

Kautions- und Verjährungsrecht

Von Elmar Strey, Vorsitzender Richter am Landgericht Krefeld

- I. Einführung**
- II. Sicherheiten**
 - 1. Barkautions**
 - 2. Sparkontoverpfändung**
 - 3. (Bank-) Bürgschaft**
- III. Kautionserstattungsanspruch**
- IV. Gesicherte Ansprüche**
- V. Zahlungsansprüche**
 - 1. Barkautions**
 - 2. Sparbuch**
 - a. Einziehung**
 - b. Aufrechnung**
 - 3. Bürgschaft**
- VI. Sonstige Ansprüche**
 - 1. Bürgschaft**
 - 2. Sparbuch**
 - 3. Barkautions**
 - a. Zahlungsphase**
 - b. Erfüllungsphase**
- VII. Fazit**

Der Vermieter sichert seine Ansprüche aus dem Mietverhältnis meist durch eine vom Mieter zu stellende Sicherheit („Kautions“) ab. In diesem Beitrag soll untersucht werden, ob der Vermieter die Sicherheit nutzen kann, wenn seine Ansprüche gegen den Mieter verjährt sind. Nicht behandelt wird hingegen, wann die Anspruch des Vermieters auf Leistung der Sicherheit¹ oder wann der Anspruch des Mieters auf deren Rückerstattung² verjährt.

I. Einführung

Es ist grundsätzlich ausgeschlossen, sich wegen eines verjährten Anspruchs zu befriedigen. Eine solche Möglichkeit widerspricht dem Zweck der Verjährung, den Schuldner zu schützen und Rechtsfrieden zu schaffen. Dennoch gibt es mit §§ 215, 216 BGB Ausnahmen von diesem Grundsatz. Es handelt sich nicht um besondere mietrechtliche Vorschriften, sie haben aber im Mietrecht besondere Relevanz wegen der kurzen (sechsmonatigen) und kenntnisunabhängigen Verjährung von Vermieteransprüchen wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache gem. § 548 Abs. 1 BGB.

Gem. § 215 BGB schließt die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals mit ihm aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. Gem. § 216 Abs. 1 BGB hindert die Verjährung eines Anspruchs, für den ein Pfandrecht besteht, den Gläubiger nicht, seine Befriedigung aus dem belasteten Gegenstand zu suchen. § 215 BGB soll auf der Überlegung beruhen, dass ein Schuldner, dem ein Gegenanspruch zusteht, kraft dessen er die Inanspruchnahme durch den Gläubiger erfolgreich abwehren kann, sich als hinreichend gesichert ansehen darf und durch die Verjährungsregeln nicht zur frühzeitigen Durchsetzung seiner Forderung im Wege der Aufrechnung oder Klageerhebung gedrängt werden soll;³ außerdem soll es der Billigkeit widersprechen, dem Schuldner die ihm obliegende Leistung zuzumuten, obwohl seine Gegenrechte dem Anspruch des Gläubigers einmal vollgültig gegenübergestanden haben.⁴ Ähnlich soll der Zweck des § 216 BGB sein;

¹ Dazu Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 16. Aufl., § 548 Rn. 64.

² Dazu Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 16. Aufl., § 548 Rn. 65.

³ MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl., § 215 Rn. 1; OLG Schleswig, BauR 2012, 815.

⁴ BGH NJW 1967, 1902.

die Sicherheit soll den Gläubiger von der Last befreien, seinen Anspruch gegenüber dem Schuldner einklagen zu müssen, sondern ihm eine Art Selbstjustiz erlauben.⁵ Die Berechtigung dieser Zwecke darf man anzweifeln. Warum soll der Schutz vor Zahlungsausfall, den eine Sicherung primär bietet, einen Gläubiger auch von der Last der rechtzeitigen Forderungsdurchsetzung befreien? Dies zumal, wenn die Durchsetzung, wie bei der Aufrechnung, ohne aufwändigen Prozess durch einfache Erklärung möglich ist.⁶ Warum sind nicht alle Sicherheiten gleichermaßen in dieser Weise privilegiert? Die Bürgschaft etwa findet in §§ 215, 216 BGB keine Erwähnung.

Es gibt nicht den einen mietrechtlichen Anwendungsfall der §§ 215, 216 BGB. Vielmehr ist nach der Art der Verwertung der Sicherheit und nach Art und Verjährung der gesicherten Vermieteransprüche zu unterscheiden.

II. Sicherheiten

Diese Untersuchung beschränkt sich auf die praktisch vorherrschenden Sicherheiten, die Barkautions, das verpfändete Sparbuch und die (Bank-) Bürgschaft.

1. Barkautions

Von den drei hier behandelten Sicherheiten ist die Barkautions die einzige, die sich ausschließlich im Verhältnis von Mieter zu Vermieter abspielt; Dritte sind nicht beteiligt. Der Mieter leistet dabei an den Vermieter einen Geldbetrag in der vereinbarten Höhe. Entgegen der Bezeichnung „Barkautions“ kann dies nicht nur durch Übergabe von Geldscheinen geschehen, sondern auch unbar durch Überweisung. Der Vermieter wird Eigentümer des Geldes,⁷ weswegen er zwar in dessen Verwendung frei ist und gegenüber Dritten wirksam darüber verfügen *kann*, dies aber angesichts des Sicherungszwecks im Innenverhältnis zum Mieter *nicht tun darf*.

⁵ BeckOGK/Bach, 1.12.2023, § 216 Rn. 3.

⁶ Eingehend zur Kritik, die den Gesetzgeber der Schuldrechtsreform nicht davon abgehalten hat, die Vorgängervorschriften der §§ 223, 390 BGB nicht nur in §§ 215, 216 BGB zu übernehmen, sondern sogar moderat nach dem Stand der damaligen Rechtsprechung auf das Zurückbehaltungsrecht auszuweiten: Bydlinski AcP 196 (1996), 276 (293); BeckOGK/Bach, 1.12.2023, § 216 Rn. 3.1. und § 215 Rn. 7.

⁷ BGH, NJW 1982, 2186.

Die Verwertung der Barkaution geschieht durch Aufrechnung.⁸ Der Vermieter rechnet gegenüber dem auf Geld gerichteten Kautionserstattungsanspruch des Mieters mit einer Gegenforderung aus dem Mietverhältnis auf; hierdurch erlischt die Gegenforderung, ein Kautionsanteil in Höhe dieser Gegenforderung wird von den Bindungen des Sicherungszwecks frei. Darf der Vermieter die Kaution mangels ihm zustehender Forderungen nicht verwerten, hat er den Kautionsbetrag nach Wegfall des Sicherungszwecks an den Mieter zurückzuzahlen.

2. Sparkontoverpfändung

Die Verpfändung eines Sparguthabens, das eine Forderung gegen die Bank ist, erfolgt gem. §§ 1274 Abs. 1 BGB nach den für die Übertragung des Rechts geltenden Vorschriften, also wie bei einer Abtretung gem. § 398 BGB. Die Parteien (Mieter und Vermieter) müssen sich deshalb zunächst darüber einig sein, dass ein Recht des Schuldners (die Sparforderung des Mieters gegen die Bank) zur Sicherung einer Forderung des Gläubigers (die Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis) mit einem dinglichen Befriedigungsrecht des Gläubigers, dem Pfandrecht, belastet sein soll (§§ 1204, 1273 BGB). Weil zur Abtretung einer Sparforderung die Übergabe des Sparbuchs nicht notwendig ist, ist sie es auch nicht für die Verpfändung; gleichwohl ist die Übergabe an den Vermieter üblich. Gem. § 1280 BGB erfordert eine Verpfändung neben der Einigung über die Bestellung weiterhin die Anzeige der Verpfändung einschließlich der Person des Vermieters als Pfandgläubiger an die Bank.⁹ Die Anzeige ist Wirksamkeitsvoraussetzung.¹⁰

Die Verwertung der Sparforderung geschieht gem. § 1282 Abs. 1 BGB im Wege der Einziehung bei der Bank durch den Vermieter als Pfandgläubiger bis zur Höhe der durch das Pfand gesicherten Forderung. Voraussetzung der Einziehungsbefugnis ist die Pfandreife. Diese setzt nach § 1228 Abs. 2 BGB nur die Fälligkeit der gesicherten Forderung voraus, sofern sich nicht aus der Sicherungsabrede¹¹ oder aus dem Gesetz (§ 551 BGB) etwas anderes ergibt. So verbietet etwa § 551 BGB im

⁸ BGH NZM 2019, 754. Nach dieser Entscheidung (Rn. 26) darf sich der Vermieter nach Beendigung des Mietverhältnisses auch wegen streitiger Forderungen befriedigen (aufrechnen), vor Beendigung hingegen nur wegen unstreitiger oder rechtskräftig festgestellter Forderungen.

⁹ OLG Nürnberg, NZM 1998, 660.

¹⁰ BGH, NJW 2007, 3425 Rn. 12.

¹¹ BeckOGK/Schärtl, 1.11.2022, § 1228 Rn. 6.

Wohnraummietrecht eine Verwertung von Mietsicherheiten vor Beendigung des Mietvertrages, es sei denn, die gesicherte Vermieterforderung wäre unstreitig oder rechtskräftig festgestellt.¹² Allerdings kann die Verpfändungsvereinbarung der Bank vorsehen, dass die Sparforderung auch ohne den Nachweis der Pfandreife an den Vermieter als Pfandgläubiger ausgezahlt werden darf.¹³ Dies bedeutet jedoch nur eine Erleichterung für die Bank, die nicht in Streitigkeiten der Parteien hineingezogen werden will; daraus folgt nicht, dass die Einziehungsbefugnis des Vermieters in dessen Verhältnis zum Mieter nicht von der Pfandreife abhängen soll.¹⁴ Der Vermieter darf vielmehr nur bei Pfandreife einziehen, obwohl er es faktisch schon vorher kann. Gegen eine vorzeitige Einziehung kann sich der Mieter mit einer einstweiligen Verfügung wehren.¹⁵ Sieht die Verpfändungsvereinbarung der Bank eine Einziehung ohne den Nachweis der Pfandreife nicht vor, muss das Bestehen der gesicherten Forderung bei Streit darüber im Prozess des Vermieters gegen die Bank geklärt werden. Alternativ (und vorzugswürdig) kann der Vermieter den Mieter auf Abgabe einer Freigabeerklärung in Höhe des gesicherten Betrages gegenüber der Bank verklagen.

Eine solche gerichtliche Klärung ist auch notwendig, wenn die Bank (entsprechend den in der Sicherungsabrede getroffenen Vereinbarungen) zu Gunsten des Mieters und/oder des Vermieters im Sparbuch einen Sperrvermerk eingetragen hat, der besagt, dass eine Zahlung der Bank nur mit Zustimmung der durch den Sperrvermerk geschützten Personen befreiend zulässig ist.¹⁶

Das Pfandrecht erlischt kraft Gesetzes, wenn eine zu sichernde Forderung nicht (mehr) besteht (§§ 1273 Abs. 2, 1252 BGB). Deshalb hat der Vermieter das Pfand zurückzugewähren, wenn dieser nach Vertragsende keine Forderungen gegen den Mieter hat. Dingliche Anspruchsgrundlage sind §§ 1273, 1223 BGB, schuldrechtliche Anspruchsgrundlage ist die Sicherungsabrede.¹⁷ Hat der Vermieter das Sparbuch erhalten, hat er es zurückzugeben. Ist zu seinen Gunsten ein Sperrvermerk eingetragen, so hat er die Freigabe gegenüber der Bank zu erklären.¹⁸ Ist ein

¹² BGH, NZM 2014, 551; BGH, NZM 2019, 754.

¹³ LG Wuppertal, NZM 2004, 298.

¹⁴ LG Wuppertal, NZM 2004, 298.

¹⁵ LG Wuppertal, NZM 2004, 298.

¹⁶ Weitere Einzelheiten zu Sperrvermerken Lehmann-Richter, WuM 2014, 8.

¹⁷ BGH, NJW 2016, 3231 Rn. 12.

¹⁸ Lehmann-Richter, WuM 2014, 8 (10).

Sperrvermerk nicht eingetragen, hat der Mieter wegen des Rechtsscheins der Verpfändungsanzeige gem. § 1280 BGB gegen den Vermieter einen Anspruch auf Beseitigung dieses Rechtsscheins.¹⁹

3. (Bank-) Bürgschaft

Bei der Bürgschaft (im Folgenden geht es nur um die praktisch bedeutsame Bankbürgschaft) verpflichtet sich die Bank als Bürgin gegenüber dem Vermieter, für Verbindlichkeiten des Mieters aus dem Mietverhältnis einzustehen. Zu unterscheiden sind die gewöhnliche Bürgschaft, die selbstschuldnerische Bürgschaft und die Bürgschaft auf erstes Anfordern. Banken verpflichten sich zumeist als selbstschuldnerische Bürgen, der Vermieter muss also nicht vorher den Mieter gerichtlich in Anspruch genommen haben (§ 771 BGB). Ansonsten stehen dem selbstschuldnerischen Bürgen wie dem gewöhnlichen Bürgen gem. § 768 BGB alle Einreden des Mieters gegen die gesicherte Forderung zu. Anders ist das bei einer Bürgschaft auf erstes Anfordern, bei der der Vermieter lediglich erklären muss, dass der Anspruch besteht. Entgegen einer verbreiteten Meinung²⁰ dürfte eine formularmäßige Bürgschaft auf erstes Anfordern nicht wegen unangemessener Benachteiligung des Wohnraummieters unwirksam sein, weil der Vermieter auch bei einer Barkaution und - je nach Gestaltung - bei einem verpfändeten Sparbuch die Möglichkeit des sofortigen Zugriffs auf die Sicherheit hat.

Die Verwertung der Bürgschaft geschieht durch - notfalls gerichtliche - Inanspruchnahme der bürgenden Bank durch den Vermieter. Die Bank hat dann einen Aufwendungsersatzanspruch gem. §§ 675, 670 BGB²¹ oder den nach § 774 BGB übergegangenen Anspruch des Vermieters gegen den Mieter. Hat der Vermieter zunächst den Mieter verklagt, ist aber nicht befriedigt worden, so hat ein stattgebendes Urteil gegen den Mieter keine Rechtskraft gegenüber dem Bürgen,²² wohl aber ein

¹⁹ Antragsformulierung nach Lehmann-Richter WuM 2014, 8 (11): „Es wird beantragt, den Beklagten zu verurteilen, der Rücknahme der Anzeige über die Verpfändung des Kontos Nr. XXX bei der XXX Bank an den Beklagten zuzustimmen.“ Beantragt der Mieter „Freigabe“, ist das entsprechend auszulegen.

²⁰ Nachweise bei Schmidt-Futterer/Flatow, 16. Aufl., § 551 Rn. 11.

²¹ Auch bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern, wenn ein Anspruch des Vermieters nicht bestanden hat (BGH, NJW 2003, 352).

²² BGH, NJW 1993, 1594.

abweisendes Urteil.²³ Bei der Bürgschaft auf erstes Anfordern wird die Berechtigung des Vermieteranspruchs erst im Rückforderungsprozess des Bürgen gegen den Vermieter geprüft; alternativ kann auch der Mieter den Vermieter auf Rückerstattung des aufs erste Anfordern Geleisteten verklagen.²⁴

Die Verpflichtung des Bürgen ist akzessorischer Natur und erlischt daher nach § 767 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich mit dem Erlöschen der Hauptschuld.²⁵ Nach Erlöschen der Bürgschaftsverpflichtung oder der sonstigen Beendigung des Sicherungszwecks hat der Vermieter die Bürgschaft zurück- bzw. freizugeben.²⁶ Der Mieter hat einen Anspruch auf Vornahme aller Handlungen, die notwendig sind, um sein berechtigtes Interesse am Erlöschen bzw. der Freigabe der Bürgschaft zu befriedigen.²⁷ In Erfüllung dieses Anspruchs hat der Vermieter insbesondere die Bürgschaftsurkunde gem. § 371 BGB entweder an den Bürgen oder - nach Wahl des Mieters - an diesen herauszugeben.²⁸ Denn der Besitz der Bürgschaftsurkunde, die einen Schuldschein im Sinne des § 371 BGB darstellt, erleichtert die prozessuale Durchsetzung der Bürgschaftsforderung, da sie ein erhebliches Beweisanzeichen dafür darstellt, dass die Forderung entstanden ist und noch besteht.²⁹

III. Kautionserstattungsanspruch

Eine geleistete Sicherheit steht dem Vermieter nicht auf ewig zu, sondern nur so lange, als er dazu nach der Sicherungsabrede berechtigt ist. Fehlen ausdrückliche Vereinbarungen, ist der Sicherungszweck maßgeblich. Spätestens wenn der Sicherungszweck sich erledigt hat bzw. weggefallen ist, muss der Vermieter dem Mieter die Sicherheit zurückerstatten.³⁰ Dieser Rückerstattungsanspruch kann, wie noch zu zeigen sein wird, bei der Verwertung der Sicherheit im Verjährungsfall bedeutsam werden.

²³ BGH, NJW 1970, 279. Es handelt sich dabei um einen Fall der sogenannten Rechtskrafterstreckung, in dem die Rechtskraft auf Grund von Bestimmungen des materiellen Rechts (die Befugnis des Bürgen gem. § 768 BGB, alle Einwendungen des Mieters geltend zu machen) für einen Dritten wirkt, der nicht Partei des Rechtsstreits war.

²⁴ BGH, NJW 2003, 352.

²⁵ BGH, NJW 2016, 3158 Rn. 22.

²⁶ BGH, NJW 2015, 1952 Rn. 48/49; BGH, NJW 2015, 2961 Rn. 24.

²⁷ BGH, NJW 2009, 218 Rn. 10; BGH, NJW 2015, 1952 Rn. 49.

²⁸ BGH, NJW 2009, 218 Rn. 12.

²⁹ BGH, NJW 2009, 218 Rn. 11.

³⁰ BGH, NJW 2006, 1422 Rn. 8.

Der Anspruch auf Rückerstattung der Mietsicherheit ist - wie allgemein Rückgewähransprüche für geleistete Sicherheiten - nicht gesetzlich geregelt; sein Schicksal ergibt sich vielmehr aus (einer Auslegung) der Sicherungsabrede. Will der Mieter den Rückerstattungsanspruch geltend machen und notfalls gerichtlich durchsetzen, muss dieser fällig sein. Wegen des Sicherungszwecks ist die Fälligkeit hinausgeschoben und von noch darzustellenden Bedingungen bzw. Befristungen abhängig.³¹

Die Abhängigkeit von Bedingungen bedeutet aber nicht, dass der Anspruch als solcher noch nicht besteht. Bedingungen können nämlich entweder die Entstehung des Anspruchs oder nur Leistungszeit und damit die Fälligkeit eines bereits entstandenen Anspruchs regeln.³² Entstanden ist der Kautionserstattungsanspruch schon mit der Leistung der Sicherheit; er ist mangels Fälligkeit nur nicht durchsetzbar.³³ Ebenso ist es bei anderen Sicherungsrechten.³⁴ Meist fallen zwar die Entstehung eines Anspruchs und seine Fälligkeit zusammen. Die Parteien können aber anderes regeln. Eine solche andere Regelung folgt aus einer interessengerechten Auslegung der Sicherungsabrede. Nur bei sofortiger Entstehung des Rückerstattungsanspruchs hat der Mieter bereits von Anfang an eine gesicherte, nur noch nicht durchsetzbare Rechtsposition inne.³⁵ Nur bei sofortiger Entstehung ist der Vermieter in der Lage, gegenüber dem Rückerstattungsanspruch aufzurechnen und so von den Wirkungen des § 215 BGB zu profitieren. Denn Aufrechenbarkeit setzt gem. § 387 BGB zumindest Erfüllbarkeit der dem Aufrechnenden obliegenden Leistung voraus und Erfüllbarkeit erfordert wiederum, dass es die Forderung überhaupt gibt, dass sie also entstanden ist;³⁶ gegen eine künftige oder in ihrem Entstehen aufschiebend bedingte Forderung kann nicht aufgerechnet werden.³⁷

³¹ BGH, NZM 1999, 496. In dieser Entscheidung geht es nur um die Bedingung im Rechtssinne, dass dem Vermieter keine Gegenansprüche zustehen. Bei den sonstigen Fälligkeitsvoraussetzungen (dazu nachfolgend) handelt es sich teilweise um Bedingungen, teilweise um Befristungen.

³² MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl., § 271 Rn. 8.

³³ So wohl auch BGH, NZM 1999, 496 und Ludley NZM 2013, 777 (780), auch wenn beide sprachlich nicht immer genau zwischen Entstehung und Fälligkeit differenzieren; s. dazu auch nachfolgend.

³⁴ BGH, NJW 1977, 247 und - eingehend - Staudinger/Wolfsteiner, Neubearbeitung 2019, vor § 1191 Rn. 161 für die Sicherungsgrundschuld; BGH, NJW-RR 2008, 256 für die Bürgschaft.

³⁵ Zu diesem Kriterium für die Entstehung einer Forderung BGH, NJW 2018, 3018 Rn. 11.

³⁶ BGH, NJW 1988, 2542.

³⁷ BGH, NJW 1988, 2542.

Deshalb sind auch die Beendigung des Mietvertrages und die Rückgabe der Mietsache keine Bedingungen für die Entstehung des Kautionserstattungsanspruchs,³⁸ sondern nur für seine Fälligkeit. Wäre es anders, wäre dem Vermieter verwehrt, wozu er nach allgemeiner Meinung im laufenden Mietverhältnis berechtigt ist, nämlich die Sicherheit bei unstreitigen und gerichtlich festgestellten Forderungen - etwa durch Aufrechnung - zu verwerten.

Die vorstehende Sicht zur Entstehung des Anspruchs entspricht auch der Wertung des § 271 Abs. 2 BGB. Danach nimmt die Festlegung einer späteren Fälligkeit dem Schuldner (dem Vermieter) im Zweifel nicht das Recht, die Schuld vor Fälligkeit zu tilgen, soweit eine vorzeitige Tilgung nicht in die Rechte oder rechtlich geschützten Interessen des Gläubigers (des Mieters) eingreift.³⁹ Die Möglichkeit zu tilgen setzt das Bestehen der Schuld voraus.

Soweit hinsichtlich des Kautionserstattungsanspruchs teilweise von einem „aufschiebend bedingten Rückzahlungsanspruch“ die Rede ist⁴⁰, dürfte das entweder einer unpräzisen Verwendung der Begriffe,⁴¹ einem falschen Verständnis⁴² oder einer verkürzenden Formulierung für die aufschiebend bedingte Fälligkeit des Anspruchs geschuldet sein.⁴³

Vor Beendigung des Mietverhältnisses wird der Rückerstattungsanspruch ohne besondere Vereinbarung der Parteien nie zu Gunsten des Mieters fällig. *Nach Beendigung* des Mietverhältnisses müssen folgende Bedingungen bzw. Befristungen vorliegen:

- Rückgabe der Mietsache⁴⁴ *und*
- Ablauf einer angemessenen Überprüfungsfrist⁴⁵ *und*

³⁸ Anders wohl Flatow, NZM 2020, 1 (6).

³⁹ MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl., § 271 Rn. 37.

⁴⁰ So BGH, NJW 1982, 2186 für die Mietkaution bzw. BGH, NJW 2022, 2544 Rn. 10 und BGH, NJW 1982, 2768 für Sicherungsgrundschulden.

⁴¹ Dazu für die Sicherungsgrundschuld BeckOGK/Rebhan, 1.9.2023, § 1191 Rn. 116.

⁴² Dazu eingehend für die Sicherungsgrundschuld Staudinger/Wolfsteiner, Neubearbeitung 2019, vor § 1191 Rn. 161.

⁴³ Das ergibt sich etwa aus BGH, NJW-RR 2018, 593, wo Rn. 11 einerseits von einem aufschiebend bedingten, Rn. 17 andererseits aber von einem entstandenen Anspruch auf Rückgewähr der Grundschulden die Rede ist.

⁴⁴ Schmidt-Futterer/Flatow, 16. Aufl., § 551 Rn. 87.

⁴⁵ Dazu BGH, NZM 2019, 754 Rn. 20; BGH, NJW 2006, 1422 Rn. 10.

- Ansprüche des Vermieters bestehen (tatsächlich) nicht⁴⁶
- oder
- Rückgabe der Mietsache⁴⁷ *und*
 - Ablauf einer angemessenen Überprüfungsfrist⁴⁸ *und*
 - Abrechnung der Sicherheit durch den Vermieter⁴⁹

Wenn der Vermieter nicht abrechnet, kann der Mieter isoliert auf Abrechnung klagen und so die Fälligkeit des Kautionserstattungsanspruchs herbeiführen oder die Abrechnung als ersten Teil einer Stufenklage auf Rückerstattung der Kautions geltend machen. Alternativ (aber höchststrichterlich ungeklärt) dürfte es möglich sein, den Vermieter, der sich (nach Mahnung des Mieters, die den Ablauf einer angemessenen Überprüfungsfrist⁵⁰ voraussetzt) in Verzug mit der Abrechnung befindet, direkt auf Rückerstattung zu verklagen. Die Sachlage erscheint ähnlich wie bei einem Verzug des Vermieters mit der Betriebskostenabrechnung; dort erlaubt der BGH⁵¹ im Verzugsfall eine direkte Klage auf Rückzahlung der Vorauszahlungen.

Ist der Rückerstattungsanspruch fällig, macht der Vermieter, dem noch Ansprüche zustehen, aber von seinem Verwertungsrecht⁵² keinen Gebrauch, kann der Mieter seinerseits die Aufrechnung seines Rückerstattungsanspruchs gegen den Vermieteranspruch erklären.⁵³ Das ist aber nur bei Sicherheiten möglich, die aufrechenbar sind, also dann, wenn die Kautionserstattung, wie bei der Barkautions, auf Geld gerichtet ist. Wenn der Vermieter sowohl verjährte als auch unverjährte Forderungen gegen den Mieter hat, sollte er eine Aufrechnung durch den Mieter vermeiden, weil dieser dann zunächst mit den unverjährten Forderungen aufrechnen wird und für die verjährten Forderungen möglicherweise nicht mehr genügend Restsicherheit zur Verfügung steht.

IV. Gesicherte Ansprüche

⁴⁶ BGH, NJW 2016, 3231 Rn. 12 (zu Betriebskostennachforderungen).

⁴⁷ Schmidt-Futterer/Flatow, 16. Aufl., § 551 Rn. 87.

⁴⁸ Dazu BGH, NZM 2019, 754 Rn. 20; BGH, NJW 2006, 1422 Rn. 10.

⁴⁹ BGH, NZM 2019, 754 Rn. 20; dort auch näher zur Art und Weise der Abrechnung.

⁵⁰ Dazu Häublein, ZMR 2017, 445 (451).

⁵¹ BGH, NJW 2005, 1499.

⁵² Eine Pflicht dazu gibt es nicht (BGH, NJW 2006, 1422 Rn. 9).

⁵³ BGH, NZM 2019, 754 Rn. 29.

Für die hier zu untersuchende Frage, ob der Vermieter die Mietsicherheit auch wegen verjährter Ansprüche nutzen kann, kommt es, wie noch zu zeigen sein wird, auf die Art des Anspruchs an. Es ist zu unterscheiden zwischen Ansprüchen, die unmittelbar auf Geldzahlung gerichtet sind, und sonstigen Ansprüchen, die - jedenfalls zunächst - auf anderweitige Erfüllung oder Naturalrestitution (Wiederherstellung) gerichtet sind.

Zu den Geldzahlungsansprüchen gehören der Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Mietzinses gem. § 535 Abs. 2 BGB einschließlich einer Nachforderung aus einer Betriebskostenabrechnung, der Anspruch auf Nutzungsentschädigung gem. § 546a BGB, aber auch der Anspruch auf Ersatz eines Mietausfallschadens, der nach verschiedenen Grundlagen⁵⁴ geschuldet sein kann. Es gilt die dreijährige Regelverjährungsfrist des § 195 BGB.⁵⁵ Der Anspruch auf Ersatz eines Mietausfallschadens kann alternativ der kurzen sechsmonatigen Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB unterliegen, wenn er auf einem Ersatzanspruch des Vermieters wegen Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache beruht.⁵⁶

Zu den nicht unmittelbar auf Zahlung, sondern auf anderweitige Erfüllung gerichteten Leistungsansprüchen gehören insbesondere der Anspruch des Vermieters auf Rückbau von Umbauten und auf Durchführung von Renovierungen (Schönheitsreparaturen).⁵⁷ Erfüllt der Mieter die Ansprüche nicht, kann der Vermieter sie (in der Regel nach Fristsetzung) durch Verlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB in einen Geldanspruch auf Schadensersatz statt der Leistung umwandeln. Es kann sich sowohl um im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Hauptleistungspflichten, als auch um nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Nebenleistungspflichten handeln; die Anwendbarkeit von § 281 BGB hängt nur davon ab, ob der Gläubiger ein positives Leistungsinteresse hat, das im Fall der Nichterfüllung in Geld veranschlagt werden kann, um den Gläubiger vermögensmäßig so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte.⁵⁸

⁵⁴ Dazu Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 16. Aufl., § 546a Rn. 96.

⁵⁵ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 16. Aufl., § 548 Rn. 64.

⁵⁶ Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 16. Aufl., § 548 Rn. 27.

⁵⁷ S. etwa BGH NJW 2018, 1746 Rn. 15.

⁵⁸ MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl., § 281 Rn. 9, 10.

Zu den nicht unmittelbar auf Geldzahlung gerichteten Ansprüchen gehört weiterhin der wichtige Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Beschädigung der Mietsache bei Verletzung von Obhuts- oder Rücksichtnahmepflichten⁵⁹ gem. §§ 280, 249 BGB. Der Mieter schuldet zunächst Naturalrestitution (Wiederherstellung), erst auf das (ohne weitere Voraussetzungen mögliche) Verlangen des Vermieters gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB, das nicht schon auf einen bestimmten Geldbetrag gerichtet sein muss,⁶⁰ hat der Mieter in Geld zu erfüllen (Ersetzungsbefugnis). Es dürfte zulässig sein, die Ersetzungsbefugnis formularvertraglich vorab im Mietvertrag auszuüben.⁶¹

Die nicht unmittelbar auf Geldzahlung gerichteten sonstigen Ansprüche hängen sämtlich mit dem Zustand der Mietsache zusammen und verjähren deshalb gem. § 548 Abs. 1 BGB binnen sechs Monaten.⁶²

Die Länge der Verjährungsfristen hat für die Verwertung der Mietsicherheit im Fall der Verjährung des gesicherten Anspruchs keine *rechtliche* Bedeutung. Der Vermieter ist nur *tatsächlich* umso eher auf die Möglichkeit der Verwertung trotz Verjährung angewiesen, je kürzer die Verjährungsfrist ist. Deshalb spielt die Mietsicherheit bei der kurzen Verjährung des § 548 Abs. 1 BGB für Ansprüche des Mieters wegen Veränderung und Verschlechterung der Mietsache eine besondere Rolle.

An folgendem Beispielsfall soll untersucht werden, ob und ggf. wie eine Barkaution, ein verpfändetes Sparbuch bzw. eine Bürgschaft für die Realisierung verjährter Ansprüche nutzbar gemacht werden können:

- M hatte sich im Mietvertrag formularmäßig zur „Stellung einer Mietsicherheit“ im Wert von 3.000,00 € verpflichtet und diese auch erbracht; Regelungen zu deren Verwertung gab es nicht.
- Das Mietverhältnis endete am 30.6.2023; an diesem Tag wurde die Wohnung auch zurückgegeben.
- Der Mieter M hat die Kaltmiete für Dezember 2020 in Höhe von 1.000,00 € wegen streitiger Mängel nicht gezahlt.

⁵⁹ Dazu BGH NJW 2018, 1746 Rn. 18.

⁶⁰ Zehelein, NZM 2022, 937 (941).

⁶¹ Zehelein, NZM 2022, 937 (943).

⁶² Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 16. Aufl., § 548 Rn. 27

- In der im Dezember 2020 zugegangenen Betriebskostenabrechnung für 2019 errechnet V einen streitigen Saldo zu seinen Gunsten von 500,00 €.
- Das Parkett in einem der Zimmer ist durch Fahrlässigkeit des M irreparabel beschädigt.
- M hat die Wohnung trotz wirksamer Verpflichtung nicht renoviert.

V. Zahlungsansprüche

Im Januar 2024 sind sowohl der Anspruch auf Zahlung der Miete für Dezember 2020 als auch die Betriebskostennachforderung für 2019 verjährt. V kann seine Zahlungsansprüche nicht mehr klageweise durchsetzen, da M gem. § 204 Abs. 1 BGB wegen der Verjährung dauerhaft berechtigt ist, die Leistung zu verweigern. M müsste im Prozess nur die Einrede der Verjährung erheben. Kann V seine Zahlungsansprüche dennoch realisieren?

1. Barkaution

V kann die Forderungen evtl. im Wege der Selbstvollstreckung durch Aufrechnung durchsetzen. Denn gem. § 215 BGB schließt die Verjährung die Aufrechnung und die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte.

Der Aufrechnung des V steht zunächst kein Aufrechnungsverbot deshalb entgegen, weil M die Forderungen des V bestritten hat. Nach Vertragsende ist ein Vermieter vielmehr berechtigt, die Mietsicherheit auch wegen streitiger Ansprüche zu verwerten.⁶³ Entgegen einer Ansicht des Landgerichts Berlin⁶⁴ ist das auch nicht deswegen anders, weil im Mietvertrag Vereinbarungen zur Verwertung fehlen. Das führt in Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB nicht dazu, der Kaution lediglich eine auf den Wortlaut der Sicherungsabrede beschränkte Funktion der bloßen Sicherung des Vermieters vor einer möglichen Insolvenz des Mieters beizumessen, die ihm auch nach Beendigung des Mietverhältnisses ausschließlich für

⁶³ BGH, NZM 2019, 754.

⁶⁴ LG Berlin, WuM 2020, 22.

unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Ansprüche das Recht zur Verwertung eröffnet. Eine solche Auslegung erscheint vielmehr abwegig und damit im Sinne des § 305c Abs. 2 BGB fernliegend und nicht zu berücksichtigen.⁶⁵ Denn es ist offensichtlich, dass der Mietvertrag nur den Akt der Stellung der Sicherheit und deren Höhe regelt, dass aber sowohl die Rückerstattung als auch die Verwertung - wie bei vielen Sicherheiten üblich - ohne Vereinbarung ist und einer ergänzenden Vertragsauslegung der Sicherungsabrede vorbehalten bleibt.

Für § 215 BGB müssen die Voraussetzungen einer Aufrechnung (die Aufrechnungslage) zu einem Zeitpunkt vorgelegen haben, als die Zahlungsforderungen noch nicht verjährt waren. Entbehrlich ist für die Anwendung der Vorschrift nur die Aufrechnungserklärung in unverjährter Zeit. Im Beispielsfall lief die Verjährungsfrist mit Ende des Jahres 2023 ab. Die Aufrechnungslage muss also in irgendeinem Zeitpunkt davor bestanden haben.

Eine Aufrechnungslage erfordert Gegenseitigkeit, das heißt, die Gläubiger der wechselseitigen Forderungen müssen personenidentisch sein. Außerdem müssen die Forderungen gleichartig sein, das heißt, sie müssen auf denselben Gegenstand gerichtet sein, was praktisch nur bei wechselseitigen Geldforderungen der Fall ist. Beide Voraussetzungen liegen im Beispielsfall vor: V hat gegen M Zahlungsansprüche auf Miete und Betriebskosten; M hat gegen V einen Zahlungsanspruch auf Rückerstattung der Barkaution.

Der Anspruch des Schuldners, mit dem er aufrechnet, muss vollwirksam und fällig sein. Das sind vorliegend die fälligen, aber zwischenzeitlich verjährten Zahlungsansprüche des V auf Mietzins und Betriebskosten. Der Gegenanspruch des M auf Kautionserstattung muss hingegen nur erfüllbar sein, nicht aber fällig. Das ist nach dem oben zur Entstehung des Kautionserstattungsanspruchs Gesagten (s. unter III.) ebenfalls gegeben.

⁶⁵ BGH, NJW 2019, 2762 Rn. 19.

Damit bestand in unverjährter Zeit eine Aufrechnungslage und V konnte trotz Verjährung seiner Forderungen noch gegen den Kautionserstattungsanspruch aufrechnen, sich so von diesem befreien und seine verjährten Forderungen betreiben.

2. Sparbuch

Ein Pfand ist offensichtlich eine andere Art der Sicherheit als Bargeld. Es unterliegt eigenen, sachenrechtlichen Verwertungsregeln. Zur dinglichen Besicherung verjährter Forderungen gibt es die Vorschrift des § 216 BGB.

a. Einziehung

Der Vermieter wird durch die Verpfändung nicht Inhaber der Sparforderung, er erhält gem. § 1282 Abs. 1 BGB vielmehr ein Einziehungsrecht, das heißt, der Vermieter kann als Pfandgläubiger von der Bank als Schuldner die Auszahlung der Sparforderung des Mieters an sich verlangen. Das Einziehungsrecht steht dem Vermieter gem. § 1282 Abs. 1 S. 2 BGB nur in Höhe der gesicherten Forderung zu, also in Höhe der rückständigen Miete. Das Einziehungsrecht als solches erfordert keinen gerichtlichen Titel über dessen Bestehen; verweigert allerdings die Bank die Erfüllung, muss der Vermieter sie verklagen.

Gem. §§ 1273, 1211 BGB stehen der Bank gegenüber dem Vermieter alle Einreden zu, die der Mieter gegenüber dem Vermieter geltend machen könnte. Nach diesen Vorschriften könnte sich die Bank im Beispielsfall also wie der Mieter auf eine Verjährung der Mietzinsforderung berufen. Der daraus folgenden Unverwertbarkeit des Pfandes hilft § 216 Abs. 1 BGB ab, indem danach dem Pfandgläubiger erlaubt wird, sich wegen der gesicherten Forderung trotz der Verjährung aus dem Pfand zu befriedigen.

Das Gesetz macht von dem Befriedigungsrecht trotz Verjährung aber eine wichtige Ausnahme. Nach § 216 Abs. 3 BGB sind Ansprüche auf Zinsen und andere wiederkehrende Leistungen ausgenommen. Zu diesen wiederkehrenden Leistungen gehören sowohl die periodisch zu zahlende Miete (Grundmiete sowie

Vorauszahlungen auf die Betriebskosten)⁶⁶ als auch Nachzahlungspflichten des Mieters, die sich aus einer Betriebskostenabrechnung ergeben.⁶⁷ Den Charakter als wiederkehrende Leistung verlieren Betriebskostenzahlungen des Mieters nämlich nicht dadurch, dass sie als Saldo einer Betriebskostenjahresabrechnung verlangt werden.⁶⁸ Außerdem gehören zu den wiederkehrenden Leistungen solche Ansprüche, die an Stelle der Miete treten, also etwa der Nutzungsentschädigungsanspruch gem. § 546a Abs. 1 BGB oder ein Schadensersatzanspruch wegen Mietausfallschadens - Letzterer aber nur, soweit er nicht sofort fällig wird wie etwa bei einem Mietausfall nach vorzeitiger Kündigung eines auf feste Zeit geschlossenen Vertrages.⁶⁹

b. Aufrechnung

Gibt es für V vielleicht noch andere Wege der Pfandverwertung?

Wie oben festgestellt (s. unter II.2.) hat der Mieter nach Wegfall des Sicherungszwecks gegen den Vermieter einen Anspruch auf Freigabe des verpfändeten Sparguthabens (bzw. Beseitigung des Rechtsscheins eines Pfands) und ggf. Herausgabe des Sparbuchs. Kann der Vermieter gegen diesen Kautionserstattungsanspruch vielleicht aufrechnen?

Wenn man sich die Voraussetzungen einer Aufrechnungslage vergegenwärtigt, erscheint sofort die Gleichartigkeit der wechselseitigen Forderungen problematisch: Die Mietforderungen des V sind Geldforderungen, was auf den ersten Blick etwas anderes zu sein scheint als der Freigabeanspruch des M, bei dem V eine Willenserklärung abgeben muss. Allerdings hat der BGH⁷⁰ entschieden, dass gegen eine Forderung auf Einwilligung in die Auszahlung eines hinterlegten Betrages mit einem Zahlungsanspruch aufgerechnet werden kann. Auch diese Einwilligung ist eine Willenserklärung. Der BGH begründet die Gleichartigkeit damit, dass der Freigabeanspruch hinsichtlich hinterlegten Geldes zwar nicht auf Zahlung von Geld

⁶⁶ BGH, NJW 2016, 3231 Rn. 18; kritisch dazu Fleindl ZMR 2023, 425 (427). Auf den Mietbegriff des § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ist diese Rechtsprechung nicht zu übertragen, eine Nachzahlungsforderung ist kein zur Zahlungsverzugskündigung berechtigender Rückstand (dazu Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 16. Aufl., § 543 Rn. 165).

⁶⁷ BGH, NJW 2016, 3231 Rn. 19.

⁶⁸ BGH, NJW 2016, 3231 Rn. 19.

⁶⁹ Dazu LG Krefeld, NZM 2018, 750.

⁷⁰ BGH, NJW-RR 1989, 173.

gerichtet sei, sondern auf Einwilligung zur Auszahlung von Geld; das betreffe aber lediglich die äußere Form, in der der Freigabeanspruch zu verwirklicht werden müsse, seinem Gegenstand nach sei er gleichartig mit demjenigen auf Geldzahlung.

Abgesehen davon, dass diese Rechtsprechung auf Kritik gestoßen ist,⁷¹ ist sie auf die Freigabe eines verpfändeten Sparbuchs nicht übertragbar.⁷² Die Aufrechnung ist eine Form der Selbstvollstreckung. Mit ihrer Erklärung tritt Befriedigung ein. Einer Durchsetzung bedarf es nicht, allenfalls einer gerichtlichen Feststellung des Vollzogenen. Bei einem hinterlegten Geldbetrag fallen Freigabe und Befriedigung praktisch zusammen. Denn die Hinterlegungsstelle ist kein Schuldner im herkömmlichen Sinn, sondern kehrt verlässlich an denjenigen aus, zu dessen Gunsten die Freigabe erfolgt. Deswegen ist die Freigabe von hinterlegtem Geld bzw. der Anspruch auf dessen Freigabe einer Geldforderung gleichzusetzen. Der Charakter der Aufrechnung als Akt der Selbstvollstreckung bleibt gewahrt, wenn mit dem Freigabeanspruch aufgerechnet wird.

Bei einem verpfändeten Sparbuch ist das anders. Ein Pfand wird gem. § 1282 Abs. 1 BGB durch Einziehung verwertet. Es ist noch eine dritte Person beteiligt, nämlich vorliegend die Bank als Schuldner der verpfändeten Forderung. Diese muss mit der Erfüllung der verpfändeten Forderung einverstanden sein. Ist sie es nicht, ist die Sparforderung gerichtlich durchzusetzen. Das ist mit der Hinterlegungssituation nicht vergleichbar. Eine Aufrechnung, bei der die tatsächliche Befriedigung von der Erfüllungsbereitschaft eines Dritten abhängt, ist keine Selbstvollstreckung.

3. Bürgschaft

Der Vermieter ist bei verjährten Mietforderungen durch eine Bürgschaft ungesichert.⁷³ Eine Bürgschaft soll nach ihrem Sicherungszweck nur Ansprüche absichern, denen keine dauerhafte Einrede (wie die Verjährung) entgegensteht, weil sie dem Sicherungsnehmer nicht weitergehende Rechte verschaffen soll, als er sie auch sonst

⁷¹ Staudinger/Bieder/Gursky, Neubearbeitung 2022, § 387 Rn. 130.

⁷² So auch KG, WuM 2011, 471 mit weiteren Nachweisen, die aber sämtlich ohne Problematisierung der Parallele zur Hinterlegung sind.

⁷³ So auch Guhling/Günter/Geldmacher, Gewerberaummieta, 3. Aufl., Anhang zu §§ 562-562d BGB Rn. 170.

rechtlich durchsetzen könnte.⁷⁴ § 215 BGB ist nicht anwendbar, weil es an der Gegenseitigkeit fehlt; Schuldner der Vermieterforderung ist der Mieter, nicht der Bürge. Eine analoge Anwendung von § 215 BGB lehnt der BGH ab.⁷⁵

§ 216 BGB greift ebenfalls nicht ein, die Bürgschaft ist dort nicht erwähnt. Eine entsprechende Regelung könnte aber in Abbedingung des § 768 BGB vereinbart werden.⁷⁶ Der BGH lehnt eine analoge Anwendung des (nur) für dingliche Sicherheiten geltenden § 216 BGB ebenfalls ab.⁷⁷

VI. Sonstige Ansprüche

Auch die Ansprüche des V auf Durchführung von Schönheitsreparaturen und Beseitigung des Parkettschadens sind im Beispielsfall gem. § 548 Abs. 1 BGB verjährt. Diese nicht auf unmittelbare Zahlung, sondern auf anderweitige Erfüllung oder Naturalrestitution gerichteten Ansprüche unterscheiden sich hinsichtlich der Verwertung von Sicherheiten im Fall der Verjährung teilweise von den Zahlungsansprüchen.

1. Bürgschaft

Für die Bürgschaft ergeben sich allerdings keine Unterschiede der sonstigen Ansprüche zu den unmittelbaren Zahlungsansprüchen. Die Argumente, die bei unmittelbaren Zahlungsansprüchen (etwa Mietzins) gegen eine Inanspruchnahme des Bürgen im Fall der Verjährung sprechen, hindern auch eine Inanspruchnahme wegen verjährter sonstiger Ansprüche.

2. Sparbuch

Eine verpfändete Sparforderung ist hingegen wegen verjährter sonstiger Forderungen gem. § 216 Abs. 1 BGB verwertbar. Da es sich hierbei nicht um wiederkehrende, sondern einmalige Ansprüche handelt (im Beispielsfall etwa wegen Rückbau oder

⁷⁴ BGH, NJW 2015, 2961 Rn. 27/24; BGH, NJW 2015, 1952 Rn. 51.

⁷⁵ BGH, NJW 1998, 981.

⁷⁶ BGH, NJW 2015, 2961 Rn. 24.

⁷⁷ BGH, NJW 1998, 981; BGH, NJW 2015, 2961 Rn. 31.

Schönheitsreparaturen oder Schadensbeseitigung), ist eine Verwertung anders als bei den Mietzinsansprüchen auch nicht wegen § 216 Abs. 3 BGB ausgeschlossen. Der Vermieter muss die auf Erfüllung gerichteten Ansprüche lediglich in Zahlungsansprüche überführen, um das Pfand einziehen zu können. Dies geschieht dadurch, dass der Vermieter gegenüber dem Mieter die Zahlung von Geld verlangt - bei einem Leistungsanspruch gem. § 281 Abs. 4 BGB, bei einem Anspruch auf Naturalrestitution gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB.

3. Barkaution

Bei den nicht unmittelbar auf Zahlung gerichteten Ansprüchen sind zwei Phasen zu unterscheiden: Einmal die Phase, in der die Ansprüche noch auf anderweitige Erfüllung bzw. Naturalrestitution gerichtet sind, zum anderen die Phase, in der die Ansprüche in solche auf Zahlung umgewandelt wurden (durch Verlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB bzw. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB).

a. Zahlungsphase

Wenn die Ansprüche sich in Zahlungsansprüche umgewandelt haben, gibt es keine Probleme mit der Verwertung einer Barkaution. Wichtig ist nur, wie noch zu zeigen sein wird, dass die Umwandlung durch entsprechendes Verlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB bzw. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB in unverjährter Zeit geschehen ist. Dann nämlich standen sich in unverjährter Zeit zwei gleichartige, auf Zahlung gerichtete Ansprüche gegenüber und der Vermieter kann gem. § 215 BGB trotz zwischenzeitlich eingetretener Verjährung seines Anspruchs die Aufrechnung mit dem Kautionserstattungsanspruch des Mieters erklären und sich so befriedigen.

b. Erfüllungsphase

Um eine Aufrechnung mit verjährten Forderungen gem. § 215 BGB zu erlauben, müssen alle Voraussetzungen einer Aufrechnungslage erfüllt sein, nur die Aufrechnungserklärung ist entbehrlich.⁷⁸ Wenn die Ansprüche des Vermieters in

⁷⁸ KG, ZMR 2020, 394; AG Ludwigsburg, WuM 2022, 606.

unverjährter Zeit nicht in einen Zahlungsanspruch überführt wurden, sondern im Erfüllungsstadium verblieben sind, dann fehlt es für die Aufrechnungslage an einer Gleichartigkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen:⁷⁹ Die Vermieterforderung ist auf Leistung bzw. Naturalrestitution gerichtet, die Mieterforderung hingegen auf Rückzahlung der Barkaution.

Eine Anwendung von § 215 BGB erscheint danach vorderhand ausgeschlossen, obwohl der Vermieteranspruch in unverjährter Zeit schon bestand; mit ihm konnte nur nicht aufgerechnet werden.⁸⁰ Allerdings enthält § 215 BGB zwei Varianten. Die Vorschrift erlaubt nicht nur die Aufrechnung mit einer verjährten Forderung, sondern auch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts gem. § 273 BGB,⁸¹ wenn der Anspruch, der zur Leistungsverweigerung berechtigt, noch nicht verjährt war, als erstmals die Leistung hätte verweigert werden dürfen.

Ein Zurückbehaltungsrecht wegen einer verjährten Forderung zu haben, ist für den Vermieter nicht nutzlos. Es führt insbesondere nicht nur zu einer dauerhaften Blockade. Denn wenn sich der Erfüllungsanspruch des Vermieters in einen Zahlungsanspruch wandelt, wandelt sich sein Zurückbehaltungsrecht in eine Aufrechnungsmöglichkeit und die rechtserhaltende Funktion des § 215 BGB setzt sich an dieser Aufrechnungsmöglichkeit fort.⁸² Vorliegend bedeutet das: Wenn der Vermieter - und sei es erst in verjährter Zeit - den Leistungsanspruch durch Verlangen gem. § 281 Abs. 4 BGB oder den Schadensersatzanspruch gem. § 249 Abs. 2 S. 1 BGB in einen Zahlungsanspruch wandelt, entsteht eine Aufrechnungslage, auf die § 215 BGB anwendbar ist, sofern dem Vermieter zuvor in unverjährter Zeit ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB zustand. Er musste es nicht geltend gemacht haben.⁸³

⁷⁹ KG, ZMR 2020, 394; AG Ludwigsburg, WuM 2022, 606; LG Berlin, Beschluss vom 24.10.2023 - 67 S 241/23, BeckRS 2023, 35102.

⁸⁰ Weber, ZMR 2022, 620 möchte eine Verwertung der Barkaution in diesen Fällen durch eine Analogie zu § 216 BGB erreichen. Der BGH (BGH, NJW 1998, 981) hält die Vorschrift allerdings nicht für analogiefähig.

⁸¹ Zu den hier nicht interessierenden Zurückbehaltungsrechten gem. §§ 320, 321 BGB: BeckOGK/Bach, Stand 1.12.2023, § 215 Rn. 17; Staudinger/Peters/Jacoby, Neubearbeitung 2019, § 215 Rn. 13; BGH, NJW 2006, 2773 Rn. 21.

⁸² OLG Bremen, NJW-RR 2014, 1097; MüKoBGB/Grothe, 9. Aufl., § 215 Rn. 4.

⁸³ BGH, NJW 2016, 52.

Ein Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB setzt zunächst voraus, dass der Vermieter (in unverjährter Zeit) einen fälligen Anspruch gegen den Mieter hatte. Das ist im Beispielfall gegeben. V konnte von M sowohl die Durchführung von Schönheitsreparaturen als auch die Beseitigung des Parkettschadens verlangen.

Diese Ansprüche müssen weiter im Gegenseitigkeitsverhältnis mit dem Gegenanspruch stehen, Gläubiger und Schuldner müssen also personenidentisch sein. Gegenanspruch ist der Kautionserstattungsanspruch des Mieters. Personenidentität lag also vor; der Gläubiger der Forderung ist jeweils der Schuldner der Gegenforderung.

Die überdies erforderliche Konnexität der Erfüllungsansprüche des Vermieters mit dem Kautionserstattungsanspruch des Mieters ist schon deshalb gegeben, weil die Kautionserstattung die Ansprüche des Vermieters sichert. Das schafft den notwendigen inneren natürlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang.⁸⁴

Problematisch ist allein, ob der Kautionserstattungsanspruch Mieters ebenso wie die Ansprüche des Vermieters in unverjährter Zeit fällig gewesen sein muss. § 273 Abs. 1 BGB setzt dessen Fälligkeit voraus.⁸⁵ Das ist in unverjährter Zeit aus Sicht des Vermieters als Gläubiger unverjährter Ansprüche zunächst sinnvoll, ja fast banal: Aus Vermietersicht soll der Mieter nicht wegen eines Anspruchs, den dieser erst in der Zukunft durchsetzen kann, schon vorher einen Anspruch des Vermieters blockieren können. Erst bei Fälligkeit des Gegenanspruchs soll der Schuldner (der Mieter) den Schutz des § 273 BGB davor genießen können, einseitig leisten zu müssen, ohne die Gegenleistung zu erhalten.⁸⁶ Das Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB ist damit keine *Sicherheit* im klassischen Sinn zur Absicherung künftiger Erfüllung, sondern eine (wechselseitige) *Sicherung* gegenwärtiger, in Zusammenhang stehender Rechte.⁸⁷ Das übt mittelbar Erfüllungsdruck aus, denn zur Befriedigung der eigenen Forderung muss der Gläubiger seinerseits leisten.⁸⁸

⁸⁴ BGH, NJW-RR 2013, 880 Rn. 39

⁸⁵ MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl., § 273 Rn. 30. Ausreichend ist aber, dass der Gegenanspruch des Schuldners gleichzeitig mit der Erfüllung der von ihm geschuldeten Leistung fällig wird (BGH, NJW 1992, 556).

⁸⁶ BGH, NJW 1979, 1203.

⁸⁷ So wohl auch BGH, NJW 1981, 1666.

⁸⁸ MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl., § 273 Rn. 3.

Kann man diese für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts geltende Rechtslage der beiderseitigen Fälligkeit unbesehen auf die Situation des § 215 BGB übertragen, in der ein Zurückbehaltungsrecht noch nicht ausgeübt wurde? Oder reicht vielleicht - wie bei der Aufrechnung - die bloße Erfüllbarkeit des Kautionserstattungsanspruchs? Der VIII. Zivilsenat des BGH, der für die Wohnraummiete zuständig ist, hat die Fälligkeit des Kautionserstattungsanspruchs für notwendig gehalten.⁸⁹ Es handelte sich aber um ein nicht näher begründetes obiter dictum. Der für das Grundstücksrecht zuständige V. Zivilsenat hat die Antwort auf diese Frage offengelassen.⁹⁰ Meines Erachtens reicht im Rahmen des § 215 BGB für die Bejahung einer Zurückbehaltungslage aus, dass der Kautionserstattungsanspruch in unverjährter Zeit erfüllbar war, Fälligkeit ist nicht erforderlich.⁹¹

Dass nicht sämtliche Voraussetzungen des § 273 BGB erfüllt sein müssen, um den Schutz des § 215 BGB zu erlangen, zeigt sich zunächst schon daran, dass die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts dafür nicht notwendig ist.⁹²

§ 273 BGB ist nach den vorstehenden Ausführungen ein wechselseitiges Sicherungsrecht. Beide Beteiligten sind in ihrer Person gleichzeitig Gläubiger (der eigenen Forderung) und Schuldner (der Gegenforderung). Jeder von ihnen kann seine Leistung verweigern, solange nicht auch der andere leistet. Ein Schutz durch das Zurückbehaltungsrecht vor Fälligkeit beider Forderungen ist aber eigentlich gar nicht notwendig, da die fehlende Fälligkeit des Gegenanspruchs allein ausreichend zur Leistungsverweigerung ist, eines konnexen Gegenanspruchs bedarf es nicht.⁹³ Damit stellt sich die nach dem Gesetz vorausgesetzte Fälligkeit des Gegenanspruchs als überflüssig dar bzw. als eine Selbstverständlichkeit, die eigentlich aus der Natur der Sache folgt.

⁸⁹ BGH, NJW 2016, 3231 Rn. 22. Dem folgend LG Berlin, Beschluss vom 24.10.2023 - 67 S 241/23, BeckRS 2023, 35102; AG Bad Dürkheim, ZMR 2024, 311.

⁹⁰ BGH, NJW 2006, 2773 Rn. 20 unter Verweis auf BGH, NJW 1967, 1902, wo die bloße Entstehung des Anspruchs für ausreichend erachtet wird, ohne dass es darauf aber entscheidungserheblich ankam. In BGH, NJW 2016, 52 ging es allein um die Notwendigkeit der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts gem. § 320 BGB in unverjährter Zeit; die Zurückbehaltungslage hatte in unverjährter Zeit bestanden.

⁹¹ So im Ergebnis auch LG Lübeck, Urteil vom 28.3.2024 - 14 S 117/22, BeckRS 2024, 6290 und BeckOGK/Bach, 1.12.2023, § 215 Rn. 22. Weber, ZMR 2022, 620 möchte eine Verwertung der Barkaution in diesen Fällen durch eine Analogie zu § 216 BGB erreichen; der BGH (BGH, NJW 1998, 981) hält die Vorschrift allerdings nicht für analogiefähig.

⁹² MüKoBGB/Krüger, 9. Aufl., § 273 Rn. 34.

⁹³ BeckOGK/Bach, 1.12.2023, § 215 Rn. 22.

Bei der Aufrechnung fordert das Gesetz eine wechselseitige Fälligkeit der Forderungen hingegen nicht. Der Schuldner darf mit einer eigenen Forderung aufrechnen, die nur entstanden, aber noch nicht fällig ist, um sich von der Gegenforderung zu befreien. Er darf dem Gläubiger insofern mehr geben (nämlich durch Aufrechnung früher erfüllen), als dieser es verlangen könnte. Beim Zurückbehaltungsrecht gem. § 273 BGB ist das hingegen nicht möglich, weil es nicht um die aktive Rolle des Erfüllens geht. Das Zurückbehaltungsrecht ist vielmehr ein reines Verteidigungsinstrument, das ein bestehendes, vollwirksames eigenes Recht voraussetzt. Weil es ein beiderseitiges Verteidigungsinstrument ist, erfordert es beiderseitige Fälligkeit - ohne dass das aber, wie vorstehend ausgeführt, ausdrücklich geregelt werden müsste.

Der Unterschied zwischen Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Fälligkeit der Gegenforderung hat nur Bedeutung bei der Ausübung (Geltendmachung) dieser Rechte. Die Sicherungsfunktion beider ist dabei ganz ähnlich: Die Aufrechnung bietet eine direkte Befriedigungsmöglichkeit, das Zurückbehaltungsrecht verhindert eine Befriedigung des anderen, solange dieser nicht die eigene Forderung erfüllt. In beiden Fällen kommt es zum Ausgleich der bestehenden Ansprüche.

Wenn aber die Sicherungsfunktion ähnlich ist, dann sollte das auch im Verjährungsfall gelten. Ohne dies wäre ein Gleichlauf von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht in § 215 BGB nur unvollständig verwirklicht und eine eigentlich banale, ja sogar unnötige Voraussetzung wendet sich im Verjährungsfall gegen den Schuldner. Dabei war ein Gleichlauf von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht vom Gesetzgeber der Schuldrechtsreform mit § 215 BGB beabsichtigt.⁹⁴ Dazu hat sich der Gesetzgeber⁹⁵ auf die Rechtsprechung des BGH im Urteil vom 15.12.1969 - VII ZR 148/67⁹⁶ bezogen. Dieses Urteil wiederum beruft sich auf ein Urteil des BGH vom 16.6.1967 - V ZR 122/64,⁹⁷ in dem es heißt: „Die umstrittene Rechtsfrage ist deshalb dahin zu entscheiden, daß verjährte Ansprüche des Schuldners ein Zurückbehaltungsrecht dann begründen, wenn die Verjährung noch nicht eingetreten war, als der Anspruch des Gläubigers *entstand*.“ Damit sollte auch beim Zurückbehaltungsrecht nur die

⁹⁴ BT-Drucksache 14/6040, S. 122.

⁹⁵ BT-Drucksache 14/6040, S. 122.

⁹⁶ BGH, NJW 1970, 561 = BGHZ 53, 122.

⁹⁷ BGH, NJW 1967, 1902.

Entstehung des Anspruchs in unverjährter Zeit notwendig sein, um sich später in verjährter Zeit damit eines Gegenanspruchs erwehren zu können. Der Wortlaut von § 215 BGB ist entgegen dieser BGH-Rechtsprechung und der darauf fußenden Intention des Gesetzgebers, einen Gleichlauf von Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht herzustellen, aber nur auf die Aufrechnung zugeschnitten. Das liegt daran, dass sprachlich die Regelung § 390 BGB aF übernommen wurde, der nur die Aufrechnung erfasste.⁹⁸ Die Besonderheiten des Zurückbehaltungsrechts wurden nicht berücksichtigt. Das widerspricht dem Schutzzweck des § 215 BGB. Wie gerade auch die Forderungen des Beispielsfalls wegen §§ 249 Abs. 2 S. 1 BGB bzw. § 281 Abs. 4 BGB zeigen, kann eine Zurückbehaltungslage ohne Weiteres in eine Aufrechnungslage übergehen, ohne dass Unterschiede im Schutzbedürfnis des Gläubigers erkennbar sind.

Schließlich ist eine Aufweichung des Fälligkeitserfordernisses nicht neu. Im Gesellschaftsrecht ist vielmehr ein sog. vorübergehendes Zurückbehaltungsrecht anerkannt. Wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für einen von der Gesellschaft behaupteten Ausgleichsanspruch gegen einen ausgeschiedenen Gesellschafter besteht, aber noch Zeit zu dessen genauer Feststellung durch die Abschichtungsbilanz benötigt wird, kann die Gesellschaft dies dem Gesellschafter entgegenhalten, der die Gegenstände zurückverlangt, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat.⁹⁹ Das ist mit der Lage im Beispielsfall durchaus vergleichbar. Ebenso wie beim Kautionserstattungsanspruch sind noch nicht alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, so dass Fälligkeit noch nicht gegeben ist. Dennoch wird ein Zurückbehaltungsrecht der Gesellschaft bejaht.

VII. Fazit

Wegen verjährter *Mietforderungen* (einschließlich Betriebskostennachzahlungen) kann sich der Vermieter nur aus einer Barkaution befriedigen, nicht aber aus einem verpfändeten Sparbuch oder einer Bürgschaft.

⁹⁸ BeckOGK/Bach, 1.12.2023, § 215 Rn. 3.

⁹⁹ BGH, NJW 1998, 1551; BGH, NJW 1981, 2802.

Bei *sonstigen Ansprüchen* ist zu differenzieren. Aus einer Bürgschaft kann sich der Vermieter wegen nicht auf unmittelbare Zahlung, sondern auf anderweitige Erfüllung oder Naturalrestitution gerichteten Ansprüchen genauso wenig befriedigen wie bei Mietforderungen. Anders ist es bei einem verpfändeten Sparbuch. Dieses kann der Vermieter auch wegen verjährter sonstiger Ansprüche verwerten; § 216 Abs. 3 BGB steht nicht entgegen, da es sich nicht um wiederkehrende Ansprüche handelt. Nach hier vertretener Ansicht sichert die Barkautio n auch verjährte sonstige Ansprüche. Es besteht allerdings eine Rechtsunsicherheit wegen möglicherweise entgegenstehender BGH-Rechtsprechung, wenn diese Ansprüche in unverjährter Zeit noch nicht von Erfüllungs- in Zahlungsansprüche umgewandelt wurden.

Insgesamt erweist sich die Barkautio n als am Universellsten zur Absicherung des Vermieters vor Durchsetzungshemmung wegen Verjährung. Abgesehen davon ist die Barkautio n am Einfachsten zu handhaben, weil der Vermieter unmittelbaren Zugriff auf sie hat und Dritte nicht beteiligt sind.