

Die Neuregelung der Mietsicherheiten und ihre Rechtsfolgen

I. Einleitung

Der Gesetzgeber plante zunächst eine groß angelegte Vereinfachung des Kautionswesens im Wohn- und Gewerberaummietrecht, nach der die Kautionskontoverwaltung durch Hereinnahme von Bürgschaften erspart werden sollte¹, verstrickte sich dann aber in handfeste Umsetzungsschwierigkeiten, wie sie bei einer Befugnis des Mieters zur Bürgenstellung bestanden hätten². Ein Mieter, der eine Bürgschaft durch ein Kreditinstitut stellen will, muß - ökonomisch gesehen - mindestens ein entsprechendes Guthaben unterhalten und kann dieses dann gleich dem Vermieter zur Sicherheit überlassen. Der sachliche und zeitliche Zusammenhang mit der Raumüberlassung wird zudem strikter beachtet, wenn der Sicherheitsbetrag gleich mit der Besitzübergabe irreversibel aufgebracht werden muß. Der Vermieter wird meist Wert darauf legen, über den Sicherungsbetrag im Verwertungsfall sofort verfügen zu können, wie dies selbst bei einer Bürgschaft des Mieters auf erstes Anfordern³ nicht der Fall ist. Der Gesetzgeber hat dann auch schnell klein beigegeben und die Norm zur Begrenzung und Anlage der Mietsicherheit (den alten § 550a) in § 551 BGB nur geringfügig geändert. In der Euphorie der Aktienmärkte wollte er den Mietparteien die Chance zu Anlagen mit höheren Erträgen eröffnen und sie nicht mehr auf bescheidene Spareinlagen verweisen, was in § 551 III 2 BGB geschehen ist. Am Ende des Gesetzgebungsverfahrens wurde dann schließlich noch überraschend zusätzlich § 566 a BGB eingefügt, eines der wenigen greifbaren Ergebnisse der Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses⁴. Danach tritt bei der Veräußerung der vermieteten Räume der Erwerber in die Rechte und Pflichten aus der Sicherungsabrede ein, mit beschränkter Forthaftung des Vermieters und Veräußerers. Die eigentliche Substanz der Reform der Mietsicherheiten besteht daher in der Neuregelung der Anlageform und der Folgen einer Veräußerung für die Mietsicherheit. Darauf soll sich dementsprechend nach der bereits von Kraemer⁵ geleisteten

¹ Siehe den RegE NZM 3000, 802.

² Siehe Börstinghaus NZM 2000, 583 und Drasdo NZM 2000, 1109.

³ Siehe BGHZ 143, 381.

⁴ Siehe dazu Derleder, NZM 2001, 174.

⁵ Kraemer, NZM 2001, 737.

vertiefenden rechtssystematischen Durcharbeitung diese Untersuchung in erster Linie beziehen.

II. Die Übergangsregelung

Den Friktionen des Gesetzgebungsverfahrens entsprechen die Übergangsregelungen, die zum Teil von historischer Tiefenschärfe, zum Teil lückenhaft und zum Teil vergessen sind. Die Vorläuferbestimmung, § 550 b BGB, führte die Verzinsungspflicht auf Grund spezieller Übergangsvorschrift zum 1. 1. 1983 ein⁶. Die h. M. erklärte einen formularvertraglichen Ausschluß nach § 9 AGBG für unwirksam⁷. Für die vor dem 1. 1. 1983 geschlossenen Mietverträge⁸ entnahm der BGH 1982⁹ Vertragstexten ohne entsprechende ausdrückliche Regelung mit ergänzender Vertragsauslegung, daß eine Verzinsung geboten sei. Die neue Übergangsvorschrift des Art. 229 § 3 VIII BGB schließt sich daran an, indem die Verzinsungspflicht dann nicht mehr vorgesehen wird, wenn sie vor dem 1. 1. 1983 vertraglich ausgeschlossen ist. Nach dem Wortlaut der Übergangsvorschrift ist nicht zwischen individual- und formularvertraglichen Ausschlußabreden zu unterscheiden, so daß der langwährende Streit um die Wirksamkeit solcher Ausschlußklauseln¹⁰ nach 20 Jahren ad acta gelegt werden kann, wenn man die Norm nicht doch wieder einschränkend dahin auslegt, daß sie nichts über die Wirksamkeit vorheriger Formulklauseln besagen will¹¹. Auch in Verträgen aus den siebziger Jahren mit ausdrücklich formularmäßig vorgesehener Unverzinslichkeit ist aber in jedem Fall die Verzinsung seit dem 1. 1. 1983 notwendig. Die Verzinsungspflicht besteht stets ab dem Zeitpunkt der Gewährung der Sicherheit¹², auch wenn diese schon vorher zu erbringen gewesen wäre.

Die Verpflichtung zur insolvenzfesten Anlage hat der Gesetzgeber weder 1982 noch 2001 in eine Übergangsregelung aufgenommen. Daraus folgt nicht nur für die seit 1. 1. 1983 geschlossenen Verträge, daß Sicherheitsbeträge gem. § 550 b II 2 und seit 1. 9. 2001 gem. § 551 III 3 BGB insolvenzfest anzulegen sind, sondern daß dies auch für Altverträge mit

⁶ Nach Art. 4 Nr. 2 des Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen (BGBl. 1982 I, 1912).

⁷ Siehe nur LG Frankfurt, WuM 1986, 336; LG München I, WuM 1989, 236; LG Hamburg, WuM 1996, 765.

⁸ Jedenfalls für Mietverträge ab 1972.

⁹ BGHZ 84, 345.

¹⁰ Die Wirksamkeit bejahte z. B. das LG Frankfurt, WuM 1988, 307, während das LG Hamburg, WuM 1996, 765 und das LG München I, WuM 1989, 236 einen Verstoß gegen § 9 AGBG annahmen.

¹¹ So aber Kraemer, NZM 2001, 737, 738; Herrlein in: Herrlein/Kandelhard, Mietrecht (2001), § 551 Rdnr. 4. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß eine solche Übergangsregelung, in Kenntnis der langwährenden Kontroverse formuliert, sehr wohl vernünftigerweise einen Klarstellungszweck verfolgt.

¹² A.A. Kraemer a.a.O.

anlagefähiger Sicherheit zu geschehen hat. Ein Umkehrschluß aus der Verzinsungsregelung¹³ war nicht gerechtfertigt, da eine nachträgliche Verzinsung nicht mit einer späteren insolvenzfesten Anlage zu vergleichen ist: die eine Pflicht begründet ein Dauerschuldverhältnis, das nicht rückwirkend angeordnet werden kann, die andere Pflicht verlangt nur einen nachträglichen Sicherungsakt, soweit dieser noch möglich ist. Auch bei Altverträgen kann daher noch heute eine insolvenzfeste Anlage des Sicherungsbetrags gefordert werden¹⁴. Es wäre auch widersinnig, würde der Gesetzgeber im einzelnen nur die Zinsen sichern, nicht aber vor dem Totalverlust von Kapital und Zinsen bewahren, soweit dies noch unschwer nachträglich möglich ist. Sonst träte auch der nicht plausible Effekt ein, daß für die höchsten Sicherheiten, nämlich diejenigen aus Altverträgen mit ihren aufgelaufenen Zinsen, gerade keine Insolvenzsicherungspflicht bestünde.

Eine Übergangsregelung fehlt ferner für den § 566 a BGB. Der uneingeschränkte Eintritt des Erwerbers in die Rechte und Pflichten aus der Sicherungsabrede nach Satz 1 der Norm gilt gewiß für alle seit dem 1.9.2002 geschlossenen und auch für alle früheren Mietverträge, bei denen es nach dem 1.9.2002 zur Veräußerung des Mietobjekts kommt. Zweifelhaft ist jedoch, ob er auch für frühere Veräußerungen gelten kann, weil ein Erwerber nach § 572 Satz 2 BGB nicht auf Rückzahlung haftete, wenn er diese nicht vertraglich übernommen hatte und die Kautions ihm auch nicht ausgehändigt worden war. Es kann sein, daß er den Kautionsbetrag deswegen bei der Kaufpreisabrede und der Abwicklung des Veräußerungsgeschäfts im Vertrauen auf die alte Regelung nicht berücksichtigt hat. Würde ihm nachträglich doch noch eine Kautionsrückerstattungspflicht auferlegt, so könnte dies ein rechtsstaatswidriger Rückwirkungseffekt sein. Eine verfassungskonforme Auslegung könnte deswegen darauf hinauslaufen, § 566 a BGB nur auf Veräußerungen seit dem 1.9.2001 anzuwenden.

Das BVerfG leitet aus dem Rechtsstaatsprinzip auch ohne ausdrückliche grundgesetzliche Regelung der Zulässigkeit rückwirkender Gesetze Rechtsgrundsätze her, nach denen zwischen echter und unechter Rückwirkung zu unterscheiden ist¹⁵. Auch die Unterscheidung zwischen der Rückwirkung von Rechtsfolgen und der tatbestandlichen Rückknapfung¹⁶ deckt sich damit weitgehend¹⁷. Grundsätzlich verboten ist eine echte Rückwirkung, mit der

¹³ Dafür insbes. Stornel, Mietrecht, 3. Aufl. (1988), III 243; siehe auch LG Hamburg, WuM 1987, 316; v. Martius in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl. (1999), III 790; Blank/Börstinghaus, Miete (2000), § 550 b Rdnr. 3.

¹⁴ Staudinger/Emmerich, BGB, 13. Bearb., § 550 b Rdnr. 25; Derleder WuM 1986, 39.

¹⁵ Grundlegend BVerfG 11, 139, 145 f.; s. ferner Pieroth, Rückwirkung und Übergangsrecht (1981), S. 79 ff.

¹⁶ Siehe dazu insbes. die Rechtsprechung des 2. Senats, BVerfG 72, 200, 241 ff.; 77, 370, 377; 92, 277, 325.

¹⁷ Sachs, Grundgesetz, 2. Aufl. (1999), Art. 20 Rdnr. 132 m.w.N.

ein Gesetz vor seinem Inkrafttreten abgeschlossene Rechtsbeziehungen nachträglich veränderten Bedingungen unterwirft¹⁸. Ausnahmen davon können nur bei fehlender Vertrauensgrundlage gemacht werden¹⁹. Dafür, daß es sich nicht um einen Fall echter Rückwirkung handelt, könnte sprechen, daß die Rückzahlungspflicht des Erwerbers bei Inkrafttreten der Mietrechtsreform noch nicht fällig war, wenn die Veräußerung des Mietobjekts und die Beendigung des Mietverhältnisses nach dem 1.9.2001 wirksam geworden sind. Insofern könnte für das Mietverhältnis als Dauerschuldverhältnis die bei unechter Rückwirkung gebotene Abwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips²⁰ zu einem Nachrang des Vertrauens in die bisherige Regelung führen. Dagegen ist jedoch geltend zu machen, daß nach Abschluß des Erwerbsaktes der Grundstückserwerber nach altem Recht von einem abgeschlossenem Tatbestand ausgehen konnte, er damit - außer in den Fällen der vertraglichen Übernahme der Kautionsrückzahlungspflicht und der Aushändigung der Kautions - eine Rechtsstellung erlangte, bei der eine Rückzahlungspflicht für die Zukunft ausgeschlossen war. Ein Erwerber, der etwa Mitte der 90er Jahre eine Immobilie erworben hat, dürfte deswegen zu Recht erstaunt sein, wenn er nach Jahren noch eine neue Vertragspflicht aufoktroiiert erhalten sollte, mit der er bei seinem Erwerbsakt nicht gerechnet hat. Der konsequent ökonomisch denkende Erwerber wird den Vorrang seines Vertrauens vor allem auch darauf stützen, daß er nur durch die damalige gesetzliche Regelung zum Abschluß eines Erwerbsvertrages ohne Rücksicht auf die Kautionsrückzahlung veranlaßt worden ist. Danach sprechen die besseren Gründe für eine verfassungskonforme Beschränkung der neuen gesetzlichen Regelung auf die Veräußerungen seit dem 1.9.2001.²¹ Im übrigen bleibt es bei der Anwendung des § 572 Satz 2 BGB.²²

Da die Veräußerung nach den §§ 925, 873 BGB einen zweiaktigen Erwerbstatbestand darstellt, kommt es bei zweckgerechter Auslegung zur Vermeidung einer Rückwirkung auf

¹⁸ Siehe dazu im einzelnen Pieroth (o. Fn. 16), S. 54 ff.

¹⁹ So insbes. bei unklarer Rechtslage, vergl. etwa BVerfG 88, 384, 404.

²⁰ Siehe dazu insbes. BVerfG 95, 64, 86.

²¹ Ob auch eine Verletzung des Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG anzunehmen wäre, bedarf daher keiner weiteren Prüfung. Die nachträgliche Auferlegung sozialer Verpflichtungen gegenüber Mietern reicht allerdings grundsätzlich für die Annahme eines verfassungswidrigen Eingriffs noch nicht aus.

²² Die Anwendung des § 572 Satz 2 BGB a.F. auf die Altfälle mit Veräußerungen vor dem 1.9.2001 könnte schließlich noch deswegen auf Bedenken stoßen, weil der Gesetzgeber diese Bestimmung durch die Neufassung der Mietrechtsvorschriften des BGB aufgehoben hat und das alte Recht nur im Rahmen der Übergangsvorschriften (Art. 229 § 3 EGBGB) zur Anwendung kommen lassen will. Der lückenlose Übergang vom alten zum neuen Recht wird aber nicht dadurch gefährdet, daß eine der neuen Vorschriften nur für Veräußerungen des Mietobjekts ab dem 1. 9.2001 anwendbar ist. Für die vorherigen Veräußerungen bleibt es bei der Anwendbarkeit des § 572 Satz 2 BGB a.F., dessen Reichweite aufgrund rechtssystematischer verfassungskonformer Auslegung also auch Rückzahlungsansprüche bei Vertragsbeendigung nach dem 1.9.2001 erfaßt.

die dingliche Einigung an, die also nicht vor dem 1. 9. 2001 liegen darf. § 566 a Satz 2 BGB, der die Rückgewährverpflichtung des Veräußerers auf den Fall beschränkt, daß der Mieter die Sicherheit nicht vom Erwerber erlangen kann, ändert die Rechtslage insofern, als bislang nach der h. M. von einer vorbehaltlosen Rückgewährverpflichtung des Veräußerers auszugehen war, auch wenn dieser die Kautions dem Erwerber ausgehändigt hatte²³. Die nunmehr eingeführte Beschränkung gilt für alle Veräußerungen, für die § 566 a Satz 1 BGB die Rückgewährverpflichtung des Erwerbers begründet. Sie könnte aber auch für die Fälle in Betracht kommen, in denen der Erwerber schon nach altem Recht zur Rückgewähr verpflichtet war, nämlich nach Aushändigung der Kautions oder Schuldübernahme gegenüber dem Vermieter gem. § 572 Satz 2 BGB. Dagegen spricht jedoch die systematische Verzahnung der beiden Sätze des § 566 a BGB wie auch die Schwierigkeit des Mieters nach § 572 Satz 2 BGB, für die Realisierung des Rückgewähranspruchs gegen den Erwerber Tatsachen aus dem Rechtsverhältnis von Veräußerer und Erwerber zu beweisen. Demgemäß muß ihm der Vorzug eines davon unabhängigen Anspruchs gegen den Veräußerer für die Zeit vor dem 1. 9. 2001 verbleiben. Eine den Mieter insoweit beschränkende Neuregelung hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Beide Sätze des § 566 a BGB gelten also einheitlich nur für Veräußerungen ab dem 1.9.2001.

III. Die Rechtsform der Mietsicherheiten

1. Die traditionellen Formen

§ 551 I BGB läßt wie bisher alle möglichen Mietsicherheiten des Wohnraummieters zu, sofern sie nur vereinbart sind. Eine formularvertragliche Vereinbarung ist möglich. Eine Überraschungswirkung im Sinne des § 305 c BGB läßt sich durch drucktechnische Hervorhebung der Kautionsklausel wie durch einen gesonderten Hinweis bei Vertragsabschluß vermeiden, wie er bei Leistung des Mieters vor Bezug der Räume zugrunde zu legen ist. Hinterlegung, Sicherungsabtretung, Verpfändung und Bankbürgschaft sind jedoch durch die in § 551 II und III BGB speziell geregelte Kautionsleistung durch Bereitstellung einer Geldsumme, die sog. Barkautions, verdrängt worden, die den Vermieterzugriff besonders erleichtert. Der Sicherungszweck kann vertraglich konkretisiert werden. § 9 V WoBindG schränkt ihn für öffentlich geförderte, preisgebundene Sozialwohnungen auf Ansprüche wegen Schäden und unterlassener Schönheitsreparaturen

²³ Siehe nur BGH, NZM 1999, 496 mit weiteren Nachweisen.

ein, da das Mietausfallwagnis als Sonderposition der Bewirtschaftungskosten angesetzt ist²⁴. Für die sonstigen Wohnräume werden vor allem auch Mietrückstände abgedeckt. Rechtsverfolgungskosten des Vermieters können ebenfalls vom Sicherungszweck gedeckt sein²⁵, soweit sie auf einer zweckgerechten Verfolgung der durch die Sicherheit gedeckten Ansprüche des Vermieters beruhen, also nicht für überzogene Klagen, auch soweit dabei Kostenerstattungsansprüche entstehen.

2. Die besonders vereinbarte Anlageform

Die in § 551 III 2 BGB neu eingeräumte Möglichkeit für die Mietvertragsparteien, die Barkaution ertragsträchtiger als auf einem Konto für Spareinlagen mit dem bei dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz anzulegen, eröffnet notwendigerweise auch höhere Risiken nicht nur hinsichtlich der Zinsen und sonstigen Erträge, sondern auch hinsichtlich des Kapitalverlusts. Von der Anlage in Wertpapieren der Neuen Ökonomie bis solchen für Silberminen exotischer Länder scheint hier der Phantasie keine Grenze gesetzt. Formular Klauseln des Vermieters, die eine spekulative Anlage vorsehen oder ihm dies offenhalten, verstoßen allerdings gegen § 307 BGB²⁶, mit der Folge, daß dann die Spareinlagepflicht des § 551 III 1 BGB wieder zum Zuge kommt. Auch bei nicht spekulativen, aber riskanten Anlagen, die § 307 BGB noch standhalten, muß der Vermieter in gleicher Weise Ertrags- und Verlustrisiko tragen, wenn er es formularmäßig vorgegeben hat.

Anders könnte es bei einer Individualvereinbarung der Parteien über eine riskante Anlage sein, weil dann der Mieter das Risiko nicht einseitig dem Vermieter zuschieben kann. Da sich beide Parteien dabei gemeinsam Anlagevorteile versprochen, diese sich aber entgegen ihren konkreten Erwartungen nicht realisiert haben, ist eine Anpassung nach den Rechtsgrundsätzen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage gerechtfertigt. Das Spektrum der möglichen Anpassungslösungen ist allerdings breit und reicht von der (hälftigen) Wiederauffüllung durch den Vermieter und/oder den Mieter bis zum gänzlichen Wegfall der Sicherheit. Die besten Gründe sprechen jedoch für eine Anpassung durch Wiederauffüllung des Kautionsbetrags auf dem bisherigen Konto, zu der jede Partei die Hälfte beizutragen hat, unter Rückkehr zur Spareinlagepflicht des § 551 III 1 BGB²⁷.

²⁴ § 24 I 2 Nr. 5, 29 der II. BV.

²⁵ OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 211.

²⁶ Kraemer, NZM 2001, 737, 739 für spekulative Anlagen.

²⁷ Soweit Kraemer, NZM 2001, 737, 738 dem Vermieter ein Recht auf Ergänzung wegen bewußt eingegangenen Verlustrisikos versagt, steht dies mit der hier vorgeschlagenen Lösung nicht im Widerspruch.

IV. Die Begrenzung der Höhe

Die Höchstgrenze des Dreifachen der auf einen Monat entfallenden Miete berechnet sich nach § 551 I BGB nunmehr nach der Miete abzüglich der Betriebskosten, soweit diese als Pauschale oder in Form von Vorauszahlungen aufgebracht werden. Hinsichtlich der Pauschale weicht dies von der früheren Rechtsprechung des § 550 a BGB ab²⁸. Da es jeweils auf den Zeitpunkt der Sicherungsabrede ankommt, gilt die Neuregelung für Kautionsvereinbarungen, die seit dem 1. 9. 2001 zustande gekommen sind. Die Ausklammerung der von Dritten unaufgefordert angebotenen Bürgschaften aus der Höchstgrenzenregelung durch den BGH²⁹ läßt sich weder nach altem noch nach neuem Recht rechtfertigen, da Angehörige und Freunde des Mieters um so eher von selbst Mietsicherheiten anbieten werden, je größer die Wohnungsmangellage ist, und die Ausnutzung emotionaler Verbundenheit dann auch aufgrund unausgesprochener Erwartungen der Vermieterseite zu geschehen pflegt. Auch bei Gewährung mehrerer Sicherheiten darf die Höchstgrenze nicht überschritten werden, so daß eine Zusammenrechnung erfolgen muß. Führt diese zur Überschreitung der Grenze, kann sich gem. § 139 BGB eine Teilnichtigkeit ergeben, falls der hypothetische Parteiwille auf die Erhaltung einer der Sicherheiten (im Zweifel am ehesten der Barkaution) gerichtet ist.

Eine Erhöhung der Kaution kann bei einer Mieterhöhung vereinbart werden.³⁰ Der Mieter kann sich aber wegen § 551 IV BGB nicht vorab dazu verpflichten. Einer Zusatzsicherung wegen Leistungsstörungen und Risikoerhöhungen beim Mieter steht diese Norm ebenfalls entgegen, so daß sich der Vermieter eine Kündigung (etwa wegen Zahlungsverzugs) nicht durch zusätzliche Sicherheiten abkaufen lassen kann. Die Gegenauffassung, die auch in der Rechtsprechung vertreten worden ist³¹, kann schon deswegen nicht überzeugen, weil sie bei jeder Gefahr einer Leistungsstörung einen auf Wiederholung gerichteten Mechanismus zusätzlicher Sicherungen begründen könnte. Der Mieter, der eine Sicherheit aufbringen kann, kann - wirtschaftlich gesehen - auch eine Zahlungsleistung erbringen. Ihm zusätzlich zu den Heilungsmöglichkeiten nach § 554 I und II a.F. und § 543 II 2 Nr. 3 und § 569 III Nr. 2 BGB n.F. durch Nachholung der rückständigen Zahlung eine Sicherung für künftige mögliche

²⁸ Siehe etwa AG Wuppertal, MDR 1989, 162 mit weiteren Nachweisen.

²⁹ BGHZ 111, 361.

³⁰ Da während des laufenden Mietverhältnisses der durch Kündigungs- und Miethöheregelungen geschützte Mieter in keinem Unterlegenheitsverhältnis zum Vermieter steht und damit nicht gezwungen ist, eine Erhöhung der Kaution zu vereinbaren, kann eine dennoch von ihm (etwa aufgrund anderer Vorteile) akzeptierte Erhöhung nach dem Zweck des § 551 IV BGB nicht gegen diese Vorschrift verstoßen.

³¹ LG Kiel, NJW-RR 1991, 1291.

Zahlungsverzugsfälle abzuverlangen, verstieße auch gegen § 569 V 1 BGB. Darauf, ob der Mieter die Zusatzsicherung selbst anbietet, kann es nicht ankommen, da er dies gerade bei besonderer Mangelsituation tun wird. Über die Anerkennung zusätzlicher Sonderrisiken und Sicherheitszuschläge kann kein Mieter-Scoring eingeführt werden, das den besonders schutzwürdigen Gruppen des Wohnungsmarktes einschließlich der kinderreichen Familien Zusatzbelastungen aufzuerlegen erlauben würde.

Der Gesetzgeber hat lediglich bei der Gewährung der Barrierefreiheit durch behindertengerechte Einrichtungen wie einen Treppenlift³² in § 554 a BGB den Anspruch des Mieters auf Zustimmung zu entsprechenden baulichen Änderungen oder sonstigen Einrichtungen davon abhängig gemacht, daß der Mieter eine zusätzliche Sicherheit für den Rückbau aufbringt (Abs. 2 Satz 1). Entsprechendes ist in der Rechtsprechung bereits für Rückbauverpflichtungen nach der Anbringung von Parabolantennen gebilligt worden³³, was der Gesetzgeber mit § 554 a BGB auch nicht revidieren wollte. Ein Umkehrschluß aus dieser Norm ist daher nicht gerechtfertigt³⁴. Zusatzsicherheiten wegen Rückbauverpflichtungen können aber keine allgemeine Sonderrisikoabsicherung rechtfertigen.

Wird die Höchstgrenze überschritten, kann der Mieter wegen (Teil-)Nichtigkeit³⁵ Rückgewähr gem. § 812 BGB verlangen. Darüber hinaus ist § 551 BGB auch ein Verbotsgesetz gem. § 134 BGB zugunsten des Mieters, so daß für ihn ungünstige abweichende Vereinbarungen unwirksam sind. Ein Bürge, der sich zugunsten des Mieters über die Höchstgrenze des § 551 I BGB hinaus verpflichtet hat, kann demgemäß insoweit die Nichtigkeit der Bürgschaft geltend machen³⁶ und ist nicht nur darauf beschränkt, gemäß § 768 BGB eine Einrede des Mieters gegen die Inanspruchnahme der Sicherheit geltend zu machen³⁷.

V. Ratenzahlung, Erfüllungsanspruch, Nichterfüllung

³² Wie nach BVerfG, NJW 2000, 2058 geboten.

³³ So OLG Frankfurt, NJW 1992, 249; OLG Karlsruhe, NJW 1993, 2815.

³⁴ Kraemer, NZM 2001, 737, 738.

³⁵ Insofern kommt es darauf an, ob § 139 BGB zur Gesamtnichtigkeit führt.

³⁶ So auch schon AG Köln, ZMR 1984, 379.

³⁷ So BGHZ 107, 210, wo ein Freigabeanspruch des Mieters als Grundlage der Einrede entwickelt worden ist, allerdings ohne klare normative Anknüpfung. § 550 b a.F. und § 551 BGB geben jedenfalls mehr her als einen Freigabeanspruch.

Hinsichtlich der Ratenzahlungspflicht, wenn durch Bereitstellung einer Geldsumme Sicherheit zu leisten ist, hat sich in der Sache nichts geändert. Die vereinbarte Barkautions- oder Hinterlegungssumme kann nach § 551 II 1 BGB in drei gleichen monatlichen Teilzahlungen aufgebracht werden, wobei die erste Teilzahlung gem. § 551 II 2 BGB zu Beginn des Mietverhältnisses aufzubringen ist. Wird die Sicherungsabrede später getroffen, ist die erste Teilzahlung im Zweifel mit dem Beginn des nächsten Monats zu erbringen. Die Verpflichtung zur Erbringung der Leistung kann weder durch Aufrechnung³⁸ noch durch ein Zurückbehaltungsrecht³⁹ abgewehrt werden, da zur Sicherung effektiv eine Geldsumme zur Verfügung stehen muß. Nur vor der Gebrauchsüberlassung kann ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB geltend gemacht werden, wenn die gemieteten Räume nicht frei von Sach- oder Rechtsmängeln sind⁴⁰. Umgekehrt kann auch der Vermieter die Mieträume bis zur Zahlung der geschuldeten Rate(n) zurückhalten.

Der Vermieter kann den säumigen Mieter gem. § 284 I 1 BGB durch zügige Mahnung in Verzug setzen. Verzugszinsen gem. § 288 I BGB soll er aber nicht verlangen können, weil die Zinsen dem Mieter zugute kommen, wenn man dem OLG Düsseldorf folgt⁴¹. Das kann aber nicht überzeugen, da sie auch dem Vermieter (sicherungsweise) zugute kommen. Die Verzugszinsen sind gem. § 288 I BGB zwar aufgrund des darin enthaltenen Pönalisierungsgedankens regelmäßig höher als der Verzugsschaden, dessen Obergrenze der Betrag der Anlagezinsen ist. Dennoch ist nach dem Vorschlag von Kraemer⁴² eine entsprechende Anwendung der Regelungen zur Anlagepflicht und zur Erhöhung der Sicherheit nach § 551 III 3 und 4 BGB gerechtfertigt, da dem Vermieter nur ein Sicherungsvorteil zustehen kann, auch bei Pönalisierung des Mieters.

Viele Vermieter bestehen auf dem vollen Sicherheitsbetrag bei Gebrauchsüberlassung. Diese gesetzwidrige Praxis wird zwar nicht durch Bereicherungsansprüche sanktioniert, da § 813 II BGB bei Leistung vor Fälligkeit keine Kondiktion gewährt, wohl aber durch Schadensersatzansprüche, die sowohl aus Vertragsverletzung nach § 280 I BGB⁴³ wie aus Delikt hergeleitet werden können, da § 551 II BGB auch als Schutzgesetz zugunsten des Mieters zu qualifizieren ist.

³⁸ LG Hamburg, WuM 1991, 586.

³⁹ OLG Düsseldorf, ZMR 1998, 159; ZMR 2000, 452; OLG München, NZM 2000, 908.

⁴⁰ Kraemer, NZM 2001, 737, 739.

⁴¹ OLG Düsseldorf, ZMR 2000, 452; ebenso u. a. Sternel, Mietrecht aktuell, 3. Aufl. (1995), Rdnr. 1339.

⁴² Kraemer aaO.

⁴³ Auch im Falle unwirksamer AGB s. BGH, WM 1984, 986.

Hat der Mieter bei einer Veräußerung der vermieteten Räume trotz Fälligkeit des Anspruchs auf Gewährung der Mietsicherheit noch nicht an den Veräußerer geleistet, so wird der Erwerber mit der Einforderung der Kautions auf den Plan treten. § 566 a Satz 1 BGB löst diesen Konflikt nicht direkt, da er nur den Eintritt in die Rechte aus einer *geleisteten* Sicherheit vorsieht. Gegen den Übergang auf den Erwerber läßt sich anführen, daß der Anspruch schon vor der Veräußerung fällig war und der Veräußerer ein Eigeninteresse zur Verwertung der Sicherheit insbesondere wegen etwaiger Mietrückstände haben kann⁴⁴. Demgegenüber ist sicher, daß der Erwerber für die weitere Abwicklung des Mietverhältnisses ein Sicherungsinteresse hat und am Ende zur Rückgewähr verpflichtet ist. Bei dieser Interessenkonstellation ist zu fragen, ob es die Sache des Veräußerers oder des Erwerbers ist, für einen jeweiligen Vorrang durch spezielle Vereinbarung zu sorgen. Dabei ist auch zu beachten, daß beim Veräußerungsvertrag Klarheit geschaffen werden kann und der Veräußerer wegen eventueller Mietrückstände und ausgebliebener Sicherheitsleistung dem Erwerber Informationen zu schulden pflegt. Bei Gesamtwürdigung der Umstände erscheint daher ein Übergang des Anspruchs auf Erbringung der Sicherheitsleistung auf den Erwerber⁴⁵ gerechtfertigt, falls der Veräußerer sich den Anspruch nicht wegen eigenen Sicherungsbedürfnisses durch ausdrückliche Vereinbarung reservieren läßt.

VI. Die Anlage- und Verzinsungspflicht

§ 551 III BGB schreibt wie § 550 a II a.F. eine insolvenzfeste, vom sonstigen Vermietervermögen getrennte Anlage der sog. Barkautions vor. Dazu eignet sich vor allem ein offenes Treuhandkonto, wie es etwa mit der Bezeichnung "wegen Mietkautions" angelegt werden kann und bei dem die Mieterseite bei einem Vollstreckungszugriff der Gläubiger des Vermieters die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben und nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens Aussonderung nach § 47 InsO verlangen kann. Auch die kontoführende Bank kann ihr AGB-Vertragspfandrecht hieran nicht geltend machen⁴⁶.

Der Vermieter hat ein Recht auf die Auswahl des Kreditinstituts, ist aber auch verpflichtet, ein geeignetes Konto einzurichten. Der Mieter kann auf dem Nachweis gesetzeskonformer Anlage bestehen. Rechtsdogmatisch bestehen hier aber einige Unklarheiten, da zum Teil von

⁴⁴ So insbes. OLG Hamburg, ZMR 1997, 415, das deswegen auch den Übergang auf den Erwerber verneint hat.

⁴⁵ Für eine analoge Anwendung des § 566 a BGB auch Kraemer, NZM 2001, 737, 742.

⁴⁶ Vgl. BGH, WM 1973, 894.

einem Auskunftsanspruch⁴⁷, zum Teil von einem einklagbaren Nachweis⁴⁸, zum Teil nur von einem Zurückbehaltungsrecht wegen mangelnden Nachweises die Rede ist⁴⁹. Es kann jedoch nicht überzeugen, Nachweise und Auskünfte zum Gegenstand einer Leistungsklage zu machen, da dies unproduktive Klageziele wären. Vielmehr richtet sich der klagbare Anspruch des Mieters vor wie nach einer Zahlung auf die Einrichtung eines getrennten, insolvenzfesten Kontos durch den Vermieter⁵⁰ und damit auf eine unvertretbare Handlung, weil die Mitwirkung des Vermieters gegenüber dem Kreditinstitut erforderlich ist. Die Vollstreckung aus einem entsprechenden Titel richtet sich somit nach § 888 ZPO. Der Mieter kann auf diesen klagbaren Anspruch auch ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB stützen⁵¹. Die Gegenargumentation, die Anlagepflicht sei gegenüber dem Anspruch auf Kautionsleistung von geringerem Gewicht, steht mit der präzisen Regelung der Vermieterverpflichtung in § 551 III 1 BGB nicht in Einklang. Diese Verpflichtung als Nebenpflicht zu qualifizieren, deren Verletzung lediglich zum Schadensersatz führen kann, ist ebenfalls nicht gerechtfertigt, da eine zweckgerechte Abwicklung des Dauerschuldverhältnisses der Miete besser durch eine einklagbare Nebenleistungspflicht auf (notfalls nachträgliche) insolvenzfeste Anlage gesichert werden kann als durch bloße Schadensersatzansprüche, die ohnehin nur bei Vermögensverfall des Vermieters gegeben, dann aber kaum mehr zu realisieren wären. Der dem Mieter auch nach der bisherigen Rechtsprechung zustehende Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung (jetzt nach § 280 I BGB) und wegen unerlaubter Handlung nach § 823 II i.V. mit § 551 III BGB als Schutzgesetz⁵² kann daher wertlos sein.

Die Zinsen aus dem Kautionskonto stehen gem. § 551 III 3 BGB dem Mieter zu und erhöhen gem. § 551 III 4 die Sicherheit. Das gilt auch für Zinsen, die über dem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist liegenden Zinssatz liegen, sei es, daß der Vermieter den Sicherungsbetrag ohne Abstimmung mit dem Mieter günstiger (z. B. als Termingeld) angelegt hat⁵³, sei es, daß die Parteien eine andere Anlageform mit Zinsertrag nach § 551 III 2 BGB vereinbart haben. Das gilt auch, wenn die Kautionsleistung nicht auf ein insolvenzfestes Konto des Vermieters gelangt, sondern in sein Privatvermögen geflossen ist. Für Wohnungen in

⁴⁷ LG Kiel, WuM 1988, 266.

⁴⁸ AG Braunschweig, WuM 1989, 17.

⁴⁹ LG Mannheim, WuM 1990, 293.

⁵⁰ So insbes. AG München, NJW-RR 1987, 786.

⁵¹ Für ein Zurückbehaltungsrecht auch LG Mannheim, WuM 1990, 293; LG Kiel, WuM 1989, 18; AG Bremen, WuM 1989, 74; AG Mülheim, WuM 1990, 426; a.A. LG Kiel, WuM 1988, 266; AG Norderstedt, WuM 1987, 386. Das Zurückbehaltungsrecht kann auch nach Beginn der Ratenzahlung noch geltend gemacht werden (AG Ludwigshafen, WuM 1992, 188).

⁵² LG Hannover, NJW-RR 1991, 593; v. Martius, in: Bub/Treier (o. Fn. 13), III 793.

⁵³ So schon die bisher h.M., s. Blank/Börstinghaus, Miete (2000), § 550 b Rdnr. 26 m.w.N.

Studenten- und Jugendwohnheimen gilt gem. § 551 III 5 BGB wie bisher die Anlage-, nicht aber die Verzinsungspflicht.

Erzielt der Vermieter durch die Anlage etwa auf einem Sammelkonto (statt höherer Zinsen) eine Provision, erstreckt sich § 551 BGB nicht auf diese. Der Vermieter hat sie aber nach den Grundsätzen des Treuhandrechts gem. § 667 BGB an den Mieter herauszugeben⁵⁴.

VII. Die Verwertung der Mietsicherheit

Während der Mietzeit darf der Vermieter, der über das Kautionskonto verfügen kann, keine beliebigen Abhebungen machen, sondern muß sich auf die Befriedigung rechtskräftig festgestellter, nach Grund und Höhe unstreitiger oder offensichtlich begründeter gesicherter Forderungen beschränken⁵⁵. Er ist aber nicht verpflichtet, sich während der Mietzeit aus der Kautionszahlung zu befriedigen und auf eine Geltendmachung eines gesicherten Anspruchs oder eine Kündigung zu verzichten⁵⁶. Nach unberechtigter Verwertung kann der Mieter demgemäß wegen Vertragsverletzung nach § 280 I BGB Wiederauffüllung des Kontos verlangen⁵⁷. Für den Insolvenzschutz des Mieters durch Aussonderungsrecht kommt es nicht darauf an, ob der Kautionsbetrag unmittelbar vom Mieter auf das Kautionskonto des Vermieters geflossen ist⁵⁸. Soweit der Vermieter sich während der Mietzeit berechtigterweise aus dem Kautionskonto befriedigt, muß es der Mieter gem. § 240 BGB wieder auffüllen⁵⁹. Kontogebühren und Zinsabschlagssteuerverpflichtungen für die Kontobeträge sind aus dem Guthaben zu bestreiten und begründen keine Zusatzverpflichtungen des Mieters⁶⁰. Der Mieter hat während der Mietzeit keinen fälligen Rückzahlungsanspruch⁶¹ und kann demgemäß mit diesem nicht aufrechnen.

⁵⁴ Derleder, WuM 1997, 651, 653.

⁵⁵ OLG Celle, NZM 1998, 265; Kraemer, NZM 2001, 737, 741 hat der Vermieter vor einer Veräußerung den gesicherten Anspruch bereits eingeklagt, aber noch kein rechtskräftiges Urteil erwirkt, dann muß er sich konsequenterweise den entsprechenden Kautionsbetrag beim Veräußerungsgeschäft dem Erwerber gegenüber vorbehalten, um den Zugriff auf die Kautionszahlung zu sichern. Versäumt er dies, kann er mit Rücksicht auf die Rückzahlungsverpflichtung des Erwerbers nach § 566 a Satz 1 BGB nicht nach dessen Erwerb nachträglich erstmals sein Befriedigungsrecht geltend machen.

⁵⁶ Blank in: Schmidt/Futterer, Mietrecht, 7. Aufl. (1999), § 550 b Rdnr. 49.

⁵⁷ Vgl. OLG München, NJW-RR 1995, 461. Ein Anspruch aus Eingriffskondiktion ist ebenfalls zu bejahen, wenn man dem Mieter als Treugeber ein Recht mit Zuweisungsgehalt an dem Konto zuspricht.

⁵⁸ BayObLG, NJW 1988, 1796.

⁵⁹ BGH, WM 1972, 335.

⁶⁰ Kraemer, NZM 2001, 737, 741 m.w.N.

⁶¹ Er kann diesen aber durchaus abtreten, eventuell zur Sicherung anderer Gläubiger. Nach Blank in: Schmidt/Futterer (o. Fn. 56), § 550 b Rdnr. 51, kann der Mieter "nicht über die Kautionszahlung"; das betrifft aber nicht die Abtretung des künftigen Anspruchs.

Der Rückforderungsanspruch des Mieters wird erst nach Beendigung des Mietverhältnisses insoweit fällig, als dem Vermieter keine durch die Kautions gesicherten Ansprüche mehr zustehen⁶², wofür diesem regelmäßig eine sechsmonatige Überlegungs- und Abrechnungsfrist gewährt wird⁶³. Übernimmt der Vermieter in einem Räumungstermin die Wohnung wieder, ohne daß er noch Ansprüche wegen Schäden oder mangelnder Schönheitsreparaturen geltend macht, dann muß darin noch keine rechtsgeschäftliche Verzichtserklärung liegen⁶⁴. Falls aber keine Mietansprüche mehr bestehen und die Abrechnung der Betriebskosten erfolgt ist, ist der Rückzahlungsanspruch fällig. Besonders problematisch ist die weitere Hinausschiebung der Fälligkeit wegen theoretisch möglicher Betriebskostennachzahlungsforderungen. Sind bislang keine Nachzahlungen erforderlich gewesen und seit der letzten Abrechnung keine Preiserhöhungen bei den Nebenkosten erfolgt, ist die Fälligkeit zu bejahen, selbst wenn noch eine letzte Abrechnung erfolgen muß. Nach Ablauf von sechs Monaten kann der Mieter auch nach Betriebskostenerhöhungen wegen einer ausstehenden Abrechnung nur einen verhältnismäßigen Anteil zurückbehalten. Ist eine Nachzahlungsforderung nach § 556 III 3 BGB ausgeschlossen, ist der Kautionsanspruch in jedem Falle fällig. Mit dem fälligen Anspruch kann der Mieter aufrechnen, während der Vermieter nach § 387 BGB mit einem fälligen Miet- oder Schadensersatzanspruch auch gegen einen noch nicht fälligen Rückzahlungsanspruch des Vermieters die Aufrechnung erklären oder eine Verrechnung vornehmen kann. Der Vermieter kann gem. § 215 BGB⁶⁵ auch mit einer verjährten Forderung aufrechnen, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem er erstmals aufgerechnet werden konnte.

Der Vermieter hat ferner dem BGH zufolge auch nach Vertragsbeendigung einen vertraglichen Anspruch auf Sicherheitsleistung wegen etwaiger noch ungesicherter Forderungen, den er einklagen kann⁶⁶. Dafür fehlt jedoch ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn ohne weiteres der gesicherte Anspruch eingeklagt werden kann und für dessen Vollstreckung die gleichen Chancen bestehen wie für eine Vollstreckung aus einem Sicherheitstitel.

VIII. Rechtsgrundsätze für die Gewerberaummiete

⁶² BGHZ 141, 160.

⁶³ OLG Saarbrücken, WuM 1979, 140; zu den verschiedenen Rechtsauffassungen s. die Nachweise bei Blank in: Schmidt/Futterer (o. Fn. 56), § 550 b Rdnr. 56. Der BGH hat sich gegen eine einheitliche Abrechnungsfrist ausgesprochen (BGH WuM 1987, 310, 311).

⁶⁴ So aber OLG München, NJW-RR 1990, 20.

⁶⁵ Dies ist die Nachfolgebestimmung zu § 390 Satz 2 BGB.

⁶⁶ BGH, NJW 1981, 976.

Da nach § 578 BGB auf die Gewerberaummiete § 551 BGB nicht entsprechend anzuwenden ist, sind die Vertragsregelungen der Mietparteien maßgeblich. Ist im Vertrag eine Kautionsabbedingung, folgt aus dem Sicherungszweck des kaufmännischen Verkehrs, daß eine verzinsliche Anlage erforderlich ist, im Zweifel aufgrund ergänzender Vertragsauslegung zu dem für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist üblichen Zinssatz⁶⁷ Formularvertraglich kann dies gemäß § 307 BGB nicht ausgeschlossen werden.⁶⁸ Ferner ist dem Gewerberaummietvertrag im Zweifel eine Pflicht zu getrennter, insolvenzfester Anlage der Kautionsabbedingung zu entnehmen⁶⁹, die ebenfalls nicht formularvertraglich abbedungen werden kann. Auch im übrigen sind bis auf die Ratenzahlungspflicht die zum Wohnraummietverhältnis entwickelten Rechtsgrundsätze anzuwenden, die aber jeweils durch Individualvereinbarung geändert werden können. § 566 a BGB gilt für die Gewerberaummiete ohnehin kraft der Verweisung des § 578 I BGB.

VIII. Die Folgen einer Veräußerung der vermieteten Räume nach § 566 a BGB

Wie dargelegt, gehen die Rechte und Pflichten aus einer Sicherheitsleistung des Mieters gemäß § 566 a Satz I BGB nach einer Veräußerung auf den Erwerber über, also insbesondere die Rückzahlungspflicht nach Beendigung des Mietverhältnisses, aber auch das Recht auf Wiederauffüllung nach einer berechtigten Inanspruchnahme der Sicherheit durch den Veräußerer. Die neue mietrechtliche Regelung bedeutet für den Veräußerungsvertrag, daß der Veräußerer praktisch gehalten ist, alles Notwendige zu tun, um dem Erwerber die weitere Abwicklung des Vertrages zu ermöglichen, falls keine anderweitige Vereinbarung getroffen ist. Der gesetzliche Übergang der Rechte aus der Sicherheitsleistung erfaßt auch den Anspruch des Veräußerers gegen das kontoführende Kreditinstitut aus dem Kautionsguthaben⁷⁰, da nur so die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Sicherungsabrede gesichert werden kann⁷¹. Eines Übertragungsanspruchs bedarf es daher nicht mehr⁷². Der Erwerber braucht dem Kreditinstitut nur den gesetzlichen Forderungsübergang nachzuweisen, um als Forderungsinhaber verbucht zu werden. Er kann ferner bei Spareinlagen den Anspruch auf Herausgabe des Sparbuchs als Berechtigter gegen den Veräußerer gemäß § 985, 952 BGB

⁶⁷ BGH, NJW 1994, 3287.

⁶⁸ Blank in: Schmidt/Futterer (o. Fn. 56), § 550 b Rdnr. 69.

⁶⁹ KG, NZM 1999, 376; a.A. insbesondere von Martius in: Bub/Treier (o. Fn. 13), III 790.

⁷⁰ Der Anspruch ergibt sich regelmäßig aus §§ 700, 488 (§ 607 a.F.) BGB.

⁷¹ Ebenso Kraemer, NZM 2001, 737, 742; so schon OLG Düsseldorf, WuM 1997, 265 zum alten Recht. Auf die Akzessorietät des Anspruchs gegen das Kreditinstitut kommt es aufgrund der Spezialnorm des § 566 a BGB nicht an.

⁷² Siehe dazu nur OLG Karlsruhe, NJW 1989, 267 und die h.M. zum alten Recht.

geltend machen⁷³. Durch den Übergang eines insolvenzfesten Treuhandkontos wird die Erfüllung der Anlagepflicht nicht mehr in Frage gestellt.

Soweit der Veräußerer die Kautionsleistung (teilweise) unberechtigt verwertet hat, schuldet er - wie dargelegt⁷⁴ - dem Mieter Schadensersatz in Form der Wiederauffüllung des Kontos. Fraglich ist aber, ob auch diese nur mittelbar auf der Sicherheitsleistung beruhende Verpflichtung auf den Erwerber übergeht. Das ist diesem aber zumutbar, da er bei dem Erwerbsgeschäft den Bestand des Kautionskontos klären und auf vorherige Wiederauffüllung durch den Veräußerer dringen kann. Dem Mieter, der nicht ohne weiteres sofortige Kenntnis von der unberechtigten Verwertung erhält, wird somit nicht durch die Veräußerung eine Aufspaltung seiner Rechte angesonnen. Der Veräußerer haftet für diese Wiederauffüllung ebenfalls, aber nicht subsidiär, da § 566 a Satz 2 BGB nur für den Rückgewähranspruch gilt⁷⁵.

Die subsidiäre Haftung des Veräußerers nach dieser Norm setzt keine Vorausklage gegen den Erwerber voraus, wie der systematische Vergleich mit dem Vorausklageerfordernis bei der Bürgschaft nach § 771 BGB ergibt. Es genügt, daß der Mieter die Inanspruchnahme des Erwerbers in zumutbarem Umfang versucht. Hat der Erwerber zweckwidrig über das Kautionskonto verfügt und reagiert er nicht auf eine Klagedrohung, dann kann sich der Mieter an den Veräußerer wenden, da ihm die Führung zweier Prozesse nicht abverlangt werden kann.

Der Veräußerer, der nach dem Übergang der Rechte eine fortbestehende subsidiäre Rückzahlungshaftung vermeiden will, sollte auf eine Vertragsübernahme drängen. Dann rückt der Erwerber über die Regelungen der §§ 566 ff BGB hinaus voll in die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis ein, auch hinsichtlich der Abwicklung für die Vergangenheit.⁷⁶ Dazu ist zwar die Zustimmung des Mieters erforderlich, der aber über eine einheitliche Vertragsbeziehung zum Erwerber oft froh sein und seine Zustimmung erteilen wird. Auch beim Wegfall oder der Ersetzung eines gewerblichen Zwischenvermieters nach § 565 (bis § 549 a) BGB muß der neue Vermieter alle Rechte und Pflichten auf sich vereinen, da eine

⁷³ Zur Erstreckung des § 952 BGB auf Sparbücher siehe nur BGH, Betrieb 1972, 2299.

⁷⁴ Siehe oben VI.

⁷⁵ Kraemer a.a.O.

⁷⁶ Zur Haftung des Vertragsübernehmers auf Rückgewähr der Kautionsleistung s. Kandelhard, NZM 2001, 696, 702 f.

Zäsur zwischen den verschiedenen Abschnitten vor und nach Wegfall oder Ersetzung des Zwischenvermieters dem Mieter nicht zumutbar ist ⁷⁷.

Nach der Einfügung des § 566 a BGB fragt sich schließlich noch, ob der Mieter noch den Anspruch auf Auskehrung der Kautions an den Erwerber hat, wie ihn ihm die bisher h.M. zugebilligt hat ⁷⁸. Das ist im Hinblick auf den Rechtsübergang an den Erwerber und dessen Rückzahlungsverpflichtung nur noch dann zu bejahen, wenn die Kautions (noch) nicht auf einem insolvenzfesten Konto angelegt ist. Der Erwerber ist dann dem Mieter gegenüber zu entsprechender Anlage verpflichtet.

§ 566 a BGB ist abdingbar. Eine Formulklausel, die dem Mieter den Rückgewähranspruch gegen den Erwerber ersatzlos nimmt, ist jedoch wegen unangelegener Beeinträchtigung des Mieters gem. § 307 I BGB unwirksam, bei Wohn- wie bei Gewerberäumen. Dagegen ist eine formularvertragliche Aufhebung der subsidiären Haftung des Veräußerers bei Abwägung der gegenseitigen Interessen zu akzeptieren, sofern dieser durch die Einrichtung eines insolvenzfesten Kontos seinen Vertragsverpflichtungen genügt hat und dieses dem Erwerber zur Verfügung steht. Eine Formulklausel, die dem Mieter von Anfang an die Zustimmung zu einer vollständigen Vertragsübernahme im Falle der Veräußerung des Mietobjekts abverlangt, ist andererseits wiederum gem. § 307 I BGB unwirksam, da ihm damit (nachträglich) ein nicht leistungsfähiger oder leistungsbereiter Schuldner anstelle des bisherigen Vertragspartners mit Wirkung für die Zeit vor der Veräußerung aufgedrängt werden könnte.

IX. Insolvenzverfahren und Zwangsverwaltung

Hat der Mieter mangels insolvenzfester Anlage der Kautions kein Aussonderungsrecht gegen den Vermieter und wird der vermietete Raum vom Insolvenzverwalter gem. § 111 InsO weiterveräußert, dann wurde bisher eine Verpflichtung des Erwerbers zur Rückzahlung der Kautions ebenso verneint wie eine erneute Leistungspflicht des Mieters. ⁷⁹ Das ist jedoch insofern nicht mehr aufrecht zu erhalten, als der Erwerber nach § 566 a Satz 1 BGB uneingeschränkt in die Rückzahlungspflicht eintritt, sich also nicht auf ein Insolvenzverfahren seines Rechtsvorgängers berufen kann. Das ist ihm - auch im Eigeninteresse - zumutbar, da er

⁷⁷ Stornel, Mietrecht aktuell, 3. Aufl., A 11, 15; Derleder / Bartels JZ 1997, 981; a.A. Kraemer in: Bub/ Treier (o. Fn. 13), III 1033 g; Blank / Börstinghaus (o. Fn. 53), § 549 a Rdnr. 11 u.a.

⁷⁸ Siehe insbesondere OLG Karlsruhe, NJW-RR 1989, 267; LG Hannover WuM 1989, 75.

sich bei dem Erwerbsgeschäft durch entsprechende Verrechnung auf den Kaufpreis den Kautionsbetrag sichern kann. Den Insolvenzgläubigern entgeht dann zwar ein entsprechender Betrag, um den die Masse gemindert wird, obwohl der Mieter nicht für eine insolvenzfeste Anlage gesorgt hat. Die Insolvenzgläubiger haben jedoch kein Recht darauf, die Bedingungen des Veräußerungsvertrags zu bestimmen, zumal sie über den Massezuwachs durch den Veräußerungserlös ökonomisch auch den Vorteil der für diesen maßgeblichen Mieterträge nutzen.

Wird die Zwangsverwaltung über die vermieteten Räume angeordnet, so bleibt der Mietvertrag gem. § 152 II ZVG gegenüber dem Zwangsverwalter wirksam. Dieser muß das Mietverhältnis einschließlich der Kautionsabrede abwickeln. Bisher ist daraus, daß § 146 ZVG nicht auf § 57 ZVG und § 572 BGB a.F. verwiesen hat, weitgehend der Schluß gezogen worden, daß der Zwangsverwalter nicht die Einschränkung der Rückzahlungspflicht nach § 572 Satz 2 BGB in Anspruch nehmen kann.⁸⁰ Nach der Erweiterung der Rückzahlungspflicht durch § 566 a Satz 1 BGB kann nichts anderes gelten. Dies folgt schon aus § 152 II ZVG.

Der Zwangsverwalter hat andererseits auch die Rechte aus einem insolvenzfesten Kautionskonto, das der Schuldner für die Mietkautionen angelegt hat. Insofern ist er analog § 566 a Satz 1 BGB wie ein Erwerber des Mietobjekts zu behandeln, hat also nach Anordnung der Zwangsverwaltung auch die Rechte aus der Sicherheit. Den gesetzlichen Übergang kann er dem kontoführenden Kreditinstitut also wie ein Erwerber nachweisen.

Kann der Zwangsverwalter allerdings vom Eigentümer und Vermieter kein insolvenzfestes Kautionskonto übernehmen und erweist dieser sich trotz der Aufnahme der Kautions in sein Geschäftsvermögen nicht als zahlungsfähig oder -bereit, dann ist nicht zu verkennen, daß der Zwangsverwalter in einer schlechteren Lage ist als der Erwerber, der mit einem Insolvenzverwalter ein Veräußerungsgeschäft tätigt und bei den Verhandlungen für eine Kautionsauskehrung sorgen kann. Dennoch ist auch für diesen Fall aus § 152 II ZVG zu entnehmen, daß der Zwangsverwalter, wenn er das Mietverhältnis beendet, zur Rückzahlung der Kautions verpflichtet ist. Dem Mieter ist es nicht zuzumuten, das Mietverhältnis hinsichtlich aller sonstigen Rechte und Pflichten mit dem Zwangsverwalter abzuwickeln, sich aber wegen der Kautions an den Schuldner, seinen Eigentümer und Vermieter, zu halten. Das

⁷⁹ AG Frankfurt a.M., NJW-RR 1991, 1165; Blank in: Schmidt/Futterer (o. Fn. 56), § 550 b Rdnr. 68.

entspricht auch der Regelung bei der Zwangsversteigerung, wo der Erwerber gem. § 57 I ZVG i.V. mit § 566 a BGB in die uneingeschränkte Rückgewährpflicht einrückt. Insofern muß der Zwangsverwalter, wenn er die (nicht insolvenzfest angelegte) Kautions nicht vom Schuldner erlangen kann, notfalls aus den Mieterträgen den Rückzahlungsanspruch des Mieters abdecken. Die Argumentation, daß der Mieter gegenüber dem Zwangsverwalter das Risiko der Zahlungsunfähigkeit seines Vermieters bei nicht insolvenzfester Anlage tragen müsse, überzeugt nicht, da selbst bei einem Insolvenzverfahren der Erwerber die uneingeschränkte Rückzahlungspflicht hätte und die Zwangsverwaltung (auch aus rechtssystematischen Gründen) nicht zu einer Zwischenlösung führen darf, bei der die Rechtsposition des Mieters aufgespalten würde.

Andererseits kann der Zwangsverwalter nicht Kautionsbeträge beschlagnahmen, die auf allgemeine Geschäftskonten des Schuldners und Vermieters geflossen sind. Die Anordnung der Zwangsverwaltung über ein Grundstück befugt nicht zum Zugriff auf Konten, die nicht der Grundstücksverwaltung zugeordnet sind. Auch eine analoge Anwendung des § 566 a BGB zugunsten des Zwangsverwalters kann hier nicht weiterhelfen, da es insoweit nicht um die Rechte aus einer Mietsicherheit geht. Der Zwangsverwalter kann jedoch aufgrund der Analogie Wiederauffüllung des Kautionsbetrags vom Mieter fordern, wenn der Vermieter sich vorher zu Recht aus der Kautions befriedigt hat. Insgesamt ist also die Einführung des § 566 a BGB geeignet, die planmäßige Weiterführung eines Mietverhältnisses auch bei Vermögensverfall des Vermieters zu erleichtern.

⁸⁰ Siehe Stempel (o. Fn. 13), III 239; Blank/Börstinghaus (o. Fn. 53), § 550 b Rdnr. 67; a.A. aber z. B. Zeller/Stöber, ZVG, 16. Aufl. (1999), § 152 Anm. 9.13, die allerdings dem Mieter einen Anspruch auf Aushändigung der Kautions an den Zwangsverwalter geben wollen.