

Dr. Beate Flatow

Der Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Kaution

Gliederung

I. Einleitung

II. Die Abrechnung

1. Inhalt und Rechtsnatur
 - a. Abrechnung über Einnahmen und Ausgaben
 - b. Abrechnung über Gegenforderungen
2. Abrechnungspflicht oder Abrechnungsobliegenheit
 - a. Bereich der Einnahmen und Ausgaben
 - b. Bereich der Gegenforderungen
 - aa. Ableitung aus den allgemeinen Grundsätzen
 - bb. Spezifisch mietrechtliche Ableitung
 - cc. Abrechnungsobliegenheit
3. Abrechnungsreife
4. Rechtsfolgen der Abrechnung

III. Der Rückgewähranspruch

1. Inhalt, Gläubiger, Schuldner
 - a. Inhalt
 - b. Gläubiger und Schuldner
2. Entstehung des Rückgewähranspruchs
3. Erlöschen des Rückgewähranspruchs
 - a. Aufrechnungsverbot bei mietvertragsfremden Forderungen.
 - b. Kein Aufrechnungsverbot bei streitigen Forderungen
4. Fälligkeit
 - a. Meinungsstreit
 - aa. Abrechnungsreife
 - bb. Abrechnungsreife und keine Gegenforderungen
 - cc. Abrechnung
 - dd. Abrechnung und keine Geltendmachung von Gegenforderungen
 - b. Stellungnahme
 - c. Die Entscheidung des BGH vom 24.07.2019

IV. Verwertungsrecht des Vermieters

V. Verjährungsfragen

1. Verjährung des Rückgewähranspruchs
2. Verjährung der Vermieteransprüche – Auswirkung auf die Aufrechnungs- und Verwertungsbefugnis

VI. Die Entscheidung des BGH vom 24.07.2019

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

I. Einleitung

Die gängigen Arten der Mietkaution sind die Barkaution und das Kautionssparkbuch oder –sparkonto. Die dritte Variante, die Bürgschaft, kommt seltener vor und bleibt hier außer Betracht.

Der Mieter stellt sich nach Mietende die Frage, wie er seine Sicherheit zurückerhält, wenn der Vermieter Gegenforderungen geltend macht, die der Mieter für unberechtigt hält. Der Vermieter stellt sich die Frage, ob er die Kautions wegen dieser Gegenforderungen verwerten darf, obwohl der Mieter sie bestreitet. Allgemein stellt sich die Frage, ob eine wechselseitige Sicherung auch zur Blockade führen kann. Der BGH hat ganz aktuell eine Entscheidung zur Kautionsabrechnung getroffen, die eine Reihe auch neuer Aussagen enthält.¹

Dieser Beitrag beschäftigt sich vorab mit der Kautionsabrechnung, weil Abrechnung, Verwertung und Rückzahlung miteinander verzahnt sind (II). Danach ist der Rückgewähranspruch näher zu erörtern (III). Anschließend geht es noch kurz um das Verwertungsrecht des Vermieters (IV) und um Fragen zur Verjährung (V). Schließlich gilt der aktuellen Entscheidung des BGH besonderes Augenmerk, weil sie für die Praxis von Bedeutung ist. (VI).

Dieser Beitrag gilt nur der Zeit nach Mietende.

II. Die Abrechnung

1. Inhalt und Rechtsnatur

Nach Mietende kommt es regelmäßig zur Abrechnung der Kautions oder verlangt zumindest der Mieter eine solche Abrechnung. Dabei ist gar nicht ganz geklärt, was eigentlich Abrechnung an dieser Stelle bedeutet.

Im Schrifttum und in der Rechtsprechung finden sich jeweils ähnliche Formulierungen. Aus der Abrechnung müsse sich die Höhe der Kautionssumme einschließlich der Zinsen ergeben. Eventuelle Gegenforderungen seien nachvollziehbar nach Grund und Höhe darzulegen.² Hierzu wird dann häufig auf § 259 BGB, die Vorschrift zur Rechnungslegung verwiesen.³ Bei näherer Betrachtung ergeben sich hier allerdings Schwierigkeiten.

Dabei ist zwischen zwei Bereichen zu unterscheiden, den realen Einnahmen und Ausgaben einerseits und den Gegenforderungen andererseits.

a. Abrechnung über Einnahmen und Ausgaben

¹ BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris.

² Hinz, NZM 2019, 76 f.; Ludley, NZM 2013, 777, 781; Blank in: Schmidt-Futterer, 14. Aufl. 2019, BGB § 551 Rn. 96; AG Frankenthal, Urt. v. 30.10.2014 - 3a C 270/14 - ZMR 2014, 295; AG Bad Homburg, Urteil vom 22. Mai 2007 – 2 C 2426/06 (19) – juris; ähnlich Bieber in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 551 BGB Rn. 29; wohl auch Häublein, ZMR 2017, 445, 448.

³ Aktuell BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 96; Ludley, NZM 2013, 777, 781; OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.06.2009 - 19 W 23/09 - NJW-RR 2010, 585, 586; Emmerich/Sonnenschein in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl. 2014, § 551 BGB Rn. 22; Häublein, ZMR 2017, 445, 448.

§ 259 BGB gilt der Rechnungslegung für ein verwaltetes Vermögen, wenn die Verwaltung mit Einnahmen und Ausgaben verbunden ist. Auf die Kautionsabrechnung trifft das nur insoweit zu, als dass Zinseinnahmen erzielt werden, über die der Vermieter Auskunft erteilen muss.⁴ Es gibt auch Ausgaben i.S.d. § 259 BGB wie Kontoführungsgebühren oder einbehaltene Kapitalertragsteuer.⁵ In diesem Bereich – aber auch nur in diesem Bereich – passt § 259 BGB unproblematisch. Es handelt sich insoweit nicht um eine Willenserklärung, sondern wie etwa bei der Betriebskostenabrechnung um einen Rechenvorgang.⁶

b. Abrechnung über Gegenforderungen

Der zweite Teil der Kautionsabrechnung betrifft die Angabe, welche Gegenforderungen gestellt werden. Hier ist die Einordnung nicht so einheitlich.

aa. Inhalt

Soweit ersichtlich fanden sich bisher, gerade was die Gegenforderungen angeht, keine speziellen Aussagen in der veröffentlichten Rechtsprechung und im Schrifttum. Erstmals enthält insoweit die aktuelle BGH-Entscheidung eine nähere Aussage: Der Vermieter liste in der Abrechnung seine Gegenforderungen auf, die er seinerseits aus dem Mietverhältnis gegen den Mieter geltend macht. Damit teile er mit, dass er wegen dieser Forderungen auf die Kautionsabrechnung zugreifen will.⁷ Hier kommt also zu der Forderungsliste eine - unjuristisch formuliert - „Anzeige“ hinzu.

bb. Rechtsnatur

Diese Festlegung ist m.E. überzeugend, macht aber die rechtliche Einordnung nicht einfacher.

aaa. Die bloße Abrechnung als Mitteilung

Die Abrechnung könnte, bezogen auf die Gegenforderungen, Willenserklärung, Wissenserklärung, Rechnungslegung, Information, Mitteilung sein.

Eine Willenserklärung bringt - anders als ein bloßer Rechenvorgang oder eine Wissenserklärung - einen Rechtsfolgewillen zum Ausdruck. Durch die Erklärung soll eine Rechtsfolge eintreten, etwa ein Vertrag gekündigt werden, ein Angebot abgegeben werden o.ä. Eine Willenserklärung kann durch schlüssiges Verhalten abgegeben werden und ist dann auszulegen. Die Willenserklärung kann wegen Irrtums, Täuschung oder Drohung unter den gesetzlichen Voraussetzungen angefochten werden. Die Willenserklärung entzieht sich den Kategorien von richtig und falsch, die Vollständigkeit kann - anders als etwa die Angaben in einer Rechnungslegung - nicht an Eides statt versichert werden.

Wissenserklärungen und Informationen können richtig oder falsch sein. In der Fallgruppe der Rechnungslegung nach § 259 BGB kann der Gläubiger verlangen, dass der Schuldner die Richtigkeit der mitgeteilten Einnahmen eidesstattlich versichert.

Absichtserklärungen oder Mitteilungen schließlich sind rechtlich noch gar nichts. Weder will derjenige, der etwas mitteilt Tatsachen als richtig oder falsch benennen, noch will er eine Rechtsfolge setzen.

⁴ Vgl. Lützenkirchen, MDR 2019, 257 unter II.1.a.

⁵ Vgl. Hinz, NZM 2019, 76, 77.

⁶ Zur Betriebskostenabrechnung etwa BGH, Urt. v. 28.04.2019 - VIII ZR 263/09 - WuM 2010, 356, Rn. 8.

⁷ BGH, Urt. v. 24.07.2019 - VIII ZR 141/17 - juris - Rn. 20.

Soweit die Abrechnung aus einer Liste der Gegenforderungen besteht, ist es m.E. nach diesen Kategorien eine schlichte Mitteilung. Sie ist nicht mit dem Bewusstsein oder Willen verbunden, eine Rechtsfolge zu setzen. Die Entscheidung des BGH differenziert auch ausdrücklich zwischen Aufrechnung und Abrechnung. Auch das spricht dafür, die Auflistung der Gegenforderungen als schlichte Mitteilung zu sehen, die sich eben von der Aufrechnung - einer Willenserklärung - unterscheidet.

Fraglich wäre allenfalls, ob sich daran etwas ändert, weil die Abrechnung laut BGH zusätzlich die Aussage des Vermieters enthält, wegen dieser Forderungen auf die Kautions zugreifen zu wollen. Das ist unklar, weil der BGH ausführt, durch die Abrechnung habe der Vermieter das Verwertungsinteresse auf die benannten Forderungen „beschränkt“.⁸ Wenn damit ein Verwertungsverzicht gemeint ist, käme nur noch eine Willenserklärung infrage. Der Vermieter hätte durch die Erklärung bewusst eine Rechtsfolge setzen wollen.

Die Differenzierung zwischen ausdrücklicher Abrechnung und schlüssiger Abrechnung, die der BGH vornimmt⁹, könnte ebenfalls darauf hindeuten, dass doch eine Willenserklärung gemeint ist. Im Ergebnis glaube ich allerdings, dass damit die Entscheidung des BGH überinterpretiert wäre. Eine genaue Einordnung ist dort nicht erfolgt, sie war wohl auch für den konkreten Fall entbehrlich.

M.E. bleibt es auch bei der Annahme einer Mitteilung oder eben Absichtserklärung. Der Vermieter hat kein Erklärungsbewusstsein, sondern will eben mitteilen, was er seinerseits nach seiner Auffassung noch zu bekommen hat. Dass er damit als Rechtsfolge bewusst einen Verwertungsverzicht wegen sonstiger Forderungen erklären will, erscheint mir nicht naheliegend.

Nur eines lässt sich festhalten: die Mitteilung der Gegenforderungen ist keine Rechnungslegung nach § 259 BGB. Der Vermieter teilt keine realen Einnahmen und Ausgaben mit, sondern benennt seine Forderungen nach eigener Einschätzung. Die Kriterien von wahr und unwahr passen nicht. Allenfalls die äußere Form - Gegenüberstellung von Plus und Minus - kann optisch dem § 259 BGB entsprechen.

bbb. Schlüssig erklärte Aufrechnung

Diese Einordnung schließt es nicht aus, dass bei der Barkautions Abrechnung und Aufrechnung zusammenfallen können und meistens sogar werden: Einerseits kann eine Aufrechnungserklärung mit einer Liste von Gegenforderungen sich jedenfalls nach der Entscheidung des BGH zugleich als „konkludente Abrechnung“ darstellen.

Umgekehrt lässt sich bei der Barkautions aus einer so überschriebenen Abrechnung wohl fast immer auch eine Aufrechnung herauslesen.¹⁰ Eine Aufrechnungserklärung kann als Willenserklärung auch schlüssig abgegeben werden.¹¹ Der Vermieter erklärt, dass er wegen der ihm zustehenden Forderungen die Kautions nicht auszahlen wird. Dabei hat der Vermieter, wenn er die Kautions „abrechnet“ und seine Forderungen „verrechnet“, auch ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein. Seine Forderungen und die Forderung des Mieters sollen gegeneinander aufgerechnet werden.

⁸ BGH, Urt. v. 24.07.2019 - VIII ZR 141/17 - „juris“ Rn. 29.

⁹ BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris Rn. 21.

¹⁰ Inzident etwa BGH, Beschl. v. 01.07.1987 - VIII ARZ 2/87 - NJW 1987, 2372, 2373 unter 3.b.bb; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 100; Lützenkirchen, MDR 2019, 257, 260 (Prüfung von Aufrechnungsverboten).

¹¹ Vgl. nur beispielhaft BGH, Urt. v. 22.01.1987 - VII ZR 96/85 - NJW 1987, 2582, 2584 unter III.1.; OLG Frankfurt, Urt. v. 14.06.2017 - 23 U 111/16 - juris - Rn. 77; OLG Celle, Urt. v. 27.08.2003 - 7 U 52/03 - juris - Rn. 30.

Bei einem verpfändeten Sparguthaben oder Sparbuch kann keine Aufrechnung vorliegen, weil die Forderungen nicht gleichartig sind. Hier macht der Vermieter aber wohl ein Zurückbehaltungsrecht geltend und erklärt, gegen Begleichung der aufgeführten Forderungen das Guthaben freizugeben.

In Einzelfällen kann die „Abrechnung“ als Angebot auf Erlass restlicher Forderungen auszulegen sein. Das ist aber m.E. nur zu bejahen, wenn ganz konkrete zusätzliche Umstände diese Auslegung erlauben, insbesondere die vorbehaltlose Auszahlung der Kautions- oder eines Restbetrags.¹² Sonst ist aus einer bloßen Kautionsabrechnung nicht abzulesen, dass der Vermieter bereit sei, auf die nicht aufgelisteten Forderungen gänzlich zu verzichten.¹³ M.E. gilt das Gleiche für einen Verwertungsverzicht, also die rechtsverbindliche Erklärung wegen der nicht benannten Forderungen nicht mehr auf die Kautionszahlung zugreifen zu wollen. Ob sich aus der genannten BGH-Entscheidung etwas anderes ergibt, wird bei den Rechtsfolgen erörtert.¹⁴

Die Abrechnung hat danach inhaltlich zwei Teile, nur für den ersten Bereich – also Zinsen und Gebühren – greift § 259 BGB. Der zweite Teil ist Absichtserklärung evtl. und je nach Auslegung Willenserklärung.

2. Abrechnungspflicht oder Abrechnungsobliegenheit

Zu prüfen ist nun, ob der Vermieter über die Kautionsabrechnung rechnen muss und ob die Abrechnungspflicht und ggf. für beide Bestandteile der Abrechnung greift, und zwar zunächst wieder für den Bereich der Einnahmen und Ausgaben.

a. Bereich der Einnahmen und Ausgaben

§ 551 BGB regelt die Abrechnungspflicht nicht. Infrage kommt der in § 242 BGB normierte Grundsatz von Treu und Glauben. Einem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz zufolge wird nach § 242 BGB Auskunft im Einzelfall dort geschuldet, wenn

- der Berechtigte in entschuldbarer Weise über den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist,
- er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Zahlungsanspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann,
- der Verpflichtete sie unschwer zu geben vermag und
- zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten eine besondere rechtliche Beziehung besteht.¹⁵

Alle Voraussetzungen sind hier unproblematisch erfüllt, soweit es um Einnahmen und Ausgaben auf dem Kautionskonto geht. Die Parteien verbindet eine Sonderrechtsbeziehung, dem Mieter steht ein Rückzahlungsanspruch zu, der nach dem Gesetz ausdrücklich auch die Erträge der Kautionszahlung erfasst (§ 551 Abs. 3 Satz 3 BGB). Der Umfang der Zinsen und Kosten ist dem Mieter nicht bekannt, der

¹² Vgl. OLG München, Urt. v. 14.07.1989 - 21 U 2279/89 - NJW-RR 1990, 20; OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.04.2001 - 24 U 133/00 - NZM 2001, 893; AG Tiergarten, Urt. v. 16.05.2007 - 4 C 592/06 - GE 2007, 855; Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. III 202a.

¹³ Vgl. Lützenkirchen, MDR 19, 257, 258.

¹⁴ Unten unter II.4.

¹⁵ Krüger in: Münchener Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 260 BGB Rn. 12 m.w.N.; BGH, Urt. v. 22.11.2000 - VIII ZR 40/00 - NJW 2001, 821, 822; BGH, Versäumnisurt. v. 17.07.2002 - VIII ZR 64/01 - NJW 2002, 3771; BGH, Urt. v. 14.06.2016 - II ZR 121/15 - MDR 2016, 1215, 1216, Rn. 17; BAG, Urt. v. 18.01.1996 - 6 AZR 314/95 - NZA 1997, 41, 42 für das Arbeitsverhältnis; für die Mietkaution etwa: Horst/Popiel in: Lützenkirchen, Anwalts-Handbuch Mietrecht, 6. Aufl. 2018, Kap. 5 Rn. 459.

Vermieter kann unschwer Auskunft erteilen. Hier kommt auch prozessual die Stufenklage in Betracht, die ihrerseits als Hilfsmittel gegeben ist, um die Bestimmbarkeit des Leistungsantrags herbeizuführen.¹⁶

b. Bereich der Gegenforderungen

Wesentlich schwieriger ist die Frage wieder bei den Gegenforderungen des Vermieters zu begründen.

aa. Keine Abrechnungspflicht

aaa. Voraussetzungen des allgemeinen Auskunftsanspruchs

Die Grundsätze des allgemeinen Auskunftsanspruchs passen hier nicht. Bei dem allgemeinen Auskunftsanspruch geht es um Informationen über Tatsachen, die für den Gläubiger erforderlich sind, um seinen Anspruch beziffern zu können. Das sind etwa Namen und Anschriften Dritter, Behandlungsunterlagen, Tatsachen zur Bemessung eines Anspruchs u.ä. Die allgemeine Auskunftspflicht ist angelehnt an die Vorschriften der §§ 259 und 260 BGB. Dort geht es um Einnahmen, Ausgaben, Gegenstände, also immer um Tatsachen. Verkürzt ausgedrückt geht es bei dem allgemeinen Auskunftsanspruch immer um die Aufforderung „Sage mir, was Du weißt“. Es geht nicht um einen Anspruch „Sage mir, was Du willst.“

Eine Ungewissheit des Mieters über die Gegenforderungen besteht auch häufig nicht. Gedacht sei an das Beispiel, in dem schon während des Mietverhältnisses Gegenforderungen in übersteigender Höhe tituliert worden waren.¹⁷ Hier könnte eine Ungewissheit des Mieters - unter Zugrundelegung der jüngsten BGH-Rechtsprechung¹⁸ - nur darin liegen, zu erfahren, ob der Vermieter jetzt mit der Abrechnung sein Verwertungsinteresse auf diese Forderungen erstreckt. Darauf abzustellen, würde aber bedeuten, aus dem Anspruch eine Vermieterfalle zu bauen.

bbb. Spezifisch mietrechtliche Ableitung

Mit der Verneinung der allgemein benannten Voraussetzungen ist es noch nicht ausgeschlossen, hier einen Anspruch auf Benennung von Gegenforderungen und ggf. Abgabe von Aufrechnungserklärungen aus der Sicherungsabrede, ggf. i.V.m. § 242 BGB abzuleiten.¹⁹ Jedenfalls wird in zahlreichen Gerichtsentscheidungen und Kommentierungen insoweit ein Abrechnungsanspruch eher statuiert.²⁰ Niemand scheint an diesem Anspruch überhaupt zu zweifeln.

Die Begründung einer selbständigen Abrechnungspflicht könnte darin liegen, dass die Abrechnung eine einvernehmliche Regelung ohne Rückzahlungs- und Feststellungsklagen befördern kann. Es lässt sich möglicherweise eine nachwirkende Treuepflicht bejahen, doch dem Mieter eine Art

¹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 06.04.2016 – VIII ZR 143/15 – NJW 2017, 156, 157.

¹⁷ Vgl. etwa den Fall OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.06.2009 - 19 W 23/09 - NJW-RR 2010, 585.

¹⁸ BGH, Urt. v. 24.07.2019 - VIII ZR 141/17 - juris.

¹⁹ Vgl. Hinz, NZM 2019, 76.

²⁰ Vgl. LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 08.07.1992 - 7 O 1609/92 - WuM 1994, 708; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.06.2009 – 19 W 23/09 – NJW-RR 2010, 585, 586; vgl. etwa AG Blankenese, Teilurteil vom 18.07.2012 – 531 C 347/11 – ZMR 2012, 783; Emmerich in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, Rn. V 381; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 96; Schneider in: Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl. 2018, § 551 BGB Rn. 125; J.-T. Callsen/Lützenkirchen in Lützenkirchen: Anwaltshandbuch Mietrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. G 211c; Emmerich/Sonnenschein in: Emmerich/Sonnenschein, Miete, 11. Aufl. 2014, § 551 BGB, Rn. 22; Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. III 193; vgl. auch die Formulierung bei BGH, Urt. v. 23.01.2013 – VIII ZR 143/12 – WuM 2013, 172, 173 (Pflicht zur Abrechnung) etwa

Gesamtschau über seine Verbindlichkeiten zu verschaffen. Formuliert man die Herleitung so, umfasst der Anspruch auch alle Forderungen, auch wenn sie die Kautionshöhe weit übersteigen. Der Vermieter müsste alle Forderungen nennen, die er geltend macht. Das ist dann eine sehr mietvertragspezifische Begründung. In diese Richtung gehen wohl auch Vorschläge im Schrifttum, die verlangen, der Vermieter müsse jedenfalls Auskunft geben über diejenigen Umstände, die der Mieter kennen müsse, um die Kautionsrückzahlung ohne ein unangemessenes Prozessrisiko einklagen zu können.²¹

Es wird allerdings, soweit ersichtlich, nicht überprüft, was denn eigentlich eingeklagt wird und - vor allem - wie denn die Zwangsvollstreckung erfolgen sollte. Die Forderung wäre möglicherweise gerichtet auf Mitteilung aller Forderungen, die der Vermieter geltend macht. Dieser Titel wäre zu unbestimmt, um vollstreckbar zu sein. Hier könnte nie ein Zwangsgeld verhängt werden, weil nicht ersichtlich sein kann, ob die Auflistung vollständig ist, wann also der Anspruch erfüllt ist.

Auch wenn die Abrechnung nur bedeutet, dass der Vermieter mitteilt, auf welche seiner Forderungen sich sein „Verwertungsinteresse“ an der Kautionsrückzahlung erstreckt, ändert sich das nicht. Auch hier gilt wieder, dass eine Vollstreckung des Anspruchs „sage mir, was Du willst“ an der fehlenden Bestimmtheit des Titels scheitern muss.

M.E. ist eine einklagbare Verpflichtung zur Abrechnung, die tituliert und vollstreckt werden kann, bezogen auf die Gegenforderungen nicht umsetzbar. Erst recht gilt das, wenn die Abrechnung als Willenserklärung i.S. eines Verwertungsverzichts wegen restlicher, nicht benannter Forderungen aufzufassen wäre. Eine geschuldete Willenserklärung wird in der Vollstreckung fingiert (§ 894 ZPO). Es wäre jetzt aber keine Erklärung zu fingieren, eben weil deren Inhalt nicht klar ist.

bb. Obliegenheit zur Abrechnung

Damit ist der Mieter nicht rechtlos gestellt. Denkbar ist es, eine isoliert einklagbare Verpflichtung auf Abrechnung der Kautionsrückzahlung zu verneinen, an die Nichtabrechnung aber Rechtsnachteile für den Vermieter zu knüpfen. Damit wird keine einklagbare Pflicht, sondern eine Obliegenheit angesprochen. Eine Obliegenheit liegt nach allgemeiner Auffassung immer dann vor, wenn es allein im Belieben des Obliegenheitsbelasteten liegt, ob er seine Handlung vornimmt, weil sie allein in seinem eigenen Interesse liegt und nur er selbst bei einem Unterlassen einen Rechtsverlust oder Rechtsnachteil erleidet.²²

Hier würde das bedeuten: Der Vermieter hat nach Ablauf einer angemessenen Frist²³ die Kautionsrückzahlung zurückzahlen. Die Rückgewährpflicht ist die einklagbare Pflicht. Der Vermieter hat die Obliegenheit, in der Frist mitzuteilen, ob er auf die Kautionsrückzahlung zugreifen will, ggf. wegen welcher Forderungen. Der Vermieter erleidet Rechtsnachteile, wenn er diese Mitteilung unterlässt. Diese Linie könnte auch der BGH in der jüngsten Entscheidung aus dem Juli 2019 verfolgen. Dort hat er ausgeführt, der Vermieter „habe“ innerhalb angemessener Zeit mitzuteilen, für welche eigenen Forderungen er auf die Mietsicherheit zugreife. Wenn er die Kautionsrückzahlung nicht verwerte, gehe die Aufrechnungsbefugnis auf den Mieter über.²⁴ Mit dieser Verknüpfung könnte eine Obliegenheit angesprochen sein. Allerdings enthält die Entscheidung auch hier keine genauere rechtstheoretische Festlegung, die Formulierung, der Vermieter „hat ... zu erklären“ lässt alles offen.

²¹ Häublein, ZMR 2017, 445, 450; Hinz, NZM 2019, 79, 80.

²² Vgl. bereits BGH, Urt. v. 13.06.1957 – II ZR 35/57 – NJW 1957, 1233, 1234; Schuster, CR 2016, 627, 628; Palandt/Grüneberg, 79. Aufl. 2019, Einl. v. § 241 BGB Rn. 13 m.w.N.

²³ Zur Abrechnungsfrist: sh. unten unter II.3.

²⁴ BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris Rn. 29.

M.E. trifft den Vermieter, soweit es seine Gegenforderungen angeht, nur eine Obliegenheit zur Abrechnung. Nur so werden die Schwierigkeiten einer Abrechnungsklage mit unklarem Inhalt und vor allem die unlösbaren Schwierigkeiten einer Vollstreckung nach § 888 ZPO vermieden. Zugleich führt die Obliegenheit dazu, dass der Vermieter im eigenen Interesse gehalten ist, abzurechnen, weil er sonst Rechtsnachteile erleiden kann.

Bei dieser Auslegung entfällt allerdings, soweit es die Aufstellung der Gegenforderungen angeht, die bisher von der ganz herrschenden Meinung wohl zugelassene Stufenklage. Schon der Klagantrag wäre in diesem Punkt nur insoweit hinreichend bestimmt, wie der Vermieter Einnahmen und Ausgaben zu dem Kautionskonto mitteilen muss.

3. Abrechnungsreife

Fraglich ist die Frist, die dem Vermieter zur Abrechnung zur Verfügung steht. Diese sogenannte Abrechnungsreife tritt ein, wenn der Vermieter eine angemessene Zeit zur Prüfung und Entscheidung hatte, ob und inwieweit er die Kaution für eigene Forderungen aus dem Mietverhältnis und seiner Abwicklung in Anspruch nehmen will. Dieser Punkt ist auch dann zu prüfen, wenn eine Abrechnungspflicht verneint wird, weil sich an den Ablauf einer Prüfungsfrist nach dem gerade Gesagten dennoch Rechtsfolgen knüpfen können.²⁵ Hier gibt es keine starre Frist.²⁶ Es kommt schlicht darauf an, wann der Vermieter abrechnen kann. Konkret können es bei einfachen Fällen zwei oder drei Monate sein. Im Einzelfall kommt auch eine Frist von mehr als sechs Monaten infrage. Eine erhebliche Verlängerung kann eintreten wenn und soweit²⁷ noch Betriebskostennachforderungen aus dem laufenden Jahr entstehen können, weil über die Betriebskosten erst im Folgejahr abgerechnet werden kann.

4. Rechtsfolgen der Abrechnung

Problematisch ist, welche unmittelbaren Rechtsfolgen die Abrechnung hat. Soweit es um Zinsen und Kosten geht, verschafft sie dem Mieter schlicht eine Information. Soweit es um Gegenforderungen des Vermieters geht, ist die Folge wiederum nicht einfach festzumachen. Wie schon oben ausgeführt²⁸ kann es eine Aufrechnung, das Angebot auf einen Erlassvertrag oder eine schlichte Mitteilung über die Rechtsauffassung des Vermieters zu seinen Forderungen sein, nach der neuen Rechtsprechung auch eine Beschränkung des Verwertungsinteresses.

Der Abrechnung kommt zunächst immer eine Rechtsfolge zu: Sie beendet die Abrechnungsfrist. Davon sind ggf. noch Ansprüche auf zu erwartende Betriebskostennachforderungen aus dem laufenden Jahr auszunehmen. Wenn die Auslegung der Abrechnung dazu führt, dass Willenserklärungen abgegeben sind, kommen deren Rechtsfolgen zum Tragen, also etwa das Erlöschen beider Forderungen bei der Aufrechnung oder das Angebot eines Forderungsverzichts, das der Mieter annehmen kann.

Wann immer eine Aufrechnungserklärung vorliegt, steht fest in welcher Reihenfolge die Forderungen zur Aufrechnung gestellt werden. Der Vermieter kann das ausdrücklich festlegen (§ 396 Abs. 1 Satz 1 BGB). Ohne solche Festlegung (oder bei Widerspruch des Mieters) geht das Bestimmungsrecht allerdings nicht auf den Mieter über. Vielmehr gilt eine gesetzliche Reihenfolge (§ 396 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 366 Abs. 2 BGB). Vorrangig zur Aufrechnung gestellt sind danach in der Regel die Schadensersatzforderungen, denn eine früher verjährende Forderung stellt für den Gläubiger eine

²⁵ Sh. nachfolgend unter III.3.

²⁶ Vgl. Stornel, Mietrecht Aktuell, 4. Aufl. 2009, Rn. III 195.

²⁷ Zur Teilbarkeit bei der Barkaution sh. unten unter III.1.a.

²⁸ Unter II.1.

geringere Sicherheit dar.²⁹ Es folgen Betriebskostennachzahlungen, schließlich Mieten und Betriebskostenvorauszahlungen. Bereits titulierte Forderungen kommen wegen der langen Verjährungsfrist zum Schluss.³⁰

Zu erörtern ist eine weitere Rechtsfolge, die der BGH in der schon genannten Entscheidung benannt hat. Der Satz lautet: „Denn auch hiermit macht der Vermieter - für den Mieter erkennbar - zum Ausdruck, dass sich sein Verwertungsinteresse auf die in der Forderungsaufstellung bezeichneten beziehungsweise auf die aufgerechneten oder klageweise geltend gemachten Forderungen beschränkt.“³¹ Rechtlich ist das, wie schon gesagt, wieder schwer einzuordnen. Wenn damit ein Verwertungsverzicht gemeint im Sinne einer Willenserklärung gemeint ist, wäre die Rechtsfolge schlicht, dass der Vermieter kraft privatautonomer Erklärung wegen weiterer Forderungen nicht mehr auf die Kautions zugreifen dürfte. Wenn der Vermieter dann auch noch durch fast jede Geltendmachung von Forderungen „schlüssig abrechnet“, läge immer auch ein schlüssiger Verwertungsverzicht vor. Anfechtungsrechte nach §§ 119 ff BGB dürfte kaum je vorliegen.

Eine so absolut verstandene Rechtsfolge ginge m.E. zu weit und würde gerade den privaten Vermieter, der Forderungen geltend macht, wohl auch überraschen. Eine flexiblere Handhabung ist möglich, wenn die Abrechnung – wie hier vertreten – bezogen auf die Gegenforderungen erst einmal als Mitteilung ohne Erklärungscharakter verstanden wird. Dann erklärt der Vermieter keinen Verwertungsverzicht. Er kann aber aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) nach dem Grundsatz des widersprüchlichen Verhaltens gehindert sein, bei einer anscheinend vollständigen Mitteilung später nach Bedarf noch Forderungen nachzuschieben. In dieser Ableitung erscheint mir die vom BGH ausgesprochene Rechtsfolge überzeugend. Sie erlaubt nämlich eben die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls. Je eher der Vermieter nach den Einzelumständen Vertrauen auf die Vollständigkeit seiner Liste erweckt, desto eher darf der Mieter auf den baldigen Erhalt der restlichen Kautions vertrauen. Umgekehrt können auch die Kenntnisse des Mieters bewertet werden.

Beispiel: Gegen den Mieter bestehen mehrere rechtskräftige Vollstreckungsbescheide wegen älterer Mietschulden. Nach Mietende erklärt der Vermieter, er rechne gegen die Kautions mit seinen Schadensersatzansprüchen wegen unterlassener Schönheitsreparaturen auf. Das könnte als Willenserklärung eine schlüssige Beschränkung des Verwertungsinteresses bedeuten. Ist die Renovierungsklausel unwirksam, hat der Vermieter keine verrechnungstaugliche Forderung mehr. Bei der Einzelfallbewertung nach § 242 BGB dagegen kann der Mieter nicht auf den Rückerhalt der Kautions vertrauen.

Welche Linie der BGH hier vertritt, wird sich ggf. wohl erst aus künftigen Entscheidungen ergeben.

III. Der Rückgewähranspruch

Vor dem Hintergrund dieser Unsicherheiten in der Abrechnung ist der Rückgewähranspruch des Mieters zu prüfen.

1. Inhalt, Gläubiger, Schuldner

Zunächst sind die allgemeinen Fragen nach Inhalt, Gläubiger und Schuldner anzusprechen.

a. Inhalt

²⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 19.11.2008 - XII ZR 123/07 - NJW 2009, 1071, 1073, Rn. 19.

³⁰ Vgl. zu diesem Kriterium: BGH, Urt. v. 19.11.2008 - XII ZR 123/07 - NJW 2009, 1071, 1073, Rn. 20; Olzen in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2016, § 366 BGB Rn. 40.

³¹ BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris – Rn. 23; ähnlich nochmals in Rn. 29 („...mit der Abrechnung hat der Vermieter ... sein Verwertungsinteresse auf die abgerechneten Forderungen beschränkt“).

Der Anspruch richtet sich auf Rückgewähr der Kautions. Der konkrete Inhalt des Anspruchs hängt von der Art der Kautions ab. Bei einer Barkautions geht der Anspruch schlicht auf Zahlung des Kautionsbetrags nebst Zinsen. Es besteht eine normale Geldforderung.³² Bei einem verpfändeten Sparbuch geht der Rückgewähranspruch des Mieters auf dessen Herausgabe und Freigabe des Guthabens.³³ Handelt es sich – wie heute wohl häufiger – nur um ein verpfändetes Sparkonto, existiert kein Sparbuch. Der Anspruch richtet sich in diesem Fall eben nur auf Abgabe der Freigabeerklärung.

Fraglich ist die Rechtslage, wenn Gegenforderungen bestehen, die aber nicht den gesamten Kautionsbetrag erreichen. Fraglich ist dann, ob der Rückgewähranspruch teilbar ist.

Der Rückzahlungsanspruch bei der Barkautions ist m.E. teilbar. Der Vermieter kann den nicht benötigten Teil der Kautions auszahlen.³⁴ Der Mieter hat in diesem Fall einen Anspruch auf Zahlung des nicht verbrauchten Betrags. M.E. gilt das auch, wenn noch eine Betriebskostenabrechnung aussteht. Der Vermieter kann hier einen Anteil in Höhe der zu erwartenden Nachzahlung zuzüglich eines Sicherheitszuschlags einbehalten, muss den Rest aber auszahlen.

Bei dem verpfändeten Konto ist eine Teilfreigabe m.E. ebenfalls möglich.³⁵ Es gilt zwar im BGB der Grundsatz der Unteilbarkeit des Pfandes. Jede Sache haftet für die gesamte Forderung (§ 1222 BGB). Etwas anderes gilt aber nach wohl einhelliger Meinung, wenn die Deckung durch den verbleibenden Teil ausreicht und sich die Weigerung, den nicht benötigten Teil freizugeben, als unzulässige Rechtsausübung darstellt.³⁶ Das gilt uneingeschränkt, wenn es sich um einen teilbaren Anspruch gegen die Bank handelt.³⁷

Anders ist es bei einem verpfändeten Sparbuch, das eben nur herausgegeben oder im Besitz des Vermieters verbleiben kann. Dieser Anspruch ist nicht teilbar. Hier bleibt dem Mieter im Streitfall nur die Möglichkeit, die Gegenforderungen durch Zahlung zum Erlöschen zu bringen (§ 362 BGB). Dann richtet sich sein Anspruch wieder auf Herausgabe und Freigabe. Sinnvoller ist es hier sicherlich, sich dahin zu verständigen, dass der Vermieter den benötigten Teil abhebt und das Sparbuch danach mit Freigabe dem Mieter überlässt. Erzwingen kann der Mieter das aber m.E. nicht.

b. Gläubiger und Schuldner

Der Anspruch auf Rückgewähr der Kautions steht dem Mieter zu. Bei mehreren Mietern heißt das, dass ihnen mangels anderweitiger Abrede mit dem Vermieter der Anspruch gemeinsam zusteht. Die Mieter sind nach ganz herrschender Meinung Mitgläubiger i.S.v. § 432 BGB.³⁸ Das bedeutet, dass im Grundsatz alle Mieter gemeinsam die Rückgewähr der Kautions verlangen müssen.³⁹ Diese Einordnung ist m.E. auch richtig, weil der Vermieter nicht wissen und beeinflussen kann, wer im

³² BGH, Urt. v. 24.07.2019 - VIII ZR 141/17 - juris - Rn. 17; Ludley, NZM 2013, 777, 778.

³³ Ludley, NZM 2013, 777, 781; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 105; Emmerich in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, Rn. V 378.

³⁴ Vgl. Hinz, NZM 2019, 76, 82; Emmerich in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, Rn. V 383; AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 12.11.2009 - 813b C 34/09 - WuM 2010, 153.

³⁵ Ebenso auch Hinz, NZM 2019, 76, 82.

³⁶ BGH, Urt. v. 17.01.1995 - XI ZR 192/93 - DNotZ 1995, 880, 882 unter II.2.c.

³⁷ Vgl. Beyer, jurisPR-MietR 22/2016 Anm. 3 unter C.2.

³⁸ Vgl. etwa LG Flensburg, Beschl. v. 09.10.2008 - 1 S 56/08 - ZMR 2009, 449; AG Brandenburg, Urt. v. 25.04.2012 - 31 C 175/10 - „juris“ Rn. 37 m.w.N.; Monschau in: Anwalts-Handbuch Mietrecht, 6. Aufl. 2018, M.V.13, Rn. 397; V.Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 551 BGB Rn. 30a; Pfeilschifter, WuM 2009, 283; a.A. wohl nur Woitkewitsch, ZMR 2005, 426.

³⁹ Vgl. LG Gießen, Urt. v. 17.04.1996 - 1 S 549/95 - NJW-RR 1996, 1162; LG Berlin, Urt. v. 27.10.1995 - 64 S 81/95 - GE 1996, 1117.

Innenverhältnis die Kautionsleistung aufbringt. Im Prozess ist es auch zulässig, dass nur ein Mieter den Anspruch geltend macht, solange er auf Rückgewähr der Kautionsleistung an sämtliche Mieter klagt.⁴⁰ Außerdem kann die Mitberechtigung ggf. an einen Mieter abgetreten werden.⁴¹

Verpflichtet ist der Vermieter. Hier gilt bei Personenmehrheiten spiegelbildlich, dass mehrere Vermieter als Gesamtschuldner haften.⁴² Bei einem Vermieterwechsel haftet der Erwerber. Fällt der Mieter dort aus, kann er sich ersatzweise noch an seinen alten Vermieter halten (§ 566a BGB).

2. Entstehung des Rückgewähranspruchs

Der Anspruch entsteht bereits mit der Leistung der Kautionsleistung.⁴³ Er ist allerdings aufschiebend bedingt durch die Beendigung des Mietverhältnisses einerseits und die Rückgabe der Mietsache andererseits.⁴⁴ Die Rückgabe der Wohnung lässt sich als Bedingung auffassen, weil andernfalls noch zwingend laufend neue Ansprüche auf Nutzungsentschädigung entstehen und weil der (vormalige) Vermieter seine Gegenansprüche auch nicht prüfen kann, bevor der die Wohnung nicht zurückerhalten hat.

Fraglich ist, ob es eine weitere Bedingung gibt, nämlich diejenige, dass keine Gegenansprüche des Vermieters bestehen, für die die Kautionsleistung haftet. Der XII. Zivilsenat BGH hatte dazu 1999 wörtlich ausgeführt:

„Der sich aus der Sicherungsabrede ergebende Rückzahlungsanspruch wird erst fällig und besteht auch nur insoweit, als feststeht, dass dem Vermieter keine Ansprüche mehr zustehen, für die die Kautionsleistung haftet.“⁴⁵ Der Rückzahlungsanspruch stehe, so der BGH 1999 weiter, „entsprechend der Sicherungsabrede unter der Bedingung, dass derartige Ansprüche des Vermieters nicht bestehen.“⁴⁶ M.E. ist hier Bedingung und Fälligkeit vermengt. Möglicherweise wollte der BGH den Vermieter vom Erfordernis einer Aufrechnung entlasten. Wenn der Anspruch nur insoweit überhaupt entsteht, wie es keine Gegenforderungen gibt, braucht der Vermieter nicht erst aufzurechnen. Das schafft aber m.E. nur Unklarheiten. Es muss auch zur Disposition des Vermieters stehen, ob er Ansprüche zur Verrechnung stellt oder nicht. Ein Anspruch, der mangels Bedingungseintritt noch gar nicht entstanden ist, wäre nicht einmal erfüllbar. Das ist m.E. nicht gewollt.

Der VIII. Zivilsenat hatte auch schon 1987 ausgeführt, der Vermieter solle sich aus der Kautionsleistung auf einfache Weise, nämlich durch Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch befriedigen können.⁴⁷ Die aktuelle Rechtsprechung des BGH sieht im Wegfall des Sicherheitsbedürfnisses auch keine Bedingung für die Anspruchsentstehung, sondern nur eine Fälligkeitsvoraussetzung.⁴⁸ Dem ist zustimmen. Die Entstehung des Anspruchs setzt nicht voraus, dass keine Gegenforderungen

⁴⁰ Vgl. Pfeilschifter, WuM 2009, 283; Paschke, WuM 2008, 59, 61.

⁴¹ Vgl. Pfeilschifter, WuM 2009, 283, 284.

⁴² Vgl. nur inzident etwa AG Bautzen, Urt. v. 30.06.2009 - 21 C 1010/08 - BeckRS 2011, 46; AG Berlin-Köpenick, Urt. v. 20.04.2010 - 17 C 329/09 - BeckRS 2010, 22578.

⁴³ Vgl. BGH, RE v. 08.07.1982 – VIII ARZ 3/82 – NJW 1982, 2186, 2187; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 551 BGB R. 137.

⁴⁴ AG Brandenburg, Urt. v. 22.06.2017 - 31 C 112/16 - NJOZ 2018, 857 Rn. 4; Blank in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 551 BGB Rn. 99; Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummierte, Anh. zu §§ 562-562 d BGB Rn. 260.

⁴⁵ BGH, Urt. v. 24.03.1999 – XII ZR 124/97 – NZM 1999, 496.

⁴⁶ BGH, Urt. v. 24.03.1999 – XII ZR 124/97 – NZM 1999, 496; ebenso Ludley, NZM 2013, 777, 779; Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummierte, 1. Aufl. 2015, Anh. zu §§ 562-562d BGB, Rn. 261.

⁴⁷ BGH, Beschl. v. 01.07.1987 - VIII ARZ 2/87 - NJW 1987, 2372, 2373.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 20.07.2016 - VIII ZR 263/14 - NJW 2016, 3231 Rn. 12.

bestehen. Aufschiebende Bedingungen sind nur Mietende und Rückgabe der Wohnung. Sind diese beiden Bedingungen eingetreten, ist der Rückzahlungsanspruch entstanden.

3. Erlöschen des Rückgewähranspruchs

An das eben Gesagte ist anzuknüpfen, wenn geprüft wird, unter welchen Umständen der Anspruch auf Rückgewähr der Kautionszahlung erlischt. Das Erlöschen durch Erfüllung ist unproblematisch.

Schwierig ist - bei einer Barkautionszahlung - allein die Frage der Aufrechnung durch den Vermieter. Konkret stellt sich die Frage, ob es Aufrechnungsverbote gibt, wenn ja welche.

a. Aufrechnungsverbot bei mietvertragsfremden Forderungen.

Fraglich ist zunächst, ob der Vermieter gegen den Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautionszahlung auch mit mietvertragsfremden Forderungen aufrechnen darf. Von der wohl herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum wird das verneint.⁴⁹ Die Gegenauffassung meint, wenn nach Abrechnung noch ein Kautionsrest verbleibe, stehe dem Vermieter auch die Aufrechnung mit sonstigen Forderungen zu.⁵⁰ Die Frage entscheidet sich danach, wie die Treuhandabrede zur Kautionszahlung auszulegen ist. Allgemein gilt, dass eine Aufrechnung durch schlüssige Vereinbarung ausgeschlossen ist, wenn die Eigenart des Schuldverhältnisses oder der Sinn und Zweck der geschuldeten Leistung die Aufrechnung als nicht mit Treu und Glauben vereinbar erscheinen lässt.⁵¹ In einem Mietvertrag ist m.E. die Mietkautionszahlung von den Parteien tatsächlich nur zur Sicherung der mietvertraglichen Forderungen vorgesehen. Dieser schlüssig vereinbarte Treuhandcharakter gilt auch noch in der Abrechnung des beendeten Mietverhältnisses. Er endet erst mit Rückgewähr der Kautionszahlung.⁵² Der ganz herrschenden Meinung ist m.E. aus diesen Gründen heraus zuzustimmen.

b. Kein Aufrechnungsverbot bei streitigen Forderungen

Aktuell umstritten ist die Frage, ob es ein Aufrechnungsverbot gibt, wenn die Gegenforderungen des Vermieters vom Mieter bestritten werden.

Das Amtsgericht Dortmund hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2018 die These aufgestellt, der Vermieter dürfe auch nach Mietende mit streitigen Forderungen nicht gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch aufrechnen.⁵³ Dem folgen Teile des Schrifttums.⁵⁴ Die Gegenauffassung meint, der Vermieter könne auch mit streitigen Ansprüchen aufrechnen.⁵⁵

⁴⁹ BGH, Urt. v. 11.07.2012 – VIII ZR 36/12 – NZM 2012, 678; ebenso LG Köln, Urt. v. 31.07.2007 - 10 S 165/06 - juris - Rn. 32 f.; LG Hamburg, Beschl. v. 13.06.2016 - 307 T 1/16 - ZMR 2016, 876; AG Schöneberg, Urt. v. 12.12.1989 - 16 C 674/89 - WuM 1990, 426; AG Brandenburg, Urt. v. 22.06.2017 - 31 C 112/16 - NJOZ 2018, 857, 858, Rn. 13; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 101; Schneider in: Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl. 2018, § 551 BGB Rn. 12; Schur in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/ Würdinger, juris-PK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 551 BGB Rn. 20; Zeibig, Die Mietkautionszahlung, 2012, S. 249.

⁵⁰ Dickersbach, WuM 2006, 595, 596 f.; Lützenkirchen in: Ermann, BGB, 15. Aufl. 2017, § 551 BGB Rn. 5.

⁵¹ So die Formulierung bei BGH, Urt. v. 11.07.2012 – VIII ZR 36/12 – NZM 2012, 678, 679 Rn. 10 m.w.N.

⁵² Vgl. BGH, Urt. v. 11.07.2012 – VIII ZR 36/12 – NZM 2012, 678

⁵³ AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018 – 425 C 5350/17 – WuM 2018, 204, 205 (juris: Rn. 21); dem folgend LG Dortmund, Beschl. v. 16.11.2018 - 1 S 85/18 - „juris“ (Hinweisbeschluss nach § 522 ZPO zu der Ausgangsentscheidung des AG Dortmund); ebenso für die Zeit vor dem Prozess: LG Krefeld, Beschl. v. 27.12.2018 – 2 T 31/18 – WuM 2019, 84.

⁵⁴ Vgl. etwa Lützenkirchen, MDR 2019, 257, 262; schon vor der Entscheidung etwa Heicke, VIA (Verbraucherinsolvenz aktuell) 2017, 49, 51.

⁵⁵ Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 100; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.08.2008 - 8 W 34/18 - NJW-RR 2009, 514.

M.E. darf der Vermieter mit streitigen wie mit unstreitigen Forderungen gleichermaßen aufrechnen. Der Vermieter muss sogar aufrechnen, wenn er sich gegen den Rückzahlungsanspruch des Mieters verteidigt. Die Aufrechnung bringt den Kautionsrückzahlungsanspruch zum Erlöschen, wenn die Forderung des Vermieters besteht (§ 389 BGB).

Die Aussage, der Vermieter dürfe nicht aufrechnen, solange und soweit der Mieter die Forderung bestreite, vermengt m.E. das materielle Recht mit der Frage von streitig und unstreitig im Tatsächlichen. Maßgebend nach dem Grundsatz des § 387 BGB ist, ob sich zur Aufrechnung geeignete Forderungen gegenüberstehen - nicht, ob die jeweils andere Seite die Forderung bestreitet.

Ein materiell-rechtliches Aufrechnungsverbot kann nur aus dem materiellen Recht kommen. Beispiele: Gegen eine Forderung aus vorsätzlich unerlaubter Handlung kann nicht aufgerechnet werden (§ 393 BGB). Gegen unpfändbare Forderungen kann nicht aufgerechnet werden (§ 394 BGB). Der Vermieter darf nach dem gerade zuvor Gesagten⁵⁶ gegen den Anspruch des Mieters auf Rückzahlung der Kautions nicht mit mietvertragsfremden Forderungen aufrechnen.⁵⁷ Es gibt aber m.E. keine Rechtsmacht eines Aufrechnungsgegners, durch Bestreiten einer Forderung ein Aufrechnungsverbot herbeizuführen.

Infolge der Gestaltungswirkung der Aufrechnung wäre das auch kaum umzusetzen, wenn der Mieter etwa erst nach Zugang einer Aufrechnungserklärung - i.d.R. nach Zugang der Kautionsabrechnung - die Vermieterforderungen erstmals bestreitet. Eine einmal erklärte Aufrechnung hat endgültige Wirkung. Die Aufrechnungserklärung ist eine sofort wirkende materielle Gestaltungserklärung.⁵⁸ Die erloschenen Forderungen können nicht durch einen Widerruf oder eine Rücknahme der Aufrechnung wieder hergestellt werden.⁵⁹ Die Aufrechnung verträgt als Verfügung auch keinen Schwebezustand.⁶⁰ Dann ist es m.E. auch nicht möglich, eine einmal wirksam erklärte Aufrechnung wieder zu beseitigen, indem der Mieter zu einem späteren Zeitpunkt, etwa nach Prüfung der Kautionsabrechnung, die Gegenforderung erstmals bestreitet.

Davon ganz unabhängig ist die Frage, ob der Vermieter jetzt die Kautions auch verwerten darf, ob er also das Kautionsguthaben infolge des Erlöschens des Rückforderungsanspruchs aus dem abgesonderten in sein eigenes Vermögen überführen darf. Darauf wird noch einzugehen sein.⁶¹ Wichtig an dieser Stelle ist die Differenzierung: Die Aufrechnung beseitigt den Rückzahlungsanspruch. Dadurch ist der Vermieter im Übrigen auch wegen seiner Forderungen befriedigt (§ 389 BGB). Die Kautions ist aber in diesem Moment immer noch getrennt angelegt. Es ist m.E. nicht richtig, bei der Barkautions Aufrechnung und Verwertung einfach gleichzusetzen.⁶²

⁵⁶ Gerade unter III.3.a.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 11.07.2012 – VIII ZR 36/12 – NZM 2012, 678.

⁵⁸ Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 12.07.2007 – 5 U 132/06 – juris Rn. 25; Gursky in: Staudinger, BGB (2016), § 388 BGB Rn. 3 m.w.N.; Wagner in: Ermann, BGB (15. Aufl. 2017), § 388 BGB Rn. 3.

⁵⁹ Vgl. Schlüter in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 389 BGB Rn. 3 m.w.N.

⁶⁰ Wagner in: Ermann, BGB (15. Aufl. 2017), § 388 BGB Rn. 3; BGH, Urt. v. 28.02.1957 - VII ZR 13/56 - NJW 1957, 825.

⁶¹ Unter IV.

⁶² So aber etwa bei V. Emmerich in: Staudinger, BGB (2018), § 551 BGB Rn. 31; AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018 – 425 C 5350/17 – WuM 2018, 204, 205; LG Krefeld, Beschl. v. 27.12.2018 – 2 T 31/18 – WuM 2019, 84; Lützenkirchen, MDR 2019, 257, 261 unter III.; anders (Verwertung): LG Darmstadt, Beschl. v. 11.09.2007 - 25 S 135/07 - WuM 2008, 726 (allerdings war ein verpfändetes Sparkonto betroffen); ausdrücklich differenzieren OLG Frankfurt, Urt. v. 15.04.2011 - 2 U 192/10 - ZMR 2011, 870, ... juris Rn. 28; LG Halle, Urt. v. 25.09.2007 - 2 S 121/07 - NZM 2008, 685 unter 2.f (juris: Rn. 18).

Die Differenzierung lässt sich auch in ähnlicher Weise im Pfandrecht ablesen. Der Pfandgläubiger darf sich materiell-rechtlich aus dem Pfandgegenstand befriedigen, sobald seine Forderung fällig ist (§ 1228 Abs. 2 BGB). Das BGB stellt dann aber zusätzliche Voraussetzungen für die Umsetzung auf, insbesondere Androhung und Wartefrist (§ 1234 BGB). In gleicher Weise sind Erlöschen des Rückzahlungsanspruchs und Verwertungsrecht an dem Vermögensgegenstand „Kautions“ zu trennen.⁶³

Für die Frage eines Aufrechnungsverbots bleibt festzuhalten, dass für mietvertragliche Forderungen des Vermieters keines gibt. Besteht die Forderung materiell-rechtlich, kann sie auch zur Aufrechnung gestellt werden. Der Kautionsrückzahlungsanspruch erlischt in gleichem Umfang.

4. Fälligkeit

Der nächste Punkt betrifft die Fälligkeit des Anspruchs.

a. Meinungsstreit

Vier verschiedene Auffassungen werden vertreten, die hier in der Reihenfolge dargestellt werden, in der sich die Schwierigkeiten für den Mieter vergrößern.

aa. Abrechnungsreife. Der Anspruch wird fällig, sobald Abrechnungsreife eingetreten ist. Das war wohl lange Zeit - bis zu einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2016⁶⁴ - herrschende Meinung.⁶⁵ Im Schrifttum wird es auch aktuell noch vertreten.⁶⁶

Konsequenz: Der Mieter kann auf Zahlung klagen, wenn er keine Abrechnung bekommt. Er muss nur Einzahlung der Kautions, Ende des Mietverhältnisses, Rückgabe der Wohnung und Ablauf der Abrechnungsfrist vortragen. Wenn der Vermieter dann Gegenforderungen zur Aufrechnung stellt, wird darüber im Prozess um die Kautions entschieden.

bb. Abrechnungsreife und keine Gegenforderungen. Der Anspruch wird fällig, sobald Abrechnungsreife eingetreten ist und wenn außerdem keine Forderungen des Vermieters bestehen. So hat es der BGH 2016 entschieden.⁶⁷ Voraussetzung ist also nicht nur der Ablauf einer angemessenen Prüfungs- und Überlegungsfrist, sondern zusätzlich der Wegfall des Sicherheitsbedürfnisses.

Konsequenz: Der Mieter kann auf Zahlung klagen, wenn er die gerade genannten Punkte vorträgt und außerdem - wahrheitsgemäß - vortragen kann, dass dem Vermieter keine Ansprüche zustehen. Wenn der Vermieter dann doch Gegenansprüche zur Aufrechnung stellt, wird darüber im Prozess entschieden.

⁶³ Vgl. LG Halle, Urt. v. 25.09.2007 - 2 S 121/07 - NZM 2008, 685 unter 2.f (juris: Rn. 18).

⁶⁴ BGH, Urt. v. 20.07.2016 - VIII ZR 263/14 - NJW 2016, 3231.

⁶⁵ Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.04.2005 - 24 W 16/05 - MDR 2005, 981; OLG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2011 - 10 U 118/11 - MDR 2012, 577; OLG Köln, Beschl. v. 05.12.1997 - 19 W 45/97 - WuM 1998, 154; OLG Hamm, Urt. v. 03.12.1991 - 7 U 101/90 - NJW-RR 1992, 1036; LG Kiel, Urt. v. 04.05.2000 - 10 S 5/00 - WuM 2001, 238; LG Potsdam, Urt. v. 25.08.2005 - 11 S 278/04 - WuM 2005, 772, 773; AG Flensburg, Urt. v. 23.03.2000 - 61 C 558/99 - WuM 2000, 598; AG Hamburg, Urt. v. 20.02.2006 - 644 C 111/05 - „juris“ Rn. 37; Lützenkirchen in: Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 551 BGB Rn. 144; wohl auch noch BGH, Urt. v. 15.07.2009 - VIII ZR 307/08 - WuM 2009, 587, 588.

⁶⁶ Schur in: jurisPK-BGB Band 2, 8. Aufl. 2017, § 551 BGB Rn. 24; Horst/Popiel in: Lützenkirchen, Anwaltshandbuch Mietrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. K 456, 457; offen gelassen bei V. Emmerich in: Staudinger, BGB (2018) § 551 BGB Rn. 30.

⁶⁷ BGH, Urt. v. 20.07.2016 - VIII ZR 263/14 - NJW 2016, 3231 Rn. 12.

cc. Abrechnung. Der Anspruch wird erst fällig, sobald der Vermieter abgerechnet hat.⁶⁸

Eine dritte Auffassung verlangt zusätzlich, dass der Vermieter abgerechnet hat.

Konsequenz: Der Mieter kann auch nach Abrechnungsreife gar nicht direkt auf Rückzahlung des Betrags klagen, wenn er keine Gegenforderungen sieht. Er muss vielmehr zunächst auf Abrechnung der Kautions klagen. Er könnte insoweit eine Stufenklage erheben, die zunächst auf Abrechnung und in der zweiten Stufe auf Auszahlung des sich ergebenden Betrags gerichtet ist.

dd. Abrechnung und keine Geltendmachung von Gegenforderungen.

Die strengste Auffassung vertritt das Amtsgericht Dortmund in der schon erörterten Entscheidung. Der Anspruch wird danach erst fällig, sobald der Vermieter abgerechnet hat und wenn außerdem der Vermieter dort keine Gegenansprüche geltend macht, die einer getrennten Klärung bedürften. Das Amtsgericht Dortmund hat das so formuliert: „Daraus folgt ..., dass der Mieter bei Bestehen von strittigen Forderungen keinen Kautionsrückzahlungsanspruch gegen den Vermieter hat.“⁶⁹ Nicht nur „bestehende“, also berechtigte Forderungen beseitigen demzufolge die Fälligkeit, sondern alle Forderungen die der Vermieter aufstellt – unabhängig davon, ob sie berechtigt sind oder nicht.

Konsequenz: Der Anspruch des Mieters auf Kautionsrückgewähr wird erst dann fällig, wenn abgerechnet ist und „wenn die Parteien sich entweder über die Höhe der Gegenforderung geeinigt haben oder wenn *der Vermieter*⁷⁰ seinen Anspruch rechtskräftig tituliert hat.“⁷¹ Infrage käme wohl auch eine negative Feststellungsklage des Mieters zu den strittigen Gegenforderungen. Jedenfalls aber würde gelten: keine Fälligkeit vor Einigung oder rechtskräftiger Klärung zu allen infrage kommenden Gegenforderungen.

b. Stellungnahme

In der Entscheidung sollen die Voraussetzungen in umgekehrter Reihenfolge untersucht werden, um zu prüfen, welche letztlich verbleiben.

Zu dd. Fraglich ist also zunächst, ob es Voraussetzung für die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs ist, dass der Vermieter abgerechnet hat und dabei auch keine Gegenforderungen geltend macht, seien sie unstrittig oder strittig. Das Amtsgericht Dortmund stellt für seine Auffassung, auch strittige Gegenforderungen würden die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs verhindern, auf einen Umkehrschluss ab. Der Vermieter dürfe nach Mietende mit streitigen Forderungen nicht gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch aufrechnen. Dann habe aber umgekehrt der Mieter auch keinen fälligen Anspruch gegen den Vermieter. Die Parteien müssten zunächst einvernehmliche oder gerichtliche Klärung über die möglichen Gegenforderungen herbeiführen.⁷² Das LG Dortmund führt ergänzend aus, Fälligkeitsvoraussetzung sei das Entfallen des Sicherheitsbedürfnisses. Vor einer Klärung aller Gegenforderungen entfalle das Sicherheitsbedürfnis aber nicht.⁷³

⁶⁸ So Bieber in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 551 BGB Rn. 29; AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018 - 425 C 5350/17 - WuM 2018, 204, 205; Hinz, NZM 2019, 76, 81; unter V.; Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 1. Aufl. 2015, Anh. zu §§ 562-562d BGB Rn. 261.

⁶⁹ AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018 – 425 C 5350/17 – WuM 2018, 204, 206 (juris: Rn. 22).

⁷⁰ Im Urteilstext „die Beklagte“, vgl. AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018 – 425 C 5350/17 – WuM 2018, 204, 206 (juris: Rn. 26).

⁷¹ AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018 – 425 C 5350/17 – WuM 2018, 204, 205 (juris: Rn. 22).

⁷² AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018 – 425 C 5350/17 – WuM 2018, 204, 205 (juris: Rn. 22); ebenso LG Dortmund, Beschl. v. 16.11.2018 - 1 S 85/18 - „juris“ (Hinweisbeschluss nach § 522 ZPO zu der Ausgangsentscheidung des AG Dortmund).

⁷³ LG Dortmund, Beschl. v. 16.11.2018 - 1 S 85/18 - „juris“ (Hinweisbeschluss nach § 522 ZPO zu der Ausgangsentscheidung des AG Dortmund) Rn. 3.

Für diese sehr strenge Auffassung könnte ein weiteres Argument sprechen, dass die Dortmunder Gerichte allerdings nicht herangezogen haben. Es betrifft die Rechtslage, wenn streitig erhobene - aber nicht bestehende - Forderungen kein Hinderungsgrund für die Fälligkeit wären, wenn also ein Gericht der Dortmunder Linie nicht folgt. In diesem Fall würde das Amtsgericht die Gegenforderungen des Vermieters im Zahlungsprozess klären. Hält es die Vermieterforderungen für unbegründet, erlässt es ein vorläufig vollstreckbares Zahlungsurteil. In den Fällen des § 708 Nr. 11 (Hauptforderung bis 1.250 €) ist dieses Urteil vorläufig vollstreckbar. Der Vermieter hätte die Kautions verloren. Wenn dann das Landgericht seine Gegenforderungen bejaht, wird zwar die Klage des Mieters in zweiter Instanz abgewiesen. Die Kautions ist aber weg.

M.E. ist dieser Auffassung gleichwohl nicht zu folgen.

Zunächst ist es nach dem gerade Gesagten⁷⁴ m.E. schon nicht richtig, dass der Vermieter nicht aufrechnen dürfe. Er darf aufrechnen und muss sogar aufrechnen, wenn er sich gegen den Rückzahlungsanspruch des Mieters verteidigt.

Die Aussage, der Mieter habe keinen Rückgewähranspruch, soweit und solange es „strittige Forderungen“ des Vermieters gebe, vermengt m.E. wieder das materielle Recht mit der Frage streitig oder unstreitig. Es gilt auch hier für die Beurteilung der materiell-rechtlichen Fälligkeit das materielle Recht: Wenn es keine Gegenforderungen gibt, hat der Mieter einen Anspruch auf Rückgewähr der Kautions. Das gilt unabhängig davon, ob der Vermieter sich einer Gegenforderung berührt oder nicht. Ohne Gegenforderungen gibt es materiell-rechtlich kein Sicherheitsbedürfnis. Dann ist die Kautions zurück zu gewähren.

Die Fälligkeit von der Benennung streitiger Forderungen abhängig zu machen, würde schließlich auch zu unbilligen Ergebnissen führen. Der Vermieter könnte nämlich dann die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs dadurch beeinflussen, dass er zahlreiche Gegenforderungen „aufbaut“. Der Mieter müsste sich daran erst „arbeiten“, bevor er einen fälligen Zahlungsanspruch geltend machen könnte.

Auch das Argument der vorläufigen Vollstreckbarkeit ist m.E. kein Gegenargument. Das ist die gesetzliche Wertung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit, die dieses Risiko immer beinhaltet. Wenn etwa in einem regulären Zahlungsprozess jemand in erster Instanz zu Unrecht zur Zahlung verurteilt wird, geschieht das Gleiche. Das bereits beigetriebene Geld kann weg sein, der Schadensersatzanspruch nach § 717 Abs. 2 ZPO wertlos. Es greift das System, das die ZPO dazu aufbaut. Die vorläufige Vollstreckbarkeit kann in ungünstigen Fällen zu einem Vermögensverlust führen, wenn das Urteil in der nächsten Instanz aufgehoben wird. Um die Vollstreckung durch den Mieter abzuwenden – oder um jedenfalls die Sicherheit nach § 711 Satz 1, letzter Hs. ZPO zu erhalten, kann der Vermieter im Übrigen auch seinerseits Sicherheit leisten.

Das bedeutet im Prozess: Wenn der Vermieter in seiner Kautionsabrechnung Gegenforderungen benennt, die aber streitig sind, kann der Mieter unmittelbar Kautionsrückzahlungsklage erheben. Er muss sich mit diesen Gegenforderungen in der Klage auseinandersetzen. Die Klärung der Gegenforderungen erfolgt dann im Prozess. Der Mieter muss keine negative Feststellungsklage vorschalten.⁷⁵

⁷⁴ Oben unter III.3.b.

⁷⁵ Ebenso LG Krefeld, Urt. v. 27.12.2018 – 2 T 31/18 – WuM 2019, 84.

Zu cc. Fraglich ist, ob jedenfalls eine Abrechnung vorliegen muss, damit der Anspruch auf Rückzahlung der Kautions fällig wird.⁷⁶ Zur Begründung gibt es nur von Zeibig eine Aussage. Er führt aus, die Höhe des Rückzahlungsanspruchs konkretisiere sich erst durch die mögliche Inanspruchnahme und Abrechnung. Das Entstehen und seine Fälligkeit fielen mit der Feststellung des endgültigen Saldos nach Abrechnung zusammen.⁷⁷ Zugleich schränkt Zeibig das aber selbst wieder ein und meint, diese Fälligkeitsvoraussetzung gelte für den Regelfall - aber nicht mehr bei Verstreichenlassen der Abrechnungsfrist.⁷⁸

M.E. ist mit der wohl herrschenden Meinung nicht zu verlangen, dass dem Mieter eine Abrechnung vorliegen muss, bevor sein Rückzahlungsanspruch fällig wird. Das erste Argument ist wieder die Missbrauchsgefahr. Der Vermieter könnte die Durchsetzung des Rückzahlungsanspruchs verzögern, indem er die Abrechnung unterlässt.⁷⁹

Das weitere Argument ist, dass nach dem oben Gesagten⁸⁰ gar nicht klar ist, wann eine „Abrechnung“ denn erteilt ist. Das wird etwa problematisch, wenn der Vermieter abrechnet, indem er mehrere Gegenforderungen aufstellt, die die Kautionssumme zusammen übersteigen - wenn aber nicht klar ist, ob noch weitere Forderungen bestehen.⁸¹ Darin zu Lasten des Mieters eine Fälligkeitsvoraussetzung zu sehen, hätte ggf. eine Blockade seines Anspruchs zur Folge. Das Gleiche gilt, wenn nur einer Auskunft über maßgebende Umstände vom Vermieter verlangt wird. Auch das ist so unbestimmt, dass sich die Fälligkeit einer Rückgewährforderung nicht anknüpfen ließe.

Das bedeutet im Prozess: Die Klage des Mieters wäre nicht schon deswegen als derzeit unbegründet abzuweisen, weil er in der Abrechnungsfrist keine Abrechnung erhalten hat.⁸² Ob die Klage ohne vorherige Abrechnung zweckmäßig ist, ist eine zweite Frage. Wenn mit der herrschenden Meinung ein Abrechnungs- oder jedenfalls Auskunftsanspruch bejaht wird, könnte der Mieter diesen vorher isoliert geltend machen, um zu vermeiden, im Rückzahlungsprozess von Gegenforderungen überrascht zu werden. Er muss das aber nicht tun.

Zu bb. und aa. Damit bleiben die ersten beiden Auffassungen zu entscheiden. Verlangt die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs außer dem Ablauf der Abrechnungsfrist zusätzlich den Wegfall des Sicherungsbedürfnisses?

Die ältere Rechtsprechung hat den Ablauf der Abrechnungsfrist wohl mit der unausgesprochenen Begründung ausreichen lassen, dass der Vermieter andernfalls immer noch durch Passivität den Mieter blockieren könnte.⁸³ Letztlich ist das ein Argument, das aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet wird.

Dagegen spricht aber, dass der Mieter eben nicht rechtlos gestellt wird, wenn er keine Abrechnung erhält. Er kann auch, wenn nach seiner eigenen Prüfung keine Ansprüche gegeben sind, nach dieser Auffassung direkt auf Zahlung klagen.⁸⁴ Dort muss er das Nichtbestehen von Ansprüchen dann

⁷⁶ So Bieber in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 551 BGB Rn. 29; Zeibig, Die Mietkaution, Dresden 2012, 247 und 250.

⁷⁷ Zeibig, Die Mietkaution, S. 247.

⁷⁸ Zeibig, Die Mietkaution, Dresden 2012, 250.

⁷⁹ Vgl. Häublein, ZMR 2017, 445, 453.

⁸⁰ II.1.b.

⁸¹ Beispiel oben unter II.2.b.aa.

⁸² So wohl auch Zeibig, Die Mietkaution, Dresden 2012, S. 250.

⁸³ Vgl. (inzident) OLG Hamm, Urt. v. 03.12.1991 - 7 U 101/91 - NJW-RR 1992, 1036; LG Kiel, Urt. v. 04.05.2000 - 10 S 5/00 - WuM 2001, 238, 239.

⁸⁴ Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.06.2009 - 19 W 23/09 - NJW-RR 2010, 585, 586 Rn. 12; Ludley, NZM 2013, 777, 782.

darlegen.⁸⁵ Konkret gilt dann für den Prozess, dass der Mieter in der Darlegung - Gegenansprüche bestehen nicht - sich mit Gegenansprüchen, die er bestreitet, schon in der Klage auseinandersetzen muss (§ 130 Nr. 4 ZPO).

Beispiel: „Der Beklagte hat vorgerichtlich erklärt, er werde noch Schadensersatz für den zerstörten Glaseinsatz der Küchentür verlangen. Dieser Einsatz war aber schon bei Mietbeginn nicht mehr vorhanden.“

Wird er im Prozess mit Schadensersatzforderungen konfrontiert, die er vorher nicht genau kennen konnte, bleibt ihm die Möglichkeit der Erledigungserklärung. Dann muss nach § 91a ZPO der Vermieter die Kosten tragen, weil er nicht rechtzeitig abgerechnet hatte.⁸⁶

Auch nach der strengeren Auffassung des BGH ist der Mieter also nicht blockiert, wenn der Vermieter passiv bleibt. Dementsprechend widerspricht es nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn die Fälligkeit der Kautionsrückzahlung an das Nichtbestehen von Gegenansprüchen geknüpft wird. Umgekehrt ist zu berücksichtigen, dass der Sicherungszweck der Kautionsrückzahlung im Grundsatz fortbesteht, auch wenn der Vermieter nicht rechtzeitig abgerechnet hat.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Auffassung des BGH dem Mieter in der Verjährungsfrage günstig ist, weil die Verjährungsfrist regelmäßig nicht vor Fälligkeit eines Anspruchs zu laufen beginnt.⁸⁷

M.E. bleibt es daher abschließend bei den Vorgaben des BGH: Der Mieter hat danach den Anspruch, wenn erstens die Überlegungsfrist abgelaufen ist und wenn es zweitens keine Gegenforderungen des Vermieters gibt. Diese beiden Punkte muss der Mieter darlegen, damit seine Klage schlüssig ist.⁸⁸ Der Mieter kann unter diesen Voraussetzungen unmittelbar auf Rückzahlung klagen, auch wenn er keine Abrechnung erhalten hat.⁸⁹ Ob es die Gegenforderungen tatsächlich gibt, ist im Kautionsrückzahlungsprozess durch Beweisaufnahme zu klären.

Auch hier ist zu beachten, dass der Kautionsrückgewähranspruch bei der Barkautionsrückzahlung teilbar ist. Das kann dazu führen, dass der Anspruch nur insoweit nicht fällig wird, wie die Gegenforderungen bestehen oder noch – bei den Betriebskostennachforderungen – entstehen könnten. Der Mieter kann auf Auszahlung der „restlichen Kautionsrückzahlung“ klagen.

Die schon benannte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2016⁹⁰ zur Fälligkeit steht dem nicht entgegen. Diese Entscheidung betraf ein Sparbuch, das nur ganz herausgegeben werden konnte oder nicht. Das lässt keine Aussage für eine teilbare Barkautionsrückzahlung zu. Bei der Barkautionsrückzahlung kann der Mieter nach dem oben zum Inhalt des Anspruchs Gesagten⁹¹ auf Zahlung eines Restbetrags klagen, wenn er sich die Abzüge gefallen lässt.⁹² In einer Entscheidung aus dem Jahre 2009 hat der BGH auch - ohne dass die Frage dort überhaupt problematisiert worden wäre - dem Mieter einen Anspruch auf Auskehrung einer Restkautionsrückzahlung zugestanden.⁹³

c. Die Entscheidung des BGH vom 24.07.2019

⁸⁵ Ludley, NZM 2013, 777, 782.

⁸⁶ Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 16.06.2009 – 19 W 23/09 – NJW-RR 2010, 585, 586, Rn. 15.

⁸⁷ Sh. unten unter V.1.

⁸⁸ Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 102 und in: Blank/Börstinghaus, Miete, 5. Aufl. 2017, § 551 BGB Rn. 105; V. Emmerich in: Staudinger, BGB (2018), § 551 BGB Rn. 30.

⁸⁹ OLG Karlsruhe, Urt. v. 16.06.2009 – 19 W 23/09 – NJW-RR 2010, 585, 586 (Rn. 12).

⁹⁰ BGH, Urt. v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14 – NJW 2016, 3231.

⁹¹ Unter III.1.a.

⁹² Vgl. Hinz, NZM 2019, 76, 82.

⁹³ Vgl. BGH, Urt. v. 15.07.2009 - VIII ZR 307/08 - WuM 2009, 587, 588.

Als Anhang soll noch kurz erörtert werden, ob der BGH mit der Entscheidung 2019 selbst eine andere Linie verfolgt.

In der Entscheidung steht nämlich wörtlich: Eine gewährte Kautions wird mit dem Zugang der Abrechnung beim Mieter zur Rückzahlung fällig.⁹⁴ Die Fälligkeit sei nicht noch über die Erteilung der Abrechnung hinauszuschieben.⁹⁵ M.E. verlässt damit der BGH nicht seine eigene Linie von 2016. Die Sätze sind im Zusammenhang damit zu lesen, dass in dem entschiedenen Fall eine Abrechnung eben erteilt war. Damit war der Rückzahlungsanspruch notwendig fällig, weil die erteilte Abrechnung die Abrechnungsfrist beendet. M.E. ist die Entscheidung nicht so zu lesen, dass der Mieter immer erst die Abrechnung abwarten muss, bevor er seinen Rückzahlungsanspruch geltend machen kann.

IV. Verwertungsrecht des Vermieters

Es bleibt als weiterer Punkt die Frage des Verwertungsrechts des Vermieters. Sie spielt mittelbar eine Rolle für den Anspruch, weil der Rückgewähranspruch nach der Verwertung eben ins Leere geht.

Nachrichtlich: Während der Mietzeit besteht die Pflicht zur getrennten Anlage uneingeschränkt. In dieser Zeit darf der Vermieter sich nach wohl ganz herrschender Meinung nur wegen titulierter oder unstreitiger Ansprüche aus der Kautions befriedigen und hat dann einen Wiederauffüllungsanspruch. Streitige Ansprüche erlauben ihm keinen Zugriff, weil sonst die treuhänderische Bindung wertlos wäre.⁹⁶ Soweit teilweise der Zugriff vor Mietende auch wegen „unmittelbar liquider“ oder „offensichtlich begründeter“ Forderungen erlaubt wird⁹⁷, ist das m.E. problematisch. Die Kategorie „offensichtlich begründet“ wäre nicht mehr abzugrenzen. Die Rechtsprechung hat das auch jeweils so eingeschränkt, dass das Bestreiten des Mieters im konkreten Fall nur noch als rechtsmissbräuchlich angesehen werden könne.

Für die Zeit nach Mietende soll hier zunächst der Meinungsstand dargestellt werden, wie er bis zu der BGH-Entscheidung im Juli 2019⁹⁸ zusammengefasst werden konnte. Die genannte BGH-Entscheidung soll gesondert im Anschluss untersucht werden, weil die Einordnung etwas schwieriger sein könnte.

1. Meinungsstand und Stellungnahme

Es gibt im Ergebnis wohl zwei Auffassungen. Eine Auffassung meint, der Vermieter dürfe nach Beendigung des Mietverhältnisses auch wegen solcher Forderungen durch Verwertung auf die Kautions zugreifen, die streitig seien.⁹⁹ Die Gegenauffassung meint, im Streitfall müsse der Vermieter das Bestehen seiner Gegenforderungen zunächst auf dem Rechtsweg klären lassen.¹⁰⁰

⁹⁴ BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris – Rn. 24.

⁹⁵ BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris – Rn. 29.

⁹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 07.05.2014 - VIII ZR 234/13 - WuM 2014, 418, 419 - mit zahlreichen Nachweisen; Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 91.

⁹⁷ Vgl. etwa AG Hamburg Altona, Urt. v. 17.09.2012 - 314a C 28/12 - ZMR 2013, 47, ...; LG Mannheim; Urt. v. 20.03.1996 - 4 S 123/95 - WuM 1996, 269.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris -.

⁹⁹ OLG Hamm, Urt. v. 11.02.2016 – 18 U 42/15 – ZMR 2016, 619, ... (juris Rn. 45); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.08.20008 – 8 W 34/08 – NJW-RR 2009, 514; KG, Beschl. v. 09.09.2013 – 8 U 254/12 – MDR 2014, 144; LG Hamburg, Urt. v. 29.11.2016 – 3 O 247/16 – ZMR 2017, 164, ...; AG Brandenburg, Urt. v. 22.06.2017 – 31 C 112/16 – NJOZ 2018, 857, 859 Rn. 19 f; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. 2015, § 551 BGB Rn. 149; Schneider in: Spielbauer/Schneider, Mietrecht, 2. Aufl. 2018, Rn. 136; wohl auch Blank in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 551 BGB Rn. 100, der allerdings von Aufrechnung spricht.

¹⁰⁰ Vgl. LG Berlin, Beschl. v. 20.07.2017 – 67 S 111/17 – WuM 2017, 527; LG Darmstadt, Beschl. v. 11.09.2007 – 25 S 135/07 – WuM 2008, 726; LG Krefeld, Beschl. v. 27.12.2018 – 2 T 31/18 – WuM 2019, 84; LG Wuppertal,

Für diese Entscheidung kommt es auf die Gewichtung der Funktionen an, die der Kautio zukommen. Für den Vermieter hat die Kautio eine Sicherungs- und eine Verwertungsfunktion. In Höhe der Kautio ist er vor dem Risiko einer Mieterinsolvenz geschützt. Verwertungsfunktion heißt, dass er sich ohne Zwangsvollstreckung aus der Kautio direkt wegen seiner Ansprüche befriedigen kann. Umgekehrt steht die Kautio unter einer treuhänderischen Bindung. Der Vermieter muss die Kautio getrennt von seinem Vermögen anlegen (§ 551 Abs. 3 Satz 1 BGB). Das bedeutet, dass auch der Mieter vor der Insolvenz des Vermieters geschützt werden soll.

Zu bewerten ist, wie sich diese Funktionen nach Mietende gegenüber stehen.

Für den Vorrang der Verwertungsfunktion wird ausgeführt, bei der Kautio gehe es gerade auch darum, der Vermieter sich schnell und einfach befriedigen könne.¹⁰¹ Soweit auch von einer wirtschaftlichen Befriedigung die Rede ist, wird das immerhin beeinträchtigt, wenn der Vermieter erst den Umweg über einen Prozess machen müsste.¹⁰²

Für den Vorrang der Sicherungsfunktion wird angeführt, dass auch nach Mietende das Insolvenzrisiko des Vermieters nicht auf den Mieter abgewälzt werden dürfe.¹⁰³ 2015 hatte auch der BGH im anderen Zusammenhang ausgeführt, die treuhänderische Bindung der Kautio ende nicht schon mit dem Ende des Mietverhältnisses, sondern erst mit der Rückgewähr der Kautio.¹⁰⁴ Dort machte der Mieter noch nach Mietende ein Zurückbehaltungsrecht gegenüber Forderungen des Vermieters geltend, und zwar bis zum Nachweis der getrennten Anlage der Kautio. Daraus wurde vielfach gefolgert, dass der BGH in Richtung Vorrang der Sicherungsfunktion tendierte. Gestützt wurde diese Annahme dadurch, dass Frau Milger in einem Vortrag in Weimar, ausführte der Vermieter dürfe auch nach Mietende nur wegen unstreitiger oder rechtskräftig festgestellter Forderungen auf die Kautio zugreifen. Bis zu dieser Feststellung könne der Mieter auf der weiterhin getrennten Anlage bestehen.¹⁰⁵

Zu treffen ist hier eine reine Wertungsentscheidung. Mit dem Wortlaut des § 551 Abs. 3 BGB wäre beides vereinbar. Die Anlagepflicht besteht nicht unbegrenzt. Vielmehr sind die Verwertungs- und Sicherungsinteressen sind gegeneinander abzuwägen.

M.E. ist es richtig, auch nach Mietende die Sicherungsfunktion für den Mieter überwiegen zu lassen. Das zeigt auch eine Interessenabwägung. Der Nachteil für den Vermieter liegt nur in dem Zeitverlust, den die gerichtliche Klärung seiner bestrittenen Forderung benötigt. Der Nachteil für den Mieter läge aber, wenn der Vermieter insolvent ist, im Totalverlust.

Außerdem ergibt sich bei dieser Wertung eine ausgewogene Lösung, in der jede Seite materiell-rechtlich die gewünschten Rechtsfolgen herbeiführen kann – in der aber im Streitfall die gerichtliche Klärung für beide Seiten vorgeschaltet werden muss. Diese Klärung ist beiderseits erforderlich, bevor Geld fließt, das dann für die Gegenseite verloren sein kann.

Urt. v. 27.11.2003 – 9 S 194/03 – NZM 2004, 298; V. Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2008, § 551 BGB Rn. 31.

¹⁰¹ Vgl. LG Berlin, Urt. v. 15.01.2007 – 62 T 5/07 – juris; AG Brandenburg, Urt. v. 22.06.2017 – 31 C 112/16 – NJOZ 2018, 857, 859 Rn. 20 unter Verweis auf BGH, Beschl. v. 01.08.1987 - VIII ARZ 2/87 - NJW 1987, 2372.

¹⁰² OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.08.2008 – 8 W 34/08 – NJW-RR 2009, 514; LG Hamburg, Urt. v. 29.11.2016 – 316 O 247/16 – ZMR 2017, 164, ... - „juris“ Rn. 13.

¹⁰³ V. Emmerich in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2018, § 551 BB Rn. 31.

¹⁰⁴ BGH, Beschl. v. 09.06.2015 – VIII ZR 324/15 – WuM 2015, 549 f. Rn. 7.

¹⁰⁵ Milger, WiT (Dokumentation der Weimarer Immobilienrechtstage) 2014, 7, 15 f.

Gibt es die Forderungen nicht, hat der Mieter einen Kautionsrückgewähranspruch. An das Geld kommt er über eine Klage, für die er neben der Abrechnungsreife den Wegfall des Sicherheitsbedürfnisses vorzutragen hat.

Gibt es die Forderungen, kann der Vermieter durch Aufrechnung den Rückgewähranspruch materiell-rechtlich zum Erlöschen bringen. Solange der Mieter die Forderung bestreitet, kommt der Vermieter auf dem Umweg über die gerichtliche Klärung an die Sicherheit, also an das Geld.

Das System ist also in sich geschlossen.

Fraglich wäre allerdings noch, ob nicht hier nun an dieser Stelle die materielle Rechtslage, also das Verwertungsrecht, mit der Kategorie streitig/unstreitig vermengt wird, wenn das Verwertungsrecht an die Zustimmung des Mieters oder eine gerichtliche Entscheidung geknüpft wird. Diese Vermischung besteht tatsächlich, weil es auch bei der Verwertung um ein materielles Recht geht.

Hier ist sie aber nicht systemfremd und - anders als bei der Rechtsgestaltung durch Aufrechnung - auch umsetzbar.

Es ist nicht systemfremd, ein Verwertungsrecht an die Einigung oder gerichtliche Klärung zu knüpfen. Diese Verknüpfung findet sich in mehreren Bereichen, bei denen es um Pfandverwertung geht, im Gesetz selbst. Der Zugriff des Pfandgläubigers auf bestimmte verpfändete Rechte ist nach § 1277 BGB nur durch aufgrund eines vollstreckbaren Titels zulässig, es sei denn die Parteien verzichten darauf, erzielen also Einigkeit. Die Verwertung aufgrund von Grundpfandrechten verlangt einen dinglichen Vollstreckungstitel.¹⁰⁶

Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschriften kommt zwar nicht infrage. Sie sind nicht einschlägig, weder bei der Barkaution noch bei verpfändeten Sparbüchern und -konten.

Vor allem aber entspricht die Anknüpfung an Einigung oder rechtskräftiger Feststellung der Gegenforderung der Rechtslage während des laufenden Mietverhältnisses. Dort wird sie - nach wohl ganz herrschender Meinung¹⁰⁷ - aus dem Sicherungsgedanken des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB abgeleitet. Der Mieter kann nur durch diese Anknüpfung seinen Schutz bei einer Vermieterinsolvenz behalten. Das gilt nach Mietende gleichermaßen.

Anders als bei der Aufrechnung ist auch die Verknüpfung rechtlich problemlos umsetzbar, weil es nicht um ein Gestaltungsrecht geht. Es ginge nicht darum, die durch Aufrechnung erloschenen Forderungen wieder herzustellen. Es geht darum, dass ein Vermögensgegenstand vor jeglichem Zugriff geschützt wird, bis die Parteien sich einig sind oder ein Gericht über die Ansprüche entschieden hat.

Danach bleibt es m.E. richtig, das Verwertungsverbot bei streitigen Forderungen über das Mietende hinaus bestehen zu lassen. Es gilt nach Mietende nichts anderes als im laufenden Mietverhältnis.

V. Verjährungsfragen

Fragen zur Verjährung stellen sich in zweierlei Hinsicht. Einerseits ist zu prüfen, wann der Rückgewähranspruch des Mieters verjährt. Andererseits ist zu prüfen, ob die Verjährung von Ansprüchen des Vermieters Auswirkungen auf seine Verwertungsbefugnis haben kann.

¹⁰⁶ Vgl. nur Rohe in: BeckOK BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck, Stand 01.05.2019, § 1147 BGB Rn. 5.

¹⁰⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 07.05.2014 - VIII ZR 234/13 - WuM 2014, 418; 419 Rn. 11 mit zahlreichen Nachweisen; LG Bonn, Urt. v. 25.07.2013 - 6 S 200/12 - juris Rn. 7.

1. Verjährung des Rückgewähranspruchs

Der Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Kautionsverjährung in der regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB). Hier stellt sich die Frage nach dem Verjährungsbeginn. Die Verjährungsfrist beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit Anspruchsentstehung (und mit Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Gläubigers von seinem Anspruch und dem Schuldner). Zur Entstehung im verjährungsrechtlichen Sinne gehören die Durchsetzbarkeit des Anspruchs und damit die Fälligkeit.¹⁰⁸

Damit kommt hier der bereits erörterten Frage, wann der Kautionsrückgewähranspruch fällig wird, die entscheidende Bedeutung zu. Die Fälligkeit beginnt nach der hier vertretenen Lösung¹⁰⁹, wenn erstens die Abrechnungsfrist abgelaufen ist und wenn außerdem das Sicherheitsbedürfnis entfallen ist. Erst wenn dem Vermieter keine Ansprüche mehr zustehen, für die die Mietsicherheit zu verwerten wäre, beginnt die Verjährung des Rückforderungsanspruchs.¹¹⁰

Also ist zu prüfen, wann dem Vermieter keine Ansprüche mehr zustehen. Folgende Varianten gibt es:

Es gab schon bei Mietende keine Ansprüche des Vermieters mehr. Der Anspruch auf Kautionsrückgewähr mit Ablauf der Abrechnungsfrist fällig. Ab dem Jahresschluss (§ 199 BGB) läuft die Verjährungsfrist. Das gilt zunächst, wenn es keine Ansprüche des Vermieters gibt oder etwa auch nach Zahlung keine Ansprüche des Vermieters mehr gibt. Sobald das Sicherheitsbedürfnis entfällt, beginnt die Verjährung zu laufen.

Bei der Barkautions gilt das auch für den verbleibenden Kautionsrest, wenn die Gegenansprüche des Vermieters den Kautionsbetrag nicht erreichen. Bei der Barkautions ist der Anspruch wie oben ausgeführt¹¹¹ nämlich teilbar. Soweit der Vermieter mit eigenen Abrechnungen die Aufrechnung erklärt, erlöschen dieser Ansprüche ebenso wie der Rückgewähranspruch des Mieters. Insoweit stellt sich die Frage der Verjährung nicht mehr. Etwas schwieriger kann die Abwicklung sein, wenn die Gegenforderungen abzusehen aber der Höhe nach noch offen sind. Das betrifft vor allem eine noch ausstehende Betriebskostenabrechnung. Hier kann ggf. die Auszahlung abzüglich eines Sicherheitseinbehalts infrage kommen. Dieser Sicherheitseinbehalt ist allerdings großzügig zu bemessen.

Wichtig ist: Wieder kommt es nicht auf die Frage an, ob die Vermieteransprüche streitig sind oder nicht. Wenn die Ansprüche nicht bestehen, beginnt mit Abrechnungsreife auch die Verjährungsfrist. Der Mieter kann sich also nicht zurücklehnen, weil der Vermieter Ansprüche behauptet, die er als Mieter nicht für gegeben hält. Er kann und muss – mit seinem Rechtsvortrag – Klage erheben, um die Verjährung zu hemmen. Er kann sich auch nicht zurücklehnen, wenn er keine Abrechnung erhält. Die Abrechnung ist nicht Fälligkeitsvoraussetzung,¹¹² ihr Ausbleiben schiebt also auch den Verjährungsbeginn nicht heraus.

Handelt es sich nicht um eine Barkautions, sondern um ein verpfändetes Sparbuch oder Sparkonto, ist die Rechtslage insoweit anders, als dass der Anspruch nicht teilbar ist. Der Vermieter kann auch mangels Gleichartigkeit der Ansprüche nicht aufrechnen. Hier entfällt das Sicherheitsbedürfnis erst, sobald der Mieter die Ansprüche des Vermieters erfüllt. Ebenso kann der gesamte Rückgewähranspruch erst fällig werden, wenn die letzte Betriebskostenabrechnung vorliegt oder die

¹⁰⁸ Vgl. ausführlich Schmidt-Ränsch in Ermann, BGB, 15, Aufl. 2017, § 199 BGB Rn. 3; Grothe in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2018, § 199 BGB Rn. 4; BGH, Urt. v. 08.04.2015 – IV ZR 103/15 – NJW 2015, 1818, 1819 (Rn. 22); BGH, Beschl. v. 19.12.1990 – VIII ARZ 5/09 – NJW 1991, 836 unter III.1.

¹⁰⁹ Sh. oben unter III.4.

¹¹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 20.07.2016 – VIII ZR 236/14 – NJW 2016, 3231.

¹¹¹ Sh. Oben unter III.1.a.

¹¹² Sh. Oben unter III.4.

Ausschlussfrist abgelaufen ist. Erst jetzt beginnt auch die Verjährung. Ungeachtet dessen drängt sich gerade hier eine Verständigung – Auflösung des Sparguthabens und Aufteilung des Betrags – natürlich auf.

2. Verjährung der Vermieteransprüche – Auswirkung auf die Aufrechnungs- und Verwertungsbefugnis

Fraglich ist, ob die Verjährung seiner Ansprüche den Vermieter an einer Aufrechnung und ggf. anschließenden Verwertung der Kautionshindert. Das betrifft vor allem Schadensersatzansprüche, die in der Sechsmonatsfrist des § 548 BGB verjähren.

Für die Barkautions gilt § 215 BGB. Danach bleibt dem Vermieter die Aufrechnungsbefugnis erhalten, wenn seine Forderung in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals hätte aufgerechnet werden können.

Der Vermieter kann erstmals aufrechnen, sobald seine Forderung – z.B. auf Schadensersatz wegen Schäden an der Mietsache – fällig und die Mieterforderung auf Kautionsrückgewähr erfüllbar ist (§ 387 BGB). Das ist in der Regel nach Mietende der Fall. Der Vermieter hat einen fälligen Anspruch, etwa wegen Beschädigungen der Mietsache. Den Anspruch auf Rückzahlung der Kautions kann er erfüllen. Damit bleibt die Aufrechnungsbefugnis dem Vermieter erhalten, auch wenn der Prozess um die Rückzahlung der Kautions erst später geführt wird.¹¹³

Der Vermieter muss lediglich bei Ansprüchen aus § 281 BGB auf die Fristsetzung achten. Wenn er keine Frist setzt, die noch vor Ablauf von sechs Monaten nach Rückgabe abgelaufen ist (§ 548 BGB), ist sein Anspruch verjährt, bevor er entstanden ist. Dann hilft ihm auch § 215 BGB nicht weiter.¹¹⁴ Das ist aber kein spezielles Problem der Kautions, sondern das Problem des spezialgesetzlich geregelten Verjährungsbeginns in § 548 BGB.¹¹⁵ Diese Forderung kann verjährt sein, bevor sie entstanden ist.

Erneut gilt: Es kommt nicht darauf an, ob die Forderungen des Vermieters vom Mieter bestritten werden oder nicht. Wenn die Forderung materiell-rechtlich bestand, gibt es auch die Aufrechnungsbefugnis. Es besteht, wie oben ausgeführt, auch bei streitigen Forderungen kein Aufrechnungsverbot.¹¹⁶ Nur der Zugriff auf die treuhänderisch angelegte Kautions selbst, also die Verwertung, kann dem Vermieter aus dem Treuhandgedanken heraus verboten sein.

Handelt es sich um ein verpfändetes Sparbuch oder Sparkonto, gilt fast das Gleiche. Nach § 216 BGB kann der Vermieter sich aus der Sicherheit befriedigen, auch wenn seine Forderung verjährt ist. Hier gilt nach § 216 Abs. 3 BGB lediglich für wiederkehrende Leistungen, dass die Verjährung auch den Zugriff auf die Sicherheit verbietet. Das betrifft im Mietrecht insbesondere laufende Mieten und Betriebskostenvorauszahlungen, aber auch Betriebskostennachforderungen.¹¹⁷ Da für alle diese Forderungen aber die dreijährige Regelverjährung gilt, dürften nur sehr saumselige Vermieter von dieser Regelung überhaupt betroffen sein.

Von der Besonderheit in § 216 Abs. 3 BGB abgesehen führt die Art der Sicherheit danach zu keinen maßgebenden Unterschieden in der Behandlung der Verjährung. Auch das erscheint in der Wertung

¹¹³ A.A. Lützenkirchen, MDR 2019, 257, 260 – ausgehend von einem Aufrechnungsverbot vor Klärung des Anspruchs.

¹¹⁴ Vgl. Hinz, NZM 1979, 76, 85.

¹¹⁵ Grundlegend BGH, 19. 01. 2005 - VIII ZR 114/04 - NZM 2005, 176; dazu ausführlich V. Emmerich, NZM 2005, 248.

¹¹⁶ Sh. oben unter III.3.b.

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 20.07.2016 – VIII ZR 263/14 – NJW 2016, 3231.

richtig, weil die unterschiedlichen Kautionsformen letztlich nicht zu erheblichen Unterschieden in der Rückforderung einerseits und der Verjährung andererseits führen sollten.

VI. Die Entscheidung des BGH vom 24.07.2019

Der BGH hat mit seiner Entscheidung einem Problem begegnen wollen, dass sich aus dieser Systematik ergibt. Der Mieter kann zur Zahlung von Beträgen verurteilt werden, obwohl die Kautions vorhanden ist und verwertet werden könnte.

Der Sachverhalt lässt sich sehr verkürzt so darstellen, dass der Vermieter seine Forderungen aus dem Mietverhältnis einklagte. Die Forderungen waren zumindest teilweise streitig. Der Vermieter ließ die Kautions ganz außer Acht. Der Mieter hatte die Schwierigkeit, nicht aufrechnen zu dürfen, solange ein Sicherungsinteresse des Vermieters zu bejahen war. Es drohte ein wirtschaftlich zu hoher Zahlungstitel in dem sicheren Wissen, dass es da eine Kautions gab.

An dieser Stelle half der BGH im Ergebnis dem Mieter mit folgender Kette:

- 1) Die aktive Geltendmachung der Forderungen ist auch eine Abrechnung, die konkludente Abrechnung.
- 2) Mit der Abrechnung wird die Rückzahlungsforderung des Mieters fällig.
- 3) Der Vermieter, der abgerechnet hat, kann umgehend und muss umgehend verwerten, auch wegen streitiger Forderungen.
- 4) Verwertet der Vermieter nicht, darf jetzt der Mieter aufrechnen.
- 5) Im Ergebnis wird die Kautions von den Forderungen des Vermieters abgezogen.

Die Entscheidung verhindert also den Erfolg einer Vermieterstrategie, erst mal die eigenen Forderungen zu titulieren und damit Vollstreckungsmöglichkeiten in der Hand zu haben, die unter Berücksichtigung der Kautions zu weit gehen.

Der Zielsetzung ist zuzustimmen, der BGH zeigt eine Schutzlücke des Mieters auf. Die gewählte Herleitung ist aber zu hinterfragen. Es werden einige Grundsätze – m.E. unnötig – aufgegeben, um das gewünschte Ergebnis zu erreichen.

Der BGH schafft die konkludente Abrechnung. Das führt vorhersehbar zu Rechtsunsicherheit darüber, ob der Vermieter nun abgerechnet hat oder nicht.

Es gibt unnötig eine Verwertungsobliegenheit. Der Vermieter ist gehalten, die getrennt angelegte Barkautions in sein Vermögen zu überführen. Eine Aufrechnungsobliegenheit hätte hier ausgereicht. Möglicherweise hat hier auch der BGH Aufrechnung und Verwertung gleichgesetzt.

Die „Bestrafung“ des Vermieters geht nach der Lösung des BGH sehr weit. Der Mieter darf aufrechnen und damit die Aufrechnungsreihenfolge bestimmen. Der Mieter kann z.B. die jüngste Mietforderung zur Aufrechnung stellen. Schadensersatzforderungen kann der Vermieter dann nur noch aktiv geltend machen, und hier kann die Verjährung eingreifen. § 215 BGB wird wirkungslos. Die Entscheidungsgründe lassen offen, ob hier dem Vermieter jedenfalls noch das Widerspruchsrecht des § 396 Abs. 1 S. 2 BGB offen gehalten wird. Das ist unklar, weil der BGH dem Vermieter gerade vorhält, er hätte die Möglichkeit mit der Abrechnung die Aufrechnung zu erklären und so zu bestimmen, für welche seiner Forderungen die Kautions vorrangig verwertet werden solle.¹¹⁸ Ob mit der Säumnis des Vermieters jetzt also das Bestimmungsrecht endgültig auf den Mieter übergeht oder dem Mieter jedenfalls das Widerspruchsrecht verbleibt (um zur gesetzlichen Rangfolge zu kommen), ist nicht ganz klar. Selbst wenn das so sein wird, läuft der Vermieter Gefahr einer ungünstigen

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17 – juris, Rn. 29.

Reihenfolge, weil er den Widerspruch nur unverzüglich erklären kann. Diesen Zeitpunkt kann er durchaus verpassen, wenn ihm noch nicht einmal bewusst ist, dass er bereits – konkludent – abgerechnet hat.

Das alles ist besonders problematisch, wenn der Vermieter etwa gerade die getrennte Anlage im Interesse des Mieters beibehält, bis er eine Klärung aller Ansprüche mit seinem Mieter erreicht hat.

Folgende Ableitung bliebe eher im System:

- 1) Die aktive Geltendmachung von Forderungen ist gerade keine Abrechnung.
- 2) Der Vermieter hat seine Abrechnungsobliegenheit verletzt.
- 3) Als Folge muss er sich behandeln lassen, als habe er abgerechnet und mit den geltend gemachten Forderungen die Aufrechnung gegen den Kautionsrückzahlungsanspruch erklärt.
- 4) Es gilt dabei von vornherein die gesetzliche Reihenfolge des § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB.
- 5) Im Ergebnis wird die Kautionsrückzahlung von den Forderungen des Vermieters abgezogen.

Diese Herleitung hätte mehrere Vorteile. Die Konstruktion einer konkludenten Abrechnung wäre entbehrlich.

An die Stelle einer Verwertungsobliegenheit tritt eine bloße Abrechnungs- und Aufrechnungsobliegenheit. Der Vermieter wird so gestellt, als hätte er aufgerechnet. Über § 396 Abs. 1 Satz 2 BGB erlöschen dann vorrangig die Schadensersatzforderungen durch die Aufrechnung.

Es kann die Differenzierung zwischen Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch und Verwertung erhalten bleiben. Der Mieter würde durch Aufrechnung seinen Rückzahlungsanspruch verlieren. Der Vermieter könnte nicht ohne Rücksicht auf die Kautionsrückzahlung titulieren. Gleichwohl könnte vor dem Zugriff einer Seite auf das Geld die gerichtliche Klärung vorgeschaltet bleiben. Keine Seite müsste das Insolvenzrisiko der anderen Seite tragen.

In jedem Fall erscheint es richtig, die überschießende Titulierung zu verhindern und ist in diesem – zentralen – Punkt der aktuellen BGH-Entscheidung zuzustimmen.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Ein Anspruch auf Abrechnung der Kautionsrückzahlung ist, soweit es die Benennung der Gegenforderungen angeht, allenfalls aus den Besonderheiten des Mietrechts abzuleiten und würde in der Vollstreckung erhebliche Schwierigkeiten aufwerfen.
2. Bei der Barkautionsrückzahlung ist der Anspruch in dem Sinne teilbar, dass Zahlung wegen des Differenzbetrags verlangt werden kann, wenn auch der Mieter Gegenansprüchen zustimmt. Sofern der Anspruch - bei Herausgabe eines verpfändeten Sparbuchs - unteilbar ist, muss die Klärung vorgeschaltet werden.
3. Der Anspruch auf Rückzahlung der Kautionsrückzahlung entsteht, wenn das Mietverhältnis beendet und die Wohnung zurückgegeben ist.
4. Der Anspruch wird fällig, wenn Abrechnungsreife eingetreten ist, wenn und soweit das Sicherungsbedürfnis entfallen ist. Das ist der Fall, wenn und soweit es keine Gegenforderungen des Vermieters gibt, für die die Kautionsrückzahlung haftet. Es kommt nicht darauf an, ob diese Forderungen vorgerichtlich bestritten werden oder nicht. Die Klärung erfolgt im

Prozess.

5. Der Vermieter kann mit seinen Forderungen die Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch erklären. Es kommt nicht darauf an, ob diese Forderungen vogerichtlich bestritten werden oder nicht. Die Klärung erfolgt im Prozess. Es gibt kein Aufrechnungsverbot.
6. Der Vermieter darf erst nach einer Einigung oder gerichtlichen Klärung seiner Ansprüche die Kautions verwerten. Bis dahin besteht ein Verwertungsverbot (a.A. BGH, Urt. v. 24.07.2019 – VIII ZR 141/17).