

Universität Bielefeld | Postfach 10 01 31 | 33501 Bielefeld

Prof. Dr. Markus Artz

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches
Privatrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht
sowie Rechtsvergleichung

Tel.: (0521) 106-2666
markus.artz@uni-bielefeld.de

www.jura.uni-bielefeld.de/fir

Bielefeld, 9. Oktober 2012

Stellungnahme

zu

dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (**Mietrechtsänderungsgesetz** – MietRÄndG; BT-Drucks. 17/10485)

sowie den Anträgen der Fraktionen der SPD (BT-Drucks. 17/9559), Die Linke (BT-Drucks. 17/4837) und Bündnis 90/Die Grünen (BT-Drucks. 17/10120)

Zentrale Thesen der folgenden Stellungnahme

1. Teil: Energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum

- Die Einführung eines **dreimonatigen Minderungsausschlusses** bei der Durchführung einer Maßnahme zur energetischen Modernisierung (§ 536 Abs. 1a BGB-E) wird **abgelehnt**. Dem schwerwiegenden Eingriff in die Systematik des Mietrechts mangelt es an einer hinreichend erforschten rechtstatsächlichen Grundlage. Es treten streitträchtige und schwer handhabbare neue Abgrenzungsprobleme zu den regelmäßig gleichzeitig stattfindenden Instandsetzungsmaßnahmen auf. Ungeklärt ist schließlich, welche Rechtsfolgen bei unfachmännisch bzw. zögerlich durchgeführten oder aneinandergereihten Modernisierungsmaßnahmen eintreten.
- Die Neuregelung der **Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen** (§§ 555a bis f BGB-E) wird grundsätzlich **begrüßt**. Zu fordern ist allerdings neben kleinen eher redaktionellen Korrekturen eine sehr wichtige Ergänzung: Aufzunehmen ist in § 555c Abs. 1 BGB-E als Nr. 4 eine **Hinweispflicht des Vermieters** auf die Mitteilungsfrist und den Einwendungsausschluss in § 555d Abs. 3 und 4 BGB-E.

2. Teil: Bekämpfung des sog. Mietnomadentums

- Die Einführung des neuen Instituts der **Sicherungsanordnung** (§ 283a ZPO-E) wird uneingeschränkt und entschieden **abgelehnt**. Zum einen stellt sich die Frage nach dem Anwendungsbereich einer solchen Anordnung in Anbetracht der Voraussetzung, dass die Klage des Vermieters **hohe Aussicht auf Erfolg** hat. Die Bevorzugung des Vermieters gegenüber anderen Gläubigern des Mieters ist jedenfalls in dieser Form nicht systemgerecht. In besonderem Maße kritikwürdig sind die vorgesehenen Sanktionen. Ordnungsmittel mit repressivem, strafähnlichem Zweck wegen der Nichtbefolgung der Sicherungsanordnung zu verhängen – **Ordnungsgeld** und **Ordnungshaft** – ist evident **unzweckmäßig** und **verfassungswidrig**. Ebenso unbedingt abzulehnen ist der Vorschlag, die Wohnungsräumung im Wege der **einstweiligen Verfügung** nach § 940a Abs. 3 ZPO-E anordnen zu können, wenn der Mieter nach Erhebung der Räumungsklage einer Sicherungsanordnung nicht Folge leistet.

1. Teil: Energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum

I. Dreimonatiger Minderungsausschluss während der Durchführung einer energetischen Modernisierung (§ 536 Abs. 1a BGB-E)

Der Regelungsvorschlag ist aus unterschiedlichen Gründen uneingeschränkt abzulehnen.

- **Fehlendes rechtstatsächliches Fundament für einen erheblichen Eingriff in das Vertragsgefüge**

Die Miete als Dauerschuldverhältnis ist geprägt durch das Äquivalenzverhältnis der Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien. Erbringt der Vermieter die Leistung, zu der er verpflichtet ist, nicht oder nicht vertragsgemäß, so mindert sich die Leistungspflicht des Mieters kraft Gesetzes. Von dieser grundlegenden Wertung des Mietvertragsrechts hinsichtlich einer einzelnen Fallkonstellation, der Vornahme einer energetischen Modernisierung, eine weitreichende Ausnahme zu machen, bedarf der Begründung und Rechtfertigung. **Es handelt sich um einen fundamentalen Eingriff in die Systematik des Gesetzes.** Allerdings liegen bislang keine Ergebnisse fundierter rechtstatsächlicher Forschung vor, die belegen, dass sich die kraft Gesetzes eintretende Minderung als Investitionshemmnis für den Vermieter auswirkt. Um einen derart tiefgreifenden systematischen Eingriff in das vertragsrechtliche System zu rechtfertigen, müsste zum einen belegt werden, dass Mieter, denen gegenüber die Durchführung ihnen im Ergebnis wirtschaftlich zu Gute kommender energetischer Modernisierungsmaßnahmen hinreichend angekündigt und erläutert wird, rechtstatsächlich einen Teil der Miete nicht zahlen, mit anderen Worten die kraft Gesetzes eintretende Mietminderung auch realisieren. Zum anderen müsste belegt werden, dass Vermieter derzeit von derartigen oftmals aufwendigen Maßnahmen zur energetischen Modernisierung eines Gebäudes tatsächlich Abstand nehmen, weil sie befürchten, zu Beginn der Maßnahme auf einen Teil der Miete in Folge der Minderung verzichten zu müssen. Der behauptete „Anreizeffekt“, der durch die Einführung eines Minderungsausschlusses für den Vermieter eintreten soll, müsste belegt werden. In Anbetracht erheblicher Investitionen in eine Immobilie bei der energetischen Verbesserung des Zustands von Dach, Fassade und anderen Bauteilen mag man durchaus in Zweifel ziehen, dass die Befürchtung, während der ersten drei Monate nicht die volle Miete zu erzielen, entscheidungserheblich für den Vermieter ist.

Nochmals: Ein derart erheblicher Eingriff in das vertragliche Äquivalenzsystem bedarf eines standfesten Fundaments. Zu konstatieren ist allerdings, dass die Einführung eines solchen Minderungsausschlusses verfassungsrechtlich unbedenklich wäre.

Schließlich erscheint der Zeitraum von **drei Monaten** gegriffen und nicht nachvollziehbar begründet.

Im Ergebnis fehlt dem tiefgreifenden Einschnitt in das vertragliche Äquivalenzverhältnis des Mietvertrags das tragfähige rechtstatsächliche Fundament.

- **Erhebliche Abgrenzungsprobleme zu Erhaltungsmaßnahmen**

In aller Regel geht mit einer energetischen Modernisierung eine Instandsetzungs- bzw. Erhaltungsmaßnahme einher. Zu unterscheiden sind zwei Fallkonstellationen, was auch die Begründung des Gesetzesentwurfs nicht verkennt. In der Modernisierungsmaßnahme selbst kann eine Erhaltungsmaßnahme liegen: Alte, mangelhafte Fenster werden durch solche ersetzt, die eine bessere energetische Qualität aufweisen (Fall 1). Es können aber auch bei Gelegenheit der Durchführung einer energetischen Maßnahme, für die etwa die Einrüstung des Gebäudes erforderlich ist, notwendige Erhaltungsmaßnahmen durchgeführt werden, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang zu der energetischen Modernisierungsmaßnahme stehen. Exemplarisch sei der Fall genannt, dass ein Gebäude zur Durchführung einer energetischen Modernisierungsmaßnahme eingerüstet werden muss und dies dazu genutzt wird, erforderliche Instandsetzungsarbeiten, z.B. an der Dachrinne, zu erledigen (Fall 2).

Im ersten Fall soll der Minderungsausschluss gelten, obwohl die Maßnahme sowohl der Instandsetzung als auch der Modernisierung dient. Problematisch erscheint hier die Konstellation, in der der **Modernisierungsanteil sehr gering** ist. Es fragt sich, ob die Minderung der Miete auch dann ausgeschlossen sein kann, wenn die Maßnahme ganz überwiegend der Instandsetzung und nur geringfügig der energetischen Modernisierung dient.

Große Probleme treten in der zweiten Fallkonstellation auf. Hier folgt die Minderung der Miete aus der Beeinträchtigung des Mietgebrauchs, etwa der Verschattung des Wohnraums durch die Einrüstung des Gebäudes. Wegen der Beeinträchtigung des Mieters, die auf die Erhaltungsmaßnahme zurückzuführen ist, tritt eine Mietminderung ein, während hinsichtlich der Störung in Folge der Durchführung der Modernisierungsmaßnahme die Minderung nach dem Gesetzesentwurf für den Zeitraum von drei Monaten ausgeschlossen wäre. **Bisher nicht bestehende, schwer zu bewältigende und streitträchtige Abgrenzungsprobleme liegen auf der Hand.** Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs soll im Streitfall eine Schätzung nach § 287 ZPO erfolgen.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass der Mieter, der zu Unrecht einen Teil der Miete einbehält, mit der Mietzahlung in Verzug gerät, ohne dass nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH ein modifizierter Verschuldensmaßstab anzulegen wäre; es gilt § 276 BGB. Gerät der Mieter mit der Zahlung in Verzug, hat dies beim Dauerschuldverhältnis der Miete nicht nur zur Folge, dass ein Verzugsschadensersatzanspruch des Vermieters entsteht. Es droht eine weitere, sehr tiefgreifende Konsequenz: Bleibt der Mieter einen Betrag von zwei Monatsmieten schuldig, steht dem Vermieter das **Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung** zu (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB). Ob die Kündigungsvoraussetzungen wiederum vorliegen, ergibt sich nach dem Gesetzentwurf aus dem Ergebnis einer Schätzung, deren Grundlage im Dunkeln liegt. Beurteilt der Mieter bei der Nichtzahlung eines Teils der Miete den Schwerpunkt der Beeinträchtigung falsch, droht ihm der Wohnungsverlust. Allein dieses Beispiel mag vor Augen führen, welche Probleme es mit sich bringen kann, die kraft Gesetzes eintretende Mietminderung davon abhängig zu machen, „welche Beeinträchtigungen auf die jeweiligen Maßnahmen entfallen“.

- **Unfachmännisch bzw. zögerlich durchgeführte sowie aneinandergereihte Modernisierungsmaßnahmen**

Nach dem Gesetzentwurf bleibt die Minderung außer Betracht, wenn die Maßnahme einer energetischen Modernisierung dient. Unmittelbar drängen sich die Fragen auf, ob dies angesichts der Weite des Ausschlussstatbestands auch gilt, wenn die energetische Maßnahme zögerlich oder nicht fachmännisch durchgeführt wird. Zu denken ist etwa an den Fall, dass der Vermieter die Maßnahme zur Kosteneinsparung eigenhändig nach Feierabend durchführt und die Baumaßnahmen in Folge dessen drei Monate in Anspruch nehmen, obwohl man sie durch einen Fachbetrieb in wenigen Tagen hätte beenden können.

Ungeklärt ist auch, ob der Minderungsausschluss wirkt, wenn der Vermieter verschiedene energetische Modernisierungsmaßnahmen mit kurzen Pausen zeitlich aneinanderreicht.

II. Neuregelung der Duldung von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen (§§ 555a bis 555e BGB-E)

Die Regelung zur Duldungspflicht von Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen in dem neuen Kapitel 1a ist ganz überwiegend gelungen und zu begrüßen. Die Unterscheidung zwischen Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen ist sinnvoll. Überzeugend ist vor allem die **Entkoppelung** der Pflicht des Mieters zur **Duldung** von Modernisierungsmaßnahmen (§ 555d BGB-E) vom **Mieterhöhungsrecht** des Vermieters aus § 559 BGB. Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es

weiterhin konsequent, in § 555b Nr. 1 BGB-E bei der Definition der energetischen Modernisierung neben der Einsparung von Endenergie auch die Einsparung von Primärenergie zu erfassen. Wichtig ist, dass nun eine Differenzierung zwischen den Maßnahmen, die **in Bezug auf die Mietsache** und solchen, durch die auf sonstige Weise Primärenergie eingespart oder das Klima geschützt wird, erfolgt (§ 555b Nr. 1 und 2 BGB-E). Im zweiten Fall scheidet eine Mieterhöhung nach § 559 BGB-E aus; dies ist wichtig und richtig. Auch der Wortlaut des § 555f BGB-E, der die Möglichkeit von Vereinbarungen zwischen den Parteien anlässlich konkreter Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen regelt, hat im Zuge des bisherigen Gesetzgebungsverfahrens eine erfreuliche Konkretisierung erfahren.

In dem neuen Kapitel sollten **drei Ergänzungen** vorgenommen werden.

- In § 555c Abs. 3 BGB-E sollte der Bezugspunkt der **Bagatellmaßnahme** das **Recht zur Mieterhöhung** sein. Nach dem nun vorgeschlagenen Text käme es auf die Realisierung, das heißt auf die tatsächliche Ausschöpfung des bestehenden Mieterhöhungsrechts durch den Vermieter an. Dadurch würde es dem Vermieter ermöglicht, die Ankündigungspflicht zu umgehen, indem anschließend die Miete nur unerheblich erhöht wird. Hinreichend ist aber an dieser Stelle eine redaktionelle Anpassung des Gesetzestextes.
- Bei der Definition der Erhaltungsmaßnahme sollte der Fall der **Erneuerung** neben der Instandhaltung und Instandsetzung aufgenommen werden. Dadurch wird klar gestellt, dass es sich bei dem den bisherigen Standard währenden Austausch von Bauteilen nicht um eine Modernisierungsmaßnahme handelt.
- **Wesentlich ist folgender Aspekt:** Aufzunehmen ist unbedingt in Anbetracht des Einwendungsausschlusses zu Lasten des Mieters in § 555d Abs. 4 BGB-E eine **Hinweispflicht des Vermieters** auf die Regelung des § 555d Abs. 3 BGB-E. Dazu ist in § 555c Abs. 1 BGB-E eine Ziffer 4 einzuführen, nach der die Modernisierungsankündigung einen Hinweis auf den Härteeinwand des Mieters und dessen Fristgebundenheit nach § 555d Abs. 3 BGB-E enthalten muss. Als Regelungsvorbild mag § 568 Abs. 2 BGB dienen, wonach der Vermieter den Mieter bei der Kündigung auf die Möglichkeit und die Frist des Widerspruchs hinzuweisen hat. Dadurch wird der Vermieter nicht erheblich belastet und der Mieter in die Lage versetzt, rechtzeitig auf die Modernisierungsmaßnahme zu reagieren. Eine solche Hinweispflicht des Vermieters dürfte es Gerichten in Prozessen vor allem erleichtern, den Mieter auf die strenge Rechtsfolge aus § 555d Abs. 4 BGB-E zu verweisen. Es wird dadurch verhindert, dass in nicht wenigen Einzelfällen § 242 BGB zu Gunsten des Mieters herangezogen wird, um etwaige Härten zu vermeiden. Inso-

weit dürfte die Einführung einer derartigen Hinweispflicht im Ergebnis auch dem Vermieterinteresse dienen.

III. Berücksichtigung der energetischen Beschaffenheit bei der ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 BGB-E)

Es ist sinnvoll, dem energetischen Zustand des Wohnraums ausdrücklich Gewicht für die Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete einzuräumen.

2. Teil: Bekämpfung des sog. Mietnomadentums

I. Einführung des Kündigungstatbestands wegen ausbleibender Kautionszahlung (§ 569 Abs. 2a BGB-E)

Es wird bezweifelt, ob die Einführung eines solchen neuen Kündigungsgrunds sinnvoll ist. Das geltende Recht bietet dem Vermieter hinreichende Möglichkeiten, in entsprechenden Fällen das Mietverhältnis zu kündigen. An dieser Stelle wird angeregt, eine gesetzliche Regelung zur Rückzahlung der Kautionszahlung an den Mieter zu schaffen.

II. Einführung einer Sicherungsanordnung (§§ 283a i.V.m. 940a Abs. 3 ZPO-E)

Die Einführung des neuen Instituts der Sicherungsanordnung wird **uneingeschränkt und entschieden abgelehnt**.

- Die geplante Regelung hat ein Vorbild im Entwurf des **Forderungssicherungsgesetzes** aus dem Jahre 2004 und wurde dort während des Gesetzgebungsverfahrens verworfen.
- Inhaltlich verdient der nun vorliegende Entwurf aus unterschiedlichen Gründen fundamentale Kritik. Anwendung finden soll die Regelung nur auf Forderungen, die **nach Rechtshängigkeit der Klage** fällig werden. Es erschließt sich zunächst nicht, warum die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Rechtshängigkeit der Klage steigen soll. Bei Lichte betrachtet hat sich diese Gefahr im Falle der Zahlungsverzugskündigung bereits konkretisiert. Es leuchtet daher nicht ein, warum der Mieter, wenn man denn von der Effektivität des Instruments der Sicherungsanordnung überzeugt sein sollte, nicht auch wegen der Beträge Sicherheit leisten muss, die vor Rechtshängigkeit der Klage aufgelaufen sind und zur u.U. wirksamen Kündigung geführt haben. Es besteht kein schützenswertes Interesse des Vermieters, ihn gerade vor der Insolvenz des Mieters nach Rechtshängigkeit zu schützen. Es käme in dieser Phase zu einer nicht zu rechtfertigenden **Privilegierung** des **Vermieters** hinsichtlich nach Rechtshängigkeit fällig werdender Forderungen gegenüber **anderen Gläubigern des Mieters**.
- Es kommt ein weiterer Aspekt dazu: Dem Vermieter müssen **besondere wirtschaftliche Nachteile** drohen, die über das allgemeine Risiko, die Forderung nicht realisieren zu können, hinausgehen. Die Begründung des Gesetzentwurfs spricht von der „wirtschaftlichen Bedeutung der Forderung für den Kläger“. Die

Anordnung der Sicherungsanordnung soll also von besonderen Umständen abhängig sein, die in der Person des Gläubigers liegen. Dadurch kommt es zu einer nicht vertretbaren Bevorzugung des Vermieters im Vergleich zu anderen Gläubigern des Mieters, die allein mit der wirtschaftlichen Lage bzw. persönlichen Situation des konkreten Gläubigers begründet wird, nicht aber den Besonderheiten des Mietvertrags als Dauerschuldverhältnis geschuldet ist.

- Beigetreten wird an dieser Stelle der bereits vielfach geäußerten Kritik an der Handhabung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „**hohen Aussicht auf Erfolg**“. Es stellt sich tatsächlich die Frage nach dem **Anwendungsbereich** des § 283a ZPO-E. Denn liegen die Voraussetzungen vor, spricht in aller Regel nichts dagegen, das Verfahren durch Urteil zu beenden. Bedarf es der Beweiserhebung, etwa weil zu klären ist, ob der Mieter wegen eines behaupteten Mangels zu Recht einen Teil der Miete einbehalten hat und daher nicht in Verzug geraten ist, mangelt es an der hinreichenden Erfolgsaussicht der Klage.
- Zu kritisieren ist weiterhin, dass nach dem aktuellen Entwurf nicht mehr vorgesehen ist, die Sicherungsanordnung aufzuheben oder zu ändern, wenn sich die **maßgeblichen Verhältnisse ändern**. Es mangelt des Weiteren an einer Regelung zum Schicksal der Sicherungsanordnung in dem Fall, dass die Klage des Vermieters abgewiesen oder zurückgenommen wird. In dieser Situation darf die Sicherungsanordnung nicht mehr im Raum stehen.

In besonderem Maße kritikwürdig ist die Regelung der **Rechtsfolgen unterbliebener Sicherungsleistung**.

- § 283a Abs. 2 ZPO-E sieht zum einen vor, dass bei Nichtbefolgung der Sicherungsanordnung auf Antrag des Klägers **Ordnungsgeld** und **Ordnungshaft** festgesetzt werden kann, zum anderen das Gericht unmittelbar Ordnungshaft anordnen kann, wenn die Anordnung von Ordnungsgeld nicht erfolversprechend scheint. Ordnungsgeld und Ordnungshaft kennt die ZPO bislang als Mittel zur Erzwingung von titulierten Unterlassungs- und Duldungspflichten, § 890 ZPO. Es handelt sich, anders als beim Zwangsgeld, das der Beugung dient, um eine Sanktion mit **Strafcharakter**, deren Verhängung vom **Verschulden** des Betroffenen abhängt. Sinnvoll kann die Anordnung solcher Sanktionen nur sein, um das Handeln eines grundsätzlich leistungsfähigen Schuldners durch Repression zu erzwingen. Betrachtet man aber etwa die zweite Alternative von § 283a Abs. 2 ZPO-E, so ist die mangelnde Zahlungs- bzw. Leistungsunfähigkeit des Schuldners gerade Voraussetzung der unmittelbaren Anordnung. Eine solche Sanktionierung des in Verzug geratenen Mieters ist unzweifelhaft **verfassungswidrig**. Der Begrün-

derung des Gesetzentwurfs zu § 283a Abs. 2 ZPO-E ist diesbezüglich nichts zu entnehmen.

- Ebenso auf **Ablehnung** trifft die neu geschaffene Möglichkeit zur **Räumung der Wohnung durch einstweilige Verfügung** in dem Fall, dass der Mieter einer Sicherungsanordnung nicht Folge leistet, § 940a Abs. 3 ZPO-E. Dass es durch die Räumung im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zur **Vorwegnahme der Hauptsache** kommt, ist nicht ernsthaft zu bezweifeln.

Unklar ist dazu folgende Problematik: Stellt § 940a Abs. 3 ZPO-E einen **prozessualer Kündigungsgrund** dar? Dazu müsste in Abs. 3 ZPO-E sowohl Verfügungsgrund als auch Verfügungsanspruch liegen. Nimmt man den Wortlaut der vorgeschlagenen Vorschrift ernst, so wird eine Räumung der Wohnung im einstweiligen Rechtsschutz ermöglicht, ohne dass der Mietvertrag zuvor gekündigt wäre:

„Ist Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs erhoben, darf die Räumung von Wohnraum durch einstweilige Verfügung auch angeordnet werden, wenn der Beklagte einer Sicherungsanordnung (§ 283a) im Hauptsacheverfahren nicht Folge leistet.“

Es käme danach allein darauf an, dass Räumungsklage erhoben wurde, eine Sicherungsanordnung erfolgte und der Mieter dieser Anordnung nicht Folge geleistet hat. Versteht man die vorgeschlagene Regelung so, lägen in dem Verstoß gegen die Sicherungsanordnung sowohl Verfügungsanspruch als auch Verfügungsgrund. Ist § 940a Abs. 3 ZPO-E tatsächlich so zu verstehen, wäre eine solche Räumung weder abhängig von der wirksamen Beendigung des Mietvertrags noch davon, dass der Mieter erheblich in Verzug gerät. Eine Nichtbefolgung der Sicherungsanordnung in unwesentlichem Ausmaß reichte aus, um die Wohnung im einstweiligen Rechtsschutz zu räumen. Die zentrale mietrechtliche Schutzvorschrift des **§ 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB** würde unterlaufen.

Der Begründung des Gesetzesvorschlags ist allerdings zu entnehmen, dass „der Verfügungsanspruch in dem Anspruch auf Räumung der Wohnung“ liegen soll. Insofern wäre Voraussetzung des § 940a Abs. 3 ZPO-E neben der Erhebung der Räumungsklage ein bestehender Räumungsanspruch. Dies wäre, hält man an dem Konstrukt fest, unbedingt im Gesetz klarzustellen.

