



MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Wertsicherungsvereinbarungen im Lichte der aktuellen
Judikatur

verfasst von | submitted by

Tobias Weigl BSc

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2024

Studienkennzahl lt. Studienblatt | Degree
programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 992 361

Universitätslehrgang lt. Studienblatt |
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Universitätslehrgang Wohn- und Immobilienrecht
(LL.M.)

Betreut von | Supervisor:

Univ.-Prof. Mag. Dr. Helmut Ofner LL.M.

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich versichere an Eides statt, dass ich

- die eingereichte wissenschaftliche Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Hilfsmittel benutzt habe,
- die während des Arbeitsvorganges von dritter Seite erfahrene Unterstützung, einschließlich signifikanter Betreuungshinweise, vollständig offengelegt habe,
- die Inhalte, die ich aus Werken Dritter oder eigenen Werken wortwörtlich oder sinngemäß übernommen habe, in geeigneter Form gekennzeichnet und den Ursprung der Information durch möglichst exakte Quellenangaben (z.B. in Fußnoten) ersichtlich gemacht habe,
- die eingereichte wissenschaftliche Arbeit bisher weder im Inland noch im Ausland einer Prüfungsbehörde vorgelegt habe und
- bei der Weitergabe jedes Exemplars (z.B. in gebundener, gedruckter oder digitaler Form) der wissenschaftlichen Arbeit sicherstelle, dass diese mit der eingereichten digitalen Version übereinstimmt.

Ich bin mir bewusst, dass eine tatsachenwidrige Erklärung rechtliche Folgen haben wird.

Tobias Weigl BSc, e. h.

St. Marein-Feistritz, 2024

Gender Erklärung

In dieser Masterarbeit wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit, sowie des Verständnisses auf die gendergerechte Schreibweise verzichtet und ausschließlich die männliche Form verwendet.

Es sei jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im Sinne der Gleichstellung alle Aussagen gleichermaßen auch für alle weiteren Geschlechter gelten und keine Wertung beinhalten.

Abkürzungsverzeichnis

3. MILG	3. Mietrechtliches Inflationslinderungsgesetz - Bundesgesetz, mit dem zur Linderung der Inflationsfolgen bei den Wohnkosten das Mietrechtsgesetz, das Richtwertgesetz und das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz geändert werden, BGBl. I 2023/176
3. WÄG	3. Wohnrechtsänderungsgesetz – Bundesgesetz, mit dem das Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz, das Mietrechtsgesetz, das Wohnungseigentumsgesetz 1975, das Heizkostenabrechnungsgesetz, das Bundes-Sonderwohnbaugesetz 1982, das Bundes-Sonderwohnbaugesetz 1983, das Wohnbauförderungsgesetz 1968 und das Wohnbauförderungsgesetz 1984 geändert werden und mit dem ein Richtwertgesetz (RichtWG) geschaffen wird, BGBl 1993/800
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch - Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie JGS 1811/946
ABl	Amtsblatt (EU)
Abs	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
APA	Austria Presse Agentur
B2B	business to business – Rechtsverhältnis zwischen zwei Unternehmern
B2C	business to costumer – Rechtsverhältnis zwischen Unternehmen und Verbraucher
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
C2C	costumer to costumer – Rechtsverhältnis zwischen zwei Verbrauchern
ecolex	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EZB	Europäische Zentralbank
f, ff	folgend, folgende
GeKo	Gesamtkommentar
gem	gemäß
GewO 1994	Gewerbeordnung 1994, BGBl 1994/194
GP	Gesetzgebungsperiode
GRAU	GRAUZONEN – Unternehmen im Recht – Zeitschrift
grds	grads / grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
IA	Initiativantrag
idR	in der Regel
immo aktuell	Zeitschrift für Immobilien – Steuern – Recht
immolex	Zeitschrift für Wohn- und Immobilienrecht
iSd	im Sinn des/der
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
Kap	Kapitel
KlauselRL	Klauselrichtlinie - 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L 95/29
KSchG	Konsumentenschutzgesetz - Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden, BGBl 1979/140
mA	meiner Ansicht
mE	meines Erachtens
MietSlg	Mietrechtliche Entscheidungen
MRG	Mietrechtsgesetz, BGBl 1981/520
Nr	Nummer

ÖBA	BankArchiv – Wissenschaftliche Fachzeitschrift für Bankmanagement, Bank- und Kapitalmarktrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Jurist:innenzeitung
resp	respektive
RichtWG	Richtwertgesetz - Bundesgesetz über die Festsetzung des Richtwertes für die mietrechtliche Normwohnung, BGBl 1993/800
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes (http://ris.bka.gv.at)
Rn	Randnote (bei Entscheidungen des EuGH)
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
Rz	Randzahl
S	Seite
sog	sogenannt(e)
trend.	Zeitschrift der Trend - Wirtschaftsmagazin
usw	und so weiter
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
vgl	vergleiche
VPI	Verbraucherpreisindex
wobl	Wohnrechtliche Blätter – Zeitschrift
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell – Zeitschrift
zB	zum Beispiel

Inhaltsverzeichnis

Ehrenwörtliche Erklärung.....	I
Gender Erklärung	II
Abkürzungsverzeichnis	III
1 Einleitung	1
2 Allgemeines zu Wertsicherungsvereinbarungen.....	4
2.1 Systematik.....	4
2.2 Notwendigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen.....	5
2.3 Mietverträge ohne Wertsicherungsvereinbarung.....	6
2.3.1 (Prinzipiell) keine gesetzliche Wertsicherung	6
2.3.2 Einvernehmliche Einigung	6
2.3.3 Mindestmietzins nach § 45 MRG.....	8
2.3.4 Andere Möglichkeiten zur Mietzinsanpassung nach dem MRG	11
3 Anforderungen an Wertsicherungsvereinbarungen.....	14
3.1 Schriftlichkeit.....	14
3.2 Mietverträge als Vertragsformblätter – AGB-Kontrolle.....	14
3.2.1 Einbeziehungskontrolle	15
3.2.2 Geltungskontrolle	16
3.2.3 Inhaltskontrolle.....	18
3.3 KSchG.....	21
3.3.1 Anwendungsbereich	22
3.3.2 Relevante Bestimmungen des KSchG	25
3.3.3 (Keine) geltungserhaltende Reduktion.....	33
3.3.4 Analoge Anwendbarkeit des KSchG außerhalb des Anwendungsbereiches?	35
4 Wertsicherungsvereinbarungen an der Kippe?	37
4.1 Darstellung der Entscheidungen	37
4.1.1 OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t.....	37
4.1.2 OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h	39

4.2	Kritische Würdigung und Meinungsstand	40
4.2.1	Nachfolgeindex.....	41
4.2.2	Preiserhöhung innerhalb der ersten beiden Monate ab Vertragsbeginn	46
4.2.3	Rückwirkende Indexbasis	52
4.3	Klausel-Teilbarkeit	55
4.4	Rechtsfolgen der Unwirksamkeit.....	57
4.5	Neuabschluss von Wertsicherungsvereinbarungen	59
4.6	Wertsicherungsvereinbarungen im Verhältnis zum „Mietpreisdeckel“	61
5	Zusammenfassung und Fazit.....	64
	Literaturverzeichnis	VII
	Verzeichnis Judikatur, Rechtssätze und Materialien	X
	OGH	X
	Europäischer Gerichtshof	XI
	Rechtssätze	XI
	Materialien.....	XI
	Abstract.....	XII

1 Einleitung

Noch vor einigen Jahren waren Mietzinserhöhungen aufgrund einer vertraglich vereinbarten Wertsicherungsklausel für Mieter schon fast periodisch zu erwarten und führten in wenigen Fällen zu Streitigkeiten. Die typischen Indexklauseln wurden einmal jährlich oder alle eineinhalb Jahre schlagend. Sie führten wie eingangs geschildert zu einer Erhöhung der Gesamtmietkosten im vertraglichen Rahmen, nach Überschreiten der Schwellenwerte von 3 oder 5 %, die nur in zyklischen Abständen erreicht wurden.

Die vergangenen Monate waren für die gesamte österreichische Volkswirtschaft durchgehend von inflationsbedingten Preiserhöhungen in sämtlichen Lebensbereichen geprägt: Ob beim Lebensmitteleinkauf, beim Tanken des Autos, bei Kleidung oder Möbel, aber natürlich auch beim Wohnen. Hier sind Mieter nicht verschont worden. Im Jänner 2023 wurde der Inflationshöchststand seit 70 Jahren mit 11,1 % Teuerungsrate im Vergleich zum Vorjahr erreicht. Das allgemeine Preisniveau hat sich damit in zwei Jahren um knapp 16,7 % erhöht.¹ In Mieterhöhungen ausgedrückt bedeutet dies bei einer Indexklausel mit 3 %-Schwellenwert - fünf Mieterhöhungen, bzw bei einer 5 %-Schwelle - drei Mieterhöhungen, in den letzten beiden Jahren.

Wenig überraschend daher die Forderungen von Mieterschutzverbänden und Mietern selbst, die Mieten in Form einer gesetzlichen Obergrenze zu regulieren. Jüngst hat man sich dabei mit dem 3. MILG auf eine Regulierung der Richtwertmietzinse, Kategoriebeträge, sowie einiger WGG-Bestandteile geeinigt.²

Da jedoch knapp ein Drittel aller (Wohnungs-)Mieter in Objekten leben, die eben nicht in den Genuss des sogenannten „Mietpreisdeckels“³ kommen, fährt auch die geplante Erleichterung Kritik ein.⁴ Neben der Kritik, dass nicht alle Mieter vom geplanten

¹ *DerStandard*, Höchster Wert seit 70 Jahren - 11,1 Prozent: Inflation erreicht im Jänner überraschend neuen Höchststand, derstandard.at (Stand 21.09.2023).

² Siehe dazu in Grundzügen später in dieser Arbeit unter Punkt 4.6.

³ Gemeint sind damit natürlich die Regelungen des 3. MILG.

⁴ Nach dem Bericht der *Mietervereinigung Österreich*, „Mietpreisdeckel“ muss zurück an den Start, mietervereinigung.at (Stand 21.09.2023) leben knapp 425.000 Haushalte in Mietwohnungen, die einem freien Hauptmietzins unterliegen. Zum Vergleich leben rund 380.000 Haushalte in Wohnungen mit gesetzlich reguliertem Richtwertmietzins und sind damit vom geplanten Mietpreisdeckel mitumfasst. Gesamtheitliche Aufstellung der Wohnverhältnisse in Österreich nach APA, Mietpreisdeckel: Details zum Gesetzesentwurf, trend.at (Stand 21.09.2023).

Mietpreisdeckel umfasst sein sollen, und der Tatsache, dass die massiven, inflationsbedingten Teuerungen bereits in den Mieten Einzug gefunden haben, stößt Kritikern vor allem auf, dass eine Wertsicherungsobergrenze von 5 % beim Mietpreisdeckel vorgesehen sind, wobei die prognostizierte Inflation für das Jahr 2024 knapp darunter liegen soll.⁵

Eine Mogelpackung und vor allem Benachteiligung der knapp 425.000 Haushalte, die nicht in den Genuss der gesetzlichen Wertsicherungsregulierung kommen? Sieht man sich die aktuellsten Entscheidungen des OGH zu Wertsicherungsvereinbarungen an⁶, so könnte man denken, dass tatsächlich auch für den Bereich des freien Mietzinses, zwar nicht vom Gesetzgeber, doch aber von der Rechtsprechung, eine Art Mietbremse aufgrund von nunmehr als unwirksam ausgesprochenen Klauseln in hunderttausenden Mietverträgen konstituiert wurde. Im Rahmen der Entscheidungen OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t, sowie OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h wurden Klauseln in Hinblick auf Nachfolgeindizes, rückwirkende Wertsicherungsausgangsbasis bei Richtwertmietverträgen, sowie fehlende Ausschlüsse der Ausübung der Wertsicherung innerhalb der ersten beiden Monate ab Vertragsabschluss aufgegriffen.⁷

Diese Masterarbeit befasst sich aus aktuellem Anlass grundlegend mit dem Thema der Wertsicherungsvereinbarungen in Mietverträgen. Neben vorerst allgemeinen Erläuterungen, geht diese Arbeit auch auf das System Wertsicherungsvereinbarung per se ein und erklärt warum eine Notwendigkeit zum Abschluss einer Wertsicherungsvereinbarung von Seiten der Vermieter besteht. Weiters werden die Anforderungen an Wertsicherungsvereinbarungen, um diese sowohl privatrechtlich als auch konsumentenschutzrechtlich wirksam zu gestalten, vor allem in Hinblick auf die aktuelle Judikatur beleuchtet. Die bereits öfter angesprochenen aktuellen Entscheidungen zu diesem Thema werden näher betrachtet und analysiert. Wertsicherungsklauseln werden hauptsächlich mit Mietverträgen im freien Hauptmietzins verbunden, diese Arbeit wird jedoch auch auf Wertsicherungsvereinbarungen im Vollanwendungsbereich des MRG Bezug nehmen, vor allem den Richtwertmietzinsbereich beleuchten. Die einzelnen,

⁵ Putschögl/Redl/Zoidl/Szigetvari, Was wir zum Mietendeckel wissen, derstandard.at (Stand 21.09.2023).

⁶ OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t sowie OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h.

⁷ Kary, Eine Mietpreisbremse durch die Hintertür?, diepresse.com (Stand 21.09.2023).

vom OGH aufgegriffenen und als unwirksam erklärten Klauseln, werden kritisch hinterfragt. Schlussendlich beschäftigt sich diese Arbeit noch mit den Folgen von unwirksamen Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen und deren Konsequenzen für Vermieter bzw den Möglichkeiten, die sich den Mietern bieten.

Im Rahmen dieser Masterarbeit wird sich der Autor hauptsächlich mit Wertsicherungsvereinbarungen im Zusammenhang mit freien Hauptmietzinsen auseinandersetzen und diese Bereiche tiefergehend beleuchten.

Aufgrund der Tatsache, dass der OGH in einer aktuellen Entscheidung jedoch auch bislang bewährte und gängige Wertsicherungsvereinbarung im Richtwerthauptmietzins-Regime auf den Prüfstand gestellt hat, wird auch dieser Thematik Aufmerksamkeit geschenkt.

Trotz des Umstandes, dass seitens des OGH⁸ auch bereits eine Entscheidung zu einer Wertsicherungsvereinbarung im Zusammenhang mit einem förderungsrechtlichen Mietzins ergangen ist, wird dieser Bereich nicht näher erörtert, um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen. Überdies wird im Rahmen dieser Arbeit auch nicht auf Sonderwertsicherungsvereinbarungen eingegangen, die in der Praxis wohl nur vereinzelt vorkommen dürften, auch wenn der OGH⁹ sich jüngst mit einer solchen beschäftigen musste.

⁸ Siehe dazu näher OGH 04.07.2023 5 Ob 89/23h.

⁹ Im Rahmen der Entscheidung OGH 24.01.2024 9 Ob 4/23p hat sich das Höchstgericht mit einer Wertsicherungsklausel auseinandergesetzt, die eine periodische Überprüfung der Miethöhe durch einen Sachverständigen vorsah, soweit die Erhöhung des „Mietwertes“ nicht durch die eigentlich vereinbarte Wertsicherungsabrede berücksichtigt sei. Diese „doppelte“ Wertsicherung wurde im Rahmen der oben genannten Entscheidung als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG angesehen.

2 Allgemeines zu Wertsicherungsvereinbarungen

2.1 Systematik

Grundlegend lassen sich Wertsicherungsvereinbarungen als Preisänderungsbestimmungen verstehen. Während zB der Betreiber eines Supermarktes seine Preise innerhalb der privatrechtlichen Grenzen nach Belieben ändern kann, ist es in einem Dauerschuldverhältnis, wie bei einem Mietvertrag nicht möglich, den Mietpreis nach Belieben des Vermieters einseitig zu ändern. Im Bestandsvertragsrecht gilt natürlich auch der Grundsatz „pacta sunt servanda“, wonach sich der Vermieter bzw Bestandgeber an den abgeschlossenen Mietvertrag mit dem Mieter zu halten hat, und damit auch am vereinbarten Preis gebunden ist.¹⁰ Auch wenn sich das allgemeine Preisniveau in der jüngeren Vergangenheit sehr schnell erhöht hat, gab es auch davor immer eine Inflation, die auch vor den Vermietern nicht Halt gemacht hat. Instandhaltungskosten erhöhen sich, Reparaturkosten steigen und notwendige Investitionen in das Bestandsobjekt, um dieses langfristig und nachhaltig vermieten zu können, werden immer teurer. Damit ist es unumgänglich diese Geldentwertung bei Vermietern entsprechend abzusichern.

Um dies rechtswirksam zu tun, bedarf es einer Wertsicherungsvereinbarung. Das österreichische Miet- und Bestandsvertragsrecht sieht keine automatische Wertsicherung des Mietzinses per Gesetz vor. Daher muss jedes Mietverhältnis durch entsprechende Vereinbarung der Vertragsparteien wertgesichert werden.¹¹

Vor allem die Tatsache, dass viele Mietzinsarten im Vollenwendungsbereich einen gesetzlichen Modus vorsehen, wie und in welchen Zeiträumen sich der Mietzins verändert, führt bei Laien oft zu Verwirrung, da trotzdem eine vertragliche Vereinbarung notwendig ist. So ist beispielsweise in § 5 Abs 2 RichtWG eine Art gesetzliche Wertsicherungsvereinbarung festgeschrieben, wie sich die jeweiligen Richtwerte, welche eine Obergrenze darstellen, verändern können. Trotz dieser gesetzlichen Vorkehrungen bedarf es im Mietvertrag einer gesonderten Regelung. Ähnlich verhält es sich beispielsweise bei den Kategoriebeträgen nach § 16 Abs 6 MRG.¹²

¹⁰ Kothbauer, Mietrecht Österreich – Praxishandbuch (2021) 409.

¹¹ Kothbauer, Mietrecht 391.

¹² Siehe zB auch Kothbauer, Mietrecht 392.

2.2 Notwendigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen

Unter dem vorherigen Punkt 2.1 ist das grundlegende Problem, weshalb Wertsicherungsvereinbarungen aus Sicht des Vermieters notwendig sind, bereits angeklungen. Das ansteigende Preisniveau macht auch vor den Kosten der Bestandgeber nicht Halt. Die vereinnahmten Mieten sind in den seltensten Fällen zur Gänze dem „Gewinn“ des Bestandgebers zuzurechnen.

Bei kürzlich angeschafften Liegenschaften, oder auch bei anderen größeren Investitionen in der jüngeren Vergangenheit, stehen den Einnahmen aus der Vermietung meist Kreditfinanzierungen gegenüber, für die aktuell derart hohe Zinsen berechnet werden, wie es sie seit knapp 20 Jahren nicht gegeben hat. Die EZB hat den Leitzins zuletzt auf 4,5 % erhöht und tastet sich damit knapp an das Allzeithoch von 4,75 % seit Bestehen der Eurozone heran. Die Zinssituation hat sich seit 2022 massiv zugespitzt und führt auch bei Vermietern zu enormen Steigerungen der Ausgaben, die auf Seiten der Bestandgeber für eine Notwendigkeit von wertbeständigen Mietverträgen spricht.¹³

Darüber hinaus sind mit Liegenschaftsbesitz immer auch Reparaturen, Sanierungen und Instandhaltungsarbeiten verschiedenster Art verbunden, die nicht auf die Mieter überwältzt werden können. Vor allem im Bereich der Baukosten hat es seit Beginn der Corona-Pandemie im Jahr 2020 massive Baukostenerhöhungen gegeben. Die Steigerungen in diesen Bereichen sind wesentlich stärker ausgefallen, als die Steigerungen der Verbraucherpreise.¹⁴ Hierzu sei angemerkt, dass es im Umkehrschluss nur aufgrund dessen, dass es sich um einen wertgesicherten Mietzins handle, nicht zu einer laufenden Modernisierungspflicht des Vermieters nach derzeitiger Judikatur kommt. Diese Ansicht wird von Seiten der Lehre teilweise abgelehnt.¹⁵

Aufgrund der gestiegenen Bau- und Instandhaltungskosten iVm den rasant gestiegenen Finanzierungskosten ist es für Vermieter unumgänglich, auch auf wertgesicherte Mietzinse zurückgreifen zu können. Anderenfalls könnte man sich vor der Situation

¹³ *Hahn*, Zinspause in den USA - Hoffnung für Kreditnehmer: Bleiben die Zinsen bald auch in der Eurozone stabil?, *derstandard.at* (Stand 28.09.2023).

¹⁴ *Putschögl*, Wohnbau in Österreich – Das große Hoffen auf Stabilisierung der Baukosten, *derstandard.at* (Stand 28.09.2023).

¹⁵ *Pesek*, Keine Modernisierungspflicht des Vermieters aufgrund einer Wertsicherungsvereinbarung, *immolex* 2016, 278 (279).

wiederfinden, dass Instandhaltungsmaßnahmen schlichtweg nicht mehr finanzier- und realisierbar sind. Zwar stünden den Mietern rechtliche Möglichkeiten zur Durchsetzung zur Verfügung, wenn aber die finanziellen Mittel nicht vorhanden sind, gestaltet sich hier auch die Durchsetzung gegenüber Vermietern schwierig und langatmig. Zudem liegt in den meisten Fällen auch Mietern etwas daran, in gepflegten Wohnungen und Liegenschaften zu leben und nicht in eine womöglich noch teurere Wohnung umziehen zu müssen, iVm der Tatsache, dass auch der Umzug wiederum mit Kosten für den Mieter verbunden ist. Auch aus dieser Perspektive sollte man die Notwendigkeit wertgesicherter Mietverträge aus Mietersicht zumindest anerkennen.

2.3 Mietverträge ohne Wertsicherungsvereinbarung

2.3.1 (Prinzipiell) keine gesetzliche Wertsicherung

Wie bereits unter Punkt 2.1 dargelegt, gibt es grundsätzlich keine gesetzliche Wertsicherung, auch wenn das Gesetz verschiedene Mietzinsgrenzen vorsieht, die als wertgesichert gelten, jedoch aufgrund der gesetzlichen Valorisierung nicht automatisch für das jeweilige Mietverhältnis heranzuziehen sind. Das bedeutet, es ist im jeweiligen Mietvertrag immer eine Wertsicherungsabrede zu treffen, für die sich aus Beweisgründen die Schriftlichkeit empfiehlt. In Hinblick auf die (jüngste) Judikatur wird sich wohl rechtswirksam keine konkludente oder mündliche Wertsicherungsvereinbarung mehr vereinbaren lassen, dazu wird aber noch später im Rahmen dieser Arbeit Bezug genommen.¹⁶

Vom Grundsatz, dass es für die Wertbeständigkeit des Mietzinses immer einer Vereinbarung bedarf, gibt es gewisse Ausnahmen, die im Vollenwendungsbereich nachträglich zu einer Valorisierung des Mietzinses führen können. Natürlich steht auch der einvernehmlichen Einigung mit dem Mieter (prinzipiell) nichts im Wege. Nachfolgend werden die verschiedensten Möglichkeiten kurz beleuchtet.

2.3.2 Einvernehmliche Einigung

Damit ist klar, dass es zur Wertsicherung eines Mietzinses und dem damit verbundenen Schutz des Vermieters gegen Geldentwertung einer schriftlichen Vereinbarung bedarf.

¹⁶ Siehe zB *Kothbauer*, Mietrecht 391.

Vielfach finden sich Vermieter in der Situation wieder, dass ein unbefristeter Mietvertrag vorliegt, der keine Wertsicherungsvereinbarung beinhaltet. Meist handelt es sich dabei um Fälle, in denen der Mietvertragsabschluss lange zurück liegt, und aufgrund der langen Bestandsdauer und der fehlenden Inflationsanpassung mangels Wertsicherungsvereinbarung, ein beachtliches Delta zwischen tatsächlichem Mietpreis und jeweiliger Marktmiete bzw gesetzlich zulässiger Miete im Schutzbereich des MRG vorliegt.

Um diese Situation zu bereinigen, stünde dem Vermieter freilich das Recht zu, eine einvernehmliche Einigung mit dem Mieter zu treffen und damit nachträglich eine Wertsicherung zu vereinbaren. In der Praxis gelangt dieser Denkansatz oft schnell an seine Grenzen, da der Mieter freiwillig und ohne Verpflichtung mehr für seine Wohnung bezahlen müsste als bisher. Eine einvernehmliche Lösung wird daher meist nur mit einem entsprechenden Entgegenkommen des Vermieters zu erreichen sein. Möglicherweise erklärt sich der Vermieter bereit Modernisierungsarbeiten am Mietobjekt durchzuführen, um den Mieter dazu zu bewegen, eine einvernehmliche Lösung einzugehen, die einen höheren und/oder wertgesicherten Mietzins vorsieht. Auch die zusätzliche Nutzungsmöglichkeit von weiteren Räumlichkeiten könnten einen Mieter zu einer einvernehmlichen Lösung bewegen. Der nachträgliche Abschluss einer Wertsicherungsvereinbarung im Einvernehmen der Vertragsparteien ist, solange allgemeine zivilrechtliche Grenzen wie Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB, laesio enormis gem §§ 934 f ABGB, Wucher gem § 879 Abs 2 Z 4 ABGB, Haustürgeschäften nach § 3 KSchG usw eingehalten werden, prinzipiell unbedenklich, oft aber schwierig zu erreichen.¹⁷

Im Vollenwendungsbereich des MRG kann mit einer einvernehmlichen Lösung sogar ein Mietzins vereinbart werden, der den Preisschutz des MRG gewissermaßen ausstechen kann. Die Vertragsparteien eines unbefristeten Mietverhältnisses können nach § 16 Abs 1 Z 5 MRG einvernehmlich einen Mietzins bis zum angemessenen Hauptmietzins vereinbaren, wenn dies schriftlich geschieht, und seit der Übergabe des Bestandobjektes bereits mehr als ein Jahr vergangen ist. Auch für befristete Mietverhältnisse findet sich in § 16 Abs 11 MRG eine ähnliche Regelung zur Deckung von Erhaltungs- und

¹⁷ Siehe zur Zulässigkeit einer nachträglich vereinbarten Wertsicherungsklausel zB OGH 27.01.1998 5 Ob 491/97k immolex 1998/153 sowie *Kothbauer*, Mietrecht 412.

Verbesserungsmaßnahmen, sowie auch geförderten Sanierungsmaßnahmen. Diese beiden Möglichkeiten, die der Vollanwendungsbereich erlaubt, sind einvernehmlich und schriftlich zu treffen. Wie bereits vorhin dargelegt, wird sich ein Mieter seine Unterschrift etwas kosten lassen, zum Beispiel in Form von Modernisierungen, zusätzlichen Nutzungsmöglichkeiten, Vorkaufsrechten oder Ähnlichem.¹⁸

2.3.3 Mindestmietzins nach § 45 MRG

Wie im vorherigen Kapitel dargelegt, wird ein Mieter eines Bestandobjektes nur schwierig dazu zu bewegen sein, sich nachträglich einer Wertsicherungsklausel zu unterwerfen. Aber gerade für Fälle, in denen noch faktisch schwer aufzukündigende Mietverhältnisse vorliegen, die lange Zeit zurückliegen, hat der Gesetzgeber zumindest teilweise Vorsorge getroffen, um auch nachträglich Entgeltanpassungen in diese Mietverhältnisse zu bringen, auch wenn das Ergebnis in den meisten Fällen nicht annähernd in die Nähe einer Markt- oder Richtwertmiete gelangen wird.

Gemäß § 45 MRG gilt im Voll- wie auch im Teilanwendungsbereich, in dem sich die meisten Mietverhältnisse befinden, die ansonsten üblicherweise über Wertsicherungsvereinbarungen verfügen sollten, ein Mindestmietzins, der vom Mieter eingehoben werden darf und welcher gesetzlich wertgesichert ist. Damit der Vermieter vom Mindestmietzins nach § 45 Abs 1 f MRG Gebrauch machen kann, muss es sich um einen vor dem 01.03.1994 abgeschlossenen Hauptmietvertrag im Voll- oder Teilanwendungsbereich nach § 1 Abs 4 MRG handeln. Mietverhältnisse in Wirtschaftsparks nach § 1 Abs 5 MRG sind von dieser Regelung ausgenommen.¹⁹

Die für Vermieter durchaus problematischen Friedenskronenmietzinse wurden vom Gesetzgeber ursprünglich mit Einführung des MRG am 01.01.1982, durch Verankerung eines Erhaltungsbeitrages, versucht zu sanieren. Dieser Erhaltungsbeitrag, der später durch den Mindestmietzins, resp die Wertbeständigkeit des Mietzinses nach § 45 MRG wie es im Gesetz heißt, abgelöst wurde, sah vorerst einen Rückzahlungsanspruch der Mieter im Falle der widmungswidrigen Verwendung binnen 5 Jahren vor. Diese Frist wurde kurz vor Ende der Frist der ersten Mietverhältnisse auf 10 Jahre verlängert und mit dem 3. WÄG für Erhaltungsbeiträge ab 01.03.1994 zur Gänze abgeschafft. Für alte

¹⁸ Kothbauer, Mietrecht 304 und 412.

¹⁹ Ebenfalls Kothbauer, Mietrecht 403.

Erhaltungsbeiträge wurde eine Verwendungserklärung bis Ende 1996 im Gesetz verankert. Schlussendlich soll nun der Mindestmietzins nach § 45 MRG dazu führen, dass Mietverhältnisse aus Friedenskronen-Zeiten zumindest teilweise angepasst werden können und wertgesichert sind.²⁰

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 45 MRG kann nach § 45 Abs 1 MRG für eine Wohnung der Ausstattungskategorie A, sowie für eine Geschäftsräumlichkeit 2,96 € netto pro m² Nutzfläche und Monat, für eine Wohnung der Ausstattungskategorie B 2,12 € netto pro m² Nutzfläche und Monat, für eine Wohnung der Ausstattungskategorie C bzw einer Wohnung der Ausstattungskategorie D in brauchbarem Zustand 1,49 € netto pro m² Nutzfläche und Monat, sowie für eine Wohnung der Ausstattungskategorie D in unbrauchbarem Zustand 1,12 € netto pro m² Nutzfläche und Monat, an den Mieter verrechnet werden.²¹

Die Merkmale der jeweiligen Ausstattungskategorie bestimmen sich auch im Teilanwendungsbereich nach § 15a Abs 1 MRG. Hinsichtlich der Einordnung der Wohnung ist auf die sogenannte Urkategorie abzustellen, sprich den Ausstattungsmerkmalen zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses. Nachträgliche Kategorieanhebungen des Mietgegenstandes werden damit nicht berücksichtigt. Hinsichtlich der Nutzfläche sind ebenfalls die Bestimmungen des § 17 MRG maßgeblich, wobei hier die Nutzfläche zum Zeitpunkt des Erhöhungsbegehrens ausschlaggebend ist.²²

Der sog Mindestmietzins kann nicht eingehoben werden, sollte für das Gebäude, in dem sich die anhebungsbedürftigen Mietverhältnisse befinden, bereits eine Abbruchbewilligung oder ein Abbruchauftrag der Baubehörde vorliegen.²³ Für Geschäftsräumlichkeiten sieht § 45 Abs 2 eine Sonderbestimmung vor. Sollte der angemessene Hauptmietzins nach § 16 Abs 1 und 9 MRG unter 4,47 € netto pro m² Nutzfläche und Monat liegen, so darf auf maximal zwei Drittel des angemessenen Hauptmietzinses nach § 16 Abs 1 und 9 MRG angehoben werden. Bei Geschäftsräumlichkeiten ist man daher in gewissen Fällen mit zwei Dritteln des

²⁰ Prader in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, Gesamtkommentar Wohnrecht Band I § 45 MRG (Stand 01.10.2017, rdb.at) Rz 1 f.

²¹ Siehe zu den aktuellen Werten Kundmachung gemäß § 16 Abs 6 Mietrechtsgesetz BGBl II 2023/170.

²² Siehe Prader in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, GeKo Wohnrecht I § 45 MRG Rz 4 f.

²³ Siehe dazu § 45 Abs 1 vorletzter Satz MRG.

angemessenen Hauptmietzins, der in gewisser Weise auch die Marktmiete widerspiegelt, begrenzt. Das kann vor allem in strukturschwachen Gebieten mit schlechter Vermietbarkeit von Geschäftsräumlichkeiten schlagend werden.

Wird ein Mindestmietzins nach § 45 MRG auch für nur ein Objekt in einer Liegenschaft, die prinzipiell dem Teilanwendungsbereich des MRG nach § 1 Abs 4 Z 1 MRG unterliegt, begehrt, so unterwirft sich der Vermieter damit dem Vollanwendungsbereich des MRG, mit Ausnahme der Mietzinsbestimmungen des MRG nach § 16 Abs 2 – 7 und 10 MRG, sowie des RichtWG. Damit wird auch ein Verfahren nach §§ 18 ff MRG zur Erhöhung der Hauptmietzinse ermöglicht.²⁴ Ob man sich als Vermieter zur Erlangung eines wertbeständigen Hauptmietzinses (beinahe) vollständig dem MRG unterwerfen soll, ist im Einzelfall abzuwägen und zu beurteilen.

Auch wenn diese Möglichkeit die einzige gesetzlich vorgesehene Wertsicherung darstellt, bedarf es zur Geltendmachung trotz alledem eines schriftlichen Anhebungsbegehrens, welches einen Monat vor dem jeweiligen Zinstermin dem Mieter nach § 45 Abs 3 MRG zuzugehen hat. Eine rückwirkende Geltendmachung ist unzulässig.²⁵

Die Unwirksamkeit aufgrund der Anhebung auf den Mindestmietzins bzw Wertbeständigen Mietzins nach § 45 MRG, kann gem § 16 Abs 8 MRG innerhalb der normierten Präklusivfristen im mietrechtlichen Außerstreitverfahren bei Gericht oder bei der Schlichtungsstelle geltend gemacht werden. Als fristauslösend wird der Zeitpunkt der Zustellung des Anhebungsbegehrens beim Mieter maßgeblich sein.²⁶ Die Präklusivfrist zur Geltendmachung der Ansprüche beträgt nach § 16 Abs 8 MRG bei unbefristeten Mietverträgen 3 Jahre, bei befristeten Mietverträgen endet die Präklusivfrist frühestens 6 Monate nach dem Auslaufen des letzten Bestandvertrages, bzw 6 Monate nach Umwandlung des befristeten Vertragsverhältnisses in ein unbefristetes.²⁷

Vergleicht man die Bestimmungen des wertbeständigen Mietzinses mit dem durchschnittlichen Hauptmietzins pro m² in Österreich, der im 2. Quartal 2023 bei 7,00 €

²⁴ Siehe dazu OGH 24.04.1996, 3 Ob 136/95 MietSlg 48.445 sowie *Würth/Zingher/Kovanyi*, Miet- und Wohnrecht²³ § 45 MRG Rz 9 (Stand: 1.4.2015, rdb.at).

²⁵ *Kothbauer*, Mietrecht 404.

²⁶ *Kothbauer*, Mietrecht 407.

²⁷ *Würth/Zingher/Kovanyi*, § 45 MRG Rz 10.

pro m² und Monat gelegen ist, bewegt man sich nicht einmal im Dunstkreis einer Marktmiete. Die Bestimmung wirkt wie ein Tropfen auf dem heißen Stein²⁸. Die genannten Beträge sind allerdings nach § 16 Abs 6 MRG wertgesichert und führen dazu, zumindest teilweise Altmietverträgen und Mietverträgen, die noch zu Zeiten des Friedenskronenmietzinses abgeschlossen wurden, entgegen wirken zu können.²⁹ Nicht außer Acht gelassen werden darf die Tatsache, dass ein frei finanzierter Neubau mit Baubewilligung nach dem 30.06.1953, welcher nach § 1 Abs 4 Z 1 MRG im Teilanwendungsbereich des MRG liegen würde, durch Ausnutzung der Möglichkeiten der Bestimmungen über den Mindestmietzins nach § 45 MRG mit Ausnahme der Preisgestaltungsbestimmungen nach § 16 Abs 2 – 7 und 10 MRG, sowie des RichtWG, in den Vollenwendungsbereich des MRG konvertiert, und zwar mit der gesamten Liegenschaft. Hier gilt es die Vor- und Nachteile des MRG für die jeweilige individuelle Lage und Pläne mit der Liegenschaft sorgfältig abzuwägen, bevor dieser Weg beschritten wird.

2.3.4 Andere Möglichkeiten zur Mietzinsanpassung nach dem MRG

Dass aus Sicht des Vermieters eine Wertbeständigkeit der Mietzinse gewünscht und teilweise sogar notwendig ist, wurde eingehend in Punkt 2.2 dieser Arbeit thematisiert. Im Vollenwendungsbereich des Mietrechts gibt es die Möglichkeit, zumindest auf einen Mindestmietzins, der sich als wertgesichert per Gesetz versteht, anzuheben. Die darin vorgesehenen Beträge sind jedoch je nach Alter, Art und Erhaltungszustand des Gebäudes oft nicht ausreichend, um laufende Kosten der Erhaltung und nachhaltigen Bewirtschaftung der Liegenschaft zu decken. Zwar nicht als solches unter Wertsicherungsvereinbarung zu subsumieren, aber doch Möglichkeiten um den Mietzins im Vollenwendungsbereich anheben zu können, stellen die nachfolgend kurz skizzierten Vorkehrungen des Gesetzgebers im Vollenwendungsbereich des MRG dar.

2.3.4.1 Verfahren nach §§ 18 ff MRG

Zur Finanzierung von größeren notwendigen Erhaltungsarbeiten, sowie teilweise von Sanierungsarbeiten nach § 18b MRG, kann der Vermieter im Vollenwendungsbereich des

²⁸ Statistik Austria, Pressemitteilung: 13 154-182/23 – Mieten im 2. Quartal 2023 erneut gestiegen, statistik.at (Stand 25.09.2023).

²⁹ Siehe neben § 45 Abs 1 S 2 MRG auch Kothbauer, Mietrecht 404.

MRG eine zeitlich befristete Erhöhung des Hauptmietzinses bei Gericht bzw der Schlichtungsstelle beantragen, soweit diese Kosten aus den vergangenen Überschüssen der Hauptmietzinsabrechnung der letzten 10 Jahre nicht gedeckt sind, und darüber hinaus die im jeweiligen Verteilungszeitraum zu erwarteten Hauptmietzins-Einnahmen durch diese Kosten ebenfalls überschritten werden.³⁰ Eine zuvor durchgeführte Anhebung auf den sog Mindestmietzins nach § 45 MRG schließt ein darauffolgendes Verfahren nach §§ 18 ff MRG nicht aus. Vielmehr wird damit auch für Liegenschaften, welche sich ursprünglich im Teilanwendungsbereich nach § 1 Abs 4 Z 1 MRG³¹ befunden haben, eine weitere Möglichkeit eröffnet, die Mietzinse zu erhöhen. Wohlbemerkt ist ein solches Verfahren jedoch mit einem Investitionsbedarf des Vermieters verbunden.³²

2.3.4.2 Abtretungen und Mietrechte im Todesfall

Bei Wohnungsmietverträgen im Vollanwendungsbereich eröffnen sich für Mieter gewisse Konstellationen, wonach das Mietverhältnis als solches gesetzlich abgetreten werden kann oder bestimmte Personengruppen nach Tod des Hauptmieters in dessen Mietvertrag eintreten können. Sollte es sich bei der Abtretung, oder auch beim Eintritt im Todesfall um Personen handeln, die gem § 46 Abs 1 MRG nicht als privilegiert gelten, so kann bei einem vor dem 01.03.1994 abgeschlossenen Hauptmietvertrag der Hauptmietzins gemäß § 46 Abs 2 MRG angehoben werden. Die Erhöhung richtet sich nach § 16 Abs 2 bis 6 MRG hinsichtlich des zulässigen Ausmaßes, ist jedoch mit dem Kategoriebetrag für eine Wohnung der Ausstattungskategorie A von derzeit 4,47 EUR netto pro m² und Monat begrenzt. Dieser Mietzins, welcher sich aufgrund der gesetzlichen Vorkehrungen und eines entsprechenden Anhebungsbegehrens ergibt, ist wiederum nach § 16 Abs 6 MRG valorisiert.³³ Die Regelungen dazu finden sich in § 12 MRG bzw § 14 MRG iVm § 46 MRG – um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, wird lediglich auf die Eckpunkte dieser Möglichkeit eingegangen.

³⁰ Götschl/Schinnagl in Rainer, Handbuch des Miet- und Wohnrechts Kap 3.7.7 (Stand 01.10.2017, rdb.at) sowie Kothbauer, Mietrecht 413.

³¹ Dabei handelt es sich um den sog „frei finanzierten“, also ohne Inanspruchnahme von Förderungsmitteln errichteten, Neubau mit Baubewilligung nach dem 01.07.1953.

³² Kothbauer, Mietrecht 407.

³³ Kothbauer, Mietrecht 413.

2.3.4.3 Unternehmensübergang

Bei Mietverhältnissen für Geschäftsräume gibt es ähnliche Regelungen wie für Wohnungsmietverträge. Tritt eine Veränderung in der Person des Mieters hervor, wie beispielsweise eine Verpachtung, Veräußerung des Unternehmens, eine Fortführung des Unternehmens nach dem Tod des Hauptmieters oder ein Machtwechsel in der Mietergesellschaft, so kann ab dem Zeitpunkt dieser Änderung grundsätzlich ein angemessener Hauptmietzins unter Berücksichtigung der Branche des Unternehmens verlangt werden. Die Branchenbegünstigung geht verloren, sobald sich der Unternehmensgegenstand ändert.³⁴ Die Regelungen dazu finden sich in § 12a MRG iVm § 46a MRG – um den Rahmen dieser Arbeit nicht zu sprengen, wird auch hier lediglich in Grundzügen auf diese Möglichkeit eingegangen.

³⁴ Siehe zum Beispiel *Götschl/Schinnagl* in *Rainer*, Miet- und Wohnrecht Kap 3.5.4.

3 Anforderungen an Wertsicherungsvereinbarungen

Welche sich ergebenden Anforderungen aus den jeweiligen gesetzlichen Grundlagen und der Judikatur an eine rechtswirksam vereinbarte Wertsicherungsvereinbarung gestellt werden, wird nachfolgend dargestellt. Die derzeit vielfach diskutierten Entscheidungen OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t, sowie OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h, werden später in dieser Arbeit noch detaillierter dargestellt und analysiert³⁵.

3.1 Schriftlichkeit

Das Gesetz sieht für (unbefristete) Mietverträge kein besonderes Formerfordernis vor, damit gilt auch für die Vereinbarung einer Wertsicherungsklausel grundsätzlich Formfreiheit. Aus Beweisgründen und vor dem Hintergrund der verschiedensten Anforderungen, die sich an eine Wertsicherungsvereinbarung stellen, empfiehlt sich jedenfalls eine solche schriftlich zu treffen.³⁶

3.2 Mietverträge als Vertragsformblätter – AGB-Kontrolle

Der österreichische Mietmarkt ist stark geprägt von einseitig vorformulierten Miet- und Pachtverträgen, die im Regelfall vom Bestandgeber den jeweiligen Bestandnehmern vorgelegt werden, mit wenig Spielraum für etwaige Verhandlungen der einzelnen Punkte. Dies ergibt sich einerseits aus gängiger Praxis, andererseits auch dadurch, dass es Immobilienreuhändern gem § 117 Abs 6 GewO 1994 nur gestattet ist, Verträge zu errichten, wenn sich die Vertragserrichtungstätigkeit auf das Ausfüllen von formularmäßig vorbereiteten Dokumenten beschränkt.

Im Lichte der gängigen Praxis und den gesetzlichen Befugnissen von Immobilienreuhändern, die wohl den Großteil der neu abzuschließenden Mietverträge veranlassen, lassen sich Mietverträge bzw die einzelnen Klauseln von Mietverträgen als Vertragsformblätter, bzw AGB verstehen.

Unter AGB bzw Vertragsformblättern werden eine Vielzahl von vorformulierten Klauseln und Bedingungen für Verträge verstanden, die der Verwender der Klausel, in

³⁵ Siehe dazu Punkt 4 dieser Arbeit.

³⁶ *Kothbauer*, Mietrecht 391.

diesem Fall meist der Vermieter, der anderen Vertragspartei stellt und die nicht im einzelnen ausverhandelt wurden.³⁷ Ob sich die Vertragsbedingungen, die als AGB aufgrund des vorhin skizzierten allgemeinen Grundsatzes gelten, im Mietvertrag selbst oder in einer anderen Urkunde wieder finden, ist unerheblich, solange die gesondert festgeschriebenen AGB rechtswirksam in das Vertragsverhältnis eingebunden wurden.³⁸ Die Tatsache, dass über einzelne Punkte im Einzelnen verhandelt wurde, entzieht nur diese verhandelten Klauseln einer weiteren AGB-Kontrolle, alle anderen vorformulierten und von einer Vertragspartei vorgeschriebenen Klauseln gelten weiterhin als AGB, bzw Vertragsformblatt iSd ABGB.³⁹

Die AGB-Kontrolle stellt nicht (ausschließlich) auf ein Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis ab, wie es im Bereich des KSchG der Fall ist. Ausschlaggebend ist lediglich, dass eine Vertragspartei der anderen vorformulierte Vertragsbedingungen vorschreibt, und über diese nicht im Einzelnen verhandelt wird. Eine AGB-Kontrolle kann daher auch zwischen Unternehmern oder zwischen Privaten schlagend werden.

Auch Wertsicherungsvereinbarungen sind im Regelfall vorformuliert und standardmäßig in Mietverträgen enthalten. Demnach müssen auch Wertsicherungsvereinbarungen eine Reihe von Prüfschritten durchlaufen und Anforderungen erfüllen, um der zivilrechtlichen AGB-Kontrolle Stand zu halten.

3.2.1 Einbeziehungskontrolle

Ob die verwendeten Klauseln, in diesem Fall die bedungene Wertsicherungsabrede, Vertragsbestandteil wurde und wirksam in das Mietverhältnis einbezogen worden ist, ist oft sehr einfach festzustellen. Im Regelfall gibt es einen Mietvertrag, in dem alle wesentlichen Vertragspunkte abgebildet werden und keine separaten AGB's. Sollten vorformulierte Bedingungen doch in einer anderen Urkunde festgeschrieben sein, bedarf es einer ausdrücklichen Einbeziehung dieser Bedingungen, sowie der Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB durch die andere Vertragspartei. Ein deutlicher Hinweis auf die AGB durch den Verwender derselben und ein vorbehaltloser Vertragsabschluss wird im

³⁷ RIS-Justiz RS0123499.

³⁸ Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ § 864a ABGB (Stand 1.7.2022, rdb.at).

³⁹ Kothbauer, Mietrecht 391.

Regelfall ebenfalls ausreichend sein, sofern auch hier die Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben ist.⁴⁰

3.2.2 Geltungskontrolle

Die Geltungskontrolle nach § 864a ABGB prüft in einem nächsten Schritt, ob es sich für den anderen Vertragspartner⁴¹ um nachteilige Vertragsbedingungen ungewöhnlichen Inhalts handelt, mit denen nach den Umständen, und vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen war. Sollte vom Verwender der AGB nicht auf diese vorhin bezeichneten Klauseln hingewiesen worden sein, so werden diese Klauseln nicht Vertragsbestandteil. Die Geltungskontrolle geht der Inhaltskontrolle (siehe dazu Punkt 3.2.3) vor und ist auch auf Hauptleistungspflichten anzuwenden. Gelangt man im Rahmen der Geltungskontrolle zum Ergebnis, dass mit einer nachteiligen Vertragsbedingung aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes der Urkunde nicht zu rechnen war, so gilt der Vertrag ohne diese Klausel als abgeschlossen.⁴²

Die Klausel muss eine Art Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekt hervorrufen, vielmehr kommt es auch auf die Einordnung der Klausel im Gesamtgefüge des Vertragswerkes an. Vermag die Verwendung derartiger Klauseln in einer Branche weit verbreitet sein, ist dies noch kein Maßstab dafür, dass diese im redlichen Verkehr als üblich anzusehen sind. Ein Überraschungseffekt der Klausel wird auch dadurch hervorgerufen, dass ein sorgfältiger Leser, der eine solche Klausel zwar erwartet, sie aber nicht dort findet, wo man sie finden müsste.⁴³

Die Geltungskontrolle umfasst damit einerseits Klauseln, die objektiv ungewöhnlich sind, weil diese im redlichen Geschäftsverkehr als unüblich gelten, andererseits aber nach Rsp des OGH auch solche Klauseln, die den Vertragspartner überraschen, weil er unter Umständen mit einer derartigen Vertragsbedingung nicht rechnen musste, oder sie aufgrund unpräziser Platzierung im Vertragswerk als unpassend und überraschend gelten.

⁴⁰ *Riss/Fidler in Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts Kap 2.2.2.2 (Stand 01.05.2015, rdb.at).

⁴¹ Damit ist der sich unter AGB unterwerfende Vertragspartner gemeint, im Regelfall der Mieter.

⁴² OGH 17.12.2008 6 Ob 241/07w.

⁴³ RIS-Justiz RS0014646.

Nachteiligkeit ist anzunehmen, sofern vom dispositiven Recht zu Lasten der anderen Vertragspartei, im Regelfall des Mieters, abgewichen wird.⁴⁴

Im Zusammenhang mit Wertsicherungsvereinbarungen wird wohl die Kombination aus Nachteileiligkeit und Überraschungseffekt zu den häufigsten Problemen im Rahmen der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB führen. Von Gesetzes wegen gibt es, wie unter Punkt 2.3.1 erläutert, prinzipiell keine gesetzlich vorgesehene Wertsicherung, weshalb im Grunde von einer Nachteileiligkeit ausgegangen werden kann. Problematisch wird eine Wertsicherungsvereinbarung, wenn diese überraschend für den Vertragspartner in die Urkunde eingebunden wird. Eine Vereinbarung über die Wertbeständigkeit des Mietzinses unter dem Punkt Mietzins, oder unter einem separaten Punkt Wertsicherung ist unbedenklich. Finden sich die Regelungen über die Valorisierung der Miete aber beispielsweise unter Sonstiges, Allfälliges oder gar unter Instandhaltung oder Rückgabe, so wird davon auszugehen sein, dass der durchschnittliche Vertragspartner nicht mit dieser Klausel rechnen musste, und die Wertsicherungsabrede nach der Geltungskontrolle gem § 864a ABGB nicht Vertragsinhalt geworden ist.

Interessanterweise wurde auch betreffend eines in der Vergangenheit liegenden Indexausgangswertes im Rahmen der Geltungskontrolle seitens des OGH eine für Vermieter nachteilige Entscheidung getroffen. Es sei damit eine versteckte Preiserhöhung verbunden und es handle sich damit um eine ungewöhnliche Klausel iSd § 864a ABGB, da aufgrund der Überschrift „Wertsicherung“ der durchschnittliche Kunde nicht damit rechnen musste, dass ein Vertrag geschlossen werde, der bereits eine hohe Wertsicherung realisiert habe, die gem den Bestimmungen des Vertrages zeitnah geltend gemacht wird.⁴⁵ Diese Entscheidung ist iZm Wärmelieferverträgen ergangen, die auch jetzt noch mit ähnlichen rückwirkenden Indexausgangsbasen abgeschlossen werden.

Diese Entscheidung lässt sich natürlich auch auf Mietverträge umlegen, bei denen eine Indexausgangsbasis in der Vergangenheit gewählt wurde, um möglichst bald vom Anpassungsrecht aufgrund der getroffenen Wertsicherungsvereinbarung Gebrauch machen zu können. Richtwert-Wertsicherungsklauseln, die vor Veröffentlichung der Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h zum Großteil entsprechend dem

⁴⁴ Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 864a Rz 39 ff (Stand 1.8.2019, rdb.at).

⁴⁵ OGH 30.08.2011 10 Ob 50/11t.

gesetzlichen Valorisierungsmodus abgeschlossen wurden, sind bislang noch nicht vor dem Hintergrund der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB auf den Prüfstand gestellt worden.

Auch wenn ein Mietverhältnis am Tag der Veröffentlichung der neuen Richtwerte gem § 5 RichtWG abgeschlossen wurde, und dabei die Wertsicherungsabrede derart gestaltet worden ist, dass sich die Miete im Ausmaß der nächsten Richtwertänderung anpasst, so ist es bereits am ersten Tag der Veröffentlichung der Richtwerte zu einer Erhöhung des dahinterstehenden Wertsicherungsindex gekommen, da die Richtwerte auf den Jahresdurchschnittswerten des Vorjahres gem § 5 Abs 2 RichtWG beruhen. Damit wäre auch in diesem Fall eine ungewöhnliche Klausel nach § 864a ABGB verwirklicht – zwar ist die Wertsicherungsabrede vielleicht eindeutig in das Vertragswerk eingepasst, es schlummert darin jedoch eine versteckte Indexerhöhung, die bereits zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses realisiert ist, jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt schlagend wird.

Dass derartige Klauseln nicht bereits früher vor der Geltungskontrolle angefochten wurden, mag womöglich am gesetzlichen Charakter des Valorisierungsmodus nach § 5 Abs 2 RichtWG liegen. Die jüngste Entscheidung zu Richtwert-Wertsicherungsvereinbarungen⁴⁶ hat genau diese Problematik aufgefasst, jedoch wurde hier seitens des OGH eine gröbliche Benachteiligung gem § 879 Abs 3 ABGB⁴⁷ erblickt. Vor dem Hintergrund der Entscheidung OGH 30.08.2011 10 Ob 50/11t müsse es nach Ansicht des Autors jedoch bereits an der Geltungskontrolle scheitern, folgt man der Argumentation des OGH.

3.2.3 Inhaltskontrolle

Gem § 879 Abs 3 ABGB ist eine in Vertragsformblättern oder allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Klausel, die keine Hauptleistungspflicht festlegt, jedenfalls nichtig, wenn Sie unter Berücksichtigung aller Umstände in einer Gesamtbetrachtung einen Teil gröblich benachteiligt.

⁴⁶ Siehe dazu OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h.

⁴⁷ Siehe dazu Punkt 3.2.3 dieser Arbeit.

Die gröbliche Benachteiligung stellt im Zusammenhang mit der Kontrolle von Vertragsformblätter die letzte Stufe der AGB-Prüfung dar. Im Rahmen der Inhaltskontrolle können, anders als bei der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB, keine Hauptleistungspflichten überprüft werden. Die Festlegung des Mietzinses im Vertragswerk umfasst grundsätzlich eine Hauptleistungspflicht, die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflichten ist jedoch eng zu ziehen, weshalb Preisanpassungsklauseln nicht mehr der Hauptleistungspflicht als solche zuzurechnen sind, und grds der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB unterliegen.⁴⁸

Durch die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB wurde am 01.10.1979⁴⁹ ein bewegliches System geschaffen, welches die verdünnte Willensfreiheit eines Vertragspartners kompensieren soll, sofern es zu einer gröblichen Benachteiligung desselben kommt. Eine gröbliche Benachteiligung liegt dann vor, wenn eine Abweichung vom dispositiven Gesetz unangemessen ist, und für die Abweichung keine sachliche Rechtfertigung gegeben ist. Eine gröbliche Benachteiligung ist ebenfalls dann anzunehmen, wenn die vom Vertrag konstituierte Rechtsposition im auffallenden Missverhältnis zur Rechtsposition des anderen steht.⁵⁰ Es ist jedoch die Gesamtvertragslage in die Prüfung miteinzubeziehen⁵¹, damit auch inwiefern die Willensfreiheit des Benachteiligten tatsächlich als verdünnt anzusehen ist.⁵²

Im Rahmen des ABGB herrscht grds Vertragsfreiheit, in Hinblick auf die Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB jedoch, die ebenso wie die anderen AGB-Prüfmechanismen auch außerhalb des KSchG zur Anwendung gelangen, gilt diese nur eingeschränkt. Das Verschieben oder gar Abbedingen von Rechtspositionen und Möglichkeiten vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit ist kritisch zu betrachten, da ein solches Abweichen vom

⁴⁸ Sieh dazu im Zusammenhang mit Zinsanpassungsklauseln bspw OGH 13.10.2009 5 Ob 138/09v.

⁴⁹ Siehe näher zur historischen Entwicklung *Kothbauer*, Mietrecht 76.

⁵⁰ RIS-Justiz RS0016914.

⁵¹ *Riss/Fidler* in *Rainer*, Miet- und WohnR Kap 2.2.2.4.

⁵² Es sind natürlich auch Vertragsverhältnisse denkbar, in denen der im Rahmen der Prüfung „Benachteiligte“ die bessere Verhandlungsposition hätte, siehe dazu treffende Bemerkung RIS-Justiz RS0016914 (T 10).

dispositiven Recht ohne sachliche Rechtfertigung schnell zur gröblichen Benachteiligung des Vertragspartners und damit zur Unwirksamkeit der jeweiligen Klausel werden kann.⁵³

Ähnlich den Ausführungen zur Geltungskontrolle könnte auch hier die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht zu einer Abweichung vom dispositiven Recht komme, wenn sich der Mietzins aufgrund von Wertsicherungsklauseln ändern kann. In diesem Zusammenhang kann eine sachliche Rechtfertigung durch das legitime Bedürfnis des Vermieters, den Hauptmietzins gegen die voranschreitende Geldentwertung zu sichern, als Argument angeführt werden, welches jüngst auch vor dem OGH standgehalten hat. Das Argument, dass mit fortschreitender Mietdauer auch eine Verwohnung des Bestandobjektes verbunden sei, welche den Vermieter noch zu keiner laufenden Modernisierung aufgrund der gesetzlichen Lage verpflichtet, überzeugte nicht, um die sachliche Rechtfertigung des Bedürfnisses des Vermieters zur Wertsicherung der Mietzinse zu verneinen. Vielmehr kann eine Verwohnung im gewöhnlichen Ausmaß auch dem Mieter nicht zur Last gelegt werden, sodass dem Vermieter im Wiedervermietungsfall gerade dann Kosten der Modernisierung und Instandhaltung treffen, um eine nachhaltige Wiedervermietung gewährleisten zu können.⁵⁴

Die Rsp hat in Vergangenheit mehrmals entschieden, dass die Vereinbarung einer Wertsicherungsabrede grds zulässig ist, nur ein sich aus einer Wertsicherungsabrede ergebender Betrag allenfalls unzulässig sein könnte.⁵⁵

In der jüngsten Entscheidung des OGH⁵⁶ iVm Wertsicherungsvereinbarungen von Richtwertmietverträgen wurde entschieden, dass die bisher in Mustermietverträgen enthaltene Klausel, dass der aktuelle Richtwert die Ausgangsbasis für die Indexierung darstelle, einer sachlichen Rechtfertigung entbehre. Dem Mieter treffe in jedem Fall, nachdem die Richtwerte im April veröffentlicht werden, und dem neu zu verlautbarenden Wert der Jahresdurchschnittswert des VPI 2010 des Vorjahres zugrunde liege, bereits ein

⁵³ Kothbauer, Mietrecht 78.

⁵⁴ OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f.

⁵⁵ Siehe dazu RIS-Justiz RS0069701 bzw RIS-Justiz RS0069544.

⁵⁶ OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h.

Anstieg der Indexveränderung im Bereich zwischen dem Jahresdurchschnittswert, der dem Index zugrunde liege, und dem Indexwert des Monats des Vertragsabschlusses.⁵⁷

Folgt man der Argumentation der Unsachlichkeit, kommt man freilich zum selben Entschluss, dass es nicht vertretbar wäre, einem Mieter eine Indexsteigerung aufzubürden, die vor seinem Mietbeginn bereits entstanden ist. Dem Vermieter eine Preiserhöhung im Falle der Erhöhung der Richtwerte für einen Zeitraum zu gewähren, in dem der neue Mieter das Mietobjekt noch nicht gemietet hat, ist auch nach Ansicht des Autors dieser Arbeit sachlich nicht zu rechtfertigen. Die österreichische Immobilienwirtschaft hat dieses Problem bis zur Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h allerdings nicht erkannt. Gegen den Anstieg des Preisniveaus für diesen Raum hätte der Vermieter anderweitig Vorkehrungen treffen müssen.

Vergessen werden darf hierbei jedoch nicht, dass sich der Großteil der Wertsicherungsvereinbarungen iVm Richtwertmietzinsen in der Praxis am gesetzlichen Modell der Wertsicherung der Richtwerte nach § 5 RichtWG orientiert hat, die eben in besagter Entscheidung in Frage gestellt werden. Insofern kommt die Frage auf, inwieweit das Vorliegen des Abweichens vom (in diesem Fall nicht dispositiven) Gesetz gegeben ist. Der Mietzins für eine Wohnung darf nicht durch eine Wertsicherungsvereinbarung über den jeweiligen geltenden Richtwert unter Berücksichtigung von Zu- und Abschlägen liegen. Dies kann eben dadurch erreicht werden, dass als Indexausgangsbasis der Richtwert herangezogen wird, analog dem gesetzlichen Modell des Richtwertes. Der Überlegung, dass in Anlehnung an ein gesetzliches Modell dieses auch für die vertragliche Abbildung herangezogen wird, zu einer gewissen Rechtssicherheit der Anwender führen sollte, müsste in Hinblick auf die Frage, ob ein Abweichen von der gesetzlichen Ausgangslage vorliegt, müsste für die Frage der gröblichen Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB Beachtung geschenkt werden.

3.3 KSchG

Neben den Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts finden sich auch im Bereich des Konsumentenschutzgesetzes Regelungen, die die Ausgestaltung von Wertsicherungsvereinbarungen betreffen. § 6 KSchG konkretisiert im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis Vertragsbestandteile, die je nach Art der Vereinbarung,

⁵⁷ Siehe dazu bspw *Leupold/Gelbmann*, Unzulässige Mietvertragsklauseln, VbR 2023, 110 (110).

jedenfalls unzulässig sind. Bevor jedoch auf die relevanten Bestimmungen des KSchG näher eingegangen werden kann, muss der Anwendungsbereich des KSchG kurz erläutert werden.

3.3.1 Anwendungsbereich

§ 1 Abs 1 KSchG regelt allgemein, dass bei Rechtsgeschäften zwischen Personen, für die das abzuschließende Geschäft, in unserem Fall der Mietvertrag mit Wertsicherungsabrede, einerseits zum Betrieb seines Unternehmens gehört (Unternehmer) und andererseits dies für die andere Person nicht zutrifft (Verbraucher), die Bestimmungen des 1. Hauptstückes des KSchG zur Anwendung gelangen.

3.3.1.1 Unternehmen

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist ein Unternehmen jede auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Einheit, auch wenn diese nicht auf Gewinn ausgerichtet sei.⁵⁸

Das KSchG kennt eine sehr abstrakte Definition des Unternehmens. Ein Unternehmen oder ein Unternehmer wird als eine Organisation angesehen, wobei hier die Elemente der Langfristigkeit bzw. der Dauerhaftigkeit und Selbstständigkeit maßgeblich sind. Zudem muss für den Unternehmerbegriff nach dem KSchG eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit vorliegen. Darunter wird wirtschaftliches Handeln, die Erbringung oder der Kauf von Waren und Dienstleistungen verstanden, auch wenn nicht zwingend eine Gewinnerzielungsabsicht dahintersteht. Insofern kann hinter einer Unternehmung iSd KSchG eine gewerbliche, freiberufliche, land- oder forstwirtschaftliche Tätigkeit verstanden werden.⁵⁹

Die einzige Liegenschaft eines Eigentümers, welche dieser vollvermietet übernommen hat und wenig Probleme und Aufwand in der laufenden Betreuung bereitet, wird schwierig die Voraussetzungen des § 1 Abs 2 KSchG für die Bejahung der Unternehmerstellung erfüllen. Nach der Judikatur gibt es jedoch einige Anhaltspunkte, wonach der Vermieter als Unternehmer iSd KSchG gelten kann. Die Beschäftigung von Personen wie zB Hausbesorgern, oder auch das Vorliegen von mehreren, dauerhafter

⁵⁸ Siehe dazu § 1 Abs 2 KSchG.

⁵⁹ *Krejci in Rummel ABGB*³ § 1 KSchG Rz 14 ff (Stand 1.1.2002, rdb.at).

Vertragspartner mit denen unter Umständen auch langfristige Vertragsbindungen bestehen, wie beispielsweise Reinigungsfirmen, Winterdienst, Hausverwaltung, Makler, etc., sprechen für das Vorliegen der Unternehmerstellung. Ab ungefähr fünf Bestandgegenständen spricht die Rechtsprechung beim Vermieter von einem Unternehmer.⁶⁰ Juristische Personen des Privatrechts können, anders als juristische Personen des öffentlichen Rechts⁶¹, im Rahmen des KSchG auch als Verbraucher angesehen werden, nämlich dann, wenn nicht wirtschaftliche Tätigkeiten ausgeführt werden. Es gelten damit auch für Vermieter im Rechtskleid einer juristischen Person des Privatrechts die Voraussetzungen wie oben skizziert.⁶² Im Fall einer Immobiliengesellschaft, welche als GmbH & Co KG organisiert war, wurde die Unternehmenseigenschaft nach dem KSchG bereits aus dem Umstand bejaht, dass eine Kapitalgesellschaft gegründet wurde, damit diese die Komplementärstellung in der Personengesellschaft übernehmen kann.⁶³

Es sind hierbei jedoch die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, wie vom OGH in seinen Entscheidungen immer wieder erwähnt.⁶⁴ So kann die Vermietung von zwei Einzelobjekten im Rahmen des AirBNB-Konzeptes wesentlich mehr Organisations- und Verwaltungsaufwand mit sich bringen, als die langfristige Vermietung von vier oder fünf Bestandseinheiten. Auch die Vermietung eines einzelnen, großen Bestandsobjektes zu gewerblichen Zwecken, kann mit den darin verbauten technischen Einrichtungen wie bspw Brandmeldeanlage, Belüftungsanlage, Drucksteigerungsanlage etc dazu führen, dass aufgrund des Verwaltungsaufwandes, der sich aus den Wartungs-, Überprüfungs- und sonstigen dem Mieter gegenüber übernommenen Verpflichtungen⁶⁵, eine Unternehmerstellung des Vermieters ergeben, nachdem es eine Vielzahl von Vertragspartner gibt, mit denen laufende und womöglich langfristige Verträge abgeschlossen werden. Umgekehrt würde nach Ansicht des Autors dieser Arbeit die

⁶⁰ OGH 28.4.2022 7 Ob 19/22b VbR 2022/78.

⁶¹ Siehe dazu § 1 Abs 2 letzter Satz KSchG.

⁶² *Krejci* in *Rummel* ABGB³ § 1 KSchG Rz 13.

⁶³ OGH 16.02.2012 6 Ob 203/11p. Allerdings wurde die Unternehmerstellung in OGH 28.08.2013 6 Ob 112/13h vom OGH wiederum verneint.

⁶⁴ Siehe zB RIS-Justiz RS0065317.

⁶⁵ Wie zB Verpflichtung zur Übernahme von Winter- und Sommerdienst, Organisation der Elektroüberprüfungen etc.

Unternehmerstellung zB bei sieben vermieteten Garagenabstellplätzen noch nicht anzunehmen sein, da sich der Verwaltungs- und vor allem Abrechnungsaufwand in Grenzen hält, Wiedervermietungen oft schnell mit einfachen Mietvertragsmustern abgehandelt werden und womöglich wenig Mieterwechsel vonstattengehen.

Nicht jeder private Vermieter resp Vermieter in Form einer juristischen Person des privaten Rechts ist aufgrund seiner Vermietungstätigkeit automatisch Unternehmer iSd § 1 Abs 2 KSchG. Es kommt auf den Organisationsaufwand, auf Personen und Erfüllungsgehilfen an, die bei der (Eigen-)Verwaltung der Liegenschaft miteingebunden sind, und nicht zuletzt auf die Anzahl der vermieteten Bestandsobjekte. Bei bis zu fünf Einheiten wird im Regelfall noch die Stellung des Vermieters als Verbraucher anzunehmen sein, ab dem sechsten Bestandsobjekt regelmäßig die Unternehmereigenschaft.

3.3.1.2 Verbraucher

Verbraucher nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ist derjenige, auf den die Kriterien des Unternehmers gerade nicht zu treffen. Das Gesetz sieht daher eine negative Definition des Verbrauchers vor, eine Restmenge die verbleibt, nachdem der Unternehmer als solcher definiert ist.

Verbraucher ist daher, wer kein Unternehmer ist. Ein Unternehmer ist jedoch, wenn es sich um ein Geschäft handelt, welches nicht zu seinem Unternehmen zuzuordnen ist, ebenfalls als Verbraucher anzusehen.⁶⁶ Zur Möglichkeit, dass auch juristische Personen des privaten Rechts als Verbraucher gelten können, siehe bereits Punkt 3.3.1.1 dieser Arbeit.

Die Frage, inwiefern dem Mieter Verbraucherstellung zukommt, kann im Regelfall relativ einfach beantwortet werden. Bei Betrachtung des klassischen Wohnungsmietvertrages ist zumindest die Stellung des Mieters als Verbraucher klar.

Handelt es sich beim zu beurteilenden Mietgegenstand um ein Bestandsobjekt, welches im Rahmen eines Betriebes eines Unternehmers genutzt werden soll, so ist auch die Stellung des Mieters als Unternehmer unstrittig. Nicht allzu selten kommt es jedoch vor, dass die

⁶⁶ Detailliertere Ausführungen zur Verbrauchereigenschaften sind bspw *Krejci* in *Rummel* ABGB³ § 1 KSchG Rz 4 zu entnehmen.

Anmietung eines Geschäftslokals einen der ersten Schritte in die Selbstständigkeit des baldigen Unternehmers darstellt. Für diese Fälle findet sich in § 1 Abs 3 KSchG die Regelung, dass Geschäfte von natürlichen Personen vor Aufnahme des Betriebes deren Unternehmens, gerade noch nicht zum Betrieb des Unternehmens zugerechnet werden, und die natürliche Person in diesem Fall als Verbraucher gilt.

Ein häufiger Anwendungsfall ist dabei naturgemäß die Anmietung eines Bestandobjektes zur Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit. Wird das Bestandobjekt von einer natürlichen Person⁶⁷ vor Aufnahme des Geschäftsbetriebes angemietet, so kontrahiert der Vermieter vor dem Hintergrund des § 1 Abs 3 KSchG in diesem Fall rechtlich noch mit einem Verbraucher. Auch ein Unternehmer, der einen Betrieb in einer für sein Unternehmen bisher fremden Branche gründet, kann in den Genuss der konsumentenschutzrechtlichen Privilligierung für Gründungsgeschäfte kommen. Die Verbraucherstellung bleibt solange erhalten, bis zwischen den Parteien des Dauerschuldverhältnisses etwas anderes vereinbart wurde. Ein neuer Abschluss eines Mietvertrages nach Ablauf der vorgesehenen Befristung, wird die Verbraucherstellung damit auflösen.⁶⁸

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Verbraucher ist, wer kein Unternehmer ist. Unternehmer gelten bei Geschäften, die den Betrieb nicht betreffen, ebenfalls als Verbraucher. Angehende Unternehmer kommen unter Umständen in den Genuss einer Privilligierung, wonach diese fiktiv als Verbraucher angesehen werden.

3.3.2 Relevante Bestimmungen des KSchG

Sollte festgestellt werden, dass es sich im konkreten Einzelfall einerseits um einen Unternehmer, andererseits um einen Verbraucher handelt, so sind die Regelungen des KSchG zur Anwendung zu bringen. § 6 KSchG bildet einen Katalog unzulässiger Vertragsbestandteile ab, die es bei Wertsicherungsvereinbarungen zu beachten gilt.

Die Bestimmungen des § 6 KSchG lassen sich dabei als Konkretisierung des § 879 ABGB verstehen, wonach die Vertragsbestandteile vor dem Hintergrund des § 879 ABGB im

⁶⁷ Von § 1 Abs 3 KSchG sind hierbei juristische Personen des Privatrechts aufgrund des Wortlautes der Bestimmung ausgenommen, es geht ausdrücklich um „Einzelunternehmer“.

⁶⁸ Siehe dazu bspw *Krejci* in *Rummel* ABGB³ § 1 KSchG Rz 52 ff oder *Würth/Zingher/Kovanyi*, § 1 KSchG Rz 2.

Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis jedenfalls unzulässig sind, wenn diese in § 6 Abs 1 Z 1 KSchG genannt werden, bzw dann unzulässig sind, wenn diese in § 6 Abs 2 KSchG aufgezählt sind und vom Unternehmer nicht bewiesen werden kann, dass diese im einzelnen ausverhandelt wurden. Klauseln, die womöglich zwar einer Inhaltskontrolle nach § 879 ABGB standhalten, sind vor dem Hintergrund des § 6 KSchG unzulässig, bzw unzulässig, wenn diese nicht im Einzelnen ausverhandelt wurden.⁶⁹

Nachfolgend werden die relevanten Bestimmungen des § 6 KSchG iZm Wertsicherungsvereinbarungen näher beleuchtet.

3.3.2.1 § 6 Abs 1 Z 5 KSchG

§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG normiert, dass jene Klauseln im Anwendungsbereich des KSchG jedenfalls unzulässig sein sollen, die dem Unternehmer ein höheres, als das vertraglich vereinbarte Entgelt zusichern, es sei denn, dass bei Vorliegen der vertraglich vereinbarten Voraussetzungen einer Entgeltänderung auch eine Entgeltsenkung möglich ist, die Umstände für eine Entgeltänderung im Vertrag umschrieben sind, diese sachlich gerechtfertigt sind, und der Eintritt der Umstände, die eine Entgeltänderung zulassen, nicht vom Willen des Unternehmers abhängig sind.

Diese Bestimmung des KSchG nennt damit einige, kummulative Voraussetzungen, die es vor dem mietrechtlichen Hintergrund iZm Wertsicherungsvereinbarungen zu klären gilt.

Es bedarf nach dem Wortlaut einer vertraglichen Abrede über eine Entgeltänderungsbestimmung. Es gilt wie vorhin beschrieben natürlich der Grundsatz „pacta sunt servanda“, wonach eine Entgeltänderung nur mit entsprechender vertraglicher Basis zulässig ist. Dass nachträgliche Entgeltänderungen nur unter den bezeichneten Voraussetzungen zulässig sind, wird damit begründet, dass der Verbraucher einem erheblichen Risiko ausgesetzt werden würde, sollte der Unternehmer vom ursprünglichen Leistungs-Gegenleistungs-Verhältnis nur vor dem Hintergrund allgemeiner zivilrechtlicher Grenzen mehr oder weniger frei abweichen können. Überdies würden

⁶⁹ Kronthaler in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, Gesamtkommentar Wohnrecht Band II § 6 KSchG Rz 70 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

Preisvergleiche und Überlegungen des Verbrauchers, die dieser vor Vertragsabschluss angestellt hat, zunichte gemacht werden.⁷⁰

Auch wenn bereits die Materialien⁷¹ zum § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ein Bedürfnis in der Anpassung des Entgelts bei langfristigen Dauerschuldverhältnissen seitens der Unternehmer erkennen, wurde dies auch erst jüngst von der Rechtsprechung neuerlich bestätigt. Der Versuch einer konsumentennahen Interessensvertrattung, Wertsicherungsklauseln im Allgemeinen in Frage zu stellen, ist gescheitert.⁷²

Weiters ist vorgesehen, dass die zu prüfende Entgeltänderungsbestimmung auch eine Entgeltsenkung vorsieht. Damit soll die Symmetrie im Vertragsverhältnis gewahrt bleiben⁷³, eine Klausel, die nur eine Erhöhung vorsieht, würde den Unternehmer im Vertragsverhältnis unzulässigerweise begünstigen.⁷⁴

Die maßgebenden Umstände, die zu einer Entgeltänderung führen, müssen im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sein.⁷⁵ In Verbindung mit der Unabhängigkeit vom Willen des Unternehmers (siehe nachfolgend) bedarf es einer klaren Umschreibung der Umstände, wonach sich eine Entgeltänderung ergibt. Anderenfalls wären Vertragskonstellationen denkbar, in denen der Unternehmer beinahe willkürlich Preisänderungen vornehmen könnte. Die Verpflichtung, die Umstände, die zu einer Entgeltänderung führen zu umschreiben, soll dem Verbraucher ein gewisses Maß an Planungssicherung und Vorausschaubarkeit bieten. Eine sachliche Rechtfertigung können nur derartige Umstände darstellen, die sich auch auf die Preiskalkulation des Unternehmers auswirken, bzw eine gewisse Nähe zur unternehmerischen

⁷⁰ Siehe zB *Kronthaler in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht II § 6 KSchG Rz 148 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

⁷¹ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 23 f.

⁷² Siehe zB *Karauscheck/North*, Verbandsprozess gemäß § 28 KSchG - Die Wertsicherungsklausel in Bestandverträgen ist zulässig (6 Ob 226/18f), immo aktuell 2019, 128 (128 f) bzw OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f.

⁷³ *Kronthaler in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht II § 6 KSchG Rz 150 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

⁷⁴ Zum dezidierten Ausschluss der Entgeltsenkungsmöglichkeit siehe bereits erste Klauselentscheidung OGH 11.10.2006 7 Ob 78/06f.

⁷⁵ *Kronthaler in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner*, GeKo Wohnrecht II § 6 KSchG Rz 150 (Stand 15.10.2018, rdb.at).

Preiskalkulation aufweisen. Welche Umstände sachlich gerechtfertigt sind, wird im Gesetz oder den Materialien nicht näher genannt, es kommt auf die Betrachtung im Einzelfall an.⁷⁶ Es wird durch die Verpflichtung, die Umstände der Entgeltänderung im Vertrag genau zu umschreiben, ein Art spezielles Transparenzgebot normiert, ähnlich dem nach § 6 Abs 3 KSchG mit dem Unterschied, dass hier lediglich die Faktoren für eine Entgeltänderung sowie die Überprüfbarkeit im Vordergrund stehen, und nicht die allgemeine verständliche Ausformulierung der Vertragsbestimmung.⁷⁷

Der Verweis in einer Entgeltänderungsklausel auf die allgemeine Konjunkturlage oder einer allgemeinen Verschlechterung der Marktlage, werden dem Erfordernis der klaren Umschreibung der Umstände nicht gerecht werden. Vielmehr sind solche generell gefassten Formulierungsversuche auch nicht sachlich vom Kunden überprüf- und messbar.⁷⁸

Neben der Symmetrie im Vertragsverhältnis, der Umschreibung der maßgebenden Umstände im Vertrag und der sachlichen Rechtfertigung, muss eine Entgeltänderungsklausel auch so ausgestaltet sein, dass der Entgeltänderungsfall vom Willen des Unternehmers unabhängig ist. Eine Anlehnung im hier zu untersuchenden Falle der Vermietung eines Bestandsobjektes an den künftigen Sanierungs- oder Verbesserungskosten der Liegenschaft wären vom Unternehmer gleich bestimmbar, wie freiwillige Lohnerhöhungen seiner Mitarbeiter und Handwerker. Dies scheint damit ein untauglicher Parameter für eine Wertsicherungsvereinbarung zu sein.⁷⁹ Vielmehr ist es gängige Praxis, sich im Hinblick auf die Unabhängigkeit des Eintritts der Preisänderung, an einem von dritter unabhängiger Stelle verlautbarten Preisindex zu orientieren. Vielfach wird hierzu im Wohnungsmietbereich auf den Verbraucherpreisindex zurückgegriffen, wonach eine Ausgangsbasis vereinbart wird, und Preisänderungen meist erst nach Erreichen einer Toleranzgrenze schlagend werden. Ein, wie im Fall des Verbraucherpreisindex, von der *Statistik Austria* veröffentlichter Wertparameter, ist von beiden Vertragsparteien nicht zu beeinflussen, bietet aufgrund der Öffentlichkeit und

⁷⁶ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 84 ff (Stand 1.1.2002, rdb.at).

⁷⁷ *Fenyves/Rubin*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347 (353 f).

⁷⁸ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 86 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

⁷⁹ Angelehnt an *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 87 ff (Stand 1.1.2002, rdb.at).

Zugänglichkeit der Daten genügend Transparenz und Überprüfbarkeit. Auch wenn sich die Kosten, die in Hinblick auf die sachliche Rechtfertigung des Unternehmers meist nicht im selben Ausmaß wie der VPI verändern, wird doch eine gewisse Gleichläufigkeit anzunehmen sein. Selbst wenn es mit einer erst jüngst erschienenen Entscheidung des OGH viel Diskussionsstoff zu Wertsicherungsvereinbarungen gibt, wurde hier die sachliche Rechtfertigung der Wahl des Verbraucherpreisindex als entsprechenden Wertparameter nicht in Frage gestellt.⁸⁰

Problematischer in diesem Zusammenhang ist die Bestimmung eines Ersatzindex für den Fall, dass der ursprünglich vereinbarte Index nicht mehr verlautbart werden sollte. Vor dem Hintergrund der klaren Umschreibung der maßgebenden Umstände einer Entgeltänderung, sowie der Unabhängigkeit der Entgeltänderung vom Willen des Unternehmers, sind Vorkehrungen für Ersatzindizes auf den Prüfstand gestellt worden.⁸¹

Klauseln, die lediglich vorsehen, dass im Falle, der ursprünglich vereinbarte Index nicht mehr verlautbart wird, jener Index gilt, der dem ursprünglich vereinbarten am meisten entspreche, sind unzulässig. Dabei sei unklar, welcher Index dem ursprünglichen Index am meisten entspreche, und wer die Entscheidung darüber treffen würde, sollte es mehrere denkmögliche Indizes geben, die in Frage kämen. Theoretisch wäre durch eine derartige Ausgestaltung bei der Auslegung der Klausel im kundenfeindlichsten Sinne auch eine Wahlmöglichkeit durch den Unternehmer denkbar.⁸²

In Anbetracht des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG muss eine Wertsicherungsklausel damit folgenden Voraussetzungen standhalten:

- Vereinbarung im Vertrag
- Zweiseitigkeit / Symmetrie / Möglichkeit der Entgeltsenkung
- Umschreibung der maßgeblichen Umstände für eine Entgeltänderung
- sachliche Rechtfertigung
- Unabhängigkeit vom Willen des Unternehmers

⁸⁰ OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t.

⁸¹ Näheres dazu wird unter den Punkten 4.1 und 4.2.1 dieser Arbeit diskutiert.

⁸² Ebenso nach OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t.

3.3.2.2 § 6 Abs 2 Z 4 KSchG

Nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG ist eine Klausel, sofern vom Unternehmer nicht bewiesen wird, dass diese im Einzelnen ausverhandelt wurde, unzulässig, sofern dem Unternehmer auf dessen Verlangen innerhalb von 2 Monaten nach Vertragsschließung für seine Leistung ein höheres, als das ursprünglich bestimmte Entgelt zusteht.

Diese Bestimmung normiert damit eine Entgeltanpassungsklausel für die ersten beiden Monate ab Vertragsabschluss. Bis vor Kurzem tauchte § 6 Abs 2 Z 4 KSchG nicht am Radar der österreichischen Immobilienwirtschaft auf.

Der ursprüngliche Gedanke des Gesetzgebers lag darin, dass für Verbraucher auch Preisänderungen in einem kurzfristigen Zeithorizont überraschend sein können. Vor allem soll durch § 6 Abs 2 Z 4 KSchG bei kurzfristig zu erfüllenden Verträgen eine Preissicherheit für den Verbraucher gegeben sein.⁸³

In den Materialien dazu wird angemerkt, sollte es für einen Unternehmer auch für einen vergleichsweise kurzen Zeitraum von drei Monaten⁸⁴ nicht möglich sein, seine Kosten voraus zu sehen, so ist eine Preisanpassungsklausel nur zulässig, soweit diese im Einzelnen ausverhandelt wurde.⁸⁵

Den Ausführungen des historischen Gesetzgebers zufolge, war die ursprüngliche Intention dieser Bestimmung wohl eher von Zielschuldverhältnissen geprägt, nachdem auf die Absehbarkeit von Kosten in einem verhältnismäßig kurzen Zeitraum hingewiesen wurde. Auch die Lehre ging bislang von einer Anwendbarkeit auf kurzfristig zu erfüllende Vertragsverhältnisse aus.⁸⁶

Durch die Entscheidung OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t wurde die österreichische Immobilienwirtschaft auf die, im Falle der kundenfeindlichsten Auslegung der Wertsicherungsklausel, Anwendbarkeit der geglaubten Klausel für Zielschuldverhältnisse aufmerksam gemacht. Bereits 2011 wurde vom OGH jedoch im

⁸³ *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 189 f (Stand 1.1.2002, rdb.at).

⁸⁴ In der ursprünglichen Regierungsvorlage war noch eine Frist von drei Monaten genannt, im Gesetz wurde dies mit zwei Monaten umgesetzt. Siehe dazu ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 26.

⁸⁵ Siehe dazu ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 26.

⁸⁶ Siehe dazu beispielsweise *Krejci in Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 189 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

Zusammenhang mit einem PKW-Leasing-Vertrag § 6 Abs 2 Z 4 KSchG zur Anwendung gebracht. Die gegenständliche Klausel verwies auf Entgeltanpassungen und -nachverrechnungen für den Fall der Änderung oder Neueinführung von Steuern, Gebühren und Abgaben, sowie für die Änderung des Kaufpreises vor Auslieferung des Fahrzeuges durch den Händler. Betrachtet man den letzten Aspekt, so findet sich in der Vorstufe des Leasingverhältnisses, nämlich im Ankauf durch den Leasinggeber des Leasinggutes, zumindest ein kurzfristiger Aspekt bzw ein Zielschuldverhältnis, welches über die bezeichnete Klausel an den Verbraucher, bei kundenfeindlichster Auslegung auch in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss, weiter verrechnet hätte werden können. Auch wenn aus der Entscheidung nicht hervorgeht, ob sich die Unzulässigkeit nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG auf die Gesamtklausel erstreckt, oder nur auf die Anpassungsmöglichkeit aufgrund der geänderten Ankaufbedingungen, ist aufgrund der Verknüpfung von Leasing-Verhältnis und damit verbundenem Fahrzeugankauf sehr wohl ein kurzfristiges Element erkennbar, welches zumindest in diesem Teil der Vertragsbestimmung für die Anwendbarkeit des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG vor dem Hintergrund der ursprünglichen Überlegungen des historischen Gesetzgebers sprechen würde.⁸⁷

Im Zusammenhang mit Kontoführungsentgelten einer Bank hat sich der OGH im Jahr 2001 gegen die Anwendung des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG ausgesprochen, weil ein Dauer- und kein Zielschuldverhältnis vorgelegen ist.⁸⁸

Der OGH sprach sowohl in der Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h als auch in OGH 24.01.2024 9 Ob 4/23p aus, dass Wertsicherungsvereinbarungen in Mietverhältnissen an den Maßstäben des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG zu messen seien.

Zu weiteren, mietrechtlich relevanten Überlegungen in diesem Zusammenhang und Kritik an der Anwendung des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG im Verhältnis zur beanstandeten Wertsicherungsklausel siehe Punkt 4.2.2 sowie 4.3 dieser Arbeit.

⁸⁷ OGH 22.06.2011 2 Ob 198/10x.

⁸⁸ OGH 22.03.2001 4 Ob 28/01y.

3.3.2.3 § 6 Abs 3 KSchG

Gemäß § 6 Abs 3 KSchG sind Bestimmungen, die in AGB und Vertragsformblättern enthalten sind unwirksam, soweit diese unklar oder unverständlich sind. Nach § 41a Abs 4 Z 2 KSchG ist das sogenannte Transparenzgebot nur auf Verträge anzuwenden, die nach dem 01.01.1997 abgeschlossen worden sind.

Was unter Vertragsformblättern und allgemeinen Geschäftsbedingungen zu verstehen ist, wurde in den vorangehenden Kapiteln ausführlich erörtert. Im Einzelnen ausverhandelte Vertragsbestimmungen sprechen nicht für das Vorliegen von AGB, wobei das Ausverhandeln einzelner Klauseln nicht den Vertragsformblatt-Charakter der Gesamturkunde ändert.⁸⁹

Nach der Rechtsprechung geht es iZm dem Transparenzgebot um eine Vielzahl von Einzelfaktoren, die zusammenwirken. Dazu zählt unter anderem das Gebot der Erkennbarkeit und Verständlichkeit, das Hinweisgebot des anderen Vertragsteils auf bestimmte Rechtsfolgen, sowie das Gebot der Differenzierung. Weiters umfasst das Transparenzgebot auch noch einen Richtigkeits- und Vollständigkeitscharakter, sowie die Möglichkeit der Durchschaubarkeit einer bestimmten Vertragsklausel. Die Anforderungen an das im Gesetz vage umschriebene Transparenzgebot orientiert sich dabei stark an der deutschen Rechtsprechung zu selbiger Bestimmung.⁹⁰

Das Transparenzgebot findet sein Auslangen nicht in der formellen Verständlichkeit einer Bestimmung, sondern für Verbraucher muss diese vor allem auch durchschaubar sein.⁹¹ Der Maßstab an welchem das Transparenzgebot einzelne Klauseln misst, orientiert sich am typischen Durchschnittskunden für die jeweilige Vertragsart.⁹² Nicht ohne Grund gilt das Transparenzgebot als eine der gefährlichsten Bestimmungen im Rahmen von Klauselprüfungen gegenüber Konsumenten.⁹³

⁸⁹ Würth/Zingher/Kovanyi, § 6 KSchG Rz 5 (Stand: 1.4.2015, rdb.at).

⁹⁰ OGH 22.03.2001 4 Ob 28/01y.

⁹¹ RIS-Justiz RS0122169.

⁹² Siehe abermals OGH 22.03.2001 4 Ob 28/01y in seiner Leitentscheidung zum Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG.

⁹³ So bezeichnet zum Beispiel Zenz, Update Rechtsprechung zum Transparenzgebot, ecolex 2023, 371 das Transparenzgebot als „schärfstes Schwert“ der Klauselprüfung.

Auch wenn das Transparenzgebot eine klare, verständliche, vollständige, hinweisende, differenzierende, richtige und vor allem durchschaubare Formulierung von Vertragsbestimmungen gegenüber dem Konsumenten verlangt, darf dabei nicht verkannt werden, dass es sich schlussendlich doch noch um juristische Vertragswerke handelt. *Krejci* erkennt dabei zu Recht, dass die juristischen Formulierungsweisen von Vertragswerken auch gegenüber Konsumenten erhalten bleiben, und damit ein gewisser Mindeststandard an Kenntnissen vorausgesetzt werden darf, anderenfalls verlieren sämtliche Branchen mit Verbraucherkunden ihre juristische Kommunikationsfähigkeit.⁹⁴

Dabei darf ebenfalls nicht außer Acht gelassen werden, dass in einigen Konstellationen lediglich auf gesetzliche Bestimmungen Bezug genommen, bzw diese geringfügig adaptiert werden. Inwiefern sich eine Intransparenz aus einer iSd § 6 Abs 3 KSchG für den Verbraucher nicht klaren und verständlichen Regelung ergeben kann, die sich wiederum zB an den Wortlaut des Gesetzes hält, diesen nur wieder gibt oder geringfügig adaptiert, ist eine spannende Frage, die es allerdings nicht im Rahmen dieser Arbeit zu klären gilt. Es soll nur ein generelles Verständnis dafür geschaffen werden, dass zweifelsohne viele gesetzliche Bestimmungen für den durchschnittlichen Verbraucher „intransparent“ vor dem § 6 Abs 3 KSchG sind, welche wiederum in verschiedensten Konstellationen in Vertragsbestimmungen einfließen könnten.

Aufgrund der vergleichsweise niedrigen Schwelle der Anwendbarkeit des § 6 Abs 3 KSchG hat sich das Transparenzgebot zu einer Art „Universalwaffe“ im Klauselkontrollverfahren entwickelt, auf welche Verbraucher-Vertreter und Interessensvertretungen zu Lasten der Unternehmer gerne zurückgreifen.⁹⁵

3.3.3 (Keine) geltungserhaltende Reduktion

Ein harter Tobak für Vermieter und Immobilienbesitzer findet sich in der Tatsache wieder, dass im Rahmen von Verbandsverfahren nach §§ 28 ff KSchG zu prüfende Klauseln im denkmöglichsten, kundenfeindlichsten Sinn auszulegen sind.⁹⁶ Neben der kundenfeindlichsten Auslegung bietet das KSchG im Verbandsverfahren überdies aber

⁹⁴ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 210 (Stand 1.1.2002, rdb.at).

⁹⁵ Siehe dazu zum Beispiel *Schauer*, Transparenzgebot, die Wievielte? - Vom Rentenwahlrecht zur Kinderprämie, ZVers 2022, 1.

⁹⁶ RIS-Justiz RS0016590.

auch keinerlei Platz für die geltungserhaltende Reduktion von Vertragsklauseln. Sollte im Rahmen der Überprüfung einer Klausel daher festgestellt werden, dass diese auch nur teilweise unzulässig sein mag, so gilt die gesamte Klausel als unzulässig.⁹⁷

Nach Ansicht der Lehre und Rechtsprechung ist auch im Individualverfahren eine geltungserhaltende Reduktion von Klauseln nicht zulässig. Die Verwendung nichtiger Vertragsklauseln wäre für Unternehmer sanktionslos und in vielen Fällen, in denen Verbraucher ihr Recht nicht geltend machen, sogar vorteilhaft.⁹⁸ Wird die Nichtigkeit einer Vertragsklausel festgestellt, kann die Regelungslücke nach hA und Unionsrechtsprechung auch nicht durch ergänzende Vertragsauslegung oder dispositives Recht geschlossen werden. Anstelle der verpönten Klausel tritt damit auch keine Ersatzregelung ein, die womöglich vom dispositiven Recht vorgesehen wäre.⁹⁹

Stimmen aus der Literatur sprechen sich in Anbetracht der aktuellen Judikatur in Hinblick auf die Festlegung des Nachfolgeindex dafür aus, dass es sich dabei wohl um eine separat zu betrachtende Vertragsbestimmung handeln müsse, dessen vom OGH ausgesprochene Unwirksamkeit nur zur Nichtigkeit der gesamten Wertsicherungsvereinbarung führen könne. Im Rahmen eines „blue pencil test“ könne man die Regelungen um einen etwaigen Nachfolgeindex (im Regelfall) ohne sprachliche Umgestaltung der Klausel streichen. Die verbleibende wirksame Vertragsklausel bliebe eigenständig sinnvoll und verständlich. Blickt man über die Grenze, so findet diese Methode der Klauselprüfung in Deutschland bereits Verwendung.¹⁰⁰ Näheres zu dieser Argumentation findet sich im Punkt 4.3 dieser Arbeit.

Mit Blick auf das Thema dieser Arbeit bzw die ausschlaggebenden Entscheidungen des OGH bedeutet dies im Verbrauchergeschäft, sei es im Verbands- oder Individualverfahren, den gänzlichen Wegfall der Wertsicherungsklausel im Falle einer festgestellten

⁹⁷ RIS-Justiz RS0038205.

⁹⁸ Siehe dazu zB *Graf*, Keine geltungserhaltende Reduktion nichtiger Klauseln in Verbrauchergeschäften; die gerichtliche Klauselprüfung darf nicht von einem Widerspruch des Verbrauchers abhängig gemacht werden, *immolex* 2012, 286 (288). Nach *Würth/Zingher/Kovanyi*, § 6 KSchG Rz 2 f (Stand: 1.4.2015, rdb.at) ist die geltungserhaltende Reduktion im Individualprozess erst für Verbraucherverträge ab Inkrafttreten des Transparenzgebotes nach § 6 Abs 3 KSchG ausgeschlossen.

⁹⁹ Näher dazu beispielsweise *Parapatits*, Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen – Keine(?) Sorge vor dem EuGH, *ÖJZ* 2023, 716 (716 f).

¹⁰⁰ Siehe dazu OGH 22.09.2021 4 Ob 131/21z ÖBA 2022/2798 aber auch *Rössl*, Die (Un-)Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln in AGB im Lichte des § 6 KSchG, *ÖBA* 2023, 650 (652 f).

Nichtigkeit, mag auch nur ein Teil der Wertsicherungsabrede nichtig sein. Außerhalb des Anwendungsbereiches des KSchG gilt der Grundsatz der geltungserhaltenden Reduktion. Die Möglichkeit der ergänzenden Vertragsauslegung und Schließung von Regelungslücken durch das dispositive Recht steht hier offen.¹⁰¹

3.3.4 Analoge Anwendbarkeit des KSchG außerhalb des Anwendungsbereiches?

Der österreichische Konsumentenschutz gibt in § 1 KSchG einen klaren Anwendungsbereich der nachfolgenden Regelungen vor. Die in dieser Arbeit beleuchteten Bestimmungen des § 6 KSchG können als Konkretisierungen der Regelungen über die gröbliche Benachteiligung nach § 879 Abs 3 ABGB verstanden werden.

Es handelt sich damit um nähere Ausführungen zum dispositiven Recht, dass als solches in sämtlichen Konstellationen verschiedenster Vertragsparteien zur Anwendung gelangt. Damit stellt sich die Frage, inwiefern die demonstrativen Aufzählungen des § 6 KSchG auch im B2B- oder C2C-Bereich von Relevanz sein können.

Nach Ansicht des Autors dieser Arbeit lässt sich vor allem am Beispiel des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG gut darstellen, warum die Voraussetzungen für Entgeltänderungen auch im KSchG-freien-Raum relevant sind. Nach § 879 Abs 3 ABGB liegt eine gröbliche Benachteiligung beim Abweichen vom dispositiven Gesetz vor, sollte es dafür keine sachliche Rechtfertigung geben. Überdies kann die gröbliche Benachteiligung eines Vertragspartners auch darin gelegen sein, dass dessen Rechtsposition in einem auffallenden Missverhältnis zu seinem Gegenüber steht. Die Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG lassen sich schlagwortartig wie folgt skizzieren: Es bedarf einer vertraglichen Basis, die eine Zweiseitigkeit der Entgeltänderung vorsieht und die maßgeblichen Umstände, die zur Entgeltänderung führen, müssen umschrieben sein. Überdies bedarf es einer sachlichen Rechtfertigung, sowie der Unabhängigkeit des Eintritts der Entgeltänderung vom Willen des Unternehmers.

Würde eine Wertsicherungsvereinbarung zB zwischen zwei Unternehmern vorsehen, dass der Vermieter, der regelmäßig eine stärkere Verhandlungsposition vorzuweisen hat, jederzeit die Miete anheben kann, wobei die Kriterien für die Anhebung größtenteils oder

¹⁰¹ Würth/Zingher/Kovanyi, § 6 KSchG Rz 3 (Stand: 1.4.2015, rdb.at).

gänzlich der freien Entscheidung des Vermieters überlassen werden und darüber hinaus vielleicht die Entgeltsenkung kategorisch ausgeschlossen wird, so ist in einem solchen beispielhaften Fall unverkennbar, dass die beiden Vertragspositionen gänzlich konträr ausgestaltet sind. Es liegt ein auffallendes Missverhältnis vor, das im Rahmen des beweglichen Systems des § 879 Abs 3 ABGB aufgehoben bzw angepasst werden kann.

Diese Darstellung verdeutlicht, dass auch mangels Anwendbarkeit des KSchG die darin enthaltenen Bestimmungen über den Anwendungsbereich hinaus von Relevanz sind.

Auch wenn sich vereinzelt Stimmen der Literatur auf tun¹⁰², die für die analoge Anwendung (gewisser) Bestimmungen des KSchG eintreten, kann mangels planwidriger Lücke nicht von einer notwendigen Analogie gesprochen werden, wohl aber wirken gewisse Bestimmungen des KSchG ins dispositive Recht hinein.

¹⁰² Siehe dazu beispielsweise *Würth/Zingher/Kovanyi*, § 6 KSchG Rz 2 f (Stand: 1.4.2015, rdb.at).

4 Wertsicherungsvereinbarungen an der Kippe?

Über der österreichischen Immobilienwirtschaft schwebt(e) ein großes Fragezeichen hinsichtlich des Umgangs mit den jüngst erschienenen Entscheidungen OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t, sowie OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h.

Im Zweifel stünden hunderttausende Mietverhältnisse, respektive Wertsicherungsvereinbarungen in Mietverhältnissen, aufgrund der Leitlinie, die vom OGH vorgegeben wurde, an der Kippe.¹⁰³

Doch woran stört sich der Oberste Gerichtshof im Detail, dass derzeit der Großteil österreichischer Vermieter um seine Mietverhältnisse bangen muss?

4.1 Darstellung der Entscheidungen

4.1.1 OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t

Gegenständliche Entscheidung befasste sich insgesamt mit mehreren Mietvertragsklauseln eines Wohnungsmietvertrages, wobei das Mietobjekt dem Teilanwendungsbereich des Mietrechtsgesetzes nach § 1 Abs 4 MRG unterliegt.

Neben Vertragsbestimmungen über Betriebskosten, baulichen Änderungen, der Kautions, Verzugszinsen, usw, ist auch die Klausel 6 über die Wertsicherung des Mietzinses verfahrensgegenständlich.

Der genaue Wortlaut der Mietvertragsbestimmung liest sich wie folgt:

*"Der Netto Mietzins von Euro [...] wird auf den vom österreichischen Statistischen Zentralamt verlautbarten Index der Verbraucherpreise 1976 wertbezogen. Sollte dieser Index nicht verlautbart werden, gilt jener als Grundlage für die Wertsicherung, der diesem Index am meisten entspricht."*¹⁰⁴

Von der klagebefugten Kammer, die das Verfahren anstrebte, wird behauptet, dass es unklar sei, welcher Index im Falle der Nichtverlautbarung des Verbraucherpreisindex

¹⁰³ Putschögl/Wotke, Mietpreise - OGH-Entscheidung schürt Zweifel an Wertsicherung von Mietverträgen, derstandard.at (Stand 04.12.2023).

¹⁰⁴ Direktes Zitat aus dem gegenständlichem Mietvertrag nach OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t Rz 3.1.

am meisten entspreche, und wer die Entscheidung darüber träfe, dass der künftige Nachfolgeindex dem Verbraucherpreisindex am meisten entsprechen würde. Bei kundenfeindlichster Betrachtungsweise könne man eine einseitige Festlegungsmöglichkeit des Vermieters annehmen.

Diese Ansicht teilte auch das Berufungsgericht in dieser Sache. Der OGH führte dazu aus, dass die Wertsicherung im Mietverhältnis als solches ein legitimes Bedürfnis des Vermieters sei, vor allem um auch das Gleichgewicht im Vertragsverhältnis zu wahren, sowie die Miete an die tatsächliche Geldentwertung anzupassen.¹⁰⁵

Wie im Rahmen dieser Arbeit unter Punkt 3.3.2.1. bereits dargestellt, müsse sich eine Wertanpassungsvereinbarung, wie es eine Wertsicherungsklausel ist, im Konsumentenbereich an den Vorgaben des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG orientieren. Damit eine Wertanpassungsklausel im Mietverhältnis zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher iSd KSchG zulässig sei, bedarf es einer vertraglichen Einigung, einer gewissen Symmetrie und damit auch der Möglichkeit, dass Entgeltsenkungen möglich seien, die genaue Umschreibung der maßgeblichen Umstände, die zur Entgeltänderung führen, einer sachlichen Rechtfertigung, sowie die Unabhängigkeit des Eintritts der Entgeltänderung vom Willen des Unternehmers.¹⁰⁶ Der Normzweck des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG sei der Schutz der Verbraucher vor überraschenden und nicht vorhersehbaren Preiserhöhungen bzw -änderungen.¹⁰⁷

Das Berufungsgericht sprach sich in dieser Sache für eine Unwirksamkeit der Klausel aus, nachdem, wie bereits zu Beginn dieses Kapitels dargestellt, unklar sei, welcher Wertparameter im Fall der Fälle den Verbraucherpreisindex 1976 ersetzen solle und wer den Ersatzindex bestimme, der dem Verbraucherpreisindex 1976 am meisten entspreche. Der OGH erachtet in dieser Betrachtungsweise in Hinblick auf die gesetzlichen Kriterien an Wertsicherungsvereinbarungen gemäß § 6 Abs 1 Z 5 KSchG keine aufzugreifende Fehlbeurteilung.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Siehe dazu auch RIS-Justiz RS0132652.

¹⁰⁶ Detailliertere Darstellung unter Punkt 3.3.2.1. dieser Arbeit.

¹⁰⁷ RIS-Justiz RS0124336.

¹⁰⁸ Die Beurteilung des Berufungsgerichtes „halte“ sich im Rahmen der dargelegten Umsätze nach OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t [10].

Auch wenn dies in den vorinstanzlichen Verfahren nicht zum Verfahrensgegenstand gemacht wurde¹⁰⁹, sprach der OGH dazu ergänzend aus, dass die Klausel im Übrigen gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG verstoße, nachdem sich bereits in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss eine Entgeltänderung ergeben könne.

4.1.2 OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h

Die wenige Wochen nach der ersten Entscheidung zu Wertsicherungsvereinbarungen erschienene Entscheidung des OGH befasste sich unter anderem mit Wertsicherungsvereinbarungen im Vollanwendungsbereich des MRG, bei denen nach §§ 16 Abs 2 ff MRG ein Richtwertmietzins zur Verrechnung gelangt. Das Verfahren wurde auch hier abermals von der Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte geführt, gegen eine der größten privaten Hausverwaltungen in Österreich.

Die vom OGH zu beurteilende Klausel der Wertsicherungsvereinbarung lautet wie folgt:

"Es wird Wertbeständigkeit des in § 3 genannten Hauptmietzinses nach Maßgabe der in § 5 RWG vorgesehenen Wertsicherung (Neufestsetzung) der Richtwerte - ausgehend von dem im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Richtwert - vereinbart. Sollte diese Wertsicherung nicht mehr zur Anwendung gelangen können, so erfolgt die Wertsicherung nach dem vom Österreichischen Statistischen Zentralamt monatlich verlautbarten Verbraucherpreisindex 2015 oder dem an seine Stelle tretenden Index. Ausgangsbasis für diese Wertsicherung ist die für den Monat der letzten Festsetzung der Richtwerte verlautbarte Indexzahl. Anpassungen werden unmittelbar nach Änderung des RWG vorgenommen."

Im Rahmen der Prüfung dieser Wertsicherungsklausel wurde festgestellt, dass diese, wie auch im zuvor dargestellten Verfahren, vor dem Hintergrund des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG unzulässig seien, nachdem es hier bei kundenfeindlichster Auslegung bereits in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss zu einer Entgeltänderung kommen könne. Die beklagte Partei erklärte dabei, dass nach ihrer Rechtsansicht dies nur für Entgeltänderungen gelten könne, die vom Willen des Unternehmers abhängen. Dazu erörterte der OGH richtigerweise, dass Entgeltänderungsvereinbarungen, die vom Willen des Unternehmers abhängen, schon bereits nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG jedenfalls

¹⁰⁹ Es finden sich dazu zumindest in der gegenständlichen Entscheidung keine Anhaltspunkte dazu.

unzulässig seien, und damit § 6 Abs 2 Z 4 KSchG seinen Anwendungsbereich entzogen würde. Dabei wird vom OGH auf die wenige Wochen zuvor erschienene Entscheidung OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t verwiesen.¹¹⁰

Neben der Feststellung, dass die Klausel aufgrund einer unrichtigen Bezeichnung des RichtWG als intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG zu betrachten sei¹¹¹, erkennt das Berufungsgericht nach Ansicht des OGH richtigerweise, dass eine Erhöhung des Richtwertes unter anderem dadurch bedingt sein kann, dass bereits bei Mietvertragsabschluss ein Anstieg des Preisniveaus, welches dem Richtwert zugrunde liegt, eingetreten sein könnte, weshalb eine Anhebung unter Berücksichtigung des bereits eingetretenen Preisniveaustiegs sachlich nicht gerechtfertigt sei. Aufgrund der mangelnden sachlichen Rechtfertigung erfülle die Klausel einerseits nicht sämtliche Anforderungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG¹¹², andererseits sei die Klausel auch als gröblich benachteiligend nach § 879 Abs 3 ABGB zu betrachten. Dadurch sei jedenfalls, so der rechtlichen Beurteilung des OGH zufolge, von einer Unzulässigkeit der Wertsicherungsvereinbarung auszugehen.¹¹³

4.2 Kritische Würdigung und Meinungsstand

Vor dem Hintergrund des bereits Erörterten wird wiederkehrend daran erinnert, dass es sich bei den beiden gegenständlichen Entscheidungen jeweils um Verbandsprozesse iSd § 28 f KSchG handelt, bei denen die Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte als Klägerin auftritt. Im Rahmen eines Verbandsprozesse hat die Prüfung von Vertragsklauseln im kundenfeindlichsten Sinne zu erfolgen. Dieser Prüfmaßstab wird als geeignet angesehen, um einen Verstoß gegen das Gesetz oder gute Sitten zu

¹¹⁰ OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h [13 f].

¹¹¹ Die Klausel bezeichnet das RichtWG fälschlicherweise mit der Abkürzung „RWG“ wonach die Klausel intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG sei, so die Ausführungen des Erstgerichts nach OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h [4].

¹¹² Anmerkung des Autors dieser Arbeit aufgrund der erörterten Anforderungen die sich aus § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ergeben.

¹¹³ Siehe dazu OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h [15].

identifizieren. Im Verbandsprozess wird der geltungserhaltenen Reduktion einer Vertragsklausel kein Raum geboten.¹¹⁴

Stimmen der Literatur sprechen sich jedoch dazu aus, dass die Interpretation anhand der kundenfeindlichsten Auslegung erst nach Ausschöpfung der allgemeinen Auslegungsregeln des ABGB zu erfolgen hat. Demnach ist primär der Parteiwille nach § 914 ABGB zu erforschen und erst wenn dieser zweifelhaft ist, soll im Rahmen des § 915 2. HS ABGB im Verbandsverfahren die Auslegung im kundenfeindlichsten Sinne erfolgen können.¹¹⁵

Inwiefern der tatsächliche Parteiwille als erster Prüfschritt im Rahmen der Klauselprüfung erörtert wurde, wird kurz im Rahmen der kritischen Würdigung zu den einzelnen Punkten der Entscheidungen dargelegt.

4.2.1 Nachfolgeindex

Im Rahmen der Entscheidung OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t wurde die (Teil-)Bestimmung -

„Sollte dieser Index nicht mehr verlautbart werden, gilt jener [...], der diesem am meisten entspricht.“

- der Wertsicherungsvereinbarung als unwirksam erachtet. Die Klausel verstoße dem Grunde nach gegen § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, da bei kundenfeindlichster Auslegung nicht klar sei, anhand welcher Kriterien festgestellt werde, dass ein potentieller Nachfolgeindex dem in diesem Mietverhältnis zugrunde gelegtem Index am meisten entspreche. Überdies könne bei kundenfeindlichster Auslegung eine Wahlmöglichkeit des Unternehmers unterstellt werden, die gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit des Eintritts von Entgeltänderung vom Willen des Unternehmers nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG widerspreche.

Der OGH sprach sich im Rahmen dieser Entscheidung dazu aus, dass die Festlegung eines Nachfolgeindizes mittels der Formulierung

¹¹⁴ *Karauscheck*, Eine unglückliche Wertsicherungsklausel im "kundenfeindlichsten Sinn" ausgelegt - OGH 21. 3. 2023, 2 Ob 36/23t, ruft § 6 Abs 2 Z 4 KSchG in Erinnerung, immo aktuell 2023, 121 (121) sowie RIS-Justiz RS0016590.

¹¹⁵ *Kellner*, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen - Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB (2013) 37 f.

„Es wird die Wertbeständigkeit des Hauptmietzinses [...] nach dem von Statistik Austria monatlich verlautbarten Verbraucherpreisindex 2010 oder der an seine Stelle tretende Index vereinbart“

keine Unklarheiten iSd § 6 Abs 1 Z 5 KSchG hervorbringen würde, sollte der im Vertrag gewählte Index nicht mehr zur Verlautbarung gelangen.¹¹⁶

Vor dem Hintergrund, dass auch im Verbandsverfahren primär die Parteiabsicht nach § 914 ABGB zu erforschen ist, bevor man zur Auslegung der Klausel im kundenfeindlichsten Sinne gelangt, kann nach Ansicht des Autors ausgeführt werden, dass es wohl kaum der Absicht der Parteien entsprechen könne, eine einseitige Wahlmöglichkeit eines Vertragspartners zu schaffen, für den in unbestimmter Zukunft möglicherweise eintretenden Fall, dass der vereinbarte Wertparameter, auf den man sich beidseitig im Vertrag geeinigt hat, nicht mehr verlautbart wird. Wollten die Vertragsparteien eine derartige Wahlmöglichkeit konstituieren, so hätte man dies bereits im ersten Teil der Klausel aufgrund der Tatsache, dass die Wahrscheinlichkeit relativ gering ist, dass die Bestimmungen über einen etwaigen Nachfolgeindex in Zukunft überhaupt schlagend werden, vertraglich verankert. In diesem Sinne müsse man zur Erkenntnis kommen, dass es der kundenfeindlichsten Auslegung nicht bedürfe, da (zumindest ein Teil der strittigen Klausel) bereits über allgemeine Interpretationsregeln nach § 914 ABGB aufgelöst werden könnte.

Der zweite Aspekt der Klausel über den Nachfolgeindex, nämlich die Kriterien, die für die Ähnlichkeit zum ursprünglichen Index sprechen, ist nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit ähnlich zu sehen. Im Zuge der Erforschung des tatsächlichen Parteiwillens könne man die Behauptung aufstellen, dass man für den Fall, dass der vereinbarte Index nicht mehr veröffentlicht wird, einen möglichst ähnlichen Index zur Wertsicherung beibehalten wolle, statt einem diesen Index formal ersetzenden Wertparameter (siehe dazu gleich nachfolgend).¹¹⁷

Der OGH nimmt auf die Entscheidung OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f Bezug, in der ein Mietvertrag verfahrensgegenständlich war, der eine andere Formulierung für die Bestimmung des Nachfolgeindizes vorsah. Dabei wird auf den „an dessen Stelle tretenden

¹¹⁶ OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t [10] mit Verweis auf OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f.

¹¹⁷ Siehe dazu auch Rössl, (Un-)Wirksamkeit Wertsicherungsvereinbarungen, ÖBA 2023, 650 (652).

Index“ verwiesen. Betrachtet man diese Klausel genauer, könnte man sich auch hier die Frage stellen, wer die Entscheidung darüber trifft, welcher Index folgt, wenn der Verbraucherpreisindex womöglich in einigen Jahren nicht mehr verlautbart wird, dafür aber ein anderer Index, dem womöglich der exakt selbe Warenkorb zugrunde gelegt wird, jedoch mit anderem Namen, oder von einem anderen Institut.

In diesem Gedankenspiel, welches an eine kundenfeindliche Auslegung von Klauseln angelehnt ist, würde eine vom OGH für in Ordnung befundene Klausel bzw Formulierung unter Anwendung der Auslegungsregel „im kundenfeindlichsten Sinne“ zum selben Ergebnis führen. Es bestünde nach Ansicht des Autors dieser Arbeit Unklarheit darüber, wer und ob nun ein künftig zu verlautbarender Index wirklich anstelle des ursprünglich vereinbarten tritt.

Der dem ursprünglichem Index am ehesten entsprechenden Index wird im Regelfall, denkt man die unwahrscheinliche Situation weiter, dass die jeweiligen Verbraucherpreisindizes irgendwann nicht mehr verlautbart werden, aufgrund der Gleichheit bzw. Ähnlichkeit der Indexparameter der an seine Stelle tretende Index sein.

Unter der (im Rahmen dieser Arbeit nicht näher ausgeführten) Annahme, dass der an die Stelle des womöglich nicht länger verlautbarten Index derjenige Index ist, der diesem auch am ehesten entspricht, kann eine Wahlmöglichkeit des Unternehmers bereits aus diesem Grund ausgeschlossen werden, wonach eine Unabhängigkeit vom Willen des Unternehmers gegeben wäre. In dieser Annahme muss freilich der Umstand ausgeblendet werden, dass sämtliche Vertragsparteien denselben Informationsstand besitzen, und die generellen Umstände rund um die jeweiligen Wertparameter allgemein bekannt sind.

Im Ergebnis gelangt der Autor dieser Arbeit zur Ansicht, dass die verfahrensgegenständliche Klausel zwar unglücklich formuliert wurde, allerdings in Hinblick auf den Parteiwillen nach § 914 ABGB nicht entgegen der Voraussetzungen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG zu verstehen ist. Überdies würde eine für in Ordnung befundene Formulierung einer Wertsicherungsklausel bei Umständen, die man sich bei einer Auslegung im kundenfeindlichsten Sinne theoretisch vorstellen könnte, zum selben Ergebnis, wie die nun für unwirksam befundene Klausel, führen.

Ergänzend dazu sei angemerkt, dass der OGH kritisiert, die Klausel enthalte keine näheren Angaben dazu, welche Kriterien für die Ähnlichkeit des potentiellen

Nachfolgeindex mit dem ursprünglich vereinbarten Index heranzuziehen sind. Damit öffnet der OGH eine seiner Ansicht nicht potentielle „Sanierungsmöglichkeit“ dieser Klausel, in dem man die „Vergleichbarkeit“ näher definiert. Wollte man nun tatsächlich in künftigen Wertsicherungsvereinbarungen klare Umschreibungen festhalten, welche Kriterien ein Nachfolgeindex erfüllen müsse, könnte sich zwar ein mögliches Problemfeld schließen, auf der anderen Seite gelangt man womöglich in ein Transparenzproblem nach § 6 Abs 3 KSchG.

Wie bereits in Punkt 3.3.2.3 dieser Arbeit erörtert, gibt es eine Menge an Voraussetzungen zu beachten, damit eine Klausel gegenüber einem Konsumenten nicht als intransparent gilt. Will man nun genaue Kriterien eines Index zur Vergleichbarkeit festlegen, müsste man sich die Berechnungslogik hinter den jeweiligen Wertparametern genauer ansehen. Nicht ohne Grund wird der Verbraucherpreisindex von einem Statistik Institut, der *Statistik Austria*, verlautbart. Dies intendiert komplex(ere) statistische Daten, Berechnungen und Methoden, die dahinterstehen. Gemessen am durchschnittlichen Konsumenten, der einem bei Abschluss eines (Wohnungs-)Mietvertrages gegenüber steht, vermag man sich den Ausgang der Klauselprüfung vor dem OGH in Anbetracht der detaillierten Beschreibung des Indexes zur Konkretisierung der Merkmale für den Nachfolgeindex iVm dem Transparenzgebot nach § 6 Abs 3 KSchG nicht vorstellen.

Die bisherigen Ausführungen haben sich lediglich mit den beiden Aspekten Vergleichbarkeit der Indizes und mögliches Wahlrecht durch den Vermieter beschäftigt. Dass diese Klausel gänzlich unglücklich ausfällt, darf ungeachtet dessen nicht aus den Augen verloren werden. Es wird kein Schwellenwert vorgesehen, und auch kein Indexausgangswert festgesetzt, wonach diese Klausel, unabhängig von der bereits ausführlich erörterten Thematik, vor Gericht auch an diesen Punkten scheitern hätte können.¹¹⁸

Rössl bringt dazu, nach Ansicht des Verfassers dieser Arbeit, treffend ins Spiel, dass auch aus dem Blickpunkt des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG von einer wirksamen Nachfolgeindexbestimmung auszugehen ist. Solange der festgelegte Wertparameter veröffentlicht wird, gibt es keine Einflussmöglichkeit des Vermieters, ebenso wenig wie auf die Tatsache, dass irgendwann der unwahrscheinliche Fall eintritt, dass der Index

¹¹⁸ Siehe dazu näher *Karauscheck*, Unglückliche Wertsicherungsklausel, immo aktuell 2023, 121 (123).

nicht mehr veröffentlicht wird. Sollte es tatsächlich zum notwendigen Wechsel des Index kommen müssen, so stünde dem Vermieter aufgrund der (kritisierten) Klausel auch kein willkürliches Wahlrecht zu, es muss im Vertragsverhältnis der dem bisherigen Index am meisten ähnliche neue Wertparameter gewählt werden.¹¹⁹ Bei kundenfeindlichster Auslegung könnte lediglich davon ausgegangen werden, dass die Wahl vom Vermieter getroffen wird, dieser kann jedoch aufgrund dieser Formulierung nur den im Vergleich zum bisherigen Index ähnlichsten Index auswählen. Bei (theoretischer) Information sämtlicher Umstände über die verschiedenen Wertparameter und vollkommen objektiver zukünftiger Betrachtung ohne Berücksichtigung eigener Interessen, stünde überhaupt nur ein in Frage kommender Index zur Verfügung oder verschiedene Indizes, die sich dann wiederum gänzlich gleichen müssten. Faktisch würde damit die Wahl vom Vermieter getroffen werden, jedoch ohne wirkliches Auswahlrecht, nachdem es nur eine Alternative, respektive mehrere Alternativen, die sich gänzlich gleichen, gäbe.

Karauscheck wiederum befasst sich nicht umfänglich mit der Thematik des Nachfolgeindexes, sondern zielt auf die Wertsicherungsklausel in ihrer Gesamtheit ab. Aufgrund der fehlenden Ausgangsbasis des Indexes, fehlender Schwellenwert und allgemein ungünstiger Formulierung, sei demnach vom OGH erwartungsgemäß so zu entscheiden gewesen.¹²⁰

Rosifka, als Mitglied der Arbeiterkammer Wiens, nimmt dazu eine sehr mieterfreundliche Stellung ein und vermag Wertsicherungsvereinbarungen als solche nicht (bzw nur teilweise) anerkennen, nachdem es laut ihm an der sachlichen Rechtfertigung mangle. Er argumentiert, das Mietobjekt werde während der Vertragsdauer weiter abgenützt, wobei im Gegenzug die Miete steige. Für den Vermieter käme es „mangels vergleichbarer Kostensteigerung iZm der vermieteten Immobilie“ zu keiner sachlichen Rechtfertigung nach dem Verbraucherpreisindex, oder gar dem Baukostenindex. *Rosifka* spricht sich für eine Teilindexierung der Miete aus, nämlich nur für den Teil des Hauptmietzinses, der üblicherweise für laufende Erhaltung veranschlagt wird.¹²¹

¹¹⁹ *Rössl*, (Un-)Wirksamkeit Wertsicherungsvereinbarungen, ÖBA 2023, 650 (651).

¹²⁰ *Karauscheck*, Unglückliche Wertsicherungsklausel, immo aktuell 2023, 121 (123 f).

¹²¹ *Rosifka*, Preisänderungsklauseln in Wohnungsmietverträgen, VbR 2023, 160 (163 ff).

Auch wenn hier aus Mietersicht Argumente dahingehend gefunden werden wollen, weshalb Wertsicherungsvereinbarungen allgemeine ihre Daseinsberechtigung verlieren sollen, sind diese nach Ansicht des Autors dieser Arbeit und auch nach Ausführungen des OGH¹²² weitestgehend entkräftet. Die Behauptung, Vermieter hätten keinen, mit dem aufgrund der Wertsicherungsvereinbarung vergleichbaren Kostenanstieg zu bewältigen, braucht nur ein kurzer Rückblick der letzten Monate entgegengehalten werden. In der jüngeren Vergangenheit kam es zu massiven Bau- und Lohnkostensteigerungen im Bau- und Baunebengewerbe. Aus der Praxis gesprochen kann gesagt werden, dass die Preise für Erhaltungs- oder Sanierungsarbeiten zu Zeiten von Corona nicht entsprechend den jeweiligen Baukosten- bzw Baupreisindizes gestiegen sind, sondern darüber hinaus. Überdies haben sämtliche Akteure am Markt derzeit mit einem Zinsniveau zu kämpfen, wie es zuletzt um die Jahrtausendwende vorhanden war.¹²³ Viele Investitionen in Immobilien der letzten Jahre sind aktuell aufgrund der gestiegenen Zinsen und der erschwerten Ankaufssituation davor, nicht mehr rentabel. Die im Unterton mitschwingende Behauptung, die Kosten auf Mieterseiten steigen, während der Vermieter laufend seine Renditen steigern könnte, kann nach Ansicht des Autors dieser Arbeit keinesfalls geteilt werden.

Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, auch wenn man zur Ansicht gelangt, dass die Regelungen über den Nachfolgeindex unwirksam seien, eine zumindest teilweise Heilung der Wertsicherungsklausel durch eine Klausel-Teilung zu diskutieren ist. Siehe dazu näher Punkt 4.3 dieser Arbeit.

4.2.2 Preiserhöhung innerhalb der ersten beiden Monate ab Vertragsbeginn

Erstmalig vom OGH in seiner Entscheidung OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t festgelegt, wenige Wochen später in der Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h bestätigt und zu Beginn 2024 durch die Entscheidung OGH 24.01.2024 9 Ob 4/23p bekräftigt, gelte § 6 Abs 2 Z 4 KSchG damit auch für Mietverträge, respektive Wertsicherungsvereinbarungen.

¹²² Siehe zum Beispiel dazu OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f aber auch RIS-Justiz RS0069701 bzw RIS-Justiz RS0069544.

¹²³ Statistik zum EZB-Leitzins nach *Statista Research Department*, Entwicklung des Zinssatzes der Europäischen Zentralbank für das Hauptrefinanzierungsgeschäft von 1999 bis 2023, de.statista.com (Stand 10.12.2023).

Nach Ansicht des OGH sei dabei zu berücksichtigen, dass dem Vermieter¹²⁴ in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss kein höheres, als das ursprünglich vereinbarte Entgelt zusteht.

Damit es überhaupt zu einer derartigen Situation kommen kann, bedarf es grundlegend einer Wertsicherungsvereinbarung, die eine Möglichkeit der Wertanpassung der Miete vertraglich regelt. Ohne entsprechende vertragliche Regelung gilt der ursprünglich vereinbarte Mietzins, ganz nach dem Grundsatz „pacta sunt servanda“, auf die Dauer des Mietverhältnisses als fixiert.¹²⁵

Wie bereits unter Punkt 3.3.2.2. dieser Arbeit festgehalten, war der ursprüngliche Gedanke der 2-Monats-Frist des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG als Vorkehrung für kurzfristig zu erfüllende Verträge zu verstehen. Entsprechend dem Gedanken, ein Unternehmer könne wohl entsprechend kalkulieren, um einem Verbraucher für einen Zeitraum von 2 Monaten den Preis halten zu können. Dass diese gesetzliche Bestimmung auch für die Immobilienwirtschaft Geltung entfalten könnte, wurde von sämtlichen Akteuren am Immobilienmarkt über Jahrzehnte verkannt.¹²⁶

Als möglichen Grund (und gleichermaßen Kritik an den Entscheidungen) könnte neben dem bereits Erläuterten genannt werden, dass es in vielen Fällen, an der grundsätzlichen Möglichkeit des Eintritts scheitern könnte, dass es in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss zu einer Mieterhöhung kommen kann.

Einleitend dazu muss kurz festgehalten werden, dass das Gesetz nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG vom Vertragsabschluss spricht, in Mietverhältnissen ist der Vertragsbeginn das oft wesentlich interessantere Ereignis. Der Vertrag im Mietverhältnis wird oft Tage, Wochen oder Monate vor dem Mietbeginn abgeschlossen. Für den Fall, dass ein schriftlicher Vertrag nach dem Mietbeginn unterschrieben wird, ist davon auszugehen, dass es davor zumindest zu einem schlüssigen Vertragsabschluss gekommen ist. Der

¹²⁴ Im Gesetz wird klarerweise vom Unternehmer gesprochen.

¹²⁵ Siehe dazu bereits Punkt 2.3 bzw 3 dieser Arbeit.

¹²⁶ Dazu näher bereits unter dem erwähnten Punkt 3.3.2.2. dieser Arbeit sowie zB *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 6 KSchG Rz 189 f (Stand 1.1.2002, rdb.at).

tatsächliche Vertragsabschluss ist damit spätestens das Datum des Mietbeginns, in der Regel ein Monatserster.

Im Vollenwendungsbereich des MRG wird in § 16 Abs 9 iVm § 16 Abs 6 3. S MRG klar geregelt, welche Fristen für eine Wertsicherung des Hauptmietzinses einzuhalten sind. Gemäß § 16 Abs 9 MRG gilt ab Wirksamwerden einer Indexveränderung diese für den Mieter, wenn der Vermieter spätestens 14 Tage vor dem Zinstermin die wirksam gewordene Indexveränderung in Form eines Erhöhungsbegehrens mitgeteilt hat. Das mietrechtliche Wirksamwerden von Indexveränderungen richtet sich nach § 16 Abs 6 3. S MRG. Demnach gilt die neue Indexzahl ab Verlautbarung durch die entsprechende Stelle mit dem folgenden, übernächsten Monatsersten.

Ohne sich in diesem Schritt näher mit den jeweiligen Verlautbarungsterminen zu beschäftigen, kann man hier erkennen, dass bereits einiges an Zeit vergeht, bis die Indexerhöhung per Gesetz an die Mieter weitergegeben werden darf. Aufgrund der Tatsache, dass die mietrechtliche Wirksamkeit erst mit dem auf die Verlautbarung darauffolgenden übernächsten Monatsersten eintritt, vergehen mindestens 1 Monat und 1 Tag¹²⁷, bis die mietrechtliche Wirksamkeit eintritt. Ab mietrechtlicher Wirksamkeit muss im Vollenwendungsbereich des MRG dem Mieter ein Erhöhungsbegehren zugesendet werden, spätestens 14 Tage vor dem jeweiligen Zinstermin, damit wird die jeweilige Mieterhöhung frühestens 1 Monat nach dem mietrechtlichen Wirksamwerden der Indexerhöhung beim Mieter schlagend. Daraus ergibt sich, dass im Vollenwendungsbereich des MRG mindestens 2 Monate und 1 Tag ab Veröffentlichung einer Indexzahl vergehen, bis dem Mieter eine allfällige Mieterhöhung angelastet werden kann. Dabei ist weder die Zeit berücksichtigt, die vergeht, bis von den jeweiligen Stellen eine neue Indexzahl überhaupt veröffentlicht wird, noch der Zeitraum, bis der jeweilige Schwellenwert des Index erreicht wird, damit eine Erhöhung überhaupt weiter gegeben werden darf.

Holzapfel/Sammer erkennen dabei richtigerweise, dass auch, wenn im kundenfeindlichsten Sinne auszulegen wäre¹²⁸, das Auslegungsergebnis über das Ziel hinauschieße, nachdem es aufgrund des vorgezeichneten Modus des Gesetzes

¹²⁷ Wenn die neue Indexzahl am letzten Tag eines Monats veröffentlicht werden würde, in der Regel werden Indexzahlen Mitte des Monats veröffentlicht.

¹²⁸ Was in diesem Falle ebenfalls kritisch gesehen wird.

(zumindest im Vollenwendungsbereich des MRG) nicht denkmöglich ist, in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss eine Erhöhung des Entgelts vorzusehen. Nachdem es rechtlich nicht möglich sei, dass es innerhalb des 2-Monats-Zeitraumes nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG zu einer Erhöhung komme, kann ein fehlender Ausschluss keinen korrekturbedürftigen Verstoß darstellen. Ein derartiger Ausschluss wäre als eine Art Formalität zu betrachten, nachdem die Mieterhöhung aufgrund anderer gesetzlicher Vorkehrungen, nicht eintreten könne. Es wurde schlichtweg unterlassen, etwas auszuschließen, dass bereits per Gesetz ausgeschlossen ist.¹²⁹

Davor nicht angesprochen wurde bislang die Thematik der jeweiligen Veröffentlichungstermine der Wertindizes. Dies wirkt natürlich auch in den Bereich des MRG hinein, grundlegend ist es aber für das Aufzeigen der faktischen Unmöglichkeit außerhalb des Vollenwendungsbereiches des MRG interessant. Sieht man sich die Veröffentlichungstermine der *Statistik Austria* näher an, so fällt auf, dass die endgültigen Indexzahlen des Verbraucherpreisindex immer um den 20. des übernächsten Monats veröffentlicht werden. Sprich die endgültige Indexzahl für Oktober wird um den 20. Dezember veröffentlicht.¹³⁰

Unterstellt man nun, dass sowohl Vermieter als auch Mieter, auch wenn die Wertsicherungsklausel außerhalb des Vollenwendungsbereichs des MRG dies nicht explizit vorsieht, im Sinne der einfacheren Handhabung des Mietverhältnisses, sowie der üblichen Verkehrssitte die Klausel so verstehen, dass eine Anpassung des Mietzinses frühestens mit dem auf die Veröffentlichung der neuen Indexzahl darauffolgenden Zinstermin erfolgen kann, dann kann auch außerhalb des MRG denkmöglich keine Situation entstehen, in der in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss eine Anpassung des Entgelts denkbar wäre. *Karauscheck* führt dazu treffend aus, dass kein Rechtsanwalt, Urkundenverfasser, Hausverwalter oder Vermieter Interesse daran habe, dass die Miete innerhalb von 2 Monaten ab Vertragsabschluss bereits wieder zu ändern.¹³¹ Aus der Praxis gesprochen kann diese Ansicht umfänglich geteilt werden. Mietanpassungen bringen klarerweise auch einen Verwaltungsaufwand mit sich,

¹²⁹ *Holzapfel/Sammer*, Mietvertragliche Wertsicherungsklauseln auf dem Prüfstand, *immo* 2023, 322 (323).

¹³⁰ Genauen Veröffentlichungstermine nach *Statistik Austria*, Veröffentlichungskalender, *statistik.at* (Stand 10.12.2023).

¹³¹ *Karauscheck*, Unglückliche Wertsicherungsklausel, *immo* aktuell 2023, 121 (124).

außerdem wird in der Regel ein langfristiges Vertragsverhältnis angestrebt, dass man nicht bereits wenige Tage oder Wochen nach Vertragsabschluss gefährden will.

Zudem müsse man sich vor Augen führen, dass klassische Wertsicherungsvereinbarungen einen Schwellenwert vorsehen, der erst bei Über- oder Unterschreiten desselben zu einer Mietanpassung führen kann. In der Regel liegt die Schwelle bei +/- 3 bzw 5 %. Geht man von einer 5%igen Schwelle aus, so bedeute dies, unabhängig von Veröffentlichungsterminen, die schon per se dazu führen, dass es in den ersten beiden Monaten nicht zur Erhöhung kommen kann, eine Inflation von 30% pro Jahr. Zuletzt wurde mit einer jährlichen Inflation von 11,1% im Jänner 2023 der Höchststand seit 70 Jahren erreicht¹³², eine 30%ige Jahresinflation, die ein Erreichen der 5%-Schwelle innerhalb der ersten beiden Monate ab Vertragsabschluss rechtfertigen würde, ist schon mehr als unrealistisch. Darüber hinaus gäbe es vermutlich weitaus drastischere Probleme unserer Volkswirtschaft, hätten wir mit einer derartigen Inflation zu kämpfen.¹³³

Fidler hat sich im Detail mit der Frage des maßgeblichen Zeitpunkts nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG auseinandergesetzt. Zusammenfassend nach Beiträgen von *Krejci*, *Koch* und *Iro* seien grds nur Erhöhungen iSd § 6 Abs 2 Z 4 KSchG schädlich, die vor Beginn des Erfüllungsstadiums eintreten. Sprich nur Erhöhungen, die bereits vor Übergabe des Mietverhältnisses schlagend werden, seien von § 6 Abs 2 Z 4 KSchG auf Dauerschuldverhältnisse anwendbar. Diese Überlegungen wurden vom OGH dazu scheinbar nicht geteilt, bzw im Rahmen der beiden Entscheidungen anders ausgelegt.¹³⁴ Hält man an den Ausführungen nach *Fidler* an, so kommt man zum Schluss, dass (zumindest bei den meisten üblichen Wertsicherungsvereinbarungen) eine Erhöhung vor der tatsächlichen Übergabe des Mietgegenstandes idR vertraglich nicht gedeckt ist, damit eine Erhöhung in diesem Zeitraum nicht forderbar ist, und somit eine Anwendung des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG ausgeschlossen scheint.

¹³² *DerStandard*, Höchster Wert seit 70 Jahren - 11,1 Prozent: Inflation erreicht im Jänner überraschend neuen Höchststand, derstandard.at.

¹³³ Ebenso nach *Karauscheck*, Unglückliche Wertsicherungsklausel, immo aktuell 2023, 121 (124).

¹³⁴ Unter Berücksichtigung der Beiträge und Überlegungen von *Krejci*, *Koch* und *Iro* nach *Fidler*, Inflationsbewältigung durch Vertragsrecht? Ein Beitrag zur Auslegung der § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2023, 399 (404).

Prader kritisiert treffenderweise den Widerspruch des OGH in seiner Entscheidung OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t: Dort wird auf die hier bereits mehrfach zitierte 9. Mietrechtliche Klauselentscheidung¹³⁵ verwiesen, in der die dort zu beurteilende Wertsicherungsvereinbarung als wirksam zu beurteilen war. Allerdings sah auch diese Wertsicherungsabrede keinen Ausschluss der Entgeltanpassung für die ersten beiden Monate ab Vertragsabschluss vor. Wie kann eine Klausel als zulässig, die andere jedoch als unzulässig erachtet werden, wenngleich doch beide keine Vorkehrungen in Hinblick auf § 6 Abs 2 Z 4 KSchG treffen?¹³⁶

Zusammenfassend ließen sich einige Argumente gegen die Ausführungen des OGH finden. Sei es dadurch bedingt, dass es aufgrund der zeitlichen Komponenten sowohl im, als auch außerhalb des MRG faktisch nicht zur Erhöhung innerhalb von 2 Monaten kommen könne, oder dass § 6 Abs 2 Z 4 KSchG für Dauerschuldverhältnisse entsprechend den Ausführungen von *Fidler* ausgelegt werden müsse, wonach die Anwendbarkeit nach dem tatsächlichen Mietbeginn ende, und damit im Regelfall in der Zwischenzeit die Verträge keine Anpassungsmöglichkeiten vorsehen.

Karauscheck fügt all den vorangegangenen Überlegungen hinzu, dass es sich bei den Preisanpassungen nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG um ein hypothetisches Problem handle, welches bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nach § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, sowie § 6 Abs 3 KSchG, bei „historischen Verträgen“ aufgrund der vorliegenden Faktizität dessen, dass es bei den jeweiligen Mietverhältnissen eben nicht innerhalb von 2 Monaten zu einer Entgeltanpassung gekommen ist, keines Eingriffs durch die Rechtsprechung bedürfte. § 6 Abs 2 Z 4 KSchG soll den Verbraucher vor Überraschungen im Vertragsverhältnis schützen. Bei einem Vertrag, der bereits Monate, Jahre oder gar Jahrzehnte überstanden hat, ohne dass in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss eine Erhöhung nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG gegeben hätte, ist kein Überraschungseffekt eingetreten. Bei bestehenden Verträgen, die vor der Entscheidung OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t abgeschlossen wurden, sei demnach von keiner Korrekturbedürftigkeit auszugehen, wenn es im besagten Zeitraum zu keiner Erhöhung gekommen war. Die Schutzfunktion des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG sei erfüllt, das Rad der Zeit ließe sich auch nicht mehr zurückdrehen, weshalb man sich nicht nachträglich mit theoretischen

¹³⁵ OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f.

¹³⁶ *Prader*, OGH kippt Wertsicherungsvereinbarung in Mietverträgen, Zak 2023, 164 (164).

Verbraucherschutzproblemen befassen müsse, die nie realisiert wurden. Der Schutzzweck sei der tatsächliche Verbraucherschutz.¹³⁷

Auch Argumente europarechtlicher Natur können den beiden Entscheidungen des OGH entgegengehalten werden. § 6 Abs 2 Z 4 KSchG wurde vor dem Hintergrund der Unzulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion ausgelegt, woraus sich (unter anderem) in OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t und OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h eine gänzliche Unzulässigkeit der Wertsicherungsvereinbarung ergeben hat. *Parapatits* kritisiert dahingehend die Rechtsprechung, dass es in Hinblick auf § 6 Abs 2 Z 4 KSchG keiner unionsrechtskonformen Interpretation bedürfte. Die europäische Rechtsprechung sei nur dort anwendbar, wo die KlauselRL auch verpflichtende, mindestharmonisierende Vorgaben macht. § 6 Abs 2 Z 4 KSchG wurde bereits 1979 eingeführt, wonach nicht von einer Umsetzung der KlauselRL auszugehen sei. Damit liege es am nationalen Recht, inwiefern unzulässige Klauseln auszulegen sind, ob geltungserhaltend reduziert werden dürfe, die ergänzende Vertragsauslegung zur Anwendung gelange, oder eine Lückenschließung mittels nationalem Recht möglich sei.¹³⁸

Abschließend dazu muss allerdings hinzugefügt werden, dass sich der OGH in jüngster Vergangenheit mehrfach für die Anwendbarkeit des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG ausgesprochen hat und damit in gewisser Weise von ständiger Rechtsprechung auszugehen ist.¹³⁹

4.2.3 Rückwirkende Indexbasis

Für die durch die Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h auftuende Problematik der rückwirkenden Indexbasis lassen sich nur schwer Argumente finden, die dem OGH entgegen zu halten sind.

Im Rahmen der Entscheidung wurde, neben der bereits ausführlich besprochenen Problematik nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, das Thema aufgegriffen, dass bisherige Wertsicherungsvereinbarungen iZm Richtwertmietzinsen eine rückwirkende

¹³⁷ *Karauscheck*, Unglückliche Wertsicherungsklausel, immo aktuell 2023, 121 (124) aber auch *Karauscheck*, 8 Ob 37/23h und § 5 RWG doch (k)ein Paukenschlag? 5 Ob 89/23h und wieder eine intransparente Klausel - Verbandsprozesse über die Zulässigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen in Verbraucher-Mietverträgen, immo aktuell 2023, 219 (220).

¹³⁸ Detailliertere Ausführungen nach *Parapatits*, Keine(?) Sorge vor dem EuGH, ÖJZ 2023, 716.

¹³⁹ Siehe dazu zum Beispiel OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t, OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h oder OGH 24.01.2024 9 Ob 4/23p.

Indexausgangsbasis vorgesehen haben. Dies wurde vom OGH als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB angesehen, damit wären auch Wertsicherungsabreden außerhalb des KSchG, zB in Untermietverträgen, mit Indexbasis in der Vergangenheit, unzulässig.¹⁴⁰

Die rückwirkende Indexbasis kommt dadurch zustande, dass den jeweiligen Richtwerten ein Ausgangswert zugrunde liegt, der nur periodisch geändert wird. Werden im April die neuen Richtwertbeträge für die jeweiligen Bundesländer verlautbart, so liegen diesen als Wertmaßstab der Jahresdurchschnittswert des Vorjahres des Verbraucherpreisindex 2010 gemäß § 5 Abs 2 RichtWG zu Grunde.¹⁴¹ Bis zur entsprechenden Veröffentlichung des Richtwertes im April, wird sich der Verbraucherpreisindex mit äußerst hoher Wahrscheinlichkeit im Vergleich zum Jahresdurchschnittswert des Vorjahres, bereits wieder erhöht haben. Die bislang üblichen Klauseln sahen den jeweils geltenden Index als Ausgangsbasis im Mietverhältnis vor, wonach eine Wertsicherung entsprechend der Richtwertveränderung vorgenommen wurde.

Vor dem Hintergrund der zurückliegenden Wertsicherungsausgangsbasis, kann der Klassifizierung als gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB nichts entgegen gehalten werden. Bereits vor über 10 Jahren wurde eine rückwirkende Indexbasis als unzulässig erklärt, damals allerdings im Rahmen der Geltungskontrolle nach § 864a ABGB. Die Klausel war zwar unter dem Punkt „Wertsicherung“ im Vertragswerk zu finden, dass sich dahinter jedoch eine hohe „schlummernde“ Wertanpassung verstecke, laufe nicht mit der Geltungskontrolle konform.¹⁴²

Holzapfel/Sammer argumentieren hierzu, dass die Qualifikation der Wertsicherungsabrede in dieser Form nach § 879 Abs 3 ABGB am Ziel vorbeischieße, nachdem das zu zahlende Mietentgelt eine Haupt- und keine Nebenleistungspflicht des Mieters umfasse. Dem sei entgegen zu halten, dass Wertanpassungsklauseln nach Ansicht des OGH aus früheren Entscheidungen nicht mehr der Hauptleistungspflicht zuzurechnen

¹⁴⁰ Siehe neben OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h auch *Karauscheck*, 8 Ob 37/23h und § 5 RWG, immo aktuell 2023, 219 (219).

¹⁴¹ Dieser Modus wurde durch das 3. MILG geändert. Ab 2027 wird bei der Berechnung der Richtwerte eine Betrachtung von 3 Jahren herangezogen.

¹⁴² OGH 30.08.2011 10 Ob 50/11t.

sind.¹⁴³ Eine Argumentation, die hingegen mit *Holzapfel/Sammer* in diesem Zusammenhang geteilt werden kann, gründet in der Tatsache, dass die vertragliche Wertsicherungssystematik bloß am Modus des Gesetzes festhält. Die Berücksichtigung „früherer“ eintretender Wertsteigerungen sei systemimmanent, nachdem die gesetzliche Valorisierung für Mietzinsobergrenzen gelte.¹⁴⁴ Seitens des Autors dieser Arbeit können die Bedenken des OGH hinsichtlich einer rückwirkenden Indexbasis geteilt werden. In vielen Fällen liegt dabei die Indexbasis oft viele Monate vor dem tatsächlichen Vertragsabschluss. Die Qualifikation als gröbliche Benachteiligung in Anbetracht dessen, dass lediglich das gesetzliche Modell abgebildet wurde, ist allerdings als kritisch zu betrachten.

Scharmer spricht sich wage dazu aus, dass bei einer Einzelfallbetrachtung die bisher übliche Koppelung der Wertsicherung im Richtwertmietzinsbereich an den gesetzlichen Modus zulässig sein könnte, wenn zwischen Mietvertragsabschluss und letzter Valorisierung nur wenig Zeit vergangen sei. Sechs Monate seien dabei als absolute, zeitliche Obergrenze anzusehen.¹⁴⁵ Auch wenn diese Ansicht vom Verfasser dieser Arbeit unter Berücksichtigung der hier besprochenen höchstgerichtlichen Entscheidungen nicht geteilt wird, respektive vor dem OGH vermutlich nicht hält, muss dazu noch ergänzend ausgeführt werden, dass es für den möglichen Lösungsweg *Scharmers* einer zusätzlichen Lösung bedürfte, für jene Verträge, die gerade nicht in diesen Zeitraum fallen. Die Wahl des jeweiligen Mietvertragsmusters, anhand der vergangenen Zeit im Vergleich zur letzten Richtwertverlautbarung, scheint als mögliche Alternative für Vertragserrichter und Hausverwalter wenig praktikabel und handhabbar.

Aufgrund dessen, dass sich ansonsten gegen die Thematik der rückwirkenden Indexbasis nur wenig entgegenhalten lässt, widmen sich unterschiedlichste Stimmen der Literatur im Zusammenhang mit der Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h lediglich der Vereinbarkeit mit § 6 Abs 2 Z 4 KSchG und lassen die Problematik der rückwirkenden

¹⁴³ Siehe dazu die bereits in Punkt 3.2.3. dieser Arbeit zitierte Entscheidung zu Zinsanpassungsklauseln OGH 13.10.2009 5 Ob 138/09v.

¹⁴⁴ *Holzapfel/Sammer*, Wertsicherungsklauseln Prüfstand, immolex 2023, 322 (324).

¹⁴⁵ *Scharmer*, Zur Zulässigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen (Indexklauseln) in Verbraucher-Mietverträgen – Grundsätzliches und Spezielles aus Anlass der „Paukenschläge“ OGH 2 Ob 63/23 und 8 Ob 37/23h, wobl 2023, 291 (298 f).

Indexbasis außen vor, oder geben nur den Inhalt der höchstgerichtlichen Entscheidung wieder.¹⁴⁶

4.3 Klausel-Teilbarkeit

Nachdem bisher Erörterten stellt sich berechtigter Weise die Frage, in welchem Umfang die vom OGH beanstandeten Klauseln unwirksam sind.

Wie bereits unter Punkt 3.3.3 dargestellt, führt die Auslegungsmaxime der geltungserhaltenden Reduktion idR dazu, dass die Klausel als solche ersatzlos aus dem Vertragsverhältnis entfällt. Vor allem aber bei Regelungen über Nachfolgeindizes könnte man die Überlegung anstellen, ob dabei nicht eine eigenständige, von der generellen Wertsicherungsklausel unabhängige, Klausel vorliege.

In jüngerer vom EuGH ergangener Rechtsprechung, wurde zumindest die Möglichkeit der Klausel-Teilung angedeutet. In gegenständlichem Fall sah die Klausel eine Wahlmöglichkeit des Unternehmers zwischen pauschaliertem Schadenersatz in Prozenten, oder dem Schadenersatzmodell nach dem Gesetz vor. Aufgrund der echten Wahlmöglichkeit des Unternehmers, die ein erhebliches Ungleichgewicht zulasten des Verbrauchers verursacht, wurde die gesamte Klausel für nichtig erklärt. Den Ausführungen des EuGH zufolge kann aber entnommen werden, dass eine Teilbarkeit der Klausel prinzipiell denkbar wäre.¹⁴⁷

Prader führt dazu ergänzend richtigerweise aus, dass die Teilbarkeit der Klausel demzufolge davon abhängt, ob die Gesamtklausel zum Nachteil des Verbrauchers geschaffen wurde, oder ob eine an sich vertretbare Klausel lediglich an den Bedingungen des Verbraucherschutzes gescheitert ist.¹⁴⁸ Das Bedürfnis des Vermieters, die Mieten gegen die Geldentwertung mithilfe von Wertsicherungsvereinbarungen abzusichern, wurde vom OGH grundsätzlich als zulässig erklärt.¹⁴⁹ Die Regelungen über Nachfolgeindizes sollen dieses legitime Bedürfnis nur für den Fall, dass der jeweilige

¹⁴⁶ So beispielsweise *Karauscheck*, 8 Ob 37/23h und § 5 RWG, immo aktuell 2023, 219 aber auch *Rössl*, (Un-) Wirksamkeit Wertsicherungsvereinbarungen, ÖBA 2023, 650.

¹⁴⁷ EuGH C-625/21, *Gupfinger*, ECLI:EU:C:2022:971, Rn 32 ff.

¹⁴⁸ *Prader*, OGH kippt Wertsicherung, Zak 2023, 164 (164 f).

¹⁴⁹ OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f.

Wertparameter in Zukunft nicht mehr verlautbart wird, absichern. Bei Betrachtung der Interessenslage und der generellen Zulässigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen, kann daher davon ausgegangen werden, dass eine Nachfolgeindexbestimmung gerade nicht zum bloßen Nachteil des Verbrauchers geschaffen wurde, weshalb nach den Ausführungen des EuGH¹⁵⁰ grundsätzlich, zumindest in diesem Brandherd rund um das brisante Thema der Nachfolgeindexbestimmungen, von einer Klausel-Teilbarkeit ausgegangen werden könnte. Dies hätte zum Ergebnis, dass zwar der Nachfolgeindex aufgrund des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG bzw § 6 Abs 3 KSchG für unzulässig erklärt werden müsse, der Hauptteil der Klausel, nämlich die Wertsicherungsvereinbarung, als solche Bestand hätte.

Auch *Rössl* beschäftigte sich mit dem Thema der Klausel-Teilbarkeit und weist darauf hin, dass eine faktisch teilbare Klausel, entsprechend den Ausführungen *Praders*, auch rechtlich teilbar sein müsse. Treffenderweise wird erörtert, dass der EuGH in der Rechtssache *Gupfinger*¹⁵¹ unter anderem auch für die Ausgewogenheit und Gleichheit der Parteien im Vertragsverhältnis plädierte. Vor dieser Zielsetzung könne wohl kaum von einem ausgeglichenen Vertragsverhältnis die Rede sein, wenn sich der Vermieter aufgrund des gänzlichen (und nicht bloß teilweisen) Entfalls der Wertsicherungsklausel lediglich auf den Mietzins berufen könne, den er womöglich vor vielen Jahren oder gar Jahrzehnten einst vereinbart hatte.¹⁵²

Auch *Leitner* spricht sich dafür aus, dass die Bestimmungen über einen Nachfolgeindex im Rahmen einer Art „blue-pencil-test“ gestrichen werden können, ohne dass es zu einer Sinnverschiebung der Wertsicherungsvereinbarung komme.¹⁵³

Die Gliederung des Klauselwerks ist nicht maßgeblich dafür, ob die eine Klausel als eigenständig anzusehen ist. Mehrere getrennt zu betrachtende Klauseln können nach dem OGH sehr wohl in einem Punkt, oder gar einem Satz des Vertragswerkes vorliegen. Es

¹⁵⁰ EuGH C-625/21, *Gupfinger*, ECLI:EU:C:2022:971, Rn 32 ff.

¹⁵¹ EuGH C-625/21, *Gupfinger*, ECLI:EU:C:2022:971.

¹⁵² *Rössl*, (Un-)Wirksamkeit Wertsicherungsvereinbarungen, ÖBA 2023, 650 (652 f).

¹⁵³ *Leitner*, Wirksamkeit von Indexklauseln in Mietverträgen, wobl 2023, 422 (423 f).

kommt auf den materiell eigenständigen Regelungsbereich an, der gegeben ist, wenn die Bestimmungen isoliert voneinander wahrzunehmen sind.¹⁵⁴

Scharmer ergänzt zu diesen Überlegungen treffenderweise, dass eine Nachfolgeindex-Klausel, ohne entsprechende Wertsicherungsklausel im Allgemeinen, für sich isoliert betrachtet wenig verständlich ist, und einen anderen Regelungsinhalt als der Hauptteil der Wertsicherungsabrede enthalte. Demnach würde vieles für eine eigenständige Klausel und damit für eine Klausel-Teilbarkeit sprechen.¹⁵⁵

Diese Überlegungen sind in Hinblick auf die Entscheidung OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t allerdings nur wenig relevant, nachdem § 6 Abs 2 Z 4 KSchG mit seinen Regelungen über mögliche Preisanpassungen in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss, laut OGH sehr wohl auf die Hauptklausel durchschlagen. Kommt man zur Erkenntnis, dass einerseits von einer Klausel-Teilbarkeit iZm Nachfolgeindizes auszugehen ist, andererseits § 6 Abs 2 Z 4 KSchG auf Mietverhältnisse aufgrund verschiedenster Faktoren (siehe dazu Punkt 4.2.2 dieser Arbeit) nicht anwendbar wäre, so könnte von der gesamtheitlichen Bestandskraft der bemängelten Klauseln gesprochen werden.

4.4 Rechtsfolgen der Unwirksamkeit

Im Rahmen dieser Arbeit wurden den Ausführungen des OGH bislang einige Argumente entgegengehalten, die die Entscheidungen OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t, sowie OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h in Frage stellen. Die Rechtsprechung ist allerdings bereits ergangen, weshalb man sich an diesem Punkt die Frage zu stellen hat, welche Konsequenzen eine mögliche Unwirksamkeit der Wertsicherungsvereinbarung nach sich ziehen.

Einerseits kann festgehalten werden, dass bei Unwirksamkeit der Wertsicherungsabrede der Mietvertrag ohne Wertsicherungsvereinbarung weiter gilt. Der Vermieter wäre daher an die ursprünglich vereinbarte Miete über die Laufzeit des Vertrages gebunden. In Zukunft wären damit keine Mietzinsanpassungen möglich.

¹⁵⁴ Siehe dazu RIS-Justiz RS0121187 aber auch die Ausführungen nach *Leitner*, Wirksamkeit Indexklauseln, wobl 2023, 422 (423 f).

¹⁵⁵ *Scharmer*, Zulässigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen, wobl 2023, 291 (304).

Andererseits könnten die (nunmehr) zu viel bezahlten Mietzinse vom Vermieter nach den allgemeinen, bereicherungsrechtlichen Vorschriften §§ 1431 ff ABGB zurückgefordert werden.¹⁵⁶

Wird aufgrund der unwirksamen Wertsicherungsklausel damit rechtsgrundlos ein zu hohes Entgelt geleistet, stehen dem Mieter bereicherungsrechtliche Ansprüche gegenüber dem Vermieter zu. Die Verjährungsfrist dabei beträgt nach der allgemeinen Regel des § 1478 ABGB 30 Jahre.¹⁵⁷

Grundsätzlich bestehen im österreichischen Rechtsrahmen verschiedenste Ausnahmen der langen Verjährungsfrist. Überdies wurde von der Rechtsprechung auch ausgesprochen, dass kürzere Verjährungsfristen kraft Analogieschlusses zulässig seien.¹⁵⁸ Das Mietrechtsgesetz sieht in § 27 Abs 3 MRG eine dreijährige Verjährungsfrist für die Rückforderung von Zahlungen vor, die entgegen der Bestimmungen der §§ 15 bis 26 MRG geleistet wurden. Damit wären auch zu hohe Hauptmietzinse erfasst. In einem Verfahren betreffend zu Unrecht verrechneter Betriebskosten, erachtete der OGH die analoge Anwendung des § 27 Abs 3 MRG außerhalb des Anwendungsbereiches des MRG mit seiner dreijährigen Verjährungsfrist bereits deshalb für gerechtfertigt, da gerade Mieter im Vollenwendungsbereich des MRG besonders schutzwürdig sind, und diese nicht schlechter gestellt werden dürften als Mieter im Teil- oder Vollaussnahmebereich des Mieterschutzes.¹⁵⁹

Hinter der möglichen dreijährigen Verjährungs- und damit Rückforderungsfrist als kleiner Wehrmutstropfen für Vermieter¹⁶⁰ schwebt jedoch ein großes Fragezeichen aus europarechtlicher Sicht. In jüngeren Entscheidungen des EuGH beschäftigte sich dieser mit der Frage, inwiefern eine kurze, dreijährige Verjährungsfrist, mit dem Unionsrecht

¹⁵⁶ Siehe dazu beispielsweise *Milchrahm/Max*, Zur Unzulässigkeit von Wertsicherungsklauseln in Verbraucher-AGB, GRAU 2023, 117 (125) aber auch *Holzapfel/Sammer*, Wertsicherungsklauseln Prüfstand, immolex 2023, 322 (324 f).

¹⁵⁷ Siehe neben der gesetzlichen Bestimmung auch *Leupold/Gelbmann*, Unzulässige Mietvertragsklauseln, VbR 2023, 110 (111).

¹⁵⁸ Siehe dazu bspw OGH 24.06.2003 4 Ob 73/03v nach *Holzapfel/Sammer*, Wertsicherungsklauseln Prüfstand, immolex 2023, 322 (324).

¹⁵⁹ Siehe dazu näher die Ausführungen des OGH 04.03.2013 8 Ob 12/13t.

¹⁶⁰ Anstatt der 30-jährigen Rückforderungsmöglichkeit nach dem allgemeinen Bereicherungsrecht §§ 1431 ff ABGB.

im Einklang stehen kann.¹⁶¹ Die Erkenntnis daraus besteht zusammengefasst darin, dass kurze Verjährungsfristen, wie beispielsweise drei Jahre, grundsätzlich ausreichend sind, wenn der Fristenlauf mit Kenntnis der Missbräuchlichkeit durch den Verbraucher beginnt.¹⁶²

Im Ergebnis führt dies unter Bedachtnahme auf Unionsrechtsprechung dazu, dass eine analoge Anwendung von § 27 Abs 3 MRG mit seiner kurzen Verjährungsfrist von 3 Jahren ausscheidet, nachdem diese einen kenntnisunabhängigen Fristenlauf vorsieht.¹⁶³

Aus Unionsrechtssicht gehen damit auch Stimmen der Literatur, wie beispielsweise *Leupold/Gelbmann*¹⁶⁴, *Scharmer*¹⁶⁵, sowie sich diesen im Grunde anschließend *Holzapfel/Sammer*¹⁶⁶ von einer 30-jährigen Verjährungsfrist in gegenständlichem Fall der Wertsicherungsvereinbarungen aus.

Dies führt im Ergebnis dazu, dass Mieter 30 Jahre lang rückwirkend zu viel bezahlte Mietzinse, aufgrund hinkender Wertsicherungsvereinbarungen, zurückfordern könnten. Welche Auswirkungen dies auch auf finanzstarke Vermieter und Vermietungsgesellschaften hätte, vermag nicht näher ausgeführt werden.

Der Wunsch *P. Bydlinski* nach einer gesetzlichen Sanierung der derzeit herrschenden Rechtsunsicherheit in diesem Bereich, kann auch vom Autor dieser Arbeit geteilt werden.¹⁶⁷

4.5 Neuabschluss von Wertsicherungsvereinbarungen

Aus Sicht des Autors dieser Arbeit sind von den gegenständlichen Entscheidungen rund um das Thema Wertsicherungsvereinbarungen (zumindest in Hinblick auf § 6 Abs 2 Z 4

¹⁶¹ Zum Beispiel EuGH, C-698/18, *Raiffeisen Bank*, ECLI:EU:C:2020:537.

¹⁶² EuGH, C-698/18, *Raiffeisen Bank*, ECLI:EU:C:2020:537 Rn 63 ff.

¹⁶³ *P. Bydlinski*, OGH und EuGH zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen – Wie soll der Gesetzgeber reagieren?, VbR 2020, 200 (202).

¹⁶⁴ *Leupold/Gelbmann*, Unzulässige Mietvertragsklauseln, VbR 2023, 110 (111) unter Bezugnahme auf verschiedenste Entscheidungen des EuGH.

¹⁶⁵ *Scharmer*, Zulässigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen, wobl 2023, 291 (305).

¹⁶⁶ *Holzapfel/Sammer*, Wertsicherungsklauseln Prüfstand, immolex 2023, 322 (325).

¹⁶⁷ *P. Bydlinski*, Verjährung von Rückforderungsansprüchen, VbR 2020, 200 (202 f).

KSchG) hunderttausende Mietverträge in ganz Österreich betroffen. Erste Anwaltskanzleien bereiten derzeit bereits Sammelklagen vor, weshalb auch in näherer Zukunft, sollte der OGH an seiner Judikaturlinie festhalten und keine gesetzliche Sanierung in Aussicht steht, mit vielen Verfahren in diesem Bereich zu rechnen ist.¹⁶⁸

Für Neuabschlüsse von Mietverhältnissen kann der Problematik relativ einfach entgegengewirkt werden:

Dem OGH kann in Hinblick auf die Problematik iZm unglücklich formulierter Nachfolgeindexbestimmungen dahingehend entgegen gewirkt werden, dass man sich an der Entscheidung OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f orientiert, die auch in OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t für unbedenklich empfunden wurde. Dort wird auf den „an dessen Stelle tretenden Index“ verwiesen, und nicht auf den am meisten entsprechenden Index. Aus der Praxis gesprochen wurden bei einigen Verträgen, vor allem bei Befristungen auf die Nachfolgeindexthematik vollkommen verzichtet. Im schlimmsten Fall würde der unwahrscheinliche Fall eintreten, dass der jeweilige Index nicht mehr verlautbart wird. Da es sich um einen befristeten Vertrag handelt, würde dies dann durch Neuabschluss des Mietvertrages mit anderem Index nach Auslaufen der Befristung saniert werden. Eine andere Möglichkeit wäre hier, den Nachfolgeindex gleich fix zu bestimmen, wie zB den Index für Wohn- und Siedlungsbau.

Hinsichtlich der möglichen Preiserhöhung in den ersten beiden Monaten ab Vertragsabschluss, die nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG als verpönt gilt, kann bei Neuverträgen auch relativ einfach mittels expliziten Ausschlusses im Mietvertrag entgegengewirkt werden. Die Wahrscheinlichkeit ist derartig gering, dass es, unbeschadet der Veröffentlichungstermine der jeweiligen Indizes, zu einer derartigen Erhöhung der Wertparameter innerhalb von zwei Monaten kommen könnte, dass man diesen Ausschluss aus wirtschaftlicher Sicht ohne Weiteres hinnehmen kann.

Zwar ist das für Hausverwaltungen nicht unbedingt leicht in der Handhabung, solange die jeweiligen EDV-Lösungen noch hinterherhinken. Es ist aber trotzdem ein Weg, um auch Richtwert-Wertsicherungsvereinbarungen in den Griff zu bekommen, die Wertsicherung von der jeweiligen Indexzahl des Vertragsabschlusses abhängig zu

¹⁶⁸ Siehe dazu beispielsweise den Beitrag von trend, in dem über die Sammelverfahren der Rechtsanwaltskanzlei Peschel informiert wird. *Proissl*, Unzulässige Inflationsanpassung: Mieterhöhung kann zurückgefordert werden, trend.at (Stand 09.01.2024).

machen, und dann bei der ersten Erhöhung der Richtwerte nur eine anteilige Anpassung vorzunehmen.

Bei neu abzuschließenden Mietverhältnissen kann man als Vermieter, Hausverwalter oder Vertragserrichter auf die geänderten Umstände leicht Rücksicht nehmen, auch wenn die bisherigen Lösungsansätze, die sich bieten, teilweise noch umständlich im operativen Geschäft handzuhaben sind.

4.6 Wertsicherungsvereinbarungen im Verhältnis zum „Mietpreisdeckel“

Lange auf politischer und medialer Ebene diskutiert, wurde mit Ende des Jahres 2023 nun schlussendlich doch der „Mietpreisdeckel“, offiziell 3. MILG genannt, beschlossen und kundgemacht. Mit dem 3. MILG wurden Regelungen geschaffen, die die Valorisierung der Kategorie-Beiträge, der Richtwerte, sowie gewisse WGG-Entgelte lindern sollen.

Ob die in dieser Arbeit gegenständlichen Entscheidungen OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t, sowie OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h dem Gesetzgeber hinsichtlich der Inflationseindämmung auf Ebene des Mietmarktes vorgreifen wollten, vermag nicht beurteilt werden. Diese Arbeit beschäftigt sich nicht näher mit den einzelnen Bestimmungen des 3. MILG, sondern weist lediglich auf Berührungspunkte mit Wertsicherungsvereinbarungen im Allgemeinen hin.

Mit dem 3. MILG wurde nun auf Ebene der Richtwerte einerseits normiert, dass es im Jahr 2024 keine Richtwerterhöhung geben wird¹⁶⁹, andererseits wurde eine Obergrenze für spätere Valorisierungen geschaffen.¹⁷⁰

Interessant iZm dieser Arbeit ist vor allem die Frage, wie sich das Aussetzen der Richtwerterhöhung mit der Sperrfrist von 2 Monaten ab Mietvertragsabschluss nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG verhält. Ungeachtet der Argumente, die sich gegen die Anwendung der Konsumentenschutz-Bestimmung finden ließen¹⁷¹, wurde in der Praxis häufig mittels ausdrücklichen Ausschlusses der Anpassungsmöglichkeit binnen 2 Monaten ab Vertragsabschluss im Mietvertrag entgegengewirkt.

¹⁶⁹ Und die Veränderung des Verbraucherpreisindex aus dem Jahr 2022 unberücksichtigt bleibt.

¹⁷⁰ Siehe dazu näher § 5 Abs 2 RichtWG sowie AB 2398 BlgNR 27. GP bzw IA 3. MILG, 3558/A 27. GP.

¹⁷¹ Siehe dazu näher Punkt 4.2.2 dieser Arbeit.

Geht man nun von einer Wertsicherungsvereinbarung ähnlich wie der in der Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h aus, so könnte diese, ungeachtet der Thematik der rückwirkenden Indexbasis, vor dem Hintergrund des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG grundsätzlich bestehen bleiben, zumindest bis Anfang 2025. Die Anpassung des Richtwertes ist bis 01. April 2025 nach § 5 Abs 2 RichtWG ausgeschlossen, damit ergäbe sich bei einem Mietvertrag, der zB Anfang 2024 abgeschlossen wird, nicht einmal bei kundenfeindlichster Auslegung die Möglichkeit, dass die Miete in den ersten beiden Monaten ab Mietvertragsabschluss erhöht werden könnte.

Aus Sicht der Immobilienbranche ist die allgemeine Problematik nun jedoch bekannt, weshalb ein ausdrücklicher Ausschluss der Anpassungsmöglichkeit in den ersten beiden Monaten im Vertragswerk wohl nicht schädlich sein wird. Die Problematik der rückwirkenden Indexbasis bliebe bei gleichlautender Wertsicherungsvereinbarung natürlich weiterhin bestehen, weshalb eine Anpassung der zu verwendenden Vertragsbestandteile ohnedies nicht ausbleibt.

Hinsichtlich der Thematik der rückwirkenden Indexbasis könnten sich im Zusammenhang mit dem 3. MILG ebenfalls Probleme mit kürzlich nach der Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h angepasst abgeschlossenen Mietverhältnissen ergeben. Als Erstmaßnahme wurde vielerseits der Monat des Vertragsabschlusses als Indexausgangsbasis gewählt, statt wie bisher der derzeit geltende Richtwert.¹⁷² Damit verliert der Vermieter idR zwar bei der ersten Richtwerterhöhung prozentuell Erhöhungspotential, allerdings werden keine bereits zum Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses realisierten Wertsteigerungen unzulässigerweise weitergegeben.

Der Modus des 3. MILG sieht nun jedoch in § 5 Abs 2 RichtWG vor, dass der Richtwert per 01.04.2025 aufgrund der Preissteigerung des Jahresdurchschnittswertes 2023 im Verhältnis zum Jahresdurchschnittswert 2024 berechnet wird. Preissteigerungen, die sich im Jahr 2022 ergeben haben, bleiben unberücksichtigt. Geht man nun davon aus, dass man aufgrund der Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h Mitte des Jahres 2023 eine angepasste Wertsicherungsklausel verwendet hat, die als Indexausgangsbasis die Indexzahl des Monats des Vertragsabschlusses vorsieht, könnte sich wiederum ein Problem auf tun, wenn die Indexzahl des Monats des Vertragsabschlusses niedriger ist,

¹⁷² Siehe dazu aus den Unterlagen der Präsentation von *Kothbauer*, Wertsicherungsvereinbarungen im Lichte der jüngsten Klausel-Entscheidung, immowebinar.at (Stand 29.01.2024).

als der Jahresdurchschnittswert 2023 des dem RichtWG zugrundegelegten Verbraucherpreisindex. Denn dann stünde man abermals vor der Situation, dass entgegen der nunmehr gesetzlichen Änderung, ein rückwirkender Index nach der Wertsicherungsabrede verrechnet werden könnte, da sich die Berechnungsmodalitäten des Richtwerts für das Jahr 2025 verändert haben.

Auch wenn sich nach endgültiger Verlautbarung der Indexwerte für 2023 herausstellt, dass sich eine derartige Situation aufgrund der zeitlichen Dimension nicht einstellen könnte, wäre es wohl zwischen Inkrafttreten des 3. MILG und endgültiger Indexverlautbarung zumindest bei kundenfeindlichster Auslegung denkmöglich gewesen, und damit problematisch in Hinblick auf die aktuelle Judikatur.

5 Zusammenfassung und Fazit

Wertsicherungsvereinbarungen werden die österreichische Immobilienwirtschaft wohl noch länger in dieser Intensität beschäftigen, als ihr lieb ist. Weitere Sammelklagen scheinen bereits in Vorbereitung zu sein und es dürften hunderttausende Mietverhältnisse in ganz Österreich von der sich kürzlich aufgetanen Problematik betroffen sein.

Vor dem Hintergrund einer möglichen 30-jährigen Rückforderungsfrist, steht aus finanzieller Sicht auch die Existenz vieler privater und institutioneller Vermieter auf dem Spiel.

Aus Sicht des Autors dieser Arbeit finden sich jedoch einige Argumente, die den verschiedensten Punkten der jeweiligen Entscheidungen entgegen zu halten sind:

Hinsichtlich der ungünstig formulierten Nachfolgeindexbestimmung, mit der sich der OGH¹⁷³ befasste, sei gesagt, dass verschiedenste Stimmen der Literatur¹⁷⁴ aufgrund des eigenständigen Regelungsbereiches auch aus europarechtlicher Sicht von einer Klausel-Teilbarkeit ausgehen. Überdies sollte hierzu auch bemerkt werden, dass die in der Entscheidung OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f verwendete Formulierung „an seine Stelle tretende Index“ für unbedenklich befunden wurde. Bei reichlicher Überlegung darüber, welcher Index dem ursprünglich vereinbarten Index am meisten entspricht, gelangt man überdies zur Erkenntnis, dass dies wohl nur der an dessen Stelle tretende Index sein kann, und für den Vermieter damit kein tatsächliches Wahlrecht geschaffen wird.

Die Thematik der zweimonatigen Sperrfrist für Entgelterhöhungen nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG wird in der Praxis bereits an den jeweiligen Veröffentlichungsterminen der Wertparameter, bzw im Vollenwendungsbereich an der mietrechtlichen Wirksamkeit scheitern. Sollten diese Argumente nicht überzeugen, sei darauf hingewiesen, dass eine derart rasche Anpassung des Entgelts nur bei einer jährlichen Inflation von rund 36% bei einer 3% Schwelle schlagend werden würde. Überdies müsse hierbei sehr wohl berücksichtigt werden, wenn im Vertragsverhältnis eine solche Entgelterhöhung nach § 6 Abs 2 Z 4 KSchG nicht eingetreten ist, für bestehende Mietverträge aufgrund des theoretischen Verbraucherschutzproblems keine Korrekturbedürftigkeit zu erachten ist.

¹⁷³ Siehe dazu OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t.

¹⁷⁴ Siehe dazu Punkt 4.3 dieser Arbeit.

Abschließend dazu bedürfte es zumindest aus europarechtlicher Sicht keiner unionsrechtskonformen Auslegung der konsumentenschutzrechtlichen Bedingung, wonach sehr wohl geltungserhaltend reduziert werden dürfte.

Durch die Entscheidung OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h wurde die österreichische Immobilienwirtschaft abermals auf die Problematik von rückwirkenden Indexausgangswerten hingewiesen. Auch wenn der höchstgerichtlichen Argumentation hier wenig entgegengehalten werden kann, sei doch darauf aufmerksam zu machen, dass lediglich am gesetzlichen Modus der Valorisierung festgehalten wurde, vor allem auch um nicht durch andere Wertsicherungsklauseln über die Mietzinsobergrenze, die das RichtWG vorsieht, zu gelangen.

Alles in allem finden sich für viele der vom OGH aufgegriffenen Punkte schlaghaltige Argumente, die den jeweiligen Entscheidungen entgegenzuhalten sind. Inwiefern die Kritik und Argumentation von Lehre und Literatur in künftige Entscheidungen einfließen wird bleibt abzuwarten. Dass der OGH an seiner Judikaturlinie festhält, zeigt sich in Grundzügen bereits an der Entscheidung OGH 24.01.2024 9 Ob 4/23p. Hier wurde abermals bestätigt, dass § 6 Abs 2 Z 4 KSchG auch auf den Mietzins und die damit einhergehenden Wertsicherungsvereinbarungen in Mietverhältnissen anzuwenden ist.¹⁷⁵

Trotz allen Argumenten die sich finden ließen, wäre eine gesetzliche Sanierung aufgrund der massiven Rechtsunsicherheit nicht nur wünschenswert, sondern aus Sicht des Autors auch dringend geboten.

¹⁷⁵ Siehe dazu OGH 24.01.2024 9 Ob 4/23p [262].

Literaturverzeichnis

APA, Mietpreisdeckel: Details zum Gesetzesentwurf, trend.at (Stand 21.09.2023)

Barth/Dokalik/Potyka, ABGB (MTK)²⁷ § 864a ABGB (Stand 1.7.2022, rdb.at)

DerStandard, Höchster Wert seit 70 Jahren - 11,1 Prozent: Inflation erreicht im Jänner überraschend neuen Höchststand, derstandard.at (Stand 21.09.2023)

Fenyves/Rubin, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 347

Fidler, Inflationsbewältigung durch Vertragsrecht? Ein Beitrag zur Auslegung der § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2023, 399

Götschl/Schinnagl in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts (Stand 01.10.2017, rdb.at)

Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 864a (Stand 1.8.2019, rdb.at)

Graf, Keine geltungserhaltende Reduktion nichtiger Klauseln in Verbrauchergeschäften; die gerichtliche Klauselprüfung darf nicht von einem Widerspruch des Verbrauchers abhängig gemacht werden, immolex 2012, 286

Hahn, Zinspause in den USA - Hoffnung für Kreditnehmer: Bleiben die Zinsen bald auch in der Eurozone stabil?, derstandard.at (Stand 28.09.2023)

Holzapfel/Sammer, Mietvertragliche Wertsicherungsklauseln auf dem Prüfstand, immolex 2023, 322

Karauscheck, 8 Ob 37/23h und § 5 RWG doch (k)ein Paukenschlag? 5 Ob 89/23h und wieder eine intransparente Klausel - Verbandsprozesse über die Zulässigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen in Verbraucher-Mietverträgen, immo aktuell 2023, 219

Karauscheck, Eine unglückliche Wertsicherungsklausel im "kundenfeindlichsten Sinn" ausgelegt - OGH 21. 3. 2023, 2 Ob 36/23t, ruft § 6 Abs 2 Z 4 KSchG in Erinnerung, immo aktuell 2023, 121

Karauscheck/North, Verbandsprozess gemäß § 28 KSchG - Die Wertsicherungsklausel in Bestandverträgen ist zulässig (6 Ob 226/18f), immo aktuell 2019, 128

Kary, Eine Mietpreisbremse durch die Hintertür?, diepresse.com (Stand 21.09.2023).

Kellner, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen - Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle nach § 879 Abs 3 ABGB (2013)

Kothbauer, Mietrecht Österreich – Praxishandbuch (2021)

Kothbauer, Wertsicherungsvereinbarungen im Lichte der jüngsten Klausel-Entscheidung, immowebinar.at (Stand 29.01.2024)

Krejci in Rummel, ABGB³ § 1 KSchG (Stand 1.1.2002, rdb.at)

Krejci in Rummel, ABGB³ § 6 KSchG (Stand 1.1.2002, rdb.at)

Kronthaler in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, Gesamtkommentar Wohnrecht Band II § 6 KSchG (Stand 15.10.2018, rdb.at)

Leitner, Wirksamkeit von Indexklauseln in Mietverträgen, wobl 2023, 422

Leupold/Gelbmann, Unzulässige Mietvertragsklauseln, VbR 2023, 110

Mietervereinigung Österreich, „Mietpreisdeckel“ muss zurück an den Start, mietervereinigung.at (Stand 21.09.2023)

Milchrahm/Max, Zur Unzulässigkeit von Wertsicherungsklauseln in Verbraucher-AGB, GRAU 2023, 117

P. Bydlinski, OGH und EuGH zur Verjährung von Rückforderungsansprüchen – Wie soll der Gesetzgeber reagieren?, VbR 2020, 200

Parapatits, Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen – Keine(?) Sorge vor dem EuGH, ÖJZ 2023, 716

Pesek, Keine Modernisierungspflicht des Vermieters aufgrund einer Wertsicherungsvereinbarung, immolex 2016, 278

Prader in H. Böhm/Pletzer/Spruzina/Stabentheiner, Gesamtkommentar Wohnrecht Band I § 45 MRG (Stand 01.10.2017, rdb.at)

Prader, OGH kippt Wertsicherungsvereinbarung in Mietverträgen, Zak 2023, 164

Proissl, Unzulässige Inflationsanpassung: Mieterhöhung kann zurückgefordert werden, trend.at (Stand 09.01.2024)

Putschögl, Wohnbau in Österreich – Das große Hoffen auf Stabilisierung der Baukosten, derstandard.at (Stand 28.09.2023)

Putschögl/Redl/Zoidl/Szigetvari, Was wir zum Mietendeckel wissen, derstandard.at (Stand 21.09.2023)

Putschögl/Woitke, Mietpreise - OGH-Entscheidung schürt Zweifel an Wertsicherung von Mietverträgen, derstandard.at (Stand 04.12.2023)

Riss/Fidler in *Rainer*, Handbuch des Miet- und Wohnrechts (Stand 01.05.2015, rdb.at)

Rosifka, Preisänderungsklauseln in Wohnungsmietverträgen, VbR 2023, 160

Rössl, Die (Un-)Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln in AGB im Lichte des § 6 KSchG, ÖBA 2023, 650 (652 f)

Scharmer, Zur Zulässigkeit von Wertsicherungsvereinbarungen (Indexklauseln) in Verbraucher-Mietverträgen – Grundsätzliches und Spezielles aus Anlass der „Paukenschläge“ OGH 2 Ob 63/23 und 8 Ob 37/23h, wobl 2023, 291

Schauer, Transparenzgebot, die Wievielte? - Vom Rentenwahlrecht zur Kinderprämie, ZVers 2022, 1

Statista Research Department, Entwicklung des Zinssatzes der Europäischen Zentralbank für das Hauptrefinanzierungsgeschäft von 1999 bis 2023, de.statista.com (Stand 10.12.2023)

Statistik Austria, Pressemitteilung: 13 154-182/23 – Mieten im 2. Quartal 2023 erneut gestiegen, statistik.at (Stand 25.09.2023)

Statistik Austria, Veröffentlichungskalender, statistik.at (Stand 10.12.2023)

Würth/Zingher/Kovanyi, Miet- und Wohnrecht²³ (Stand: 01.04.2015, rdb.at)

Zenz, Update Rechtsprechung zum Transparenzgebot, ecolex 2023, 371

Verzeichnis Judikatur, Rechtssätze und Materialien

OGH

OGH 24.04.1996, 3 Ob 136/95 MietSlg 48.445

OGH 27.01.1998 5 Ob 491/97k immolex 1998/153

OGH 22.03.2001 4 Ob 28/01y

OGH 24.06.2003 4 Ob 73/03v

OGH 11.10.2006 7 Ob 78/06f

OGH 17.12.2008 6 Ob 241/07w

OGH 13.10.2009 5 Ob 138/09v

OGH 22.06.2011 2 Ob 198/10x

OGH 30.08.2011 10 Ob 50/11t

OGH 16.02.2012 6 Ob 203/11p

OGH 04.03.2013 8 Ob 12/13t

OGH 28.08.2013 6 Ob 112/13h

OGH 25.04.2019 6 Ob 226/18f

OGH 22.09.2021 4 Ob 131/21z ÖBA 2022/2798

OGH 28.4.2022 7 Ob 19/22b VbR 2022/78

OGH 21.03.2023 2 Ob 36/23t

OGH 24.05.2023 8 Ob 37/23h

OGH 04.07.2023 5 Ob 89/23h

OGH 24.01.2024 9 Ob 4/23p

Europäischer Gerichtshof

EuGH C-625/21, *Gupfinger*, ECLI:EU:C:2022:971, Rn 32 ff

EuGH, C-698/18, *Raiffeisen Bank*, ECLI:EU:C:2020:537

Rechtssätze

RIS-Justiz RS0014646

RIS-Justiz RS0016590

RIS-Justiz RS0016914

RIS-Justiz RS0038205

RIS-Justiz RS0065317

RIS-Justiz RS0069544

RIS-Justiz RS0069701

RIS-Justiz RS0121187

RIS-Justiz RS0122169

RIS-Justiz RS0123499

RIS-Justiz RS0124336

RIS-Justiz RS0132652

Materialien

AB 2398 BlgNR 27. GP

ErläutRV 744 BlgNR 14. GP

IA 3. MILG, 3558/A 27. GP

Abstract

Der OGH beschäftigte sich zuletzt in einigen Entscheidungen mit dem Thema der Wertsicherungsvereinbarungen in Mietverträgen. Dabei wurden im Rahmen einer Klauselprüfung verschiedenste Vertragsbestandteile für unzulässig erklärt, wobei hunderttausende Mietverhältnisse in ganz Österreich davon betroffen sein dürften.

Aus Sicht des Höchstgerichtes ist vor allem in drei Bereichen der Wertsicherungsklauseln von einer Unzulässigkeit der jeweiligen Vertragsbestimmungen auszugehen. Einerseits seien Bestimmungen über einen Nachfolgeindex unzulässig, sofern hierbei auf den dem ursprünglich vereinbarten, am ehesten entsprechenden Index verwiesen wird. Vielmehr müsse „der an dessen Stelle tretenden Index“ vereinbart werden, um von einer wirksamen Wertsicherungsabrede in konsumentenschutzrechtlicher Sicht auszugehen.

Überdies wurde auch § 6 Abs 2 Z 4 KSchG in Erinnerung gerufen, wonach die vorgelegten Wertsicherungsklauseln eine Erhöhung des Entgelts in den ersten beiden Monaten nach Vertragsabschluss aus Sicht des OGH zugelassen hätten.

Zuletzt beschäftigte sich der OGH auch mit Richtwertmietverträgen, die eine rückwirkende Indexausgangsbasis vorsehen, nachdem der zuletzt verlaubliche Richtwert als Ausgangsbasis vereinbart wurde.

Auf jeden der hier kurz skizzierten Punkte wird im Rahmen dieser Arbeit näher eingegangen, die Entscheidungen kritisch betrachtet und analysiert, sowie Argumente dafür vorgebracht, warum die bemängelten Vertragsklauseln eben nicht als unzulässig erklärt werden müssten.

Neben den aktuellen Entscheidungen wird auch auf das System der Wertsicherungsvereinbarungen im Allgemeinen, Möglichkeiten der Mietzinsanpassung ohne Wertsicherungsvereinbarung, sowie auf allgemeine Anforderungen an Wertsicherungsklauseln aus zivil- und konsumentenschutzrechtlicher Sicht näher eingegangen.