



Breiholdt Nierhaus Schmidt

**24. Pantaenius-Immobilientagung -
made by VNWI
05. Juli 2018, Düsseldorf**

**Mietkautionen und ihr Schicksal bei
Eigentümer- und Verwalterwechsel**

Referentin: RAin Ruth Breiholdt, Hamburg

Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Häufige Arten der Mietkaution in Praxis

- Keine gesetzliche, ggf. nur vertragliche Pflicht.
- Form der Sicherheit: abhängig von vertragl. Vereinbarung.
- Barkaution: bar oder Einzahlung auf Konto V.
- Verpfändung: M zahlt auf ihn ausgestelltes Sparbuch ein + verpfändet Recht auf Sparforderung an V.
- Verpfändung setzt voraus:
 - Vereinbarung eines dingl. Pfandrechts
 - Anzeige gegenüber Kreditinstitut

→ ...



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Arten der Mietkaution - Fortsetzung

- **Bürgschaft:** Dritter verpflichtet sich, für Forderungen V → M aus MV einzustehen.
- **Keine Mietsicherheit ist die notarielle Zwangsvollstreckungsunterwerfung des M bzgl. der Mietzahlungsansprüche des V.**

BGH, Urt. v. 14.06.2017, VIII ZR 76/16



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Arten der Mietkaution: Vor- und Nachteile

- **Barkaution: schneller Zugriff; Aufrechnungsmöglichkeit u. U. auch mit verjährten Forderungen.**
- **Bürgschaft: bei Bankbürgschaft Kreditwürdigkeit. Einrede der Vorausklage, es sei denn Verzicht auf Einreden. Bürgschaft sichert nur die Forderungen aus MV, für die Bürge einstandspflichtig, nicht nachträgliche Abreden zw. V + M, z.B. Vertragsverlängerung oder Erweiterung der Flächen.**



Zulässige Höhe der Sicherheit - Wohnraum

- **§ 551 I BGB: \leq dreifache Monatsmiete**
- **Monatsmiete = Miete ohne NK-pauschale oder NK-VZ, oder Inklusivmiete.**
- **Nachträgl. Erhöhung: unzulässig (auch bei Mieterhöhung); es sei denn §§ 563b III, 554a II BGB.**
- **Nachträgl. Reduzierung infolge Minderung:**
 - im Allg. ohne Einfluss;
 - bei unbehebbarem (anfängl.) Mangel: geminderte Miete für Berechnung maßgebend.
- **Im Einzelfall Überschreitung zulässig: freiwilliges Anbieten.**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Umgehung - Wohnraum

- **Nur formelle Aufnahme eines Dritten als „Mieter“ in MV mit alleinigem Zweck, zusätzliche Sicherheit zu erlangen, ohne mit diesem ein Mietverhältnis zu begründen, steht dem Schutzgedanken des § 551 I BGB entgegen.**
- **Dritter haftet für Mietrückstände weder aus Vertrag, noch aus einer Schuldübernahme oder Bürgschaftserklärung.**

LG Leipzig, NZM 2006, 175



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Aber ...

**Fall: M zahlt Mieten (je € 445) Juli + August 2007 nicht.
Wg. drohender fristloser Kündigung bat Schwester des
M den V, Rückstände aus Kautionsparbuch zu begleichen
und andere Sicherheit zu akzeptieren.
Schwester unterzeichnete Bürgschaftserklärung zu
Gunsten V für Mietzahlungen ihres Bruders.
Mieten Okt. + Nov. 2007 + ab Okt. 2008 offen.
V verklagt Schwester auf Zahlung.**

BGH, Urt. v. 10.04.2013, VIII ZR 379/12



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Lösung nach BGH: mit Erfolg in voller Höhe!

- **Einwand, nur 3 Mieten greift nicht.**
- **§ 551 I und IV BGB nicht anwendbar auf Sicherheiten, die dem V von Dritten zur Abwendung Kündigung wg. Zahlungsverzuges des M gewährt werden (so wie bei Bürgschaften Eltern für Kinder).**
- **Keine für den Mieter nachteilige Vereinbarung!**
- **Im Gegenteil: anderenfalls fristlose Kündigung.**
- **Unerheblich, ob Sicherheit verlangt oder aufgedrängt.**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Folgen der Überschreitung

- Sind mehrere Sicherheiten vereinbart:
Die Beträge sind zusammenzurechnen.
- Obergrenze überschritten:
 - Abrede nicht insgesamt unwirksam,
 - bleibt in zulässiger Höhe wirksam.
- Mehrere Sicherheiten, insoweit unwirksam wie Überschreitung vorliegt.
- M kann überzahlten Betrag zurück verlangen.
- § 812 BGB-Anspruch verjährt in Regelverjährung.



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Zulässige Höhe der Sicherheit - Gewerbe

- Höhe grundsätzlich nicht begrenzt.
- Unwirksam, wenn Höhe schikanös außerhalb eines nachvollziehbaren Sicherungsinteresses des V.
- I.d.R. nicht bei 7-fachen Monatsmiete in längerem MV.
- Auch AGB mit Unternehmer hält Generalklausel des § 307 BGB stand, wenn Kautionsbetrag drei Monatsmieten übersteigt.

OLG Brandenburg, ZMR 2006, 853



Fälligkeit

- **§ 551 II BGB: in 3 gleichen monatlichen Teilleistungen.**
- **1. Teilleistung: zu Beginn des MV (ZBR bei Nichtleistung).**
- **2. und 3. Teilleistung mit 2. und 3. Mietzahlung.**
- **Abweichende Vereinbarungen unwirksam, § 551 IV BGB.**
- **Unabhängig von Höhe.**
- **Unabhängig von anfänglicher Mietfreiheit.**
- **Auch nach Beendigung MV.**
- **Regelverjährung.**
- **Gewerbe: bereits vor Übergabe zulässig (→ ZBR).**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Verzug eröffnet Kündigungsmöglichkeit

- **Gesetzliche Grundlage: § 569a IIa BGB**
- **Fristlose Kündigung bei Verzug mit Erbringung der Kautions i.H.v. 2 Monatsmieten (exklusive NK-Pauschalen / NK-VZ).**
- **Verzug mit 2 Kautionsraten ausreichend, wenn Kautions über 3 NKM vereinbart.**
- **Keine vorherige Abmahnung.**
- **Schonfristzahlung/Übernahmeerklärung möglich.**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Anlage - § 551 III BGB

- **Barkaution bei Kreditinstitut zu dem für Spareinlagen mit 3-monatiger Kündigungsfrist übl. Zinssatz.**
- **Zinsen erhöhen Sicherheit.**
- **Getrennt vom Vermögen des V.**
 - **auf Treuhandkonto (Ander- oder Sonderkonto), versehen mit entsprechendem Vermerk bei Kontoeröffnung.**
- **Nur so Sicherung Aussonderungsrecht M nach § 47 InsO.**
- **Gewerbe: ohne andere Vereinbarung Verzinsungspflicht.**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Kein Verzug

- **M darf Zahlung der Kautions davon abhängig machen, dass V ihm insolvenzfestes Konto benennt.**

BGH, Urt. v. 13.10.2010, VIII ZR 98/10



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Folgen unzureichender Anlage

- **Keine Anlage auf offen ausgewiesenen Sonderkonto (Mietkautionskonto) → M hat ZBR an Mieten in Höhe der Kautions gemäß §§ 273, 274 BGB.**
- **Der fortdauernden treuhänderischen Bindung entsprechend gilt dies auch über das Ende des Mietverhältnisses hinaus.**

BGH, Beschluss v. 09.06.2015, VIII ZR 324/14



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Verwertung im laufenden Mietverhältnis

- **Kein Anspruch M auf Verwertung (Barkaution: keine Aufrechnungslage).**
- **V darf wegen streitiger Forderungen nicht verwerten.
BGH, Urt. v. 07.05.2014, VIII ZR 234/13**
- **Wegen unbestrittener oder rechtskräftig festgestellter Forderungen aber schon.**
- **Wiederauffüllungsanspruch des V in vereinbarter Höhe (unabhängig von nachträglichen Erhöhungen), auch noch nach Beendigung des MV.
BGH, Urt. v. 22.11.2011, VIII ZR 65/11**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Verwertung nach Vertragsende – aktuell !

- **Gleiches gilt nach Vertragsende.**
- **Kautions nur Sicherungsmittel, auch nach Vertragsende.**
- **Stillschweigendes Aufrechnungsverbot für streitige Forderungen aus Treuhandvereinbarung.**

AG Dortmund, WuM 2018, 204 (streitig)

- **Folge 1: V muss erst klagen und kann erst dann verwerten.**
- **Folge 2: M hat keinen Kautionsrückzahlungsanspruch, wenn streitige Gegenforderungen bestehen.**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Verwertung für anderes MV?

Fall: V rechnet gegenüber Kautionsrückzahlungsanspruch mit (behaupteten) Gegenansprüchen aus früherem MV der M mit anderem V über andere Wohnung auf, welche der frühere dem jetzigen V abgetreten hat.

Mieter klagen auf Rückzahlung der Kaution.

BGH, Urt. v. 11.07.2012, VIII ZR 36/12



Breiholdt Nierhaus Schmidt

- Lösung nach BGH: mit Erfolg, Aufrechnung unzulässig.**
- **Mangels anderweitiger ausdrücklicher Vereinbarung ist dem Treuhandcharakter der Mietkaution ein stillschweigendes Aufrechnungsverbot im Hinblick auf Forderungen zu entnehmen, die nicht aus dem MV stammen.**
 - **Mit derartigen Forderungen kann V gegenüber Anspruch M auf Kautionsrückzahlung auch dann nicht aufrechnen, wenn Kautionsrückzahlung bei Ende MV nicht für Forderungen des V aus MV benötigt wird.**



Verwertung bei streitigen Forderungen

- Verwertung auch wg. streitiger Forderungen (Mietende).
- Umkehrschluss aus dieser Entscheidung:
Aufrechnungsberechtigung mit (gesicherten) Forderungen aus diesem MV.
- Verwertung bei verpfändetem Sparbuch wäre auch bei streitigen Forderungen bei Pfandreife möglich (§§ 1282 I 1, 1228 II 1 BGB).
Hinz 37. Mietrechtstage (eid)
- Noch deutlicher bei Bürgschaft auf 1. Anfordern unter Verzicht auf die Einreden.



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Schicksal bei Verwalterwechsel

- **Mietrechtlich keine Besonderheiten:**
- **Barkaution, ist angelegt auf insolvenzfestem Konto des V.**
- **Verpfändetes Sparbuch: verpfändet an V.**
- **Bürgschaft zugunsten von V als Bürgschaftsnehmer.**



Schicksal bei Eigentümerwechsel

- **§ 566a S. 1 BGB: Mit Umschreibung im GB tritt Erwerber in die Rechte aus Mietkaution vollumfänglich ein.**
- **Gilt für alle Arten der Kautions.**
- **Kein Eintritt, wenn Umschreibung nach Beendigung MV.**
- **Erwerber kann von M Erbringung verlangen, wenn bisher nicht erfüllt, da mietrechtlicher Anspruch, in den Erwerber gemäß § 566 BGB an Stelle des Veräußerers eintritt.**
- **Kein Anspruch, wenn Kautions bereits an Veräußerer erbracht.**

→ ...



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Übergang von Sicherheiten

- **Barkaution: Anspruch Erwerber gegen Veräußerer auf Auszahlung Kautionsguthaben zzgl. Zinsen. Auch M kann Auszahlung an Erwerber verlangen.**
- **Verpfändetes Sparkonto: Erwerber wird kraft Gesetzes Pfandgläubiger + gemäß § 952 BGB Eigentümer am Sparbuch.
Veräußerer = Besitzer Sparbuch: Herausgabeanspruch des Erwerbers aus § 985 BGB.**
- **Mietbürgschaft: Übergang qua Gesetzes. Nur Erwerber kann noch Ansprüche aus Bürgschaft erheben.**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Inanspruchnahme bei Eigentumsübergang

- **Bis Eigentumsumschreibung:**
Veräußerer darf auf Kautio**n** zugreifen, aber Verwertung nur bzgl. rechtskräftig festgestellter oder unstreitiger Forderungen.
- **Nach Eigentumsumschreibung:**
Veräußerer kann nicht mehr aufrechnen → bzgl. seiner Zahlungsansprüche ggf. Zahlungsklage.
Erwerber kann in Anspruch nehmen.



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Inanspruchnahme durch Veräußerer

- **Veräußerer hat Mietsicherheit berechtigt in Anspruch genommen:**
 - ➔ **Wiederauffüllungsanspruch des Erwerbers gegen M, § 240 BGB.**
- **Veräußerer hat Mietsicherheit unberechtigt in Anspruch genommen:**
 - ➔ **Schadenersatzanspruch des Erwerbers gegen Veräußerer auf Wiederauffüllung der Kautions, §§ 280 f BGB, da er dem M zur Rückgewähr verpflichtet ist.**



Praxistipp für Erwerber (neuer Verwalter)

- **Erwerber (bzw. dessen Verwalter) muss sich Kautionen vom Veräußerer herausgeben lassen, da er für Rückgewähr haftet, unabhängig davon, ob er sie vom Veräußerer erhalten hat oder nicht, § 566a S. 1 BGB.**
- **Im Kaufvertrag sollten alle geleisteten Kautionen möglichst genau aufgelistet sein, + Zusicherung der Vollständigkeit und Richtigkeit von Veräußerer gefordert werden.**
- **Bzgl. widerrechtlich verwerteter Kautionen Schadenersatz auf Wiederauffüllung gegen Veräußerer durchsetzen.**



Haftung des Veräußerers

- **Veräußerer bleibt zur Rückgewähr verpflichtet, unabhängig davon, ob er Kautions an Erwerber ausgehändigt hat, wenn M Sicherheit vom Erwerber bei Beendigung nicht erlangen kann, § 566 S.2 BGB.**
- **Nicht abdingbar.**
- **Praxis: Auf Grundlage Vereinbarung in Kaufvertrag schreibt Veräußerer M an + bittet unter Fristsetzung um Zustimmung zur Übertragung auf Erwerber. Nach fruchtlosem Ablauf, Kautions an M zurück.**
- **Risikant! Warum? → ...**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

- **Auf Zustimmung kommt es nicht an.**
- **In Rechte und Pflichten aus Kautio tritt Erwerber qua Gesetzes – ohne Mitwirkungshandlung des M – ein, §§ 566 I, 566a BGB.**
- **Kehrt Veräußerer Kautio an M aus, so entsteht kein Wiederauffüllungsanspruch des Erwerbers.**
- **Anspruch auf Erbringung der Mietsicherheit bereits erfüllt.**



Praxistipp - verpfändetes Sparbuch

- **Beim Eigentümerwechsel oft Weigerung Bank, verpfändetes Sparguthaben an Erwerber auszukehren.**
- **Was tun als Verwalter?**
- **Kontoführende Bank unter Fristsetzung und unter Vorlage auf Verwalter lautender Originalvollmacht des Eigentümers anschreiben mit Aufforderung, Kautionsguthaben auszuzahlen unter Spezifizierung der Forderungen.**
- **Unbedingt Grundbuchauszug beifügen, aus dem sich lückenlos Erwerberkette und Vermieterstellung des aktuellen Eigentümers ergibt.**



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Kautionsrückzahlungsanspruch

- Rückgewähr, sobald V Kaution nicht mehr benötigt.
BGH, Urt. v. 18.01.2006, VIII ZR 71/05
- Kautionsrückzahlungsanspruch M erst fällig, wenn
 - angemessene Überlegungsfrist abgelaufen,
 - dem V keine Forderungen mehr aus MV zustehen.BGH, Urt. v. 20.07.2016, VIII ZR 263/14
- Abrechnungs- (Überlegungs-) frist abhängig von Umständen Einzelfall.
- (Abrechnungspflicht nur bei Barkaution.)
- Kann mehr als 6 Monate für V erfordern, zumutbar für M.
BGH, ZMR 1987, 412



Überlegungsfrist - Einzelfall

- Die „ominöse“ (Häublein) 6-Monats-Frist gibt es nicht.
- Abhängig von in Betracht kommenden Forderungen.
 - nur Mietforderungen: kurze Frist
 - SE-Forderungen wg. Sachbeschädigung oder unterlassener Schönheitsreparaturen: längere Frist.
 - BK-Nachforderung: streitig, ob sofort, wenn V in der Lage, oder Frist des § 556 III 3 BGB (hM).
- Anspruch M auf Auskunft über die für den Rückgewähranspruch relevanten Umstände, fällig bei Mietende + Rückgabe (Häublein, ZMR 2017, 445 (452)).



Teilrückgewähr, insbes. BK-Nachforderung?

- Anspruch auf Teilrückerstattung, wenn Sicherungsbedürfnis nur noch teilweise besteht?
- Ja, da ZBR aus Sicherungsabrede nur insoweit, wie Kautio
noch zur Sicherung von Ansprüchen benötigt.
BGH, Urt. v. 18.01.2006, VIII ZR 71/05
- Bei Barkautio anerkannt.
- Bei verpfändetem Sparguthaben: Wenn M Teilrückgewähr
verlangt, Auszahlung Geldbetrag zulässig.
- Bei Bürgschaft: nur Zug um Zug Austauschsicherheit.
Problem: Muss jede akzeptiert werden?



Breiholdt Nierhaus Schmidt

Höhe des Einbehalts bei Bk-Nachforderung

- Häublein: Bei längerem MV: durchschnittliche Belastung der letzten 3 Jahre + 50 % - 100 % Sicherheitszuschlag (pro rata temporis).
- 3 – 4 Vorauszahlungsbeträge.
- Hinz: letzte Nachforderung + 50 % Zuschlag



Breiholdt Nierhaus Schmidt

**So, nun nur noch das
Unterhaltungsprogramm,
und dann Party !**