

## Die insolvenzfeste Anlage der Mietkaution

Den schuldrechtlichen Anspruch des Mieters auf Rückerstattung der Kautionssumme ordnet der BGH als Insolvenzforderung ein, falls der Vermieter den Kautionsbetrag nicht von seinem Vermögen getrennt angelegt hat.<sup>1</sup> Auch hält der BGH den Grundstückserwerber für nicht rückzahlungspflichtig, wenn das Mietverhältnis vor dem Eigentumsübergang endete.<sup>2</sup> Diese dem Mieter nachteiligen Folgen verteidigen der VIII. und IX. Zivilsenat des BGH übereinstimmend mit dem Argument, der Mieter könne sich selbst gegen die nachteiligen Folgen des Vermögensverfalls schützen, indem er sich die gesetzeskonforme Anlage nachweisen lasse. Fazit beider Entscheidungen: Um später nicht böse überrascht zu werden, muss der Mieter, der die Kautionssumme gestellt hat, sich vergewissern, wie der Vermieter sie angelegt hat. Das klingt einfacher als es ist, denn die gesetzeskonforme oder bei der gewerblichen Vermietung vereinbarte, vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage ist ein rechtlich kompliziertes Treuhandverhältnis. Genügt schon der Verwendungszweck „Mietkaution“ bei Eröffnung des Kontos? Ist der Mieter bei einer zusammengefassten Anlage mehrerer Kautionssummen geschützt? Ist die nachträgliche Umschichtung möglich, falls der Vermieter den Kautionsbetrag zunächst mit dem eigenen Vermögen vermischt hat? Vor allem stellt sich die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis der insolvenzfesten Anlage zu stellen sind.

### I. Anlageformen

#### 1. Konto auf den Namen des Mieters

Der Mieter eröffnet ein auf seinen Namen lautendes Konto – meistens ein Sparkonto - mit einem Zusatz, der auf den Verwendungszweck als Mietkaution hinweist, und verpfändet das Guthaben an den Vermieter. Der Mieter ist umfassend geschützt, wenn und solange er die Urkunde besitzt, die nach § 808 BGB zu Verfügungen über die Guthabenforderungen berechtigt. In aller Regel erhält jedoch der Vermieter diese Urkunden. Als Besitzer dieser Urkunde kann er ohne Mitwirkung des Mieters über die Kontoforderung verfügen. In den Streit zwischen Vermieter und Mieter will die Bank nicht verstrickt werden; sie prüft nicht, ob der Vermieter materiell zur Verfügung über die Kontoforderung berechtigt ist. Manche Banken sehen allerdings eine Benachrichtigung des Mieters vor und lassen die Verfügung erst nach einer gewissen Zeitspanne – vier oder sechs Wochen – zu. In dieser Zeit kann der Mieter gerichtlich gegen den Vermieter vorgehen; sein Widerspruch der Bank gegenüber ist irrelevant.

#### 2. Konto auf den Namen des Vermieters

In der Mehrzahl der Fälle überweist der Mieter die Kautionssumme an den Vermieter, der sodann für die gesetzeskonforme Anlage zu sorgen hat. Auch § 551 Abs. 3 BGB geht davon aus.

##### a) Einzelkonto für jeden Mieter

Inhaber des Kontos ist der Vermieter. Als Verwendungszweck wird „Kautionssumme“ eingegeben unter Hinzufügung des Namens des Mieters. Dieser wird als „wirtschaftlich Berechtigter“ erfasst.

##### b) Sammelkonto

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 20. 12. 2007 – IX ZR 132/06, NJW 2008, 1152 = NZM 2008, 203 = ZIP 2008, 469 = ZMR 2008, 280.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 4. 4. 2007 – VIII ZR 219/06, NJW 2007, 1818 = NZM 2007, 441 = ZMR 2007, 529.

Vermieter mit einem großen Bestand und Grundstücksverwalter bevorzugen ein Sammelkonto mit dem Verwendungszweck „Kautions“ und weiteren Angaben (z.B. Grundstück, Anzahl der Mieter). Die Angabe der Namen der Mieter ist nicht üblich, wird auch von den Banken nicht unbedingt gefordert. Manche Banken haben spezielle Software, die es erlaubt, „Unterkonten“ für jeden einzelnen Mieter mit dem ihm zustehenden Guthaben nebst aufgelaufener Zinsen zu führen.

Die Banken verzichten bei Eröffnung vielfach, aber nicht ausnahmslos, ausdrücklich auf ihr Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrecht wegen Forderungen gegen den Vermieter sowie auf das in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausbedungene Pfandrecht.

Bei den Alternativen a) und b) kann der Vermieter als alleiniger Vertragspartner der Bank allein über das Guthaben verfügen; die Bank prüft nicht nach, ob die Verfügung des Vermieters im Verhältnis zum Mieter rechtmäßig ist. Auch eine Benachrichtigung der Mieter ist nicht vorgesehen.

Auf den ersten Blick erschließt sich, dass die Alternative 1. den Mieter besser gegen einen Vermögensverfall des Vermieters absichert als Alternative 2. und b). Gegenstand der weiteren Erörterung ist die vom Vermieter veranlasste, von seinem Vermögen getrennte treuhänderische Anlage der Mietkaution.

## **II. Dingliche Umsetzung der schuldrechtlichen Treuhandvereinbarung**

Dass der rein schuldrechtliche Anspruch – hier der durch den Wegfall des Sicherungsbedürfnisses des Vermieters aufschiebend bedingte Anspruch des Mieters auf Rückerstattung der Kautions – nicht für eine treuhänderische Bindung ausreicht, steht außer Zweifel. Es muss etwas „Greifbares“ hinzukommen, das es rechtfertigt, das Treugut den Vollstreckungszugriffen der Gläubiger des Treuehändlers zu entziehen und in der Insolvenz des Treuehändlers den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger zu durchbrechen. Dieses „Greifbare“ ist die vollzogene dingliche Umsetzung, d. h. die Verlagerung des Rechts an einem Gegenstand auf den Treuehänder in der Weise, dass er seine Befugnisse nur in einer inhaltlich mit den Treuegeber abgestimmten Art und Weise abstimmen darf.<sup>3</sup> Klare Konturen sind insbesondere bei einem treuehänderisch geführten Konto, bei dem Inhaber und wirtschaftlich Berechtigter auseinander fallen, schwer auszumachen. Hierzu stützt sich die höchstrichterliche Rechtsprechung auf mehrere Grundsätze – Vermögenstrennungs-, Bestimmtheits-, Unmittelbarkeits-, Herkunfts- (auch Surrogations-), Offenkundigkeitsprinzip -, die kumulativ oder alternativ eingreifen sollen, aber je nach Sachlage auch allein maßgeblich oder verzichtbar sein können.

### **1. Vermögenstrennung**

Augenfällige Umsetzung der dinglichen Komponente ist vor allem die Vermögenstrennung: Wer einen Gegenstand, der aus einem anderen Vermögen stammt, von seinen sonstigen Vermögenswerten getrennt hält, zeigt, dass er diesen Wert nicht seinem, sondern dem Vermögen des Treuehändlers zurechnet.<sup>4</sup> Die Vermögenstrennung allein genügt nicht, denn es gilt, Rechtssicherheit zu schaffen und Missbräuchen zu begegnen. Hierzu hat die Rechtsprechung weitere Grundsätze entwickelt, die teils alternativ, teils kumulativ diese dingliche Umsetzung tragen.

### **2. Unmittelbarkeitsprinzip**

Um den Treuehandbegriff nicht „ins Unbestimmte“ zerfließen zu lassen oder ihm unbedingt gebotene klare Konturen zu geben, greift die Rechtsprechung auf den

---

<sup>3</sup> BGH, Urt. v. 24. 6. 2003 - IX ZR 75/01, BGHZ 155, 227, 231 = NJW 2003, 3414, 3415 = ZIP 2003, 1613.

<sup>4</sup> MünchKomm-Ganter, InsO, 2. Aufl., § 47 Rdn. 358.

Unmittelbarkeitsgrundsatz zurück:<sup>5</sup> Treuhänderisch gebunden ist danach nur der Vermögensgegenstand, der unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers in das des Treuhänders übertragen wird. Im Urteil vom 25. 10. 2001 hebt der BGH ausdrücklich das Unmittelbarkeitsprinzip hervor.<sup>6</sup> Später lässt er dahin stehen, ob es als Abgrenzungskriterium taugt<sup>7</sup> oder erwähnt es gar nicht.<sup>8</sup> Jedenfalls schließt der BGH die Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes bei besonderer Fallgestaltung – Offenkundigkeit der treuhänderischen Anlage - nicht aus.<sup>9</sup> Der IX. Zivilsenat hält sich in seinem Urteil vom 20. 12. 2007, in dem er den schuldrechtlichen Anspruch des Mieters auf Kautionsrückzahlung als Insolvenzforderung qualifiziert,<sup>10</sup> bedeckt. Er begnügt sich mit dem Hinweis auf die vollzogene dingliche Komponente und auf den Bestimmtheitsgrundsatz. Das neue Schrifttum<sup>11</sup> bemängelt, dass das Unmittelbarkeitsprinzip gerade bei dem wichtigsten Fall, dem Treuhandkonto, versage. Als Treugut, so die Argumentation, komme bei einem Treuhandkonto nur die Forderung des Treuhänders gegen die Bank in Betracht. Diese Forderung sei niemals unmittelbar vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen worden. Das trifft insofern zu, denn selbst wenn der Treugeber Geld auf ein Konto des Treuhänders einzahlt oder überweist, entsteht die Forderung gegen die Bank originär in der Person des Treuhänders.<sup>12</sup>

Ob das Unmittelbarkeitsprinzip, ggf. mit welchen Ausnahmen und Einschränkungen, (noch) gilt, ist derzeit nicht zuverlässig abzuschätzen.

### 3. Herkunftsprinzip (oder Surrogationsprinzip)

Maßgeblich ist danach – statt Unmittelbarkeit des Rechtserwerbs - die Herkunft des übertragenen Gegenstandes.<sup>13</sup> Vereinzelt akzeptiert der BGH das Herkunftsprinzip als Ersatz oder Durchbrechung des Unmittelbarkeitsprinzips.<sup>14</sup>

### 4. Offenkundigkeitsprinzip

Die Rechtsprechung zur Offenkundigkeit des Treuhandverhältnisses ist nicht gradlinig. Bei Bankkonten lässt der BGH genügen, dass die treuhänderische Anlage für einen anderen wirtschaftlich Berechtigten offenkundig ist,<sup>15</sup> und stellt zugleich klar, dass die Offenkundigkeit nicht Voraussetzung eines Treuhandkontos ist.<sup>16</sup> Später lässt der BGH dahinstehen, ob die Offenkundigkeit als Voraussetzung taugt.<sup>17</sup> Im Urteil vom 7. Juli 2005<sup>18</sup> heißt es wieder, notwendig sei lediglich, dass das Konto offen ausgewiesen oder sonst nachweisbar zur Aufnahme von treuhänderisch gebundenen Fremdgeldern bestimmt sei. Bei

<sup>5</sup> RGZ 84, 214, 216; RGZ 91, 12, 14; RGZ 133, 84, 87; BGH, Urt. v. 19. 11. 1992 – IX ZR 45/92, NJW-RR 1993, 301; BGH, Urt. v. 1. 7. 1993 – IX ZR 251/92, NJW 1993, 2622 = ZIP 1993, 1185; BGH, Urt. v. 18.07.2002 – IX ZR 264/01, NJW 2002, 3253, 3254

<sup>6</sup> IX ZR 17/01, BGHZ 149, 100, 105 = NJW 2002, 512, 513. Es ging um die Zuordnung der Arbeitnehmerbeiträge zur Sozialversicherung. Der BGH betont, dass der Arbeitgeber den gesamten Beitrag, auch den Anteil des Arbeitnehmers, aus dem eigenen Vermögen entrichtete.

<sup>7</sup> Urt. v. 24. 6. 2003 - IX ZR 75/01, BGHZ 155, 227, 231 = NJW 2003, 3414, 3415 = ZIP 2003, 1613.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 7. 7. 2005 – III ZR 422/04, ZIP 2005, 1465 = NZI 2005, 625 = MDR 2006, 51.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 5.11. 1953 – IV ZR 9/53, BGHZ 11, 37 = NJW 1954, 190; BGH, Urt. v. 7. 4. 1959 – VIII ZR 219/57, NJW 1959, 1223.

<sup>10</sup> IX ZR 132/06, NJW 2008, 1152 = NZM 2008, 203 = ZIP 2008, 469 = ZMR 2008, 280.

<sup>11</sup> *Karsten Schmidt*, Festschrift für Wiegand, 2005, S. 933, 947; *MünchKomm-Ganter*, InsO, 2. Aufl., § 47 Rdn. 357.

<sup>12</sup> *MünchKomm-Ganter*, InsO, 2. Aufl., § 47 Rdn. 392a

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 7.4.1959 – VIII ZR 219/57, NJW 1959, 1223, 1225; BGH, Urt. v. 19. 11. 1992 – IX ZR 45/92, NJW-RR 1993, 301 = ZIP 1993, 213, 214; BGH, Urt. v. 7. 7. 2005 – III ZR 422/04, ZIP 2005, 1465 = NZI 2005, 625 = MDR 2006, 51; OLG Naumburg, Urt. v. 20. 12. 2001 – 2 U 56/01, WM 2003, 1668 = OLGR 2003, 145; *MünchKomm-Ganter*, InsO, 2. Aufl., § 47 Rdn. 357a.; kritisch dazu *Karsten Schmidt*, FS Wiegand S. 933, 948.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 7. 4. 1959 – VIII ZR 219/57, NJW 1959, 1223, 1225; BGH NJW-RR 1993, 301 = ZIP 1993, 213, 214.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 5. 11. 1953 – IV ZR 9/53, BGHZ 11, 37 = NJW 1954, 190; BGH, Urt. v. 7. 4. 1959 – VIII ZR 219/57, NJW 1959, 1223.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 25. 6. 1973 – II ZR 104/71, BGHZ 61, 72, 77 = NJW 1973, 1754; BGH, Urt. v. 1. 7. 1993 – IX ZR 251/92, NJW 1993, 2622 = ZIP 1993, 1185.

<sup>17</sup> Urt. v. 24. 6. 2003 - IX ZR 75/01, BGHZ 155, 227, 231 = NJW 2003, 3414, 3415.

<sup>18</sup> III ZR 422/04, ZIP 2005, 1465 = NZI 2005, 625 = MDR 2006, 51;

Immobilien­geschäften – dies am Rande - verlangt der BGH jedenfalls Publizität durch Eintragung im Grundbuch, z. B. einer Rückauflassungsvormerkung.<sup>19</sup> Auch wenn die Rechtsprechung des BGH nicht den Schluss erlaubt, dass die Offenkundigkeit des Treuhandcharakters hinreichende Voraussetzung eines Treuhandkontos ist, so ist sie jedenfalls ein starkes Indiz. Zweifelsfrei nützt die Offenkundigkeit, schließt aber die Anerkennung eines verdeckten Treuhandkontos nicht aus, wenn objektiv feststeht, dass das Konto nur Fremdgelder aufnimmt und auch nur hierfür benutzt wird.<sup>20</sup>

### **5. Bestimmtheitsprinzip**

In Fortentwicklung des Vermögenstrennungsprinzips und vor dem Hintergrund eines effektiven Schutzes der Gläubiger des Treuhänders fordert der BGH, dass das Treugut, soweit es sich hierbei um vertretbare Gegenstände handelt, „bestimmt“ sein muss. In seinem zur Mietkaution ergangenen Urteil vom 20. Dezember 2007 erwähnt der BGH ausdrücklich das Bestimmtheitserfordernis.<sup>21</sup> Es ist ein korrigierendes Kriterium, mit dessen Hilfe die Benachteiligung der anderen Gläubiger des Treuehmers durch eine konturlose Umsetzung der Treuhandabrede verhindert wird. Es geht vor allem um die sichere Abgrenzung des treuhänderisch gehaltenen Vermögens des Treuhänders von seinen eigenen Mitteln. Daher darf das Treugut nicht mit dem eigenen Vermögen des Treuhänders vermischt werden. Bei Vermischung, z.B. Aufnahme von Fremd- und Eigenmitteln lässt sich nämlich nicht mehr zuverlässig nachverfolgen, was der Kontoinhaber treuhänderisch hält und was seinem eigenen Vermögen zuzuordnen ist.<sup>22</sup>

Beispielhaft ist der vom BGH mit Urteil vom 24. Juni 2003 entschiedene Fall.<sup>23</sup>

Ein Wohnungseigentümer lässt seine Wohnungen von einer Immobiliengesellschaft verwalten, die auch eigene Wohnungen vermietet. Die Immobiliengesellschaft lässt Mietzahlungen für die eigenen und die fremden, von ihr verwalteten Wohnungen über ihr Girokonto laufen. Zumindest in einem Fall erfüllte sie eine eigene Zahlungspflicht durch Überweisung von diesem Konto. Der Wohnungseigentümer will die von den Mietern seiner Wohnungen überwiesenen Beträge aussondern.

Der BGH betont, dass die Aussonderung eines Kontoguthabens - also der Forderung gegen die Bank - voraussetze, dass der Kontoinhaber das Konto ausschließlich zur Aufnahme von Fremdgeldern verwendet. Bei Vermischung der Fremdgelder mit anderem Vermögen des Treuhänders auf einem Konto lasse sich das Treugut nicht mit Bestimmtheit erkennen. Nicht erforderlich sei die treuhänderische Bindung für nur einen Treugeber, sofern das Konto als Ganzes von der Treuhandbindung erfasst sei. Eine geteilte Berechtigung von Treugeber und Treuhänder sei rechtlich nicht möglich. Auch sei eine Aussonderung nicht schon dann möglich, wenn sich Treugelder und Eigengeld noch trennen ließen. § 947 BGB sei bei der Vermischung von Treugut und Eigengeld weder direkt noch entsprechend anwendbar.

### **III. Anwendung der allgemeinen Kriterien zur dinglichen Umsetzung der Treuhandabrede auf das Mietkautionskonto**

Unklar ist das Verhältnis der aufgezeigten Abgrenzungskriterien zueinander. Was davon auf das vom Vermieter angelegte Kautionskonto passt, ist schwer zu sagen. In seinem Urteil vom 20. Dezember 2007<sup>24</sup> beschränkt sich der BGH auf wenige Sätze: Für die Aussonderung aufgrund eines Treuhandverhältnisses sei es geboten, das Treugut, soweit es sich um vertretbare Gegenstände handle, von eigenen Vermögen des Treuhänders

<sup>19</sup> Urt. v. 24. 6. 2003 - IX ZR 75/01, BGHZ 155, 227, 231 = NJW 2003, 3414, 3415

<sup>20</sup> MünchKomm-Ganter, InsO, 2. Aufl., § 47 Rdn. 392a.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 20. 12. 2007 – IX ZR 132/06, NJW 2008, 1152 = ZIP 2008, 469 = NZM 2008, 203 = ZMR 2008, 280.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 24. 6. 2003 – IX ZR 120/02, NJW-RR 2003, 1375 = NZM 2003, 818 = ZIP 2003, 1404

<sup>23</sup> IX ZR 120/02, NJW-RR 2003, 1375 = NZM 2003, 818 = ZIP 2003, 1404.

<sup>24</sup> IX ZR 132/06, NJW 2008, 1152 = ZIP 2008, 469 = NZM 2008, 203 = ZMR 2008, 280.

getrennt zu halten. Dies gelte entsprechend, wenn Zahlungen auf ein Bankkonto erfolgten. Eine Aussonderungsbefugnis bezüglich eines Kontoguthabens könne nur entstehen, wenn es sich um ein ausschließlich zur Aufnahme von treuhänderisch gebundenen Fremdgeldern bestimmtes Konto handele.<sup>25</sup> Dass das Offenkundigkeitsprinzip bei dem offen als solches ausgewiesenen Mietkautionenkonto den Unmittelbarkeitsgrundsatz verdrängt, ist dem Urteil nicht zu entnehmen und derzeit keinesfalls gesichert.

### 1. Unmittelbarkeitsprinzip

Daher bedürfen die Auswirkungen des Unmittelbarkeitsgebots der näheren Betrachtung. Bei strengster Umsetzung überträgt der Mieter als Treugeber das Treugut – d. h. die Forderung gegen die Bank - nicht auf den Vermieter als Treuhänder, denn die Forderung entsteht originär in der Person des Treuhänders.<sup>26</sup> Weniger strikt betrachtet setzt die vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage auf einem Treuhandkonto nur voraus, dass der der Forderung zugrunde liegende Vermögenswert unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers auf das Sonderkonto des Treunehmers fließt.<sup>27</sup> Es genügt also die Überweisung der Kautionssumme durch den Mieter auf das Kautionskonto. Auch sollte die gebotene Unmittelbarkeit noch gewahrt sein, wenn der Mieter die Kautionssumme stellt und der Vermieter den Geldbetrag zeitnah dem Kautionskonto gutbringt. Dieser gesetzlich vorausgesetzte Ablauf ist sicherlich der Grenzfall, über den man streiten kann. Die treuhänderische Anlage wird verfehlt, wenn der Mieter die Kautionssumme an den Vermieter zahlt, dieser sie erst nach einiger Zeit auf das Kautionskonto zahlt. Diskutiert wurde in den 80-er Jahren des vergangenen Jahrhunderts vor allem diese nachträgliche Umschichtung. Anlass war der Sachverhalt, der dem Rechtsentscheid des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 8. April 1988 zugrunde liegt:<sup>28</sup>

Eine gewerbliche Zwischenvermieterin vermietet etwa 500 Wohnungen. Die Mieter zahlen in der Zeit von September 1983 bis September 1985 die Kautionen an die Vermieterin und diese bringt sie ihrem allgemeinen Geschäftskonto gut. Am 12. März 1986 stellt die Vermieterin Konkursantrag. Am 8. April 1986 zahlt sie 400.000 DM, die ihr von einem verbundenen Unternehmen zugeflossen waren, auf ein am selben Tag errichtetes Sparkonto ein, das auf ihren Namen lautete, und zwar mit dem Zusatz „w/Mieterkautionen“. Der Insolvenzverwalter betrachtet die 400.000 DM als Teil der Konkurs(Insolvenz)masse; die Mieter wollen jeweils die ihrer Kautionssumme entsprechende Forderung gegen die Bank aussondern.

*Derleder*,<sup>29</sup> der damals für die Mieter ein Gutachten erstellte, und das Bayerische Oberste Landesgericht lassen bei der Anlage der Kautionssumme eines Wohnungsmieters den Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht gelten.<sup>30</sup> Der Gesetzgeber, so die Begründung, habe § 551 Abs. 3 BGB (= § 550b Abs. 2 BGB in der früheren Fassung) die Pflicht des Vermieters, die Kautionssumme von seinem Vermögen getrennt anzulegen, gerade für den Fall vorgesehen, dass der Vermieter die Kautionssumme in bar erhalten, er aber den Betrag jedenfalls zunächst mit seinem Vermögen vermengt habe. Damit habe der Gesetzgeber den Unmittelbarkeitsgrundsatz, sofern er überhaupt gelte, jedenfalls für die Anlage der Mietkaution eingeschränkt. Wenn der Mieter einen gesetzlichen Anspruch auf die vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage der Kautionssumme hat, so würde der Gesetzeszweck verfehlt, wenn die beabsichtigte Sicherungswirkung nicht nachträglich erzielt werden könnte. Für die gewerbliche Vermietung, bei der die vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, folgt aus dieser Argumentation, dass die nachträgliche Anlage der zuvor gestellten Kautionssumme auf einem Treuhandkonto an der fehlenden Unmittelbarkeit scheitert.

<sup>25</sup> So auch BGH, Urt. v. 16.12. 1970 – VIII ZR 36/99, NJW 1971, 559; Urt. v. 8.2. 1996 – IX ZR 151/95, WM 1996, 662; Urt. v. 24. 6.2003 – IX ZR 120/02, ZIP 2003, 1404; Urt. v. 7. 7. 2005 – III ZR 422/04, ZIP 2005, 1465.

<sup>26</sup> MünchKomm-Ganter, InsO, 2. Aufl., § 47 Rdn. 392a.

<sup>27</sup> BayObLG, RE v. 8. 4. 1988 – RE-Miet 1/88, NJW 1988, 1796, 1797 = ZIP 1988, 789.

<sup>28</sup> RE-Miet 1/88, NJW 1988, 1796, 1797 = ZIP 1988, 789.

<sup>29</sup> *Derleder* ZIP 1988, 415, 418; NJW 1988, 2988; NZM 2004, 568, 577.

<sup>30</sup> Der Begründung des Rechtsentscheids des BayObLG ist zu entnehmen, dass *Canaris* als Gutachter sich darauf gestützt hatte.

Im Jahr 1992 ließ der BGH in einem vergleichbaren Sachverhalt die Aussonderung eines Kontoguthabens an der fehlenden Unmittelbarkeit der Anlage auf dem Treuhandkonto scheitern:<sup>31</sup>

Die Grundstückseigentümer schließen mit einer Immobilienverwaltungsgesellschaft einen Treuhandvertrag. Dieser sieht vor, dass die Verwaltungsgesellschaft im eigenen Namen, aber auf Rechnung der Eigentümer ein Erbbaurecht an einem Grundstück erwerben, das Grundstück bebauen und verwalten soll. Demgemäß wird das Grundstück bebaut und verwaltet. Die Verwaltungsgesellschaft richtet drei Konten ein, und zwar ein „Mietkonto K-Damm“, ein „Konto Instandhaltungsrücklagen“ und ein weiteres Festgeldkonto. Über alle Konten werden ausschließlich Zahlungen abgewickelt, die das verwaltete Grundstück betreffen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens (damals Konkursverfahrens) über das Vermögen der Verwaltungsgesellschaft zieht der Konkursverwalter das Guthaben auf den drei Konten zur Masse.

Die den auf die Konten überwiesenen Zahlungen zugrunde liegenden Forderungen, so die Begründung des BGH, seien nicht in der Person der Grundstückseigentümer, sondern der Verwaltungsgesellschaft entstanden, die als Inhaberin des Erbbaurechts die Mietverträge im eigenen Namen abgeschlossen habe. Obwohl nach der Vereinbarung zwischen Grundstückseigentümer und Verwaltungsgesellschaft letztere treuhänderisch das Grundstück verwaltet und Gelder einzieht, lässt der BGH eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes nicht zu. Die von der Verwaltungsgesellschaft eingerichteten Konten seien keine offenkundigen Treuhandkonten; auch die Firma der Verwaltungsgesellschaft deute nicht mit der notwendigen Klarheit auf ein Treuhandkonto hin.

Sofern der Unmittelbarkeitsgrundsatz weiterhin eingreift, wird sich der Konflikt zwischen der insolvenzrechtlich unverzichtbaren Gleichbehandlung aller Gläubiger des Vermieters und dem gesetzlich vorgegebenen Schutz des Wohnungsmieters nicht mit dem Vorrang des Mieterschutzes lösen lassen. Der IX. Senat entscheidet sich in seinem Urteil vom 20.12.2007<sup>32</sup> für den Vorrang der insolvenzrechtlichen Einschränkungen. „Die gesetzlichen Wertungen des Insolvenzrechts“, so heißt es dort, „lassen es nicht zu, einer nicht vollzogenen Treuhandabrede die Rechtswirkung eines Aussonderungsrechts zuzuerkennen. Auch gebietet der Schutzzweck des § 551 Abs. 3 Satz 3 BGB keine andere Beurteilung“. Vereinfacht ausgedrückt: Wenn der Vermieter vertrags- und gesetzeswidrig die Treuhandabrede nicht erfüllt, kann man den Mieter nicht so stellen, als ob der Vermieter vertragsgerecht gehandelt hätte.

Gerade dies – den Mieter so wie bei gesetzeskonformer Erfüllung der Kautionsvereinbarung zu stellen – hatte das Bayerische Oberste Landesgericht in seinem nach der ZPO-Reform nicht mehr bindenden Rechtsentscheid getan.<sup>33</sup> Auch ist die von ihm befürwortete nachträgliche insolvenzfeste Anlage der Kautionsvereinbarung nicht der einzige Ausweg, um den Normzweck des § 551 BGB durchzusetzen. Der Mieter kann die Sicherungsvereinbarung kündigen und auf schuldrechtlicher Basis Rückzahlung seiner Kautionsvereinbarung verlangen. Der BGH<sup>34</sup> rät ihm dazu, seine laufenden Mietzahlungen bis zur Höhe der Kautionsvereinbarung zurückzubehalten. Dem kann der Vermieter, der mit dem Unterlassen der gesetzeskonformen Anlage einen groben Vertragsbruch begangen hat, nicht einen etwaigen Aufrechnungsausschluss entgegenhalten. Den derart angesparten Betrag kann der Mieter dem Vermieter als erneute Kautionsvereinbarung unmittelbar auf spezielles Kautionskonto überweisen oder ihm in Form eines verpfändeten Sparguthabens zur Sicherheit anbieten.

Die mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz einhergehenden Risiken entstehen nicht, wenn der Mieter die Kautionsvereinbarung unmittelbar auf das vom Vermieter eingerichtete Sonderkonto überweist.

<sup>31</sup> BGH, Urt. v. 19. 11. 1992 – IX ZR 45/92, NJW-RR 1993, 301.

<sup>32</sup> IX ZR 132/06, NJW 2008, 1152 = ZIP 2008, 469 = NZM 2008, 203 = ZMR 2008, 280.

<sup>33</sup> RE v. 8. 4. 1988 – RE-Miet 1/88, NJW 1988, 1796, 1797 = ZIP 1988, 789.

<sup>34</sup> Urt. v. 20. 12. 2007 – IX ZR 132/06, NJW 2008, 1152 = ZIP 2008, 469 = NZM 2008, 203 = ZMR 2008, 280.

*Derleder* folgerte daraus, dass der Vermieter nicht Zahlung der Kautions an sich, sondern nur Überweisung auf ein Sonderkonto verlangen könne.<sup>35</sup> Für diese Einschränkung des Kautionsanspruchs des Vermieters gibt indessen § 551 Abs. 3 BGB nichts her. Die Vorschrift geht wie schon der frühere § 550b Abs.2 BGB davon aus, dass der Mieter dem Vermieter die Kautions überlässt und dieser sie sodann von seinem Vermögen getrennt anzulegen hat. Bei der Mietrechtsreform hat der Gesetzgeber den früheren § 550b Abs.2 BGB nur sprachlich umgestaltet. Obwohl die mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz verbundene Problematik bekannt war - oder weil sie vergessen war? -, hat er davon abgesehen, dem Vermieter nur einen Anspruch auf Überweisung oder Einzahlung der Kautions auf ein zuvor eingerichtetes Treuhandkonto zu geben.

## 2. Kennzeichnung und Offenkundigkeit

Das Offenkundigkeitsprinzip passt, wenn der Vermieter das Konto offen als Kautionskonto – die mehrdeutige Bezeichnung „Mietkonto“ genügt nicht - ausweist und sich hierzu der von den Banken angebotenen Vordrucke bedient. Es kommt hierbei nicht darauf an, ob der Mieter die Kautions unmittelbar auf das Kautionskonto oder ob der Vermieter die auf sein normales Girokonto eingezahlte Kautions dorthin überweist. Sofern die Rechtsprechung bei dem Mietkautionskonto nicht an der Unmittelbarkeit festhält, ist zu erwarten, dass sie die dingliche Umsetzung der Treuhandabrede mit der Offenkundigkeit begründen. Insoweit ist der ausdrückliche Hinweis auf die Offenkundigkeit im Urteil des BGH vom 19. November 1992 zu erwähnen.<sup>36</sup> Im Schrifttum finden sich Stimmen, die speziell zur Mietkautions die Offenkundigkeit genügen lassen.<sup>37</sup>

## 3. Bestimmtheitsgrundsatz

Bei Großvermietern weit verbreitet sind Sammelkonten, gegen die die Rechtsprechung nichts einwendet, sofern sie nur Fremdgelder aufnehmen.<sup>38</sup> Fraglich bleibt die weitere Erfassung der Einzelkautions. Manche Banken führen Unterkonten. Teilweise genügt den Banken die Angabe der Anzahl der Mieter oder nur die Bezeichnung des Mietgrundstücks. Ob dies mit dem auch im BGH-Urteil vom 20. Dezember 2007<sup>39</sup> hervorgehobenen Bestimmtheitsgrundsatz in Einklang steht, ist zweifelhaft.<sup>40</sup>

### a) Anforderungen an das Sammelkonto

Anschaulich ist nach wie vor der vom OLG Schleswig am 29. November 1988 entschiedene Sachverhalt:<sup>41</sup>

Die Zwischenvermieterin lässt die Kautions von den Mietern auf ein Unterkonto überweisen oder überweist die erlangten Kautionsbeträge selbst auf dieses Unterkonto. Von diesem Unterkonto werden in erheblichem Umfang Umbuchungen auf das Hauptkonto vorgenommen, so dass der Saldo des Kautionskontos nicht mehr die Summe aller eingezahlten Kautionsbeträge erreicht. Sechs Monate vor Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen überweist die Zwischenvermieterin aufgrund einer mit einem Notar abgeschlossenen Treuhandabrede zur Anlage der Mietkautions an diesen etwa 1.470.000 DM und sodann in den folgenden drei Monaten eingehende Einzelkautions in Höhe von 61.000 DM. Das auf dem Notaranderkonto angesammelte Guthaben wollen die Mieter jeweils in Höhe ihrer Kautions einschließlich aufgelaufener Zinsen aussondern.

<sup>35</sup> WuM 1986, 39, 42 und NJW 1988, 2988, 2989.

<sup>36</sup> IX ZR 45/92, NJW-RR 1993, 301. Dem OLG Düsseldorf, Urt. v. 3. 12. 1987 – 10 U 117/87, ZIP 1988, 449 = DB 1988, 333, genügt die Bezeichnung als „Kautionskonto“.

<sup>37</sup> *Uhlenbruck* in *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 47 Rdn. 48; *Imberger* in *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 5. Aufl., § 47 Rdn. 52; *Staudinger/Emmerich*, BGB, Bearb. 2006, § 551 Rdn. 18; *Schmidt-Futterer/Blank*, Mietrecht, 9. Aufl., § 551 Rdn. 68.

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 24. 6. 2003 – IX ZR 120/02, NJW-RR 2003, 1375 = NZM 2003, 818 = ZIP 2003, 1404.

<sup>39</sup> IX ZR 132/06, NJW 2008, 1152 = ZIP 2008, 469 = NZM 2008, 203 = ZMR 2008, 280.

<sup>40</sup> *Emmerich* in *Staudinger*, BGB, Bearb. 2006, § 551 Rdn. 18, äußert nicht näher erläuterte insolvenzrechtliche Bedenken.

<sup>41</sup> 3 U 117/87, ZIP 1989, 252.

Eine zur Aussonderung berechtigende Anlage der Kautionen verneint das OLG Schleswig. Voraussetzung für die nachträgliche konkursfeste Anlage der Kautionen aus dem Vermögen der Zwischenvermieterin, so führt es aus, sei die Herstellung des Zustandes, der bestanden hätte, wenn jede einzelne Kaution von vornherein auf das Anderkonto überwiesen worden wäre. Dazu hätte an den Notar der Betrag überwiesen werden müssen, der exakt der Summe aller geleisteten Mietkautionen einschließlich der bis zum Tag der Überweisung aufgelaufenen Zinsen entsprach. Zugleich hätte der Notar eine Zusammenstellung erhalten müssen, die die Guthaben der einzelnen Mieter auswies. Nur diese den Grundsatz der Offenkundigkeit befolgende Maßnahme hätte gewährleistet, dass für jeden Außenstehenden erkennbar und überprüfbar war, zu Gunsten welcher Mieter die Treuhandvereinbarung wirkt und welche Kautionsforderung sie hatten. Entsprechen die zur treuhänderischen Verwaltung an den Notar überwiesenen Beträge nicht der Summe der geleisteten Kautionen zuzüglich Zinsen und sind die Kautionsgläubiger und –beträge nicht identifizierbar, so bleibe die Möglichkeit, dass die Zwischenvermieterin als Schuldnerin ihrem Vermögen zu Lasten ihrer sonstigen Gläubiger Mittel entziehe. Diese Aushöhlung der (späteren) Konkursmasse widerspreche dem Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung der Konkursgläubiger.

Das OLG Schleswig gibt den insolvenzrechtlichen Argumenten Vorrang vor den Belangen des Mieterschutzes. Folgt man der vom BGH in seinem Urteil vom 20. Dezember 2007 eingeschlagenen insolvenzrechtlichen Betrachtung mit der Hervorhebung des Bestimmtheitsgebots, so muss bei Zusammenfassung der Kautionen mehrerer Mieter auf einem Konto erkennbar sein, welcher Einzelbetrag nebst Zinsen jeweils den einzelnen Mieter zuzuordnen ist. Der verwaltungsmäßige Aufwand für den Vermieter und für die Bank, die jeden Mieterwechsel und die Veränderungen der Kautionssummen nachhalten müssen, taugt angesichts der heute verfügbaren Datenverarbeitung nicht als Gegenargument, zumal § 8 Geldwäschegesetz bei abweichender wirtschaftlicher Berechtigung ohnehin eine Dokumentationspflicht vorsieht.

*Derleder*,<sup>42</sup> weniger streng, will für die spätere Aussonderung genügen lassen, dass die einzelnen Mieter ihre Berechtigung notfalls mittels der Vertragsunterlagen nachweisen können. Diese Belege besagen jedoch nur dann, wenn der Mieter die Kaution unmittelbar auf das Sonderkonto überwiesen hat, dass sie dort angekommen ist. Hat er die Kaution dem Vermieter überlassen, so kann er mit seinen Unterlagen nicht nachweisen, dass das auf dem Sammelkonto ausgewiesene Guthaben seine Kaution einschließt. Im Übrigen kann der Mieter mit seinen Vertragsunterlagen nicht belegen, dass der Vermieter das Sonderkonto nur zur Aufnahme von Kautionen verwendet und dass der Saldo sich aus der Summe aller Kautionen einschließlich aufgelaufener Zinsen zusammensetzt. Ob im Rechtsstreit gegen den Insolvenzverwalter der Vermieter tauglicher Zeuge ist, mag dahinstehen.

#### b) Auflösung der insolvenzfesten Anlage

Die gelungene insolvenzfeste Anlage auf einem Sammelkonto kann der Vermieter unschwer auflösen: Er kann dort Eigengeld „verstecken“, um es dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Dann dient das Konto nicht mehr ausschließlich der Aufnahme von Fremdgeldern und das Guthaben ist insgesamt nicht mehr aussonderungsfähig.<sup>43</sup> Eine quotenmäßige Aussonderungsberechtigung kann nicht entstehen, denn § 947 BGB ist bei der Vermischung von Treugut und Eigengeld weder direkt noch entsprechend anwendbar. Der umgekehrte Fall – der Vermieter nimmt zur Überbrückung eines Liquiditätsengpasses einen „Kredit“ vom Kautionskonto – ist auch nicht besser. Auch dann setzt sich das verbleibende Guthaben nicht mehr aus der Summe aller Kautionsbeträge und der Zinsen zusammen; es lässt sich nicht errechnen, dass der Saldo sich speziell die Kaution des einen oder anderen Mieters erfasst. Wenn der Vermieter den „Kredit wieder zurückführt“, geschieht dies aus seinem Vermögen; dies steht der Neubegründung der insolvenzfesten Anlage entgegen. Dass der Vermieter mit solchen Umbuchungen den Mietvertrag und die Sicherungsabrede eklatant

<sup>42</sup> ZIP 1988, 415, 418.

<sup>43</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 16.12. 1970 – VIII ZR 36/99, NJW 1971, 559; Urt. v. 8.2. 1996 – IX ZR 151/95, WM 1996, 662; Urt. v. 24. 6.2003 – IX ZR 120/02, ZIP 2003, 1404; Urt. v. 7. 7. 2005 – III ZR 422/04, ZIP 2005, 1465.

verletzt, mag Schadensersatzforderungen gegen ihn begründen, ist aber für die insolvenzrechtliche Betrachtung irrelevant. Unklarheiten entstehen auch, wenn der Vermieter bei laufendem Mietverhältnis zur Erfüllung einer streitigen Forderung auf die Kautions zugreift. Dann hängt die treuhänderische Bindung von der Entscheidung des Streits über die Berechtigung einer Vermieterforderung ab.

### **Zwischenergebnis:**

Für den Mieter bleibt die Einzahlung der Kautionssumme auf ein auf seinen Namen lautendes Konto mit Verpfändung der Kontoforderung an den Vermieter die sicherste Variante. Bei Überlassung der Kautions an den Vermieter, ist zweifelhaft, ob das Unmittelbarkeitsprinzip auf das Mietkautionskonto anwendbar ist, insbesondere, ob die nachträgliche vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage die erstrebte Insolvenzfestigkeit erreicht. Unklar sind die Anforderungen an ein Sammelkonto, das die Kautions mehrerer Mieter aufnimmt.

## **IV. Nachweis der vom Vermögen des Vermieters getrennten Anlage**

### **1. Anspruch des Mieters auf Nachweis**

Der BGH fordert die Mitverantwortung des Mieters ein, indem er dessen Recht auf den Nachweis der gesetzeskonformen Anlage betont. Zur Durchsetzung seines Anspruchs, so der BGH, kann der Mieter bis zur Höhe der gestellten Kautions die Mietzahlungen zurückbehalten. Umgekehrt bedeutet das, dass der Mieter zur Wahrung seiner Rechte diesen Nachweis fordern muss. Dass zumindest eine Minderzahl gut beratener Mieter diesen Nachweis bislang verlangt hat, ist kaum anzunehmen. Ist es sinnvoll, ein bislang störungsfrei laufendes Mietverhältnis mit dem Verlangen zu belasten, die insolvenzfeste Anlage der Kautions nachzuweisen?<sup>44</sup> Die Aussage des BGH ist eindeutig: Vorsicht ist besser als Nachsicht! Die weitere Frage, ob der vorsichtige Mieter, dem der Vermieter die gesetzeskonforme Anlage nachgewiesen hat, einen wiederholten Nachweis – regelmäßig oder bei Verdachtsmomenten – verlangen kann und soll, soll nicht vertieft werden.

### **2. Inhalt der Bestätigung**

Hat der Mieter einen Nachweis erlangt, bleibt die Frage, ob er ihm entnehmen kann, dass seine Kautions gesetzeskonform angelegt ist. Wenn die Bank die Gutschrift auf dem „Kautionskonto“ bestätigt, kann er schwerlich daraus erkennen, ob er in der Vermieterinsolvenz aussondern kann. Der Mieter sollte also darauf dringen, dass die Bestätigung ausdrücklich besagt, dass die Kautions vom Vermögen des Vermieters getrennt angelegt ist. Vorsichtige Banken werden sich wegen des Haftungsrisikos nach § 675 Abs. 2 BGB zurückhalten, solange höchststrichterlich Geltung und Auswirkungen des Unmittelbarkeitsprinzips sowie die Anforderungen an Sammelkonten nicht geklärt sind. Dann aber kommt der Vermieter in Konflikt, denn den Nachweis der von seinem Vermögen getrennten Anlage kann er nur mit einer Bankbestätigung führen.

Auch sollte die Bank, soweit dies nicht schon bei Kontoeröffnung geschehen ist, ausdrücklich auf ihr Aufrechnungs-, Zurückbehaltungs- und Pfandrecht verzichten. Zwar ist bei Eröffnung eines offenen Treuhandkontos gemäß § 133 BGB der Ausschluss des Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechts wegen etwaiger Forderungen der Bank gegen den Treuhänder sowie des in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken ausbedungenen Pfandrechts als vereinbart anzusehen,<sup>45</sup> gleichwohl sollte für den Fall, dass der Insolvenzverwalter erfolgreich Einwendungen gegen die vom Vermögen des Vermieters getrennte Anlage vorbringt, gewährleistet sein, dass die Bank nicht davon profitiert und nicht auf das Kautionskonto zugreifen kann.

---

<sup>44</sup> Dem finanziell beengten Mieter eröffnet dieses Verlangen eine willkommene „Stundung“ fälliger Mietzahlungen.

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 1. 7. 1993 – IX ZR 251/92, NJW 1993, 2622 = ZIP 1993, 1185.

## **V. Insolvenzanfechtung der nachträglichen vom Vermögen des Vermieters getrennten Anlage**

### **1. Nachträgliche Anlage ohne Kenntnis des Mieters**

Die Fälle des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des OLG Schleswig zeichnen sich dadurch aus, dass die nachträgliche Umschichtung in bedenklicher zeitlicher Nähe zur Beantragung oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschah, im Fall des Bayerischen Obersten Landesgerichts nach dem Konkursantrag, im Fall des OLG Schleswig drei bis sechs Monate vor Eröffnung des Verfahrens.<sup>46</sup> Tatsächlich war die Insolvenzanfechtung in dem Rechtsstreit des LG München I, das den Rechtsentscheid des Bayerischen Obersten Landesgerichts initiiert hatte, ein Streitpunkt. Da die Mieter nicht die nachträgliche gesetzeskonforme Anlage gefordert hatten, wahrscheinlich über die Krise der Vermieterin nicht unterrichtet waren, sondern die Geschäftsführer der Vermieterin dies von sich aus in die Wege geleitet hatten – möglicherweise zur Umgehung einer eigenen Haftung gemäß § 823 Abs. 2 i. V. m. § 551 BGB -, stellte sich damals die Frage, ob den Mietern gemäß § 166 BGB die Kenntnis der Vermieterin, die als deren Treuhänder die Treuhandvereinbarung umsetzt, zuzurechnen ist. Der BGH wendet § 166 BGB nicht an, wenn der Treuhänder weder im Auftrag noch mit Wissen des Treugebers als des bevorzugten Gläubigers handelt.<sup>47</sup> Dem folgend ließ das LG München I die Anfechtung der nachträglichen vom Vermögen des Vermieters getrennten Anlage der Kautions nicht durchgreifen.<sup>48</sup>

### **2. Nachträgliche Anlage auf Verlangen des Mieters**

#### **a) Anfechtung eines kongruenten Deckungsgeschäfts**

Erfüllt der Vermieter die Aufforderung des Mieters, die Kautions nachträglich insolvenzfest anzulegen, so kommt die Insolvenzanfechtung eines kongruenten Deckungsgeschäfts (§ 130 InsO) in Betracht. Voraussetzung ist zeitliche Nähe zum Insolvenzantrag, drei Monate vorher oder danach. Ferner muss der Schuldner (Vermieter) zur Zeit der angefochtenen Handlung zahlungsunfähig gewesen oder die Anlage muss nach dem Insolvenzantrag erfolgt sein. Schließlich muss der Gläubiger (Mieter) über die Zahlungsunfähigkeit oder den Insolvenzantrag informiert gewesen sein. Diese Kenntnisse hat der Mieter in aller Regel selbst dann nicht, wenn über den Vermieter mehr oder weniger unbestimmte Gerüchte im Umlauf sind, so dass die Gefahr der Insolvenzanfechtung nach § 130 InsO nicht allzu groß ist. Pressemitteilungen über den Vermieter, z.B. über seine Liquiditätsprobleme oder gar über den Eröffnungsantrag vermögen indessen eine schädliche Kenntnis des Mieters zu begründen.

#### **b) Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung**

Auch wenn der Vermieter die nachträgliche Anlage der Kautions vor der gemäß § 130 InsO kritischen Zeit vornimmt, ist die Insolvenzanfechtung nicht ausgeschlossen. Der BGH erweitert die Insolvenzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO zu einem für Vertragspartner des Schuldners gefährlichen Auffangtatbestand.<sup>49</sup> Anfechtbar sind nicht nur inkongruente, sondern auch kongruente Handlungen, die in den letzten zehn Jahren vor dem Insolvenzantrag oder danach mit dem Vorsatz vorgenommen wurden, die Gläubiger des Schuldners zu benachteiligen, wenn der Begünstigte zur Zeit der Handlung den Vorsatz kannte; es genügt die mittelbare Gläubigerbenachteiligung.

---

<sup>46</sup> Das Datum des Konkursantrags wird nicht mitgeteilt.

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 10. 2. 1971 – VIII ZR 182/69; BGHZ 55, 307 = NJW 1971, 1702.

<sup>48</sup> LG München I, Urt. v. 7. 9. 1988 – 15 S 5325/87, ZIP 1989, 254; ebenso *Derleder* ZIP 1988 415, 419 und NJW 1988, 2988, 2989.

<sup>49</sup> BGH, Urt. v. 17. 2. 2004 – IX ZR 318/01, ZIP 2004, 669 = ZInsO 2004, 385; BGH, Urt. v. 15. 5. 2004 – IX ZR 190/03, ZIP 2004, 1512 = ZInsO 2004, 859; BGH, Urt. v. 20. 12. 2007 – IX ZR 93/06, ZIP 2008, 420 = ZInsO 2008, 273.

Für die nachträgliche gesetzeskonforme Anlage der Mietkaution bedeuten dies:  
Die mittelbare Gläubigerbenachteiligung steht außer Zweifel, wenn der Vermieter seinem Vermögen Mittel entzieht, um sie dem Treuhandkonto gutzubringen. Auch wenn die Anforderungen an den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners bei einem kongruenten Deckungsgeschäft höher sind als bei einer inkongruenten Deckung, ist dem Vermieter als Schuldner bewusst, dass er andere fällige Verbindlichkeiten nicht erfüllen kann, wenn er nachträglich seinem Vermögen Mittel entzieht, um die Mietkautionen gesetzeskonform anzulegen. Ist Vermieter eine juristische Person, so handeln deren gesetzliche Vertreter vielfach in der Absicht, die eigene persönliche Haftung gemäß § 823 Abs. 2 i. V. m. § 551 BGB oder § 266 StGB zu umgehen. Auch dies ist ein Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.

Zum subjektiven Tatbestand auf Seiten des Begünstigten wird die ihm schädliche Kenntnis nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung des Schuldners die anderen Gläubiger benachteiligt. Der BGH lässt genügen, dass der Gläubiger Umstände kennt, die auf die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners schließen lassen.<sup>50</sup> Auf drohende Zahlungsunfähigkeit deutet schon hin, dass der Schuldner beträchtliche Verbindlichkeiten über einen längeren Zeitraum hinweg nicht erfüllt,<sup>51</sup> dass er geringe Forderungen langfristig nicht bedienen kann, lässt ebenfalls nicht auf Zahlungsfähigkeit schließen.

Dem folgend weiß auch ein Mieter, dass der Vermieter in der Regel eine Menge von Verbindlichkeiten zu bedienen hat und dass bei Vermögensverfall des Vermieters die nachträgliche treuhänderische Anlage der Kautions zu Lasten seiner anderen Gläubiger geht. Das dem Mieter nicht entgangene Hinausschieben der vom Vermögen des Vermieters getrennten Anlage der Kautions oder der Zugriff auf das Kautionskonto sind gewichtige Indizien dafür, dass der Mieter die auf drohende Zahlungsunfähigkeit, Gläubigerbenachteiligung und den dahingehenden Vorsatz des Vermieters hindeutenden Umstände kennt. Insbesondere sprechen dafür Presseartikel über die finanziellen Schwierigkeiten eines größeren Vermieters, z. B. Berichte, dass der Vermieter mit Zahlungen an die Versorgungsträger in Rückstand geraten, aus finanziellen Gründen zu erforderlichen Erhaltungsmaßnahmen nicht in der Lage oder es ihm noch nicht gelungen sei, die Mietkaution auf Sonderkonten anzulegen. Gefährlich ist das Einschreiten des örtlichen Mietervereins, der für eine Vielzahl von Mietern die gesetzeskonforme Anlage der Kautions anmahnt.

Der Gläubiger, der die für die drohende Zahlungsunfähigkeit und den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners sprechenden Umstände erkannt hat, muss die Gegenindizien darlegen und beweisen, die für deren Wegfall sprechen.<sup>52</sup> Um der späteren Anfechtung zu entgehen, muss der Mieter sich demnach vom Vermieter nachweisen lassen, dass dieser wieder in der Lage ist, seine sämtlichen Verbindlichkeiten im Wesentlichen zu erfüllen.<sup>53</sup> Empfehlenswert ist dieser Weg nicht. Vielmehr ist wegen des Anfechtungsrisikos davor abzuraten, bei bekannten Anzeichen einer finanziellen Krise des Vermieters die nachträgliche gesetzeskonforme Anlage durchzusetzen. Das Anfechtungsrisiko wirft sogar die Frage auf, ob der Mieter sich auf die vom Vermieter angebotene nachträgliche Anlage der Kautions auf einem Sonderkonto einlassen und die zu Recht zurückbehaltene Miete nachzahlen muss.

---

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 17. 2. 2004 – IX ZR 318/01, ZIP 2004, 669 = ZInsO 2004, 385; BGH, Urt. v. 15. 5. 2004 – IX ZR 190/03, ZIP 2004, 1512 = ZInsO 2004, 859; BGH, Urt. v. 20. 12. 2007 – IX ZR 93/06, ZIP 2008, 420 = ZInsO 2008, 273; BGH, Urt. v. 20. 11. 2008 – IX ZR 188/07, ZIP 2009, 189.

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 20. 11. 2008 – IX ZR 188/07, ZIP 2009, 189.

<sup>52</sup> BGH, Urt. v. 25. 10. 2001 – IX ZR 17/01, BGH 149, 100 = NJW 2002, 512 = ZIP 2001, 2235; BGH, Urt. v. 20. 11. 2001 – IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178 = NJW 2002, 515 = ZIP 2002, 87; BGH, Urt. v. 20. 11. 2008 – IX ZR 188/07, ZIP 2009, 189.

<sup>53</sup> BGH, Urt. v. 20. 11. 2008 – IX ZR 188/07, ZIP 2009, 189.

**Fazit:** Gesicherte Erkenntnisse kann dieser Beitrag nicht bieten. Angesichts der aufgezeigten Rechtsunsicherheit in mancherlei Hinsicht gilt es, Strategien zum Schutz des Mieters zu entwickeln. Ein hundertprozentiger Schutz wird nicht gelingen; allerdings sei daran erinnert, dass das Ausfallrisiko des Mieters letztlich geringer als das des Vermieters ist.