

Mietrecht

Nichterlag oder Nichtauffüllen der Kautions-
Vertragsauflösungsgrund?

Wohnungseigentumsrecht

Sorgfaltspflichten des Verwalters
bei Weisungen

Bauträgerrecht

Gesetzwidriges Sammeltreuhandkonto:
kein „Strafzinsenanspruch“

Verfahrensrecht

Zwangsversteigerung: Widerspruch
gegen die Erteilung des Zuschlags

Immobilienbesteuerung

Gebührenrecht: Befristeter Bestandvertrag

Forum Immobilienbesteuerung

Wohnungseigentum: Gewährleistung
und Schadenersatz

Berechtigten der Nichterlag oder das Nichtauffüllen der Kautions zur Vertragsauflösung?

§§ 918, 1052,
1118 ABGB;
§§ 16b, 30, 33
MRG

Kautions;
Kündigung;
Leistungs-
verweigerungs-
recht;
Übergabe;
Vertrags-
auflösung;
Verzug;
wichtiger Grund

Nach der Rsp ist dem Bestandgeber eine Vertragsauflösung nach § 1118 ABGB verwehrt, wenn der Bestandnehmer die vereinbarte Kautions nicht erlegt. Jüngst hat der OGH in der E 5 Ob 60/18 m ausgesprochen, dass auch die Verletzung der Pflicht des Bestandnehmers zur Wiederauffüllung der während des Bestandverhältnisses verminderten Kautions keine Vertragsauflösung nach § 1118 ABGB rechtfertigt. Der folgende Beitrag unterzieht diese Standpunkte der Judikatur einer kritischen Würdigung.

REINHARD PESEK

A. Einleitung

In Bestandverträgen wird regelmäßig vereinbart, dass der Bestandnehmer zur Besicherung etwaiger Ansprüche des Bestandgebers eine Kautions zu erlegen hat.¹⁾ Dem Bestandgeber soll mit der Kautions ein Pfand für künftige Forderungen zur Verfügung gestellt werden, die in einem Zusammenhang mit dem Bestandverhältnis stehen. Sofern keine einschränkende Parteienvereinbarung getroffen wird, sichert die Kautions sowohl die während der Dauer des Bestandverhältnisses entstehenden Ansprüche, wie unbeglichene Bestandzinse oder Betriebskostennachforderungen, als auch die erst aus Anlass der Beendigung des Bestandverhältnisses entstehenden Ansprüche, wie Schadenersatzansprüche iSd § 1111 ABGB für Schäden am Bestandobjekt.²⁾ Die Kautionsvereinbarung beinhaltet insoweit eine Pfandbestellung zur Sicherung künftiger Forderungen des Bestandgebers.³⁾

Gem § 1118 Fall 2 ABGB ist der Bestandgeber zur außerordentlichen Kündigung des Bestandverhältnisses ohne Rücksicht auf die vereinbarte Vertragsdauer und ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist sowie eines Kündigungstermins mit sofortiger Wirkung berechtigt, wenn der Bestandnehmer trotz erfolgter Mahnung mit der Bezahlung des Bestandzinses in qualifiziertem Verzug ist.⁴⁾ Die Rsp sieht die Kautions jedoch nicht als „Bestandzins“ iSd § 1118 Fall 2 ABGB an und verneint dementsprechend eine aus dieser Bestimmung für den Bestandgeber ableitbare Vertragsauflösungsbefugnis in zwei besonders praxisrelevanten Konstellationen: Weder der Nichterlag der vereinbarten Kautions zu Beginn des Bestandverhältnisses⁵⁾ noch die Verletzung der Pflicht zur Wiederauffüllung der während des Bestandverhältnisses berechtigterweise in Anspruch genommenen Kautions⁶⁾ sollen eine außerordentliche Kündigung nach § 1118 Fall 2 ABGB legitimieren. Im Folgenden wird gezeigt, dass diese Sachverhalte dem § 1118 Fall 2 ABGB sehr wohl unterstellt werden können und dessen ungeachtet auch die allgemeinen Voraussetzungen einer Vertragsauflösung aus wichtigem Grund vorliegen.

B. Nichterlag der vereinbarten Kautions

1. Die bisherige Judikatur

Das Höchstgericht hat sich bisher – soweit überblickbar – erst zwei Mal dazu geäußert, ob der Bestandgeber das Bestandverhältnis außerordentlich iSd § 1118 Fall 2 ABGB beenden kann, wenn der Bestandnehmer die vertraglich vereinbarte Kautions nicht erlegt. Beide Male wurde diese Frage ohne allzu umfangreiche Ausführungen verneint. In der ersten E 3 Ob 1512/92⁷⁾ führte der OGH aus: „Eine vom Mieter zu bezahlende Kautions ist schon begrifflich kein Bestandteil des Mietzinses. Aus dem Unterbleiben ihrer Zahlung kann daher ein Räumungsanspruch nach § 1118 Fall 2 ABGB nicht abgeleitet werden.“ In der zweiten E 1 Ob 206/06 k⁸⁾ wurde gar nur festgehalten, dass der Nichterlag der Kautions „kein Anwendungsfall“ des § 1118 Fall 2 ABGB sei.

Ohne dies explizit ausgesprochen zu haben, geht das Höchstgericht in beiden Judikaten offenbar davon aus, dass die Pflicht des Bestandnehmers zum Erlag der Kautions – anders als die Pflicht zur Zahlung des Bestandzinses – nicht im Austauschverhältnis mit der Pflicht des Bestandgebers zur Gebrauchsüberlassung steht und daher nicht unter den Zinsbegriff des § 1118 Fall 2 ABGB subsumiert werden kann. Ganz in diesem Sinn hat bereits das LGZ Wien konstatiert, dass nur der Bestandzins, nicht aber auch die Kautions das Äquivalent zur Gebrauchsüberlassung sei. Folglich könne aus dem Unterblei-

Dr. Reinhard Pesek ist Rechtsanwaltsanwärter bei der Milchrahm Stadlmann Rechtsanwälte OG in Wien. E-Mail: reinhard.pesek@mslegal.at

- 1) Riss in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.02} § 1101 ABGB Rz 10.
- 2) Schinnagl in Böhm/Pletzer/Spruzinal/Stabentheiner (Hrsg), Gesamtkommentar Wohnrecht I (2018) § 16b MRG Rz 1.
- 3) Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1092 ABGB Rz 31.
- 4) Näher zum „qualifizierten“ Verzug etwa Höllwerth in GeKo Wohnrecht I § 1118 ABGB Rz 67 ff; Lovrek in Rummell/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2017) § 1118 ABGB Rz 75.
- 5) Dazu siehe Punkt B.
- 6) Dazu siehe Punkt C.
- 7) OGH 3 Ob 1512/92 MietSlg 44.198.
- 8) OGH 1 Ob 206/06 k immolex 2007/137.

ben des Erlags der Kautions kein Räumungsanspruch nach § 1118 Fall 2 ABGB abgeleitet werden.⁹⁾

2. Stellungnahme

a) Vertragsauflösung nach § 1118 Fall 2 ABGB

Die beiden geschilderten hg Entscheidungen und das eben erwähnte Urteil des LGZ Wien, nach denen der Kautionserlag in keinem synallagmatischen Zusammenhang mit der Gebrauchsüberlassung steht, bedürfen aufgrund eines aus jüngerer Zeit stammenden Judikats des OGH einer neuerlichen Beurteilung. In der E 8 Ob 108/12h hat das Höchstgericht den Bestandgeber nämlich zutreffend für berechtigt gehalten, bei einer Verletzung der vertraglich vereinbarten Verpflichtung des Bestandnehmers zum Erlag der Kautions die eigene Leistung zurückzubehalten und die Übergabe des Bestandobjekts zu verweigern.¹⁰⁾ Damit hat der OGH implizit bejaht, dass der Erlag der Kautions eine *äquivalente Nebenleistung* des Bestandnehmers ist und ihre Nichterfüllung daher den Bestandgeber – bis zur Übergabe des Bestandobjekts – zur Einrede nach § 1052 Satz 1 ABGB berechtigt,¹¹⁾ die dem Schutz des funktionellen Synallagmas dient.¹²⁾ Die Bejahung des synallagmatischen Zusammenhangs kommt freilich nicht unerwartet, weil der Anspruch eines Vertragspartners auf Bestellung einer vereinbarten Sicherheit generell als im Austauschverhältnis mit der Erbringung seiner eigenen Leistung stehend angesehen wird.¹³⁾

Wenn das Höchstgericht mit der E 8 Ob 108/12h nunmehr auch für das Bestandrecht annimmt, dass die Pflicht des Bestandnehmers zum Erlag der Kautions im Austausch mit der Gebrauchsüberlassungspflicht des Bestandgebers steht und ihre Verletzung das Leistungsverweigerungsrecht gem § 1052 Satz 1 ABGB begründet, muss dem Bestandgeber konsequenterweise auch eine außerordentliche Kündigung nach § 1118 Fall 2 ABGB möglich sein. Denn dieses Vertragsauflösungsrecht ist ein für das bestandrechtliche Dauerschuldverhältnis spezifischer Rechtsbehelf, der – genauso wie die allgemeine Einrede des § 1052 Satz 1 ABGB – ein *Instrument zum Schutz des funktionellen Synallagmas* ist, indem die Pflicht zur Leistungserbringung des Bestandgebers bei Ausbleiben der synallagmatisch verknüpften Gegenleistung des Bestandnehmers aufgehoben werden kann.¹⁴⁾ Verneinte man somit die Anwendbarkeit des § 1118 Fall 2 ABGB auf den Nichterlag der Kautions, hätte der Bestandgeber kein Mittel zur Sicherung der Austauschbeziehung mehr in der Hand, sobald er das Bestandobjekt übergeben hat. Denn nach diesem Zeitpunkt kann das Leistungsverweigerungsrecht des § 1052 Satz 1 ABGB nicht mehr geltend gemacht werden. Damit dem Bestandgeber also auch noch nach erfolgter Übergabe des Bestandobjekts ein Rechtsbehelf zum Schutz des funktionellen Synallagmas offensteht, muss ein (qualifizierter) Verzug des Bestandnehmers mit dem Erlag der Kautions von § 1118 Fall 2 ABGB erfasst sein.¹⁵⁾

Da bis zur Übergabe des Bestandobjekts das bestandrechtliche Dauerschuldverhältnis aber noch nicht in Vollzug gesetzt ist und noch die allgemeinen leistungsstörungenrechtlichen Regeln für Zielschuld-

verhältnisse gelten,¹⁶⁾ berechtigt der Verzug des Bestandnehmers mit dem Erlag der Kautions¹⁷⁾ den Bestandgeber *bis zur Objektübergabe* noch nicht zu einer außerordentlichen Kündigung nach § 1118 Fall 2 ABGB, sondern zu einem *Rücktritt nach § 918 Abs 1 ABGB*.¹⁸⁾ Dieses Rücktrittsrecht bildet für das Zielschuldverhältnis das Pendant zur außerordentlichen Kündigung nach § 1118 Fall 2 ABGB¹⁹⁾ und bezweckt ebenfalls den Schutz des funktionellen Synallagmas.²⁰⁾ Sollte der Bestandgeber von seinem Leistungsverweigerungsrecht des § 1052 Satz 1 ABGB Gebrauch machen, das er bis zur Auflösung des Vertrags nach § 918 Abs 1 ABGB in Anspruch nehmen kann,²¹⁾ hat der Bestandnehmer nach den Grundsätzen der bestandrechtlichen Sphärentheorie²²⁾ den Bestandzins zu leisten, obwohl er das Bestandobjekt nicht nutzen kann. Denn in einem solchen Fall unterbleibt der Gebrauchsnutzen deshalb, weil sich der Bestandnehmer in Verzug mit dem Erlag der Kautions befindet, sodass das Gebrauchshindernis seiner Sphäre zuzurechnen ist und die Pflicht zur Leistung des Bestandzinses unberührt bleibt.²³⁾

9) LGZ Wien 38 R 216/07 g MietSlg 59.121; vgl auch LGZ Wien 38 R 105/11 i MietSlg 63.398; so auch *Schinagl* in GeKo Wohnrecht I § 16b MRG Rz 16f.

10) 8 Ob 108/12h JBl 2013, 807; aA freilich die – zeitlich früher ergangene – E LGZ Wien 38 R 216/07 g MietSlg 59.121.

11) *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1094 ABGB Rz 82; vgl auch *Riss*, Der sogenannte Auffüllungsanspruch bei der Mietkaution – insbesondere in der Insolvenz, wobl 2011, 409 (417).

12) *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982) 58, 83 ff; *Riss*, wobl 2011, 417.

13) RIS-Justiz RS0019972; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1052 ABGB Rz 18; *Apathy/Perner* in KBB⁵ (2017) § 1052 ABGB Rz 2; *Spitzer/Binder* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ (2014) § 1052 ABGB Rz 8 f; *Riss*, wobl 2011, 417.

14) *Riss*, wobl 2011, 417 f.

15) So bereits *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1119 ABGB Rz 11.

16) *P. Bydlinski* in KBB⁵ § 918 Rz 16; *Pletzer* in GeKo Wohnrecht I § 1096 ABGB Rz 8.

17) Gleiches (Rücktrittsmöglichkeit nach § 918 Abs 1 ABGB) hat zu gelten, wenn der Bestandnehmer mit einer Bestandzinsvorauszahlung säumig ist und das Bestandobjekt noch nicht übergeben wurde.

18) Ein (Gesamt-)Rücktritt nach § 918 Abs 1 ABGB steht auch bei der Verletzung äquivalenter Nebenleistungen offen; siehe nur *P. Bydlinski* in KBB⁵ § 918 ABGB Rz 5; *Gruber* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} § 918 ABGB Rz 20, 42; *Reidinger* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 918 ABGB Rz 24; *Reischauer* in *Rummel/Lukas* (Hrsg), ABGB⁴ (2018) § 918 ABGB Rz 121, 124.

19) *Riss*, wobl 2011, 417 FN 41.

20) *Jabornegg*, Zurückbehaltungsrecht 58, 83 ff.

21) Bis zur Leistungserbringung ergänzt das Leistungsverweigerungsrecht des § 1052 Satz 1 ABGB das Rücktrittsrecht des § 918 Abs 1 ABGB; siehe *Spitzer/Binder* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1052 ABGB Rz 27.

22) Zu dieser *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1108 ABGB Rz 12 ff; *Riss*, Anm zu OGH 1 Ob 176/12 g, wobl 2013/9; zuletzt ausf *Pesek*, Zur außerordentlichen Kündigung durch den Bestandnehmer, wobl 2016, 75 (79 f, 86 ff).

23) Vgl zur spiegelbildlichen Situation OGH 6 Ob 24/15 w wobl 2015/94: Kein Anspruch des Bestandgebers auf den Bestandzins, wenn der Gebrauchsnutzen aus Umständen in seiner Sphäre unterbleibt (Bestandobjekt wurde nicht fertiggestellt und nicht übergeben); vgl auch *Pesek* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ (2014) § 1100 ABGB Rz 20.

b) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund

Teilt man nicht die Ansicht, dass der Erlag der Kautions eine äquivalente Nebenleistung des Bestandnehmers und ihre Verletzung ein Anwendungsfall des § 1118 Fall 2 ABGB ist, bedeutet das noch nicht, dass dem Bestandgeber eine außerordentliche Kündigung des Bestandverhältnisses verwehrt ist. Es ist nämlich zu bedenken, dass das Bestandverhältnis auch aus anderen als den in § 1118 ABGB normierten Gründen mit sofortiger Wirkung beendet werden kann. Diese Bestimmung ist bloß Ausdruck des allgemeinen Grundsatzes, dass Dauerschuldverhältnisse bei Vorliegen wichtiger Gründe jederzeit aufgelöst werden können.²⁴⁾ Als ein zur sofortigen Vertragsauflösung berechtigender *wichtiger Grund* ist ein Umstand anzusehen, der die weitere Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für eine der Vertragsparteien unzumutbar macht.²⁵⁾ Eine Unzumutbarkeit der weiteren Vertragsfortsetzung wird unter anderem dann angenommen, wenn ein Vertragsteil das Vertrauen in den anderen Vertragsteil verloren hat.²⁶⁾

Ob der Nichterlag der Kautions durch den Bestandnehmer einen solchen *Vertrauensverlust* auf Seiten des Bestandgebers bewirken kann, musste der OGH noch nicht beurteilen. ME ist diese Frage mit *Iby* allerdings zu bejahen, nach dem ein wichtiger Grund zur sofortigen Vertragsauflösung verwirklicht wird, wenn der Bestandnehmer die vertraglich vorgesehene Kautions nicht erlegt. Erlegt nämlich der Bestandnehmer nicht einmal die vereinbarte Kautions, ist dem Bestandgeber zuzugestehen, dass er sein Vertrauen in die Vertragstreue des Bestandnehmers verliert.²⁷⁾ Dass ein Dauerschuldverhältnis durchaus aus wichtigem Grund aufgelöst werden kann, wenn die vorgesehene Sicherstellung eines Vertragspartners unterbleibt, ist kein Spezifikum des Bestandrechts, sondern zeigt sich etwa auch im Darlehensrecht. Für das Darlehensrecht ist anerkannt, dass die Verletzung der vertraglich vereinbarten Pflicht zur Bestellung einer Sicherheit den Darlehensgeber zur außerordentlichen Kündigung des Darlehensvertrags wegen einer Vertrauenserschütterung berechtigt.²⁸⁾ Die Zulässigkeit der außerordentlichen Kündigung des Bestandverhältnisses aufgrund eines Nichterlags der Kautions lässt sich zudem mit der herrschenden Auffassung zum deutschen Rechtsbereich untermauern. Dieser zufolge stellt der Nichterlag der vereinbarten Kautions eine derart schwerwiegende Störung des Bestandverhältnisses dar, dass dem Bestandgeber die Vertragsfortsetzung nicht mehr zuzumuten und eine sofortige Vertragsauflösung gerechtfertigt ist.²⁹⁾

Nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragsauflösung aus wichtigem Grund bei einem Verzug mit Leistungspflichten wird jedoch zu verlangen sein, dass der Bestandgeber den säumigen Bestandnehmer zuerst *mahnen* und diesem eine *angemessene Nachfrist* gewähren muss, sofern dieses Vorgehen nicht aussichtslos erscheint.³⁰⁾ Erst nach dem ergebnislosen Verstreichen der Nachfrist wird der Vertragsauflösungsgrund verwirklicht. Unter diesen Voraussetzungen – Verzug mit dem Erlag der Kautions, Mahnung und fruchtlose Nachfristgewährung – kann die

außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund bereits vor der Übergabe des Bestandobjekts ausgesprochen werden.³¹⁾

C. Nichtauffüllen der Kautions

1. Die Entscheidung OGH 5 Ob 60/18 m

Nachdem bislang jene Konstellation behandelt wurde, in der der Bestandnehmer die vereinbarte Kautions zu Beginn des Bestandverhältnisses nicht erlegt, ist nun der Blick auf jenen Fall zu richten, in dem sich der Bestandgeber aus der vom Bestandnehmer ordnungsgemäß erlegten Kautions während des Bestandverhältnisses berechtigterweise befriedigt und der Bestandnehmer seiner Pflicht zur Wiederauffüllung der Kautions auf den ursprünglichen erlegten Betrag nicht nachkommt. Der rezenten E 5 Ob 60/18 m³²⁾ sind gleich zwei für diesen Kontext relevante Aussagen zu entnehmen: Die erste Aussage besteht darin, dass mangels besonderer Vereinbarung keine Verpflichtung des Bestandnehmers bestehe, die von ihm erlegte Kautions wieder aufzufüllen, wenn es infolge einer berechtigten Befriedigung des Bestandgebers daraus zu deren Verminderung gekommen sei. Eine solche Pflicht könne aber vertraglich wirksam vereinbart werden. Die zweite Aussage besteht darin, dass der vertragliche Anspruch auf Wiederauffüllung der Kautions nicht unter den Zinsbegriff des § 1118 Fall 2 ABGB falle. Daher könne der Bestandgeber das Bestandverhältnis wegen der Verletzung der Auffüllungspflicht durch den Bestandnehmer nicht auflösen.

24) *Pesek/Nademleinsky* in *Schwimmann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar⁴ (2017) § 1118 ABGB Rz 1; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1119 ABGB Rz 1.

25) *Binder/Pesek* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1118 ABGB Rz 1, 3; *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1119 ABGB Rz 3.

26) *Binder/Pesek* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1118 ABGB Rz 5, 66; *Lovrek* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 1118 ABGB Rz 8.

27) *Iby*, Zur Aufhebung der Bestandverträge in FS Würth (2014) 65 (71). Freilich schränkt *Iby* seine Aussage dahingehend ein, dass das pflichtwidrige Verhalten des Mieters nur bei solchen Bestandverträgen ein wichtiger Grund für die Vertragsauflösung sein soll, die nicht dem MRG unterliegen. Diese Einschränkung ist mE nicht nachvollziehbar, weil die Beurteilung, ob ein Verhalten des Mieters die Vertragsfortsetzung für den Vermieter unzumutbar macht, nicht davon abhängt, ob das Bestandverhältnis dem mietrechtlichen Kündigungsschutz unterliegt. Überdies hat die Rsp anerkannt, dass ein Bestandverhältnis auch im Geltungsbereich des MRG aus wichtigen Gründen beendet werden kann; siehe *Lovrek* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 1116 ABGB Rz 48 f.

28) Siehe die Nachweise bei *Perner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 987 ABGB Rz 4; *Ramharter* in *Schwimmann/Neumayr* (Hrsg), Taschenkommentar⁴ (2017) § 987 ABGB Rz 2.

29) BGH XII ZR 36/05 NZM 2007, 400; *Blank* in *Schmidt-Futterer* (Hrsg), Mietrecht¹³ (2017) § 543 BGB Rz 4, 183 f, § 569 BGB Rz 32 a, 32 c; *Häublein* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁷ (2016) § 569 BGB Rz 30, 36.

30) Vgl *Lovrek* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 1118 ABGB Rz 15 f; *Würth* in *Rummell* (Hrsg), ABGB³ (2000) § 1118 Rz 4; siehe auch *Riss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1119 ABGB Rz 6.

31) Auch nach deutschem Recht ist eine Vertragsbeendigung aus wichtigem Grund bereits vor der Übergabe des Bestandobjekts möglich; siehe *Blank* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht¹³ § 543 BGB Rz 183.

32) OGH 5 Ob 60/18 m, in diesem Heft Seite 11 .

2. Stellungnahme

a) Pflicht zur Kautionsauffüllung

Bei der ersten Aussage beruft sich der fünfte Senat auf die Vorgängerentscheidung 8 Ob 126/10b.³³⁾ Darin hat das Höchstgericht – wie bereits zuvor das LGZ Wien³⁴⁾ – ausgesprochen, dass keine gesetzliche Verpflichtung des Kautionserlegers zur Wiederauffüllung der berechtigterweise verbrauchten Kautionsbestehende. Allerdings könne eine solche Auffüllungspflicht vertraglich wirksam vereinbart werden.³⁵⁾ Das Judikat 8 Ob 126/10b ist in der Lehre seinerzeit auf Kritik gestoßen. Eine Auseinandersetzung damit lässt die nunmehrige Entscheidung des fünften Senats freilich vermissen. Namentlich *Riss*,³⁶⁾ dem sich große Teile des Schrifttums angeschlossen haben,³⁷⁾ hat herausgearbeitet, dass ein *gesetzlicher Anspruch des Bestangebers auf Wiederauffüllung der Kautionsunter anderem*³⁸⁾ schon aus der pfandrechtlichen Bestimmung des § 458 ABGB abzuleiten ist.

Nach § 458 ABGB trifft den Pfandschuldner bekanntlich die Pflicht zur Bestellung eines Ersatzpfandes, wenn der Wert der Pfandsache vermindert wird. Zweck dieser Bestimmung ist es, die Besicherung im ursprünglichen Umfang wiederherzustellen,³⁹⁾ also mit anderen Worten die *Wertrelation zwischen der gesicherten Forderung und der Sicherheit zu erhalten*.⁴⁰⁾ Für das Entstehen der Pflicht zur Aufrechterhaltung der Besicherung im ursprünglichen Zustand genügt es wohl gemerkt, dass (lediglich) die Bestellung eines Pfands vereinbart wurde. Hingegen ist es nicht erforderlich, die Pflicht zur Aufrechterhaltung der Besicherung explizit festzulegen.⁴¹⁾ Überträgt man diese pfandrechtlichen Grundsätze auf die verminderte Kautionsbestehende, folgt daraus, dass den Bestandnehmer bereits von Gesetzes wegen die Pflicht zur Aufrechterhaltung der Besicherung im ursprünglichen Zustand und damit zur Wiederauffüllung der Kautionsbestehende trifft. Diese Sichtweise deckt sich übrigens mit der herrschenden Ansicht zum deutschen Recht, die eine Wiederauffüllungspflicht des Bestandnehmers unabhängig von einer ausdrücklichen Vereinbarung bejaht.⁴²⁾

b) Vertragsauflösung nach § 1118 Fall 2 ABGB

Die zweite Aussage des fünften Senats betrifft die Frage, ob der Bestandgeber zur Auflösung des Bestandverhältnisses nach § 1118 Fall 2 ABGB legitimiert ist, wenn der Bestandnehmer mit seiner – nach dem fünften Senat erst aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung, nach der hier vertretenen Meinung schon von Gesetzes wegen bestehenden – Pflicht zur Wiederauffüllung der berechtigterweise in Anspruch genommenen Kautionsbestehende in Verzug gerät. Der OGH führt dazu aus: „Der Vollständigkeit halber sei allerdings darauf hingewiesen, dass der Anspruch auf Auffüllung der Kautionsbestehende zur Begründung des Räumungsbegehrens nicht geeignet ist.“ Auch an dieser Stelle lässt die Begründung des fünften Senats eine Auseinandersetzung mit den einschlägigen literarischen Stellungnahmen vermissen.⁴³⁾ Eine solche wäre umso gebotener gewesen, als es sich um die erste Entscheidung zu den im Schrifttum umstrittenen Rechtsfolgen der Verletzung der Auffüllungspflicht

handelt. Die Mehrheit der Literaturstimmen befürwortet nämlich sehr wohl die Zulässigkeit einer Vertragsauflösung nach § 1118 Fall 2 ABGB, wenn der Bestandnehmer mit der Wiederauffüllung der Kautionsbestehende (qualifiziert) in Verzug gerät.⁴⁴⁾

Für das in der Literatur vorherrschende Verständnis spricht, dass schon der Erlag der Kautionsbestehende – wie das Höchstgericht ja bereits implizit anerkannt hat⁴⁵⁾ – eine äquivalente Nebenleistung des Bestandnehmers ist. Deshalb steht auch die Aufrechterhaltung der Besicherung im ursprünglichen Zustand im synallagmatischen Zusammenhang mit der Gebrauchsüberlassungspflicht des Bestandgebers, dem bei einer Säumigkeit des Bestandnehmers zum *Schutz des funktionellen Synallagmas* eine Vertragsauflösung nach § 1118 Fall 2 ABGB möglich sein muss.⁴⁶⁾

Ferner lässt sich für diesen Standpunkt die von *Riss* erörterte *wirtschaftliche Betrachtungsweise* in das Treffen führen.⁴⁷⁾ Nach der Rsp ist der Bestandgeber bekanntlich nicht verpflichtet, allfällige Bestandzinsrückstände während des Bestehens des Bestandverhältnisses aus der Kautionsbestehende abzudecken.⁴⁸⁾ Er kann

33) OGH 8 Ob 126/10b wobl 2011/164.

34) LGZ Wien 41 R 104/85 MietSlg 37.121; LGZ Wien 48 R 322/88 MietSlg 40.027; LGZ Wien 38 R 134/07 y MietSlg 59.041. Siehe auch die nach dem hg Judikat OGH 8 Ob 126/10b wobl 2011/164 ergangene E LGZ Wien 39 R 237/15 i MietSlg 67.036.

35) OGH 8 Ob 126/10b wobl 2011/164.

36) *Riss*, wobl 2011, 411 f; siehe auch *derselbe* in *Hausmann/Vonkilch* (Hrsg), Österreichisches Wohnrecht³ § 16b MRG Rz 5.

37) *Binder/Pesek* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1092 ABGB Rz 69; *Lovrek* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 1094 ABGB Rz 86; *Nikodem* in *Lenk/Nikodem/Weinzinger/Winalek* (Hrsg), Mietrechtsgesetz (2013) § 16b MRG Rz 10; *Pesek/Nademleinsky* in *Schwimmann/Neumayr*, TaKo⁴ §§ 1092–1094 ABGB Rz 22; aA *Schinagl* in *GeKo Wohnrecht I* § 16b MRG Rz 41; offenlassend *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht I²³ (2015) § 16b MRG Rz 2.

38) Zu weiteren Argumenten, die für eine schon von Gesetzes wegen bestehende Pflicht des Bestandnehmers zur Kautionsauffüllung sprechen, siehe *Riss*, wobl 2011, 411 f.

39) *Hinteregger* in *Schwimmann/Kodek* (Hrsg), ABGB⁴ (2012) § 458 ABGB Rz 4; *Koch* in *KBB*⁵ § 458 ABGB Rz 2.

40) *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 458 ABGB Rz 8; *Riss*, wobl 2011, 411.

41) *Riss*, wobl 2011, 411.

42) *Blank* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht¹³ § 543 BGB Rz 139, § 569 BGB Rz 32 f. Siehe auch die Nachweise bei *Riss*, wobl 2011, 412 FN 14.

43) Der fünfte Senat beruft sich zwar auf *Lovrek* in *Rummell/Lukas*, ABGB⁴ § 1118 ABGB Rz 78. Diese verweist jedoch auf *Iby* in FS *Würth* 71, der wiederum jene Judikatur (OGH 1 Ob 206/06 k immolex 2007/137) zitiert, welche die – unter Punkt B. behandelte – Fallgruppe des Nichterlags der Kautionsbestehende zu Beginn des Mietverhältnisses betrifft.

44) *Riss*, wobl 2011, 411 ff; *derselbe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 1101 ABGB Rz 10, § 1119 ABGB Rz 11; *derselbe* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht³ § 16b MRG Rz 5; *Binder/Pesek* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1092 ABGB Rz 69, § 1118 ABGB Rz 90; *Klein*, Anm zu OGH 1 Ob 176/13h, immolex 2014/2; aA *Schinagl* in *GeKo Wohnrecht I* § 16b MRG Rz 41.

45) Siehe Punkt B.2.a.

46) Vgl *Riss*, wobl 2011, 417.

47) *Riss*, wobl 2011, 412 f, 418.

48) OGH 3 Ob 149/07 v wobl 2009/21; OGH 6 Ob 279/07 h immolex 2009/55; OGH 1 Ob 176/13h immolex 2014/2 (*Klein*); *Binder/Pesek* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1092 ABGB Rz 69, § 1118 ABGB Rz 90.

sich vielmehr, sofern nichts Gegenteiliges vereinbart wurde, weiterhin persönlich an den Bestandnehmer halten und dessen persönliche Haftung in Anspruch nehmen.⁴⁹⁾ Bei einem Zahlungsverzug des Bestandnehmers kann der Bestandgeber somit wählen, ob er sich aus der Kautionsbefriedigung und sodann deren Wiederauffüllung fordert oder die Kautionsungentastet lässt und die Leistung unmittelbar aus dem Titel der gesicherten Forderung (Zinszahlungspflicht) gegen den Bestandnehmer geltend macht.⁵⁰⁾ Wirtschaftlich betrachtet führen diese dem Bestandgeber fraglos offenstehenden Wege zu exakt demselben Ergebnis, indem der Bestandnehmer den aushaftenden Betrag nach Wahl des Bestandgebers entweder aus dem Titel des Wiederauffüllungsanspruchs oder aus dem Titel der gesicherten Forderung zu leisten hat. Wenn aber auf beiden Wegen – Wiederauffüllungsanspruch einerseits und unmittelbare Geltendmachung des gesicherten Anspruchs andererseits – für den Bestandgeber materiell genau dasselbe Resultat zu erreichen ist, fällt es nicht leicht einzusehen, weshalb ihm eine Vertragsauflösung nach § 1118 Fall 2 ABGB nur dann möglich sein soll, wenn er den Betrag aus dem Titel der gesicherten Forderung geltend macht.⁵¹⁾

Darüber hinaus erscheint es auch unter *teleologischen Gesichtspunkten* zweifelhaft, weshalb dem Bestandnehmer bei einer Inanspruchnahme der Kautionsvorteil entstehen soll, dass nun trotz seiner Säumnis mit der Zinszahlungspflicht kein Vertragsauflösungsgrund mehr gegeben ist.⁵²⁾

c) Vertragsauflösung aus wichtigem Grund

Sollte man nicht der Auffassung sein, dass die Wiederauffüllungspflicht des Bestandnehmers mit der Gebrauchsüberlassungspflicht des Bestandgebers synallagmatisch verknüpft ist, scheidet zwar eine auf § 1118 Fall 2 ABGB gestützte Vertragsauflösung aus. Dann ist aber eine außerordentliche Kündigung aus *wichtigem Grund* in Betracht zu ziehen. Die Voraussetzungen einer solchen wurden schon bei der Fallgruppe des Nichterlags der Kautionsbejahung⁵³⁾ und sind erst recht bei der pflichtwidrigen Nichtauffüllung der Kautionsbejahung gegeben.

In dieser Konstellation sind dem Bestandnehmer nämlich sogar zwei Pflichtverletzungen anzulasten: Zum einen hat er einen durch die Kautionsgesicherten Haftungsfall herbeigeführt, etwa indem er den Bestandzins rechtswidrig nicht gezahlt oder das Bestandobjekt rechtswidrig beschädigt hat. Zum anderen hat er die infolge dieses Haftungsfalls verminderte Kautionsbejahung rechtswidrig nicht wieder aufgefüllt. Bei einem derartigen Verhalten – zunächst die Herbeiführung eines Haftungsfalls und nachfolgend die Verletzung der Wiederauffüllungspflicht – ist dem Bestandgeber zuzugestehen, dass er das Vertrauen in die Vertragstreue des Bestandnehmers verliert und das Vertragsverhältnis beenden können soll. Es überrascht daher nicht, dass dem Bestandgeber auch in Deutschland eine außerordentliche Kündigung des Bestandverhältnisses ermöglicht wird, wenn der Bestandnehmer die Kautionsbejahung pflichtwidrig nicht wieder auffüllt.⁵⁴⁾

Es wird aber wie schon bei der Fallgruppe des Nichterlags der Kautionsbejahung zu verlangen sein, dass der Bestandgeber den Bestandnehmer zuvor *mahnen* und diesem eine *angemessene Nachfrist* gewähren muss, damit der Vertragsauflösungsgrund verwirklicht ist.⁵⁵⁾

D. Besonderheiten bei kündigungsgeschützten Mietverhältnissen

Abschließend ist auf etwaige Besonderheiten einzugehen, die bei der Beendigung eines kündigungsgeschützten Mietverhältnisses bestehen. Da die Bestimmung des § 1118 Fall 2 ABGB auch im Anwendungsbereich des MRG-Kündigungsschutzes herangezogen werden kann,⁵⁶⁾ steht auch dem Vermieter eines dem MRG unterliegenden Mietobjekts eine *außerordentliche Kündigung* prinzipiell offen, wenn der Mieter mit seinen äquivalenten Nebenpflichten zum Erlag und zur Wiederauffüllung der Kautionsbejahung (qualifiziert) säumig ist.⁵⁷⁾ Daneben kann der Vermieter das Mietverhältnis – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen⁵⁸⁾ – nach dem *Kündigungsgrund* des Mietzinsrückstandes gem § 30 Abs 2 Z 1 MRG aufkündigen, weil der Zinsbegriff dieses Tatbestandes ident mit jenem des § 1118 Fall 2 ABGB ist.⁵⁹⁾

Im Allgemeinen sind jedoch sowohl auf § 1118 Fall 2 ABGB als auch auf § 30 Abs 2 Z 1 MRG gestützte Vertragsbeendigungen infolge einer Zins säumnis nach der Bestimmung des § 33 MRG aufzuheben, wenn den Mieter am Zahlungsrückstand kein grobes Verschulden trifft und er den geschuldeten Betrag vor Schluss der Verhandlung in erster Instanz entrichtet.⁶⁰⁾ In den Genuss der *Rechtswohltat des § 33 MRG* muss auch ein Mieter kommen, der mit seinen iZm der Kautionsbejahung stehenden Zahlungspflichten in Verzug gerät. Das ergibt sich nicht nur daraus, dass der Anspruch des Vermieters auf den Erlag oder die Auffüllung der Kautionsbejahung nach der hier vertretenen Meinung ohnehin vom Begriff des Mietzins erfasst ist, sondern auch aus einem Größenschluss: Wenn der Mieter die vom Vermieter abgegebene Erklärung

49) *Höllwerth* in GeKo Wohnrecht I § 1092 ABGB Rz 34; *Schinagl* in GeKo Wohnrecht I § 16b MRG Rz 40.

50) Vgl. *Schinagl* in GeKo Wohnrecht I § 16b MRG Rz 40.

51) Zutreffend *Riss*, wobl 2011, 412.

52) Vgl. *Riss*, wobl 2011, 418.

53) Siehe Punkt B.2.b.

54) *Blank* in *Schmidt-Futterer*, Mietrecht¹³ § 569 BGB Rz 32 f; *Häublein* in *MüKo* § 569 BGB Rz 30, 36.

55) Siehe Punkt B.2.b.

56) Vgl. § 29 Abs 1 Z 5 MRG; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht³ § 29 MRG Rz 2; *Wieger* in *Illedits/Reich-Robrwig* (Hrsg), Wohnrecht Kurzkommentar² (2014) § 29 MRG Rz 47 ff.

57) Wird die Kautionsbejahung nicht erlegt und ist das Mietobjekt noch nicht übergeben (siehe dazu Punkt B.2.a), kann der Vermieter auch im Anwendungsbereich des MRG vom Vertrag wegen Verzugs nach § 918 Abs 1 ABGB zurücktreten; vgl. *Stabentheiner* in GeKo Wohnrecht I § 29 MRG Rz 55; *Vonkilch* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht³ § 29 MRG Rz 68.

58) Zu diesen etwa *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht³ § 30 MRG Rz 20 f.

59) *Lovrek* in GeKo Wohnrecht I § 30 MRG Rz 35.

60) Näher zu den Voraussetzungen des nachträglichen Unwirksamwerdens der Vertragsbeendigung *Hausmann* in *Hausmann/Vonkilch*, Wohnrecht³ § 33 MRG Rz 34 ff.

der Vertragsbeendigung sogar bei einem Verzug mit seiner Hauptleistungspflicht (Mietzinszahlung) entkräften kann, muss ihm eine Entkräftung der Vertragsbeendigung umso mehr möglich sein, wenn er bloß mit seiner äquivalenten Nebenleistung (Erlag oder Wiederauffüllung der Kautions) in Verzug gerät. Daher kann der Mieter eines kündigungsgeschützten Mietobjekts durch Entrichtung des geschuldeten Betrages zufolge § 33 MRG das *nachträgliche Unwirksamwerden der bereits wirksam abgegebenen Beendigungserklärung* herbeiführen.⁶¹⁾

Verneint man eine synallagmatische Verknüpfung der Pflicht des Mieters zum Erlag oder zur Wiederauffüllung der Kautions mit der Gebrauchsüberlassungspflicht des Vermieters, kann sich bei einem vertragswidrigen Verhalten des Mieters auch der Vermieter eines kündigungsgeschützten Mietobjekts auf eine außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund berufen. Nach der Rsp kann nämlich selbst im Geltungsbereich der Kündigungsschutzbestimmungen ein Mietverhältnis beendet werden, wenn dem Vermieter dessen Fortsetzung aus *wichtigen Gründen* nicht mehr zugemutet werden kann.⁶²⁾

E. Zusammenfassung

1. Der Erlag der Kautions ist eine äquivalente Nebenleistung des Bestandnehmers. Wird die Kautions nicht erlegt, kann der Bestandgeber die Übergabe des Bestandobjekts nach § 1052 Satz 1 ABGB verweigern und vom Vertrag nach § 918 Abs 1 ABGB zurücktreten. Nach der erfolgten Objektübergabe kann das Leistungsverweigerungsrecht des § 1052 Satz 1 ABGB nicht mehr ausgeübt werden und an die Stelle des Rücktrittsrechts des § 918 Abs 1 ABGB tritt die außerordentliche Kündigung nach § 1118 Fall 2 ABGB. Diese ermöglicht eine sofortige Vertragsauflösung, wenn sich der Bestandnehmer in (qualifiziertem) Verzug mit dem Erlag der Kautions befindet.

2. Den Bestandnehmer trifft schon von Gesetzes wegen die äquivalente Nebenpflicht, die von ihm erlegte Kautions im Falle einer berechtigten Inanspruchnahme durch den Bestandgeber auf den ursprünglichen erlegten Betrag wieder aufzufüllen. Ein (qualifizierter) Verzug des Bestandnehmers mit der Wiederauffüllung der verminderten Kautions berechtigt den Bestandgeber zur außerordentlichen Kündigung nach § 1118 Fall 2 ABGB.

3. Bei einem kündigungsgeschützten Mietverhältnis können der Nichterlag oder das Nichtauffüllen der Kautions die Tatbestände der außerordentlichen Kündigung nach § 1118 Fall 2 ABGB und der ordentlichen Kündigung nach § 30 Abs 2 Z 1 MRG verwirklichen. Unter den Voraussetzungen des § 33 MRG kann der Mieter durch Entrichtung des geschuldeten Betrages allerdings das nachträgliche Unwirksamwerden der vom Vermieter abgegebenen Erklärung der Vertragsbeendigung herbeiführen.

4. Verneint man entgegen der hier vertretenen Ansicht einen synallagmatischen Zusammenhang der Pflicht des Bestandnehmers zum Erlag oder zur Wiederauffüllung der Kautions mit der Gebrauchsüberlassungspflicht des Bestandgebers, kann dieser das Bestandverhältnis bei einer Säumigkeit des Bestandnehmers – nach vorheriger Mahnung und Nachfristsetzung – infolge eines Vertrauensverlustes aus wichtigem Grund auflösen.

61) Vgl. *Lovrek* in GeKo Wohnrecht I § 33 MRG Rz 36.

62) *Lovrek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1116 ABGB Rz 48f, § 1118 ABGB Rz 22.

SCHLUSSTRICH

Sowohl der Nichterlag als auch das Nichtauffüllen der Kautions können den Bestandgeber zur Vertragsauflösung berechtigen.