

## Der Anspruch des Mieters auf Kautionsabrechnung - Ein abgeschaffter Anspruch?

### I. Einleitung

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 vermeintlichen eigenen Forderungen einwandte, dass Gericht diese – ggf. nach Beweisaufnahme – feststellte und dem Mieter den verbleibenden Kautionsbetrag zusprach. Die jüngere Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur warf 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 Barkautionsrückgabe befriedigen kann.

Mit Urteil vom 20.07.2016 hatte der BGH im Rahmen der Beurteilung der Verjährung eines Kautionsrückgabeanspruches dazu Stellung bezogen, wann dieser Anspruch fällig wird<sup>1</sup>. Unter Bestätigung und Fortführung der früheren Rechtsprechung des XII. und des VIII. Senats des BGH<sup>2</sup> 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 sollte also erst dann fällig werden, 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.

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 Kautionsrückgabe und der in § 551 Abs. 3 S. 3 BGB bestimmten getrennten Anlage der Barkautionsrückgabe die Möglichkeit der Aufrechnung eröffnet ist<sup>3</sup>.

Hierbei wurde eine Entscheidung des VIII. Zivilsenates des BGH<sup>4</sup> herangezogen, wonach mit Blick auf § 551 Abs. 3 BGB und der damit verbundenen Pflicht des Vermieters zur insolvenzfesten Anlage der Kautionsrückgabe es dem Vermieter nicht gestattet sein sollte, während des laufenden Mietverhältnisses mit streitigen Forderungen gegen die Kautionsrückgabe aufzurechnen. Für das beendete Mietverhältnis hatte der BGH dies in jener Entscheidung offen gelassen. In großen Teilen von Rechtsprechung und Literatur wurde dies auch auf das beendete Mietverhältnis erstreckt, da das Sicherungsbedürfnis des Mieters nicht schon mit der Beendigung des Mietverhältnisses endet.<sup>5</sup> Für das Gewerberaummietverhältnis 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

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 20.07.2016, VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231 = NZM 2016, 762 = ZMR 2016, 768

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

<sup>3</sup> 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

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 07.05.2014, VIII ZR 234/13, MDR 2014, 704 = WuM 2014, 418

<sup>5</sup> LG Halle, Urt. v. 25.09.2007, 2 S 121/07, NZM 2008, 685; 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; 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, Urt. 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, Wilmot 2014, 7.

können<sup>6</sup>. Teilweise wird nach Beendigung des Mietverhältnisses eine Befriedigungsfunktion bejaht, daher kann der Vermieter auch mit streitigen Forderungen gegen den Rückzahlungsanspruch des Mieters aufrechnen<sup>7</sup>. Der Vermieter solle sich nach dieser Ansicht schnell und unkompliziert befriedigen können.<sup>8</sup> 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.

Der BGH hat sich mit eben dem Argument einer schnellen Abwicklung des Mietverhältnisses mit Urteil vom 24.07.2019 (VIII ZR 141/17) letzterer Ansicht angeschlossen. Allerdings ist dies mit Blick auf die Regelungen des § 551 BGB jedenfalls für Wohnraum dogmatisch höchst bedenklich. § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB ist unabdingbar. Ziel des § 551 Abs. 3 BGB ist gerade die insolvenzfeste Anlage der Kautions. Die Beendigung des Sicherungsverhältnisses findet erst mit dessen Abwicklung statt. Somit kann die Schutzfunktion des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB auch erst mit der Rückabwicklung der Kautions ihr Ende finden.

Der BGH hat diesen Überlegungen mit Urteil vom 24.07.2019 (VIII ZR 141/17) weitestgehend den Boden entzogen und seinerseits – wie noch zu erörtern sein wird - neue Fragen aufgeworfen.

## II. Ansätze der Lösung nach 2016

### 1. Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs

Ist das Mietverhältnis beendet und möchte der Mieter die von ihm zu Beginn des Mietverhältnisses an den Vermieter geleistete Barkautions 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 erfüllbar<sup>9</sup>

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

<sup>6</sup> 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, Gewerberaummiets, 2. Aufl. Anhang zu § 562 BGB, Rn. 52, 53; Lindner-Figura/Opré/Stellmann, Geschäftsraummiets, 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 Gewerberaummiets, 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]).

<sup>7</sup> Blank in Blank/Börstinghaus, Miets, 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

<sup>8</sup> 14, zit. nach juris

<sup>9</sup> vgl. auch Blank in Blank/Börstinghaus, a.a.O., § 551 Rn. 99; Schneider in Spielbauer/Schneider, a.a.O., § 551 Rn. 124

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 orientiert<sup>10</sup>.

Der BGH hat mit seiner Entscheidung vom 20.07.2016<sup>11</sup> deutlich gemacht, dass den Umständen des Einzelfalles für die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs des Mieters entscheidende Bedeutung zukommt. Erst wenn eine angemessene Überlegungs- und Prüffrist abgelaufen ist und zudem feststeht, dass dem Vermieter Ansprüche, die er aus der Kautionsbefriedigung 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 erteilt<sup>12</sup>.

An einer am Einzelfall ausgerichteten Frist für eine hinreichende Überlegung des Vermieters hält der BGH auch mit seinem Urteil vom 24.07.2019 (VIII ZR 141/17) fest. Allerdings bedarf es der Gewissheit nicht mehr, dass der Vermieter noch Ansprüche geltend machen kann. Es genügt, wenn der Vermieter im Rahmen einer Abrechnung seine Ansprüche offengelegt hat. Ob sie berechtigt sind, spielt dabei keine Rolle mehr.

Aus der Entscheidung des BGH vom 20.07.2016 ergaben sich folgende Konstellationen: 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, war der Rückzahlungsanspruch nach Berücksichtigung einer angemessenen Überlegungsfrist fällig. Der Mieter musste eine Abrechnung des Vermieters nicht abwarten, trug aber das Fälligkeitsrisiko. Der Mieter konnte den Vermieter vorgerichtlich zur Zahlung auffordern. Da aber eine Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung nicht kalendarisch bestimmt ist, 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.

Hatte 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

---

<sup>10</sup> 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)

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 20.07.2016, VIII ZR 263/14, NJW 2016, 3231 = NZM 2016, 762

<sup>12</sup> 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.

zwischen den Vertragsparteien unstreitig und kann ebenfalls zur Befriedigung aus der Sicherheitsleistung gelangen. Anders verhielt es sich, wenn der Vermieter neben der unstreitigen oder titulierten Forderung weitere Forderungen gegenüber dem Mieter geltend machte, denen der Mieter jedoch entgegen trat. Dann standen nicht alle Forderungen des Vermieters fest. Der Mieter konnte also schon deshalb nicht aufrechnen, weil sein Rückforderungsanspruch noch nicht fällig war, sondern nur für den Vermieter erfüllbar.<sup>13</sup> Der Vermieter aber konnte seinerseits ebenfalls nicht mit den streitigen Forderungen aufrechnen, weil die Forderung bestritten war und wegen des Treuhandcharakters der Kautions eine Aufrechnung hiermit ausscheiden sollte. Der Vermieter konnte aber mit dem unstreitigen oder rechtskräftig festgestellten Teil seiner Forderung aufrechnen, der Rest der Kautions blieb dann stehen.<sup>14</sup>

Vermochte der Mieter nicht sicher zu beurteilen, ob dem Vermieter noch Ansprüche zur Seite stehen können und ob er solche auch geltend machen will, stand dem Mieter aus § 259 BGB ein Anspruch auf Rechnungslegung gegen den Vermieter zur Seite, da die Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches davon abhing, ob der Vermieter seinerseits aus der Sicherheitsleistung befriedigungsfähige Ansprüche erhebt.<sup>15</sup> Die Rechnungslegung durch den Vermieter ist mit der jüngsten Rechtsprechung des BGH in den Vordergrund gerückt.

## 2. Gerichtliche Möglichkeiten der Geltendmachung durch den Mieter

Hatte der Rückzahlungsanspruch des Mieters vorgerichtlich keine Befriedigung gefunden, kann er diesen mittels einer Zahlungsklage durchsetzen. Voraussetzung für den Erfolg einer Zahlungsklage war, 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.<sup>16</sup> Das bedeutet aber nur, dass er darlegen musste, dass eine strittige Forderung des Vermieters, wegen derer der Vermieter aus der Kautions Befriedigung suchen kann, nicht besteht. Dabei musste er sich nur zu üblichen Forderungen äußern. Er muss nicht jede auch nur entfernt denkbare Forderung als nicht-existent darstellen. Hieran hat sich auch mit der jüngsten Rechtsprechung des BGH nichts geändert.

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. Machte der Vermieter dies geltend, fehlte es dem Mieter wiederum an einem fälligen Anspruch. Trat der Vermieter den Darlegungen nicht entgegen, bleibt das Vorbringen des Mieters also unstreitig, ist nicht ersichtlich, dass der Fälligkeit entgegenstehende Forderungen bestehen. Einer Beweisführung bedurfte es dann nicht.

Behauptete der Vermieter hingegen im Prozess, dass ihm Ansprüche gegen den Mieter zustehen, und stellte der Mieter diese unstreitig, konnte der Vermieter mit diesen die Aufrechnung erklären. Trug keine der Parteien weitere, streitige Ansprüche vor, kam die Aufrechnungsmöglichkeit auch dem Mieter zu Gute, denn sein verbliebener Rückforderungsanspruch wurde fällig.

---

<sup>13</sup> ähnlich auch LG Krefeld, Beschl. v. 27.12.2018, 2 T 31/18, WuM 2019, 84 = GE 2019, 192

<sup>14</sup> Lützenkirchen, MDR 2019, 257.

<sup>15</sup> Blank in Blank/Börstinghaus, a.a.O., § 551 Rn. 100

<sup>16</sup> 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).

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, lag eine Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches nur vor, wenn keine oder nur rechtskräftig festgestellte oder unbestrittene Ansprüche des Vermieters vorliegen. Behauptete der Vermieter hingegen Forderungen gegen den Mieter, die er ggf. zur Aufrechnung stellen wollte, die aber der Mieter bestritt, stand 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 war der Rückzahlungsanspruch dann nicht fällig.

Dies hatte zur Folge, dass die auf einen noch nicht fälligen Anspruch gerichtete Klage, der seine Fälligkeit aber noch erlangen kann, als „derzeit“ unbegründet abzuweisen war.<sup>17</sup> In Folge dessen, traf die Kostenlast den klagenden Mieter. Dieser konnte, haben sich die zugrunde liegenden Tatsachen geändert, so dass die Fälligkeit seines Anspruches eingetreten war, eine neue Zahlungsklage erheben. Der Vermieter hingegen konnte seinerseits die rechtskräftige Feststellung seines Anspruches herbeiführen, in dem er seinerseits nicht nur die Klagabweisung begehrte, sondern im Wege der Widerklage seine Forderung durch das Gericht feststellen ließ. Wollen die Parteien im Interesse baldiger Rechtsklarheit durch Herbeiführung einer abschließenden Entscheidung so verfahren, führte dies nur zum Ziel, wenn die Forderung des Vermieters bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung, in der die Fälligkeit des mieterlichen Anspruchs zu beurteilen war, ihre Rechtskraft erlangt hatte und damit Gewissheit über den Anspruch des Vermieters und dessen Aufrechenbarkeit erreicht war. Insoweit bedurfte es zunächst eines Teilurteils über die Widerklage.

Machte der Vermieter streitige Forderungen gegen den Mieter auf, konnte der Mieter nicht darauf verwiesen werden, abzuwarten, bis der Vermieter diese als rechtskräftig feststellen ließ. Um die Fälligkeit seiner eigenen Forderung herbeiführen zu können, musste dem Mieter vielmehr ein Feststellungsinteresse zur Erhebung einer negativen Feststellungsklage, mit der geklärt wird, dass Ansprüche des Vermieters nicht mehr bestehen, zugebilligt werden. Im Wege der Stufenklage konnte der Mieter diese wiederum mit einem Zahlungsanspruch kombinieren.<sup>18</sup> Der negativen Feststellungsklage bedarf es wegen des Urteils des VIII. Zivilsenates vom 24.07.2019 künftig nicht mehr.

### III. Die Entscheidung vom 24.07.2019

#### 1. Die Leitsätze der Entscheidung

Ist dem Vermieter in einem Wohnraummietverhältnis eine Mietsicherheit gewährt worden, hat sich der Vermieter nach dem Ende des Mietverhältnisses innerhalb angemessener, nicht allgemein bestimmbarer Frist gegenüber dem Mieter zu erklären, ob und (gegebenenfalls) welche aus dem beendeten Mietverhältnis stammenden Ansprüche er gegen diesen erhebt. Mit einer solchen Erklärung wird die Mietsicherheit abgerechnet, da der Vermieter damit deutlich macht, ob und (gegebenenfalls) in Bezug auf welche Forderungen er ein Verwertungsinteresse an der gewährten Mietsicherheit hat.

Eine als Mietsicherheit gewährte Barkautionsleistung kann auch durch schlüssiges Verhalten, etwa durch eine vom Vermieter erklärte Aufrechnung oder durch Klageerhebung abgerechnet werden. Hiermit bringt der Vermieter, der einen Vorbehalt, weitere Ansprüche geltend zu machen, nicht erklärt hat - gleichermaßen wie bei einer den Vorgaben des § 259 BGB genügenden Abrechnung - für den Mieter erkennbar zum Ausdruck, dass sich sein Verwertungsinteresse auf die in der Forderungsaufstellung bezeichneten beziehungsweise

<sup>17</sup> 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

<sup>18</sup> vgl. auch LG Dortmund, Beschl. v. 16.11.2018, 1 S 85/18, zit. nach juris

aufgerechneten oder klageweise geltend gemachten Forderungen beschränkt.

Eine gewährte Barkaution wird mit dem Zugang der Abrechnung beim Mieter zur Rückzahlung fällig. Denn nach erfolgter Abrechnung kann sich der Vermieter ohne weitere Schritte ergreifen zu müssen - wegen seiner nunmehr bestimmten und bezifferten Ansprüche aus der Barkaution befriedigen. Dies gilt auch für streitige Forderungen des Vermieters.

Macht der Vermieter nach Abrechnung von seiner Verwertungsbefugnis keinen Gebrauch, kann der Mieter seinerseits mit dem fälligen Kautionsrückzahlungsanspruch gegen vom Vermieter erhobene Forderungen aufrechnen.

## 2. Die Abrechnung des Vermieters

### a) Der Grundsatz der Abrechnung

Mit seiner Entscheidung vom 24.07.2019 hat der VIII. Zivilsenat des BGH von seiner Forderung, dass feststehen müsse, dass dem Vermieter keine Forderungen mehr zustehen, wegen derer er sich aus der Kaution befriedigen kann, Abstand genommen, ohne dies aber ausdrücklich klarzustellen. Da der BGH eine deutliche Abgrenzung nicht vorgenommen hat, bleibt allerdings unklar, in welchem Umfang er an seinem Urteil vom 20.07.2016 er nicht mehr festhalten will. Nunmehr lässt er es genügen, wenn eine hinreichende Überlegungsfrist für den Vermieter ins Land gegangen ist und er zu erkennen gegeben hat, ob und welche Forderungen er gegenüber dem Mieter noch geltend machen will.

Zur Rechtsklarheit trägt die geänderte Rechtsprechung des BGH allerdings nicht wesentlich bei. Dabei hat der BGH an seiner Ansicht festgehalten, dass eine einheitliche Frist, binnen derer der Vermieter seine Forderungen gegenüber dem Mieter aufmachen muss, nicht besteht. Es ist vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles zu beurteilen, welche Zeit sich der Vermieter nehmen darf, um über die Kaution abzurechnen. Dem ausgegebenen Ziel, möglichst schnell eine Abwicklung des Mietverhältnisses zu vollziehen, steht dies allerdings nachhaltig entgegen. Zu den Forderungen, die ihre Befriedigung auch aus der Kaution erfahren können, gehören auch Nachzahlungen aus einer Betriebskostenabrechnung. Da aber die Abrechnungsreife der Betriebskosten erst mit Ablauf des Folgejahres eintritt, ließe sich aus der Rechtsprechung des BGH herleiten, dass eine Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches auch erst mit der Abrechnungsreife der Betriebskosten eintritt.

Da der BGH weiterhin die Länge der Frist an die Umstände des Einzelfalles knüpft, bleibt das Prozessrisiko beim Mieter angesiedelt. Deutlich wird aus der Entscheidung, dass der Vermieter gegenüber dem Mieter zu einer Abrechnung verpflichtet ist, wenn er sich wegen aus seiner Sicht bestehender Forderungen aus der Kaution befriedigen möchte. In Konsequenz dessen steht dem Mieter seinerseits ein Abrechnungsanspruch zu. Bemisst der Mieter die Überlegungsfrist für den Vermieter aus Sicht des angerufenen Gerichtes zu kurz, wird die Klage als derzeit unbegründet abzuweisen sein.

### b) Abrechnung durch konkludentes Verhalten

Die Abrechnung, die Voraussetzung für den mieterlichen Anspruch ist, kann zum einen ausdrücklich erfolgen. Der Vermieter kann seine Forderungen gegen den Mieter zusammenstellen. Ob er eine Aufrechnung gegen den Kautionsrückgabeanspruch vornimmt, bleibt ihm überlassen. Macht er von seiner Verwertungsbefugnis keinen Gebrauch, kann der Mieter seinerseits die Aufrechnung vornehmen.

Der BGH will es aber auch ausreichen lassen, wenn der Vermieter konkludent erklärt, welche Forderungen er gegenüber dem Mieter noch geltend machen möchte. Beispielhaft hat er hierfür die Aufrechnungserklärung sowie die Klage auf Zahlung ohne Vorbehalt weiterer Forderungen in seinem Urteil vom 24.07.2019 genannt. Das aber eröffnet weiteres

Streitpotenzial. So stellt sich die Frage, wann noch eine stillschweigende Abrechnung vorliegen soll.

So ist es denkbar, dass der Vermieter über lange Zeit hinweg keinerlei Forderungen erhebt. Ist eine hinreichende Bedenkzeit für den Vermieter abgelaufen, stellt sich die Frage, ob das Schweigen des Vermieters dahin verstanden werden soll, dass er keine Forderungen geltend machen will. Wie schon dem Urteil vom 20.07.2016 ist auch dem Urteil vom 24.07.2019 zu entnehmen, dass der BGH allein einen Fristablauf nicht hatte ausreichen lassen wollen. Vielmehr sollte neben einem reinen Fristablauf ein Verhalten des Vermieters treten, mit welchem er zu erkennen gibt, ob und betreffend welcher Forderungen gegen den Mieter von seiner Verwertungsbefugnis Gebrauch machen will. Dem kommt durchaus eine erhebliche Bedeutung zu, da der Vermieter sich nach dem Urteil des BGH vom 24.07.2019 auch wegen streitiger Forderungen nach Beendigung des Mietverhältnisses aus der Kautionsbefriedigung kann. Mussten die Forderungen nach dem Urteil vom 20.07.2016 feststehen, war damit auch auf Mieterseite die Erkenntnis verbunden, wegen welcher Forderungen sich der Vermieter noch befriedigen kann und will. Nunmehr kann dies für den Mieter solange im Dunkeln bleiben, bis sich der Vermieter zumindest konkludent erklärt. Gibt er hingegen binnen einer angemessenen Frist noch keine Erklärung ab, bedeutet dies nicht, dass er keinen Erklärungswillen hat, sondern er möglicherweise aus seiner Sicht eine längere Prüfungs- und Überlegungsfrist in Anspruch nehmen kann.

Wollte man das Schweigen des Vermieters ausreichen lassen, könnte der Mieter auf die Rückzahlung der Kautionsklagen klagen. Lässt man dies nicht ausreichen, wäre die Abrechnung gegenüber dem Vermieter geltend zu machen. Da der BGH in seiner Entscheidung vom 24.07.2019 nicht zu erkennen gegeben hat, in welchem Umfang er sich von seiner Rechtsprechung im Urteil vom 20.07.2016 trennen möchte, muss diese Frage erst durch die Rechtsprechung geklärt werden.

Da der BGH eine konkludente Abrechnung nur annehmen wollte, wenn der Vermieter sich nicht weitere Forderungen vorbehält, stellt sich im Weiteren die Frage, die eine Klagerhebung unter Vorbehalt weiterer Forderungen zu behandeln ist. Der BGH hat eine konkludente Rechnungslegung durch Erhebung der Zahlungsklage gerade davon abhängig gemacht, dass sich der Vermieter nicht die Geltendmachung weiterer Forderungen vorbehält. Folge dieser Rechtsprechung ist, dass dann, wenn der Vermieter aus seiner Sicht gegenüber dem Mieter bestehende Forderungen einklagt, sich aber ausdrücklich die Geltendmachung weiterer Forderungen vorbehält, eine Abrechnung, die der BGH zur Fälligkeitsvoraussetzung des Kautionsrückforderungsanspruches macht, nicht vorliegt. Der Mieter kann also seinen Rückforderungsanspruch nicht zur Aufrechnung stellen, denn dieser ist für den Vermieter zwar erfüllbar, aber noch nicht fällig. Somit hat es allein der Vermieter zu diesem Zeitpunkt in der Hand, ob er die Kautionsklage verwertet oder den Mieter weiterhin warten lässt, bis er auch seine letzte vorbehaltene Forderung aufgemacht hat. Das aber entspricht nicht dem vom BGH in den Vordergrund gestellten Willen einer schnellen Abwicklung des Mietverhältnisses.

Nicht anders stellt sich die Frage, wenn der Vermieter außergerichtlich eine Forderung gegenüber dem Mieter erhebt, sich weitere Forderungen aber vorbehält. Führt dies bereits zu einer Fälligkeit des mieterischen Rückforderungsanspruches, soweit dieser von der Forderung des Vermieters nicht verbraucht ist. Diese Frage stellt sich z.B. dann, wenn noch eine Betriebskostenabrechnung fehlt und Abrechnungsreife nicht eingetreten ist. Will nun der Vermieter bereits Schadensersatzforderungen wegen Schlechterfüllung des Rückgabeanspruches oder ausstehende Miete geltend machen, sollte er sich Forderungen aus der Betriebskostenabrechnung ausdrücklich vorbehalten. Anderenfalls läuft er Gefahr, dass ein ggf. angerufenes Gericht in der Geltendmachung ohne Vorbehalt die abschließende Rechnungslegung des Vermieters sieht und er späterhin jedenfalls eine Betriebskostennachzahlung nicht mehr durch Verwertung eines Teils der Kautionsklagen befriedigen kann.

Wenn aber die konkludente Abrechnung nur dann anzunehmen ist, wenn der Vermieter sich weitere Forderungen nicht vorbehält, stellt sich auch die Frage, ob eine spätere Klagerweiterung um weitere Forderungen des Vermieters hierdurch ausgeschlossen werden soll. Bleibt nämlich dem Vermieter die Möglichkeit der Klagerweiterung eröffnet, weiß der Mieter gerade nicht, welche Forderungen der Vermieter seinem Rückzahlungsanspruch noch entgegen halten möchte, wenn sich herausstellt, dass der zur Aufrechnung gestellte Anspruch nicht begründet ist. Gerade der Erklärungsinhalt, den der BGH einer vorbehaltlosen Zahlungsklage würde nicht erreicht wenn der Vermieter jederzeit durch Klagerweiterung weitere Ansprüche gegenüber dem Kautionsrückforderungsanspruch einführen könnte, ohne sich dies zuvor auch vorbehalten zu haben. Der Mieter würde erst nach und nach erfahren, welche Ansprüche der Vermieter noch gegen ihn erheben möchte und seine alleinige Rettung wäre ggf. die Einrede der Verjährung.

### 3. 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.<sup>19</sup> Die Instanzenrechtsprechung ist dem weitgehend gefolgt.<sup>20</sup> 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 20.07.2016 bedurfte es eines solchen Zurückbehaltungsrechtes zu Gunsten des Vermieters nicht mehr, da der Anspruch des Mieters auf Rückgewähr der Kautions ohnehin erst fällig wurde, wenn feststand, dass dem Vermieter keine Forderungen mehr zustehen, wegen derer er sich aus der Kautions befriedigen kann, also erst, wenn die Betriebskostenabrechnung vorlag, oder der Vermieter die Ausschlussfrist des § 556 Abs. 3 BGB versäumt hatte.

Auch nach dem Urteil vom 24.07.2019 bedarf es nach der hier vertretenen Ansicht eines Zurückbehaltungsrechtes des Vermieters an einem angemessenen Teil der der Kautions bis zur Erstellung der Betriebskostenabrechnung nicht mehr, da, behält sich der Vermieter die spätere Abrechnung der Betriebskosten vor, gleichfalls an einer Fälligkeit des Rückzahlungsanspruches fehlt.

### 4. Möglichkeiten des Mieters

Wie bereits erörtert, steht dem Mieter jedoch gegenüber dem Vermieter nach Ablauf einer angemessenen Überlegungs- und Prüfungsfrist 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

<sup>19</sup> 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

<sup>20</sup> 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



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.<sup>21</sup> 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 Abrechnungsreife<sup>22</sup> noch nicht eingetreten ist. Ebenso kann der Vermieter aus anderen Gründen noch nicht in der Lage sein, seine Forderungen konkret aufzumachen.<sup>23</sup> Ist eine hinreichende Prüfungs- und Überlegungsfrist aus Sicht des Gerichtes bei Schluss der mündlichen Verhandlung noch nicht abgelaufen, die die Rückzahlungsklage als derzeit unbegründet abzuweisen. Der Mieter kann dann nach hinreichendem Fristablauf erneut Zahlungsklage erheben.

Der Anspruch auf Abrechnungserteilung kann im Wege der Stufenklage mit dem Auskehranspruch verbunden werden.

Der Mieter läuft allerdings auch Gefahr, dass das Gericht der Ansicht ist, der Vermieter habe mit seinem Verhalten zum Ausdruck gebracht, weitere Forderungen gegen den Mieter nicht mehr erheben zu wollen, weshalb dann der Klage auf Rechnungslegung kein Erfolg beschieden ist. Insbesondere ist diese Gefahr aufgrund der Annahme einer konkludenten Rechnungslegung eröffnet. Der Umgang der Gerichte mit konkludentem Verhalten ist höchst unterschiedlich.

Nun wird sich der Mieter zumeist auf die vom BGH genannten Regelbeispiele berufen können. Gleichwohl ist nicht auszuschließen, dass das angerufene Gericht meint, dass in dem zu beurteilenden Einzelfall irgendwelche Verhaltensweisen der Parteien eine abweichende Beurteilung rechtfertigen. Auf das Problem vorbehaltlicher Erklärungen wurde bereits hingewiesen.

Nun ist die Rechnungslegung regelmäßig ein aktives Handeln. Es wird abzuwarten bleiben, ob die Rechtsprechung eine Rechnungslegung auch in einem passiven Verhalten sehen wird, wenn diesem gleichwohl ein Erklärungsinhalt zukommen kann. Das wäre beispielhaft denkbar, wenn der Vermieter auf die Anfrage des Mieters, ob und wegen welcher Forderungen der Vermieter aus der Kautionsbefriedigung zu suchen gedenke, schweigt. Anders als bei einem reinen Ablauf einer Überlegungsfrist hat der Mieter in einem solchen Fall deutlich zu erkennen gegeben, dass er eine Erklärung des Vermieters im Interesse einer Abwicklung des Mietverhältnisses erwartet. Ob die Rechtsprechung dies ausreichen lässt, bleibt abzuwarten. Eine hierauf gestützte Klage läuft durchaus Gefahr, wegen der fehlenden Fälligkeit mangels Abrechnung als derzeit unbegründet abgewiesen zu werden. Andererseits läuft der Mieter der hier zunächst auf Rechnungslegung klagt, Gefahr, dass das Gericht das Vermieterverhalten für ausreichend erachtet und daher der Klage kein Erfolg beschieden ist.

Die denkbaren Fallkonstellationen machen zumindest eines deutlich: Das Ziel der schnellen Abwicklung, dem die Insolvenzfestigkeit der Kautions nach dem Willen des BGH geopfert werden müsse, rückt immer dann, wenn die Umstände des Einzelfalles Streitpotenzial bieten, in erhebliche Ferne.

Dank der Anknüpfung an die Rechnungslegung bedarf es jedenfalls einer negativen Feststellungsklage des Mieters, dass dem Vermieter keine Ansprüche mehr zustehen, nicht mehr.

---

<sup>21</sup> Häublein, ZMR 2017, 445; Blank in Blank/Börstinghaus, a.a.O., § 551 Rn. 106; Lützenkirchen, MDR 2019, 257

<sup>22</sup> BGH XII ZR 124/09), NJW 2011, 445 = NZM 2011, 121

<sup>23</sup> vgl. hierzu auch Häublein, ZMR 2017, 445