

Namens und in Vollmacht des Klägers und gleichzeitiger Einzahlung eines Gerichtskostenvorschusses in Höhe von . . . . . per elektronischer Gebührenmarke

erhebe ich Klage gegen den Beklagten. Für die mündliche Verhandlung künde ich folgende Anträge an:

1. Der Beklagte wird verurteilt, sein . . . . .-geschäft im Mietobjekt . . . . . (kurze Beschreibung: zB Ladengeschäft für . . . . ., Gaststätte) . . . . . in der . . . . . (Straße) . . . . . in . . . . . (Ort) . . . . . von montags bis freitags in der Zeit von . . . . . bis . . . . . Uhr und samstags von . . . . . bis . . . . . Uhr geöffnet zu halten und zu betreiben.<sup>3</sup>
2. Der Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger . . . . . EUR nebst . . . . . Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz hieraus p. a. seit dem . . . . . zu bezahlen.
3. Es wird festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger sämtliche weitere Schäden aus der Nichterfüllung seiner Betriebspflicht zu ersetzen.
4. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
5. Das Urteil ist, notfalls gegen Sicherheitsleistung, vorläufig vollstreckbar. Dem Kläger wird nachgelassen, Sicherheitsleistung auch durch unwiderrufliche selbstschuldnerische Bürgschaft eines im Bereich der EU zugelassenen Bank- oder Kreditinstituts zu erbringen, ebenfalls – vorsorglich – zwecks Abwendung der Zwangsvollstreckung.

Ferner rege ich die Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens an. Für den Fall der Fristversäumung oder des Anerkenntnisses beantrage ich bereits jetzt den Erlass eines Versäumnis- oder eines Anerkenntnisurteils im schriftlichen Vorverfahren.

#### Begründung:

Mit der vorliegenden Klage verlangt der Kläger vom Beklagten die Erfüllung einer diesem obliegenden Betriebspflicht sowie Ersatz des ihm aus der Nichterfüllung dieser Verpflichtung entstandenen bzw. – im Wege der Feststellung – des noch entstehenden Schadens.

Im Einzelnen:

1. Der Kläger hat an den Beklagten mit Mietvertrag vom . . . . . die in Klageantrag Ziffer 1 näher bezeichnete Mietsache zum Betrieb eines Ladengeschäftes für . . . . . vermietet.

Beweis: Vorerwähnter Mietvertrag, gemäß § 133 Abs. 1 S. 2 ZPO einfach beigelegt in Ablichtung als Anlage K1.

In dessen § . . . . . ist neben diesem Nutzungszweck ausdrücklich vereinbart, dass der Beklagte verpflichtet ist, dieses Ladengeschäft in den Mieträumen zu den ortsüblichen Zeiten gemäß Klageantrag Ziffer 1 unter Beachtung der Vorgaben des Ladenschlussgesetzes, selbstverständlich mit Ausnahme krankheitsbedingter Schließungen oder üblicher Betriebsferien, geöffnet zu halten und tatsächlich zu betreiben.<sup>4</sup>

Dieser Verpflichtung ist der Beklagte nicht nachgekommen. Allein innerhalb der letzten 2 Monate war das Geschäft des Beklagten nur sporadisch geöffnet, teilweise sogar ganze Tage geschlossen: . . . . . (hier hat nun gewissermaßen eine tagebuchartige Auflistung der Zeiträume zu erfolgen, in denen der Beklagte seiner Betriebspflicht nicht nachgekommen ist) . . . . .

Beweis: Zeugnis . . . . .

Mit Schreiben vom . . . . . hat der Kläger den Beklagten unter Fristsetzung aufgefordert, seine Betriebspflicht zu erfüllen<sup>5</sup> – vergeblich.

Beweis: Vorlage des Schreibens des Klägers vom . . . . . (Anlage K2).

Daher war nunmehr die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe unumgänglich.  
Hieraus rechtfertigt sich Klageantrag Ziffer 1.

2. Der an den Beklagten vermietete Laden gehört zu einem Einkaufszentrum, das im Eigentum des Klägers steht. Das Nichtbetreiben des zudem noch an exponierter Stelle im Hauptzugangsbereich des Einkaufszentrums gelegenen Ladengeschäftes des Beklagten hat sich bereits negativ auf den Geschäftserfolg des ganzen Zentrums wie auch auf dessen Image ausgewirkt und dazu geführt, dass zumindest in einem konkreten Fall ein unmittelbar benachbartes Ladengeschäft vom Kläger nicht vermietet werden konnte.

Der nachstehend als Zeuge benannte Mietinteressent . . . . . wäre bereit gewesen, den neben der an den Beklagten vermieteten Einheit befindlichen Laden zum Betrieb eines . . . . .-geschäftes für eine monatliche Grundmiete von . . . . . EUR ab dem . . . . . für die Dauer von . . . . . Jahren fest anzumieten unter weiterer anteiliger Übernahme der Nebenkosten wie folgt . . . . .

Beweis: Zeugnis . . . . .

Die Anmietung des Ladens, der von seinem Sortiment her genau eine noch vorhandene Angebotslücke des Einkaufszentrums geschlossen hätte, unterblieb ausschließlich wegen des Nichtbetriebs des Ladengeschäftes des Beklagten und der deshalb vom Zeugen zu Recht befürchteten Umsatzeinbußen.

Beweis: wie vor.

Aus diesen Gründen muss der Kläger nicht nur auf der uneingeschränkten Erfüllung der Betriebspflicht des Beklagten bestehen, sondern kann vom Beklagten auch noch den Ersatz dieses Mietausfalls verlangen,<sup>6</sup> beziffert wie folgt: . . . . .

Beweis: . . . . .

Der Beklagte wurde mit Schreiben des Klägers vom . . . . . zum Ausgleich dieses Betrages bis spätestens . . . . . aufgefordert. Hierauf erfolgte keinerlei Reaktion.

Beweis: Vorerwähntes Schreiben des Klägers, gemäß § 133 Abs. 1 S. 2 ZPO einfach beigefügt in Ablichtung als (Anlage K3).

Der Beklagte befindet sich daher seit dem . . . . . in Verzug.

Geltend gemacht werden die gesetzlichen Verzugszinsen gem. §§ 288, 247 BGB, die folglich ebenfalls begründet sind.<sup>7</sup>

Damit ist auch Klageantrag Ziffer 2 begründet.

3. Klageantrag Ziffer 2 betrifft die bislang bezifferbaren Ersatzansprüche des Klägers gegenüber dem Beklagten. Darüber hinaus hat der Kläger aber auch noch ein rechtlich geschütztes Interesse iSv § 256 ZPO daran, feststellen zu lassen, dass der Beklagte auch noch verpflichtet ist, etwaige weiter entstehende Schäden wegen Nichterfüllung seiner Betriebspflicht zu ersetzen, die derzeit noch nicht beziffert werden können.  
Dies rechtfertigt Klageantrag Ziffer 3.

4. Auf der Grundlage dieser Ausführungen ist der Beklagte wie beantragt zu verurteilen.

Rechtsanwalt<sup>8</sup>

### Anmerkungen

**1.** Bei Wohnraummietverhältnissen dürfte eine Betriebs- bzw. besser Gebrauchspflicht kaum wirksam – außer individuell – vereinbart werden können (iÜ → Anm. 6). Daher ergibt sich die sachliche Zuständigkeit streitwertabhängig nach §§ 23 Nr. 1, 71 Abs. 1 GVG.

Örtlich ausschließlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk die Mietsache liegt (vgl. § 29a ZPO).

**2.** Bei der Betriebspflicht handelt es sich nach überwiegender Auffassung um eine unvertretbare Handlung iSv § 888 ZPO (OLG Celle NJW-RR 1996, 585. Nach anderer Auffassung soll es sich um eine Unterlassungspflicht iSv § 541 BGB handeln, die nach § 890 ZPO zu vollstrecken ist (OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 648). Eine dritte Meinung hält die Betriebspflicht als nicht ausschließlich vom Willen des Schuldners, also des Mieters, abhängig, da zB Arbeits- und Lieferantenverträge abzuschließen sind ua, so dass auch eine Vollstreckung nach § 888 ZPO ausscheidet und der Vermieter allein auf Ersatzansprüche nach § 893 ZPO verwiesen ist (OLG Hamm NJW 1973, 1135; OLG Naumburg NJW-RR 1998, 873). Letzteres wird nicht allgemein gelten können, sondern muss im konkreten Einzelfall geprüft werden (vgl. auch Jendrek NZM 2000, 526 (530)).

Für die Bezifferung des Streitwertes ist das Interesse des Vermieters an der Erfüllung der Betriebspflicht maßgeblich, mithin auch ohne konkret eingetretenen Schaden etwa die Gefahr, dass die Vermietung benachbarter Einheiten zumindest erschwert, wenn nicht gar unmöglich gemacht wird. Dabei wird sich der Streitwert idR auf eine Jahresmiete belaufen (KG ZMR 2006, 611).

Hinzuzurechnen ist dann noch der eingeklagte Ersatzbetrag und für die begehrte Feststellung der zu erwartende Betrag an künftigen Aufwendungen und Schäden unter Abschlag von mindestens 20 % gegenüber dem Wert einer entsprechenden Leistungsklage, auch wenn ggf. damit gerechnet werden kann, dass der Beklagte schon auf Grund der Feststellung zahlt (vgl. nur BGH NJW-RR 1988, 689; JurBüro 1975, 1598; NJW 1965, 2298).

In Anwaltprozessen werden die Sachanträge grundsätzlich verlesen (§ 297 ZPO). Dies gilt in amtsgerichtlichen Verfahren nur, soweit ausnahmsweise dessen schriftliche Vorbereitung nach § 129 Abs. 2 ZPO aufgegeben wurde (vgl. auch § 496 ZPO). Andernfalls genügt es, die Anträge zu stellen.

**3.** Der Antrag ist zur Gewährleistung der Vollstreckbarkeit so exakt wie möglich zu fassen. Hierfür ist es aber nicht erforderlich, die einzelnen Maßnahmen anzugeben, die der Mieter zur Wiederaufnahme des Betriebes zu treffen hat, was angesichts der beim Mieter verbleibenden unternehmerischen Entscheidungsfreiheit auch nicht möglich und zulässig wäre.

**4.** Das Gesetz sieht ebenso wenig wie eine Abnahmepflicht (→ Form. B.II.1) auch keine Gebrauchs- oder Betriebspflicht des Mieters vor (BGH WM 1983, 531; NJW 1979, 2351; AG Hamburg NZM 1998, 477; Schmidt-Futterer/Lehmann-Richter BGB § 535 Rn. 713 ff.; Bub/Treier MietR-HdB/Kraemer/von der Osten/Schüller Kap. III Rn. 2319 ff., insbes. Rn. 2320 ff.; Sternel 3. Kap. III Rn. 246). Der Mieter kann also dadurch, dass er sein Geschäft nicht betreibt, allenfalls in Gläubiger- bzw. Annahmeverzug, nicht aber in Schuldnerverzug geraten, muss aber selbstverständlich die Miete bezahlen (§ 537 BGB). Er kann daher sein Geschäft jederzeit einstellen (BGH NJW

1993, 2792; NJW 1979, 2351; OLG Celle ZMR 1973, 109; LG Arnsberg ZMR 1980, 132; LG Lübeck NJW-RR 1993, 78).

Eine Betriebspflicht kann aber ausdrücklich – auch formularvertraglich (BGH NJW-RR 1992, 1032; vgl. die Klauselformulierungen bei Sternal 3. Kap. III Rn. 246) – vereinbart werden oder sich auch aus den Umständen ergeben (OLG Köln NZM 2002, 345; Schmidt-Futterer/Eisenschmid BGB § 535 Rn. 256 ff.; Bub/Treier MietR-HdB/Kraemer/von der Osten/Schüller Kap. III Rn. 2321 ff.; Sternal 3. Kap. III Rn. 246). An die Transparenz sind, insbes. bei Verweis auf (gesetzliche) Ladenschlusszeiten hohe Anforderungen zu stellen (BGH NZM 2007, 516 = NJW 2007, 2176; BeckRS 2007, 1185, bezogen auf die Frage statische oder dynamische Verweisung). Allein die Vereinbarung einer Umsatzmiete genügt nicht (BGH NJW 1979, 2351; OLG Düsseldorf ZMR 1994, 402). Auch die Angabe eines bestimmten Nutzungszwecks reicht hierfür grundsätzlich nicht aus (so zB Gaststätte, außer sie ist komplett vom Verpächter ausgestattet – OLG Düsseldorf ZMR 1994, 402, oder Läden in Einkaufszentren – LG Lübeck NJW-RR 1993, 78; aA LG Augsburg ZMR 1973, 111; LG Hannover ZMR 1993, 280). Zur Abgrenzung gegenüber einer Offenhaltungspflicht vgl. OLG Celle BeckRS 2017, 111318; OLG Dresden BeckRS 2015, 15062.

Eine derart vereinbarte Betriebspflicht hat der Mieter grundsätzlich auch dann zu erfüllen, wenn das Betreiben des Geschäfts unrentabel ist. Die wirtschaftliche Rentabilität fällt idR allein in die Risikosphäre des Mieters, selbst wenn es sich um ein „Fachmarkt-konzept“ (OLG Naumburg NZM 1998, 373) handelt und der Vermieter dessen Funktionsfähigkeit auch zu seinem Risiko gemacht hat (BGH NZM 2000, 492; ZMR 1995, 295; NJW 1978, 2390; vgl. auch OLG Celle NJW 1978, 2510; aA OLG Koblenz NJW-RR 1989, 400). Erst dann, wenn der Vermieter im Einzelfall – etwa auf Grund einer Garantierklärung – ausnahmsweise das unternehmerische Risiko übernommen hat, greifen die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage – vgl. jetzt § 313 BGB – ein (instruktiv: BGH NZM 2000, 492). Nur ausnahmsweise kann die Berufung des Vermieters auf eine vereinbarte Betriebspflicht gegen Treu und Glauben nach § 242 BGB verstoßen, woran aber hohe Voraussetzungen geknüpft werden: allein der zusätzliche Ausschluss von Konkurrenz- und Sortimentsschutz genügt nicht, so OLG Hamm NZM 2018, 87 = NJW-RR 2018, 263. Die Betriebspflicht kann weiter wegen Unvermögens entfallen, wenn der Mieter – unabhängig von der Einleitung eines Insolvenzverfahrens – zahlungsunfähig ist (OLG Karlsruhe BeckRS 2006, 13578).

Bei der Wohnraummiete soll sich ausnahmsweise aus der Eigenart des Objektes eine Gebrauchspflicht ergeben (so bei Anmietung eines Einfamilienhauses – AG Mönchengladbach-Rheydt ZMR 1981, 210). Das längere Leerstehenlassen einer dem WoBindG unterliegenden Sozialwohnung soll den Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigen (LG Frankfurt a.M. WuM 1974, 55; 1972, 189; vgl. auch LG Berlin ZMR 1987, 468; OLG Stuttgart NJW-RR 1991, 1226; aA LG Köln WuM 1991, 589).

Durch die Vereinbarung einer Betriebspflicht ist es nicht ausgeschlossen, Betriebsferien zu machen bzw. entsprechend der Verkehrssitte, etwa bei Gaststätten, einen wöchentlichen Ruhetag einzulegen. Die Klausel: „Das Geschäftslokal ist im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen über die Ladenschlusszeiten an allen Verkaufstagen zu den vom Vermieter festgelegten Öffnungszeiten offenzuhalten. Aus der bloßen Duldung abweichender Öffnungszeiten durch den Vermieter kann der Mieter keine Rechte herleiten. Zeitweise Schließungen (wie Mittagspause, Ruhetage, Betriebsferien) sind nicht zulässig, ausgenommen sind Inventuren oder Betriebsversammlungen.“ ist zulässig. Ebenso wie „Mittagspause, Ruhetage und Betriebsferien“ nur als Beispiele für eine – vom Mieter gewillkürte, aber objektiv nicht unerlässliche und deshalb – unzulässige Geschäftsschließung genannt werden, sind umgekehrt „Inventur und Betriebsversammlungen“ ersichtlich nur beispielhaft für eine – nach dem Betriebsablauf notwendige und deshalb – zulässige Ausnahme von der Offenhaltungspflicht erwähnt. Andere – notwendige –

Schließungen, wie sie etwa durch dem Mieter obliegende Schönheitsreparaturen oder Instandhaltungsmaßnahmen erforderlich werden könnten, werden durch diese Beispiele nicht ausgeschlossen (BGH NJW-RR 2010, 1017; zu Stilllegung von Ein- und Ausgängen vgl. KG BeckRS 2015, 09949; zu zeitweiligen Schließungen vgl. auch OLG Hamm NZM 2018, 87 = NJW-RR 2018, 263).

**5.** In jedem Fall sollte der Mieter entspr. § 541 BGB erst abgemahnt werden (Bub/Treier MietR-HdB/Kraemer/von der Osten/Schüller Kap. III Rn. 2327).

**6.** Der Verstoß gegen eine vereinbarte Betriebspflicht stellte ursprünglich eine positive Vertragsverletzung dar, die dem Vermieter neben Erfüllungsansprüchen auch Schadensersatzansprüche gab (OLG Düsseldorf ZMR 1994, 402; Sternel 3. Kap. III Rn. 246, 272). Nach der Schuldrechtsreform gilt dies auch über § 280 Abs. 1 S. 1 BGB, §§ 281, 282 BGB (Bub/Treier MietR-HdB/Kraemer/von der Osten/Schüller Kap. III Rn. 2328). Dabei gilt das bisherige Recht für vor dem 1.1.2002 entstandene Schuldverhältnisse (maßgeblich ist grundsätzlich der Zugang der Annahmeerklärung, Hess NJW 2002, 253 (255)) und die neue Rechtslage auf Grund der Schuldrechtsreform für alle nach dem 31.12.2001 entstandenen Schuldverhältnisse (vgl. Art. 229 § 5 S. 1 EGBGB). Bei vor dem 1.1.2002 in diesem Sinne entstandenen Dauerschuldverhältnissen, also für den hier in Rede stehenden Mietvertrag, gilt das bisherige Recht sogar noch bis zum 31.12.2002 weiter (Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB).

Daneben steht dem Vermieter in gravierenden Fällen ein Recht zur fristlosen Kündigung nach § 543 Abs. 1 BGB zu (BGH NJW-RR 1992, 1032; OLG Düsseldorf NJWE-MietR 1997, 177; Bub/Treier MietR-HdB/Kraemer/von der Osten/Schüller Kap. III Rn. 2328; Sternel 3. Kap. III Rn. 246).

Der Mietzahlungsanspruch des Vermieters bleibt nach § 537 BGB unberührt.

**7.** Ohne Nachweis beträgt der Verzugszinssatz 5 Prozentpunkte, wenn an dem Rechtsgeschäft kein Verbraucher iSv § 13 BGB beteiligt ist 9 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB jährlich bei Entgeltforderungen (§ 288 Abs. 1 bzw. 2 BGB, zum Übergangsrecht vgl. Art. 229 § 34 EGBGB). Selbstverständlich bleibt es dem Gläubiger nach wie vor unbenommen, einen konkret nachzuweisenden höheren Schaden ersetzt zu verlangen (§ 288 Abs. 4 BGB).

### Insolvenz

**8.** Ist mietvertraglich eine Betriebspflicht vereinbart, ist streitig, welche Auswirkungen es hat, wenn ihr der **Insolvenzverwalter** des Mieters nicht nachkommt. Nach überwiegender Auffassung soll der Insolvenzverwalter einen unrentablen Betrieb trotz vertraglicher Betriebspflicht nicht weiterführen müssen (Drasdo NJW-Spezial 2009, 193 mwN). Mangels Verschulden soll kein Schadenersatzanspruch bestehen. Andererseits wäre ein solcher Schadenersatzanspruch, wenn er bestünde, ohnehin nur eine Insolvenzforderung.

Schon unabhängig von der Einleitung eines Insolvenzverfahrens soll ein Einzelhändler, der gegenüber dem Vermieter eine Betriebspflicht übernommen hat, von der Betriebspflicht frei werden, wenn er beweisen kann, dass er zahlungsunfähig ist (OLG Karlsruhe MDR 2007, 577). Anderer Auffassung ist das OLG Koblenz (NZM 2019, 588), das den Mieter auf die Möglichkeit der Insolvenzantragstellung verweist.

*Mietsicherheit***3. Klage auf Zahlung der Kaution**

An das

Amtsgericht . . . . .<sup>1</sup>

Klage

des . . . . .

– Klägers –

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt . . . . .<sup>2</sup>

gegen

. . . . .

– Beklagten –

wegen: Zahlung

Streitwert: . . . . .<sup>3</sup>

Namens und in Vollmacht des Klägers erhebe ich Klage gegen den Beklagten. Für die mündliche Verhandlung kündige ich folgende Anträge an:

- I. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger . . . . . EUR nebst Zinsen<sup>4</sup> in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem . . . . .<sup>5</sup> zu zahlen.<sup>6</sup>
- II. Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Beklagten auferlegt.

Für den Unterliegensfalle erbitten wir zugunsten der Klägerin um

**Vollstreckungsschutz**

mit der Maßgabe, eine etwaige Sicherheit auch durch Gestellung einer Bürgschaft einer Europäischen Großbank bzw. Europäischen Sparkasse erbringen zu dürfen.

Ferner regen wir die Anordnung des schriftlichen Vorverfahrens an. Für den Fall der Fristversäumung oder des Anerkenntnisses beantragen wir bereits jetzt den Erlass eines Versäumnis- oder eines Anerkenntnisurteils im schriftlichen Vorverfahren.

**Begründung:**

Der Kläger ist Vermieter,<sup>7</sup> der Beklagte Mieter der Wohnung . . . . .str. . . . . in . . . . .

Beweis: Vorlage des Mietvertrags vom . . . . . (Anlage K1).

Ausweislich § . . . . . des Mietvertrags beträgt die vom Beklagten zu leistende Kaution . . . . . EUR.<sup>8</sup>

Der Beklagte hat den Kautionsbetrag jedoch bis heute nicht gezahlt.<sup>9</sup>

Vielmehr hat der Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom . . . . . mitgeteilt, dass er die Kaution bis zur Beseitigung angeblicher Mängel der Wohnung zurückbehalte.

Beweis: Vorlage des Schreibens vom . . . . . (Anlage K2).

Vorsorglich wird das Vorhandensein von Mängeln bereits jetzt bestritten. Es kommt jedoch letztlich im vorliegenden Rechtsstreit nicht darauf an, da wegen Mängeln der Mietsache kein Zurückbehaltungsrecht an der Kaution besteht. Dies würde dem Sicherungszweck der Kaution widersprechen.<sup>10</sup>

Rechtsanwalt<sup>11</sup>

### Anmerkungen

#### 1. Örtliche Zuständigkeit:

Für Streitigkeiten in Miet- und Pachtsachen über Räume – also sowohl Wohn- als auch Gewerberäume – ist gem. § 29a Abs. 1 ZPO das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirk sich die Räume befinden. Eine Ausnahme gilt gem. § 29a Abs. 2 ZPO nur für Wohnräume der in § 549 Abs. 2 Nr. 1–3 BGB genannten Art.

#### Sachliche Zuständigkeit:

Für Streitigkeiten über „Ansprüche aus einem Mietverhältnis über Wohnraum oder über den Bestand eines solchen Mietverhältnisses“ ist gem. § 23 Nr. 2 Buchst. a GVG ausschließlich das Amtsgericht zuständig. Für andere Mietstreitigkeiten bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit nach der allgemeinen Streitwertgrenze von 5.000 EUR, § 23 Nr. 1 GVG.

2. Es gelten die allgemeinen Voraussetzungen für den Anwaltszwang, abhängig von der sachlichen Zuständigkeit. Dh, bei Streitigkeiten aus Wohnraummietverhältnissen besteht auch über 5.000 EUR Streitwert kein Anwaltszwang, da diese Streitigkeiten in die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts fallen → Anm. 1.

3. Entspricht der Höhe des nicht gezahlten Kautionsbetrags.

4. Für Wohnraum gilt: Verzugszinsen kann der Vermieter hier nicht verlangen (LG Köln WuM 1987, 257 (258)). § 551 BGB geht insoweit vor. Zinsen können daher wegen § 551 Abs. 3 S. 1 BGB regelmäßig nur in Höhe des Zinssatzes für Spareinlagen mit dreimonatiger Kündigungsfrist (LG Nürnberg-Fürth ZMR 1991, 479) oder im Falle der Vereinbarung einer anderweitigen Anlage nach § 551 Abs. 3 S. 2 BGB in Höhe der Zinsen der vereinbarten Anlageform begehrt werden. Der Vermieter muss im Falle der Verurteilung des Mieters diese Zinsen auch zusammen mit der Kaution anlegen, § 551 Abs. 3 S. 3 und 4 BGB.

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf (NZM 2001, 48) kann der Vermieter zwar bei Klagen auf Zahlung der Kaution keine Verzugszinsen verlangen, jedoch ab Rechtshängigkeit die Prozesszinsen aus § 291 BGB, weil die Rechtshängigkeit selbstständiger Rechtsgrund für die Verpflichtung des Schuldners einer Geldschuld zur Zahlung von Prozesszinsen sei. Einen Anspruch auf Prozesszinsen bejaht auch das AG Dortmund (NZM 2019, 91), weil – unbeschadet der Tatsache, dass es sich bei der Kaution für den Vermieter um Fremdgeld handle und er auch keinen Zinsschaden durch die Nichtzahlung der Kaution habe – § 291 BGB dem Gläubiger unabhängig vom Vorliegen eines Verzugs „quasi als Strafe“ Prozesszinsen zuspreche.

Auch bei den Prozesszinsen stellt sich die Frage, wem diese zustehen; nach AG Dortmund (NZM 2019, 91 mAnm Schulz) dem Mieter, allerdings nur in der Weise, dass sie die beim Vermieter hinterlegte Kaution erhöhen. Der Vermieter hat zumindest den Vorteil, dass ihm auf diesem Weg eine Sicherheit zukommt, auf die er in dieser Höhe keinen Anspruch hätte geltend machen können (*Schulz* in der Urteilsanmerkung).

Für andere, insbesondere gewerbliche Mietverhältnisse gilt: Wenn im Mietvertrag die Unverzinslichkeit der Kaution vereinbart wurde, stehen die mit der Kaution erwirt-

schafteten Zinsen dem Vermieter zu. Streitig ist, wem bei gewerblichen Mietverhältnissen die Kautionszinsen zustehen, wenn der Mietvertrag zu dieser Frage keine Bestimmung trifft, → Form. C.III.5 Anm. 13.

**5.** Die Fälligkeit richtet sich bei Wohnraummietverhältnissen nach § 551 Abs. 2 BGB, → Anm. 7.

Wenn im gewerblichen Mietvertrag ein bestimmter Termin für die Fälligkeit der Kautionszahlung vereinbart ist, kommt der Mieter gem. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB bei Fristüberschreitung automatisch in Verzug.

**6.** Die vielfach im Anschluss an den Zahlungsantrag anzutreffenden Anträge, dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen und das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, sind unnütze Schreiarbeit, da das Gericht hierüber von Amts wegen entscheidet (§§ 308 Abs. 2, 708 ff. ZPO).

**7.** Bei der Wohnraummiete geht für den Fall, dass der Mieter bei einer Veräußerung der Mietsache die erstmalige Zahlung der Kautions bereits gegenüber dem – oder bei einer Veräußerungskette ggf. sogar gegenüber mehreren – Erwerber(n) nicht erbracht hat, nach zustimmungswürdiger Ansicht in analoger Anwendung des § 566a BGB der Anspruch auf erstmalige Zahlung der Kautions auf den (bei einer Veräußerungskette auf jeden) Erwerber über (LG Kiel NZM 2013, 231 mwN zum Meinungsstreit).

Nach BGH (NZM 2012, 681) tritt der Erwerber eines gewerblich vermieteten Hausgrundstücks gemäß §§ 566 Abs. 1, 578 BGB in den vor Eigentumsübergang entstandenen und fälligen Anspruch des Veräußerers auf Leistung der Kautions ein, wenn der Mieter die vereinbarte Kautions (noch) nicht an den Veräußerer geleistet hat. Zwar stehen nach § 566 BGB die vor Eigentumsübergang entstandenen und fällig gewordenen Ansprüche des Vermieters dem Veräußerer, die späteren dem Erwerber zu. Diese zeitliche Zäsur gilt für einen schon vor Eigentumsübertragung entstandenen und fälligen Anspruch auf Leistung der Kautions aber nicht, denn Zweck dieses Anspruchs ist die Sicherung aller Ansprüche des Vermieters während der gesamten Dauer des Mietvertrags.

**8.** Nur für Wohnraummietverhältnisse gilt:

a) Gem. § 551 Abs. 1 BGB darf eine Kautions nur bis zum Dreifachen der auf einen Monat entfallenden Miete vereinbart werden. Gerechnet wird auf die reine Grundmiete (Kaltmiete) „ohne die als Pauschale oder als Vorauszahlung ausgewiesenen Betriebskosten“. Dh, dass eine Kautions auch in Höhe einer oder zwei Warmmiete(n) (Grundmiete **plus** Betriebskosten) zulässig ist, solange zwei Warmmieten weniger sind als die im Gesetz genannte Grenze von drei Grundmieten. Bei Mietverträgen, die eine Inklusivmiete beinhalten, also eine Miete, die die Betriebskosten enthält, ohne dass diese als Pauschale oder Vorauszahlung gesondert berechnet sind, wird man aus der gesetzlichen Formulierung, dass „ausgewiesene“ Betriebskostenpauschalen oder Betriebskostenvorauszahlungen bei der Berechnung der dreifachen Monatsmiete unberücksichtigt bleiben, folgern müssen, dass bei Inklusivmieten die Vereinbarung der dreifachen Inklusivmiete als Kautionsbetrag zulässig ist. Zum Fall der Vereinbarung einer höheren als der nach § 551 Abs. 1 BGB maximal zulässigen Kautions → Form. B.III.42 Anm. 6.

Zulässig ist auch eine Mischung von Sicherheiten, wenn diese insgesamt nicht mehr als drei Monatsmieten betragen. Beispiel: Barkautions in Höhe einer Monatsmiete und Bürgschaft eines Dritten in Höhe weiterer zwei Monatsmieten. Zur Frage einer vereinbarten Übersicherung durch die Mischung von Sicherheiten und einer freiwillig von einem Dritten angebotenen Bürgschaft → Form. B.III.42 Anm. 6. Die betragsmäßige Begrenzung des § 551 Abs. 1 BGB gilt allerdings nur bei einer Mischung von mietrechtlichen Sicherheiten. Dies ist zB nicht der Fall, wenn ein Mieter zur Erlangung einer Genossenschaftswohnung eine Kautions leistet und einen Genossenschaftsanteil zeichnet. Auch