

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	27
A. Einführung in die Fragestellungen und praktische Relevanz	27
B. Gang der Untersuchung	29
C. Wirtschaftlicher und rechtspolitischer Hintergrund der Mietkaution	31
D. Die rechtliche Durchdringung der Materie	32
E. Überblick über die mietrechtlichen Sicherungsarten	34
I. Das Vermieterpfandrecht	35
II. Vertragliche Sicherheitsleistungen	36
1. Die einzelnen Formen dispositiver Sicherheitsleistungen	36
a. Zahlung einer Geldsumme	37
b. Bürgschaft und Kautionsversicherung	37
c. Mieterkonto: Sicherungsabtretung, Verpfändung und Sperrvermerk	38
d. Sonstige	39
2. Mietrechtliches Kumulationsverbot	39
a. Wohnraummiete	40
b. Gewerberaum- und Grundstücksmiete	42
F. Begriffsbestimmungen: „Sicherheitsleistung“, „Mietkaution“ und „Barkautio“	42
I. Indifferenter Sprachgebrauch der Praxis	42
II. Sprachliche Wurzeln der „cautio“	43
III. Gesetzlich zugrunde gelegtes Verständnis	44
IV. Die „Mietkaution“ im Sinne der nachfolgenden Untersuchung	47
Erstes Kapitel: Das Mietkautionsverhältnis	49
A. Die Sicherungsabrede	49
I. Regelungsaufgaben und Regelungswirklichkeit: Relevanz der §§ 133, 157 BGB	50
II. Das Verhältnis zum zugrunde liegenden Mietvertrag	51
III. Die Parteien der Sicherungsabrede – Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer	52

B. Der Anspruch auf Kautionsleistung	53
I. Bestehen des Anspruchs	53
1. Anspruchshöhe	54
2. Entstehen und Fälligkeit	56
a. Wohnraummiete	57
b. Gewerberaum- und Grundstücksmitte	58
3. Verzug des Mieters	58
4. Verjährung	60
5. Erlöschen	61
a. Erfüllung	62
aa. Leistung	62
bb. Aufrechnung	62
b. Zeitliche Grenze: Entfallen des Sicherungszwecks	64
II. Zurückbehaltungsrechte des Mieters	65
1. Zurückbehaltungsrecht an der Kauton wegen Ansprüchen außerhalb des Sicherungsverhältnisses	65
2. Zurückbehaltungsrecht an der Kauton wegen Verletzung der Anlageverpflichtung	66
3. Zurückbehaltungsrecht an der Kauton bis zur Benennung eines „insolvenzfesten“ Mietkautionskontos?	66
C. Die geleistete Mietkauton	68
I. Qualifizierung der dinglichen Rechtsposition des Vermieters bei der Barkauton	68
1. Der sich aus der Sicherungsabrede ergebende Wille der Sicherungsparteien	69
2. Wohnraummiete: Folgerungen aus der Anlageverpflichtung	69
a. Rechtsfolgen der Sparanlage: Entstehen eines abstrakten Anspruchs	70
b. Kein Pfandrecht am Geld	70
c. Irreguläres Nutzungspfandrecht?	70
aa. Frühere Begründungsansätze zur Verzinsungspflicht	71
bb. Der Rechtsentscheid des Bundesgerichtshofs vom 8.7.1982	71
cc. Die Entwurfsbegründung zu § 550 b Abs. 2 BGB a.F.	72
d. Sicherungsübertragung des Vollrechts	74
3. Gewerberaum- und Grundstücksmitte	76
4. Charakterisierung der Sicherungsübertragung	76
a. Schuldrechtlicher Vertrag	77
b. Das dingliche Vollrecht an der Sicherheit	77
c. Annäherung an das Pfandrecht	78

5. Fazit	79
II. Die Anlage- und Verzinsungspflicht des Vermieters	80
1. Wohnraummiete	80
2. Gewerberaum- und Grundstücksmiete	83
III. Schuldrechtliche Einordnung der Kautionsverwaltungsbindung	85
D. Der Treuhandcharakter der Mietkaution	86
I. Die Bedeutung des Treuhandcharakters für die Fragestellungen der Arbeit	87
II. Anknüpfungspunkte	87
1. § 551 Abs. 3 S. 1 und 3 BGB	88
2. Gewerberaum- und Grundstücksmiete	90
III. Die Treuhand als Rechtskonstruktion	91
1. Interessenlage	91
2. Rechtshistorische Entwicklung	92
a. Die fiducia des römischen Rechts	92
b. Kanonisches Recht	93
c. Deutschrechtliche Treuhand	94
d. Bestrebungen im Rahmen der einheitlichen Kodifikation des Bürgerlichen Rechts	94
e. Letzte Kodifikationsempfehlungen anlässlich des 36. Deutschen Juristentags 1931	95
3. Die heutige Treuhand	96
a. Der Treuhandbegriff	96
b. Kategorisierungen	98
aa. Einordnung nach der eingeräumten Rechtsmacht: Vollrechts-, Ermächtigungs-, Vollmachtstreuhand	98
bb. Einordnung nach dem verfolgten Zweck	99
(1) Sicherungs- und Verwaltungstreuhand	99
(2) Eigennützige und fremdnützige Treuhand	101
cc. Einordnung nach der Erkennbarkeit: Offene und verdeckte Treuhand	101
dd. Einordnung nach Art der Begründung der Treuhand	102
(1) Die Übertragungstreuhand	102
(2) Die Erwerbstreuhand	103
(3) Die sog. Vereinbarungstreuhand	103
ee. Zusammenfassung: Die Einordnung der Mietkaution	104
4. Die Wirkungen echter Treuhandverhältnisse	104
a. Die Ausgangslage: „unbeschränktes Können bei beschränktem Dürfen“	105

b. Die schuldrechtliche Treuhandabrede als Ort der Erzeugung der Außenwirkungen?	105
aa. Die Ansicht Löhnigs	106
bb. Die Ansicht Grundmanns	107
cc. Zwischenfazit	109
c. Geibel: Treuhandvermögen als Gesamthandsvermögen	110
d. Dingliche Rechtsposition des Treugebers am Treugut?	111
e. „Quasidingliche“ Wirkungen der Vollrechtstreuhand?	112
aa. Die Charakterisierung der „Quasidinglichkeit“	113
bb. Die gängigen Eingrenzungskriterien	115
(1) Das Unmittelbarkeitskriterium	116
(2) Das Offenkundigkeitskriterium	117
(3) Das Kriterium der Mittelherkunft	118
(4) Das Bestimmtheitskriterium	119
(5) Das Vermögenstrennungskriterium	119
(6) BGHZ 155, 227 ff – Abkehr von der „Unmittelbarkeit“ und Postulat einer „dinglichen Komponente“?	120
f. Stellungnahme und Thesenerarbeitung	122
aa. Die Determinierung des Systems der haftungsrechtlichen Zuordnung durch die Ausgestaltung der Interventionsrechte gem. § 47 InsO und § 771 Abs. 1 ZPO	123
(1) Ausgangspunkt: Grundsatz der Haftungsbeschränkung auf das schuldnerische Vermögen	125
(2) Grammatikalische Auslegung	125
(a) Das „die Veräußerung hindernde Recht“ des § 771 Abs. 1 ZPO	125
(b) Anspruch auf Aussonderung aufgrund „dinglichen oder persönlichen Rechts“ gem. § 47 InsO / § 43 KO	126
(3) Historische Auslegung	128
(a) § 771 Abs. 1 ZPO	128
(b) § 47 S. 1 InsO / § 43 KO	128
(4) Teleologische Auslegung	129
(a) § 771 Abs. 1 ZPO	130
(b) § 47 InsO / § 43 KO	131
(5) Zwischenrésumé	133

bb. Die gesetzliche Privilegierung einzelner Treuhandverhältnisse als dogmatische Kehrtwende und Legitimationsgrundlage für die Anerkennung der Treuhand	134
cc. Keine Notwendigkeit einer sog. „dinglichen Komponente“ der Treuhand	135
dd. Die Grundlage der Außenwirkungen der Treuhand	137
(1) Das Erfordernis der Publizität	139
(a) Die Entscheidung des Gesetzgebers des Bürgerlichen Gesetzbuchs	139
(b) Die Prägung des Sachenrechts durch Publizität	140
(c) Die Prägung des Gesellschaftsrechts durch standardisierten Gläubigerschutz	141
(d) Zwischenfazit	142
(e) Relevanz des Publizitätsaspektes auch für § 47 InsO und § 771 ZPO?	144
(f) Vereinbarkeit mit den vom Parteiwillen getragenen Zielen der Gestaltung?	146
(g) Zwischenfazit	147
(2) Das Erfordernis der Trennung der Vermögensmassen	148
(3) Das Erfordernis der Herkunft des Treuguts aus dem „juristischen Vermögen“ des Treugebers	151
(a) Ausgangslage: Untauglichkeit des Unmittelbarkeitsprinzips für die Kontenfälle	151
(b) Die Rechtfertigung einer Surrogation des Treuguts: wirtschaftliches Entstammen	153
(aa) Die maßgeblichen Orientierungslinien: Gläubigergleichbehandlung und haftungsrechtliche Zuordnung	153
(bb) Die Neutralität des Treuhandgeschäfts für den Treuhänder und die im Verhältnis zum unbeteiligten Rechtsverkehr „nähere“ Position des schuldrechtlich berechtigten Treugebers	154
(c) Die notwendige Voraussetzung der Surrogation: der gegenstandsbezogene Treuhänderwille	156
(d) Die Präzisierung des surrogationsfähigen Treuguts	157
(e) Zwischenfazit	160
(4) Zwischenfazit	160

ee. Die einzelnen Wirkungen	161
(1) Die Binnenwirkung: Unbeschränkte schuldrechtliche Treuhandbindung inter partes	162
(2) Die Außenwirkungen	162
(a) Kein Verfügungs- und Sukzessionsschutz	162
(b) Voller Vollstreckungsschutz und Insolvenzfestigkeit	163
(c) Uneinheitlicher Schutz vor Pfandrechtsbestellungen wegen persönlicher Forderungen gegen den Treuhänder	164
(d) Eingeschränkter Klagschutz	165
(3) Zwischenfazit	166
g. Fazit: Entstehen eines geschützten „Sondervermögens“	167
aa. Fälle gesetzlicher Sondervermögen	167
bb. Übertragbarkeit auf die rechtsgeschäftliche Treuhand	169
5. Überprüfung der Thesen auf ihre Gültigkeit in den Fällen gesetzlicher Regelungen	171
a. Fälle ausschließlich rechtsgeschäftlicher Ausgestaltung	171
b. Fälle gesetzlicher nicht spezifisch treuhandrechtlicher Sonderbestimmungen	171
c. Fälle gesetzlicher spezifisch treuhandrechtlicher Sonderbestimmungen: Ausgestaltungen und Fiktionen	172
IV. Die Anwendung der Treuhanddogmatik auf die Mietkaution	174
1. Bezugspunkt der treuhänderischen Bindung	175
2. Wohnraummiete	176
a. Wortlaut des § 551 Abs. 3 S. 1 und 3 BGB	176
b. Gesetzesbegründungen zu § 550 b Abs. 2 S. 1 BGB a.F. und zu § 551 Abs. 3 BGB n.F.	177
3. Gewerberaum- und Grundstücksmiete	180
4. Inhalt und Voraussetzungen des Anspruchs auf getrennte Anlage	180
5. Verjährung des Primäranspruchs auf getrennte Anlage	182
6. Die Hilfsansprüche des Mieters zur Durchsetzung der getrennten Anlage	183
a. Nachweisanspruch vor Kautionsleistung	183
b. Ansprüche nach Kautionsleistung	184
7. Fazit: Gleichlauf der Treuhandmechanismen für alle Mietrechtsfälle	185
E. Treuhandspezifische Pflichtverletzungen des Vermieters und ihre Konsequenzen im relativen Verhältnis der Vertragsparteien	185
I. Die in Betracht kommenden Pflichtverletzungen	186

II. Bürgerlichrechtliche Konsequenzen	186
1. Qualifizierung des resultierenden Mieteranspruchs	187
a. Situation im Fall der niemals angelegten Mietkaution	187
b. Situation nach treuwidriger Inanspruchnahme des Kautionsguthabens	188
2. Inhalt der Sekundäransprüche	190
a. Schadensersatzansprüche	190
b. Bereicherungsansprüche	191
c. Einheitliche Voraussetzung einer fortbestehenden Bereicherung des Vermietersvermögens	192
3. Verjährung der Sekundäransprüche	193
4. Beweislastfragen und Prozessuales	193
a. Beweislast	194
b. Streitverkündung bei § 771 ZPO	194
c. Auskunftsanspruch bei § 47 InsO	195
5. Möglichkeiten des Mieters zur Durchsetzung einer Neuanlage	195
6. Rücktritt	197
III. Zur Ergänzung: Strafrechtliche Konsequenzen	200
F. Die Sicherungs- und Verwertungsberechtigung des Vermieters	205
I. Der Sicherungsumfang	205
1. Wohnraummiete	205
2. Gewerberaum- und Grundstücksmitte	207
3. Fazit	207
II. Akzessorietät zwischen den gesicherten Forderungen und der Mietkaution?	207
III. Die Verwertungsberechtigung des Vermieters	208
1. Voraussetzung der Verwertung: Eintritt des Sicherungsfalls	209
a. Verzug des Mieters	209
b. Verwertung nach Beendigung des Mietverhältnisses	210
c. Verwertung während des laufenden Mietverhältnisses?	211
2. Der Zugriff auf die Kautio als Option, nicht als Zwang	214
3. Verwertungsvollzug	214
a. Verhältnis zum kontoführenden Kreditinstitut	214
b. Verhältnis zum Mieter	215
aa. Aufrechnung gem. §§ 387 ff BGB gegen den Rückzahlungsanspruch	215
bb. Verrechnungsabrede	216
cc. Vertrag zur Begründung einer einseitigen Aufrechnungsbefugnis	217
(1) §§ 133, 157 BGB	218

(2) Beständigkeit der Aufrechnungsbefugnis gem. § 406 BGB	218
dd. Kießling: Verpfändung des Rückzahlungsanspruchs	220
ee. Verwertungsvollzug im Verhältnis zum Sondervermögen	220
IV. Fazit	222
G. Das von der Kautionsabrede geprägte Verhältnis von Haftungssubstrat, Sicherungsrecht, Verwertungsrecht und Wahlrecht	222
I. Die funktionalen Wirkungsrichtungen der Kautionsabrede	223
1. Vermögenszuordnungsfunktion: Kautionsabrede als Treuhandaabrede	223
2. Sicherungsrechtsgestaltende Funktion: Kautionsabrede als Sicherungsabrede	223
II. „Monistische“ Sichtweise: Reduzierung des Vollrechts auf ein Verwertungsrecht als „Ausschnitt“ aus dem Vollrecht?	224
III. „Dualistische“ Konzeption eines sich auf das Sicherungsgut beziehenden schuldrechtlichen Sicherungs- und Verwertungsrechts als Korrelat zur schuldrechtlichen Treuhandbindung	225
1. Der Vergleich mit der Pfandrechtskonstruktion	225
a. Die „zwei Rechtsgehalte“ des Pfandrechts	226
b. Die Übertragbarkeit auf die Situation der Sicherungsübertragung	227
2. Gesetzliche Behandlung des Sicherungs- und Verwertungsrechts als abstrakte Position	229
a. §§ 51 Nr. 1, 166 Abs. 1 u. 2 InsO – insolvenzrechtliche Argumente?	230
b. Argumente der mietrechtlichen Sukzession: § 566 a BGB	233
3. Akzessorietät zwischen Sicherungsrecht und Sicherungsgegenstand	236
IV. Erfüllungswirkung bei Verwertung der sicherungshalber geleisteten Mietkaution	238
1. Kautions als Sondervermögen	238
2. Leistung der Mietkaution sicherungshalber: Einräumung des Vermieter-Wahlrechts	239
3. Erfüllungsweg und Erfüllungszeitpunkt: Aufhebung der treuhänderischen Bindung	239
4. Der Zeitpunkt der Aufhebung der treuhänderischen Bindung	240
5. Der Umfang der Aufhebung der treuhänderischen Bindung	241
6. Die Wertung des § 1229 BGB	241
V. Fazit	242



H. Der Rückgewähranspruch des Mieters	243
I. Anspruchsinhalt	244
II. Das Verhältnis des Anspruchs zur Treuhandbindung des Kautionsguthabens	245
III. Entstehen und Fälligkeit	245
IV. Verjährung	248
V. Zurückbehaltungsrechte und Aufrechenbarkeit	248
1. Kein Zurückbehaltungsrecht des Vermieters	248
2. Kein Aufrechenbarkeit mit sicherungszweckfremden Forderungen	249
VI. Prozessuale Durchsetzung	249
I. Auswechslung des Berechtigten aus der Sicherungsabrede aufgrund Rechtsgeschäfts	250
I. Die Zessionsfälle	251
1. Abtretbarkeit des Anspruchs auf Kautionsleistung	251
2. Abtretbarkeit des Sicherungs- und Verwertungsrechts	253
II. Die mietrechtliche Sukzession in das Kautionsverhältnis	254
1. Zum Hintergrund der Sukzessionsvorschriften: dingliche oder obligatorische Berechtigung des Mieters?	255
2. Rechtsnatur des „Eintritts“ gem. § 566 BGB	257
3. Bei Veräußerung noch unerfüllter Anspruch auf Sicherheitsleistung	258
4. Bereits vor Veräußerung geleistete Mietsicherheit	261
a. Die frühere Regelung in § 572 BGB a.F.	262
b. Die heutige Sukzession nach § 566 a BGB	263
aa. Rechtserwerb	265
(1) Sicherungs- und Verwertungsrecht	265
(2) Anspruch auf Übertragung des Eigentum oder der Inhaberschaft am Sicherungsgegenstand gegen den Veräußerer	266
bb. Pflichtenerstreckung	269
(1) Zeitliche Grenzen des Eintritts	270
(2) Voraussetzungslose Haftung auf Rückzahlung gem. § 566 a S. 2 BGB	272
(3) Begrenzung auf die Rückzahlungshaftung nach § 566 a S. 2 BGB	273
5. Taktik, Beweislastfragen und Prozessuales	274

J. Zusammenfassende Analyse für den „kritischen Fall“ der Kautionsssammelkonten	276
K. Zusammenfassung	279
 Zweites Kapitel: Auswirkungen der Zwangsvollstreckung Dritter auf das Kautionsverhältnis	 281
A. Pfändungen von Mieteransprüchen	281
I. Rechtsbehelf des Vermieters: § 805 ZPO oder § 771 ZPO?	282
1. Der eingeschränkte Tatbestand des § 805 ZPO als Ausgangslage der Entscheidung	282
2. Das „die Veräußerung hindernde Recht“ des Vermieters gem. § 771 Abs. 1 ZPO	284
3. Widerspruch zur insolvenzrechtlichen Behandlung der Sicherungsübertragungen?	284
4. Das Recht des Vermieters in seiner Rolle als Treuehmer	286
5. Reichweite der Intervention gem. § 771 ZPO	287
6. Fazit	288
II. Pfändung in das Kautionsguthaben	288
III. Pfändung des Rückzahlungsanspruchs	288
B. Problemaufriss: Vermieter als Schuldner	290
C. Forderungs- und Rechtspfändung gem. §§ 829 ff ZPO	291
I. Rechtsbehelf des Mieters: § 771 ZPO	292
1. Das „die Veräußerung hindernde Recht“ des Mieters gem. § 771 Abs. 1 ZPO	292
2. Beschränkung der Urteilswirkung analog § 772 S. 1 ZPO?	293
II. Pfändung des Sicherungs- und Verwertungsrechts	296
1. Erstreckung gem. §§ 829 ZPO, 1289, 401 BGB?	296
2. Gesonderte Pfändung gem. §§ 857 Abs. 1, 835, 844 ZPO?	296
a. Sicherungsrecht	297
b. Verwertungsrecht	298
3. Ergebnis	298
III. Pfändung in das Kautionskonto	299
1. Nach Wegfall des Sicherungszwecks	299
2. Vor Eintritt der Verwertungsreife	300
3. Nach Eintritt der Verwertungsreife	300
a. Nach Wahlrechtsausübung des Vermieters	301
b. Vor Wahlrechtsausübung des Vermieters	301
c. Konsequenzen für das Sicherungsverhältnis	304

4. Verfahren	304
IV. Pfändung des Kautionsleistungsanspruchs	305
V. Pfändung in die gesonderte, aber nicht angelegte Kautionssumme	306
D. Problemaufriss: Immobiliervollstreckung gegen den Vermieter	308
E. Zwangsversteigerung der vermieteten Immobilie	308
I. Einwirkung auf grundstücksbezogene Rechtsverhältnisse	309
II. § 57 ZVG	310
F. Zwangsverwaltung	312
I. Ausgangslage	314
II. Ziele und Strukturen der Zwangsverwaltung	317
1. Gesetzssystematik	317
2. Charakter als Einzelvollstreckungsmaßnahme	318
3. Die Verfahrensbeteiligten	320
4. Befriedigung aus den Nutzungen des Zwangsverwaltungsobjekts	321
5. Übergang der Verwaltungs- und Benutzungsbefugnis auf den Zwangsverwalter	322
6. Die rechtliche Stellung des Schuldners (= Vermieters)	323
a. Die Beschlagnahme als relevanter Zeitpunkt	324
b. Umfang des Entzugs der Verwaltungs- und Benutzungsbefugnis	324
c. Materielle Rechtsstellung des Schuldners	325
7. Die rechtliche Stellung des Zwangsverwalters	326
a. Keine Bedeutung des Theorienstreits	326
b. Einordnung des Verwalterhandelns in das System der Rechtsgebiete	327
III. Erstreckt sich die Zwangsverwaltung auf die Mietkau-tion?	329
1. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kautionsherausgabe	330
a. Der Beschluss des V. Zivilsenats vom 14.4.2005, Az.: V ZB 6/05	330
b. Der Beschluss des I. Zivilsenats vom 21.2.2008, Az.: I ZB 66/07	331
c. Kritik	332
2. Zwangsverwaltungsunterworfenheit ohne Beschlagnahme?	335
a. Wortlaut der §§ 148 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 152 Abs. 1 u. 2 ZVG	336
b. Historische Anhaltspunkte	338

c. Strukturelle Überlegungen	340
aa. Sonderung und Absicherung der der Befriedigung unterliegenden Vermögensgegenstände: Bildung der „Befriedigungsmasse“	340
bb. Zuweisung der zur Tätigkeit des Verwalters notwendigen Vermögensgegenstände: Bildung der „Verwaltungsmasse“	342
cc. Hoheitlicher Charakter des Vollstreckungsrechts	344
d. Vergleich mit der Rechtsprechung zur Urkundenherausgabe	346
e. Bewertung und Zusammenfassung	347
3. Unterfällt die Mietkaution der Beschlagnahme?	348
a. §§ 146 Abs. 1 S. 1, 20 Abs. 2 ZVG, 1120 BGB	348
b. §§ 148 Abs. 1 S. 1, 21 Abs. 2 ZVG, 1123 Abs. 1 BGB	349
c. § 152 Abs. 1 u. 2 ZVG	350
aa. Wortlaut	350
bb. Normhistorie	351
cc. Systematik	353
dd. Bewertung und Zusammenfassung	355
d. Die einzelnen mietvertraglichen Rechtspositionen	356
aa. Schuldrechtliche Rechte aus dem Mietvertrag	356
(1) Der Anspruch auf Kautionsleistung	357
(2) Das Sicherungs- und Verwertungsrecht	358
bb. Rechte bei vor Verfahrensanordnung erfolgter Kautionsleistung	358
(1) Die identifizierbar vorhandene Geldsumme	359
(a) Die Grenzen des § 152 Abs. 1, HS 1, Abs. 2 ZVG	359
(b) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Haftung der Bürgenforderung	360
(c) Vollstreckungsrechtlicher Surrogationsgedanke	361
(2) Das Kautionskonto	366
(3) Ersatzansprüche bei vom Schuldner veruntreuter Kautionsleistung?	367
4. Zusammenfassung	367
IV. Der Pflichtenkanon des Zwangsverwalters gegenüber dem Mieter im Hinblick auf die Mietkaution	369
1. Ausgangslage	369

2. Die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Kautionsrückzahlung in der Zwangsverwaltung	371
a. Die frühere Auffassung: Das Urteil vom 20.9.1978, Az.: VIII ZR 2/78	371
b. Exkurs: Die Rechtsprechung des Senats zur Betriebskostenabrechnung und -rückzahlung	372
c. Die Kehrtwende bei der Mietkaution: Das Urteil vom 16.7.2003, Az.: VIII ZR 11/03	374
d. Das Urteil vom 9.3.2005, Az.: VIII ZR 330/03	376
e. Das Urteil vom 3.5.2006, Az.: VIII ZR 210/05	378
f. Kritik	379
3. Die Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs zur Anlageverpflichtung des Zwangsverwalters und zum Zurückbehaltungsrecht des Mieters	384
a. Das Urteil vom 11.3.2009, Az.: VIII ZR 184/08	385
b. Das Urteil vom 23.9.2009, Az.: VIII ZR 336/08	385
c. Kritik	386
4. Die Entscheidung des IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs v. 11.10.2007	388
5. Die Bindung des Verwalters an die Vermieterpflichten gem. § 152 Abs. 2 ZVG	389
a. Wortlaut	393
b. Normhistorie	394
aa. § 193 Abs. 2 S. 2 der Erstentwurfssfassung	394
bb. § 197 S. 3 / § 197 Abs. 2 der Entwurfssfassungen	395
cc. Auswertung	396
c. Systematisch-teleologische Gesichtspunkte	398
aa. Befriedigungsmasse und Befriedigungsreihenfolge	398
(1) Verhältnis zu den §§ 155 Abs. 1, 152 Abs. 1 HS 1, § 155 Abs. 2, § 10 Abs. 1 Nr. 4 u. 5 ZVG	399
(2) Vorschusspflicht der Gläubiger, § 161 Abs. 3 ZVG	401
bb. Aufrechnungsbeschränkungen	403
(1) Verhältnis zwischen § 152 Abs. 2 ZVG und den §§ 392, 1125, 1124 Abs. 2 BGB	403
(2) Vergleich mit der Mietpfändung aufgrund dinglichen Titels	405
cc. Auswertung	408

d. Treuhandspezifische Ansatzpunkte für die Beurteilung der kautionsbezogenen Pflichten des Verwalters gegenüber Mieter	409
aa. Einordnung der fraglichen Ansprüche	409
(1) Getrennt gehaltene Mietkaution	410
(2) „Vorübergehend“ nicht getrennt gehaltene Mietkaution	410
(3) „Dauerhaft“ nicht getrennt gehaltene und zweckwidrig verbrauchte Mietkaution	411
bb. Vergleich mit der Forderungspfändung in ein abredewidrig geführtes Treuhandkonto	412
cc. Auswertung	413
e. Zusammenfassung	414
aa. Grundsatz: Keine Einstandspflicht des Zwangsverwalters für vor Verfahrensanordnung entstandene Mieteransprüche	414
bb. Anwendung der §§ 392, 1125, 1124 Abs. 2 BGB	415
6. Zwischenfazit	416
G. Zusammenfassung	416
 Drittes Kapitel: Auswirkungen der Insolvenz der Parteien auf das Kautionsverhältnis	419
 A. Das Schicksal der Kautionsabrede	419
I. Erlöschen der Sicherungsvereinbarung gem. §§ 116 S. 1, 115 Abs. 1 InsO?	419
II. Wahlrecht des Insolvenzverwalters gem. § 103 InsO?	420
III. § 108 Abs. 1 S. 1 InsO	421
1. Fortbestand mit dem Mietverhältnis im Normalfall	421
2. Teleologische Reduktion auf die Fälle der bereits überlassenen Mietsache: Das Urteil des Bundesgerichtshofs v. 5.7.2007	422
B. Das Schicksal der Rechtsposition des Vermieters in der Mieterinsolvenz	424
I. Aussonderung des Kautionsguthabens gem. § 47 S. 1 InsO?	425
II. Abgesonderte Befriedigung des Vermieters aus der Mietkaution	426
1. Das Absonderungsrecht	426
a. Materiellrechtlich zugrunde liegendes Recht	427
aa. Einordnung als Sicherungsübertragung gem. § 51 Nr. 1 InsO	427
(1) Erfordernis der Übertragung	428

(2) Das Vollrecht in Verbindung mit dem Sicherungsrecht als materielle Rechtsposition des Vermieters	429
bb. Grenzen des Sicherungsrechts	430
b. Verhältnis zur Aufrechnungskonstruktion	431
2. Beschränkung der Absonderungsbefugnis nach § 50 Abs. 2 S. 1 InsO?	431
3. Die Verwertungsbefugnis	433
III. Insolvenzfestigkeit des Sicherungsrechts- und Verwertungsrechts im Hinblick auf nach Verfahrenseröffnung entstehender Forderungen des Vermieters	433
IV. Insolvenzfestigkeit der vertraglich begründeten Aufrechnungsbefugnis des Vermieters gegen den Rückzahlungsanspruch?	435
1. Wahlbefugnis des Verwalters gem. § 103 InsO?	436
2. Relevanz und Auswirkungen der §§ 94 ff InsO	437
a. Insolvenzrechtliche Kategorisierung der gesicherten Gegenforderungen des Vermieters	437
aa. § 108 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO	438
bb. Kündigung nach § 109 Abs. 1 S. 1 InsO, bzw. Erklärung nach § 109 Abs. 1 S. 2 InsO	440
cc. Anzeige der Masseunzulänglichkeit, §§ 208, 209 Abs. 2 Nr. 3 InsO	440
b. Suspendierung des Vereinbarung über die Aufrechnung gem. §§ 94 ff InsO?	441
c. Folgerungen aus der Parallelität von Aufrechnung gegen den Rückzahlungsanspruch und abgesonderter Inanspruchnahme des Sondervermögens	443
3. Fazit	444
V. Kautionsleistungs- und Wiederauffüllungsanspruch	444
C. Insolvenz des Wohnraummieters: Massezugehörigkeit des Rückzahlungsanspruchs?	445
I. Vorüberlegung	446
II. Umfang der Massezuordnung bei Wohnraummietverhältnissen	446
1. Nutzungsrechte	447
2. Kautionsverhältnis	450
III. Massezugehörigkeit des Kautionsrückzahlungsanspruchs nach Enthftungserklärung gem. § 109 Abs. 1 S. 2 InsO?	450
1. Grundsatz: Freigabewirkung, soweit Enthftungswirkung	450

2. Haftung der Masse für Verbindlichkeiten aus dem Kautionsverhältnis nach Enthaltungserklärung gem. § 109 Abs. 1 S. 2 InsO?	451
a. Unerfüllter Anspruch auf Kautionsleistung	452
b. „Wiederauffüllungsanspruch“ nach § 240 BGB	452
3. Freigabe auch der vor Verfahrenseröffnung geleisteten Mietkaution?	452
a. Gesetzgeberwille zu § 109 Abs. 1 S. 2 InsO	453
b. Einheitlichkeit des Sicherungsverhältnisses	453
IV. Fazit	454
D. Die Rechtsposition des Mieters an der Kaution in der Vermieterinsolvenz	454
I. Die Situation im „Normalfall“	455
1. Die vom Schuldner angelegte Kaution	455
a. Aussonderung, § 47 InsO	455
b. § 84 Abs. 1 S. 2 InsO	458
c. Anlage nach vorheriger Vermischung mit dem Eigenvermögen des Vermieters	458
d. Sammelkonten	459
e. Anlage nach vorherigem treuwidrigen Verbrauch der bereits angelegten Kaution, bzw. nach einem Zeitraum der langen abredewidrigen Nichtanlage	459
f. Insolvenzanfechtung	461
aa. Rechtshandlung des Vermieters i.S.d. §§ 129 ff InsO	462
bb. Sicherung oder Befriedigung, §§ 130, 131 InsO	462
cc. Objektive Gläubigerbenachteiligung, § 129 Abs. 1 InsO	462
dd. Kongruente Deckung, § 130 InsO, oder inkongruente Deckung, § 131 InsO?	463
ee. Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO	464
ff. Fazit	465
2. Die vom Schuldner nicht ordnungsgemäß angelegte Kaution	465
a. Verhältnis von § 108 Abs. 1 S. 1 und § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO	465
b. Der Rückzahlungsanspruch des Mieters	466
aa. Beendigung des Mietverhältnisses vor Verfahrenseröffnung	466
(1) Anspruchsentstehung vor Verfahrenseröffnung	467
(2) Anspruchsentstehung nach Verfahrenseröffnung	468
bb. Beendigung des Mietverhältnisses nach Verfahrenseröffnung	471



c. Der Anspruch auf gesonderte Anlage als insolvenzrechtlich relevante Forderung	473
d. Die Sekundäransprüche des Mieters wegen nicht erfolgter oder aufgehobener Trennung als insolvenzrechtlich relevante Forderung	474
aa. Insolvenzforderung gem. § 38 InsO	474
bb. Ersatzaussonderung gem. § 48 InsO?	475
(1) Abredewidrige Inanspruchnahme nach getrennter Anlage	475
(2) Abredewidriges Unterlassen der Anlage	476
e. Unbeschränkte Aufrechnungsmöglichkeiten des Mieters? – BGH, ZIP 2007, 239 f.	477
f. Insolvenzfestigkeit des Zurückbehaltungsrechts des Mieters?	480
aa. Fälligkeit und Konnexität der Forderungen	480
bb. Ergibt sich aus dem Schuldverhältnis „ein anderes“ nach Verfahrenseröffnung?	481
(1) H.M.: Umkehrschluss aus § 51 Nr. 2 und 3 InsO	482
(2) Sonderprivilegierung in § 51 Nr. 2 und 3 InsO	483
(3) Vereinbarkeit der Konsequenzen mit dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz?	483
(4) Folgerungen aus der Behandlung des erweiterten Eigentumsvorbehalts?	485
cc. Fazit	486
3. Kautionszahlung an den Insolvenzverwalter	486
a. Bestehen der Pflicht zur getrennten Anlage	486
b. Durchgeführte getrennte Anlage: § 47 InsO	487
c. Vermischung mit der Insolvenzmasse: § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO	487
d. Haftung des Insolvenzverwalters gem. §§ 60 Abs. 1 S. 1, 61 InsO	488
II. Erwerbersukzession in das Kautionsverhältnis gem. § 566 a BGB nach Erwerb aus der Masse?	488
1. Rechtserwerb gem. § 566 a BGB	489
2. Erwerberhaftung nach freihändigem Verkauf gem. §§ 111, 159 InsO?	490
a. Untersuchung des § 566 a BGB auf seinen insolvenzspezifischen Gehalt	491
b. „Zementierung“ des Rangs gem. § 38 InsO auch in den Fällen der Haftung Dritter?	492
c. Vergleich zur insolvenzrechtlichen Behandlung der § 613 a BGB und § 25 Abs. 1 HGB	493

d. Masseerhalt und Gläubigergleichbehandlung	494
3. Erwerberhaftung nach Versteigerung gem. §§ 165 InsO, 172 ff, 15 ff ZVG?	496
III. Zwangsverwaltung im Insolvenzverfahren gem. §§ 165 InsO, §§ 172 ff, 146 ff ZVG – der untitulierte Kautionsrückzahlungsanspruch als „bestes Recht“?	496
E. Zusammenfassung	498
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse und Ausblick	500
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	500
B. Überlegungen de lege ferenda	502
Literaturverzeichnis	505