

# ZAP

# 12

13. Juni 2013  
25. Jahrgang  
ISSN 0936-7292  
Art.-Nr. 74203312

## Zeitschrift für die Anwaltspraxis

Herausgeber: Rechtsanwalt Dr. Egon Schneider, Much • Rechtsanwalt Axel C. Filges, Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin • Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Ekkehart Reinelt, Karlsruhe • Rechtsanwalt Martin W. Huff, Leverkusen • Prof. Dr. Martin Henssler, Institut für Anwaltsrecht, Universität zu Köln

Kostenlose Urteilsvolltexte der  
ZAP-Eilnachrichten

**Exklusiv  
für  
Abonnenten  
der ZAP!**

### Aus dem Inhalt:

#### Anwaltsmagazin

Gesetzliche Neuregelungen im Juni • Studie zur Lage der Anwaltschaft  
• „Postenkrieg“ am BGH beigelegt

#### Aufsätze

Neuhaus, Indexklauseln im Gewerberaummietrecht

Cuypers, Das zuständige Gericht in Zivilsachen – Teil 9: Das Mahnverfahren

Burhoff, Rechtsprechungsübersicht zum Strafrecht 2012/2013

#### Eilnachrichten

Grenzen bei gewerblicher Nutzung von Mietwohnungen (BGH)

Erwerb eigener Geschäftsanteile einer GmbH (OLG Rostock)

Begriff der Behinderung (EuGH)

In Zusammenarbeit mit der  
Bundesrechtsanwaltskammer

**ZAP Verlag**

## Indexklauseln im Gewerberaummietrecht

Von RA/FAMuWR/FAVersR Kai-Jochen Neuhaus, Dortmund

### Inhalt

- I. Überblick
- II. Begriff und Ermittlung des Indexes
- III. Frühere und aktuelle Gesetzeslage
- IV. Punkte- und Prozent-Klauseln
- V. Alt- und Neuverträge
- VI. Exotisch: Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das PrkG
- VII. Heilung unwirksamer Wertsicherungsklauseln durch ergänzende Vertragsauslegung
- VIII. Auswirkungen von Schriftformverstößen

### I. Überblick

Das BGB sieht für gewerbliche Mietverhältnisse keine gesetzliche Mieterhöhungsmöglichkeit vor, da § 578 BGB nicht auf die Regelungen des Wohnraummietrechts für Mieterhöhungen verweist und keine Vorschriften speziell für Gewerberaum existieren. Üblicherweise enthalten gewerbliche Miet- und Pachtverträge deshalb **Mieterhöhungsklauseln**. Durch die gängigste Variante der Wertsicherungsklausel (auch: Index- oder Preisgleitklausel) soll die Entwicklung der Miete an die Entwicklung bestimmter Güter oder Leistungen gekoppelt werden, d. h. die Miete soll sich dann ändern, wenn sich auch der Bezugsfaktor ändert. **Verbraucherpreisindizes** sind damit ein Hilfsmittel, um laufende Mieten oder Pachten durch Vereinbarung von Preisklauseln bzw. Wertsicherungsklauseln wertbeständig zu halten. Üblich war früher die Kopplung an den Lebenshaltungsindex, entweder bei Überschreitung einer bestimmten Veränderungshöhe (z. B. bei mehr als 10 Punkten) oder als jährliche Anpassung unabhängig von der Indexhöhe. Seit dem 1. 1. 2003 werden vom Statistischen Bundesamt nur noch der Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI), der harmonisierte Verbraucherpreisindex für die EU-Mitgliedsstaaten (HVPI) und ein Index der Einzelhandelspreise veröffentlicht. Alle anderen Indizes wurden eingestellt. Der **VPI** ist der gebräuchlichste und auch empfehlenswerteste bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen. Er misst die durchschnittliche Preisveränderung aller Waren und Dienstleistungen in Deutschland, die von privaten Haushalten für Konsumzwecke gekauft werden und bildet die Verbraucherpreise umfassend ab (LG Köln, Urte. v. 20. 5. 2010 – 22 O 179/09, IMR 2010, 379).

#### Hinweis:

Die aktuellen Indizes finden sich auf der **Homepage des Statistischen Bundesamtes** [www.destatis.de](http://www.destatis.de).

Die Zulässigkeit von Indexklauseln und etwaige Rechtsfolgen bei Mängeln richten sich nach dem Preisklauselgesetz (PrkG). Durch dieses seit 2007 in Kraft befindliche Gesetz ergeben sich neue Fragestellungen.

### II. Begriff und Ermittlung des Index

Der folgende Text zur „Technik“ der Indexermittlung entstammt z. T. dem Urte. des BGH v. 7. 11. 2012 – XII ZR 41/11 (vgl. auch Statistisches Bundesamt, [www.destatis.de](http://www.destatis.de), Zahlen & Fakten/Gesamtwirtschaft & Umwelt/Preise/Verbraucherpreisindizes/Warenkorb und Wägungsschema, Stand: 7. 11. 2012). Ein Index bezeichnet die Preisentwicklung eines in dem Jahr, für das er ermittelt wurde,

## Indexklauseln

anhand der damaligen Verbrauchsgewohnheiten ermittelten Warenkorbs und Wägungsschemas. Den vom Statistischen Bundesamt und den statistischen Landesämtern ermittelten Verbraucherpreisindizes liegt eine den Verbrauchsverhältnissen entsprechende Gewichtung bestimmter Waren und Leistungen (sog. **Warenkorb**) zugrunde. Dieser „Warenkorb“ enthält sämtliche Waren und Dienstleistungen, die für die Konsumwelt in Deutschland relevant sind. Der Warenkorb wird laufend aktualisiert, damit immer diejenigen Gütervarianten in die Preisbeobachtung eingehen, welche von den Konsumenten aktuell häufig gekauft werden. Die Auswahl von konkreten Produkten für die Preisbeobachtung erfolgt in Form von repräsentativen Stichproben. I. d. R. werden zunächst repräsentative Städte, dort dann repräsentative Geschäfte und darin die am häufigsten verkauften Produkte ausgewählt. Ein einmal für die Preisbeobachtung ausgewählter Artikel wird dann gegen eine anderen ausgetauscht, wenn er nicht mehr oder nur noch wenig verkauft wird. Im nächsten Schritt werden die Güter des Warenkorbs in rund 700 Güterarten eingeteilt. Für die Berechnung der gesamten Teuerungsrate wird die durchschnittliche Preisentwicklung für eine Güterart jeweils mit dem Ausgabenanteil gewichtet, den die privaten Haushalte im Durchschnitt für diese Güterart ausgeben. Das Ergebnis ist ein gewichteter Mittelwert für die Preisentwicklung in Deutschland.

Die Gewichtungsinformationen sind im sog. **Wägungsschema** enthalten. Im Gegensatz zum Warenkorb wird das Wägungsschema für den Verbraucherpreisindex nur etwa alle fünf Jahre aktualisiert, um innerhalb des Fünfjahreszeitraumes die reine Preisentwicklung, unbeeinflusst von Änderungen der Ausgabengewichte, darstellen zu können. 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. Zwar werden die auf ein neues Basisjahr bezogenen Indexreihen i. d. R. erst zwei bis drei Jahre später veröffentlicht. So wurde der Verbraucherpreisindex mit dem Basisjahr 2005 erst im Januar 2008 veröffentlicht. Die älteren ermittelten Indexwerte verlieren rückwirkend ihre Gültigkeit, sobald die nach dem neuen Wägungsschema berechneten Indexreihen veröffentlicht sind, denn mit der Veröffentlichung der neuen Indexreihen gilt das Wägungsschema des neuen Basisjahres rückwirkend von dessen Beginn an; die in der Zwischenzeit veröffentlichten Werte verlieren, da sie auf einem überholten Wägungsschema beruhen, ihre statistische Berechtigung (BGH, Urt. v. 7. 11. 2012 – XII ZR 41/11).

### III. Frühere und aktuelle Gesetzeslage

Bis zum 31. 12. 1998 mussten Indexklauseln nach § 3 WährG aus währungspolitischen Gründen generell von der Deutschen Bundesbank bzw. den Landeszentralbanken genehmigt werden. Im Hinblick auf den Übergang der Währungshoheit auf die Europäische Zentralbank hob der Gesetzgeber die genannten Vorschriften im **Euro-Einführungsgesetz** (EuroEG) auf. Zugleich fügte er zum 1. 1. 1999 – jetzt aber mit dem Ziel des Schutzes der heimischen Wirtschaft und ihrer Stabilität – in das **Preisangabengesetz**, das gleichzeitig die neue Bezeichnung „Preisangaben- und Preis-klauselgesetz“ (PaPKG, BGBl. I 1998, S. 1242/1253) erhielt, in § 2 das grundsätzliche Verbot von Wertsicherungsklauseln ein. Die konkrete Durchführung regelte die **Preisklauselverordnung** (PrKV, BGBl. 1998 I, S. 3043).

Am 14. 9. 2007 ist das Gesetz über das Verbot der Verwendung von Preisklauseln bei der Bestimmung von Geldschulden v. 7. 9. 2007 (**Preisklauselgesetz** – PrKG, BGBl. I, S. 2246) in Kraft getre-

ten, das federführend für Neuverträge ein grds. Indexierungsverbot mit Legalausnahme normiert. Ein behördliches Genehmigungsverfahren ist damit nun nicht mehr vorgesehen. Das nach altem Recht vorgeschriebene Genehmigungsverfahren ist abgeschafft und durch ein System von gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien („Legalausnahmen“) ersetzt worden, wonach Wertsicherungsklauseln, bei denen nach dem alten Recht ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Genehmigung bestand, nunmehr ohne Genehmigung zulässig sind (OLG Celle, Beschl. v. 20. 12. 2007 – 4 W 220/07, NZM 2008, 301 zu einer Erbauzins-Wertsicherungsklausel). Nach wie vor greifen für Wohnraummietverträge die Sonderregeln des BGB. Nach altem Recht genehmigte Klauseln bleiben wirksam. Das PrKG ist nicht mangels nationaler Gesetzgebungskompetenz verfassungswidrig (OLG Brandenburg, Urt. v. 17. 10. 2012 – 3 U 75/11, IMR 2013, 25; a. A. SCHULTZ NZM 2008, 425, 426). Das **Verbot der Indexierung** durch das PrKG verfolgt in erster Linie währungspolitische Ziele; es soll inflationären Tendenzen entgegen wirken (BGH, Urt. v. 24. 3. 2010 – VIII ZR 304/08, MDR 2010, 681, Rn. 31 unter Verweis auf BR-Drucks. 68/07, S. 68; NEUHAUS, Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rn. 1146; NEUHAUS MDR 2010, 848). Grundsätzlich ist es unzulässig, dauerhaft zu leistende Zahlungen so an den Verbraucherpreisindex zu knüpfen, dass Indexveränderungen automatisch zur Änderung der wiederkehrenden Zahlungen führen. Ausnahmen von dieser Regelung sieht das Gesetz u. a. vor für die Indexmiete bei Wohnraum (§ 1 Abs. 3 PrKG), für Erbbaurechtsverträge (§ 4 PrKG) und für Preis-klauseln in bestimmten Verträgen über wiederkehrende Zahlungen (§ 3 PrKG).

#### IV. Punkte- und Prozent-Klauseln

Wegen ihrer Verbreitung gerade bei Geschäftsraummiete können Wertsicherungsklauseln grds. nicht als überraschende Klauseln i. S. d. §§ 305 ff. BGB angesehen werden. Die Parteien können vereinbaren, dass die Veränderung des Indexes in **Punkten** oder in **Prozenten** gemessen werden kann. Die Mieterhöhung kann also entweder daran gekoppelt werden, dass ein Mindest-Indexanstieg erfolgt oder aber bei einer bestimmten prozentualen Erhöhung des Indexes. Rechnerisch ist dies nicht identisch, was in der Praxis oft übersehen wird.

##### Beispiel:

Im Vertrag ist vereinbart, dass eine Erhöhung erfolgt, wenn sich der Index um 10 % verändert. Steigt dieser nun von 140 auf 152 Punkte, liegt rechnerisch eine Steigerung von 12 Punkten, aber nur 8,5 % vor, sodass keine Erhöhung verlangt werden kann. Würde aber ein Indexanstieg von 10 Punkten vereinbart, kann bereits die Erhöhung verlangt werden.

Eine Klausel, nach der die Veränderung sich auswirkt, wenn der Index „um 10 Prozent oder mehr steigt bzw. fällt“, greift bereits dann, wenn die Veränderung exakt 10 % beträgt, eine Veränderung um 10,01 % ist nicht erforderlich (BGH, Urt. v. 7. 11. 2012 – XII ZR 41/11).

#### V. Alt- und Neuverträge

Durch das Inkrafttreten des PrKG im Jahr 2007 stellt sich immer wieder die Frage, wie Klauseln in Mietverträgen zu beurteilen sind, die vorher geschlossen wurden (Anwendbarkeit des PrKG oder des PaPKG i. V. m. PrKV?). Preisklauseln, die nach dem 13. 9. 2007 (Inkrafttreten des PrKG) vereinbart wurden, sind grds. zulässig, wenn sie den Anforderungen des PrKG entsprechen. Erfasst werden nicht nur Neuabschlüsse von gewerblichen Miet- und Pachtverträgen, sondern auch inhaltliche Änderungen oder erstmalige Aufnahme von Wertsicherungsklauseln in Bestandverträgen ab dem 14. 9. 2007 (NEUHAUS, Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rn. 1148). Auf Klauseln in Altverträgen (Vereinbarung vor dem 14. 9. 2007), deren Genehmigung bis dahin beim Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle beantragt wurde, sind nach § 9 Abs. 2 PrKG die bislang geltenden Vorschriften des PaPKG und der PrKV weiter anzuwenden. Nach § 2 PaPKG in der bis zum 13. 9. 2007

## Indexklauseln

geltenden Fassung erteilte Genehmigungen gelten nach § 9 Abs. 1 PrKG fort. Für Preisklauseln in vor Inkrafttreten der Preisklauselverordnung am 1. 1. 1999 geschlossenen Mietverträgen, die nicht nach § 3 Währungsgesetz zur Genehmigung vorgelegt wurden, gilt die Genehmigungsfiktion des § 4 PrKV a. F. und zwar auch dann, wenn der 10-Jahres-Zeitraum des § 4 Abs. 1 Nr. 2 PrKV a. F. bei Inkrafttreten der PrKV bereits abgelaufen war (OLG Stuttgart, Urt. v. 22. 2. 2007 – 13 U 195/06; LG Köln, Urt. v. 20. 5. 2010 – 22 O 179/09, IMR 2010, 379). Die Genehmigungsfiktion des § 4 PrKV a. F. ist durch die entsprechende Fiktion des § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. e PrKG ersetzt worden.

Aus der Regelung des § 9 Abs. 1 PrKG folgt im Umkehrschluss, dass in Fällen, in denen die Klausel vor dem 14. 9. 2007 vereinbart wurde und keine Genehmigung oder ein Negativattest vorliegt, sich die Wirksamkeit nach dem PrKG beurteilt (OLG Brandenburg, a. a. O.; OLG Celle, Beschl. v. 20. 12. 2007 – 4 W 220/07, NZM 2008, 301 = NJW-RR 2008, 896 zu einer Erbauzins-Wertsicherungsklausel; NEUHAUS MDR 2010, 848; HELLER/ROUSSEAU NZM 2009, 301, 303; AUFDERHAAR/JAEGER NZM 2009, 564, 566). § 9 Abs. 1 PrKG regelt zwar die Fortgeltung für erteilte Genehmigungen, erstreckt dies allerdings nicht auf eine nach § 4 Abs. 1 PrKV fingierte Genehmigung. Mit dem Wegfall der gesetzlichen Grundlage ist somit auch die Wirkung der Genehmigungsfiktion entfallen, sodass die Wirksamkeit von Klauseln mit fingierter Genehmigung nach § 3 PrKG zu prüfen ist (OLG Brandenburg, a. a. O.; OLG Brandenburg, Urt. v. 19. 8. 2009 – 3 U 135/08, NJW 2010, 876).

## Praxistipp:

Es ist genau zu prüfen, wann die konkrete Klausel vereinbart wurde: Klausel **ab dem 14. 9. 2007** vereinbart: PrKG. Klausel **vor dem 14. 9. 2007** vereinbart und keine vorliegende Genehmigung oder Negativattest: PrKG. Klausel vor dem 14. 9. 2007 vereinbart und **vorhandene Genehmigung oder Negativattest**: PaPrKG, PrKV. Klausel vor dem 14. 9. 2007 vereinbart und Genehmigung oder Negativattest **beantragt**: PaPrKG, PrKV.

## VI. Exotisch: Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das PrKG

Die Zulässigkeit und Wirksamkeit von Indexklauseln richtet sich nach dem PrKG (ausführlich dazu NEUHAUS, Handbuch der Geschäftsraummiete, 4. Aufl., Rn. 1150 ff.). Verstößt eine Wertsicherungsklausel gegen § 1 Abs. 1 PrKG, so ist sie unwirksam. Die Unwirksamkeit tritt allerdings (erst) zum Zeitpunkt der gerichtlichen Feststellung ein, § 8 S. 1 PrKG. Die Klausel bleibt nach § 8 S. 1 PrKG daher solange wirksam, bis der Verstoß gegen das PrKG und damit die Unwirksamkeit formell rechtskräftig festgestellt ist („schwebende Wirksamkeit“), es sei denn, die Parteien vereinbaren einen früheren Zeitpunkt (was in der Praxis bisher nicht vorkommt). Umgekehrt kann die Klageerhebung auf Feststellung der Unwirksamkeit nicht durch eine Vereinbarung von vornherein ausgeschlossen werden (OLG Brandenburg, Urt. v. 17. 10. 2012 – 3 U 75/11, IMR 2013, 25; SCHULTZ NZM 2008, 425, 427). Das alles heißt: eine Klausel ist nicht „automatisch“ unwirksam, sondern erst dann, wenn dies auch gerichtlich durchgefochten und bestätigt ist. Die Unwirksamkeit wirkt also nur ex nunc. Seit Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes am 14. 9. 2007 hängt damit die Wirksamkeit von Preisklauseln in Gewerbemietverträgen nur noch vom **Ergebnis ihrer gerichtlichen Überprüfung** ab (OLG Brandenburg, Urt. v. 19. 8. 2009 – 3 U 135/08, IMR 2010, 96 = NZM 2009, 860 = NJW 2010, 876). Das kann man als außergewöhnlich und exotisch bezeichnen, und es wird noch längere Zeit dauern, bis sich diese dem Zivilrecht fremde Konstruktion auch in den Köpfen von Gewerbemietrecht-Profis verankert hat. Formell erforderlich ist eine rechtskräftige, d. h. abschließende gerichtliche Entscheidung, also bspw. ein Urteil oder ein Beschluss, aber auch ein gerichtlich bestätigter Vergleich, was unter Umständen bei einem Kampf durch mehrere Instanzen Jahre dauern kann (NEUHAUS MDR 2010, 848, 850). Erst danach können aus Mietersicht die Früchte der Unwirksamkeit geerntet werden.

Die Erforderlichkeit der gerichtlichen Feststellung gilt auch für zum Zeitpunkt ihrer Vereinbarung genehmigungspflichtige, aber nicht genehmigte und daher oder auch aus anderen Gründen unwirksame Alt klauseln (= Verträge vor dem 14. 9. 2007 abgeschlossen), sofern deren Genehmigung nicht bis zum 13. 9. 2007 beim damals zuständigen Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle beantragt wurde. Nur in diesem Fall beurteilt sich die Wirksamkeit gem. § 9 Abs. 2 PrKG noch nach altem Recht (OLG Brandenburg, Urt. v. 19. 8. 2009 – 3 U 135/08, IMR 2010, 96 = NZM 2009, 860 = NJW 2010, 876). Ansonsten gilt die Vorschrift des § 8 PrKG mit der Folge, dass also der Mieter bzw. Pächter auch bezüglich einer Klausel aus einem Altvertrag Feststellungsklage erheben muss und erst vom Zeitpunkt der gerichtlichen Feststellung an die Klausel unwirksam ist (NEUHAUS MDR 2010, 848, 850; SCHULZ NZM 2008, 425, 427; AUFDERHAAR/JAEGER NZM 2009, 564, 567). Demgegenüber wird aber auch die Auffassung vertreten, § 8 PrKG sei dahin auszulegen, dass er nur die Unwirksamkeit von Preisklauseln nach den Bestimmungen des PrKG betreffe, wofür der Wortlaut der Bestimmung spreche, da von einem Verstoß „gegen dieses Gesetz“ die Rede sei (OLG Brandenburg, Urt. v. 17. 10. 2012 – 3 U 75/11, IMR 2013, 25; GERBER NZM 2008, 152, 155). Das ist abzulehnen, weil damit die zwar komplizierte, im Ergebnis aber doch eindeutige Regelung, dass das PrKG auf nicht wirksame Altvertragsklauseln anzuwenden ist (s. o. Ziff. 5), ausgehebelt würde.

Was mit „**rechtskräftig festgestellt**“ i. S. d. § 8 S. 1 PrKG prozessual gemeint ist, ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Reicht es aus, wenn der Mieter sich gegen eine Erhöhungsklage des Vermieters (Leistungsklage) wehrt, das Gericht diese abweist und in den Urteilsgründen die Unwirksamkeit der Preisklausel „feststellt“ oder muss es sich um ein Feststellungsurteil mit entsprechendem Tenor handeln, das also nur der Mieter durch eigene Klage oder Widerklage erwirken könnte? Nach § 322 Abs. 1 ZPO ist ein Urteil nur insoweit der Rechtskraft fähig, als darin über den durch Klage und Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Die Rechtskraft beschränkt sich daher auf die Rechtsfolge, die den Entscheidungssatz bildet, den das Gericht aus dem Sachverhalt durch dessen Subsumtion unter das objektive Recht erschlossen hat (BGH, Urt. v. 24. 6. 1993 – III ZR 43/92, NJW-RR 1994, 126 m. w. N.); sie erfasst nicht die Feststellung der zugrunde liegenden präjudiziellen Rechtsverhältnisse oder sonstigen Vorfragen, aus denen der Richter seinen Schluss gezogen hat (BGH, Urt. v. 13. 11. 1998 – V ZR 29/98, NZM 1999, 138 = ZMR 1999, 231 = WuM 1999, 169 m. w. N.). So wird z. B. bei einer auf § 985 BGB gestützten Herausgabeklage nicht mit Rechtskraft über das Eigentum entschieden, und ein Urteil auf Leistung von Miet- oder Darlehenszinsen stellt nicht das Bestehen des vertraglichen Grundverhältnisses rechtskräftig fest (BGH, Urt. v. 13. 11. 1998 – V ZR 29/98, NZM 1999, 138 = ZMR 1999, 231 = WuM 1999, 169 m. w. N.). Eine solche Durchbrechung der Rechtskraft, also deren Erstreckung auf Urteilsgründe, ist auf besonders schwerwiegende, eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt, weil sonst die Rechtskraft ausgehöhlt, die Rechtssicherheit beeinträchtigt und der Rechtsfrieden infrage gestellt würde (BGH, Urt. v. 24. 6. 1993 – III ZR 43/92, NJW-RR 1994, 126 m. w. N.). Solche Gründe sind bei Streitigkeiten über Wertsicherungsklauseln nicht ersichtlich. Da somit nur der Urteilstenor, nicht aber die Urteilsgründe in Rechtskraft erwachsen, ist ein **Feststellungsurteil** erforderlich (NEUHAUS, Handbuch der Geschäftsraummieta, 4. Aufl., Rn. 1168 m. w. N.). Ausreichend ist auch ein entsprechender Beschluss oder ein Vergleich, in dem die Unwirksamkeit festgestellt wird.

#### Praxistipp:

Der Mieter sollte sofort nach „Entdeckung“ einer kritischen Klausel klagen (Feststellungsklage, ggf. Zwischenfeststellungsklage, § 256 Abs. 2 ZPO). Klagt der Vermieter auf Zahlung rückständiger Beträge, kann der Mieter Feststellungswiderklage erheben, dass die Klausel unwirksam ist.

Die gerichtliche Feststellung wirkt nicht rückwirkend, was sich aus § 8 S. 2 PrKG und auch aus der Gesetzesbegründung ergibt, wonach „die Unwirksamkeit der Preisklausel ... vom Zeitpunkt des durch ein Gericht rechtskräftig festgestellten Verstoßes gegen die Regelungen des Preisklauselgesetzes mit Wirkung für die Zukunft gelten“ soll (BT-Drucks. 16/4391, S. 21, Begründung zu § 8 PrKG).

## Indexklauseln

Wird also ein Urteil mit Ablauf der Berufungs- oder Revisionsfrist bspw. am 30. 10. 2013 rechtskräftig, ist die Klausel (erst) ab diesem Tag unwirksam. § 8 S. 2 PrKG bestimmt daher folgerichtig, dass die Rechtswirkungen der Preisklausel bis zum Zeitpunkt der Unwirksamkeit unberührt bleiben. Dies bedeutet, dass die Unwirksamkeit nicht rückwirkend geltend gemacht werden kann, sodass bspw. frühere Zahlungen auf Mieterhöhungen (mit Ausnahme der aktuell im Rechtsstreit angegriffenen) nicht vom Mieter zurück gefordert werden können und der Vermieter Zahlung der höheren Miete fordern kann (ebenso BÖRSTINGHAUS, Miethöhe-Handbuch, Kap. 10 Rn. 16; PALANDT/GRÜNEBERG, BGB, 69. Aufl., Anhang zu § 245, PrKG 8 Rn. 1). Damit statuiert das Gesetz den Regelfall, dass Rückforderungsansprüche wegen zuviel gezahlter Miete aufgrund einer unwirksamen Preisklausel ausgeschlossen sind und der Mieter ferner verpflichtet ist, bis zur Rechtskraft die durch die Indexanpassung erhöhte Miete auch im Fall einer offensichtlich unwirksamen Klausel zu zahlen (HELLNER/ROUSSEAU NZM 2009, 301, 306; NEUHAUS MDR 2010, 848, 851).

## Hinweis:

Rückforderungen auf überzahlte Miete, die ab dem 14. 9. 2007 geltend gemacht werden, sind erst ab gerichtlicher Feststellung der Unwirksamkeit der Klausel begründet.

Völlig ungeklärt ist die Frage, wie mit **Verzögerungen eines Rechtsstreits** umzugehen ist, etwa wenn sich das Gerichtsverfahren wegen Terminsverlegungen, Dezernatswechsel oder sonstigen den Ablauf hemmenden Umständen immer länger hinzieht. Während der Mieter an einer Beschleunigung interessiert ist, um die Unwirksamkeit möglichst bald feststellen zu lassen, nützt dem Vermieter die Verzögerung. Da das PrKG in erster Linie währungspolitische Ziele verfolgt und inflationären Tendenzen entgegen wirken soll (BGH, Urt. v. 24. 3. 2010 – VIII ZR 304/08, MDR 2010, 681, Rn. 31 unter Verweis auf BR-Drucks. 68/07, S. 68), bezweckt es grundsätzlich keinen zivilrechtlichen Parteienschutz, sodass wie auch immer geartete Ansprüche daraus gegenüber dem Vertragspartner oder Behörden nicht abzuleiten sind. Allgemeine Grundsätze wie das aus dem schuldrechtlichen Vertrag folgende Rücksichtnahmegebot oder das Verbot widersprüchlichen Verhaltens nach § 242 BGB können jedoch dazu führen, dass der Vermieter sich bemühen muss, Verzögerungen zu unterlassen oder so gering wie möglich zu halten. Kommt er dem nicht nach, ist er nach **Treu und Glauben** gehindert, Zahlungsansprüche für den Zeitraum der Verzögerung geltend zu machen, sofern ihn ein Verschulden trifft (für ein Verschulden seines Anwalts, der sein Erfüllungsgehilfe ist, hat er ggf. einzustehen). Entsprechendes gilt natürlich erst recht, wenn der Vermieter den Rechtsstreit vorsätzlich verzögert (dann ggf. auch Mieteranspruch aus § 826 BGB). Zahlt der Mieter/Pächter auf das Erhöhungsverlangen nicht und gerät dadurch in „rechnerischen“ Zahlungsverzug nach § 543 Abs. 2 (Verzug mit zwei Monatsmieten etc.), ist der Vermieter formell zur fristlosen Kündigung berechtigt. Es stellt sich die Frage, ob durch die Feststellung der Unwirksamkeit der Klausel in einem folgenden Rechtsstreit das für den Zahlungsverzug erforderliche Verschulden des Mieters (rückwirkend) entfällt und der Kündigungsgrund entfällt. Da die gerichtliche Feststellung nach § 8 S. 2 PrKG nicht rückwirkend wirkt, war die Wertsicherungsklausel bis zu diesem Zeitpunkt wirksam, sodass der Vermieter die Erhöhung aufgrund einer wirksamen vertraglichen Regelung zu Recht gefordert und der Mieter sie unberechtigt und damit schuldhaft mit der Folge des Zahlungsverzugs verweigert hat (NEUHAUS MDR 2010, 848, 851). Es ist zwar unbefriedigend, aber eine fristlose Kündigung ist damit wirksam.

## Praxistipp:

Erhöht der Vermieter die Miete und erhebt bei Nichtzahlung selbst keine Zahlungsklage, muss auch bei einer unwirksamen Klausel bis zur gerichtlichen Feststellung der Unwirksamkeit gezahlt werden. Der Mieter kann dem nur „entkommen“, wenn er selbst Klage mit dem Antrag auf Feststellung erhebt, dass die Klausel unwirksam ist. Klagt der Vermieter, sollte sicher-

heitshalber entsprechende Widerklage erhoben werden. Immer sollte der Mieter die Erhöhung bezahlen, um sich nicht einem **Kündungsrisiko** auszusetzen. Der Mieter ist eindeutig über das Risiko der Kündigung aufzuklären, wenn er die Zahlung verweigert. Ihm ist zu empfehlen, selbst schnellstmöglich Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit zu erheben.

Auch eine Zahlung unter **Vorbehalt bis zur gerichtlichen Klärung** hilft dem Mieter nicht, da ein Rückforderungsanspruch voraussetzt, dass ohne Rechtsgrund geleistet wurde. Bis zur Feststellung der Unwirksamkeit im Urteil ist die Indexklausel aber wirksam, sodass ein Rechtsgrund besteht (Ebenso **AUFDERHAAR/JAEGER NZM 2009, 564, 575; NEUHAUS MDR 2010, 848, 851**). Fraglich ist, ob mit „Unwirksamkeit“ in § 8 S. 1 PrKG nur Unwirksamkeiten aufgrund des PrKG oder auch die Unwirksamkeit nach den §§ 305 ff. BGB, insbesondere wegen unangemessener Benachteiligung nach § 307 BGB, gemeint ist, wenn es sich um eine AGB-Indexklausel handelt. Hier stellt sich die Frage, ob die Vorschriften des PrKG lex specialis sind, die die allgemeinen Regeln verdrängen (**BÖRSTINGHAUS, Miethöhe-Handbuch, Kap. 10 Rn. 16** wirft die Frage auf, beantwortet sie aber nicht). Da die Unwirksamkeit nach dem Wortlaut von § 8 S. 1 PrKG bei einem „Verstoß gegen dieses Gesetz“ eintritt und diesem weder systematisch noch der Gesetzesbegründung etwas dazu entnehmen ist, dass auch „andere“ Verstöße gemeint sein sollen, reicht die gerichtliche Feststellung einer AGB-Unwirksamkeit nicht aus (**NEUHAUS MDR 2010, 848, 851**).

## VII. Heilung unwirksamer Wertsicherungsklauseln durch ergänzende Vertragsauslegung

Die Unwirksamkeit einer Wertsicherungsklausel muss nicht automatisch dazu führen, dass der Vermieter eine Miet- oder Pachtzinsanpassung überhaupt nicht (mehr) verlangen kann. Nach der Rechtsprechung des BGH sind Parteien eines Miet- oder Pachtvertrages, die über die Wertsicherung der Miet- bzw. Pachtschuld eine nicht genehmigungsfähige Vereinbarung getroffen haben, verpflichtet, einer **Änderung der vereinbarten Klausel** in eine solche mit genehmigungsfähigem oder nicht genehmigungsbedürftigem Inhalt zuzustimmen, sofern sich nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung eine geeignete Ersatzklausel bestimmen lässt (**BGH NJW 1975, 44, 45; OLG Brandenburg, a. a. O.**). Der Anspruch auf ergänzende Auslegung kann sich aus dem Vertrag ergeben, etwa aus einer salvatorischen Klausel, wonach bei Unwirksamkeit einer Klausel eine den im Vertrag vereinbarten Bestimmungen am nächsten kommende Vertragsauslegung berechtigte Regelungswird. Auch ohne eine solche Klausel liegt aber eine zur Vertragsauslegung berechtigte Regelungslücke vor, da die Parteien bei Vertragsabschluss einvernehmlich davon ausgingen, dass die Miete erhöht werden soll. Die Zustimmung der anderen Vertragspartei kann dadurch erreicht werden, dass sie klageweise zur Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung verurteilt wird (**BGH NJW 1973, 1498, 1499; OLG Brandenburg, a. a. O.**). Der Anspruch kann auch hilfsweise in einer Klage auf Zahlung der Mieterhöhung aus einer Wertsicherungsklausel geltend gemacht werden. Der Vermieter muss dann darlegen und ggf. beweisen, dass die Vertragsänderung, auf deren Zustimmung er den Mieter in Anspruch nimmt, der Billigkeit entspricht. Der Billigkeit entspricht eine Anpassung aber nur dann, wenn sie nicht nur der allgemeinen Preisentwicklung, sondern insbesondere auch der Mietzinsentwicklung – wobei es insbesondere auf vergleichbare Objekte ankommt – Rechnung trägt (**BGH, Urte. v. 21. 1. 1976 – VIII ZR 113/74; OLG Brandenburg, a. a. O.**). Der Vermieter muss also konkrete Vergleichsobjekte benennen und darf sich nicht nur auf eine allgemeine Marktentwicklung berufen (**OLG Brandenburg, a. a. O.: Pacht für ein Seniorenheim**).

Daneben ist grundsätzlich auch die Möglichkeit in Betracht zu ziehen, dass der Vermieter aufgrund eines **Leistungsvorbehalts** gem. §§ 316, 315 BGB berechtigt ist, die Miet- bzw. Pachtanpassung einseitig nach billigem Ermessen vorzunehmen (**BGH, Urte. v. 21. 1. 1976 – VIII ZR 113/74; OLG Brandenburg, a. a. O.**), also entsprechende Leistungsklage zu erheben.



## Indexklauseln

## VIII. Auswirkungen von Schriftformverstößen

Wurde im Mietvertrag eine Schriftformklausel vereinbart oder ist die gesetzliche Schriftform wegen der Vertragsdauer von mehr als einem Jahr gem. § 550 BGB erforderlich, ist dies bei der Änderungsvereinbarung unbedingt zu beachten. Nachträgliche Änderungen der Miethöhe können bei **Zeitmietverträgen** gem. § 550 BGB zu einer Verletzung der Schriftform und damit zur vorzeitigen Kündigung führen. Ein Formverstoß wirkt sich zwar grds. nicht auf den gesamten Vertrag aus, sondern nur auf die **Ergänzungsvereinbarung**, erfasst aber bei einer Änderung der Miete dennoch den Hauptvertrag, da dieser nicht nur ergänzt, sondern sein Inhalt geändert wird (BGH, Urt. v. 26. 2. 1992 – XII ZR 129/90, WuM 1992, 316 = NJW 1992, 2283 = MDR 1992, 771; OLG Düsseldorf, Urt. v. 15. 10. 1987 – 10 U 42/87, NJW-RR 1988, 398 = ZMR 1988, 58). Ein Zeitmietvertrag wird dann gem. § 550 BGB wegen Verletzung der Schriftform vorzeitig kündbar. Ein Schriftformverstoß nach § 550 BGB, gleichgültig worauf er beruht, „infiziert“ andere Klauseln, die eine bestimmte Laufzeit des Vertrages voraussetzen. So wird eine Wertsicherungsklausel, die nach § 3 PrKG eine Mindestlaufzeit von 10 Jahren voraussetzt, unwirksam (OLG Brandenburg, a. a. O.; OLG Rostock, Urt. v. 10. 1. 2005 – 3 U 61/04, NZM 2005, 506 zu § 4 PrKV a. F.; BÖRSTINGHAUS, Miethöhe-Handbuch, Kap. 4 Rn. 157; ders., in: SCHMIDT-FUTTERER, Mietrecht, 9. Aufl., § 557b Rn. 21).

**Beispiel für einen zur „Infektion“ führenden Schriftformverstoß:**

Vereinbaren die Parteien eines für länger als ein Jahr schriftlich abgeschlossenen Pachtvertrags nachträglich eine mündliche Vertragsänderung zur Tragung der Betriebskosten (hier: Zahlung sämtlicher Betriebskosten an den Verpächter anstelle früherer teilweiser Direktzahlungen an Versorgungsträger), so stellt dies einen Verstoß gegen die gesetzliche Schriftform des § 550 BGB dar, weil sich dies auf die Kündigungsmöglichkeit des Verpächters wegen Zahlungsverzugs gem. § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, § 581 Abs. 2 BGB auswirkt (OLG Brandenburg, a. a. O.).

Die Voraussetzungen des § 3 PrKG (Mindestlaufzeit 10 Jahre) liegen also nur dann vor, wenn der Mietvertrag hinsichtlich aller wesentlichen Vertragsabsprachen die gesetzliche Schriftform erfüllt. Die Genehmigung einer automatischen Wertsicherungsvereinbarung in einem Immobilienmietvertrag wird nicht fingiert, wenn die von den Parteien erstrebte langfristige Bindung wegen Verfehlers der gesetzlich gebotenen Schriftform scheitert (OLG Rostock, Urt. v. 10. 1. 2005 – 3 U 61/04, NZM 2005, 507; NEUHAUS MDR 2010, 848). Das heißt also, es gibt keine **fingierte Genehmigung** bei Schriftformverletzung, weil dann der Vertrag nach § 550 BGB mit gesetzlicher Frist kündbar ist (OLG Brandenburg, a. a. O.; NEUHAUS MDR 2010, 848, 849). Die für die zulässige Wertsicherung notwendige Langfristigkeit des Mietvertrages wird beeinträchtigt mit der Folge, dass auch die vormals wirksame Preisklausel nunmehr „unwirksam“ wird (HELLNER/ROUSSEAU NZM 2009, 301, 306). Ab wann der Mieter die Mieterhöhung nicht mehr zahlen muss, richtet sich nach § 8 PrKG. Kündigt also niemand den (ehemals) langfristigen Zeitmietvertrag wegen Verletzung der Schriftform nach § 550 BGB, bleibt es bis zur rechtskräftigen Feststellung der Unwirksamkeit der Indexklausel bei der Zahlungspflicht. Da ein Schriftformverstoß gemäß § 550 BGB zur vorzeitigen Kündigung des ursprünglich auf lange Frist geschlossenen Pachtvertrags führt, soll eine Wertsicherungsklausel in einem Altvertrag, welche ihrerseits eine 10-jährige Vertragslaufzeit voraussetzt, mit dem Zeitpunkt des Schriftformverstoßes unwirksam sein, da § 8 PrKG nicht für Wertsicherungsklauseln gelten soll, die bereits vor Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes am 14. 9. 2007 unwirksam waren (OLG Brandenburg, a. a. O.). Dies ist abzulehnen (s. o. Ziff. 6). Folgt man jedoch dieser Auffassung, so ergibt sich daraus die Konsequenz, dass entgegen § 8 PrKG auch ohne gerichtliche Feststellung der Unwirksamkeit der Wertsicherungsklausel bei Formverstößen vor Inkrafttreten des PrKG (14. 9. 2007) vom Mieter geleistete Mietanpassungen zurückgefordert werden können, da der Vermieter um diese mangels wirksamer vertraglicher Vereinbarung (unwirksame Wertsicherungsklausel) ungerechtfertigt bereichert ist. Im Einzelfall kann aber eine solche unwirksame Wertsicherungsklausel aufgrund einer salvatorischen Klausel ausnahmsweise als ein Leistungsvorbehalt auszulegen sein (OLG Rostock, Urt. v. 10. 1. 2005 – 3 U 61/04, NZM 2005, 506). ♦