

Stellungnahme zum Mietrechtänderungsgesetz (MietRÄndG)

Wegen der Kürze der mir zur Verfügung stehenden Zeit bis zur Öffentlichen Anhörung im Rechtsausschuss am 15.10.2012 bezieht sich meine schriftliche Stellungnahme nur auf die mir besonders wichtigen Punkte des Gesetzentwurfes. Darüber hinaus spreche ich nur Rechtsfragen an, politische bzw. rechts-politische Fragen (z.B. Umlagenhöhe bei der Modernisierungsmieterhöhung, Kappungsgrenze) sind von der Politik zu entscheiden. In der mündlichen Erörterung stehe ich natürlich zu dem gesamten Entwurf zur Verfügung:

**1. Mietminderung nach § 536 Abs. 1a BGB:**

Der geplante Einschub ist dem Grunde und der Ausführung nach bedenklich; er ist systemwidrig und greift in die Leistungsäquivalenz, d.h. in das Prinzip der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ein. Dementsprechend sieht § 536 Abs. 4 BGB vor, dass bei einem Mietverhältnis über Wohnraum eine zum Nachteil des Mieters abweichende mietvertragliche Vereinbarung unwirksam ist. In den "Automatismus", dass bei einem (nicht unerheblichen) Mangel die Miete gemindert ist, will der Gesetzgeber jetzt eingreifen. Das stellt sich als mehr als bedenklich dar und dürfte auch das verfassungsrechtliche Grundrecht des Mieters in Form eines Eigentumsrechts an der Wohnung (das im Rahmen der Eigenbedarfskündigung entwickelt worden ist) tangieren. Um Wiederholungen zu vermeiden beziehe ich mich zur recht verbreiteten Ablehnung der vorgeschlagenen neuen Vorschrift durch die Berliner Richterschaft auf die Stellungnahme der Senatsverwaltung für Justiz und Verbraucherschutz Berlin gegenüber dem BmJ vom 2.2.2012-II B- 6220 nach Befragung aller Richter in Berlin, ferner auf Fleindl (VRiLG am LG München) in NZM 2012, 57, 60, des Bundesrates zum Gesetzentwurf (Anl. 3 zu Drucksache 17/10485) sowie auf den Antrag der Fraktion der SPD (Drucksache 17/9559 unter 1. I.).

Die Bundesregierung betont zur Rechtfertigung des zeitweisen Ausschlusses der Mietminderung den Anreiz für den (Privat-) Vermieter, die energetische Modernisierung durchzuführen. Der ist bei einem Zeitraum von drei Monaten sehr zu bezweifeln. Im Gegenteil, der Anreiz könnte und sollte für den Vermieter sein, zur Vermeidung von Mietminderungen zügig und effizient die Arbeiten durchführen zu lassen. Man könnte auch argumentieren: Der durch die Vorschrift geschaffene Freiraum könnte auch dazu führen, dass der eine oder andere Vermieter den Zeitraum nutzt, (fast) frei von Zwängen ohne Rücksicht auf Staub- und Schmutzentwicklung zu arbeiten oder arbeiten zu lassen, muss er doch nicht fürchten, bei hoher Beeinträchtigung vom Mieter in die Pflicht genommen zu werden.

Zur Durchführung der geplanten Vorschrift soll die Minderung nur bei einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nr. 1 BGB nicht eingreifen. Hierzu liegt es auf der Hand, dass es zu Abgrenzungsschwierigkeiten zu den anderen Modernisierungsmaßnahmen oder auch Instandsetzungsmaßnahmen kommen wird, dass Streitpotenzial dürfte in diesem Zusammenhang recht hoch sein. Der Einwand in der Gegenäußerung der Bundesregierung (Anl. 4 zu Drucksache 17/10485), etwaige Streitfragen seien wie auch bei anderen mietvertraglichen

Auseinandersetzungen gerichtlich zu klären, überzeugt nicht recht. Besser ist es allemal, schon durch den Gesetzestext Streitfälle-wenn nicht auszuschließen-zu minimieren.

Fazit: Der temporäre Ausschluss der Mietminderung sollte nicht Gesetz werden.

## **2. § 556c BGB-Contracting**

Nach der bisherigen-inzwischen gefestigten-Rechtsprechung des VIII. Senats des BGH konnte der Vermieter im laufenden Mietverhältnis auf Wärmecontracting umstellen, wenn (auch formularmäßig) mietvertraglich vereinbart war, dass der Mieter die Betriebskosten nach der BetrKV (bzw. einer Vorgängerverordnung) zu tragen hat und dort die eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme erwähnt war. Das hatte zur Folge, dass der Mieter nach Umstellung den sog. vollen Wärmepreis zu tragen hatte, so wie das § 2 Abs. 1 Nr. 4c BetrKV vorsieht. Das neue Gesetz will jetzt eine andere Regelung einführen, ohne dass die Vorschrift der BetrKV verändert wird. Natürlich geht ein Gesetz einer Verordnung vor, gleichwohl kommen in diesem Zusammenhang Ungereimtheiten auf. Denn die vorgesehene Fassung des § 556c BGB erfasst nicht alle Contractingmöglichkeiten bzw. lässt offen, wie verfahren werden soll oder kann, wenn der konkrete Fall nicht von der neuen Vorschrift umfasst wird. Der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, dass dann gar nichts mehr gehen soll bzw. der Vermieter auf seine Altanlage sitzen bleibt und "weiter alleine die Kurbel drehen soll, um Strom und damit Wärme zu erzeugen". In diesem Zusammenhang kommt hinzu, dass definitionsmäßig ein erheblicher Wirrwarr besteht: Fernwärme, klassische Fernwärme, Nahwärme, Direktwärme... vorliegend geht es um eigenständig gewerbliche Lieferung von Wärme, darunter fällt also auch die Fernwärme. Ob darunter auch die klassische Fernwärme fällt, ist auch nach dem Urteil des BGH vom 31.12.2011-VIII ZR 262/09, NJW-RR 2012, 115 offen. Der Gesetzgeber erwähnt in der Gesetzesbegründung auch die Fernwärme (Allgemeiner Teil II.2.) hat es jedoch versäumt, klare Abgrenzungen zu schaffen. Dabei entsteht jetzt die o.a. Frage nach den Konsequenzen für einen Vermieter. In der Begründung heißt es, erfolge dennoch eine Umstellung auf Wärmecontracting, könne der Vermieter nur die (fiktiv zu berechnenden) bisherigen Betriebskosten vom Vermieter verlangen, also insbesondere die Brennstoff- und die Wartungskosten, nicht aber sonstige Kosten des Energielieferanten. Das kann ein Vermieter sicher für das Jahr vor der Umstellung bewerkstelligen, das geht aber sicher nicht für die folgenden Jahre, da ja die Kosten vom Verbrauch und von den Preisen her variieren. Kann er letztlich (als Strafe?) überhaupt keine Heizkosten mehr umlegen?

Das Ziel, nach Umstellung auf Wärmecontracting die umlagefähigen Kosten zu deckeln und als Richtschnur die Kosten für die bisherige Eigenversorgung mit Wärme und Warmwasser zugrunde zu legen, wird politisch allgemein begrüßt. Die Durchführung muss jedoch nicht nur theoretisch, sondern auch im Alltag praktikabel sein. Dazu verweist der Gesetzgeber auf die noch zu erlassende Rechtsverordnung, die bisher als Diskussionsentwurf vorliegt. Dort wird in § 6 im Einzelnen beschrieben, wie der Vergleich herzustellen ist. Der Unterzeichnende hat bisher noch keinen Praktiker gefunden, der in der Lage gewesen wäre, die Prozedur einigermaßen verständlich zu erklären. Eines steht aber jetzt schon fest: Auch hier kann der Vergleich nur aufgrund einer Heizkostenabrechnung vor der Umstellung auf Contracting hergestellt werden, wie das in den späteren Jahren von statten gehen soll, erhellt sich nicht. Im Übrigen ist zu prognostizieren, dass ein erhebliches Streitpotenzial entstehen wird.

Fazit: Die gesamte Regelung zum Wärmecontracting erscheint überarbeitungsbedürftig.

### 3. Sicherungsanordnung-§ 283a ZPO

Die vorgeschlagene Möglichkeit des Erlasses einer Sicherungsanordnung ist aus rechtsstaatlichen Gründen dem Grunde nach mehr als fragwürdig, in der Einzelregelung missverständlich und unklar.

Vom System her soll der Vermieter im Hinblick auf eine rechtshängige Zahlungsklage die Möglichkeit haben, eine Sicherungsanordnung zu erreichen, die sich auf Geldforderungen bezieht, die nach Rechtshängigkeit **fällig geworden sind** (Hervorhebung durch den Autor). Die Klage auf diese Forderungen muss nur hohe Aussicht auf Erfolg haben. Hier setzt die Kritik ein: Bei den nach Rechtshängigkeit fällig gewordenen Forderungen werden für eine gerichtliche Entscheidung niedrigere Anforderungen als für die zunächst eingereichte Klage gestellt. Das widerspricht allen prozessualen Grundsätzen. Zudem bleibt völlig unklar, wie denn die hohe Aussicht auf Erfolg beurteilt werden muss. Das alles hört sich nach summarischer Prüfung an, ist wahrscheinlich aber so nicht gemeint. Schon bisher hat ein Vermieter/Kläger die Möglichkeit, nach Rechtshängigkeit fällig gewordene Forderungen durch Klageerweiterung/-änderung in den Prozess einzubeziehen. Da die Zahlungsklage zumeist mit einer Räumungsklage verbunden ist, war es schon immer tunlich, im laufenden Prozess wegen neuer Zahlungsrückstände erneut zu kündigen, und das wenn notwendig mehrfach. Ein Vermieter kann in der Beurteilung des zur Kündigung berechtigenden Zahlungsrückstandes (z.B. wegen Minderungeinwands) irren und hat dann noch weitere Kündigungen zur Auswahl mit der Chance, dass eine durchgeht.

Vor allem aber wegen der Möglichkeit des Erlasses einer einstweiligen Verfügung auf Räumung von Wohnraum nach § 940a Abs. 3 ZPO läuten in Hinblick auf die Sicherungsanordnung die Alarmglocken. In diesem Zusammenhang wird auf die gesonderte Stellungnahme zu dieser Vorschrift Bezug genommen.

Rechtstechnisch ist § 283a missverständlich und unklar. Aus der Gesetzesbegründung (Seite 28 Drucksache 17/10485) ergibt sich, dass die Sicherungsanordnung im anhängigen Hauptsacheverfahren (Zahlungsklage) ergeht. Es soll sich um einen Verfahrensantrag handeln. Dementsprechend soll die Anordnung (wohl) nicht als Urteil, sondern in Form eines Beschlusses ergehen. Dafür spricht auch, dass gegen die Entscheidung über die Sicherungsanordnung die sofortige Beschwerde stattfindet. Wie dann aber § 283 a Abs. 1 Nr. 1 ZPO verstanden werden sollen, erschließt sich hier nicht. Dort ist davon die Rede, dass die Klage auf diese (nach Rechtshängigkeit fällig gewordenen) Forderungen hohe Aussicht auf Erfolg hat. Eine Klage deswegen ist doch aber überhaupt nicht anhängig. Gemeint sein kann nur, dass der Vortrag des Klägers zu diesen Forderungen im Rahmen des Antrags auf Erlass einer Sicherungsanordnung unter Berücksichtigung von Mietereinwendungen ausreicht, die Anordnung zu erlassen. Das ist alles völlig ungereimt. Ferner wird in der Gesetzesbegründung ausdrücklich auf eine Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO hingewiesen, wenig später aber in der Einzelbegründung zu Abs. 1 ausgeführt, dass eine Sicherungsanordnung für künftig fällig werdende Beträge schon deswegen nicht in Betracht kommt, weil die Anordnung stets auf eine konkrete Geldforderung gerichtet sein muss.

Fazit: § 283a ZPO sollte besser nicht Gesetz werden.

### 4. § 940a ZPO Räumung von Wohnraum

Der bisher geltende § 940a ZPO (jetzt vorgesehen als Abs. 1) war eine absolute Ausnahmenvorschrift und kam nur wegen verbotener Eigenmacht oder bei einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben in

Betracht. Der Unterzeichner hat in seiner über 30 -jährigen Berufszeit als Richter keinen einzigen Fall einer einstweiligen Verfügung nach dieser Vorschrift erlebt.

### **Abs. 2**

Diese neue Vorschrift ist zu begrüßen, weil sie hilft, die in der alltäglichen Praxis häufig vorkommenden "Hase-Igel-Spielchen" zu minimieren. Ob der Passus "ohne Kenntnis des Vermieters" ausreichend ist, muss allerdings bezweifelt werden. Warum übernimmt man nicht insofern die Gesetzesbegründung ( S. 34 zu § 940a Abs. 2 ZPO Drucksache 17/10485): "Maßgeblich ist, dass der Vermieter zum Schluss der mündlichen Verhandlung von der konkreten Besitzbegründung keine Kenntnis hatte"?

### **Abs. 3**

Im Gegensatz zu Abs. 2 liegt hier kein vollstreckbarer Räumungstitel gegen den Mieter vor. Es soll nun durch einstweilige Verfügung die Räumung angeordnet werden können, wenn der Mieter einer Sicherungsanordnung nicht Folge geleistet hat. Letztere hat (nur) zur Grundlage, dass die Forderung, wegen derer die Sicherungsanordnung erlassen worden ist, hohe Aussicht auf Erfolg hatte. Eine derartige Regelung in einem Rechtsstaat wie der Bundesrepublik Deutschland hat es wohl noch nicht gegeben!

Bei der Ablehnung der neuen §§ 283a und 940a Abs. 3 ZPO wird nicht verkannt, dass der Mieter alle prozessualen Rechte gegen entsprechende Entscheidungen des Gerichts hat. Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass er diese Rechte erst einmal geltend machen muss und dazu auch finanzielle Hürden nehmen müsste. So kann es passieren, dass durch einstweilige Verfügung er erst einmal geräumt wird. Widerspruch und eventuell Schadensersatzklage nützen ihm dabei nur marginal.

Für die Praxis ist zu prognostizieren, dass die Sicherungsanordnung wenig Bedeutung haben wird. An derartige Anordnungen und Anträge auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gehen Richter "nur mit ganz spitzen Fingern" heran. Gegen eine Ablehnung kann der Vermieter naturgemäß Rechtsbehelf/Rechtsmittel einlegen. Das kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass man auch in der nächsten Instanz ausgesprochen vorsichtig ist und dazu neigen wird, eher bei der Ablehnung zu bleiben. Mit dieser Prognose kann man aber bei rechtlichen Bedenken gegen diese neuen Vorschriften den Kopf nicht in den Sand stecken und argumentieren, es wird schon nichts passieren.