

Mietrecht

Praxisprobleme bei der Kautionsrückstellung Zur Durchsetzbarkeit einer Befristung

Wohnungseigentumsrecht

Die wohnrechtliche Behandlung der ehemaligen Hausbesorgerwohnung

Forum Immobilientreuhänder

Zum Schicksal des Anderkontos beim Verwalterwechsel

Praxisprobleme bei der Kautionsrückstellung nach Beendigung des Mietverhältnisses

§§ 16b, 37
Abs 1 Z 8b
MRG

Kaution;
Rückstellung;
Mietverhältnis;
Beendigung;
Unverzüglich-
keitsgebot

Das in der Mietrechtswirklichkeit schon seit langer Zeit existente Phänomen der Kaution unterlag bis zum Jahr 2009 keiner gesetzlichen Regelung. Mit der WRN 2009 setzte der Gesetzgeber (allerdings nur für den Voll- und Teilanwendungsbereich des MRG) erstmals eine diesbezügliche Regelung um. Dieser Beitrag widmet sich den im Alltag der kautionsrechtlichen Streitigkeiten wohl an der Spitze stehenden Rechtsfragen der Kautionsrückstellung, wobei sowohl materiell- als auch verfahrensrechtliche Problembereiche aufgezeigt und einer sinnvollen Lösung zugeführt werden sollen.

DANIEL LASSINGLEITHNER

A. Materiell-rechtliche Probleme der Kautionsrückstellung

1. Grundsätzliches zur Regelung

Die materiell-rechtlichen Regelungen des Rechtsinstituts der Kaution finden sich seit der WRN 2009 in § 16b MRG. Die Bestimmung kommt neben dem **Vollanwendungsbereich** auch im **Teilanwendungsbereich des § 1 Abs 4¹⁾** MRG zur Anwendung.²⁾ Seit der WGG-Novelle 2016 kommen die kautionsrechtlichen Bestimmungen des § 16b MRG auch im Bereich des WGG zur Anwendung. Nach wohl hA gelten sie daneben – lege non distinguente – auch für **Untermietverhältnisse**.³⁾

Der Gesetzestext des § 16b MRG normiert **keine gesetzliche Verpflichtung** zur Übergabe einer Kaution. Gem § 16b Abs 1 Satz 1 MRG **kann** zur Sicherung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Ansprüche des Vermieters die Übergabe einer Kaution vereinbart werden. Es bedarf also (weiterhin) einer (miet-)vertraglichen Vereinbarung.

Die relevante Regelung zur **Kautionsrückstellung** findet sich in Abs 2 des § 16b MRG. Nach der genannten Bestimmung hat der Vermieter dem Mieter die Kaution samt den aus ihrer Veranlagung erzielten Zinsen nach Ende des Mietvertrags unverzüglich zurückzustellen, soweit sie nicht zur Tilgung von berechtigten Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis herangezogen wird.

2. Zeitpunkt der Kautionsrückstellung

Nach dem Gesetzestext des § 16b MRG hat der Vermieter die Kaution nach **Beendigung des Mietverhältnisses** zurückzustellen. Hingegen wird die Verpflichtung zur unverzüglichen Kautionsrückstellung nach den Gesetzesmaterialien erst durch die **Rückstellung des Mietobjekts** an den Vermieter ausgelöst.⁴⁾

Im mietrechtlichen Alltag fallen die Beendigung des Mietvertrags und die Rückstellung des Mietobjekts regelmäßig zeitlich auseinander. Die bereits vorliegende **unterinstanzliche Judikatur**⁵⁾ nimmt die Mat ernst und lässt – ebenso wie die hL⁶⁾ – die Ver-

pflichtung des Vermieters zur Kautionsrückstellung entgegen dem Gesetzeswortlaut erst mit Rückstellung des Mietobjekts entstehen.

Nach den Gesetzesmaterialien steht der Rückforderungsanspruch unter der dem Wesen der Kaution immanenten Voraussetzung, dass dem Vermieter keine Forderungen aus dem Mietverhältnis mehr zustehen.⁷⁾ Die Kaution dient der Sicherung **aller** Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis, also auch jener zwischen Beendigung des Mietvertrags und der tatsächlichen Rückstellung des Mietobjekts.⁸⁾ Dem Vermieter ist es erst **nach Rückstellung** des Mietgegenstands möglich, das Mietobjekt auf vorliegende Schäden zu prüfen. Wäre der Vermieter verpflichtet, die Kaution bereits mit Auslaufen des Mietvertrags unverzüglich zurückzustellen, wäre eine Schadensprüfung oftmals nicht möglich. Dies würde nicht nur dem Sicherungszweck der Kaution, sondern auch dem Sinn und Zweck der Bestimmung des § 16b Abs 2 MRG widersprechen.

Mag. Daniel Lassingleithner, LL.M. oec., ist Rechtsanwaltsanwarter in Salzburg und verfasst seine Dissertation an der Universität Salzburg zur Thematik „Die Kaution im Mietrecht“.

- 1) Mangels Erwähnung in § 1 Abs 5 MRG ist die Bestimmung auf die dort umschriebenen Objekte (Wirtschaftsparks) ebenso wenig anzuwenden wie auf die Vollaussnahmeobjekte des § 1 Abs 2 MRG bzw auf Bestandsverhältnisse, die nicht unter § 1 Abs 1 MRG fallen (zB Pachtverträge: 5 Ob 26/10z immolex 2010/100).
- 2) *Stabentheiner*, Die Wohnrechtsnovelle 2009, wobl 2009, 97.
- 3) *Prader*, immolex 2009, 134; *Schinagl* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar³ § 16b MRG Rz 1; *Kuprian*, Der Mietvertrag³ Rz 304; aA *Hoffmann*, Alles neu bei der Kaution, ecolex 2009, 858.
- 4) AB 122 BlgNR 24 GP 2.
- 5) LGZ Wien 40 R 159/12x MietSlg 64.312; wohl auch LGZ Graz 7 R 85/12i MietSlg 64.311.
- 6) *Stabentheiner*, wobl 2009, 97; *Nikodem* in *Lenk/Nikodem/Weinzinger/Winalek*, MRG 2013 § 16b Rz 17; *Kuprian*, Mietvertrag³ Rz 291; *Dirnbacher*, MRG 2013, 349; *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²³ § 16b MRG Rz 6; aA unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut *Rosifka*, Die Wohnrechtsnovelle 2009, immolex 2009, 102.
- 7) AB 122 BlgNR 24 GP 2.
- 8) *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²³ § 16b MRG Rz 6.

Insgesamt sprechen also gute Gründe für eine korrigierende Auslegung⁹⁾ des Gesetzestextes und den Eintritt der Verpflichtung des Vermieters zur unverzüglichen Rückstellung der Kautions mit Rückstellung des Mietobjekts.

Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle noch darauf hinzuweisen, dass sich die gegenständliche Problematik mangels Geltung des § 16 b MRG außerhalb des Voll- bzw Teilanwendungsbereichs des § 1 Abs 4 MRG nicht stellt. Insb bei reinen ABGB-Mietverträgen ist daher die Vereinbarung der Parteien maßgeblich. Fehlt eine solche, ist der Vermieter grundsätzlich mit Rückstellung des Mietobjekts¹⁰⁾ zur Rückstellung der Kautions verpflichtet.¹¹⁾

3. Unverzüglichkeitsgebot

Gemäß § 16 Abs 2 MRG ist der Vermieter zur **unverzüglichen** Rückstellung der Kautions verpflichtet. Der unbestimmte Gesetzesbegriff der Unverzüglichkeit wird auch in den Gesetzesmaterialien nicht näher konkretisiert.¹²⁾ Hinsichtlich der konkreten Frist zur Rückstellung der Kautions finden sich zahlreiche Stellungnahmen im Schrifttum. Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass unter unverzüglicher Rückstellung **keine** Zug-um-Zug-Verpflichtung zur Rückstellung der Kautions gegen Rückstellung des Mietgegenstandes zu verstehen ist.¹³⁾

Soweit überblickbar, war bisher lediglich das LGZ Graz mit der Auslegung des unbestimmten Gesetzesbegriffs der Unverzüglichkeit befasst. Es hat festgehalten, dass die Kautions zwar grundsätzlich unverzüglich zurückzustellen sei, der Vermieter jedoch dann zur Einbehaltung berechtigt sei, wenn dieser dem Mieter zurechenbare Schäden am Mietobjekt feststelle und eine abschließende Beurteilung der Schadenshöhe ohne fachkundige Expertise nicht möglich sei. Insofern sei dem Vermieter die **Zeit für die Ermittlung der Kosten, etwa durch Einholung von Kostenvorschlägen**, zu gewähren.¹⁴⁾ Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Dem Vermieter ist regelmäßig erst nach Rückstellung des Mietobjekts die Möglichkeit der Schadensprüfung eröffnet. Ist die Schadenshöhe für den Vermieter nicht sofort feststellbar (was der Regelfall sein wird), ist die Einholung eines Kostenvorschlags oder bei komplexen Schäden auch die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich. Der Vermieter darf die Kautions entsprechend dem Gesetzestext nur für „berechtigte“ Forderungen einbehalten. Eine Einbehaltung der Kautions ist daher nur in Höhe des festgestellten Schadens möglich, so dass der den Schaden übersteigende Betrag unverzüglich an den Mieter zurückgestellt werden muss.¹⁵⁾ Wäre daher dem Vermieter die Möglichkeit verwehrt, die Schadenshöhe feststellen zu lassen (dies wäre bei Annahme einer Zug um Zug zu erfüllenden Rückstellungsverpflichtung der Fall), würde dies zu dem unbefriedigenden Ergebnis führen, dass der Vermieter trotz vorliegender Schäden am Mietobjekt zur unverzüglichen Rückstellung der Kautions verpflichtet wäre, da eine „pauschale“ Einbehaltung der Kautions nicht möglich ist.

Zur Feststellung der Schäden am Mietobjekt ist dem Vermieter daher jedenfalls eine **angemessene**

Zeit einzuräumen, wobei ein **enger zeitlicher Zusammenhang** gewahrt werden muss. Es wird also vom Vermieter zu verlangen sein, dass das Mietobjekt bereits im Zuge der Rückstellung oder zumindest am der Rückstellung folgenden Tag auf das Vorliegen etwaiger Schäden zu prüfen ist.¹⁶⁾ Unterlässt er dies, hat er die Kautions aufgrund des Unverzüglichkeitsgebots trotz allfälliger Schäden am Mietobjekt sofort zurückzustellen. Prüft der Vermieter hingegen innerhalb der genannten Frist das Mietobjekt auf Schäden und stellt auch tatsächlich solche fest, hat er einerseits den Mieter über das Vorliegen dieser Schäden zu informieren und andererseits unverzüglich, wobei im Regelfall eine Frist von zwei bis drei **Werktagen** sachgerecht erscheinen wird, einen Kostenvorschlag einzuholen bzw diesen zumindest **in Auftrag** zu geben. Unterlässt der Vermieter wiederum die Einholung eines Kostenvorschlags innerhalb der genannten Frist, hat er dem Mieter die Kautions trotz der vorliegenden Schäden sofort und zur Gänze zurückzustellen. Nach Vorliegen des Kostenvorschlags hat der Vermieter einen allfälligen den Schadensbetrag laut Kostenvorschlag übersteigenden Kautionsanteil ohne Aufschub zurückzustellen.

Die konkrete Dauer der Frist ist selbstverständlich auch von den jeweiligen **Umständen des Einzelfalls** abhängig. Um dem Unverzüglichkeitsgebot Rechnung zu tragen, wird der Vermieter jedenfalls angehalten sein, die von ihm beeinflussbaren Handlungen ehestmöglich vorzunehmen, um nicht Gefahr zu laufen, die Kautions trotz allfälliger berechtigter Forderungen zurückstellen zu müssen.

Nach *Dirnbacher* ist dem Vermieter auch zur **Prüfung der Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen** des Mieters eine angemessene Frist einzuräumen.¹⁷⁾ Der Vermieter hat jedoch im Regelfall bereits vor Rückstellung des Mietobjekts die Möglichkeit, die Zahlungseingänge des Mieters zu überprüfen. Im Kündigungsfall wird ihm also jedenfalls bereits ab Abgabe seiner Kündigungserklärung bzw Zugang jener des Mieters die Kontrolle der Zahlungseingänge des Mieters zumutbar sein. Stellt der Vermieter dabei fest, dass Forderungen aushaften, ist er selbstverständlich berechtigt, die Kautions bis zur Tilgung derselben einzubehalten. Mit der Bestimmung des § 16 b Abs 2 MRG ist es jedoch nicht vereinbar,

9) Die Auslegung ist nach *Würth* (Einige Bemerkungen zu den neuen Kautionsregelungen, wobl 2009, 265) auch noch mit dem äußersten Wortsinn vereinbar.

10) Auch die Frist des § 1111 ABGB beginnt nach der Rsp mit Rückstellung: 4 Ob 258/98 i wobl 1999/117.

11) *Wolf*; Die Kautions im Mietrecht, wobl 1999, 343.

12) *Dirnbacher* (siehe MRG 2013, 350) meint, dass sich die Sozialpartner wohl über keine konkrete Frist einigen konnten und daher lediglich die unverzügliche Rückstellung gesetzlich festgelegt wurde.

13) *Prader*, immolex 2009, 134; *ders*, Wohnrechtsnovelle 2009 – Ein erster Überblick, RdW 2009, 323; *Dirnbacher*, MRG 2013, 350; *Würth*, wobl 2009, 265; *Koller*, Feststellung des rückforderbaren Kautionsbetrags im Außerstreitverfahren – eine erste Bestandaufnahme, wobl 2009, 115; *Kuprian*, Mietvertrag³ Rz 291 a; *Stabentheiner*, wobl 2009, 97.

14) LGZ Graz 7 R 85/12 i MietSlg 64.311.

15) *Stabentheiner*, wobl 2009, 97.

16) *Stabentheiner*, wobl 2009, 97.

17) *Dirnbacher*, MRG 2013, 350.

dem Vermieter nach Rückstellung des Mietobjekts nochmals eine angemessene Frist zur Prüfung der Zahlungsverpflichtungen des Mieters einzuräumen, wenn jenem die Vornahme dieser Prüfung bereits vor Rückstellung des Mietobjekts möglich war. Jedenfalls dann, wenn die diesbezügliche Unterlassung ausschließlich seiner Sphäre zuzurechnen war, sollte sie nicht dem Mieter zum Nachteil gereichen. Anderes kann daher nur dann gelten, wenn der Vermieter keine Möglichkeit hatte, die Zahlungsverpflichtungen des Mieters bereits vor Rückstellung des Mietobjekts zu überprüfen.

4. Einbehaltung der Kautions für noch nicht feststehende Forderungen

Vor Einführung des § 16 b MRG war der Vermieter nach der Rsp erst dann zur Rückstellung der Kautions verpflichtet, wenn klar war, dass eine Forderung, für welche die Kautions haften sollte, nicht mehr besteht oder **nicht mehr entstehen kann**.¹⁸⁾ Die jüngere Rsp verneint hingegen ein Einbehaltungsrecht für noch nicht feststehende Forderungen aus dem Mietverhältnis.¹⁹⁾

Die wohl hA ist der Auffassung, dass eine Einbehaltung der Kautions für noch nicht feststehende Forderungen schon aufgrund des Wortlauts des Gesetzestextes unzulässig ist.²⁰⁾ Prader spricht sich hingegen für eine einschränkende Auslegung des Gesetzestextes aus, um das Sicherungsmittel der Kautions nicht gänzlich aufzuweichen.²¹⁾

Die Kautions dient grundsätzlich als Sicherungsmittel für **alle** Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis. Bei im Zeitpunkt der Rückstellung des Mietobjekts noch nicht feststehenden Forderungen wird vor allem an **Betriebs- und Heizkostenrückstände** zu denken sein, die sich aus der Jahresabrechnung ergeben. Gem § 23 Abs 2 HeizKG sind Fehlbeträge von demjenigen nachzuzahlen, in dessen **Nutzungszeitraum** der jeweilige Fehlbetrag angefallen ist. Bei einem Mieterwechsel kann daher auch der Vormieter zur Erstattung des Fehlbetrags verpflichtet sein, so dass das Sicherungsinteresse des Vermieters grundsätzlich erst mit Vorliegen der Jahresabrechnung endet. Vor dem Hintergrund der Verpflichtung zur unverzüglichen Kautionsrückstellung wird der Vermieter jedoch zur Durchführung einer **Zwischenabrechnung** verpflichtet sein. Unterlässt er diese, kann auch das Argument des Sicherstellungsinteresses eine unverzügliche Rückstellungsverpflichtung nicht verhindern. Es ist ausschließlich der Sphäre des Vermieters zuzurechnen, wenn dieser keine Zwischenabrechnung vornimmt.²²⁾

Keinesfalls ist der Vermieter bis zum Vorliegen der **nächsten Betriebskostenabrechnung** zur Einbehaltung der Kautions berechtigt. Gem § 21 Abs 3 letzter Satz MRG muss nämlich derjenige, der zum **Zeitpunkt der Fälligkeit** der Nachzahlung gerade Mieter ist, für sich aus der Betriebskostenabrechnung²³⁾ ergebende Nachzahlungen aufkommen.²⁴⁾ Eine den Vormieter aus der Jahresabrechnung treffende Zahlungspflicht ist daher ausgeschlossen, so dass auch kein Sicherstellungsinteresse des Vermieters gegenüber dem Vormieter bestehen kann, wel-

ches zur Einbehaltung der Kautions berechtigen könnte.²⁵⁾

Eine Ausnahme vom Verbot der Einbehaltung der Kautions für noch nicht feststehende Forderungen des Vermieters nach Rückstellung des Mietobjekts wird dann zuzulassen sein, wenn die Feststellung des Bestehens der Forderung innerhalb einiger weniger Tage nach Rückstellung des Mietgegenstands geklärt werden kann.

5. „Berechtigte“ Forderung iSd § 16 b Abs 2 MRG

Der Vermieter ist zur Einbehaltung der Kautions nur dann berechtigt, wenn er diese zur Tilgung von **berechtigten** Forderungen aus dem Mietverhältnis heranzieht. Aus dem Gesetzestext ist zunächst ableitbar, dass nur Forderungen **aus dem Mietverhältnis** zur Einbehaltung der Kautions berechtigen können. Primär wird dabei an **Mietzins- und Betriebskostenrückstände** sowie **Schadenersatzansprüche** wegen der Beschädigung des Mietobjekts zu denken sein.

Mietvertragsfremde Forderungen berechtigen hingegen **nicht** zur Einbehaltung der Kautions.²⁶⁾

Zweifelhaft erscheint, ob der Vermieter auch dann zur Einbehaltung der Kautions berechtigt ist, wenn Vermieter und Mieter eine **divergierende Auffassung hinsichtlich der Berechtigung der Forderung** vertreten. So könnte vom Mieter hinsichtlich im Zuge der Rückstellung des Mietobjekts vom Vermieter festgestellter Schäden eingewendet werden, dass diese bereits vor Beginn des Mietverhältnisses bestanden haben. Würde man die Auffassung vertreten, dass der Vermieter diesfalls aufgrund des Unverzüglichkeitsgebots zur sofortigen Rückstellung der Kautions verpflichtet wäre, könnte der Mieter durch **bloßes Bestreiten**²⁷⁾ der Forderung die Einbehaltung der Kautions verhindern. Die endgültige Klärung der Berechtigung der Forderung wird oftmals erst durch rechtskräftiges Urteil bzw rechtskräftigen Beschluss²⁸⁾ erfolgen. Bis zum Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung kann ein beträchtlicher Zeitraum vergehen. Vertretbar wäre daher die Auffassung, dass ein unter Umständen jahrelanges Einbehalten der Kautions mit der Verpflichtung zur unverzüglichen Rückstellung nicht vereinbar ist. Andererseits widerspre-

18) RIS-Justiz RS0011292.

19) LGZ Wien 40 R 159/12x MietSlg 64.312; LG Salzburg 22 R 390/15 d.

20) *Stabentheiner*, wobl 2009, 47; *Würth*, wobl 2009, 265; *Dirnbacher*, MRG 2013, 351.

21) *Prader*, RdW 2009, 323.

22) Im Ergebnis auch *Stabentheiner*, wobl 2009, 97; *Riss* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht – MRG³ (2013) § 16 b Rz 48.

23) Heizkosten fallen nicht unter die Betriebskosten iSd § 21.

24) Dies gilt nach der Rsp (3 Ob 196/05 b immolex-LS 2006/4) sowohl im Voll- als auch im Teilanwendungsbereich des MRG, so dass auf die von *Prader* (immolex 2009, 134) angesprochene Problematik nicht näher einzugehen ist.

25) *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, MRG³ § 16 b Rz 48.

26) *Dirnbacher*, MRG 351; *Stabentheiner*, wobl 2009, 97.

27) Eine Ausnahme würde lediglich bei rechtsmissbräuchlicher bzw schikanöser Bestreitung bestehen.

28) Im Verfahren gem § 37 Abs 1 Z 8 b MRG.

chen Sinn und Zweck sowie die Sicherungsfunktion der Kautions einer Verpflichtung zur sofortigen Rückstellung im Falle der Bestreitung der Forderung durch den Mieter.

Vom Vermieter wird jedenfalls zu verlangen sein, nach der erfolgten Bestreitung die Forderung unverzüglich²⁹⁾ **gerichtlich** geltend zu machen, andernfalls er zur sofortigen Rückstellung verpflichtet ist. Wird die behauptete Forderung vom Vermieter unverzüglich geltend gemacht, hat dieser alles in seiner Macht Stehende getan, um die Berechtigung der Forderung ehestmöglich zu klären. Es wäre daher unbillig und würde der Sicherungsfunktion der Kautions widersprechen, wäre der Vermieter diesfalls zur Kautionsrückstellung vor rechtskräftiger Beendigung des Verfahrens verpflichtet. Anderes gilt nur bei schikanöser Klagsführung durch den Vermieter.

B. Verfahrensrechtliche Probleme der Kautionsrückstellung

Die Rückforderung der Kautions hatte **vor der WRN 2009** völlig unstrittig im **streitigen Verfahren** zu erfolgen. Seit der WRN 2009 hat der Mieter gem § 37 Abs 1 Z 8 b MRG die Möglichkeit, eine Entscheidung über die Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags vor dem Außerstreitrichter zu erwirken. Diese Bestimmung gilt gem § 16 b Abs 4 MRG auch im Teilanwendungsbereich des MRG.³⁰⁾ Ausweislich der Gesetzesmaterialien war Ziel der Regelung eine umfassende Verweisung des Kautionsrückforderungsanspruchs ins Außerstreitverfahren bzw ins Verfahren vor der Schlichtungsstelle der Gemeinde (§ 39 MRG).³¹⁾

Es ist daher **fraglich**, ob dem Mieter der **streitige Rechtsweg** zur Durchsetzung seines Rückforderungsanspruchs **nunmehr verwehrt** ist. Der OGH ließ die Frage im Rahmen einer Entscheidung des 5. Senats zunächst offen,³²⁾ während das **LGZ Wien** sie explizit verneinte: Schon aus dem Gesetzestext ergebe sich, dass lediglich die Feststellung der **Höhe** des rückforderbaren Kautionsbetrags ins außerstreitige Verfahren verwiesen worden sei. Das **Leistungsbegehren** auf Rückforderung der Kautions als solches kann daher weiterhin im **streitigen Verfahren** geltend gemacht werden.³³⁾ Dem ist der 6. Senat des OGH zu Recht gefolgt.³⁴⁾ Er verwies darauf, dass in den ersten Entwurfsfassungen zur WRN 2009 zwar tatsächlich geplant war, die „Rückforderung der Kautions“ ins Außerstreitverfahren zu verweisen. Dies wurde jedoch verworfen, da es dem Mieter nicht mehr möglich gewesen wäre, einer Zahlungsklage des Vermieters aus dem Mietverhältnis seinen Kautionsrückforderungsanspruch kompensando entgegenzuhalten. Daher wurde nur die Feststellung der **Höhe** des rückforderbaren Kautionsbetrags ins Außerstreitverfahren verwiesen.

Hinsichtlich des Antrags im Außerstreitverfahren verweisen die Gesetzesmaterialien zudem auf die Möglichkeit der **Schaffung eines Exekutionstitels gem § 37 Abs 4 MRG**.³⁵⁾ Ergibt sich im Verfahren nach einer der Ziffern des § 37 Abs 1 MRG ein Anspruch des antragstellenden Mieters auf Rückforderung³⁶⁾ oder Ersatz, so ist sein Gegner gem Abs 4

auch zur Zahlung dieses Betrags bei sonstiger Exekution zu verhalten.³⁷⁾ Das muss auch für die Kautions³⁸⁾ gelten; wenn im Außerstreitverfahren die „Höhe“ eines Kautionsrückzahlungsanspruchs festgestellt wird, dann impliziert dies ja zwingend, dass ein solcher Anspruch besteht (ansonsten wäre die „Höhe“ ja null).

Dem Mieter steht also ein **Wahlrecht** zu, ob er die Feststellung der Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags im außerstreitigen Verfahren begehren oder sofort auf Rückzahlung klagen will,³⁹⁾ wenn gleich dies von vereinzelter landesgerichtlicher Rsp anders gesehen wurde.⁴⁰⁾ Dem steht auch die Entscheidung LGZ Wien 41 R 943/85 nicht entgegen, in welcher die Möglichkeit der Schaffung eines Exekutionstitels gem § 37 Abs 4 MRG für den Fall der Rückzahlung des gemeinnützigen Finanzierungsbeitrags gem § 17 WGG verneint wurde.⁴¹⁾ *Würth* hat zutreffend erkannt, dass ein Ausspruch gem § 37 Abs 4 MRG nur deshalb verneint wurde, weil die Entscheidung über die Höhe des Anspruchs alleine noch keine Fälligkeit auslöst. Der Kautionsrückforderungsanspruch ist aber grundsätzlich bereits mit Rückstellung des Mietobjekts fällig.⁴²⁾ Auch ist die

29) Eine Frist von zwei Wochen erscheint vor dem Hintergrund der vom Vermieter zum Teil zwingend vorzunehmenden Beauftragung eines Anwalts angemessen.

30) Dies kann insofern als „Systembruch“ bezeichnet werden, als die mietrechtlichen Außerstreitverfahren bisher lediglich im Vollen Anwendungsbereich des MRG zur Anwendung kamen.

31) AB 122 BlgNR 24 GP 2; im Folgenden ist immer, wenn vom Außerstreitverfahren die Rede ist, auch das Schlichtungsstellenverfahren mitgemeint.

32) 5 Ob 26/10 z immolex 2010/100.

33) LGZ Wien 40 R 100/09 s MietSlg 61.322; ebenso in der Folge weitere unterinstanzliche Judikatur (zB LG Innsbruck 1 R 1/10 v AnwBl 2010/8263 [zust *Klotz*]; LG Feldkirch 2 R 29/10 w; LGZ Graz 7 R 32/13 x MietSlg 65.342).

34) Obiter 6 Ob 104/09 a immolex 2010/15 (*Prader; H. Böhm*) = wobl 2010/5 (*Vonkilch*); *Stabentheiner*, wobl 2009, 97.

35) AB 122 BlgNR 24 GP 2.

36) Richtig muss es selbstverständlich heißen „Anspruch auf Rückzahlung“.

37) *Dirnbacher*, MRG 2013, 354; *Prader*, MRG – Mietrechtsgesetz und ABGB-Mietrecht⁵ § 16 b MRG E 5; *Kuprian*, Mietvertrag 293; *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*, MRG³ § 16 b Rz 82; *Würth/Zingherl/Kovanyi* I²³ § 37 MRG Rz 76 ff.

38) Allerdings nur für die Barkautions; bei der Sparbuchkautions und der Bankgarantie ist ein Ausspruch nach § 37 Abs 4 MRG nicht möglich, da sich das Verfahren nach § 37 Abs 1 Z 8 b MRG nur so anwenden lässt, dass der frei gewordene Kautionsbetrag festgestellt wird (*Würth*, wobl 2009, 265).

39) Anders unzutun noch *Koller*, Feststellung des rückforderbaren Kautionsbetrags im Außerstreitverfahren – eine erste Bestandsaufnahme, wobl 2009, 115, nach dessen Auffassung eine Leistungsklage auf Rückgabe der Kautions mangels rechtskräftiger Feststellung der Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags im Außerstreitverfahren wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückgewiesen werden müsste; gegen ihn auch *Garaï*, Kautionsrückforderung und § 37 Abs 1 Z 8 b MRG, RZ 2009, 128.

40) LGZ Wien 40 R 100/09 s MietSlg 61.322; LG Feldkirch 2 R 29/10 w; vgl auch *Schinagl* in *Illedits/Reich-Rohrwig*, Wohnrecht Kurzkommentar² § 16 b MRG Rz 5.

41) LGZ Wien 41 R 943/85 MietSlg 37.693.

42) *Würth*, wobl 2009, 265.

Rückforderung des Finanzierungsbeitrags mit der Kautionsrückforderung wohl nicht vergleichbar.⁴³⁾

Insgesamt ist der Ansicht *Garais* zuzustimmen, dass vom Gesetzgeber lediglich ein **zusätzliches Instrumentarium** geschaffen wurde, welches dem Mieter die Feststellung der Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags im Außerstreitverfahren ermöglicht.⁴⁴⁾ Das dem Mieter zukommende **Wahlrecht** soll insb aus **Kostengründen** ebendiesem nur zum Vorteil gereichen.

Sinnvollerweise ist daher mit den „kautionsrückforderungswilligen“ Mietern zunächst **abzuklären, ob berechnete Forderungen des Vermieters bestehen** könnten. Je nach Ergebnis dieser Abklärung wäre sodann entweder die sofortige Geltendmachung im streitigen Verfahren oder die vorherige Feststellung der Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags im außerstreitigen Verfahren zu empfehlen. Ist der Mieter der Ansicht, dass keine berechtigten Forderungen bestehen, wird er unmittelbar den streitigen Rechtsweg beschreiten. Dies hat einerseits den Vorteil, dass ab Rechtskraft sogleich ein vollstreckbarer Titel vorliegt und der Mieter andererseits bei vollständigem Obsiegen vom Gegner vollen Kostenersatz (inkl der anwaltlichen Vertretungskosten) erhält. Ist hingegen davon auszugehen, dass berechnete Gegenforderungen des Mieters bestehen, oder ist dies unklar, wäre dem Mieter zu empfehlen, zunächst den außerstreitigen Rechtsweg zu beschreiten, um sein Kostenrisiko zu reduzieren. Dabei kann von der Möglichkeit des § 9 Abs 2 AußStrG Gebrauch ge-

macht werden und vorerst ein nicht bezifferter Antrag auf Feststellung der Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags eingebracht werden. Nach Feststellung der Höhe des rückforderbaren Kautionsbetrags im Außerstreitverfahren ist in diesem ein Rückzahlungstitel zu schaffen. Wünscht der Mieter dies nicht⁴⁵⁾ oder unterbleibt es aus anderen Gründen, kann der festgestellte Betrag ohne Kostenrisiko im streitigen Verfahren geltend gemacht werden.

43) *Stabentheiner*, wobl 2009, 97.

44) *Garai*, RZ 2009, 128.

45) Der Titel kann ihm nicht „aufgezwungen“ werden (*Würth/Zingherl Kovanyi* I²³ § 37 MRG Rz 76; 5 Ob 81/84 MietSlg 36.528/40).

SCHLUSSSTRICH

Die Verpflichtung des Vermieters zur Rückstellung der Kautionsbeträge beginnt entgegen dem Gesetzestext mit der Rückstellung des Mietobjekts. Der Vermieter hat die Kautionsbeträge nach erfolgter Rückstellung unverzüglich zurückzustellen, wobei ihm nach der Judikatur eine angemessene Frist zur Prüfung des Mietobjekts auf vorliegende Schäden eingeräumt werden muss. Der Mieter hat nach der bisherigen Judikatur weiterhin die Möglichkeit, seinen Rückforderungsanspruch unmittelbar im streitigen Verfahren geltend zu machen. Das Verfahren nach § 37 Abs 1 Z 8 b MRG steht dem nicht entgegen; es ist aber auch in diesem ein Rückzahlungstitel zu schaffen.