

F trat auch nach innen gegenüber Mitarbeitern wie ein Chef und Arbeitgeber auf. Er nahm an den regelmäßig stattfindenden Mitarbeiterbesprechungen teil und maßregelte auch immer wieder Mitarbeiter. Er machte auch der Kl klar, dass er jederzeit dafür sorgen könne, dass sie gekündigt werde. Daran, dass er dies auch durchsetzen könne, bestand nach dem gelebten Arbeitsverhältnis kein Zweifel. Die Mitarbeiter der Bekl betrachteten F als „Seniorchef“, ohne

dass dies von seinem Sohn jemals in Frage gestellt wurde. Die Tätigkeiten des F, mit denen er im Alltag der Bekl auch Arbeitgeberfunktionen ausübte, entsprachen den Vorstellungen seines Sohnes, der erklärtermaßen in diese Rolle erst hineinwachsen sollte.

Der E 9 ObA 45/18 k lag ein anders gelagerter Sachverhalt zugrunde. Daraus ist für die Bekl nichts Entscheidendes zu gewinnen.

Hinweis:

In der genannten E 9 ObA 45/18 hat der OGH ausgesprochen, dass Dienstgeber iSd § 26 Z 4 AngG bei juristischen Personen die vertretungsbefugten Organe sind. Sie tragen die Verantwortung für das gesamte Unternehmen und können daher Abhilfe gegen Ehrverletzungen schaffen sowie diese in Zukunft verhindern. Ihnen gleichgestellt sind zur Geschäftsführung berufene Stellvertreter, die zur selbständigen Ausübung von Unternehmer- und Arbeitgeber-Funktionen berechtigt sind. Darüber hinaus sind dem Dienstgeber Ehrverletzungen durch Repräsentanten zure-

chenbar. **Repräsentanten** sind Personen in leitender Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich. Der gewerberechtliche Geschäftsführer ist für die fachliche Ausübung des Gewerbes sowie die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich und besitzt die entsprechende Anordnungsbefugnis. Eine Zurechenbarkeit der Ehrverletzung des gewerberechtlichen Geschäftsführers („Juniorchef“) wurde verneint, weil die Ehrverletzung in keinem Zusammenhang mit der fachlichen Ausübung des Gewerbes stand.

Richard Hargassner



→ Zur Kautions des Mieters bei Zwangsversteigerung des Bestandobjekts

§§ 1120, 1121 ABGB (§ 16b MRG)

Die Bestimmungen über die Vertragsübernahme nach §§ 1120, 1121 ABGB (bzw § 2 MRG) tragen den Anspruch des Erwerbers der Liegenschaft auf Zahlung der von den Mietern erlegten Barkautionen nicht, weil sie sich auf das Verhältnis des neuen

Vermieters zu den Mietern beziehen. Im vorliegenden Fall fehlt es auch an einem Sicherungsmittel, das infolge der gesetzlichen Vertragsübernahme analog § 1358 ABGB bzw § 1422 ABGB auf den Erwerber hätte übergehen können.

Die Vorinstanzen gaben dem Klagebegehren statt. Der OGH gab der Rev der Bekl Folge und wies das Klagebegehren ab.

Aus den Entscheidungsgründen:

[Zum Anspruch der Mieter gegen die Kl auf Rückzahlung der Kautionen]

Der Ersteher einer Liegenschaft im Zwangsversteigerungsverfahren tritt gem § 1121 iVm § 1120 ABGB mit dem Zuschlag in bestehende Bestandverhältnisse ein (RS0105725). Im – hier zu vermutenden (RS0069235) – Anwendungsbereich des MRG ergibt sich diese Rechtsfolge aus § 2 Abs 1 vierter Satz MRG (RS0025173; 2 Ob 142/07g mwN). Es handelt sich dabei um eine gesetzliche Vertragsübernahme auf Vermieterseite (vgl RS0104141; RS0021158 [T 2; T 3]). Der Erwerber tritt auch in die Nebenabreden des Bestandvertrags ein, soweit sie mit dessen Inhalt zusammenhängen und nicht bloß gelegentlich des Vertrags vereinbart wurden (RS0021133 [T 1]; 2 Ob 2344/96m mwN). Die Vereinbarung der Zahlung einer Barkautions ist eine Nebenabrede iSd § 2 Abs 1 MRG, dies gilt auch für die Vereinbarung der Rückzahlung der Kautions (RS0021133 [T 13]). Es entspricht der Rsp des OGH, dass ein Anspruch auf Rückzahlung einer bei Abschluss des Bestandvertrags geleisteten Barkautions gegen den Erwerber des Bestandobjekts durchzu-

EvBI 2021/103

§§ 1120, 1121
ABGB
(§ 16b MRG)

OGH 18. 12. 2020,
8 Ob 76/20i
(OLG Graz
3 R 38/20p,
LG Klagenfurt
77 Cg 52/17v)

Erste Rsp des OGH zur Frage, ob der Ersteher eines Bestandobjekts den Mietern die von diesen bei der verpflichteten Partei erlegten Kautionen zurückzahlen hat.

Sachverhalt:

Der Bekl war Eigentümer zweier Liegenschaften, auf denen „Zinshäuser“ errichtet sind. Er vermietete dort Bestandobjekte an verschiedene Mieter, die entsprechend den Mietverträgen Kautionen in Höhe von insg € 15.062,92 erlegten, und zwar zum Teil in bar und zum Teil durch Einzahlungen auf ein Konto des Bekl („Mietenkonto“). Sparbücher als Kautions übergab keiner der Mieter.

Im Dezember 2016 erwarb die Kl die beiden Liegenschaften durch Zuschlag als Meistbietende in einem gegen den Bekl geführten Zwangsversteigerungsverfahren. Bereits vor dem Erwerb war der Kl bewusst, dass die Mieter der Bestandobjekte „entsprechende“ Kautionen an den Bekl gezahlt hatten und diese nicht als Aktiva im Zwangsversteigerungsverfahren ausgewiesen waren. Von den zum Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch die Kl bestehenden Mietverhältnissen sind zwei nach wie vor aufrecht; einer der Mieter hatte eine Kautions von € 3.118,80 und der andere Mieter eine Kautions von € 1.800,- beim Bekl erlegt. Die anderen übernommenen Mietverhältnisse sind inzwischen beendet; die Kl zahlte bei Rückstellung der jeweiligen Bestandobjekte Kautionen von insg € 10.147,12 an die Mieter zurück.

Die Kl begehrt vom Bekl die Zahlung von € 15.066,-, resultierend aus den von den Mietern erlegten Kautionen.

setzen ist (RS0105724), und zwar unabhängig davon, ob dieser den maßgeblichen Geldbetrag vom Veräußerer erhalten hat (*Kuprian*, Der Mietvertrag³ Rz 291 d mwN). Als Erwerber gilt auch der Ersteher aufgrund einer Zwangsversteigerung (RS0021133 [T 14]). Zutreffend sind die Vorinstanzen daher davon ausgegangen, dass die Kl als Ersteherin der Bestandobjekte den Mietern zur Rückzahlung der von diesen beim Bekl erlegten Kauttionen verpflichtet ist.

[Zum Wesen der Kauttion]

Mit § 16b MRG wurden durch die Wohnrechtsnovelle 2009 erstmals konkrete gesetzliche Kautionsbestimmungen getroffen: So hat nach § 16b Abs 2 MRG der Vermieter nach Ende des Mietvertrags dem Mieter die Kauttion samt den aus ihrer Veranlagung erzielten Zinsen unverzüglich zurückzustellen, soweit sie nicht zur Tilgung von berechtigten Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis herangezogen wird. § 16b Abs 1 MRG sieht vor, dass ab 1. 4. 2009 (§ 49f Abs 1 MRG), für bestehende Verträge mit einer Übergangsfrist bis 30. 9. 2009 (§ 49f Abs 2 MRG), Barkauttionen in Form von Sparbüchern oder einer gleich gute Verzinsung sowie gleich hohe Sicherheit bietenden, eindeutig vom Vermögen des Vermieters abgrenzbaren Veranlagung zu sichern sind (*Prader*, MRG^{5,14} § 16b Anm 1). Dass Derartiges hier geschehen wäre, wurde weder vorgebracht noch festgestellt.

Bei der **Barkauttion** handelt es sich um eine Pfandbestellung für künftige Forderungen des Vermieters. Das Pfandrecht an vertretbaren Sachen – besonders an Geld – ist in der Regel ein unregelmäßiges Pfandrecht („*pignus irregulare*“). In diesem Fall wird der Kauttionsempfänger durch Vermengung Eigentümer des Geldes. Dem Besteller steht kein dingliches Recht, sondern ein bloß schuldrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung zu (RS0010942 [T 1]; zuletzt etwa 8 Ob 126/10b; vgl auch *Kuprian*, aaO Rz 290; *Lassingleithner*, Die Kauttion im Mietrecht 6). Beim unregelmäßigen Pfand hat der Pfandbesteller keinen Aussonderungsanspruch im Insolvenzverfahren des Gläubigers (*Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 447 Rz 9). Die Barkauttion gibt dem Kautionsnehmer das Recht, künftig entstehende Ersatzforderungen mit dem Rückforderungsanspruch des Kautionsgebers zu kompensieren. Das Kompensationsrecht besteht grundsätzlich so lange, bis das Verhältnis zwischen den Vertragspartnern, aus dem der zu sichernde Anspruch entstehen kann, abgewickelt ist (RS0011282).

Im Unterschied zur Barkauttion bleibt der Mieter bei der Hingabe eines Sparbuchs Eigentümer des Sparbuchs und hat einen dinglichen Anspruch auf Herausgabe des Pfandes (*Kuprian*, aaO Rz 297 a).

[Zum Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer auf Herausgabe der Kauttion]

Die GMat zu § 16b MRG gehen (zwischen verschiedenen Kautionsarten nicht weiter differenzierend) davon aus, dass der bisherige Eigentümer, wenn es zu einer Veräußerung der Liegenschaft und damit zu einem Vermieterwechsel kommt, „entsprechend dem Grundgedanken des § 1120 ABGB“ die Kauttion an den neuen

Eigentümer zu übergeben, also ihm etwa das Kautions-sparbuch auszuhändigen hat (IA 513/A BlgNR 24. GP 4; so auch BAB 122 BlgNR 24. GP 2).

Zwar befürwortet die **Lehre** (mit der sich der OGH in dieser Entscheidung ausführlich beschäftigt) mehrheitlich die Schlussfolgerung, dass der bisherige Eigentümer dem neuen Eigentümer die Kauttion auszuhändigen habe, doch wird – soweit überblickbar – einhellig eingeräumt, dass es hierfür an einer gesetzlichen Grundlage fehlt (so auch *Lassingleithner*, aaO 182). Allein die (von der Kl herangezogenen) Bestimmungen über die Vertragsübernahme nach §§ 1120, 1121 ABGB (bzw § 2 MRG) tragen den Anspruch der Kl gegen den Bekl auf Zahlung der von den Mietern erlegten Barkauttionen nicht, weil sie sich auf das Verhältnis des neuen Vermieters zu den Mietern beziehen.

Auch nach Auffassung des BerG ist der Bezug auf § 1120 ABGB in den GMat nicht zwingend, um die daraus hergeleitete Konsequenz zu rechtfertigen. Es stützt sich – offenkundig in Anlehnung an *Riss* (in *Hausmann/Vonkilch*, Österreichisches Wohnrecht³ § 16b MRG Rz 53 f) – auf eine Analogie zu den Bestimmungen der §§ 1358, 1422 ABGB. Das Problem, dass hier gerade kein Absonderungsgut „Kauttion“ vorliegt, weil der Bekl durch Vermengung nach § 371 ABGB Eigentümer des ihm von den Mietern als Kauttion übergebenen bzw auf sein (Eigen-)Konto eingezahlten Geldes geworden ist, behandelt es allerdings nicht näher. Der von einem Dritten gem § 1358 ABGB befriedigte Gläubiger hat demjenigen, der die Schuld bezahlt hat, alle vorhandenen Sicherungsmittel auszuliefern. Sicherungsrechte wie ein Pfandrecht gehen mit der Einlösung ipso iure auf den Einlösenden über (RS0032397). Nach der Rsp geht auch ein vorbehaltenes Eigentum und ein Sicherungseigentum ohne Übertragungsakt über (RS0000781; 3 Ob 465/61; aA allerdings ein Teil der L, s die Nachw bei *Eigner/Th. Rabl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,04} § 1358 Rz 55 und Rz 58; *P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 1358 ABGB Rz 12). Ebenso sind Personalsicherheiten bzw Bezugsrechte aus vinkulierten Versicherungen Sicherungsmittel iSd § 1358 ABGB (*P. Bydlinski*, aaO mwN).

Im vorliegenden Fall fehlt es jedoch schon an einem Sicherungsmittel, das infolge der gesetzlichen Vertragsübernahme analog § 1358 ABGB bzw § 1422 ABGB auf die Kl hätte übergehen können. Nach Vermengung sind die – für Sicherungseigentum notwendigen – pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften nicht mehr aufrechterhalten (vgl *Holzner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,05} § 358 Rz 8).

Mit einem Rückgriff auf die Ausführungen von *Riss* (zum Kautionssparbuch), der eindeutig ein abgesondertes Rechtsgut vor Augen hat, lässt sich der Klagsanspruch daher nicht begründen. *Lassingleithner*, der einen Herausgabeanspruch des alten Vermieters gegen den neuen Vermieter auch in Bezug auf die Barkauttion andenkt, kann nur insoweit gefolgt werden, als es bei der Übergabe der Barkauttion ausnahmsweise auch zu einem regelmäßigen Pfand (etwa durch Übergabe eines verschlossenen Kuverts) kommen kann (vgl auch *Lassingleithner*, aaO 6).

Zusammengefasst tragen die Bestimmungen der §§ 1120, 1121 ABGB und §§ 1358, 1422 ABGB (analog) den Herausgabeanspruch der Kl gegenüber dem

Bekl nicht. Andere Anspruchsgrundlagen hat die Kl weder in tatsächlicher noch rechtlicher Hinsicht vorgebracht.

Hinweis:

Ob der konkrete Fall auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zu einem anderen Ergebnis geführt hätte, musste in der Entscheidung mangels eines entsprechenden Vorbringens der Kl nicht geprüft werden.

Richard Hargassner

Anmerkung:

Die Kl erstand ein Zinshaus in einem Zwangsversteigerungsverfahren und verlangte nun vom ehemaligen Eigentümer die Herausgabe der Barkautionen, die damals zwischen ihm und den Bestandnehmern vereinbart wurden, aber von der Kl zurückgezahlt werden mussten.

Barkautionen stellen ein unregelmäßiges Pfand dar. Der Bestandgeber erlangt durch Vermengung Eigentum, hält die Kautions treuhändig und kann bei Beendigung des Mietverhältnisses mit der schuldrechtlichen Rückzahlungsverpflichtung aufrechnen (*Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.03} § 448 Rz 10f). Bei einem Kauf oder einer Zwangsversteigerung kommt es ex lege zu einer Übernahme des Mietvertrags auf Vermieterseite, wovon sowohl im Anwendungsbereich des MRG als auch außerhalb davon (gewöhnliche) Kautionen umfasst sind (*Würth in Rummel*³ § 2 MRG Rz 7ff; *Riss in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.02} § 1120 Rz 1). Nach der Rsp des OGH können die Mieter bei Beendigung der Bestandverträge die Barkautionen von der neuen Vermieterin zurückfordern (RIS-Justiz RS0105724).

Im vorliegenden Fall beschäftigte sich der OGH nun zum ersten Mal mit der Frage, ob der ehemalige Vermieter der neuen Vermieterin die Kautionen aushändigen muss.

Hätte die Kl das Zinshaus dem Bekl abgekauft, hätte er ihr die Kautionen wohl übergeben müssen. Dies ist zwar nicht ausdrücklich geregelt, ist jedoch in den Materialien niedergeschrieben (AB 122 BlgNR 24. GP 2) und wird im Schrifttum vertreten (vgl. *Lassingleithner, Die Kautions im Mietrecht* 182 mwN). Die Übergabe liegt auch im Interesse der Mieter, damit ein entsprechender Haftungsfonds beim (neuen) Vermieter vorhanden ist.

Diese Herausgabepflicht kann mE durch ergänzende Vertragsauslegung begründet werden. Da die Kautionen rein dem Bestandverhältnis dienen, wird, wenn nichts dazu im Vertrag steht, eine ungewollte Vertragslücke vorliegen (*Rummel in Rummel/Lukas*⁴ § 914 ABGB Rz 20ff; vgl. *Reich-Rohrwig, Immolex* 2020, 374, der 600 Kaufverträge über Zinshäuser und Zinshausanteile untersuchte und zum Ergebnis kam, dass in 51% Kautionen geregelt werden, wobei fast immer eine Verpflichtung zur Übergabe bedungen ist und in den restlichen Fällen festgehalten wird, dass keine Kautionen erlegt wurden). Der Verkäufer muss die Kautionen übergeben oder auf den Kaufpreis anrechnen lassen. Hier kann ein Vergleich zur Mietzinsreserve gezo-

gen werden, bei der der OGH zwar keine Pflicht zur Ausfolgung sieht, das aber damit begründet, dass sie eben „kein zinsbringend anzulegendes, gesondert zu verwahrendes und an das Haus gebundenes Sondervermögen“ sei (1 Ob 126/98f). Genau um ein derartiges Sondervermögen handelt es sich jedoch bei der Kautions.

Alternativ dazu wurde in der Literatur die Übergabepflicht auf eine analoge Anwendung der §§ 1358 bzw 1422 ABGB gestützt (für Kautionsparbücher *Riss in Hausmann/Vonkilch*³ § 16b MRG Rz 55; auch für Barkautionen *Lassingleithner, Die Kautions im Mietrecht* 182). Laut OGH ist eine Analogie hier aber nicht möglich, da es bei einem unregelmäßigen Pfandrecht wie der Barkautions aufgrund der Vermengung schon an einem individualisierbaren Vermögen mangle. Offen bleibt dabei aber, ob diese Rechtsgrundlage bei einem regelmäßigen Pfand, einer Sparbuchkautions, erfolgreich gewesen wäre (vgl. *Dobler, ImmoZak* 2021, 27).

Liegt nun wie im Ausgangsverfahren eine Zwangsversteigerung vor, kann die Übergabepflicht nicht durch Vertragsauslegung begründet werden. Die zugrundeliegende Wertung bleibt aber dieselbe: Die Kautionen stellen ein Sondervermögen dar, das an die Bestandverträge und an das Haus gebunden ist. Sie stellen kein freies Vermögen des Verpflichteten dar. Da auch bei der Zwangsversteigerung der Erwerber in alle Mietverträge eintritt, wäre es nicht sachgemäß, in diesem Fall eine Pflicht zur Ausfolgung der Kautionen zu verneinen. Behält der Verpflichtete die Kautions, obwohl diese nur mehr das Verhältnis zwischen Erwerberin und (nunmehr) ihren Bestandnehmern sichert, zieht er einen ungerechtfertigten Vorteil aus einem ihm nicht mehr zugewiesenen Rechtsgut. Da er durch die gesetzliche Vertragsübernahme aus den Mietverträgen austritt, besteht kein Grund mehr für ihn, die Kautionen zu behalten.

Er muss sie unverzüglich zurückstellen (vgl. § 16b Abs 2 MRG), da er sie nur treuhändig bis zur Beendigung der Mietverhältnisse zwischen sich und den Mietern hält, was durch die Zwangsversteigerung eintritt. Zahlt der ehemalige Eigentümer sie pflichtgemäß zurück, kann die neue Eigentümerin sie erneut fordern. Solange der alte Eigentümer aber die Kautionen behält, ist es der Erwerberin verwehrt, ihrerseits die Kautionen von den Mietern zu verlangen, da diese ihrer Verpflichtung zum Erlag der Kautionen bereits nachgekommen sind. Aufgrund der Vertragsübernahme sind die Kautionen ausschließlich der Erwerberin zugewiesen, der Nutzen kommt nun aber ungerechtfertigterweise dem Verpflichteten zu, weshalb die Erwerberin den Nutzen in Höhe der gesamten Kautions gem § 1041 ABGB vom Verpflichteten fordern kann.

Der Herausgabeanspruch der Erwerberin könnte mangels vertraglicher Grundlagen somit auf § 1041 ABGB gestützt werden.

*Valerie Doppelbauer,
WU Wien*

