

immolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WOHN- UND IMMOBILIENRECHT

Top Thema

Neue Rechtsprechung zur Kautions im Mietrecht

Vertragsrecht

Äquivalenzstörungen
bei vertraglicher
Beschränkung der
Gewährleistungspflicht

Immobilienbesteuerung

Die gebührenrechtliche
Dauer von Bestandverträgen

Forum Immobilientreuhänder

Benützungsregelungen
im Wohnungseigentum



IMMOLEX.MANZ.AT

ISSN 1605-2536 Österreichische Post AG MZ 02Z032704 M Verlag Manz, Gutheil Schoder Gasse 17, 1230 Wien

Neue Rechtsprechung zur Kautions im Mietrecht

BEITRAG. Nach der Entscheidung OGH 8 Ob 76/20¹⁾ kommt dem Erwerber einer Liegenschaft bei der Barkautions kein Herausgabeanspruch gegenüber dem Veräußerer zu. Die etwa ein halbes Jahr ältere Entscheidung des LG Salzburg 22 R 68/20h²⁾ befasst sich mit der Passivlegitimation im Rahmen der Klage auf Herausgabe eines Kautionsparbuchs und den Voraussetzungen der Aufrechnung gegen den vom Mieter geltend gemachten Ausfolgungsanspruch. Die Auseinandersetzung mit beiden Entscheidungen ist Gegenstand dieses Beitrags. [immolex 2021/59](#)



Dr. **Daniel Lassingleithner**, LL.M.oec., ist Rechtsanwalt in Salzburg und Autor der bei Manz erschienenen Dissertationsschrift „Die Kautions im Mietrecht“.

A. Allgemeines

Die vorliegenden Entscheidungen veranschaulichen die Bedeutung der unterschiedlichen Rechtsnatur von Kautionsparbuch und Barkautions. Durch die Übergabe einer Barkautions³⁾ (vertretbare Sache) an den Vermieter wird grundsätzlich „lediglich“ ein pignus irregulare begründet.⁴⁾ Unregelmäßigkeit beim Pfand bedeutet, dass das Rechtsverhältnis seinen Charakter geändert hat. Bei der Barkautions geht das Eigentum am Kautionsparbuch durch Vermengung auf den Vermieter über, sodass eben dieser nur obligatorisch verpflichtet ist, Sachen derselben Art und Menge zurückzustellen.⁵⁾ Anderes gilt aber dann, wenn dem Vermieter das Geld etwa in einem verschlossenen Kuvert übergeben wird und er dieses so getrennt von seinem restlichen Vermögen verwahrt, dass es zu keiner Vermengung und somit zu keiner Eigentumsübertragung kommt. In diesem Fall wird ein pignus regulare begründet.⁶⁾

Bei Übergabe eines Kautionsparbuchs bleibt der Mieter Eigentümer der durch die Sparurkunde verbrieften Forderung; es kommt daher zur Begründung eines regelmäßigen Pfandrechts.

Bei der Sparbuchkautions handelt es sich – im Gegensatz zur Barkautions – um ein pignus regulare. Dabei wird der Rückforderungsanspruch des Mieters (das Recht auf die Sparforderung) gegenüber der Bank an den Vermieter verpfändet.

Aufgrund des in § 451 ABGB normierten Faustpfandprinzips ist zur Wirksamkeit der Verpfändung – neben der Kautionsabrede als Titel der Pfandbestellung – als Modus auch die Übergabe des Sparbuchs erforderlich.⁷⁾ Der Pfandgläubiger wird durch Übergabe des Kautionsparbuchs – im Gegensatz zur Barkautions – jedoch nicht Eigentümer der durch die Sparurkunde verbrieften Forderung. Die Eigentumsverhältnisse bleiben unverändert, sodass durch die Verpfändung ein „echtes“ regelmäßiges Pfandrecht begründet wird.⁸⁾

B. LG Salzburg, 10. 6. 2020, 22 R 68/20h (rechtskräftig)

1. Allgemeines

Wird vom Vermieter während des aufrechten Mietverhältnisses und ohne Kenntnis des Mieters ein ideeller Hälfteanteil an der Liegenschaft, auf welcher sich der Mietgegenstand befindet,

schenkungsweise übertragen, soll eine Klage auf Herausgabe des Kautionsparbuchs nach der vorliegenden Entscheidung (weiterhin) gegen den (ehemals alleinigen) Vermieter eingbracht werden können.

Die Entscheidung des BerG ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, vermag jedoch in ihrer Begründung nicht vollständig zu überzeugen. Sie enthält mehrere für die Praxis wesentliche Aussagen, zu denen es an höchstgerichtlicher Judikatur fehlt.

2. Passivlegitimation

Zum Sachverhalt der Entscheidung ist vorweg zu beachten, dass nicht festgestellt werden konnte, ob die Änderung der Eigentumsverhältnisse dem Mieter mitgeteilt wurde.

Bisweilen wird im Schrifttum richtigerweise vertreten, dass der Anspruch auf Herausgabe des Kautionsparbuchs im Falle der Übergabe an eine Vermietermehrheit auch gegen alle Vermieter geltend zu machen ist.⁹⁾ Wird das Kautionsparbuch an mehrere Vermieter übergeben, entsteht eine Gesamthandschuld.¹⁰⁾ Bei Vorliegen einer Gesamthandschuld kann die geforderte Leistung nach hM nur allen Schuldnern gemeinsam abgefordert werden.¹¹⁾ Die gilt nach der Rsp explizit auch für die Herausgabe einer Sache.¹²⁾

Im vorliegenden Fall hat das BerG zutr erkannt, dass im Rahmen des Mietvertragsabschlusses im Jahr 2010 auch ein Pfandbestellungsvertrag in Form der Kautionsabrede zwischen dem Mieter und dem Vermieter geschlossen wurde. Zweifellos kam es mit der zweimaligen Verlängerung des Mietverhältnisses auch zu einer – zumindest konkludenten – Verlängerung

¹⁾ In diesem Heft Seite 131; siehe auch ImmoZak 2021/8 (B. Dobler).

²⁾ In diesem Heft Seite 133; siehe auch ImmoZak 2021/9 (Ortner).

³⁾ Sowohl bei Übergabe eines Geldbetrags als auch bei Überweisung des Kautionsbetrags liegt eine Barkautions vor.

⁴⁾ Schinnagl in GeKO Wohnrecht I § 16b MRG Rz 7; Lassingleithner, Die Kautions im Mietrecht (2020) 6; 6 Ob 279/07h immolex 2009/55.

⁵⁾ Lassingleithner, Kautions 6.

⁶⁾ G. Graf, Die Pflicht des Vermieters zur Veranlagung und Verzinsung der Barkautions, wobl 1990, 88; Lassingleithner, Kautions 6.

⁷⁾ Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 17; Lassingleithner, Kautions 9f.

⁸⁾ Lassingleithner, Kautions 9f.

⁹⁾ Kuprian, Der Mietvertrag³ Rz 297b; Lassingleithner, Kautions 191.

¹⁰⁾ Lassingleithner, Kautions 191.

¹¹⁾ Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 890 Rz 54f; Gamerith/Wendehorst in Rummel/Lukas⁴ § 890 Rz 7.

¹²⁾ 6 Ob 760/79 JBI 1981, 260 (F. Bydliński).

des Pfandbestellungsvertrags, zumal der Sicherungszweck der Kautionsrückstellung erst mit Rückstellung des Mietgegenstands endet.

Der Erwerber einer Liegenschaft tritt als Rechtsnachfolger in das bestehende Mietverhältnis ein; dies gilt grundsätzlich auch für die Nebenabreden des Bestandvertrags wie die Kautionsabrede.

Zweifelhaft erscheint aber, ob ein Eintritt der Ehegattin des Vermieters in den Pfandbestellungsvertrag zutr verneint wurde. Grundsätzlich tritt der Erwerber einer Liegenschaft als Rechtsnachfolger sowohl gem § 2 Abs 1 MRG als auch gem § 1120 Satz 1 ABGB ex lege in das bestehende Mietverhältnis ein. Der Erwerber tritt auch in die Nebenabreden des Bestandvertrags ein, soweit sie mit dessen Inhalt zusammenhängen und nicht bloß gelegentlich des Vertrags vereinbart wurden.¹³⁾ Nach der Jud tritt der Erwerber einer Liegenschaft daher auch ex lege in die Kautionsvereinbarung ein, die nämlich richtigerweise als Nebenabrede, die mit dem Inhalt des Bestandvertrags zusammenhängt, angesehen wird.¹⁴⁾

Nach § 1120 Satz 1 ABGB kommt es kraft Gesetzes zu einer vom Willen der Beteiligten unabhängigen Vertragsübernahme.¹⁵⁾ Mangelnde Kenntnis und Zustimmung des Mieters vermögen daher die Rechtsnachfolge nicht zu „verhindern“.

Gegenständlich hat die Ehegattin des Vermieters „lediglich“ einen ideellen Hälftanteil an der Liegenschaft erworben. Nach dem BerG sei es daher zu keiner Einzelrechtsnachfolge auf Vermieterseite gekommen. Nach der Rsp¹⁶⁾ und Teilen des Schrifttums¹⁷⁾ ist unter Veräußerung iSd § 1120 ABGB aber jeder derivative Eigentumserwerb durch den Einzelrechtsnachfolger unter Lebenden oder von Todes wegen zu verstehen. Da es sich auch beim Erwerb eines ideellen Hälftanteils um einen derivativen Eigentumserwerb handelt, wäre wohl richtigerweise auch von einem Ex-lege-Eintritt der Ehegattin des Vermieters in den Miet- und Pfandbestellungsvertrag auszugehen.

Zu beachten ist aber, dass die Übergabe des Kautionsparbuchs (Modus) lediglich an den (ehemals alleinigen) Vermieter und nicht auch an die Ehegattin des Vermieters erfolgte. Nach den Feststellungen hat der Vermieter mit seiner Ehegattin das sich im Bankschließfach befindliche Kautionsparbuch in Augenschein genommen und sie über die Zugehörigkeit zum Mietvertrag aufgeklärt. Dies jedoch ohne Kenntnis des Mieters, welcher auch keine Kenntnis über die Änderung der Eigentumsverhältnisse hatte. Zu einer Übergabe des Kautionsparbuchs an die Ehegattin des Vermieters durch den Mieter entsprechend dem Faustpfandprinzip ist es zu keinem Zeitpunkt gekommen. Es mangelt daher hinsichtlich der Ehegattin des Vermieters am für eine wirksame Verpfändung notwendigen Modus, zumal die Gewahrsamsänderung nach der Rsp mit Wissen und Willen des Pfandbestellers erfolgen muss.¹⁸⁾

Im Ergebnis wurde daher die alleinige Passivlegitimation des ehemals alleinigen Vermieters vom BerG richtigerweise bejaht.

3. Kautionsparbuch und Aufrechnung

Völlig zutr führt das BerG in Übereinstimmung mit der vorliegenden höchstgerichtlichen Rsp aus, dass es dem Vermieter als Pfandnehmer vor Realisierung des Kautionsparbuchs mangels Gleichartigkeit der gegenüberstehenden Forderungen nicht

möglich ist, gegen den vom Mieter als Pfandbesteller geltend gemachten Ausfolgungsanspruch aufzurechnen.¹⁹⁾ Eine Verwertung des Kautionsparbuchs ist aufgrund dessen Eigenschaft als pignus regulare nur durch Behebung des Guthabens, nicht jedoch durch Aufrechnung möglich. Nach erfolgter Realisierung stehen einander hingegen zwei Geldforderungen gegenüber, sodass auch eine Aufrechnung möglich ist. Im Ergebnis ist daher der Vermieter mangels Realisierung trotz allenfalls berechtigter Forderungen aus dem Mietverhältnis zur Rückstellung des Kautionsparbuchs verpflichtet.

Praxistipp: Kautionsparbuch unverzüglich realisieren!

Vermieter sind daher gut beraten, ein Kautionsparbuch nach Rückstellung des Mietgegenstands im Falle berechtigter Forderungen unverzüglich zu realisieren, andernfalls ist eine Aufrechnung gegen den vom Mieter als Pfandbesteller geltend gemachten Ausfolgungsanspruch nicht möglich.

4. Unverzügliche Rückstellung der Kautionsrückstellung bzw Abgabe der Aufrechnungserklärung

Der Vermieter ist nach Rückstellung des Bestandgegenstands zur unverzüglichen Kautionsrückstellung verpflichtet, wobei ihm zur „Schadensprüfung“ eine angemessene Frist einzuräumen ist.

Wie das BerG richtigerweise ausführt, vermag daran auch der allg pfandrechtliche Grundsatz, dass der Pfandgläubiger nur Zug um Zug gegen Tilgung der Schuld zur Rückstellung der Pfandsache verpflichtet ist, nichts zu ändern. Gem § 16b Abs 2 MRG ist der

Vermieter nämlich zur unverzüglichen Kautionsrückstellung verpflichtet, sofern diese nicht zur Tilgung von berechtigten Forderungen aus dem Mietverhältnis herangezogen wird. „Fristauslösend“ ist dabei in korrigierender Auslegung des Gesetzestextes nicht das Ende des Mietvertrags, sondern die Rückstellung des Mietobjekts an den Vermieter. Diesem ist es nämlich im Regelfall erst nach Rückstellung möglich, das Mietobjekt auf vorliegende Schäden zu prüfen.²⁰⁾ Zur Feststellung der Schäden und zur Einholung etwaiger Kostenvorschläge ist dem Vermieter eine angemessene Frist einzuräumen, wobei aber ein enger zeitlicher Zusammenhang gewahrt werden muss.²¹⁾ Ein solcher liegt jedoch bei einem Zeitraum von knapp zwei Monaten zwischen Rückstellung und erstmaliger Schadenbewertung nicht mehr vor.

Der Rückforderungsanspruch steht nach dem Gesetzestext zwar unter der Voraussetzung zu, dass keine berechtigten

¹³⁾ 2 Ob 2344/96m immolex 1997/42.

¹⁴⁾ 7 Ob 53/01x immolex 2001/163; *Lassingleithner*, Kautions 141ff.

¹⁵⁾ *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰² § 1120 Rz 1.

¹⁶⁾ Vgl zum Vertragseintritt des Legatars 5 Ob 516 /84 MietSlg 36.200.

¹⁷⁾ *Iro* in *KBB*⁴ § 1120 Rz 2; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON¹⁰² § 1120 Rz 5.

¹⁸⁾ 1 Ob 305/52 SZ 25/89.

¹⁹⁾ 4 Ob 588/88 JBl 1988, 721; 6 Ob 663/89.

²⁰⁾ *Stabentheiner*, Die Wohnrechtsnovelle 2009, wobl 2009, 97; *Schinnagl* in *GeKO Wohnrecht I* § 16b MRG Rz 47; *Lassingleithner*, Kautions 76f.

²¹⁾ LGZ Graz 7 R 85/12i MietSlg 64.31f.

Forderungen aus dem Mietverhältnis bestehen. Allerdings ist der Vermieter einerseits zur unverzüglichen Kautionsrückstellung verpflichtet und andererseits muss die Kautionsrückstellung vom Vermieter nach dem Gesetzestext zur Tilgung „herangezogen“ werden. Bleibt der Vermieter daher nach Rückstellung „untätig“, ist dies weder mit dem Unverzüglichkeitsgebot in Einklang zu bringen noch als „heranziehen“ zu werten. Die Voraussetzung des „Heranziehens“ erfordert ein aktives Tun des Vermieters, wobei etwa die Abgabe einer Aufrechnungserklärung genau als solches zu werten ist.²²⁾

Eine angemessene Frist zur Schadensfeststellung und zur Einholung etwaiger Kostenvoranschläge ist dem Vermieter aber zugestehen. Nach Kenntnis der Schadenshöhe muss der Vermieter aber unverzüglich die Aufrechnung erklären, andernfalls er zur Rückstellung verpflichtet ist.²³⁾

Praxistipp: unverzüglich aufrechnen!

Aufgrund der Verpflichtung des Vermieters zur unverzüglichen Rückstellung der Kautionsrückstellung ist dem Vermieter auch die sofortige Abgabe einer Aufrechnungserklärung zu empfehlen, andernfalls die Kautionsrückstellung trotz allenfalls berechtigter Forderungen aus dem Mietverhältnis zurückzustellen ist.

C. OGH 18. 12. 2020, 8 Ob 76/20i

1. Allgemeines

Nach der vorliegenden Entscheidung soll dem Erwerber einer Liegenschaft bei Erlag einer Barkautionsrückstellung kein (gesetzlicher) Anspruch auf Herausgabe der Kautionsrückstellung gegenüber dem Veräußerer zukommen. Die Frage, ob ein solcher Herausgabeanspruch bei einer Sparbuchkautionsrückstellung besteht, wurde vom 8. Senat zwar keiner abschließenden Klärung zugeführt, allerdings scheint dieser doch implizit einen Herausgabeanspruch zu bejahen.

Nach den Gesetzesmaterialien zu § 16b MRG „hat der bisherige Vermieter entsprechend dem Grundgedanken des § 1120 ABGB die Kautionsrückstellung im Verkaufsfall an den neuen Eigentümer zu übergeben“.²⁴⁾ Das Gesetzesrecht selbst enthält jedoch keine damit korrelierende Bestimmung.

2. Sparbuchkautionsrückstellung

Wie eingangs dargestellt, wird durch Übergabe eines Kautionsrückstellungssparbuchs ein regelmäßiges Pfandrecht begründet, wobei der Mieter weiterhin Eigentümer der durch die Sparbuchkautionsrückstellung verbrieften Forderung bleibt. Der 8. Senat scheint im Rahmen der gegenständlichen Entscheidung zumindest implizit jenen Stimmen in der Lit zu folgen, die sich bei einer Vertragsübernahme gem §§ 1120, 1121 ABGB für eine sinngemäße Anwendung der Grundsätze betreffend den Mieterwerb von Sicherungsrechten bei der Legalzession iSd § 1358 ABGB bzw bei der notwendigen Zession iSd § 1422 ABGB aussprechen. Nach dieser Auffassung würde der neue Vermieter ebenso wie der Zessionar ohne eigenständigen sachenrechtlichen Übertragungsakt die Kautionsrückstellung sowie allfällige weitere Sicherungsrechte aus dem Mietverhältnis übernehmen.²⁵⁾ Mangels Übergabe der Kautionsrückstellung könnte der Neuvermieter gem § 1358 ABGB die Herausgabe der Kautionsrückstellung in deren Eigenschaft als Sicherungsmittel begehren.²⁶⁾

Andererseits wird im Schrifttum aber auch vertreten, dass schon der Herausgabeanspruch des Mieters gegen den „besitzenden Pfandinhaber“ zu richten sei. Es bedürfe auch bei der Zession der dem Pfandrecht zugrunde liegenden Forderung der Übergabe des Pfands.²⁷⁾ Mangels Übergabe des Sparbuchs vom Alt- an den Neuvermieter müsse daher der Herausgabeanspruch gegen den Altvermieter gerichtet werden.

Der Anspruch des Mieters auf Herausgabe des Kautionsrückstellungssparbuchs ist gegen den Neuvermieter geltend zu machen.

Unter Berücksichtigung der allg sachenrechtlichen Regelungen erscheint diese Ansicht auch vertretbar, im Ergebnis ist mE aber den Überlegungen von Riss²⁸⁾ der Vorzug zu

geben. Nach der hA gehen nämlich sowohl bei der Legalzession iSd § 1358 ABGB als auch bei der notwendigen Zession iSd § 1422 ABGB Faustpfand und Hypothek ohne sachenrechtlichen Übertragungsakt auf den Zahler über.²⁹⁾ Bei der Rechtsnachfolge auf Vermieterseite kommt es gem § 2 Abs 1 MRG bzw §§ 1120, 1121 ABGB – wie Riss richtig erkennt³⁰⁾ – ebenfalls ex lege zur Vertragsübernahme durch den Erwerber, sodass eben dieser ebenso wie der Zessionar ipso iure (sohin auch ohne Übergabe des Kautionsrückstellungssparbuchs) die Sicherungsrechte aus dem übernommenen Mietverhältnis erwirbt. Daher ist der Herausgabeanspruch des Mieters gegen den Neuvermieter zu richten. Gleichzeitig hat der Erwerber einen Herausgabeanspruch gem § 1358 ABGB gegen den Veräußerer.

3. Barkautionsrückstellung

Der OGH verneint bei der Barkautionsrückstellung grundsätzlich einen Herausgabeanspruch des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer gem §§ 1120f ABGB und §§ 1358, 1422 ABGB (analog). Zutreffend ist, dass den §§ 1120f ABGB keine ausdrückliche gesetzliche Anordnung zu entnehmen ist, welche den Veräußerer verpflichten würde, dem Erwerber der Liegenschaft die vom Mieter erhaltene Kautionsrückstellung auszuliefern.³¹⁾

Der Auffassung des Höchstgerichts, dass es bei einem pignus irregulare auch an einem Sicherungsmittel mangle, das infolge der gesetzlichen Vertragsübernahme analog § 1358 bzw § 1422 ABGB auf den Erwerber übergehen könne, kann grundsätzlich nicht widersprochen werden. Da das Eigentum am Kautionserlag durch Vermengung mit dem Vermögen des Vermieters auf eben diesen übergeht, bleibt tatsächlich kein „Absonderungsgut Kautionsrückstellung“ bestehen. Auch der Absonderungsanspruch des Mieters im Falle der Insolvenz des Vermieters gem § 16b Abs 3 MRG kann nur durchgesetzt werden, wenn eine „absonderbare“ Sondermasse besteht. Kommt der

²²⁾ Lassingleithner, Kautionsrückstellung 116f.

²³⁾ Lassingleithner, Kautionsrückstellung 116f; Prader, MRG⁵¹⁵ § 16b Anm 2 und E 8.

²⁴⁾ BAB 122 BlgNR 24. GP 2.

²⁵⁾ Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 54f; Schinnagl in GeKo Wohnrecht I § 16b MRG Rz 58; Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer in Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ § 16b MRG Rz 3; Lassingleithner, Kautionsrückstellung 180ff.

²⁶⁾ Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 56; Lassingleithner, Kautionsrückstellung 183.

²⁷⁾ Prader, MRG⁵¹⁴ § 16b Anm 3; Kuprian, Mietvertrag³ Rz 297a.

²⁸⁾ Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 54ff.

²⁹⁾ 3 Ob 49/60 EvBl 1969/358; 8 Ob 99/11h NZ 2012/64 (Hoyer); Gamerith in Rummel/Lukacs³ 1358 ABGB Rz 5.

³⁰⁾ Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 54ff.

³¹⁾ Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 53; Lassingleithner, Kautionsrückstellung 182.

Vermieter seiner Veranlagungspflicht nicht nach und tritt Eigentumsübergang durch Vermengung ein, ist eine abgesonderte Befriedung mangels Sondermasse nicht möglich.³²⁾

Im Ergebnis wäre es jedoch mehr als unbefriedigend, wenn dem Erwerber einer Liegenschaft keine „rechtliche Handhabe“ zukommen würde, um die Übergabe der Kautions vom Veräußerer gerichtlich durchzusetzen, da ja auch die Passivlegitimation des Kautionsrückforderungsanspruchs mit dem Eigentümerwechsel auf den Erwerber übergeht.³³⁾ *Stabentheiner*³⁴⁾ ist zuzustimmen, dass ein solcher Übergang auch aufgrund der Insolvenzfestigkeit der Kautions zweckmäßig wäre. Der Erwerber einer Liegenschaft sollte daher bereits im Liegenschafts Kaufvertrag eine Regelung dahingehend vorsehen, dass vom Veräußerer auch die Kautions zu übergeben ist. Mangels Übergabe könnte der Erwerber auf Basis dieser vertraglichen Grundlage sodann die Herausgabe vom Veräußerer begehren.³⁵⁾

Praxistipp: Übergabe der Kautions vereinbaren!

Dem Erwerber einer Liegenschaft ist dringend zu empfehlen, bereits im Vertrag über die Liegenschaftsübergang ausdrücklich zu vereinbaren, dass die Kautions an ihn zu übergeben ist.³⁶⁾

Am Ende der vorliegenden Entscheidung führt der OGH aus, dass andere Anspruchsgrundlagen nicht vorgebracht wurden. ME erscheint es überlegenswert, ob ein Herausgabeanspruch des Erwerbers nicht auf Basis der Bestimmung des § 1042 ABGB besteht. Wer für einen anderen einen Aufwand macht, den dieser nach dem Gesetz selbst hätte machen müssen, hat danach das Recht, den Ersatz zu fordern. Gemäß § 16 b MRG ist der Vermieter „nach Ende des Mietvertrags“ verpflichtet, dem Mieter die Kautions zurückzustellen. Im Falle der Vertragsübernahme durch den Erwerber gem § 2 Abs 1 MRG bzw §§ 1120 f ABGB kommt es zwar zu keiner Beendigung des Mietverhältnisses im eigentlichen Sinn, allerdings scheidet der Veräußerer aus diesem aus, sodass man von einer Beendigung des Mietverhältnisses zwischen ihm und dem Mieter sprechen kann. Der Altvermieter wäre daher entsprechend § 16 b MRG grundsätzlich verpflichtet, dem Mieter die Kautions zurückzustellen. Erfolgt eine solche Rückstellung nicht und wird die Kautions auch nicht dem Erwerber übergeben, kommt dem Mieter nach der Rsp dennoch gegenüber dem Liegenschaftserwerber ein Rückforderungsanspruch zu. Die Erfüllung dieses Rückforderungsanspruchs führt zu einem Aufwand, den der Veräußerer aufgrund der Beendigung des Mietverhältnisses

zwischen ihm und dem Mieter gem § 16 b MRG „selbst hätte machen müssen“, sodass der Erwerber gem § 1042 ABGB Ersatz vom Veräußerer verlangen kann.³⁷⁾

Kommt es ausnahmsweise auch bei der Barkautions zur Begründung eines pignus regulare, scheint auch der OGH zumindest implizit einen Herausgabeanspruch nach den Grundsätzen des Miterwerbs von Sicherungsrechten anzudenken. Richtig ist zunächst, dass auch bei der Barkautions die Begründung eines regelmäßigen Pfandrechts keinesfalls ausgeschlossen ist. Voraussetzung ist, dass der Vermieter den übergebenen Geldbetrag getrennt von seinem restlichen Vermögen verwahrt, sodass es zu keiner Eigentumsübertragung durch Vermengung kommt.³⁸⁾ In diesem Fall besteht auch weiterhin ein abgesondertes Rechtsgut, sodass wie bei der Sparbuchkautions ein Herausgabeanspruch nach den bereits dargestellten Grundsätzen des Miterwerbs von Sicherungsrechten besteht.

Schlussstrich

- Wird vom Vermieter während des aufrechten Mietverhältnisses und ohne Kenntnis des Mieters ein ideeller Hälfteanteil an der Liegenschaft, auf welcher sich der Mietgegenstand befindet, schenkungsweise übertragen, kann eine Klage auf Herausgabe des Kautions Sparbuchs weiterhin gegen den (ehemals alleinigen) Vermieter eingebracht werden.
- Dem Vermieter ist es vor Realisierung des Kautions Sparbuchs mangels Gleichartigkeit der gegenüberstehenden Forderungen nicht möglich, gegen den vom Mieter geltend gemachten Ausfolgungsanspruch aufzurechnen.
- Dem Erwerber einer Liegenschaft kommt bei Erlag einer Barkautions nach dem OGH grundsätzlich kein (gesetzlicher) Anspruch auf Herausgabe der Kautions gegenüber dem Veräußerer zu. Bei der Sparbuchkautions ist hingegen ein Herausgabeanspruch nach den Grundsätzen des Miterwerbs von Sicherungsrechten gem §§ 1358, 1422 ABGB (analog) zu bejahen.

³²⁾ *Lassingleithner*, Kautions 125f.

³³⁾ 7 Ob 53/01x immolex 2001/162; 8 Ob 122/00z immolex 2001/28 (*Kovyan*); 9 Ob 160/02y immolex 2003/72.

³⁴⁾ *Stabentheiner*, wobl 2009, 97.

³⁵⁾ *B. Dobler*, Glosse zu 8 Ob 76/20i ImmoZak 2021/8 (17).

³⁶⁾ In diese Richtung auch *B. Dobler*, Glosse zu 8 Ob 76/20i ImmoZak 2021/8 (18).

³⁷⁾ Nach *B. Dobler*, aaO scheidet ein Anspruch nach §§ 1041f ABGB (analog) eher aus, da die Verpflichtung zur Kautionsrückstellung durch die gesetzliche Vertragsübernahme und den Liegenschaftserwerb auf den Erwerber übergehe; dadurch werde sie ex lege eine eigene Schuld des Erwerbers.

³⁸⁾ *Lassingleithner*, Kautions 6; *G. Graf*, wobl 1990, 88.