

## **Stellungnahme** des Bundesrates

---

### **Entwurf eines Gesetzes über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz - MietRÄndG)**

Der Bundesrat hat in seiner 899. Sitzung am 6. Juli 2012 beschlossen, zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 2 (§ 536 Absatz 1a BGB)

Artikel 1 Nummer 2 ist zu streichen.

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, in § 536 BGB einen neuen Absatz 1a einzufügen, wonach Beeinträchtigungen während einer zusammenhängenden Dauer von drei Monaten nicht zu einer Minderung führen, soweit die Beeinträchtigungen aufgrund einer Maßnahme eintreten, die einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nummer 1 BGB dient. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs sollen durch den Minderungsausschluss energetische Sanierungen erleichtert werden.

Die Befristung des Minderungsausschlusses stelle einen Anreiz für den Vermieter dar, die Baumaßnahme zügig abzuwickeln, und Sorge zudem für einen angemessenen Ausgleich der Interessen von Mietern und Vermietern (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 21).

Der Ausschluss der Mietminderung bei einer energetischen Modernisierung in § 536 Absatz 1a BGB muss entfallen. Die vorgeschlagene Regelung ist abzulehnen.

a) Systembruch

Im gesamten Vertragsrecht gilt der Grundsatz, dass Beeinträchtigungen bei

der Leistung zu einer Reduzierung der Gegenleistung berechtigen, unabhängig davon, aus welchen Gründen die Leistung beeinträchtigt ist. Es gibt keinen Grund, das vertragsimmanente Prinzip der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung einseitig zugunsten der Vermieter zu stören.

Nach § 535 Absatz 1 Satz 2 BGB trifft den Vermieter im laufenden Mietverhältnis eine umfassende Erhaltungspflicht. Er ist verpflichtet, alle Maßnahmen zu ergreifen, um dem Mieter den vertragsgemäßen Zustand der Mietsache zu gewähren. Für die Überlassung der vertragsgemäßen Mietsache erhält der Vermieter als Gegenleistung die vereinbarte Miete. Wird der vertragsgemäße Zustand nicht gewährt, so ist das mietvertragliche Äquivalenzverhältnis gestört: Die Miete mindert sich deshalb kraft Gesetzes entsprechend (§ 536 Absatz 1 BGB). Der Bundesgerichtshof weist in ständiger Rechtsprechung darauf hin, dass die Minderung Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips ist und die Aufgabe hat, die Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen sicherzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2010 - XII ZR 132/08 -, NJW 2011, 514 f.).

In dieses Äquivalenzverhältnis greift der § 536 Absatz 1a BGB-E einseitig zu Lasten des Mieters ein. Folge dieser Regelung ist, dass sich für die Dauer von drei Monaten Leistung und Gegenleistung nicht mehr gleichwertig gegenüber stehen, sondern der Mieter für eine minderwertige Leistung die ungeschmälerte Gegenleistung erbringen muss. Die Interessen von Mietern und Vermietern werden - entgegen der in der Begründung skizzierten "Aufgabe des Mietrechts" (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 14) - nicht "fair austariert", sondern der Mieter wird einseitig belastet. Diese Kostenverteilung kann auch unter Berücksichtigung der mittel- bis langfristigen Kostentragung nicht gerechtfertigt werden, da zum einen die Kosten der energetischen Modernisierung - nur - "zunächst beim Vermieter anfallen" (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 14). Nach durchgeführter Modernisierung kann er die Kosten gemäß § 559 BGB-E, der hinsichtlich der elfprozentigen Kostenumlage, die zeitlich nicht begrenzt ist, unverändert bleiben soll, auf die Mieter umlegen. Zum anderen ist nicht ersichtlich, dass die in der Begründung angeführten Einspareffekte für den Mieter, der aufgrund der Modernisierungsmaßnahmen von niedrigeren Betriebskosten profitiert, der Höhe nach den dreimonatigen Minderungsbetrag erreichen. Vielmehr sind energetische Modernisierungsmaßnahmen nicht zwingend mit einer finanziellen Ersparnis verbunden. Sie können unter Umständen sogar zu Betriebskostensteigerungen führen. Diese finanzielle Folge ist insbesondere bei solchen Maßnahmen zu befürchten, die allein auf die Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie abzielen und somit vorrangig dem Klimaschutz und der Ressourcenschonung dienen (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 32). Schließlich ist es auch angesichts der Fluktuation auf dem Wohnungsmarkt nicht gewährleistet, dass die Betriebskostensparnis bei dem Mieter eintritt, während dessen Mietzeit die Maßnahmen durchgeführt wurden und der sie durch Fortzahlung der ungeminderten Miete mitfinanziert hat.

b) Umfang des Minderungsausschlusses

Der beabsichtigte Minderungsausschluss differenziert nicht nach dem Maß der Beeinträchtigung. Selbst dann, wenn der Vermieter besonders beein-

trächtigende Maßnahmen vornimmt, durch die der Mietgebrauch erheblich einschränkt - wenn auch nicht aufgehoben - wird, greift der Minderungsausschluss.

Ferner steht der Minderungsausschluss im Widerspruch zu den Regelungen zur Mieterhöhung nach einer Modernisierung (§ 559 BGB-E). Die Mieterhöhung nach § 559 BGB-E trifft nämlich im Rahmen der wirtschaftlichen Härtefallabwägung dort auf Grenzen, wo etwa eine für das konkrete Gebäude bzw. für die Mietsache völlig ungeeignete Technik angewandt wird oder wo von einem bereits bestehenden hohen energetischen Standard ausgehend unter Aufwendung hoher Kosten nur geringfügig gesteigerte Einspareffekte erzielt werden können. Entsprechende "energetische Luxusmodernisierungen" muss der Mieter dulden, jedoch nicht refinanzieren (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 32). Solche Überlegungen lässt die Regelung zum Minderungsausschluss allerdings vermissen: Der Mieter muss vielmehr "energetische Luxusmodernisierungen" durch Zahlung der ungekürzten Miete mitfinanzieren.

c) Dreimonatige Frist

Hinzu kommt, dass die Neuregelung eine starre Frist von drei Monaten normiert. Es dürfte jedoch keinen Erfahrungssatz geben, wonach Modernisierungsmaßnahmen in aller Regel nach dieser Zeit abgeschlossen sein dürften. Der gewählte Zeitraum erscheint daher "gegriffen". Im Übrigen bestehen Zweifel, ob die dreimonatige Frist - wie in der Begründung angenommen (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 21) - tatsächlich einen Anreiz für den Vermieter darstellt, die Modernisierungsmaßnahmen zügig durchzuführen. Denn die - statische - Frist gilt unabhängig davon, ob die Arbeiten zügig durchgeführt werden. Sie lädt also zu einer Vorgehensweise ein, bei der die gesetzliche Frist ausgeschöpft wird. Die Vornahme mehrerer, aufeinanderfolgender Modernisierungsmaßnahmen könnte ferner den Mietminderungsausschluss auf sechs oder neun Monate verlängern. Demgegenüber ist die derzeitige Minderung kraft Gesetzes für den Vermieter Ansporn genug, eine Modernisierungsmaßnahme schnellstmöglich durchzuführen.

d) Abgrenzungsprobleme

Für den Fall, dass energetische Modernisierungsmaßnahmen mit anderen Erhaltungs- oder Modernisierungsmaßnahmen verbunden werden, soll zur Abgrenzung eine richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO erfolgen (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 21). Eine solche Schätzung dürfte allerdings - mangels Schätzgrundlagen - schnell an ihre Grenzen stoßen und eine sachverständige Klärung notwendig werden lassen. Darüber hinaus besteht auch die Missbrauchsmöglichkeit, unter dem "Deckmantel" von Modernisierungsmaßnahmen tatsächlich nur Erhaltungsmaßnahmen durchzuführen, um so eine Mietminderung zu vermeiden.

e) Anreiz für den Vermieter

Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs sollen sich die Minderungsquoten für eine energetische Sanierung häufig bei ca. 10 bis 20 Prozent der geschuldeten Miete bewegen (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 3). Angesichts dieser Größenordnung ist es zweifelhaft, ob der systemwidrige

Minderungsausschluss überhaupt ein geeignetes Mittel ist, um Vermieter nachhaltig zur Durchführung einer energetischen Modernisierung zu motivieren. Empirische Belege dafür gibt es jedenfalls nicht.

Der Ausschluss der Mietminderung für drei Monate hat bei näherer Betrachtung lediglich symbolischen Charakter. Im Zweifel wird ein Investor, der über eine 100 000 Euro-Investition bei einem Mehrfamilienhaus zu befinden hat, seine Entscheidung nicht von einer Minderung der Miete für drei Monate abhängig machen. Daher ist davon auszugehen, dass Mietminderungen kein wesentliches Hindernis für energetische Modernisierungen darstellen.

## 2. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 555b Nummer 1 und 1a -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 5 ist § 555b wie folgt zu ändern:

- a) In Nummer 1 sind die Wörter "oder nicht erneuerbare Primärenergie" zu streichen.
- b) Nach Nummer 1 ist folgende Nummer 1a einzufügen:

"1a. durch die in Bezug auf die Mietsache nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart wird,"

### Begründung:

Nach dem Gesetzentwurf können auch Kosten für Maßnahmen, durch die "nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart wird", die aber nicht zu einer Einsparung von Endenergie für die Mieterinnen und Mieter führen, auf diese umgelegt werden. Positiv für die Mieterinnen und Mieter ist zwar, dass nach dem Gesetzentwurf Kosten von Maßnahmen, "durch die auf sonstige Weise nicht erneuerbare Primärenergie nachhaltig eingespart oder das Klima nachhaltig geschützt wird", gemäß § 559 BGB-E nicht auf die Mieterinnen und Mieter umgelegt werden können und die zu erwartenden Betriebskosten im Rahmen der Härtefallabwägung bei der Mieterhöhung berücksichtigt werden. Folgerichtig wäre es aber gewesen, Mieterhöhungen nach energetischen Modernisierungsmaßnahmen nur bei einer Einsparung von Endenergie für die Mieterinnen und Mieter zuzulassen. Zwar dürfen auch dem Vermieter keine unwirtschaftlichen Kosten für Maßnahmen auferlegt werden, die letztlich im gesamtgesellschaftlichen Interesse liegen. Die bestehende Rentabilitätslücke sollte durch öffentliche Förderung geschlossen werden, nämlich durch nachhaltige und wirksame Aufstockung des KfW-Gebäudesanierungsprogramms, um die Lasten des Klimaschutzes gerecht aufzuteilen. Die im Eckdatenbeschluss der Bundesregierung nunmehr vorgesehenen 1,5 Milliarden Euro pro Jahr bis 2014 sind offenkundig unzureichend.

### 3. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 555b Nummer 6 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu überprüfen, ob die Maßnahmen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (§ 555b Nummer 6 BGB-E), im Zusammenhang mit den Erhaltungsmaßnahmen (§ 555a BGB-E) - unter entsprechender Anpassung der Möglichkeit einer Mieterhöhung nach § 559 BGB-E - geregelt werden sollten.

#### Begründung:

Der Katalog der Modernisierungsmaßnahmen (§ 555b BGB-E) erfasst unter Nummer 6 auch Maßnahmen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat und die der Mieter bislang nach § 242 BGB dulden musste. Folgen der Neuregelung sind jedoch, dass der Vermieter die Maßnahme künftig gemäß § 555c BGB-E drei Monaten vor Beginn in Textform ankündigen muss und der Mieter den Maßnahmen bei Vorliegen von persönlichen Härtegründen widersprechen kann (§ 555d Absatz 2 BGB-E). Im Rahmen der Mietrechtsreform 2001 war auf eine Aufnahme solcher Maßnahmen in den Katalog des § 554 BGB noch ausdrücklich verzichtet worden, da das Ergebnis, dass der Mieter der Durchführung solcher Maßnahmen bei Vorliegen von Härtegründen ggf. widersprechen könnte, nicht sachgerecht sei (vgl. BT-Drs. 14/4553, S. 49, zu § 554, Ziffer 1). Insbesondere hat auch der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 4. März 2009 (VIII ZR 110/08, NJW 2009, 1736), das diese Begründung zitiert, die Duldungspflicht nicht einer entsprechenden Härtefallprüfung unterstellt. Er hat vielmehr lediglich festgestellt, dass die grundsätzliche Duldungspflicht des Mieters nicht dazu führe, dass die Maßnahmen ohne jede Rücksicht auf dessen Belange durchgeführt werden könnten. Sowohl für die Erhaltungsmaßnahmen (§ 555a Absatz 1 BGB-E) als auch für Maßnahmen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass "die beabsichtigten Maßnahmen, soweit es sich nicht um Notmaßnahmen (Wasserrohrbruch u. ä.) handelt, vom Vermieter vorher anzukündigen [sind], so dass sich der Mieter nach Möglichkeit darauf einstellen kann. Die Anforderungen an die Ankündigung des Vermieters richten sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls, der Dringlichkeit und dem Umfang der Maßnahme; der Mieter seinerseits ist nach Treu und Glauben verpflichtet, an einer baldigen Terminabstimmung mitzuwirken, damit die erforderlichen baulichen Maßnahmen zeitnah durchgeführt werden können. [...]".

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung sollte überprüft werden, ob die Maßnahmen, die der Vermieter nicht zu vertreten hat (§ 555b Nummer 6 BGB-E), im Zusammenhang mit den Erhaltungsmaßnahmen (§ 555a BGB-E) - unter entsprechender Anpassung der Möglichkeit einer Mieterhöhung nach § 559 BGB-E - geregelt werden sollten. Die Anforderungen an die Ankündigung und Zumutbarkeit dieser Maßnahmen entsprechen sich.

#### 4. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 555c Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 -neu- BGB)

In Artikel 1 Nummer 5 ist § 555c Absatz 1 Satz 2 wie folgt zu ändern:

- a) In Nummer 3 ist der Punkt am Ende des Satzes durch ein Komma zu ersetzen.
- b) Folgende Nummer 4 ist anzufügen:
  - "4. die Möglichkeit, die Form und die Frist nach § 555d Absatz 3, um Umstände, die eine Härte im Hinblick auf die Duldung oder die Mieterhöhung begründen, mitzuteilen."

##### Begründung:

§ 555c Absatz 1 BGB-E regelt Form und Frist der Modernisierungsankündigung. Entspricht die Ankündigung diesen Anforderungen, so kann der Mieter Umstände, die eine Härte im Hinblick auf die Duldung oder die Mieterhöhung begründen, seinerseits nur fristgebunden in Textform geltend machen (§ 555d Absatz 3 BGB-E). Versäumt er diese Frist, so muss er die Maßnahme dennoch dulden und ggf. eine erhöhte Miete zahlen.

Diese Rechtsfolge - Beschränkung der Mieterrechte - ist nur dann angemessen, wenn der Vermieter den Mieter zuvor auf die Möglichkeit, Härtefallgründe geltend zu machen, sowie auf die notwendige Form und die einzuhaltende Frist hingewiesen hat. Ein Vorbild für eine solche Hinweispflicht enthält unter anderem § 568 Absatz 2 BGB, an den sich die vorgeschlagene Ergänzung anlehnt.

#### 5. Zu Artikel 1 Nummer 6 (§ 556c BGB)

Der Bundesrat bittet die Bundesregierung zu prüfen, welche Maßnahmen zur Förderung der Attraktivität und der Umsetzung von Contracting-Modellen, einschließlich Erhöhung und gegebenenfalls Bündelung der passenden KfW-Programme, angezeigt sind.

##### Begründung:

Bislang bestand faktisch keine Möglichkeit, im Bereich der Vermietung von Wohnraum Contracting-Modelle einzusetzen, weil die Mieterinnen und Mieter zwar durch die Senkung des Energieverbrauchs und damit der Energiekosten finanziell entlastet wurden, diese Entlastung aber nicht zur Finanzierung der Maßnahmen, durch die die Energieeinsparung bewirkt wird, herangezogen werden konnte. Durch die Ermöglichung von Contracting-Modellen kann die notwendige energetische Gebäudesanierung erheblich vorangebracht werden.

Durch eine öffentliche Förderung, beispielsweise im Rahmen bereits bestehender KfW-Förderprogramme, kann die Attraktivität von Contracting-Modellen weiter gesteigert werden, weil die von den Mieterinnen und Mietern zu zahlenden Kosten für gewerbliche Wärmelieferung sinken und/oder höherwertigere Sanierungsmaßnahmen mit zusätzlicher CO<sub>2</sub>-Reduzierung finanzierbar werden.

6. Zu Artikel 1 Nummer 6 (§ 556c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 BGB)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu überprüfen, wie die Kostenneutralität für den Mieter über den einmaligen Zeitpunkt der Umstellung hinaus dauerhaft gewährleistet werden kann.

Begründung:

Der neu eingefügte § 556c BGB-E regelt die wesentlichen Voraussetzungen für eine Umlage von Kosten der gewerblichen Wärmelieferung (Contracting) als Betriebskosten in einem bestehenden Mietverhältnis. Nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 muss die Wärme zukünftig grundsätzlich aus einer vom Wärmelieferanten errichteten neuen Anlage oder aus einem Wärmenetz geliefert werden. Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 schreibt kumulativ das Erfordernis der Kostenneutralität der Umstellung für den Mieter vor.

Die vorgeschlagene Regelung birgt allerdings die Gefahr, dass Mehrkosten für den Mieter entstehen. Denn auch wenn der Gesetzentwurf die Kostenneutralität für den Mieter normiert, kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass die Contractingunternehmen jedenfalls mittelfristig Gewinne erwirtschaften wollen. Es sollte deshalb sichergestellt werden, dass sie nicht zum nächstmöglichen Zeitpunkt die Kosten für den Arbeits- und Betriebsaufwand, als erhöhte Kosten für den Energiebezug, anheben können. Es sollte deshalb überprüft werden, wie die Kostenneutralität für den Mieter über den einmaligen Zeitpunkt der Umstellung hinaus dauerhaft gewährleistet werden kann.

7. Zu Artikel 1 Nummer 11 (§ 569 Absatz 2a Satz 3 BGB)

In Artikel 1 Nummer 11 ist § 569 Absatz 2a Satz 3 zu streichen.

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, dass ein neuer § 569 Absatz 2a BGB-E eingefügt wird, der dem Vermieter eine außerordentliche fristlose Kündigung ermöglicht, wenn der Mieter mit der Kautionszahlung in Verzug gerät. Die Vorschrift knüpft an die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Gewerberaummietver-

hältnis an (BGH, Urteil vom 21. März 2007 - XII ZR 36/05 -, NJW-RR 2007, 711). Allerdings bedarf es nach Satz 3 keiner Abhilfefrist oder Abmahnung.

Die Neuregelung ermöglicht es damit dem Vermieter, ein Wohnraummietverhältnis ohne vorherige Abmahnung zu kündigen, wenn der Mieter mit der Sicherheitsleistung in bestimmter Höhe in Verzug ist. Demgegenüber muss der Vermieter bei einem Gewerberaummietverhältnis dem mit der Kautionsleistung in Verzug geratenen Mieter entweder eine Abhilfefrist setzen oder ihn abmahnen (§ 543 Absatz 3 Satz 1 BGB). Das bedeutet, dass die Gesetzeslage bei der Wohnraummiete gegenüber der Gesetzeslage in der Gewerberaummieterzulasten des Mieters verschärft wird, was systemwidrig ist. Satz 3 sollte deshalb gestrichen werden.

8. Zu Artikel 4 Nummer 1 (Inhaltsübersicht zu § 283a ZPO)  
Nummer 3 (§ 283a ZPO)  
Nummer 7 (§ 940a Absatz 3 ZPO)  
Artikel 6 (Nummern 1211, 1222, 1223 und 1232 der Anlage 1  
- Kostenverzeichnis - zum GKG)  
Artikel 8 (§ 19 Absatz 1 Satz 2 Nummer 3 RVG)
- a) Artikel 4 ist wie folgt zu ändern:
- aa) Die Nummern 1 und 3 sind zu streichen.
- bb) In Nummer 7 ist § 940a Absatz 3 zu streichen.
- b) Die Artikel 6 und 8 sind zu streichen.

Begründung:

Mit § 283a ZPO-E würde ein neues gerichtliches Zwischenverfahren eingeführt, das zu einer Verkomplizierung der Zivilprozesse und zu einem erheblichen Mehraufwand für die Gerichte führt.

Für eine generelle Privilegierung von Gläubigern bezüglich erst nach Rechtshängigkeit fällig werdender Forderungen gibt es keinen sachlichen Grund. Im Unterhaltsrecht existiert bereits mit § 246 FamFG eine befriedigende Regelung. Im Mietrecht kann der Vermieter in vielen Fällen künftig fällig werdende Mietzinsen und Nutzungsentschädigung im Urkundenprozess geltend machen (vgl. Streyll, NZM 2012, 249, 268; BGH, Urteil vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 200/08, VIII ZR 266/08 -, NJW 2009, 3099; OLG München, Urteil vom 26. März 2008, - 3 U 3608/07 -) und erlangt auf diese Weise sogar ein ohne Sicherheitsleistung vollstreckbares Vorbehaltsurteil, wohingegen der Mieter nicht bereits bei Überlassung der Mietsache gerügte Mängel erst im Nachverfahren geltend machen kann. Dem Sicherungsinteresse des Gläubigers von Geldforderungen dienen außerdem die Arrestvorschriften der §§ 916 ff. ZPO.

Die Schaffung eines neuartigen Sicherungsinstruments neben den bereits bestehenden Instrumentarien des Verfahrensrechts (und den Instrumentarien des Strafrechts in echten Fällen des Einmietbetrugs) ist vor diesem Hintergrund nicht geboten.

Das Instrument der Sicherungsanordnung verlangt den Gerichten zusätzliche Prüfungen ab, was eine zügige Beendigung des Rechtsstreits unter Umständen sogar gefährdet.

Das Erfordernis der "hohen Erfolgsaussicht" der Klage ist unbestimmt und streitanfällig. In den Fällen, in denen keine Beweisaufnahme angeordnet wird, weil bereits kein erhebliches Verteidigungsvorbringen vorliegt, kann die Instanz in der Regel zügig abgeschlossen werden, so dass der Kläger bald aus einem zumindest vorläufig vollstreckbaren Titel vorgehen kann. Ein Zwischenverfahren auf Erlass einer Sicherungsanordnung würde in diesen Fällen zu keiner nennenswerten Beschleunigung führen, sondern den Prozess eher zusätzlich überfrachten. In den Fällen, in denen das Gericht das Verteidigungsvorbringen des Beklagten hingegen für erheblich erachtet und eine Beweisaufnahme anordnet, wird eine hohe Erfolgsaussicht regelmäßig nicht anzunehmen sein. Ein Gericht, das trotz Anordnung einer Beweisaufnahme oder auch erst im Verlauf einer Beweisaufnahme nach einer vorweggenommenen Beweiswürdigung eine hohe Erfolgsaussicht bejaht, würde sich zudem leicht der Gefahr von Befangenheitsanträgen aussetzen. Die unabhängige und unparteiliche Stellung des Richters würde geschwächt.

Auch die gemäß § 283a Absatz 1 Nummer 2 ZPO-E erforderliche Abwägung der beiderseitigen Interessen und die Rechtfertigung der Sicherungsanordnung "zur Abwendung besonderer Nachteile für den Kläger" stellt das Gericht vor zusätzliche Schwierigkeiten. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs (vgl. BR-Drs. 313/12, S. 39) soll sich ein besonderer Nachteil für den Kläger nicht allein aus der zu erwartenden Dauer des Verfahrens und dem Risiko der späteren Zahlungsunfähigkeit des Beklagten ergeben. Vielmehr müsse der Kläger konkret dartun, welche besonderen Nachteile er über den Ausfall der Forderung hinaus zu erwarten habe. Welche besonderen Nachteile dann überhaupt noch in Betracht kommen, ist fraglich, zumal die Sicherheitsleistung auch keinen wegen der Dauer des Verfahrens drohenden Liquiditätsengpass beim Kläger verhindern kann, da dieser über die Sicherheitsleistung schließlich nicht verfügen kann.

Auf gravierende und nicht zuletzt auch verfassungsrechtliche Bedenken stoßen die Bestimmungen in § 283a Absatz 2 Satz 2 und 3 ZPO-E. Danach setzt das Gericht bei Nichtbefolgen der Sicherungsanordnung auf Antrag des Klägers gegen den Beklagten ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft fest. Verspricht die Anordnung des Ordnungsgeldes keinen Erfolg, so kann das Gericht nach Satz 3 sogleich Ordnungshaft anordnen.

Bis jetzt kennt das System der Zivilprozessordnung die Möglichkeit der Anordnung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft oder von Zwangsgeld und Zwangshaft nur zur Erzwingung von Unterlassungen und Duldungen (§ 890 ZPO) oder zur Erzwingung nicht vertretbarer Handlungen (§ 888 ZPO). Die Durchsetzung einer Zahlungsverpflichtung, einer Verpflichtung zur Sicher-

heitsleistung für eine Geldforderung oder auch einer sonstigen vertretbaren Handlung mit Zwangsmitteln bis hin zur Ordnungshaft ist der Zivilprozessordnung zu Recht fremd. Die Schuldhaft wurde bereits im 19. Jahrhundert abgeschafft. Besonders bedenklich ist dabei, dass § 283a Absatz 2 Satz 2 ZPO ("setzt") keinerlei Ermessen des Gerichts vorsieht, nicht einmal für den Fall unverschuldeter Leistungsunfähigkeit des Beklagten und für den Fall, dass dieser gar keine Möglichkeit hat, die Zwangsmittel abzuwenden. Selbst wenn beispielsweise bei einem Mietrechtsstreit der Mieter nach Erlass der Sicherungsanordnung "Hals über Kopf" aus der Wohnung auszieht, nützt ihm dies nur wenig, da sich die Sicherungsanordnung auch auf die schon vor ihrer Bekanntgabe an den Beklagten seit Rechtshängigkeit aufgelaufenen Forderungen des Vermieters erstreckt.

Auch in vielen Fällen, in denen der Betroffene auf öffentliche Hilfeleistungen angewiesen ist, hat er es gerade nicht allein in der Hand, ob und wie schnell eine öffentliche Stelle zur Sicherheitsleistung oder zur Abgabe einer Verpflichtungserklärung bereit und rechtlich überhaupt in der Lage ist (bei einer Sicherungsanordnung über Abschlagszahlungen auf Werklohn, wie sie die Entwurfsbegründung beispielhaft nennt, oder über gewerbliche Mietschulden kommt eine Verpflichtungserklärung der öffentlichen Hand ohnehin nicht in Betracht).

Bedenkt man ferner, dass der Gesetzentwurf (anders als der Referentenentwurf) keine Möglichkeit für das Gericht oder das Berufungsgericht vorsieht, eine einmal erlassene Sicherungsanordnung später wegen geänderter Verhältnisse wieder aufzuheben oder abzuändern, erscheint die Regelung insgesamt unverhältnismäßig.

Die Streichung von § 940a Absatz 3 ZPO-E in Artikel 4 Nummer 7 ergibt sich als Folgeänderung aus der Streichung von § 283a ZPO-E.

Darüber hinaus begegnet § 940a Absatz 3 ZPO-E, welcher die Möglichkeit der Räumung einer Wohnung durch einstweilige Verfügung für den Fall vorsieht, dass Räumungsklage wegen Zahlungsverzugs erhoben ist und der Beklagte einer Sicherungsanordnung (§ 283a ZPO-E) im Hauptsacheverfahren keine Folge leistet, bereits für sich genommen durchgreifenden Bedenken. Die Sicherungsanordnung betrifft bereits Ansprüche, deren Berechtigung nicht feststeht, sondern die nur mit hoher Wahrscheinlichkeit bestehen. Der Mieter soll nun nicht nur für diese noch nicht einmal erstinstanzlich ausgeurteilten Forderungen Sicherheit leisten, sondern sieht sich überdies der Gefahr ausgesetzt, ohne Hauptsachetitel durch einstweilige Verfügung geräumt zu werden. Eine solche Regelung greift tief in an das bisherige austarierte System des Wohnraummietrechts ein, das eine Räumung von Wohnraum im Wege der einstweiligen Verfügung gegenwärtig nur bei verbotener Eigenmacht oder bei einer konkreten Gefahr für Leib oder Leben kennt. Dass der Verstoß gegen eine prozessuale Sicherungsanordnung auf dieselbe Stufe wie die Fälle verbotener Eigenmacht oder konkreter Gefahr für Leib oder Leben gestellt werden und ohne Urteil in der Hauptsache den Verlust der grundrechtlich geschützten Wohnung rechtfertigen soll, vermag nicht zu überzeugen. Besonders schwer wiegt in diesem Zusammenhang, dass nach der Entwurfsbegründung das bloße Nichtbefolgen der Sicherungsanordnung bereits als Verfügungsgrund ausreichen soll, eine sonst

stets zu prüfende und von dem Antragsteller darzulegende besondere Eilbedürftigkeit also nicht mehr erforderlich ist. Die Neuregelung würde überdies dazu führen, dass die Wohnung des Mieters auch bei unverschuldeter Nichtbefolgung per einstweiliger Verfügung geräumt werden könnte.

Der Einwand, der Mieter habe es durch Befolgen der Sicherungsanordnung selbst in der Hand, die Räumung durch einstweilige Verfügung abzuwenden, dürfte in vielen Fällen nicht durchgreifen, in denen der Mieter auf öffentliche Hilfeleistungen angewiesen ist und es gerade nicht allein in der Hand hat, ob und wie schnell eine öffentliche Stelle zur Sicherheitsleistung oder Abgabe einer Verpflichtungserklärung bereit und rechtlich in der Lage ist.

Die Räumungsverfügung nimmt die Hauptsache voraus und schafft nicht selten vollendete Tatsachen, insbesondere wenn der Vermieter die im Wege der einstweiligen Verfügung geräumte Wohnung noch vor rechtskräftigem Abschluss des Räumungsrechtsstreits neu vermietet. Auch wird der Mieter zu meist gezwungen sein, sich vor Abschluss des Verfahrens eine neue Wohnung zu suchen. Die drohende Schadenersatzpflicht des Vermieters gemäß § 945 ZPO für den Fall, dass sich die einstweilige Verfügung als von Anfang an ungerechtfertigt erweist, vermag diese Nachteile keineswegs immer aufzuwiegen.

Bei der Streichung von Artikel 6 (Änderung des Gerichtskostengesetzes) und Artikel 8 (Änderung des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes) handelt es sich um redaktionelle Folgeänderungen.

9. Zu Artikel 4 Nummer 6 (§ 885a Absatz 4 Satz 4 ZPO)

In Artikel 4 Nummer 6 ist § 885a Absatz 4 Satz 4 wie folgt zu ändern:

- a) Nach dem Wort "nicht" sind die Wörter "hinterlegt oder" einzufügen.
- b) Das Wort "sollen" ist durch das Wort "können" zu ersetzen.

Begründung:

§ 885a Absatz 4 Satz 4 ZPO-E ist § 885 Absatz 4 Satz 4 ZPO-E bzw. dem gegenwärtigen § 885 Absatz 4 Satz 2 ZPO nachgebildet. Dabei darf aber nicht verkannt werden, dass Unterschiede zwischen der Vernichtung von Gegenständen des Schuldners durch den Gerichtsvollzieher als Amtsperson und der Vernichtung durch den Gläubiger als Privatperson bestehen. In der Begründung zu § 885a Absatz 4 Satz 4 ZPO-E ist ausgeführt, die Soll-Vorschrift ermögliche es dem Gerichtsvollzieher (gemeint ist wohl: dem Gläubiger), von der Vernichtung persönlicher Papiere des Schuldners, wie z.B. Familienurkunden, Zeugnisse, Alben oder Geschäftsunterlagen, abzusehen. Dies stellt aber letztlich das Absehen von der Vernichtung in das Ermessen des Gläubigers. Geboten ist daher zumindest eine Klarstellung dahingehend, dass Urkunden (Zeugnisse, aber beispielsweise auch Handakten eines Rechtsanwalts, vgl. KG OLGE 6, 54), die gemäß § 372 BGB hinterlegt werden können, nicht vernich-

tet werden dürfen. Auch besteht - anders als bei der kostspieligen Einlagerung durch den Gerichtsvollzieher - kein triftiger Grund für die Ausgestaltung als "Soll-Vorschrift". Vielmehr genügt eine "Kann-Bestimmung", nach der es dem Gläubiger unbenommen ist, Gegenstände, auch wenn sie unverwertbar sind, nicht zu vernichten, sondern diese noch über die Mindestfrist von einem Monat hinaus weiter zu verwahren.