

Die Abwicklung der Mietkaution bei Beendigung des Mietverhältnisses

I. Allgemeines

Hat der Mieter aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung der Mietvertragsparteien eine Mietsicherheit gegenüber dem Vermieter erbracht, hat der Mieter, gleich ob es sich um ein Wohn-, Gewerberaum- oder sonstiges Mietverhältnis handelt, regelmäßig im Falle der Beendigung des Mietverhältnisses ein Interesse daran, die Sicherheit zurück zu erhalten. Das gilt insbesondere dann, wenn er eine sog. Barkaution geleistet hat, also dem Vermieter Geld zur Verfügung gestellt hat. Aber auch dann, wenn er dem Vermieter eine Bürgschaft als Sicherheitsleistung überlassen hat, hat er durchaus ein berechtigtes Interesse daran, die Haftung eines Dritten zu beenden, wenn diese nicht mehr in seinem Sinne erforderlich ist, da der Mieter dem Dritten gegenüber im Falle dessen Inanspruchnahme einstehen muss. Ebenso hat der Mieter auch ein Interesse daran, wenn er beispielsweise dem Vermieter ein auf seinen Namen lautendes Sparbuch verpfändet hat. Schon das Bedürfnis, das Vermögen dem möglicherweise auch unberechtigten Zugriff des Vermieters entziehen und es für eigene Zwecke verwenden zu können, liegt auf der Hand.

Zahlte der Vermieter die Kautionsrückgabe nicht in angemessener Frist zurück und klagte der Mieter diese deshalb ein, war es gängige Praxis, dass der Vermieter gegen die Klagforderungen seine vermeidlichen eigenen Forderungen einwandte, dass Gericht diese – ggf. nach Beweisaufnahme – feststellte und dem Mieter den verbleibenden Kautionsbetrag zusprach. Die jüngere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur wirft jedoch die Frage auf, ob auch in Zukunft diese Verfahrensweise beibehalten werden kann, also wann und wie der Mieter die Rückforderung der Kautionsrückgabe durchsetzen kann. Andererseits ist die Frage zu beantworten, wann der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses tätig werden muss und ob er sich durch Aufrechnung gegen eine Barkaution befriedigen kann.

Mit Urteil vom 20.07.2016 hat der BGH im Rahmen der Beurteilung der Verjährung eines Kautionsrückgabeanspruches dazu Stellung bezogen, wann dieser Anspruch fällig wird¹. Unter Bestätigung und Fortführung der früheren Rechtsprechung des XII. und des VIII. Senats des BGH² hat er ausgeführt, dass der Anspruch des Mieters auf Rückgabe einer Mietsicherheit erst fällig wird, 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. Der Anspruch wird also erst dann fällig, wenn das Sicherungsbedürfnis entfallen ist, mithin zu dem Zeitpunkt, in dem dem Vermieter keine Forderungen mehr aus dem Mietverhältnis zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen kann.

Bereits auf dem 19. Deutschen Mietgerichtstag hatte Prof. Dr. Martin Häublein in einem Referat, welches die Grundlage seines Beitrages in ZMR 2017, 445 bildete, einen Blick darauf geworfen, welche Folgerungen aus diesem Urteil für die Fälligkeit des Anspruchs und dessen

¹ BGH, Urte. v. 20.07.2016, VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231 = NZM 2016, 762 = ZMR 2016, 768

² BGH, Urte. v. 24.03.1999, XII ZR 124/97, BGHZ 141, 160; BGH, Urte. v. 18.01.2006, VIII ZR 71/05, NJW 2006, 1422

praktische Handhabung zu ziehen sind.

In der Folgezeit haben sich Rechtsprechung und Literatur damit befasst, welche Folgen sich aus der Rechtsprechung des BGH zur Fälligkeit des Anspruches auf Rückgewähr sowie die Ansprüche des Vermieters ergeben und insbesondere in welchem Umfang dem Vermieter auch unter Berücksichtigung der Betonung der Sicherungsfunktion der Kautions und der in § 551 Abs. 3 S. 3 BGB bestimmten getrennten Anlage der Barkautions die Möglichkeit der Aufrechnung eröffnet ist³.

Die so entfachte Diskussion soll Anlass dazu geben, sich mit den Möglichkeiten von Mieter und Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auseinander zu setzen. Im besonderen Blick soll dabei die Barkautions stehen und sodann ein Seitenblick auf das verpfändete Sparsbuch und die Bürgschaft geworfen werden.

II. Die Natur der Sicherheitsleistung

1. Die gesetzlichen Regelungen

Ein Blick ins Gesetz macht schnell deutlich, dass dieses für die Frage, wie die Kautions nach Beendigung des Mietverhältnisses abzuwickeln ist, also Ansprüche von Mieter und Vermieter auszugleichen sind, wenig ergiebig ist. § 551 BGB trifft allein Regelungen für das Wohnraummietverhältnis, die sich mit dem Zeitpunkt der Kautionszahlung (Ratenzahlung) ihrer höhenmäßigen Begrenzung im Wohnraummietverhältnis sowie ihrer verzinslichen Anlage befassen. § 551 Abs. 3 S. 3 BGB legt allerdings fest, dass eine vom Mieter in Geld geleistete Kautions getrennt vom Vermögen des Vermieters und damit insolvenzfest anzulegen ist.

In § 578 BGB findet sich keine Verweisung auf § 551 BGB. Eine solche Verweisung wäre jedoch für die hier zu beleuchtende Fragestellung aber auch nicht dienlich, da § 551 BGB hierzu keine Regelungen aufweist. Die Frage also, wie die Kautions bei Ende des Mietverhältnisses zu behandeln ist, muss allgemein aus dem Sinn und Zweck der Kautions und des damit verbundenen Sicherungsanspruchs abgeleitet werden. Insoweit ergibt sich auch für die Gewerberaummieter im Wesentlichen nichts von den nachfolgend für die Wohnraummieter erörterten Aspekten Abweichendes⁴, obgleich der für die Gewerberaummieter zuständige XII. Senat des BGH sie in seiner jüngeren Rechtsprechung nicht problematisiert hat⁵.

2. Sicherungs- und Befriedigungsfunktion

³ AG Dortmund, Urt. v. 19.06.2018, 425 C 376/18, zit. nach juris; AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018, 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; nachfolgend LG Dortmund, Hinweisbeschl. v. 16.11.2018, 1 S 85/18, zit. Nach juris; LG Krefeld, Beschl. v. 27.12.2018, 2 T 31/18, WuM 2019, 84 = GE 2019, 192; Lützenkirchen, MDR 2019, 257

⁴ vgl. auch Häublein, ZMR 2017, 445

⁵ BGH, Beschl. v. 05.10.2016, XII ZR 130/15, zit. nach juris

a) Sicherungsfunktion der Kautio

Die Sicherheitsleistung des Mieters hat zur Folge, dass dem Vermieter die Gewissheit gegeben wird, liquide Mittel des Mieters zu verwalten, auf welche er dann, wenn feststeht, dass ihm Ansprüche gegen den Mieter zustehen, in dem Umfang zugreifen kann, in dem es der Sicherungszweck der Kautio erlaubt. Er erlangt also eine Position, in der ein gewisses Maß an Befriedigung berechtigter Ansprüche gesichert ist. Insoweit steht der Vermieter besser als ein sonstiger Gläubiger, der nicht sicher weiß, ob der Schuldner dann, wenn der Gläubiger gegen ihn Ansprüche auch tatsächlich durchsetzen – etwa vollstrecken – kann, über entsprechende Mittel verfügt. Der Kautio wird daher gemeinhin eine Sicherungsfunktion zugeordnet⁶. Der Vermieter hat also die Zugriffsmöglichkeit auf einen sicher bestehenden Vermögensgegenstand und damit den mit der Kautio erlangten Vorteil gegenüber sonstigen Gläubigern zu erhalten, nicht einen Titel zu erlangen und aus diesem dann mangels Vermögens nicht vollstrecken zu können. Ebenso hat er ein Interesse daran, sich möglichst einfach durch eine Aufrechnung befriedigen zu können.

Die Sicherungsfunktion entfällt erst, wenn nach einer Überlegungs- und Prüfungsfrist zu Gunsten des Vermieters feststeht, dass keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr bestehen, wegen derer sich der Vermieter aus der Sicherheit hätte befriedigen dürfen⁷.

b) Verwertungsfunktion der Kautio

Wird die Kautio in Geld geleistet, sog. Barkautio, regelt § 551 Abs. 3 S. 3 BGB für das Wohnraummietverhältnis, dass dieses Geld vom Vermieter getrennt von seinem Vermögen anzulegen ist. Es ist also auf einem nach außen sichtbaren gesonderten Konto anzulegen⁸. Hierdurch entsteht ein Treuhandverhältnis, durch welches das Vermögen des Mieters, welches er dem Vermieter treuhänderisch überlässt, dem Zugriff der Gläubiger des Mieters entzogen ist. Ebenso kann auch der Gläubiger des Vermieters, ist die Anlage ordnungsgemäß getrennt erfolgt, nicht auf die Forderung zugreifen⁹. Auch in der Insolvenz besteht zu Gunsten des Mieters ein Aussonderungsrecht¹⁰. Auch die Bank kann bei ordnungsgemäß getrennter Anlage auf einem Treuhandkonto hiergegen nicht von ihrem Pfandrecht gegen den Vermieter Gebrauch machen¹¹. Der Vermieter erhält zwar die Verfügungsbefugnis über das Kautionsvermögen, darf über dieses aber nur im Rahmen des durch die Sicherungsabrede bestimmten Sicherungszwecks verfügen¹².

Für das laufende Mietverhältnis hat der Bundesgerichtshof aus diesem Grund ein uneingeschränktes Verwertungsverbot verneint. Vielmehr steht die insolvenzfeste Anlage im

⁶ MünchKomm-BGB/Bieber, 7. Aufl., § 551 Rn. 15

⁷ BGH, Urt. v. 20.07.2016, VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231 = NZM 2016, 762; Ludley, NZM 2016, 764; MünchKomm-BGB/Bieber, a.a.O., § 551 Rn. 17; Lützenkirchen, MDR 2019, 257

⁸ BGH, Beschl. v. 09.06.2015, VIII ZR 324/14, WuM 2015, 549 = ZMR 2015, 847; LG Ulm, Beschl. v. 19.12.2007, 1 S 164/07, DWW 2008, 96; Bub/Treyer/von der Osten, Handbuch der Wohn- und Geschäftsraummiete, Kap. 3 A. 4. Rn. 2095

⁹ Lindner-Figura/ Opre/ Stellmann/Moeser, Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Kap. 12 Rn. 32.

¹⁰ von der Osten in Bub/Treyer, Handbuch der Wohn- und Geschäftsraummiete, §4. Aufl., Rn. 2089; Wolf/Eckert/Ball, Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts, 10. Aufl., Rn. 786.

¹¹ MünchKomm-BGB/Bieber, a.a.O., § 551 Rn. 23

¹² Häublein, ZMR 2017, 445

Vordergrund und ist erklärtes gesetzgeberisches Ziel¹³. In letzterem Urteil hat der BGH zur Begründung ausgeführt:

„Die Mietkaution dient nicht dazu, dem Vermieter eine Verwertungsmöglichkeit zum Zwecke schneller Befriedigung behaupteter Ansprüche gegen den Mieter während des laufenden Mietverhältnisses zu eröffnen. Gemäß § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB hat der Vermieter die ihm als Sicherheit überlassene Geldsumme getrennt von seinem Vermögen anzulegen. Mit der Pflicht zur treuhänderischen Sonderung der vom Mieter erbrachten Kautionsleistung wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auch in der Insolvenz des Vermieters ungeschmälert auf die Sicherheitsleistung zurückgreifen kann, soweit dem Vermieter keine gesicherten Ansprüche zustehen. Diese Zielsetzung würde unterlaufen, wenn der Vermieter die Mietkaution bereits während des laufenden Mietverhältnisses auch wegen streitiger Forderungen in Anspruch nehmen könnte.“

Aus dem so definierten Treuhandcharakter und der damit verfolgten Bindung der Kautionsleistung leitet der BGH ein stillschweigendes Aufrechnungsverbot her¹⁴. Wenn gleichwohl die Aufrechnung mit unstreitigen und rechtskräftigen Forderungen in Betracht kommt, entspricht dies dem Leitbild des § 309 Nr. 3 BGB, der auch in AGB-Klauseln eine Aufrechnung in diesem Umfang zulassen will. Überdies besteht bei unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen die Gefahr nicht, dass der Mieter den so vom Vermieter zur Befriedigung herangezogenen Betrag von diesem wieder herausbegehren und so dem Insolvenzrisiko des Vermieters begegnen wird.

Hieraus folgt, dass jedenfalls im laufenden Mietverhältnis eine Aufrechnung des Vermieters gegen die Kautionsleistung nur wegen unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Forderungen in Betracht kommen kann¹⁵

Das schutzwürdige Interesse des Mieters, im Falle der Insolvenz des Vermieters nicht seines Rückgewähranspruches verlustig zu gehen und das Insolvenzrisiko des Vermieters tragen zu müssen, endet jedoch nicht mit Beendigung des Mietverhältnisses. Daher ist auch nach Beendigung des Mietverhältnisses das Verwertungsrecht des Vermieters auf unbestrittene und rechtskräftig festgestellte Forderungen zu beschränken¹⁶. Vielmehr muss objektiv festgestellt werden, dass diese Voraussetzung eingetreten ist. Das ist nur der Fall, wenn die Ansprüche des Vermieters unstreitig oder rechtskräftig festgestellt sind. Jede andere Sicht gefährdet den Zweck des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB. Denn wird die Befriedigung des Vermieters z.B. bei der Barkautionsleistung durch Aufrechnung nach §§ 387, 389 BGB zugelassen, kann der Fall eintreten, dass die Kautionsleistung aufgelöst wird, sich herausstellt, dass die Ansprüche des Vermieters (teilweise) nicht bestehen und der Vermieter infolge Insolvenz nicht mehr in der Lage ist, dem Mieter seine Kautionsleistung zurückzugeben.¹⁷ Irritierend ist allerdings, wenn in der

¹³ vgl. Milger, WlmmoT, 2014, 7; BGH, Beschl. v. 09.06.2015, VIII ZR 324/14, WuM 2015, 549 = ZMR 2015, 847; BGH, Urte. v. 07.05.2014, VIII ZR 234/13, MDR 2014, 704 = WuM 2014, 418

¹⁴ BGH, Urte. v. 11.07.2012, VIII ZR 36/12, NZM 2012, 678 = NJW 2012, 3300 = ZMR 2012, 855

¹⁵ MünchKomm-BGB/Bieber, a.a.o., § 551 Rn. 14

¹⁶ LG Halle, Urte. v. 25.09.2007, 2 S 121/07, NZM 2008, 685; AG Dortmund, Urte. v. 19.06.2018, 425 C 376/18, zit. Nach juris AG Dortmund, Urte. v. 13.03.2018, 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; LG Dortmund, Beschl. v. 16.11.2018, 1 S 85/18, zit. nach juris; LG Krefeld, Beschl. v. 27.12.2018, 2 T 31/18, WuM 2019, 84 = GE 2019, 192; LG Berlin, Urteil vom 20. Juli 2017 – 67 S 111/17 NZM 2018, 285 = WuM 2017, 527; LG Darmstadt, Beschl. v. 13.12.2004, 11 T 11/04, ZMR 2005, 193; LG Wuppertal, Urte. v. 27.11.2003, 9 S 194/03, NZM 2004, 298; Staudinger-BGB/Emmerich, 2018, § 551 31; Ludley, NZM 2016, 764; Lützenkirchen, MDR 2019, 257; Milger, WlmmoT 2014, 7.

¹⁷ Lützenkirchen, MDR 2019, 257

vorzitierten Rechtsprechung und Literatur die Verwertungs- und Befriedigungsfunktion vollständig verneint wird, dann aber die Aufrechnung mit unstreitigen und rechtskräftig festgestellten Forderungen zugelassen wird.

Dies ist aber keineswegs allgemeine Ansicht. Teilweise wird nach Beendigung des Mietverhältnisses eine Befriedigungsfunktion bejaht, daher kann der Vermieter auch mit streitigen Forderungen gegen den Rückzahlungsanspruch des Mieters aufrechnen¹⁸. Der Vermieter solle sich nach dieser Ansicht schnell und unkompliziert befriedigen können.¹⁹ Dies lässt den Mieterschutzgedanken des § 551 Abs. 3 S. 3 BGB aber völlig unbeachtet und stellt allein eine schnelle Befriedigung des Vermieters in den Vordergrund. Diese ist dem Vermieter jedoch auch im Falle einer Befriedigung durch Aufrechnung bei einer streitigen Forderung nicht sicher, denn dem Mieter bleibt die Möglichkeit eröffnet, im Wege einer Zahlungsklage die fehlende Berechtigung der aufgerechneten Forderung des Vermieters feststellen zu lassen, was die Aufrechnung unwirksam werden lässt.

Auf das Gewerberaummietverhältnis findet § 551 Abs. 3 S. 3 BGB mangels Verweisungsnorm keine unmittelbare Anwendung. Auch eine analoge Anwendung wird seit der zum 01.09.2001 in Kraft getretenen Mietrechtsreform weitgehend ausgeschlossen, da dem Gesetzgeber das Problem bekannt war, er es aber nicht einer Regelung zugeführt hat und somit keine planwidrige Regelungslücke, die Grundlage für eine Analogie wäre, vorliegt.

Somit kommt im Gewerberaummietverhältnis auf die von den Parteien getroffene Regelung an. Haben sie im Vertrag eine vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage ausdrücklich vorgesehen, gelten die vorstehend aufgezeigten Grundsätze uneingeschränkt. Haben die Parteien hingegen ausdrücklich vorgesehen, dass die Kautions vom Vermieter nicht getrennt anzulegen ist, haben sie die treuhänderische Insolvenzsicherung nicht gewollt und die Einschränkungen für die Aufrechnungsmöglichkeiten des Vermieters bestehen nicht. Haben die Parteien im Vertrag hierzu keine Regelung getroffen, wird von der wohl herrschenden Meinung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung angenommen, dass die Parteien, hätten sie das Problem bedacht, eine insolvenzfeste Anlage vereinbart hätten, weshalb auch in diesem Fall die vorstehenden Grundsätze Geltung beanspruchen können²⁰

III. Die Barkautions

¹⁸ Blank in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 5. Aufl., § 551 Rn. 104, Ders. In IMR 2018, 191; Schmidt-Futterer/Blank, 13. Aufl., § 551 Rn. 100; Schneider in Spielbauer/Schneider, *Mietrecht*, 2. Aufl., § 551 Rn. 136; AG Brandenburg, Urt. v. 24.02.2017, 31 C 179/14, zit. nach juris; LG Hamburg, Urt. v. 29.11.2016, 316 O 247/16, ZMR 2017, 164; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 18.08.2008, 8 W 34/08, ZMR 2009, 120 = NJW-RR 2009, 514).

¹⁹ 14, zit. nach juris

²⁰ KG, Urt. v. 09.09.2013, 8 U 254/12, GE 2013, 1586; KG, Beschl. v. 01.10.1998, 20 W 6592/98, NZM 1999, 376 = GE 1998, 1337; OLG Frankfurt, Urt. v. 29.05.1991, 17 U 110/90, WuM 1991, 484 = NJW-RR 1991, 1416 = ZMR 1991, 340; OLG Nürnberg, Urt. v. 23.02.2006, 13 U 2489/05, MDR 2006, 1100; LG Aurich, Urt. v. 21.12.2012, 2 O 493/12, MDR 2013, 511; Ludley, NZM 2013, 777; Guhling/Günter-Geldmacher, *Gewerberaummieta*, 2. Aufl. Anhang zu § 562 BGB, Rn. 52, 53; Lindner-Figura/Opré/Stellmann, *Geschäftsraummieta*, 4. Aufl., Kap. 12, Rn. 29; Wolf/Eckert/ball, *Handbuch des gewerblichen Miet-, Pacht- und Leasingrechts*, 10. Aufl., Rn. 703; a.A. LG Bonn, Urt. v. 21.10.1996, 1 O 184/96, NJW-RR 1997, 1099; Neuhaus, *Handbuch der Gewerberaummieta*, 6. Aufl. Kap. 18, Rn. 23, 24; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.10.2005, I-24 U 122/05, MDR 2006, 511 = ZMR 2006, 280 [KFZ-Vermietung]).

1. Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs und Aufrechnung des Vermieters

Ist das Mietverhältnis beendet und möchte der Mieter die von ihm zu Beginn des Mietverhältnisses an den Vermieter geleistete Barkaution zurückerlangen, muss er sich zunächst vergegenwärtigen, ob seinem Rückzahlungsanspruch noch Ansprüche des Vermieters gegenüberstehen, deren Befriedigung dieser aus der Sicherheitsleistung suchen kann. Dabei kann es sich sowohl um rückständige Mieten als auch um Schadensersatzansprüche oder Nachzahlungen aus einer Betriebskostenabrechnung handeln.

Bereits mit der Überlassung der Kautions an den Vermieter erwirbt der Mieter einen aufschiebend bedingten Rückgewähranspruch. Dabei liegt die aufschiebende Bedingung in der Rückgabe der Mietsache. Ab diesem Zeitpunkt ist der Anspruch für den Vermieter erfüllbar²¹

Nach Beendigung des Mietverhältnisses wird der Rückgewähranspruch des Mieters jedoch nicht sofort fällig. Vielmehr ist dem Vermieter eine angemessene Überlegungs- und Prüfungsfrist zuzubilligen, innerhalb derer er prüfen kann, ob ihm seinerseits durch die Kautions gesicherte Ansprüche zustehen, die er dem Rückgewähranspruch entgegenhalten kann. Was angemessen ist, ist nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, insbesondere nach der Art der Forderung und der Schwierigkeit ihrer Feststellung. Obgleich eine feste Frist nicht vorgegeben ist, wurde in der Praxis häufig auf eine Dauer von sechs Monaten unter Anlehnung an die kurze Verjährung des § 548 BGB orientiert²².

Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 20.07.2016²³ deutlich gemacht, dass den Umständen des Einzelfalles für die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs des Mieters entscheidende Bedeutung zukommt. Erst wenn eine angemessene Überlegungs- und Prüfungsfrist abgelaufen ist und zudem feststeht, dass dem Vermieter Ansprüche, die er aus der Kautions befriedigen darf, nicht zustehen, wird der Rückgewähranspruch des Mieters in der dann noch bestehenden Höhe fällig. Es bedarf also nicht nur des Ablaufes einer angemessenen Frist, sondern auch der Feststellung des Fehlens entsprechender Ansprüche des Vermieters. Soweit in der Vergangenheit allein auf den Fristablauf abgestellt wurde und das Verstreichen der Frist zur Fälligkeit des Mieteranspruches führen sollte oder darauf abgestellt wurde, dass für den Vermieter zumindest für die Fälligkeit des Mieteranspruches absehbar sein musste, dass ihm Ansprüche gegen den Mieter nicht zustehen, hat der BGH dem eine Absage erteilt²⁴.

Bestehen derartige Ansprüche aus Sicht des Mieters zu Gunsten des Vermieters nicht und hat auch der Vermieter derartige Ansprüche gegenüber dem Mieter nicht in angemessener Zeit geltend gemacht, ist der Rückzahlungsanspruch nach Berücksichtigung einer angemessenen Überlegungsfrist fällig. Der Mieter muss eine Abrechnung des Vermieters nicht abwarten, trägt aber das Fälligkeitsrisiko. Der Mieter kann den Vermieter vorgerichtlich zur Zahlung auffordern. Da aber eine Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung nicht kalendarisch bestimmt ist,

²¹ vgl. auch Blank in Blank/Börstinghaus, a.a.O., § 551 Rn. 99; Schneider in Spielbauer/Schneider, a.a.O., § 551 Rn. 124

²² vgl. auch MünchKomm-BGB/Bieber, a.a.O., § 551 Rn. 17; Blank in Blank/Börstinghaus, a.a.O., § 551 Rn. 101; BGH, Beschl. v. 01.07.1987, VIII ARZ 2/87, BGHZ 101, 244 = NJW 1987, 2372)

²³ BGH, Urt. v. 20.07.2016, VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231 = NZM 2016, 762

²⁴ Ludley, NZM 2016, 764; Lützenkirchen, MDR 2019, 257; ausführlich Häublein, ZMR 2017, 445; AG Dortmund, Urt. v. 19.06.2018, 425 C 376/18, zit. Nach juris; AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018, 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598.

sondern erst durch die Zahlungsaufforderung vom Mieter fällig gestellt wird, bedarf es gemäß § 286 BGB einer weiteren Mahnung, um den Vermieter mit seiner Zahlungsverpflichtung auch in den Zahlungsverzug zu setzen, um so Verzugszinsen, einen möglichen weiteren Verzugsschaden und ggf. außergerichtliche Anwaltskosten gegen den Vermieter geltend machen zu können.

Hat der Vermieter bereits Ansprüche aus dem Mietverhältnis gerichtlich titulieren lassen, sind sie also rechtskräftig festgestellt, und stehen weitere Ansprüche zwischen den ehemaligen Mietvertragsparteien nicht im Streit, stehen sich mit dem Rückzahlungsanspruch des Mieters und dem titulierten Zahlungsanspruch des Vermieters zwei aufrechenbare Forderungen gegenüber. Schulden zwei Personen einander Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, kann gemäß § 387 BGB jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teils aufrechnen, sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die obliegende Leistung erbringen kann.

Sind die Voraussetzungen einer Aufrechnung gegeben, stehen jedem der Forderungsinhaber die Befugnisse zur Ausübung der Aufrechnung zu. Somit kann auch der Mieter mit dem titulierten Anspruch des Vermieters aufrechnen und den Rest seines Rückzahlungsanspruches fällig stellen. Gleiches gilt, wenn der Vermieter gegenüber dem Mieter bereits Ansprüche etwa aus einer Betriebskostenabrechnung oder einer noch offenen Mietzahlung geltend macht und der Mieter diese Forderung akzeptiert. Dann ist diese zwischen den Vertragsparteien unstrittig und kann ebenfalls zur Befriedigung aus der Sicherheitsleistung gelangen. Anders verhält es sich, wenn der Vermieter neben der unstrittigen oder titulierten Forderung weitere Forderungen gegenüber dem Mieter geltend macht, denen der Mieter jedoch entgegen tritt. Dann stehen nicht alle Forderungen des Vermieters fest. Der Mieter kann also schon deshalb nicht aufrechnen, weil sein Rückforderungsanspruch noch nicht fällig ist²⁵. Der Vermieter aber kann seinerseits ebenfalls nicht mit den streitigen Forderungen aufrechnen, weil die Forderung bestritten ist und wegen des Treuhandcharakters der Kautions eine Aufrechnung hiermit ausscheidet. Der Vermieter kann aber mit dem unstrittigen oder rechtskräftig festgestellten Teil seiner Forderung aufrechnen, der Rest der Kautions bleibt dann stehen²⁶.

Zu erwähnen ist, dass die Verjährung gemäß § 215 BGB die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes nicht ausschließt, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. Für verpfändete Forderungen gilt dies nach § 216 Abs. 3 BGB nicht, wenn es sich um wiederkehrende Leistungen handelt.

Insoweit sich nach § 387 BGB nur geschuldete, gleichartige Leistungen gegenüberstehen müssen, dürfte es genügen, dass der Anspruch des Mieters auf Rückgewähr erfüllbar war. Die erst später eintretende Fälligkeit dürfte einer Aufrechnung durch den Vermieter nicht entgegenstehen.

²⁵ ähnlich auch LG Krefeld, Beschl. v. 27.12.2018, 2 T 31/18, WuM 2019, 84 = GE 2019, 192

²⁶ Lützenkirchen, MDR 2019, 257.

Vermag der Mieter nicht sicher zu beurteilen, ob dem Vermieter noch Ansprüche zur Seite stehen können und ob er solche auch geltend machen will, steht dem Mieter aus § 259 BGB ein Anspruch auf Rechnungslegung gegen den Vermieter zur Seite, da die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches davon abhängt, ob der Vermieter seinerseits aus der Sicherheitsleistung befriedigungsfähige Ansprüche erhebt.²⁷

Will der Vermieter seinerseits zumindest teilweise durch Aufrechnung eine Befriedigung suchen, hat er aber nur eine streitige Forderung zur Hand, ist darauf hinzuweisen, dass er diese nur zu einer rechtskräftig festgestellten Forderung machen kann, wenn er eine auf Zahlung gerichtete Klage/Widerklage erhebt. Er muss folglich auch schon die Forderung beziffern können. Erhebt er stattdessen nur eine Feststellungsklage, wonach die Eintrittspflicht des Mieters nur dem Grunde nach festgestellt wird, weil der Vermieter sie noch nicht oder nicht vollständig beziffern kann, führt dies nicht zur Feststellung einer konkreten rechtskräftigen Forderung, denn das Betragsverfahren bleibt offen. Er kann also auf dieser Grundlage eine Aufrechnung nicht erreichen. Die Feststellungsklage kann allein der Verhinderung der Verjährung vermietetlicher Ansprüche dienen.

2. Zurückbehaltungsrecht

Mit Urteil vom 18.01.2006 hatte der BGH klargestellt, dass der Vermieter, der vom Mieter auf Rückgewähr der Kautions in Anspruch genommen wird, einen angemessenen Teil der Kautions zurückbehalten kann, wenn eine Betriebskostennachzahlung des Mieters aufgrund einer noch nicht erstellten Abrechnung zu erwarten ist.²⁸ Die Instanzenrechtsprechung ist dem weitgehend gefolgt.²⁹ Da der Vermieter mit der Betriebskostenabrechnung gegenüber dem Nachforderungsanspruch vorleistungspflichtig ist, da die Abrechnung Fälligkeitsvoraussetzung der Nachforderung ist, folgt ein solches Zurückbehaltungsrecht nicht aus § 320 BGB, sondern aus § 273 BGB.

Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, kann er gemäß § 273 Abs. 1 BGB, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. Ob der Schuldner – hier der Vermieter – dieses Recht ausüben kann, ist an den Grundsätzen von Treu und Glauben des § 242 BGB auszurichten. Besteht hieran keinerlei schützenswertes rechtliches Interesse, weil er bereits aus anderen in dem Schuldverhältnis liegenden Gründen von der Leistung einstweilen befreit ist, wird man ein Zurückbehaltungsrecht verneinen müssen.

Mit der Entscheidung des BGH vom 20.07.2016³⁰ ist die Frage aufzuwerfen, ob ein Zurückbehaltungsrecht überhaupt noch im Raume steht. Hiernach wird der Anspruch des Mieters auf Rückgabe einer Mietsicherheit erst fällig, wenn eine angemessene

²⁷ Blank in Blank/Börstinghaus, a.a.O., § 551 Rn. 100

²⁸ BGH, Urt. v. 07.12.2007, V ZR 210/06, NJW 2008, 1953; BGH, Urt. v. 24.11.1977, VII ZR 160/76, MDR 1978, 398

²⁹ beispielhaft nur AG Hamburg, Urt. v. 22.02.1996, 48 C 1969/95, WuM 1997, 213; AG Brandenburg, Urt. v. 24.02.2017, 31 C 179/14, zit. nach juris m.w.N

³⁰ VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231

Überlegungsfrist abgelaufen ist und dem Vermieter keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen. Dies erfasst alle Forderungen, die aus der Mietkaution ihre Befriedigung finden können. Mit seiner Entscheidung vom 18.01.2006 hat der BGH hierzu auch ausdrücklich künftige Betriebskostennachzahlungsansprüche, über die erst noch abgerechnet werden muss, gefasst. Somit wird der Rückgewähranspruch des Mieters erst fällig, wenn auch die noch offene Betriebskostenabrechnung erstellt ist, also im Zweifel im Ablauf des auf die Beendigung des Mietverhältnisses folgenden Jahres. Ist der Anspruch des Mieters jedoch nicht fällig, schuldet der Vermieter seinerseits auch eine Leistung nicht, er darf aber muss sie (noch) nicht erfüllen. Dann aber fehlt es an der gesetzlichen Voraussetzung eines Zurückbehaltungsrechts.³¹ Ob der BGH mit seiner Entscheidung vom 20.07.2016 tatsächlich auch eine Abkehr von dem bislang angenommenen Zurückbehaltungsrecht erklären wollte,³² lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Dort nämlich kam es auf diese Frage nicht mehr an, da bereits über alle Betriebskosten abgerechnet war.

Dogmatisch wäre für ein Zurückbehaltungsrecht in der Tat kein Raum mehr. Zutreffend aber führt Häublein³³ aus, dass dies zu unbefriedigenden Ergebnissen führt. Da der Mieter über lange Zeit seinen gesamten Anspruch auf Rückgewähr nicht verlangen kann, weil der Vermieter über die Betriebskosten noch nicht abgerechnet hat. Während in der Wohnraummiete mit § 556 Abs. 3 BGB durchaus noch eine zeitliche Grenze in Sicht ist, fehlte es bei der Gewerberaumiete hieran. Zwar würde nach Ablauf des auf den Abrechnungszeitraum folgenden Jahres Abrechnungsreife eintreten. Diese aber führt nicht zu einem Nachforderungsausschluss, sondern nur zur Einklagbarkeit der Abrechnungsverpflichtung des Vermieters. Bis diese aber eingeklagt und ggf. vollstreckt ist, kann ein nicht überschaubarer Zeitraum liegen. Häublein schlägt daher vor, eine Einzelfallabwägung vorzunehmen und je nach Höhe der Kaution und des von der Betriebskostenabrechnung voraussichtlich betroffenen teils doch eine Teilforderung des Mieters zuzulassen. Mit dem vom BGH aufgestellten Grundsatz ließe sich dies nicht vereinbaren, jedoch dient in der Judikatur § 242 BGB immer wieder als Korrekturwerkzeug. Da Recht aber nun einmal nicht immer auch gerecht ist, wird abzuwarten bleiben, wie der BGH diese Frage auflösen wird.

3. Gerichtliche Möglichkeiten der Geltendmachung durch en Mieter

a) Zahlungsklage

Hat der Rückzahlungsanspruch des Mieters vorgerichtlich keine Befriedigung gefunden, kann er diesen mittels einer Zahlungsklage durchsetzen. Voraussetzung für den Erfolg einer Zahlungsklage ist, dass dem Mieter ein entsprechender Zahlungsanspruch zur Seite steht, den dieser vor dem Zivilgericht schlüssig darlegen und im Falle des Bestreitens durch den Vermieter ggf. auch beweisen kann, da ihn die Vortrags- und Beweislast trifft.³⁴ Das bedeutet aber nur, dass er darlegen muss, dass eine strittige Forderung des Vermieters, wegen derer der Vermieter aus der Kaution Befriedigung suchen kann, nicht besteht. Dabei muss er sich nur zu üblichen Forderungen äußern. Er muss nicht jede auch nur entfernt denkbare Forderung als nichtexistent darstellen.

³¹ so auch Lützenkirchen, MDR 2019, 257

³² so AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018, 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598

³³ ZMR 2017, 445

³⁴ AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018, 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; ebenso Häublein, R 2017, 445; Ludley, NZM 2016, 764, jedoch für eine sekundäre Vortragslast; a. A. AG Brandenburg, Urt. v. 24.02.2017, 31 C 179/14, zit. nach juris).

Hiervon kann der Mieter beispielsweise dann Gebrauch machen, wenn der Vermieter noch nicht über Betriebskosten abgerechnet hat, die Frist des § 556 Abs. 3 BGB bei einem Wohnraummietverhältnis aber bereits abgelaufen ist. Nach Ablauf der Ausschlussfrist nämlich kann der Vermieter grundsätzlich eine Nachforderung nicht mehr geltend machen. Bei einem Gewerberaummietverhältnis hingegen empfiehlt sich ein solches Vorgehen nicht, da hier die Ausschlussfrist nicht greift. Aber auch für den Wohnraummietverhältnisse ist die Zahlungsklage in einem solchen Fall nicht gänzlich gefahrlos, denn der Vermieter ist mit der Nachforderung nicht ausgeschlossen, wenn ihn an der Fristversäumung kein Verschulden trifft. Macht der Vermieter dies geltend, fehlt es dem Mieter wiederum an einem fälligen Anspruch.

Tritt der Vermieter den Darlegungen nicht entgegen, bleibt das Vorbringen des Mieters also unstrittig, ist nicht ersichtlich, dass der Fälligkeit entgegenstehende Forderungen bestehen. Einer Beweisführung bedarf es dann nicht.

Behauptet der Vermieter hingegen im Prozess, dass ihm Ansprüche gegen den Mieter zustehen, und stellt der Mieter diese unstrittig, kann der Vermieter mit diesen die Aufrechnung erklären. Trägt keine der Parteien weitere, streitige Ansprüche vor, kommt die Aufrechnungsmöglichkeit auch dem Mieter zu Gute, denn sein verbliebener Rückforderungsanspruch wird fällig.

In eben der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches verbirgt sich auch die Schwierigkeit des Erfolges einer entsprechenden Zahlungsklage. Wird die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches nämlich an die Insolvenzfestigkeit der Kautionsleistung einerseits und das Nichtbestehen von Forderungen des Vermieters, die aus der Sicherheitsleistung ihre Befriedigung finden können, andererseits geknüpft, liegt eine Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches nur vor, wenn keine oder nur rechtskräftig festgestellte oder unbestrittenen Ansprüche des Vermieters vorliegen. Behauptet der Vermieter hingegen Forderungen gegen den Mieter, die er ggf. zur Aufrechnung stellen will, die aber der Mieter bestreitet, steht es nicht fest, dass zu Gunsten des Vermieters keine aus der Sicherheitsleistung zu befriedigenden Forderungen mehr bestehen. Nach der Entscheidung des BGH vom 20.07.2016 ist der Rückzahlungsanspruch dann nicht fällig.

Dies hat zur Folge, dass die auf einen noch nicht fälligen Anspruch gerichtete Klage, der seine Fälligkeit aber noch erlangen kann, als „derzeit“ unbegründet abzuweisen ist.³⁵ In Folge dessen, trifft die Kostenlast den klagenden Mieter. Dieser kann, haben sich die zugrunde liegenden Tatsachen geändert, so dass die Fälligkeit seines Anspruches eingetreten ist, eine neue Zahlungsklage erheben. Der Vermieter hingegen kann seinerseits die rechtskräftige Feststellung seines Anspruches herbeiführen, in dem er seinerseits nicht nur die Klagabweisung begehrt, sondern im Wege der Widerklage seine Forderung durch das Gericht feststellen lässt. Wollen die Parteien im Interesse baldiger Rechtsklarheit durch Herbeiführung einer abschließenden Entscheidung so verfahren, führt dies nur zum Ziel, wenn die Forderung

³⁵ AG Dortmund, Urt. V. 19.06.2018, 425 C 376/18, zit. nach juris; AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018, 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; nachfolgend LG Dortmund, Beschl. V. 16.11.2018, 1 S 85/18, zit. nach juris

des Vermieters bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, in der die Fälligkeit des mieterlichen Anspruchs zu beurteilen ist, ihre Rechtskraft erlangt hat und damit Gewissheit über den Anspruch des Vermieters und dessen Aufrechenbarkeit erreicht ist. Dies – hierauf weist das AG Dortmund zutreffend hin – könnte nur dann erreicht werden, wenn über den Anspruch des Vermieters zunächst durch das angerufene Gericht durch Teilurteil entschieden wird und über den Rückgewähranspruch erst nach Rechtskraft des Teilurteils im Schlussurteil entschieden wird. Um diese Vorgehensweise können die Parteien das Gericht zwar ersuchen, verpflichtet ist es zum Erlass eines Teilurteils aber nicht.

Auf Bedenken stößt es dagegen, wenn das AG Dortmund³⁶ auch eine Hilfswiderklage auf Zahlung für den Fall in Erwägung zieht, dass das angerufene Gericht eine zunächst erklärte Aufrechnung des Vermieters wegen Streitigkeit der Forderung für unzulässig erachtet. Der Eintritt der Eventualtatsache des angenommenen Aufrechnungsverbotes nämlich würde nicht dazu führen, dass die Klage Erfolg hätte. Somit hätte der Klagabweisungsantrag mit der Maßgabe Erfolg, dass die Klage nur als derzeit unbegründet abgewiesen wird. Es erscheint fraglich, ob dies als Eventualtatsache genügt.

Das LG Krefeld³⁷ hingegen hat sich auf den Standpunkt gestellt, der vom Vermieter behauptete Gegenanspruch, der zwischen den Parteien streitig ist, sei im Rückgewährprozess inzident zu prüfen. Das außergerichtliche Befriedigungsverbot gelte im Kautionsprozess nicht, denn es sei anerkannt, dass eine Aufrechnung mit rechtskräftig festgestellten Forderungen zulässig ist, so dass auch die Ungewissheit über diese Forderung der Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches nicht entgegenstehen könne. Wenn der Schadensersatzanspruch des Vermieters schon für den Erfolg der Klage geprüft würde, stünde dessen Bestehen bei Entscheidung über die Klage auf Kautionsrückzahlung fest. In erster Instanz sei eine solche Feststellung zwar noch nicht rechtskräftig, aber beide Ansprüche gelangten gegebenenfalls gemeinsam in die Berufungsinstanz und erlangten damit auch gemeinsam Rechtskraft. Bis zum Eintritt der Rechtskraft dürfe der Beklagte als Vermieter auf die Sicherheit noch nicht zugreifen, weil seine im Prozess erklärte Aufrechnung erst mit Rechtskraft wirksam werde.

Zwar mag der Weg des LG Krefeld durchaus auch den Zweck erfüllen, dass die Insolvenzfestigkeit der Kautionsgewähr gewahrt bleibe. Diese Erwägungen mögen von dem Gedanken der Prozessökonomie getragen sein. Dogmatisch scheint dieser Weg aber nicht gangbar. Maßgeblich für die Entscheidung darüber, ob dem Mieter ein fälliger Anspruch zur Seite steht, ist der Sach- und Streitstand zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung. Die Voraussetzung der Klarheit über mögliche Ansprüche des Mieters liegt zu diesem Zeitpunkt bei der Vorgehensweise des LG Krefeld jedoch noch nicht vor, da die Feststellung der vermierterlichen Forderung erst mit Rechtskraft der gemeinsamen Entscheidung ggf. durch das Rechtsmittelgericht erreicht werden kann. Die Fälligkeitsvoraussetzungen des Rückgewähranspruches treten folglich erst weit nach Schluss der mündlichen Verhandlung ein und können somit nicht „vorausschauend“ in die Entscheidung einfließen.

Hinzu käme, dass nicht nur der Vermieter auf die Kautionsgewähr bis zur Rechtskraft der Entscheidung nicht zugreifen dürfte. Auch dem Mieter bliebe es verwehrt, den ihm zustehenden Teil der

³⁶ AG Dortmund, Urt. v. 13.03.2018, 425 C 5350/17, WuM 2018, 204 = ZMR 2018, 598; Beschl. v. 27.12.2018, 2 T 31/18, WuM 2019, 84 = GE 2019, 192

³⁷ Beschl. v. 27.12.2018, 2 T 31/18, WuM 2019, 84 = GE 2019, 192

Kautions aufgrund des Urteils im Wege der vorläufigen Vollstreckbarkeit zu vollstrecken. Dies aber liefe den §§ 708, 709 ZPO zu wider.

b) Klage auf Rechnungslegung

Wie bereits erörtert, steht dem Mieter jedoch gegenüber dem Vermieter nach Ablauf einer angemessenen Überlegungs- und Prüfungsfrist sowie der Feststellung, dass dem Vermieter keine Ansprüche mehr zustehen, ein Rechnungslegungsanspruch aus § 259 BGB in Ansehung des Treuhandverhältnisses zu. In der Abrechnung hat der Vermieter die Kautionshöhe, ggf. anzurechnende Zinsen sowie die von ihm zur Aufrechnung gestellten Forderungen nach Grund und Höhe darzustellen. Diesen Anspruch kann der Mieter gegenüber dem Vermieter einklagen, um sich die erforderlichen Kenntnisse insbesondere über die Gegenansprüche des Vermieters zu verschaffen und so beurteilen zu können, ob sein Anspruch auf Rückgewähr bereits fällig ist.³⁸ Allerdings trägt der Mieter das Risiko, dass das Gericht selbst bei Schluss der mündlichen Verhandlung der Ansicht ist, dass eine angemessene Prüffrist noch nicht abgelaufen ist. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn noch eine Betriebskostenabrechnung, aus der ein Nachzahlungssaldo zu erwarten ist, offen ist, weil Abrechnungsreife³⁹ noch nicht eingetreten ist. Ebenso kann der Vermieter aus anderen Gründen noch nicht in der Lage sein, seine Forderungen konkret aufzumachen.⁴⁰ Der Anspruch auf Abrechnungserteilung kann im Wege der Stufenklage mit dem Auskehranspruch verbunden werden.

Häublein⁴¹ schlägt vor, dem Mieter statt der Rechnungslegung einen Auskunftsanspruch zuzubilligen, so dass er zumindest ein Bild davon bekommt, welche Forderungen der Vermieter in Betracht zieht und ob er über die erforderlichen Kenntnisse für eine Abrechnung verfügt. Einen solchen Auskunftsanspruch aber gerichtlich durchzusetzen, scheint in Anbetracht möglicher Prozesslaufzeiten wenig erfolgsversprechend, dürfte doch in gleicher Zeit auch die Rechnungslegung fällig sein.

c) Negative Feststellungsklage

Macht der Vermieter streitige Forderungen gegen den Mieter auf, kann der Mieter nicht darauf verwiesen werden, abzuwarten, bis der Vermieter diese als rechtskräftig feststellen lässt. Um die Fälligkeit seiner eigenen Forderung herbeiführen zu können, muss dem Mieter vielmehr ein Feststellungsinteresse zur Erhebung einer negativen Feststellungsklage, mit der geklärt wird, dass Ansprüche des Vermieters nicht mehr bestehen, zu erheben. Im Wege der Stufenklage kann der Mieter diese wiederum mit einem Zahlungsanspruch kombinieren.⁴²

³⁸ Häublein, ZMR 2017, 445; Blank in Blank/Börstinghaus, a.a.O., § 551 Rn. 106; Lützenkirchen, MDR 2019, 257

³⁹ BGH XII ZR 124/09), NJW 2011, 445 = NZM 2011, 121

⁴⁰ vgl. hierzu auch Häublein, ZMR 2017, 445

⁴¹ ZMR 2017, 445

⁴² vgl. auch LG Dortmund, Beschl. V. 16.11.2018, 1 S 85/18, zit. nach juris

Hat der Mieter eine solche negative Feststellungsklage erhoben, verliert diese jedoch ihr Rechtsschutzinteresse, wenn der Vermieter seinerseits Leistungsklage auf die von ihm späterhin zur Aufrechnung zu stellende Zahlung erhoben hat, es sei denn die Feststellungsklage ist entscheidungsreif, die Leistungsklage nicht.⁴³ Dann ist hierin ein erledigendes Ereignis zu sehen, so dass der Mieter, wenn er seine Feststellungsklage nicht als unzulässig zurückgewiesen haben möchte, Erledigung erklären muss.⁴⁴

d) Besonderheiten in der Berufungsinstanz

Hat der Mieter in erster Instanz nur Zahlungsklage erhoben, kann er statt einer neuen Klagerhebung auch das Rechtsmittel der Berufung wählen. Hält das Berufungsgericht die Klage ebenfalls für „derzeit“ unbegründet, kann der Kläger seine Anträge ggf. hilfsweise um einen negativen Feststellungsantrag verbunden mit einer Leistungsstufe erweitern, wenn dem die gleichen Tatsachen zu Grunde liegen, wie dem bisherigen Begehren (§ 533 ZPO). Der Kläger muss seinen erstinstanzlichen Antrag jedoch zumindest hilfsweise weiterverfolgen, da es im sonst an einem Angriff gegen das erstinstanzliche Urteil und damit an der erforderlichen Beschwer fehlt.

Will dagegen der Vermieter, der am Aufrechnungsverbot gescheitert ist, bei Einlegung der Berufung durch den Mieter widerklagend seinen Anspruch geltend machen, muss er hierzu rechtzeitig Anschlussberufung einlegen. Der Anschluss an die fremde Berufung im Wege der Anschlussberufung ist stets erforderlich, wenn der Berufungsbeklagte das erstinstanzliche Urteil nicht nur verteidigen, sondern die von ihm im ersten Rechtszug gestellten Anträge erweitern oder einen neuen in erster Instanz nicht vorgebrachten Anspruch im Wege der Klagänderung geltend machen will,⁴⁵ wenn er nicht schon eine selbstständige Berufung eingelegt hat.

IV. Besonderheiten bei Sparbuch und Bürgschaft

1. Das verpfändete Sparbuch

Schon der Umstand, dass es in der Entscheidung des BGH vom 20.07.2016 um ein verpfändetes Sparbuch ging, macht deutlich, dass die vom BGH formulierten Grundsätze zur Fälligkeit der Kautionsrückzahlung nicht nur für die Barkaution gelten.⁴⁶ Zu beachten ist allerdings, dass der Mieter hieran keinen unmittelbaren Zahlungsanspruch, sondern einen Anspruch auf Freigabe des Sparbuches geltend machen muss. Auch dieser wird allerdings

⁴³ BGH, Urt. v. 22.01.1987, I ZR 230/85, BGHZ 99, 340; BGH, Urt. v. 04.07.2013, VII ZR 52/12, NJW-RR 2013, 1105

⁴⁴ Zöller/Vollkommer, ZPO, 32. Aufl., § 91a Rn. 58

⁴⁵ BGH, Urt. v. 07.12.2007, V ZR 210/06, NJW 2008, 1953; BGH, Urt. v. 24.11.1977, VII ZR 160/76, MDR 1978, 398

⁴⁶ so offenbar auch AG Dortmund, Urt. v. 19.06.2018, 425 C 376/18, zit. Nach juris; Lützenkirchen, MDR 2019, 257

erst fällig, wenn feststeht, dass dem Vermieter keine Ansprüche mehr zustehen können, die in dessen Kautionsabrechnung noch nicht eingeflossen sind.⁴⁷

Anders als bei der Barkautionsabrechnung kann aber auch der Vermieter seinerseits noch nicht aufrechnen, denn mit dem auf eine Handlung gerichteten Freigabeanspruch des Mieters und dem Zahlungsanspruch des Vermieters stehen sich keine gleichartigen Ansprüche im Sinne des § 387 BGB gegenüber.⁴⁸ Der Vermieter muss, will er aufrechnen, erst auf das Sparbuch zugreifen und den Herausgabeanspruch des Mieters so zum Zahlungsanspruch wandeln. Auch hierzu benötigt er unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen.

Eine Besonderheit des verpfändeten Sparbuches bleibt zu erwähnen. Soll gegen eine verpfändete Forderung vom Vermieter aufgerechnet werden, scheidet eine Aufrechnung mit verjährten Betriebskostennachzahlungen gemäß § 216 Abs. 3 BGB aus.⁴⁹ Da der BGH diese als wiederkehrende Leistungen behandelt wissen will. Gleiches gilt für alle anderen verjährten wiederkehrenden Leistungen.

2. Bürgschaft

a) Herausgabeverlangen und –klage

Anders als bei der Rückabwicklung der Barkautionsabrechnung oder des verpfändeten Sparbuches kann der Mieter nicht die Herausgabe an sich verlangen, sondern muss, macht der Bürge sie nicht selbst geltend, die Klage auf Herausgabe an den Bürgen richten.⁵⁰

b) Sicherungszweck

Grundsätzlich ist die Bürgschaft ein eigenständiger Vertrag zwischen dem Bürgen und dem Vermieter, der sich seinem Inhalt nach vorrangig nach den zwischen diesen getroffenen Vereinbarungen bestimmt. Der Bürge haftet also grundsätzlich nur für die Forderungen des Vermieters gegen den Mieter, die in der Bürgschaftsurkunde als Sicherungszweck genannt sind. Beschränkt sich die Urkunde auf bestimmte Forderungen, haftet der Bürge auch nur für diese, obgleich eine Kautionsabrechnung eigentlich weiter reichen würde. Haftet der Bürge hiernach also nur für Mietausfälle, kann er für Schadensersatzforderungen nicht in Anspruch genommen werden.

Hieraus folgt, dass dann, wenn die Bürgschaft in ihrer Zweckerklärung nur eine eingeschränkte Sicherung enthält, der Bürge auch dann, wenn der Vermieter dem Mieter weitergehende

⁴⁷ AG Dortmund, Urt. v. 19.06.2018, 425 C 376/18, zit. nach juris; Lützenkirchen, MDR 2019, 257

⁴⁸ AG Brandenburg, Urt. v. 22.06.2017, 31 C 112/16, ZMR 2019, 32; LG Baden-Baden, Beschl. v. 29.10.2002, 3 T 40/02, zit. nach juris

⁴⁹ BGH, Urt. v. 20.07.2016, VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231

⁵⁰ MünchKomm-BGB/Bieber, a.a.O., § 551 Rn. 30

kaufionsfähige Forderungen entgegen halten könnte, die Bürgschaft auch dann zurück verlangen kann, wenn dem Sicherungszweck entsprechende Forderungen des Vermieters sicher nicht bestehen.

c) Einwendungen des Bürgen

Der Bürge kann gemäß § 767 BGB jedoch nur in dem Umfang in Anspruch genommen werden, in dem ein Anspruch auch gegen den Hauptschuldner besteht. Dabei kann er dem Bürgschaftsgläubiger gemäß § 768 BGB die Einwendungen entgegenhalten, die auch dem Hauptschuldner zur Seite gestanden hätten.

Hieraus folgt zum einen, dass der Vermieter den Bürgen nicht für eine streitige Forderung in Anspruch nehmen kann, weil ihm dieses Recht auch nicht gegen den Hauptschuldner zustünde. Zum Anderen kann aber auch nur der Bürge die Bürgschaft herausverlangen, wenn dem Schuldner/Mieter der Rückgewähranspruch gegen den Vermieter zusteht, dieser also fällig ist. Auch hier wären die entsprechenden Konsequenzen aus der Rechtsprechung des BGH für die Barkaution zu beachten, es sei denn, die Bürgschaft ist auf einen eingeschränkten Sicherungszweck ausgerichtet.

Eine weitere Hürde bildet § 771 S. 1 BGB. Hiernach ist der Gläubiger darauf verwiesen zunächst den Mieter erfolglos in Anspruch zu nehmen. Die hier zu diskutierenden Streitfragen werden also bereits im Vorprozess entschieden.

Einen Sonderfall bildet die Bürgschaft auf erstes Anfordern. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern ist dem Gesetz unbekannt. Sie ist von der Rechtsprechung geschaffen worden. Bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern muss der Bürge ohne Rücksicht auf die materielle Berechtigung des Gläubigers zunächst zahlen und wird mit seinen nicht offensichtlichen oder liquide beweisbaren Einwendungen in den Rückforderungsprozess aus § 812 BGB verwiesen.⁵¹ Durch sie sollen dem Gläubiger sofort liquide Mittel zugeführt werden, wenn er den Bürgschaftsfall für eingetreten hält. Die Anforderungen an die Erklärung, welche die vorläufige Zahlungspflicht auslöst, sind streng formalisiert, d. h. sie beschränken sich auf das, was in der Verpflichtungserklärung als Voraussetzung der Zahlung genannt und für jeden ersichtlich ist. Wer auf Grund einer Bürgschaft auf erstes Anfordern Zahlung verlangt, braucht also nicht einmal schlüssig darzulegen, dass die Hauptforderung besteht und fällig ist. Der Bürge ist grundsätzlich ausgeschlossen mit allen Einwendungen, die den Bestand und die Höhe der Hauptschuld betreffen. Er wird damit nur gehört, wenn die Unbegründetheit der Hauptforderung ausnahmsweise klar auf der Hand liegt.⁵² Die Wirkung der Bürgschaft auf erstes Anfordern liegt in der nachhaltigen Beschränkung der Einwendungen, die der Bürge auch in einem Zahlungsprozess seiner Zahlungspflicht entgegenhalten kann und er seinerseits darauf verwiesen ist, einen Rückforderungsprozess zu führen. Hiernach möchte man meinen,

⁵¹ Palandt/Sprau, BGB, 78. Aufl., Vorbem. 14 vor § 765

⁵² Fischer, NZM 2003, 497

dass der Bürge sich gerade nicht darauf berufen könnte, dass es sich um eine streitige Forderung handelt, die er aus der Bürgschaft befriedigen möchte.

Grundsätzlich kann zwar Jedermann im Rahmen einer Individualvereinbarung eine Bürgschaft auf erstes Anfordern vereinbaren.⁵³ Die weitreichenden Folgen einer Bürgschaft auf erstes Anfordern führen dazu, dass eine individuell vereinbarte Bürgschaft auf erstes Anfordern interessengerecht auszulegen ist. Wenn aber die Insolvenzfestigkeit der Kautio einen so hohen Stellenwert einnimmt, die dem Individualvereinbarungsbefriedigungsinteresse des Vermieters bei Weitem überwiegt, muss auch die Auslegung der hierauf Rücksicht nehmen, so dass der Bürge auch in diesen Fällen dem Vermieter entgegen halten können muss, dass seine Forderung noch streitig ist und ihm das Insolvenzrisiko des Vermieters überbürdet wird. Leistet nämlich der Bürge und ist er auf den Rückforderungsprozess verwiesen, ergreift ihn das Insolvenzrisiko. Da er sich aber wieder beim Mieter schadlos halten kann, wird letztlich das Insolvenzrisiko des Vermieters auf den Mieter übertragen. Wir treffen also die Situation an, wie sie sich auch bei der Barkautio ergibt. Gilt dies bereits bei der Individualvereinbarung, bedarf es für die formularvertragliche Vereinbarung keinerlei Vertiefung.

⁵³ Schmidt-Futterer/Blank, § 551 Rn. 18