Lee*, NZM 2023, 780, 789; siehe auch Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, 16. Aufl. 2024, § 555b Rn. 67a, wo darauf hingewiesen wird, dass es für die Pflicht nach § 71 GEG unerheblich ist, ob der Eigentümer freiwillig eine neue Heizungsanlage einbaut oder hierzu mietvertraglich verpflichtet ist.

einer Erhaltungspflicht des Vermieters anwendbar sein kann.⁹⁴ Auch beim Erlass des Heizungsgesetzes wurde der dynamische Soll-Zustand wohl nicht berücksichtigt.⁹⁵

Nach alledem wird im Folgenden davon ausgegangen, dass das Modernisierungsrecht nicht versperrt ist, wenn der Vermieter den Heizungstausch in Erfüllung der GEG-Vorgaben und seiner Vermieterpflicht gegenüber dem Mieter und ohne Wahlmöglichkeit vornimmt.⁹⁶ Entsprechend stellt sich dann die Frage, wann der Vermieter die hierzu führenden Umstände nicht zu vertreten hat.

3. Fehlendes Vertretenmüssen des Vermieters bei öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen

Nimmt der Vermieter die Maßnahme, z.B. einen Heizungstausch, in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, z.B. nach §§ 71 Abs. 1, 72 Abs. 2 GEG vor, liegt grundsätzlich ein Fall des fehlenden Vertretenmüssens i.S.v. § 555b Nr. 6 BGB vor, und zwar – entgegen einer vielfach vertretenen Ansicht – auch dann, wenn er die Verpflichtung bei Vertragsschluss vorhersehen konnte (a). Dies entspricht dem allgemeinen Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 Alt. 2, Abs. 2 BGB, von dem hier weder generell noch für den konkreten Fall des Heizungstauschs (b) abzuweichen ist.

a) Fehlendes Vertretenmüssen grundsätzlich auch bei Vorhersehbarkeit

Unter welchen Voraussetzungen ein Heizungstausch aufgrund von Umständen durchgeführt wird, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, ist umstritten. Nach *Lee* soll ein Vertretenmüssen schon gegeben sein, wenn die absoluten Betriebsverbote oder die begrenzte juristische Lebensdauer einer Übergangsheizung bei Abschluss des Mietvertrages *vorhersehbar* waren.⁹⁷ Dagegen ist nach *Börstinghaus* die *Freiwilligkeit* der Maßnahme entscheidend.⁹⁸ An der Freiwilligkeit und damit am Vertretenmüssen soll es fehlen, wenn die Maßnahme gesetzlich vorgeschrieben ist, auch wenn diese vorhersehbar war.⁹⁹ Zu den gesetzlich vorgeschriebenen Maßnahmen zählt *Börstinghaus* grundsätzlich sowohl unbedingte Maßnahmen als auch bedingte Maßnahmen, sofern der Eintritt der Bedingung unausweichlich geworden ist.¹⁰⁰

⁹⁴ In diese Richtung *Gsell*, NZM 2022, 481, 488 (siehe Fn. 90). Es ließe sich überlegen, ob diese Erwägungen auch greifen, wenn der Vermieter, der keine wirksame Schönheitsreparaturklausel vereinbart hat, Schönheitsreparaturen vornimmt und dabei über den ursprünglichen Dekorationszustand hinausgeht, weil dessen Wiederherstellung nicht praktikabel oder jedenfalls wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Auf Grundlage eines dynamischen Soll-Zustands kann hier der Mieter einen Anspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB auf Vornahme der Maßnahme haben, vgl. *Mayrhofer/Gsell*, NZM 2020, 1065, so dass nach allgemeinen Grundsätzen keine Modernisierungsmaßnahme vorliegt. Entsprechend den obigen Ausführungen könnte indes erwogen werden, §§ 555b ff. BGB dennoch anzuwenden. Allerdings ist hier schon zweifelhaft, ob eine „bauliche Veränderung“ i.S.v. § 555b BGB vorliegt. Jedenfalls ist bei Schönheitsreparaturen in der Regel kein Modernisierungstatbestand erfüllt: Eine Erhöhung des Gebrauchswerts (§ 555b Nr. 4) BGB wäre jedenfalls nicht „nachhaltig“. Es läge auch keine Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse „auf Dauer“ vor (§ 555b Nr. 5 BGB). Schließlich ist auch kein Fall des fehlenden Vertretenmüssens (§ 555b Nr. 6 BGB) gegeben, da die Folgen der Abnutzung der Wohnung in den vertraglichen Risikobereich des Vermieters (siehe dazu sogleich 3. b) fallen; vgl. dazu auch *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 51b. Der BGH bejaht in solchen Fällen eine Kostenbeteiligungspflicht des Mieters nach § 242 BGB, vgl. BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 163/18, BGHZ 226, 208; BGH, Urt. v. 8.7.2020 – VIII ZR 270/18, NZM 2020, 710. Hierdurch umgeht der BGH letztlich das Modernisierungsrecht, vgl. *Mayrhofer/Gsell*, NZM 2020, 1065, 1073.

⁹⁵ In der Begründung des Regierungsentwurfs wurde nur der Anspruch des Mieters im Fall einer Havarie oder eines Defekts der Heizungsanlage berücksichtigt, vgl. BT-Drs. 20/6875, S. 107.

⁹⁶ Etwas zu pauschal daher die Zustimmung zur h.M., wonach für eine Modernisierung eine Wahlmöglichkeit erforderlich ist, bei *Mayrhofer/Gsell*, NZM 2020, 1065, 1073. Siehe zur dort behandelten Thematik Fn. 94.

⁹⁷ *Lee*, NZM 2023, 780, 790 f.; siehe auch *Horst*, MDR 2023, 1145, 1146, wonach allerdings nicht „jede politisch diskutierte Maßnahme“ vorhersehbar sei.

⁹⁸ *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3197.

⁹⁹ *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3197; *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 118 f.

¹⁰⁰ *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 118.

Die Auffassung *Lees* scheint der herrschenden Auslegung des Begriffs „Vertretenmüssen“ im Modernisierungsrecht zu entsprechen. Dieses soll nur dann fehlen, wenn Umstände gegeben sind, die ein sorgfältiger Vermieter bei Vertragsschluss *weder* voraussehen *noch* vermeiden konnte.¹⁰¹ Diese Auslegung überzeugt allerdings nicht. Ausgangspunkt für die Bestimmung des Vertretenmüssens ist die allgemeine Vorschrift des § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁰² Danach hat der Schuldner Vorsatz und – hier relevanter – Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Der herrschende Maßstab ist strenger als der Fahrlässigkeitsmaßstab (aa). Indes lässt sich weder dem Gesetz noch dem Inhalt des Mietverhältnisses eine generelle Verschärfung zu Lasten des Vermieters entnehmen (bb).

aa) Fahrlässigkeit nur bei Vermeidbarkeit und Vorhersehbarkeit

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lasst (§ 276 Abs. 2 BGB).¹⁰³ Hierfür ist nicht zwingend eine Vertrags- oder Gesetzesverletzung erforderlich, auch wenn die Fahrlässigkeit im haftungsrechtlichen Kontext häufig an eine solche anknüpft und sich dort außerdem regelmäßig mit der Rechtswidrigkeit überschneidet.¹⁰⁴ Entscheidend ist nach allgemeinen Grundsätzen, dass der Umstand, auf den sich das Vertretenmüssen im konkreten Fall bezieht,¹⁰⁵ für den Betroffenen vorhersehbar *und* vermeidbar war,¹⁰⁶ wobei es auf die Kenntnisse und Fähigkeiten eines gewissenhaften Angehörigen des Verkehrskreises des Betroffenen ankommt.¹⁰⁷ Als Bezugspunkt des Vertretenmüssens des Vermieters nennen §§ 555b Nr. 6, 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB die Umstände, auf Grund derer der Vermieter die baulichen Maßnahmen durchgeführt hat.¹⁰⁸ Diese „Umstände“ sind in der hier erörterten Konstellation die neuen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen. Deren Erlass konnte ein gewissenhafter Vermieter in aller Regel nicht vermeiden.¹⁰⁹ Nach den allgemeinen Grundsätzen fehlt es schon deshalb an der Fahrlässigkeit, ohne dass es auf die Vorhersehbarkeit ankommt. Vermeidbarkeit und Vorhersehbarkeit müssen danach nämlich kumulativ vorliegen.

¹⁰¹ *Scholz*, WuM 1995, 87, 88 (zu § 3 MHG); ähnlich *Goliasch*, ZMR 1992, 129, 132 (zu § 3 MHG); *Kinne*, ZMR 2003, 396, 397; *Horst*, DWW 2013, 204, 209; *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 74; *Staudinger/J. Emmerich*, 2021, § 555b Rn. 37.

¹⁰² Hierauf wird z.B. verwiesen bei *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 74; *Staudinger/J. Emmerich*, 2021, § 555b Rn. 37; vgl. auch BVerwG, Beschl. v. 18.6.2013 – 5 B 28/13, GE 2013, 1468, juris Rn. 5 (zu § 6 Abs. 1 Neubaumietenverordnung 1970).

¹⁰³ Zur Geltung des Fahrlässigkeitsbegriffs des § 276 BGB „im ganzen Zivilrecht, vielleicht sogar darüber hinaus“ siehe *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 893 f.

¹⁰⁴ Zur grundsätzlichen Trennung von Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit vgl. *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 894 f. Die Details sind umstritten, vor allem im Haftungsrecht, müssen hier aber nicht näher beleuchtet werden. Von einer Rechtspflicht losgelöst wird das Verschulden und damit auch die Fahrlässigkeit insbesondere im Zusammenhang mit § 254 BGB verstanden, vgl. nur *MüKoBGB/Oetker*, 9. Aufl. 2022, § 254 Rn. 3; vgl. auch zum Mietrecht BGH, Urt. v. 24.2.1971 – VIII ZR 152/69, DB 1971, 769, 771 zur Zweiten Berechnungsverordnung a.F. (siehe auch sogleich vor und mit Fn. 117), wo – allerdings mit Hinweis auf § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB – ausgeführt wird, dass nicht nur eine Umfinanzierung, die „unter Verletzung des bestehenden Darlehens- oder Mietvertrages erfolgt sei“ zu vertreten sei.

¹⁰⁵ Zur Notwendigkeit der „Ausrichtung auf die besondere Rechtsfolge“ vgl. *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889, 894.

¹⁰⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 21.5.1996 – VI ZR 161/95, NJW-RR 1996, 980, juris Rn. 9 m.w.N.; *MüKoBGB/Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 53; *BeckOK BGB/Lorenz*, 68. Ed., 1.11.2023, § 276 Rn. 17; *BeckOGK BGB/Schaub*, 1.12.2023, § 276 Rn. 60, 65.

¹⁰⁷ Siehe nur BGH, Urt. v. 19.7.2018 – VII ZR 251/17, juris Rn. 18 m.w.N.

¹⁰⁸ Siehe zur Entstehungsgeschichte noch unten vor und mit Fn. 112.

¹⁰⁹ Vgl. *Hörndler*, ZMR 2023, 695, 699 zu § 557b Abs. 2 S. 2 BGB; ausnahmsweise kann die Vermeidbarkeit trotz rechtlicher Verpflichtung gegeben sein, nämlich dann, wenn der Vermieter in vorhersehbarer und vermeidbarer Weise die Verpflichtung herbeigeführt hat, vgl. *Staudinger/J. Emmerich*, 2021, § 555b Rn. 37 zu baupolizeilichen oder wohnungspflegerischen Anordnungen.

Zu einem anderen Ergebnis könnte man gelangen, indem man einen anderen Bezugspunkt oder Maßstab anlegt: Zur Begründung des Vorhersehbarkeitskriteriums wird angeführt, der Vermieter könne im Fall der Vorhersehbarkeit der Verpflichtungen die Maßnahmen und Kosten bereits bei der Vertragsgestaltung berücksichtigen.¹¹⁰ Diesem Gedanken könnte durch eine Verschiebung des *Bezugspunkts* der Fahrlässigkeit Rechnung getragen werden: Die wohl h.M.¹¹¹ führt dazu, dass nicht darauf abgestellt wird, ob der Vermieter hinsichtlich der *Umstände*, die zu den Maßnahmen führen, fahrlässig gehandelt hat, sondern darauf, ob der Vermieter die für ihn damit verbundenen *Folgen* – Kosten – erkennen und vermeiden konnte. Für eine solche Verschiebung besteht indes keine Rechtfertigung. Der Bezugspunkt der „Umstände“ wurde bei der Integration des Mieterhöhungsrechts in das BGB durch das Mietrechtsreformgesetz aus dem Jahr 2001 von § 3 MHG übernommen.¹¹² Bei der Schaffung von § 3 MHG durch das Zweite Wohnraumkündigungsschutzgesetz aus dem Jahr 1974¹¹³ wurde der Bezugspunkt der „Umstände“ sogar diskutiert und daher offenbar bewusst gewählt, wobei eine Anlehnung an § 11 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 Zweite Berechnungsverordnung a.F. erfolgte.¹¹⁴ Damit ist an dem im Wortlaut enthaltenen *Bezugspunkt* des Vertretenmüssens festzuhalten. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist auch kein von § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB abweichender *Maßstab* anzulegen.

bb) Keine generelle gesetzliche oder vertragliche Verschärfung

Grundsätzlich könnte man auf drei Wegen zu einem schärferen Maßstab für das Vertretenmüssen gelangen, wobei letztlich keiner überzeugt: Zunächst könnte in Abrede gestellt werden, dass § 276 BGB überhaupt *anwendbar* ist: § 276 BGB enthält als Regelung des Allgemeinen Teils des BGB zwar Grundsätze, die übergreifend auch für die im Besonderen Teil geregelten einzelnen Schuldverhältnisse gelten.¹¹⁵ Gegen die Anwendbarkeit der privatrechtlichen Vorschrift des § 276 BGB könnte aber möglicherweise sprechen, dass der Begriff des Vertretenmüssens im Modernisierungsrecht von öffentlichrechtlichen Vorschriften übernommen wurden. Nach der Begründung des Regierungsentwurfs zu § 3 MHG, der Vorgängerregelung von § 559 BGB, lehnt sich die Vorschrift „an die Regelungen für preisgebundene Wohnungen und an § 32 des Städtebauförderungsgesetzes an“.¹¹⁶ Im öffentlichen Recht wird der Begriff des Vertretenmüssens nicht immer nach § 276 BGB bestimmt.¹¹⁷ Des Weiteren könnte man zu einem anderen Maßstab gelangen, indem man § 276 BGB zwar anwendet, aber annimmt, dass i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB eine strengere Haftung *gesetzlich bestimmt* ist. Schließlich könnte eine solche aus dem *Inhalt des Mietvertrags* abgeleitet werden.

¹¹⁰ Lee, NZM 2023, 780, 790; siehe auch Staudinger/J. Emmerich, 2021, § 555b Rn. 37.

¹¹¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 97 und 101.

¹¹² Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 14/4553, S. 58.

¹¹³ Zweites Gesetz über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum (Zweites Wohnraumkündigungsschutzgesetz) v. 18.12.1974, BGBl. 1974 I S. 3603.

¹¹⁴ Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates in Anl. 2 zum Regierungsentwurf des Zweiten Gesetzes über den Kündigungsschutz für Mietverhältnisse über Wohnraum, BT-Drs. 7/2011, S. 16, wo explizit gefordert wurde, das Vertretenmüssen nicht auf die „baulichen Änderungen“, sondern auf diese „Umstände“ zu beziehen, was dann auch im Gesetzesentwurf übernommen wurde.

¹¹⁵ Vgl. Staudinger/J. Emmerich, 2021, § 555b Rn. 37: „§ 555b Nr 6 BGB ist eine zivilrechtliche Vorschrift, sodass für die Frage des Vertretenmüssens von § 276 BGB auszugehen ist“.

¹¹⁶ BT-Drs. 7/2011, S. 11; vgl. auch BeckOGK BGB/B. Schindler, 1.10.2023, § 559 Rn. 2.

¹¹⁷ Vgl. nur BVerwG, Urt. v. 19.2.2009 – 5 C 22/08, BVerwGE 133, 153, juris Rn. 23 zu § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StAG: „Der Begriff des ‚Vertretenmüssens‘ beschränkt sich [...] zwar nicht auf vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln (§ 276 Abs. 1 Satz 2 BGB). Erforderlich, aber auch ausreichend ist vielmehr, dass der Ausländer durch ein ihm zurechenbares Handeln oder Unterlassen adäquat-kausal die Ursache für den – fortdauernden – Leistungsbezug gesetzt hat“; siehe auch OLG Hamburg, Urt. v. 20.12.1974 – 1 U 56/74, MDR 1975, 493 zum Vertretenmüssen des Vermieters i.S.d. Zweiten Berechnungsverordnung a.F., wonach „bei zweckgerechter Gesetzesauslegung nicht schlicht auf die in § 276 BGB getroffene Begriffsbestimmung zurückgegriffen werden“ könne; vgl. auch BGH, Urt. v. 24.2.1971 – VIII ZR 152/69, DB 1971, 769, juris Rn. 29, wonach das Vertretenmüssen i.S.d. Verordnung nicht nur das erfasse, was verschuldet sei.

Gegen die ersten beiden Ansätze spricht, dass dem Gesetzgeber bei der Übertragung der öffentlich-rechtlichen Grundsätze in das BGB die Existenz des § 276 BGB wohl durchaus bewusst war. Er hätte einen anderen Begriff wählen oder ausdrücklich eine strengere Haftung i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB gesetzlich bestimmen können. Auch im öffentlichen Recht wird nur von § 276 BGB abgewichen, wenn ein Grund dafür besteht.¹¹⁸ Ein solcher ist hier nicht gegeben: Der Wortlaut der §§ 555b Nr. 6, 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB bietet keinen Anhaltspunkt für einen abweichenden Maßstab. Auch aus der Gesetzgebungsgeschichte, dem Zweck der Regelungen und der Systematik lässt sich das Erfordernis der fehlenden Vorhersehbarkeit nicht herleiten. In den Gesetzgebungsmaterialien wird dieses Kriterium nicht erwähnt. In der Begründung des Entwurfs zu § 3 MHG ist etwa von Veränderungen die Rede, „die dem Vermieter von dritter Seite aufgegeben werden und die er nicht zu vertreten hat, wie beispielsweise eine Umstellung auf Erdgas oder eine Änderung von Freileitungen in Erdleitungen“.¹¹⁹ Die Begründung zum Regierungsentwurf des MietRÄndG nennt als „Hauptfall“ von § 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BGB „Modernisierungsmaßnahmen, zu denen der Vermieter rechtlich verpflichtet ist“ und als Beispiel Maßnahmen, die „der Erfüllung sogenannter Nachrüstpflichten nach der Energieeinsparverordnung (EnEV) dienen (insbesondere § 10 EnEV)“.¹²⁰ Unter Bezugnahme hierauf geht auch der BGH davon aus, dass „Modernisierungsmaßnahmen, zu deren Durchführung der Vermieter rechtlich verpflichtet ist“ von § 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 BGB erfasst sind, ohne außerdem die Unvorhersehbarkeit zu verlangen.¹²¹ Der Zweck der §§ 555b Nr. 6, 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB spricht ebenfalls nicht für ein solches Kriterium: Durch die Regelungen soll verhindert werden, dass der Mieter Maßnahmen widersprechen kann, die der Vermieter öffentlich-rechtlich vorzunehmen hat (§§ 555b Nr. 6, 555d BGB),¹²² und, wie bereits erläutert, vor allem sichergestellt werden, dass der Vermieter diese Maßnahmen refinanzieren kann (§§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB)¹²³. Dass der Vermieter im Fall der Vorhersehbarkeit dieses Ergebnis auch durch vorausschauende vertragliche Regelungen erreichen kann, ist zweifelhaft. Die Kosten der erst künftig erforderlichen Maßnahmen dürften sich bei Vertragsschluss kaum kalkulieren und einpreisen lassen.¹²⁴ Die Berücksichtigung bei der Miete kann außerdem an einer sog. Mietpreispbremse (vgl. §§ 556d ff. BGB) scheitern.¹²⁵ Schließlich spricht in systematischer Hinsicht auch ein Umkehrschluss zu § 559c Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BGB gegen das Erfordernis

¹¹⁸ Vgl. etwa die Begründung der Beschränkung des Haftungsmaßstabs bei der Innenhaftung eines ehrenamtlich tätigen Vorsitzenden eines Schulzweckverbandes, BGH, Urt. v. 2.3.2017 – III ZR 271/15, juris Rn. 14 ff.; siehe auch Rn. 25, wo klargestellt wird, dass die Regelungen über zivilrechtliche Schuldverhältnisse in § 280 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. §§ 276 Abs. 1 S. 1, 278 Abs. 1 S. 1 BGB auf verwaltungsrechtliche Schuldverhältnisse entsprechend anzuwenden sind; vgl. dazu auch MüKoBGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 6. Bei § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StAG (siehe Fn. 117) wird das abweichende Verständnis damit begründet, dass es nicht um pflichtwidriges, schuldhaftes Verhalten gehe, sondern um eine „wertneutrale“ Zurechnung, vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 1.7.1997 – 25 A 3613/95, juris Rn. 6.

¹¹⁹ BT-Drs. 7/2011, S. 11.

¹²⁰ BT-Drs. 17/10485, S. 25.

¹²¹ BGH, Urt. v. 9.10.2019 – VIII ZR 21/19, NZM 2019, 928, juris Rn. 41; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.6.2015 – VIII ZR 290/14, NZM 2015, 587, juris Rn. 13 ff. zu § 556b Nr. 6 BGB (bestätigt in BGH, Urt. v. 24.5.2023 – VIII ZR 213/21, NZM 2023, 416, juris Rn. 17 ff.); BGH, Urt. v. 17.12.2008 – VIII ZR 41/08, NZM 2009, 150, juris Rn. 15 zu § 559 Abs. 1 Var. 4 BGB a.F.; OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 6.12.2012 – OVG 5 B 1.12, ZMR 2013, 583, juris Rn. 31 ff. sowie BVerwG, Beschl. v. 18.6.2013 – 5 B 28/13, GE 2013, 1468, juris Rn. 5 zu § 6 Abs. 1 Neubaumietenverordnung 1970; vgl. auch *Hörndler*, ZMR 2023, 695, 699.

¹²² Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs des Mietrechtsreformgesetzes, BT-Drs. 14/4553, S. 49 (der allerdings noch eine Duldungspflicht nach § 242 BGB annahm, siehe dazu oben unter 2. b).

¹²³ Vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 118 mit rechtspolitischer Kritik; kritisiert wird auch die Ausnahme von der Jahressperrfrist bei der Indexmiete nach § 557b Abs. 2 S. 2 BGB, vgl. Schmidt-Futterer/*Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 557b Rn. 39; Staudinger/*J. Emmerich*, 2021, § 557b Rn. 36, wo insbesondere die unterschiedliche Behandlung im Vergleich zur Staffelmiete in Frage gestellt wird.

¹²⁴ *Hörndler*, ZMR 2023, 695, 699; *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3197. Insofern besteht ein Unterschied zu Verpflichtungen, die schon bei Vertragsschluss bestehen, vgl. dazu oben vor und mit Fn. 91.

¹²⁵ *Hörndler*, ZMR 2023, 695, 699; *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3197.

der Unvorhersehbarkeit:¹²⁶ § 559c Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BGB enthält eine Ausnahme von der nach einer Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren grundsätzlich geltenden Sperrfrist (§ 559c Abs. 4 S. 1 BGB) für den Fall, dass der Vermieter in diesem Zeitraum Modernisierungsmaßnahmen aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung durchzuführen hat und er diese Verpflichtung bei Geltendmachung der Mieterhöhung im vereinfachten Verfahren nicht kannte oder kennen musste.¹²⁷ Hier wird explizit auf die Unvorhersehbarkeit abgestellt. Der Gesetzgeber hat aber weder im Zuge des Mietrechtsanpassungsgesetz aus dem Jahr 2018,¹²⁸ durch das § 559c Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BGB eingeführt wurde, noch bei der Reform durch das Heizungsgesetz im Jahr 2023 die Vorschriften, die stattdessen auf das fehlende Vertretenmüssen abstellen, an diesen – von § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, Abs. 2 BGB abweichenden – Maßstab angepasst.¹²⁹

Auch aus dem *Inhalt des Mietverhältnisses*, insbesondere aus der vertraglichen Risikoverteilung, lässt sich keine generelle Verschärfung herleiten. Nach *Dickersbach* fehlt es nur dann am Vertretenmüssen des Vermieters, wenn die „Maßnahmen nicht in seinen Risikobereich fallen und auch bei einer ordnungsgemäßen Bewirtschaftung angefallen wären“.¹³⁰ Für die ordnungsgemäße Bewirtschaftung soll es auf das „Verhalten eines Vermieters, der die Wohnung selbst bewohnt und Modernisierungskosten nicht auf Dritte umlegen kann“ ankommen.¹³¹ Dieses zweite Kriterium entspricht grundsätzlich dem Fahrlässigkeitsmaßstab des § 276 Abs. 2 BGB.¹³² Da die Einhaltung – auch vorhersehbarer – öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen zu der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung in diesem Sinne gehört, folgt daraus keine Einschränkung. Zu überlegen wäre allerdings, ob eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu dem „Risikobereich“ des Vermieters gehören kann.¹³³ Die Zugehörigkeit eines Umstands zu dem Risikobereich einer Partei genügt als solche nicht für die Fahrlässigkeit. Allerdings könnte insofern eine (konkludente) vertragliche Verschärfung i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB vorliegen.¹³⁴ Ein Vertretenmüssen aufgrund Risikozuordnung wird außerhalb des Mietrechts beispielsweise bei § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BGB bejaht¹³⁵ sowie bei der Frage, ob ein Zahlungsschuldner bei einem behördlichen Zahlungsverbot in Verzug gerät (§§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB)¹³⁶. Schlussendlich ist allerdings auch dieser Ansatz abzulehnen: Die nachträgliche Verschärfung öffentlich-rechtlicher Vorgaben an den

¹²⁶ Vgl. *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3197.

¹²⁷ Wann von einem Kennenmüssen auszugehen ist, ist unklar, vgl. nur *Artz/Börstinghaus*, NZM 2019, 12, 20 f. Entsprechend herrscht unter denjenigen, die für das fehlende Vertretenmüssen die fehlende Vorhersehbarkeit verlangen, kein Konsens darüber, wann von Vorhersehbarkeit auszugehen ist, vgl. einerseits *Lee*, NZM 2023, 780, 790; andererseits *Horst*, MDR 2023, 1145, 1146.

¹²⁸ Gesetz zur Ergänzung der Regelungen über die zulässige Miethöhe bei Mietbeginn und zur Anpassung der Regelungen über die Modernisierung der Mietsache (Mietrechtsanpassungsgesetz – MietAnpG) v. 18.12.2018, BGBl 2018 I S. 2648.

¹²⁹ Vgl. *Schmidt-Futterer/Börstinghaus*, 16. Aufl. 2024, § 559 Rn. 118a.

¹³⁰ *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 74; siehe auch *Hannemann/Wiegner MAH Mietrecht/Lutz*, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 228.

¹³¹ *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 74.

¹³² Allerdings ist auch bei *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 74 zuvor die Rede von Maßnahmen, „die ein Durchschnittsvermieter weder vorhersehen noch vermeiden und deshalb bei der Mietkalkulation nicht berücksichtigen konnte“.

¹³³ Vgl. auch OLG Hamburg, Urt. v. 20.12.1974 – 1 U 56/74, MDR 1975, 493 (zur Zweiten Berechnungsverordnung a.F.): „Dem Risikobereich des Mieters zuzurechnen und in diesem Sinne vom Vermieter ‚nicht zu vertreten‘ sind alle Kostensteigerungen, die die ordnungsgemäße Verwaltung des Mietobjekts *als solche* unvermeidbar mit sich bringt.“

¹³⁴ Vgl. *MüKoBGB/Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 171; siehe auch *Hannemann/Wiegner MAH Mietrecht/Lutz*, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 228, wonach das Vertretenmüssen in § 555b Nr. 6 BGB abweichend von § 276 BGB zu verstehen sei.

¹³⁵ *BeckOGK BGB/Schall*, 1.10.2023, § 346 Rn. 591; zu § 324 BGB a.F. siehe etwa BGH, Urt. v. 18.10.2001 – III ZR 265/00, NJW 2002, 595, juris Rn. 9; jeweils m.w.N.

¹³⁶ BGH, Urt. v. 12.3.2013 – XI ZR 227/12, BGHZ 197, 21, juris Rn. 55.

Bauzustand des Mietobjekts lässt sich, auch wenn sie bei Vertragsschluss vorhersehbar war, weder dem alleinigen Risikobereich des Vermieters noch dem des Mieters zuzuweisen.¹³⁷ Die Regelungen in §§ 555b Nr. 6, 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB zeigen gerade, dass der Vermieter im Regelfall die damit verbundenen Kosten nicht allein tragen soll. Eine hiervon abweichende Risikoverteilung müsste daher im konkreten Vertrag vereinbart werden.

b) Keine abweichende vertragliche Risikoverteilung im konkreten Fall des Heizungstauschs

Im konkreten Fall des Heizungstauschs besteht kein Grund, von dem dargestellten Maßstab abzuweichen. In der Literatur wurde teilweise die Ansicht vertreten, Maßnahmen zur Einhaltung der Vorgaben der EnEV seien dem Risikobereich des Vermieters zuzuordnen.¹³⁸ Dieser Gedanke könnte auf das GEG übertragen werden. Eine solche Risikoordnung überzeugt allerdings nicht: §§ 71 ff. GEG dienen dem Klimaschutz im Gebäudebereich.¹³⁹ Hieran haben sowohl Vermieter als auch Mieter mitzuwirken. Insofern entspricht es gerade der – neutralen – Risikoverteilung, einerseits den Vermieter gegenüber dem Mieter zur Einhaltung der GEG-Vorgaben zu verpflichten, andererseits dem Vermieter die Möglichkeit der Mieterhöhung infolge der Installation der neuen Heizungsanlage i.e.S. und der notwendigen Begleitmaßnahmen einzuräumen.¹⁴⁰ Dies gilt aus den soeben genannten Gründen auch dann, wenn die Verpflichtungen nach dem GEG bei Vertragsschluss vorhersehbar waren.

4. Ergebnis

Der Vermieter hat die Umstände, auf Grund derer die baulichen Veränderungen – etwa die Installation einer neuen Heizungsanlage und die notwendigen Begleitmaßnahmen – vorgenommen werden, nicht zu vertreten i.S.v. § 555b Nr. 6 BGB, wenn er in Erfüllung nachträglich entstandenen öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen handelt. Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ihm infolge eines irreparablen Defekts und mangels Geltung einer Ausnahmeregelung nichts anderes übrig bleibt, als eine 65 %-konforme Heizungsanlage einzubauen oder aufzustellen (§ 71 Abs. 1 GEG), oder weil ein absolutes Betriebsverbot greift (§ 72 GEG). Dies hat zur Folge, dass der Vermieter den Einbau oder die Aufstellung der 65 %-konformen *Heizungsanlage i.e.S.* sowohl auf § 555b Nr. 1a BGB als auch auf § 555b Nr. 6 BGB stützen kann. Notwendige *Begleitmaßnahmen* fallen (nur) unter § 555b Nr. 6 BGB.

Dies ermöglicht grundsätzlich eine einheitliche Behandlung der Heizungsanlage i.e.S. und der Begleitmaßnahmen hinsichtlich der Duldung (§ 555d BGB) und der Ankündigung (§ 555c BGB) der Maßnahmen. Unterschiede bleiben bei der Mieterhöhung: Der Mieterhöhungstatbestand des § 559e BGB ist nur für die Heizungsanlage eröffnet.¹⁴¹ Außerdem ist der Härteeinwand des Mieters hinsichtlich der Begleitmaßnahmen ausgeschlossen, wohingegen er hinsichtlich der Heizungsanlage geltend gemacht werden kann (§§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 559e Abs. 4, 559c Abs. 1 S. 3 BGB). Bei der Indexmiete greift die Sperrfrist nur hinsichtlich der Heizungsanlage (§ 557b Abs. 2 S. 2 BGB).¹⁴² Die Regelungen zum Härteeinwand wurden während des Gesetzgebungsverfahrens von beiden Seiten angegriffen, zum Teil wurde die neue Sonderregel für die Heizungsanlage kritisiert,¹⁴³ andernorts wurde die Abschaffung der

¹³⁷ Ähnlich *Börstinghaus*, PiG 73 (2006), 39, 48 zur Fortentwicklung technischer Standards; nach der dort von *Börstinghaus* vertretenen Auffassung soll eine solche den Soll-Zustand jedoch nur beeinflussen können, wenn dadurch die Geschäftsgrundlage i.S.v. § 313 BGB verändert wird.

¹³⁸ *Eisenschmid*, WuM 2009, 624, 627 f. zu § 9 EnEV, der entsprechend die Möglichkeit einer Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 Var. 4 BGB a.F. verneint; kritisch *Lützenkirchen/Dickersbach*, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 78a.

¹³⁹ Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/6875, S. 1 f.

¹⁴⁰ Siehe dazu auch schon oben unter 2.

¹⁴¹ *Börstinghaus*, MietRB 2024, 17, 18.

¹⁴² Die in § 559 Abs. 3a S. 3 BGB vorgesehene Sonder-Kappungsgrenze (vgl. auch § 559e Abs. 3 S. 1 BGB) dürfte ebenfalls nur für die Heizungsanlage i.e.S. gelten, nicht für die notwendigen Begleitmaßnahmen, vgl. *Börstinghaus/Meyer Das neue GEG/Börstinghaus*, 2024, § 3 Rn. 90, 112.

¹⁴³ Vgl. Stellungnahme v. Haus & Grund zur Formulierungshilfe des BMWK für einen Änderungsantrag der Fraktionen von SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des

bestehenden Ausnahmen für die Fälle des fehlenden Vertretenmüssens gefordert¹⁴⁴. Das Ergebnis des teilweisen Ausschlusses führt nun, wenn Begleitmaßnahmen erforderlich sind, bei einer Härte zu einer Verteilung der Kosten für den Umstieg auf eine 65 %-konforme Heizung.

IV. Freiwilliger Heizungstausch

In einer nicht unerheblichen Anzahl von Fällen wird der Vermieter allerdings die 65 %-konforme Heizungsanlage installieren, ohne dass er in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung handelt. Anlass kann z.B. ein reparabler Defekt sein oder die Aussicht auf eine attraktive staatliche Förderung.¹⁴⁵ Auch im Fall eines irreparablen Defekts handelt der Vermieter nicht in Erfüllung von § 71 Abs. 1 GEG, wenn er die Möglichkeit hat, eine Übergangsregel oder eine Befreiung in Anspruch zu nehmen.¹⁴⁶ Insbesondere Übergangslösungen können für den Vermieter aufgrund der begrenzten Lebensdauer wirtschaftlich unattraktiv sein, so dass er die 65 %-Vorgabe häufig freiwillig erfüllen wird.¹⁴⁷

Der freiwillige Heizungstausch, mit dem der Vermieter über seine Erhaltungspflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB hinausgeht, stellt jedenfalls keine reine Erhaltungsmaßnahme dar, so dass der Anwendungsbereich der §§ 555b ff. BGB eröffnet ist.¹⁴⁸ Es stellt sich sodann die Frage, ob es auch im Fall freiwilliger Maßnahmen am Vertretenmüssen des Vermieters fehlen kann i.S.v. § 555b Nr. 6 BGB. Nach den allgemeinen Fahrlässigkeitsgrundsätzen, die, wie dargestellt, auch hier Anwendung finden, ist dies der Fall, wenn dem Vermieter das Unterlassen der Maßnahme nicht zumutbar ist (1.). Die Unzumutbarkeit ist mit Blick auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen. Beim Heizungstausch ist sie grundsätzlich gegeben, wenn der Vermieter dadurch die Vorgaben von § 71 oder § 72 GEG vorzeitig erfüllt und er zugleich ein wirtschaftliches Interesse an der vorzeitigen Erfüllung hat (2.).

1. Fehlendes Vertretenmüssen auch bei Unzumutbarkeit

Primärer Zweck der §§ 555b Nr. 6, 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB ist es, wie erläutert, die Fälle öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen zu erfassen. Dies geht aus den bereits zitierten Gesetzgebungsmaterialien hervor.¹⁴⁹ Auch in der Literatur werden hauptsächlich solche Fälle diskutiert.¹⁵⁰ Zugleich scheint allerdings anerkannt zu sein, dass in anderen Fällen das Vertretenmüssen ebenfalls fehlen kann („Hauptfall“,¹⁵¹ „insbesondere“¹⁵²). Dies entspricht den allgemeinen Fahrlässigkeitsgrundsätzen: Unvermeidbar oder unvorhersehbar kann ein Erfolg auch dann sein, wenn der Betroffene nicht rechtlich verpflichtet war, diesen herbeizuführen. Entscheidend ist, ob es einem Angehörigen des

Gebäudeenergiegesetzes (GEG), Juli 2023, S. 4 f.; BID-Stellungnahme zur Anhörung im Ausschuss für Klimaschutz und Energie am 03.07.2023 zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gebäudeenergiegesetzes und zur Änderung der Heizkostenverordnung sowie zur Änderung der Kehr- und Überprüfungsordnung vom 30.06.2023, S. 11 f.; jeweils online veröffentlicht unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw24-de-gebaeudeenergiegesetz-952846> (abrufbar am 5.3.2024).

¹⁴⁴ Vgl. Stellungnahme des Deutschen Mieterbundes im Rahmen der Anhörung zum Gebäudeenergiegesetz zu den Leitplanken der Ampel-Fraktionen zur weiteren Beratung des Gebäudeenergiegesetzes vom 13.06.2023 und zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gebäudeenergiegesetzes und zur Änderung der Heizkostenverordnung sowie zur Änderung der Kehr- und Überprüfungsordnung vom 17.05.2023, 21.6.2023, S. 19 f.; jeweils online veröffentlicht unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2023/kw24-de-gebaeudeenergiegesetz-952846> (abrufbar am 5.3.2024).

¹⁴⁵ Lee, NZM 2023, 780, 790.

¹⁴⁶ Lee, NZM 2023, 780, 789 f.

¹⁴⁷ Lee, NZM 2023, 780, 782.

¹⁴⁸ Vgl. Lützenkirchen/Dickersbach, 3. Aufl. 2021, § 555b Rn. 77 f., 89.

¹⁴⁹ Siehe vor und mit Fn. 119 und 120.

¹⁵⁰ Vgl. Staudinger/J. Emmerich, 2021, § 555b Rn. 37 f.: „vor allem“, „in erster Linie“; MüKoBGB/Artz, 9. Aufl. 2023, § 555b Rn. 26: „Insbesondere“; BeckOK MietR/Müller, 34. Ed., 1.8.2023, § 555b Rn. 90: „insbesondere“; siehe auch schon Scholz, WuM 1995, 87, 88 (zu § 3 MHG): „In der Regel“.

¹⁵¹ BT-Drs. 17/10485, S. 25.

¹⁵² MüKoBGB/Artz, 9. Aufl. 2023, § 555b Rn. 26; BeckOK MietR/Müller, 34. Ed., 1.8.2023, § 555b Rn. 90.

Verkehrskreises des Betroffenen „zumutbar“ war, den Erfolg vorherzusehen und zu vermeiden.¹⁵³ Was zumutbar ist, wird durch eine Interessenabwägung bestimmt.¹⁵⁴ Nach dem BGH bestimmt sich beispielsweise die Zumutbarkeit von Sicherheitsvorkehrungen „unter Abwägung der Wahrscheinlichkeit der Gefahrverwirklichung, der Gewichtigkeit möglicher Schadensfolgen und der Höhe des Kostenaufwands, der mit etwaigen Sicherheitsvorkehrungen einhergeht“.¹⁵⁵ In der Literatur wird auf verschiedene Weise versucht, die Abwägung weiter zu konkretisieren, etwa durch ökonomische Erwägungen.¹⁵⁶ Die Diskussion kann hier nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden.¹⁵⁷ Im Allgemeinen lässt sich die Zumutbarkeit eines Verhaltens, z.B. der Unterlassung einer baulichen Veränderung, anhand einer Gegenüberstellung der Kosten und des Nutzens des Verhaltens beurteilen.¹⁵⁸ Diese Kosten-Nutzen-Analyse ist allerdings nicht nur anhand von Geldwerten, sondern unter Einbeziehung gesetzlicher, insbesondere verfassungsrechtlicher, Wertungen durchzuführen; sie ist also in gewisser Weise „normativiert“.¹⁵⁹

Eine erste gesetzliche Wertung folgt hier aus der Systematik des Modernisierungsrechts. Zu überlegen wäre nämlich, ob das fehlende Vertretenmüssen schon daraus hergeleitet werden kann, dass der Mieter aufgrund eines Tatbestands nach § 555b Nr. 1 bis Nr. 7 BGB gem. § 555d BGB zur Duldung verpflichtet ist. Indes zeigen die *Sonderregeln* in §§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 557b Abs. 2 S. 2 BGB, dass nicht jede zu duldende Maßnahme zugleich ein Fall des fehlenden Vertretenmüssens sein kann. Die Duldungspflicht des Mieters im Fall der Vornahme der Maßnahme genügt somit nicht; erforderlich sind vielmehr weitere Umstände, die eine Nichtvornahme der Maßnahme unzumutbar machen. Welche Umstände dies sind, hängt von der jeweiligen Konstellation ab. Im Folgenden soll exemplarisch nur der Fall des vorzeitigen Heizungstauschs näher beleuchtet werden,¹⁶⁰ wobei sich einige der Erwägungen, etwa zum Klimaschutz, auf andere Konstellationen übertragen lassen dürften.

2. Unzumutbarkeit des Abwartens mit dem Heizungstausch

Zur Beurteilung der Unzumutbarkeit sind nach dem soeben Gesagten die verschiedenen Interessen in den Blick zu nehmen: Wie bereits angedeutet, kann der Vermieter ein wirtschaftliches Interesse an der freiwilligen Einhaltung der 65 %-Vorgabe haben. Im Fall eines Defekts kann die Reparatur der vorhandenen Heizung oder die Installation einer Überbrückungsheizung und die erst spätere Einhaltung der 65 %-Vorgabe, etwa bei einem erneuten Defekt, insgesamt teurer sein als eine sofortige Anpassung der Heizung an § 71 Abs. 1 GEG. Denkbar ist auch, dass die Konditionen der öffentlichen Förderung für eine vorzeitige Anpassung sprechen.¹⁶¹ Aus ähnlichen Gründen kann es für den Vermieter mitunter

¹⁵³ Vgl. BGH, Urt. v. 19.7.2018 – VII ZR 251/17, NJW 2018, 2956, juris Rn. 17 f.; MüKoBGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 81; BeckOGK BGB/*Schaub*, 1.12.2023, § 276 Rn. 67.

¹⁵⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 19.7.2018 – VII ZR 251/17, NJW 2018, 2956, juris Rn. 18; BeckOGK BGB/*Schaub*, 1.12.2023, § 276 Rn. 83. Die bei *Börstinghaus*, NJW 2023, 3193, 3197 als Kriterium des fehlenden Vertretenmüssens genannte „fehlende Freiwilligkeit“ ist somit nur *ein* Fall von § 555b Nr. 6 BGB.

¹⁵⁵ BGH, Urt. v. 19.7.2018 – VII ZR 251/17, NJW 2018, 2956, juris Rn. 18.

¹⁵⁶ Vgl. zu einer ökonomischen Analyse etwa *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl. 2020, S. 204 ff. m.w.N.; Versuche einer Konkretisierung und Systematisierung von Verkehrs- bzw. Verhaltenspflichten finden sich z.B. auch schon bei *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen von Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966, S. 259 ff.; *von Bar*, Verkehrspflichten, 1980, S. 112 ff.

¹⁵⁷ Überblicke bei MüKoBGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 60 ff.; BeckOGK BGB/*Schaub*, 1.12.2023, § 276 Rn. 85.

¹⁵⁸ Vgl. MüKoBGB/*Grundmann*, 9. Aufl. 2022, § 276 Rn. 62; MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, § 823 Rn. 530 f.

¹⁵⁹ Zum „normativierten *risk-utility-test*“ vgl. *Sommer*, Haftung für autonome Systeme, 2020, S. 293 zur Produzentenhaftung nach §§ 823 Abs. 1, 276 Abs. 2 BGB; siehe auch MüKoBGB/*Wagner*, 9. Aufl. 2024, Vor § 823 Rn. 87, § 823 Rn. 531, ebenfalls zum Deliktsrecht.

¹⁶⁰ Dagegen, dass beim freiwilligen Heizungstausch ein Fall des fehlenden Vertretenmüssens vorliegen kann, wohl *Börstinghaus/Meyer* Das neue GEG/*Börstinghaus*, 2024, § 3 Rn. 22, 49.

¹⁶¹ Vgl. *Lee*, NZM 2023, 780, 782. Vgl. zur Förderung § 89 GEG sowie die Richtlinie des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz für die Bundesförderung für effiziente Gebäude – Einzelmaßnahmen (BEG EM) v.

wirtschaftlich sinnvoll sein, dem absoluten Betriebsverbot in § 72 Abs. 4 GEG vorzeitig Rechnung zu tragen und den Heizkessel vor Ablauf des 31.12.2044 auszutauschen. Diesen Vermieterinteressen können allerdings Mieterinteressen entgegenstehen: Dem Mieter droht durch die Maßnahmen eine sofortige Mieterhöhung, die für ihn nicht immer dadurch kompensiert wird, dass Betriebskosten reduziert werden oder eine spätere Mieterhöhung vermieden wird oder geringer ausfällt. Unter Umständen ist er zu dem Zeitpunkt, in dem sich der frühe Austausch amortisiert, bereits ausgezogen.

Eine Abwägung der wirtschaftlichen Interessen von Vermieter und Mieter ermöglicht daher noch keine Bewertung des Abwartens als unzumutbar. Zu berücksichtigen ist allerdings außerdem das Ziel des Gesetzgebers, durch die Einbeziehung freiwilliger Maßnahmen in § 555b Nr. 1a BGB „Anreize für Vermieter [zu] schaffen, frühzeitig eine Umstellung vorzunehmen“.¹⁶² Daneben fällt das hinter den einfach gesetzlichen Regelungen stehende Ziel des Klimaschutzes,¹⁶³ welches, wie bereits dargestellt, Verfassungsrang hat (Art. 20a GG) und auch die Auslegung des privaten Mietrechts mitbestimmt,¹⁶⁴ erheblich ins Gewicht. Das Klimaschutzziel enthält gerade auch ein Abwägungsgebot,¹⁶⁵ das entsprechend bei der Bestimmung der Zumutbarkeit im Rahmen von § 555b Nr. 6 BGB zu berücksichtigen ist. Diese Wertungen und Interessen sprechen dafür, jedenfalls die vorzeitige Erfüllung der 65 %-Vorgabe als Fall des fehlenden Vertretenmüssens des Vermieters einzuordnen. Es stellt sich sodann die Frage, ob Entsprechendes gilt, wenn vorzeitig der Heizkessel i.S.v. § 72 GEG ausgetauscht wird. Insofern fehlt es an einer mit § 555b Nr. 1a BGB vergleichbaren Vorschrift.¹⁶⁶ Allerdings dienen auch die absoluten Betriebsverbote der Erfüllung des verfassungsrechtlich verankerten Klimaschutzziels. Das Wort „längstens“ in § 72 Abs. 4 GEG soll nach der Begründung des Regierungsentwurfs sicherstellen, dass kein Vertrauensschutz dahingehend entsteht, dass mit fossilen Brennstoffen beschickte Heizkessel tatsächlich bis zum 31.12.2044 betrieben werden dürfen,¹⁶⁷ was als Appell zur vorzeitigen Umstellung verstanden werden kann. Im Ergebnis spricht viel dafür, die Unzumutbarkeit generell zu bejahen, wenn der Vermieter mit den Maßnahmen zukünftige öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, die dem Klimaschutz dienen, vorzeitig erfüllen möchte und außerdem an der vorzeitigen Erfüllung ein wirtschaftliches Interesse hat.

Im Folgenden sollen zwei denkbare Einwände gegen dieses Ergebnis entkräftet werden: Dagegen könnte zunächst ein Umkehrschluss aus §§ 555b Nr. 2, 559 Abs. 1 BGB angeführt werden. Danach berechtigt die nachhaltige Einsparung erneuerbarer Primärenergie oder der nachhaltige Schutz des Klimas für sich genommen gerade *nicht* zur Mieterhöhung.¹⁶⁸ Die Anwendung von § 555b Nr. 6 BGB bei

21.12.2023, BAnz AT 29.12.2023 B1. Der dort vorgesehene sog. „Klimageschwindigkeits-Bonus“ wird allerdings nur selbstnutzenden Eigentümern für die selbstgenutzte Wohneinheit gewährt (vgl. 8.4.4.); siehe dazu auch Börstinghaus/Meyer Das neue GEG/Meyer, 2024, § 10 Rn. 11.

¹⁶² Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96; siehe auch Börstinghaus/Meyer Das neue GEG/Börstinghaus, 2024, § 3 Rn. 49, wo zwar davon ausgegangen wird, dass beim vorfristigen Tätigwerden des Vermieters kein Fall des fehlenden Vertretenmüssens nach § 557b Abs. 2 S. 2 BGB vorliege, zugleich jedoch ausgeführt wird: „Sinn macht das keinen, wenn man sich vor Augen führt, dass der Gesetzgeber lieber heute als morgen Vermieter dazu veranlassen will, Heizungsanlagen einzubauen, die die 65 %-Vorgabe für erneuerbare Energien erfüllen.“

¹⁶³ Vgl. Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung, BT-Drs. 20/6875, S. 1 f.

¹⁶⁴ Siehe etwa Gsell, NZM 2022, 481; Wischmeyer, NZM 2023, 406; Selk, NZM 2023, 393; Azizi/Dakovic, KlimR 2023, 234; Schwintowski, WuM 2006, 115; vgl. auch schon oben Fn. 69.

¹⁶⁵ Wischmeyer, NZM 2023, 406, 411 ff.; Gsell, NZM 2022, 481, 485 f.

¹⁶⁶ Zur Frage, ob der erneute Austausch einer bereits 65 %-konformen Anlage, der etwa mit Blick auf § 72 Abs. 4 GEG erfolgen könnte, von § 555b Nr. 1a BGB erfasst ist Lee, NZM 2023, 780, 788 f. (ablehnend).

¹⁶⁷ BT-Drs. 20/6875, S. 137.

¹⁶⁸ Anders als noch im Regierungsentwurf zum MietRändG vorgesehen (BT-Drs. 17/11894, S. 7, 18 ff.) ist die nachhaltige Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie in Bezug auf die Mietsache kein Fall der energetischen Modernisierung i.S.v. § 555b Nr. 1 BGB, vgl. dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 17/11894, S. 23, wonach nur Maßnahmen erfasst sein sollen, durch welche der Verbrauch von

klimaschützenden Maßnahmen könnte diese Wertung unterlaufen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Klimaschutz für § 555b Nr. 6 BGB nicht genügt: Der Vermieter muss außerdem eine rechtliche Vorgabe vorzeitig erfüllen und ein wirtschaftliches Interesse aufweisen. Dies wäre beispielsweise nicht der Fall, wenn der Vermieter die Möglichkeit einer *dauerhaften* Befreiung nach § 102 GEG hat.¹⁶⁹

Dem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber, wenn er der Ansicht gewesen wäre, auch freiwillige Maßnahmen seien von § 555b Nr. 6 BGB erfasst, auf eine Sonderregel in § 555b Nr. 1a BGB hätte verzichten können. Die Sonderregel wird hierdurch nicht überflüssig. Sie dient weiterhin der Eröffnung des speziellen Mieterhöhungstatbestands nach § 559e BGB sowie dem Erhalt des Härteeinwands (§§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Hs. 2, 559e Abs. 4, 559c Abs. 1 S. 3 Hs. 2 BGB) und der Jahressperrfrist bei der Indexmiete (§ 555b Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB), freilich begrenzt auf die Heizungsanlage i.e.S. Die Sonderregel in § 555b Nr. 1a BGB schließt es, wie auch aus den Gesetzgebungsmaterialien hervorgeht,¹⁷⁰ gerade nicht aus, auf andere Modernisierungstatbestände zurückzugreifen. Dass Rückausnahmen für den Fall des fehlenden Vertretenmüssens für erforderlich gehalten wurden, spricht, wie dargestellt, dafür, dass der Gesetzgeber davon ausging, dass in einer nicht unerheblichen Anzahl an Fällen kein Vertretenmüssen vorliegt. Da es aber nicht selten an einer gesetzlichen Verpflichtung fehlen wird, wäre die praktische Bedeutung der Regelungen ohne eine Einbeziehung bestimmter freiwilliger Maßnahmen vergleichsweise gering.¹⁷¹ Zudem ermöglicht diese Lösung zumindest eine gewisse Harmonisierung der Installation der Heizungsanlage i.e.S. und der Begleitmaßnahmen. Die vom Gesetzgeber gewünschte Anreizwirkung für Vermieter würde kaum eintreten, wenn diese zwar die Kosten für die freiwillige Installation der Heizungsanlage umlegen könnten, nicht aber die Kosten für notwendige Begleitmaßnahmen. Nach der hier vertretenen Auslegung können notwendige Begleitmaßnahmen in der Regel auf § 555b Nr. 6 BGB gestützt werden: Der Vermieter, der die Heizungsanlage i.e.S. vorzeitig austauscht, hat an solchen Maßnahmen zweifellos ein wirtschaftliches Interesse und erst durch sie wird die vorzeitige Einhaltung der GEG-Vorgaben sinnvoll. Freilich bleiben die bereits oben aufgeführten Unterschiede: Hinsichtlich der Begleitmaßnahmen ist nur § 559 BGB einschlägig, nicht aber § 559e BGB, und die Sonderregelungen der §§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Hs. 2, 559e Abs. 4, 559c Abs. 1 S. 3 Hs. 2 BGB finden keine Anwendung. Diese Unterschiede könnten nur vom Gesetzgeber beseitigt werden.

3. Ergebnis

Demnach kann der Vermieter auch bei einer freiwilligen Einhaltung der GEG-Vorgaben einen Einbau oder eine Aufstellung einer 65 %-konformen *Heizungsanlage* sowohl auf § 555b Nr. 1a BGB als auch auf § 555b Nr. 6 BGB stützen. Voraussetzung für Letzteres ist, dass ein wirtschaftliches Interesse des Vermieters am vorgezogenen Heizungstausch besteht. Auch notwendige *Begleitmaßnahmen* können unter dieser Voraussetzung auf § 555b Nr. 6 BGB gestützt werden. Dies erlaubt einen gewissen – wenn auch nicht vollständigen – Gleichlauf von Heizungsanlage und Begleitmaßnahmen.

V. Zusammenfassung

1. Durch das sog. Heizungsgesetz wurde im BGB-Mietrecht ein neuer § 555b Nr. 1a BGB geschaffen, wonach zu den Modernisierungsmaßnahmen auch bauliche Veränderungen gehören, durch die mittels Einbaus oder Aufstellung einer Heizungsanlage zum Zwecke der Inbetriebnahme in einem Gebäude die Anforderungen des § 71 GEG erfüllt werden. Daran anknüpfend sieht § 559e BGB einen speziellen Mieterhöhungstatbestand vor, der den Vermieter im Vergleich zur allgemeinen Regel (§ 559 BGB)

Endenergie der Mietsache gesenkt wird – also Maßnahmen, die in der Regel mit finanziellen Vorteilen für den Mieter einhergehen; vgl. dazu Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, 16. Aufl. 2024, § 555b Rn. 15.

¹⁶⁹ Lee, NZM 2023, 780, 790.

¹⁷⁰ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Klimaschutz und Energie, BT-Drs. 20/7619, S. 96, 98.

¹⁷¹ Vgl. Lee, NZM 2023, 780, 789, der allerdings ein fehlendes Vertretenmüssen nur bei einer Unausweichlichkeit des Heizungstauschs bejaht.

teilweise begünstigt. Zugleich wurden spezielle Regelungen zugunsten des Mieters geschaffen. Insbesondere enthalten §§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Hs. 2, 559e Abs. 4, 557b Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB Rückausnahmen von den Sonderregelungen, die den Härteeinwand des Mieters gegen die Mieterhöhung und die Jahressperrfrist bei der Indexmiete ausschließen, wenn eine Modernisierungsmaßnahme auf Grund von Umständen durchgeführt wurde, die der Vermieter nicht zu vertreten hatte (§ 555b Nr. 6 BGB).

2. Trotz dieser speziellen Regelungen stellt sich auch und gerade im Fall des Heizungstauschs die Frage, wann eine Maßnahme aufgrund von Umständen durchgeführt wurde, die der Vermieter nicht zu vertreten hat. Die Erfüllung auch des Modernisierungstatbestands des § 555b Nr. 6 BGB kann es dem Vermieter erlauben, seine Mieterhöhung alternativ zu § 559e BGB auf § 559 BGB zu stützen. Vor allem aber betrifft § 555b Nr. 1a BGB nur die Heizungsanlage i.e.S. und nicht die mit der Umstellung notwendigerweise verbundenen Begleitmaßnahmen, die z.B. die Dämmung oder das Verteilnetz betreffen können. Diese Kosten könnte der Vermieter im Fall des fehlenden Vertretenmüssens nach §§ 555b Nr. 6, 559 BGB auf den Mieter umlegen. In diesem Fall würde er auch von den Sonderregeln in §§ 559 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 Hs. 2, 559e Abs. 4, 557b Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB profitieren.

3. Unter § 555b Nr. 6 BGB fallen primär Maßnahmen, die der Vermieter in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen vornimmt. Der Vermieter handelt in Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen, wenn er aufgrund eines irreparablen Defekts gezwungen ist, eine neue Heizungsanlage zu installieren und nach § 71 Abs. 1 GEG auf eine Anlage zurückgreifen muss, die mindestens 65 % der bereitgestellten Wärme mit erneuerbaren Energien oder unvermeidbarer Abwärme erzeugt. In Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung handelt der Vermieter auch dann, wenn er, unabhängig von einem Defekt, den Heizkessel aufgrund des absoluten Betriebsverbots nach § 72 Abs. 4 GEG nicht mehr betreiben darf. Jeweils dienen nicht nur der Austausch der Heizungsanlage i.e.S., sondern auch die notwendigen Begleitmaßnahmen der Pflichterfüllung. Anders verhält es sich, wenn der Vermieter eine Übergangs- oder Befreiungsregel in Anspruch nehmen kann. In diesen Fällen erfolgt der Heizungstausch freiwillig. Freiwillig handelt der Vermieter auch dann, wenn er sich anlässlich eines reparablen Defekts und vor Eingreifen eines Betriebsverbots dafür entscheidet, die Heizung auszutauschen.

4. Handelt der Vermieter in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung, erfüllt er mit der Maßnahme häufig zugleich einen Anspruch des Mieters gem. § 535 Abs. 1 S. 2 BGB. Der Mieter darf grundsätzlich erwarten, dass die klimarelevanten öffentlich-rechtlichen Vorschriften über den Bauzustand des Mietobjekts eingehalten werden, und zwar auch dann, wenn diese erst nach Abschluss des Mietvertrags erlassen wurden. Hierfür spricht neben der grundsätzlich dynamischen Entwicklung der Mietererwartungen insbesondere das verfassungsrechtlich verankerte Klimaschutzziel (Art. 20a GG). Auch bei reinen Erhaltungsmaßnahmen ist das Modernisierungsrecht hier jedoch anwendbar; der Begriff „Erhaltungsmaßnahme“ in § 555b Nr. 6 BGB ist insofern einschränkend auszulegen.

5. Das Vertretenmüssen des Vermieters ist nach § 276 BGB zu bestimmen. Danach hat der Vermieter insbesondere Fahrlässigkeit i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, Abs. 2 BGB zu vertreten. Es kommt also darauf an, ob die Umstände, auf Grund derer die Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt wurden, vermeidbar und vorhersehbar waren. Im Fall einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung genügt es, entgegen der wohl h.M., für ein Vertretenmüssen nicht, dass der Vermieter diese bei Abschluss des Mietvertrags vorhersehen konnte. Eine solche Verschärfung ist nicht bestimmt oder aus dem sonstigen Inhalt des Mietverhältnisses zu entnehmen i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB. Dies gilt allgemein sowie im konkreten Fall des Handelns in Erfüllung der neuen GEG-Vorgaben. Am Klimaschutz im Gebäudebereich haben sowohl Vermieter als auch Mieter mitzuwirken. Dieser geteilten Verantwortlichkeit entspricht es grundsätzlich, wenn einerseits der Vermieter gegenüber dem Mieter zur Einhaltung der Vorgaben verpflichtet wird und andererseits dem Vermieter die Möglichkeit der Mieterhöhung infolge der Installation der neuen Heizungsanlage und der notwendigen Begleitmaßnahmen eingeräumt wird.

6. Auch wenn der Vermieter die Heizung freiwillig austauscht, kann es am Vertretenmüssen fehlen. Nach allgemeinen Grundsätzen wird ein Umstand auch dann nicht fahrlässig herbeigeführt, wenn die Vermeidung dem Betroffenen unzumutbar war. Die Unzumutbarkeit ist mit Blick auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls und im Wege einer Interessenabwägung zu beurteilen. Beim Heizungstausch liegt Unzumutbarkeit grundsätzlich vor, wenn der Vermieter dadurch die Vorgaben der §§ 71, 72 GEG vorzeitig erfüllt und er zugleich ein wirtschaftliches Interesse an der vorzeitigen Erfüllung hat. Neben den finanziellen Interessen von Vermieter und Mieter sprechen hierfür das Ziel der neuen Modernisierungsvorschriften, die einen Anreiz zum frühen Umstieg setzen sollen, sowie wiederum das verfassungsrechtlich fundierte Gebot, den Klimaschutz bei der Abwägung zu berücksichtigen (Art. 20a GG).