

Rückgewähr und Abrechnung der Mietsicherheit bei Vertragsende – zur Fälligkeit der Mieteransprüche und dem damit verbundenen Informationsdefizit

*Univ.-Prof. Dr. Martin Häublein, Innsbruck**

I. Anlass des Beitrages

Die jüngste Rechtsprechung des BGH hat die Aufmerksamkeit auf die in diesem Beitrag untersuchten Probleme gerichtet. Wie so oft ist dies nicht so sehr dem Ergebnis der konkreten Entscheidung geschuldet, sondern den über den judizierten Sachverhalt hinaus weisenden Aussagen. Einführend ist diese Judikatur daher wiederzugeben und ihre Bedeutung für die Praxis herauszuarbeiten. Zugleich werden erhebliche Abweichungen von der h.L. aufgezeigt.

1. Die Judikatur des BGH

In einer viel beachteten Entscheidung hat sich der BGH am 20. Juli 2016 zum Anspruch des Wohnraummieters auf Rückgewähr einer Mietsicherheit geäußert. Bereits in älteren Judikaten gab es hierzu Aussagen, an die der Senat anknüpft und sie bestätigt. So wurde 1987 in einem Rechtsentscheid festgestellt, dem Vermieter stehe nach Mietvertragsende eine angemessene Frist zu, innerhalb deren er sich zu entscheiden habe, ob und in welcher Weise er die Kautions zur Abdeckung seiner Ansprüche verwenden will. Während dieser Zeit sei eine Aufrechnung des Mieters mit der Kautions ausgeschlossen und erst danach werde der Anspruch auf Rückzahlung der Kautions fällig. Welcher Zeitraum dem Vermieter zuzubilligen sei, hänge von den Umständen des Einzelfalles ab; diese könnten so beschaffen sein, dass mehr als sechs Monate für den Vermieter erforderlich und dem Mieter zumutbar sind.¹ Der XII. Zivilsenat befand dann 1999 ebenfalls, die Kautions werde nicht schon bei Mietvertragsende zur Rückzahlung fällig, sondern erst nach Ablauf einer sich daran anschließenden angemessenen Überlegungs- und Abrechnungsfrist.² Im Jahre 2006 ergänzte dann wieder der VIII. Zivilsenat, der Vermieter sei verpflichtet, eine vom Mieter geleistete Kautions nach Ende des Mietverhältnisses zurückzugeben, sobald er diese zur Sicherung seiner Ansprüche nicht mehr benötige. Diese Verpflichtung beruhe, wenn keine entsprechende Vereinbarung im Mietvertrag enthalten ist, auf der ergänzenden Sicherungsabrede, die der Hingabe der Kautions zugrunde liegt.³

Im ersten Leitsatz des Urteils aus dem Juli 2016 heißt es mit diesen Grundsätzen übereinstimmend, der Anspruch auf Rückgabe einer Mietsicherheit werde erst fällig, wenn eine angemessene Überlegungsfrist abgelaufen ist **und** dem Vermieter keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen darf.⁴ Diese

* Der *Autor* ist Universitätsprofessor, u.a. für Wohn- und Immobilienrecht, an der Universität Innsbruck. Der Beitrag basiert auf dem Referat des *Verf.* anlässlich des 19. Deutschen Mietgerichtstages 2017.

¹ BGHZ 101, 244, 250 f. = ZMR 1987, 412 m. Hinw. auf BGH v. 8.3.1972 - VIII ZR 183/70, wo es heißt, dem Vermieter sei eine angemessene Frist einzuräumen, innerhalb deren er sich entscheiden kann, ob und in welcher Weise er die Kautions zur Abdeckung seiner Ansprüche verwenden will. Während dieser Zeit sei eine Aufrechnung des Mieters mit der Kautions ausgeschlossen (Rn. 42 bei juris).

² BGHZ 141, 160, 162 = ZMR 1999, 537.

³ BGH NJW 2006, 1422 = ZMR 2006, 431 Rn. 8 m. Hinw. auf BGHZ 141, 160, 166.

⁴ BGH NJW 2016, 3231 = ZMR 2016, 768; ebenso etwa OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 585.

Sichtweise hat der VIII. Zivilsenat Anfang 2017⁵ in einer zum Leasing ergangenen Entscheidung bestätigt und sinngemäß ausgeführt: Der sich aus der Sicherungsabrede ergebende Anspruch auf Rückzahlung der Kautions werde erst fällig und bestehe auch nur insoweit, als feststeht, dass dem Sicherungsnehmer keine Ansprüche mehr zustehen, für die die Kautions haftet. Der Sicherungsgeber habe deshalb einen fälligen Anspruch auf Rückgabe der Sicherheit „nicht nur erst“⁶ nach zusätzlichem Ablauf einer angemessenen Prüfungsfrist, die es dem Sicherungsnehmer gestattet, sich über noch offene Forderungen und das daraus resultierende Sicherungsbedürfnis klar zu werden. Der Rückzahlungsanspruch setze vielmehr auch voraus, dass das sich aus der Sicherungsabrede ergebende Sicherungsbedürfnis nicht mehr besteht, dem Sicherungsnehmer also keine Forderungen mehr aus dem Vertragsverhältnis zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen könnte.⁷

2. Problemstellung

Wer das liest, wird Unterschiede in den Entscheidungen allenfalls in Nuancen feststellen und sich vielleicht sogar fragen, wo das Problem liegt. Um die Auswirkungen dieser Judikatur aufzuzeigen, soll hier zunächst der Mitte 2016 vom BGH⁸ entschiedene Sachverhalt kurz wiedergegeben werden. Dadurch wird deutlich, warum sich der VIII. Zivilsenat mit einigen drängenden Praxisfragen nicht näher befassen musste.

Der klagende Mieter hatte bei Vertragsbeginn ein Kautionsparbuch eingerichtet, eine Verpfändungserklärung zugunsten des Vermieters abgegeben und diesem das Sparbuch als Mietsicherheit übersandt. Nach seinem Auszug Ende Mai 2009 möchte er mit der am 28.12.2012 anhängig gemachten und am 21.2.2013 zugestellten Klage die Pfandfreigabe und Rückgabe des Sparbuchs erreichen. Der Vermieter weigert sich, weil er noch Ansprüche aus Betriebskostenabrechnungen für sich reklamiert, die freilich ihrerseits bereits in den Jahren 2007–2010 fällig waren.⁹ Da der Vermieter hinsichtlich des Freigabe- und Rückgabeanspruchs Verjährung eingewendet hatte, stellte sich die Frage nach der Fälligkeit dieser Ansprüche. Dass der BGH die Rückgewähransprüche erst für fällig erachtet, wenn dem Vermieter keine gesicherten Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen, wirkte sich hier insofern zugunsten des Mieters aus, als eine Verjährung seiner Ansprüche ausschied.

Der Regelfall dürfte aber anders aussehen, nämlich so, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses zeitnah die Rückgewähr der Kautions begehrt. Die Mehrzahl der Mieter steht nicht vor einem Verjährungsproblem, sondern vor der Frage, ab wann mit Erfolg verlangt werden kann, dass der Vermieter die Sicherheit abrechnet und den zu Sicherungszwecken nicht mehr benötigten Betrag auskehrt bzw. die Sicherheit (teilweise) frei-/zurückgibt.

Legt man die Aussagen der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugrunde, bleibt dem Mieter der Erfolg seines Zahlungs-, Rück- oder Freigabebegehrens¹⁰ solange zumindest teilweise versagt, wie der Vermieter noch Forderungen gegen ihn hat, für die die Sicherheit haftet. De-

⁵ BGH v. 18.1.2017 – VIII ZR 263/15 Rn. 18.

⁶ Diese vom BGH verwendete Formulierung dürfte „nicht bereits“ bedeuten.

⁷ BGH v. 18.1.2017 – VIII ZR 263/15 Rn. 18 m. Hinw. auf BGHZ 141, 160; NJW 2006, 1422 Rn. 8; NJW 2016, 3231 = ZMR 2016, 768 und OLG Düsseldorf OLGR 2008, 513.

⁸ BGH NJW 2016, 3231 = ZMR 2016, 768.

⁹ S. zum Sachverhalt die übersichtliche Darstellung von *Börstinghaus*, jurisPR-BGHZivilR 17/2016 Anm. 4.

¹⁰ Der Anspruchsinhalt hängt von der gewährten Sicherheit ab; dazu sub II. Im Folgenden ist, sofern es auf den genauen Inhalt nicht ankommt, verkürzend vom Rückgewähranspruch die Rede.

ren Existenz und Höhe kann der Mieter aber nicht ohne weiteres feststellen. Evident ist das bei noch nicht abgerechneten Nebenkosten, weil die Forderungshöhe oft erst lange nach Vertragsende feststeht. Aber auch Forderungen wegen einer Beschädigung der Mietsache kann der Mieter nach Rückgabe der Wohnung kaum noch verlässlich ermitteln. Etwas überspitzt ist zu fragen: Bedeutet die Judikatur des BGH, dass der Vermieter nach Vertragsende die Hände zunächst in den Schoß legen kann und das u.U. sogar für länger als sechs Monate?

Im Ergebnis glaube ich – um das vorweg zu nehmen – nicht, dass man das aus der Rechtsprechung des BGH herleiten kann. Allerdings steht sie der herrschenden Literaturansicht entgegen, nach der der Rückgewähranspruch fällig wird, wenn die angemessene Überlegungs- und Abrechnungsfrist des Vermieters „endgültig“¹¹ abgelaufen ist.¹² Diese Auffassung wird von dem berechtigten Bestreben getragen, dem Mieter einen durchsetzbaren Anspruch selbst dann zu gewähren, wenn der Vermieter nach Vertragsende längere Zeit untätig bleibt. Gleiches gilt für die Meinung, die einen fälligen Rückgewähranspruch annimmt, sobald der Vermieter übersehen könne, ob er zur Befriedigung seiner Ansprüche auf die Kautionsrückzahlung zurückgreifen müsse.¹³ Beiden Fälligkeitsterminen hat der BGH nun eine Absage erteilt und erkannt, dass der Anspruch auf Freigabe „frühestens“ (!) nach Ablauf der angemessenen Frist fällig werde, dies aber dann nicht der Fall sei, wenn noch zu sichernde Ansprüche bestehen.¹⁴

Um die mit den Händen greifbaren Beweisprobleme des Mieters in den Griff zu bekommen, wird auch vertreten, der Rückgewähranspruch werde fällig, wenn der Vermieter nach Ablauf einer angemessenen Frist nicht im Einzelnen konkret darlege, welche Ansprüche er noch gegen den Mieter habe.¹⁵ Aber auch insofern bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit mit den Vorgaben des BGH, weil dieser eben auf die bloße Existenz gesicherter Forderungen abstellt. Bereits in einer der älteren Entscheidungen heißt es: „Der Zweck der Kautionsgewährung erfordert es nicht, die Versäumung der Abrechnungsfrist mit der Versagung weiterer Zurückhaltung der Kautionsrückzahlung und der Annahme einer Verwirkung der Aufrechnungsbefugnis mit Vermieteransprüchen zu sanktionieren.“¹⁶ Der Vermieter kann sein Sicherungsinteresse also auch nach Ablauf der angemessenen Abrechnungsfrist geltend machen, was nach der oben dargestellten Judikatur bedeutet, dass der Rückgewähranspruch gerade noch nicht fällig ist.

Im Mittelpunkt des Interesses steht daher die Frage, wie der Mieter in Erfahrung bringt, ob er bereits Rückgewähr seiner Sicherheit verlangen kann. Klagt er auf Zahlung, Abgabe einer Freigabeerklärung oder Rückgabe eines Sicherungsgegenstandes, wird er kostenpflichtig unterliegen, wenn der Anspruch noch nicht entstanden oder fällig ist.¹⁷ Ob dieses Risiko durch –

¹¹ Mit diesem Zusatz v. Emmerich in: Staudinger, BGB (2014), § 551 Rn. 30.

¹² So etwa Kossmann/Meyer-Abich, Hdb. d. Wohnraummiete, 7. Aufl. (2014), § 39 Rn. 48; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. (2015), § 551 Rn. 137; Lutz in: BeckOK MietR, 6. Ed. (Stand: 1.12.2015), § 551 BGB Rn. 50; Scheuer/J. Emmerich in: Bub/Treier, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Abschn. V.B Rn. 376.

¹³ Blank in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 551 Rn. 95; ebenso Ehlert in: BeckOK BGB, 41. Ed. (Stand: 1.5.2014), § 551 BGB Rn. 35. Vor dem Hintergrund der schutzwürdigen Mieterbelange überzeugt hingegen die Ansicht nicht, vor Abrechnung durch den Vermieter werde der Rückzahlungsanspruch nicht fällig, so Bieber in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl. (2016), § 551 Rn. 29.

¹⁴ BGH NJW 2016, 3231 = ZMR 2016, 768 Rn. 12.

¹⁵ Scheuer/J. Emmerich in: Bub/Treier, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Abschn. V.B Rn. 380, die sich hierfür auf BGH WM 1967, 515, 518 berufen; ob das zu Recht erfolgt, ist m.E. zweifelhaft.

¹⁶ BGHZ 101, 244, 251 = ZMR 1987, 412; zust. OLG Hamburg ZMR 1988, 264.

¹⁷ Dazu nur Zeibig, Die Mietkaution (2012), S. 250.

ggf. im Rahmen einer Stufenklage – vorgelagertes Abrechnungsverlangen ausgeräumt werden kann, ist ebenfalls zu untersuchen. Daneben soll erneut¹⁸ darauf eingegangen werden, welche Fristen für die Abrechnung und ggf. Rückgewähr der Kautions grundsätzlich angemessen sind und welche Faktoren sich wie auf das Pflichtenprogramm des Vermieters auswirken.

Abschließend ist im Rahmen dieser einführenden Bemerkungen darauf hinzuweisen, dass sich die Rechtslage bei der **Geschäftsraummiete** nicht grundsätzlich anders darstellt als bei der Wohnraummiete, die im Mittelpunkt der Spruchpraxis der Gerichte steht.¹⁹ Da die §§ 549 ff. BGB keine speziellen Regelungen über die Rückgewähr der Kautions enthalten, steht in beiden Bereichen die Sicherungsabrede im Mittelpunkt. Im unternehmerischen Verkehr wird freilich von einem größeren Gestaltungsspielraum der Vertragsparteien ausgegangen (s. dazu VI.).

II. Unterschiedliche Arten von Mietsicherheiten als Ausgangspunkt für das Pflichtenprogramm

§ 551 BGB reguliert die Art der zulässigen Mietsicherheiten nicht, sondern lediglich die Höhe und, sofern eine „Geldsumme“ als Sicherheit bedungen ist (sog. Barkautions), deren Fälligkeit sowie die Pflichten des Vermieters zur und bei der Anlage des Geldbetrages. Da sich die Pflichten des Vermieters bei der Rückgewähr maßgeblich nach der Art der Sicherheitsleistung richten, sollen die wichtigsten Kautionsarten kurz aufgeführt werden.²⁰

1. Barkautions

Bei der sog. Barkautions (Kautions i.e.S.), die in der Praxis oft unbar erbracht wird, stellt der Mieter eine bestimmte Summe Geldes zur Verfügung, aus der sich der Vermieter wegen seiner Forderungen gegen den Mieter gegebenenfalls befriedigen kann. Die Rechtsnatur der Barkautions ist umstritten.²¹ Wie das „zur Verfügung stellen“ durch den Mieter rechtlich einzuordnen ist, bedarf indes keiner Vertiefung, sondern ist hier allein mit Blick auf die Fälligkeit der Rückgewährpflicht und die Abrechnungsverpflichtung nach Vertragsende relevant.

Da der Vermieter zur Anlage des Geldes verpflichtet ist (§ 551 Abs. 3 S. 1 BGB), ist er auch berechtigt, das ihm bar übergebene Geld des Mieters auf ein Konto einzuzahlen, selbst wenn – was die seltene Ausnahme, die Vollrechtsübertragung hingegen die Regel sein wird – eine bloße Verpfändung des Geldes vereinbart und der Mieter bis zur Einzahlung noch Eigentümer war. Spätestens durch das Einzahlen erlischt das Eigentum des Mieters an den Geldnoten/Münzen. Sofern der Vermieter die Anforderungen des § 551 Abs. 3 S. 3 BGB beachtet, ist von einer Verfügungsermächtigung seitens des Mieters auszugehen, in anderen Fällen kommen jedenfalls die §§ 932 ff. BGB zum Tragen.²² Das Bankguthaben unterliegt stets zumindest im Innenverhältnis einer treuhänderischen Bindung, die die Zugriffsmöglichkeiten des Vermieters erheblich einschränkt (s. dazu auch sub III.).

¹⁸ S. bereits Häublein in: Artz/Börstinghaus (Hrsg.), 10 Jahre MietRRRefG (2011), S. 461, 464 f.

¹⁹ V. Emmerich in: Staudinger, BGB (2014), § 551 Rn. 36, der aber auf das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts hinweist, sofern der Vermieter seine Forderungen noch nicht beziffern kann.

²⁰ Überblick bei V. Emmerich in: Staudinger, BGB (2014), § 551 Rn. 30a.

²¹ S. dazu etwa V. Emmerich in: Staudinger, BGB (2014), § 551 Rn. 5; Kießling, JZ 2004, 1146, 1147; Zeibig, Die Mietkautions (2012), S. 68 ff., der selbst für ein „Sondervermögen Mietkautions“ und eine Gleichbehandlung der verschiedenen Sicherungsarten eintritt.

²² Vgl. Kießling, JZ 2004, 1146.

2. Verpfändung oder Abtretung, insb. von Bankguthaben

Will der Mieter verhindern, dass der Vermieter gegen § 551 Abs. 3 S. 3 BGB verstößt und für Dritte der Eindruck entsteht, der Sicherungsgegenstand gehöre ohne Beschränkungen zu dessen Vermögen, kann er – vorbehaltlich eines vertraglichen Ausschlusses dieses Rechts – selbst ein Konto einrichten und dem Vermieter ein Pfandrecht am Auszahlungsanspruch einräumen (§ 1273 BGB). So war es in dem oben wiedergegebenen Sachverhalt des BGH geschehen (s. I. 2.). Die Bestellung des Pfandrechts richtet sich nach §§ 1274, 398, 1280 BGB.

Für Forderungen, die durch ein Order- oder Inhaberpapier verbrieft sind, was in der Mietrechtspraxis freilich kaum vorkommt, gelten die §§ 1292 f. BGB. Die Übergabe des (indossierten) Papiers bildet den Publizitätsakt, weshalb es keiner Verständigung nach § 1280 BGB bedarf. Zu beachten ist, dass Sparbücher bloße (qualifizierte) Legitimationspapiere sind, deren Übergabe nicht Voraussetzung der Begründung des Pfandrechts an der Sparforderung ist.²³ § 409 Abs. 1 BGB und, bei Aushändigung des Sparbuchs an den Vermieter, § 808 Abs. 1 BGB erlauben der schuldenden Bank die befreiende Auszahlung des Guthabens an den Vermieter. Diese Liberationswirkung kann durch einen sog. Sperrvermerk beschränkt werden.²⁴

Alternativ zur Verpfändung ist die Abtretung von Forderungen möglich. Sie ist im Unterschied zum Pfandrecht zwar nicht akzessorisch, jedoch unterliegt der Zessionar ebenfalls der treuhänderischen Bindung aus der Sicherungsabrede. Die Verständigung des Drittschuldners ist anders als bei der Verpfändung keine Wirksamkeitsvoraussetzung, empfiehlt sich aber wegen §§ 1275, 407 BGB für den Vermieter.

Neben Bankguthaben kommen auch andere Forderungen als Sicherungsgegenstände in Betracht, wobei sich der Vermieter nur auf hinreichend solvente Drittschuldner einlassen muss. Handelt es sich dabei nicht um einer Einlagensicherung unterliegende Kreditinstitute oder vergleichbare Einrichtungen, wie z.B. Versicherer, kommt es regelmäßig darauf an, ob sich der Vermieter mit dem Schuldner einverstanden erklärt hat, was nicht notwendig voraussetzt, dass dieser bereits bei Abschluss des Vertrages namentlich feststeht.²⁵

3. Bürgschaft

In der Wohnraummiete wird eine Bürgschaft als Mietsicherheit oft vereinbart, wenn der Mieter selbst nicht die aus Vermietersicht notwendige Solvenz besitzt. Paradigma ist die, unter Abgabe von Bürgschaftserklärungen durch die Eltern, an in der Ausbildung befindliche Jugendliche vermietete Wohnung. Da die h.M. insofern die zulässige Höhe nach § 551 Abs. 1 BGB begrenzt sieht,²⁶ fordern kundige Vermieter alternativ bisweilen die Aufnahme wenigstens eines Elternteils als Vertragspartei. Materiell-rechtlich wird die Annahme einer bloßen Sicherheitenbestellung dadurch aber nicht ausgeschlossen,²⁷ sodass es auch hier zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts kommen kann. Ob eine Teilaufrechterhaltung in Betracht kommt, richtet sich danach, ob daneben weitere Sicherheiten bestellt wurden.

²³ *Lehmann-Richter* WuM 2014, 8; *Streyll* WuM 2013, 107 jew. m.w.N.; zur Frage, ob in der Übergabe des Sparbuchs eine Verpfändung der Forderung oder deren Abtretung liegt s. die Nachw. bei *Staudinger/V. Emmerich*, BGB (2014), § 551 Rn. 6.

²⁴ *Habersack* in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl. (2016), § 808 Rn. 30.

²⁵ Zur Abtretung von Forderungen aus einem anderen Mietverhältnis s. OLG Celle ZMR 2011, 379.

²⁶ Nachw. bei *V. Emmerich* in: *Staudinger*, BGB (2014), § 551 Rn. 8; aA *Kießling*, JZ 2004, 1146, 1148, unter Hinweis auf die geringe Belastung der Liquidität des Mieters durch die Bürgschaft.

²⁷ Zu dieser hier nicht zu vertiefenden Frage LG Leipzig NZM 2006, 175; LG Lübeck ZMR 2010, 857.

In der Geschäftsraummiete wird häufig eine Sicherung des Vermieters durch Bürgschaft vereinbart. Hintergrund ist neben der höheren Miete die fehlende Beschränkung der Sicherheitenhöhe durch § 551 Abs. 1 BGB. Bei größeren Mietobjekten beläuft sich die Kautionskaution nicht selten auf fünf- bis sechsstelligen Beträge, die zur Schonung der Liquidität des Mieters vereinbarungsgemäß als Bürgschaften erbracht werden. Eine Alternative bildet die Kautionsversicherung, bei der das Vermieterinteresse an der Zahlung durch den Mieter versichert wird (Versicherung für fremde Rechnung i.S.v. §§ 43 ff. VVG).²⁸ Mietkautionsversicherungen sind auch für Wohnraummieter möglich, kommen aber, anders als Bürgschaften, kaum vor.

In der Regel wird dem Vermieter eine entsprechende Bürgschaftsurkunde ausgehändigt (vgl. § 766 BGB). Bei der vom Mieter abgeschlossenen Kautionsversicherung ist die Übergabe des Versicherungsscheins wichtig, wenn der Vermieter im Verhältnis zum Versicherer im Sicherungsfall nicht auf die Zustimmung des Mieters angewiesen sein will (§ 44 Abs. 2 VVG).

Für die Anforderungen an den tauglichen Bürgen gilt im Zweifel § 239 BGB. Ferner ist gem. § 239 Abs. 2 BGB eine selbstschuldnerische Bürgschaft zu stellen. Wegen der Subsidiarität der Bürgschaft als Sicherheit (§ 232 Abs. 2 BGB) treffen die Parteien aber in aller Regel konkrete Abreden und vereinbaren auch, wer als Bürge in Betracht kommt (Banken, bestimmte Familienangehörige etc.).

4. Sonstige Sicherheiten

Da das Gesetz keine Beschränkungen vorsieht, kommen andere Sicherheiten ebenfalls in Betracht. Denkbar sind weitere Realsicherheiten, wie Grundpfandrechte, Sicherungsübereignungen, oder Personalsicherheiten, wie Schuldbeitritte, Patronatserklärungen etc. Auf sie wird im weiteren Fortgang dieses Beitrages nicht weiter eingegangen, da sie in der Praxis eher seltene Ausnahmen bilden.

Ob entgegen dem § 232 BGB,²⁹ der eine Wahlmöglichkeit zugunsten des Sicherungsgebers vorsieht, Einschränkungen der zulässigen Sicherungsart bestehen, ist im Einzelfall durch Auslegung der Vereinbarungen zwischen Mieter und Vermieter zu bestimmen. Dabei sind alle Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen, etwa die vom Vermieter bekannt gegebene Bankverbindung für die Kautionszahlung, die der Mieter unwidersprochen vor Vertragsschluss entgegen nimmt und dadurch im Zweifel eine Barkautionskaution akzeptiert.

III. Vermieterpflichten bei Vertragsende

1. Rückgewähr und Sicherungsumfang der Kautionskaution

Wie bereits erwähnt, hängen die konkreten Pflichten des Vermieters im Zusammenhang mit Mietsicherheiten bei Vertragsende maßgeblich von der Art der gewährten Sicherheit ab.³⁰ Überdies ist relevant, auf wie die Sicherheit bestellt wurde.³¹ Im Grundsatz gilt, dass – vorbehaltlich eines berechtigten Zugriffs auf die Sicherheit – alles zurück zu gewähren ist, was der

²⁸ Zur Kautionsversicherung *Rind/Wendt*, *VersR* 2008, 1601.

²⁹ Zur Anwendbarkeit der Norm etwa LG Berlin *NJW-RR* 1998, 10; *Ehlert* in: *BeckOK BGB*, 41. Ed. (Stand: 1.5.2014), § 551 BGB Rn. 8; *Weidenkaff* in: *Palandt, BGB*, 76. Aufl. (2017), § 551 Rn. 8.

³⁰ Statt vieler: *Kossmann/Meyer-Abich*, *Hdb. d. Wohnraummiete*, 7. Aufl. (2014), § 39 Rn. 49 f.

³¹ S. für Pfandrechte etwa *Wiegand* in: *Staudinger, BGB* (2009), § 1223 Rn. 5.

Vermieter erlangt hat, wozu etwa auch ein Sperrvermerk zu seinen Gunsten in Bezug auf Kontoguthaben des Mieters zählt. Ferner erstreckt sich die Pflicht auf das, was zum Zwecke der Verwertung bei Eintritt des Sicherungsfalles geleistet wurde, z.B. Legitimationspapiere.

Schulden kann der Vermieter Herausgabe einer Sache, die entweder selbst das Sicherungsobjekt bildet oder eine als solches dienende Forderung dokumentiert (z.B. ein Sparbuch). Ferner kann die Abgabe von Willenserklärungen erforderlich sein, etwa die (Rück-)Abtretung einer Forderung oder aber die als „Freigabe“ bezeichnete Erklärung an einen Dritten, aus der sich der Fortfall des Sicherungsinteresses ergibt (vgl. § 409 Abs. 2 BGB). Schließlich kommt auch ein Zahlungsanspruch in Betracht. Dabei handelt es sich nicht lediglich um einen Rückzahlungsanspruch, weil geleistete Barkautionen zu verzinsen sind, wodurch der Zahlbetrag bei Vertragsende die ursprünglich vom Mieter geleistete Summe übersteigt.³²

Nach h.M. schuldet der Vermieter regelmäßig auch **Abrechnung der Kautio**n nach Maßgabe des § 259 BGB.³³ Hintergrund dieses Anspruchs ist der fiduziarische Charakter der geleisteten Sicherheit, die wirtschaftlich auch im Falle einer Vollrechtsübertragung bis zur rechtmäßigen Inanspruchnahme durch den Vermieter dem Vermögen des Mieters zugehört.³⁴ Aus der Abrechnung muss sich zum einen die Höhe der Kautio

nsumme einschließlich der Zinsen ergeben. Zum anderen müssen nach verbreiteter Ansicht die Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis, wegen derer die Sicherheit in Anspruch genommen wurde bzw. durch Aufrechnung genommen werden soll, nachvollziehbar nach Grund und Höhe dargelegt werden.³⁵

Nicht nur für den Inhalt der Abrechnung ist der **Sicherungsumfang** von großer Bedeutung. Auch die sogleich (sub IV.) zu untersuchende Fälligkeit der Mieteransprüche auf Rückgewähr von Sicherheiten hängt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung vom Bestehen besicherter Forderungen ab (s.o. I. 1.). Es fragt sich daher, welche Forderungen gesichert sind. § 9 Abs. 5 WoBindG beschränkt den zulässigen Sicherungsumfang auf Ansprüche wegen Schäden an der Wohnung oder unterlassenen Schönheitsreparaturen. Bei nicht preisgebundenem Wohnraum sind hingegen im Zweifel „sämtliche Vermieterforderungen“ gesichert.³⁶ Nach h.M. sind damit aber nur Forderungen gemeint, die aus dem konkreten Mietverhältnis resultieren (Konnexitätsanforderung).³⁷ Im Wohnraummietrecht wird man das wohl bereits aus § 551 Abs. 1 BGB herleiten können, da die dort genannten Pflichten des Mieters nach dem systematischen Kontext der Norm – zwingend (Abs. 4 leg. cit.) – solche aus dem Mietverhältnis sein müssen. Dies kann hier indes nicht vertieft werden. Der BGH jedenfalls bezieht sich auf die Sicherungsabrede und entnimmt dieser ein Aufrechnungsverbot für mietvertragsfremde Forderungen, das sich seiner Meinung nach – entgegen einer Schriftumsansicht³⁸ – auch

³² Ausf. zum Anspruchsinhalt und den korrespondierenden Klageanträgen *Lehmann-Richter*, WuM 2014, 8, 9 f.

³³ OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 585; *Ehlert* in: BeckOK BGB, 41. Ed. (Stand: 1.5.2014), § 551 BGB Rn. 35.

³⁴ *Einh. Ans.*; statt aller *V. Emmerich* in: Staudinger, BGB (2014), § 551 Rn. 29.

³⁵ *Blank* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 551 Rn. 96; *Riecke* in: Schmid/Harz, Mietrecht, 4. Aufl. (2014), § 551 Rn. 121.

³⁶ Zur insoweit bestehenden Vertragsfreiheit s. nur *V. Emmerich* in: Staudinger, BGB (2014), § 551 Rn. 4a.

³⁷ Zur Konvergenz der Konnexitätsanforderungen des § 273 Abs. 1 BGB und der Sicherungsabrede *Zeibig*, Die Mietkaution (2012), S. 248.

³⁸ *Dickersbach*, WuM 2006, 595; zust. *Lützenkirchen* in: Erman, BGB, 14. Aufl. (2014), § 551 Rn. 27; anders aber die h.L., statt vieler: *Riecke* in: Schmid/Harz, Mietrecht, 4. Aufl. (2014), § 551 Rn. 116; speziell zu § 9 Abs. 5 WoBindG *Kossmann/Meyer-Abich*, Hdb. d. Wohnraummiete, 7. Aufl. (2014), § 39 Rn. 43.

auf den Rückgewähranspruch erstreckt.³⁹ Für Mietverhältnisse über andere Räume gilt dieses konkludent vereinbarte Verbot nach überwiegender Ansicht ebenfalls.⁴⁰ Im Zweifel werden also stets nur mit dem Mietverhältnis zusammenhängende Ansprüche gesichert und nur sie können dem Rückgewähranspruch entgegen gehalten werden.

Fälle, in denen die Sicherheit explizit auf andere Forderungen erstreckt wird, sind selten. Kommt es hierzu, bestehen m.E. selbst in der Geschäftsraummiete erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der Ausweitungen des Sicherungszwecks über den Anlassfall (Mietvertrag) hinaus, wenn sie in AGB⁴¹ des Vermieters erfolgen (§ 305c Abs. 1, § 307 Abs. 1 BGB).

2. Rückgewähr und Abrechnung

Nach allgemeiner Auffassung dient der Abrechnungsanspruch dazu, dem Mieter Kenntnis vom Bestehen bzw. der Höhe seines Rückgewähranspruchs zu verschaffen und ist diesem also vorgelagert.⁴² Man meint, auf diesem Weg das Informationsbedürfnis des Mieters befriedigen zu können. Der Mieter könne sein Kostenrisiko im Rahmen der Rückgewährklage reduzieren, indem er zunächst auf Abrechnung der Kautions (nebst Zinsen) klage. Eine solche Klage sei begründet, wenn der Mieter – wie im Regelfall – nicht wissen kann, ob und in welcher Höhe der Vermieter noch Ansprüche geltend macht.⁴³

Indes kann der Abrechnungsanspruch den Mieter nicht angemessen vor dem Kostenrisiko einer verfrühten Rückgewährklage schützen. Besonders deutlich wird dies, wenn man den Abrechnungsanspruch auf die Fälle beschränkt, in denen eine Barkautions als Sicherheit gewährt wurde.⁴⁴ Eine Abrechnung i.e.S. geht nach dieser – wohl herrschenden – Auffassung über eine Mitteilung der Forderungen des Vermieters hinaus. Die geordnete Zusammenstellung von Einnahmen und Ausgaben i.S.v. § 259 BGB wird für erforderlich gehalten, weil sich die Kautions durch die Zinsen regelmäßig erhöht und durch Entnahmen verringert haben kann. Das eingangs dieses Beitrages aufgezeigte Informationsdefizit des Mieters besteht aber auch bei anderen Sicherungsformen, z.B. einer Bürgschaft, für die eine Abrechnung jedenfalls dann nicht geschuldet wird, wenn der Vermieter die Sicherheit nicht in Anspruch genommen hat.

Der Abrechnungsanspruch erfüllt die ihm zugeordnete Informationsfunktion aber noch aus einem anderen Grund allenfalls unvollkommen. Er hat damit zu tun, dass hinter dem Vorschlag einer zunächst auf Abrechnung gerichteten (Stufen-)Klage ein zweifelhaftes und regelmäßig nicht näher ausgeführtes Verständnis vom Inhalt des Abrechnungsanspruchs steht. Man ist offenbar der Auffassung, der Vermieter schulde in jedem Fall innerhalb der angemessenen Frist eine Abrechnung. Aber: Wie soll der Vermieter die wechselseitigen Forderungen

³⁹ BGH NJW 2012, 3300 Rn. 10. Ebenso „hilfsweise“ Zeibig, Die Mietkaution (2012), S. 249, der diese Folgerung aber primär aus dem Umstand ableitet, dass es sich nicht um einen „normalen“ Zahlungsanspruch handelt, sondern um die Rückgewähr einer Mietsicherheit, weshalb Aufrechnung ebenso wenig in Betracht komme wie bei anderen Sicherungsgegenständen.

⁴⁰ Vgl. OLG Düsseldorf ZMR 2008, 47; Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaum-miete, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 7 f.; V. Emmerich in: Staudinger, BGB (2014), § 551 Rn. 36 i.V.m. Rn. 32 m. Nachw. zur Gegenansicht.

⁴¹ Für Abbedingung „zumindest“ durch Individualvertrag Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaum-miete, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 10.

⁴² Statt vieler OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 585; Zeibig, Die Mietkaution (2012), S. 244.

⁴³ Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaum-miete, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 339.

⁴⁴ Zeibig, Die Mietkaution (2012), S. 244; Riecke in: Schmid/Harz, Mietrecht, 4. Aufl. (2014), § 551 Rn. 120.

gem. § 259 Abs. 1 BGB übersichtlich gegenüber stellen, wenn er seine Ansprüche überhaupt noch nicht abschließend beziffern kann?

Ob insofern ein Anspruch auf Teilabrechnung bestehen soll, wird nicht näher thematisiert. § 556 Abs. 3 S. 4 BGB schließt einen solchen für die Abrechnung der Betriebskosten jedenfalls explizit aus. Ferner gewährt auch § 666 BGB, auf den sich das Schrifttum zum Teil bezieht,⁴⁵ den Anspruch auf Rechnungslegung⁴⁶ erst nach Ausführung des Auftrages. Erst zu diesem Zeitpunkt kann der Abrechnungspflichtige Rechnung legen, da er typischerweise seine Einnahmen und Ausgaben vorher nicht beziffern kann. Wie eine Teilabrechnung, in die nur die bereits bezifferbaren Ansprüche einfließen können, dem Mieter die notwendige Auskunft darüber verschaffen können soll, ob der Vermieter meint, ihm stünden neben den bereits abrechnungsfähigen Ansprüchen noch weitere zu, bleibt offen.

Angesichts dessen kann festgehalten werden: Der Abrechnungsanspruch ist entgegen verbreiteter Ansicht nicht geeignet, den Mieter umfassend darüber zu informieren, ob sein Anspruch auf Rückgewähr der Kautions bereits (unbedingt und⁴⁷) fällig ist.

3. Auskunftsanspruch des Mieters?

Es stellt sich damit die Frage, ob der Mieter Auskunft über die Umstände verlangen kann, deren Kenntnis notwendig ist, um entscheiden zu können, ob eine Abrechnungs- und Rückgewährklage Aussicht auf Erfolg hat.

a) Grundlage des Anspruchs

Als Grundlage des Anspruchs auf Auskunft kommt, ebenso wie beim Abrechnungs- und Rückgewähranspruch, die Sicherungsabrede in Betracht. Ob man ihn im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung oder aus dem Gesetz, z.B. in analoger Anwendung des § 666 BGB,⁴⁸ herleitet, hängt maßgeblich vom Verständnis des Rechtsinstituts der ergänzenden Auslegung ab. Das kann und muss hier nicht vertieft werden. Letztlich rechtfertigen objektive, vom konkreten Vertragsverhältnis losgelöste Interessen des Mieters den Auskunftsanspruch, was für eine Verankerung im objektiven Recht spricht. So nimmt der BGH in ständiger Rechtsprechung eine Auskunftspflicht, als deren Ausprägung § 666 BGB dann wohl zu begreifen wäre, nach Treu und Glauben an, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsinhaber in entschuldbarer Weise über Bestehen und Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, er sich die zur Vorbereitung und Durchsetzung seines Anspruchs notwendigen Auskünfte nicht auf zumutbare Weise selbst beschaffen kann und der Verpflichtete sie unschwer, d.h. ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag.⁴⁹

Auch für die Mietkaution sind bestimmte Auskunftsansprüche anerkannt. So besteht nach einhelliger Ansicht ein Informationsanspruch in Bezug auf diejenigen Angaben über das Kau-

⁴⁵ V. Emmerich in: Staudinger, BGB (2014), § 551 Rn. 29.

⁴⁶ Das Gesetz spricht zwar von Rechenschaft legen, meint damit aber nichts anderes als Rechnung legen; s. Krüger in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl. (2016), § 259 Rn. 22.

⁴⁷ Zum Gleichlauf des Entstehens eines unbedingten Anspruchs und dessen Fälligkeit Zeibig, Die Mietkaution (2012), S. 245 ff.; zust. Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 261 a.E.

⁴⁸ Zum sehr weiten Anwendungsbereich von § 666 BGB etwa Seiler in: Münchener Kommentar BGB, 6. Aufl. (2012), § 666 Rn. 4.

⁴⁹ Statt vieler BGHZ 97, 188, 192; 126, 109, 113.

tionskonto, die den Mieter in die Lage versetzen, nachzuprüfen, ob der Vermieter seinen Pflichten gem. § 551 Abs. 3 BGB nachgekommen ist.⁵⁰ Ferner wird in Bezug auf die vom Vermieter anzulegende Barkaution angenommen, als Treuhänder sei der Vermieter verpflichtet, dem Mieter jederzeit Auskunft über den Stand des Kautionskontos zu geben.⁵¹

Ob diese gegen den Treunehmer gerichteten Ansprüche fortentwickelt werden können, nämlich im Sinne einer Auskunft über die Umstände, deren Kenntnis für den Treugeber erforderlich ist, um Abrechnung und Rückgewähr seiner Kaution ohne unangemessenes Prozesskostenrisiko einfordern zu können, muss eine Abwägung der maßgeblichen Interessen ergeben.

b) Interessenabwägung

Bei der Abwägung ist das Informationsinteresse des Mieters den berechtigten Belangen des Vermieters gegenüberzustellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kaution den Vermieter grundsätzlich auch sichern soll, wenn die Bezifferung seiner Forderung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen Zeit in Anspruch nimmt. Gerade deswegen wird ihm eine „angemessene Frist“ für die Abrechnung zugestanden, die auch nicht durch andere Ansprüche des Mieters unterlaufen werden darf.⁵² Daher wäre es unzulässig, den Vermieter für verpflichtet zu halten, seine Forderungen nach Vertragsende zeitnah „vorläufig“ zu beziffern oder gar Erklärungen abzugeben, die ihm als negatives Schuldanerkenntnis ausgelegt werden können. Dies muss bei der Bestimmung des Inhalts eines etwaigen Auskunftsanspruches beachtet werden.

Existenz und Ausmaß des Auskunftsanspruchs hängen maßgeblich von der Art der gesicherten Forderungen ab.⁵³ Es gibt Fälle, in denen sich Vermieter gar nicht im Unklaren über das Bestehen von Forderungen gegen die früheren Mieter befinden, etwa weil keine Schäden an den Räumen festgestellt wurden und andere Ansprüche gar nicht gesichert sind (s. § 9 Abs. 5 WoBindG). Ein Auskunftsanspruch des Mieters wäre bei derartigen Sachverhalten zwar nicht geboten, wenn ihm im Rahmen eines Abnahmeprotokolls bereits der mangelfreie Zustand der Wohnung bestätigt wurde.⁵⁴ Hat der Mieter diese Kenntnis hingegen nicht, stehen schutzwürdige Belange des Vermieters einem Auskunftsanspruch des Mieters nicht entgegen. Untersucht der Vermieter das Mietobjekt noch auf Schäden, muss er dies dem Mieter mitteilen. Ferner hat er Auskunft darüber zu geben, welche Maßnahmen er in die Wege geleitet hat, um die notwendigen Informationen zu erlangen, und wie lange diese voraussichtlich dauern.

In der Praxis dürften mit Abstand die Fälle am häufigsten vorkommen, in denen der Vermieter sich wegen **noch ausstehender Betriebskostenabrechnungen** an der Rückgewähr der Sicherheit gehindert sieht. Etwaige Nachforderungen sind jenseits des Anwendungsbereichs des § 9 Abs. 5 WoBindG regelmäßig ebenso mitgesichert, wie Mietrückstände (s.o. III. 1.).⁵⁵ Während es in Bezug auf letztere um Auskunft über die Höhe der nach Auffassung des Ver-

⁵⁰ *Blank* in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 5. Aufl. (2017), § 551 Rn. 75; *Kossmann/Meyer-Abich*, *Hdb. d. Wohnraummiete*, 7. Aufl. (2014), § 39 Rn. 29; *Lützenkirchen* in: Erman, *BGB*, 14. Aufl. (2014), § 551 Rn. 17; für Nachweispflicht des Vermieters auch BGH NJW 2008, 1152 Rn. 8.

⁵¹ *Blank* in: Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 12. Aufl. (2015), § 551 Rn. 89; *Lutz* in: BeckOK MietR, 6. Ed. (Stand: 1.12.2015), § 551 BGB Rn. 45.

⁵² S. BGH NJW 2010, 1135 Rn. 19 zum Anspruch auf Erteilung einer Mietschuldenfreiheitsbescheinigung.

⁵³ Vom Dilemma der Verschiedenartigkeit der gesicherten Forderungen spricht *Mohr*, ZMR 2010, 413, 416.

⁵⁴ Hier fragt sich freilich, ob der Vermieter den Mieter von sich aus unterrichten muss, wenn er im Nachhinein doch noch Mängel feststellt und meint, daraus Ansprüche ableiten zu können, für die die Kaution haftet.

⁵⁵ Gegen ein Sicherung von Forderungen aus noch nicht abgerechneten Wirtschaftsperioden aber *Blank* in: Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 12. Aufl. (2015), § 551 Rn. 99; s. ferner LG Berlin ZMR 1999, 257.

mieters offenen Forderungen geht, können künftige Betriebskostennachzahlungen gerade noch nicht beziffert werden. Der Mieter wird aber eventuell wissen wollen, ob der Vermieter bereits über die zur Abrechnung erforderlichen Informationen verfügt, um die Höhe einer etwaigen Nachforderung abschätzen und wenigstens auf teilweise Rückgewähr der Sicherheit klagen zu können;⁵⁶ denn es entspricht ganz h.M., dass der Vermieter nur einen Teil der Kautio einbehalten darf, wenn Grundlage gesicherter Forderungen allein noch die ausstehende Betriebskostenabrechnung sein kann.⁵⁷ Es sind allerdings die Wertungen des § 556 Abs. 3 BGB zu beachten. Nach dieser Norm hat der Vermieter für die Abrechnung nach Ende des Abrechnungszeitraums ein Jahr Zeit⁵⁸ und ist zu Teilabrechnungen nicht verpflichtet. Er muss den Mieter daher grundsätzlich nicht vorzeitig durch entsprechende Auskünfte in die Lage versetzen, die Abrechnung vorwegzunehmen.

Das ändert aber nichts daran, dass der Mieter ein Interesse daran hat zu erfahren, aus welchen Gründen der Vermieter den Rückgewähranspruch noch nicht für gegeben bzw. fällig hält. Berufet sich der Vermieter auf die noch ausstehende Abrechnung, fragt sich, ob er auch die Höhe des aus seiner Sicht zulässigen Einbehalts beziffern muss. Dafür könnte sprechen, dass man den Vermieter in der Darlegungslast für das Bestehen etwaiger Nachforderungen sieht.⁵⁹

Über die angemessene Höhe kann nur im Einzelfall entschieden werden und es ist nicht geklärt, welche Umstände hierbei zugrunde zu legen sind. Zu den relevanten Faktoren gehören neben der Art der Sicherheit (vgl. etwa für bewegliche Sachen den „Abschlag“ in § 237 BGB) vor allem das zu erwartende Abrechnungsergebnis, für das im Zweifel die letzten Abrechnungen zugrunde zu legen sind.⁶⁰ Bei bereits länger bestehenden Mietverhältnissen dürfte der Mittelwert der letzten drei Abrechnungen als Orientierungsgröße angemessen sein, wobei der Mieter im Jahr der Vertragsbeendigung regelmäßig nur *pro rata temporis* heranzuziehen ist.⁶¹ Zu berücksichtigen ist ferner, dass es dem Sicherungszweck zuwider liefe, das Prognoserisiko allein dem Vermieter zuzuweisen, weshalb diesem ein Sicherheitszuschlag zuzubilligen ist. Auch auf diesen haben die Umstände des Einzelfalls Einfluss, wie z.B. die Schwankung der Abrechnungsbeträge in den zurückliegenden Jahren. Im Regelfall beträgt der Zuschlag, der aus Praktikabilitätsgründen notwendig pauschaliert werden muss, nach hier vertretener Ansicht wenigstens 50% und darf 100% nicht überschreiten.

Hinsichtlich der aufgezeigten Rechtsfragen ist der Vermieter ebenso wenig informationspflichtig wie in Bezug auf die Abrechnungsergebnisse der zurückliegenden Jahre, die dem

⁵⁶ Zu diesem teilw. Rückgewähranspruch *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 273.

⁵⁷ Zur Begrenzung auf einen angemessenen Einbehalt etwa BGH NJW 2006, 1422; KG MDR 2013, 510; AG Hamburg-Barmbek WuM 2010, 153; *Goetzmann*, ZMR 2002, 566, 571 f.; *Kossmann/Meyer-Abich*, Hdb. d. Wohnraummieta, 7. Aufl. (2014), § 39 Rn. 46; speziell zur Geschäftsraummieta *Mohr*, ZMR 2010, 413, 416; *Mooser* in: Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummieta, 3. Aufl. (2012), Kap. 12 Rn. 71.

⁵⁸ Für Verkürzung der Frist im hiesigen Kontext AG Hamburg-Barmbek WuM 2010, 153; dagegen zutreffend die wohl h.L., s. *Goetzmann*, ZMR 2002, 566, 570 f.

⁵⁹ *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 273; *Goetzmann*, ZMR 2002, 566, 571 m.w.N.

⁶⁰ AG Dortmund WuM 1997, 440; *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummieta, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 273; *Kossmann/Meyer-Abich*, Hdb. d. Wohnraummieta, 7. Aufl. (2014), § 39 Rn. 46.

⁶¹ Wenn keine Anhaltspunkte für die Höhe einer möglichen Nachforderung bestehen, soll ein Einbehalt in Höhe der Vorauszahlung für drei Monate angemessen sein; KG MDR 2013, 510.

Mieter bekannt sind. Der Mieter kann daher **keine Bezifferung eines angemessenen Betrages**, für den ein fortbestehendes Sicherungsinteresse anzunehmen ist, vom Vermieter verlangen. Das damit verbundene (Prozesskosten-)Risiko trägt der Mieter, dem bei Gewährung der Sicherheit klar sein muss, dass die Höhe etwaiger Vermieterforderungen nicht bereits unmittelbar bei Vertragsende feststeht. Wer – wie der BGH m.E. zutreffend – meint, die Kautionsichere im Zweifel auch die Betriebskostennachforderungen, muss insofern konsequent sein. Verfügt der Vermieter allerdings über Informationen, die einen höheren oder geringeren Einbehalt rechtfertigen, und können diese vom Mieter nicht selbst in zumutbarer Weise beschafft werden, ist er hinsichtlich dieser Umstände auskunftspflichtig.

c) **Haftung des Vermieters**

Bejaht man einen Auskunftsanspruch des Mieters mit der hier vertretenen Ansicht, wäre dieser hinsichtlich des oben (I. 2.) aufgezeigten Prozesskostenrisikos für den Mieter deswegen hilfreich, weil eine i.S.v. § 286 BGB verzögerte oder fehlerhafte Auskunft zu Ersatzansprüchen führt, sofern sich der Vermieter nicht exkulpieren kann. Die Rechtsprechung berücksichtigt derartige Ansprüche etwa bei der Kostenverteilung im Rahmen des § 91a ZPO. Zu den Voraussetzungen eines solchen Ersatzanspruches gehört es, dass der Mieter nicht zuverlässig wissen konnte, ob und in welcher Höhe ihm ein Rückzahlungsanspruch gegen den Vermieter zusteht und der Mieter deshalb zur Zahlungsklage bzw. Stufenklage herausgefordert wurde.⁶²

Nach Auffassung des BGH⁶³ ist die Berücksichtigung des materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs aber nicht vom Vorliegen eines erledigenden Ereignisses abhängig. Der Mieter kann nach dieser Judikatur im Kautionsabrechnungs- und/oder -rückgewährrechtsstreit seinen Schadensersatzanspruch im Wege der Feststellungserklärung geltend machen; eine entsprechende Klageänderung wird als sachdienlich i.S.v. § 263 ZPO angesehen. Begründet ist die Feststellungsklage, wenn der Mieter erst durch die verspätete Auskunftserteilung im Laufe des Verfahrens Klarheit über das Nichtbestehen eines Leistungsanspruchs erlangt und der Vermieter seiner Auskunftsverpflichtung schuldhaft nicht rechtzeitig nachgekommen ist.⁶⁴

Die Praxis muss beachten, dass der das Prozesskostenrisiko letztlich kompensierende Ersatzanspruch, jedenfalls sofern er aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB folgt, von einer Mahnung seitens des Mieters abhängt. Klagt dieser in Unkenntnis bestehender Vermieterforderungen, ohne den Auskunftsanspruch auch nur geltend gemacht zu haben, trifft ihn das volle Risiko.

IV. Fälligkeit der Ansprüche

Es wurde bereits auf die wohl h.M. hingewiesen, die den Rückgewähranspruch nach Ablauf einer angemessenen Überlegungs- und Abrechnungsfrist für fällig hält (I. 2.). Dies überzeugt angesichts der Judikatur des BGH ebenso wenig wie die Überlegungen zur Länge der Frist.

1. Die „ominöse“ sechsmonatige Frist

Obwohl regelmäßig betont wird, die angemessene Überlegungs- und Abrechnungsfrist hänge von den Umständen des Einzelfalls ab, beziehen sich Judikatur und Lehre immer wieder auf

⁶² S. OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 585.

⁶³ BGH NJW 1994, 2895.

⁶⁴ Vgl. auch hierzu BGH NJW 1994, 2895.

eine „Ankerfrist“ von sechs Monaten, deren Überschreitung aber in Betracht komme.⁶⁵ Hintergrund dürfte § 548 Abs. 1 BGB sein, wobei dies meist nicht näher ausgeführt wird. Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache verjähren sechs Monate nach deren Rückstellung. Die Überlegung scheint zu sein, dass der Vermieter nach Ablauf dieser Frist ohnehin keine Ersatzansprüche mehr geltend machen könne, weshalb er die Kautionszahlung zurück zu gewähren habe. Dies ist aus verschiedenen Gründen keine plausible Begründung für die Länge der angemessenen Überlegungs- und Abrechnungsfrist.

Zum einen sichert die Kautionszahlung, wie bereits ausgeführt, jenseits des Anwendungsbereichs von § 9 Abs. 5 WoBindG auch andere Ansprüche. Während der Vermieter bei Vertragsende offene Forderungen regelmäßig sofort beziffern kann, genügen ihm häufig sechs Monate nicht für die Bezifferung seiner Betriebskostennachforderungen. Die Sechsmonatsfrist ist also insofern willkürlich bemessen, als sie keinen Bezug zu den involvierten Interessen erkennen lässt.

Zum anderen muss selbst für die von § 548 Abs. 1 BGB erfassten Vermieterforderungen bedacht werden, dass aus der Verjährungsfrist nicht folgt, der Vermieter könne Sicherheiten jedenfalls für diesen Zeitraum einbehalten. Bereits die §§ 215, 216 Abs. 1 BGB sprechen gegen einen Gleichlauf von Rückgewähranspruch und Verjährung der gesicherten Forderungen. Ferner billigt § 548 Abs. 1 BGB dem Vermieter sechs Monate nicht allein zu dem Zweck zu, Schäden an der Mietsache festzustellen. Vielmehr muss dies in der Regel deutlich schneller geschehen, damit noch genügend Zeit zur Vorbereitung der Klageerhebung bleibt.

Zutreffend ist daher darauf hingewiesen worden, dass die sechsmonatige Abrechnungs- und Rückgewährfrist für den Regelfall **deutlich zu lang bemessen** ist.⁶⁶ Der Mieter hat ein evidentes Rückgewährinteresse und der Vermieter ist als Sicherungsnehmer und Treuhänder verpflichtet, auf dieses Rücksicht zu nehmen. Zu Recht nimmt die Judikatur daher an, der Vermieter dürfe die Kautionsabrechnung nicht treuwidrig verzögern und die in der Kautionszahlung liegende Sicherheit nicht länger in Anspruch nehmen als zur Feststellung seiner berechtigten Ansprüche nötig ist.⁶⁷ Der Vermieter dürfe nach Vertragsende nicht untätig bleiben.⁶⁸ Ausdruck dieser überzeugenden Interessenbewertung ist § 16b Abs. 2 österr. MRG, der die Rückstellung der Kautionszahlung nebst Zinsen unverzüglich nach Vertragsende vorsieht. Angesichts dieser Interessenlage ist auch eine starre Frist von mindestens drei Monaten nicht zu rechtfertigen.⁶⁹

Ganz in diesem Sinne fordern Teile der Literatur eine Abrechnung über die Kautionszahlung unverzüglich nach Vertragsende.⁷⁰ Es ist bereits ausgeführt worden (III. 2.), warum eine Abrechnung in Form einer übersichtlichen Gegenüberstellung der beiderseitigen Forderungen i.S.v.

⁶⁵ Z.B. *Geldmacher* in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, *Gewerberaummieta*, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 268; *Kinne* in: Kinne/Schach/Bieber, *Miet- und Mietprozessrecht*, 7. Aufl. (2013) § 551 Rn. 18; *Lützenkirchen* in: Erman, *BGB*, 14. Aufl. (2014), § 551 Rn. 24; *Riecke* in: Schmid/Harz, *Mietrecht*, 4. Aufl. (2014), § 551 Rn. 122; s. auch BGHZ 101, 244, 250; NJW 2006, 1422 (Rn. 10); OLG Düsseldorf NJOZ 2010, 2648, 2650.

⁶⁶ *Kießling*, JZ 2004, 1146, 1154; in dieselbe Richtung bereits *Häublein* in: Artz/Börstinghaus (Hrsg.), *10 Jahre MietRRefG* (2011), S. 461, 464 f.

⁶⁷ OLG Düsseldorf ZMR 2003, 921 (Rn. 35 bei juris); für deutlich kürzere Frist auch OLG Köln ZMR 1998, 345; s. ferner AG Dortmund WuM 1997, 440.

⁶⁸ *Blank* in: Blank/Börstinghaus, *Miete*, 5. Aufl. (2017), § 551 Rn. 99; *Ehlert* in: BeckOK BGB, 41. Ed. (Stand: 1.5.2014), § 551 BGB Rn. 35; *Kossmann/Meyer-Abich*, *Hdb. d. Wohnraummieta*, 7. Aufl. (2014), § 39 Rn. 45.

⁶⁹ A.A. LG Berlin GE 1997, 1473; *Kinne* in: Kinne/Schach/Bieber, *Miet- und Mietprozessrecht*, 7. Aufl. (2013) § 551 Rn. 18.

⁷⁰ *Lutz* in: BeckOK MietR, 6. Ed. (Stand: 1.12.2015), § 551 BGB Rn. 49; *V. Emmerich* in: Staudinger, *BGB* (2014), § 551 Rn. 29; s. auch *Bieber* in: *Münchener Kommentar BGB*, 7. Aufl. (2016), § 551 Rn. 29.

§§ 666, 259 BGB erst erstellt werden kann, wenn der Vermieter die Höhe der gesicherten Forderungen kennt. Da „unverzüglich“ auch der handelt, der die Leistung zwar nicht sofort, jedoch ohne schuldhaftes Zögern erbringt (§ 121 Abs. 1 S. 1 BGB), kann dem Vermieter, der mit der Kautionsabrechnung zuwartet, bis er die Betriebskostenabrechnung nach Maßgabe des § 556 Abs. 3 BGB erstellt hat, kein Vorwurf gemacht werden. Mit Blick auf das Informationsinteresse des Mieters muss man daher zwischen dem Abrechnungs- und Rückgewähranspruch einerseits und dem hier befürworteten Auskunftsanspruch andererseits unterscheiden.

2. Anspruch auf Auskunft

Dem Anliegen der die unverzügliche Abrechnung fordernden Ansicht ist durch einen Anspruch auf Auskunftserteilung Rechnung zu tragen, der im Zweifel nach Vertragsbeendigung und Rückgabe der Mietsache an den Vermieter fällig wird. Der Vermieter muss unverzüglich mit der Prüfung der relevanten Umstände beginnen.⁷¹ Als Faustformel mag gelten, dass ein sorgfältiger Vermieter i.d.R. **höchstens zwei Wochen** benötigt, um sich Klarheit darüber zu verschaffen, ob und warum er meint, noch Ansprüche gegen seinen Mieter zu haben.⁷²

Allerdings setzt der BGH für den Auskunftsanspruch aus § 666 Var. 2 BGB ein Verlangen des Geschäftsherrn voraus. Es handele sich um einen „verhaltenen“ Anspruch, der dadurch gekennzeichnet sei, dass der Schuldner die Leistung nicht von sich aus erbringen muss bzw. nicht leisten darf, bevor sie der Gläubiger verlangt.⁷³ Er bezieht sich für diese Überlegungen zur Fälligkeit des Anspruchs und namentlich für die Frage des Beginns der Regelverjährung nach § 199 Abs. 1 BGB auf die §§ 604 Abs. 5, 695 S. 2, § 696 S. 3 BGB, die auf die Geltendmachung durch den Gläubiger abstellen.

Auf den hier entwickelten, das Sicherungsbedürfnis des Vermieters betreffenden Auskunftsanspruch ist dies aber nicht zu übertragen. Zum einen ist nicht einzusehen, warum der Vermieter seine Auskunftspflicht erst nach entsprechendem Mieterverlangen erfüllen können sollte. Zum anderen erscheint die vom Verlangen des Gläubigers abhängige Fälligkeit nicht überzeugend.⁷⁴ In den vom BGH angeführten Fällen ist diese und die damit verbundene Verlagerung des Verjährungsbeginns dem Umstand geschuldet, dass zwischen den Parteien ein Dauerschuldverhältnis besteht, das u.U. über mehrere Jahre anhält, was zu einer unangemessenen Verjährung des Rückgabe- bzw. Rücknahmeanspruchs führen kann. Dem steht das beendete Mietverhältnis nicht gleich, auch wenn zwischen den Parteien das Sicherungsverhältnis fortbesteht. Dieses ist nämlich nach Mietvertragsende, anderes als beim Leih- oder Verwahrungsvertrag, auf (möglichst rasche) Beendigung gerichtet.

Daher gilt: Ist das Mietverhältnis beendet und die Mietsache an den Vermieter zurückgegeben, ist auch der Anspruch des Mieters auf Auskunft über die für seinen Kautionsrückgewähranspruch relevanten Umstände fällig. Es handelt sich nicht um einen verhaltenen Anspruch. Verzug und die damit zusammenhängenden Rechtsfolgen setzen allerdings ein Auskunftsverlangen des Mieters voraus, das den Anforderungen an eine Mahnung gerecht wird.

⁷¹ In der Sache ebenso *Voelskow* in: Münchener Kommentar BGB, 3. Aufl. (1995), § 550b Rn. 17: unverzügliche Geltendmachung der Ansprüche durch den Vermieter als nachwirkende Vertragspflicht.

⁷² *Kießling*, JZ 2004, 1146, 1154.

⁷³ BGHZ 192, 1 Rn. 11.

⁷⁴ Allg. für frühere Fälligkeit verhaltener Ansprüche *Krüger* in: Münchener Kommentar BGB, 7. Aufl. (2016), § 271 Rn. 4.

Ferner kann sich der Vermieter während der Zeit exkulpieren (§ 286 Abs. 4 BGB), die notwendig ist, um die Auskunft vorzubereiten. Da es aber nur darum geht, dem Mieter mitzuteilen, warum der Bestand und/oder die Höhe etwaiger Forderungen des Vermieters noch nicht beziffert werden können, sind maximal zwei Wochen regelmäßig vollkommen ausreichend.

3. Anspruch auf Rückgewähr und Abrechnung

Mit der Judikatur des BGH ist davon ausgegangen, dass der Anspruch auf Rückgewähr der vom Mieter gestellten Mietsicherheit erst fällig wird, wenn das Sicherungsbedürfnis des Vermieters entfallen ist (s.o. I. 1.). Allerdings kann, selbst ohne entsprechende ausdrückliche Vereinbarung, ein Anspruch auf **teilweise Rückgewähr** bestehen. Angenommen wird ein solcher, wie erwähnt (III. 3. b), vor allem dann, wenn als gesicherter Anspruch nur noch eine etwaige Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung in Betracht kommt. Das Urteil vom Juli 2016⁷⁵ ändert an dieser h.M. nichts. Zwar geht der BGH von einer einheitlichen Fälligkeit des Rückgewähranspruchs aus, obwohl nur noch die letzte Betriebskostennachforderung gesichert wurde. Jedoch liegt darin keine Abkehr von der bisherigen Judikatur, die der Senat folgerichtig auch nicht artikuliert hat, weil der Teilrückgewähranspruch als **verhaltener Anspruch** anzusehen ist, der in concreto vom Mieter vorprozessual nicht geltend gemacht wurde, weshalb die Verjährungsfrist insoweit mangels Fälligkeit nicht angelaufen ist. Ob ein Teilrückgewähranspruch besteht, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Dabei sind etwa zu berücksichtigen: der mit der Teilrückgewähr verbundene Aufwand; das Verhältnis der gesamten Sicherheit zum vorab geforderten Anteil; die Zeit, die voraussichtlich verstreichen wird, bis Klarheit über den vollständigen Fortfall des Sicherungsbedürfnisses des Vermieters besteht; die Konsequenzen, die ein vollständiger Einbehalt für den Mieter hätte.

Nicht Interessengerecht und daher unangemessen wäre es, wenn der Vermieter die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs dadurch beeinflussen könnte, dass er die Abrechnung unterlässt, weshalb diese keine Voraussetzung für jene ist. Hat der Vermieter eine Abrechnung erstellt und darin ein Guthaben des Mieters ausgewiesen, wird dieses aber i.d.R. ungeachtet der Frage fällig, ob der Vermieter tatsächlich noch einen (unerkannten) Anspruch aus dem Mietverhältnis besitzt.⁷⁶ Dem dürfte es entsprechen, wenn angenommen wird, der Rückgewähranspruch entstehe mit Wegfall des Sicherungszwecks, „also regelmäßig (...) mit Saldomitteilung nach Abrechnung durch den Vermieter und wird zu diesem Zeitpunkt auch erst fällig“.⁷⁷

Der Abrechnungsanspruch wird nach hier vertretener Ansicht nicht fällig, bevor der Vermieter seine Gegenforderungen beziffern kann. Die bislang verbreitet vertretene Ansicht, nach der der Vermieter i.d.R. spätestens nach sechs Monaten eine Teilabrechnung erstellen muss und hinsichtlich seiner noch nicht bezifferbaren Nachforderungen auf ein Zurückbehaltungsrecht verwiesen ist, widerspricht der Judikatur des BGH.⁷⁸ Aus der Sicherungsabrede folgt im Zweifel, dass der Vermieter erst abrechnen muss, wenn er weiß, ob und in welchem Ausmaß er die Kautions zur Absicherung seiner Forderungen benötigt.

⁷⁵ BGH NJW 2016, 3231 = ZMR 2016, 768.

⁷⁶ Zur damit zusammenhängenden Frage eines Anspruchsverzichts, etwa *Scheuer/J. Emmerich* in: *Bub/Treier*, Hdb. der Geschäfts- und Wohnraummiete, 4. Aufl. (2014), Abschn. V.B Rn. 383.

⁷⁷ *Zeibig*, Die Mietkaution (2012), S. 250.

⁷⁸ *Zutr. Geldmacher* in: *Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer*, Gewerberaummiete, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn.263 m. Hinw. auf BGH NJW 2006, 1422.

Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob der Vermieter bestimmte Informationen bereits vorab liefern muss, z.B. bei der Barkaution über die Höhe der aufgelaufenen Zinsen oder eine bereits erfolgte Befriedigung aus der Kaution. Ob eine entsprechende „Teilabrechnung“ verlangt werden kann, hängt wiederum, wie beim Teilrückgewähranspruch, von einer Abwägung der Parteiinteressen ab. In aller Regel schuldet der Vermieter nur einmalig eine den Anforderungen des § 259 BGB genügende Abrechnung. Ein Auskunftsanspruch bleibt aber unberührt.

V. Durchsetzung

Macht der Mieter den Anspruch auf Rückgewähr der Kaution außergerichtlich geltend, obwohl der Vermieter noch Forderungen aus dem Mietverhältnis gegen ihn hat, kann eine solche vor Eintritt der Fälligkeit zugegangene Mahnung keinen Verzug des Vermieters mit dem Rückgewähranspruch begründen (§ 286 Abs. 1 Abs. 1 BGB). Das Gleiche gilt für den Abrechnungsanspruch, wenn dieser zu einem Zeitpunkt eingemahnt wird, zu dem noch keine Abrechnungsreife eingetreten ist. Ausnahmsweise kann sich aber dann etwas anderes ergeben, wenn der Mieter teilweise Rückgewähr/Abrechnung verlangen kann, und zwar in Bezug auf den bereits fälligen und daher zurück zu gewährenden/abzurechnenden Teil der Kaution.

Zu den Konsequenzen der eingangs dargestellten Judikatur des BGH gehört ferner, dass der Mieter seinen Anspruch auf Rückgewähr einer Barkaution auch nicht im Wege der Aufrechnung durchsetzen kann, nur weil die angemessene Frist für die Abrechnung der Kaution abgelaufen ist.⁷⁹ Mangels Fälligkeit des Zahlungsanspruchs hat der Mieter keine Aufrechnungsmöglichkeit, solange noch gesicherte Forderungen bestehen (§ 387 BGB).

Macht der Mieter außergerichtlich Rückgewähr oder Abrechnung der Sicherheit geltend, kommt darin für den Vermieter erkennbar der Wunsch zum Ausdruck, wenigstens Auskunft über diejenigen Umstände erhalten zu wollen, die diesen Ansprüchen (noch) entgegenstehen. Darin wird in der Regel eine Mahnung i.S.v. § 286 Abs. 1 BGB zu sehen sein, weil für den Vermieter deutlich wird, dass er den Mieter über die diesem nicht bekannten Umstände unterrichten muss, um ihn vor weiteren kostenauslösenden Maßnahmen zu bewahren. Kommt der Vermieter dem nicht nach und wird dadurch die letztlich unbegründete Rückgewähr- und/oder Abrechnungsklage ausgelöst, ist dies bei der gerichtlichen Kostenentscheidung nach Maßgabe der Ausführungen zu III. 3. c) zu berücksichtigen.⁸⁰

Im Rahmen der gerichtlichen Durchsetzung des Rückgewähranspruchs kommt es häufig entscheidend darauf an, wer die **Darlegungs- und Beweislast** hinsichtlich des Bestehens gesicherter Vermieterforderungen trägt. Die meisten Darstellungen widmen sich diesem Problem nicht näher. Teilweise wird angenommen, der Mieter müsse den eingeklagten Rückzahlungsanspruch mit einer eigenen Berechnung begründen. Soweit ihm aber nähere Darlegungen nicht möglich seien, könne er sich auf den Vortrag beschränken, der bei zumutbarer Ausschöpfung der ihm zur Verfügung stehenden Quellen seinem Kenntnisstand entspricht.⁸¹ Was das in Bezug auf etwaige Vermieterforderungen bedeutet, ist allerdings unklar.

⁷⁹ S. etwa Kossmann/Meyer-Abich, Hdb. d. Wohnraummiete, 7. Aufl. (2014), § 39 Rn. 47: frühestens, wenn der Vermieter abrechnen kann. Anders aber etwa OLG Düsseldorf NJOZ 2010, 2648, 2650.

⁸⁰ Ebenso Zeibig, Die Mietkaution (2012), S. 250.

⁸¹ OLG Karlsruhe NJW-RR 2010, 585; *Blank* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 12. Aufl. (2015), § 551 Rn. 102.

Man könnte meinen, die Darlegungs- und Beweislast treffe primär den Mieter, weil es um Umstände geht, von denen die Fälligkeit seines Anspruchs abhängt. Ganz in diesem Sinne wird im Rahmen des § 1223 Abs. 1 BGB, den der BGH als Anspruchsgrundlage des Mieters anführt,⁸² von der ganz h.M. angenommen, die Beweislast für das Erlöschen des Pfandrechts trage der Pfandgeber.⁸³ Sieht man es so, müsste man der Beweisnot der Mieters, der die Forderungen des Vermieters oft nicht kennen, geschweige denn beziffern können wird, durch eine sekundäre Darlegungslast des Vermieters abhelfen.

Indes erscheint es überzeugender, den Vermieter als darlegungs- und beweispflichtig anzusehen, was letztlich aus dem Sicherungszweck der Kautions folgt. Die Mietsicherheit wird dem Vermieter zur Absicherung von Forderungen gewährt, deren Entstehen zumindest partiell ungewiss ist. Im Geltungsbereich des § 9 Abs. 5 WoBindG gilt das infolge des limitierten Sicherungszwecks für die gesamte Mietsicherheit, im freifinanzierten Bereich zumindest hinsichtlich etwaiger Ansprüche wegen Beschädigung der Mietsache oder nicht durchgeführter Schönheitsreparaturen. Solange der Mietvertrag fortbesteht und der Mieter sich im Besitz der Mietsache befindet, können Forderungen des Vermieters noch entstehen und es entspricht dem Zweck der Sicherheit, dass der Vermieter diese allein deswegen behalten darf.

Ist der Mietvertrag aber beendet und das Objekt zurückgegeben, ist die Situation eine andere. Da gesicherte Forderungen nicht mehr neu entstehen können, darf der Vermieter die Kautions nur weiter behalten, wenn ihm gesicherte Forderungen zustehen. Deren Existenz muss er daher im Zweifel vortragen und beweisen.⁸⁴ Den Mieter trifft die Darlegungs- und Beweislast folglich nur für die Gewährung der Kautions, das Ende des Mietverhältnisses und die Rückgabe der Sache an den Vermieter.

VI. Rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten

Abschließend wird kurz auf rechtsgeschäftliche Gestaltungsmöglichkeiten eingegangen.

Die unklare Rechtslage zur Länge der angemessenen Prüfungs- und Abrechnungsfrist des Vermieters legt es nahe, durch Parteivereinbarung für Rechtsklarheit zu sorgen. Im Schrifttum wird hierzu die Ansicht vertreten, es bestehe kein Hinderungsgrund, die angemessene Prüfungsfrist vertraglich auf sechs Monate festzulegen.⁸⁵ Das LG Köln hat außerdem die in einem Gewerberaummietvertrag zwischen Kaufleuten enthaltene Regelung für wirksam erachtet, wonach der Anspruch auf Rückzahlung der Kautions erst fällig werden soll, wenn die letzte Betriebskostenabrechnung erteilt ist.⁸⁶

M.E. sind beide Regelungen unwirksam, sofern es sich um AGB des Vermieters handelt (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Klauseln, die ohne jede Einschränkung eine Prüfungsfrist von sechs

⁸² BGH NJW 2016, 3231 Rn. 12.

⁸³ J. Schmidt in: Erman, BGB, 14. Aufl. (2014), § 1223 Rn. 3; Sosnitza in: BeckOK BGB, 41. Ed. (Stand: 1.3.2011), § 1223 BGB Rn. 2; Wiegand in: Staudinger, BGB (2009), § 1223 Rn. 4.

⁸⁴ So für das österr. Recht explizit etwa OGH v. 23.2.1993 – 1 Ob 507/93, RdW 1993, 362; Hofmann in: Rummel, ABGB, 3. Aufl., § 441 Rn. 7 und § 1369 Rn. 3; Riss in: Hausmann/Vonkilch, Österr. Wohnrecht – MRG, 3. Aufl. 2013, § 16b Rn. 47.

⁸⁵ Geldmacher in: Ghassemi-Tabar/Guhling/Weitemeyer, Gewerberaummiets, 1. Aufl. 2015, Anh §§ 562 ff. Rn. 268; Lützenkirchen in: Lützenkirchen, Mietrecht, 2. Aufl. (2015), § 551 Rn. 26.

⁸⁶ LG Köln v. 12.1.2004 - 2 O 213/03, MietRB 2004, 230 (Intveen).

Monate vorsehen, sind bei kundenfeindlichster Auslegung so zu verstehen, dass der Vermieter die Kautionsrückgewähr keinesfalls früher zurück gewähren muss. Aber welches hinreichende Interesse des Vermieters sollte angesichts des Rückgewährinteresses des Mieters für eine derartige pauschale Frist sprechen?⁸⁷ Da der Vermieter bereits ex lege zur Rückgewähr solange nicht verpflichtet ist, wie gesicherte Ansprüche bestehen, steht ihm der Nachweis solcher Ansprüche frei. Sollte deren Feststellung noch nicht abgeschlossen sein, kann er dies dem Rückgewährverlangen entgegen halten, was aus der Sicherungsabrede folgt und ihn hinreichend schützt.

Das Gesagte gilt für eine Klausel, die den Rückgewähranspruch von der Erteilung der letzten Betriebskostenabrechnung abhängig macht, erst recht; denn im Ergebnis verschieben derartige Regelungen den Rückgewähranspruch des Mieters ebenso pauschal noch weiter in die Zukunft. Weniger bedenklich wäre eine solche Regelung, wenn sie den Einbehalt der Höhe nach begrenzt. Aber auch insofern muss der Vermieter als Klauselverwender die Belange des Mieters angemessen berücksichtigen und darf nicht allein seine Sicherungsinteressen verfolgen.

Im Schrifttum wird dem Vermieter von Gewerberaum ungeachtet etwaiger Wirksamkeitsbedenken dazu geraten, die Fälligkeit vertraglich „möglichst weit“ hinauszuschieben. Selbst im Falle der Unwirksamkeit der Regelung entstehe dem Vermieter kaum ein Schaden.⁸⁸ Ob das wirklich so ist, hängt maßgeblich davon ab, inwieweit der Vermieter oder seine Mitarbeiter sich zunächst einmal „auf dieser Regelung ausruhen“. Begehrt der Mieter etwa einen Monat nach Vertragsende und Rückgabe des Objekts Auskunft darüber, ob der Vermieter Schäden an der Mietsache festgestellt hat oder deren Zustand sonst für vertragswidrig erachtet, muss der Vermieter, der die Untersuchung noch nicht abgeschlossen hat, dies dem Mieter mitteilen, wenn er eine Haftung wegen Verzuges (s.o. III. 3. c) vermeiden möchte. Steht zu diesem Zeitpunkt bereits fest, dass als gesicherte Forderung allein noch eine etwaige Betriebskostennachzahlung in Betracht kommt, gerät der Vermieter nicht nur mit der Auskunft, sondern u.U. auch mit der Rückgewähr (teilweise) in Verzug. Die hier für unwirksam gehaltenen Regelungen sind also deswegen für den Verwender gefährlich, weil sie ihm den Blick dafür verstellen, dass er zu unverzüglichem Tätigwerden verpflichtet ist.

VII. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Im Urteil vom 20. Juli 2016⁸⁹ macht der BGH die Fälligkeit des Kautionsrückgewähranspruchs zutreffend und nicht zum ersten Mal davon abhängig, dass keine gesicherten Vermieterforderungen aus dem Mietverhältnis mehr bestehen. Die h.L. hat das bislang nicht zur Kenntnis genommen und stellt stattdessen auf den Ablauf einer angemessenen Frist ab.

Den Bestand gesicherter Forderungen kann der Mieter i.d.R. selbst nicht ermitteln. Klagt er nach Vertragsende in Unkenntnis noch bestehender Vermieterforderungen auf Rückgewähr und/oder Abrechnung, trifft ihn das Prozessrisiko. Allerdings obliegen dem Vermieter nach Rückgewähr der Mietsache die Darlegung und der Beweis seiner gesicherten Forderungen.

⁸⁷ Zum Erfordernis einer umfassenden Abwägung etwa *Hubert Schmidt* in: BeckOK BGB, 41. Ed. (Stand: 1.11.2016), § 307 BGB Rn. 30 ff.

⁸⁸ *Intveen* MietRB 2004, 230, 231.

⁸⁹ BGH NJW 2016, 3231 = ZMR 2016, 768.

Das Informationsbedürfnis des Mieters wird nicht durch dessen Anspruch auf Abrechnung über die Sicherheit gem. § 259 BGB befriedigt, weil auch dieser Anspruch, entgegen den meisten Darstellungen im Schrifttum, erst fällig wird, wenn die Höhe der abzurechnenden Vermieterforderungen feststeht. Die verbreitet angenommene Frist von (drei bis) sechs Monaten lässt sich nicht begründen und wird den Mieterinteressen nicht gerecht. Sie kann daher, auch in der Geschäftsraummiete, durch AGB des Vermieters nicht vereinbart werden.

Sofern der Mieter unverschuldet keine Kenntnis von Umständen hat, die für die Fälligkeit des Rückgewähr- und/oder Abrechnungsanspruchs relevant sind, ist der Vermieter nach Treu und Glauben verpflichtet, ihm Auskunft zu gewähren, sofern der Vermieter die Auskunft unerschwer, d.h. ohne unbillig belastet zu sein, zu geben vermag. Der Vermieter muss aber weder seine Ansprüche „vorläufig“ beziffern noch Erklärungen abgeben, die ihm als negatives Schuldanerkenntnis ausgelegt werden können.

Gibt der Vermieter die entsprechenden Auskünfte trotz Mahnung nicht, befindet er sich im Verzug und muss dem Mieter die Kosten des infolge fehlender Informationen angestregten Rückgewähr- und/oder Abrechnungsprozesses gem. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB ersetzen. Eine entsprechende Änderung der Klage des Mieters auf Feststellung der Kostentragungspflicht des Vermieters ist sachdienlich i.S.v. § 263 ZPO.

Der Auskunftsanspruch wird mit Ende des Mietvertrages und Rückgabe der Mietsache an den Vermieter fällig, auch ohne Auskunftsverlangen des Mieters. Zur Vorbereitung der Auskunft ist dem Vermieter eine Frist zu gewähren, während der ihn kein Verschuldensvorwurf i.S.v. § 286 Abs. 4 BGB trifft. Sie beträgt im Regelfall höchstens zwei Wochen.