



**SCHLESWIG-
HOLSTEINISCHER
RICHTERVERBAND**

verband der richterinnen
und richter,
staatsanwältinnen und
staatsanwälte

Kiel, im Januar 2012
Stellungnahme Nr. 01/2012
Abrufbar unter www.richterverband.de

Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Mietrechtsänderungsgesetz

I. Allgemeines

Am 17.11.2011 hat das Bundesministerium der Justiz (BMJ) einen überarbeiteten Referentenentwurf (RefE) eines Gesetzes über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG) vom 25.10.2011 präsentiert und an die Fachkreise Verbände verschickt. Ein erster Entwurf war bereits im Mai 2011 an die Öffentlichkeit gelangt¹.

Vorrangige Ziele des Gesetzgebungsvorhabens sind:

- die Förderung von energiesparenden und klimaschützenden Modernisierungen
- die Schaffung von Maßnahmen zur effizienten Begegnung von planmäßigen Zahlungspflichtverletzungen (Schlagwort: Mietnomadentum).

Einschnitte in den sozialen Mieterschutz sind nach den Vorgaben des BMJ nicht beabsichtigt²; dieser soll im Bereich der Kündigungssperrfristen durch deren Ausweitung auf das

¹ Den ersten RefE hatte das BMJ am 11.05.2011 vorgelegt; ein „Initiator-Entwurf“ erfolgte bereits im Oktober 2011.

² RefE S. 1.

„Münchener Modell“ sogar noch verstärkt werden. Gleichwohl betont der Entwurf, dass 61% des Mietwohnraums von privaten Kleinanbietern zur Verfügung gestellt werde und diesen der Vermögensbildung und Altersvorsorge dienen würden. Gerade diese erlitten durch planmäßige Verletzungen der Zahlungspflichten erhebliche Schäden³.

Der Entwurf sieht u.a. folgende Neuerungen vor:

- Neugestaltung der Vorschriften über Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen
- Gesetzliche Vorgaben zum Wärmecontracting
- Änderungen im Bereich der Mietsicherheit
- Ausweitung der Kündigungssperrfristen auf das sog. Münchener Modell
- Schaffung einer Hinterlegungsanordnung bei Zahlungsklagen
- Erleichterungen bei der Räumungsvollstreckung, insbesondere Kodifizierung der Berliner Räumung
- Ausweitung der einstweiligen Verfügung auf Räumung von Wohnraum auf Mieter, die sich einer Hinterlegungsanordnung widersetzen, sowie auf Dritte, die in Unkenntnis des Vermieters Besitz erlangen

Zu diesen Änderungsvorschlägen ist im Folgenden Stellung zu nehmen. Dabei soll die Besprechung der Neuerungen nicht in der Reihenfolge der betroffenen Paragraphen, sondern nach Sachkomplexen erfolgen.

II. Änderungen im Einzelnen

1. Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen

a) Allgemeines

Nachdem das Mietrechtsreformgesetz 2001 (MietRRefG) die Vorschriften über Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen in einem Paragraphen zusammengefasst hatte, sieht der Entwurf wiederum eine Trennung vor. Aus gesetzessystematischer Sicht erscheint dies durchaus sachgerecht: Erhaltung und Modernisierung sind von Grund auf verschiedene Dinge. Allerdings könnte die Auslagerung der Regelungen in ein neues Kapitel und die Aufteilung der Modernisierungsbestimmungen in mehrere „Buchstaben-Paragraphen“ in der Praxis – zumindest für eine Übergangszeit – Verwirrung stiften. Gleichwohl mag – gerade im Hinblick auf die besondere Bedeutung der Wohnraummodernisierung – Einiges dafür sprechen,

³ RefE S. 1, 21.

diesen Bereich, der nunmehr eine deutliche Ausweitung erfahren soll, auf mehrere Paragraphen aufzuteilen.

b) Erhaltungsmaßnahmen (§ 555a BGB-E)

Abs. 1 der Bestimmung enthält eine Legaldefinition der Erhaltungsmaßnahme. Darin wird klargestellt, dass der Begriff sowohl die Instandhaltung als auch die Instandsetzung der Mietsache umfasst. Das entspricht der gängigen Auffassung in der Kommentarliteratur⁴. Die Abgrenzung von Instandhaltung und Instandsetzung kann in der Praxis durchaus Probleme bereiten; im Rahmen des (noch) geltenden § 554 Abs. 1 BGB ist sie aber ohne jede Bedeutung. Es geht allein um Arbeiten, die zur Erhaltung des Gebäudes in seinem ursprünglichen wirtschaftlichen Bestand objektiv erforderlich sind⁵. Daran wird sich auch nach der Neugestaltung der Vorschrift nicht ändern.

Abs. 2 knüpft die Pflicht des Mieters zur Duldung von Arbeiten mit nicht nur unerheblichen Einwirkungen auf die Mietsache an die „rechtzeitige“ Ankündigung durch den Vermieter. Bislang sieht das Gesetz eine solche Information nicht vor; gleichwohl hat sie der BGH bereits mit Urteil vom 4. 3. 2009 (VIII ZR 110/08)⁶ postuliert, soweit es sich nicht um eine Notmaßnahme handelt. Anders als bei der Modernisierungsmittelteilung (vgl. § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB, § 555c Abs. 1 BGB-E) soll hier keine feste zeitliche Vorgabe erfolgen. Die Dauer der Frist richtet sich wie bislang nach der Dringlichkeit und dem Umfang der Maßnahme⁷. Dem lässt sich entgegenhalten, der unbestimmte Rechtsbegriff der Rechtzeitigkeit berge erhebliches Streitpotential und schaffe somit keine Rechtsicherheit⁸. Andererseits gewährt er dem Vermieter eine gewisse Flexibilität, gerade um dringliche Erhaltungsmaßnahmen schnellstmöglich umzusetzen. Anders als Modernisierungsmaßnahmen lassen sich Instandsetzungsarbeiten meist nicht langfristig planen, sondern müssen bei plötzlichen Abgängen unverzüglich durchgeführt werden. Vor daher spricht nichts gegen die im RefE vorgesehene elastische Frist.

c) Modernisierungsmaßnahmen (§§ 555b ff. BGB-E)

aa) Gesetzssystematik

§ 555b BGB-E enthält die Legaldefinition der Modernisierungsmaßnahme, während § 555c BGB-E die Ankündigungsformalien und § 555d BGB-E den materiellrechtlichen Duldungsanspruch des Vermieters normiert. Aus gesetzssystematischer Sicht hätte es näher gelegen,

⁴ Vgl. nur Schmidt-Futterer/*Eisenschmid*, Mietrecht, 10. Aufl. 2011, § 554 Rn. 16; Prütting/Wegen/Weinreich/*Riecke*, BGB, 6. Aufl. 2011 (im Folgenden: PWW/Kommentator), § 554 Rn. 4.

⁵ Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (o. Fußn. 4), § 554 Rn. 16.

⁶ NZM 2009, 394.

⁷ Dazu Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (o. Fußn. 4), § 554 Rn. 35.

zunächst das materielle Recht und sodann die Formalien seiner Durchsetzung zu regeln. Eine solche Reihenfolge findet sich bei der Modernisierungsmieterhöhung (vgl. §§ 559 BGB-E), aber auch bei der Mieterhöhung bei zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§§ 558 f. BGB) sowie bei der Kündigung (vgl. §§ 569, 573 BGB).

⁸ In diesem Sinne *Both*, Vortrag Berliner Betriebskostentag (06.12.2011), Skript S. 4.

bb) Modernisierungsbegriff (§ 555b BGB-E)

Das geltende Recht kennt keinen einheitlichen Modernisierungsbegriff⁹. § 554 Abs. 2 BGB nennt für die Modernisierungsduldung andere Tatbestände als § 559 Abs. 1 BGB für die Modernisierungsmieterhöhung. Eine Legaldefinition der Modernisierung findet sich im Übrigen erst in § 559 Abs. 1 BGB.

Die Neufassung der Modernisierungsduldung und -mieterhöhung in §§ 555b und 559 BGB-E bewirkt zum einen eine Harmonisierung beider Tatbestände, zum anderen wird die Legaldefinition der Modernisierung mit insgesamt sieben Fallgestaltungen nach vorn gezogen und bereits im Duldungstatbestand platziert. In § 559 Abs. 1 BGB-E erfolgt lediglich ein Bezugnahme auf die Legaldefinition in § 555b, allerdings nicht auf alle darin enumerierten Fallgestaltungen. Das erscheint aus gesetzessystematischer, aber (wie später zu zeigen sein wird) auch aus inhaltlicher Sicht sachgerecht.

Im Übrigen werden die Duldungstatbestände des § 555b Nr. 1 bis 4 BGB-E durch das Kriterium der Nachhaltigkeit eingeschränkt. Dieses findet sich de lege lata nur in § 559 BGB. nachhaltig bedeutet nach der Rechtsprechung des BGH messbar und dauerhaft¹⁰. Ob das unabdingbare Voraussetzung auch schon für die Duldungspflicht des Mieters sein muss, erscheint fraglich. Es lässt sich mit guten Gründen argumentieren, dass eine Berücksichtigung des Nachhaltigkeitsmoments im Rahmen der Härtefallabwägung – wie sie schon bislang durch die Literatur¹¹ erfolgt ist – ausreicht.

Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung ihre bisherige Definition der Nachhaltigkeit überdenken muss; denn eine Einsparung von Primärenergie, wie sie für die Tatbestände des § 554 Nr. 1 und 2 BGB-E genügt, ist nicht messbar. Sie ist lediglich anhand von wertenden Faktoren berechenbar. Es wird fortan allein auf die Dauerhaftigkeit der betreffenden Maßnahme abzustellen sein.

(1) Energetische Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB-E)

§ 555b Nr. 1 BGB-E beinhaltet eine Legaldefinition der sog. energetischen Modernisierung, deren Akzentuierung ein zentrales Anliegen des Gesetzesvorhabens ist. Darin erfolgt zunächst die Klarstellung, dass auch die Einsparung von nicht erneuerbarer, also fossiler und

⁹ Krit. bereits *Sternel*, NZM 2001, 1058.

¹⁰ BGH, RE v. 10.04.2002 – VIII ARZ 3/01 (Tz 15), WuM 2002, 366 = ZMR 2002, 503, 504 (Wärmebedarfsberechnung); Urt. v. 03.03.2004 – VIII ZR 149/03 (Tz 20), WuM 2004, 285 = ZMR 2004, 424, 425 und VIII ZR 151/03 (Tz 22), WuM 2004, 288 (Grundsatz der Wirtschaftlichkeit).

¹¹ Beispielhaft Schmidt-Futterer/*Eisenschmid* (o. Fußn. 4), § 554 Rn. 70; *Kinne*, in *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 6. Auflage 2011, § 554 Rn. 43; Franke, DWW 2009, 1138, 1139.

nuklearer Primärenergie eine duldungspflichtige Modernisierungsmaßnahme darstellt¹². Die Frage war lange Zeit streitig¹³; der BGH hat in dem Urteil vom 24.09.2008 (VIII ZR 275/07)¹⁴ jedenfalls bei einem Anschluss der Mietwohnung an ein mit Kraft-Wärme-Kopplung betriebenes Fernwärmenetz die Einsparung von Primärenergie ausreichen lassen. Ob dies jedoch generell gilt, ist nach wie vor umstritten¹⁵. Schon von daher beinhaltet die Begriffsbestimmung in § 555b Nr. 1 BGB eine erfreuliche Klarstellung.

Ganz besonders streitig ist übrigens, ob für eine Mieterhöhung wegen „nachhaltiger Einsparung von Energie“ (§ 559 Abs. 1, 3. Var. BGB) die Einsparung von Primärenergie ausreichend ist¹⁶. Hierzu hat sich der BGH bislang nicht verhalten; die Entscheidung vom 24.09.2008 betrifft ausschließlich die Modernisierungsduldung. Durch die Bezugnahme auf § 555b Nr. 1 BGB-E in § 559 Abs. 1 BGB-E wird nunmehr klargestellt, dass bauliche Maßnahmen zur Einsparung von Primärenergie auch zur Mieterhöhung berechtigen (s. dazu auch u. II 2).

Im Übrigen legt sich der aktuelle RefE dahingehend fest, dass die energetische Modernisierung i. S. von § 555b Nr. 1 BGB eine Energieeinsparung gerade in Bezug auf die Mietsache erfordert. Damit ist geklärt, dass unter diesen Begriff nur solche Maßnahmen fallen, die der Mietsache in irgendeiner Weise zugute kommen, oder – mit *Eisenschmid* gesprochen – die einen Mieterbezug aufweisen¹⁷. Insoweit ist eine Änderung gegenüber dem ersten RefE sowie dem Initiator-Entwurf erfolgt. Eine (Heiz-)Kosteneinsparung beim Mieter ist allerdings nicht erforderlich¹⁸.

(2) Sonstige energiesparende und klimaschützende Maßnahmen (§ 555b Nr. 2 BGB-E)

§ 555b Nr. 2 BGB bezieht auch sonstige Maßnahmen, die der Einsparung von Primärenergie oder dem Klimaschutz im Allgemeinen dienen, in den Modernisierungsbegriff ein. Bei der ersten Fallgruppe geht es um bauliche Veränderungen, die eine Nutzung erneuerbarer Energien ermöglichen, ohne dass dies in Bezug auf die Mietsache geschieht. Als Beispiel ist insbesondere die Photovoltaikanlage auf dem Dach des Mietshauses zu nennen. Der damit gewonnene Strom wird regelmäßig in das allgemeine Netz eingespeist (vgl. §§ 16, 33 Abs. 1

¹² Zu den Begriffen Primärenergie und Endenergie s. *Eisenschmid*, WuM 2009, 624; ders., in: *Schmidt-Futterer* (o. Fußn. 4), § 554 R. 14 ff.; *Hinz*, ZMR 2011, 685, 687.

¹³ Ausf. dazu *Hinz*, ZMR 2011,

¹⁴ BGH NZM 2008, 883 = WuM 2009, 40 = ZMR 2009, 264.

¹⁵ Dagegen etwa *Derleder*, WuM 2010, 331, 332 f.; *Staudinger/Emmerich*, BGB, Neubarb. 2011, § 544 Rn. 18; ausf. zum Streitstand *Hinz*, ZMR 2011, 685, 687.

¹⁶ Dazu *Hinz*, ZMR 2011, 685, 689 ff.

¹⁷ *Eisenschmid*, WuM 2009, 624, 626.

¹⁸ Vgl. BGH WuM 2004, 285, 287 f. = ZMR 2004, 424, 426 f.

EEG)¹⁹. Bislang ist streitig, ob die Duldungspflicht nach § 554 Abs. 2 BGB wegen energiesparender Maßnahmen ausschließlich solche mit Bezug auf die Mietsache betrifft. Teilweise wird eine Duldungspflicht des Mieters bei anderen energiesparenden Maßnahmen auf § 242 BGB gestützt²⁰. Dem ist entgegenzuhalten, dass auch die Varianten 1 und 3 des § 554 Abs. 2 BGB keinen Mieterbezug diesem Sinne erfordern. Es ist deshalb zu begrüßen, dass die Entwurfsverfasser energiesparende Maßnahmen ohne Mieterbezug ausdrücklich in den Katalog des § 555b BGB-E aufgenommen haben.

Im Übrigen nennt der Tatbestand bauliche Veränderungen, durch die das Klima nachhaltig geschützt wird, ohne dass es dabei zu einer Einsparung von Primärenergie kommen muss. Die Entwurfsverfasser haben diese offene Formulierung gewählt, damit auch künftige neue Technologien, die dem Klimaschutz dienen, unter den Modernisierungsbegriff fallen²¹.

Maßnahmen nach § 555b Nr. 2 BGB-E rechtfertigen allerdings keine Modernisierungsmieterhöhung; § 559 Abs. 1 BGB-E nimmt auf diese Variante keinen Bezug. Das erscheint zwingend. Anderenfalls würde man dem Mieter ansinnen, die Kosten des vermierterseitigen Umweltbewusstseins zu tragen²²; im Extremfall könnten ihm die Kosten einer Kraft-Wärme-Kopplungsanlage, die ausschließlich die Nachbargrundstücke mit Strom und Wärmeenergie versorgt, auferlegt werden. Auch nach geltendem Recht ist dies – jedenfalls bei zutreffender Lesart des § 559 Abs. 1 BGB – nicht möglich; die Rechtslage ist aber keineswegs klar²³. Insofern ist die Neuerung ausdrücklich zu befürworten.

(3) Maßnahmen zur Reduzierung des Wasserverbrauchs (§ 555b Nr. 3 BGB-E)

Der Tatbestand entspricht dem des § 554 Abs. 2 Satz 1, 3. Var. BGB; er wird lediglich durch das Kriterium der Nachhaltigkeit eingeschränkt (s. dazu o. unter II 1 c bb). Eine Stellungnahme ist insoweit entbehrlich.

(4/5) Maßnahmen zur Erhöhung des Gebrauchswerts oder zur Verbesserung der allgemeinen Wohnverhältnisse (§ 555b Nr. 4 und 5 BGB-E)

Hier werden die Begriffe des § 559 Abs. 1, 1. und 2. Var. BGB bereits bei der Modernisierungsduldung verwendet; sie ersetzen das bisherige Kriterium der „Verbesserung der Mietsache“ in § 554 Abs. 2 Satz 1 BGB. Es handelt sich lediglich um eine sprachliche Vereinheitlichung beider Bestimmungen. Auch insoweit bedarf es keiner Stellungnahme.

¹⁹ Der Selbstverbrauch ist zwar möglich (vgl. §§ 17, 33 Abs. 2 EEG), er dürfte in der Praxis jedoch die Ausnahme bilden; s. dazu *Hinz*, ZMR 2011, 685, 692.

²⁰ So namentlich *Eisenschmid*, WuM 2009, 624, 626.

²¹ Entwurfsbegründung S. 31.

²² So dezidiert *Both*, in Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl. 2010, § 559 Rn. 70.

²³ S. dazu *Hinz*, ZMR 2011, 685, 694.

(6) Maßnahmen aufgrund von nicht zu vertretenden Umständen (§ 555b Nr. 6 BGB-E)

Ein solcher Tatbestand befindet sich bislang nur in § 559 Abs. 1 BGB. Der Reformgesetzgeber 2001 hat ihn bei der Modernisierungsduldung nach § 554 Abs. 2 BGB ganz bewusst nicht mit aufgenommen. Er wollte die damit verbundene Konsequenz, dass der Mieter bei Vorliegen von Härtegründen der Durchführung solcher Maßnahmen widersprechen könnte, obwohl der Vermieter nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften dazu verpflichtet ist, vermeiden²⁴. Eine Duldungspflicht des Mieters für solche Maßnahmen kann deshalb – wie auch der BGH mit Urteil vom 04.03.2009 (VIII ZR 110/08)²⁵ entschieden hat – allein auf § 242 BGB gestützt werden.

Nach der Intention der Entwurfsverfasser soll auch diese Fallgestaltung künftig einer Härtefallabwägung zugänglich sein, wobei den Interessen des Vermieters in aller Regel besonderes Gewicht zukommen soll²⁶. Das vermag schwerlich zu überzeugen. Muss der Vermieter bauliche Veränderungen des Mietobjekts aufgrund von gesetzlichen Bestimmungen oder behördlichen Anordnungen durchführen (z.B. Nachrüstungsspflichten nach §§ 10, 10a EnEV, Einbau von Rauchmeldern), so erscheint eine Duldungspflicht des Mieters schlechterdings zwingend. Eine Interessenabwägung, die ihm breiten Raum für Kritik an der Maßnahme bieten würde, wäre hier verfehlt. Es wird deshalb angeregt, die Härtefallklausel des § 555d in Anlehnung an die Gestaltung im Initiator-Entwurf (s. dort § 555b Abs. 2 und 3 BGB-E) wie folgt zu fassen:

„Eine Duldungspflicht nach Absatz 1 besteht in dem Fällen des § 555b Nr. 1 bis 5 und 7 nicht, wenn ...“

(7) Maßnahmen zur Schaffung von neuem Wohnraum (§ 555b Nr. 7 BGB-E)

Der Tatbestand entspricht dem des § 554 Abs. 2, letzte Var. BGB-E; wie bislang berechtigt er nicht zur Mieterhöhung (vgl. § 559 Abs. 1 BGB-E).

cc) Modernisierungsankündigung (§ 555c BGB)

(1) Allgemeines (§ 555c Abs. 1 BGB-E)

Die Anforderungen an die Modernisierungsankündigung werden einerseits angehoben, indem der Vermieter – soweit er eine Mieterhöhung nach § 559 BGB-E erstrebt – verpflichtet werden soll, auch die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten mitzuteilen. Dies könnte bei der praktischen Umsetzung Probleme bereiten. Wird an dem Gebäude eine Wärmedäm-

²⁴ BGH NZM 2009, 394.

²⁵ BGH NZM 2009, 394.

mung angebracht, weiß man vielfach nicht, in welcher Größenordnung dadurch Heizkosten eingespart werden. Auch bei dem Austausch eines Gasheizkessels gegen einen Holzpelletofen wird sich die dadurch bedingte Entwicklung der Heizkosten nicht ohne Weiteres vorhersehen lassen. In beiden Fällen müssten komplizierte Berechnungen angestellt werden.

Allerdings scheinen unrichtige Angaben der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten keine besonderen Konsequenzen zu haben. Insbesondere findet eine Verschiebung des Mieterhöhungstermins, wie bei zehnpromzentiger Überschreitung der tatsächlichen gegenüber der angekündigten Erhöhung (vgl. § 559 Abs. 2 Nr. 2 BGB-E), nicht statt.

Im Übrigen werden die Anforderungen an die Modernisierungsmitteilung durch die Formulierung „in wesentlichen Zügen“ herabgesetzt. Das erscheint sachgerecht; mitunter waren die Kriterien der Instanzgerichte hier deutlich überzogen²⁷. Dem ist mittlerweile auch der BGH entgegengetreten; in dem Urteil vom 28.09.2011 (VIII ZR 242/10)²⁸ führt er aus, die Modernisierungsankündigung brauche nicht jede Einzelheit der beabsichtigten Modernisierungsmaßnahme beschreiben und nicht jede mögliche Auswirkung mitteilen; sie müsse nur so konkret gefasst sein, dass sie den Informationsbedürfnissen des Mieters hinsichtlich des Modernisierungsziels und der geplanten Maßnahmen Rechnung trage; dabei müsse sie ihn insbesondere darüber in Kenntnis setzen, in welcher Weise die Wohnung durch die geplanten Maßnahmen verändert wird und wie sich diese auf den Mietgebrauch sowie die Miete auswirkten. Der BGH nimmt insoweit Bezug auf die Begründung des Regierungsentwurfs zum MietRRefG 2001²⁹.

Möglicherweise werden die formellen Anforderungen durch die vorgesehene Neuregelung der Modernisierungsmitteilung in § 555c Abs. 1 BGB-E noch weiter herabgesetzt. Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung dieser Frage wird in der Praxis durchaus eine gewisse Unsicherheit herrschen.

(2) Pauschalwertverfahren (§ 555c Abs. 2 BGB-E)

Eine besondere Erleichterung für Modernisierungsvorhaben zur Energieeinsparung (§ 555b Nr. 1 und 2 BGB-E) findet sich in § 555b Abs. 2 BGB-E. Danach kann der Vermieter zur Mitteilung der energetischen Qualität von Bauteilen auf anerkannte Pauschalwerte Bezug nehmen. Die Rechtsprechung hat teilweise auch für die Modernisierungsankündigung die Mitteilung des alten und neuen Wärmedurchgangskoeffizienten des auszutauschenden Bauteils

²⁶ Entwurfsbegründung S. 31.

²⁷ Vgl. etwa KG, Urt. v. 10.05.2007 – 8 U 166/06; LG Hamburg WuM 2005, 60; NZM 2001, 332.

²⁸ WuM 2011, 677.

²⁹ BT-Drucks. 14/4553, S. 37.

verlangt³⁰. Der BGH hat in dem Urteil vom 25.01.2006 (VIII ZR 47/05)³¹ jedenfalls für die Modernisierungsmieterhöhung verlangt, dass entweder eine gegenständliche Beschreibung der Maßnahme oder die Angabe der alten und neuen Wärmedurchgangskoeffizienten (k- bzw. u-Wert) der renovierten Teile erfolgt. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Angabe des alten Wärmedurchgangskoeffizienten des Bauteils; dieser liegt dem Vermieter meist nicht mehr vor. Demgegenüber wird der Wärmedurchgangskoeffizient des neuen Bauteils meist auf der Verpackung oder einem Beipackzettel mitgeteilt.

Die nach dem Entwurf mögliche Bezugnahme auf anerkannte Pauschalwerte (z.B. auf diejenigen der Bekanntmachung der Regeln zur Datenaufnahme und Datenverwendung im Wohnungsbestand des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung vom 30.07.2009) ist deshalb zu befürworten. Sie wird den Begründungsaufwand für die Vermieterseite reduzieren und auch lästigen Rechtsstreitigkeiten um die formelle Wirksamkeit der Erhöhungserklärung entgegenwirken.

Positiv zu bewerten ist schließlich, dass das Pauschalwertverfahren nach § 559b Abs. 1 Satz 3 BGB-E auch bei der Modernisierungsmieterhöhung zur Anwendung gelangt. Gerade hier hat es in der Vergangenheit immer wieder heftige Streitigkeiten um die hinreichende Erläuterung des Umlagebetrags gegeben.

dd) Duldungsanspruch, Härtefallabwägung (§ 555d Abs. 1 und 2 BGB-E)

Duldungsanspruch und Härtefallabwägung werden in zwei selbständigen Absätzen untergebracht, was die Lesbarkeit der Vorschriften erleichtern dürfte. Eine wesentliche inhaltliche Änderung liegt darin, dass die Härtefallabwägung gesplittet wird. Die zu erwartenden Mieterhöhung wird aus dem Katalog der Abwägungskriterien für die Duldungspflicht des Mieters herausgestrichen und im Rahmen einer gesonderten – in § 559 Abs. 4 BGB-E geregelten – Härtefallabwägung, die allein die Modernisierungsmieterhöhung betrifft, berücksichtigt. Damit kann der Mieter – anders als bislang – die zu erwartenden Mieterhöhung nicht mehr als Argument zur Verweigerung der Modernisierungsduldung einbringen.

Diese Änderung ist aus Sicht der Praxis zu befürworten. Sie wird bewirken, dass die Durchführung von Modernisierungsarbeiten nicht mehr durch Streitigkeiten um die zu erwartende Mieterhöhung gehemmt wird. Nicht selten wird die Modernisierung eines Mehrfamilienhauses dadurch komplett blockiert, dass von mehreren Mietern lediglich einer die zu erwartende Mietanhebung als Härtegrund reklamiert³². Mitunter ziehen sich Prozesse um den Duldungsanspruch des Vermieters über viele Jahre hin, zumal die Frage, ob der Mieter die Moderni-

³⁰ AG München, Urt. v. 26.04.2009 – 424 C 19779/09.

³¹ WuM 2006, 157.

³² Nagel, PiG 90 (2011), 45, 62.

sierungsumlage schon deshalb hinzunehmen hat, weil das Objekt lediglich in einen allgemein üblichen Zustand versetzt wird, nur durch aufwendige Sachverständigengutachten geklärt werden kann. Maßgebend ist insoweit der Zustand bei der überwiegenden Mehrzahl von Mieträumen – mindestens zwei Drittel – in Gebäuden gleichen Alters innerhalb der Region, wobei auf das gesamte Bundesland abzustellen ist³³.

ee) Ausschlussfrist (§ 555d Abs. 3 BGB-E)

Eine Neuerung von erheblicher Tragweite ist die Ausschlussfrist des § 555d Abs. 3 BGB-E. Grammatikalisch ist die Bestimmung an den Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 5 und 6 BGB betreffend die Betriebskostenabrechnung angelehnt; allerdings ihre Anforderungen durch das Textformerfordernis verschärft. Ziel der Ausschlussfrist ist die Schaffung von Rechtssicherheit für den Vermieter, insbesondere auch im Hinblick auf die künftige Mieterhöhung³⁴.

Die Regelung ist prinzipiell zu befürworten. Sie schafft für den modernisierungswilligen Vermieter die erforderliche Rechtssicherheit, so dass er – eine ordnungsgemäße Mitteilung immer vorausgesetzt – nach Ablauf der Monatsfrist, jedenfalls aber (bei schuldloses Fristversäumung durch den Mieter) nach Beginn der Bauarbeiten keine Einwände gegen das Modernisierungsvorhaben befürchten muss, dieses somit ungehindert durchführen kann. Dabei wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass ein Baustopp den Vermieter als Auftraggeber der Arbeiten u.U. mit hohen zusätzlichen Kosten belasten würde (vgl. §§ 642 BGB, 6 Nr. 6 VOB/B). Andererseits ist in solchen Fällen auch der Mieter Schadensersatzansprüchen ausgesetzt, sofern sich der Härteeinwand im Nachhinein als unrechtmäßig herausstellt. Insofern schafft die beabsichtigte Neuregelung für beide Seiten Rechtsklarheit.

Gleichwohl ist sie für den Mieter mit erheblichen Einschnitten verbunden. Das gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass die Ausschlussfrist auch auf Einwände gegen die Modernisierungsmieterhöhung, deren Berücksichtigung künftig erst nach Fertigstellung der Modernisierungsmaßnahme und Abgabe der Mieterhöhungserklärung erfolgt (vgl. §§ 559 Abs. 1 und 4, 559b BGB-E), Anwendung findet. Hat der Mieter nach Zugang der Modernisierungsankündigung eine rechtzeitige Mitteilung der Härtegründe versäumt, so kann er diese auch bei der Auseinandersetzung um die Mieterhöhung nicht mehr geltend machen. Dies mag insbesondere dem anwaltlich nicht vertretenen Mieter, der lediglich § 555d BGB-E in den Blick nimmt und den Zusammenhang mit § 559 BGB nicht durchschaut, zum Nachteil gereichen.

Deshalb erscheint es erwägenswert, die Ausschlussfrist an eine Hinweisobliegenheit des Vermieters, die sich an diejenige in § 568 Abs. 2 BGB betreffend die Sozialklausel (§§ 574

³³ BGH NJW 1992, 1386, 1387 f. = ZMR 1992, 234.

ff. BGB) orientieren könnte, zu koppeln. Die entsprechende Vorschrift könnte in § 555c Abs. 3 BGB-E mit folgendem Wortlaut platziert werden:

„Im Übrigen soll der Vermieter den Mieter über dessen Recht zur Geltendmachung von Härtegründen, die erforderliche Form und die Ausschlussfrist unterrichten.“

§ 555d Abs. 3 BGB-E wäre um folgenden Satz 3 zu ergänzen:

„Dies gilt nicht, wenn der Vermieter es versäumt hat, den Mieter in der Modernisierungsankündigung über dessen Recht zur Geltendmachung von Härtegründen, die erforderliche Form und die Ausschlussfrist zu unterrichten.“

ff) Sonderkündigungsrecht (§ 555e BGB-E)

Die Vorschrift entspricht § 554 Abs. 3 Satz 2 BGB; eine Stellungnahme aus Sicht der Praxis erscheint nicht veranlasst.

gg) Ausschluss des Mietminderungsrechts (§ 536 Abs. 1a BGB-E)

Nach § 536 Abs. 1a BGB-E ist eine Mietminderung für den Zeitraum von drei Monaten ausgeschlossen, wenn die Beeinträchtigung des Mietgebrauchs auf einer energetischen Modernisierung nach § 555b Nr. 1 BGB-E beruht. Die Regelung ist rechtspolitisch lebhaft diskutiert worden³⁵; insoweit soll keine Stellungnahme erfolgen. Allerdings birgt der Minderungsausschluss auch Streitpotenzial für die Praxis. Ist die energetische Modernisierung mit anderen Modernisierungsmaßnahmen oder Erhaltungsarbeiten verbunden, so kommt es nach der Entwurfsbegründung darauf an, welche Beeinträchtigungen auf welche Maßnahme entfallen; das Gericht könne die Anteile nach § 287 ZPO schätzen³⁶. Das ist aber nur dann möglich, wenn hinreichende Anhaltspunkte für eine Schätzung vorliegen. Beruft sich der Vermieter auf einen Minderungsausschluss nach § 536 Abs. 1a BGB-E, so muss er wohl den Beweis dafür erbringen, dass die Beeinträchtigungen nicht auf anderen Maßnahmen als auf einer energetischen Modernisierung beruhen. Das lässt sich vielfach wohl nur durch ein Sachverständigen-gutachten klären.

Streitigkeiten werden aber auch dadurch entstehen, dass der Mieter einwenden wird, die Modernisierungsarbeiten dauerten unangemessen lange; sie hätten bereits nach einem oder zwei Monaten beendet werden können³⁷.

³⁴ Entwurfsbegründung S. 34.

³⁵ S. einerseits *Sternel*, NZM 2010, 721, 725 f.; Pressemeldung des Deutschen Mieterbundes (DMB) vom 17.11.2011, abrufbar über die Homepage des DMB; andererseits *Horst*, NZM 2010, 761, 769.

³⁶ Entwurfsbegründung S. 29.

³⁷ In diesem Sinne auch *Sternel*, NZM 2010, 721, 726.

Hinzu kommen rechtsdogmatische Bedenken. Die Mietminderung trägt der Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses Rechnung³⁸. Ist die Tauglichkeit des Mietobjekts zum vertragsgemäßen Gebrauch herabgesetzt, so erfolgt auch – und zwar kraft Gesetzes – eine entsprechende Reduzierung der vertraglichen Gegenleistung in Gestalt des Mietentgelts. Eine Durchbrechung dieses allein die individuelle Beziehung der Vertragsparteien betreffenden Prinzips aus übergeordneten Gründen, eben zur Förderung von klimaschützenden Modernisierungsmaßnahmen, erscheint schon deswegen keineswegs unproblematisch. Zudem berechtigt § 559 Abs. 1 BGB-E den Vermieter nach Durchführung der energetischen Modernisierung nunmehr ausdrücklich zur Mieterhöhung, in deren Rahmen er die Kosten der an seinem Gebäude durchgeführten Maßnahme auf den Mieter umlegen kann. Dann aber spricht Einiges dafür, dass dieser berechtigt bleibt, die durch die Bauarbeiten erfolgte Beeinträchtigung der Wohnqualität uneingeschränkt geltend zu machen.

hh) Vereinbarungen über Erhaltungs- und Modernisierungsmaßnahmen

(§ 555f BGB-E)

In § 555f BGB-E erfährt die bereits gegenwärtige Praxis der einvernehmlichen Modernisierung eine gesetzlichen Regelung. Eine solche dürfte schon im Hinblick auf die im letzten Absatz sämtlicher Vorschriften dieses Kapitels normierten Verbote abweichender Vereinbarungen zum Nachteil des Mieters sachgerecht sein. § 555f betrifft lediglich solche Vereinbarungen, die „anlassbezogen“³⁹, also im Hinblick auf ein konkretes Modernisierungsvorhaben getroffen werden. Generelle Modernisierungsvereinbarungen (bzw. Erhaltungsvereinbarungen), die zum Nachteil des Mieters von den Bestimmungen des neuen Kapitels 1a abweichen, bleiben zulässig.

Treffen die Mietvertragsparteien eine Modernisierungsvereinbarung, so regeln sie darin vielfach auch die Erbringung einer Sonderkaution durch den Mieter. Eine solche Vereinbarung wird nach überwiegender Ansicht nicht als unzulässige Abweichung von der Höchstgrenzenregelung (vgl. § 551 Abs. 1 und 4 BGB) angesehen⁴⁰. Es geht – ähnlich wie bei § 554a Abs. 2 BGB – um die Absicherung eines Sonderrisikos, welches bei Vertragsschluss noch gar nicht absehbar ist. Denn der Mieter greift im Zuge der Modernisierungsarbeiten meist in die bauliche Substanz des Mietobjekts bzw. des Gebäudes ein, so dass bei mangelhafter Ausführung auf Seiten des Vermieters hohe Schäden eintreten können.

d) Modernisierungsmieterhöhung (§§ 559 ff BGB-E)

³⁸ BGH NZM 2005, 455.

³⁹ So die Entwurfsbegründung S. 35.

⁴⁰ Vgl. nur Schmidt-Futterer/*Blank* (o. Fußn. 4), § 551 Rn. 57 m. w. Nachw.

Zu der Neugestaltung des Mieterhöhungsrechts ist bereits oben unter II 1 c bb, cc (2), dd Stellung bezogen worden; es wird zunächst auf die dortigen Ausführungen Bezug genommen.

Ergänzend ist Folgendes anzumerken: Es ist ausdrücklich zu begrüßen, dass die Entwurfsverfasser von dem ursprünglichen – noch im ersten RefE vom 11.05.2011 formulierten – Ziel einer Synchronisierung von Modernisierungsduldung und Modernisierungsmieterhöhung Abstand genommen haben. Wie bereits an anderer Stelle ausführlich dargelegt⁴¹, liegen beiden Instituten völlig unterschiedliche Interessenlagen zugrunde. Dem haben die Entwurfsverfasser nunmehr Rechnung getragen, indem sie den Katalog der Modernisierungstatbestände bei der Mieterhöhung enger gefasst haben als bei der Mieterhöhung.

Sicherlich hätte man die Mieterhöhung in den Fällen der energetischen Modernisierung (§ 555b Nr. 1 BGB-E) noch weiter einschränken und auf Fälle der Einsparung von Endenergie reduzieren können⁴². Letztlich wäre dies aber Gegenstand einer politischen Entscheidung; aus Sicht der gerichtlichen Praxis ist eine Stellungnahme insoweit nicht veranlasst.

2. Änderungen des Kautionsrechts

a) Fälligkeit der Kautionsraten (§ 551 Abs. 2 Satz 3 BGB-E)

Nach § 551 Abs. 2 Satz 2 BGB hat der Mieter bei einer Geldsummenkaution die erste Rate (von drei gleichen monatlichen Raten) bei Beginn des Mietverhältnisses, d.h. bei Überlassung der Mietwohnung zu entrichten. Unklar war bislang, wann er die zweite und dritte Rate zu leisten hat. Nach verbreiteter Auffassung muss dies spätestens zusammen mit der zweiten und dritten monatlichen Mietzahlung geschehen⁴³. Nach anderer Ansicht ist die zweite und dritte Teilzahlung jeweils ein bzw. zwei Monate nach Beginn des Mietverhältnisses zu entrichten⁴⁴. Die Entwurfsverfasser haben sich der erstgenannten Auffassung angeschlossen, indem sie die Fälligkeit der zweiten und dritten Teilzahlung zusammen mit den weiteren Mietzahlungen fällig stellen. Gemeint sind offenbar die beiden dem Zeitpunkt der Überlassung des Mietobjekts folgenden Zahlungstermine.

Eine solche Regelung ist – wenngleich sie das ganz überwiegende Schrifttum hinter sich hat – keineswegs unproblematisch. Sofern das Mietverhältnis monatsmittig, etwa am 15. eines Monats beginnt, muss der Mieter die zweite Rate bereits zu Beginn des Folgemonats und die dritte Rate zu Beginn des darauf folgenden Monats entrichten. Haben die Parteien die

⁴¹ S. *Hinz*, ZMR 2011, 685 ff.

⁴² In diesem Sinne *Staudinger/Emmerich* (o. Fußn. 15), § 559 Rn. 32; *Both*, in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht, 4. Aufl. 2010 § 559 Rn. 70; ausf. zur Problematik *Hinz*, ZMR 2011, 685, 689 ff.

⁴³ Vgl. nur *Schmidt-Futterer/Blank* (o. Fußn. 4), § 551 Rn. 61 m. zahlreichen Nachw. in Fußn.

Fälligkeit der Miete erst für den Schluss eines Monats vereinbart, so könnte fraglich erscheinen, ob der Mieter die zweite Kautionsrate erst zum Ablauf des zweiten oder schon des ersten Vertragsmonats erbringen müsste⁴⁵. Hat der Vermieter dem Mieter die Miete in den ersten Vertragsmonaten zwecks Durchführung von Mängelbeseitigungsarbeiten mietfrei zur Verfügung gestellt, so würde die zweite und dritte Kautionsrate wiederum erst in den Folge Monaten und damit in einem großen Abstand zur ersten Rate fällig⁴⁶. Das wäre gewiss nicht sonderlich tragisch, sollte aber beachtet werden.

Über folgende Alternativformulierung der Vorschrift sollte nachgedacht werden:

„Die weiteren Teilzahlungen werden jeweils einen Monat später fällig.“

Die Monatsfrist würde sich nach § 188 Abs. 2 i. V. mit § 187 Abs. 1 BGB bestimmen. Wird die erste Rate mit der Überlassung der Mietsache am 15. Januar fällig, so ist die zweite Rate am 15. Februar und die dritte Rate am 15. März zu erbringen.

b) Kündigung wegen Nichtzahlung der Mietkaution (§ 569 Abs. 2a BGB)

Der Entwurf sieht für die Nichtzahlung der Kautionsraten einen selbständigen Kündigungstatbestand vor, der in einem neuen Absatz 2a des § 569 BGB eingefügt werden soll. Die Verfasser wollen dem Vermieter damit ein Instrument an die Hand geben, bei Zahlungspflichtverletzungen zu Vertragsbeginn, die naturgemäß mit einem besonderen Vertrauensverlust einhergehen, das Mietverhältnis auf schnellem Wege zu beenden⁴⁷.

Fraglich ist allerdings, ob hierzu die Schaffung eines neuen außerordentlichen Kündigungstatbestands erforderlich ist, der – wie noch zu zeigen sein wird (s. unter bb) – die Praxis mit zahlreichen Problemen konfrontieren wird. Es soll zunächst die Kündigung wegen Nichterbringung der Mietkaution nach geltendem Recht dargestellt werden.

aa) Gesetzliche Ausgangslage

Zahlt der Mieter bereits die erste Rate nicht, so ist der Vermieter schon nicht verpflichtet, ihm die Wohnung zu überlassen; ihm steht insoweit ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB zu⁴⁸. Im Übrigen kann er vor Überlassung des Mietobjekts nach § 323 Abs. 1 BGB vom Vertrag zurücktreten. Der Rücktritt verlangt – anders als nach früherem Recht (vgl. §§ 325, 326 BGB a.F.) – nicht mehr, dass der Schuldner eine synallagmatische Leistungspflicht verletzt hat; die Pflichtverletzung darf nur nicht unerheblich sein (vgl. § 323 Abs. 5 Satz 2

⁴⁴ MünchKomm/Bieber, BGB, 5. Aufl. 2008, § 551 Rn. 12; Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl. 2011, § 551 Rn. 10; PWW/Riecke (o. Fußn. 4), BGB, § 551 Rn. 13.

⁴⁵ So auch Both, Vortrag Berliner Betriebskostentag (06.12.2011), Skript S. 2.

⁴⁶ Both, Vortrag Berliner Betriebskostentag (06.12.2011), Skript S. 2.

⁴⁷ Entwurfsbegründung S. 39.

BGB). Letztes ist bei mangelnder Leistung der ersten Kautionsrate zu Beginn des Mietverhältnisses angesichts der damit einhergehenden Beeinträchtigung des Vertrauens nicht der Fall. Voraussetzung ist allerdings, dass der Vermieter dem Mieter vorher eine angemessene Frist zur Leistung gesetzt hat; der Ausnahmetatbestand des § 323 Abs. 2 BGB wird meist nicht eingreifen⁴⁹.

Zudem kann der Vermieter von Gewerberaum nach den beiden Urteilen des XII. Zivilsenats des BGH vom 21.03.2007 (XII ZR 36/05 und XII ZR 255/04)⁵⁰ das Mietverhältnis bei Nichtzahlung der Kautionsrate außerordentlich fristlos kündigen. Kündigungstatbestand ist die Generalklausel des § 543 Abs. 1 Satz 2 BGB. Der Senat betont allerdings, dass es von den Umständen des Einzelfalls abhängt, ob allein die Nichtzahlung der Kautionsrate den Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigt⁵¹. So ist dem Vermieter eine Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum regulären Beendigungszeitpunkt nicht unzumutbar, wenn er sich seinerseits nicht vertragstreu verhalten hat, z.B. weil er die vertraglich geschuldete Herstellung des Mietobjekts verweigert hat oder dieses mit Mängeln behaftet ist.

Ob diese Grundsätze auf die Wohnraummiete übertragbar sind, ist – worauf die Entwurfsbegründung zutreffend hinweist⁵² – durchaus umstritten. Insbesondere *Weidenkaff* vertritt die Ansicht, eine fristlose Kündigung wegen Nichtzahlung der Mietkaution sei in der Regel ausgeschlossen⁵³. Demgegenüber billigt die mittlerweile herrschende Auffassung dem Vermieter ein fristloses Kündigungsrecht grundsätzlich zu⁵⁴.

Der für Wohnraummietsachen zuständige VIII. Zivilsenat hat sich zu dieser Rechtsfrage zwar noch nicht ausdrücklich verhalten. Allerdings lässt sich dem Urteil vom 13.10.2010⁵⁵ entnehmen, dass der Senat grundsätzlich von einer außerordentlichen fristlosen Kündigungsberechtigung des Vermieters bei mangelnder Kautionszahlung ausgeht (Tz. 13). Anderenfalls hätte sich der Senat mit der kardinalen Frage dieser Entscheidung, ob nämlich der Mieter die Leistung der Kautionsrate von der Benennung eines insolvenzfesten Kautionskontos abhängig machen darf, überhaupt nicht zu befassen brauchen. Das gilt im Übrigen auch in Bezug auf die ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB, weil diese für die Dauer von zehn Jahren durch wirksamen individualvertraglichen Kündigungsverzicht ausgeschlossen war.

⁴⁸ Vgl. *Kraemer*, NZM 2001, 737, 739; *Hinz*, in: in: MietPrax, F 1 Rn. 526.

⁴⁹ Vgl. FachAnwK-Mietrecht/*Riecke*, 3. Aufl. 2012, § 551 Rn. 73.

⁵⁰ NZM 2007, 400 = ZMR 2007, 525; NZM 2007, 401 = ZMR 2007, 444.

⁵¹ BGH NZM 2007, 401 = ZMR 2007, 444.

⁵² Entwurfsbegründung S. 39.

⁵³ Palandt/*Weidenkaff* (o. Fußn. 44), § 551 Rn. 5; restriktiv auch Staudinger/*Emmerich* (o. Fußn. 15), § 543 Rn. 69.

⁵⁴ Schmidt-Futterer/*Blank* (o. Fußn. 4), § 543 Rn. 184; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl. 2009, XII Rn. 83; FachanwK/*Riecke* (o. Fußn. 49), § 551 Rn. 74.

⁵⁵ NZM 2011, 28.

Allerdings wird eine Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum regulären Beendigungszeitpunkt für den Vermieter nur dann unzumutbar sein, wenn der Kautionsrückstand eine gewisse Höhe erreicht hat. Hier bietet sich ein Rekurs auf § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB an: danach ist ein Mietrückstand nur dann nicht unerheblich, wenn er eine Monats(gesamt)miete übersteigt. Diese Wertung sollte auch bei der außerordentlichen fristlosen Kündigung wegen Nichtzahlung der Kautions zum Tragen kommen⁵⁶. Eine solche kommt folglich nur in Betracht, wenn sich der Mieter mit mindestens zwei Kautionsraten im Rückstand befindet. Im Übrigen ist regelmäßig eine Fristsetzung oder Abmahnung erforderlich, zumal der Mieter anderenfalls gar nicht in Verzug gerät⁵⁷.

Sollte man bei Nichtzahlung der Kautions gegen eine außerordentliche fristlose Kündigung Bedenken haben, so kommt jedenfalls eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Eine solche greift zumindest dann durch, wenn sich der Mieter mit dem kompletten Kautionsbetrag im Verzug befindet. Eine Beendigung des Mietverhältnisses erfolgt dann aber erst zum Ablauf der dreimonatigen Kündigungsfrist (vgl. § 573c Abs. 1 Satz 1 BGB). Ein Sozialklauselschutz (§§ 574 ff. BGB) wäre theoretisch denkbar, wird aber angesichts der sehr kurzen Vertragslaufzeit in aller Regel nicht zum Tragen kommen.

bb) Gesetzesvorhaben

Die neue, in einen Abs. 2a des § 569 BGB einzufügende Bestimmung könnte die mietrechtlichen Praxis durchaus mit neuen Rechtsfragen konfrontieren. Hat z.B. der Vermieter während des laufenden Mietverhältnisses wegen einer rechtskräftigen Forderung auf das Kautionsguthaben zugegriffen, so steht ihm nach h.M. ein Anspruch auf Wiederauffüllung desselben nach § 240 BGB zu⁵⁸. Sofern der Mieter diesen in Höhe von zwei Grundmieten nicht erfüllt, wäre der Kündigungstatbestand des § 569 Abs. 2a BGB-E seinem Wortlaut nach einschlägig. Das würde selbst dann gelten, wenn der Vermieter die Mietsicherheit wegen einer titulierten Forderung auf Erstattung von Räumungsprozesskosten in Anspruch nähme. Dann aber könnte er die vom BGH in dem Urteil vom 10.07.2010⁵⁹ getroffene Wertung, dass nämlich eine Anschlusskündigung wegen nicht gezahlter Prozesskosten nicht in Bracht kommt, unschwer umgehen. Dass dies nicht gewollt ist, ergibt sich nunmehr auch aus der Entwurfsbegründung⁶⁰, die allerdings für die Auslegung der Vorschrift nicht bindend ist.

⁵⁶ So Schmidt-Futterer/*Blank* (o. Fußn. 4), § 543 Rn. 184.

⁵⁷ Zur Problematik *Hinz*, DMT-Bilanz 2011, S. 758, 769.

⁵⁸ BGH WuM 1972, 57 = MDR 1972, 411; OLG Düsseldorf ZMR 2000, 211; *Horst*, MDR 2007, 697, 701; *Geldmacher*, DWW 2004, 212, 222; *Kluth/Grün*, NZM 2002, 1015, 1018; *Hinz*, in: MietPrax, F 1 Rn. 542.

⁵⁹ NZM 2010, 696.

⁶⁰ So heißt es jetzt auf S. 39 der Entwurfsbegründung: „Aufgrund der Zielrichtung der Vorschrift betrifft der neue Kündigungstatbestand nur den ursprünglichen Anspruch auf Sicherheitsleistung, nicht hingegen etwaige Wiederauffüllungsansprüche.“ Eine solche Formulierung fehlte im vorangegangenen RefE.

Richtigerweise wird man den neuen Kündigungstatbestand teleologisch auf den Kautionsrückstand bei Beginn des Mietverhältnisses reduzieren müssen.

Aber auch das Nachholrecht in § 569 Abs. 2a Satz 4 BGB-E birgt Probleme. Es wird über kurz oder lang die Frage gestellt werden, ob es als abschließende Regelung zu verstehen ist, so dass in allen anderen Fällen rückständiger Einmalzahlungen (z.B. rückständige Betriebskostennachforderung) ein nachträglicher Ausgleich auf die Kündigung keinen Einfluss mehr hat. Die in der Entwurfsbegründung anklingende Intention der Verfasser spricht dafür⁶¹. Auch diese Frage wird – sollte § 569 Abs. 2a BGB seine legislatorische Umsetzung erfahren – auf die Gerichtspraxis zukommen.

Nach alledem sollte überlegt werden, ein zusätzlicher fristloser Kündigungstatbestand wegen nicht gezahlter Kautionsbeträge, überhaupt erforderlich ist.

3. Kosten der Wärmelieferung als Betriebskosten (§ 556c BGB-E)

a) Allgemeines

Die Vorschrift regelt die Voraussetzungen für die Umlage von Kosten der gewerblichen Wärmelieferung als Betriebskosten. Hierbei handelt es sich – insofern ist die Terminologie in der Entwurfsbegründung⁶² zutreffend – um das regelmäßig praktizierte Contractingmodell⁶³. Eine andere Form des Contracting – um die es bei § 556c BGB-E aber nicht geht – ist Lieferung von Wärme aufgrund eines Rahmenvertrags, den der Contractor mit dem Vermieter, und von Einzelverträgen, die er mit den Mietern abschließt. Dieses sog. Direktcontracting (auch als „Fullcontracting“ bezeichnet) hat in der Praxis keine besondere Bedeutung⁶⁴; es ist im Übrigen auch rechtlich problematisch, sofern sich der Vermieter dadurch seinen Gewährleistungspflichten zu entziehen sucht⁶⁵.

Vielfach ist Vermietern, wenn die in dem Gebäude vorhandene Heizung nicht mehr funktionsfähig oder zumindest veraltet ist, daran gelegen, die Wärmeenergieversorgung auszulagern und Contracting-Unternehmen zu überantworten. Hierdurch können, ein modernes und funktionsfähiges Heizungssystem immer vorausgesetzt, durchaus auch Energiespareffekte erzielt werden⁶⁶. Dementsprechend wird das Ziel der vorgesehenen Regelung beschreiben:

⁶¹ Entwurfsbegründung S. 39.

⁶² Entwurfsbegründung S. 35.

⁶³ Schmid-Futterer/*Eisenschmid* (o. Fußn. 4), § 535 Rn. 107a.

⁶⁴ Schmid-Futterer/*Eisenschmid* (o. Fußn. 4), § 535 Rn. 107.

⁶⁵ Ausf. zur Problematik Schmid-Futterer/*Eisenschmid* (o. Fußn. 4), § 535 Rn. 107.

⁶⁶ Schmid-Futterer/*Eisenschmid* (o. Fußn. 4), § 535 Rn. 106.

„Die Vorschrift soll zum einen die Umstellung auf Contracting als wichtiges Instrument zur Verbesserung der Energieeffizienz ermöglichen. Zum anderen sollen hierbei die Interessen aller Beteiligten (Vermieter, Mieter, Wärmelieferanten) angemessen berücksichtigt werden.“⁶⁷

b) Neue Vorschrift

Nach der in § 556c Abs. 1 BGB-E vorgesehenen Regelung braucht der Mieter die Kosten der Wärmelieferung durch einen gewerblichen Wärmelieferanten (Contracting-Kosten) nur dann als Betriebskosten zu tragen, wenn

- durch die Umstellung eine Einsparung von End- oder Primärenergie erfolgt und
- die Kosten der Wärmelieferung die Kosten der bisherigen Eigenversorgung nicht übersteigt.

Im Übrigen ist der Vermieter zur vorherigen Ankündigung mit dreimonatiger Frist in Textform verpflichtet. Einzelheiten sollen durch eine Rechtsverordnung geregelt werden; der Entwurf einer Wärmelieferverordnung für Mietwohnraum (MietWohn-WärmeLV) liegt dem Referentenentwurf bei.

c) Bewertung

Positiv zu bewerten ist, dass das Institut des (indirekten) Wärmecontracting nunmehr auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden soll. Allerdings wird die vorgesehene Regelung die Situation des Vermieters im Verhältnis zur bisherigen Rechtslage erheblich verschlechtern.

Der VIII. Zivilsenat des BGH hat die Grundsätze für eine Umlage der durch gewerbliche Wärmelieferung veranlassten Mehrkosten in vier Entscheidungen herausgestellt:

- In dem Urteil vom 06.04.2005 (VIII ZR 54/04)⁶⁸ hat er entschieden, dass der Mieter derartige Mehrkosten nur zu tragen hat, wenn er der Umstellung zugestimmt hat oder eine vertragliche Grundlage dafür besteht.
- Eine solche ist nach dem Urteil des BGH vom 13.06.2007 (VIII ZR 244/06)⁶⁹ auch dann erforderlich, wenn die Umstellung von der Eigenversorgung zur gewerblichen Wärmelieferung bereits vor Abschluss des Mietvertrags erfolgt ist.
- Allerdings ist nach der Entscheidung des BGH vom 27.07.2007 (VIII ZR 202/06)⁷⁰ eine vertragliche Grundlage für die Umlage von Wärmelieferungskosten bereits dann anzu-

⁶⁷ Entwurfsbegründung S. 36.

⁶⁸ BGH WuM 2005, 387 = ZMR 2005, 606.

⁶⁹ BGH WuM 2007, 445 = ZMR 2007, 768.

nehmen, wenn sich im Mietvertrag eine Verweisung auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. BV befindet; denn die dortigen Nrn. 4 lit. c und 5 lit. b sehen eine Umlegung der Wärme- und Warmwasserlieferungskosten ausdrücklich vor. Entsprechendes wird für eine Verweisung auf § 2 Nrn. 4 lit. c, 5 lit. b und 6 lit. b der BetrKV zu gelten haben. Eine solche Verweisung findet sich in den meisten Mietverträgen, so dass sich eine Umlage von Contracting-Kosten derzeit nicht als sonderlich problematisch dargestellt hat.

- Lediglich bei Verträgen, die vor dem 1. März 1989 geschlossen wurden, stellt der Rekurs auf die Anlage 3 zu § 27 der II. BV nach dem Urteil des BGH vom 22.02.2006 (VIII ZR 362/04)⁷¹ keine hinreichende vertragliche Grundlage für die Umlage von Wärmelieferungskosten im Nahbereich dar; denn vor diesem Zeitpunkt erfassten deren Nummern 4 lit. c und 5 lit. b lediglich die Kosten von Fernwärme.

Nach der neuen Regelung ist die Umlage der Wärmelieferungskosten nur zulässig, wenn diese die bisherigen Kosten der Eigenversorgung nicht übersteigen; die Umstellung auf Contracting soll also für den Mieter kostenneutral sein. Dabei verwundert es, dass die Entwurfsverfasser die insoweit abweichende BGH-Rechtsprechung in der Entwurfsbegründung mit keiner Silbe erwähnt haben. Gewiss kann man mit guten Gründen anderer Auffassung sein als der VIII. Senat; denn mit Blick auf das AGB-rechtliche Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) erscheint es keineswegs selbstverständlich, dass der schlanke Hinweis auf die Anlage 3 zu § 27 Abs. 1 der II. BV im Mietvertrag für eine Umstellung des Heizsystems mit u.U. erheblichen Mehrkosten für den Mieter ausreichend ist. Allerdings wäre ein Hinweis auf die von den Entwurfsverfassern anscheinend als geboten erachtete Kurskorrektur dringend erforderlich gewesen.

Wie der Kostenvergleich erfolgen soll, ist in § 6 WärmMietWohn-WärmeV geregelt. Danach sind zunächst die überdurchschnittlichen Betriebskosten der bisherigen Eigenversorgung aus den letzten drei Abrechnungszeiträumen zu ermitteln und den Wärmelieferungskosten für die Wärmemenge, die den bisherigen Betriebskosten zugrunde liegt, gegenüberzustellen. Das Verfahren zur Berechnung dieser Wärmelieferungskosten ist in § 6 Abs. 3 MietWohn-WärmeLV dargestellt; es ist äußerst kompliziert und lässt in der Praxis zahlreiche Streitigkeiten befürchten.

Fraglich ist im Übrigen, welche Kosten der Vermieter geltend machen kann, wenn er die Wärmeversorgung auf Contracting umgestellt hat, ohne dass die Voraussetzungen des § 556c Abs. 1 BGB-E vorliegen. Darf er Contracting-Kosten nach § 556c Abs. 1 Nr. 2 BGB-E i. V. mit § 6 MietWohn-WärmeLV ohnehin nur bis zur Höhe der bisherigen Wärmekosten auf

⁷⁰ BGH WuM 2007, 571 = ZMR 2008, 851.

⁷¹ BGH WuM 2006, 322 = ZMR 2006, 595.

den Mieter umlegen und fallen Kosten der Eigenversorgung nicht mehr an, so könnte man zu dem Schluss gelangen, dass er bei Missachtung der gesetzlichen Vorgaben gar keine Wärmekosten mehr fordern kann. Das dies grob unbillig wäre, liegt auf der Hand. Deshalb soll der Vermieter nach der Begründung des Entwurfs, berechtigt sein, „die (fiktiv zu berechnenden) bisherigen Betriebskosten für die Versorgung mit Wärme und Warmwasser vom Mieter verlangen, also insbesondere den Brennstoff und die Wartungskosten, nicht aber die sonstigen Kosten des Energielieferanten“⁷². Gemeint ist wohl, dass er Kosten der Wärmelieferung nach Maßgabe des § 556c Abs. 1 Nr. 2 BGB-E in Verbindung mit § 6 Miet-Wohn-WärmeLV, allerdings abzüglich der Finanzierungs-, Instandhaltungs- und Verwaltungskosten verlangen kann⁷³. Richtig klar erscheint dies aber nicht.

Insgesamt wird die in § 556c BGB-E vorgesehene Bestimmung dazu führen, dass eine (unter energetischen Aspekten vielfach wünschenswerte) Umstellung der Beheizungsform auf gewerbliche Wärmelieferung für den Vermieter gänzlich an Attraktivität verliert.

4. Erweiterung des Sozialklauselschutzes beim „Münchener Modell“

Die Besonderheit des Münchner Bauträgermodells dürfte darin liegen, dass bei diesem der ansonsten komfortable mietrechtliche Kündigungsschutz vollends ins Leere geht. Der BGH hatte sich in dem Urteil vom 16.07.2009 (VIII ZR 231/08)⁷⁴ mit folgendem Sachverhalt zu befassen:

Ein Bauträger gründet mit Wohnungsinteressenten eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) mit dem Zweck der Eigennutzung von vermieteten Wohnungen auf einem zu erwerbenden Anwesen. Die GbR erwirbt ein Mehrfamilienhaus und teilt jedem Gesellschafter entsprechend seinem Anteil das alleinige Sondernutzungsrecht für eine bestimmte Wohnung zu. Sodann kündigt die GbR die einzelnen Mietverhältnisse wegen Eigenbedarfs ihrer Gesellschafter.

Der BGH hat die Kündigungen für wirksam gehalten. Die GbR dürfe grundsätzlich Eigenbedarf für ihre Gesellschafter geltend machen, und zwar auch dann, wenn sie erst nach § 566 BGB in ein bestehendes Mietverhältnis eingetreten sei. Auch die Kündigungssperrfristen der §§ 577a BGB fänden hier keine Anwendung. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift scheide schon deswegen aus, weil Kündigungsausspruch seitens der GbR eine Umwandlung in Wohnungseigentum noch nicht erfolgt gewesen sei; für eine analoge Anwendung fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke.

Die nach dem Entwurf vorgesehene Erweiterung des § 577a BGB dehnt den Schutz durch die Kündigungssperrfristen auf sämtliche Fälle aus, in denen das Mietobjekt an eine Perso-

⁷² Entwurfsbegründung S. 36.

⁷³ *Both*, Vortrag Berliner Betriebskostentag (06.12.2011), Skript S. 7 f.

⁷⁴ WuM 2009, 515 = ZMR 2010, 99.

nengesellschaft oder eine Personenmehrheit veräußert oder zu deren Gunsten mit einem dinglichen Nutzungsrecht belastet worden ist (§ 577 Abs. 1a Satz 1 BGB-E). Eine Ausnahme gilt für Veräußerungen im Familienkreis sowie im Kreis von Personen, die demselben Haushalt angehören (§ 577 Abs. 1a Satz 2 BGB-E). Hier wird das Schutzinteresse der betroffenen Mieter gegenüber dem Erlangungsinteresse der Familien- bzw. Haushaltsangehörigen zurückgestellt⁷⁵.

Die Regelung ist durchweg zu begrüßen. Sie schließt eine Lücke im mietrechtlichen Kündigungsschutz, an die der BGH mit den Mitteln der Rechtsmethodik nicht herangekommen ist.

5. Hinterlegungsanordnung (§ 302a ZPO-E)

a) Gesetzesvorhaben

Nach dieser Bestimmung hat das erstinstanzliche Gericht wegen Geldforderungen, die erst nach Rechtshängigkeit der Zahlungsklage fällig werden, die sog. Hinterlegungsanordnung zu erlassen, wenn

- die Klage eine hohe Erfolgsaussicht hat und
- die Anordnung bei Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen zur Abwendung besonderer Nachteile für den Vermieter gerechtfertigt ist.

Der Zweck dieser Regelung liegt darin, den wirtschaftlichen Schaden, der dem Vermieter in langwierigen Zahlungsprozessen infolge der späteren Zahlungsunfähigkeit des Mieters entsteht, entgegenzuwirken⁷⁶. Tatsächlich gibt es Prozesse über Mietzahlungsansprüche, die sich über viele Monate oder gar Jahre hinschleppen, weil der Mieter wegen einer Vielzahl unterschiedlicher Mängel die Miete mindert und zurückbehält, bei denen sich am Ende jedoch herausstellt, dass keine oder lediglich geringfügige Mängel vorliegen, so dass eine Minderung und eine Zurückbehaltungsrecht in der geltend gemachten Höhe nicht ansatzweise in Betracht kommen, der Mieter aber nunmehr die Rückstände infolge von Zahlungsunfähigkeit nicht mehr begleichen kann. Es fragt sich jedoch, ob das neue Institut diesem Phänomen wirksam begegnen kann.

b) Bewertung

Zunächst einmal erschließt sich nicht, warum die Hinterlegungsanordnung lediglich wegen Geldforderungen, die nach Rechtshängigkeit fällig werden, in Betracht kommen soll. Viel-

⁷⁵ Entwurfsbegründung S. 40.

⁷⁶ Entwurfsbegründung S. 42.

fach entstehen schon vor Klageerhebung Rückstände in erheblichem Umfang, insbesondere wenn der Vermieter zunächst zuwartet und auf eine gütliche Einigung hofft.

Voraussetzung für die Anordnung ist sodann, dass die Zahlungsklage eine „hohe Aussicht auf Erfolg“ hat. Ein solcher Maßstab ist der Praxis bislang völlig unbekannt. Nach der Begründung des Entwurfs soll eine „hohe Aussicht auf Erfolg“ bestehen, wenn die Klage nach einer „prognostischen Würdigung Erfolg haben wird“. Das Gericht hat „nach dem Vortrag der Parteien und eventuellen Beweisergebnissen eine Prognose über den Verfahrensausgang“ zu treffen. Mit dieser Prognose hat es „seine Einschätzung zur Entscheidungserheblichkeit der aufgeworfenen Rechtsfragen, zum Maß der verbleibenden Unklarheit und gegebenenfalls zum Beweiswert noch nicht ausgeschöpfter Beweisangebote zugrunde zu legen“⁷⁷. Dabei hat es sich am Überzeugungsmaßstab des § 286 ZPO zu orientieren; die Beweisführung ist auf die Mitwirkung des strengen Beweises beschränkt⁷⁸. Das Beweismaß liegt wohl unterhalb des Vollbeweises i. S. des § 286 Abs. 1 ZPO. Andererseits liegt es oberhalb der Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO, für welche eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Vorliegen maßgeblichen Tatsachen ausreicht⁷⁹; dies folgt bereits aus dem Umkehrschluss des § 302a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 ZPO-E. Auch die sog. Anfangswahrscheinlichkeit, welcher es für eine Parteivernehmung von Amts wegen (§ 448 ZPO) bedarf⁸⁰, wird nicht genügen. Erforderlich ist zumindest eine „hohe Wahrscheinlichkeit“, dass der Zahlungsanspruch durchgreift oder – anders gewendet –, dass die vom Beklagten behaupteten Mietmängel nicht (oder jedenfalls nicht in dem Ausmaß) vorliegen. Und hier beginnen die Probleme: Bescheinigt das Gericht dem Mieter, dass er mit seinem Vortrag hinsichtlich der Mietmängel mit „hoher Wahrscheinlichkeit“ nicht durchdringen wird, so kann dies – zumal bei einem ohnehin schwierigen Verhandlungsklima – durchaus ein Ablehnungsgesuch (§§ 42 ff. ZPO) nach sich ziehen. Andersherum ist ein Ablehnungsgesuch – und zwar nunmehr von der Vermieterseite – auch zu besorgen, wenn das Gericht bei fortgeschrittener Beweisaufnahme zögert, die beantragte Hinterlegungsanordnung zu erlassen. Die bisherige Erfahrung zeigt, dass es eher ungeschickt ist, einer Beweisaufnahme vor deren Abschluss zu kommentieren. Deshalb sieht das Gesetz in § 279 Abs. 3 ZPO auch vor, dass es erst im Anschluss an die Beweisaufnahme deren Ergebnis mit den Parteien erörtern soll. Durch die Hinterlegungsanordnung wird indes eine Voraberrörterung in nahezu jedem Stadium der Beweisaufnahme provoziert, die dem Prozessklima alles andere als zuträglich sein wird.

⁷⁷ Entwurfsbegründung S. 44.

⁷⁸ Entwurfsbegründung S. 44.

⁷⁹ vgl. BGH NJW 2003, 3558, 3559.

⁸⁰ Dazu Prütting/Gehrlein/Müller-Christmann, ZPO, 3. Aufl. 2011, § 448 Rn. 4.

Liest man § 302a ZPO-E hingegen so, dass eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit für den Erfolg der Klage spricht⁸¹, so käme dieses Institut bei Fallgestaltungen, bei denen der Mieter in substantzierter Form Mängel behauptet, überhaupt nicht zum Tragen. Das Gericht müsste die erforderliche Beweisaufnahme vollständig durchführen⁸². Dann aber wäre die Hinterlegungsanordnung weitgehend ineffizient. Bei streitigen Fallgestaltungen ginge sie ins Leere; bei einfachen Fallgestaltungen (Zahlungsklage, kein oder völlig unzureichender Vortrag des Beklagten zu Mietmängeln) könnte das Gericht ohnehin schnellstmöglich durch Endurteil entscheiden. Hier könnte ein Antrag auf Erlass einer Hinterlegungsanordnung die Erledigung des Rechtsstreits eher noch verzögern: denn das Gericht müsste im Zweifel gesonderte Erklärungsfristen neben denjenigen des meist eingeleiteten schriftlichen Vorverfahrens festsetzen.

Im Übrigen darf nicht außer Acht gelassen werden, dass vor Erlass einer Hinterlegungsanordnung dem Gegner stets rechtliches Gehör zu gewähren ist. Es ist zu befürchten, dass – zumal es hier um tatsächlich wie rechtlich relativ einfache Vorgänge geht – durch das ganze Procedere bis zum Vorliegen eines Hauptsachtitels mehr Zeit als bislang vergeht. Nicht ganz zu Unrecht weist *Selk* darauf hin, dass ein schnell arbeitendes Gericht dem Beschleunigungsinteresse des klagenden Vermieters auch ohne die Hinterlegungsanordnung gerecht wird, ein langsam arbeitendes Gericht im Hinterlegungsverfahren kaum schneller agieren wird als in der Hauptsache⁸³.

Allerdings ist den Initiatoren des hier in Rede stehenden Instituts zu konzедieren, dass von dem neuen Institut durchaus eine gewisse Signalwirkung ausgeht, nämlich dergestalt, dass die Justiz Klagen auf wiederkehrende Geldleistungen angesichts des beim Kläger immer größer werdenden Rückstands zügig zu bearbeiten hat.

c) Einstweilige Verfügung auf Räumung

§ 940a Abs. 3 ZPO-E sieht für die Wohnraummiete eine einstweilige Verfügung auf Räumung vor, wenn der Mieter während des anhängigen Räumungsrechtsstreits wegen Zahlungsverzugs einer Hinterlegungsanordnung nicht Folge leistet. Nicht selten wird die Frage gestellt, warum diese Regelung auf die Wohnraummiete beschränkt bleibt, während § 302a ZPO-E zweifelsohne auch für die Gewerberaummiete gilt. Zwar ist § 940a ZPO seinem Wesen nach eine Schutzvorschrift für den Wohnraummieter; allerdings hat die obergerichtliche Rechtsprechung auch bei der Gewerberaummiete zum Teil recht strenge Anforderungen an

⁸¹ *Selk*, ZMR 2011, 854, 855.

⁸² So *Selk*, ZMR 2011, 854, 855.

⁸³ *Selk*, ZMR 2011, 854, 855.

den Erlass einer einstweiligen Räumungsverfügung gestellt⁸⁴. Man wird aber wohl davon ausgehen können, dass die Rechtsprechung unter den Voraussetzungen, unter denen das Gesetz eine einstweilige Verfügung auf Räumung von Wohnraum zulässt, auch eine solche auf Räumung von Gewerberaum billigen wird.

Im Übrigen sollte § 940a Abs. 3 ZPO-E auf Räumungsklagen aufgrund von außerordentlichen fristlosen Kündigungen wegen Zahlungsverzugs (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 BGB) beschränkt werden. Wird die Klage allein auf eine ordentliche Kündigung nach § 573 Abs. 2 Nr. 1 BGB gestützt, so erscheint eine Räumungsverfügung angesichts des hier nach h.M. (entsprechend § 569 Abs. 3 Nr. 1 BGB) bereits ausreichenden Rückstands von einer Monatsmiete plus einem Cent⁸⁵ kaum verhältnismäßig.

6. Vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln

a) Hintergrund

Die Durchsetzung von Räumungstiteln bereitet auf der Basis des geltenden Rechts vielfach Schwierigkeiten⁸⁶. Zum einen ist die Räumungsvollstreckung mit hohen Kosten verbunden, die der Vermieter vorzustrecken (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 GvKostG) und – mangels Zahlungsfähigkeit des Mieters – auch im Ergebnis zu tragen hat (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 1 GvKostG). Ursächlich für diese Misere ist die gegenwärtige Konzeption der in § 885 ZPO geregelten Räumungsvollstreckung. Nach dieser Vorschrift hat der Gerichtsvollzieher den Mieter aus dem Besitz an der Mietwohnung zu setzen (Abs. 1) und die darin befindlichen beweglichen Sachen zu entfernen (Abs. 2). Kann er diese weder dem Mieter noch Familienangehörigen oder Hausangestellten herausgeben, hat er sie zu verwahren (Abs. 3). Erst nach Ablauf von zwei Monaten darf er sie öffentlich versteigern (Abs. 4).

Allerdings darf der Vermieter nach der Rechtsprechung des BGH (Beschl. v. 17.11.2005 – I ZB 45/05; Beschl. v. 10.08.2006 – I ZB 135/05)⁸⁷ den Vollstreckungsauftrag nach § 885 ZPO auf die Herausgabe der Wohnung beschränken, sofern er an sämtlichen darin befindlichen Gegenständen ein Mieterpfandrecht geltend macht. In diesem Fall hat der Gerichtsvollzieher das gesamte Mobiliar des Mieters in der Wohnung zu belassen, und zwar selbst dann, wenn umstritten ist, ob dadurch unpfändbare Gegenstände in den Räumlichkeiten verblieben sind. Eine Prüfung, ob die bei Durchführung der Räumungsvollstreckung in der Wohnung verbliebenen redlichen Sachen dem Mieterpfandrecht unterliegen, hat der Ge-

⁸⁴ S. etwa OLG Düsseldorf NZM 2009, 818 = ZMR 2009, 444; OLG Brandenburg, MDR 2001, 1185; OLG Celle, ZMR 2000, 752; tendenziell anders OLG Karlsruhe, WM 1994, 1983; LG Karlsruhe ZMR 2005, 869, 871.

⁸⁵ Zum Streitstand *Lehmann-Richter/Stützer*, GE 2010, 889, 891; *Hinz*, DMT-Bilanz 2011, S. 758, 760 ff.

⁸⁶ Ausf. zur Problematik FachanwK/Riecke (o. Fußn. 49), § 885 ZPO Rn. 62 ff.

richtsvollzieher als Vollstreckungsorgan regelmäßig nicht vorzunehmen (sog. Berliner Räumung).

Dieses Verfahren ist jedoch im Schrifttum kritisiert worden. So weist *Flatow* darauf hin, dass der Räumungs- und Herausgabebetitel hinsichtlich der Wohnung nichts über das Bestehen eines Vermieterpfandrechts besage, ein Anspruch auf Unterlassung der Entfernung von Einrichtungsgegenständen sei nicht tituliert. Die Berliner Räumung führe dazu, dass der Räumungstitel dazu eingesetzt werde, um nicht titulierte Ansprüche, nämlich auf Sicherung des Mobiliars, mit staatlichem Zwang durchzusetzen. Indem der BGH das Vermieterpfandrecht als vorrangig gegenüber der § 885 Abs. 3 ZPO geregelten Entfernung des Mobiliars erachte, verzichte er ganz bewusst auf einen darüber bestehenden Titel und begnüge sich mit der Geltendmachung durch den Vermieter⁸⁸.

Eine weitere Komplikation des gegenwärtigen Räumungsverfahrens liegt darin, dass Gerichtsvollzieher im Räumungstermin häufig dritte Personen in der Wohnung antreffen, gegen welche sich der Titel nicht richtet. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH darf der Räumungstitel nur gegen die in dem Titel namentlich bezeichneten Personen vollstreckt werden; das folge bereits aus § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO⁸⁹. Dieser Grundsatz gilt nach dem Beschluss des BGH vom 14.08.2008 (I ZB 39/08)⁹⁰ selbst dann, wenn der Verdacht besteht, dass der Mieter dem Dritten den Besitz an diesen Räumlichkeiten nur eingeräumt hat, um die Zwangsvollstreckung zu vereiteln⁹¹.

Den vorgenannten Problemen will der Entwurf mit folgenden Neuerungen begegnen:

- Vereinfachungen bei der „klassischen“ Räumungsvollstreckung
- Gesetzliche Regelung der „Berliner Räumung“
- Einstweilige Räumungsverfügung gegen Personen, die ohne Kenntnis des Vermieters Besitz an der Wohnung erlangt haben.

b) Vereinfachung der „klassischen“ Räumungsvollstreckung (§ 885 Abs. 2-5 ZPO-E)

aa) Änderungen

§ 885 Abs. 2 ZPO-E dehnt den Kreis der zur Annahme des aus der Wohnung zu entfernenden Mobiliars berechtigten Personen auf sämtliche erwachsenen ständigen Mitbewohner des Mieters aus. Die neu gefasste Absatz 3 der Bestimmung erweitert die Verwahrungsmög-

⁸⁷ WuM 2006, 50; 580.

⁸⁸ *Flatow*, NJW 2006, 1396, 1397.

⁸⁹ BGH WuM 2003, 577; NZM 2008, 805.

⁹⁰ NZM 2008, 805 = ZMR 2009, 21.

lichkeit des Gerichtsvollziehers und bestimmt im Übrigen, dass bewegliche Sachen, an deren Aufbewahrung offensichtlich kein Interesse besteht, unverzüglich vernichtet werden sollen. Schließlich verkürzt der neue Absatz 4 die Aufbewahrungsfrist und stellt darüber hinaus klar, dass die Verwertung des Mobiliars nach den Bestimmungen über die Pfandverwertung zu erfolgen hat. Die Frage war bislang streitig⁹². Der neue Abs. 5 entspricht weitgehend der Regelung in Abs. 3 Satz 2 betreffend die uneingeschränkte Herausgabepflicht für unpfändbare und wertlose Sachen.

bb) Bewertung

Problematisch erscheint allein die Verkürzung der Aufbewahrungsfrist. Hier geht es um das Spannungsfeld zwischen der Belastung des Vermieters mit Einlagerungskosten, die ja regelmäßig an ihm „hängen bleiben“ und dem Zeitdruck des Mieters bei der Suche einer neuen Wohnung, in die er sein bisheriges Mobiliar einbringen kann. Angesichts der regelmäßigen Schwierigkeiten des Mieters, nach Durchführung der Räumung einen Umzugs zu organisieren, wird die neue Regelung wohl in vielen Fällen dazu führen, dass das Mobiliar nach Ablauf der Monatsfrist vernichtet wird und alsdann auf Kosten der Allgemeinheit neu angeschafft werden muss. Andererseits kann man sich die Frage stellen, warum die organisatorischen Probleme des Mieters nach Beendigung des Mietverhältnisses zu Lasten des Vermieters ausschlagen sollen. Letztlich handelt es sich hierbei aber um eine politische Entscheidung, zu der eine abschließende Stellungnahme nicht erfolgen soll.

Die übrigen Änderungen sind uneingeschränkt zu befürworten.

c) Regelung der „Berliner Räumung“ (§ 885a ZPO-E)

aa) Allgemeines

Die Vorschrift schafft zum einen eine gesetzliche Grundlage für die bereits vom BGH gebilligte Berliner Räumung, zum anderen enthält sie eine konkrete Ausgestaltung des Verfahrens.

bb) Verwahrungspflicht (§ 885a Abs. 3 Satz 1 a.E. ZPO-E)

Der BGH hat bereits in dem Beschluss vom 17.11.2005 (I ZP 45/05)⁹³ darauf hingewiesen, dass der Vermieter die in der Wohnung verbliebenen Sachen nach Maßgabe der §§ 1215, 1257 BGB zu verwahren hat (Tz 15). Eine solche Verwahrungspflicht wird nunmehr (neben der Berechtigung zur Wegschaffung aus der geräumten Wohnung) in § 885a Abs. 3 Satz 1

⁹¹ BGH NZM 2008, 805.

⁹² Zum Streitstand siehe Entwurfsbegründung S. 47 f.

⁹³ WuM 2005, 50.

ZPO-E ausdrücklich geregelt. Im Hinblick auf die damit einhergehende Obhutspflicht des Vermieters⁹⁴ erscheint die nach § 885a Abs. 2 ZPO-E obligatorische Dokumentation durch den Gerichtsvollzieher sachgerecht; sie wird den bei Streitigkeiten über Bestand und Zustand des Mobiliars typischen Beweisproblemen entgegenwirken. Im Übrigen regelt § 885a Abs. 3 Satz 2 ZPO-E – im Gleichlauf mit § 885 Abs. 3 Satz 2 ZPO-E – die Berechtigung des Vermieters, Sachen, an deren Aufbewahrung offensichtlich kein Interesse besteht, jederzeit zu vernichten.

⁹⁴ Vgl. BGH WuM 2010, 578 = ZMR 2011, 23.

cc) Haftungserleichterung (§ 885a Abs. 3 Satz 3 ZPO-E)

§ 885a Abs. 3 Satz 3 ZPO-E gewährt dem Vermieter bei den Maßnahmen nach Satz 1 und 2 eine Haftungserleichterung dahingehend, dass er nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat. Dies ist eine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage; denn nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 17.11.2005 – I ZP 45/05)⁹⁵ haftet der Vermieter bei Verletzung seiner Aufbewahrungspflichten nach §§ 280 Abs. 1, 823 Abs. 1 BGB (Tz 15).

Die Entwurfsverfasser begründen diese Haftungserleichterung mit einer Parallele zu § 300 BGB: die Situation des Vermieters, der trotz Mitteilung des Räumungstermins eine ungeräumte Wohnung vorfindet, sei mit derjenigen des Schuldners bei einem Annahmeverzug (§ 294 ff. BGB) vergleichbar⁹⁶.

Die Regelung ist keineswegs unproblematisch. Sie könnte den Vermieter u.U. dazu ermutigen, das in der Wohnung verbliebene Mobiliar größtenteils sofort zu entsorgen und sich im Streitfall auf mangelnde grobe Fahrlässigkeit zu berufen. Das hätte letztlich zur Folge, dass eine Neuanschaffung von Mobiliar für den Mieter auf Kosten der öffentlichen Kassen geschehen müsste. Andererseits ist es Sache des geräumten Mieters, sein Interesse an den lebensnotwendigen (und unpfändbaren, vgl. § 885 Nr. 1 ZPO) Sachen schnellstmöglich geltend zu machen, zumal er über den Räumungstermin in Kenntnis gesetzt ist. Insofern erscheint die Parallele zum Annahmeverzug durchaus nachvollziehbar.

dd) Herausgabepflicht hinsichtlich unpfändbarer und wertloser Sachen?

Bedenklich erscheint indes – worauf *Schwieren* zutreffend hinweist⁹⁷ –, dass den Vorschriften über die Berliner Räumung in § 885a ZPO-E eine dem § 885 Abs. 5 ZPO-E (bislange § 885 Abs. 3 Satz 2 ZPO) entsprechende Regelung fehlt. Nach § 885 Abs. 5 ZPO-E hat der Gerichtsvollzieher unpfändbare Sachen sowie Sachen, bei denen ein Verwertungserlös nicht zu erwarten ist, den Schuldner auf dessen Verlangen jederzeit „ohne weiteres“ herauszugeben. Das bedeutet, dass dem Gerichtsvollzieher insbesondere kein Zurückbehaltungsrecht wegen Kostenerstattungsansprüchen zusteht⁹⁸. Hiergegen könnte der Vermieter bei einem beschränkten Räumungsauftrag im Sinne des § 885a ZPO-E gegenüber dem Herausgabeverlangen des Mieters hinsichtlich der unpfändbaren Gegenstände ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB geltend machen. Erforderlich ist lediglich ein fälliger konnexer Gegenanspruch, wobei es für die Konnexität genügt, dass beide Ansprüche aus einem innerlich zusammenhängenden einheitlichen Lebensverhältnis resultieren, sie also in

⁹⁵ WuM 2005, 50.

⁹⁶ Entwurfsbegründung S. 50 f.

⁹⁷ ZMR 2011, 765, 769.

⁹⁸ Zöller/Stöber, ZPO, 28. Aufl., 2010, § 885 Rn. 22; *Schwieren*, ZMR 2011, 765, 769.

einem natürlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen, so dass es gegen Treu und Glauben verstoßen würde, wenn ein Anspruch ohne Rücksicht auf den der anderen Seite zustehenden durchgesetzt werden könnte⁹⁹. Somit könnte der Vermieter die Herausgabe der unpfändbaren Sachen nicht nur wegen Ansprüchen auf Kostenerstattung, sondern auch wegen solchen aus dem früheren Mietverhältnis, etwa Mietzahlung, Nutzungsentschädigung oder Schadensersatz wegen nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen zurückbehalten. Das würde jedoch den wirtschaftlich ohnehin stark angeschlagenen Mieter, der dringend auf sein (unpfändbares) Mobiliar angewiesen ist, unangemessen hart treffen.

§ 885 a ZPO-E sollte deshalb um folgende Vorschrift ergänzt werden, die in Abs. 5 hinzuzufügen wäre, wobei die dortige Bestimmung sowie diejenige in Abs. 6 jeweils um einen Aufsatz aufrücken würden:

„Der Gläubiger hat dem Schuldner auf dessen Verlangen unpfändbare Sachen und solche Sachen, bei denen ein Verwertungserlös nicht zu erwarten ist, jederzeit ohne weiteres herauszugeben.“

Die bislang in Abs. 5 platzierte, sodann in einen Abs. 6 aufrückende Bestimmung müsste wie folgt lauten:

„Mit der Mitteilung des Räumungstermins weist der Gerichtsvollzieher den Gläubiger auf die Bestimmungen der Absätze 3, 4 und 5 hin.“

d) Einstweilige Verfügung auf Räumung gegen unbekannte dritte Besitzer, § 940a Abs. 2 ZPO-E

aa) Grundsätzliche Einschätzung

Die Vorschrift ist prinzipiell zu befürworten. Sie soll dem in der Praxis häufigen Vereitelung der Räumungsvollstreckung, indem der Mieter vor dem Räumungstermin einen den dem Vermieter unbekanntem Dritten in die Wohnung aufnimmt, entgegenwirken.

Adressat der einstweiligen Verfügung ist lediglich der dem Vermieter unbekanntem Drittbesitzer. Ist die in der Wohnung weilende Person dem Vermieter bekannt, so kann er die Räumungsklage gegen sie erweitern. Maßgebend für die Kenntnis ist daher der Schluss der mündlichen Verhandlung¹⁰⁰.

⁹⁹ Vgl. nur BGH NJW 1991, 2645, 2646.

¹⁰⁰ Entwurfsbegründung S. 53.

bb) Fehlende Angabe der Personalien

Fraglich ist allerdings, was geschieht, wenn die in der Wohnung weilende Person dem Gerichtsvollzieher ihre Personalien nicht mitteilt. Dann nämlich kann der Vermieter in seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Räumungsverfügung keinen Antragsgegner benennen. Nach der Entwurfsbegründung soll die Weigerung des Dritten, seine Personalien mitzuteilen, ein kollusives Zusammenwirken mit dem Mieter im Hinblick auf eine Verhinderung der Räumung indizieren, mit der Konsequenz, dass die Vollstreckung dann fortgesetzt werden dürfe¹⁰¹. Dabei rekurriert der Begründungstext auf eine Entscheidung des LG Lübeck vom 23.04.2008 (7 T 193/08)¹⁰²; danach soll es rechtsmissbräuchlich, wenn sich der mit dem Mieter kollusiv zusammenwirkende Drittbesitzer auf die fehlende Bezeichnung im Räumungstitel berufe. Allerdings hat der BGH diese Entscheidung durch den bereits erwähnten Beschluss vom 14.08.2008 (I ZB 39/08)¹⁰³ aufgehoben, so dass sie kaum ein durchgreifendes Argument für die Sichtweise der Entwurfsverfasser bilden kann. Andererseits gilt der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auch im Zwangsvollstreckungsrecht, so dass es unabhängig von der nicht bestandskräftig gewordenen Entscheidung des LG Lübeck vertretbar erscheint, die Räumungsvollstreckung aufgrund der Ausgangstitels fortzuführen, wenn der in der Wohnung plötzlich auftauchende Drittbesitzer nicht einmal gewillt ist, dem Gerichtsvollzieher seine Personalien mitzuteilen. Es wäre dann Sache der Rechtsprechung, hier eine angemessene Lösung zu finden.

Sollte eine Korrektur über § 242 BGB nicht überzeugen, so bleibt lediglich der Gedanke an einen wohnungsbezogene Räumungstitel. Dem haben die Entwurfsverfasser aber eine Absage erteilt; in der Begründung zu § 940a ZPO-E heißt es:

„Eine Einschränkung dieses Grundsatzes ist nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit Blick auf Artikel 13 des Grundgesetzes bedenklich, da jede Räumungsvollstreckung das Grundrecht des Mitbesitzers auf Unverletzlichkeit der Wohnung berührt. Daher erscheint es problematisch, die Räumung auch gegen nicht im Räumungstitel genannte Mitbesitzer zuzulassen. Die Alternative, einen „wohnungsbezogenen“ Räumungstitel vorzusehen, widerspricht den Grundsätzen des deutschen Vollstreckungsrechts.“¹⁰⁴

Indes würde die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung gegen „Unbekannt“ anlässlich der Hausbesetzerfälle lebhaft diskutiert¹⁰⁵. Zwar dürfte dieser Sichtweise aufgrund der BGH-Rechtsprechung zur Räumungsvollstreckung gegen unbekannte Dritte nicht mehr haltbar

¹⁰¹ Entwurfsbegründung S. 53.

¹⁰² GGvZ 2008, 172.

¹⁰³ NZM 2008, 805 = ZMR 2009, 21.

¹⁰⁴ Entwurfsbegründung S. 52.

¹⁰⁵ *Lisken*, NJW 1982, 1136; *Schneider*, MDR 2004, 319; *Musielak/Huber*, ZPO, 8. Aufl.2011, § 940 Rn.4.

sein; allerdings erscheint eine gesetzliche Regelung durchaus erwägenswert. Dabei wird der prüfen sein, ob der Schutz des Art. 13 GG auch demjenigen zuteil werden muss, der aufgrund des Verschweigens seiner Identität während des Räumungstermins den dringenden Verdacht auf sich zieht, die Vollstreckungsmaßnahme vereiteln zu wollen. Es mag deshalb überlegt werden, § 940a Abs. 2 ZPO-E durch folgenden Satz 2 zu ergänzen:

„Verweigert der Dritte gegenüber dem Gerichtsvollzieher die Mitteilung seiner Personalien, so darf der Beschluss auch gegen die bei Vollziehung in den Räumlichkeiten angetroffenen Personen gerichtet werden.“

cc) Anhörung des Antragsgegners (§ 940a Abs. 4 ZPO-E)

Schwierigkeiten bei der praktischen Umsetzung der Räumungsverfügung gegen Drittbesitzer werden sich auch aus § 940a Abs. 4 ZPO-E ergeben. Nach dieser Bestimmung muss das Gericht den Gegner – das ist entgegen der Formulierung in der Entwurfsbegründung nicht nur der Mieter¹⁰⁶, sondern im Falle des Abs. 2 auch der Drittbesitzer – vor Erlass der Räumungsverfügung anhören. Diese Bestimmung war im Initiatorentwurf 2010 noch nicht enthalten; sie wurde erstmals im ersten Referentenentwurf von Mai 2011 aufgenommen. Zur Begründung weisen sich die Entwurfsverfasser auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip hin¹⁰⁷. Allerdings könnte diese Bestimmung dazu führen, dass die Sicherung der Räumungsvollstreckung durch das Instrument der einstweiligen Verfügung gegen Drittbesitz mitunter ins Leere gehen wird. Wird nämlich dem Dritten zunächst die Antragsschrift zur Kenntnis- und Stellungnahme übersandt, so erhält er die Gelegenheit, den Mieter auf die drohende Räumungsverfügung hinzuweisen, so dass dieser bei deren Zustellung bereits einen neuen Drittbesitzer präsentieren könnte.

Im Hinblick auf diese Umgehungsgefahr spricht einiges dafür, die gegen den Drittbesitzer gerichtete Räumungsverfügung nach § 940a Abs. 2 ZPO-E auch ohne vorherige Anhörung zuzulassen. Mit Blick auf die zahlreichen Rechtsbehelfe, die dem Verfügungsgegner zustehen (vgl. § 936 i. V. mit §§ 924, 926, 927 ZPO), dürften einer solchen Regelung Verhältnismäßigkeitserwägungen nicht entgegenstehen. Es wird deshalb vorgeschlagen, das Anhörungsgebot in § 940a Abs. 4 ZPO-E auf die Fälle des Abs. 3 (Nichtbefolgung einer Hinterlegungsanordnung) zu beschränken.

Sollte dies nicht überzeugen, wäre es wiederum Sache der Rechtsprechung, in Fällen der Präsentation eines weiteren Drittbesitzers im einstweiligen Verfügungsverfahren, eine Lösung über § 242 BGB zu finden.

¹⁰⁶ So die Formulierung auf S. 54 der Entwurfsbegründung.

¹⁰⁷ Entwurfsbegründung S. 54.

III. Weitere Diskussionspunkte

Zu den beiden zusätzlichen Fragen in dem Anschreiben des BMJ vom 17.11.2011 ist wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Dem Vorschlag ist zuzustimmen. Mit Recht hat *Blank* in seinem Vortrag auf dem Deutschen Mietgerichtstag 2011 darauf hingewiesen, dass die ortübliche Vergleichsmiete i. S. des § 558 Abs. 2 BGB auch durch Mieterhöhungen nach § 559 BGB beeinflusst wird¹⁰⁸. Das hat zur Folge, dass das höhere Mietniveau auch solchen Vermietern zugute kommt, die überhaupt keine Modernisierung durchgeführt haben. Andererseits ist der energetische Zustand der Wohnung bislang kein Kriterium des § 558 BGB. Der Umstand, dass der Vermieter die Kosten von Maßnahmen zur nachhaltigen Energieeinsparung nach § 559 BGB auf den Mieter umlegen kann, folgt nicht, dass für dergestalt modernisierte Wohnungen am Markt höhere Mieten erzielt werden¹⁰⁹. Deshalb erscheint es sachgerecht, die energetische Beschaffenheit des Wohnraums als Kriterium in § 558 BGB aufzunehmen. Eine solche Bestimmung hätte durchaus eine Signalfunktion, mit der Folge, dass sich über kurz oder lang auch hinsichtlich dieses Kriteriums ein Marktgeschehen bilden könnte.
2. Hier geht es um die Umlage der Kosten des Betriebsführungscontracting; auch diese sollen nach der Entwurfsbegründung von § 556c BGB-E erfasst werden¹¹⁰. Betriebsführungscontracting liegt vor, wenn der Contractor lediglich durch eine verbesserte Einstellung und Wartung der vorhandenen Heizungsanlage die eingesetzte Energie besser nutzen kann. Angesichts der Kostenneutralität des Contracting (s. dazu oben unter II 3 c) erscheinen besondere klimaschutzrelevante Effizienzanforderungen, die das Betriebscontracting mit einer Erneuerung des Heizsystems vergleichbar machen, nicht erforderlich.

¹⁰⁸ *Blank*, WuM 2011, 195, 199.

¹⁰⁹ *Blank*, WuM 2011, 195, 199.

¹¹⁰ Entwurfsbegründung S. 36.