

Mieterrechte bei Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen

I. Eingrenzung des Themas

In diesem Beitrag geht es um die durch das Mietrechtsänderungsgesetz 2013¹ neu geregelten Maßnahmen zur Erhaltung (§ 555a Abs. 1 BGB) bzw. Modernisierung der Mietsache (§ 555b BGB). Dabei soll die Perspektive diejenige des Mieters sein: Dessen Rechte – seien es Ipso-iure-Rechte, Ansprüche oder Gestaltungsrechte – werden dargelegt und in Beziehung zu den Primärrechten des Vermieters gesetzt (namentlich zum Duldungsanspruch und zum Mieterhöhungsrecht).² Hier nicht zu erörtern sind Ansprüche eines proaktiven Mieters gegen den Vermieter „auf“ Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen bzw. „auf“ Duldung eigener Maßnahmen.³ Vielmehr geht es um die Mieterrechte „bei“ solchen Maßnahmen, wenn also – was ohnehin der statistische Regelfall sein dürfte – der Vermieter die Initiative ergreift. Ausgeklammert bleiben aber auch Störungen des Mieters durch Baumaßnahmen, die nicht vom Vermieter ausgehen, sondern sich nur aus der Nachbarschaft ergeben.⁴

¹ Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG) vom 11.3.2013, BGBl. 2013 I, 434. – Im Folgenden werden abgekürzt zitiert: *Blank/Börstinghaus*, *Miete – Das gesamte BGB-Mietrecht*, 4. Aufl. 2014; *Börstinghaus/Eisenschmid*, *Modernisierungs-Handbuch Wohn- und Geschäftsraum*, 2014; *Bub/Treier*, *Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 4. Aufl. 2014; *Hannemann/Horst*, *Das neue Mietrecht – Die Mietrechtsreform 2013 in der anwaltlichen Praxis*, 2013; *Kossmann/Meyer-Abich*, *Handbuch der Wohnraummiete*, 7. Aufl. 2014; *Mahlstedt*, *Modernisierung der Mietwohnung*, 2014; *Osthus*, *Die energetische Gebäudemodernisierung im Mietwohnungsbestand – Duldungspflicht und Modernisierungsumlage nach dem Mietrechtsänderungsgesetz*, 2013; *Schmidt-Futterer*, *Mietrecht – Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts*, 11. Aufl. 2013; *Staudinger*, *BGB Mietrecht 1*, Bearb. 2014.

² Weitgehend ausgeklammert bleiben die sekundären Vermieterrechte für den Fall, dass der Mieter unberechtigt eine duldungspflichtige Maßnahme zu vereiteln sucht oder die Zahlung der zulässig erhöhten Miete verweigert. Näher zu den materiell-rechtlichen und prozessualen Reaktionsmöglichkeiten des Vermieters etwa *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 178 ff., 306 ff.; *Mahlstedt*, § 4 Rz. 118 ff.

³ Vgl. zum Diskussionsstand aus neuerer Zeit *Artz*, *PiG* 88 (2010), 161; *Börstinghaus/Eisenschmid*, Kap. 13 Rz. 3 ff. und Kap. 14; *Halama*, *DWW* 2014, 211; *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 40 ff.; *Lehmann-Richter*, *PiG* 95 (2013), 41; *Mahlstedt*, § 7 Rz. 44 ff.; *Osthus*, S. 217 ff.

⁴ Dazu BGH, 19.12.2012 – VIII ZR 152/12, NZM 2013, 184; LG Berlin, 27.2.2014 – 67 S 476/13, ZMR 2014, 731; *Lehmann-Richter*, NZM 2012, 849.

Werden die Mieterrechte bei Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen des Vermieters thematisiert, so bietet es sich an, gesondert die Rechte vor Beginn, während und nach Abschluss der Baumaßnahme zu behandeln.⁵ Ersichtlich hängen die Art und Reichweite der Mieterrechte in diesen drei Phasen jeweils davon ab, ob sich der Vermieter gesetzeskonform verhält. Einzugehen ist daher auch darauf, welche prozessualen Möglichkeiten dem Mieter im Streitfall für seine Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehen. Wenigstens gelegentlich anzureißen ist die im Lichte des missglückten § 555f BGB an sich naheliegende Anschlussfrage, inwieweit die gesetzlichen Mieterrechte durch Ad-hoc-Parteivereinbarungen modifiziert werden können. Nur anzudeuten sind ferner die Besonderheiten der Gewerberaummiete, die aus der weitergehenden Disponibilität der gesetzlichen Regelvorgaben resultieren (§ 578 Abs. 2 S. 1 verweist nicht auf §§ 555a Abs. 4, 555c Abs. 5, 555d Abs. 7, 555e Abs. 3 BGB).⁶

II. Rechtsschutzziele im Überblick

Die folgende Aufstellung mag, chronologisch geordnet, einen ersten Überblick zu den typischerweise in Betracht kommenden Rechtsschutzzielen des Mieters vermitteln, deren rechtliche Verortung später näher zu behandeln ist. Die Benennung der Ziele und ihre Aufteilung in drei Phasen sollen der Problemstrukturierung dienen, aber keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben und zudem vereinfachend ausblenden, dass manche Ziele phasenübergreifend relevant sein können.

1. Rechtsschutzziele vor Beginn der Maßnahme

- Auskunft über die Maßnahme
- Unterlassung der Maßnahme
- Vorschuss für Aufwendungen
- Auflösung des Mietvertrags

2. Rechtsschutzziele während der Durchführungsphase

- Minderung der Miete
- Zurückbehaltung der Miete

3. Rechtsschutzziele nach Abschluss der Maßnahme

- Wiederherstellung des vertragskonformen Zustands
- Rückbau der Maßnahme

⁵ Im Ansatz ähnlich *Börstinghaus/Eisenschmid*, Kap. 13.

⁶ Näher *Leo/Ramm*, NZM 2014, 63; *Neuhaus*, ZMR 2013, 686.

- Minderung der Miete
- Schadensersatz
- Aufwendungsersatz
- Unterlassung einer Mieterhöhung
- Auflösung des Mietvertrags

III. Mieterrechte vor Beginn der Maßnahme

1. Anspruch auf Auskunft über die Maßnahme

Gemäß § 555a Abs. 2, § 555c Abs. 1 und 2 BGB hat der Vermieter geplante Erhaltungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen dem Mieter anzukündigen, wobei er ihn auch auf die Form und Frist des Härteeinwands nach § 555d Abs. 3 S. 1 BGB hinweisen soll. Diese Ankündigung bzw. der Hinweis sind nicht nur Gegenstand einer bloßen Obliegenheit des Vermieters,⁷ bei deren Verletzung ihm gewisse Rechtsnachteile drohen (nämlich gemäß § 555d Abs. 3 S. 2 und Abs. 5, § 559b Abs. 2 S. 2 BGB). Vielmehr begründen die Vorschriften echte Rechtspflichten des Vermieters,⁸ denen seitens des Mieters ein – ungeschriebener – Auskunfts- bzw. Hinweisanspruchs korrespondiert. Dessen Voraussetzungen und der konkret geschuldete Auskunftsinhalt bestimmen sich dabei im Einzelnen nach Maßgabe von §§ 555a Abs. 2, 555c Abs. 1-4 BGB.

Was die Rechtsdurchsetzung angeht, ist zu beachten, dass Auskunftspflichten, soweit sie bloße Nebenpflichten sind, nach vorherrschender Ansicht grundsätzlich nicht selbständig einklagbar sein sollen.⁹ Allerdings kann es schadensersatzpflichtig machen, wenn eine Auskunftspflicht nicht oder erst verspätet oder schlecht (unzutreffend bzw. unvollständig) erfüllt wird und der Auskunftspflichtige dies zu vertreten hat. Darauf wird ebenso noch zurückzukommen sein wie auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Auskunftspflicht des Vermieters und der Duldungspflicht des Mieters.

⁷ Zutreffend *Lehmann-Richter*, NZM 2011, 572, 573.

⁸ Demgemäß ist häufig von „Ankündigungspflicht“ bzw. „Informationspflichten“ des Vermieters die Rede; so etwa bei *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 83, 87.

⁹ Vgl. etwa *MünchKommBGB/Roth/Bachmann*, 6. Aufl. 2012, § 241 Rz. 188.

2. Anspruch auf Unterlassung der Maßnahme

a) Grundlagen

Zu klären ist, unter welchen Voraussetzungen der Mieter vom Vermieter verlangen kann, eine bevorstehende Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahme von vornherein zu unterlassen. Als Grundlage für einen solchen Unterlassungsanspruch kommt zunächst der mietrechtliche Erfüllungsanspruch gemäß § 535 Abs. 1 S. 1 und S. 2 Var. 2 BGB in Betracht. Dahinter steht die Überlegung, dass derjenige, der zu einer positiven Handlung verpflichtet ist, zugleich alles zu unterlassen hat, was seiner Handlungspflicht entgegen läuft. Da der Unterlassungsanspruch das negative Seitenstück zum Erfüllungsanspruch des Mieters aus § 535 Abs. 1 BGB ist, handelt es sich um einen sog. unselbständigen Unterlassungsanspruch.¹⁰

Allerdings muss der Vermieter nur rechtswidrige Handlungen unterlassen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich der Unterlassungsanspruch des Mieters als kontradiktorisches Gegenteil zum Duldungsanspruch des Vermieters erweist: Wenn und soweit das Gesetz den Mieter nach Maßgabe von §§ 555a Abs. 1, 555d BGB zur Duldung einer Maßnahme verpflichtet, schließt es denkbare einen diesbezüglichen schuldrechtlichen Unterlassungsanspruch aus.¹¹ Vielmehr gilt für den Mieter, dass er dem Vermieter sogar Anlass zur klageweisen Durchsetzung des Duldungsanspruchs gibt, wenn er auf dessen Verlangen hin seine Duldungsbereitschaft nicht erklärt.¹²

Wie aber verhält es sich, wenn der Mieter geltend macht, § 555a Abs. 1 bzw. §§ 555b, 555d BGB seien schon sachlich nicht einschlägig bzw. es liege ein Härtefall im Sinne von § 555d Abs. 2 BGB vor? Dies als zutreffend unterstellt, wäre mangels Duldungspflicht ein Unterlassungsanspruch aus § 535 Abs. 1 BGB gegeben. Die Einordnung als unselbständiger Anspruch steht der Klagbarkeit keineswegs entgegen.¹³ Zur Durchsetzung kommen daher eine Unterlassungsklage, aber auch ein Baustopp mittels einstweiliger Verfügung in Betracht.¹⁴ Prozessual geboten ist

¹⁰ Vgl. MünchKommBGB/*Bachmann*, § 241 Rz. 23.

¹¹ Besonderheiten gelten jedoch für den possessorischen Rechtsschutz; dazu III.2.c.

¹² Dazu etwa Blank/*Börstinghaus/Blank*, § 555d Rz. 35 f.; *Mahlstedt*, § 4 Rz. 118 ff. Zur im Einzelnen umstrittenen Möglichkeit des Vermieters, hinsichtlich des Duldungsanspruchs auch einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen, vgl. *Börstinghaus/Eisenschmid*, Kap. 7 Rz. 15 ff.; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 555d Rz. 83 ff.; *Mahlstedt*, § 4 Rz. 127 ff.

¹³ Vgl. MünchKommBGB/*Bachmann* § 241 Rz. 24, dort insbes. auch dazu, dass aus § 541 BGB kein Umkehrschluss zu ziehen ist.

¹⁴ Statt mancher: *Staudinger/Emmerich*, § 555d Rz. 27. Vgl. auch Blank/*Börstinghaus/Blank*, § 555d

allerdings hier wie dort eine konkrete Bezeichnung der zu unterlassenden Handlungen.¹⁵ Bedenken sollte der gut beratene Mieter im Übrigen stets die strenge Haftung gemäß § 945 ZPO, die einen Baustopp, der sich später als ungerechtfertigt herausstellt, zum Pyrrhussieg machen kann.¹⁶

b) Relevanz der Modernisierungsankündigung?

An diese Überlegungen schließt sich die Frage an, ob dem Mieter ein Unterlassungsanspruch womöglich schon deshalb zustehen kann, weil der Vermieter die beabsichtigte Maßnahme nicht ordnungsgemäß nach Maßgabe von §§ 555a Abs. 2, 555c BGB angekündigt hat. Bedeutung kommt dem vor allem hinsichtlich der Modernisierungsankündigung zu, die – anders als die Ankündigung einer Erhaltungsmaßnahme – form- und fristgebunden ist und auch inhaltlich etwas strengeren Anforderungen unterliegt (§ 555c BGB). Berücksichtigt man, dass der Unterlassungsanspruch aus § 535 Abs. 1 S. 2 BGB das kontradiktorische Gegenteil der Duldungspflicht gemäß § 555d BGB ist, so zeigt sich, dass es darauf ankommt, wie sich diese zu den formalen Voraussetzungen des § 555c BGB verhält.

Nach der zum früheren Recht vorherrschenden Meinung soll erst die rechtzeitige und vollständige Erfüllung der Ankündigungspflicht die Fälligkeit der Duldungspflicht auslösen.¹⁷ Diese Auffassung lässt sich nach verbreiteter Auffassung ohne weiteres auf das neue Recht übertragen.¹⁸ Demgemäß kann dem Mieter schon deshalb ein – mittels Klage oder einstweiliger Verfügung durchsetzbarer – Unterlassungsanspruch aus § 535 Abs. 1 BGB zustehen, weil die Maßnahme nicht oder verspätet oder unzutreffend angekündigt wurde.¹⁹

Rz. 41, dort zur Möglichkeit des Mieters, seine angeblich fehlende Duldungspflicht mittels einer negativen Feststellungsklage zu klären.

¹⁵ Näher etwa *Lehmann-Richter*, NZM 2013, 451, 453. Sehr großzügig für das Verfügungsverfahren jedoch LG Berlin, 12.3.2012 – 63 T 29/12, NZM 2012, 859.

¹⁶ So warnt etwa *Hinz*, NZM 2013, 209, 213, vor einem Schaden mit horrenden Ausmaßen.

¹⁷ BGH, 28.9.2011 – VIII ZR 242/10, NZM 2011, 849, 850; *Lehmann-Richter*, NZM 2011, 572, 573. Im Ergebnis ebenso, aber ohne dogmatische Anknüpfung an die Fälligkeit der Duldungspflicht hingegen BGH, 2.3.2011 – VIII ZR 164/10, NZM 2011, 359.

¹⁸ Statt mancher: *Staudinger/Emmerich*, § 555c Rz. 3; *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1186; *Hinz*, NZM 2013, 209, 220; *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 118; *Neuhaus*, ZMR 2013, 686, 689. Im Ergebnis ebenso, aber mit anderer dogmatischer Begründung etwa *Blank/Börstinghaus/Blank*, § 555c Rz. 29 und § 555d Rz. 36: die ordnungsgemäße Ankündigung sei Tatbestandsvoraussetzung des Duldungsanspruchs. Undifferenziert etwa *Bub/Treier/Schüller*, einerseits Rz. III 2653 (Ankündigung als Voraussetzung des Duldungsanspruchs), andererseits Rz. III 2699 (ohne Ankündigung keine Fälligkeit).

¹⁹ In diesem Sinne, allerdings meist ohne Bezugnahme auf § 535 BGB, etwa:

Die Gegenauffassung meint hingegen, das Mietrechtsreformgesetz habe Ankündigung und Duldungspflicht entkoppelt, was eine differenzierende Betrachtung ermöglichen soll:²⁰ Die Duldungspflicht entfalle im Wesentlichen nur, soweit entweder überhaupt keine Ankündigung erfolgt ist oder hinsichtlich einzelner Maßnahmen und Bauzeiten, die in der ansonsten zutreffenden Ankündigung nicht genannt sind. Dieser Vorschlag findet im Gesetz aber keinen sicheren Anhalt. Vielmehr bestätigen die Gesetzesmaterialien eher die bislang vorherrschende Meinung und belegen insbesondere ausdrücklich, dass sich aus einer Spezialvorschrift wie § 555d Abs. 3 S. 2 BGB kein Umkehrschluss dahingehend ableiten lässt, dass die Duldungspflicht im Übrigen unabhängig von der Ordnungsgemäßheit der Modernisierungsankündigung wäre.²¹

In der Sache zu unterstützen ist allerdings ein spezielles Anliegen der Gegenauffassung: Die Duldungspflicht soll nicht ausgeschlossen – und damit auch kein Unterlassungsanspruch gegeben – sein, wenn der in der Modernisierungsankündigung enthaltene Fehler den Mieter in keiner Weise beeinträchtigt oder der tatsächliche Zustand sogar mieterfreundlicher ist als der angekündigte. In der Tat sollte es sich von selbst verstehen, dass die Duldungspflicht richtigerweise etwa dann zu bejahen ist, wenn die Arbeiten weniger lange andauern oder weniger lärmintensiv ausfallen, als fälschlich angekündigt worden war. Dieses Ergebnis erscheint freilich auch ausgehend von der herrschenden Meinung begründbar, nicht zuletzt unter Rückgriff auf § 242 BGB.

c) Possessorischer Rechtsschutz?

Bislang wurde erörtert, unter welchen Voraussetzungen sich aus § 535 Abs. 1 BGB ein Unterlassungsanspruch – und damit im einstweiligen Rechtsschutz auch ein Verfügungsanspruch – gegen die geplante Maßnahme ergibt. Jedenfalls unter denselben Voraussetzungen kann sich der Mieter, sofern die Maßnahme seinen Besitz betrifft, auch auf §§ 861 Abs. 1, 862 Abs. 1, 858 Abs. 1 BGB stützen. Der Vorzug der

Blank/Börstinghaus/Blank, § 555c Rz. 29; Kossmann/Meyer-Abich, § 44 Rz. 81, 89; Staudinger/Emmerich, § 555d Rz. 27; Mahlstedt, § 3 Rz. 92 f. und § 4 Rz. 137 ff.; Bub/Treier/Schüller, Rz. III 2696. Im Ergebnis auch Hannemann/Horst, § 2 Rz. 143, die den Verfügungsanspruch aber in § 280 Abs. 1 BGB verorten.

²⁰ Abramenko, ZMR 2014, 343 ff.

²¹ Vgl. den Regierungsentwurf zum Mietrechtsänderungsgesetz, BT-Drucks. 17/10485, S. 21 (rechte Spalte). Anders Abramenko, ZMR 2014, 343, 345, der meint, die Stellungnahme im Regierungsentwurf unter Hinweis auf eine angeblich gegenläufige, allerdings deutlich weniger spezielle Aussage (ebenda, S. 21 linke Spalte) als widersprüchlich und unergiebig abtun zu können.

possessorischen Ansprüche im Vergleich zu § 535 Abs. 1 BGB zeigt sich im einstweiligen Rechtsschutz, weil die herrschende Meinung im Falle einer Besiztziehung bzw. –störung über die Darlegung der verbotenen Eigenmacht hinaus keinen besonderen Verfügungsgrund fordert.²²

Als besonders interessant erweist sich ein anderer Aspekt: Kann der Mieter gestützt auf §§ 861 Abs. 1, 862 Abs. 1, 858 Abs. 1 BGB womöglich selbst dann einen Baustopp erwirken, wenn ein Unterlassungsanspruch aus § 535 Abs. 1 BGB daran scheitern müsste, dass die Maßnahme ordnungsgemäß angekündigt wurde und auch materiell gemäß §§ 555a Abs. 1, 555d BGB duldungspflichtig ist? In diesem Sinne hat zum früheren Recht insbesondere das LG Berlin in sehr großzügigem Maße possessorischen Rechtsschutz gegen an sich duldungspflichtige Maßnahmen gewährt.²³ Dahinter steht die Vorstellung, dass es sich bei dem materiell-rechtlichen Duldungsanspruch des Vermieters nur um eine petitorische Einwendung handle, die dem possessorischen Rechtsschutz des Mieters ausweislich § 863 BGB nicht entgegengehalten werden könne, sofern der Vermieter nicht bereits ein rechtskräftiges Duldungsurteil²⁴ erwirkt hat (§ 864 Abs. 2 BGB). Der Mieter könne daher sogar schon der bloßen Ankündigung einer seinen Besitz betreffenden Modernisierungsmaßnahme mit einer einstweiligen Verfügung begegnen, und der Vermieter könne die Besorgnis der bevorstehenden Besitzstörung erst dadurch entkräften, dass er eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt.²⁵

Eine Klärung dieses in den letzten Jahren viel diskutierten Problemkreises durch den Gesetzgeber wäre sinnvoll gewesen, ist aber ausgeblieben. Setzt man richtigerweise bei dem Begriff der verbotenen Eigenmacht in § 858 Abs. 1 BGB an, so ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei der Duldungspflicht nicht um eine zugunsten des Vermieters eingreifende Gestattung durch „das Gesetz“ handelt. Dies folgt schon daraus, dass die Pflicht wegen § 555d Abs. 2 BGB von einer eingehenden Abwägung der Interessen der Vertragsparteien und Dritter im konkreten Einzelfall abhängt²⁶ und

²² Vgl. etwa MünchKommBGB/Joost, 6. Aufl. 2013, § 861 Rz. 16; MünchKommZPO/Drescher, 4. Aufl. 2012, § 935 Rz. 23; jeweils m. Nachw.

²³ LG Berlin, 7.8.2012 – 63 T 118/12, ZMR 2013, 113; LG Berlin, 1.3.2013 – 63 T 29/13, NZM 2013, 465. Zurückhaltender aber LG Berlin, 26.2.2013 – 63 S 429/12, MDR 2013, 643

²⁴ Näher zur auf Duldung gerichteten Leistungsklage des Vermieters etwa Blank/Börstinghaus/Blank, § 555d Rz. 35 ff.; Börstinghaus/Eisenschmid, Kap. 7 Rz. 1 ff.

²⁵ LG Berlin, 1.3.2013 – 63 T 29/13, NZM 2013, 465 f.

²⁶ Zutreffend etwa Börstinghaus/Eisenschmid, Kap. 7 Rz. 18; Staudinger/Emmerich, § 555d Rz. 28; Hinz, NZM 2013, 209, 213. Dies verkennt Klimesch, ZMR 2014, 346, 349, der für seine gegenteilige These kein Sachargument liefert, sondern kurzerhand meint, sie sei „dogmatisch“ richtig – was immer

dass es sich nicht mit den Besonderheiten der possessorischen Ansprüche im einstweiligen Rechtsschutz verträgt, solche Vorfragen im Verfügungsverfahren zu klären. Dementsprechend wird üblicherweise klargestellt, dass schuldrechtliche Duldungsansprüche nicht als gesetzliche Gestattung zu qualifizieren sind.²⁷ Wenn der Gesetzgeber, davon abweichend, den neugeregelten Duldungspflichten eine grundsätzliche Sperrwirkung im Verhältnis zum possessorischen Besitzschutz hätte zuschreiben wollen (etwa im Sinne eines Lex-specialis-Verständnisses), so hätte es dafür klarer Worte gebraucht.

Die nach alledem auch hier befürwortete Ansicht, dass die Frage der Duldungspflicht für den possessorischen Besitzschutz irrelevant ist, wird bedeutsam, wenn der Mieter gestützt darauf eine einstweilige Verfügung erwirkt: Begreift man das Fehlen einer Duldungspflicht nicht als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für den Erlass der Verfügung, so erweist sich diese nicht allein deshalb als von Anfang an ungerechtfertigt im Sinne von § 945 ZPO, weil sich die fragliche Maßnahme im Nachhinein als duldungspflichtig herausstellt. In solchen Fällen droht dem Mieter also keine verschuldensunabhängige Haftung für den Verzögerungsschaden, den ein Baustopp anrichtet.

Der eigentliche Dreh- und Angelpunkt des Problemkreises „possessorischer Baustopp für duldungspflichtige Maßnahmen“ ist nach hier vertretener Auffassung eher die Frage, inwieweit überhaupt der Besitz des Mieters tangiert – also im Sinne von § 858 Abs. 1 BGB entzogen oder gestört – wird. Vorzugswürdig erscheint hierzu, insoweit durchaus unter Rückgriff auf die Wertung der §§ 555a Abs. 1, 555d BGB, eine eher restriktive Linie: Der Wohnraummieter ist gewiss im Besitz seiner eigentlichen Wohnung und kann sich gegen den Zugriff darauf im Konfliktfall zumindest dann auch mit einer einstweiligen Verfügung wehren, wenn zu besorgen ist, dass sich der Vermieter ohne Duldungstitel Zutritt verschaffen könnte.²⁸ Bei solchen „Innenmodernisierungen“ kann es angesichts des durch Art. 13 GG verbürgten Schutzguts Wohnung auch nicht darauf ankommen, ob die in Rede stehende Maßnahme den Mieter erheblich oder eher geringfügig belastet.²⁹

das heißen mag.

²⁷ Klarstellend etwa Erman/Lorenz, BGB, 14. Aufl. 2014, § 858 Rz. 7; Bamberger/Roth/Fritzsche, BGB, 3. Aufl. 2012, § 858 Rz. 19.

²⁸ Insoweit zu eng Staudinger/Emmerich, § 555d Rz. 28, und Hannemann/Horst, § 2 Rz. 142, die meinen, einer einstweiligen Verfügung bedürfe es im Regelfall schon deshalb nicht, weil der Mieter schlicht den Zutritt zur Wohnung verweigern könne.

²⁹ Für eine Differenzierung zwischen Innen- und Außenmaßnahmen auch Lehmann-Richter, NZM 2011, 572, 574, und NZM 2013, 451, 452 f., der aber – was hier abgelehnt wird – am Begriff der

Hingegen sollte der Mieter an sich duldungspflichtige „Außenmodernisierungen“ nur dann unterbinden können, wenn sie dadurch auf eine Besitzentziehung bzw. -störung hinauslaufen, dass der Zugang zur Wohnung nicht nur erschwert, sondern ausgeschlossen ist (was allerdings auch dann der Fall sein dürfte, wenn die Wohnung etwa im Falle einer Treppenhaussanierung nur noch über Leitern erreichbar ist). Dementsprechend liegt es, wiederum zurückgreifend auf die Wertung der §§ 555a Abs. 1, 555d BGB, nahe, mit den Bauarbeiten unvermeidlich einhergehende Beeinträchtigungen wie Erschütterungen, Schmutz, Lärm oder Gerüche nicht als relevante Besitzstörungen zu werten, sofern sie der Duldungspflicht unterfallen.³⁰ Zur Begründung dafür mag man auf den Rechtsgedanken von § 906 Abs. 2 BGB und darauf verweisen, dass solche Beeinträchtigungen während einer duldungspflichtigen Baumaßnahme eben als ortsüblich einzustufen sind.³¹

3. Anspruch auf Vorschuss für Aufwendungen

Stehen Erhaltungs- bzw. Modernisierungsmaßnahmen an, wird der Mieter oftmals, schon um seiner Schadensminderungsobliegenheit zu genügen,³² gewisse Aufwendungen tätigen, also beispielsweise Abdeckfolien für seine Teppiche und Möbel beschaffen oder diese kostenträchtig einlagern.³³ Womöglich muss der Mieter vorübergehend auf eine Hotelunterkunft ausweichen,³⁴ oder er muss Urlaub nehmen, um die Handwerker in die Wohnung zu lassen bzw. um seine Habe während der Renovierungsarbeiten zu beaufsichtigen. Kann der Mieter in solchen Fällen gemäß §§ 555a Abs. 3 S. 1, 555d Abs. 6 BGB Ersatz der Aufwendungen beanspruchen, die im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Duldungspflicht stehen,³⁵ so hat der Vermieter auf Verlangen des Mieter auch schon Vorschuss zu leisten (§§ 555a Abs. 3 S. 2, 555d Abs. 6 BGB).

gesetzlichen Gestattung ansetzen möchte.

³⁰ Insoweit anders offenbar *Börstinghaus/Eisenschmid*, Kap. 7 Rz. 19; *Staudinger/Emmerich*, § 555d Rz. 28; *Lehmann-Richter*, NZM 2013, 451, 453.

³¹ Ähnlich LG Berlin, 26.2.2013 – 63 S 429/12, MDR 2013, 643.

³² Umstritten ist allerdings die (hier nicht zu vertiefende) Frage, inwieweit den Mieter irgendwelche Mitwirkungspflichten treffen. Sehr restriktiv etwa LG Berlin, 23.12.2008 – 65 S 62/08, WuM 2010, 78; LG Berlin, 24.6.2014 – 63 S 373/13, GE 2014, 938; *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 554a Rz. 31 ff. und § 555d Rz. 17, der – zu weitgehend – selbst die Relevanz der „Schadensminderungspflicht“ in Abrede stellt.

³³ Vgl. LG Berlin, 23.12.2008 – 65 S 61/08, WuM 2010, 78.

³⁴ Vgl. AG Hamburg, 19.5.2009 – 48 C 49/08, ZMR 2010, 455 (in casu verneint).

³⁵ Vgl. zu dieser Einschränkung BGH, 31.10.2012 – XII ZR 126/11, NZM 2013, 122, 123.

Weil der Vorschussanspruch und der Duldungsanspruch konnex im Sinne von § 273 Abs. 1 BGB sind, darf der Mieter die Duldung einer Maßnahme verweigern, solange der Vermieter dem berechtigten Verlangen nach Vorschussleistung nicht nachkommt.³⁶ Jedenfalls in den Konstellationen, in denen der Mieter seine Position schon durch das Zurückbehaltungsrecht wahren kann, erscheint die herrschende Meinung zweifelhaft, wonach es dem Mieter freistehen soll, seinen Vorschussanspruch auch mittels einer einstweiligen Verfügung durchzusetzen.³⁷

4. Kündigungsrecht

Auf den Zugang der Modernisierungsankündigung kann der Mieter gemäß § 555e Abs. 1 BGB mit einer außerordentlichen befristeten Kündigung reagieren, und zwar auch dann, wenn er zur Duldung der Maßnahme verpflichtet wäre. Bedeutsam ist das Sonderkündigungsrecht wegen § 573c Abs. 1 S. 1 BGB aber kaum im Wohnraummietrecht, sondern eher für die Gewerberaummiete. Diesbezüglich kann das Kündigungsrecht indes, anders als bei der Wohnraummiete, abbedungen werden (§ 578 Abs. 2 S. 1 verweist nicht auf § 555e Abs. 3 BGB).³⁸ Stets ausgeschlossen ist das Sonderkündigungsrecht bei bloßen Bagatellmaßnahmen, also dann, wenn die Maßnahme nur mit einer unerheblichen Einwirkung auf die Mietsache verbunden ist und – kumulativ! – nur zu einer unerheblichen Mieterhöhung führen wird (§ 555e Abs. 2, 555c Abs. 4 BGB); freilich darf in diesen Fällen schon die Modernisierungsankündigung unterbleiben.

Hat der Mieter gekündigt, kann der Vermieter die Fortsetzung des Mietverhältnisses nicht mehr einseitig dadurch herbeiführen, dass er erklärt, von der Modernisierung abzusehen. Die Fristen für die Ausübung und das Wirksamwerden der Sonderkündigung sind mit dem dreimonatigen Vorlauf der Modernisierungsankündigung abgestimmt, sodass die Baumaßnahme, wenn der Mieter kündigt, erst nach Beendigung des Mietverhältnisses beginnen kann. Verbleibt der Mieter nach Kündigung und Vertragsende unberechtigt in der Wohnung, so ist nicht einzusehen, warum er sich noch auf die Dreimonatsfrist des § 555c Abs. 1 BGB berufen dürfte.³⁹ Allerdings bleibt es bei der baren Selbstverständlichkeit, dass sich

³⁶ Vgl. etwa Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 555a Rz. 59; Staudinger/*Emmerich*, § 555d Rz. 21; Hannemann/*Horst*, § 2 Rz. 162; Bub/*Treier/Schüller*, Rz. III 2692.

³⁷ Dafür wiederum Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 555a Rz. 59; Hannemann/*Horst*, § 2 Rz. 163; Staudinger/*Emmerich*, § 555d Rz. 21; AG München, 26.7.2012 – 424 C 18071/12, ZMR 2013, 364.

³⁸ Dazu Blank/*Börstinghaus/Blank*, § 555e Rz. 2, 10, 13; Leo/*Ramm*, NZM 2014, 63, 65 f.

³⁹ Ebenso wohl Staudinger/*Emmerich*, § 555e Rz. 6. Anders aber Blank/*Börstinghaus/Blank*, § 555e Rz. 7-9.

der Vermieter nicht eigenmächtig Zutritt zur Wohnung verschaffen darf, sondern notfalls gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen muss.

Die Sonderkündigung gemäß § 555e Abs. 1 BGB unterliegt der Schriftform (§ 568 Abs. 1 BGB), erfordert aber keine weitere Begründung. Insbesondere ist sie nicht etwa dahingehend subsidiär ausgestaltet, dass der Mieter vorrangig Rechtsschutz gegen die Modernisierung suchen müsste, wenn er diese für formell oder materiell rechtswidrig hält.⁴⁰ Umgekehrt gilt das Sonderkündigungsrecht auch im Falle einer gemäß § 555d BGB duldungspflichtigen Modernisierungsmaßnahme. Dadurch unterscheidet es sich von einer außerordentlichen fristlosen Mieterkündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, die nur dann in Betracht kommt, wenn der Vermieter pflichtwidrig handelt, also in einer nicht vom Mieter zu duldenden Weise.⁴¹ Davon wiederum zu trennen ist die These, dass das Kündigungsrecht gemäß § 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB besteht, wenn die an sich duldungspflichtige Maßnahme zu einem nicht mehr vertragskonformen Zustand der Wohnung führt.⁴²

Veranlasst der Vermieter durch die Ankündigung einer nicht duldungspflichtigen Modernisierungsmaßnahme eine Kündigung des Mieters, sei es gestützt auf § 555e oder auf § 543 BGB, so kann er gemäß § 280 Abs. 1 BGB zum Ersatz des dem Mieter dadurch entstehenden Schadens – insbesondere der Umzugskosten – verpflichtet sein.⁴³ Eine entsprechende Haftung kommt aber auch dann in Betracht, wenn sich herausstellt, dass der Mieter durch eine deutlich überzogene Ankündigung einer an sich duldungspflichtigen Maßnahme zur Kündigung veranlasst wurde.⁴⁴

⁴⁰ Ebenso im Ergebnis Staudinger/*Emmerich*, § 555e Rz. 2; *Kossmann/Meyer-Abich*, § 44 Rz. 95.

⁴¹ So auch *Hinz*, NZM 2013, 209, 221; *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 174.; *Mahlstedt*, § 4 Rz. 143.

⁴² Dazu unten V.7.

⁴³ Im Ergebnis ebenso, allerdings gestützt auf § 536a BGB, BGH, 31.10.2012 – XII ZR 126/11, NZM 2013, 122, dort insbes. auch dazu, dass es nicht um Aufwendungs-, sondern um Schadensersatz geht, wenn dem Mieter Kosten infolge von Kündigung und Fortzug entstehen, weil er die (angekündigten) Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen nicht dulden möchte.

⁴⁴ Dazu *Abramenko*, ZMR 2014, 343, 345 f.; *Mahlstedt*, § 3 Rz. 104.

IV. Mieterrechte während der Durchführungsphase

1. Recht zur Minderung der Miete

a) Ausnahme: § 536 Abs. 1a BGB

Typischerweise kommt es während der Durchführung der Bauarbeiten zu einer Herabsetzung der Gebrauchstauglichkeit der Mietsache, insbesondere wegen Lärm- und Staubbeeinträchtigungen oder wegen Schattenwurfs. Hier setzt der neugeschaffene § 536 Abs. 1a BGB an. Der dort verankerte Minderungsausschluss für energetische Modernisierungsmaßnahmen war ein schlagzeilenträchtiger Aspekt der Mietrechtsänderung 2013 und angesichts der damit einhergehenden Durchbrechung des mietvertraglichen Äquivalenzprinzips auch aus rechtsdogmatischer Sicht besonders bemerkenswert: Für die Dauer von drei Monaten bleibt eine Minderung der Tauglichkeit außer Betracht, soweit diese auf Grund einer Maßnahme eintritt, die einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nr. 1 BGB dient. Davon erfasst sind nur solche Fälle, in denen die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch lediglich gemindert wird;⁴⁵ ist die Wohnung hingegen vorübergehend unbewohnbar und muss der Mieter deshalb zum Beispiel in ein Hotel ziehen, so ist er von der Zahlung der Miete befreit.

Durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Neuregelung – namentlich gestützt auf grundrechtliche Positionen des Mieters – sind nicht ersichtlich.⁴⁶ Allerdings lässt sich über ihre rechtspolitische Sinnhaftigkeit nach wie vor trefflich diskutieren;⁴⁷ denn das Streitpotential der in vielerlei Punkten interpretationsbedürftigen Vorschrift erscheint exorbitant, es ist eine Prozessflut zu befürchten, während die den Vermietern verheißenen finanziellen Vorteile letztlich überschaubar ausfallen dürften. Die Zweifelsfragen beginnen schon damit, was genau eine energetische Modernisierung im Sinne von § 555b Nr. 1 BGB ist und wann bzw. inwieweit eine Baumaßnahme einer solchen Modernisierung im Sinne von § 536 Abs. 1a BGB dient. Eine Fülle von Detailproblemen ergibt sich sodann im Zusammenhang mit der exakten Bestimmung der Dreimonatsfrist und aus dem Umstand, dass eine Baumaßnahme in der Praxis so gut wie nie ausschließlich auf eine energetische Modernisierung abzielt.⁴⁸

⁴⁵ BT-Drucks. 17/10485, S. 17.

⁴⁶ Die Verfassungskonformität bejaht ausdrücklich *Hinz*, NZM 2013, 209, 210 f.

⁴⁷ Vgl. etwa *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1187.

⁴⁸ Ausweislich BT-Drucks. 17/10485, S. 18, soll § 536 Abs. 1a BGB auch insoweit gelten, als die energetische Modernisierung zugleich der Erhaltung der Mietsache dient (beispielsweise bei einer

Nachdem die Voraussetzungen und Grenzen des Minderungsausschlusses gemäß §§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1 BGB bereits auf dem Mietgerichtstag 2013 ausführlich diskutiert wurden⁴⁹ und hier eine andere, am Zusammenspiel der einzelnen Mieterrechte orientierte Perspektive gewählt ist, wird an dieser Stelle nur eine in dieser Hinsicht besonders interessierende Zweifelsfrage aufgegriffen: Nach einer prominent vertretenen Ansicht soll der Minderungsausschluss unabhängig sowohl von einer ordnungsgemäßen Modernisierungsankündigung als auch vom Bestand einer materiellen Duldungspflicht des Mieters eingreifen.⁵⁰

Diese These überzeugt schon deshalb nicht, weil der dafür herangezogene Umkehrschluss zu § 555d Abs. 3 S. 2 BGB, wie die Gesetzesmaterialien belegen, nicht trägt.⁵¹ Auch die Überlegung, dass der Vermieter auf Planungssicherheit angewiesen sei und der Minderungsausschluss daher nicht mit den Unwägbarkeiten der Härtefallprüfung belastet werden solle, erscheint fragwürdig, wenn man bedenkt, wie viele Zweifelsfragen ohnehin mit der Interpretation von §§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1 BGB einhergehen. Zudem leuchtet nicht ein, den Mieter auf die Möglichkeit zu verweisen, die Modernisierungsmaßnahme gerichtlich zu unterbinden; denn es ist nicht einzusehen, warum ein Mieter, der das schon wegen § 945 ZPO nicht geringe Verfahrensrisiko scheut, letztlich selbst dann die ungeminderte Miete schulden soll, wenn sich später herausstellt, dass die Maßnahme nicht duldungspflichtig und/oder nicht ordnungsgemäß angekündigt war. Und nicht zuletzt gilt es zu berücksichtigen, dass es sich bei § 536 Abs. 1a BGB um eine Ausnahmevorschrift handelt, die tendenziell eher restriktiv zu handhaben ist.

b) Grundsatz

Außerhalb des auf energetische Modernisierungsmaßnahmen beschränkten sachlichen Anwendungsbereichs von §§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1 BGB – also in den Fällen von § 555a und § 555b Nr. 2-7 BGB – bleibt es bei der schon zum früheren Recht ganz herrschenden Meinung: Die Pflicht zur Duldung einer Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahme lässt im Grundsatz die Mietminderung gemäß § 536

Wärmedämmung der Fassade mit gleichzeitiger Erneuerung des Außenputzes), wobei die Reichweite des Minderungsausschlusses sodann gemäß § 287 ZPO ermittelt werden soll.

⁴⁹ Ausführlich *Hinz*, NZM 2013, 209, 211 ff.

⁵⁰ Näher *Hinz*, NZM 2013, 209, 212 f. Ebenso *Blank/Börstinghaus/Blank*, § 536 Rz. 204; *Neuhaus*, ZMR 2013, 686, 692. Jedenfalls die Anündigung halten für irrelevant: *Kossmann/Meyer-Abich*, § 44 Rz. 15; *Mahlberg*, § 5 Rz. 52. Offenlassend *Flatow*, NJW 2013, 1185, 1187. Ablehnend *Staudinger/Emmerich*, § 536 Rz. 10d.

⁵¹ Vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 21 (rechte Spalte).

Abs. 1 BGB unberührt.⁵² Das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn der Mieter der Baumaßnahme – innerhalb seiner Duldungspflicht oder darüber hinausgehend – zugestimmt hat und/oder sofern der Vermieter kraft öffentlich-rechtlicher Vorschriften zur Durchführung der fraglichen Maßnahme verpflichtet ist. In Extremfällen kann sogar eine 100%ige Mietminderung gerechtfertigt sein. Weil nur von Belang ist, dass der Mieter die ihm vermieteten Räume nicht vertragskonform nutzen kann, scheidet die Minderung nicht etwa schon dadurch aus, dass der Vermieter ein Ausweichquartier (in einer anderen Wohnung oder in einem Hotel) zur Verfügung stellt.⁵³ Von solchen grundsätzlich nicht minderungsrelevanten Realleistungen sind aber Fälle zu unterscheiden, in denen sich die Vertragsparteien auf eine Ausgleichszahlung verständigen; denn darin kann je nach Lage der Dinge ein zulässiger Vergleich hinsichtlich des Minderungsrechts zu sehen sein.⁵⁴

2. Recht zur Zurückbehaltung der Miete

Der Mieter darf während der Bauarbeiten die Mietzahlung gestützt auf § 320 BGB unter Berufung auf die Entziehung oder Störung seines Mietgebrauchs verweigern, sofern die Modernisierung nicht ordnungsgemäß angekündigt wurde und/oder nicht materiell duldungspflichtig ist.⁵⁵ Da das Zurückbehaltungsrecht nur temporär gilt, spielt es eine eher geringe Rolle, sofern die Miete ohnehin nach Maßgabe von § 536 Abs. 1 BGB gemindert ist. Allerdings ist zu bedenken, dass der Mieter mehr als den Minderungsbetrag zurückbehalten kann, nämlich in der Regel das Dreifache.⁵⁶ Und besonders relevant erscheint § 320 BGB im Anwendungsbereich von §§ 536 Abs. 1a, 555b Nr. 1 BGB; denn in diesen Fällen kann der Mieter immer noch das davon unberührte Zurückbehaltungsrecht geltend machen, und zwar selbst nach Auffassung derjenigen, die meinen, dass der Minderungsausschluss unabhängig von der Modernisierungsankündigung und Duldungspflicht eingreife.⁵⁷

⁵² Näher dazu und zum Folgenden *Hau*, PiG 90 (2011), 31, 32 f. Vgl. zudem etwa *Kossmann/Meyer-Abich*, § 44 Rz. 60.

⁵³ Wie hier etwa *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 555d Rz. 95. Anders aber *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 145; tendenziell auch *Mahlberg*, § 5 Rz. 41.

⁵⁴ Vgl. zu solchen Ausgleichsleistungen *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 555d Rz. 94.

⁵⁵ Unzutreffend *Mahlberg*, § 5 Rz. 90: das Zurückbehaltungsrecht hänge davon ab, ob der Vermieter „vorwerfbar“ handele.

⁵⁶ Dazu etwa *Staudinger/Emmerich*, § 536 Rz. 61 m. Nachw. zum Meinungsstand.

⁵⁷ Klarstellend *Hinz*, NZM 2013, 209, 220. Anders aber offenbar *Mahlberg*, § 5 Rz. 92.

V. Mieterrechte nach Abschluss der Maßnahme

1. Anspruch auf Wiederherstellung

Die Durchführung einer Modernisierungsmaßnahme lässt den Erfüllungsanspruch des Mieters gemäß § 535 Abs. 1 S. 2 BGB unberührt: Der Vermieter muss weiterhin den vertragskonformen Zustand aufrechterhalten, und damit korrespondiert im Bereich des Möglichen ein Anspruch des Mieters auf Wiederherstellung der früheren Gebrauchstauglichkeit.⁵⁸ War die Wohnung beispielsweise vor der nunmehr erfolgten Isolierung der Hausfassade mit Außenjalousien und Blumenkästen ausgestattet, die nach Abschluss der Instandsetzungsarbeiten technisch und ohne Beeinträchtigung der eigentlichen Modernisierung auch wieder angebracht werden können, so sind sie anzubringen. Der Mieter muss sich also nicht etwa darauf verweisen lassen, dass er nunmehr Innenjalousien montieren könnte und dass gewisse Pflanzen auch innen auf dem Fensterbrett gedeihen.⁵⁹ Seinem Anspruch auf Wiederherstellung des vertragsgemäßen Zustands kann der Mieter Nachdruck verleihen, indem er gemäß § 320 BGB den entsprechenden Teil der Miete zurückbehält. Im Übrigen darf der Mieter unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 536a Abs. 2 BGB zur Selbsthilfe übergehen.

2. Anspruch auf Rückbau der Modernisierungsmaßnahme

Von dem soeben Erörterten zu unterscheiden ist die Frage, ob ein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustands auch insoweit gegeben sein kann, als es gerade um die bauliche Veränderung geht, die der Mieter gemäß § 555a Abs. 1 und § 555d BGB zu dulden hatte. Das wird man verneinen müssen, denn die Duldungspflicht bezieht sich nicht nur auf das Tun (also das Instandhalten, Instandsetzen und Modernisieren), sondern zugleich auf den dadurch herbeigeführten Zustand, dessen Rückbau der Mieter daher auch nicht gestützt auf § 535 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen kann.⁶⁰ Ein auf Rückbau gerichteter Erfüllungsanspruch mag aber ausnahmsweise dann anzuerkennen sein, wenn der Mieter durch eine unterbliebene bzw. fehlerhafte Ankündigung gerade davon abgehalten worden war, sich gemäß § 555d Abs. 1 und 2 BGB auf den Härtegrund unzumutbarer baulicher Folgen der

⁵⁸ Statt vieler: Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, § 555d Rz. 91 f.; Staudinger/*Emmerich*, § 555e Rz. 9; *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 167; Bub/*Treier/Schüller*, Rz. III 2711; *Mahlstedt*, § 5 Rz. 21, 25 ff.

⁵⁹ Zutreffend zu den Jalousien schon LG Berlin, 19.6.1997 – 61 S 449/96, NZM 1998, 432; verkannt von LG Berlin, 22.3.2010 – 67 S 306/09 (juris).

⁶⁰ So im Ergebnis auch *Mahlstedt*, § 5 Rz. 22 f.

Maßnahme zu berufen.⁶¹

3. Recht zur Minderung der Miete

Auch hinsichtlich der Minderung gemäß § 536 Abs. 1 BGB bietet es sich an, im Ausgangspunkt zwischen irgendwelchen dem Mieter nachteiligen Nebenwirkungen der Baumaßnahme und der eigentlich duldungspflichtigen Umgestaltung der Mietsache zu unterscheiden. Anknüpfend an das obige Beispiel besagt dies zunächst: Solange nach Abschluss der Bauarbeiten noch die Außenjalousien oder Blumenkästen fehlen, die nach wie vor angebracht werden können und zum vertragsgemäßen Zustand gehören, sollte es sich von selbst verstehen, dass der Mieter nur eine nach Maßgabe von § 536 Abs. 1 BGB geminderte Miete schuldet.

Was aber gilt, wenn die neu aufgebrachte Fassadenisolierung den Lichteinfall in die Wohnung beeinträchtigt, die Fensterfläche deutlich verkleinert ist,⁶² der neue Fahrstuhl Lärm verursacht, die neue Heizungsinstallation die Stellfläche verringert oder anstelle der bisherigen Außenjalousien gerade modernisierungsbedingt nur noch Innenjalousien angebracht werden können?⁶³ Unterstellt man, dass es sich dabei zum einen jeweils um das eigentliche Ergebnis der duldungspflichtigen Maßnahme handelt und zum anderen um erhebliche Beeinträchtigungen, so zeigt sich ein Unterschied zwischen den Mieterrechten aus § 535 Abs. 1 BGB einerseits und § 536 Abs. 1 BGB andererseits: Während der Mieter, wie dargelegt, im Grundsatz keinen Rückbau des duldungspflichtigen Zustands verlangen darf, bleibt ihm die Mietminderung erhalten, soweit die Tauglichkeit im Vergleich zum ursprünglich vertragsgerechten Zustand nicht unerheblich herabgesetzt ist.⁶⁴ Die spezialgesetzliche Duldungspflicht besagt also nur, dass der Mieter eine Gebrauchsbeeinträchtigung in natura nicht untersagen darf, nimmt ihm hingegen nicht das Recht, nach allgemeinen Regeln gleichwohl den geminderten Gebrauchswert zu liquidieren.⁶⁵ Dabei kommt es zwar auf den Eintritt

⁶¹ So im Ergebnis auch *Mahlstedt*, § 3 Rz. 106, der dies allerdings offenkundig als Schadensersatzanspruch versteht und daher konsequent Vertretenmüssen des Vermieters voraussetzt.

⁶² Vgl. LG Berlin, 6.11.2013 – 67 S 502/11, ZMR 2014, 206.

⁶³ Beachte die Beispiele bei *Sternel*, NZM 2010, 721, 722, sowie *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 555d Rz. 92.

⁶⁴ Vgl. zum neuen Recht wiederum etwa *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 555d Rz. 92; *Staudinger/Emmerich*, § 555e Rz. 10; *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 144, 188167; *Kossmann/Meyer-Abich*, § 44 Rz. 122 ff.; *Bub/Treier/Schüller*, Rz. III 2711. Für ein Minderungsrecht im Ergebnis auch LG Berlin, 6.11.2013 – 67 S 502/11, ZMR 2014, 206 m. Anm. *Lehmann-Richter*, LG Berlin, 24.6.2014 – 63 S 373/13, GE 2014, 938.

⁶⁵ Treffend *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2013, Rz. 853.

einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung, nicht hingegen darauf an, ob der Vermieter diese durch eine andere Form der Modernisierung hätte vermeiden können.⁶⁶ Das hier vertretene Minderungsrecht des Mieters entspricht der schon zum früheren Recht herrschenden Meinung⁶⁷ und lässt sich nunmehr zusätzlich mit einem Umkehrschluss aus § 536 Abs. 1a BGB absichern, der sich als eine die alte Regel bestätigende neue Ausnahme erweist.

Eine Minderung kommt allerdings dann nicht in Betracht, wenn die Parteien anlässlich der Modernisierungsmaßnahme den vertragsgemäßen Zustand der Mietsache einverständlich neu bestimmt haben, und zwar dahingehend, dass fortan der modernisierte Zustand vertragskonform sein soll. Eine solche Vertragsänderung bleibt den Parteien ausweislich § 311 Abs. 1 und nunmehr § 555e BGB unbenommen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass eine Abrede über die neue Soll-Beschaffenheit erfolgt ist, liegt jedoch beim Vermieter,⁶⁸ wobei die bloße Duldung der Bauarbeiten durch den Mieter grundsätzlich nicht als Einverständnis zu werten ist.⁶⁹

Erwägen könnte man freilich auch, dass mit der gesetzlichen Duldungspflicht des Mieters ein Gestaltungsrecht des Vermieters einhergeht, den Mietvertrag einseitig in Bezug auf die Soll-Beschaffenheit der Mietsache zu ändern. Dies wird sowohl zum alten wie zum neuen Recht vertreten,⁷⁰ kann aber in dieser Form nicht überzeugen.⁷¹ Eine einseitige Änderungskompetenz ist im Bereich des Vertragsrechts die besonders begründungsbedürftige Ausnahme und hier nicht ersichtlich. Zwar mag es sein, dass es dem Gesetzgeber freigestanden hätte, die neuen Regelungen zum Duldungsanspruch um eine Befugnis des Vermieters zur Neudefinition des Soll-Zustands zu ergänzen. Dazu ist es aber nicht gekommen. Vielmehr ist in den

⁶⁶ Anders offenbar *Mahlstedt*, § 5 Rz. 34, der eine „erhebliche, vermeidbare Verschlechterung“ voraussetzt.

⁶⁷ Dazu *Hau*, PiG 90 (2011), 31, 33 m. Nachw.

⁶⁸ Schon dies verkennt LG Berlin, 22.3.2010 – 67 S 306/09 (juris).

⁶⁹ Auch dies verkennt LG Berlin, 22.3.2010 – 67 S 306/09 (juris).

⁷⁰ *Lehmann-Richter*, NZM 2011, 572, 574 f., und NZM 2013, 451, 452. Ohne Begründung zustimmend *Osthus*, S. 113. In dieselbe Richtung zielt LG Berlin, 22.3.2010 – 67 S 306/09 (juris), dort zu dem Fall, dass der Vermieter eine Wärmedämmfassade aufgebracht und alte Kastendoppelfenster ausgetauscht hat, sich aber weigert, wieder Außenjalousien anzubringen.

⁷¹ Dagegen *Hau*, PiG 90 (2011), 31, 33 f.; tendenziell auch *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 555b Rz. 11 f. (missverständlich dann aber § 555d Rz. 98). Vgl. auch schon *Sternel*, NZM 2010, 721, 726: „Erst recht kann nicht in Betracht kommen, den Mangelbegriff dahin einzuschränken, dass bestimmte, aus Anlass von Modernisierungsmaßnahmen entstandene Beeinträchtigungen nicht als Mangel zu qualifizieren sind.“

Gesetzgebungsmaterialien davon die Rede, dass § 536 Abs. 1a BGB „andere Rechte des Mieters wie etwa Schadensersatz- und Aufwendungsersatzansprüche“ unberührt lässt, was ersichtlich nicht abschließend gemeint ist („etwa“), sodass es nicht weiter irritiert, dass die Minderungsmöglichkeit jenseits der Dreimonatsgrenze nicht eigens erwähnt wird. Daher bleibt es dabei: ein Vermieter, der sich nicht einvernehmlich mit dem Mieter verständigt, riskiert eine Mietminderung nach Maßgabe von § 536 BGB, wenn der modernisierte Zustand der Mietsache die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Zustand nicht unerheblich mindert.

4. Anspruch auf Schadensersatz

Werden Modernisierungsarbeiten mangelhaft, nur schleppend oder erst verspätet durchgeführt, so kann dem Mieter ein Schaden entstehen, den der Vermieter nach allgemeinen Regeln (also § 536a Abs. 1 Var. 2 BGB oder § 280 Abs. 1 bzw. Deliktsrecht) ersetzen muss. Eine solche Haftpflicht liegt beispielsweise auf der Hand, wenn ein vom Vermieter mit der Durchführung der Modernisierung betrauter Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) ein Möbelstück des Mieters schuldhaft beschädigt.⁷² Daran ändern weder eine Duldungspflicht hinsichtlich der Maßnahme noch ein ausdrückliches Einverständnis des Mieters mit der Durchführung etwas. Dass der Minderungsausschluss gemäß § 536 Abs. 1a BGB im Falle einer energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB) einen etwaigen Schadensersatzanspruch des Mieters unberührt lässt, wird in den Gesetzesmaterialien eigens betont,⁷³ erscheint aber ohnehin selbstverständlich.

Probleme bereiten Fällen, in denen hinsichtlich der konkreten Rechtsgutsverletzung weder dem Vermieter noch dessen Erfüllungsgehilfen ein schuldhaftes Verhalten nachweisbar ist. Dann ist fraglich und umstritten, ob das gemäß § 536a Abs. 1 Var. 2 BGB haftungsbegründende Vertretenmüssen ohne weiteres darin zu sehen ist, dass der Vermieter die Durchführung der Modernisierung veranlasst hat.⁷⁴ Der BGH hat offen gelassen, ob ein besonderer Haftungsmaßstab zumindest dann gelten soll, wenn die Umbauarbeiten ihrer Natur nach besonders gefahrenträchtig sind.⁷⁵ Letztlich fällt

⁷² *Kossmann/Meyer-Abich*, § 44 Rz. 125; *Mahlstedt*, § 5 Rz. 30. Vgl. die Fallgestaltung bei BGH, 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, NJW 1990, 453; beachte zum Einsatz von Erfüllungsgehilfen im Rahmen von Modernisierungsarbeiten auch BGH, 13.2.2008 – VIII ZR 105/07, NJW 2008, 1218, 1220.

⁷³ Vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 18.

⁷⁴ Bejahend *Schmidt-Futterer/Eisenschmid*, § 555d Rz. 97 f. Ablehnend OLG Saarbrücken, 20.12.2010 – 8 U 507/09 (juris); *Blank/Börstinghaus/Blank*, § 555d Rn. 31; *Hannemann/Horst*, § 2 Rz. 171 f. Unentschieden *Leo/Ramm*, NZM 2014, 63, 66; *Staudinger/Emmerich*, § 555e Rz. 11.

⁷⁵ BGH, 15.11.1989 – VIII ZR 46/89, NJW 1990, 453, 454.

die Argumentationslast denjenigen zu, die die soeben aufgeworfene Frage bejahen wollen, denn dies liefe im Ergebnis auf eine Gefährdungshaftung des modernisierenden Vermieters hinaus, die rechtspolitisch eher fragwürdig und dem geltenden Recht im Grundsatz systemfremd erscheint (wobei sich § 536a Abs. 1 Var. 1 BGB als eine die Regel bestätigende Ausnahme erweist). Zwar trifft es zu, dass die Duldungspflichten gemäß § 555a Abs. 1 und § 555d BGB keine Rechtfertigungsgründe für schädigende Einwirkungen des Vermieters auf die Rechtsgüter des Mieters sind; doch das besagt noch nichts darüber, ob der Vermieter überhaupt haftungsbegründend und damit rechtfertigungsbedürftig gehandelt hat.

Eine Schadensersatzpflicht kann den Vermieters ferner gemäß § 280 Abs. 1 BGB treffen, wenn dem Mieter dadurch ein Schaden entsteht, dass die von diesem hingenommene Baumaßnahme nicht oder unzutreffend oder verspätet angekündigt worden ist und der Vermieter dies zu vertreten hat.⁷⁶

5. Anspruch auf Aufwendungsersatz

Schon hinsichtlich des Anspruchs auf Vorschuss gemäß §§ 555a Abs. 3 S. 2, 555d Abs. 6 BGB (oben III.3) wurden Aufwendungen angesprochen, die der Mieter tunlich bereits im Vorfeld einer Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahme machen wird, etwa um Personen oder Sachen vor den mit den Arbeiten einhergehenden Beeinträchtigungen zu bewahren. Erhebliche Kosten können dem Mieter auch noch nach Abschluss der Modernisierung entstehen; man denke nur an Reinigungs- oder Anschlussrenovierungsarbeiten⁷⁷ oder daran, dass neue Gardinen beschafft werden müssen, weil die alten nicht zum Format der neuen Fenster passen. Solche Aufwendungen sind dem Mieter gemäß §§ 555a Abs. 3 S. 1, 555d Abs. 6 BGB – wie schon gemäß § 554 Abs. 4 BGB a.F. – in angemessenem Umfang zu ersetzen. Das gilt auch im Falle einer energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB); denn der Minderungsausschluss gemäß § 536 Abs. 1a BGB lässt den Aufwendungsersatzanspruch unberührt.⁷⁸

Keinen Aufschluss geben die Gesetzesmaterialien darüber, was man sich unter Aufwendungen „in angemessenem Umfang“ im Sinne von § 555a Abs. 3 S. 2 BGB vorzustellen hat. Unklar bleibt insbesondere das Verhältnis zu funktional ähnlichen

⁷⁶ Hierzu Blank/Börstinghaus/Blank, § 555c Rz. 37; Schmidt-Futterer/Eisenschmid, § 555c Rz. 66; Hannemann/Horst, § 2 Rz. 172; Kossmann/Meyer-Abich, § 44 Rz. 73 f.; Mahlstedt, § 3 Rz. 104.

⁷⁷ Vgl. LG Berlin, 27.11.2006 – 62 S 173/06, (juris); AG Hohenschönhausen, 12.5.2004 – 11 C 519/03, (juris).

⁷⁸ Vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 18.

Anspruchsgrundlagen: Gemäß § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB kann der Mieter einen Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Und Aufwendungen auf die Mietsache, die der Vermieter nach Maßgabe dieser Vorschrift nicht ersetzen muss, kann der Mieter gemäß § 539 Abs. 1 BGB nach den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen (§§ 677 ff. BGB).

Zu dieser Konkurrenzfrage lässt sich zunächst festhalten, dass der erhaltungs- bzw. modernisierungsbedingte Aufwendungsersatzanspruch, anders als § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB, weder einen Mangel noch Verzug des Vermieters mit der Mängelbeseitigung voraussetzt. Andererseits erweisen sich §§ 555a Abs. 3 S. 1, 555d Abs. 6 BGB auf der Rechtsfolgenseite als weniger mieterfreundlich: Zu ersetzen sind eben nicht alle „erforderlichen Aufwendungen“, sondern nur Aufwendungen in angemessenem Umfang, wobei Angemessenheit enger zu verstehen sein dürfte als Erforderlichkeit.⁷⁹ Demgemäß könnte eine Aufwendung des Mieters zwar zur Erreichung eines mangelfreien Zustands erforderlich sein, sodass die Kosten im Verzugsfall gemäß § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB zu erstatten wären, während es im Sinne von §§ 555a Abs. 3 S. 1, 555d Abs. 6 BGB womöglich angemessen wäre, sich bis zum Abschluss der Modernisierungsarbeiten vorübergehend mit einer etwas weniger komfortablen, preisgünstigeren Lösung zufrieden zu geben. Relevant wird dies insbesondere hinsichtlich der Frage, unter welchen Umständen der Mieter in ein Hotel ausweichen darf.⁸⁰

Wie der BGH zum früheren Recht klargestellt hat, sollte der Aufwendungsersatzanspruch dem Mieter auch dann zustehen, wenn er sich mit einer Modernisierungsmaßnahme einverstanden erklärt hat, die über die Grenzen der gesetzlichen Duldungspflicht hinausgeht.⁸¹ Zu der Frage, ob daran festzuhalten ist, schweigen die Gesetzgebungsmaterialien zum Mietrechtsänderungsgesetz 2013. Zugunsten der These, dass es bei dieser BGH-Rechtsprechung bleiben sollte, spricht allerdings die Erwägung, dass der Mieter, was seinen Aufwendungsersatzanspruch

⁷⁹ Beachte zum früheren Meinungsstand *Hau*, PiG 90 (2011), 31, 38 f. Vgl. nunmehr etwa *Bub/Treier/Schüller*, Rz. III 2711: angemessen meine „nach Sachlage objektiv erforderlich und dem Anlass adäquat“.

⁸⁰ Dazu *Hinz*, NZM 2013, 208, 212 f.

⁸¹ BGH, 22.6.2010 – VIII ZR 192/09, WuM 2010, 565.

angeht, nicht schlechter stehen sollte, wenn er sogar über seine gesetzliche Duldungspflicht hinausgehend kooperiert.⁸²

6. Anspruch auf Unterlassung einer Mieterhöhung

Das Mietrechtsänderungsgesetz 2013 unterscheidet zwischen der Duldungspflicht und dem in §§ 559, 559b BGB geregelten Mieterhöhungsrecht: Wegen der gesonderten Härtefallprüfung gemäß § 559 Abs. 4 BGB kann sich eine Mieterhöhung selbst dann als unberechtigt erweisen, wenn der Mieter die in Rede stehende, ordnungsgemäß angekündigte Maßnahme nach Maßgabe von § 555d BGB zu dulden hatte. Macht der Vermieter eine von §§ 559, 559b BGB nicht gedeckte – also zu weitgehende oder verfrühte – Mieterhöhung geltend, so verletzt er den Mietvertrag und kann nach allgemeinen Regeln auf Unterlassung sowie, wenn er die Pflichtverletzung zu vertreten hat, gemäß §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB auf Ersatz eines dem Mieter dadurch entstehenden Schadens in Anspruch genommen werden.

7. Kündigungsrecht

Nach Abschluss der Maßnahme ist es für das Sonderkündigung gemäß § 555e Abs. 1 BGB zu spät. Allerdings kommt noch eine außerordentliche fristlose Mieterkündigung aus wichtigem Grund gemäß § 543 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB, in Betracht, wenn die Maßnahme zu einem nicht mehr vertragskonformen Zustand der Wohnung führt. In Konsequenz der hier vertretenen Auffassung zum Fortbestand von Mieterrechten kommt es dabei nicht darauf an, ob die Durchführung der Maßnahme als solche duldungspflichtig war oder nicht.⁸³ An eine Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB ist auch dann zu denken, wenn der Vermieter durch eine fehlerhafte Modernisierungsankündigung den Mieter davon abgehalten hat, von seinem Sonderkündigungsrecht gemäß § 555e Abs. 1 BGB Gebrauch zu machen.⁸⁴

Im Anschluss an eine duldungspflichtige, ordnungsgemäß angekündigte und sodann auch durchgeführte Modernisierungsmaßnahme, die mit dem vertragsgemäßen Zustand in Einklang steht, bleibt dem Mieter schließlich sein außerordentliches befristetes Kündigungsrecht gemäß § 561 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn der Vermieter berechtigt die Miete erhöht. Das ist natürlich ein denkbar schwacher Trost, und zwar selbst dann, wenn man sich der vorzugswürdigen Meinung anschließt, dass das

⁸² So wohl auch *Kossmann/Meyer-Abich*, § 44 Rz. 106; *Mahlstedt*, § 5 Rz. 5.

⁸³ Vgl. zum Diskussionsstand *Börstinghaus/Eisenschmid*, Kap. 13 Rz. 139.

⁸⁴ So wohl auch *Staudinger/Emmerich*, § 555e Rz. 4. Für einen schadensrechtlichen Anspruch auf Aufhebung des Mietvertrags in solchen Fällen *Mahlstedt*, § 3 Rz. 107 und § 5 Rz. 111.

Kündigungsrecht gleichermaßen durch eine unwirksame Mieterhöhungserklärung ausgelöst werden kann.⁸⁵

⁸⁵ Dafür etwa *Börstinghaus/Eisenschmid*, Kap. 13 Rz. 102 ff.