

Kautionsabwicklung nach der BGH-Rechtsprechung

Prof. Dr. Martin Schwab

Vortrag am 21.3.2020

I. Vorbemerkungen

1. Thematische Schwerpunkte

- **Barkaution.** Hier existieren keine gesetzlichen Regeln zur Pflichtenstruktur, insbesondere zu den Voraussetzungen der Verwertungsbefugnis und zur Art und Weise der Verwertung.
- **Wohnraummiete.** Hier sind zum einen besondere gesetzliche Wertungen (vor allem § 551 III BGB) und zum anderen Besonderheiten bei der Interessenlage zu beachten.

I. Vorbemerkungen

2. Interessenlage

- Der Vermieter will nicht mit Forderungen ausfallen, die er gegen den Mieter hat.
- Diese Forderungen stehen bei Begebung der Kautions nicht fest.
- Nach dem Ende des Mietverhältnisses verfügt der Vermieter häufig nicht über die neue Wohnadresse des Mieters, an die er eine Klageschrift zustellen lassen kann.
- Der Mieter wohnt jetzt ggf. woanders zur Miete und benötigt die Kautions rasch zurück, um den neuen Vermieter zu sichern.

II. Die rechtsmethodische Herausforderung

1. Rechtsgrund der Kautionsleistung

Neben dem Mietverhältnis kommt ein zweiter Vertrag zustande, nämlich die **Sicherungsabrede**. Diese ist gesetzlich nicht bzw. allenfalls bruchstückhaft geregelt.

2. Ergänzende Vertragsauslegung

Der Rechtsanwender ist daher vor die Aufgabe gestellt, zu ermitteln, was redliche Parteien vereinbart hätten, wenn sie die regelungsbedürftigen Punkte bedacht hätten. Wir sprechen hier von ergänzender Vertragsauslegung.

II. Die rechtsmethodische Herausforderung

3. Standardisierte Interessenlage

Das Besondere bei der ergänzenden Auslegung einer Sicherungsabrede liegt darin, daß dort die Lücken im Vertrag nicht bloß die individuelle EntschlieÙung der Parteien eines ganz bestimmten Vertrags betreffen. Vielmehr steht der Rechtsanwender vor der Aufgabe, dasjenige, was redliche Parteien in Kenntnis der Vertragslücke geregelt hätten, aus einer Interessenlage abzuleiten, die **in gleichförmiger Weise immer wiederkehrt**. In jedem Mietverhältnis stehen die Parteien vor der Frage, wie die eingangs beschriebene Interessenlage in konkrete Rechte und Pflichten zu übersetzen sind.

II. Die rechtsmethodische Herausforderung

4. Der Rechtsanwender als Ersatzgesetzgeber

Wenn der Rechtsanwender aus einer solchen standardisierten Interessenlage ableitet, welche Rechte und Pflichten die Sicherungsabrede hervorbringt, mündet seine Gedankenoperation in verallgemeinerungsfähige Rechtssätze. Im Gewande der ergänzenden Vertragsauslegung entsteht damit **dispositives Recht** (grundlegend *Canaris*, ZIP 1996, 1109). Daraus erklärt sich, warum so viele Einzelfragen zur Kautionsabwicklung streitig sind: Die beteiligten Autoren und Gerichte projizieren das, was sie für interessengerecht halten, in die Auslegung der Sicherungsabrede.

II. Die rechtsmethodische Herausforderung

5. Folgerungen für die Pflichtenstruktur bei der Mietkaution

Die so angelegte ergänzende Vertragsauslegung hat in anderen Sicherungskonstellationen bereits zu gesicherten Erkenntnissen geführt. In der mietrechtlichen Literatur ist daher bereits versucht worden, in einzelnen Punkten aus dem Blick auf andere Sicherungsverhältnisse Argumentationspotential für die Mietkaution zu schöpfen (z. B. *Ludley*, NZM 2013, 777). Im Urteil des BGH vom 24.7.2019 – VIII ZR 141/17 findet sich ebenfalls ein knapper Hinweis auf andere Sicherungsverhältnisse. Es lohnt sich also, diese näher zu betrachten.

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

1. Sicherungsübereignung

a) Pflichtenstruktur

Bei der Sicherungsübereignung (dazu besonders bedeutsam BGHZ 137, 212) würde man wie folgt formulieren:

- *Durch die Sicherungsabrede verpflichtet sich der Sicherungsgeber, dem Sicherungsnehmer das Eigentum an dem vereinbarten Sicherungsgut zu **übertragen**.*
- *Sobald der **Sicherungsfall** eingetreten ist, ist der Sicherungsgeber verpflichtet, das Sicherungsgut an den Sicherungsnehmer **herauszugeben**.*

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

- *Der Sicherungsnehmer ist verpflichtet, das an ihn herausgegebene Sicherungsgut zum Zwecke der Befriedigung wegen der gesicherten Forderung binnen angemessener Frist zu **verwerten** und gegenüber dem Sicherungsgeber über die Art und Weise sowie über das Ergebnis der Verwertung **Rechnung zu legen**.*
- *Soweit sich der Sicherungszweck **endgültig erledigt** hat, ist der Sicherungsnehmer verpflichtet, das Eigentum am Sicherungsgut wieder an den Sicherungsgeber zu übertragen und das Sicherungsgut, falls es sich in seinem Besitz befindet, an den Sicherungsgeber herauszugeben.*

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

- *Soweit der Sicherungsnehmer aus der Verwertung des Sicherungsguts nach Abzug der Kosten einen Reinerlös erzielt und diesen für sich behält, gilt dies als **Erfüllung** der gesicherten Forderung.*

b) Folgerungen

- Die gesicherte Forderung und die Anforderungen an den Sicherungsfall werden durch Vertrag identifiziert. Die Parteien müssen hierfür **Willenserklärungen** abgeben.
- Die Übertragung des Sicherungsguts erzeugt eine Informationsasymmetrie, die durch eine **Wissenserklärung** (Abrechnung) auszugleichen ist.

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

- Die bestellte Sicherheit dient zugleich als Befriedigungsreserve. Im Zusammenhang mit der Mietkaution wird häufig die Frage gestellt, ob der Mietkaution nur Sicherungs- (z. B. LG Berlin NZM 2018, 285) oder auch Befriedigungsfunktion (z. B. LG Hamburg ZMR 2017, 164) zukommt. In dieser Gegensätzlichkeit ist die Frage falsch gestellt. **Jede Sicherung kann in die Befriedigung des Sicherungsnehmers münden**, wenn der Sicherungsfall eintritt. Eine ganz andere Frage ist, welche Anforderungen an den Eintritt des Sicherungsfalls zu stellen sind (dazu unten IV.3.).

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

2. Die Sicherungszession beim verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt
 - a) **Konstellation:** V verkauft und liefert an K in ständiger Geschäftsverbindung Waren unter Eigentumsvorbehalt. K ist ermächtigt, die Waren im ordnungsmäßigen Geschäftsverkehr weiter zu veräußern. K tritt die Forderungen aus der Weiterveräußerung zur Sicherung aller Kaufpreisforderungen des V aus der Geschäftsverbindung ab.

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

- b) **Pflichtenstruktur:** V darf die Zession gegenüber den Drittschuldnern erst offenlegen, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist, und muß die Forderungen wieder an K abtreten, wenn sich der Sicherungszweck endgültig erledigt hat. K muß V mitteilen, an wen er welche Waren zu welchem Preis verkauft hat. V muß nach Einziehung mitteilen, inwieweit er von den Drittschuldnern Zahlung erhalten hat.
- c) **Besonderheiten:** Die Forderung, für welche die Sicherung in Anspruch genommen wird, muß erst noch identifiziert werden. Der Bestand dieser Forderung kann streitig sein (Mängelrügen!).

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

- d) **Identifizierung:** Da die Identität der Forderung, für welche die Sicherheit in Anspruch genommen wird, bei Abschluß des Sicherungsvertrags noch nicht feststeht, bedarf es hierzu einer Erklärung des Sicherungsnehmers. Diese Erklärung legt fest,
- **ob** die Sicherheit **überhaupt** in Anspruch genommen und damit die Verwertungs- und Abrechnungspflicht begründet wird;
 - auf **welche** von ggf. mehreren gesicherten Forderungen der Verwertungserlös **verrechnet** wird (§ 366 I BGB reziprok).
 - Bei dieser Erklärung handelt es sich um eine einseitige empfangsbedürftige **Willenserklärung**.

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

- Wenn nämlich im Zeitpunkt der Sicherungsabrede noch nicht feststeht, für welche Forderung sie einst wird in Anspruch genommen werden können, bedarf es eines späteren Rechtsaktes, mit dem diese Forderungen identifiziert werden. Dieser Rechtsakt muß ebenso auf einer Willenserklärung basieren, wie die ursprüngliche Vereinbarung des Sicherungszwecks auf Willenserklärungen basiert. Der Sicherungsabrede wohnt ein **Gestaltungsrecht** inne, mit dessen Hilfe der Sicherungsnehmer die Forderungen, für welche die Sicherheit in Anspruch genommen werden soll, nach Grund und Höhe festlegt – natürlich nur, sofern sie tatsächlich bestehen.

III. Die Sicherungsabrede in anderen Kreditverhältnissen

- e) **Streit über die gesicherte Forderung:** Die Sicherungszession ist dazu da, den Sicherungsnehmer vor Zahlungsausfall zu schützen. Sie dient aber nicht dazu, ihm bei Streit um den Bestand der gesicherten Forderung ein Mittel zur eigenmächtigen Befriedigung wegen der gesicherten Forderung an die Hand zu geben. Vor allem bei Mängelrügen darf die Verwertung der Sicherheit nicht das Synallagma in Frage stellen. Daher keine Offenlegung der Zession, solange um den Bestand der gesicherten Forderung gestritten wird!

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

1. **Was heißt eigentlich „Abrechnung“ der Kautions?**
 - a) **Wissenserklärung mit Tatsachenbezug.** Die Abrechnung wird oft mit § 259 BGB in Verbindung gebracht. Es handelt sich also um eine Wissenserklärung. Konsequenterweise kann sie sich nur auf Tatsachen beziehen, über die man einen anderen richtig oder auch falsch informieren kann: Der Vermieter hat darüber Rechnung zu legen, wie er die Kautions angelegt hat und welche Zinsen dabei erzielt wurden.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- b) **Die Verwertungserklärung als Willenserklärung.** Die Angabe des Vermieters, welcher Forderungen er sich gegen den Mieter in welcher Höhe berührt und für welche dieser Forderungen er in welchem Umfang auf die Kautions zugreifen möchte, **hat mit „Abrechnung“ nichts zu tun.** Es geht hier nicht um eine Information des Mieters durch den Vermieter, sondern um eine Willensentscheidung des Vermieters – freilich eine solche, die dem Mieter zugehen muß. Die gewillkürte Rechtsfolge besteht darin, die Forderungen, für welche die Kautions in Anspruch genommen werden soll, nach Grund und Höhe festzulegen.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- c) **Kritische Würdigung der Begriffsbildung durch den BGH.** Die Art und Weise, wie der Begriff der „Abrechnung“ in weiten Teilen von Rechtsprechung und Literatur sowie insbesondere im Urteil des BGH vom 24.7.2019 – VIII ZR 141/17 verwendet wird, bedarf vor diesem Hintergrund der Korrektur:
- Rechnet der Vermieter gegen den Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Barkaution mit Gegenforderungen auf, so liegt hierin keine „Abrechnung“, sondern (zusammen mit der Aufrechnungserklärung) die Verwertungserklärung des Vermieters.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- Erhebt der Vermieter Zahlungsklage wegen der von ihm behaupteten Forderungen gegen den Mieter, so liegt allein hierin noch nicht die Erklärung, auf die Kautions zugreifen zu wollen. Der Vermieter kann jedoch eine Verwertungserklärung nachschieben. Er kann insbesondere erklären, auf die Kautions in dem Umfang zugreifen zu wollen, in dem das Gericht seine Klage für begründet erachtet.
- Erklärungen des Vermieters, die sich auf eine bestimmte mögliche Forderung aus dem Mietverhältnis beziehen (z. B. vorbehaltlose Abnahme der vom Mieter geräumten Wohnung), enthalten niemals einen Verzicht auf die Verwertung der Kautions.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

2. Die Fälligkeit des Anspruchs auf Rückgewähr der Kautio

a) Schwankungen in der Rechtsprechung

- BGH v. 20.7.2016 – VIII ZR 263/14: Fällig, wenn eine angemessene Überlegungsfrist abgelaufen ist und dem Vermieter keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen, wegen derer er sich aus der Sicherheit befriedigen darf.
- BGH v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17: Fällig, wenn der Vermieter die Kautio abrechnet und die Abrechnung dem Mieter zugeht.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

b) Der Einfluß der Verwertungserklärung auf die Fälligkeit

- Die These von BGH v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17, daß der Vermieter innerhalb einer angemessenen Frist nach Ende des Mietverhältnisses zu erklären hat, welche Forderungen er aus dem Mietverhältnis erhebt, verdient im Ansatz Beifall. Nach hier vertretenem Verständnis ist dies allerdings keine „Abrechnung“, sondern Teil der Verwertungserklärung des Vermieters. Es entspricht dem Interesse des Mieters an der baldigen Rückgewähr der Kautions, daß der Vermieter mit dieser Erklärung nicht unbegrenzt zuwarten darf.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- Das Beschleunigungsinteresse des Mieters erfordert es ferner im Regelfall, daß der Vermieter die Verwertungserklärung in zwei Schritten abgibt: Im **ersten Schritt** hat er binnen einer kurzen Frist zu erklären, welche Forderungen er **dem Grunde nach** erhebt. Daran erkennt der Mieter, weswegen der Vermieter sich an der sofortigen Rückgewähr der Kautionsleistung gehindert sieht. Im **zweiten Schritt** hat er die Forderungen innerhalb des Zeitraums, der dafür erforderlich ist, zu **bezeichnen**.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- **Unterbleibt** die Erklärung des Vermieters innerhalb der hierfür jeweils laufenden Frist und wird diese Erklärung nicht innerhalb einer vom Mieter gesetzten (knappen) Nachfrist nachgeholt, **wird der Rückgewähranspruch ohne weiteres fällig**. Dann nämlich ist der Vermieter die zweckentsprechende Verwendung der Kautionszahlung endgültig schuldig geblieben.
- Wird die Erklärung **abgegeben**, so ist das Verwertungsrecht des Vermieters auf die Forderungen beschränkt, die er fristgerecht benannt bzw. beziffert hat. Andere Forderungen kann er zwar noch geltend machen, hierfür aber nicht mehr auf die Kautionszahlung zugreifen.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- Sobald der Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Kautionszahlung fällig ist, kann der Mieter, der vom Vermieter auf Zahlung in Anspruch genommen wird, den Anspruch auf Rückgewähr der Kautionszahlung im Wege der **Aufrechnung** geltend machen. Der Mieter kann die Verwertung der Barkautionszahlung – und damit deren zweckentsprechende Verwendung – auf diese Weise von sich aus erzwingen. Das trifft sich im Ergebnis mit BGH v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17. In diesem Punkt bedeutet die neue Entscheidung des BGH einen wichtigen Fortschritt.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- Besteht die potentielle Vermieter-Nachforderung in einer **Betriebskostennachzahlung**, ist § 556 III BGB zu beachten. Der Vermieter muß den Anspruch erst beziffern, wenn die Jahresfrist abgelaufen ist, die das Gesetz ihm dafür zur Verfügung stellt. Steht **nur noch** ein solcher Anspruch in Rede, so ist das Verwertungsrecht des Vermieters auf die Höhe der voraussichtlichen Nachzahlung beschränkt. Der Mieter kann dann **teilweise Freigabe** der Kautions verlangen. Im übrigen ist der Anspruch auf Rückgewähr der Kautions noch nicht fällig. Der Konstruktion eines Zurückbehaltungsrechts (BGH v. 18.1.2006 – VIII ZR 71/05) bedarf es nicht.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

3. Der Eintritt des Sicherungsfalls

- a) **Unstreitige oder rechtskräftig festgestellte Forderungen:** Wegen solcher Forderungen darf der Vermieter sich aus der Kautionsbedienen, und zwar sowohl während des Mietverhältnisses als auch nach dessen Beendigung. Der Mieter ist allerdings vorher (nochmals) zur Zahlung aufzufordern.
- b) **Offensichtlich begründete Forderungen:** Der Vermieter darf sich auch dann aus der Kautionsbedienen, wenn die Einwendungen des Mieters substanzlos oder offensichtlich haltlos sind. Der Zugriff auf die Kautionsdarf nicht durch Rechtsmißbrauch verhindert werden.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- c) **Streitige Forderungen** berechtigen im **laufenden** Mietverhältnis **niemals** zum Zugriff auf die Kautions (BGH v. 7.5.2014 – VIII ZR 234/13). **Nach Vertragsende** liegen die Dinge komplizierter:
- **Insolvenzversicherung des Mieters.** Der Gesetzgeber legt in § 551 III BGB Wert auf eine insolvenzfeste Anlage. Solange die Kautions getrennt vom übrigen Vermögen des Vermieters verwaltet wird, kann der Mieter sie in der Insolvenz des Vermieters aussondern (§ 47 InsO). Diese Sicherung entfällt, sobald der Vermieter die Kautions seinem Vermögen einverleibt. Das spricht gegen ein Verwertungsrecht bei streitigen Forderungen (z. B. AG Dortmund WuM 2018, 204).

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- **Parallele zu anderen Sicherungsverhältnissen:** Der BGH (v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17) schiebt den Aspekt der Insolvenzsicherung mit dem Hinweis beiseite, daß auch andere Sicherungsgeber mit vergleichbaren Insolvenzrisiken leben müßten. Dieser Hinweis erscheint indes unreflektiert: Vor allem bei der Sicherungszession im Rahmen eines verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts ist ein Verwertungsrecht des Verkäufers bei streitigen Forderungen nicht sicher (oben III.2.e). Mindestens aber muß sich eine ergänzende Vertragsauslegung, die dispositives Recht schafft, im Rahmen der im Gesetz bereits vorgefundenen Wertungen (hier § 551 III BGB) halten.

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- **Beschleunigungsinteresse beider Parteien.** Der BGH (v. 24.7.2019 – VIII ZR 141/17) hält es im Interesse sowohl des Vermieters als auch des Mieters für geboten, daß der Vermieter auch wegen streitiger Forderungen auf die Kautions zugreifen kann. Dahinter steht offenbar die Befürchtung, daß die Kautions andernfalls weder verwertet noch zurückgewährt wird, solange Mieter und Vermieter sich streiten. Die Kautions bleibe dann möglicherweise jahrelang liegen; die Abrechnung im ganzen werde verhindert. Indes: Von dieser Beschleunigung profitiert in Wirklichkeit allein der Vermieter. Warum soll dessen Interesse an rascher Befriedigung über dem Sicherungsinteresse des Mieters stehen?

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

- d) **Verjährte Forderungen** berechtigen gleichwohl zur Verwertung der Kautions. Es kann passieren, daß der Anspruch auf Rückgewähr der Kautions erst zu einem Zeitpunkt fällig wird, in dem einzelne Ansprüche des Vermieters bereits verjährt sind. So mag Vermieter V sich gegen Mieter M eines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Beschädigung des Mietobjekts und eines Anspruchs auf Betriebskostennachzahlung berufen und über letzteren erst in 10 Monaten abrechnen können. Der Schadensersatzanspruch ist dann nach § 548 I BGB verjährt. Der Vermieter kann sich dann aber auf § 216 II BGB berufen (übersehen von KG ZMR 2020, 394).

IV. Die Sicherungsabrede bei der Mietkaution

4. Art und Weise der Verwertung

- Der Vermieter kann seine Forderungen einsetzen, um gegen den Anspruch auf Rückgewähr der Kautionszahlung aufzurechnen. Das Gericht wird dann prüfen, ob die Forderungen bestehen und die Aufrechnung durchgreift. Die Aufrechnung scheidet aus, wenn der Vermieter die Verwertung nicht oder nicht rechtzeitig erklärt hat.
- Der Vermieter kann, soweit ihm ein Verwertungsrecht zusteht, aber auch die Kautionsanlage auflösen und den Kautionsbetrag seinem Vermögen einverleiben. In dem Umfang, in dem dies geschieht, gilt dies als Erfüllungsleistung des Mieters.

V. Prozessuales

- 1. Initiativlast:** Hängt von der Eigenart des Sicherungsguts ab.
 - Bei der Barkaution im Mietverhältnis liegt es ähnlich wie bei der Sicherungszession: Der Sicherungsnehmer (= hier: Vermieter) hat die Verfügungsgewalt über das Sicherungsgut inne. Daher muß der Sicherungsgeber (= hier: Mieter) auf Rückgewähr der Kaution klagen.
 - Es ist möglich, hinsichtlich der Vermieter-Forderung negative Feststellungsklage und hilfsweise für den Fall des Erfolgs auch Rückgewähr der Kaution zu begehren.
 - Stufenklage nur, wenn Vermieter Auskunft über Kautionsbestand verweigert!

V. Prozessuales

2. Darlegungs- und Beweislast:

- Der Mieter muß beweisen, daß die Verwertungserklärung nicht fristgerecht abgegeben wurde und/oder daß der Sicherungsfall endgültig nicht eingetreten ist. Letzteres bedeutet: Er muß beweisen, daß gegen ihn keine unstreitigen, rechtskräftig festgestellten oder offensichtlich begründeten Forderungen (mehr) bestehen.
- Der Vermieter muß Grund und Höhe der von ihm erhobenen Forderungen beweisen. Verteidigt er sich gegen den Anspruch auf Rückgewähr der Kautionsunter Berufung auf eine streitige Forderung, so wird deren Bestehen inzident geprüft (LG Krefeld WuM 2019, 84).

V. Prozessuales

- Um dieses Ergebnis zu begründen, bedarf es **nicht** der Annahme, daß der Vermieter die Kautionszahlung auch wegen streitiger Forderungen verwerten dürfe! Auf die Kautionszahlung darf der Vermieter dann freilich erst zugreifen, wenn das Gericht die Aufrechnung rechtskräftig für durchgreifend erachtet hat. Dies kann zwar dazu führen, daß die Kautionszahlung jahrelang liegenbleibt. Aber das ist im Sicherungsinteresse des Mieters hinzunehmen.
- Gegen einen unberechtigten Kautionszugriff steht dem Mieter die Möglichkeit einer einstweiligen Verfügung offen (LG Berlin NZM 2018, 295).