

## Lassen sich automatische Indexklauseln mit Staffel-, Gutachter- oder Umsatzmiete kombinieren?

### Taizé im Taubertal

Der Mietvertrag für eine ehemalige, stark renovierungsbedürftige Jugendherberge ist ausgelaufen. Als neuer Mieter bewirbt sich eine GbR, die ein spirituelles Begegnungszentrum im Geiste von Taizé verwirklichen will. Der Vermieter ist nicht abgeneigt und will wegen der Umbauten, die die GbR auf eigene Kosten finanzieren will, auch einen Vertrag mit einer Laufzeit von 10 Jahren akzeptieren. Die GbR soll auch um weitere 10 Jahre verlängern dürfen. Der Vermieter nennt seinem Anwalt

eine „Basismiete“ von 2.000 €, die durch eine automatisch wirkende Indexklausel gegen Kaufkrafterosion geschützt werden soll. „Eine Steigerung der realen Miete habe ich dadurch aber noch nicht. Die muss ich aber haben, weil diese Leute das Zeug dazu haben, hier eine Art Wallfahrtsort mit Pilgershop, Klostersvesper, Souvenirs usw. aufzuziehen. Sie müssen in die Klausel also einen Turbo einbauen. Sonst geht hier die Post ab, und ich muss zuschauen.“ Was wird der Anwalt vorschlagen?

#### § 2 PrKG Ausnahmen vom Verbot

(1) Von dem Verbot nach § 1 Abs. 1 ausgenommen sind die in den §§ 3 bis 7 genannten zulässigen Preisklauseln. Satz 1 gilt im Fall

1. der in § 3 genannten Preisklauseln, [...]

nur, wenn die Preisklausel im Einzelfall hinreichend bestimmt ist und keine Vertragspartei unangemessen benachteiligt.

(3) Eine unangemessene Benachteiligung liegt insbesondere vor, wenn

1. einseitig ein Preis- oder Wertanstieg eine Erhöhung, nicht aber umgekehrt ein Preis- oder Wertrückgang eine entsprechende Ermäßigung des Zahlungsanspruchs bewirkt,
2. nur eine Vertragspartei das Recht hat, eine Anpassung zu verlangen, oder
3. der geschuldete Betrag sich gegenüber der Entwicklung der Bezugsgröße unverhältnismäßig ändern kann.

#### § 139 BGB Teilnichtigkeit

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

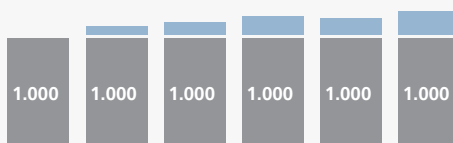
**Interessenlage:** Wenn der Vermieter die Miete durch eine automatisch wirkende Indexklausel dynamisiert, riskiert er eine enttäuschende Mietentwicklung, bei der sich theoretisch auch Mietrückgänge ergeben können, vgl. [Beispiel 1](#).

1

#### Beispiel 1: Indexmiete

Mietvertrag mit 12 Jahren Laufzeit. Die Anfangsmiete von 1.000 € wird alle 2 Jahre an den Index angepasst. Die angenommenen Indexveränderungen sollen 8 %, 12 %, 17 %, 16 % und 22 % betragen.

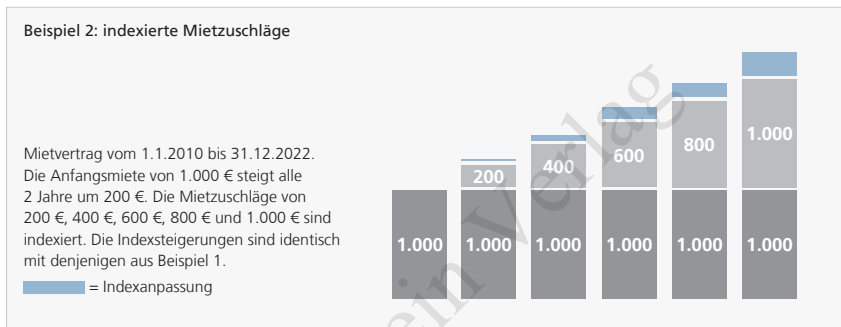
 = Indexanpassung



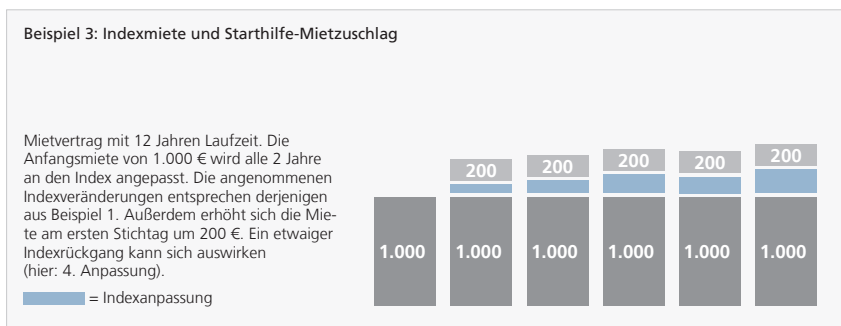
Viele Vermieter fürchten, dass die Marktmiete schneller steigt als die vereinbarte Indexmiete. Deshalb überlegen sie, wie sie eine nachträgliche Angleichung an die

etwa schneller steigende Marktmiete erreichen. Zur Auswahl stehen die nachfolgenden Möglichkeiten der „Aufbesserung“:

- 2 **Indexierte Mietzuschläge:** Werden Mietzuschläge vereinbart, kann der Vermieter eine Beschleunigung der daraus resultierenden Mietsteigerung erreichen, wenn er die Mietzuschläge indexiert. Diese Möglichkeit begegnet keinen Bedenken, wenn die zugrundeliegende Miete unverändert bleibt; denn die Indexierung der Mietzuschläge bindet die Mietentwicklung weniger an den Index als es eine Indexierung der Grundmiete täte. In dem Beispiel 2 resultiert die schnelle Mietsteigerung nicht aus der Indexierung der Mietzuschläge, sondern aus den relativ hohen Zuschlägen von rd. 10 % p.a.



- 3 **Indexierte Basismiete und einmaliger Mietzuschlag als Starthilfe:** Der Vermieter kann eine als unzureichend empfundene Index-Mieterhöhung auch mit „starren“ Mietzuschlägen aufbessern. Nicht selten erfolgt der Mietzuschlag nach Ablauf einer Anschubphase, in der die Belastung des Mieters geschont wird, weil hohe Finanzierungs- und Investitionskosten zu verkräften sind, Beispiel 3. Prüfungsmaßstab ist § 2 Abs. 3 Ziff. 1 PrKG. Diese Vorschrift will eine einseitige, nach oben gerichtete Preisentwicklung verhindern, bei der sich etwaige deflationäre Tendenzen nicht auswirken können, vgl. *Baustein 107 Rdn. 7*).



Wenn sich Ausgangsmiete und Mietzuschlag zur gleichen Zeit verändern, besteht eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass eine etwa sinkende Tendenz der allgemeinen Preisentwicklung durch den vereinbarten Mietzuschlag aufgefangen wird. Das Ziel der zulässigen Indexierung – Abbild der allgemeinen Kaufkraftentwicklung bei dem konkret vereinbarten Preis – wird dann nicht erreicht. Im Beispiel 3 tritt dieser Effekt aber nur einmal ein – nach dem Ende der Schonzeit. Der Grund für die beschleunigte Preisentwicklung liegt dann erkennbar im Bereich der Mikroökonomie – also der Starthilfe für das Unternehmen des Mieters. Die makroökonomischen, preisrechtlichen Bedenken werden dann zurücktreten, ebenso OLG Brandenburg, 19.8.2009 – 3 U 135/08 – Info M 2011, 226 (Seldeneck) betr. Kombination von Automatik Klausel mit Mietzuschlägen, die im Abstand von 5 Jahren in Höhe von 2,50 €/m<sup>2</sup> entstehen, vgl. sub II. 4. Ein etwaiger späterer Indexrückgang würde auch zu einem Rückgang der Miete führen, vgl. vierte Mietanpassung im Beispiel 3. Hier droht also keine verfälschte – überproportionale – Preisentwicklung, die § 2 Abs. 3 Ziff. 3 PrKG entgegenwirken würde, vgl. Lützenkirchen (Dickersbach), Mietrecht, 2013, § 557b Rdn. 145 f.

Noch sicherer lässt sich das Modell der Starthilfe dadurch realisieren, dass die Indexierung der Miete erst nach Abschluss der „Schonzeit“ beginnt, ebenso Usinger, NZM 2009, 297 sub III. 3.

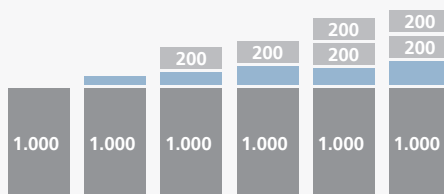
**Indexierte Basismiete und periodische Mietzuschläge:** Bei der Gestaltung der Mietzuschläge haben die Vertragsparteien freie Hand. Die Zuschläge können in regelmäßigen oder unregelmäßigen Abständen und in unterschiedlicher Höhe vereinbart werden, vgl. *Baustein 105 Rdn. 2*. Häufig vereinbaren die Parteien gleichhohe Zuschläge nach Ablauf von bestimmten Fristen. Deshalb wird dieses Modell hier näher untersucht.

4

Beispiel 4: Indexmiete und periodischer Mietzuschlag

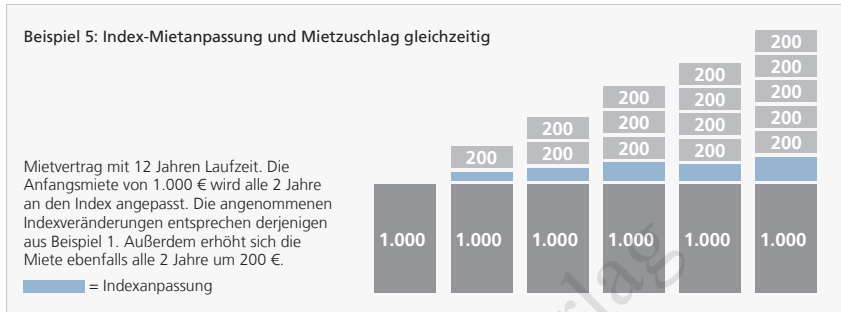
Mietvertrag mit 12 Jahren Laufzeit. Die Anfangsmiete von 1.000 € wird alle 2 Jahre an den Index angepasst. Die angenommenen Indexveränderungen entsprechen denjenigen aus Beispiel 1. Außerdem erhöht sich die Miete alle 4 Jahre um 200 €.

■ = Indexanpassung



Auch für die Lösung von Beispiel 4 ist § 2 Abs. 3 Ziff. 1 PrKG maßgebend. Die Situation ist gegenüber dem Beispiel 3 dadurch verändert, dass die Zuschläge häufiger erfolgen. Deshalb versagt die zähmende Wirkung der Indexbindung nicht nur einmal, sondern alle 4 Jahre, wenn ein weiterer Mietzuschlag wirksam wird. Das verstärkt die Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Index-Mietzuschlag-Kombination. Noch gewichtiger wer-

den die Bedenken, wenn Index-Mietanpassung und Mietzuschlag immer zur gleichen Zeit wirksam werden, so dass die Möglichkeit einer Mietanpassung nach unten durch den Mietzuschlag praktisch immer konterkariert wird. Diese Situation wird illustriert durch das nachfolgende Beispiel 5.



Diese Gestaltungen sind in der Praxis selten anzutreffen. Die Beteiligten meiden sie vor allem deshalb, weil sich die Mietentwicklung nur mit spitzem Bleistift kalkulieren lässt. Ob die Klauseln preisrechtlich zulässig sind, ist streitig:

- **Indexierung der vereinbarten Staffeln ist zulässig:** Schultz, Gewerberaummieta, 3. Aufl. 2007, 139; Lindner-Figura/Oprée/Stellmann (Bartholomäi/Lindner-Figura/Stellmann), Geschäftsraummieta, 3. Aufl. 2012, Kap. 10 Rdn. 118 f. Arg.: Der Schutzzweck der Inflationsbekämpfung ist nicht betroffen. Die vereinbarten Staffeln entsprechen der erwarteten Entwicklung von Standort, Branchenkonjunktur, Bevölkerungsstruktur usw. und allenfalls teilweise der Inflationserwartung. Die Vertragsfreiheit bedarf aber keiner weiteren Einschränkung. Der Vermieter könnte eine etwaige Unzulässigkeit der vereinbarten Mietsteigerungen auch leicht umgehen. Er müsste nur die mit der letzten Staffel erreichte Miete als Anfangsmiete definieren und für diese Miete degressive – anfangs höhere und später niedrigere – Nachlässe gewähren.
- **Indexierung ist unzulässig:** Usinger, a.a.O. 298. Arg.: Das Preis Klauselgesetz normiert ein generelles Verbot zum Schutz der Preisstabilität. Ausnahmen sind eng auszulegen. Der Zweck des Gesetzes (Inflationsbekämpfung) spricht gegen eine Lockerung, und die Genehmigungspraxis der Landeszentralbanken zu § 3 WährG ließ nur solche Klauseln zu, die ein freies Floten erlauben. Ein upwards-only wurde also nicht genehmigt. Die Unwirksamkeitsfolge tritt allerdings erst mit Feststellung durch das Gericht ein, vgl. *Baustein 108 Rdn. 2*. Die unzulässige Indexierung berührt allerdings auch dann nicht die Zulässigkeit der Staffeln, § 139 BGB.
- **Indexierung ist unzumutbar,** weil die Gefahr besteht, dass die Klausel unverständlich wird: Neuhaus, Geschäftsraummieta, 4. Aufl. 2011, Rdn. 1206 „Monster-Klausel“.

5

#### Stellungnahme

Die Argumente für die Zulässigkeit wiegen schwerer. Die beschleunigte Mietentwicklung resultiert nicht – jedenfalls nicht nur – aus einer preisrechtlich bedenklichen Annahme eines beschleunigten Kaufkraftschwunds. Die Parteien haben es im Übrigen in der Hand, das Gewicht

der Pro-Zulässigkeit-Argumente zu verstärken, indem sie die inflationsfernen Motive für die vereinbarten Mietzuschläge zum Inhalt der Preisvereinbarung machen oder zusätzliche Bedingungen für das Wirksamwerden der Zuschläge vorsehen. Beispiele:

- **Wohnungszwischenmiete:** Der Zwischenmieter für einen neu fertiggestellten hochpreisigen Wohnkomplex rechnet damit, dass er erst nach geraumer Zeit eine Vollvermietung erreicht. Auch mit der mietsteigernden Wirkung der vorgesehenen Staffel-Mieterhöhungen, die er mit den einziehenden Wohnungsmietern vereinbaren will, kann er erst im zweiten oder dritten Jahr nach Erstvermietung rechnen.
- **Vermietung eines Ladens in einem EKZ mit hohem Leerstand:** Der Vermieter knüpft die Mietzuschläge nicht nur an bestimmte Stichtage, sondern auch an die Bedingung, dass der derzeitige Leerstand von ... % auf eine deutliche niedrigere Quote von ... % gesunken ist.
- **Zahnarzt-Praxis:** Die Mietzuschläge für die Praxis sollen nicht schon bei Erreichen von bestimmten Stichtagen wirksam werden, sondern auch davon abhängen, ob es dem Mieter gelungen ist, bis zu diesem Zeitpunkt weitere Kollegen als Untermieter oder Angestellte zu beschäftigen, so dass die vorgesehenen ... (Beispiel: 3) Zahnarzt-Stühle ganztags ausgelastet sind.

Einen noch ausgeprägteren Gleichlauf zum Index – und damit einen größeren Sicherheitsabstand zur Unwirksamkeitsgrenze – erreicht man dadurch, dass die Index-Mietanpassung in relativ kurzen Zeitabständen oder bei Erreichen von mäßigen Schwellenwerten erfolgt – Beispiel: 5 % statt 10 %.

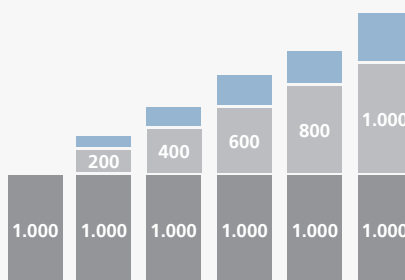
**Indexierte Mietstaffeln:** Die Vertragsparteien können auch vereinbaren, dass die vereinbarten Mietstaffeln (also Grundmiete und hinzukommende Mietzuschläge) indiziert werden vgl. [Beispiel 6](#). Auch bei diesem Modell ist man sich nicht einig, ob es einer preisrechtliche Kontrolle nach § 2 Abs. 3 Ziff. 1 PrKG standhält. Zweifel bestehen insbesondere, ob das Verbot einer überproportionalen Preisentwicklung entgegensteht, vgl. *Baustein 107 Rdn. 7*).

6

Beispiel 6: indizierte Mietstaffeln

Mietvertrag vom 1.1.2010 bis 31.12.2022.  
Die Anfangsmiete von 1.000 € steigt alle 2 Jahre um 200 €. Die Mietstaffeln von 1.200 €, 1.400 €, 1.600 €, 1.800 € und 2.000 € sind indiziert. Die Indexsteigerungen sind identisch mit denjenigen aus Beispiel 1.

■ = Indexanpassung



### Stellungnahme

Die Veränderung gegenüber dem Beispiel 5 sind nur graduell. Deshalb überwiegen weiterhin die dort genannten Argumente für die Zulässigkeit dieser Mietgestaltung. Die Parteien sollten auch hier betonen, dass die beschleunigte Mietentwicklung nicht aus einer entsprechenden Inflationserwartung resultiert, sondern aus der Annahme, dass dem Mieter in den kommenden Jahren aus bestimmten Gründen eine höhere Mietbelastung zugemutet werden kann.

Wenn im Einzelfall aufgrund besonders hoher Mietstaffeln eine Übervorteilung des Mieters zu besorgen ist, hilft nicht das Preisrecht, sondern § 138 BGB, sog. Wuchergrenze, vgl. *Baustein 60*.

7

- 8 **Kombination Indexmiete und Marktmiete:** Um das Risiko eines Auseinanderdriftens von Indexmiete und örtlicher Vergleichsmiete zu verkleinern, können die Parteien in bestimmten Abständen – häufig: nach 5 oder 10 Jahren – eine Anpassung an die etwa divergierende Marktmiete zulassen. Da sich über die Marktmiete trefflich streiten lässt, sehen die üblichen Klauseln ein Schiedsgutachten vor. Die Korrektur der Indexmiete folgt dann den gleichen Regeln wie die marktorientierte Korrektur einer nicht-indexgebundenen Miete, vgl. im Einzelnen *Baustein 109 Rdn. 17*. Diese Korrekturmöglichkeit ist als Preisvereinbarung AGB-rechtlich unproblematisch. Ungeklärt ist aber, ob sie gegen das PrKG verstößt. Insoweit werden Bedenken angemeldet, wenn vor Ablauf einer preisrechtlichen Mindestfrist von 10 Jahren ein Nur-nach-oben-Leistungsvorbehalt zur Anpassung an die Marktmiete eingreifen soll, vgl. Usinger, a.a.O. 300. Eine richtungsneutrale, marktbedingte Preiskorrektur (nach oben und unten) soll demgegenüber ebenso zulässig sein wie eine Nur-nach-oben-Korrektur, die erst nach Ablauf von 10 Jahren erfolgt.



- 9 **Stellungnahme**
- Die Prüfung richtet sich nach § 2 Abs. 3 Nr. 3 PrKG. Danach sind solche Klauseln unzulässig, die Preisänderungen jenseits der index-gebundenen Preisentwicklung zulassen. Hier erlaubt die Klausel zusätzlich zur automatischen, indexgebundenen Mietänderung einen nicht-automatischen Anspruch auf Mietanpassung an die Marktmiete. Das ist nicht eo ipso grausamer als die Vereinbarung von Mietzuschlägen oder -staffeln. Die Marktmiete entwickelt sich zwar langfristig eher nach oben als nach unten. Das ist für die kurzfristige Perspektive von 10 oder 20 Jahren aber ohne maßgebliche Bedeutung. Denn auf diese Distanz ist die Wahrscheinlichkeit eines Anstiegs der Marktmiete nicht signifikant höher als diejenige eines Rückgangs. Der Fall unterscheidet sich also nicht entscheidend von der Kombination von Indexmiete und Mietzuschlag bzw. Staffelmiete. Denn hier wie dort wird die Ausgangsmiete richtungsoffen an die Entwicklung der Kaufkraft angepasst und an zusätzliche, von der Inflationserwartung nicht oder nicht entscheidend geprägte Korrekturen angebunden. Das ist preisrechtlich nur dann zu beanstanden, wenn die Vereinbarung nur die Richtung nach oben zulässt.

- 10 **Erst Indexmiete, dann Leistungsvorbehalt:** Der Wunsch der Vertragsparteien nach einer Lockerung der starren Bindung an den Index lässt sich unbedenklich folgendermaßen erfüllen: Zuerst gilt eine Automatik Klausel für die Mindestzeit von 10 Jahren, danach ein Leistungsvorbehalt, der eine Anpassung an die Marktmiete erlaubt. Je nach Laufzeit des Vertrags können sich auch mehrere Leistungsvorbehalte empfehlen, die

– etwa zu Beginn der Jahre 11 bis 15 – mehrere Anpassungen an den Index vorsehen und – etwa zu Beginn des Jahres 16 – wieder eine Anpassung an die Marktmiete. Diese Kombinationen sind preisrechtlich unbedenklich.

**Erst Indexmiete, dann Leistungsvorbehalt, dann wieder Indexmiete:** Unproblematisch wäre es auch, wenn die Parteien nach Ablauf des 10-Jahreszeitraums eine Anpassung an die Marktmiete („Gutachtermiete“) zulassen und die sich daraus ergebende Miete erneut für 10 Jahre mit einer Automatik Klausel indexieren. Zu den Möglichkeiten der Abmilderung des Schocks, der sich aus einer Anpassung an die Marktmiete ergeben kann, vgl. ausführlich *Baustein 110 Rdn. 10 mit einzelnen Gestaltungsalternativen*. 11

**Kombination Umsatzmiete und indexgebundene Mindestmiete:** Vereinbaren die Parteien eine Umsatzmiete, wird der Vermieter versuchen, sich gegen eine schlechte Geschäftsentwicklung des Mieters abzusichern. Dazu kann sich auch eine indexierte Mindestmiete eignen. Diese Lösungen sind zulässig, weil die Entwicklung der Mindestmiete ja nicht durch indexfremde Faktoren beeinflusst wird, ebenso Geldmacher, DWW 1999, 109; Schultz, a.a.O., 196; Bartholomäi/Lindner-Figura/Stellmann, a.a.O. Rdn.58, *Baustein 56 Rdn. 6*. Sie sind insbesondere bei Einzelhandelsflächen häufig anzutreffen. 12

**Repetitorium:** Eine Kombination von Indexmiete und Staffelmiete (Automatik Klausel für Ausgangsmiete und durch Mietstaffeln erhöhte Folgemieten) ist problematisch, wenn die vereinbarten Mietstaffeln so häufig sind, dass sie eine etwa deflationäre Preisentwicklung nicht zum Zuge kommen lassen (str.). Das gilt insbesondere, wenn Indexanpassung und Mietzuschläge gleichzeitig erfolgen sollen. Das Risiko ist kleiner, wenn der vereinbarte Mietzuschlag nicht indexiert ist, wenn er erst nach einem längeren Zeitraum von 5-10 Jahren erhoben wird, und wenn er durch die konkreten Geschäftserwartungen des Mieters gestützt ist. Ein zeitliches Nacheinander (erst Staffelmiete, dann automatische Indexmiete im Zuge einer Starthilfe zugunsten des Mieters) ist unproblematisch.

Eine Kombination von Indexmiete und Leistungsvorbehalt für Marktmiete (= „Gutachtermiete“) begegnet Bedenken, weil die Preisentwicklung nicht nur indexabhängig erfolgt.

Ein zeitliches Nacheinander (erst „automatische“ Indexmiete, dann Leistungsvorbehalt für Marktmiete und Indexmiete) ist unproblematisch, wenn für die erste Phase alle PrKG-Voraussetzungen eingehalten sind.

Eine Kombination Umsatzmiete und autom. indexierte Mindestmiete ist unproblematisch.



**Falllösung:** Der Anwalt wird mit dem Vermieter alle Alternativen überlegen, die hier in Frage kommen.

Kostensparend und einfach ist eine Automatikklausel für die ersten 10 Jahre, verbunden mit einem Leistungsvorbehalt, die Miete nach Ablauf der ersten 10 Jahre an die etwa erhöhte Marktmiete anpassen zu dürfen. Da es an Vergleichsobjekten fehlt, empfiehlt es sich, den Markterfolg an bestimmten, leicht messbaren Indizien festzumachen, also: jährliche Durchschnittszahlen für Seminare, Tagungen, Übernachtungen, Mitarbeiter, Hilfskräfte, Mitglieder der GbR, Mitglieder eines Fördervereins o.ä. Alternativ sind auch Anschub-Mietverzichte denkbar, bei denen die Phase der automatischen Indexmiete erst später beginnt, also nach dem Auslaufen der Frist für die „subventionierte“ Miete. Finanzierende Banken und Kaufinteressenten sehen diese Gestaltung nicht gern. Sie sehen sie aber immer noch lieber als Subventionen, die

der Vermieter dem Mieter als Einmalbetrag zahlt, ohne es im Mietvertrag auszuweisen („Mieterkauf“)! Weiter ist zu überlegen, ob man der unsicheren Geschäftsentwicklung dadurch besser entspricht, dass die Mietentwicklung nur von Leistungsvorbehalten abhängig sein soll, die eine Anpassung an die Indexentwicklung und – in Abständen von etwa 5 Jahren – auch die Anpassung an einen etwa sichtbaren Geschäftserfolg erlaubt. Als Nachteil für den Vermieter ist hervorzuheben: Er muss jeweils selbst initiativ werden, um seine Chancen auf Mieterhöhungen zu nutzen. Der Verwaltungsaufwand könnte unwirtschaftlich sein.

Staffelmieten eignen sich nicht, weil das Prognoserisiko für den Mieter unkalkulierbar ist.

Umsatzmieten eignen sich nicht, weil die Buchungunterlagen kaum den kaufmännischen Regeln folgen werden.