

1. Kapitel: Einleitung

Das faktisch im Bestandrecht schon seit langer Zeit existente Phänomen der Kautionsunterlag bis zum Jahr 2009 keiner gesetzlichen Regelung. Mit der WRN 2009 erließ der Gesetzgeber (allerdings nur für den Voll- und für den Teilanwendungsbereich des § 1 Abs 4¹) mit § 16b erstmals eine diesbezügliche Bestimmung. Dieser Schritt kann jedoch nur als teilweise gelungen angesehen werden. Die neue Gesetzesbestimmung regelt zwar wesentliche, jedoch bei Weitem nicht alle Kautionsbereiche. Die im Gesetzgebungsprozess eigentlich vorgesehene Begutachtungsphase entfiel bei der WRN 2009, da die Umsetzung im „Eilzugstempo“ erfolgte.

Die mit § 16b eingeführten Kautionsregelungen führten zu teilweise intensiven literarischen Auseinandersetzungen. Die Rsp war mit der neu eingeführten Gesetzesbestimmung bisher nur ansatzweise befasst.

Im Rahmen dieser Arbeit werden die diversen Streitpunkte zu den Neuregelungen, aber auch weitere offene Fragen, diskutiert und einer sinnvollen Lösung bzw. Beantwortung zugeführt. Dabei ist eine Differenzierung zwischen Voll- und Teilanwendungsbereich des § 1 Abs 4 einerseits, sowie dem Teilanwendungsbereich des § 1 Abs 5 und dem Nichtanwendungsbereich des MRG andererseits, notwendig.

Im Gegensatz zu Österreich unterliegt das Phänomen der Kautionsunterlag in der deutschen Rechtsordnung schon seit längerer Zeit einer gesetzlichen Regelung. Gewisse Parallelen zur österreichischen Rechtslage sind dabei nicht zu übersehen. Bei bestimmten Problemfeldern wird daher der Versuch unternommen, durch einen Vergleich der Rechtslage in Österreich und Deutschland neue Erkenntnisse zu gewinnen, so etwa hinsichtlich der Frage der zulässigen Höhe der Kautionsunterlag, welche in Österreich im Gegensatz zum deutschen Recht keinerlei gesetzlichen Regelung unterliegt. Die deutsche Rechtsordnung liefert auch Hinweise zur Auslegung einiger Teilbereiche des § 16b. Vor allem existiert bereits Rsp zu Einzelfragen, welche von der österreichischen Rsp noch nicht behandelt wurden. Dabei darf jedoch selbstverständlich nicht die in Europa einzigartige Systematik des österreichischen Mietrechts übersehen werden, weshalb eben ein Rechtsvergleich nur in manchen Bereichen sinnvoll bzw. überhaupt möglich ist.

Der Aufbau der vorliegenden Monografie orientiert sich zunächst stark an den Problemfeldern der Kautionsunterlag. Aufgrund des kasuistischen Charakters des gegenständli-

1 Paragraphen ohne nähere Gesetzesangabe beziehen sich auf das MRG.

chen Rechtsinstituts erfolgt die Aufarbeitung der einzelnen Problembereiche sodann größtenteils anhand der Rechtsprechungspraxis.

Wie stets im österreichischen Mieterschutzrecht ist auch hinsichtlich der Kautionsproblematik zwischen Voll- und Teilanwendungsbereich(-en) bzw den Vollaussnahmetatbeständen des MRG zu differenzieren. Je nachdem, welchem gesetzlichen Regelwerk (zum Teil oder zur Gänze) das Mietverhältnis unterliegt, differieren zum Teil auch die Rechtsfolgen diverser Kautionsfragen.

Auch die Differenzierung zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen der Kaution, insb zwischen Bar- und Sparbuchkaution sowie Bankgarantie, zieht sich wie ein „roter Faden“ durch die gegenständliche Arbeit. Die Rechtsfolgen divergieren zum Teil abhängig von der jeweiligen Kautionsform erheblich.

Einleitend erfolgt zunächst eine dogmatische Betrachtung des Rechtsinstituts der Kaution, wobei insb die Rechtsnatur der verschiedenen Kautionsformen sowie Sinn und Zweck der Kautionsabrede aufgearbeitet werden.

Der weitere Aufbau der Arbeit befasst sich zunächst mit den „Problemfeldern“ des § 16b. Hervorzuheben sind hier die Übergabe der Kaution, die Rückstellung der Kaution nach Beendigung des Mietverhältnisses (materiell- und verfahrensrechtlich), das Zusammenspiel zwischen Kaution und Aufrechnung und das Schicksal der Kaution in der Insolvenz des Vermieters.

Anschließend werden jene Bereiche dargestellt, welche von der Regelung des § 16b nicht umfasst sind. Dies trifft zunächst auf die wesentliche Frage der zulässigen Kautionshöhe zu. Im Vollaussnahmbereich des MRG existiert dazu bereits Rsp, im Teil- und Nicht-Anwendungsbereich sucht man eine solche jedoch vergebens. Behandelt werden ua auch die Rechtsnachfolge auf Vermieterseite während des aufrechten Mietverhältnisses und die Frage, ob den Mieter eine gesetzliche Verpflichtung zur Wiederauffüllung der Kaution bei berechtigter Inanspruchnahme durch den Vermieter während des aufrechten Mietverhältnisses trifft.

2. Kapitel:

Allgemeines zum Rechtsinstitut der Kautionsabrede

I. Sinn und Zweck der Kautionsabrede

A. Allgemeines

Obwohl es in der Praxis seit Jahrzehnten üblich ist, dass Vermieter und Mieter zur Sicherung der Ansprüche des Vermieters aus dem Mietverhältnis die Übergabe einer Kautions vereinbaren, unterlag diese bis zum Jahr 2009 im Mietrecht keiner gesetzlichen Regelung. Mit der WRN 2009 setzte der Gesetzgeber im Mietrecht² erstmals eine diesbezügliche Regelung um. Im Folgenden werden zunächst die für viele Kautionsbereiche wesentlichen rechtlichen Grundlagen des Rechtsinstituts der Kautions wie insb die Rechtsnatur der einzelnen Kautionsformen aufgearbeitet.

Der Vermieter ist bei Abschluss eines Mietvertrags regelmäßig einem nicht zu unterschätzenden finanziellen Risiko ausgesetzt. Verschlechtert sich etwa die finanzielle Situation des Mieters während des Mietverhältnisses und kommt er seiner Zinszahlungspflicht nicht mehr nach, besteht für den Vermieter das Risiko, dass seine Forderungen auch nach gerichtlicher Geltendmachung im Exekutionsweg nicht einbringlich gemacht werden können oder über das Vermögen des Mieters das Insolvenzverfahren eröffnet wird. Der Vermieter trägt auch das Risiko, dass das Mietobjekt während des Mietverhältnisses vom Mieter beschädigt wird.

B. Sicherungsfunktion

Genau diese Risiken sollen durch die Stellung einer Kautions vermindert bzw beseitigt werden. Primärer Zweck der Kautionsabrede im hier interessierenden Bereich ist daher die Absicherung des Vermieters.³ Auch nach der Rsp soll durch die Kautionsabrede ein Deckungsfonds für zukünftige Forderungen des Vermieters aus dem Mietverhältnis geschaffen werden.⁴ Der Kautions kommt daher einerseits für während des aufrechten Mietverhältnisses entstehende (insb rückständige Mietzinse und Betriebs- sowie Heizkosten), andererseits für erst aus Anlass der Beendigung

2 Allerdings nur im Voll- und Teilanwendungsbereich des § 1 Abs 4, nicht hingegen im Teilanwendungsbereich des § 1 Abs 5.

3 G. Graf, Die Pflicht des Vermieters zur Veranlagung und Verzinsung der Barkautions, wobl 1990, 88 (88).

4 OGH 31. 10. 1996, 2 Ob 2344/96 m immolex 2009/55, 146 (Neugebauer); LGZ Wien 2. 2. 2015, 39 R 237/15 i MietSlg 67.036.

entstehende bzw erkennbare (insb Schadenersatzansprüche gem § 1111 ABGB für Schäden am Bestandobjekt) Forderungen Sicherungsfunktion zu.⁵

Welche konkreten Forderungen durch die Kautio gesichert sind, hängt primär von der mietvertraglichen Vereinbarung ab. Mangels Vereinbarung ist im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln, welche Forderungen von der Kautionsabrede umfasst sind.⁶ Da das Wesen einer Kautio darin besteht, dem Begünstigten während der gesamten Dauer des Rechtsverhältnisses Sicherstellung für die zu sichernden Ansprüche zu gewähren, sind im Zweifel sämtliche aus dem Mietverhältnis resultierenden Ansprüche von der Sicherung umfasst.⁷

Nach richtiger Rsp sind daher mangels gegenteiliger Vereinbarung auch Ansprüche aus der Vertragsauflösung durch die Kautio gesichert. Die Sicherung der Forderungen aus einem Vertrag umfasst nämlich auch die Sicherung von Ansprüchen aus der Auflösung dieses Vertrags.⁸

C. Druckausübungsfunktion

Neben der Sicherstellungsfunktion kommt der Kautio auch Druckausübungsfunktion ähnlich dem Zurückbehaltungsrecht des § 1052 ABGB zu.⁹ Der Mieter hat spätestens nach Rückstellung des Mietobjekts ein Interesse an der ehestmöglichen Rückstellung der Kautio. Der Vermieter wird dem Mieter die Kautio jedoch nur dann zurückstellen, wenn keine aushaftenden Forderungen mehr bestehen.

D. Verwertungsfunktion

Die Kautio dient insb nach Beendigung des Mietverhältnisses neben der weiterhin bestehenden Sicherungsfunktion auch der Verwertung. Durch Verwertung der Kautio kann der Vermieter aus dem Mietverhältnis bestehende Forderungen abdecken. In der Praxis wird sich der Vermieter auch häufig durch Verwertung der Kautio befriedigen, da der Mieter sodann, sollte dieser der Auffassung sein, die Verwertung erfolgt rechtswidrig, zur Führung eines Aktivprozesses „gezwungen“ ist.

E. Exkurs: Überblick über die Rechtslage in Deutschland

Die Funktion der Kautio¹⁰ im deutschen Recht ist selbstverständlich ganz ähnlich. Auch im deutschen Recht dient die Kautio als Sicherungsmittel des Vermieters gegen wirtschaftliche Risiken, also insb der Sicherung vertraglicher Ansprüche wie auf

5 Schinnagl in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner (Hrsg), Gesamtkommentar Wohnrecht I (2018) § 16b MRG Rz 1.

6 G. Graf, wobl 1990, 88.

7 Riss in T. Hausmann/Vonkilch (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht I – MRG³ (2013) § 16b Rz 3; vgl zum Wesen der Kautio: 6 Ob 279/07h immolex 2009/55, 146 (Neugebauer).

8 OGH 29. 1. 1997, 7 Ob 2410/96 d ecolex 1997, 496; vgl auch Riss in Hausmann/Vonkilch I³ § 16b MRG Rz 3 und 57.

9 Riss in Hausmann/Vonkilch I³ § 16b MRG Rz 2.

10 Die Kautio wird in Deutschland als „Mietsicherheit“ bezeichnet.

Vornahme von sogenannten Schönheitsreparaturen oder auf Begleichung von Mietzinsrückständen sowie der Tilgung von Schadenersatzansprüchen.¹¹ Die Kautio n soll dem Vermieter sowohl während als auch nach dem Mietverhältnis die Durchsetzung seiner berechtigten Ansprüche aus dem Mietverhältnis ermöglichen.¹² Nach der Beendigung des Mietverhältnisses kommt der Kautio n auch Verwertungsfunktion zu.¹³

F. Sonstiges

Die Kautio n dient keinesfalls dem Zweck, dem Vermieter für die Überlassung des Mietgegenstands ein zusätzliches Entgelt zu verschaffen.¹⁴ Der Vermieter hat bei offenen Forderungen aus dem Mietverhältnis die Möglichkeit, sich aus der Kautio n zu befriedigen.¹⁵ Eine Verpflichtung zur Inanspruchnahme der Kautio n besteht jedoch nicht, sodass sich der Vermieter auch weiterhin direkt beim Mieter schad- und klaglos halten kann.¹⁶

II. Die wichtigsten Kautionsformen und ihre rechtliche Ausformung

A. Grundsätzliches

In welcher Form der Erlag der Kautio n zu erfolgen hat, richtet sich ausschließlich nach der Vereinbarung der Parteien und wird auch nicht durch § 16b vorgegeben.¹⁷ In der Praxis haben sich vor allem die Barkautio n, die Übergabe eines Kautions-sparbuchs und die Bestellung einer Bankgarantie durchgesetzt.¹⁸ Alternative Kautionsformen wie die Kautionsversicherung haben bisher kaum Bedeutung erlangt. Da die Rechtsfolgen des jeweiligen Kautionstypus zum Teil erheblich variieren, ist eine Differenzierung unumgänglich.

Der Bar- und Sparbuchkautio n kommt sowohl nach hL als auch nach der Rsp Pfandcharakter zu. Die Rsp definiert die Kautionsabrede als „Pfandbestellung für zukünftige Forderungen des Vermieters“.¹⁹ Abhängig von der Kautionsform wird zwi-

11 *Bieber in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁷ (2017) § 551 BGB Rz 1; *Riecke in Dauner-Lieb/Langen*, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch – Schuldrecht II/1³ (2016) § 551 BGB Rz 2; *Staudinger/Emmerich*, Staudinger BGB – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse¹⁶ (2016) § 551 Rn 1.

12 *Bieber in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*⁷, § 551 BGB Rz 1.

13 BGH 24. 7. 2019, VIII ZR 141/17 BeckRS 2019, 16735 (*Bub/Pramataroff*).

14 LGZ Wien 16. 3. 1990, 41 R 155/90 MietSlg 42.081.

15 Zur Zulässigkeit der „Kautionsverwendung“ während des aufrechten Mietverhältnisses eingehend Kap 5, Pkt II.B.1.

16 *P. Wolf*, Die Kautio n im Mietrecht, wobl 1999, 343.

17 *Schinnagl* in GeKo Wohnrecht I § 16b MRG Rz 6.

18 *Riss*, Der sogenannte Auffüllungsanspruch bei der Mietkautio n – insbesondere in der Insolvenz, wobl 2011, 409 (414f).

19 OGH 6. 11. 2008, 6 Ob 279/07h immolex 2009/55, 146 (*Neugebauer*); 22. 1. 2003, 9 Ob 160/02y wobl 2003/155, 291; 23. 4. 1996, 10 Ob 2008/96h MietSlg 48.170.

schen regelmäßigem und unregelmäßigem Pfand unterschieden.²⁰ Die Bankgarantie hingegen verschafft dem Vermieter kein Pfandrecht, es wird aber dennoch ein Deckungsfonds für zukünftige Forderungen begründet.²¹

B. Barkautio

1. Erlag der Kautio

Die Urform der Kautio ist die Übergabe eines Bargeldbetrags an den Vermieter. Auch bei Überweisung des Geldbetrags auf ein vom Vermieter namhaft gemachtes Konto liegt eine Barkautio vor.²²

2. Pfandrechtsbegründung

a) Barkautio als pignus irregulare

Durch die Übergabe des Geldbetrags (vertretbare Sache) wird im Normalfall im Gegensatz zur Übergabe eines Sparbuchs lediglich ein unregelmäßiges Pfandrecht (pignus irregulare) begründet.²³ Unregelmäßigkeit beim Pfand bedeutet, wie auch beim Fruchtgenuss und der Verwahrung, dass das Rechtsverhältnis seinen Charakter geändert hat. Beim pignus regulare bleibt der Übergeber Eigentümer und der Übernehmer darf über die Sache grundsätzlich nicht frei verfügen, da er diese lediglich innehat. Beim pignus irregulare geht das Eigentum hingegen auf den Empfänger – bei der Barkautio durch Vermengung mit dem Vermögen des Vermieters – über. Der Empfänger ist lediglich obligatorisch verpflichtet, Sachen derselben Art und Menge zurückzustellen.²⁴

b) Barkautio als pignus regulare

Ausnahmsweise kann es aber auch bei der Übergabe einer Barkautio zur Begründung eines regelmäßigen Pfandrechts kommen.²⁵ Dieser Fall kann dann eintreten, wenn der Mieter dem Vermieter den Geldbetrag beispielsweise in einem verschlossenen Kuvert übergibt und der Vermieter dieses verschlossene Kuvert getrennt von seinem restlichen Vermögen (etwa in einem Safe) verwahrt, sodass es zu keinem Eigentumsübergang aufgrund von Vermengung kommt.²⁶

20 Stabentheiner, Die Wohnrechtsnovelle 2009, wobl 2009, 97 (102); P. Wolf, wobl 1999, 343; Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16 b MRG Rz 2.

21 OGH 16. 8. 2007, 3 Ob 149/07 v wobl 2009/21, 53; 6. 11. 2008, 6 Ob 279/07 h immolex 2009/55, 146 (Neugebauer).

22 Schinnagl in GeKo Wohnrecht I § 16 b MRG Rz 7.

23 Stabentheiner, wobl 2009, 102; P. Wolf, wobl 1999, 343; Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16 b MRG Rz 14; RIS-Justiz RS0010942; OGH 6. 11. 2008, 6 Ob 279/07 h immolex 2009/55, 146 (Neugebauer); Schinnagl in GeKo Wohnrecht I § 16 b MRG Rz 7; G. Graf, wobl 1990, 88.

24 Gschmitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher, Österreichisches Sachenrecht² (1985) 195.

25 G. Graf, wobl 1990, 88.

26 OGH 16. 3. 1949, 1 Ob 65/49 SZ 22/33.

3. Rückforderungsanspruch

Bei der Barkautio steht dem Mieter im Gegensatz zur Sparbuchkautio lediglich ein schuldrechtlicher Rückforderungsanspruch gegenüber dem Vermieter zu, da der Vermieter als Kautionsempfänger durch Vermengung originär Eigentum am übergebenen Geldbetrag erwirbt (§ 371 ABGB).²⁷

Das Befriedigungsrecht des Vermieters besteht dabei jedoch nicht am übergebenen Geldbetrag, sondern an dem nach Rückstellung des Mietobjekts oder generell nach Wegfall des Sicherungszwecks fällig werdenden Rückforderungsanspruchs des Mieters gegenüber dem Vermieter.²⁸ Dabei handelt es sich um ein Forderungspfand.²⁹ So hält auch der OGH fest, dass das *pignus irregulare* (Barkautio) dem Kautionsnehmer das Recht gibt, künftig entstehende Ersatzforderungen mit dem Rückforderungsanspruch des Kautionsgebers zu kompensieren.³⁰

Diese Konstruktion wird in der L zum Teil als „gekünstelt“ bezeichnet.³¹ Es bestehe bei dieser Konstruktion nämlich überhaupt kein Pfandrecht am Geld. Vielmehr handle es sich um eine Sicherungsübereignung durch wirkliche Übergabe.³² Das Geld werde dem Sicherungsnehmer übereignet, wodurch ein eigennütziges Treuhandverhältnis entstehe, aus welchem der Sicherungsnehmer schuldrechtlich zur Rückzahlung eines entsprechenden Geldbetrags verpflichtet werde.³³ Nach *Oberhammer/Domej* besteht ein Rückforderungsanspruch überhaupt nur insoweit, als die Kautio die gesicherte Forderung übersteigt.³⁴

4. Auswirkungen nachträglicher Veranlagung auf die Rechtsnatur

Auch die nachträgliche Veranlagung der Kautio durch den Vermieter, im Regelfall auf einem Sparbuch, ändert nichts an der Rechtsnatur der Barkautio. Es bleibt der ursprüngliche Charakter der Barkautio erhalten.³⁵ Der Vermieter hat ja im Regelfall bereits vor Veranlagung durch Vermengung Eigentum am übergebenen Geldbetrag erworben.

27 Riss in *Hausmann/Vonkilch*³ § 16 b MRG Rz 14.

28 *Wolkerstorfer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Großkommentar zum ABGB – Klang II³ (2016) 16 ff; *Hinteregger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ (2014) § 447 Rz 9; *Iro*, Sachenrecht Bürgerliches Recht IV (2016) Rz 9/12.

29 *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher*, Sachenrecht² 195.

30 RIS-Justiz RS0011282.

31 *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher*, Sachenrecht² 195; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 448 Rz 10 f.

32 *Gschnitzer/Faistenberger/Barta/Call/Eccher*, Sachenrecht² 195.

33 OGH 22. 2. 1956, 7 Ob 62/56 EvBl 1956/151; 3. 9. 1970, 1 Ob 135/70 MietSlg 22.118; 31. 10. 1996, 2 Ob 2344/96 m JBl 1997, 317; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 1198; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 448 Rz 10 f.

34 *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 448 Rz 10 f.

35 *Kuprian*, Der Mietvertrag³ (2014) Rz 293.

C. Sparbuchkautio

1. Allgemeines

Die Kautio kann grundsätzlich, abhängig von der jeweiligen Kautionsabrede, auch bereits in der Form eines Sparbuchs an den Vermieter übergeben werden. Auch beim Kautionssparbuch handelt es sich grundsätzlich um eine „normale“ Spareinlage.

Gem § 31 Abs 1 BWG sind Spareinlagen Geldeinlagen bei Kreditinstituten, die nicht dem Zahlungsverkehr, sondern der Anlage dienen und als solche nur gegen die Ausfolgung von besonderen Urkunden (Sparurkunden) entgegengenommen werden dürfen.³⁶ Im Unterschied zu den übrigen Einlagen ist bei der Spareinlage zwingend eine Sparurkunde auszustellen.³⁷ Zweck der Spareinlage ist die Geldanlage. Allerdings können auch kurzfristige Spareinlagen geleistet werden.³⁸ Der Abschluss einer Spareinlage erfolgt durch einen Vertrag zwischen dem Kreditinstitut und dem identifizierten Kunden.³⁹ Zur Wirksamkeit des Vertragsabschlusses ist neben der Überlegung des Spareinlagenbetrags auch die Ausstellung der Sparurkunde notwendig. Es liegt somit ein Realvertrag vor, durch dessen Abschluss ein Dauerschuldverhältnis entsteht.⁴⁰

Der Spareinlagenvertrag wird von der hA grundsätzlich als Vertrag *sui generis* mit Elementen eines Darlehens oder eines depositum irregulare qualifiziert.⁴¹ Das Rückzahlungsrecht kommt dabei dem Erleger gegenüber der ausstellenden Bank zu.⁴² Ein Sparbuch als Inhaber- und/oder Orderpapier kann nach sachenrechtlichen Regeln durch Übergabe übertragen und verpfändet werden.⁴³

Entscheidend für die Rechtsnatur der Sparurkunde ist, dass gem § 32 Abs 2 BWG nur bei Vorlage der Sparurkunde eine Auszahlung erfolgen kann. Die hA qualifiziert die Spareinlage daher als Wertpapier, da die Innehabung der Sparurkunde zur Geltendmachung des Rechts erforderlich ist.⁴⁴

36 *Apathy in Apathy/Iro/Kozio*l (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht II²: Konto und Depot (2008) Rz 3/11.

37 *Apathy in Apathy/Iro/Kozio*l, Bankvertragsrecht II² Rz 3/11; OGH 4. 7. 1991, 6 Ob 570/91 ÖBA 1992/316, 172.

38 *Apathy in Apathy/Iro/Kozio*l, Bankvertragsrecht II² Rz 3/13; OGH 4. 7. 1991, 6 Ob 570/91 ÖBA 1992/316, 172.

39 *Apathy in Apathy/Iro/Kozio*l, Bankvertragsrecht II² Rz 3/31.

40 *Apathy in Apathy/Iro/Kozio*l, Bankvertragsrecht II² Rz 3/33.

41 OGH 6. 10. 1977, 6 Ob 688/77 SZ 50/127; 28. 2. 2012, 4 Ob 170/11 w SZ 2012/27; Griss in KBB³ § 959 Rz 3; Binder in *Schwimann/Kodek*⁴ § 959 Rz 7; *Apathy in Apathy/Iro/Kozio*l, Bankvertragsrecht II² Rz 3/8.

42 OGH 6 Ob 69/97 h ÖBA 1998/673, 44 (*Dullinger*).

43 *H. Torggler*, Zur Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ÖBA 1998, 430; *Hinteregger in Schwimann/Kodek*⁴ § 452 Rz 8; OGH 24. 3. 1988, 6 Ob 536/88 ÖBA 1988/106, 925; 17. 11. 2004, 7 Ob 128/04 f ÖBA 2005/1278, 408 (*Apathy*); 24. 4. 1997, 6 Ob 69/97 h ÖBA 1998/673, 44.

44 OGH 24. 4. 1997, 6 Ob 69/97 h ÖBA 1998/673, 44 (*Dullinger*); 22. 10. 1999, 1 Ob 172/99 x ÖBA 2000/881, 538 (*Bruckmüller*); *Avancini*, Die Sparurkunde aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, ÖJZ 1986, 353 (353); *P. Berger*, Das Recht des Sparbuchs (1989) 31 ff.

2. Pfandrechtsbegründung

Durch Übergabe der Sparurkunde an den Vermieter kommt es zu einer Verpfändung der Spareinlage, dh der Forderung des Mieters gegenüber der Bank. Der Mieter zahlt einen bestimmten Betrag auf ein Sparbuch ein. Sodann wird der Rückforderungsanspruch des Mieters (das Recht auf die Sparforderung) gegenüber der Bank an den Vermieter verpfändet. Aufgrund des sich aus § 451 ABGB ergebenden Faustpfandprinzips ist zur Wirksamkeit der Verpfändung neben dem Titel auch die Übergabe des Sparbuchs erforderlich.⁴⁵

Wesentlich ist dabei die Aufgabe der Gewahrsame durch den Pfandbesteller (Mieter). Die Übergabe an den Pfandgläubiger (Vermieter) ist jedoch nicht zwingend erforderlich, es kann auch ein Dritter (etwa ein Hausverwalter) Pfandhalter werden.⁴⁶ Zulässig sind auch eine Übergabe bzw Gewahrsamsänderung durch Besitzauflassung (*traditio brevi manu*) oder durch Besitzanweisung.⁴⁷ Bei der *traditio brevi manu* ist freilich zu beachten, dass die Besitzauflassung nach außen deutlich in Erscheinung treten muss.⁴⁸ Mangels ausreichenden Publizitätsakts ist eine Verpfändung durch Besitzkonstitut nicht zulässig.⁴⁹ Als Titel dient regelmäßig die Kautionsabrede.⁵⁰

Die Sicherheit des Pfandnehmers liegt in der durch die Sparurkunde verbrieften Forderung gegenüber dem Kreditinstitut, wobei der Mieter als Pfandbesteller unter Umständen sogar an der Realisierung des Sparbuchs mitwirken muss.⁵¹

Der Pfandgläubiger (Vermieter) wird jedoch bei Übergabe eines Kautionssparbuchs nicht wie bei der Barkaution durch Vermengung Eigentümer der durch die Sparurkunde verbrieften Forderung, sodass bei der Sparbuchkaution nach zutreffender Rsp ein *pignus regulare* und kein unregelmäßiges Pfandrecht entsteht. Gegen die Einordnung als *pignus irregulare* spricht auch, dass das Bankinstitut bei Sparbüchern mit Losungswort keine Verpflichtung trifft, an jeden Vorleger einer Sparurkunde, die auf eine bestimmte Bezeichnung lautet, Zahlung zu leisten. Es liegt nämlich im Ermessen des Bankinstituts, die Berechtigung des Vorlegers zu prüfen.⁵²

45 Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 17.

46 OGH 12. 1. 1955, 1 Ob 897/54 SZ 28/6; 27. 4. 1994, 3 Ob 45/94 SZ 67/78; Oberhammer/Domej in ABGB-ON^{1.03} § 452 Rz 10.

47 OGH 9. 4. 1952, 1 Ob 305/52 SZ 25/89; 25. 6. 1968, 4 Ob 536/68 SZ 41/81; 25. 6. 1975, 1 Ob 105/75 EvBl 1976/62; 18. 6. 1986, 3 Ob 552/86 ÖBA 1986/8, 575; 10. 8. 1994, 6 Ob 553/94 ÖBA 1995/474, 153; Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 17; Oberhammer/Domej in ABGB-ON^{1.03} § 452 Rz 11.

48 OGH 25. 6. 1976, 1 Ob 105/75 EvBl 1976/62; Oberhammer/Domej in ABGB-ON^{1.03} § 452 Rz 12.

49 OGH 18. 12. 1996, 3 Ob 2442/96f ÖBA 1998/692, 216 (Spielbüchler); Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 17.

50 Riss in Hausmann/Vonkilch³ § 16b MRG Rz 17.

51 OGH 14. 6. 1988, 4 Ob 558/88 JBl 1988, 721; 30. 11. 1989, 6 Ob 663/89; 26. 4. 2001, 6 Ob 244/00a ÖBA 2002, 491 (Hirsch).

52 OGH 14. 6. 1988, 4 Ob 558/88 JBl 1988, 721; 26. 4. 2001, 6 Ob 244/00a ÖBA 2002, 491 (Hirsch).

Bei einem Kautioensparbuch handelt es sich daher im Gegensatz zur Barkautio um ein regelmäßiges Pfand (§ 296 EO).⁵³

3. Verwertung des Sparbuchs

a) Gerichtliche Verwertung

Eine gerichtliche Verwertung der Spareinlage ist gem § 461 ABGB immer möglich. Voraussetzung ist nach hA die Einbringung einer Klage samt anschließender Exekutionsführung.⁵⁴ Die Exekution erfolgt durch Pfändung der Forderung und Überweisung zur Einziehung gem § 296 EO.⁵⁵ Die gerichtliche Verwertung ist dem Vermieter selbst dann möglich, wenn ihm das Lösungswort nicht bekannt ist.⁵⁶

b) Außergerichtliche Verwertung

Bei der außergerichtlichen Verwertung ist in erster Linie an die Pfandverwertung iSd §§ 466 a ff ABGB zu denken.⁵⁷ Dabei ist jedoch zwischen Inhaber- und Rekta(Namens)sparurkunden zu unterscheiden. Namenssparurkunden lauten auf den gem § 40 Abs 1 BWG identifizierten Kunden.⁵⁸ Kann die Bank vom Inhaber des Sparbuchs verlangen, seine materielle Berechtigung nachzuweisen, handelt es sich um eine Rektasparbuch.⁵⁹ Hingegen ist dieser Nachweis bei der Inhabersparurkunde nicht notwendig. Bei dieser bewirkt bereits die alleinige Übergabe der Urkunde den Übergang der Forderung.⁶⁰

Eine außergerichtliche Verwertung durch Einziehung ist gem § 466 e ABGB jedenfalls dann möglich, wenn es sich beim Sparbuch um ein Inhaberpapier handelt. Der Vermieter hat also die Möglichkeit, das Sparbuch zu realisieren.⁶¹ Voraussetzung ist aber, dass ihm das Lösungswort bekannt ist.⁶² Der Vermieter wird erst nach Behebung des Sparguthabens Eigentümer desselben.

Umstritten ist, ob eine außergerichtliche Verwertung durch Einziehung der Forderung auch bei Namenssparurkunden möglich ist. Wie *Apathy* darlegt, spreche der Wortlaut des § 466 e Abs 1 ABGB dafür, dass Namenssparurkunden nur gerichtlich durch Überweisung der Forderung zur Einziehung verwertet werden können. Dagegen spreche aber, dass § 466 b Abs 4 ABGB den Freihandverkauf für alle Sparurkunden zulässt. § 466 b Abs 4 ABGB beschränkt den Verkaufserlös aber mit dem Nomi-

53 P. Wolf, wobl 1999, 343 (343); RIS-Justiz RS0011300.

54 *Apathy* in *Apathy/Iro/Kozio*, Bankvertragsrecht II² Rz 3/81; gegen das Erfordernis der Klagsführung *Spitzer*, Pfandverwertung 97 ff.

55 *Apathy* in *Apathy/Iro/Kozio*, Bankvertragsrecht II² Rz 3/95.

56 *Apathy* in *Apathy/Iro/Kozio*, Bankvertragsrecht II² Rz 3/95; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer* (Hrsg), Exekutionsordnung³ (2015) § 296 Rz 2; AnwZ 1936, 394; Rsp 1937/194.

57 *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*³ § 16 b MRG Rz 16 f.

58 *Apathy* in *Apathy/Iro/Kozio*, Bankvertragsrecht II² Rz 3/18.

59 *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*³ § 16 b MRG Rz 20.

60 *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*³ § 16 b MRG Rz 20.

61 *Riss* in *Hausmann/Vonkilch*³ § 16 b MRG Rz 20.

62 *Apathy* in *Apathy/Iro/Kozio*, Bankvertragsrecht II² Rz 3/81.