



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 194/21

vom

19. Juli 2022

in dem Rechtsstreit

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 19. Juli 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Fetzner, die Richter Kosziol und Dr. Schmidt, die Richterin Dr. Matussek sowie den Richter Dr. Reichelt

beschlossen:

Der Senat beabsichtigt, die Revision der Beklagten gemäß § 552 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen, soweit sie sich gegen die Abweisung der von ihr erhobenen Widerklage wendet, und sie im Übrigen durch einstimmigen Beschluss nach § 552a ZPO zurückzuweisen.

Gründe:

I.

- 1 Die Parteien streiten um den Ersatz von Aufwendungen für den Austausch einer Gasetagenheizung, die sich in der von den Klägern angemieteten Wohnung der Beklagten befindet. Die Beklagte nimmt die Kläger im Wege der Widerklage auf Duldung des Anschlusses der Wohnung an die zentrale Wärmeversorgungs- und Warmwasseranlage des Hauses in Anspruch.
- 2 Die Kläger sind seit dem Jahr 2008 Mieter einer in einem Mehrfamilienhaus gelegenen Wohnung der Beklagten in Berlin. Diese ist mit einer Gasetagenheizung ausgestattet, die auch der Warmwasserversorgung dient.
- 3 Im Jahr 2015 wurde in dem Mehrfamilienhaus eine Zentralheizung mit Warmwasserversorgung eingebaut, an welche die meisten der in dem Haus

befindlichen Wohnungen - nicht jedoch die Wohnung der Kläger - angeschlossen wurden.

- 4 Am 7. November 2016 zeigten die Kläger gegenüber der Beklagten einen nicht mehr zu reparierenden Defekt der Gasterme an, die zum Ausfall der Gasetagenheizung führte. Mit anwaltlichen Schreiben vom 15. November und 18. November 2016 forderten sie die Beklagte unter Fristsetzung auf, die Beheizbarkeit der Wohnung sowie die Warmwasserversorgung wiederherzustellen, und kündigten für den Fall des erfolglosen Fristablaufs die Durchführung einer Ersatzvornahme an.
- 5 Die Beklagte bot den Klägern den Anschluss der Wohnung an die im Haus vorhandene zentrale Wärmeversorgungs- und Warmwasseranlage an. Dies wurde von den Klägern abgelehnt. Nach Ablauf der von ihnen gesetzten Frist ließen die Kläger die defekte Gasterme austauschen, wodurch ihnen Kosten in Höhe von 3.393,35 € entstanden.
- 6 Mit der vorliegenden Klage haben sie die Beklagte im Wesentlichen auf die Zahlung von Aufwendungsersatz in Höhe von 3.398,54 € nebst Zinsen in Anspruch genommen. Während des Prozesses, also nach erfolgtem Austausch der Gasterme, hat die Beklagte mit Schreiben vom 6. Juni 2017 und 18. Juli 2018 die Durchführung von Modernisierungsmaßnahmen (unter anderem den Anschluss der Wohnung der Kläger an die zentrale Wärmeversorgungsanlage) gegenüber den Klägern angekündigt.
- 7 Sie hat mit Schriftsatz vom 26. Februar 2018 im Wege der Widerklage unter anderem von den Klägern die Duldung des Anschlusses der Wohnung an die zentrale Wärmeversorgungs- und Warmwasseranlage, des Einbaus von neuen Heizkörpern in der Wohnung nebst dazugehörigen Rohren sowie des Abrisses der Gasetagetherme nebst Anschluss Technik begehrt.

8 Das Amtsgericht hat der Klage im Wesentlichen stattgegeben und die Beklagte unter anderem verurteilt, an die Kläger Aufwendungsersatz in Höhe von 3.393,35 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Widerklage hat es abgewiesen. Die hiergegen eingelegte, insbesondere auf die Abweisung der Klage und auf die Stattgabe des vorgenannten Widerklageantrags gerichtete Berufung hat das Landgericht zurückgewiesen.

9 Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren hinsichtlich ihrer Verurteilung zur Zahlung von 3.393,35 € nebst Zinsen und die Widerklage in dem bereits erwähnten Umfang weiter.

II.

10 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

11 Den Klägern stehe gegen die Beklagte ein Anspruch auf Erstattung der Kosten für den Einbau einer neuen Gasetagenheizung aus § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB zu. In dem Heizungsausfall liege ein Mangel, mit dessen Beseitigung sich die Beklagte im Verzug befunden habe.

12 In dem Angebot der Beklagten, die Wohnung der Kläger zur Mängelbeseitigung an die vorhandene Fernwärmeheizung anzuschließen, liege das Angebot eines "Aliuds", das die Kläger nicht hätten annehmen müssen. Die konkludent getroffene Beschaffenheitsvereinbarung der Parteien erstrecke sich auf die bei Anmietung vorhandene Gasheizung als Heizungsart und nicht lediglich auf eine grundsätzliche Beheizbarkeit der Wohnung.

13 Im Gegensatz zu einer Zentralheizung, gleich welcher Brennstoffart, habe der Mieter bei der Gasetagenheizung die alleinige Einflussmöglichkeit auf die

Heizkosten, die Temperatur des Vorlaufs und den Zeitpunkt, zu dem geheizt werde. Allein diese Umstände könnten den Ausschlag geben, einer Wohnung mit Gasetagenheizung bei Anmietung den Vorrang gegenüber einer solchen mit Zentralheizung zu geben, weshalb davon auszugehen sei, dass es sich um eine derart wesentliche Tatsache handele, dass sie eine bei Vertragsschluss zumindest konkludent getroffene Beschaffenheitsvereinbarung darstelle. Andernfalls könne der Vermieter seiner Instandhaltungspflicht auch dadurch nachkommen, dass er bei einem Heizungsausfall dauerhaft Elektroradiatoren in den Zimmern aufstelle und einen Boiler statt des ausgefallenen Durchlauferhitzers installiere.

14 Das Berufungsgericht verkenne nicht, dass der Anschluss der streitgegenständlichen Wohnung an die vorhandene zentrale Beheizungsanlage mit Warmwasseraufbereitung gegebenenfalls bei Vorliegen der Voraussetzungen als Modernisierungsmaßnahme im Sinne von § 555b Abs. 1 BGB zu dulden wäre. Jedoch fehle es im vorliegenden Fall an einer wirksamen Modernisierungsankündigung und an der im Rahmen der Modernisierung gebotenen Interessenabwägung.

15 Eine Instandsetzungsmaßnahme im Sinne von § 555a BGB sei darin nicht zu sehen. Da § 555a BGB dem Vermieter lediglich das Recht einräume, die Mietsache im ursprünglichen Zustand zu erhalten, würde bei gleichzeitiger Einbeziehung von Verbesserungsmaßnahmen der Anwendungsbereich der Norm überschritten. Soweit die Maßnahmen der Verbesserung dienten und gleichzeitig auch Instandhaltungsarbeiten umfassten, sei daher richtigerweise - auch wegen der sich regelmäßig anschließenden Mieterhöhung beziehungsweise wegen eines möglichen Härtefalls - von der Anwendung des § 555b BGB auszugehen. Zudem müsse verhindert werden, dass über die Kombination von Erhaltungs- und Verbesserungsmaßnahmen die

Duldungspflicht des Mieters künstlich ausgedehnt werde. Dies wäre jedoch beim vorliegenden Sachverhalt der Fall.

- 16 Sofern sich die Berufung gegen die Abweisung der Widerklage hinsichtlich der Feststellung der Duldung des Anschlusses an die Zentralheizung richte, sei sie ebenfalls ohne Erfolg. Der Beklagten stehe gegen die Kläger - auch unabhängig von vorstehenden Ausführungen - ein Anspruch auf Duldung des Anschlusses der streitgegenständlichen Wohnung an die Zentralheizung nicht zu. Der Mangel sei jedenfalls durch den Einbau der neuen Gasetagenheizung durch die Kläger beseitigt worden. Ein Anspruch aus § 555b BGB im Wege der Modernisierung werde mit der Berufung nicht mehr geltend gemacht. Im Übrigen fehle es jedenfalls aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung (keine formell wirksame Ankündigung) an einer Duldungspflicht.

III.

- 17 1. Die Revision ist unzulässig, soweit sie sich gegen die Abweisung des auf Duldung des Anschlusses an die zentrale Wärmeversorgungs- und Warmwasseranlage und die damit verbundenen Arbeiten gerichteten Widerklageantrags wendet. Insoweit ist die Revision nicht statthaft (§ 542 Abs. 1, § 543 Abs. 1 Nr. 1, 2 ZPO), weil sie - entgegen der Auffassung der Revision - vom Berufungsgericht diesbezüglich nicht zugelassen worden ist. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision wirksam auf den von den Klägern mit der Klage geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von Aufwendungsersatz nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB beschränkt.
- 18 a) Eine solche Beschränkung der Zulassung der Revision muss nicht im Tenor des Urteils angeordnet sein, sondern kann sich auch aus den Entscheidungsgründen ergeben, wenn sie sich diesen mit der erforderlichen Eindeutigkeit entnehmen lässt. Hat das Berufungsgericht die Revision wegen

einer Rechtsfrage zugelassen, die nur für einen eindeutig abgrenzbaren Teil des Streitstoffs von Bedeutung ist, kann die gebotene Auslegung der Entscheidungsgründe ergeben, dass die Zulassung der Revision auf diesen Teil des Streitstoffs beschränkt ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 29. April 2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rn. 15; vom 15. September 2021 - VIII ZR 76/20, WM 2021, 2046 Rn. 19; vom 10. November 2021 - VIII ZR 187/20, BGHZ 232, 1 Rn. 26; Senatsbeschlüsse vom 30. November 2021 - VIII ZR 81/20, juris Rn. 7; vom 25. Januar 2022 - VIII ZR 337/20, juris Rn. 9; jeweils mwN).

19 b) Ausgehend hiervon liegt eine Beschränkung der Revision vor.

20 aa) Das Berufungsgericht hat die Revision ausweislich seiner Ausführungen in den Entscheidungsgründen zugelassen, weil die Rechtsfrage, ob die Beheizungsart einer Wohnung bei Anmietung in Form einer vorhandenen Gasetagenheizung eine konkludent vereinbarte Sollbeschaffenheit der Mietsache darstelle oder ob der Vermieter lediglich die generelle Beheizbarkeit und Warmwasserversorgung der Mietsache schulde, bislang nicht geklärt sei.

21 bb) Diese Frage stellt sich jedoch im vorliegenden Fall lediglich im Rahmen des von den Klägern geltend gemachten Aufwendungsersatzanspruchs nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB. Für den von der Beklagten mit der Widerklage nur noch verfolgten Anspruch auf Duldung des Anschlusses an die zentrale Wärmeversorgungs- und Warmwasseranlage und der damit verbundenen Arbeiten als Instandsetzung nach § 555a Abs. 1 BGB ist die Frage hingegen nicht von Bedeutung. Denn nach den von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist, worauf die Revisionserwiderung zutreffend verweist, der Mangel der Mietsache - unabhängig davon, ob der Vermieter die Instandsetzung der Gasetagenheizung oder nur die generelle Beheizbarkeit und Warmwasserversorgung der streitgegenständlichen Wohnung schuldete oder nicht - jedenfalls durch den Einbau der neuen Gasetagenheizung

beseitigt worden, so dass der im Wege der Widerklage geltend gemachte Instandsetzungsanspruch, der für die Frage der Mängelbeseitigung allein von Interesse ist, bereits aus diesem Grund ins Leere geht.

22 c) Diese Beschränkung der Zulassung ist auch wirksam.

23 aa) Zwar ist eine Beschränkung der Revision auf einzelne Rechtsfragen und Anspruchselemente unwirksam. Das Berufungsgericht hat jedoch die Möglichkeit, die Revision nur hinsichtlich eines tatsächlich und rechtlich selbständigen und abtrennbaren Teils des Gesamtstreitstoffs zuzulassen, auf den auch die Partei selbst die Revision beschränken könnte (vgl. Senatsurteile vom 15. September 2021 - VIII ZR 76/20, WM 2021, 2046 Rn. 20; vom 29. April 2020 - VIII ZR 355/18, NJW 2020, 1947 Rn. 16; Senatsbeschlüsse vom 21. August 2018 - VIII ZR 186/17, NJW-RR 2019, 130 Rn. 16; vom 12. Juni 2018 - VIII ZR 121/17, WuM 2018, 723 Rn. 6). Insbesondere ist bei einer Entscheidung über die Klage und Widerklage eine Beschränkung des Rechtsmittels auf die Entscheidung über die Klage oder die Widerklage und damit zugleich eine entsprechend beschränkte Revisionszulassung möglich (vgl. Senatsurteile vom 16. Januar 2019 - VIII ZR 173/17, NJW-RR 2019, 787 Rn. 13; vom 12. Mai 2010 - VIII ZR 96/09, NJW 2010, 3015 Rn. 21; BGH, Beschlüsse vom 9. Juni 2015 - II ZR 110/14, juris Rn. 7; vom 24. Januar 2012 - VIII ZR 206/11, WuM 2012, 163 Rn. 7 mwN).

24 bb) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Denn die Beklagte hätte ihr Rechtsmittel wirksam auf den nach den von dem Berufungsgericht getroffenen und nicht angegriffenen Feststellungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von der Widerklage zu beurteilenden Aufwendungsersatzanspruch beschränken und die Abweisung des noch streitgegenständlichen Widerklageantrags hinnehmen können. Ein Widerspruch wäre insofern nicht zu befürchten gewesen.

25 2. Soweit das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, liegt ein Zulassungsgrund nicht vor (§ 552a Abs. 1, § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO).

26 Der von dem Berufungsgericht als Zulassungsgrund angegebenen Frage nach dem Vorliegen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung im Hinblick auf die Beheizungsart einer Mietwohnung kommt eine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO nicht zu. Sie ist einer abstrakten und allgemeinen Klärung nicht zugänglich. Vielmehr hängt sowohl das Vorliegen als auch der Inhalt einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung von den Willenserklärungen der jeweiligen Mietvertragsparteien (vgl. nur Senatsurteil vom 24. November 2021 - VIII ZR 258/19, NJW-RR 2022, 381 Rn. 20) und damit von den Umständen des konkreten Einzelfalls ab. Ebenso wenig gebietet die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung die Zulassung der Revision.

27 3. Die Revision hat - soweit sie eröffnet ist - auch in der Sache keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a Satz 1 ZPO). Das Berufungsgericht hat im Ergebnis frei von Rechtsfehlern einen Anspruch der Kläger auf Ersatz der ihnen entstandenen Aufwendungen nach § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB in Höhe von 3.393,95 € bejaht. Denn die Beklagte befand sich zum Zeitpunkt des von den Klägern in Auftrag gegebenen Austauschs der Gastherme mit der Behebung des Defekts der Gasetagenheizung und damit der Beseitigung eines Mangels der Mietsache im Verzug.

28 a) Gemäß § 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB kann der Mieter einen Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 BGB selbst beseitigen (lassen) und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels im Verzug ist. Ein derartiger Mangel ist anzunehmen, wenn der tatsächliche Zustand der Mietsache von dem für den vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand für den Mieter nachteilig abweicht. Der vertraglich

geschuldete Zustand bestimmt sich in erster Linie nach den Beschaffenheitsvereinbarungen der Mietvertragsparteien, die auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) getroffen werden können (vgl. Senatsurteile vom 24. November 2021 - VIII ZR 258/19, NJW-RR 2022, 381 Rn. 18; vom 29. April 2020 - VIII ZR 31/18, NJW 2020, 2884 Rn. 24 f.).

29 Soweit Parteiabreden zur Beschaffenheit der Mietsache fehlen, ist der zum vertragsgemäßen Gebrauch geeignete Zustand im Sinne des § 535 Abs. 1 BGB nach den gesamten Umständen des Mietverhältnisses und den daraus in - gegebenenfalls ergänzender - Auslegung abzuleitenden Standards, insbesondere nach der Mietsache und deren beabsichtigter Nutzung sowie der Verkehrsanschauung unter Beachtung des in § 242 BGB normierten Grundsatzes von Treu und Glauben zu bestimmen (vgl. Senatsurteile vom 24. November 2021 - VIII ZR 258/19, NJW-RR 2022, 381 Rn. 27; vom 8. Juli 2020 - VIII ZR 163/18, BGHZ 226, 208 Rn. 22; vom 5. Dezember 2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rn. 13; vom 29. April 2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rn. 23).

30 b) Gemessen daran umfasst der vertragsgemäße Gebrauch vorliegend die Überlassung einer funktionsfähigen Gasetagenheizung und damit korrespondierend auch deren Instandhaltung.

31 aa) Zwar rügt die Revision im Ausgangspunkt zu Recht, dass das Berufungsgericht eine (konkludent) getroffene Beschaffenheitsvereinbarung über die Ausstattung der Mietwohnung mit einer Gasetagenheizung rechtsfehlerhaft bejaht hat. Das Berufungsgericht hat weder festgestellt, dass es den Klägern als Mieter tatsächlich und für den Vermieter erkennbar auf die Anmietung einer Wohnung mit einer Gasetagenheizung ankam, noch, dass der Vermieter dieser Anforderung an die Wohnung (konkludent) zugestimmt hat (vgl. zu den Voraussetzungen einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung

Senatsurteile vom 24. November 2021 - VIII ZR 258/19, NJW-RR 2022, 381 Rn. 20 f.; vom 29. April 2015 - VIII ZR 197/14, BGHZ 205, 177 Rn. 20).

- 32 Allein der Umstand, dass der Mieter bei einer Gasetagenheizung die alleinige Einflussmöglichkeit auf die Heizkosten, die Temperatur des Vorlaufs und den Zeitpunkt hat, zu dem geheizt wird, und dies den Ausschlag dafür geben kann, eine Wohnung mit Gasetagenheizung einer Wohnung mit Zentralheizung vorzuziehen, lässt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht den sicheren Schluss dahingehend zu, die Mietvertragsparteien hätten sich im vorliegenden Fall tatsächlich auf eine entsprechende Ausstattung der Wohnung verständigt.
- 33 bb) Im Ergebnis wirkt sich dies aber nicht aus. Denn eine Pflicht zur Ausstattung der Wohnung mit einer funktionsfähigen Gasetagenheizung ergibt sich jedenfalls aus den Gesamtumständen des Mietverhältnisses und dem daraus abzuleitenden Standard.
- 34 (1) Nach der allgemeinen Verkehrsanschauung kann der Mieter einer Wohnung erwarten, dass die von ihm angemieteten Räume einen Wohnstandard aufweisen, der der üblichen Ausstattung vergleichbarer Wohnungen entspricht. Dabei sind insbesondere das Alter, die Ausstattung und die Art des Gebäudes, aber auch die Höhe der Miete und eine eventuelle Ortssitte zu berücksichtigen (vgl. Senatsurteil vom 5. Dezember 2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rn. 14). Jedenfalls dann, wenn die Wohnung über eine entsprechende Ausstattung verfügt, umfasst der vertragsgemäße Zustand diese Gegenstände (vgl. Senatsurteil vom 5. Dezember 2018 - VIII ZR 17/18, NJW-RR 2019, 270 Rn. 15 [hinsichtlich der Ausstattung mit einem Telefonanschluss]).
- 35 (2) Hier war die Mietwohnung von Anfang an mit einer Gasetagenheizung ausgestattet, die der Wärme- und Warmwasserversorgung der Wohnung diente

und damit Teil des von der Beklagten als Vermieterin zu gewährleistenden Wohnstandards war. Unter Berücksichtigung dieser von dem Vermieter zur Verfügung gestellten Ausstattung, aber auch der von dem Berufungsgericht aufgezeigten und von der Revision nicht in Abrede gestellten Vorteile, die für den Mieter mit dem Betrieb einer solchen Gasetagenheizung gegenüber einem Anschluss an eine zentrale Wärme- und Warmwasserversorgungsanlage verbunden sind, ist davon auszugehen, dass den Mietern nicht nur eine Versorgung der Wohnung mit Wärme und Warmwasser ermöglicht werden, sondern der vertragsgemäße Zustand (§ 535 Abs. 1 BGB) eine Beheizungs-möglichkeit in Form einer Gasetagenheizung umfassen sollte. Eine entsprechende Bestimmung des zum vertragsgemäßen Gebrauchs geeigneten Zustands kann der Senat hier selbst vornehmen, da insoweit keine weiteren Feststellungen zu treffen sind (vgl. Senatsurteil vom 13. April 2016 - VIII ZR 198/15, NJW-RR 2016, 1032 Rn. 22).

36 cc) Dieser Zustand der Wohnung unterliegt - anders als die Revision meint - im Laufe des Mietverhältnisses selbst dann nicht der einseitigen Bestimmung durch den Vermieter, wenn eine Pflicht des Mieters zur Duldung von Modernisierungsmaßnahmen bestünde.

37 (1) Die Vornahme von Modernisierungsarbeiten führt nicht zu einer Änderung der nach dem Mietvertrag geschuldeten Sollbeschaffenheit der Mietsache. Hierfür gibt es keine Grundlage im Gesetz. Von dem Mieter zu duldende Modernisierungsmaßnahmen, die zu einer für den Mieter nachteiligen Veränderung des vertraglich geschuldeten Zustands der Mietsache führen, können deshalb Mängelrechte des Mieters auslösen (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Oktober 2021 - VIII ZR 51/20, WuM 2022, 145 Rn. 17 ff. [zur Verkleinerung eines Fahrradkellers infolge von Modernisierungsmaßnahmen]). Selbst wenn die Beklagte also den Anschluss an die zentrale Heiz- und Warmwasserversorgung

als Modernisierungsmaßnahme begehrt hätte, wären die Kläger zum Zeitpunkt der Mangelbeseitigung berechtigt gewesen, die Herstellung der Funktionstüchtigkeit der Gasetagenheizung zu verlangen.

38 (2) Abgesehen davon ist ein Anspruch auf Duldung von Modernisierungsmaßnahmen von der Beklagten im vorliegenden Fall bereits im Berufungsverfahren nicht (mehr) geltend gemacht worden. Zudem wäre er zum Zeitpunkt des Austauschs der Gasetagenheizung - unabhängig von der vom Berufungsgericht vermissten Wirksamkeit der Modernisierungsankündigung - auch nicht fällig gewesen. Das Gesetz schließt die Einwirkungsmöglichkeit des Vermieters auf den Mietgegenstand durch Vornahme einer Modernisierungsmaßnahme, anders als die Revision meint, nicht lediglich dann aus, wenn die Interessenabwägung, wie sie in § 555d Abs. 2 Satz 1 BGB vorgesehen ist, zugunsten des Mieters ausschlägt.

39 (a) Die Duldungspflicht nach § 555d BGB knüpft vielmehr auch an eine ordnungsgemäße Modernisierungsankündigung im Sinne von § 555c BGB an (vgl. Senatsurteil vom 18. März 2021 - VIII ZR 305/19, BGHZ 229, 139 Rn. 27 [zu § 555c BGB in der bis zum 31. Dezember 2018 geltenden Fassung]). Unterlässt der Vermieter eine solche Ankündigung oder entspricht diese nicht den gesetzlichen Anforderungen, wird bereits eine etwaige Duldungspflicht des Mieters nicht fällig (vgl. BT-Drucks. 17/10485, S. 21).

40 Eine solche Ankündigung lag hier aber nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts im Zeitpunkt des Austauschs der Gastherme durch die Kläger nicht vor.

41 (b) Es kommt nicht darauf an, ob es sich bei dem von der Beklagten angebotenen Anschluss um eine modernisierende Instandsetzung, wie von der Revision geltend gemacht, handelt.

- 42 Auch wenn geplante bauliche Veränderungen nur teilweise Modernisierungsmaßnahmen darstellen, ist der Mieter zur Abgabe einer Duldungserklärung nicht vor Ablauf der ihm nach § 555d Abs. 3 Satz 1 BGB zur Mitteilung von Härtegründen sowie nach § 555e Abs. 1 Satz 2 BGB zur Erklärung einer (Sonder-)Kündigung eingeräumten Fristen (vgl. Senatsbeschluss vom 27. April 2021 - VIII ZB 44/20, NJW-RR 2021, 737 Rn. 19) und damit nicht vor Zugang einer ordnungsgemäßen Modernisierungsankündigung verpflichtet. Denn andernfalls würden die nach dem Gesetz zu stellenden Anforderungen an einen fälligen Anspruch des Vermieters auf Duldung von Modernisierungsmaßnahmen und die daran anknüpfenden Folgen durch eine künstliche Aufspaltung der Maßnahme in eine Erhaltungs- und eine Modernisierungsmaßnahme umgangen.
- 43 Ausgehend hiervon wäre ein etwaiger Duldungsanspruch auch bei Annahme einer modernisierenden Instandsetzungsmaßnahme zum Zeitpunkt des Austauschs der Gastherme noch nicht fällig gewesen. Soweit die Revision meint, die vorgenannte Entscheidung des Senats vom 27. April 2021 beziehe sich lediglich auf die Ankündigung von nebeneinander durchzuführenden Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen, missversteht sie die Ausführungen des Senats (vgl. Senatsbeschluss vom 27. April 2021 - VIII ZB 44/20, aaO).
- 44 dd) Soweit die Revision geltend macht, selbst das Berufungsgericht habe angenommen, der ursprüngliche Zustand müsse sogar im Fall der Mängelbeseitigung nicht wieder hergestellt werden, wenn "für eine technische Anlage Ersatzteile nicht mehr beschafft werden können", ist dies unbehelflich. Denn das Berufungsgericht hat - wie die Revision nicht in Abrede stellt - darauf verwiesen, dass im vorliegenden Fall eine Ausrüstung der Wohnung mit Gasetagenheizungen weiterhin möglich ist.

45 c) Den nach alledem geschuldeten Anforderungen genügte die Mietsache nicht (§ 536 Abs. 1 BGB). Nach den rechtsfehlerfreien und von der Revision auch nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Gasetagenheizung im November 2016 ausgefallen und dadurch die Versorgung der Wohnung mit Wärme und Warmwasser unterbrochen worden.

46 d) Das Berufungsgericht hat auch zutreffend angenommen, dass sich die Beklagte mit der Beseitigung dieses Mangels entgegen der Ansicht der Revision im Verzug befunden hat.

47 aa) Die Kläger haben am 7. November 2016 den Defekt der Gasetagenheizung gegenüber der Beklagten angezeigt und diese unter Fristsetzung mit Schreiben vom 15. November und 18. November 2016, wie vom Berufungsgericht festgestellt, zur Herstellung der Beheizbarkeit und der Warmwasserversorgung durch Instandsetzung der Gastherme aufgefordert. Eine Mahnung gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 BGB lag damit vor. Die Gasetagenheizung ist von der Beklagten innerhalb der ihr gesetzten Frist jedoch nicht instandgesetzt worden.

48 bb) Anders als die Revision meint, steht dem Eintritt des Verzugs der Beklagten nicht entgegen, dass diese den Klägern den Anschluss an die zentrale Warmwasserversorgungs- und Heizungsanlage des Mietobjekts angeboten hat. Ein solches Angebot entsprach auch im Hinblick auf das Wahlrecht des Vermieters hinsichtlich der Art der Mängelbeseitigung nicht der geschuldeten Leistung.

49 (1) Zwar erbringt ein Schuldner seine Leistung in einer den Schuldnerverzug ausschließenden Weise, wenn er das nach dem Schuldverhältnis seinerseits Erforderliche tut und dem Gläubiger die Leistung in Annahmeverzug begründender Weise anbietet (vgl. BGH, Urteil vom

25. November 2015 - IV ZR 169/14, NJW-RR 2016, 511 Rn. 9). Die Leistung muss dem Gläubiger hierfür so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden (§ 294 BGB).

50 (2) Ein solches Angebot der Beklagtenseite lag hier jedoch, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, nicht vor. Die Beklagte hat, indem sie den Klägern den Anschluss an die zentrale Warmwasserversorgungs- und Heizungsanlage des Objekts in Aussicht gestellt hat, nicht die Wiederherstellung einer funktionsfähigen Gasetagenheizung angeboten.

51 (a) Dem Vermieter obliegen nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB die Instandhaltung und die Instandsetzung des Mietobjekts. Entsteht während der Mietzeit ein Mangel der Mietsache im Sinne des § 536 BGB - wie hier in Gestalt des Ausfalls der Gasetagenheizung -, schuldet er dessen Beseitigung im Rahmen seiner Erfüllungspflicht gemäß § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB unabhängig davon, ob die Mangelursache in seinem eigenen oder im Gefahrenbereich des Mieters zu suchen ist (vgl. Senatsurteil vom 19. November 2014 - VIII ZR 191/13, aaO). Insofern ist es lediglich die Sache des Vermieters, zu entscheiden, wie er seiner Instandsetzungspflicht im Einzelnen - beispielsweise durch eine Reparatur oder den Austausch von Teilen - nachkommen will (vgl. Staudinger/V. Emmerich, Stand: 18. März 2022, BGB, § 535 Rn. 31).

52 (b) Gemessen hieran war die Beklagte gehalten, die Funktionsfähigkeit der Gasetagenheizung wiederherzustellen, und durfte den Klägern zur Erfüllung der sie treffenden Instandsetzungspflicht nicht eine andere Art der Wärme- und Warmwasserversorgung in Form des Anschlusses an die Zentralheizung anbieten. Die Beklagte konnte sich insofern auch nicht auf eine zum Zeitpunkt ihres Angebots bestehende Pflicht der Kläger zur Duldung des von ihr angebotenen Anschlusses an die zentrale Wärme- und Warmwasserversorgung berufen. Eine Duldungspflicht gemäß § 555d Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB bestand

zu diesem Zeitpunkt - entgegen der Ansicht der Revision -, wie bereits ausgeführt, nicht.

- 53 e) Nach alledem konnten die Kläger deshalb nach Ablauf der von ihnen gesetzten Frist die Gastherme austauschen lassen und Ersatz der ihnen dafür entstandenen Kosten in Höhe von 3.393,95 € von der Beklagten verlangen. Einwendungen gegen die Höhe des Aufwendungsersatzanspruchs werden von der Revision nicht geltend gemacht.

IV.

- 54 Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme binnen drei Wochen ab Zustellung dieses Beschlusses.

Dr. Fetzer

Kosziol

Dr. Schmidt

Dr. Matussek

Dr. Reichelt

Hinweis:

Das Revisionsverfahren ist durch Beschluss vom 8. November 2022 erledigt worden.

Vorinstanzen:

AG Berlin-Wedding, Entscheidung vom 02.06.2020 - 14 C 604/16 -

LG Berlin, Entscheidung vom 15.06.2021 - 63 S 125/20 -