

STUDIE

**WERTSICHERUNGSABREDEN
IN BESTANDVERTRÄGEN**

im Auftrag des

Bundesministeriums für Soziales,
Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz

von

Univ.-Prof. Dr. Johannes W. Flume

Univ.-Prof. Dr. Olaf Riss LL.M.

(Salzburg / Klagenfurt am Wörthersee / Wien)

„It must, however, be admitted that the operation of index clauses is often a matter of difficulty. Experience shows that they are liable to lead to problems of interpretation; the index chosen by the parties and its constitution may change; complicated calculations may become necessary, particularly if the clause is so framed as to allow to ‘tolerance’, i.e. to render a minimum of variation immaterial. Yet it is not at all unlikely that in course of time all questions of this nature will be solved and that index clauses will come to be widely used in conveyancing practice.“

F. A. Mann,
The Legal Aspect of Money² (1953) 132 f.

EXECUTIVE SUMMARY

AUSGANGSLAGE

In der Vergangenheit wurde Indexmieten wenig Beachtung geschenkt. Dies hat sich durch zwei besondere Umstände geändert. **Erstens** ließ der Angriffskrieg gegen die Ukraine seit 2022 das allgemeine Preisniveau rasant ansteigen, was manche Vermieter wiederum zu einem „Erhöhungsstakkato“¹ nutzten, indem sie VPI-gekoppelte Mietzinse in demselben Jahr teilweise mehrfach anpassten. **Zweitens** erklärte der OGH in zwei rezenten Judikaten Wertsicherungsklauseln im Verbrauchergeschäft für unwirksam, weil sie keine zweimonatige Warte-/Sperrfrist enthalten.² Da solche Warte-/Sperrfristen in der bisherigen Mietvertragspraxis kaum gebräuchlich waren, sind – folgt man der Judikatur – potenziell hunderttausende Mietverträge betroffen und die in ihnen enthaltenen Wertsicherungsabreden unwirksam.

FUNKTIONSWEISE VON INDEXKLAUSELN

Indexklauseln sind für normale, niedrigschwellige Inflations- und Deflationsphasen konzipiert. Durch sie soll bei langfristig laufenden Mietverträgen ein **Interessenausgleich** hergestellt werden, indem einerseits dem Interesse des Vermieters an einer **adäquaten Preisanpassung** und andererseits dem Interesse des Mieters an einer **dauerhaften Nutzung**, das teilweise durch einen besonderen Kündigungsschutz des sozialen Mietrechts abgesichert ist, Rechnung getragen werden. Für die Ausgestaltung einer Indexklausel ist nicht allein auf die Partei des Vermieters zu schauen, sondern auch der Mieter in den Blick zu nehmen, da Preissteigerungen finanzierbar bleiben müssen und das Mietverhältnis auf lange Zeit mit für den Mieter tragbaren Konditionen fortbestehen soll. Im Ausgangspunkt besteht dabei freilich das Problem, dass es sich bei der Inflation um ein exogenes Ereignis handelt, welches von den Parteien nicht gesteuert werden kann. Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Ausgestaltung einer Indexklausel ganz entscheidenden Einfluss auf die Höhe der möglichen vertraglichen Anpassung hat.

DER STEUERUNGSEFFEKT VON INDEXKLAUSELN

Die Höhe der Anpassung, die aufgrund einer Indexklausel möglich ist, bestimmt sich nicht nur nach der empirisch bestimmten (selteneren) Deflationsrate oder (häufigeren) Inflationsrate, sondern daneben ganz wesentlich durch die vertraglich festzulegenden Berechnungsfaktoren (dazu Rz 108 ff). Die Parteien können das Anpassungsintervall auf ganz unterschiedliche Art und Weise regeln. So können **periodische** (also monatliche bzw jährliche) **Intervalle** oder ein **Schwellwert** festgelegt werden. Denkbar sind auch Kombinationen.

¹ *Stabentheiner*, Das Ringen um das Mietrecht in Zeiten der Inflation, ÖJZ 2022, 1060.

² OGH 2 Ob 36/23t Klausel 6; 8 Ob 37/23h Klausel 17.

- Bei **periodischen Anpassungsintervallen** kann – theoretisch – jeden Monat oder einmal im Jahr angepasst werden. Bei der Anpassung im Jahresintervall kommen zwei Rechenmodelle in Betracht: **(i)** Die Anpassung kann entweder anhand eines Vergleichs **zweier Monatsindexzahlen**, also der VPI-Jännerzahl im Jahr 1 mit der VPI-Jännerzahl im Jahr 2 erfolgen. Oder **(ii)** Basis der Anpassung kann der jeweilige **Jahresdurchschnittswert** sein, der sich aus einem Durchschnitt der Monatswerte ergibt. Letztere Methode vermeidet, dass vereinzelte monatliche Spitzenwerte für die Bewertung des gesamten Jahres zum Tragen kommen. Die zweite Methode hat der Gesetzgeber durch das 3. MILG vorgegeben.³
- Die Anpassung auf der Grundlage von **Schwellwertklauseln** (zB 3 % oder 5 %) kann jeweils erfolgen, wenn der Indexwert den festgelegten Schwellwert überschreitet. Im Gegensatz zu einem weit verbreiteten Missverständnis haben sie keine zahlungsbefreiende, sondern nur eine zahlungsaufschiebende Wirkung (dazu unter Rz 88 und 115).

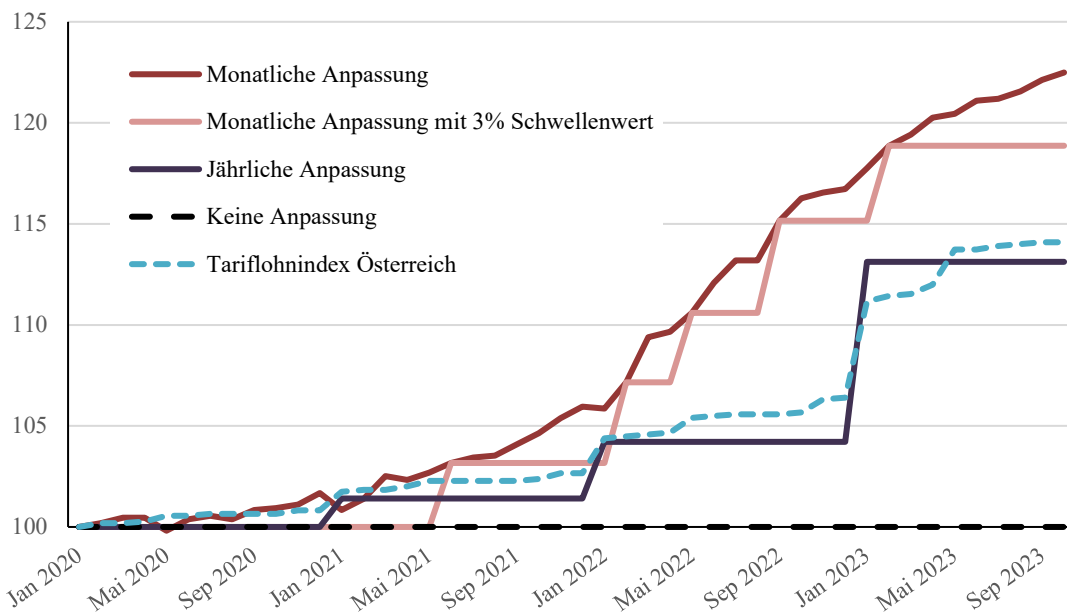


Abbildung 1: Vergleich der Steigerungsraten auf der Grundlage dreier unterschiedlicher Indexklauseln nach VPI 2015 sowie dem Tariflohnindex für Österreich

Die drei Grundtypen von Anpassungsintervallen können zu signifikant unterschiedlichen Ergebnissen führen. Dies lässt sich exemplarisch sehr gut an dem Fall demonstrieren, dass eine Wohnung im Jänner 2020 für € 1.000 gemietet wird und auf der Grundlage des nationalen österreichischen Verbraucherpreisindex (VPI) die denkbaren Erhöhungsbeträge bis Oktober 2023 errechnet werden.⁴

³ 3. MILG (BGBl I 176/2023).

⁴ Eine tabellarische Übersicht finden sich aE von Rz 99. Zu Anschauungs- und Vereinfachungszwecken wird außer Acht gelassen, dass VPI-Werte endgültig erst „nachhinkend“ veröffentlicht werden und damit auch nur „nachhinkend“ die Anpassung durchgeführt werden kann (dazu Rz 117 f) und dass ggf auch eine vertraglich vereinbarte oder möglicherweise gesetzliche vorgegebene Sperrfrist/Wartezeit (dazu Rz 93 ff) abzuwarten ist.

Auf der Grundlage einer Wertsicherungsklausel ohne Schwellwert, die die monatliche Anpassung ermöglicht, wäre im Oktober 2023 eine um **22,5 %** erhöhte Miete von **€ 1225** zu entrichten („monatliche Anpassung“). Auf der Grundlage einer Wertsicherungsklausel mit einem 3 %-„inklusive“-Schwellwert wäre infolge von insgesamt sechs Anpassungsschritten im Oktober 2023 eine um **19 %** erhöhte Miete von **€ 1190** zu entrichten („monatliche Anpassung mit 3 %-Schwellwert“). Auf der Grundlage einer Wertsicherungsklausel mit einer jährlichen Anpassung wäre im Oktober 2023 eine um **13,2 %** erhöhte Miete von **€ 1131,2** zu entrichten („jährliche Anpassung“). In demselben Zeitraum sind die Löhne nach dem Tariflohnindex Österreichs um **14,1 %** gestiegen, während es auf der Grundlage der monatlichen VPI-Indexzahlen in diesem Zeitraum zu einem nominellen Preisanstieg von **22,5 %** gekommen ist.

Als signifikantes Ergebnis lässt sich festhalten, dass die monatliche Indexierung und die jährliche Indexierung um beachtliche **9,3 %** auseinanderliegen. Indexklauseln, die an eine monatliche oder schwellwertmäßige Anpassung anknüpfen, führen zu einer **Abkoppelung des valorisierten Mietpreisniveaus vom Lohnpreisniveau**. Vermeiden lässt sich dies durch eine jährliche Anpassung zum Jahresdurchschnitt.

GEGENWÄRTIGE RECHTSPRAXIS UND ABHILFEMÖGLICHKEIT

Nach der bislang in Österreich gängigen Klauselpraxis werden Indexklauseln mit oder ohne Schwellenwert verwendet, jedoch keine Klauseln, die an einen jährlichen Turnus anknüpfen.⁵ Das ist in mehrfacher Hinsicht **problematisch**. Folgt man der rezenten Judikatur des OGH sind sämtliche dem KSchG unterfallenden Klauseln unwirksam, da die zweimonatige Wartefrist des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG nicht eingehalten wird. Darüber hinaus sind die bisher gängigen monatlichen Indexklauseln, die in inflationären Zeiten zu jährlich mehrfachen Anpassungen führen können, kritisch zu sehen, da sie **(i) kompliziert in der Anwendung sind, (ii) viel administrativen Aufwand für beide Vertragsparteien bereiten, (iii) sozialen Unfrieden fördern und (iv) schließlich zu einer Abkoppelung von Lohnindex und Mietpreisniveau** führen.

Ein probates Mittel, die bestehenden Probleme und Konflikte abzumildern, besteht darin, die Indexpraxis auf einen **jährlichen Turnus zum Jahresdurchschnittswert umzustellen**. Hierdurch wird das Verfahren vereinfacht, administrativer Aufwand vermieden, das Lohnniveau und Mietpreisniveau wieder einander angenähert und zugleich die Sperrfristthematik des § 6 Abs 2 Z 4 KSchG gelöst.

Die hier befürwortete Umstellung könnte am einfachsten befördert werden, indem auf der Homepage der Statistik Austria ein entsprechend angepasstes **Empfehlungsmuster von Wertsicherungsklauseln mit erläuternden Hinweisen** den Konsumentinnen und Konsumenten zur Verfügung gestellt würde. Das gilt umso mehr, als die **bislang** auf der **Homepage der Statistik Austria veröffentlichten Empfehlungsmuster** im Anwendungsbereich des KSchG nach der OGH-Judikatur **unwirksam** sind. Darüber hinaus

5 Vgl dazu beispielsweise Empfehlungsmuster der Statistik Austria „Mustertext für eine Mustertext für eine Wertsicherungsbestimmung ohne Schwellenwert“ und „Mustertext für eine Wertsicherungsbestimmung mit 5 % - Schwellenwert“, abrufbar unter <https://www.statistik.at/services/tools/tools/wertsicherungsrechner-andere-rechner> (zuletzt abgerufen am 07.01.2024).

wäre daran zu denken, in Anlehnung an die Schweizer oder deutsche Rechtslage eine **allgemeine Regelung für Indexmieten** im ABGB oder MRG zu verankern.

RÜCKWIRKENDE SANIERUNG VON INDEXKLAUSELN

Für bestehende Mietverhältnisse ist die rezente OGH-Rechtsprechung eine enorme Herausforderung. Da es im Verbrauchergeschäft nach der EuGH-Rechtsprechung nicht möglich ist, die durch Unwirksamkeit entstandene Vertragslücke zu füllen, lebt das **Mietverhältnis ohne Wertsicherungsabrede** fort. Der Mieter kann sämtliche Beträge, die er aufgrund von Wertanpassungen bezahlt hat, **bereicherungsrechtlich zurückfordern**. Zudem muss der Mieter für die **verbleibende Vertragslaufzeit** nur den ursprünglich festgelegten Nominalbetrag leisten. Die zur Klauselunwirksamkeit führende Verfehlung (etwa: fehlende Wartezeit/Sperrfrist oder Unbestimmtheit des Ersatzindex) und die daran geknüpfte Rechtsfolge („ewiges“ Bestandverhältnis ohne Wertsicherung) erscheinen jedenfalls dann **unverhältnismäßig**, wenn ein kündigungsgeschütztes unbefristetes Mietverhältnis vorliegt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist sowohl im europäischen Verbraucherrecht als auch in der österreichischen Rechtsordnung als tragender Baustein anerkannt. Ist die Unwirksamkeit einer Wertsicherungsabrede daher in Individualverfahren zu beurteilen, liegt es nahe, den **EuGH** (Art 267 AEUV) oder den **VfGH** anzurufen.

ÜBERSICHT

Verzeichnis der zitierten Literatur	vii
A. Ausgangslage und Auftrag	1
B. Interessen der Vertragsteile und Antworten des Privatrechts (<i>Olaf Riss</i>).....	3
I. Schwankender Geldwert und Nominalismus	3
II. Mögliche präventive Regelungen.....	7
C. Besonderheiten von Bestandverhältnissen über Immobilien: Verknappung und Bestandschutz (<i>Olaf Riss</i>).....	13
I. Knappheit von Grund und Boden.....	13
II. Hoher Anteil der Wohnkosten am Haushaltseinkommen	16
III. Gesamtwirtschaftliche Implikationen.....	19
D. Anatomie von Wertsicherungsabreden (<i>Johannes W. Flume</i>).....	22
I. Sonderprivatrecht: Zur Ausbildung mietvertragsrechtlicher Regelungsebenen	22
II. Spezialgesetzliche Regelung für die Indexmiete im historisch-komparativen Vergleich	23
1. Schweiz.....	23
2. Deutschland	24
3. Österreich.....	28
III. Einführung in die Funktionsweise von Indexklauseln	33
1. Legislative „Bauelemente“	35
2. Kautelarjuristische „Stellschrauben“	36
IV. Detailanalyse zu den legislativen „Bauelementen“	39
1. Mindestlaufzeit des Vertrags	39
2. Wartezeit/Sperrfrist	39
3. Anpassungsaktivierung: Automatik oder Gestaltungserklärung	40
4. Formerfordernisse und Mindestinhalt für die Anpassungserklärung	42
5. Anpassungssymmetrie	43
V. Berechnungsfaktoren und kautelarjuristische „Stellschrauben“	44
1. Referenzindex und Basisindexzahl.....	45
2. Verkettung von VPI-Zeitreihen und fünfjähriger Zyklus neuer VPI- Zeitreihen.....	46
3. Zur Bestimmung des relevanten Referenzzeitraums und der für die Valorisierung relevanten neuen Indexzahl	46
4. Rundungsregeln	48
5. Auswirkung der „nachhinkenden“ Veröffentlichungstermine des VPI	48
VI. Streitfragen bei lange bis sehr lange nicht angepassten Mietverträgen.....	49
VII. Ergebnisse	51
E. Wertsicherungsabreden auf dem Prüfstand von AGB-Recht und Verbraucherschutzrecht (<i>Olaf Riss</i>).....	53
I. Wertsicherungsabrede per se unbedenklich	53
II. Wahl des Wertmessers?.....	54
1. Bestandaufnahme.....	54
2. Zwei Perspektiven beim Einsatz eines Wertmessers.....	55

3.	Schranken bei der Wahl des Wertmessers: sachliche Rechtfertigung und verallgemeinernde Annahmen	58
4.	Ersatz bei Wegfall des gewählten Wertmessers	64
III.	(Fehlende) Wartezeit/Sperrfrist	65
IV.	Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit der Wertsicherungsabrede.....	66

VERZEICHNIS DER ZITIERTEN LITERATUR

- Altzinger, Wilfried / List, Emanuel*, Wohnkosten in Österreich (2020); https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/ri/ineq/Projekte/Wohnkosten/INEQ_VerteilungWohnkosten.pdf.
- Artz, Markus*, Aufzug oder Paternoster? – Die Indexmiete bei rückläufiger Inflationsrate, NZM 2023, 276.
- Beil, Svend-Bjarne*, Historische Entwicklungslinien des Wohnraummietrechts (2021).
- Blank, Hubert / Börstinghaus, Ulf / Siegmund, Astrid* (Hrsg), *Miete*⁷ (2023).
- Böhm, Helmut / Pletzer, Renate / Schinnagl, Michaela / Spruzina, Claus / Stabentheiner, Johannes* (Hrsg), *Gesamtkommentar Wohnrecht I* (2018). Zitiert: GeKo Wohnrecht I.
- Böhm, Helmut / Pletzer, Renate / Schinnagl, Michaela / Spruzina, Claus / Stabentheiner, Johannes* (Hrsg), *Gesamtkommentar Wohnrecht II* (2019). Zitiert: GeKo Wohnrecht II.
- Bollenberger, Raimund / Oppitz, Martin* (Hrsg), *Österreichisches Bankvertragsrecht I*³ (2019).
- Bollenberger, Raimund*, Geldwert und Vertragsänderung, RdW 2014, 691.
- Brauneis, Arno*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 2 Ob 36/23t und 8 Ob 37/23h, immoZak 2023, 52.
- Bydlinski, Franz*, Zulässigkeit und Schranken „ewiger“ und extrem lang dauernder Vertragsbindungen, Schriftenreihe der niederösterreichischen juristischen Gesellschaft, Heft 58 (1991).
- Caemmerer, Ernst von*, Empfehlen sich unter Berücksichtigung der rechtlichen Regelungen in anderen europäischen Staaten gesetzliche Bestimmungen über die Wertsicherung?, in Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages Hamburg (1953) 18 = Gesammelte Schriften II 300.
- Caemmerer, Ernst von*, Wertsicherungs- und Valutaklauseln, in Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris 1954, *Ernst Wolff* (Hrsg) (1955) 84 ff = Gesammelte Schriften II 310 ff.
- Chancellor, Edward*, *Price of Time. The Real Story of Interest* (2022).
- Coing, Helmut*, *Europäisches Privatrecht II – 19. Jahrhundert: Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern* (1989).
- Czech, Viktor / Michlmayr, Eduard*, *Das neue Wohnungsrecht II – Kommentar zu den mietrechtlichen Änderungen* (1968).
- Desmond, Matthew*, *Evicted. Poverty and Profit in the American City* (2016).
- Doralt, Walter*, *Langzeitverträge* (2018).
- Dürkes, Werner*, *Wertsicherungsklauseln*⁸ (1972).
- Eckstein, Felix*, *Geldschuld und Geldwert im materiellen und internationalen Privatrecht* (1932).
- Emmerich, Jost / Emmerich, Volker / Artz, Markus / Rolfs, Christian* (Hrsg), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (2021). Zitiert: Staudinger.
- Ertl, Gunter*, *Inflation, Privatrecht und Wertsicherung* (1980).
- Fenyves, Attila / Kerschner, Ferdinand / Vonkilch, Andreas* (Hrsg), *Großkommentar zum ABGB §§ 1165 – 1174* (2020).

- Fenyves, Attila / Rubin, Daniel*, Vereinbarung von Preisänderungen bei Dauerschuldverhältnissen und KSchG, ÖBA 2004, 362.
- Fetter, Frank A.*, Interest Theory and Price Movements, American Economic Review 17 (1927) 62.
- Fidler, Philipp*, Inflationsbewältigung durch Vertragsrecht? Ein Beitrag zur Auslegung der § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, § 879 Abs 3 ABGB, wobl 2023, 399.
- Fisher, Irving*, Der schwankende Geldwert. Seine Ursachen und Folgen und Vorschläge zu seiner Beseitigung (1924; Reprint 2019).
- Fisher, Irving*, Die Kaufkraft des Geldes. Ihre Bestimmung und ihre Beziehung zu Kredit, Zins und Krisen (1916).
- Fisher, Irving*, Die Zinstheorie (1932).
- Flume, Johannes W.*, Naturalrestitution und Wertersatz, FS Lovrek (2024) 145.
- Fögen, Hermann*, Anwendungsbereich und Handhabung des § 3 des Währungsgesetzes, NJW 1955, 1321.
- Thiessen, Jan*, The German Hyperinflation of the 1920s, in *Fox, David / Ernst, Wolfgang*, Money in the Western Legal Tradition (2016) 735.
- Graf, Georg*, „Arisierung“ und Rückstellung von Wohnungen in Wien (2004).
- Gruber, Georg*, Geldwertschwankungen und handelsrechtliche Verträge in Deutschland und Frankreich (2022).
- Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan / Reymann, Christoph* (Hrsg), BeckOGK-BGB (Stand: 1.10.2023). Zitiert: BeckOGK-BGB.
- Hahn, Hugo J.*, Währungsrecht (1990).
- Harmening, Rudolf / Duden, Konrad*, Die Währungsgesetze (1949).
- Hau, Wolfgang / Poseck, Roman* (Hrsg), BeckOK-BGB⁶⁸ (Stand: 1.11.2023). Zitiert: BeckOK-BGB⁶⁸.
- Hausmann, Maria / Vonkilch, Andreas*, Österreichisches Wohnrecht - MRG⁴ (2021).
- Hayek, Friedrich A. von*, Das intertemporale Gleichgewichtssystem der Preise und die Bewegungen des „Geldwertes“, Weltwirtschaftliches Archiv 28 (1928) 33.
- Hayek, Friedrich A. von*, Das Mieterschutzproblem (1928).
- Hayek, Friedrich A. von*, Wirkungen der Mietzinsbeschränkungen (1930).
- Herrmann, Christoph*, Währungshoheit, Währungsverfassung und subjektive Rechte (2010).
- Higi, Peter / Bühlmann, Anton / Wildisen, Christoph* (Hrsg), Zürcher Kommentar⁵ (2022).
- Holzapfel, Anton / Sammer, Karin*, Mietvertragliche Wertsicherungsklauseln auf dem Prüfstand, immolex 2023, 322.
- Homer, Sidney / Sylla, Richard*, A History of Interest Rates⁴ (2011).
- Horn, Norbert*, Geldwertveränderungen, Privatrecht und Wirtschaftsordnung (1975).
- Inzitari, Bruno*, Geldschulden im Inflationszeitalter: Zu einigen Auswirkungen der Geldentwertung im Schuldrecht, RabelsZ 45 (1981) 705. <https://www.jstor.org/stable/27876565>
- Issing, Otmar*, Indexklauseln und Inflation (1973).
- Jaeger, Thomas / Stöger, Karl* (Hrsg), EUV AEUV online. Kommentar zu EUV und AEUV (306. Lfg; Stand 1.7.2023).
- Kadecka, Hubert*, Die Zulässigkeit von Wertsicherungsklauseln, ÖJZ 1955, 175.

- Karauschek, Erich-René*, 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.
- Klang, Heinrich / Gschnitzer, Franz* (Hrsg), Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch IV/1² (1968).
- Klang, Heinrich*, Die rechtliche Grundlagen des österreichischen Wohnungsrechts, in *Bunzel, Julius* (Hrsg), Beiträge zur städtischen Wohn- und Siedelwirtschaft, Dritter Teil, Wohnungsfragen in Österreich (1930), 45.
- Kletečka, Andreas*, Mietrecht zwischen Sozialschutz und Marktregulierung, AcP 220 (2020) 674.
- Korinek, Karl / Holoubek, Michael / Bezemek, Christoph / Fuchs, Claudia / Martin, Andrea / Zellenberg; Ulrich E.* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (Stand 18. Lieferung).
- Kronthaler, Christoph*, Zum (möglichen) Verstoß von Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen gegen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG, wobl 2023, 414.
- Langer, Hans*, Mietzinsregelungen 1917-1994 (1995).
- Leitner, Max*, Wirksamkeit von Indexklauseln in Mietverträgen, wobl 2023, 422.
- Leupold, Petra / Gelbmann, Beate*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 2 Ob 36/23t und 8 Ob 37/23h, VbR 2023, 113.
- Limbek, Charlotte / Ruttar, Friedrich*, Das Mietengesetz II: Erläuterungen (1967).
- Limbek, Charlotte / Ruttar, Friedrich*, Handbuch des Mietrechts I (1972).
- Lubasch, Kurt*, Die volkswirtschaftlichen Wirkungen von Geldwertsicherungsklauseln (1964).
- Mann, Frederick A.*, The Legal Aspect of Money⁵ (1992).
- Mann, Frederick Alexander / Proctor, Charles*, Mann and Proctor on the Law of Money⁸ (2022).
- Mann, Frederick Alexander*, Geldentwertung und Recht, NJW 1974, 1297.
- Mayer, Thomas*, Goldklausel wieder zulässig!, RdW 1991, 137.
- Mezger, Ernst*, Der Kampf um die Indexklauseln in Frankreich, RabelsZ 24 (1959) 437.
- Milbradt, Georg H.*, Probleme der Indexierung volkswirtschaftlich wichtiger Größen. Eine Untersuchung der ökonomischen Wirkungen von Indexklauseln auf dem Arbeitsmarkt, auf dem Kapitalmarkt und im staatlichen Bereich (1982). *Nußbaum, Arthur*, Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes (1928).
- Milbrandt, Georg H.*, Probleme der Indexierung volkswirtschaftlich wichtiger Größen. Eine Untersuchung der ökonomischen Wirkungen von Indexklauseln auf dem Arbeitsmarkt, auf dem Kapitalmarkt und im staatlichen Bereich (1982).
- Nußbaum, Arthur*, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts (1925).
- Nußbaum, Arthur*, Debts under Inflation, Pennsylvania Law Review 86 (1938) 571. <https://www.jstor.org/stable/3308976>
- Nußbaum, Arthur*, Money in the Law: National and International (1950).
- Nußbaum, Arthur*, Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes (Goldklauseln und andere Abreden zur Minderung des Valutarisikos) (1928).

- Oberhammer, Paul / Kletečka, Andreas / Wall, Andrea* (Hrsg), Soziales Mietrecht in Europa (2011).
- Ofner, Julius*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Band II (1889).
- Omlor, Sebastian*, Geldprivatrecht. Entmaterialisierung, Europäisierung, Entwertung (2014).
- Ott, Kai-Peter*, Geld- und Geldwerttheorien im Privatrecht der Industrialisierung (1815-1914). Ökonomische Wechsellagen in der sogenannten Begriffsjurisprudenz (1998).
- Parapatits, Felicitas*, Wertsicherung in Mietverträgen und Klauselkontrolle, FS Lovrek (2024) 567.
- Parapatits, Felicitas*, Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen. Keine(?) Sorge vor dem EuGH, ÖJZ 2023, 716.
- Rabl, Christian*, Zur aktuellen Judikatur über die ergänzende Vertragsauslegung bei nichtigen Klauseln, ÖBA 2015, 246.
- Rainer, Herbert*, Rumble in the Jungle - Aufregung um die Wertsicherung, immolex 2023, 317.
- Rebmann, Kurt / Säcker, Jürgen* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III³ (1995). Zitiert: MünchKomm BGB³.
- Reuter, Dieter*, Nominalprinzip und Geldentwertung. Volkswirtschaftliche, sozialpolitische und rechtliche Aspekte einer (teilweisen) Aufgabe des Nominalprinzips, ZHR 137 (1974) 482.
- Rohrbach, Helen*, Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1911 bis zur Gegenwart (2014).
- Rohrer, Beat*, Der indexierte Mietzins / Le loyer indexé, MietRecht Aktuell 2012, 1.
- Rössl, Anna*, Die (Un-)Wirksamkeit von Wertsicherungsklauseln in AGB im Lichte des § 6 KSchG, ÖBA 2023, 650.
- Rummel, Peter* (Hrsg), ABGB II (1984). Zitiert: ABGB II¹.
- Rummel, Peter* (Hrsg), ABGB³ (2003).
- Rummel, Peter / Lukas, Meinhard* (Hrsg), ABGB⁴ (2014 und 2016).
- Säcker, Franz J. / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limperg, Bettina*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch V⁹ (2023) Zitiert: MünchKommBGB⁹.
- Schach, Klaus / Schultz, Michael / Schüller, Peter*, BeckOK-Mietrecht³⁴ (Stand: 1.11.2023).
- Scharmer, Marco*, 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.
- Schmidt, Karsten*, Geldrecht. Geld, Zins und Währung im deutschen Recht, Sonderausgabe der Kommentierung zu §§ 244-248 BGB aus J. von Staudingers BGB¹² (1983; Reprint 2021).
- Schmoeckel, Mathias / Rückert, Joachim / Zimmermann, Reinhard* (Hrsg), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB III/1 (2013). Zitiert: HKK.
- Schultz, Michael*, Neues vom BGH zur Indexmiete: Konsequenzen für die Geschäfts- und Wohnraummiete, NZM 2021, 872.

- Schwarzer, Alfred / Csoklich, Walter / List, Walter* (Hrsg), Das österreichische Währungs- und Devisenrecht⁴ (1979).
- Schwimann, Michael / Kodek, Georg* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB⁵ (2021).
- Skaupy, Walther*, Wertsicherungsklauseln vor und nach der Währungsumstellung, JR 1949, 343.
- Staudinger, Julius von* (Hrsg), BGB¹³ (1994).
- Vischer, Frank*, Geld- und Währungsrecht im nationalen und internationalen Kontext (2009).
- Vonkilch, Isabelle*, Der Einfluss der Klausel-RL auf das Bestandrecht, wobl 2023, 295.
- Weitemeyer, Birgit*, Das Mieterhöhungsverfahren nach künftigem Recht, NZM 2001, 563.
- Wendehorst, Christiane*, Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht – materiellrechtliche Aspekte, GA 21. ÖJT (2022) Band II/1.
- Wendehorst, Christiane*, Zivilrechtliche Sanktionen im Verbraucherrecht und die Verhältnismäßigkeit, NJW 2023, 2155.
- Widmer Lüchinger / Corinne, Oser, David*, Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I⁷ (2020).
- Wildhaber, Isabelle*, Gedanken zum Schutz von Vermietern, in FS Stöckli (2014) 835.
- Wolf, Manfred / Lindacher, Walter F. / Pfeiffer/Thomas* (Hrsg), AGB-Recht⁷ (2020).
- Wolf, Martin / Lindacher, Walter F. / Pfeiffer, Thomas* (Hrsg), AGB-Recht⁷ (2020).
- Würth, Helmut / Zingher, Madeleine / Kovanyi, Peter /Etzersdorfer, Ingmar*, Miet- und Wohnrecht²³ § 2 Mietengesetz Rz 2 (Stand: 1.4.2015; rdb.at).
- Zingher*, Das Mietengesetz samt den einschlägigen Bestimmungen einschließlich Zinsstoppgesetz, Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz, Wohnungseigentumsgesetz - Mit ausführlichen Erläuterungen und der neuen Rechtsprechung¹² (1961).
- Zingher*, Mietengesetz mit Wohnungseigentumsgesetz und anderen einschlägigen Vorschriften – Mit ausführlichen Erläuterungen und der neuesten Rechtsprechung¹⁸ (1980).

A. AUSGANGSLAGE UND AUFTRAG

- 1 Jüngst beurteilte der Oberste Gerichtshof in zwei konsumentenschutzrechtlichen Verbandsverfahren (§§ 28 ff KSchG) „handelsübliche“ Wertsicherungsklauseln in Immobilienmietverträgen als unwirksam. Diese beiden rezenten Entscheidungen⁶ sorgen aktuell für erhebliche Rechtsunsicherheit, von der in großem Ausmaß Verbraucher betroffen sind. Mietverträge über Wohnräumlichkeiten verwenden nämlich – so wie nahezu alle Immobilienmietverträge – Vertragsbestimmungen, die den vereinbarten Mietzins bezogen auf einen Index wertsichern. Dem Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz (BMSGPK) ist es ein Anliegen, dem Bedürfnis der Verbraucher nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen und mit einer fundierten Analyse zur rechtlichen und rechtspolitischen, aber auch zur sozioökonomischen Diskussion beizutragen.
- 2 In der vorliegenden Studie im Auftrag des BMSGPK soll analysiert werden, welche Konstruktionen und Gestaltungsmöglichkeiten für die Valorisierung des Entgelts in Bestandverträgen in der Kautelarpraxis anzutreffen sind; der Fokus liegt dabei auf VPI-gekoppelten Anpassungen, weil diese Form der Wertsicherung in praxi am meisten verbreitet ist. Dabei wird darauf Bedacht genommen, dass nicht nur der Bestandvertrag, sondern nahezu **alle Langzeitverträge** den Bedarf mit sich bringen, auf eine Änderung des Geldwerts während der Vertragslaufzeit reagieren zu können. Wer sich mit der Wertsicherung im Bestandverhältnis befasst, muss sich dessen bewusst sein, dass er damit bloß einen engen Ausschnitt eines allgemeinen Regelungsproblems in den Fokus nimmt, dem man in zahlreichen Dauerschuldverhältnissen begegnet. Neben dem somit angezeigten Seiten- und Kontrollblick auf verwandte Vertragstypen, insbesondere auf den Kreditvertrag, verspricht aber auch eine **rechtsvergleichende Perspektive** die Analyse der heimischen Rechtsordnung zu befruchten. Dazu sollen gesetzliche Regelungskonzepte aus der DACH-Region ausgewertet werden.
- 3 Nicht zuletzt erscheint es lohnend, die **dogmengeschichtliche Entwicklung** seit dem 20. Jahrhundert zu beleuchten. Gerade zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts schenkte die Privatrechtswissenschaft den Möglichkeiten, Geldschulden zu valorisieren, viel Beachtung; aus unterschiedlichen Gründen kamen verschiedene legistische Maßnahmen zum Einsatz, die privatautonome Vereinbarungen solchen Inhalts einschränkten. Ein Blick in den rechtshistorischen Rückspiegel erlaubt zudem meist, sich ein klareres Bild vom Kern des ökonomischen Problems und den zur Verfügung stehenden Regelungsmöglichkeiten zu verschaffen. Solche Schwierigkeiten sind besonders im geltenden österreichischen Mietrecht zu erwarten, weist dieses Rechtsgebiet doch eine starke Regulierungsdichte auf und ist überdies von parteipolitischen Kompromissen durchtränkt, die auf privatrechtliche Regelungsstrukturen wenig Rücksicht nehmen⁷.

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

⁷ Die daraus für den Rechtsanwender resultierenden Schwierigkeiten adressiert auch der OGH ungezwungen freimütig (RIS-Justiz RS0106113): Die teleologische Reduktion einer gesetzlichen Regelung

Das erschwert es oftmals, das ökonomische Regelungsproblem, die privatrechtlichen Strukturfragen freizulegen.

- 4 Ausgehend von den gewonnenen Erkenntnissen wird zunächst die Wirkungsweise typischer Klauseln und ihrer Bauelemente analysiert; sodann ist zu untersuchen, welche **Konsequenzen** es nach sich zieht, wenn die **Wertsicherungsabrede** in einem Bestandverhältnis als **unwirksam** zu beurteilen ist. Das berührt auf den ersten Blick vor allem die Individualinteressen der am konkreten Rechtsverhältnis beteiligten Parteien. Ebenso sind aber **überindividuelle Interessen** des Rechtsverkehrs einzubeziehen. In einer ausgewogenen Analyse von Wertsicherungsinstrumenten dürfen überindividuelle Interessen deshalb nicht außer Betracht bleiben⁸.
- 5 Soweit die angestellten Überlegungen Bedarf erkennen lassen, das positive Recht anzupassen, sollen auch **Handlungsempfehlungen** für den Gesetzgeber formuliert werden.
- 6 Ob der Verästelungen des Themas und der komplexen Gesamthematik haben die Autoren die Bearbeitung der Abschnitte untereinander aufgeteilt. Abschnitte B, C und E stammen aus der Feder von *Olaf Riss*; Abschnitt D ist von *Johannes W. Flume* verfasst worden. Wenngleich beide Autoren die gesamte Studie konzeptuell erarbeitet haben, erschien es uns passender, die ungleichen Beiträge zu den einzelnen Abschnitten nach außen ersichtlich zu machen.

erfordert den klaren Nachweis des Gesetzeszwecks, an dem sich die (letztlich Gesetzeswortlaut korrigierende) Auslegung orientieren soll. Im **Mietrecht** ist dieses Problem besonders schwierig zu lösen, weil sich den gesetzlichen Regelungen **kaum einheitliche Wertungsprinzipien** entnehmen lassen. Rechtsänderungen stellen meist **mühevoll zustandgekommene Kompromisse** mit den sich daraus nahezu notwendig einhergehenden **Unzulänglichkeiten und Ungereimtheiten** dar, sodass der Wille des Gesetzgebers nur allzuleicht verfehlt werden kann, wenn sich die Gesetzesauslegung vom Wortlaut entfernt. In dieselbe Kerbe schlagen *Oberhammer/Kletečka/Wall* (in *Oberhammer/Kletečka/Wall, Soziales Mietrecht in Europa V f*) in ihrem rechtsvergleichenden Resümee: Das Mieterschutzrecht sei häufig **Anlassgesetzgebung**; es sei nicht bloß ein Sonderprivatrecht, sondern oft auch *sonderbar*, weil es sich vom allgemeinen privatrechtlichen Diskurs abgekoppelt habe, sodass allgemeine privatrechtliche Grundsätze und Strukturprinzipien nicht mehr selbstverständlich seien. Mit einem ähnlich nüchternen Befund für das Mietrecht des BGB *W. Doralt, Langzeitverträge* 366.

⁸ Explizit in diesem Sinne auch *F. A. Mann, NJW 1974, 1297 (1301)*.

B. INTERESSEN DER VERTRAGSTEILE UND ANTWORTEN DES PRIVATRECHTS (OLAF RISS)

I. Schwankender Geldwert und Nominalismus

- 7 Das österreichische – ebenso wie das deutsche und das Schweizer – Schuldrecht folgt dem Grundsatz des **Nominalismus**⁹: Der Geldleistungsgläubiger kann stets nur die vereinbarte oder ursprünglich zu beanspruchende Menge an Geldeinheiten verlangen; ein Sinken oder Steigen des wirtschaftlichen Werts der Geldeinheiten – oft spricht man auch von Tauschwert oder Kaufkraft¹⁰ – bleibt unberücksichtigt¹¹. Das gilt für Geldsummensschulden (etwa Kaufpreisforderungen und Bestandzinsen), nicht aber für sogenannte Geldwertschulden (denen vor allem im Schadenersatzrecht große Bedeutung zukommt)¹². Das österreichische Privatrecht schreibt dies ausdrücklich nur für die Rückzahlungsverbindlichkeit beim Sachdarlehen fest (§ 985 ABGB: bei Rückgabe der Sachen ist ein „in der Zwischenzeit eingetretene[r] Wertverlust nicht auszugleichen“), doch ist anerkannt, dass dieser Grundsatz ebenso für Gelddarlehen und ganz allgemein für das Geldschuldrecht gilt¹³. Damit korrespondierend ordnet das Nationalbankgesetz an, dass auf Euro lautende Banknoten „zum vollen Nennwert“ angenommen werden müssen (§ 61 Abs 2 NBG). Für den privatrechtlichen Grundsatz, den Valorismus (Kurswerttheorie) abzulehnen und dem Nominalismus zu folgen, wurde eine Mehrzahl von Gründen ins Treffen geführt, allen voran der Vorteil der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit: Es sei notwendig, die Rechenbarkeit des Geldes sicherzustellen¹⁴. Unseres Erachtens kommt aber auch dem Gedanken gewisses Gewicht zu, dass der „innere Wert“ des Geldes stets Schwankungen unterliegt¹⁵ und es schwer zu rechtfertigen wäre, wenn

⁹ Etwa bloß *Ertl* in *Fenyves//Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 985 Rz 14; *Duden*, Wertsicherung 5; *F. A. Mann*, NJW 1974, 1292 (1923 mit weiteren Hinweisen insbesondere aus der Rechtsprechung des BGH). Zum Nennwert als Grundlage des geldschuldrechtlichen Nominalismus *Omlor*, Geldprivatrecht 387. Zu den historischen Wurzeln in fiskalpolitischen Erwägungen des Staates *Eckstein*, Geldschuld und Geldwert 13 f sowie *Nußbaum*, Schwankungen des Geldwerts 16 f je mit weiteren Hinweisen.

¹⁰ Dazu *Omlor*, Geldprivatrecht 390 ff, insbesondere zur Frage, ob es zulässig ist, Änderungen des Geldwerts mit Änderungen der Kaufkraft gleichzusetzen.

¹¹ Dies betonte auch etwa der Gesetzgeber in den ErläutRV zum 1. EuroJuBeG (BGBl I 1998/125): Er bemerkte zwar, dass dem nominalistischen Prinzip bei der Einführung des Euro die §§ 988 und 989 ABGB [idF vor dem DaKRÄG] entgegenstehen könnten, weil sie im Darlehensrecht für die Rückzahlung der als Darlehen gegebenen Münzen auf den „inneren Wert“ der geliehenen Münzsorte abstellten. Er sah dennoch davon ab, diese Bestimmungen anzupassen oder aufzuheben; es bestehe kein Zweifel, dass sie ihren unmittelbaren Anwendungsbereich verloren haben, weil „Münzdarlehen“ praktisch nicht mehr gegeben werden. Sie seien beizubehalten, weil unter anderem daraus abzuleiten sei, dass der **Gläubiger die Gefahr der Geldentwertung** trage (ErläutRV 1203 BlgNR 20. GP 23 f).

¹² *J.W. Flume*, FS Lovrek 145 ff.

¹³ Statt aller *Ertl* in *Fenyves//Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 985 Rz 2.

¹⁴ *Ertl* in *Fenyves//Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 985 Rz 14 (Gerechtigkeits Erwägungen könnten diesen Grundsatz nicht rechtfertigen) und Rz 17 (Rechtsklarheit und Rechtssicherheit).

¹⁵ Sogleich Rz 8 mit Hinweisen.

der Geldleistungsgläubiger allein deswegen, weil er sein Geldvermögen zum Gegenstand einer Schuld gemacht hat, besser gestellt ist, als hätte er es in der Schublade aufgehoben¹⁶.

- 8 Damit driften der (konstante) Nennwert der Geldschuld und ihr (beweglicher) „innerer Wert“ andererseits auseinander¹⁷. Geldentwertung und -aufwertung verändern demnach wirtschaftlich den Schuldinhalt. Das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wird verzerrt¹⁸. In diesem Sinn ist es wohl zu verstehen, wenn davon gesprochen wird, Inflation störe das **Gerechtigkeitsprinzip** in der Rechtsordnung¹⁹. Nun sind Schwankungen des Geldwerts gewiss nicht erst ein Phänomen der modernen Wirtschaftsgeschichte, sondern schon seit den Frühzeiten des Geldwesens zu beobachten²⁰. In der jüngeren Wirtschaftsgeschichte ist vor allem die **Geldentwertung** nicht bloß vorhersehbar, sondern sogar als der **Normalfall** zu bezeichnen. Das trifft in besonderem Maß auf die Euro-Zone zu, wo die Europäische Zentralbank zwar nach dem Primärrecht verpflichtet ist, „Preisstabilität zu gewährleisten“ (Art 127 Abs 1 AEUV), dieses Ziel jedoch selbst dahin definiert, dass der Harmonisierte Verbraucherpreisindex (HVPI) für das Euro-Währungsgebiet um bis zu 2 % gegenüber dem Vorjahr ansteigt²¹. Damit ist die Geldentwertung Teil der realen Wirtschaftsverfassung der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion.
- 9 Dennoch scheint das **österreichische Schuldrecht** solchen „externen Effekten“ auf den Schuldinhalt, also dem schwankenden Geldwert, **indifferent** gegenüberzustehen. Nur vereinzelt sieht das Gesetz eine Wertsicherung von Forderungen ausdrücklich vor; so etwa im Anerbenrecht²² und erst seit Kurzem im Pflichtteilsrecht²³. Davon abgesehen finden sich lediglich Bestimmungen, die festlegen, unter welchen Voraussetzungen eine Wertsicherungsabrede wirksam ist und durchgesetzt werden kann (§ 6 Abs 1 Z 5

¹⁶ Ertl, Inflation 10 ff; derselbe in Fenyves//Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 985 Rz 5.

¹⁷ Statt vieler bloß K. Schmidt in Staudinger, BGB Geldrecht (1983) Vorb § 244 BGB Rz D 6 mit weiteren Hinweisen.

¹⁸ Leitner, wobl 2023, 422 (423).

¹⁹ Ertl, Inflation 3. Gegen die Überzeugungskraft der Gerechtigkeitsarguments jedoch explizit F. A. Mann, NJW 1974, 1297 (1299).

²⁰ Nach seinem Sieg über Persien brachte Alexander der Große das erbeutete persische Gold und Silber in Umlauf; das allgemeine Preisniveau zog an und die Zinsen fielen; Homer/Sylla, History of Interest Rates⁴ 38; Chancellor, Price of Time 12 mit weiteren Beispielen aus der Antike.

²¹ Dazu Zahradnik in Jaeger/Stöger, EUV/AEUV Art 127 AEUV Rz 6 mit weiteren Nachweisen zu den Beschlüssen des EZB-Rats aus 1998 und 2003.

²² Wird der Erbhof dem Anerben zugewiesen, stehen den übrigen Miterben Abfindungsansprüche zu; sie werden mit der Zuweisung des Erbhofes fällig, das Verlassenschaftsgericht kann ihre Auszahlung jedoch hinausschieben. In diesem Fall hat das Verlassenschaftsgericht eine angemessene Verzinsung festzulegen und dabei „auf eine Auszahlung nach dem inneren Werte Bedacht zu nehmen“ (§ 12 Abs 1 AnerbenG).

²³ Hat der Erblasser vor dem Tod eine Schenkung gemacht, können Pflichtteilsberechtigte verlangen, dass der Wert dieser Schenkung der Verlassenschaft und damit der Pflichtteilsbemessungsgrundlage hinzugerechnet wird; dabei ist seit dem Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/87) der Wert der Schenkung auf den Todeszeitpunkt anhand des Verbraucherpreisindex aufzuwerten (§ 755 ABGB).

KSchG; § 16 Abs 9 MRG); es ist demnach der **privatautonen Vorsorge der Vertragsteile** überlassen festzulegen, ob und wie sie nach Vertragsabschluss auf einen schwankenden Geldwert reagieren können. Dennoch wäre der Befund unzutreffend, das allgemeine Privatrecht habe keine Notiz davon genommen, dass Geldwertschwankungen auftreten und dass sie bei wirtschaftlicher Betrachtung auf den Schuldinhalt Einfluss haben. Wie die Entstehungsgeschichte des ABGB zeigt, war dem Gesetzgeber bereits seinerzeit wohl bewusst, dass der Geldwert starken Schwankungen unterworfen sein kann. Als Folge der napoleonischen Kriege war die Geldentwertung zu Beginn des 19. Jahrhunderts ein bekanntes und präzentes Phänomen²⁴, sodass im Zuge der Redaktion des ABGB intensiv darüber beraten wurde, ob Geldschulden zu valorisieren sind oder nicht²⁵; es war schließlich eine bewusste Entscheidung des historischen Gesetzgebers, am Nominalismus festzuhalten und auf Änderungen des Schuldinhalts durch Abwertung des geschuldeten Geldbetrags nicht zu reagieren²⁶. Immerhin dürfte man allerdings den gesetzlichen Verzugszinsen (§ 1333 ABGB) die Funktion zugewiesen haben, eine Entwertung des Geldes in pauschalierter Form aufzufangen²⁷.

- 10 Ab der **Zwischenkriegszeit** und vor allem im Dritten Reich legte der Gesetzgeber seine gleichgültige Haltung gegenüber Valorisierungen ab und schränkte die privatautonome Vorsorge für Schwankungen des Geldwerts erheblich ein, weil man fürchtete, solche Vertragsregeln könnten das Vertrauen in die Stabilität der Währung beeinträchtigen und die Inflation anheizen²⁸. In der **Nachkriegszeit** blieb eine gewisse Skepsis gegenüber Wertsicherungsabreden bestehen, weil die wirtschaftliche Situation weiterhin ange-

²⁴ Darauf weist etwa *Ertl* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 985 Rz 3 hin. Mit Kaiserlichem Patent vom 20. 2. 1811 – das später unter dem Namen *Bankrottopatent* bekannt werden sollte – verordnete Franz I. eine Abwertung der sogenannten *Bancozettel* auf 20 % ihres Nennwerts und zog damit die Konsequenz aus dem drastischen Anwachsen der Geldmenge. *Zeiller*, der sich in den ABGB-Beratungen für das Prinzip des Nominalismus stark gemacht hatte, verteidigte das Kaiserliche Patent dennoch als ein „Werk der Staatsklugheit, durch eine Verkettung außerordentlicher Umstände veranlaßt“ (*Ofner*, Protokolle II 646).

²⁵ Eingehend *Ertl*, Inflation 7 ff mit Nachweisen aus den Materialien.

²⁶ *Ch. Rabl*, ÖBA 2015, 246 (246 f) ist erstaunt über den Gleichmut, mit dem die Bevölkerung des Jahres 1811 diese gesetzgeberische Wertung aufnahm, nachdem ihr nur wenige Monate zuvor der erste Staatsbankrott in der Geschichte der Monarchie schmerzhaftes Vermögenseinbußen beschert hatte. Zur gesellschaftspolitischen und geschichtshistorischen Einordnung dieses im liberalen Rechtsdenken wurzelnden gesetzgeberischen Zugangs *Hattenberger*, Grundbegriffe² 99 ff mit weiteren Hinweisen.

²⁷ *Ertl*, Inflation 159. Die vom Verlassenschaftsgericht festzusetzende Verzinsung des Abfindungsanspruchs nach § 12 Abs 1 AnerbenG hat auf „auf eine Auszahlung nach dem inneren Werte Bedacht zu nehmen“ und bezweckt daher ebenfalls, die Geldentwertung abzudecken.

²⁸ Eingehend dazu etwa *Duden*, Wertsicherung 8 ff; *Omlor*, Geldprivatrecht 271 ff und 408 je mit umfassenden Hinweisen.

spannt war und Unsicherheit darüber bestand, wie sich solche Vertragsabreden gesamtwirtschaftlich auswirken²⁹. Wenngleich man deswegen keinen Anlass sah, vom gesetzlich festgeschriebenen Prinzip des Nominalismus abzugehen³⁰, war doch immerhin akzeptiert, dass mit dem Phänomen der Geldwertänderung umzugehen sei³¹: Zum einen reagierte der Staat insbesondere in Deutschland durch währungsrechtliche Intervention (Rz 50 ff), um Währungsstabilität zu fördern. Zum anderen griff die Rechtsprechung (seit der Zwischenkriegszeit) zu einem **reaktiven** „Katastrophenbehelf“; bei extremen Äquivalenzstörungen rekurrierte sie auf Treu und Glauben und erlaubte eine Aufwertung oder Aufhebung des Vertrages. Da ein solcher Behelf nur in Extremfällen eingesetzt werden konnte und zu unvorhersehbaren Ergebnissen führte³², diskutierte man schließlich auch **präventive** Regelungen durch privatautonome Abreden³³.

- 11 Mag es sohin in der Verantwortung von Gläubiger und Schuldner liegen, sich gegen schwankende Geldwerte mit **privatautonomer Vorsorge** zu wappnen, so bedeutet dies doch keineswegs, dass der Privatrechtsgesetzgeber das Phänomen von Geldwertschwankungen ignoriert. Zwar widmet sich die weitere Analyse lediglich den privatautonom getroffenen Vorkehrungen gegen Geldwertschwankungen. Da aber auch zu erörtern ist, welche Rechtsfolgen eintreten, sollte ein Schuldverhältnis keine oder keine wirksame Wertsicherungsabrede beinhalten, erhebt sich ebenso die Frage, **welche Wertungen dem positiven Recht zu entnehmen** sind. Die Privatrechtsordnung kennt zahlreiche Bestimmungen, die an Geldwertschwankungen Rechtsfolgen knüpfen. Neben den schon erwähnten erbrechtlichen Regeln, finden sich solche besonders häufig im Wohnrecht (§ 16 Abs 6 MRG; § 5 Abs 1 RichtWG; § 13 Abs 6 WGG; § 14 Abs 7a WGG) sowie in verwandten Rechtsbereichen (§ 3 Abs 2 BauRG; Art III Abs 5 BauRGNov 1990³⁴), also dort, wo man es mit auf lange Dauer angelegten Vertragsverhältnissen zu tun hat. Aber etwa auch im Exekutionsverfahren widmet sich das positive Recht dem Phänomen schwankenden Geldwerts (§ 8 Abs 2 und 3 EO). **Keine** dieser Bestimmungen ordnet – nota bene! – eine **gesetzliche Wertsicherung** an, sondern es wird vielmehr stets eine darauf gerichtete Parteiabrede vorausgesetzt. Von diesem Befund auszunehmen sind lediglich die erbrechtlichen Bestimmungen (§ 12 Abs 1 AnerbenG; § 755 ABGB); dort geht es jedoch um die Wertanpassung zugunsten unfreiwilliger Geldleistungsgläubiger, sodass eine Wertsicherungsabrede a priori nicht in Betracht kommt. Für privatautonom begründete Geldleistungsschulden findet sich – soweit überblickbar – nur eine einzige gesetzlich angeordnete Wertsicherung: Der Grundeigentümer kann vom Bauberechtigten eine Wertsicherung des Baurechtszinses verlangen, wenn der Baurechtsvertrag keine (wirksame, § 3 Abs 2 BauRG) Wertsicherungsabrede

²⁹ *Olmor*, Geldprivatrecht 408 unter Hinweis auf BT-Drucks 13/9347, S. 55. Siehe ferner den Abriss der Diskussion bei *Lubasch*, Geldwertsicherungsklauseln 19 ff mit weiteren Hinweisen und die bei *F. A. Mann*, NJZW 1974, 1297 (1293 bei FN 13) zitierte deutsche Rechtsprechung.

³⁰ Eine solche Sichtweise vertrat lediglich *Eckstein* (Geldschuld und Geldwert 29 ff und 49 ff), blieb damit aber ungehört (*Duden*, Wertsicherung 5).

³¹ *Duden*, Wertsicherung 5 f; *F. A. Mann*, NJW 1974, 1297 (1299 ff), der explizit für Zurückhaltung bei einer vom Nominalismus plädiert.

³² *Ertl*, Inflation 26 ff und 43 ff; *derselbe* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 985 Rz 11.

³³ In diesem Sinn auch *Olmor*, Geldprivatrecht 383.

³⁴ BGBl 1990/258.

enthält und der Bauzins offenbar unangemessen ist (Art III Abs 5 BauRGNov 1990); darauf wird zurückzukommen sein (Rz 172).

II. Mögliche präventive Regelungen

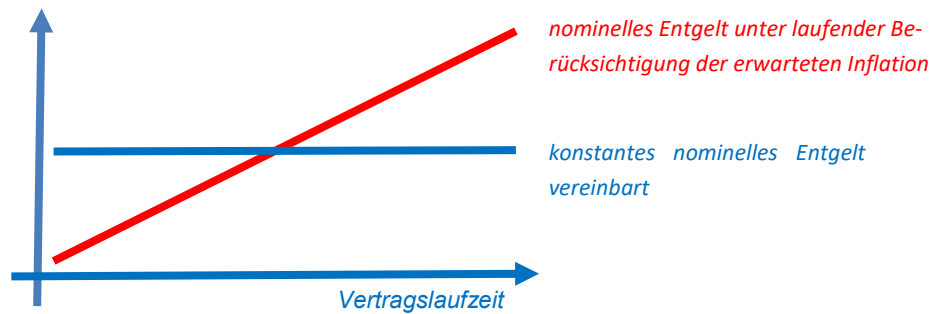
- 12 Gerade bei Langzeitverträgen mit kontinuierlichen Geldleistungspflichten ist für beide Vertragsparteien schon bei Vertragsabschluss **abzusehen**, dass sich der **Tauschwert des Geldbetrages**, der als Gegenleistung zu zahlen ist, während der Vertragslaufzeit **ändern** wird³⁵. Solche Erwartungen bleiben in den Vertragsverhandlungen nicht unberücksichtigt; denn typischerweise wollen redliche Parteien das gewollte Wertverhältnis, also die (subjektive) Äquivalenz der ausgetauschten Leistungen, wie sie sie bei Vertragsabschluss festgelegt haben, gegen Schwankungen des Geldwerts immunisieren. Als wesentliche Grundlegung für die folgenden Überlegungen ist herauszustreichen, dass eine Wertsicherungsabrede nicht darauf abzielt, das ursprünglich vereinbarte Entgelt zu erhöhen oder zu verringern. Mag sich auch der nominelle Betrag des Entgelts ändern, so ist der Parteiwille doch lediglich darauf gerichtet, das **ursprünglich gegebene Äquivalenzverhältnis fortzuschreiben**. Ein solche Sichtweise ist nicht nur für das österreichische Privatrecht anerkannt³⁶, sondern wird auch vom EuGH geteilt³⁷. Das führt zu dem unerwarteten Zwischenbefund, dass hier eine vertragliche Abrede, die vom dispositiven Recht (Nominalismus) abweicht, der Vertragsgerechtigkeit dient³⁸. Für die Äquivalenzsicherung stehen ihnen **mehrere Möglichkeiten** offen.
- 13 Denkbar ist zunächst, dass die Vertragsteile versuchen, bei Vertragsabschluss zu antizipieren, wann und in welchem Ausmaß eine Änderung des Geldwerts eintritt, sodass sie den Betrag des nominell zu zahlenden Entgelts dementsprechend festsetzen. Das kann zunächst dadurch geschehen, dass ein **für die gesamte Vertragslaufzeit konstanter Betrag** festgesetzt wird, der die zu erwartende Geldentwertung anfangs vorwegnimmt und ihr dann gegen Ende der Vertragslaufzeit hinterherhinkt.

³⁵ So weist auch *F. A. Mann*, NJW 1974, 1297 (1297) treffend darauf hin, dass Umsatzgeschäfte vom Phänomen der Geldentwertung kaum betroffen sind, während sie Bestandgeber, Darlehensgeber und Sparer besonders spüren.

³⁶ Siehe etwa bloß *Bollenberger*, RdW 2013, 691 (692 f); *Ch. Rabl*, ÖBA 2015, 246 (246); *Leitner*, wobl 2023, 422 (424); *Parapatits*, ÖJZ 2023, 716 (718); *dieselbe*, FS Lovrek 567 (577).

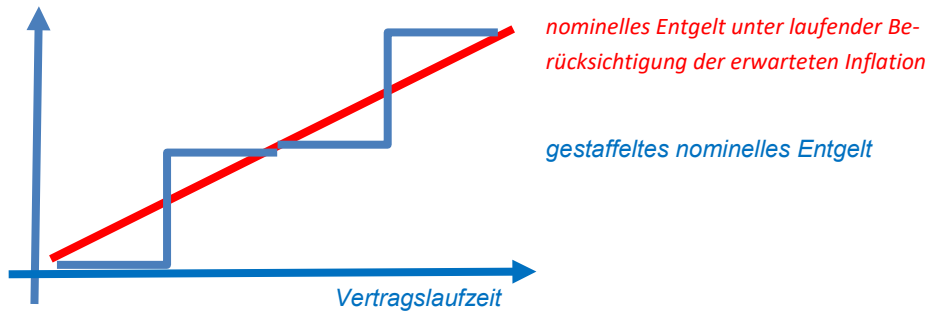
³⁷ Der OGH (8 Ob 72/13s) hatte den EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren (Art 267 AEUV) angerufen, um klären zu lassen, ob eine Änderung des Entgelts im Sinne von Art 20 Universaldienst-Richtlinie (RL 2002/22/EG) vorliegt, wenn ein Telekommunikationsbetreiber seine in den AGB festgeschriebene Befugnis ausübt, das vereinbarte Entgelt an den VPI anzupassen; oder dies lediglich darauf abzielt, das vereinbarte Äquivalenzverhältnis zwischen Sach- und Geldleistung aufrechtzuerhalten. Der EuGH (26. 11. 2015, C-326/14, *VKI/Telekom Austria*) verneinte eine Vertragsänderung im Sinne von Art 20 Universaldienste-RL, wenn die Änderung anhand eines von einer staatlichen Stelle ermittelten objektiven Verbraucherpreisindex erfolgt (im Ergebnis kommt daher dem Kunden kein Sonderkündigungsrecht zu); damit schloss sich der EuGH der Sichtweise des OGH an, wonach eine VPI-basierte Entgeltanpassung lediglich das Äquivalenzverhältnis fortschreibt.

³⁸ *Leitner*, wobl 2023, 422 (424).



- 14 Eine solche Entgeltgestaltung geht mit offenkundigen **Nachteilen** einher:
- (i) Die erste Phase des Vertrages ist gewissermaßen eine Ansparphase, in der der Geldleistungsschuldner wertmäßig vorleistet, um die in der zweiten Phase eintretende Geldentwertung auszugleichen. In der ersten Phase ist der Geldleistungsschuldner somit übermäßig angespannt: Er leistet – die spätere Geldentwertung vorwegnehmend – ein Entgelt, das über dem aktuellen Marktpreis liegt und deshalb womöglich seine Liquidität sowie wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (verfügbares Haushaltseinkommen) unverhältnismäßig belastet.
 - (ii) Ferner läuft der Geldleistungsschuldner Gefahr, seine Vorleistung aus der Ansparphase zu verlieren, sollte das Vertragsverhältnis vorzeitig, das heißt vor Ablauf der Vertragsdauer enden, die die Parteien vereinbart und ihrer Entgeltkalkulation zugrunde gelegt haben.
- 15 Trotz der evidenten Nachteile für den Geldleistungsschuldner sind solche Entgeltvereinbarungen nicht unüblich und teilweise sogar unausweichlich. Ist gesetzlich eine sogenannte **Wartezeit oder Sperrfrist** für Valorisierungen/Anpassungen vorgesehen³⁹, werden rationale Verhandlungspartner in aller Regel versuchen, die für diese Frist erwarteten Geldwertschwankungen ihrer Entgeltvereinbarung zugrunde zu legen; wegen des Anpassungsverbots während der Wartezeit/Sperrfrist steht ihnen dann allerdings nur die Möglichkeit offen, ein konstantes Entgelt zu vereinbaren, das die erwartete Geldentwertung vorwegnimmt.
- 16 Eine Alternative, die die Nachteile des konstanten Entgelts lindert, aber dennoch erlaubt, die erwarteten Geldwertschwankungen im Voraus zu berücksichtigen, ist im Bestandrecht als sogenannte **Staffelmiete** bekannt. Auch dabei nehmen die Vertragsteile in der Entgeltvereinbarung die erwarteten Änderungen des Geldwerts vorweg, allerdings durch gestaffelte Anhebungen.

³⁹ Dazu eingehend unten Rz 93 ff.



- 17 Da ein gestaffeltes Entgelt (Staffelmietzins) Vorauszahlungen auf die Geldentwertung gering hält, kommt es den Interessen des Geldleistungsschuldners mehr entgegen: Er muss keine Ansparphase und daher keine unverhältnismäßige Belastung zu Beginn der Vertragsdauer in Kauf nehmen; eine vorzeitige Beendigung belastet ihn weniger.
- 18 Jedes Entgeltmodell, in dem die Vertragsteile bereits bei Vertragsabschluss die Entwicklung der nominellen Geldschuld abhängig von erwarteten Geldwertschwankungen festlegen, trägt das Risiko in sich, dass sich die Realität abweichend von den Erwartungen entwickelt. Eingedenk der jüngeren europäischen Wirtschaftsgeschichte und wegen der Geldpolitik der Europäischen Zentralbank⁴⁰ ist kurz- und mittelfristig freilich nur mit einer Geldentwertung (Inflation), jedoch mit keiner Geldaufwertung (Deflation) zu rechnen. Dennoch trifft das **Risiko** einer Fehleinschätzung **beide Vertragsteile** gleichermaßen, weil selbst wenn eine Geldentwertung gewiss ist, die Erwartungen beider Vertragsteile nach oben *oder* nach unten von der tatsächlichen Entwicklung abweichen können. Es liegt daher im **Interesse beider**, das Entgelt nicht schon im Vorhinein aufgrund von Erwartungen, sondern erst auf Basis der tatsächlich eingetretenen Geldwertveränderung festzulegen⁴¹. Mit anderen Worten: Es wäre ein Trugschluss anzunehmen, dass Wertsicherungsklauseln allein im Interesse des Geldleistungsgläubigers liegen, bloß weil sie – wegen der steten Geldentwertung – durchwegs bewirken, dass sich das nominelle Entgelt erhöht. Das Szenario, mit dem man die Wertsicherungsklausel vergleichen muss, ist *nicht* darin zu sehen, dass die Vertragsteile ein Entgelt festlegen, das dem Marktpreis bei Vertragsabschluss entspricht und das für den Rest der Vertragslaufzeit keinerlei Geldwertschwankungen berücksichtigt. Wertsicherungsabreden sind vielmehr eine Alternative dazu, dass die Parteien bei Vertragsabschluss den Nominalbetrag des Entgelts aufgrund von Erwartungen erhöht festlegen – konstant oder gestaffelt⁴². Indem Wertsicherungsklauseln solche Abreden erübrigen, reduzieren sie

⁴⁰ Dazu oben Rz 7 mit weiteren Hinweisen.

⁴¹ In diesem Sinn auch *W. Doralt*, Langzeitverträge 353 f mit weiteren Hinweisen.

⁴² Dass die Parteien eines Langzeitvertrages bei Fehlen (oder bei einem Verbot) einer Wertsicherung auf derartige Abreden ausweichen werden, um zukünftige Geldwertschwankungen bereits bei Vertragsabschluss zu berücksichtigen, hat auch der Gesetzgeber erkannt. Nach der Stammfassung des Baurechtsgesetzes aus dem Jahr 1912 (BGBl 1912/86) war die Wertsicherung des Baurechtszinses unwirksam (§ 3 Abs 2 BauRG in der Stammfassung); mit der BauRG-Novelle 1990 (BGBl 258/1990) hob der Gesetzgeber dieses Verbot nicht nur auf, sondern gewährte dem Grundeigentümer für Baurechtsverträge, die vor Aufhebung des Wertsicherungsverbots zustande gekommen sind und daher auf eine Wertsicherungsabrede verzichtet hatten, einen Anspruch auf angemessene Erhöhung des Baurechts-

für *beide* Teile zum einen die Kosten des Vertragsabschlusses (weil das Bilden von Erwartungen durchwegs mit Informationskosten verbunden ist)⁴³; zum anderen minimieren sie für *beide* Teile das wirtschaftliche Risiko, dass sich ihre Erwartungen als unzutreffend herausstellen. Wenn der OGH⁴⁴ jüngst formuliert, der *Vermieter* habe ein legitimes Bedürfnis, das Entgelt – insbesondere bei längeren Vertragslaufzeiten – an die tatsächliche Geldwertveränderung anzupassen und damit das Äquivalenzverhältnis zu wahren, umschreibt das die Interessenlage unseres Erachtens also nur unvollständig⁴⁵. Mit einer Wertsicherungsklausel gehen die Vertragsteile einen weiteren Evolutionschritt in der Vertragsgestaltung, der es ihnen erlaubt, jene Nachteile hinter sich zu lassen, die sie in Langzeitverträgen mit konstantem oder gestaffeltem Entgelt *beide* zu tragen haben.

Wollen die Vertragsparteien solche Nachteile vermeiden, ist eine Wertsicherungsklausel aber nur eine von mehreren Möglichkeiten, die ihnen die Privatautonomie hierfür zur Verfügung stellt. Bevor die Wertsicherungsabrede in den Fokus genommen wird (Rz 18 ff), sind noch die sonstigen Vertragsgestaltungen anzusprechen und zu erörtern, ob und wie durch sie den Parteiinteressen Rechnung wird.

- 19 Zum einen können die Parteien vereinbaren, dass Änderungen des Geldwerts ein „Recht“ zu **Nach-/Neuverhandlungen** auslösen. In der österreichischen Privatrechts-tradition sind Nachverhandlungsklauseln jedoch bekanntlich kaum verbreitet. Zum einen steht es ohnehin – auch ohne vertragliche Regelung – jedem Vertragsteil stets frei, Nachverhandlungen zu einem bereits bestehenden Vertragsverhältnis zu initiieren; es wäre daher wenig damit gewonnen, ein solches Recht vertraglich festzuschreiben. Zum anderen erscheinen Ansprüche aus einem solchen Nachverhandlungsrecht kaum durchsetzbar, sollte das Gegenüber – auf die Vertragstreue und die bestehende Vereinbarung pochend – sich weigern, in (ernsthafte) Verhandlungen einzutreten. Und schließlich folgt aus einem Recht auf Neuverhandlungen keineswegs ein Recht darauf, dass eine bestimmte Vertragsänderung zustande kommt, nach der das Entgelt valorisiert wird.
- 20 In **Dauerschuldverhältnissen** erlangt die Entgeltanpassung durch Nachverhandlungen jedoch Bedeutung, weil hier die Vertragsbindung abgeschwächt ist: Dauerschuldverhältnisse können grundsätzlich – soweit kein Kündigungsverzicht vorliegt und kein

zinses. Dieser Erhöhungsanspruch bestand jedoch dann nicht, wenn die Parteien auf das Erhöhungsverbot ohnehin reagiert und zukünftige Geldwertschwankungen bei Vertragsabschluss berücksichtigt hatten, indem sie den Baurechtszins von vornherein höher angesetzt oder zeitlich gestaffelt festgelegt hatten. Der Zweck dieser Einschränkung kommt im Gesetzeswortlaut nicht unmittelbar zum Ausdruck (der Anhebungsanspruch setzt lediglich voraus, dass der vereinbarte Baurechtszins „offenbar unangemessen“ ist), ergibt sich aber deutlich aus den Gesetzesmaterialien (JAB 1264 BlgNR XVII. GP 2).

⁴³ Darauf weist etwa *W. Doralt*, Langzeitverträge 353 explizit hin.

⁴⁴ 6 Ob 226/18f; RIS-Justiz RS0132652.

⁴⁵ Eine solche, nur unilaterale Sichtweise legt wohl auch *Bollenberger*, RdW 2013, 691 (692 f) zugrunde: Die Wertsicherung bezwecke, dass der Schuldner Vorteile und Nachteile aus Veränderungen des inneren Wertes der Währung trägt. Treffender womöglich *Ch. Rabl*, ÖBA 2015, 246 (256 f), der Dauerschuldverhältnisse ohne Wertanpassungsklauseln als Glücksgeschäfte einordnet, was wohl impliziert, dass jeder der beiden Vertragsteile Glück oder Pech haben kann. Ihm folgend *Parapatits*, ÖJZ 2023, 716 (718 FN 18); *dieselbe*, FS Lovrek 567 (577 FN 32).

Kündigungsschutz eingreift (dazu sogleich näher) – ordentlich gekündigt werden⁴⁶. Jedem Vertragsteil steht es daher frei, das Vertragsverhältnis einseitig aufzulösen und gleichzeitig zu Neuverhandlungen einzuladen. Der Zweck einer solchen **Änderungskündigung** liegt demnach nicht darin, das Vertragsverhältnis zu beenden, sondern dieses mit einem angepassten, neu verhandelten Inhalt fortzusetzen.

- 21 Gerade für **Bestandverhältnisse** ist die Änderungskündigung prima vista ein geeignetes Instrument, um auf geänderte Umstände, insbesondere auf Geldentwertung zu reagieren⁴⁷. Davon werden vornehmlich Bestandgeber Gebrauch machen: Denn nimmt der Bestandnehmer das in der Änderungskündigung liegende Angebot auf Abschluss eines geänderten Vertrages nicht an, endet das Bestandverhältnis. Scheitert ein Neuabschluss, verspürt der Bestandnehmer also – wirtschaftliches und meist auch emotionales – Ungemach, das mit einem Bestandobjektwechsel verbunden ist. Da der Bestandnehmer bereits in das Vertragsverhältnis investiert hat und seine Investition durch einen Bestandobjektwechsel frustriert wäre, hat er typischerweise ein eminentes **Fortsetzungsinteresse**. In Nachverhandlungen infolge einer Änderungskündigung herrscht daher ein starkes Ungleichgewicht zulasten des Bestandnehmers. Hinzu kommen unerwünschte gesamtwirtschaftliche Effekte: Scheitern die Nachverhandlungen, kann es zu vermeidbaren Leerständen kommen; der Bestandnehmer ist mit Transaktionskosten für einen neuen Vertragsabschluss belastet (Such- und Umzugskosten). Es sind vor allem diese Gründe, die die österreichische und zahlreiche andere moderne Privatrechtsordnungen veranlasst haben, für gewisse⁴⁸ Bestandverhältnisse **Bestandschutz** vorzusehen⁴⁹. Die allgemeine Regel, wonach Dauerschuldverhältnisse ohne besonderen Grund einseitig beendet werden können, ist dabei außer Kraft gesetzt (§§ 29 ff MRG); die Vertragsbindung erstarkt. Damit soll insbesondere verhindert werden, dass der Bestandgeber Bestandnehmer durch Änderungskündigung in eine Verhandlungssituation drängen kann, in der sie lediglich die Wahl haben, das bereits genutzte Bestandobjekt aufzugeben oder die neue Forderung des Bestandgebers zu akzeptieren.
- 22 Bestandverhältnisse nehmen sohin eine **Sonderstellung** ein, wenn das Entgelt infolge von Änderungen des Geldwerts nachträglich angepasst werden soll.
- (i) Unterliegt das Bestandverhältnis **keinem Bestandschutz**, findet sich der Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer in einer denkbar schlechten Verhandlungsposition, weil er mit dem Verlust des bereits genutzten Objekts rechnen muss. Ein solches Ungleichgewicht kann eine moderne Privatrechtsordnung nur ausnahmsweise in Kauf nehmen.

⁴⁶ Herrschende Auffassung; statt aller etwa *Lovrek* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1116 Rz 2; *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 859 Rz 46 je mit weiteren Hinweisen. Grundlegend *F. Bydlinski*, Schranken „ewiger“ und extrem lang dauernder Vertragsbindungen *passim*; mit guten Gründen relativierend zuletzt aber *W. Doralt*, Langzeitverträge 330 ff.

⁴⁷ *Oertmann* in HKK, §§ 535-580a BGB Rz 92.

⁴⁸ Näher zur Frage des Schutzbereiches Rz 46 ff.

⁴⁹ Rechtsvergleichend Oberhammer/Kletečka/Wall (Hrsg), Soziales Mietrecht in Europa (2011).

- (ii) Handelt es sich um ein **geschütztes Bestandverhältnis**, hat der Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer hingegen kaum Anlass, sich auf Neuverhandlungen einzulassen und eine Anpassung des Entgelts zu seinen Lasten zu akzeptieren. Damit bleibt dem Geldleistungsgläubiger/Bestandgeber keine realistische Möglichkeit, sein berechtigtes Interesse an einer Valorisierung des Entgelts zu verfolgen; er bleibt – sofern er keine wirksame Befristung vereinbart hat – auf unbestimmte Zeit im Bestandverhältnis gefangen und muss zusehen, wie der Nennwert der Geldleistung und ihr Realwert immer weiter auseinanderdriften.

Resümierend sind **Nachverhandlungen nur bedingt geeignet, in Bestandverhältnissen** einen ausgewogenen Interessenausgleich bei geändertem Geldwert zu erreichen.

- 23 Ein Ausweg könnte darin bestehen, das **Bestandverhältnis befristet** abzuschließen. Dadurch wären Nachverhandlungen – genauer gesagt: *Neuverhandlungen* – nur zu bestimmten, für den Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer vorhersehbaren Terminen möglich, nämlich mit Ende des Befristungszeitraums. Der Bestandnehmer wäre in der Lage, sich auf den vereinbarten Endtermin einzustellen und entsprechend zu disponieren, sodass sein Fortsetzungsinteresse weniger einschneidend berührt wäre als bei einer jederzeit möglichen Änderungskündigung; er könnte also Vorsorge treffen, um seine Position in den Verhandlungen zu verbessern. Gleichzeitig hätte der Geldleistungsgläubiger/Bestandgeber die Möglichkeit, sein Anpassungsinteresse zu verfolgen, indem er den Befristungszeitraum kurz anlegt (etwa drei Jahre) und die während dieses Zeitraums erwartete Gelwertschwankung von Beginn an im vereinbarten Entgelt antezipiert – in Form eines erhöhten konstanten Entgelts (Rz 12) oder in Form eines gestaffelten Entgelts (Staffelmiete; Rz 16). Näher besehen bringt freilich auch eine solche privatautonome Vorsorge gegen Wertschwankungen gravierende Nachteile mit sich. Daraus resultiert nämlich ein Anreiz für den Geldleistungsgläubiger/Bestandgeber, möglichst kurze Befristungszeiträume zu vereinbaren, was – wirtschaftlich betrachtet – für den Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer einen ähnlichen Effekt hat wie die Möglichkeit des Bestandgebers, das Bestandverhältnis jederzeit durch ordentliche Kündigung zu beenden. Für den Bestandnehmer resultieren daraus die schon erwähnten negativen Auswirkungen (Nachverhandlungen in einer Ungleichgewichtssituation) und gesamtwirtschaftliche Nachteile (Leerstände und wiederholte Wechsel von Bestandobjekten mit hohen Transaktionskosten).
- 24 Die bislang geschilderten Nachteile und Schwächen lassen sich jedoch beseitigen, wenn man den schon angesprochenen weiteren kautelarjuristischen Evolutionsschritt zulässt und das Maß der Wertsicherung an einen **Wertmesser** knüpft, der **bereits bei Vertragsabschluss festgelegt** wird. Derart konstruierte Wertsicherungsabreden entsprechen nicht nur dem **Interesse beider Vertragsteile**, die subjektive Äquivalenz der ausgetauschten Leistungen gegen den schwankenden Geldwert abzuschirmen (Rz 12) und dabei das Risiko unzutreffender Erwartungen auf beiden Seiten zu reduzieren (Rz 18). Die Valorisierung des Entgelts mithilfe eines Wertmessers ist auch in der Lage, jene eben geschilderten Schwierigkeiten zu umschiffen, die sich speziell für Bestandverhältnisse auftun (Nachverhandlungen in einer Ungleichgewichtssituation; Rz 21 ff).

**C. BESONDERHEITEN VON BESTANDVERHÄLTNISSEN ÜBER IMMOBILIEN:
VERKNAPPUNG UND BESTANDSCHUTZ (OLAF RISS)**

- 25 Es wurde schon angesprochen, dass sich Bestandverhältnisse über unbeweglichen Sachen von anderen Dauerschuldverhältnissen im hier interessierenden Zusammenhang durch ein Spezifikum abheben: Hat der Geldleistungsgläubiger/Bestandgeber das Recht, das Vertragsverhältnis jederzeit aufzulösen (ordentliche Kündigung), ist er faktisch in der Lage, Investitionen des Geldleistungsschuldners/Bestandnehmers zu frustrieren und so Vertragsänderungen zu dessen Nachteil einseitig durchzusetzen. Das in dieser Situation entstehende **Ungleichgewicht** korrigieren moderne Privatrechtsordnungen mit zwingendem Bestandschutz für bestimmte Bestandverhältnisse (Rz 21 ff). Allerdings kommen noch weitere Besonderheiten hinzu, die zu Buche schlagen, wenn Wertsicherungsabreden in Bestandverträgen über unbewegliche Sachen zu bewerten sind.

I. Knappheit von Grund und Boden

- 26 Da sich die nutzbare Erdoberfläche nicht oder nur sehr beschränkt vermehren lässt, sind Grund und Boden ein knappes Gut. Zugleich nimmt die Nachfrage nach dieser Ressource infolge des Wirtschaftswachstums und der steigenden Bevölkerungszahl kontinuierlich zu. Bei dieser Entwicklung von Angebot und Nachfrage überrascht es nicht, dass sich die Preise für Immobilien und die **Bestandzinse tendenziell schneller verteuern, als** es der **allgemeinen Teuerungsrate** entspricht, wie sie der Verbraucherpreisindex abbildet⁵⁰. Mit anderen Worten: Es ist allgemein vorhersehbar, dass die Preise für Immobilien und die Bestandzinse für Neuvermietungen auch bei inflationsbereinigter Betrachtung kontinuierlich steigen.
- 27 *Friedrich A. Hayek*⁵¹ kommt das Verdienst zu, als erster den Gedanken adressiert zu haben, dass der Tauschwert und damit der **Preis** eines technisch identen Wirtschaftsgutes nicht nur an verschiedenen Orten, sondern auch **zu verschiedenen Zeitpunkten gesondert zu bestimmen** ist. Grund dafür könnten – so *Hayek* – äußere Umstände sein, wie etwa der Wechsel der Tages- und Jahreszeiten (zB bei Urlaubsreisen), ebenso die technische Eigenart von Produktionsprozessen und die natürlichen Schwankungen in den menschlichen Bedürfnissen; all das ändere die Wertschätzung für dasselbe Wirtschaftsgut. Fällt demnach die Wertschätzung für ein Wirtschaftsgut zu verschiedenen Zeitpunkten unterschiedlich aus, bilde sich dafür eine intertemporale Tauschrelation. Wer etwa über das Nutzungsrecht für zwei Nächte in einem Gästezimmer in Venedig am Karnevalswochenende verfügt, wird dieses Wirtschaftsgut nicht gegen zwei Nächte in demselben Gästezimmer in der Nebensaison eintauschen; vielmehr wird sich ein Tauschverhältnis herausbilden, dass die unterschiedlichen Wertschätzungen zu den beiden Zeitpunkten widerspiegelt (etwa: zwei Nächte im Karneval entsprechen vier Nächten in der Nebensaison). Technisch idente Güter, die in verschiedenen Zeitpunkten nicht gleichermaßen verfügbar sind, müsse man daher ökonomisch als verschiedene Güter

⁵⁰ Siehe dazu die von eurostat veröffentlichten Daten zu Inflation und Mietpreisindex: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023#evolution-of-house-prices-and-rents>.

⁵¹ Weltwirtschaftliches Archiv 28 (1928) 33 (insbesondere 36 ff).

betrachten, so wie dies bereits anerkannt sei für technisch gleiche Güter, die aber nur an verschiedenen Orten verfügbar sind⁵². Blieben die Preise für solche Wirtschaftsgüter stabil, wäre die Übereinstimmung von Angebot und Nachfrage zeitweilig gestört⁵³.

- 28 Die von *Hayek* entwickelten Grundsätze werden meines Erachtens auch schlagend, wenn Immobilien und daran **vertraglich eingeräumte Gebrauchsrechte** zu bewerten sind. Mag der Bestandvertrag das für die Gebrauchsüberlassung geschuldete Entgelt auch an den schwankenden Geldwert koppeln, so verhindert das nicht, dass die Werte der ausgetauschten Leistungen – Gebrauchsüberlassung einerseits und valorisierter Bestandzins andererseits – im Verlauf der Vertragsdauer auseinanderdriften, weil das Niveau der Bestandzinse dynamischer steigt als das allgemeine Preisniveau. Anhand eines Beispiels veranschaulicht bedeutet das:

Anbieter A vermietet in Jahr 1 das Objekt X an Bestandnehmer B zum Entgelt von 100. In Jahr 2 wird der Bestandzins an den gesunkenen Geldwert (gemessen am allgemeinen Preisniveau) angepasst und beträgt fortan 105. Bei Neuabschluss im Jahr 2 (neuerliche Inbestandgabe) könnte Anbieter A für das idente Wirtschaftsgut (Gebrauchsrecht am Objekt X) auf dem Markt jedoch 110 als Bestandzins erzielen, also einen höheren Bestandzins als in Jahr 1 (100) zuzüglich der Anpassung an die Geldwertschwankung (105). Das vom Anbieter A in Jahr 2 ohne Neuvermietung erzielte Entgelt (105) bleibt also hinter dem aktuellen Marktpreis (110) zurück.

Legt man die *Hayek'sche* Sichtweise zugrunde, sind die Gebrauchsüberlassung in Jahr 1 und die Gebrauchsüberlassung in Jahr 2 als zwei verschiedene Wirtschaftsgüter zu betrachten, die daher auch einen unterschiedlichen Marktwert aufweisen. Dass der Anbieter/Bestandgeber A in ein und demselben Zeitpunkt (Vertragsabschluss) über beide Wirtschaftsgüter – Gebrauchsüberlassung in Jahr 1 und Gebrauchsüberlassung in Jahr 2 – verfügt hat, darf darüber nicht hinwegtäuschen.

- 29 Ist dem Anbieter/Bestandgeber diese Preisdynamik für Immobilien und daran bestehende Gebrauchsrechte bei Vertragsabschluss bewusst, wird er folgende Handlungsmöglichkeiten erwägen. Zunächst kommt in Betracht, in den in Jahr 1 abgeschlossenen Gebrauchsüberlassungsvertrag eine **Entgeltanpassungsabrede** aufzunehmen, wonach sich das Entgelt nicht nur zufolge von Geldwertschwankungen ändert, sondern ebenso zufolge einer Differenz der Marktwerte des Wirtschaftsguts in Jahr 1 und in Jahr 2 (sowie in den folgenden Jahren). Eine solche Anpassungstechnik für das Gebrauchsüberlassungsentgelt ist durchaus denkbar (als Referenzwert könnte der sogenannte Mietenspiegel herangezogen werden), kommt aber bei Bestandverhältnissen in Österreich – soweit überblickbar – nicht oft zum Einsatz⁵⁴.

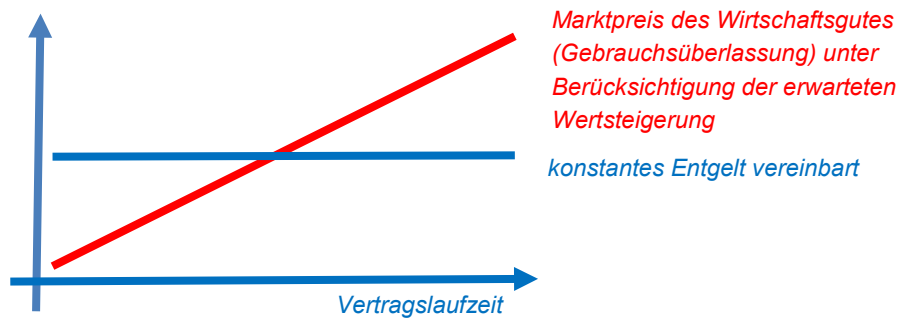
⁵² *Hayek*, Weltwirtschaftliches Archiv 28 (1928) 33 (43 mit weiteren Hinweisen).

⁵³ *Hayek*, Weltwirtschaftliches Archiv 28 (1928) 33 (38).

⁵⁴ Bisweilen dürften solcherart angelegte Anpassungsklauseln bloß bei der Geschäftsraummiete anzutreffen sein: Dabei ist vorgesehen, dass ein Sachverständiger in bestimmten Intervallen den Marktwert eines Mietrechts bestimmt und das Entgelt sodann auf Basis dieses Gutachten angepasst wird.

- 30 In der Rechtspraxis häufiger zu beobachten ist, dass Anbieter/Bestandgeber danach trachten, die **vertragliche Bindung kurz** zu halten, um möglichst bald durch neuerliche Inbestandgabe den sodann aktuellen Marktpreis als Entgelt vereinbaren zu können. Eine solche Strategie steht dem Bestandgeber insbesondere bei weitreichenden Kündigungsmöglichkeiten offen (ordentliche Kündigung). Sofern aber Bestandschutz eingreift, wird der Bestandgeber danach trachten, eine Befristung des Bestandverhältnisses zu vereinbaren. Beides eröffnet dem Geldleistungsgläubiger/Bestandgeber die Möglichkeit, die Bestandsache zum nun aktuellen Marktpreis an einen Dritten in Bestand zu geben oder in Nach-/Neuverhandlungen mit dem bisherigen Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer ebenfalls den nun aktuellen Marktpreis als Entgelt zu verlangen. Dieses Phänomen war im Übrigen bereits im 12. Jahrhundert zu beobachten und hatte wohl wesentlichen Anteil am Niedergang der deutschrechtlichen Erbleihe⁵⁵: Die Erbleihe berechnete sich nach dem Wert der Frucht, die der Bestandgeber gegen eine feste Abgabe zu bewirtschaften musste. Das konstante Entgelt verhinderte, dass auf Wertsteigerungen des Bodens (und auf die Geldentwertung) reagiert werden konnte. Daher löste die Rechtspraxis die Erbleihe durch kurzfristige, nicht vererbliche Gebrauchsüberlassungsverträge ab. In den nach Befristungsablauf neu abgeschlossenen Verträgen passten die (neuen) Vertragsparteien das Entgelt dem jeweiligen Marktniveau an.
- 31 Schließlich ist als Reaktion zu erwarten, dass Geldleistungsgläubiger/Bestandgeber bestrebt sein werden, zukünftige Wertsteigerungen des Wirtschaftsgutes (= der Gebrauchsüberlassung) bereits bei Vertragsabschluss vorwegzunehmen und einzupreisen. In dieser Strategie findet sich der von *Hayek* beschriebene **intertemporale Tausch** wieder: Mit Abschluss eines Bestandverhältnisses in Jahr 1 verpflichtet sich der Anbieter/Bestandgeber nicht nur, das Wirtschaftsgut Gebrauchsüberlassung in Jahr 1 zu leisten, sondern überdies weitere, davon zu unterscheidende Wirtschaftsgüter, nämlich die Gebrauchsüberlassung in Jahr 2 (und in den Folgejahren). Da zu erwarten ist, dass der Marktpreis der Gebrauchsüberlassung in Jahr 2 (und den Folgejahren) über dem Marktpreis in Jahr 1 liegt und da es dem Anbieter/Bestandgeber nicht möglich sein wird, das Entgelt in Jahr 2 an den gestiegenen Marktwert seiner Leistung anzupassen (Anpassungsklauseln reagieren üblicherweise nur auf Geldwertschwankungen; Rz 29), wird er bereits bei Vertragsabschluss versuchen, eine Entgeltvereinbarung zu treffen, die diese Wertsteigerungen antezipiert. Dazu soll der Geldleistungsgläubiger/Bestandnehmer bereits ab Jahr 1 ein Entgelt leisten, das nicht nur dem aktuellen Marktpreis der Gebrauchsüberlassung in Jahr 1 entspricht, sondern zudem bereits teilweise ein Entgelt für die Gebrauchsüberlassung in Jahr 2 darstellt. Im Ergebnis zeigt sich damit, dass erwartbare Wertsteigerungen des Wirtschaftsgutes Gebrauchsüberlassung – weil sie nach der vertraglichen Abrede in aller Regel zu keiner nachträglichen Anpassung berechtigen – denselben Effekt auslösen wie eine Warte-/Sperrfrist (Rz 12 ff): Es wird von Beginn an ein für die gesamte Vertragslaufzeit konstantes Entgelt festgesetzt, das die zu erwartende Wertentwicklung zunächst vorwegnimmt und ihr dann gegen Ende der Vertragslaufzeit hinterherhinkt.

⁵⁵ Dazu *Oestmann* in HKK, §§ 353-580a Rz 24 und Rz 102 mit weiteren Hinweisen.



Die erste Phase des Vertrages ist gewissermaßen eine Ansparphase, in der der Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer seine Leistung aus dem intertemporalen Tauschverhältnis schon teilweise erbringt: Er leistet in Jahr 1 mehr als den Marktpreis für die Vertragsperiode, um den günstigen Erhalt des Wirtschaftsgutes in Jahr 2 (und den Folgejahren) abzugelten.

II. Hoher Anteil der Wohnkosten am Haushaltseinkommen

- 32 Die hier im Fokus stehenden Bestandverhältnisse von Verbrauchern zeichnen sich überdies dadurch aus, dass sie typischerweise den Zweck haben, das **Wohnbedürfnis** zu befriedigen. Sie belasten dementsprechend das Haushaltsnettoeinkommen zu einem erheblichen Teil: Im österreichischen Durchschnitt der Gesamtbevölkerung schlugen die Wohnkosten in den Jahren 2017 bis 2022 mit 20 bis 21 % des Haushaltsnettoeinkommens zu Buche⁵⁶. Allerdings interessieren hier nur jene 43 % der Bevölkerung, die ihren Hauptwohnsitz aufgrund eines **Mietverhältnisses** nutzen⁵⁷; in diesem Segment haben die Wohnkosten einen Anteil von rund **22,4 % am verfügbaren Haushaltseinkommen**.
- 33 Ist das Bestandentgelt an einen Wertmesser (etwa den Verbraucherpreisindex) gekoppelt, kommt dies – wie dargelegt (Rz 18) – den Interessen beider Vertragsteile entgegen: Dadurch können sie die subjektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung gegen Geldwertschwankungen absichern, setzen sich aber dennoch nicht dem Risiko aus, dass ihre Erwartungen von der realen Entwicklung abweichen. Allerdings kann gerade auch eine solche Koppelung an einen Wertmesser dazu führen, dass der Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer bei Vertragsabschluss die zukünftige nominelle **Mehrbelastung infolge der Anpassungen unterschätzt**. Eben dasselbe Problem ist in jüngerer Vergangenheit bei variabel verzinsten Kreditverträgen aufgetreten, die zu einem großen Teil ebenfalls der Finanzierung des Wohnbedürfnisses dienen; man hat deswegen in Österreich Anstrengungen unternommen, um den Anteil von variabel verzinsten Immobilienfinanzierungen zu reduzieren. Die Situation bei Bestandverträgen scheint auf den ersten Blick in der Tat jener bei **Immobilienkreditverträgen ähnlich**: Beide Geschäfte

⁵⁶ Quelle Statistik Austria: <https://www.statistik.at/statistiken/bevoelkerung-und-soziales/wohnen/wohnenkosten>.

⁵⁷ Dazu und zum Folgenden siehe die aus März 2020 stammende Studie *Altzinger/List*, Wohnkosten in Österreich 9, Tabelle 1; sowie die von eurostat veröffentlichte Studie Housing in Europe – 2023 <<https://ec.europa.eu/eurostat/web/interactive-publications/housing-2023#housing-cost>>.

zehren in der Regel einen erheblichen Teil des verfügbaren Haushaltsbudgets auf und sind dazu gewidmet, das Grundbedürfnis auf Wohnversorgung abzudecken. Sollte der Geldleistungsschuldner (Bestandnehmer/Kreditnehmer) bei Vertragsabschluss die auf ihn zukommenden Belastungen unterschätzt und seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit überschätzt haben, drohen in beiden Konstellationen Konsequenzen (Wohnungsverlust), die der Geldleistungsschuldner nicht nur im Einzelfall drastisch spürt, sondern die auch gesamtwirtschaftlich in besonderem Maße unerwünscht sind. Das könnte dafür sprechen, bei Bestandverträgen ähnlich wie bei Kreditverträgen rechtspolitisch das Ziel zu verfolgen, vertragliche **Wertanpassungen zurückzudrängen** und Vertragsgestaltungen zu forcieren, die einen festen Bestandzins vorsehen und so das Risiko reduzieren, dass der Geldleistungsschuldner die Entwicklung seiner (nominellen) Verbindlichkeiten falsch einschätzt. Näher besehen unterscheidet sich der Bestandvertrag vom Kreditvertrag allerdings in zumindest zwei wesentlichen Aspekten, die dagegen sprechen, eine solche Forderung aufzustellen.

- 34 Erstens und vor allem besteht großer Bedarf und auch ein rechtspolitischer Wunsch⁵⁸ nach **unbefristeten Bestandverhältnissen**. Die Situation unterscheidet sich daher erheblich von Kreditverhältnissen, wo eine unbestimmte Vertragsdauer untypisch ist und nur selten den Parteiinteressen entspricht. Fehlt es aber an einer bestimmten Vertragsdauer, können die Vertragsparteien die zu erwartenden Geldwertschwankungen nicht einpreisen und daher keinen für die gesamte Vertragsdauer festen Bestandzins kalkulieren; hierfür ist die Vertragsdauer nämlich als Bezugsgröße erforderlich⁵⁹.
- 35 Zweitens kann der Bestandnehmer – anders als der Kreditnehmer – das **Bestandverhältnis** im Fall einer unerwarteten, seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigenden Entgeltanpassung **vorzeitig auflösen**, um so **weitere Zahlungspflichten abzuwenden**; sodann kann er auf ein günstigeres, mit seiner Leistungsfähigkeit harmonisierendes Bestandverhältnis ausweichen. Eine solche Reißleine steht dem Kreditnehmer durchwegs nur bedingt zur Verfügung. Denn in beiden Konstellationen – Bestandvertrag und Kreditvertrag – zieht die Beendigung des Gebrauchsüberlassungsvertrages die Pflicht nach sich, die zum Gebrauch überlassene Sache (Bestandobjekt/Kreditvaluta) zurückzustellen. Das ist dem Kreditnehmer im Gegensatz zum Bestandnehmer aber kaum möglich, weil er die überlassene Kreditvaluta üblicherweise investiert und daher nicht flüssig hat. Will der Kreditnehmer sein Gebrauchsüberlassungsverhältnis vorzeitig auflösen, müsste er die mit der Kreditvaluta erworbene (Wohn-)Immobilie verwerten, um mit dem Erlös den fälligen Saldo abzudecken; sodann kann er sein Wohnbedürfnis durch eine günstigere, mit seiner Leistungsfähigkeit harmonisierende Möglichkeit (Bestandverhältnis oder auch Erwerb einer günstigeren Immobilie) befriedigen. Das Manöver, das dem Kreditnehmer abverlangt ist, löst weit mehr Aufwand und Transaktionskosten aus als die Kündigung eines Bestandverhältnisses, um dann auf ein günstigeres auszuweichen. Will der Kreditnehmer auf angewachsene Zahlungspflichten reagieren, braucht er somit einen wesentlich längeren Atem und als ein Bestandnehmer, der vor-

⁵⁸ Das folgt aus dem Befristungsabschlag (§ 16 Abs 7 MRG).

⁵⁹ Ebenso wenig wird es möglich sein, durch ein Finanzprodukt die Geldwertschwankungen in einem auf unbestimmte Zeit angelegten Vertragsverhältnis abzudecken.

zeitig „aussteigt“. Beim Kreditverhältnis kommt als Hindernis hinzu, dass der Kreditnehmer infolge der vorzeitigen Tilgung eine Vorfälligkeitsentschädigung an den Kreditgeber zu leisten hat⁶⁰; zwar steht auch dem Bestandgeber grundsätzlich ein solcher Anspruch auf das Erfüllungsinteresse zu, wenn der Bestandnehmer das Bestandverhältnis vorzeitig beendet (§ 1107 ABGB); allerdings wird dieser Anspruch nur selten schlagend, weil der Bestandgeber wegen des über der allgemeinen Teuerungsrate liegenden Anstiegs der Bestandzinse (Rz 26) in der Regel keinen wirtschaftlichen Nachteil erleidet, wenn er den kündigenden Bestandnehmer durch einen neuen ersetzt (Neuinbestandgabe).

- 36 Ein dritter wesentlicher Unterschied ergibt sich daraus, dass in Bestandverhältnissen durchwegs der **Verbraucherpreisindex als Wertmesser** vereinbart ist. Bei Steigerungen des allgemeinen Preisniveaus reagiert typischerweise auch das allgemeine Lohnniveau. In der Regel steigt daher das verfügbare Haushaltseinkommen des Geldleistungsschuldners/Bestandnehmers, wenn das Entgelt infolge einer VPI-getriebenen Anpassung steigt. Bei variabel verzinsten Kreditverhältnissen stellt sich die Situation grundlegend anders dar: Dort hängen Entgeltanpassungen zumeist von einer Kennzahl des Finanzmarktes ab (in Österreich ist der 3-Monats-Euribor gebräuchlich). Änderungen dieses Wertmessers korrelieren aber nicht unmittelbar mit dem verfügbaren Haushaltseinkommen, können den Geldleistungsschuldner/Kreditnehmer also eher übermäßig finanziell belasten.
- 37 Resümierend ist zu sagen: Wenngleich Bestandverhältnisse von Verbrauchern durchwegs einen großen Anteil des verfügbaren Haushaltseinkommens aufzehren und Entgeltanpassungen daher oftmals die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Geldleistungsschuldners/Bestandnehmers unerwartet übersteigen können, besteht unseres Erachtens **kein hinreichender Grund**, den Bestandnehmer vor einem solchen Risiko dadurch zu schützen, dass – im Gleichschritt mit rechtspolitischen Wünschen in Bezug auf Immobilienkredite – die Verwendung **unbeweglicher Bestandzinsvereinbarungen** forciert wird.
- 38 Dass der Geldleistungsschuldner in einem Verbraucherbestandvertrag regelmäßig sensibel auf Entgeltanpassungen reagiert, weil typischerweise ein wesentlicher Teil des verfügbaren Haushaltseinkommens dafür aufgewendet wird und somit nur ein geringer finanzieller Spielraum des Geldleistungsschuldners besteht, ist allerdings ein Gedanke,

⁶⁰ Der Anspruch des Kreditgebers auf die sogenannten „Vorfälligkeitsentschädigung“ wird teilweise schadenersatzrechtlich eingeordnet; so etwa *Canaris*, *Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung*, NJW 1978, 1891 (1897): Der Kreditgeber hat Anspruch auf den Nichterfüllungsschaden; dabei sei jedoch anzurechnen, was der Kreditgeber durch anderweitigen Einsatz des Kapitals verdient hat oder hätte verdienen können. Das entspricht im Wesentlichen dem Ergebnis der Anrechnungsregeln, die das ABGB auch für Bestandvertrag (§ 1107 ABGB) und Werkvertrag (§ 1168 Abs 1 Satz 1 ABGB) kennt; diese Ansprüche sind jedoch nicht schadenersatzrechtlicher Natur, sondern werden als Vergütungsanspruch charakterisiert (RIS-Justiz RS0021805; RS0021859; RS0021875; *Kodek* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1168 Rz 99; *Schopper* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 1168 Rz 21 je mit weiteren Hinweisen). Daher wird man die dem Kreditgeber zustehende Vorfälligkeitsentschädigung infolge vorzeitiger Tilgung im österreichischen Privatrecht unseres Erachtens ebenfalls als Vergütungsanspruch einzustufen haben.

der im positiven Recht in der Tat nicht unberücksichtigt bleibt. Das österreichische Mieterschutzrecht lässt eine Bestandzinsvalorisierung nur wirksam werden, wenn sie dem Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer im Voraus angekündigt wurde (§ 16 Abs 9 MRG)⁶¹; eine rückwirkende Valorisierung, das heißt jegliche rückwirkende Geltendmachung einer Wertsicherungserhöhung ist ausgeschlossen (selbst wenn diese Vorgangsweise vertraglich vereinbart wurde)⁶². Damit weicht das Mieterschutzrecht zum Nachteil des Geldleistungsgläubigers von den allgemeinen Regeln ab, die es dem Bestandgeber im Rahmen der allgemeinen Verjährungsfristen (§ 1486 Z 4 ABGB: 3 Jahre) erlauben, Bestandzinse auch für in der Vergangenheit liegende Vertragsperioden zu fordern. Es liegt auf der Hand, dass die Sonderregel des MRG das Interesse des Bestandnehmers an **Planbarkeit wesentlicher Haushaltsausgaben** schützen will; unerwartete Belastungen können nur für die Zukunft schlagend werden und sich daher nicht aus vergangenen Vertragsperioden aufstauen.

III. Gesamtwirtschaftliche Implikationen

- 39 Funktionierende Wertsicherungen in Bestandverhältnissen sind – aus den dargelegten Gründen – offenkundig für die unmittelbar beteiligten Vertragsparteien wirtschaftlich bedeutsam. Dementsprechend steht in der Fachdiskussion, die die rezenten OGH-Entscheidungen zu 2 Ob 36/23t und 8 Ob 37/23h auslösten, unter anderem im Fokus, welche wirtschaftlichen Konsequenzen unwirksame Wertsicherungen für den davon betroffenen Bestandgeber mit sich bringen. Solche Überlegungen liegen nahe, sie dürfen aber nicht übersehen lassen, dass von dieser Judikaturentwicklung überdies Reflexwirkungen ausgehen können, die gesamtwirtschaftlich spürbar sind.
- 40 Der **Ertrag**, der mit dem Bestandobjekt zu erzielen ist, ist maßgeblich dadurch bestimmt, ob eine Wertsicherung des Bestandzinses durchsetzbar ist oder nicht. Das gilt ganz besonders für MRG-geschützte Bestandverhältnisse, weil es der Kündigungsschutz dem Bestandgeber auf lange Zeit unmöglich machen kann, das Bestandobjekt neu und damit zum nunmehr marktüblichen Bestandzins (unter Einbeziehung einer wirksamen Wertsicherungsabrede) zu verwerten; er bleibt – aufgrund des Eintrittsrechts nach § 14 MRG – möglicherweise über Generationen im Bestandverhältnis gefangen, solange kein Kündigungsgrund vorliegt. Das berührt unmittelbar den aus dem Bestandobjekt erzielbaren Ertrag. Der erzielbare Ertrag wiederum bestimmt – man ist geneigt zu sagen: naturgesetzmäßig – den Verkehrswert einer Immobilie (*Ertragswertverfahren*; § 5 LiegenschaftsbewertungsG). Bestandverträge ohne wirksame Wertsicherungsabrede **mindern daher den Verkehrswert des Bestandobjekts**; das schlägt besonders stark zu Buche bei kündigungsgeschützten Bestandverhältnissen und bei solchen mit einem langen Kündigungsverzicht des Bestandgebers.
- 41 Diesen Wertverlust spürt in erster Linie der Eigentümer des Bestandobjekts (der regelmäßig auch der Bestandgeber ist). Aus einer Veräußerung lässt sich für ihn nur ein ge-

⁶¹ Zu dem Bauelement „Anpassungsaktivierung“ in Wertsicherungsklauseln eingehend unten Rz 96 ff.

⁶² Siehe bloß *Lovrek/Stabentheiner* in GeKo Wohnrecht I (2018) § 16 MRG Rz 119 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung.

ringer Erlös lukrieren. Doch selbst wenn der Eigentümer nicht beabsichtigt, das Bestandobjekt zu veräußern, hat der Wertverlust spürbare Folgen für ihn: In Bestand gegebene Immobilien – seien es Eigentumswohnungen oder seien es Zinshäuser – dienen regelmäßig als **hypothekarische Sicherheit** für Bankkredite. Verliert die Sicherheit an Wert, ist die Bank als Kreditgeberin durchwegs berechtigt, vom Kreditnehmer – das heißt: vom Eigentümer des Bestandobjekts = vom Bestandgeber – die **Bestellung weiterer Sicherheiten** zu verlangen⁶³. Dieser Wunsch der Bank wird nicht zuletzt durch den Umstand verstärkt, dass auch die Einkünfte ihres Kreditnehmers (= des Eigentümers/Bestandgebers) infolge der unwirksamen Wertsicherungsabrede reduziert sind. Gelingt es ihm nicht, weitere Sicherheiten zu bestellen, ist die Bank als Kreditgeberin berechtigt, den **Kredit zu kündigen**⁶⁴; der gesamte offene Kreditsaldo wird damit fällig. Da der Eigentümer/Bestandgeber regelmäßig nicht über die liquiden Mittel verfügt, um den gesamten offenen Kreditsaldo abzudecken, ist er gezwungen, das Bestandobjekt zu verwerten (wohlgemerkt zum geringen Verkehrswert); allenfalls wird die Kreditgeberin mit Hypothekarklage vorgehen und das Bestandobjekt zwangsweise verwerten lassen. Eine solche Kettenreaktion wird den Eigentümer/Bestandgeber wirtschaftlich oftmals mehr belasten, als es die reduzierten Bestandzinseinnahmen infolge unwirksamer Wertsicherungsabrede für sich genommen tun. Dass sich diese beiden Effekte (verringerte Bestandzinseinnahmen und Kreditkündigungen) in ihrer Kombination noch verstärken und damit gesamtwirtschaftlich unerwünschte Wirkungen auslösen (Vernichtung von Werten und Insolvenzen), ist evident.

- 42 Das Bild trübt sich noch stärker ein, hält man sich vor Augen, dass Derartiges wahrscheinlich **nicht bloß in Einzelfällen** eintreten wird, sondern hundertfach. In der eben erst zu Ende gegangenen Niedrigzinsphase erreichten die kreditfinanzierten Immobilientransaktionen historische Höchststände; dies gilt besonders für den Erwerb zu Veranlagungszwecken, weil es die günstige Finanzierung lukrativ machte, in Immobilien zu investieren, die sodann vermietet wurden. Man geht deshalb nicht fehl anzunehmen, dass heute ein großer Anteil der in Bestand gegebenen Immobilien als Sicherheit für eine Finanzierung dient. Für viele dieser Finanzierungen könnten die kreditgebenden Banken nun erfolglos weitere Sicherheiten einfordern und den Kredit kündigen. Um die große Zahl fälliger Kredite zu bedienen beziehungsweise einbringlich zu machen, würden innerhalb kurzer Zeit Immobilien in großer Zahl auf dem – derzeit bereits angespannten – österreichischen Markt angeboten werden. Dadurch gerieten die **Verkehrswerte von Immobilien noch stärker unter Druck**, als dies die gesunkenen Bestandzinseinnahmen ohnehin schon verursacht haben. Die Kettenreaktion wäre damit neuerlich in Gang gesetzt: Noch mehr Kredite könnten sich als unterbesichert erweisen und würden gekündigt, was zu noch mehr Immobilienveräußerungen führen könnte. Der Immobilienmarkt wäre in einer Abwärtsspirale gefangen⁶⁵.

⁶³ Zur einschlägigen Bestimmung in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der österreichischen Banken eingehen *Iro/Kellner/Riss* in *Oppitz/Bollenberger*, Bankvertragsrecht I³ Rz 1/307 ff (insbesondere Rz 1/310).

⁶⁴ Dazu *Iro/Kellner/Riss* in *Bollenberger/Oppitz*, Bankvertragsrecht I³ Rz 1/238 und 1/317.

⁶⁵ Näher zu diesen Prognosen etwa *Fidler/Wolfbauer/Riss*, Was hat das Mietrecht mit dem Finanzmarkt zu tun? ZFR 2024, 1.

- 43 Schließlich ist zu bedenken, dass österreichische Immobilien einen wesentlichen Anteil am Deckungsstock von **Versicherungsunternehmen** bilden und von Pensionsfonds sowie **institutionellen Anlegern** gehalten werden. Viele dieser Investoren könnten – abhängig von den konkret anwendbaren Veranlagungs- und Bewertungsvorschriften – veranlasst oder sogar gezwungen sein, auf reduzierte Bestandzinseinnahmen und sinkende Verkehrswerte zu reagieren. Sollten sie sich entscheiden, ihre Veranlagung in österreichische Immobilien zu reduzieren und in andere Veranlagungsklassen umzuschichten, könnte dies nicht bloß einzelne Objekte betreffen, sondern – bezogen auf den österreichischen Markt – einen spürbarer Anteil. Auch das könnte das Überangebot auf dem österreichischen Immobilienmarkt verstärken und die Verkehrswerte unter Druck bringen.
- 44 In der Gesamtschau zeigt sich meines Erachtens, dass die gesamtwirtschaftlichen Effekte unwirksamer Wertsicherungsabreden nicht unterschätzt werden sollten. Es drohen erhebliche gesamtwirtschaftliche **Verwerfungen**, die ihren Ausgang in stark gefallenem Verkehrswerten bei Immobilien haben und sich dem dadurch ausgelösten Überangebot auf dem österreichischen Immobilienmarkt niederschlagen werden. Gleichzeitig ist zu bedenken, dass bei nicht sachgerecht konstruierten Wertanpassungsabreden die Gefahr droht, dass ungewollte Vermögensumverteilungen eintreten. Bei Vorschlägen zur Adaptierung rechtlicher Rahmenbedingungen ist daher ebenso darauf zu achten, dass das Interesse beider Parteien angemessen Niederschlag findet. Dieses Anliegen liegt dem folgenden Abschnitt D zentral zugrunde.

D. ANATOMIE VON WERTSICHERUNGSABREDEN (*JOHANNES W. FLUME*)

- 45 Bevor detailliert auf die Funktionsweise von Wertsicherungsabreden eingegangen wird, soll vor die Klammer gezogen in einem rechtsvergleichenden Überblick gezeigt werden, wie sich im Lauf der Zeit in Österreich, Deutschland und der Schweiz zum Teil recht unterschiedlich ausgestaltete sonderprivatrechtliche Mietrechtsbestimmungen etabliert und inwieweit sich gerade auch Sonderregelungen für Indexmieten herausgebildet haben oder gerade nicht.

I. Sonderprivatrecht: Zur Ausbildung mietvertragsrechtlicher Regelungsebenen

- 46 Der Mietvertrag ist nach den Privatrechtstraditionen Österreichs, Deutschlands und der Schweiz ein rein obligatorisches (Dauer-)Schuldverhältnis⁶⁶. In schrittweiser Ablösung der „Idee eines Einheitsvertrags“⁶⁷ der *locatio conductio* im gemeinen Recht, die – aus heutiger Sicht – Miet-, Pacht, Dienst- und Werkvertrag umfasste, wird im ABGB von 1811, unter Verwendung des deutschrechtlichen Begriffs⁶⁸, der Bestandsvertrag (also der Oberbegriff für Miet- und Pachtvertrag) und nachfolgend der Mietvertrag im Schweizer Obligationenrecht (OR) von 1881 sowie im deutschen BGB von 1900 geregelt.⁶⁹ Der Mietvertrag hat – ganz gleich dem Dienstvertrag⁷⁰ – hohe soziale Relevanz und das Mietrecht ist zugleich Spiegelbild gesellschaftspolitischer Konflikte und Krisen⁷¹. War das Mietrecht des 19. Jahrhunderts im Wesentlichen ein frei gestaltbarer bilateralen Vertrag, so haben die beiden Weltkriege, die Wirtschaftskrisen der Zwischenkriegsjahre in allen drei Ländern den regulatorischen Staat auf den Plan gerufen⁷². Markanter Ausdruck dieses Tätigwerdens ist die Ausdifferenzierung von Sonderprivatrechtsmaterien im Bereich des – heutzutage überwiegend unional durch Richtlinien und Verordnungen determinierten – Verbraucherrechts, insbesondere etwa im Bereich des

⁶⁶ Coing, Europäisches Privatrecht II (1989) 481.

⁶⁷ Coing, Europäisches Privatrecht II 481.

⁶⁸ Der Begriff war noch zu Beginn des 19. Jahrhundert geläufig, er wird dann aber etwa von *Heinrich Klang* im Jahr 1930 als „archaisch“ bezeichnet (*Klang*, Die rechtlichen Grundlagen des österreichischen Wohnungsrechts, in Bunzel (Hrsg) Beiträge zur städtischen Wohn- und Siedelwirtschaft, Dritter Teil, Wohnungsfragen in Österreich (1930) 45 (48)).

⁶⁹ Vgl § 1090 ABGB, Art 274 OR 1881; § 535 BGB 1900. Umfassend zur Dogmengeschichte des Mietrechts *Oestmann* in HKK, §§ 535-580a Rz 1 ff.

⁷⁰ Dazu grundlegend *Rückert* in HKK Vor § 611 Rz 1 ff.

⁷¹ Vgl dazu die lesenswerte Aufsatzsammlung aus dem Jahr 1930 von Bunzel (Hrsg), Beiträge zur städtischen Wohn- und Siedelwirtschaft, Dritter Teil, Wohnungsfragen in Österreich (1930) (mit Beiträgen von *Josef Frank*, *Hildegard Hetzer*, *Benedikt Kautsky*, *Heinrich Klang*, *Richard Pfandner*, *Heinrich Reichel* und *Johannes Ude*); s ferner aus der aktuellen Forschungsliteratur: *Kletečka*, Mietrecht zwischen Sozialschutz und Marktregulierung, AcP 220 (2020) 674; zu den Verhältnissen in den USA *Desmond*, Evicted. Poverty and Profit in the American City (2016).

⁷² Für Österreich *Klang*, Die rechtliche Grundlagen des österreichischen Wohnungsrechts, in Bunzel, Wohnungsfragen in Österreich 47 ff; *Langer*, Mietzinsregelungen 1917-1994 (1995); *Graf*, „Arisierung“ und Rückstellung von Wohnungen in Wien (2004) 15 ff; für Deutschland: *Svend-Bjarne Beil*, Historische Entwicklungslinien des Wohnraummietrechts (2021); für die Schweiz: *Rohrbach*, Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts von 1911 bis zur Gegenwart (2014) (abrufbar unter www.bwo.admin.ch); komparativ *Oberhammer/Kletečka/Wall* (Hrsg), Soziales Mietrecht in Europa (2011).

Warenkaufs und der digitalen Leistungen, dem Verbraucherkreditrecht wie auch schließlich im vorwiegend nationalstaatlich geprägten „sozialen Mietrecht“. Im Zusammenhang mit der Frage der Valorisierung ist es von praktischer Bedeutung und zugleich sehr instruktiv aufzuzeigen, welche Regelungsrahmen in den verschiedenen Rechtsordnungen vorgegeben sind und wie insbesondere zwischen Geschäftsraummietverhältnissen und Wohnraummietverhältnissen differenziert oder nicht differenziert wird. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, welche Regelungen in den drei Referenzrechtsordnungen für sogenannte Indexmieten zu finden sind und ob gegebenenfalls unterschiedliche Schutzbereiche abgesteckt werden.

II. Spezialgesetzliche Regelung für die Indexmiete im historisch-komparativen Vergleich

1. Schweiz

- 47 Im Schweizer Recht wurde erstmals 1972 durch den Bundesbeschluss über Maßnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen (BMM) vom 10. Juni 1972 eine Regelung zur Indexmiete erlassen, die jedoch nur in Gemeinden mit Wohnungsnot oder Mangel an Geschäftsräumen zur Anwendung kam (Artt 2 f BMM).⁷³

Art 11 Indexgebundene Mietzinsen (BMM [1972])

Vereinbarungen, wonach die Höhe des Mietzinses einem Index folgt, können gültig nur für Mietverhältnisse getroffen werden, die auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen werden. Die Anfechtungsmöglichkeiten aufgrund dieses Beschlusses bleiben vorbehalten.

- 48 Im Zuge der Revision des Mietrechts Ende der 1980er Jahre wurden die Bestimmungen des BMM ohne die vorherigen zeitlichen, sachlichen und örtlichen Bestimmungen in das „ordentliche“ Mietrecht des OR überführt und durch eine Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG)⁷⁴ ergänzt. Dieses „neue“ Mietrecht galt ab dem 1. Juli 1990 und regelt fortan:

Art 269b OR (seit 1990)

Die Vereinbarung, dass der Mietzins einem Index folgt, ist nur gültig, wenn der Mietvertrag für mindestens fünf Jahre abgeschlossen und als Index der Landesindex der Konsumentenpreise vorgesehen wird.

Art 17 VMWG Indexierte Mietzinse

(1) Haben die Parteien für die Miete einer Wohnung einen indexierten Mietzins vereinbart, darf die jeweilige Mietzinserhöhung die Zunahme des Landesindex der Konsumentenpreise nicht übersteigen.

⁷³ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über dringliche Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen vom 24.4.1972, BBL 1972 I S. 1225 ff., S. 1248 ff. Dazu *Rohrbach*, Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts 6 f; *Wildhaber*, Gedanken zum Schutz von Vermietern, in FS Stöckli (2014) 835, 841 f; allgemein zur vertraglichen Absicherung gegen Geldentwertung im Schweizer Recht *Vischer*, Geld- und Währungsrecht im nationalen und internationalen Kontext (2009) Rz 130.

⁷⁴ Verordnung über die Miete und Pacht von Wohn- und Geschäftsräumen (VMWG) vom 9. Mai 1990 (SR 221.213.11).

- (2) Bei einer Senkung des Landesindexes ist der Mietzins entsprechend anzupassen.
- (3) Mietzinserhöhungen gestützt auf den Landesindex der Konsumentenpreise können unter Einhaltung einer Frist von mindestens 30 Tagen auf ein Monatsende angekündigt werden.
- (4) Ein Mietvertrag ist im Sinne von Artikel 269b OR für fünf Jahre abgeschlossen, wenn der Vertrag durch den Vermieter für die Dauer von mindestens fünf Jahren nicht gekündigt werden kann.

49 Art 269b OR gilt sowohl für die Miete von Wohn- als auch von Geschäftsräumen und Art 17 VMWG ist nach dem Schweizer Schrifttum auch auf die Miete von Geschäftsräumen anwendbar⁷⁵. Seit den 1990er Jahren ist in der Schweiz wiederholt intensiv über Revisionen des Mietrechts und auch der Rahmensetzung für die Indexmiete diskutiert worden, der letzte Vorstoß scheiterte jedoch aufgrund der Ablehnung des Nationalrats im Jahr 2010⁷⁶.

2. Deutschland

50 Der Rechtsrahmen von Indexmieten in Deutschland ist bis auf den heutigen Tag durch das Währungsrecht der Nachkriegszeit des Zweiten Weltkriegs geprägt, indem eine **Zweiteilung** zwischen den Wohnraummietverträgen nach dem BGB und Gewerbemietverträgen nach dem Preisklauselgesetz (PrKG) existiert. Dabei besteht die bemerkenswerte und in der Literatur⁷⁷ kaum beachtete, geradezu verwunderliche Differenzierung, dass Wohnraummietverhältnisse grundsätzlich indexiert werden dürfen (§ 557b BGB, § 1 Abs 3 PrKG), demgegenüber bei Gewerberaummietverträgen eine Indexierung grundsätzlich unzulässig ist (§ 1 Abs 1 PrKG), es sei denn, es liegt einer der folgenden Ausnahmetatbestände vor: Der gewerbliche Mietvertrag wurde auf die Lebenszeit des Mieters oder Vermieters (§ 3 Abs 1 Z 1 lit a PrKG) oder für die Dauer von mindestens zehn Jahren (§ 3 Abs 1 Z 1 lit d PrKG) abgeschlossen; der Vermieter hat auf die ordentliche Kündigung für mindestens zehn Jahre verzichtet oder dem Geldleistungsschuldner/Mieter wird eine Verlängerungsoption eingeräumt, den Vertrag auf mindestens zehn Jahre zu verlängern (§ 3 Abs 1 Z 1 lit e PrKG).

51 Die heute bestehende Ungleichbehandlung von Wohnraummietverträgen und gewerblichen Mietverträgen lässt sich nur vor dem Hintergrund der besonderen währungsrechtlichen Regelung von Wertsicherungsabreden in der Bundesrepublik Deutschland verstehen, die ihren Ausgang in den besatzungsrechtlichen Währungsgesetzen des Jahres 1948 hat und die in einer Kette tiefgreifender disruptiver Ereignisse seit dem Ersten Weltkrieg stehen. Wenngleich die Frage der Behandlung von Geldwertschwankungen die Handelsrechtspraxis und Jurisprudenz zumal in den vergangenen Währungssystemen des Metallismus stets stark beschäftigt hat⁷⁸, wird für das 20. Jahrhundert in Deutschland die Frage der vertraglichen Geldwertanpassung zum bestimmenden Thema

⁷⁵ So *Higi/Bühlmann*, in *Zürcher Kommentar*⁵ (2022) Art 269b Rz 47 mwN.

⁷⁶ Vgl *Rohrbach*, Die Entwicklung des schweizerischen Mietrechts 16 ff.

⁷⁷ Siehe aber *Omlor*, Geldprivatrecht 428: „Rechtspolitisch bestehen Zweifel, ob eine solche Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist“; anderer Ansicht *Weitemeyer*, Das Mieterhöhungsverfahren nach künftigen Recht, *NZM* 2001, 563 (567).

⁷⁸ Dazu *Gruber*, Geldwertschwankungen und handelsrechtliche Verträge in Deutschland und Frankreich (2022); *Ott*, Geld- und Geldwerttheorien im Privatrecht der Industrialisierung (1815-1914) (1998).

in den Zeiten der Hyperinflation der Weimarer Republik⁷⁹. Sie führte, nachdem die Rechtsprechung des Reichsgerichts wie auch die Legislative versucht hatten, durch die Aufwertung⁸⁰ die Effekte der Hyperinflation mit ihrem Höhepunkt im Jahr 1923 privatrechtlich abzumildern, zur einer „Wertsicherungssucht“⁸¹ im Laufe der 1920er Jahre. Im Nationalsozialismus wurden Wertsicherungsvereinbarungen aus ideologischen Gründen bekämpft und teilweise beschränkt, jedoch nicht gänzlich verboten⁸². Mit Ende des Zweiten Weltkriegs tritt so etwas wie ein „Nullpunkt“ der Wertsicherungsvereinbarungen ein, indem auf der Grundlage des berühmten „Mark=Mark-Gesetzes“⁸³ sämtliche Wertsicherungsklauseln für Reichsmarkforderungen hinfällig werden⁸⁴. Mit der Währungsreform des Jahres 1948 trat in Folge der Währungsgesetze der amerikanischen, britischen und französischen Kontrollgebiete § 3 WährG 1948 in Kraft, der ein Fremdwährungs- und Indexierungsverbot beinhaltete⁸⁵.

Erstes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsgesetz) [Amerikanisches Kontrollgebiet, Gesetz Nr. 61; Britisches Kontrollgebiet, Gesetz Nr. 61; Französisches Kontrollgebiet Nr. 158]⁸⁶

¹Geldschulden dürfen nur mit Genehmigung der für die Erteilung von Devisengenehmigungen zuständigen Stelle in einer anderen Währung als in Deutscher Mark eingegangen werden. ²Das gleiche gilt für Geldschulden, deren Betrag in Deutscher Mark durch den Kurs einer solchen anderen Währung oder durch den Preis oder eine Menge von Feingold oder von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll.

52 Diese Regelung verfolgte ein doppeltes Ziel: **Erstens** die Absicherung der Deutschen Mark (DM) als Recheneinheit im Zahlungsverkehr⁸⁷, also die währungsrechtliche Ab-

⁷⁹ Grundlegend unter anderem *Nußbaum*, Vertraglicher Schutz gegen Schwankungen des Geldwertes (Goldklauseln und andere Abreden zur Minderung des Valutarisikos) (1928); *derselbe*, Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts (1925) 164 ff (insbesondere zu den sogenannten Goldklauseln); *derselbe*, Money in the Law: National and International (1950) 209 ff; *F.A. Mann*, Legal Aspect of Money⁵ (1992) 143 ff. Zu Frankreich *Mezger*, Der Kampf um die Indexklauseln in Frankreich, *RebelsZ* 24 (1959) 437 ff.; rechtsvergleichend von *Caemmerer*, Wertsicherungs- und Valutaklauseln, in Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris 1954, Ernst Wolff (Hrsg) (1955) 84 ff = Gesammelte Schriften II 310 ff.

⁸⁰ Dazu *Thiessen*, The German Hyperinflation of the 1920s, in D. Fox/W. Ernst (Hrsg), Money in the Western Legal Tradition (2016) 735 ff.

⁸¹ So plastisch *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln⁸ (1972) A Rz 7.

⁸² Von *Caemmerer*, Empfehlen sich unter Berücksichtigung der rechtlichen Regelungen in anderen europäischen Staaten gesetzliche Bestimmungen über die Wertsicherung?, in Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages Hamburg (1953) 18 = Gesammelte Schriften II 300; *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln⁸ (1972) A Rz 7; *Skaupy*, Wertsicherungsklauseln vor und nach der Währungsumstellung, JR 1949, 343.

⁸³ Abgedruckt etwa in *Harmening/Duden*, Die Währungsgesetze (1949).

⁸⁴ *Skaupy*, JR 1949, 343 f; *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln⁸ (1972) A Rz 8.

⁸⁵ Vgl auch zur deutschen Währungsverfassung *Herrmann*, Währungshoheit, Währungsverfassung und subjektive Rechte (2010).

⁸⁶ Vollständig abgedruckt unter anderem in *Harmening/Duden*, Die Währungsgesetze (1949) 1 ff.

⁸⁷ Dazu eindrücklich von *Caemmerer*, Wertsicherungs- und Valutaklauseln 94 = Gesammelte Schriften II 323: „Das Gesetz sichert nicht die Zahlkraft der DM durch den Satz DM = DM, so daß Geldbetragsschulden ohne Rücksicht auf Schwankungen der Kaufkraft oder des Außenkurses stets zum

sicherung des Nennwertprinzips, sowie, **zweitens**, das – umstrittenere – währungspolitische Ziel der Geldwertstabilität, indem Wertsicherungsklauseln als potentielle Inflationsstreiber zurückgedrängt werden sollten⁸⁸. Rechtstechnisch beinhaltete § 3 WährG ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt und war als Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB eingeordnet worden⁸⁹. Von erheblicher praktischer Bedeutung war daher die Genehmigungspraxis, die zunächst von den lokalen Militärregierungen⁹⁰, dann von den Banken deutscher Länder (BdL)⁹¹ und schließlich – nach ihrer Gründung – von der Deutschen Bundesbank ausgeübt wurde⁹².

- 53** Die **Genehmigungspraxis** der Deutschen Bundesbank⁹³ ist auch für das geltende Recht instruktiv, da sie grundsätzlich das Bedürfnis an einer Indexierung von Dauerschuldverhältnissen anerkannte und als relevante Schwelle die Laufzeit von zehn Jahre wählte, die auch heute noch für die Ausgestaltung des PrKG maßgeblich ist. Nach den Genehmigungsrichtlinien von 1958 wurden *nicht* genehmigt

„Miet- und Pachtverträge für Räume und Gebäude, die **gewerblich** genutzt werden sollten, sofern der Miet- oder Pachtvertrag für eine **kürzere** Frist als **10 Jahre** abgeschlossen wird oder durch den Vermieter oder Verpächter vor dem Ablauf von **10 Jahren** gekündigt werden kann.“⁹⁴

- 54** Die Richtlinie aus dem **Jahr 1969** hob die Beschränkung auf gewerbliche Mietverträge auf und bezog auch Wohnungsmietverhältnisse ein⁹⁵. In der Richtlinie aus dem **Jahr 1978** wurden sodann für die Genehmigungspraxis die folgenden Einzelelemente konkretisiert, die sich heute auch im PrKG wiederfinden.

„Klauseln [...] werden nicht genehmigt [...] in Miet- und Pachtverträgen über Gebäude oder Räume, es sei denn, daß der Vertrag

- für die Lebenszeit einer der Parteien,
- für die Dauer von mindestens 10 Jahren,
- mit dem Recht des Mieters oder des Pächters, die Vertragsdauer auf mindestens 10 Jahre zu verlängern oder
- in der Weise abgeschlossen ist, daß er vom Vermieter oder Verpächter durch Kündigung frühestens nach Ablauf von 10 Jahren beendet werden kann.“⁹⁶

Nennbetrag in DM erfüllt werden können, sondern es erzwingt auch die Verwendung des staatlichen Währungsgeldes als Recheneinheit.“

⁸⁸ Dazu ausführlich *K. Schmidt* in Staudinger, BGB¹³ (1994) Vorb § 244 BGB Rz D 193 ff; *Reuter*, Nominalprinzip und Geldentwertung, ZHR 137 (1974) 482; *Horn*, Geldwertveränderungen, Privatrecht und Wirtschaftsordnung (1975); aus der ökonomischen Literatur *Milbrandt*, Probleme der Indexierung volkswirtschaftlich wichtiger Größen (1982); *Issing*, Indexklauseln und Inflation (1973).

⁸⁹ *K. Schmidt* in Staudinger, BGB¹³ (1994) Vorb § 244 BGB Rz D 192.

⁹⁰ Dazu *Skaupy*, JR 1949, 343 (346).

⁹¹ Dazu *Fögen*, Anwendungsbereich und Handhabung des § 3 des Währungsgesetzes, NJW 1955, 1321 (1325).

⁹² Zum Währungsrecht der Besatzungszeit *Hahn*, Währungsrecht (1990) § 12 Rz 13 ff.

⁹³ Zur Rechtsnatur *K. Schmidt* in Staudinger, BGB¹³ (1994) Vorb § 244 BGB Rz D 213.

⁹⁴ Abgedruckt in *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln⁸ (1972) 368.

⁹⁵ Abgedruckt in *Dürkes*, Wertsicherungsklauseln⁸ (1972) 365.

⁹⁶ Abgedruckt in *K. Schmidt* in Staudinger, BGB¹³ (1994) Vorb § 244 BGB Rz D 212.

- 55 Wohnraummietverhältnisse durften jedoch wiederum von 1975 bis 1993 nach § 10 MHG aF **nicht** indexiert werden. Eine solche Möglichkeit wurde erst im Jahr 1993 durch § 10a MHG wieder eingeführt, demzufolge Indexklauseln durch die Deutsche Bundesbank bzw die Landeszentralbanken genehmigt werden mussten (§ 10a Abs 1 S 2 MHG iVm § 3 WährG)⁹⁷.

§ 10a [Mietanpassungsvereinbarungen] BGB aF⁹⁸

(1) ¹Abweichend von § 10 Abs. 1 kann schriftlich vereinbart werden, daß die weitere Entwicklung des Mietzinses durch den Preis von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden soll (Mietanpassungsvereinbarung). ²Die Vereinbarung ist nur wirksam, wenn die Genehmigung nach § 3 des Währungsgesetzes oder entsprechenden währungsrechtlichen Vorschriften erteilt wird.

(2) ¹Während der Geltungsdauer einer Mietanpassungsvereinbarung muß der Mietzins, von Erhöhungen nach den §§ 3 und 4 abgesehen, jeweils mindestens ein Jahr unverändert bleiben. ²Eine Erhöhung des Mietzinses nach § 3 kann nur verlangt werden, soweit der Vermieter bauliche Änderungen auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat. ³Eine Erhöhung des Mietzinses nach den §§ 2 und 5 ist ausgeschlossen.

(3) ¹Eine Änderung des Mietzinses auf Grund einer Vereinbarung nach Absatz 1 muß durch schriftliche Erklärung geltend gemacht werden, die auch die Änderung der nach der Mietanpassungsvereinbarung maßgebenden Preise nennt. ²Der geänderte Mietzins ist vom Beginn des auf die Erklärung folgenden übernächsten Monats an zu zahlen.

- 56 Mit dem Euro-Einführungsgesetz wurde § 3 WährG mit Wirkung vom 1.1.1999 aufgehoben. § 10a MHRG wurde dahingehend geändert, dass die Grundsätze, die den bisherigen Genehmigungsgrundsätzen der Deutschen Bundesbank entsprachen, im Wesentlichen in den Text des § 10a MHRG übernommen wurden. Es entfiel das Genehmigungserfordernis und es wurde ein System von Legalausnahmen etabliert.

§ 10a [Mietanpassungsvereinbarungen] BGB aF 1999

(1) ¹Abweichend von § 10 Abs. 1 kann schriftlich vereinbart werden, daß die Entwicklung des Mietzinses durch die Änderung eines von dem Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindexes für die Gesamtlebenshaltung bestimmt werden soll (Mietanpassungsvereinbarung). ²Das Ausmaß der Mietanpassung muß in der Vereinbarung bestimmt sein und darf höchstens der prozentualen Indexänderung entsprechen. ³Die Vereinbarung ist nur wirksam, wenn

1. der Vermieter für die Dauer von mindestens zehn Jahren auf das Recht zur ordentlichen Kündigung verzichtet oder

2. der Mietvertrag für die Lebenszeit eines Vertragspartners abgeschlossen wird.

(2) ¹Während der Geltungsdauer einer Mietanpassungsvereinbarung muß der Mietzins, von Erhöhungen nach den §§ 3 und 4 abgesehen, jeweils mindestens ein Jahr unverändert bleiben. ²Eine Erhöhung des Mietzinses nach § 3 kann nur verlangt werden, soweit der Vermieter bauliche Änderungen auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat. ³Eine Erhöhung des Mietzinses nach den §§ 2 und 5 ist ausgeschlossen.

(3) ¹Eine Änderung des Mietzinses auf Grund Mietanpassungsvereinbarung muß durch Erklärung in Textform geltend gemacht werden. ²Dabei ist die jeweils eingetretene Änderung des vereinbarten Indexes anzugeben. ³Der geänderte Mietzins ist mit Beginn des übernächsten Monats nach dem Zugang der Erklärung zu zahlen.

⁹⁷ Dazu ausführlich *Voelskow* in MünchKomm, BGB³ (1995) § 10 MHG Rz 1 ff.

⁹⁸ § 10a: Eingef. durch Art. 1 Nr. 6 G v. 21.7.1993 I 1257 mWv 1.9.1993.

- 57 Durch das Mietrechtsreformgesetz wurde die Regelung des § 10a MHRG in § 557b BGB mit Wirkung zum 1.9.2001 überführt⁹⁹. Das Erfordernis einer Mindestvertragslaufzeit von zehn Jahren wurde mit dem Argument gestrichen, dass dieses Erfordernis nur aus währungspolitischen Gründen bestanden habe und aus mietrechtlicher Sicht nicht mehr erforderlich sei¹⁰⁰. Diese Argumentation ist nicht zwingend, da nunmehr eine Ungleichbehandlung von Geschäftsraummietverhältnissen und Wohnraummietverhältnissen vorliegt und nicht weiter geprüft wurde, ob nicht auch aus Verbraucherschutzrechtlichen Erwägungen die Möglichkeit der Indexierung bei kurzfristigen Verträgen eingeschränkt werden sollte.

§ 557b BGB Indexmiete

(1) Die Vertragsparteien können schriftlich vereinbaren, dass die Miete durch den vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland bestimmt wird (Indexmiete).

(2) ¹Während der Geltung einer Indexmiete muss die Miete, von Erhöhungen nach den §§ 559 bis 560 abgesehen, jeweils mindestens ein Jahr unverändert bleiben. ²Eine Erhöhung nach § 559 kann nur verlangt werden, soweit der Vermieter bauliche Maßnahmen auf Grund von Umständen durchgeführt hat, die er nicht zu vertreten hat. ³Eine Erhöhung nach § 558 ist ausgeschlossen.

(3) ¹Eine Änderung der Miete nach Absatz 1 muss durch Erklärung in Textform geltend gemacht werden. ²Dabei sind die eingetretene Änderung des Preisindex sowie die jeweilige Miete oder die Erhöhung in einem Geldbetrag anzugeben. ³Die geänderte Miete ist mit Beginn des übernächsten Monats nach dem Zugang der Erklärung zu entrichten.

(4) Die §§ 556d bis 556g sind nur auf die Ausgangsmiete einer Indexmietvereinbarung anzuwenden.

(5) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.

- 58 Im **gewerblichen Mietbereich** hat sich die Rechtstechnik stark gewandelt, unverändert blieben jedoch die grundsätzlichen Parameter für die Möglichkeit einer Indexierung. Bis zum 31.12.1998 bedurften Indexklauseln nach § 3 WährG grundsätzlich der Genehmigung durch die Deutsche Bundesbank bzw die Landeszentralbanken; das wurde durch ein Genehmigungserfordernis von Seiten des Bundesministeriums für Wirtschaft ersetzt (§ 2 Abs 1 S 2 Preisangaben- und Preisklauselgesetz [PaPkG]). Erst seit dem 14.9.2007 ist das Preisklauselgesetz in Kraft, das ein grundsätzliches Indexierungsverbot mit Legalausnahmen ohne behördliches Genehmigungsverfahren vorsieht.

3. Österreich

- 59 Nach geltender Rechtslage sind der Vereinbarung von Wertsicherungsabreden lediglich durch die allgemeinen Bestimmungen des ABGB (Wurzelmängel, Sittenwidrigkeit-Wucher, *laesio enormis*) und im Verbrauchergeschäft durch das KSchG Grenzen ge-

⁹⁹ Für preisgebundenen Wohnraum werden etwaige Mieterhöhungen durch § 557b BGB zusätzlich durch § 28 Abs 3 und 5 WoFG beschränkt.

¹⁰⁰ Vgl BT-Drucks 14/4553, 53: „Die bisher bestehende Festlegung einer Mindestlaufzeit von zehn Jahren bei der Indexmiete stammt aus einer Zeit, als Indexmietvereinbarungen aus währungspolitischen Gründen noch der Genehmigung der Bundesbank bedurften. Mit Wegfall des Genehmigungserfordernisses durch das am 1. Juni 1999 in Kraft getretene Gesetz zur Einführung des Euro (Euroeinführungsgesetz – EuroEG – vom 9. Juni 1998, BGBl. I S. 1242) kann auch die Festlegung einer Mindestlaufzeit entfallen. Aus mietrechtlicher Sicht ist sie weder zum Schutz des Mieters noch des Vermieters erforderlich. Ihr Wegfall gibt Mietern und Vermietern mehr vertraglichen Gestaltungsspielraum“.

setzt. Dass solche Abreden „an sich weder gegen das Gesetz noch die guten Sitten verstoßen“, ist durch den OGH¹⁰¹ anerkannt und durch § 16 Abs 9 MRG implizit positivrechtlich normiert¹⁰². Im MRG-Vollanwendungsbereich ist nämlich die Wirksamkeit der Erhöhung des Hauptmietzinses aufgrund einer gültig vereinbarten Wertsicherungsklausel beschränkt¹⁰³.

§ 16 MRG idF BGBl I 2023/176

(9) Ergibt sich durch die Anwendung einer Wertsicherungsvereinbarung ein höherer Hauptmietzins[,] als nach Abs. 1 bis 7 zu diesem Zeitpunkt zulässig ist, so ist der übersteigende Teil unwirksam.

Teilunwirksam ist demnach die Erhöhung des Hauptmietzinses aufgrund einer Wertsicherungsklausel, soweit der Betrag höher ist als nach § 16 Abs 1 bis 7 zu diesem Zeitpunkt zulässig; nicht hingegen die Wertsicherungsvereinbarung selbst¹⁰⁴.

60 Auch währungsrechtliche Vorschriften spielten und spielen in Österreich bei weitem keine mit denen der Nachkriegszeit in Deutschland vergleichbare Rolle. Infolge der Hyperinflation nach dem Ersten Weltkrieg suchten sich Gläubiger einer Geldschuld auch in Österreich verstärkt durch Wertsicherungsklauseln abzusichern. Zwar entwickelten sich insbesondere Fremdwährungs- und Goldklauseln durch die Weltwirtschaftskrise 1931 und den damit verbundenen Wertverlust des Schillings gegenüber den teils wertbeständigeren ausländischen Währungen zum währungspolitischen Problem. Von Bedeutung für Wertsicherungsvereinbarungen in Bestandverträgen¹⁰⁵ war aber vor allem das Goldklauselgesetz 1937¹⁰⁶, das (lediglich) nach dem 27.4.1937 abgeschlossene, auf Gold abstellende Wertsicherungsvereinbarungen zwischen Inländern für unwirksam erklärte¹⁰⁷. Diese Regelung wurde (erst) im Jahr 1991 aufgehoben¹⁰⁸.

61 Der aktuelle Zustand der **vollständigen Liberalisierung der Indexierung von Mietzinsen** stellt – mit Blick auf die historische Entwicklung in den vergangenen rund hundert Jahren – keineswegs eine Selbstverständlichkeit dar. Ihren Ausgangspunkt nahm die Geschichte der Regulierung von Wertsicherungsklauseln in Bestandverträgen während des Ersten Weltkriegs mit der ersten kaiserlichen Verordnung zum Schutz der Mieter¹⁰⁹ vom 26. Jänner 1917. Deren § 2 Abs 1 verbot jede nicht gerechtfertigte Erhöhungen des Mietzinses gegenüber dem Betrag, den der Mieter bisher zu zahlen hatte, und verhinderte dadurch dessen Valorisierung.

¹⁰¹ OGH 6 Ob 226/18f in wobl 2020/92, 297 mit Anmerkung *Vonkilch*.

¹⁰² Für alle *Stabentheiner* in GeKo Wohnrecht I § 16a MRG Rz 9; näher dazu auch Rz 134 ff.

¹⁰³ Siehe auch *Würth* in Rummel, ABGB³ (2003) § 16 MRG Rz 24.

¹⁰⁴ *Lovrek/Stabentheiner* in GeKo Wohnrecht I § 16 MRG Rz 115 mit weiteren Nachweisen in FN 434.

¹⁰⁵ *Limbek/Ruttar*, Das Mietengesetz II (1967) 76.

¹⁰⁶ BGBl 1937/139.

¹⁰⁷ *Schwarzer/Csoklich/List* (Hrsg), Das österreichische Währungs- und Devisenrecht⁴ (1979) 76.

¹⁰⁸ Siehe dazu *T. Mayer*, Goldklausel wieder zulässig! RdW 1991, 137.

¹⁰⁹ RGBI 1917/34.

- 62 Eine erste sondergesetzliche Regelung (unter anderem) über die zulässige Vereinbarung des Mietzinses brachte das Mietengesetz 1922¹¹⁰, das sowohl auf die Miete von Wohnungen als auch von Geschäftsräumlichkeiten Anwendung fand (§ 1 Abs 1 MietenG 1922). Das Mietengesetz prägte das Mieterschutzrecht bis zur Einführung des Mietrechtsgesetzes 1982¹¹¹. § 2 des MietenG 1922 legte einen „gesetzlichen Mietzins“ fest, der (neben einem Instandhaltungszins und anteiligen Betriebskosten und öffentlichen Abgaben) einen Grundzins enthielt, welcher ein Vielfaches des am 1. August 1914 vereinbarten Mietzinses betrug und aufgrund seines historischen Berechnungsmaßstabs als „Friedens(kronen)zins“ rezipiert wurde¹¹².
- 63 Im Jahr 1929 wurde das Mietengesetz 1922 in novellierter Form als Mietengesetz 1929 (wieder)kundgemacht und schuf durch dessen § 16 unter dem Titel „Zulässige und unzulässige Vereinbarungen über die Höhe des Mietzinses“ ein dreigliedriges Mietzinsrecht, das – mit grundlegenden Modifikationen durch die PreisregelungsVO 1938, das Preisregelungsgesetz 1949 und 1950 und das Zinsstopppgesetz 1954 – bis zum Inkrafttreten des Mietrechtsgesetzes 1982 bestand. Die Frage der Zulässigkeit von Wertsicherungsabreden richtete sich fortan danach, ob der (i) gesetzliche Mietzins nach § 16 Abs 1 MietenG 1929 oder die (ii) freie Mietzinsvereinbarung nach § 16 Abs 2 MietenG 1929 und § 16a MietenG 1929 idF BGBl 1933/325 anwendbar war oder ein (iii) Mietvertrag nicht dem Anwendungsbereich des MietenG 1929 unterfiel, was nach § 1 Abs 2 Z 1 und 2 MG 1929 insbesondere damalige Neubauten betraf.

Zulässige und unzulässige Vereinbarungen über die Höhe des Mietzinses

§ 16. MietenG 1929 (1) Insoweit vor oder bei Abschluß eines Mietvertrages ein Mietzins oder ein Entgelt nach § 14, Absatz 2, und § 15 oder ein Zuschlag nach § 2, Absatz 2, oder § 5 vereinbart wurde, dessen Höhe die in den vorstehenden Bestimmungen bezeichnete Grenze übersteigt, ist die Vereinbarung ungültig; [...]

(2) Nach mindestens halbjähriger Dauer der Miete sind Vereinbarungen zwischen Vermieter und Mieter über die Höhe des Mietzinses unter der im Absatz 4 bezeichneten Voraussetzung zulässig und unterliegen nicht der Überprüfung, durch die Mietkommission (§ 25); doch gilt folgende Einschränkung: In Wien kann bei Wohnungen eine solche Vereinbarung nur, sofern der Jahresmietzins für 1914 2000 K, bei Geschäftsräumen, sofern er 4000 K überstieg, rechtsgültig getroffen werden. In den anderen Bundesländern ist eine solche Vereinbarung bei Wohnungen von nicht mehr als zwei Wohnräumen und bei Geschäftsräumen mit einem in den Gemeinden der Z 2 des § 2, Absatz 1, Punkt a, 800 K nicht übersteigenden Jahresmietzins für 1914 und mit einem solchen von nicht mehr als 400 K in den Gemeinden der Z 3 des § 2, Absatz 1, Punkt a, unzulässig.

§ 16 a. MietenG 1929 idF BGBl 1933/325 (1) Werden durch Teilung einer Wohnung zwei oder mehrere selbständige Wohnungen geschaffen und wird dadurch wenigstens eine neue Mittel- oder Kleinwohnung gewonnen, so sind Vereinbarungen zwischen dem Hauseigentümer und den Mietern über die Höhe der Mietzinse für alle durch die Teilung geschaffenen selbständigen Wohnungen und Ledigenräume mit der im § 16, Absatz 4, bezeichneten Wirkung zulässig und der Prüfung durch die Mietkommission (§ 25) entzogen. Dasselbe gilt für Vereinbarungen über die

¹¹⁰ BGBl 1922/872.

¹¹¹ StF BGBl 1982/520.

¹¹² Würth/Zingher/Kovanyi/Etzersdorfer, Miet- und Wohnrecht²³ § 2 Mietengesetz Rz 2.

Höhe des Mietzinses für selbständige Mittel- oder Kleinwohnungen oder Ledigenräume, die durch Umwandlung einer Geschäftsräumlichkeit gewonnen werden.

- 64 In der **ersten Kategorie**, den Mietverträgen unter dem Regime des gesetzlichen Mietzinses, wurde die Vereinbarung von Wertsicherungsklauseln **generell als unzulässig** erachtet¹¹³: Da diese in § 16 Abs 1 MietenG 1929 nicht als zulässige Vereinbarung angeführt war, sei sie ungültig¹¹⁴.
- 65 Im Rahmen der **freien Mietzinsvereinbarungen** nach § 16 Abs 2 und § 16a MietenG 1929¹¹⁵ war der Vereinbarung von Wertsicherungsklauseln – abseits der einschlägigen Bestimmungen des ABGB, namentlich zu Wucher, *laesio enormis* und den Wurzelmängeln – **keine** Grenze gesetzt¹¹⁶. Dasselbe galt in jenen Mietverträgen, die dem MietenG 1929 nicht unterworfen waren.
- 66 Die Privatautonomie hinsichtlich der Vereinbarung von Wertsicherungsklauseln im Rahmen der freien Mietzinsvereinbarungen und der ABGB-Bestandverträge wurde durch das oben bereits erwähnte GoldklauselG 1937 eingeschränkt und nach dem „Anschluss“ mit der Preisregelungsverordnung 1938¹¹⁷ und dem dazu ergangenen Durchführungserlass zur Preisstoppperordnung vom 9. März 1939 (Wiener Zeitung Nr. 67 v 11.3.1939)¹¹⁸ beendet. Punkt 1 des Durchführungserlasses lautete:
- Durch die Verordnung über das Verbot von Preiserhöhungen im Lande Österreich vom 29. März 1938 (GBlÖ. Nr. 53/38) ist jede Steigerung von Miet- oder Pachtzinsen vom 18. März 1938 ab verboten worden.
- 67 Durch das Preisregelungsgesetz 1949, das nach mehreren raschen Novellierungen bereits wenig später als Preisregelungsgesetz 1950¹¹⁹ wiederverlautbart wurde, sollte der als „1. Verordnung des Reichsstatthalters (Österreichische Landesregierung) über die Mietzinsregelung im Lande Österreich (GBl. f. d. L. Ö. Nr. 159/1938)“¹²⁰ bezeichnete Durchführungserlass ausdrücklich unangetastet bleiben. Die freie Mietzinsvereinbarung nach § 16 und § 16a MietenG unterlag damit ab 1938 ebenso wie die nicht vom MietenG

¹¹³ *Stanzl* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/1, 736; *Limbek/Ruttar*, Das Mietengesetz II 76 f; *dies*, Handbuch des Mietrechts I (1972) 90; *Zingher*, Mietengesetz mit Wohnungseigentumsgesetz und anderen einschlägigen Vorschriften – Mit ausführlichen Erläuterungen und der neuesten Rechtsprechung¹⁸ (1980) 70.

¹¹⁴ *Stanzl* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/1, 736: „Soweit es sich um Räume handelt, deren Zinsbildung dem MietG. unterliegt, sind nur die von diesem Gesetz zugelassenen Vereinbarungen über die Höhe des Mietzinses zulässig. Da Wertsicherungsvereinbarungen hiezu nicht gehören, sind sie ungültig (§16/1 MietG.)“.

¹¹⁵ § 16a MietenG wurde durch die Novelle BGBl 1933/325 ergänzt.

¹¹⁶ Vgl auch *Danneberg*, Das neue Mietgesetz – Mit den Nebengesetzen: Gesetzestext und Erläuterungen (1929) 90 f.

¹¹⁷ GBlÖ 1938/159.

¹¹⁸ Abgedruckt in *Zingher*, Das Mietengesetz und die einschlägigen Bestimmungen⁹ (1953) 126 ff.

¹¹⁹ BGBl 1950/194.

¹²⁰ § 6 Abs 2 lit a PreisregelungsG 1950.

umfassten Bestandverträge der Preiskontrolle¹²¹. Die Vereinbarung von **Wertsicherungsklauseln ohne Genehmigung** durch die Preisbehörde wurde dadurch **unwirksam**¹²². Eine solche Genehmigung war laut Erlass des Bundesministers für Inneres (mit einigen Ausnahmen außerhalb von Mietverträgen) jedoch zu versagen¹²³. Mit Erkenntnis vom 25. März 1954 hob der VfGH¹²⁴, der zu diesem Zeitpunkt bereits von einer „schier unentwirrbare[n] Rechtslage“ sprach, schließlich Teile des PreisregelungsG 1950 und den bis dahin maßgeblichen Durchführungserlass zur Preisstoppverordnung vom 9. März 1939 auf.

- 68 Durch das unmittelbar darauffolgende Zinsstoppgesetz 1954¹²⁵ sollte nach der zutreffenden Interpretation des OGH¹²⁶ „der Zustand, der vor Aufhebung des Preisregelungsgesetzes gegolten hat, für die bisher preisgeregelten Mietverhältnisse aufrechterhalten werden, d. h. es sollten die preisgeregelten Mieten hinsichtlich der Höhe des Mietzinses nicht abgeändert werden dürfen“. Die Vereinbarung von Wertsicherungsabreden war somit nach dem ZinsstoppG 1954 weiterhin **unwirksam**.¹²⁷ Aufgehoben wurde das ZinsstoppG 1954 erst 1982 – nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen in §§ 43 ff MRG – durch § 58 Abs 3 Z 2 MRG. Durch die Mietengesetznovelle 1955 wurde dem ZinsstoppG 1954 jedoch inzwischen für freie Mietzinsvereinbarungen derogiert¹²⁸. Während also nicht dem Mietengesetz unterfallende Mietverträge weiterhin der strengen Preiskontrolle unterlagen, konnten Wertsicherungsklauseln in Mietverträgen, die dem Mietengesetz unterlagen, wieder wirksam vereinbart werden.
- 69 Mit dem Mietrechtsänderungsgesetz 1967¹²⁹ sollte schließlich ein „[s]chrittweiser Übergang zu der in den übrigen Wirtschaftszweigen bewährten Marktordnung“¹³⁰ eingeleitet werden. Das System der freien Mietzinsbildung wurde dazu gem § 16 Abs 1 MietenG idF BGBl 1967/281 auf sämtliche Neuvermietungen nach dem 1. Jänner 1968 ausgedehnt. Wertsicherungsklauseln, von denen laut *Czech/Michlmayr*¹³¹ „bei freier

¹²¹ Keiner Preiskontrolle unterlagen nach Anlage A II.1.b) PreisregelungsG 1950 und dem daran anknüpfenden ZinsstoppG 1954 im Wesentlichen nur noch Mietobjekte, die bedeutende Kriegsschäden erlitten haben. Siehe dazu *Limbek/Ruttar*, Das Mietengesetz II 90; *Czech/Michlmayr*, Das neue Wohnungsrecht II – Kommentar zu den mietrechtlichen Änderungen (1968) 112.

¹²² Grundlegend OGH 1 Ob 627/51 in ImmZ 1951, 326 = ImmZ 1951, 343 = ImmZ 1951, 365; siehe auch RIS-Justiz RS0024101.

¹²³ Nachvollziehbar sind die einschlägigen Erlässe des Bundesministers bei *Kadecka*, Die Zulässigkeit von Wertsicherungsklauseln, ÖJZ 1955, 175 (181 f): „Im Erlaß vom 15. Nov. 1945, Zl. 47961 – 11/45, wurde festgestellt, daß die Beifügung von Wertsicherungsklauseln und ähnlichen Vorbehalten bei Offerten und Rechnungen nach den bestehenden Preisvorschriften unzulässig ist.“

¹²⁴ G1/54, V 3 bis 11/54.

¹²⁵ BGBl 1954/132.

¹²⁶ 1 Ob 761/57 in ÖJZ 1958, 157.

¹²⁷ *Zingher*, Das Mietengesetz¹² (1961) 156.

¹²⁸ Siehe OGH 7 Ob 345/57 SZ 30/56; OGH 5 Ob 483/59 SZ 32/131.

¹²⁹ BGBl 1967/281.

¹³⁰ ErläutRV 500 BlgNR XI. GP 10.

¹³¹ Das neue Wohnungsrecht II – Kommentar zu den mietrechtlichen Änderungen 29.

Zinsbildung bisher fast regelmäßig Gebrauch gemacht wurde“, waren damit bei Neuvermietungen nach dem novellierten Mietengesetz nunmehr durchgängig zulässig.

- 70 Mit Inkrafttreten des Mietrechtsgesetzes am 1. Jänner 1982 trat das Mietengesetz 1929 idF BGBl 1976/91 schließlich nach Maßgabe der Übergangsbestimmungen (§§ 43 ff MRG) außer Kraft (§ 58 Abs 3 Z 1 MRG). Durch § 16 Abs 6 MRG¹³² wird hinsichtlich der Zulässigkeit von Wertsicherungsklauseln bereits in der Stammfassung eine dem heutigen § 16 Abs 9 MRG im Wesentlichen entsprechende Rechtslage geschaffen.

III. Einführung in die Funktionsweise von Indexklauseln

- 71 Durch eine vertraglich vereinbarte bzw gesetzlich vorgegebene Indexklausel („index clause“, „escalator clause“, „clause d’échelle mobile“, „clause d’indexation“) wird die nominelle Summe – also eine geldrechtliche Summenschuld (zB ein Mietzins von € 1000) – an die durch einen Preisindex ermittelte Preisentwicklung angepasst. Dafür bedient man sich des statistischen Grundkonzepts der an ein Basisjahr anknüpfenden Indexzahl bzw einer Indexreihe. Dabei wird einem Basisjahr als Bezugswert meist die Zahl 100 zugeordnet, sodass über den Zeitverlauf hinweg die relativen Veränderungen quantifiziert werden können. Die prozentuelle Veränderungsrate kann sodann durch die Inbezugnahme zweier Indexzahlen wie folgt ermittelt werden:

$$\frac{\text{Neuer Index} - \text{Basisindexzahl bzw Ausgangsindexzahl}}{\text{Basisindexzahl bzw Ausgangsindexzahl}} \times 100 = \text{Prozentuale Veränderung}$$

- 72 Als Wertmesser kann auf die unterschiedlichsten Referenzindices abgestellt werden (dazu Rz 110 ff). Mietverträge ziehen verbreitet, aber nicht alternativlos den jeweiligen nationalen Verbrauchpreisindex (VPI) heran, der von der Statistik Austria, dem deutschen statistischen Bundesamt oder dem Schweizer Bundesamt für Statistik kundgemacht wird. Durch den VPI wird monatlich nachhinkend die durchschnittliche Preisentwicklung anhand eines Warenkorbs ermittelt, in dem die Preise von mehr als 750 Gütern und Dienstleistungen mit unterschiedlicher Gewichtung enthalten sind.¹³³ Zum österreichischen VPI 2000 wurden beispielsweise für die Jahre 2021 und 2022 die folgenden Indexzahlen, nach einem eigens angekündigten Publikationszyklus, bekanntgemacht:

Jän.21 ¹	0,8	100,3
Feb.21 ¹	1,2	100,8
Mär.21 ¹	2,0	101,9
Apr.21 ¹	1,9	101,8
Mai.21 ¹	2,8	102,1

¹³² Siehe zu diesem Würth in Rummel, ABGB II¹ (1984) § 16 MRG Rz 24 f.

¹³³ Dazu ausführlich *Statistik Austria*, Standard-Dokumentation Metainformationen (Definitionen, Erläuterungen, Methoden, Qualität) Zum Verbraucherpreisindex und Harmonisierter Verbraucherpreisindex (Bearbeitungsstand: 04.11.2022); abrufbar unter: file:///C:/Users/b1099103/OneDrive%20-%20Universit%C3%A4t%20Salzburg/Dokumente/Indexklauseln/%C3%96sterreich/std_v_vpi_hvpi.pdf (zuletzt abgerufen am 05.01.2024).

Jun.21 ¹	2,8	102,6
Jul.21 ¹	2,9	102,9
Aug.21 ¹	3,2	103,0
Sep.21 ¹	3,3	103,5
Okt.21 ¹	3,7	104,1
Nov.21 ¹	4,3	104,8
Dez.21 ¹	4,3	105,4
Ø 21	2,8	102,8
Jän.22	5,0	105,3
Feb.22	5,8	106,6
Mär.22	6,8	108,8
Apr.22	7,2	109,1
Mai.22	7,7	110,0
Jun.22	8,7	111,5
Jul.22	9,4	112,6
Aug.22	9,3	112,6
Sep.22	10,6	114,5
Okt.22	11,0	115,6
Nov.22	10,6	115,9
Dez.22	10,2	116,1
Ø 22	8,6	111,6

Abbildung: VPI 2020, Jahre 2021, 2022

- 73 Mit dem Ende des Jahres 2020 wurde eine neue Indexreihe, der VPI 2020 eröffnet, so dass ab dem Jänner 2021 die Indexreihe „wieder“ bei 100 beginnt. Ältere Indexreihen werden in Österreich durch Verkettungskoeffizienten fortgeschrieben, wodurch auch Wertbesicherungsberechnungen, die auf alten Verbrauchsindices beruhen, leichter durchgeführt werden können. Aus der Auflistung auf der Grundlage des VPI 2020 ergibt sich, dass die auf der Grundlage des VPI ermittelte Inflationsrate im Jahr 2021 bei 2,8 % und im Jahr 2022 bei beachtlichen 8,6 % lag. Die in der zweiten Spalte von links angeführten Werte ergeben die Teuerungsrate im Vergleich zum Monatswert des Vorgängerjahrs. Wie unschwer zu erkennen ist, unterscheiden sich die monatlichen Werte teilweise erheblich und es macht einen teils spürbaren Unterschied aus, ob für die Valorisierung auf einen monatlichen, jährlichen oder kalenderjährlichen Anpassungszyklus abgestellt wird.
- 74 Der rechnerische Wert der Anpassung auf der Grundlage eines empirisch ermittelten deflationären oder inflationären Unterschiedsbetrags zwischen **(1) einer Ausgangsindexzahl bzw Basisindexzahl** und **(2) einer neuen Indexzahl bzw einer Anpassungsindexzahl** lässt sich durch zwei Rechenschritte ermitteln. Zunächst wird der **Anpassungsfaktor (AF)** ermittelt und sodann die Höhe des **angepassten Mietzinses (AM)**.

Rechenschritt (i): Anpassungsfaktor

$$\text{Anpassungsfaktor (AF)} = \frac{\text{Neuer Index} - \text{Basisindexzahl bzw Ausgangsindexzahl}}{\text{Basisindexzahl bzw Ausgangsindexzahl}} \times 100$$

Rechenschritt (ii): Angepasster Mietzins

$$\text{Angepasster Mietzins (AM)} = \frac{\text{Anfänglicher Mietzins} \times \text{AF}}{100}$$

- 75 So einfach die mathematische Grundmethode zur Ermittlung der Valorisierung auch sein mag, die Art und Weise sowie die absolute Höhe der Anpassung wird durch eine Vielzahl von Faktoren bestimmt, die teils durch die nationalen Privatrechtsordnungen zwingend vorgegeben sind, teils durch die in der Kautelarpraxis verbreiteten Klauseltypen beeinflusst werden. Denn was landläufig und undifferenziert als Wertsicherungsabrede oder Indexklausel bezeichnet wird, besteht genauer besehen aus einer Mehrzahl von „Bauelementen“, die in verschiedenster Kombination zusammengesetzt sein können. Ziel der nachfolgenden „Anatomie von Indexklauseln“ ist es, die Wirkungsweise der einzelnen gesetzlich teils zwingend vorgesehenen Klausелеlemente sowie die in der Kautelarpraxis verbreiteten Klauseltypen zu dekonstruieren und in ihrer Wirkungsweise zu analysieren. Dies ist sowohl für den (zukünftigen) Gesetzgeber wie auch für die Praxis von Bedeutung, da zwar einige Standardklauseltypen existieren¹³⁴ und in Verwendung sind, in der österreichischen Rechtsliteratur jedoch bislang die Wirkungsweise und Gestaltungsvielfalt nicht weiter untersucht wurde.

1. Legislative „Bauelemente“

- 76 Analysiert man die drei Referenzrechtsordnungen, so sind auf legislativer Ebene die folgenden „Bauelemente“ vorzufinden:
- 77 **(1) Mindestlaufzeit des Vertrags** (dazu Rz 91 f): Teils wird vorgegeben, dass Indexmieten erst ab einer gewissen Grundlaufzeit vereinbart werden können. Dahinter steht meist ein Vereinfachungsgedanke in der Form, dass die Vertragsteile bei Kurzzeitmieten Geldwertschwankungen ausreichend prognostizieren und daher bereits bei Vertragsabschluss mitberücksichtigen (das heißt einpreisen) können, sodass es keiner Valorisierung bedarf; nicht selten wird aus Praktikabilitätsgründen aber auch darauf verzichtet, die erwarteten Geldwertschwankungen zu ermitteln und zu berücksichtigen. Gegebenenfalls besteht am Ende der Laufzeit ohnehin die Möglichkeit, das Mietverhältnis mit einer angepassten/valorisierten Miete neu abzuschließen.
- 78 **(2) Wartezeit/Sperrfrist** (dazu Rz 93 ff): Anzutreffen sind weiterhin Wartezeiten bzw Sperrfristen, die abgewartet werden müssen, bevor erstmals eine Anpassung der Miete vorgenommen werden kann.
- 79 **(3) Rechtstechnik der Anpassungsaktivierung** (dazu Rz 96 ff): Für die praktische Handhabung von Indexklauseln ist es sehr erheblich, an welche Rechtstechnik anknüpfend die Valorisierung des Mietbetrags „aktiviert“ wird. Anzutreffen ist regelmäßig im Bereich des Verbraucherrechts und des Mieterschutzrechts das Erfordernis einer Gestaltungserklärung, durch die eine der Mietparteien für einen Zeitpunkt in der Zukunft die

¹³⁴ Auf der Website der Statistik Austria werden zwei Musterklauseln zur Verfügung gestellt; siehe FN 162.

Anpassung des Entgelts rechtlich bewirken kann. Im gewerblichen Bereich ist aber auch die vertragliche Vereinbarung eines Anpassungsautomatismus denkbar.

- 80 **(4) Formerfordernisse** (dazu Rz 102 ff): Um die Transparenz einer Anpassungserklärung zu erhöhen, sind Formgebote denkbar oder sogar – wie im Fall der Schweiz (Rz 47 f) – die verpflichtende Verwendung eines Musterformulars.
- 81 **(5) Anpassungssymmetrie** (dazu Rz 107): Gängig ist schließlich das materielle rechtliche Gebot, dass eine Indexklausel das Entgelt in „beide“ Richtungen bewegen können muss, also sowohl inflationäre Wertbewegungen wie auch – deutlich seltener vorkommende – deflationäre Wertbewegungen die Höhe des Mietzinses in der Zukunft bestimmen können.

2. Kautelarjuristische „Stellschrauben“

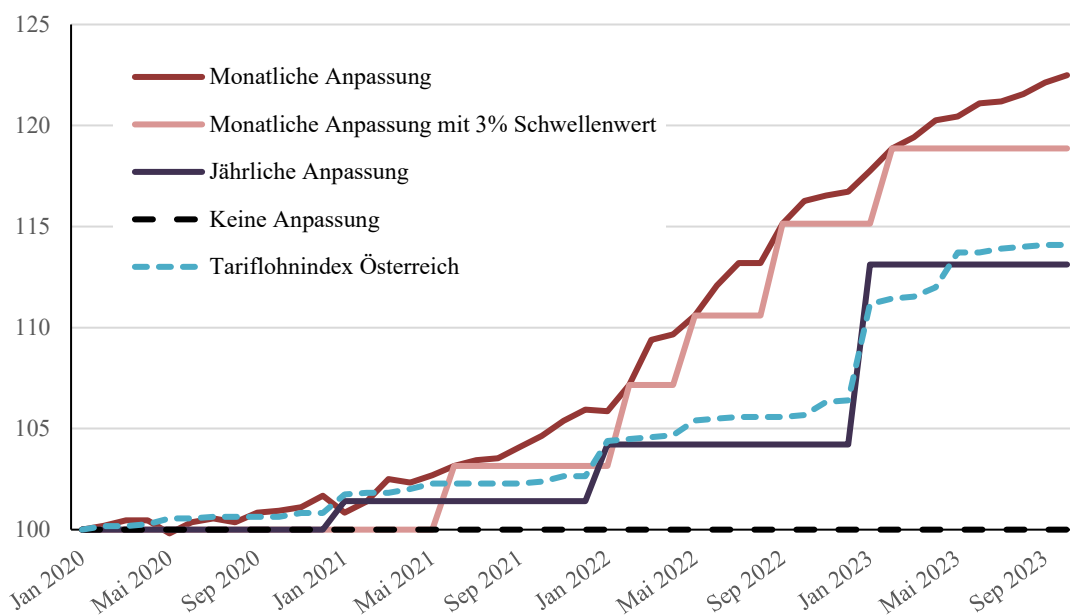
- 82 Weiterhin darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die **kautelarjuristische Gestaltungspraxis** ganz erheblichen Einfluss auf die Art und Weise der Wertsicherung hat, indem gerade die Berechnungsfaktoren festgelegt werden. Dabei lassen sich die folgenden „Stellschrauben“ unterscheiden:
- 83 **(1) Wertmesser: Index und Ersatzindex** (dazu Rz 110 ff): Grundlegend für die Funktionsweise einer Indexklausel ist die Inbezugnahme eines praktikablen und bestimmten Indexes, der auch für den konkreten Vertragszweck geeignet ist und die Interessen der beteiligten Parteien sachgerecht abbildet.
- 84 **(2) Rechenmodus**: Vertragliche Indexklauseln können auf unterschiedlichen Rechenoperationen aufbauen. Ziel sollte es sein, eine möglichst einfach verständliche und nachvollziehbare Rechenoperation vorzugeben.
- 85 **(3) Referenzzeitraum** (dazu Rz 115 ff): Der für die Valorisierung maßgebliche Referenzzeitraum kann definiert und gegebenenfalls auch zeitlich beschränkt werden. Das kann insbesondere zur Konfliktvermeidung zwischen den Parteien von Bedeutung sein, sollte eine Anpassung über viele Jahre nicht vorgenommen worden sein.
- 86 **(4) Anpassungsintervall** (dazu Rz 115 f): Es können periodische (monatliche oder jährliche) Anpassungsintervalle vorgesehen werden, in denen die Anpassung erklärt werden kann oder aber die Anpassung automatisch vollzogen wird. Oft werden jedoch Schwellwerte vorgesehen (dazu sogleich unter (5)), bei denen kein periodisches Anpassungsintervall vereinbart ist, sondern in Folge der Überschreitung eines Schwellwertes angepasst werden kann.
- 87 **(5) Schwellwerte** (dazu Rz 117): In der Praxis ist es verbreitet, Schwellwerte vorzusehen (etwa 3 % oder 5 %-Schwellwerte), nach denen Anpassungen erst nach der Überschreitung eines Schwellwertes möglich ist. Beispielsweise:

„Schwankungen der Indexzahl nach oben oder unten bis ausschließlich 5% bleiben unberücksichtigt.“

- 88 Die Wirkungsweise solcher Klauseln kann zu Missverständnissen führen. Denn wird nur ein Schwellwert vorgesehen, so hat dies nicht den Effekt, dass Inflationsbewegungen bzw Deflationsbewegungen über die Zeit unterhalb des Schwellwerts niemals zu einer Anpassung führen. Da wir meist in inflationären Wirtschaftszyklen leben, wächst die Indexzahl stetig an, sodass es nur eine Frage der Zeit ist, bis der Schwellwert überschritten wird. Schwellwerte, so wie sie bislang in den Musterklauseln verwendet werden, haben also zugunsten der mietenden Partei **nicht** stets einen **befreienden** Effekt, sondern nur einen **zeitaufschiebenden** Effekt. Eine andere Wirkung kann nur erzielt werden, wenn Schwellwerte mit periodisch wechselnden Referenzperioden kombiniert werden (näher Rz 118).

3. Exemplarisches Rechenbeispiel

- 89 Welchen erheblichen Einfluss die kautelarjuristische Gestaltungspraxis auf die ökonomische Wirkungsweise von Indexklauseln hat, verdeutlicht das bereits im Executive Summary wiedergegebene Beispiel, das hier eingehender, ergänzend durch eine Tabelle, die die potenziellen Anpassungsschritt zeigt, dargestellt werden soll: Eine Wohnung wird im Jänner 2020 zum Mietzins von € 1.000 vermietet und auf Grundlage des VPI werden bis Oktober 2023 die denkbaren Erhöhungsbeträge errechnet.¹³⁵



- 90 Auf der Grundlage einer Wertsicherungsklausel ohne Schwellwert, die die monatliche Anpassung ermöglicht, wäre im Oktober 2023 eine um **22,5 %** erhöhte Miete von **€ 1225** zu entrichten („monatliche Anpassung“). Auf der Grundlage einer Wertsicherungsklausel mit einem 3 %-„inklusive“-Schwellwert wäre infolge von insgesamt sechs Anpassungsschritten im Oktober 2023 eine um **19 %** erhöhte Miete von € 1190 zu ent-

¹³⁵ Zu Anschauungs- und Vereinfachungszwecken wird außer Acht gelassen, dass VPI-Werte endgültig erst „nachhinkend“ veröffentlicht werden und damit auch nur „nachhinkend“ die Anpassung durchgeführt werden kann (dazu Rz 120 f) und dass gegebenenfalls auch eine vertraglich vereinbarte oder möglicherweise gesetzliche vorgegebene Sperrfrist/Wartefrist (dazu Rz 93 ff) abzuwarten ist.

richten („monatliche Anpassung mit 3 %-Schwellwert“). Auf der Grundlage einer Wert-sicherungsklausel mit einer jährlichen Anpassung wäre im Oktober 2023 eine um **13,2 %** erhöhte Miete von € **1131,2** zu entrichten („jährliche Anpassung“). In demselben Zeitraum sind die Löhne nach dem Tariflohnindex Österreichs um **14,1 %** gestiegen, während es auf der Grundlage der monatlichen VPI-Indexzahlen in diesem Zeitraum zu einem nominellen Preisanstieg von **22,5 %** gekommen ist.

Als signifikantes Ergebnis lässt sich festhalten, dass die monatliche Indexierung und die jährliche Indexierung um beachtliche **9,3 %** auseinanderliegen. Indexklauseln, die an eine monatliche oder schwellwertmäßige Anpassung anknüpfen, führen zu einer **Abkoppelung des valorisierten Mietpreisniveaus vom Lohnpreisniveau**. Vermeiden lässt sich dies durch eine jährliche Anpassung zum Jahresdurchschnitt.

	statistische Indizes					resultierende Miethöhe (Jänner 2020=100)				
	Tariflohninde x Österreich	Indexzahl VPI 2015 (monatlich)	prozentuelle Anhebung zum Jänner 2020	Indexzahl VPI 2015 (jährlich, Vorjahreswert)	prozentuelle Anhebung zum Jänner 2020	Keine Anpassung	Jährliche Anpassung	Monatliche Anpassung	Monatliche Anpassung mit 3% Schwellenwert	Monatliche Anpassung mit 5% Schwellenwert
2020										
Jänner	100,0	107,6		106,7	100,0%	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00
Februar	100,2	107,8	100,2%	106,7	100,0%	100,00	100,00	100,19	100,00	100,00
März	100,2	108,1	100,5%	106,7	100,0%	100,00	100,00	100,46	100,00	100,00
April	100,3	108,1	100,5%	106,7	100,0%	100,00	100,00	100,46	100,00	100,00
Mai	100,5	107,4	99,8%	106,7	100,0%	100,00	100,00	99,81	100,00	100,00
Juni	100,5	108,0	100,4%	106,7	100,0%	100,00	100,00	100,37	100,00	100,00
Juli	100,6	108,2	100,6%	106,7	100,0%	100,00	100,00	100,56	100,00	100,00
August	100,6	108,0	100,4%	106,7	100,0%	100,00	100,00	100,37	100,00	100,00
September	100,6	108,5	100,8%	106,7	100,0%	100,00	100,00	100,84	100,00	100,00
Oktober	100,6	108,6	100,9%	106,7	100,0%	100,00	100,00	100,93	100,00	100,00
November	100,8	108,8	101,1%	106,7	100,0%	100,00	100,00	101,12	100,00	100,00
Dezember	100,8	109,4	101,7%	106,7	100,0%	100,00	100,00	101,67	100,00	100,00
2021										
Jänner	101,7	108,5	100,8%	108,2	101,4%	100,00	101,41	100,84	100,00	100,00
Februar	101,8	109,1	101,4%	108,2	101,4%	100,00	101,41	101,39	100,00	100,00
März	101,8	110,3	102,5%	108,2	101,4%	100,00	101,41	102,51	100,00	100,00
April	102,0	110,1	102,3%	108,2	101,4%	100,00	101,41	102,32	100,00	100,00
Mai	102,3	110,5	102,7%	108,2	101,4%	100,00	101,41	102,70	100,00	100,00
Juni	102,3	111,0	103,2%	108,2	101,4%	100,00	101,41	103,16	103,16	100,00
Juli	102,3	111,3	103,4%	108,2	101,4%	100,00	101,41	103,44	103,16	100,00
August	102,3	111,4	103,5%	108,2	101,4%	100,00	101,41	103,53	103,16	100,00
September	102,3	112,0	104,1%	108,2	101,4%	100,00	101,41	104,09	103,16	100,00
Oktober	102,4	112,6	104,6%	108,2	101,4%	100,00	101,41	104,65	103,16	100,00
November	102,7	113,4	105,4%	108,2	101,4%	100,00	101,41	105,39	103,16	105,39
Dezember	102,7	114,0	105,9%	108,2	101,4%	100,00	101,41	105,95	103,16	105,39
2022										
Jänner	104,4	113,9	105,9%	111,2	104,2%	100,00	104,22	105,86	103,16	105,39
Februar	104,5	115,3	107,2%	111,2	104,2%	100,00	104,22	107,16	107,16	105,39
März	104,6	117,7	109,4%	111,2	104,2%	100,00	104,22	109,39	107,16	105,39
April	104,7	118,0	109,7%	111,2	104,2%	100,00	104,22	109,67	107,16	105,39
Mai	105,4	119,0	110,6%	111,2	104,2%	100,00	104,22	110,59	110,59	105,39
Juni	105,5	120,6	112,1%	111,2	104,2%	100,00	104,22	112,08	110,59	112,08
Juli	105,6	121,8	113,2%	111,2	104,2%	100,00	104,22	113,20	110,59	112,08
August	105,6	121,8	113,2%	111,2	104,2%	100,00	104,22	113,20	110,59	112,08
September	105,6	123,9	115,1%	111,2	104,2%	100,00	104,22	115,15	115,15	112,08
Oktober	105,7	125,1	116,3%	111,2	104,2%	100,00	104,22	116,26	115,15	112,08
November	106,3	125,4	116,5%	111,2	104,2%	100,00	104,22	116,54	115,15	112,08
Dezember	106,4	125,6	116,7%	111,2	104,2%	100,00	104,22	116,73	115,15	112,08
2023										
Jänner	111,2	126,7	117,8%	120,7	113,1%	100,00	113,12	117,75	115,15	117,75
Februar	111,4	127,9	118,9%	120,7	113,1%	100,00	113,12	118,87	118,87	117,75
März	111,5	128,5	119,4%	120,7	113,1%	100,00	113,12	119,42	118,87	117,75
April	112,0	129,4	120,3%	120,7	113,1%	100,00	113,12	120,26	118,87	117,75
Mai	113,7	129,6	120,4%	120,7	113,1%	100,00	113,12	120,45	118,87	117,75
Juni	113,7	130,3	121,1%	120,7	113,1%	100,00	113,12	121,10	118,87	117,75
Juli	113,9	130,4	121,2%	120,7	113,1%	100,00	113,12	121,19	118,87	117,75
August	114,0	130,8	121,6%	120,7	113,1%	100,00	113,12	121,56	118,87	117,75
September	114,1	131,4	122,1%	120,7	113,1%	100,00	113,12	122,12	118,87	117,75
Oktober	114,1	131,8	122,5%	120,7	113,1%	100,00	113,12	122,49	118,87	117,75

IV. Detailanalyse zu den legislativen „Bauelementen“

1. Mindestlaufzeit des Vertrags

- 91 Im Schweizer Recht sind nach Art 269b OR und Art 17 Abs 4 VMWG sowohl bei Wohnraummieten wie auch bei Gewerbemieten Indexierungen nur zulässig, wenn der Mietvertrag für **mindestens fünf Jahre** abgeschlossen wurde.¹³⁶ Im deutschen Recht besteht die bereits beschriebene (oben Rz 50 ff), inhaltlich nur schwer nachvollziehbare und letztendlich nur historisch zu erklärende **Zweiteilung** dahingehend, dass bei Wohnraummietverträgen nach § 557b BGB keine Mindestlaufzeit vorgesehen ist, während bei gewerblichen Mietverträgen nach § 3 Abs 1 Z 1 lit d PrKG eine Mindestlaufzeit von **zehn Jahren** vorgesehen ist. Im österreichischen Recht findet sich schließlich keine Regelung, die eine Mindestlaufzeit des Mietvertrags für die wirksame Vereinbarung einer Indexierung vorsieht.
- 92 Die Vorgabe einer Mindestlaufzeit ist als gesetzgeberischer Regelungsansatz **positiv zu bewerten**, da durch sie generell-abstrakt ein Interessenwiderstreit aufgelöst wird, indem davon ausgegangen wird, dass je kürzer ein Mietvertrag abgeschlossen wird, das Interesse an einer Valorisierung geringer ist und zudem eine für die Praxis einfache und klar fassbare Regelung etabliert wird. Wie bereits angeführt, wird bei langfristig laufenden Mietverträgen durch eine Indexierung ein Interessenausgleich zwischen den Parteien hergestellt, indem einerseits das Interesse des Vermieters an einer Abgeltung der Geldentwertung bedient wird und andererseits das Interesse des Mieters gefördert ist, den Bestandgeber zu einer langfristigen Vertragsbindung zu bewegen (Rz 34). Bei kurzen Vertragslaufzeiten ist es den Vertragsteilen zumutbar, die Wertschwankungen zu antizipieren und bereits bei Vertragsabschluss im Vertrag abzubilden¹³⁷. Und selbst wenn bei niedrigprozentigen Inflationsraten die Inflation keine Berücksichtigung findet, so können diese bei der Neuverhandlung oder einer Neuvermietung sodann berücksichtigt werden.

2. Wartezeit/Sperrfrist

- 93 Im deutschen Recht findet sich mit § 557b Abs 2 S 1 BGB eine mietrechtliche Spezialregelung, nach der der Mietzins bei der Indexmiete **mindestens ein Jahr** unverändert bleiben muss. Die Wartezeit ist dabei gesetzliche Voraussetzung für die Wirksamkeit der konkreten Änderungserklärung, nicht aber für die Vereinbarung einer Indexmiete selbst.¹³⁸ Nach dem durch zwei rezente OGH-Judikate berühmt gewordenen § 6 Abs 2 Z 4 KSchG sind Vertragsbestimmungen unwirksam, wenn dem Unternehmer auf sein

¹³⁶ Zu den Detailfragen im Zusammenhang mit der Bestimmung der fünfjährigen Vertragslaufzeit, vgl. *Roger Weber* in *Basler Kommentar I*⁷ (2020) Art 269b Rz 1, 7 f.

¹³⁷ Diese Begründungslinie lag auch der *Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über dringliche Massnahmen gegen Missbräuche im Mietwesen* (vom 24. April 1972) 1242 zugrunde: „Bei einem an einen Index gebundenen Mietzins ist die Mietzinsgestaltung für den Mieter ungewiss. Sie kann, je nach der Entwicklung und dem gewählten Index im Laufe der Zeit zu Missbräuchen führen. Andererseits ist der Mieter an einem langfristigen Vertrag interessiert. Der Vermieter kann sich jedoch nicht langfristig an einen bestimmten Mietzins binden. Diese Erwägungen führten dazu, die Indexierung nur für Verträge mit einer Dauer von mindestens fünf Jahren zu gestatten“.

¹³⁸ BGH in *NZM* 2021, 878 Rz 38.

Verlangen für seine innerhalb von **zwei Monaten** nach der Vertragsschließung zu erbringende Leistung ein höheres als das ursprünglich bestimmte Entgelt zusteht. Dabei ist freilich umstritten, ob § 6 Abs 2 Z 4 KSchG überhaupt auf Dauerschuldverhältnisse zur Anwendung kommt (dazu Rz 165). Das Schweizer Recht schließlich sieht keine Wartezeit/Sperrfrist vor.

94 Bei der Bewertung einer Wartezeit/Sperrfrist ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Wirkungsweise nicht ganz selbstverständlich ist, weil ihr **zwei** unterschiedliche Effekte zugeschrieben werden können und möglicherweise auch unterschiedliche Erwartungshaltungen bestehen, denen durch eine klare Formulierung der Klauseln begegnet werden könnte:

(i) Als Basiszahl gilt die Indexzahl 1 Jahr nach Vertragsabschluss und Ablauf der Wartezeit/Sperrfrist.

(ii) Als Basiszahl fungiert die Indexzahl bei Vertragsabschluss. Eine Anhebung kann jedoch frühestens ein Jahr nach Vertragsabschluss geltend gemacht werden und sie wird erst ab diesem Zeitpunkt – ohne Rückwirkung – wirksam.

95 Rechtspolitisch ist die Implementierung einer einjährigen Wartezeit/Sperrfrist unseres Erachtens zu **begrüßen**. Ein solches Instrument ist die natürliche Vorwirkung des Gedankens, die Valorisierung bei langfristigen Mietverhältnissen nur in einem einjährigen oder mehrjährigen Turnus vorzusehen. Sie führt zur klaren Planbarkeit und fügt sich in die nachfolgend noch näher zu beleuchtenden Ideen eines kalenderjährlichen Anpassungsintervalls ein (dazu Rz 116). Die Zulassung einer Indexierung bereits im ersten Jahr kann besonders häufig zu Konflikten zwischen den Parteien führen und wird viele Mieter auch überraschen, weil dies den Preisvergleich vor Eingehen des Mietverhältnisses frustrieren kann und die nachvollziehbare Erwartungshaltung entstehen kann, dass für ein erstes Intervall die Miete kalkulierbar bleibt¹³⁹.

3. Anpassungsaktivierung: Automatik oder Gestaltungserklärung

96 Für die praktische Handhabung von Indexklauseln ist es, wie bereits ausgeführt wurde, von großer Bedeutung, durch welche Rechtstechnik die Valorisierung des Mietzinses „aktiviert“ wird. Dabei lassen sich grundsätzlich zumindest **zwei** verbreitete Rechtstechniken unterscheiden. Eine Aktivierung des angepassten Mietzinses kann *erstens* an den **Zugang einer Gestaltungserklärung** einer Vertragspartei anknüpfen oder *zweitens* durch einen **vertraglich vereinbarten Automatismus** bewirkt werden.

¹³⁹ *Kronthaler*, wobl 2023, 414 (417) weist auf die Erläut zu § 6 Z 8 MinEntw-KSchG (der sodann unter anderem in § 6 Abs 2 Z 4 KSchG mündete) hin: Kurzfristige Preiserhöhungen sollen deswegen unzulässig sein, weil der Unternehmer für kurze Zeiträume seine Kostenentwicklung hinreichend verlässlich voraussehen könne. Ferner spielte für den Gesetzgeber eine Rolle, dass fehlende Schranken für Preisanpassungen die Funktionsfähigkeit des Preiswettbewerbs beeinträchtigten: Preisvergleiche, die der Verbraucher unmittelbar vor dem Vertragsabschluss vorgenommen hat, würden wertlos (Erläut zu § 6 Z 8 KSchG-ME = § 6 Abs 2 Z 4 KSchG; unveröff; zitiert nach *Kronthaler*, wobl 2023, 414 (417 f)). Ebenso für das deutsche AGB-Recht *Dammann* in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht⁷ § 309 Nr 1 BGB Rz 1.

- 97 Die erste Variante ist vornehmlich im Wohnraummietrecht und Konsumentenschutzrecht festgelegt (vgl § 557b Abs 3 S 1 BGB¹⁴⁰, § 16 Abs 9 S 2 MRG; Art 17 Abs 3 VMWG).

§ 557b BGB Indexmiete

(3) ¹Eine Änderung der Miete nach Absatz 1 muss durch Erklärung in Textform geltend gemacht werden. ²Dabei sind die eingetretene Änderung des Preisindexes sowie die jeweilige Miete oder die Erhöhung in einem Geldbetrag anzugeben. ³Die geänderte Miete ist mit Beginn des übernächsten Monats nach dem Zugang der Erklärung zu entrichten.

§ 16 MRG Vereinbarungen über die Höhe des Hauptmietzinses

(9) ¹Ergibt sich durch die Anwendung einer Wertsicherungsvereinbarung ein höherer Hauptmietzins als nach Abs. 1 bis 7 zu diesem Zeitpunkt zulässig ist, so ist der übersteigende Teil unwirksam. ²Berechtigt eine Wertsicherungsvereinbarung den Vermieter zu einer Erhöhung des Hauptmietzinses, so hat der Hauptmieter dem Vermieter den erhöhten Hauptmietzins von dem auf das Wirksamwerden der Indexveränderung (Abs. 6 dritter Satz) folgenden Zinstermin an zu entrichten, wenn der Vermieter dem Hauptmieter in einem nach Wirksamwerden der Indexveränderung ergehenden Schreiben, jedoch spätestens 14 Tage vor dem Termin, sein darauf gerichtetes Erhöhungsbegehren bekanntgibt.

Art 17 VMWG Indexierte Mietzinse

(3) Mietzinserhöhungen gestützt auf den Landesindex der Konsumentenpreise können unter Einhaltung einer Frist von mindestens 30 Tagen auf ein Monatsende angekündigt werden.

- 98 Im gewerblichen Mietbereich in Deutschland¹⁴¹ wie auch außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs ist der zweite automatische Anpassungsmechanismus anzutreffen.
- 99 Die Aktivierung einer Indexierung durch eine zugangsbedürftige Anpassungserklärung – gepaart mit den sogleich zu erörternden Form- und Informationspflichten (Rz 102 ff) – stellt eine Regelung dar, die den **Informationsfluss über den Zeitpunkt und die Höhe einer Anpassung sicherstellt** und im Wohnmietbereich wie auch im sonstigen Mietsektor, in dem zumindest eine Partei nicht in der Wohnungsverwaltung tätig ist, als geradezu alternativlos gelten kann. Sehr instruktiv hierzu kann man bereits beim deutschen Gesetzgeber des MHG aus dem Jahr 1992 lesen:

„Abweichend von den sonstigen Gepflogenheiten, z. B. bei Geschäftsraummietverträgen, soll die Erhöhung des Mietzinses aufgrund der Gleitklausel nicht automatisch eintreten in dem Sinne, daß der Mieter ohne weitere Erklärung des Vermieters zur Entrichtung des höheren Mietzinses verpflichtet wäre. Eine solche Automatik würde dem Mieter zumuten, selbst die Entwicklung des gewählten Indexes mitzuverfolgen, um — nach Ablauf der Karenzfrist von einem Jahr stets auf die Zahlung eines höheren Mietzinses vorbereitet zu sein. Eine solche

¹⁴⁰ Artz in MünchKomm-BGB⁹ (2023) § 557b Rz 9: „Anders als im Falle des § 557a [sc bei der Staffelmiete] tritt die Änderung der Miethöhe bei der Indexmiete nicht von selbst ein. Es bedarf der Erklärung durch eine Partei.“.

¹⁴¹ Emmerich in Staudinger, BGB (2021) § 557b Rz 9a.

Überwachung der laufenden Zahlungsverpflichtung ist der Mehrzahl der Wohnungsmieter nicht zuzumuten.“¹⁴²

- 100** Eine automatische Anpassung ist überwachungsintensiv und generiert auf Seiten des Vermieters erhöhte sogenannte *menu costs*, da stets das kürzestmögliche Anpassungsintervall zum Tragen kommt und gegebenenfalls monatlich die Höhe des Mietzinses nachgerechnet, Zahlungseingänge geprüft und gegebenenfalls gemahnt werden müssen. Für den Mieter besteht das Risiko, „unerkannt“ in Verzug zu geraten und somit vielleicht sogar über die Zeit einen Kündigungsgrund zu setzen, da gegebenenfalls sogar monatlich die Mietzahlungen nicht angepasst wurden.
- 101** Grundsätzlich sollte die Anpassung durch **beide Parteien** – Vermieter wie auch Mieter – erklärt werden können, da zumindest theoretisch deflationäre wie auch inflationäre Anpassungen denkbar sind und das Verbraucherrecht eine Anpassungssymmetrie zwingend verlangt (§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG). Insofern erscheint § 16 Abs 9 S 2 MRG missverständlich, da nach dieser Regelung nur dem Vermieter das Recht zur Anpassung „nach oben“ zuerkannt wird und nicht auch das Recht des Mieters zu einer deflationären Anpassung „nach unten“. Zudem sollte es dem Mieter wie auch dem Vermieter freistehen, gleichermaßen eine Anpassung in den ihnen jeweils nicht günstigen Szenarien zu fordern. Überdies wird der Zugang des Anpassungsverlangens in § 16 Abs 9 S 2 MRG geregelt, nach der die Absendung des Schreibens *frühestens* nach dem „Wirksamwerden“ der Indexveränderung erfolgen (vgl dazu § 16 Abs 6 S 3 MRG), jedoch vierzehn Tage vor dem Erhöhungstermin beim Mieter einlangen muss¹⁴³.

4. Formerfordernisse und Mindestinhalt für die Anpassungserklärung

- 102** Erfolgt die Anpassung durch eine zugangsbedürftige Anpassungserklärung, so liegt es auch nahe, dass das Gesetz bzw die Kautelarpraxis Vorgaben zur Form sowie zum Mindestinhalt der Anpassungserklärung macht. Das Ziel ist einfach: Aus dem Anpassungsschreiben muss der Mieter – bzw in selteneren Fällen der Vermieter – die Änderung der Mietzinshöhe inhaltlich und rechnerisch nachvollziehen können. Die Vorgaben sind dabei national recht unterschiedlich.
- 103** Nach § 16 Abs 9 S 2 MRG wird nur **Schriftlichkeit**¹⁴⁴ verlangt, jedoch sind keine Mindestinhalte vorgegeben.
- 104** Umfassender sind hingegen die **Mindestinhalte** für das Wohnraummietrecht des BGB. Nach § 557b Abs 3 S 1 BGB muss die Erklärung in Textform im Sinne des § 126b BGB

¹⁴² BT-Drucks 12/3254, 15.

¹⁴³ Lovrek/Stabentheiner in GeKo Wohnrecht I § 16 MRG Rz 117; kritisch zur Regelung Würth in Rummel ABGB³ § 16 MRG Rz 26.

¹⁴⁴ Lovrek/Stabentheiner in GeKo Wohnrecht I § 16 MRG Rz 117; Würth in Rummel, ABGB³ § 16 MRG Rz 26; T. Hausmann in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht⁴ § 16 MRG Rz 89.

erfolgen. Als Mindestinhalte sind nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur¹⁴⁵ nach dem nicht ganz eindeutigen Wortlaut des § 557b Abs 3 S 2 BGB vorgesehen:

- die Angabe des Preisindex zum Zeitpunkt des Mietbeginns bzw der letzten Anpassung,
- die bisherige Miete,
- die neue Miete oder der Erhöhungsbetrag.

105 Nach den jüngsten Ausführungen des VIII. ZS des BGH bedarf es bei formularvertraglicher Indexmietvereinbarung, die die Mietentwicklung an die prozentuale Änderung des Verbraucherpreisindex knüpft, um den Anforderungen des Transparenzgebots zu genügen, keiner Angabe des Basisjahrs zur Berechnung der Mietänderung¹⁴⁶. Ebenso wenig muss die gesetzliche Wartefrist in den AGB-Text aufgenommen werden, ebenso wie nicht angegeben zu sein braucht, ob von der Bruttomiete oder von der Nettokaltmiete (prozentual zum Verbraucherpreisindex) ausgegangen wird¹⁴⁷. Fehlt jedoch eine der aufgezählten Mindestangaben, so soll die Änderungserklärung unwirksam sein¹⁴⁸.

106 Nach Schweizer Recht ist ein **amtliches Formular** iSv Art 269d OR iVm Art 19 VMWG zu verwenden¹⁴⁹. Die Nichtverwendung des Formulars durch den Vermieter, eine unzureichende Begründung¹⁵⁰ oder aber die Verbindung der Mitteilung mit der Androhung der Kündigung führt zur Nichtigkeit (Art 269d Abs 2 OR).

5. Anpassungssymmetrie

107 Unter Anpassungssymmetrie versteht man, dass entweder ein Anpassungsautomatismus vorgesehen ist (wenn gesetzlich zulässig) oder dass jeder der beiden Vertragsteile – das heißt sowohl Mieter wie Vermieter – berechtigt ist, durch Anpassungserklärung das Entgelt zu valorisieren.¹⁵¹ Dieser Grundsatz ist positivrechtlich in Art 17 Abs 1 iVm 2

¹⁴⁵ Die Angaben in der deutschen Kommentarliteratur sind nicht kohärent und es werden teilweise voneinander abweichend Anforderungen gestellt, vgl jedoch zu den oben genannten Merkmalen *Emmerich* in Staudinger, BGB (2021) § 557b Rz 26; *Börstinghaus* in Blank/Börstinghaus/Siegmund, *Miete*⁷ (2023) § 557b Rz 11; *M. Schultz* in BeckOK-Mietrecht³⁴ (Stand: 1.11.2023) § 557b Rz 27 ff.

¹⁴⁶ BGH in NZM 2021, 878 (Lts 2).

¹⁴⁷ BGH in NZM 2021, 878 (Lts 3).

¹⁴⁸ So *Emmerich* in Staudinger, BGB (2021) § 557b Rz 26,

¹⁴⁹ *Roger Weber* in Basler Kommentar I⁷ (2020) Art 269b Rz 5; *Higi/Bühlmann*, in Zürcher Kommentar⁵ (2022) Art 269b Rz 37 f mit weiteren Nachweisen.

¹⁵⁰ *Higi/Bühlmann*, in Zürcher Kommentar⁵ (2022) Art 269b Rz 37: „Ausreichend begründet (weil vernünftigerweise von einem korrekten Empfänger ohne grosse Not nachvollziehbar) ist eine Vertragsanpassung unter diesem Aspekt daher dann, wenn sie die Anpassungsberechnung darlegt (wozu ein Hinweis auf die vertraglich fixierte Klausel genügt) und die dabei massgebenden Indexstände zahlenmässig benennt“.

¹⁵¹ Dazu zum BGB *M. Schultz* in BeckOK-Mietrecht³⁴ (Stand: 1.11.2023) § 557b Rz 17.

VMWG verankert¹⁵², wird auch von der herrschenden Lehre¹⁵³ in Deutschland zu § 557b BGB vertreten und ist in Österreich jedenfalls für Verbrauchergeschäfte zwingend (§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG). Hierzulande wird die Frage meist nicht schlagend werden, da die reale Wirtschaftsverfassung der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion eine Geldpolitik vorsieht, die eine mäßige, aber konstante Inflation verfolgt¹⁵⁴; der empirische Befund der vergangenen Jahrzehnte bestätigt diese Annahme. Denkbar ist jedoch auch eine deflationäre Anpassung, wenn etwa bei einer automatischen monatlichen Anpassung eine deflationäre Preisbewegung in der Indexreihe verzeichnet wird. Dabei wird es sich aber zumeist um singuläre Ereignisse handeln. Entgeltanpassungen, die zu einer Reduktion führen, sind dann ohne Weiteres denkbar, wenn der Wertmesser nicht an das allgemeine Preisniveau geknüpft ist, sondern an die Wertentwicklung eines einzelnen Wirtschaftsgutes (etwa in Kredit- und Leasingverträgen an die Geldbeschaffungskosten; Rz 159) oder an die konkrete Aufwandsituation einer Vertragspartei (so wie etwa im Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht; Rz 139, 143 und 154).

V. Berechnungsfaktoren und kautelarjuristische „Stellschrauben“

- 108 Beruht die Wertsicherungsabrede auf einer Indexklausel, ist ihre Funktionsweise im Ausgangspunkt schnell erklärt. Es wird eine **Basisindexzahl** (oder Ausgangsindexzahl) über einen **Referenzzeitraum** hinweg mit einer **neuen Indexzahl** (oder Anpassungsindexzahl) verglichen und ein prozentualer inflationäre Steigerungswert oder ein deflationärer Sinkwert ermittelt¹⁵⁵.



- 109 Auf der Grundlage des in einem ersten Rechenschritt ermittelten Anpassungsfaktors (AF) kann sodann in einem zweiten Schritt die Höhe der angepassten Miete (AM) ermittelt werden (vgl Rz 74). Die technische Umsetzung dieser beiden Grundrechen-schritte stellt sich praktisch komplizierter dar, da einige Grundannahmen festzulegen sind (insbesondere der Referenzindex, zeitlich relevanter Basismonat oder relevanter Jahresdurchschnitt für die Festlegung der Basisindexzahl, Ersatzindexwahl) und gerade die Länge des maßgeblichen Referenzzeitraums und der maßgebliche neue Indexwert durch die „Stellschraube“ der tatsächlich vertraglich vorgesehenen Anpassungsinter- valle maßgeblich gesteuert wird. Zu beachten ist schließlich, dass VPI-Indexwerte „nachhinkend“ veröffentlicht werden – es wird zunächst eine Schnellschätzung, dann

¹⁵² Dazu *Rohrer*, Der indexierte Mietzins/Le loyer indexé, MietRecht Aktuell 2012, 1 (10); *Roger Weber* in Basler Kommentar I⁷ (2020) Art 269b Rz 4 mit weiteren Nachweisen (zur „Senkung“).

¹⁵³ Dazu zum BGB *M. Schultz* in BeckOK-Mietrecht³⁴ (Stand: 1.11.2023) § 557b Rz 17 mit weiteren Nachweisen; dazu jüngst *Artz*, Aufzug oder Paternoster? – Die Indexmiete bei rückläufiger Inflationsrate, NZM 2023, 276.

¹⁵⁴ Dazu Rz 8. So auch im Ergebnis *Artz*, NZM 2023, 276.

¹⁵⁵ Auf die Funktionsweise früher geläufiger sog Punkteklauseln wird nicht weiter eingegangen, da sie heute nicht mehr üblich sind, dazu *M. Schultz*, Neues vom BGH zur Indexmiete: Konsequenzen für die Geschäfts- und Wohnraummiete, NZM 2021, 872 (873); *derselbe* in BeckOK-Mietrecht³⁴ (Stand: 1.11.2023) § 557b Rz 13.

ein vorläufiger VPI-Wert und sodann ein endgültiger VPI-Wert veröffentlicht – und somit auch nur nachhinkend angepasst werden kann (Rz 120 ff).

1. Referenzindex und Basisindexzahl

- 110** Eine jede Indexklausel muss mit Blick auf das konkrete Schuldverhältnis auf einen sachlich-inhaltlich gerechtfertigten Referenzindex bezogen sein (näher Rz 147 ff). In Deutschland und der Schweiz ist für Wohnraumietverträge ausschließlich der jeweilige nationale VPI zugelassen (vgl § 556b Abs 1 BGB „vom Statistischen Bundesamt ermittelten Preisindex für die Lebenshaltung aller privaten Haushalte in Deutschland“¹⁵⁶; Art 269b OR „Index der Landeswährung der Konsumentenpreise“¹⁵⁷). In Österreich gibt es gesetzlich **keine materiellen Vorgaben** und es wird ganz überwiegend auf den nationalen VPI abgestellt. Dies ist jedoch nicht alternativlos und es wäre denkbar, auch etwa auf einen Lohnindex oder das allgemeine Preisniveau eines anderen Wirtschaftsraumes abzustellen (Rz 156 ff). Der jeweilige Referenzindex ist praktisch relevant, da aus der tabellarischen Auflistung die Basisindexzahl oder auch ein Jahresdurchschnitt abgelesen werden kann.
- 111** Was die zeitliche Wahl des relevanten Stichmonats für die Basisindexzahl anbelangt, darf kein Monat **vor** dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gewählt werden. Der nominelle Wert des Entgeltes wurde auf das Preisniveau und den Indexstand zur Zeit des Vertragsabschlusses hin abgeschlossen. Da wir, wie bereits ausgeführt wurde, in einem meist inflationären Wirtschaftsumfeld leben (Rz 8), steigt die Indexzahl – was man auch mit einem Blick auf die Tabelle des Verlaufs der Verbrauchindexzahlen der vergangenen 30 Jahre gut erkennen kann¹⁵⁸ – stetig an. Würde eine vor dem Vertragsabschluss liegende Indexzahl gewählt, so würde damit der Geldleistungsschuldner und Mieter benachteiligt, weil so der vergangene Preisanstieg vor dem Vertragsabschluss unberechtigterweise mitgetragen würde. Ein simples Beispiel hierzu: Wurde ein Mietvertrag im Jänner 2022 abgeschlossen, so lag der relevante Basisindexwert – sollten die Parteien nichts weiter vereinbart haben – bei 105,3. Würden die Parteien nun theoretisch die VPI-Ziffer von Jänner 2021 mit 100,3 wählen, so würde dem Vermieter ein unberechtigtes zusätzliches „Körpergeld“ in Höhe von 5 % zur dann anstehenden Anpassung zukommen.
- 112** Den Parteien ist es freilich unbenommen, den für die Bestimmung der Basisindexzahl relevanten Monat bzw die Bemessung des Zeitrahmens für die Bemessung eines Jahresdurchschnitts in die Zukunft, also einen Zeitpunkt nach dem Vertragsschluss, zu verschieben, da die Parteien etwa die Inflation für die nahe Zukunft bereits in der Anfangshöhe des Mietzinses eingepreist haben. Auch könnte der Gesetzgeber einer Wartezeit/Sperrfrist eine solche zeit- und wertverschiebende Wirkung beimessen und eigens regeln (dazu oben Rz 94).

¹⁵⁶ Dazu *Siegmund* in BeckOGK-BGB (Stand 1.10.2023) § 557b Rz 29 f.

¹⁵⁷ Dazu *Roger Weber* in Basler Kommentar I⁷ (2020) Art 269b Rz 2.

¹⁵⁸ *Statistik Austria*, VPI Übersichtstabelle (alle Zeitreihen: VPI 2020, VPI 2015, VPI 2010, VPI 2005, VPI 2000, ..., LHKI 1938). Abrufbar unter www.statistik.at (zuletzt abgerufen am 5.1.2024).

2. Verkettung von VPI-Zeitreihen und fünfjähriger Zyklus neuer VPI-Zeitreihen

- 113 Der VPI wird einerseits monatlich den aktuellen Preisentwicklungen entsprechend fortgeschrieben und andererseits wird die aktuell geltende VPI-Zeitreihe alle fünf Jahre einer grundlegenden Revision unterzogen (VPI-2000, VPI-2005, VPI-2010, VPI-2015, VPI-2020 usw)¹⁵⁹. Methodisch ist damit gesagt, dass wenn eine neue VPI-Indexreihe veröffentlicht und fortlaufend anhand des „neuen“ Warenkorbs neue monatliche VPI-Werte veröffentlicht werden, nur dieser „neue“ Warenkorb und die darauf aufbauend ermittelten VPI-Einzelwerte die geänderten Verbrauchergewohnheiten widerspiegeln.¹⁶⁰ Daraus lässt sich das Gebot ableiten, dass die Indexierung stets anhand der **aktuellsten VPI-Zeitreihe** zu erfolgen hat. Wird eine Indexierung vorgenommen, die zwischen VPI-Zeitreihen „hängt“ (zB März 2020 und März 2021), so ist aus Praktikabilitätsgründen auf den durch einen Verkettungsfaktor verbundene vorherige VPI-Indexreihe abzustellen (das wäre im Beispielsfall der VPI-2015 [mit einem Verkettungsfaktor von 1,082] und nicht der VPI-2020)¹⁶¹.
- 114 Weiterhin kann auch in die Zukunft blickend, nach einer bereits erfolgten Anpassung, die nachfolgende Anpassung in eine neue VPI-Indexreihe fallen. Diese ist anhand des dann geltenden VPI-Indexreihe zu berechnen. Denn nur die neue VPI-Indexreihe (also etwa nach VPI-2015 der VPI-2020, oder dann der VPI-2025) bildet die neue Preisrealität ab, anhand derer die Richtung der Indexierung bewertet werden kann. Es ist also fortlaufend auf die aktualisierten VPI-Indexwerte abzustellen.

3. Zur Bestimmung des relevanten Referenzzeitraums und der für die Valorisierung relevanten neuen Indexzahl

- 115 Die Wirkungsweise und auch die finanziellen Auswirkungen der Indexierung werden maßgeblich durch die vertragliche Regelung des möglichen Intervalls, die Anpassung zu erklären, bzw durch die automatische Bestimmung des Intervalls einer – kritisch zu sehenden (dazu Rz 99 ff) – Valorisierung bestimmt. In Österreich sind Wertsicherungsklauseln mit und ohne Schwellenwerte gleichermaßen verbreitet und sie werden auch

¹⁵⁹ *Statistik Austria*, Standard-Dokumentation Metainformationen (Definitionen, Erläuterungen, Methoden, Qualität) Zum Verbraucherpreisindex und Harmonisierter Verbraucherpreisindex (Bearbeitungsstand: 04.11.2022), S 4.

¹⁶⁰ Instrukтив hierzu für die Indexberechnung in Deutschland: BGH, NZM 2013, 148 Rz 22: „Beginnend mit der Festlegung des Wägungsschemas für ein neues Basisjahr wird der Index für die Folgezeit nur noch auf der Grundlage der neu festgestellten Verbrauchsgewohnheiten und des daran angepassten neuen Wägungsschemas berechnet. In der Statistik der Lebenshaltungskosten und der Verbraucherpreise wird damit dem im Zeitablauf sich ändernden Konsumverhalten der privaten Haushalte Rechnung getragen. Somit ist der auf dem neuen Basisjahr beruhende Index anders zusammengesetzt als der vorherige und ein unmittelbarer Vergleich der Indizes, die auf unterschiedlichen Basisjahren beruhen, nicht möglich. Bereits publizierte Indexwerte früherer Basisjahre werden ab Januar des neuen Basisjahres unter Verwendung des aktualisierten Wägungsschemas neu berechnet. Die nachfolgend veröffentlichten Lebenshaltungskostenindizes spiegeln daher nicht nur eine reine Preissteigerung, sondern auch die geänderten Verbrauchsgewohnheiten.“

¹⁶¹ Denkbar ist freilich auch, dass über einen wesentlich längeren Zeitraum angepasst werden muss, etwa wenn über eine längere Zeit die Anpassung nicht erfolgt ist. Dieser Sonderfall wird weiter unten gesondert behandelt (vgl Rz 122 ff).

beispielsweise von der *Statistik Austria* als Mustertext zur Verfügung gestellt¹⁶². Nur wenige Verwenderinnen und Verwender werden jedoch eine klare Vorstellung von der Wirkungsweise dieser beiden Klauselvarianten haben. Beide Varianten können gerade im Vergleich zu einer Anpassung im jährlichen Turnus deutlich unterschiedliche Wirkungen entfalten. Wie bereits erwähnt, ist die weit verbreitete Auffassung, dass Schwellenwerte als „Bagatellklauseln“ wirken und somit eine den Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer befreiende Wirkung haben, nicht richtig, da sie lediglich eine **zeitaufschiebende** Wirkung haben. Im Vergleich zu jährlichen oder mehrjährigen Zyklen führen Wertsicherungsklauseln mit oder ohne Schwellenwert zu einem Monatsdurchschnitt zu einer Abkoppelung des Mietzinsniveaus von derjenigen des Lohnindex. Dies wird deutlich, wenn man – wie im Folgenden geschehen soll – die drei grundlegenden Methoden unterscheidet, auf deren Grundlage Anpassungsintervalle geregelt werden können, nämlich **(1) die Festlegung von Zeitperioden**, **(2) die Festlegung von Schwellenwerten** sowie **(3) die Kombination von Zeiträumen und Schwellenwerten**.

116 (1) Festlegung von Zeitperioden: Die **Minimallänge** einer vertraglichen oder auch gesetzgeberischen Bestimmung von Zeitperioden bzw eines Anpassungsintervalls ist durch den monatlichen Veröffentlichungsrhythmus der Indexzahlen bedingt. Dabei ist im Blick zu behalten, dass aufgrund der „nachhinkenden“ Veröffentlichungspraxis der monatlichen VPI-Zahlen die tatsächliche Anpassung nicht im Monat der neuen Indexzahl, sondern nur auf der Grundlage der vorläufigen oder endgültigen Veröffentlichung erfolgen sollte, da sich die Zahlenbasis (theoretisch) noch ändern kann (dazu Rz 120 f).

- a) **Monatlich:** Wenn eine Wertsicherungsklausel ohne Schwellwert abgeschlossen wird, wird de facto eine monatliche Anpassung vereinbart. Der Vermieter und wesentlich seltener der Mieter können bei jeder monatlichen Indexzahlveränderung nach „oben“ und „unten“ die Anpassung verlangen.
- **Kalenderjährlich:** Bei einer kalenderjährlichen Anpassung wird der Durchschnittswert eines abgelaufenen Kalenderjahres der Anpassung zugrunde gelegt, der von der Statistik Austria veröffentlicht wird oder einfach anhand des Durchschnitts der zwölf VPI-Indexzahlen errechnet werden kann. Definiert werden kann dabei aber, in welchem Jahr erstmals eine Anpassung vorgenommen werden soll. Nachvollziehbar wird es bspw sein, wenn eine Wohnung im Oktober angemietet wird, die Indexierung bis zum Jahresbeginn des Folgejahres auszusetzen, da das Jahr bereits fast abgelaufen ist. Die Anpassung kann **bewertungsmäßig** entweder anhand eines Vergleichs **zweier Monatsindexzahlen**, also der VPI-Jännerzahl im Jahr 1 mit der VPI-Jännerzahl im Jahr 2 erfolgen. Oder **(ii)** Basis der Anpassung kann der jeweilige **Jahresdurchschnittswert** sein, der sich aus einem Durchschnitt der Monatswerte ergibt. Letztere Methode vermeidet,

¹⁶² Abzurufen unter https://www.statistik.at/fileadmin/pages/214/mustertext_fuer_eine_wertsicherungsbestimmung_mit_schwelle.pdf und https://www.statistik.at/fileadmin/pages/214/mustertext_fuer_eine_wertsicherungsbestimmung_ohne_schwelle.pdf (zuletzt abgerufen am 05.01.2024).

dass vereinzelte monatliche Spitzenwerte für die Bewertung des gesamten Jahres zum Tragen kommen. Die zweite Methode hat der Gesetzgeber durch das 3. MILG vorgegeben.¹⁶³

- b) **Jährlich = Durchschnittswerte von zwölf aufeinanderfolgenden Monaten:** Neben einem kalenderjährlichen Anpassungsintervall kann auch unterjährig der Durchschnitt der zwölf vergangenen VPI-Indexe errechnet werden. Dabei ist darauf zu achten, dass der erste Wert nicht vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegt.
- c) **Mehrjähriger Durchschnitt:** Vorgesehen werden kann auch, auf einen mehrjährigen Durchschnitt abzustellen. Eine solche Vereinbarung hat eine **zeitauflösende** Wirkung. Durch die „Aktivierung“ des neuen Indexwertes wird so dann aber auch der gesamte Umfang der angelaufenen inflationären Teuerung angepasst.

- 117 (2) **Schwellwerte:** Durch einen Schwellwert (gängig sind 3% oder 5%-Schwellenwerte) wird keine feste Zeitperiode festgelegt, sondern die Anpassung ist möglich, sobald der Schwellwert überschritten wird. Wann dies der Fall ist, kann folgendermaßen berechnet werden:

Basisindexzahl × Schwellwert (bzw 1.03 oder 1.05) = Indexstand, bei dem angepasst werden kann

- 118 (3) **Kombination von Zeitperioden und Schwellwerten:** Zeitperioden und Schwellwerte können auch miteinander kombiniert werden. Denkbar wäre es etwa einen **Schwellwert pro Beobachtungszeitraum** vorzusehen. Damit wird der Vermieter incentiviert die Anpassung auch vorzunehmen. Wird jedoch ein Jahr lang keine Anpassung durchgeführt, so führt dies zu keinem Anrechnungseffekt im Folgejahr, da mit einer neuen Basisindexzahl „frisch“ gestartet wird. Beispiel: Im Beobachtungszeitraum des Jahr 1 ist die Inflation bei 4 % und es erfolgt keine Anpassung, da der Schwellwert von 5 % nicht erreicht wird. Eine Anpassung ist erst möglich, wenn im darauffolgenden Beobachtungszeitraum (Jahr 2) eine Inflation von mehr als 5 % erreicht wird. Dabei wird aber die angestaute Steigerung der Indexzahlen des Jahr 1 nicht berücksichtigt.

4. Rundungsregeln

- 119 Verbreitet sind zur Vermeidung von Unklarheiten Rundungsregeln vorgesehen; etwa „Alle Veränderungsdaten sind auf eine Dezimalstelle zu berechnen.“

5. Auswirkung der „nachhinkenden“ Veröffentlichungstermine des VPI

- 120 Da für die Ermittlung der monatlichen VPI-Werte ein umfangreicher Datenbestand erfasst und berechnet werden muss, werden die einzelnen VPI-Werte zeitlich gestreckt als **vorläufige Schnellschätzung** (zB VPI Jänner 2024 „Schnellschätzung“, 01.02.2024), und sodann als **vorläufige Ergebnisse** (zB VPI Jänner 2024 „vorläufige Messzahl“,

¹⁶³ 3. MILG (BGBl I 176/2023).

22.02.2024) und schließlich als **endgültige Ergebnisse** (zB VPI Jänner 2024 „endgültige Messzahl“, 18.03.2024) veröffentlicht. Die vorläufige Schnellschätzung kann nach den eigenen Bekundungen der Statistik Austria nicht für die Zwecke der Wertanpassung genutzt werden, da hierfür die Schätzungsbasis zu ungenau ist¹⁶⁴. Die vorläufigen Ergebnisse sowie die endgültigen Ergebnisse (in der Mitte des Folgemonats) werden nach feststehenden Publikationsterminen veröffentlicht¹⁶⁵. Aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten sollte auf den **endgültigen Wert abgestellt werden**, auch wenn es laut Statistik Austria beispielsweise im Jahr 2021 zu keinen Abweichungen zwischen vorläufiger und endgültiger Ermittlung der VPI-Einzelwerte kam – dies stellt freilich nur eine Momentaufnahme dar.¹⁶⁶

- 121 Da die Indexzahlen zum VPI „nachhinkend“ veröffentlicht werden, ist es rechtstechnisch erforderlich, zwischen **(1) dem Wirksamwerden der Erhöhung** und **(2) dem Zugang der Anpassungserklärung** – sollte nicht ein Anpassungsautomatismus zulässigerweise vereinbart worden sein – zu unterscheiden. Praktisch bedeutet dies, dass bspw aufgrund der neuen Indexzahl für Jänner 2024 nicht bereits im Jänner angepasst werden kann, sondern erst nach dem endgültigen Veröffentlichungstermin am 18.03.2024. An dieses Datum anknüpfend könnte durch eine zulässige automatische Anpassungsklausel der Mietzins erhöht werden oder es kann ab diesem Zeitpunkt die Gestaltungserklärung der Anpassung abgegeben werden. Bei letzterer ist beachten, dass § 16 Abs 9 S 2 MRG eine Sonderregel trifft, nach der Anpassungen frühestens¹⁶⁷ nach dem „Wirksamwerden“ der Indexveränderung erfolgen (vgl dazu § 16 Abs 6 S 3 MRG), die Anpassungserklärung jedoch vierzehn Tage vor dem Erhöhungstermin dem Mieter zugehen muss¹⁶⁸. Vergleichbar mit dem § 16 Abs 9 S 2 MRG finden sich auch im deutschen und Schweizer Recht besondere Regelungen, die zur Bestimmtheit und Klarheit des **Zeitpunkts des Wirksamwerdens** der Mieterhöhung aufgrund einer durchgeführten Valorisierung beitragen sollen. So ist nach § 557b Abs 3 S 3 BGB die geänderte Miete mit Beginn des übernächsten Monats nach dem Zugang der Erklärung zu entrichten. Und nach Art 17 Abs 3 VMWG kann eine Mietzinserhöhung gestützt auf den Landesindex der Konsumentenpreise unter Einhaltung einer Frist von mindestens 30 Tagen auf ein Monatsende angekündigt werden.

VI. Streitfragen bei lange bis sehr lange nicht angepassten Mietverträgen

¹⁶⁴ Vgl dazu das Impressum in der Pressemitteilung: 13 237-003/24 zur Schnellschätzung Inflation im Dezember 2023, abrufbar unter: <https://www.statistik.at/fileadmin/announcement/2024/01/20240105VPIFlashEstimateDezember2023.pdf> (zuletzt abgerufen am 05.01.2024).

¹⁶⁵ Für 2024 siehe: [publikationstermine_vpi_und_hvpi_2024.pdf \(statistik.at\)](https://www.statistik.at/fileadmin/announcement/2024/01/20240105VPIFlashEstimateDezember2023.pdf) (zuletzt abgerufen am 05.01.2024).

¹⁶⁶ Vgl dazu *Statistik Austria*, Standard-Dokumentation Metainformationen (Definitionen, Erläuterungen, Methoden, Qualität) Zum Verbraucherpreisindex und Harmonisierter Verbraucherpreisindex (Bearbeitungsstand: 04.11.2022), S 35 f.

¹⁶⁷ Ein „verfrühtes“ Schreiben, das heißt ein Schreiben, das dem Mieter *vor* dem Inkrafttreten der endgültigen Veröffentlichung der Indexerhöhung zugeht, löst keine Rechtswirkungen aus (OGH 10 Ob 2134/96p in MietSlg 48.277; 5 Ob 191/15x in MietSlg 67.303).

¹⁶⁸ Für Einzelheiten siehe *Lovrek/Stabentheiner* in GeKo Wohnrecht I § 16 MRG Rz 117; *T. Hausmann* in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht⁴ § 16 MRG Rz 89.

- 122 Potenziell streitträchtig sind Konstellationen, wenn über einen längeren Zeitraum keine Anpassung vorgenommen wurde und die Frage auftritt, auf welchen Zeitraum abzustellen ist und ob sogar eine rückwirkende Anpassung möglich ist. Die Problemstellung lässt sich an folgendem Beispiel illustrieren:

Eine Wohnung wurde seit 2000 vermietet zu einem Ausgangsmietzins von € 1000¹⁶⁹. Im Mietvertrag war eine Wertsicherung nach VPI mit der Möglichkeit der Anpassung anhand eines jährlichen Durchschnitts vereinbart. Bis in das Jahr 2020 wurde der Mietzins nicht angepasst, da die Vermieter schlicht nicht daran gedacht haben oder auch zwischenzeitlich den Aufwand nicht auf sich nehmen wollten. Der Erbe der Liegenschaft will nun im Jahr 2020 die Anpassung durchführen. Er will zudem die Miete auch rückwirkend für die vergangenen Jahre anpassen.

- 123 Berechnet man die Wertanpassung auf der Basis des VPI 2000, so liegt der Anpassungsfaktor der Miete im Jahr 2020 bei **beachtlichen 45 %** (VPI 2000 = 100; Ø 2020 145,0). Konfliktpotenzial ist hier vorprogrammiert. Wie sieht die Rechtslage aus?
- 124 Maßgeblichen Einfluss auf die Beantwortung dieser Frage hat die bereits zuvor behandelte rechtstechnische Frage, auf welche Art und Weise die Anpassung „aktiviert“ wird, ob **(i)** in der Indexklausel ein Automatismus angelegt ist, oder ob **(ii)** die Anpassung an eine zugangsbedürftige Gestaltungserklärung anknüpft (dazu Rz 96 ff).
- 125 **(i) Automatismus:** Wurde (zulässigerweise) ein **Automatismus** vereinbart, so kann es zu dieser Problematik **nicht** kommen, da die Anpassungen *ex lege* automatisch eintreten. In diesem Fall wandelt sich die Problematik: Der Mieter hat dann für die Vergangenheit zu wenig Miete gezahlt und es stellt sich lediglich Frage, ob diese Forderungen bereits verjährt sind; ferner, ob damit ein Kündigungsgrund vorliegt. Dies ist der Hintergrund, wenn manchmal etwas missverständlich die Rede davon ist, dass die „rückwirkende“ Geltendmachung einer wertsicherungsbedingten Bestandzinserrhöhung innerhalb der zivilrechtlichen Verjährungsfrist von drei Jahren zulässig sei. Hier wird nicht „rückwirkend“ eine Wertsicherung geltend gemacht, sondern der voll bestehende und erhöhte Mietzinsanspruch.
- 126 **(ii) Gestaltungserklärung:** Regelmäßig wird die Anpassung jedoch erst durch die **gestaltende Wirkung** der Ausübung der Anpassungserklärung bewirkt. Da eine Anpassungserklärung jedoch stets nur die Mietzinshöhe in der Zukunft verändern kann, kann es auch **keine rückwirkende Anpassung** geben. Diesem Ergebnis entspricht die herrschende Meinung zu § 16 MRG¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Wäre die Wohnung noch zu einem früheren Zeitpunkt vermietet wurden, so wäre zusätzlich der Schillingbetrag der Ausgangsmiete in einem Eurobetrag nach dem Faktor 13,7603 umzurechnen.

¹⁷⁰ RIS-Justiz RS0069697: „§ 16 Abs 6 MRG schließt die rückwirkende Geltendmachung von Wertsicherungsbeträgen generell aus, und zwar selbst dann, wenn eine solche Vorgangsweise im Vertrag selbst bedungen wurde.“; *Lovrek/Stabentheiner* in GeKo Wohnrecht I § 16 MRG Rz 119; vgl zur Schweizer Diskussion *Rohrer*, MietRecht Aktuell 2012,1 (10) (mit dem Hinweis, dass nach Schweizer Recht eine Nachholklausel geregelt werden könnte).

- 127 Auch wenn es klar ist, dass keine rückwirkende Anpassung verlangt werden kann, ist die Frage nach der Möglichkeit der Anpassung nach einer langen Zeitphase – in unserem Beispielfall nach zwanzig Jahren also die Anhebung um 45 % – wesentlich schwieriger zu beantworten, genauso wie der Ausgang einer gerichtlichen Auseinandersetzung um diese Frage kaum zu prognostizieren ist. Denn so wie der Mieter argumentieren wird, dass eine derart radikale Anhebung unbillig sei und die Vermieterseite auf die Ausübung verzichtet habe, wird der Vermieter entgegen, dass diese Anhebung der vereinbarten Indexklausel entspricht und der Mieter sich freuen kann, dass er über eine solche lange Zeit eine „günstige“ Miete entrichtet hat. Während – soweit gesehen – dieses Problem in der österreichischen Literatur nicht behandelt wird, findet sich im deutschen Schrifttum die verbreitete Ansicht, dass, sollte ein Vermieter „über einen längeren Zeitraum sein Anpassungsrecht nicht [ausgeübt haben], sodass eine erhebliche, den Mieter wirtschaftlich belastende Differenz zwischen der vereinbarten Miete und der Indexmiete entsteht, [...] es gegen Treu und Glauben verstoßen [kann], wenn der Vermieter den Erhöhungsakt nebst dem erhöhten Betrag ausschöpft“¹⁷¹. Denkbar wäre es gleichermaßen, die in der österreichischen Rechtspraxis landläufige Lösung des konkludenten Verzichts anzubringen. Eine abschließende und generelle Antwort hier zu geben verbietet sich, da die Lösung gerade auch vom Tatsachenmaterial des Einzelfalls abhängen wird. Überschießend wäre es jedoch in jedem Fall, wenn man dem Vermieter jegliches Anpassungsrecht absperrt. Zumindest die zukünftige Anpassung mit der neuen Basisindexzahl des Jahr 2020 wird man als „Minimallösung“ anerkennen müssen.
- 128 In dem geschilderten Extremfall wird gut das in einer Indexklausel teils angelegte Konfliktpotenzial und die wirtschaftliche Relevanz einer solchen Vereinbarung sichtbar. Es widerstreiten hier das Interesse des Vermieters auf Valorisierung und dasjenige des Geldleistungsschuldners und Mieters an Planbarkeit und vor überraschenden **angestauten Anhebungen** geschützt zu sein. Solchen Konflikten können Vertragsgestaltungen entgegenwirken, die den Vermieter inzentivieren, Anpassungen vorzunehmen, und damit zugleich dem Anstauungseffekt entgegengewirken. So könnte geregelt werden, dass wenn ein Jahr keine Anpassung durchgeführt wird, im Folgejahr mit einer neuen Basisindexzahl „frisch“ gestartet wird und nur der Jahresdurchschnitt des Folgejahrs für die Anpassung maßgeblich ist.

VII. Ergebnisse

- 129 Vor dem Hintergrund der historisch-komparativen Analyse der Indexmiete im österreichischen, deutschen und Schweizer Recht können die folgenden Ergebnisse zusammengefasst werden: Als gesetzgeberische Minimalvorgaben für die Regelung einer Indexmiete lassen sich erfassen, die Regelung einer **Mindestlaufzeit des Mietvertrags**, eine **Wartezeit/Sperrfrist**, die allgemein konsentrierte Vorgabe, dass Änderungen rechtswirksam – in jedem Fall bei der Beteiligung von Konsumentinnen und Konsumenten – nur durch **Gestaltungserklärung** erfolgen sollen und **Rückwirkungen ausgeschlossen**

¹⁷¹ Schüller in BeckOK-BGB⁶⁸ § 557b Rz 21; ähnlich Artz in MünchKomm-BGB⁹ (2023) § 557b Rz 9; Emmerich in Staudinger, BGB (2021) § 557b BGB Rz 28; offengelassen von BGH in NZM 2021, 878 Rz 56.

sind, **Form- und Informationspflichten** sowie die **Anpassungsmöglichkeit** durch **beide Parteien** und in **beide Richtungen** („no upwards only“).

- 130** Die Vorgabe einer Mindestlaufzeit ist als gesetzgeberischer Regelungsansatz positiv zu bewerten, da durch sie generell-abstrakt ein Interessenwiderstreit aufgelöst wird, indem davon ausgegangen wird, dass je kürzer ein Mietvertrag abgeschlossen wird, das Interesse an einer Valorisierung geringer ist und zudem eine für die Praxis einfache und klar fassbare Regelung etabliert wird. Rechtspolitisch wäre die Implementierung einer einjährigen Wartezeit/Sperrfrist zu begrüßen. Eine solches Instrument ist die natürliche Vorwirkung der Idee, die Valorisierung bei langfristigen Mietverhältnissen in einem einjährigen oder mehrjährigen Turnus vorzusehen. Form- und Informationspflichten dienen dem Ziel, dass Mieter – bzw in selteneren Fällen der Vermieter – die Änderung des Mietzinshöhe inhaltlich und rechnerisch nachvollziehen können. Die Anpassungssymmetrie ist zu wahren, um beiden Parteien die Möglichkeit zu geben, den Mietzins nach „oben“ und „unten“ zu korrigieren.
- 131** Die Berechnung von Indexklauseln kann nach **zwei Grundmodellen** erfolgen. Nach dem **ersten** bislang überwiegend praktizierten Grundmodell wird eine Wertsicherungsklausel **mit oder ohne Schwellwert** vereinbart, die auf den Vergleich zweier **monatlicher Indexzahlen** beruht. Nach dem **zweiten** Grundmodell kann die Anpassung nach einem jährlichen Turnus erfolgen. In diesem Fall werden nicht zwei monatliche Indexzahlen miteinander verglichen, sondern die Indexzahl eines Jahres mit der des Vorjahres. Dabei ist festzulegen, ob der Jahreswert zu ermitteln ist, indem ein Monatswert mit dem entsprechenden Monatswert der Vorjahres verglichen wird, oder indem der Durchschnitt der vergangenen zwölf Monate gebildet wird.
- 132** Klar zu favorisieren ist das zweite Modell, weil es für den Laien einfacher zu erfassen ist, wenn die Durchschnittswerte zweier Jahre unterschieden werden, weniger administrativer Aufwand für beide Vertragspartner besteht, der auf der Grundlage einer mehrjährigen Anpassung bestünde, und es zu keinem (potenziellen) Auseinanderdriften von Miete und Lohnniveau kommt und schließlich die sich aus der OGH-Judikatur zu § 6 Abs 2 Z 4 KSchG ergebende Problematik gelöst wird.

E. WERTSICHERUNGSABREDEN AUF DEM PRÜFSTAND VON AGB-RECHT UND VERBRAUCHERSCHUTZRECHT (OLAF RISS)

133 Als „Wertanpassungsabrede“ werden in der Kautelarpraxis sehr unterschiedliche Phänomene bezeichnet¹⁷². Das ist darauf zurückzuführen, dass Wertsicherungsabreden – wie ihre anatomische Betrachtung gezeigt hat (Rz 45 ff) – aus einer Vielzahl unterschiedlicher Bauelemente zusammengesetzt sind, die der Vertragsgestalter in unterschiedlichster Variation miteinander kombinieren kann. Alle denkbaren Bauarten von Wertanpassungsabreden eingehend zu erörtern kann die vorliegende Untersuchung nicht leisten. Der letzte Abschnitt der Untersuchung beschränkt sich deswegen darauf, die am meisten verbreiteten und derzeit besonders in Diskussion stehenden Klausелеlemente auf den Prüfstand des AGB-Rechts und des Verbraucherschutzes zu stellen.

I. Wertsicherungsabrede per se unbedenklich

134 Bevor beurteilt werden kann, welche Klausелеlemente in welchen Zusammenstellungen (un)bedenklich sind, ist es angezeigt, sich Klarheit darüber zu verschaffen, wie das österreichische Privatrecht Wertsicherungsabreden per se gegenübersteht. Mit einer solchen Abrede gehen die Parteien von dem das Geldschuldrecht beherrschenden Prinzip des Nominalismus (Rz 7 ff) ab¹⁷³. Dennoch stößt diese Abweichung vom gesetzlichen Modell grundsätzlich auf keine Bedenken, denn die bisherigen Überlegungen (Rz 18) haben gezeigt, dass es im Interesse *beider* Parteien liegt, entgeltliche Langzeitverträge mit einer Wertsicherungsabrede auszustatten. Unterliegen solche Abreden der **AGB-Kontrolle**¹⁷⁴, nehmen sie also die Hürde der sachlichen Rechtfertigung, die im Rahmen der Inhaltskontrolle zu prüfen ist (§ 879 Abs 3 ABGB). Ebenso wenig bereitet in der Regel die AGB-Geltungskontrolle (§ 864a ABGB) Schwierigkeiten¹⁷⁵.

135 Ein Blick speziell auf das Bestandrecht bestätigt den Befund: Selbst im **MRG-Vollanwendungsbereich** geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine Wertsicherungsabrede grundsätzlich wirksam ist, und regelt lediglich, unter welchen Voraussetzungen der Vermieter eine Erhöhung geltend machen kann (§ 16 Abs 9 MRG). Bemerkenswert liberal geht das **Gemeinnützigkeitsrecht** mit der Wertsicherung um: Selbst ohne entsprechende Vereinbarung ist das Entgelt veränderlich; zudem sind die Kautelen des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG außer Kraft gesetzt (§ 14 Abs 1 WGG). Nach der gesetzlichen Regelung ändert sich das Entgelt, wenn sich die der Berechnung des Entgelts zugrunde zu legenden Beträge ändern; gefordert ist lediglich, dass die Bauvereinbarung die dafür maßgeblichen Grundlagen (insbesondere die Höhe des jeweiligen Zinssatzes und Änderungen auf Grund angemessener vertraglicher Vereinbarungen mit Darlehens- oder

¹⁷² Mit diesem Befund etwa auch *Leitner*, wobl 2023, 422 (422).

¹⁷³ Darauf weist etwa *Leitner*, wobl 2023, 422 (423), treffend hin.

¹⁷⁴ Unseres Erachtens ist allerdings fraglich, ob eine Wertsicherungsabrede für die Hauptleistung eine Nebenleistungspflicht regelt und daher der AGB-Kontrolle unterworfen ist; offenlassend jüngst BGH 26.5.2021, VIII ZR 42/20 in NZM 2021, 878 mit weiteren Hinweisen zum deutschen Meinungsstand.

¹⁷⁵ *Scharmer*, wobl 2023, 291 (294 ff).

Baurechtsgebern) bei der nächstfolgenden Entgeltvorschreibung dem Mieter oder sonstigen Nutzungsberechtigten schriftlich bekanntgibt.

- 136 Schließlich stellt ebensowenig das **Verbraucherrecht** ein generelles Verbot von Wertsicherungsabreden auf. Allerdings bestehen mehrere bedeutsame Einschränkungen für deren Bauart und Funktionsweise (insbesondere § 6 Abs 1 Z 5 und Abs 2 Z 4 KSchG); darauf wird noch einzugehen sein (Rz 147 ff).

II. Wahl des Wertmessers?

1. Bestandaufnahme

- 137 Der eben aufgestellte Befund zum unbedenklichen Einsatz von Wertsicherungsabreden (Rz 134 ff) liefert noch keinen Freibrief dafür, die Wertsicherung des Entgelts an jeden beliebigen Wertmesser zu knüpfen. Die österreichische Vertragspraxis verwendet – über die allermeisten Vertragstypen hinweg – ganz überwiegend den **Verbraucherpreisindex** als Wertmesser. Es sind aber auch zahlreiche andere Wertmesser im Einsatz.
- 138 Bestandverhältnisse knüpfen die Wertsicherung oftmals an die Entwicklung gesetzlich oder durch Verordnung festgesetzter **Mietzinsobergrenzen** (§ 16 Abs 5 f MRG; § 5 RichtWG)¹⁷⁶; diese Mietzinsobergrenzen sind selbst dann für die Wertsicherung maßgeblich, wenn im Vertrag *nicht* auf sie Bezug genommen wird, weil sich aus der Anwendung einer Wertsicherungsvereinbarung kein höherer Hauptmietzins ergeben darf, als er bei Neuvermietung zu diesem Zeitpunkt zulässig wäre; der diesen Wert übersteigende Teil ist unwirksam (§ 16 Abs 9 Satz 1 MRG). Diese somit auch für die Wertsicherung in laufenden Verträgen maßgebenden Mietzinsobergrenzen verändern sich heute durchwegs auf Basis des Verbraucherpreisindex, allerdings vollziehen sie seine Dynamik nicht in vollem Umfang nach¹⁷⁷.
- 139 Das Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht sieht hingegen (ex lege) eine Entgeltanpassung vor, die davon abhängt, wie sich die **Aufwendungen der gemeinnützigen Bauvereinigung** ändern, die für die Bewirtschaftung der Baulichkeiten, für die Kosten der Wirtschaftsführung der Bauvereinigung sowie für die Bildung von Rücklagen erforderlich sind; dazu zählen insbesondere Baukosten, Grundkosten, Aufschließungskosten und

¹⁷⁶ So etwa auch die vom in der rezenten Entscheidung 8 Ob 37/23h beurteilte Klausel 17.

¹⁷⁷ Nach dem **3. Mietrechtlichen Inflationslinderungsgesetz** (3. MILG; BGBl I 2023/176) erfolgt die Anpassung der mietrechtlichen **Kategoriebeträge** nicht mehr laufend, sondern nur noch im Jahresintervall; die Erhöhung ist mit fünf Prozent gedeckelt und erfolgt ab 2027 nur noch im durchschnittlichen Ausmaß der Inflation der vorangegangenen drei Jahre (§ 16 Abs 6 idF 3. MILG). Die mietrechtlichen **Richtwerte** wurden bislang im Zwei-Jahres-Intervall valorisiert; das 3. MILG kehrt zu einem Ein-Jahres-Intervall zurück (§ 5 Abs 2 RichtWG idF 3. MILG); dies mit der Begründung, der Zwei-Jahres-Abstand hätte sich nicht bewährt, weil der Mieter auf einen Schlag die Gesamtinflation eines nicht unbeträchtlichen Zeitraums zu spüren bekam; AB 2398 BlgNR 27. GP 7). Auch hier sieht das Gesetz nunmehr eine Anhebungsgrenze von 5 % vor und ab dem Jahr 2027 um den Durchschnitt der Jahresinflation der vorangegangenen drei Jahre.

sonstige Kosten für Errichtung der Baulichkeit (etwa Bauverwaltungs- und Finanzierungskosten; § 14 Abs 1 WGG iVm § 13 WGG). Hier spielt die allgemeine Teuerungsrate also nur mehr zu einem geringen Teil in die Wertsicherung des Entgelts hinein.

- 140 Einen Sonderfall bildet der variabel verzinste **Kreditvertrag**; dabei ist daran zu erinnern, dass der Kreditvertrag dem Bestandvertrag eng verwandt ist, weil es sich in beiden Fällen um einen entgeltlichen Gebrauchsüberlassungsvertrag handelt. Bei Kreditverträgen ist allerdings kaum zu beobachten, dass die Parteien das Entgelt (Kreditzins) oder den zurückzuführenden Kapitalbetrag (die Kreditvaluta) an den VPI koppeln. Vielmehr verwenden variabel verzinste Kreditverträge durchwegs den 3-Monats-Euribor, um das Gebrauchsüberlassungsentgelt (Kreditzins) anzupassen. Das ist eine Kennzahl des Finanzmarktes, die die Refinanzierungskosten (Geldbeschaffungskosten) der kreditgebenden Bank abbilden soll (Rz 36); allerdings wird auch betont, dass der Kreditzins nicht nur die Gestehungskosten der Bank (insbesondere ihre Refinanzierungskosten) deckt, sondern zugleich die Entwertung der Kreditvaluta zwischen Zuzählung und Rückführung abgelten soll¹⁷⁸.

2. Zwei Perspektiven beim Einsatz eines Wertmessers

- 141 Schon die erste Annäherung lässt erkennen, dass der Verbraucherpreisindex als Wertmesser – wenngleich er fraglos am meisten Verbreitung findet – keineswegs alternativlos ist. Dabei stört es wohl nicht, von der Kaufkraft des Geldes auch dann zu sprechen, wenn der Geldleistungsgläubiger keine natürliche Person ist; wesentlich ist bloß, dass in diesem Fall der aus der Preisänderung eines Warenkorbs von Konsumgütern errechnete **Verbraucherpreisindex** nur eine Annäherung ist, berücksichtigt dieser doch nur Schwankungen des Geldwertes aus der Sicht von Konsumenten, nicht aber etwa aus der Sicht von Unternehmern¹⁷⁹. Mit anderen Worten: Der Verbraucherpreisindex ist kein allgemeingültiger Wertmesser für alle Geldschulden; ein solcher existiert auch gar nicht, weil der Warenkorb des konkreten Geldleistungsschuldners oder des konkreten Geldleistungsgläubigers – sei das nun ein Verbraucher oder nicht – vom standardisierten Warenkorb erheblich abweichen kann¹⁸⁰.
- 142 Hält man sich somit vor Augen, dass der Tauschwert, das heißt die Kaufkraft einer Geldeinheit nach sehr verschiedenen Faktoren ermittelt werden kann, ist die große Zahl der in der Vertragspraxis zum Einsatz kommenden Wertmesser nachvollziehbar. Will man die unterschiedlichen **Wertmesser systematisieren**, erscheinen unseres Erachtens mehrere Kategorien bedeutsam:

¹⁷⁸ *Leitner*, wobl 2023, 422 (423 FN 6); eingehend auch *Lubasch*, Geldwertsicherungsklauseln 11 f im Anschluss an die grundlegenden Arbeiten von *Irving Fisher*, der darlegte, dass der Marktzins im Gleichgewicht (und damit auch der Kreditzins) unter anderem durch Änderungen des äußeren Tauschwertes des Geldes beeinflusst ist (*I. Fisher*, Zinstheorie 31 ff). Ferner etwa auch *Knöller*, Zins aus fünf Teilen 1 ff.

¹⁷⁹ *Ertl*, Inflation 19.

¹⁸⁰ *Ertl* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 985 Rz 10.

- (i) Zum einen können Schwankungen der Kaufkraft einer Werteinheit aus der Perspektive des Geldleistungsschuldners oder jener des Geldleistungsgläubigers ermittelt werden.
- (ii) Zum anderen können Schwankungen der Kaufkraft einer Werteinheit gemessen an den konkreten Aufwendungen/Erträgen einer Vertragspartei bestimmt werden oder sie können von der Entwicklung eines Index abhängen, der die Preisentwicklung mehrerer Güter und Dienstleistungen zusammenfasst.
- (iii) Schließlich könnte die Wertsicherungsabrede darauf abzielen, Wertveränderungen der zum Gebrauch überlassenen Sache an sich auszugleichen. Für den Kreditvertrag ist das anerkannt: So wird vorgebracht, der Kreditzins diene auch dazu, den Wertverlust abzugelten, den der Kreditgeber dadurch erleidet, dass der Geldwert der Kreditvaluta zwischen Zuzählung und Rückstellung gesunken ist¹⁸¹. Für den Bestandvertrag kann dieser Gedanke allerdings wohl vernachlässigt werden, weil ein Wertverlust des Bestandobjekts in der wirtschaftlichen Realität kein relevantes Phänomen darstellt.

143 Die beiden Kategorien von Wertmessern können in beliebiger **Kombination** auftreten. So stellt beispielsweise die zuvor erwähnte (Rz 139) gesetzliche Anpassungsregel des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts auf die Perspektive des Geldleistungsgläubigers (der Bauvereinigung) ab; und sie verzichtet darauf, einen Index als Wertmesser zu verwenden, sondern es ist maßgebend, wie sich exakt definierte Kostenfaktoren entwickeln. In variabel verzinsten Kreditverträgen mit Euribor-Koppelung ist die Entgeltanpassung ebenfalls aus der Perspektive des Geldleistungsgläubigers, der Bank, zu ermitteln: Verteuern sich die Refinanzierungskosten der Bank (Euribor), steigt das vom Kreditnehmer zu zahlende Entgelt (Kreditzins). In diesem Fall ist der Wertmesser allerdings ein Index. In dieselbe Kategorie – Wertsicherung aus der Perspektive des Geldleistungsgläubigers/Bestandgebers – fällt es, wenn die Wertsicherungsabrede bezweckt, die Geldleistung anzuheben, wenn und soweit sich während der Vertragsdauer der Verkehrswert der Sachleistung (Gebrauchsüberlassung) ändert; steigt der Verkehrswert der Gebrauchsüberlassung, soll auch das Gebrauchsüberlassungsentgelt steigen (dazu näher Rz 148 ff).

144 Legt man die eben gebildeten Kategorien an, erscheint prima vista unklar, wie die gängige VPI-gekoppelte Wertsicherung in **Bestandverträgen** einzuordnen ist. Eindeutig ist zwar, dass es sich dabei um einen Index als Wertmesser handelt; fraglich ist jedoch, ob dieser Wertmesser die Kaufkraftschwankungen aus der Perspektive des Geldleistungsschuldners oder aus jener des Geldleistungsgläubigers abbilden soll. Ist der Bestandzins an den **Verbraucherpreisindex** gekoppelt, lässt sich nämlich ein Zusammenhang mit den Aufwendungen/Kosten des Geldleistungsgläubigers (Bestandgebers) nicht unmittelbar herstellen. Einen solcher Konnex kann man am ehesten dann behaupten, wenn Bestandgeber eine natürliche Person ist, die die Bestandzinseinnahmen verwendet, um ihren Lebensunterhalt damit zu bestreiten. Das wird oft, heute aber wahrschein-

¹⁸¹ Dazu bei und in FN 178.

lich bei weitem nicht überwiegend der Fall sein (weil die Zahl der institutionellen Vermieter stetig zunimmt)¹⁸². Änderungen in der wirtschaftlichen Kalkulation eines unternehmerischen Bestandnehmers spiegeln sich in Preissteigerungen des allgemeinen Warenkorb nur bedingt wider. Es liegt daher näher, dass VPI-gekoppelte Entgelte in Bestandverträgen – und wohl generell in den meisten B2C-Verträgen – eine Wertsicherung aus der **Perspektive des Geldleistungsschuldners**, des Bestandnehmers, verfolgen. Eben diese Perspektive wird implizit zugrunde gelegt, wo eingemahnt wird, dass nicht alle Geldleistungsschuldner jede Geldwertsicherungsklausel akzeptieren können; denn manche Gruppen von Schuldnern hätten keine im selben Ausmaß wertgesicherte „Rückendeckung“, also keine im selben Ausmaß wertgesicherten Einkünfte¹⁸³. Nimmt man also die Perspektive des Geldleistungsschuldners ein, bezweckt die Wertsicherung des Bestandzinses entweder, dass der Anteil, den der Bestandzins an den Gesamtausgaben des Geldleistungsschuldners/Bestandnehmers ausmacht, im *Verhältnis zu seinen sonstigen Ausgaben konstant* bleibt; da diese Ausgaben nominell im Ausmaß der allgemeinen Teuerungsrate steigen, soll auch der Bestandzins nominell in diesem Umfang steigen. Doch ebenso ist noch eine andere Deutung denkbar; sie geht von der Prämisse aus, dass das verfügbare Haushaltsbudget des Geldleistungsschuldners/Bestandnehmers etwa im gleichen Ausmaß steigt wie die allgemeine Teuerungsrate; eine Annahme, die angesichts der Usancen der österreichischen Sozialpartnerschaft bei den Lohn- und Gehaltsabschlüssen sowie bei Pensionsanpassungen nicht unberechtigt erscheint und sich anhand der Zahlen der vergangenen Jahre auch plausibilisieren lässt (vgl. oben Abbildung 1, S ii). Bei dieser Sichtweise bezweckt die VPI-gekoppelte Wertsicherung demnach, dass das *Verhältnis zwischen dem Bestandzins und dem verfügbaren Haushaltsbudget* gewahrt bleibt.

- 145 Letztlich kann meines Erachtens aber wohl nicht allgemein gültig beantwortet werden, welcher Parteiwille der VPI-Koppelung von Bestandzinsen zugrunde liegt; das ist anhand der Vertragsauslegung im konkreten Einzelfall zu beurteilen. Wesentlich erscheint bloß, dass grundsätzlich **beide Perspektiven** – die des Geldleistungsschuldners ebenso wie die des Geldleistungsgläubigers – für die Wahl des Wertmessers gleichermaßen **legitim** erscheinen. Für die Gebrauchsüberlassung von Immobilien lässt sich das mit Wertungen des positiven Rechts belegen: Dazu finden sich gesetzliche Regeln, die eine Wertsicherung sowohl aus der Perspektive des Geldleistungsgläubigers (§§ 13 f WGG) als auch aus der Perspektive des Geldleistungsschuldners (§ 16 Abs 6 MRG; § 5 Abs 2 RichtWG) akzeptieren. Bisweilen sind im österreichischen Privatrecht sogar **Kombinationen** aus beidem anzutreffen: So hängt die Höhe der gesetzlichen Unterhaltspflicht der Eltern einerseits von den jeweiligen Bedürfnissen des unterhaltsberechtigten Kindes, andererseits von der Leistungsfähigkeit der Eltern ab (§ 231 Abs 1 ABGB). Das Ergebnis dieser Kalkulation kann oftmals parallel zur allgemeinen Teuerungsrate ver-

¹⁸² Denkbar ist allerdings, dass die Vertragssitte, den Mietzins an den Verbraucherpreisindex zu koppeln, aus einer Zeit stammt, als ein bedeutender Teil der Bestandgeber natürliche Personen waren (oft ist beinahe sprichwörtlich von der sogenannten *Hausherrenrente* die Rede; etwa *Vonkilch* in Hausmann/Vonkilch, Wohnrecht⁴ §12a MRG Rz 1) und die Einnahmen aus der Vermietung dazu dienten, deren Lebenshaltungskosten zu finanzieren.

¹⁸³ *Lubasch*, Geldwertsicherungsklauseln 21.

laufen, aber auch stark davon abweichen (etwa wenn die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen infolge Krankheit oder Arbeitslosigkeit zurückgeht)¹⁸⁴. In diese Kategorie fällt unseres Erachtens ebenfalls der bei Geschäftsraummietsen weit verbreitete umsatzabhängige Mietzins. Den vom Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer erwirtschafteten Umsatz kann man entweder als einen Wertmesser für den (Ertrags-)Wert der Immobilie betrachten, also als Wertmesser für deren Wertsteigerung, die der Geldleistungsgläubiger/Bestandgeber in Form eines angepassten Gebrauchsüberlassungsentgelts abgegolten haben will. Ebenso zeigt der erwirtschaftete Umsatz, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Geldleistungsschuldners/Bestandnehmers gestiegen ist, sodass der Bestandzins nominell steigen muss, soll sein Anteil am verfügbaren Einkommen konstant bleiben.

- 146 Das erlaubt es, die erste Frage zur Wahl eines zulässigen Wertmessers zu beantworten: Sowohl die Perspektive des Geldleistungsgläubigers als auch die Perspektive des Geldleistungsschuldners kann grundsätzlich zugrunde gelegt werden.

3. Schranken bei der Wahl des Wertmessers: sachliche Rechtfertigung und verallgemeinernde Annahmen

- 147 Im nächsten Schritt ist zu klären, ob **jeder in Betracht kommende Wertmesser** wirksam vereinbart werden kann. Hier grenzt das Privatrecht den Spielraum für Vertragsparteien ein.
- 148 Für die Gebrauchsüberlassung an Immobilien sticht zunächst eine Einschränkung im Baurechtsgesetz ins Auge: Die Wertsicherung des Baurechtszinses wird ausdrücklich für zulässig erklärt, allerdings darf sie *nicht* auf den Wert von Grund und Boden Bezug nehmen (**Bodenwertklausel**; § 3 Abs 2 BauRG)¹⁸⁵. Eine solche Wertsicherungsabrede bezweckt, das Entgelt (Baurechtszins) an Geldwertschwankungen aus der Perspektive des Sachleistungsschuldners anzupassen; der Geldwert wird an den Verkehrswert der von ihm erbrachten Rechtseinräumung (Baurecht) gekoppelt. Dass das Baurechtsgesetz derartige Abreden untersagt, ist auch im Zusammenhang mit den hier interessierenden Bestandverträgen bemerkenswert, weil der **marktübliche Bestandzins** tendenziell stark mit dem Verkehrswert der in Bestand gegebenen Liegenschaft korreliert¹⁸⁶: Steigt der Verkehrswert der Liegenschaft, so steigt tendenziell auch der marktübliche Bestandzins¹⁸⁷. Da Grund und Boden ein knappes Gut sind und sich laufend verteuern, passt das zusammen mit der Beobachtung, dass der marktübliche Bestandzins durchwegs dynamischer steigt als die allgemeine Teuerungsrate (Rz 26). Der Bestandgeber hat daher häufig ein Interesse, das Bestandverhältnis – besonders, wenn es schon länger besteht –

¹⁸⁴ Treffend *Ertl* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ § 985 Rz 15.

¹⁸⁵ In der Kautelarpraxis wird auch hier durchwegs der Verbraucherpreisindex als Wertmesser herangezogen; *Spruzina* in GeKo Wohnrecht II (2018) § 3 BauRG Rz 30.

¹⁸⁶ Zum Ertragswertverfahren bei der Liegenschaftsbewertung Rz 40.

¹⁸⁷ Vereinzelt wurde allerdings ins Treffen geführt, ein Bestandobjekt verliere durch die Abnutzung während der Gebrauchsüberlassung an Wert; das entwerte die Leistung des Bestandgebers (Gebrauchsüberlassung) im Laufe der Zeit. Daraus leitete man die Forderung ab, eine Wertsicherung des Mietzinses sei generell unzulässig. Der OGH beurteilte dieses Argument allerdings als nicht durchschlagend; OGH 6 Ob 226/18f (Pkt 1.6 und 1.7); 5 Ob 79/19g (Pkt 3); RIS-Justiz RS0020760 (T8).

zu beenden und das Objekt zum nun marktüblichen Bestandzins neuerlich in Bestand zu geben (oder den Bestandzins im laufenden Vertragsverhältnis auf das marktübliche Niveau anzuheben)¹⁸⁸. Dieses Bestandgeberinteresse anerkennt etwa das Mietrecht des BGB explizit: Auch ohne vertragliche Wertsicherungsabrede kann der Vermieter die Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete anheben, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert ist (§ 558 Abs 1 BGB)¹⁸⁹; diese Anpassung folgt wohlgemerkt nicht der VPI-Entwicklung, sondern hebt den Mietzins auf das nun marktübliche Mietzinsniveau an, das sich – wie erwähnt – zumeist anders entwickelt als die allgemeine Teuerungsrate. Auch das österreichische Mietrecht kennt für bestimmte Konstellationen vergleichbare Anhebungsmöglichkeiten kraft Gesetzes (§ 46 Abs 2, § 46a MRG). In der Vertragspraxis sind solche Klauseln bisweilen ebenfalls anzutreffen¹⁹⁰. Es überrascht daher, dass das Baurechtsgesetz eine Wertsicherung des Baurechtszinses anhand von Bodenwertklauseln generell ausschließt. In Ermangelung ergiebiger Gesetzesmaterialien¹⁹¹ kann man aus dieser Bestimmung wohl nur die gesetzliche Wertung herleiten, dass das österreichische Privatrecht einem Wertmesser, der auf den Preis eines einzigen Wirtschaftsgutes bezogen ist, zurückhaltend gegenübersteht. Das leuchtet ein, weil die Preisentwicklung einzelner Wirtschaftsgüter durch Zufälligkeiten bedingte Ausreißer aufweisen kann und das aleatorische Element im Wertmesser dadurch übermäßiges Gewicht erhält¹⁹². Dass das österreichische Mietrecht dennoch stellenweise Wertanpassungen auf den jeweils angemessenen Mietzins erlaubt, bei denen der Wertmesser also auf die Preisentwicklung eines einzigen Wirtschaftsgutes bezogen ist, lässt sich wohl damit rechtfertigen, dass in diesen Fällen dennoch die jeweils anzuwendenden Mietzinsobergrenzen Platz greifen (§ 46 Abs 2, § 46a MRG); damit droht kein Risiko hoher Preisausschläge.

- 149 In allen anderen Fällen ist das Risiko ungewollter Ausreißer beim Wertmesser aber nach den Wertungen des Baurechtsgesetzes unerwünscht. Ein probates Gegenmittel kann man verabreichen, indem man als Wertmesser einen **Index** heranzieht, der die Preisentwicklung mehrerer Güter und Dienstleistungen zusammenfasst¹⁹³. Auch solche Indexklauseln sind als Wertmesser aber nicht generell unbedenklich.
- 150 Auch wenn ein Index als Wertmesser gewählt wird, ist er nur dann unbedenklich, wenn der Einsatz dieses konkreten Index im konkreten Vertrag sachlich gerechtfertigt ist. Das

¹⁸⁸ Dazu etwa *W. Doralt*, Langzeitverträge 366 f.

¹⁸⁹ Die Anhebungsmöglichkeit scheidet aber aus, wenn eine Staffelmiete oder eine Indexmiete vereinbart ist. Daraus ist abzuleiten, dass die Parteien mit einer solche Wertsicherungsabrede – selbst wenn sie an den VPI anknüpft – A die Parteien auch dieses Risiko steigender marktüblicher Mietzinse geregelt/eingefangen haben; *W. Doralt*, Langzeitverträge 362.

¹⁹⁰ Oben FN 54.

¹⁹¹ Der JAB 1264 BlgNR XVII. GP 3 begründet diese Ausnahme nicht näher.

¹⁹² In diesem Sinn ist es wohl zu verstehen, wenn man den Zweck des Verbots von Bodenwertklauseln darin sieht, Spekulation zu verhindern; *Spruzina* in *GeKo Wohnrecht*, § 3 BauRG Rz 30.

¹⁹³ *Omlor*, Geldprivatrecht 404.

folgt aus der Überlegung, dass die Wertsicherung anhand eines Index einer **Preisfestsetzung durch Dritte** gleichzuhalten ist¹⁹⁴, weil der Index aufgrund von Entscheidungen Dritter gebildet wird. Eine solche Preisfestsetzung ist nach den Wertungen des österreichischen Schuldrechts zulässig: Das Kaufrecht des ABGB, dessen Wertungen verallgemeinerungsfähig sind, erlaubt ausdrücklich Abreden, mit denen die Parteien das Recht, den Kaufpreis festzusetzen, einem Dritter übertragen (§ 1056 ABGB). Allerdings darf der Dritte diese Macht über den fremden Vertrag nach herrschender Auffassung nicht willkürlich ausüben, sondern nur nach **Ermessen**¹⁹⁵, was gleichermaßen für nachträgliche Preisanpassungen gilt¹⁹⁶. Die Grenzen des Ermessens ergeben sich dabei aus dem konkreten Verhältnis zwischen den Vertragsparteien, die die Preisfestsetzung dem Dritten übertragen haben. Der Ersteller des als Wertmesser gewählten Index nimmt jedoch naturgemäß keine Rücksicht auf die konkrete Situation im jeweiligen Vertragsverhältnis, das von der Indexanpassung betroffen ist; es obliegt somit den Parteien, einen geeigneten Wertmesserindex zu wählen. Die Entwicklung des gewählten Index muss von – bezogen auf das konkrete Vertragsverhältnis – **sachlichen Kriterien** abhängen; die daraus resultierende Wertsicherung darf sich nicht jenseits dessen bewegen, was das geforderte Ermessen dem Dritten erlaubt hätte, hätte er das Entgelt (oder dessen nachträgliche Anpassung) mit Blick auf dieses Vertragsverhältnis festgesetzt. Entspricht der als Wertmesser gewählte Index diesen Vorgaben nicht, erfüllt die Wertsicherungsabrede nicht die von der herrschenden Auffassung zu § 1056 ABGB aufgestellten Wirksamkeitsvoraussetzungen.

- 151 Fraglich ist nun, ob sich die Schranken bei der Wahl des Wertmesserindex, die eben aus allgemeinen schuldrechtlichen Wertungen abgeleitet wurden, mit jenen Anforderungen decken, die das Konsumentenschutzrecht für **Verbrauchergeschäfte** festschreibt. Im Verbrauchergeschäft müssen die für die Entgeltänderung maßgebenden Umstände **sachlich gerechtfertigt** sein (§ 6 Abs 1 Z 5 KSchG). Unseres Erachtens spricht viel dafür, die Anforderungen des allgemeinen Schuldrechts und jene im Verbraucherrecht deckungsgleich auszulegen. Allerdings setzt die einschlägige KSchG-Bestimmung bekanntlich eine Vorgabe der **Klauselrichtlinie** um; sie verlangt, dass die „Preisindexierungsklausel“ „rechtmäßig“ ist (Pkt 2 lit d Anhang zur RL); in der (kaum aussagekräftigeren) englischen Sprachfassung der Klauselrichtlinie lautet die Anforderung, die „price-indexation clause“ müsse „lawful“ sein. Es ist abzusehen, dass der EuGH demnächst damit befasst werden wird (Art 267 AEUV), diese Richtlinienbestimmung auszulegen und zu prüfen, ob die in Bestandverträgen gebräuchliche VPI-Koppelung ihrem Anliegen gerecht wird. So wird dem Vernehmen nach in anhängigen Verfahren vor österreichischen Gerichten bereits ins Treffen geführt, Anpassungen des Bestandzinses anhand der VPI-Entwicklung seien nicht sachlich gerechtfertigt im Sinne des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG, wenn und weil die wirtschaftliche Kalkulation des konkreten Bestandgebers von Änderungen des allgemeinen Preisniveaus nicht oder nur marginal berührt ist. Für die Auslegung von „sachlich gerechtfertigt“ im Sinne von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ist

¹⁹⁴ *Fenyves/Rubin*, ÖBA 2004, 347 (349 f). Anders aber *Duden*, Wertsicherung 7, der die Wertsicherung durch Indexkoppelung als eine separate Fallgruppe behandelt.

¹⁹⁵ *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1056 Rz 9 f.

¹⁹⁶ *Kronthaler*, ÖBA 2020, 852; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB⁷ § 1056 Rz 1.

demnach entscheidend, ob die Klauselrichtlinie den Verbraucherpreisindex als Wertmesser uneingeschränkt als „rechtmäßig“ („lawful“) ansieht und erlaubt. Die Beurteilung des EuGH in dieser Frage wird nicht zuletzt den deutschen Rechtsbereich unmittelbar betreffen, weil dort für die Wohnraummiete eine indexbezogene Wertsicherung ausschließlich auf den deutschen Verbraucherpreisindex abstellen darf (*Indexmiete*; § 557b BGB).

- 152 Es ist nicht auszuschließen, dass der EuGH einem solchen Einwand gegen die VPI-Koppelung von Bestandzinsen Gewicht beimessen wird. Unseres Erachtens kann man die darin liegenden Bedenken jedoch mit zwei Überlegungen entkräften. Zunächst lässt sich vorbringen, dass der Verbraucherpreisindex als Wertmesser jedenfalls unbedenklich erscheint, wenn die Wertsicherung dazu dient, die Kaufkraft des Entgelts aus der **Perspektive des Geldleistungsschuldners/Verbrauchers/Bestandnehmers** konstant zu halten (dazu Rz 143). Ob der Wertsicherungsabrede im konkreten Vertrag diese Perspektive zugrunde liegt, ist unseres Erachtens eine Frage der Vertragsauslegung im konkreten Fall (Rz 145).
- 153 Sollte man hingegen die Perspektive des **Geldleistungsgläubigers/Unternehmers** für maßgeblich halten, also eine Wertsicherung nur bei Änderungen in dessen wirtschaftlicher Kalkulation erlauben (vgl Rz 143), lässt sich zunächst ins Treffen führen, dass die VPI-Koppelung eine Alternative dazu darstellt, dass die Geldleistung (Bestandzins) an den schwankenden Verkehrswert der Sachleistung (Gebrauchsüberlassung) angepasst wird, also etwa die Entwicklung des Mietpreisspiegels nachvollzieht (näher oben Rz 148). Da sich dieser Wertmesser – wie wohl als gerichtsnotorisch vorausgesetzt werden darf – wegen der Knappheit von Grund und Boden tendenziell dynamischer entwickelt als das allgemeine Preisniveau (Rz 26), ist der Geldleistungsschuldner/Bestandnehmer durch die VPI-gekoppelte Wertsicherung besser gestellt; schon dies spricht dafür, den Verbraucherpreisindex als Wertmesser zuzulassen. Hinzu kommt, dass dem nationalen Normgeber stets ein gewisser Gestaltungsspielraum offensteht, innerhalb dessen er zulasten der Einzelfallgerechtigkeit **verallgemeinernde Annahmen** treffen und pauschalierende Regelungen anordnen kann. Erlaubt das nationale Recht somit eine Wertsicherung, die von der Entwicklung des allgemeinen Preisniveaus (Verbraucherpreisindex) abhängt, mag das also Entgeltanhebungen erlauben, obwohl sich die wirtschaftliche Kalkulation des konkreten Geldleistungsgläubigers/Unternehmers womöglich nicht geändert hat (etwa deswegen, weil den institutionellen Bestandgeber die Teuerung der Produkte im Warenkorb kaum tangiert, hingegen sehr wohl etwa die – davon weitgehend unabhängige – Änderung der Fremdkapitalzinsen). Dennoch spricht viel dafür, eine Anpassung des Bestandzinses im Gleichlauf mit dem allgemeinen Preisniveau zuzulassen. Denn hierin liegt an sich eine verallgemeinernde Betrachtung von Schwankungen des Geldwerts¹⁹⁷. Erst diese Verallgemeinerung erlaubt es dem Normgeber, trotz der unüberblickbaren Vielzahl möglicher Lebenssachverhalte mit vertretbarem Aufwand vorhersehbare Ergebnisse in der rechtlichen Beurteilung zu erreichen und da-

¹⁹⁷ Statt vieler siehe *Omlor*, Geldprivatrecht 390 ff: Der Geldwert wird in aller Regel mit der Kaufkraft gleichgesetzt; die Kaufkraft wiederum lässt sich – vereinfachend – mit dem Index der allgemeinen Lebenshaltungskosten ermitteln, also mit dem Verbraucherpreisindex.

mit angemessene **Rechtssicherheit** zu gewährleisten. Andernfalls könnte die Wirksamkeit einer Wertsicherungsabrede im Verbrauchergeschäft nur unter der Voraussetzung zuverlässig beurteilt werden, dass die wirtschaftliche Kalkulation des Geldleistungsgläubigers/Unternehmers bekannt ist; und es wäre zudem erforderlich, dass diese wirtschaftliche Kalkulation im vereinbarten Wertmesser exakt abgebildet ist und sich im Lauf der Vertragslaufzeit auch nicht mehr ändert (weil dann die Wertsicherung nur möglich ist, wenn sich die Vertragsteile auf einen angepassten Wertmesser einigen). Für das österreichische Privatrecht existieren sogar positivrechtliche Anhaltspunkte dafür, dass eine solcherart verallgemeinernde Betrachtung dem Willen des Gesetzgebers entspricht. Das Exekutionsrecht regelt explizit die Situation, dass nach dem Exekutionstitel ein Anspruch wertgesichert zu zahlen ist, ohne dass darin Näheres zum Wertmesser bestimmt wird; für diesen Fall ist als Aufwertungsschlüssel ex lege der von der Statistik Österreich verlautbarte, für den Monat der Schaffung des Exekutionstitels gültige Verbraucherpreisindex anzuwenden (§ 8 Abs 3 EO)¹⁹⁸.

- 154** Dass eine verallgemeinernde, auf das allgemeine Preisniveau abstellende Betrachtung legitim ist, wenn Geldwertschwankungen für ein konkretes Schuldverhältnis zu ermitteln sind, bedeutet nicht, dass andere Wertmesser nicht wirksam vereinbart werden können. Zunächst ist unseres Erachtens festzuhalten, dass Alternativen zu Indexwertmessern rechtstechnisch grundsätzlich umsetzbar sind, dass also der Geldwert auch abhängig von der konkreten Kosten-/Ertragsstruktur einer Vertragspartei zu ermitteln sein kann. Einen Beleg dafür liefert das Wohnungsgemeinnützigkeitsrecht, wo die Wertsicherung des Entgelts von den ganz konkreten **wirtschaftlichen Verhältnissen des Geldleistungsgläubigers/Unternehmers** (der Bauvereinigung) abhängt (§§ 13 f WGG; Rz 139). Allerdings unterliegen die davon erfassten Geldleistungsgläubiger einem einheitlichen Regime enggestrickter Gebarungsregeln (§§ 23 ff WGG) und ihre wirtschaftliche Tätigkeit wird überdies von einem Revisionsverband sowie behördlich beaufsichtigt (§ 5, §§ 28 ff WGG). Unter diesen präzise abgesteckten rechtlichen Rahmenbedingungen für die wirtschaftliche Tätigkeit erscheint es unter dem Aspekt der Rechtsicherheit vertretbar, auf die konkrete Kostenentwicklung einer Vertragspartei im Einzelfall abzustellen.
- 155** Doch selbst wenn man die Wahl des Wertmessers auf Indices eingrenzt, bleibt eine endlose Bandbreite an Vertragsgestaltungen denkbar, deren sachliche Rechtfertigung – wie erörtert – jeweils für das konkrete Schuldverhältnis zu prüfen ist. Die folgenden drei Beispiele wollen einige der dahinter stehenden Wertungsfragen herauschälen.
- 156** **Beispiel 1:** Der Bestandgeber vermietet ein Objekt in Wien an einen Verbraucher, dessen Lebensmittelpunkt in Österreich liegt. Der Bestandgeber bestreitet seine Lebenshaltungskosten mit den Bestandszinseinnahmen, sein Lebensmittelpunkt liegt allerdings in der Türkei. Aus diesem Grund vereinbaren die Vertragsteile eine Wertsicherung gekoppelt an den **türkischen Verbraucherpreisindex**. Die Jahresinflation der Türkischen

¹⁹⁸ Die gesetzliche Regel sieht ferner vor, dass sich der Anspruch in dem Maß vermindert oder erhöht, als sich der Verbraucherpreisindex gegenüber dem Zeitpunkt der Schaffung des Exekutionstitels ändert. Änderungen sind so lange nicht zu berücksichtigen, als sie 10% der bisher maßgebenden Indexzahl nicht übersteigen.

Lira betrug zum Oktober 2023 61,4 %; im selben Zeitraum stieg das allgemeine Preisniveau in Österreich um 5,4%, im Durchschnitt der Eurozone um 2,9 % (OECD-Berechnung).

- 157 Beispiel 2:** Der Bestandnehmer hat seinen Lebensmittelpunkt in Belgien und hat eine Wohnung als Zweitwohnsitz im Salzkammergut gemietet. Vereinbart ist der **belgische Verbraucherpreisindex** als Wertmesser. Die Jahresinflation in Belgien betrug zum Oktober 2023 0,4 %; im selben Zeitraum stieg das allgemeine Preisniveau in Österreich um 5,4 %, im Durchschnitt der Eurozone um 2,9 % (OECD-Berechnung).
- 158** Für derartige Vertragsgestaltungen bestehen in Österreich **prima vista keine Einschränkungen**. Ob das Erfordernis der sachlichen Rechtfertigung in § 6 Abs 1 Z 5 KSchG ihnen im Wege steht, ist bislang in der Diskussion noch nicht adressiert worden und ungeklärt. Lediglich im MRG-Vollanwendungsbereich besteht mittelbar eine Anknüpfung an die Entwicklung des österreichischen Verbraucherpreisindex; die Entgeltanpassung infolge Wertsicherung ist nämlich durch den bei Neuvermietung zulässigen Höchstmietzins begrenzt (§ 16 Abs 9 Satz 1 MRG), welcher wiederum an den *österreichischen* Verbraucherpreisindex gekoppelt ist (§ 16 Abs 6 MRG; § 5 Abs 2 RichtWG; näher Rz 138). Außerhalb des MRG-Vollanwendungsbereichs scheint es demnach nicht ausgeschlossen, dass die Vertragsparteien einen Wertmesser vereinbaren, der das allgemeine Preisniveau in einem anderen Land abbildet. Eine Einschränkung könnte sich nur dann ergeben, wenn man es – anders als hier vertreten (Rz 145) – nicht zulässt, dass sowohl die Perspektive des Geldleistungsschuldners/Verbrauchers als auch die Perspektive des Geldleistungsgläubigers/Unternehmers eingenommen werden kann, um Schwankungen des Geldwerts zu ermitteln. Beispiel 2 und Beispiel 3 zwingen den Rechtswender also, in diesem Punkt Farbe zu bekennen: Soll nur die Perspektive des Geldleistungsschuldners/Verbrauchers erlaubt sein, wäre die Wertsicherungsabrede in Beispiel 1 unwirksam; jene in Beispiel 2 unproblematisch. In Deutschland existiert hingegen eine ausdrückliche gesetzliche Schranke: Für Wohnraummietverträge ist nur der *deutsche* Verbraucherpreisindex als Wertmesser zulässig (*Indexmiete*; § 557b Abs 1 BGB)¹⁹⁹; er darf auch nicht mit einem weiteren Faktor multipliziert werden²⁰⁰.
- 159 Beispiel 3:** Der Bestandgeber hat den Erwerb (oder die Errichtung) des Bestandobjekts mit einem variabel verzinsten Kredit finanziert; der Kreditzins ist gekoppelt an den 3-Monats-Euribor. Vereinbart wird daher, dass der Bestandzins abhängig davon anzupassen ist, wie sich der **3-Monats-Euribor** entwickelt. Eine solche Wertsicherungsabrede ist – soweit überblickbar – in der Vertragspraxis für die Immobilienmiete kaum anzutreffen. Das mag überraschen, zumal in Leasingverträgen ein derartiger Wertmesser sehr verbreitet ist, was darauf hindeutet, dass sich darin die wirtschaftlichen Interessen der Vertragsteile eines Gebrauchsüberlassungsverhältnisses durchaus widerspiegeln: Ändern sich die Finanzierungskosten beim Gebrauchsüberlasser (Bestandgeber/Leasinggeber), beeinflusst das in der Tat seinen Aufwand für die Bereitstellung des überlassenen Objekts. Dass eine solche Wertsicherungsabrede auch für die Überlassung von

¹⁹⁹ Die Gesetzesmaterialien zu § 557b BGB (BT-Drucksache 14/4553, 53) begründen diese Einschränkung nicht näher.

²⁰⁰ *Neuhaus*, MDR 2010, 848 (849).

Wohnraum an Verbraucher unbedenklich sein könnte, belegen die Anpassungsregeln des Wohnungsgemeinnützigkeitsrechts: Als maßgebender Faktor für die Anpassung des Gebrauchsüberlassungsentgelts ist unter anderem die angemessene Verzinsung der Fremdmittel explizit angeführt (§ 14 Abs 1 Z 2 WGG).

- 160 Aus diesen notwendig kursorischen Betrachtungen lässt sich unseres Erachtens bloß das Resümee ziehen, dass stets nur mit Blick auf das **konkrete Schuldverhältnis** beurteilt werden kann, ob der verwendete Wertmesser **sachlich gerechtfertigt** und damit wirksam vereinbart ist.

4. Ersatz bei Wegfall des gewählten Wertmessers

- 161 In Langzeitverträgen besteht nicht nur das Risiko, dass der gewählte Wertmesser durch einen Nachfolgeindex ersetzt wird, der die Geldwertschwankungen besser abbildet (Rz 113 f); auch kann der Fall eintreten, dass der bei Vertragsabschluss gewählte Wertmesser nicht mehr ermittelt oder nicht mehr kundgemacht wird. Für diesen Fall ist es nützlich, einen alternativen Wertmesser (Index) bereits bei Vertragsabschluss festzulegen. In der österreichischen Bestandvertragspraxis sind derartige Abreden durchaus verbreitet; oftmals wird als Ersatzindex für die Wertsicherung jener vereinbart, „der dem ursprünglich gewählten Verbraucherpreisindex am meisten entspricht“. Der OGH²⁰¹ hat in einem Verbandsverfahren diese gebräuchliche Vertragsformulierung jüngst als **nicht ausreichend bestimmt** im Sinne von § 6 Abs 1 Z 5 KSchG und damit als unwirksam beurteilt.
- 162 Die Beurteilung des OGH ist meines Erachtens konsequent und überzeugt. Denn – wie dargelegt (Rz 144 ff) – hat sich bislang keine Auffassung zu der Frage herausgebildet, ob der Verbraucherpreisindex Änderungen der Kaufkraft aus der Warte des Geldleistungsschuldners/Bestandnehmers oder aus der Warte des Geldleistungsgläubigers/Bestandgebers abbilden will. Für den Verbraucherpreisindex kommen beide Sichtweisen gleichermaßen in Betracht. Solange über den **Zweck einer solchen Wertsicherungsabrede keine Klarheit** besteht, lässt sich in der Tat nicht mit ausreichender Bestimmtheit sagen, welcher neue Index dem ursprünglich gewählten am meisten entspricht.
- 163 Im Schrifttum hat man zutreffend drauf hingewiesen, dass die Festlegung eines Ersatzindex als eigenständig wahrnehmbare Vertragsbestimmung anzusehen ist²⁰². Daher erstreckt sich die Sanktion der Klauselunwirksamkeit lediglich auf die Wahl des Ersatzindex, es **entfällt** aber **nicht die gesamte Wertsicherungsabrede**. Die daraus entstehende Vertragslücke ist – soweit dem keine Hindernisse aus der Rechtsprechung des EuGH entgegenstehen²⁰³ – mithilfe ergänzender Vertragsauslegung zu schließen²⁰⁴. Sofern und sobald auch der Gesetzgeber auf den Wegfall der Verbraucherpreisindex im

²⁰¹ 2 Ob 36/23t zu Klausel 6.

²⁰² *Leitner*, wobl 2023, 422 (424 f mit weiteren Hinweisen).

²⁰³ Dazu samt Nachweisen bei und in FN 209.

²⁰⁴ In diesem Sinn auch die deutsche Rechtsprechung: Haben die Parteien als Grundlage einen Index vereinbart, der nicht mehr ermittelt werden kann oder nach dem Preisklauselgesetz nicht mehr zulässig ist, ist der Vertrag gem §§ 133, 157 BGB in ergänzender Vertragsauslegung dahin auszulegen, dass

Exekutionsrecht reagiert (§ 8 Abs 3 EO; dazu Rz 153), können unseres Erachtens die dort getroffenen Regeln als Anhaltspunkt auf der Suche nach dem hypothetischen Parteiwillen dienen.

III. (Fehlende) Wartezeit/Sperrfrist

- 164 Eine weitere Hürde für Wertsicherungsabreden ergibt sich nach rezenter höchstgerichtlicher Rechtsprechung aus § 6 Abs 2 Z 4 KSchG. Danach sind nicht im Einzelnen ausgehandelt Klauseln unwirksam, nach denen dem Unternehmer auf sein Verlangen für seine innerhalb von zwei Monaten nach der Vertragsschließung zu erbringende Leistung ein höheres als das ursprünglich bestimmte Entgelt zusteht. Der OGH²⁰⁵ beurteilt daher Wertsicherungsabreden als unwirksam, die keine solche Wartezeit/Sperrfrist vorsehen.
- 165 Diese Entscheidungen haben im Schrifttum zahlreiche Reaktionen hervorgerufen²⁰⁶; sie ziehen überwiegend in **Zweifel**, dass § 6 Abs 2 Z 4 KSchG auf **Dauerschuldverhältnisse** anzuwenden ist. Diese Bedenken haben unseres Erachtens viel für sich. Vor allem erscheint dabei von Relevanz, dass der Normzweck – den *Fenyves/Rubin* treffend herausgearbeitet haben – gegen die Anwendung auf Bestandverhältnisse spricht: Die Bestimmung habe nur den Fall vor Augen, dass durch die (individuell ausgehandelte) Preisgestaltung zunächst beim Verbraucher das Vertrauen in einen (mindestens zwei Monate überdauernden) Fixpreis erweckt wird und dieses Vertrauen gleichsam unter der Hand durch eine AGB-Bestimmung wieder enttäuscht wird. Der Zweck der Norm beschränke sich auf die Verhinderung dieses Überraschungsmoments. Habe die ursprüngliche Entgeltvereinbarung nicht den Anschein erweckt, unveränderlich zu sein, sei auch auf diese Weise den Kautelen von § 6 Abs 2 Z 4 KSchG Genüge getan. Weise der Unternehmer bereits im Rahmen der ursprünglichen Preisvereinbarung auf die Variabilität des Preises hin, drohe keine Nichtigkeit der Anpassungsklausel. Unseres Erachtens überzeugt es, einen solchen Überraschungseffekt als Tatbestandsvoraussetzung für § 6 Abs 2 Z 4 KSchG zu verlangen.
- 166 Hinzukommt, dass der Verbraucher nach dem Wortlaut der Bestimmung ein „**höheres als das ursprünglich bestimmte Entgelt**“ zahlen muss. Dass dieses Tatbestandselement erfüllt ist, wenn eine Wertsicherungsabrede lediglich die subjektive Äquivalenz der ausgetauschten Leistungen aufrecht halten will²⁰⁷, muss man unseres Erachtens infrage stellen. Denn durch die Vereinbarung eines wertgesicherten Bestandzinses hat der Bestandnehmer somit **nicht mehr** (bei Inflation) oder weniger (bei Deflation) Entgelt zu leisten, als im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vereinbart wurde, wengleich sich der nominelle Geldbetrag ändert²⁰⁸.

ein entsprechender neuer, zulässiger Index gilt (BGH 4.3.2009, XII ZR 141/07 in NZM 2009, 398; BGH 7.11.2012, XII ZR 41/11 in NZM 2013, 148).

²⁰⁵ 2 Ob 36/23t Klausel 6 [Rz 10]; 8 Ob 37/23h Klausel 17 [Rz 13 f].

²⁰⁶ *Brauneis*, immoZak 2023, 52 f; *Rössl*, ÖBA 2023, 650; *Kronthaler*, wobl 2023, 414; *Leitner*, wobl 2023, 422; *Scharmer*, wobl 2023, 291; *Parapatits*, ÖJZ 2023, 716; *dieselbe*, FS Lovrek 567; *Fidler*, wobl 2023, 399.

²⁰⁷ Dazu eingehend samt Nachweisen Rz 12

²⁰⁸ *Bollenberger*, RdW 2014, 691 (692); *Fidler*, wobl 2023, 399 (406).

167 Nur am Rande sei bemerkt, dass die von der Statistik Austria empfohlenen Klauselformulierungen – sollte man der zitierten Rechtsprechung folgen – im Verbrauchergeschäft der Klauselkontrolle zum Opfer fallen müssen. Will man diesen Makel beheben, empfiehlt es sich meines Erachtens, in der Musterklausel Anpassungen generell nur im Jahresintervall vorzusehen. Ein solches Bauelement in der Wertsicherungsabrede brächte zudem den Vorteil, jenen sozialpolitischen Sprengstoff zu entschärfen, der aus kurzen Anpassungsintervallen folgt (vgl oben Abbildung 1, S ii).

IV. Rechtsfolgen bei Unwirksamkeit der Wertsicherungsabrede

168 Die intensive Diskussion der beiden rezenten OGH-Entscheidungen hat ihre Ursache in den spürbaren wirtschaftlichen Konsequenzen, die die Unwirksamkeit einer Wertsicherungsabrede im Bestandverhältnis nach sich zieht. Da es im Verbrauchergeschäft nach der Rechtsprechung des EuGH nicht möglich sein soll, die durch Unwirksamkeit entstandene Vertragslücke zu füllen²⁰⁹, lebt das Bestandverhältnis ohne Wertsicherungsabrede fort. Der Bestandnehmer kann sämtliche Beträge, die er aufgrund von Wertanpassungen bezahlt hat, **bereicherungsrechtlich zurückfordern** (§ 1431 ABGB)²¹⁰; dazu wird – unter Berufung auf EuGH-Rechtsprechung²¹¹ – vertreten, dass solche Ansprüche des Verbrauchers erst 30 Jahren nach Zahlung verjähren²¹². Zudem muss der Mieter für die **verbleibende Vertragslaufzeit** (§§ 29 f MRG) nur den ursprünglich festgelegten Nominalbetrag leisten²¹³.

169 Die zweite Konsequenz trifft den Bestandgeber besonders hart, vor allem wenn das Bestandverhältnis kündigungsgeschützt ist. Sollte eine legislative „Korrektur“ dieser höchstgerichtlichen Rechtsprechungslinie nicht zustande kommen, werden sich Rechtsanwender auf die Suche nach privatrechtlich gangbaren Auswegen begeben müssen. Dabei liegt vor allem der Einwand nahe, dass die zur Klauselunwirksamkeit führende Verfehlung des Bestandgebers (etwa: fehlende Wartezeit/Sperrfrist oder Unbestimmtheit des Ersatzindex) und die daran geknüpfte Rechtsfolge („ewiges“ Bestandverhältnis ohne Wertsicherung) **unverhältnismäßig** sind²¹⁴. Hierin liegt meines Erachtens in der Tat ein normativ relevanter und methodisch wirksamer Hebel, mit dessen Einsatz man die gravierenden Konsequenzen zurechtrücken kann, wie sie die **Mischung aus den rezenten OGH-Judikaten einerseits und der EuGH-Rechtsprechung zur Lückenfüllung andererseits** mit sich bringt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist nämlich

²⁰⁹ EuGH 03.10.2019, C-260/18 Rs *Dziubak* Rn 61 f; fortgeschrieben in EuGH 25.10.2020, C-269/19 Rs *Banca B.* Rn 35; EuGH 18.11.2021, C-212/20 Rs „A“ S.A. Rn 73; EuGH 31.03.2022, C-472/20 Rs *Lombard Linzing*; EuGH 16.03.2023, C-6/22 Rs *M. B.* Rn 56.

²¹⁰ Zu den gesamtwirtschaftlichen Folgen eingehend oben Rz 39 ff.

²¹¹ EuGH 9.7.2020, C-698/18 und C-699/18 *Raiffeisen Bank*).

²¹² *Scharmer*, wobl 2023, 291 (305 f); *Leupold/Gelbmann*, VbR 2023 113 f (Entscheidungsanmerkung).

²¹³ Darauf weisen etwa *Leitner*, wobl 2023, 422 (423), und *Kronthaler*, wobl 2023, 414 (414) hin.

²¹⁴ *Fidler*, wobl 2023, 399 (403 und 409 mwN).

sowohl im europäischen Verbraucherrecht²¹⁵ als auch in der österreichischen Rechtsordnung²¹⁶ als tragender Baustein anerkannt.

- 170 Verstößt die Wertsicherungsabrede gegen eine **richtliniendeterminierte Bestimmung** des österreichischen Rechts, so ist die Unverhältnismäßigkeit eine Schranke, die es auf der unionsrechtlichen Ebene zu prüfen gilt. Es wäre daher in einem Rechtsstreit über die Wirksamkeit der Wertsicherungsabrede eine Vorlage an den EuGH anzuregen (Art 267 AEUV), der dann zu prüfen hätte, ob es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erlaubt, die entsprechende Bestimmung in der Klauselrichtlinie so auszulegen, dass die Füllung der entstandenen Vertragslücke unzulässig ist und das Dauerschuldverhältnis ohne jede Entgeltanpassung weiterlebt. Meines Erachtens wäre ein solches Ergebnis jedenfalls bei kündigungsgeschützten Dauerschuldverhältnissen nicht vertretbar, selbst wenn man den hohen Verbraucherschutzstandard des EuGH anlegt. Ein weiterer Ausweg könnte darin bestehen, dass das nationale Gericht selbst sich auf den europarechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruft und auf dieser Basis das in der EuGH-Rechtsprechung entwickelt Lückenfüllungsverbot einschränkend anwendet, also die Lückenfüllung zulässt. Einen vergleichbaren Weg schlug jüngst der BGH in einer ähnlich gelagerten Konstellation ein: Um ein Korrektiv gegen zu weitreichende Folgen der EuGH-Rechtsprechung zu finden, entwickelte er eine neuartige, bislang unbekannte Begrenzung von Schadenersatzansprüchen²¹⁷. Wenn selbst der BGH, der gewiss nicht im Ruf steht, methodenfrei zu arbeiten, auf kreative Instrumente zurückgreift, um bei Anwendung von EuGH-Vorgaben sachgerechte Ergebnisse zu erzielen, sollte dieser Weg ebenso für den OGH in den hier interessierenden Konstellationen gangbar sein. In der Tat stehen dem nationalen österreichischen Gericht unseres Erachtens verschiedene Möglichkeiten offen. Will

²¹⁵ Eingehend jüngst *Wendehorst*, NJW 2023, 2155; *dieselbe*, Rechtsdurchsetzung 64 f.

²¹⁶ Aus der Perspektive des nationalen Rechts wäre – vorbehaltlich näherer verfassungsrechtlicher Prüfung – hier wohl das Recht auf Unversehrtheit des Eigentums (Art 5 StGG; Art 1 1. ZP EMRK) berührt. Von diesem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff sind alle vermögenswerten Privatrechte umfasst (*Korinek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht Art 5 StGG Rz 18), daher auch das Mietrecht. Ein Eingriff in dieses Mietrecht liegt vor, das Recht des Vermieters eingeschränkt ist, seinen vertraglichen Anspruch auf einen wertgesicherten Mietzins durchzusetzen. Zulässig ist ein solcher Eingriff nur, wenn er auf Basis einer gesetzlichen Ermächtigung, die im öffentlichen Interesse liegt und **verhältnismäßig** ist (*Korinek* aaO Rz 27). Gelangt man zur Unverhältnismäßigkeit, verletzt die Nichtigkeitssanktion für Wertsicherungsabreden diese aus Art 5 StGG ableitbaren Grundsätze. Siehe in ähnlichem Zusammenhang auch jüngst VfGH G 52/2016 in JBl 2018, 170 mit Anmerkung *Zöchling-Jud/Schamberger*.

²¹⁷ Im Zusammenhang mit dem Dieselskandal gewährt der EuGH Schadenersatzforderungen von Kfz-Käufern gegen den Hersteller; dabei verlangt er, dass es dem Kfz-Käufer nach nationalem Schadenersatzrecht nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert werden darf, einen angemessenen Ersatz zu erhalten, der ihm durch den Verstoß des Herstellers gegen das in VO 715/2007 enthaltene Verbot entstanden ist; dies stünde mit dem Grundsatz der Effektivität nicht in Einklang (EuGH C-100/21 Rn 93). Gewährt man Käufern solche Schadenersatzansprüche gegen den Hersteller, ist es allerdings möglich, dass aus ein und demselben Kfz mehrfach derselbe Schaden gegen den Hersteller geltend gemacht wird; wenn nämlich das Kfz bereits mehrfach verkauft wurde. In diesem Fall kann jeder Erwerber aus der Veräußerungskette Ansprüche gegen den Hersteller geltend machen. In der Entscheidung vom 26. Juni 2023 zu Vla ZR 335/21 adressiert der BGH eben diese Möglichkeit. Der BGH akzeptiert zwar grundsätzlich einen solchen Kumulierungseffekt, allerdings dürfe **aus Gründen der Verhältnismäßigkeit** dem einzelnen Käufer kein Schadenersatz zugesprochen werden, der mehr als 15 Prozent des jeweils gezahlten Kaufpreises beträgt (aaO Rz 75); dabei falle auch ins Gewicht, dass es sich objektiv um vergleichsweise geringfügige Rechtsverstöße handle, die der Gesetzgeber lediglich als Ordnungswidrigkeit eingeordnet habe.

man dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung tragen, könnte ein Ausweg auch darin bestehen, über eine Teilbarkeit der Klausel zu einem anderen Ergebnis zu kommen: Es entfällt nur jener Teil, der mit den Anforderungen der AGB-Kontrolle in Widerspruch steht. Sollte also etwa der Ersatzindex zu unbestimmt definiert sein, ist nicht die gesamte Wertsicherungsabrede unwirksam, sondern nur jene Vertragsbestimmung, die den Ersatzindex festlegt²¹⁸. Ebenso ist denkbar, die infolge Klauselunwirksamkeit entstandene Vertragslücke – entgegen der EuGH-Rechtsprechung – nach dem hypothetischen Parteiwillen zu füllen, wenn das Fehlen einer Wertsicherung die ursprüngliche Subjektive Äquivalenz besonders stark beeinträchtigt, das heißt vor allem bei Kündigungsgeschützten Bestandverhältnissen.

- 171** Verstößt die Wertsicherungsabrede gegen eine Bestimmung des nationalen Rechts, die **nicht richtliniendeterminiert** ist und die als Sanktion die Nichtigkeit der gesamten Wertsicherungsabrede vorsieht, liegt es unseres Erachtens nahe, ein Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH anzuregen. Ein solcher Anlauf wurde in der Vergangenheit bereits unternommen, um das Rücktrittsrecht des Verbrauchers nach § 4 FAGG zu Fall zu bringen; der Versuch scheiterte allerdings, weil die zulässigerweise angefochtenen FAGG-Bestimmungen der Verbraucherrechte-Richtlinie entsprechen, welche den Mitgliedstaaten keinen Spielraum bei der Umsetzung einräumt, und der VfGH keine Bedenken hinsichtlich der Gültigkeit der unionsrechtlichen Bestimmungen hatte²¹⁹. Verstößt die Wertsicherungsabrede jedoch gegen eine nicht richtliniendeterminierte Bestimmung²²⁰, müsste der VfGH demnach im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes prüfen, ob die angeordnete Rechtsfolge (Klauselnichtigkeit) verhältnismäßig ist. Bei Kündigungsgeschützten Bestandverhältnissen bestehen unseres Erachtens erhebliche Bedenken dagegen, dass die Rechtsfolge (kündigungsgeschütztes/ewiges Mietverhältnis ohne Wertanpassung) diesem Grundsatz entspricht.
- 172** Dass die österreichische Privatrechtsordnung langfristige Gebrauchsüberlassungsverträge ohne jede Wertsicherung des Entgelts als übermäßig belastend betrachtet, belegt sehr anschaulich im Übrigen auch das positive Recht. Das **Baurechtsgesetz** hat in seiner Stammfassung aus dem Jahr 1912 eine Wertsicherung der Bauzinses generell für unzulässig erklärt; Ausmaß und Fälligkeit des Bauzinses durften nicht von ungewissen zukünftigen Ereignissen bestimmt sein (§ 3 BauRG in der Stammfassung BGBl 1912/86) und damit auch nicht von der Entwicklung des (allgemeinen Preisniveaus) abhängen. Anfang der 1990er Jahre erkannte der Privatrechtsgesetzgeber, dass eine solche Einschränkung der Privatautonomie die berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten zu stark beschneidet. Die Baurechtsgesetznovelle 1990²²¹ hob dieses Verbot auf (Art I Z 3 BauRGNov 1990); eine Wertsicherungsabrede ist seitdem zulässig, sofern sie nicht auf den Bodenwert abstellt (§ 3 Abs 2 BauRG). Besonders bemerkenswert ist dabei, dass der Gesetzgeber diese Erleichterung nicht nur für Verträge vorsah, die nach Inkrafttreten der Novelle geschlossen wurden; er sanierte Wertsicherungsabreden

²¹⁸ So auch *Leitner*, wobl 2023, 422 (425 f).

²¹⁹ VfGH G 52/2016 in JBl 2018, 170 mit Anmerkung *Zöchling-Jud/Schamberger*.

²²⁰ So mit Blick auf § 6 Abs 2 Z 4 KSchG überzeugend *Parapatits*, ÖJZ 2023, 716 (717 f); *dieselbe*, FS Lovrek 567 (573 f).

²²¹ BGBl 1990/258.

ebenso in allen Altverträgen, die noch während der Geltung des Wertsicherungsverbotes zustande gekommen waren (Art III Abs 2 BauRGNov 1990). Die nachträgliche Anerkennung bisher rechtlich unwirksamer Wertsicherungsvereinbarungen hätte jedoch jene Grundeigentümer in unbilliger Weise benachteiligt, die in Beachtung des gesetzlichen Verbots auf eine Wertsicherungsabrede im Baurechtsvertrag verzichtet hatten; daher gewährte der Gesetzgeber überdies jedem Grundeigentümer Anspruch auf Anpassung der Bauzinsvereinbarung entsprechend dem seinerzeitigen hypothetischen Parteiwillen, selbst wenn der Vertrag keine Wertsicherungsabrede enthielt (Art III Abs 5 BauRGNov 1990). Ein Erhöhungsanspruch war nur ausgeschlossen, wenn der Grundeigentümer seinerzeit etwa aus Gründen der Wirtschaftsförderung oder aus sozialen Gründen und nicht wegen des gesetzlichen Verbots auf eine Wertsicherung verzichtet hatte oder wenn dem Verbot der Wertsicherung durch Festsetzung eines Bauzinses, der von vornherein höher angesetzt war, oder durch einen zeitlich gestaffelten Bauzins Rechnung getragen worden ist. Eine solche Regelungstechnik muss aus heutiger Sicht wohl als mutig bezeichnet werden. Sie macht aber deutlich erkennbar, dass die **Wertsicherung des Entgelts in langfristigen Gebrauchsüberlassungsverträgen für die Privatrechtsordnung ein gewichtiges Anliegen** ist, das es sogar rechtfertigen soll, massiv in bestehende Verträge einzugreifen – sowohl durch Sanierung von Wertsicherungsklauseln, die nach bisheriger Gesetzeslage unwirksam waren, als auch durch Ergänzung von Verträgen, die gänzlich auf eine Wertsicherungsabrede verzichtet haben.