

# Wohnflächenabweichung im Lichte der neuen BGH-rechtsprechung – Einfluss auf Mieterhöhung, Schadensersatzfragen

Von RA Markus Groll, LL.M (Real Estate), Rechtsberater des IVD-Süd e.V.

## Einführung<sup>1</sup>

Die Höhe der Miete für eine Wohnung ist für Vermieter und Mieter von wesentlicher Bedeutung. Sie bemisst sich regelmäßig – neben anderen Faktoren wie Lage, Zustand und Ausstattung – vor allem nach ihrer Fläche. Ergibt sich nach Abschluss des Mietvertrages, dass die Wohnung tatsächlich kleiner ist als angenommen, ergeben sich für beide Mietvertragsparteien zahlreiche rechtliche Fragen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>2</sup> (BGH) sind die vertraglich geschuldeten Leistungen anzupassen bzw. Gewährleistungsrechte begründet, wenn die tatsächliche Fläche und mehr 10% von der vereinbarten Fläche abweicht. Flächenabweichungen darunter werden als unwesentlich betrachtet, eine Toleranz nach oben wird verneint. Wie wird nun die maßgebliche Fläche ermittelt? Woraus ergibt sich die vertragliche Mietfläche, wenn im Mietvertrag keine Angaben zu entnehmen sind?

## Feststellung einer Flächenabweichung

Zunächst einmal muss eine Flächenabweichung vorliegen. Dies ist der Fall,

wenn die vertragliche von der tatsächlichen Mietfläche abweicht.

### Die vertragliche Mietfläche

Sofern im Mietvertrag eine Quadratmeterzahl festgelegt ist, handelt es sich dabei um eine Vereinbarung zur Mietfläche, also die vertraglich vereinbarte Mietfläche. Die Rechtsprechung sieht dies als Vereinbarung der Parteien zur Beschaffenheit der Mietsache im Hinblick auf die Größe an (sog. Beschaffenheitsvereinbarung<sup>3</sup>). Dies gilt selbst dann, wenn der m<sup>2</sup>-Angabe ein „ca.“ voran gesetzt ist. Nach der Auffassung des BGH ist dem relativierenden Zusatz „ca.“ keine eigenständige Bedeutung beizumessen.<sup>4</sup>

Um Streit zu vermeiden, ist es daher ratsam, im Mietvertrag keine Angaben zur Mietfläche zu machen.

**Tipp:** Nehmen Sie keine Flächenangaben zur Bezeichnung der Mietsache in den Mietvertrag auf!

Dem Schweigen im schriftlichen Mietvertrag zur Wohnfläche kommt – so die h.M. in Literatur und Rechtsprechung – eine Indizwirkung dafür zu, dass sich der Vermieter hinsichtlich der Wohnungsgröße nicht habe binden wollen.

Aus dem vorvertraglichen Verhalten des Vermieters, also bei der Akquise des Mieters und der Vertragsanbahnung, kann sich jedoch etwas anderes ergeben. Wird eine Wohnung mit einer Quadratmeterangabe annonciert und schickt der Vermieter dem Mieter vor Unterzeichnung des Mietvertrages eine Flächenberechnung nach der II. Berechnungsverordnung zu, welche die annocierte Fläche enthält, so ist von einer stillschweigenden (konkludenten) Flächenvereinbarung auszugehen. Der BGH selbst bejahte in einem solchen Fall eine Flächenvereinbarung insbesondere deshalb, weil kumulativ mehrere Umstände dafür sprachen, dass die Parteien dem Vertrag eine bestimmte



RA Markus Groll

Fläche zu Grunde legen wollten und zugleich der Vertrag für die Flächenvereinbarung keine Regelung vorgesehen.<sup>5</sup>

Aus dieser Entscheidung ergibt sich aber auch, dass eine konkludente Flächenvereinbarung gerade dann nicht vorliegt, wenn die Parteien ausdrücklich keine Flächengröße vereinbart

haben. Dies ist z.B. der Fall, wenn das Vertragsformular zwar eine Regelung zur Fläche vorgesehen hätte, diese jedoch ausdrücklich, also mit einem Strich versehen bzw. einfach übergangen worden wäre.

Der bloße Verzicht auf eine schriftliche Vereinbarung der Mietfläche birgt also das Risiko in sich, dass auf Grund weiterer (vorvertraglicher) Umstände auf eine konkludente Flächenvereinbarung geschlossen wird.

**Tipp:** Nehmen Sie in den Mietvertrag ausdrücklich auf, dass keine bestimmte Mietfläche vereinbart ist.

Der BGH hat eine derartige Vertragsgestaltung als zulässig erachtet und eine Mietminderung bei einer Flächenabweichung von 21,54% mit dem Hinweis abgelehnt, dass die Flächenangabe auf Grund des Ausschlusses nicht Bestandteil der vereinbarten Beschaffenheit geworden ist und sich der räumliche Umfang des Mietobjekts ausschließlich aus der Anzahl der gemieteten Räume ergibt.<sup>6</sup>

Um Streit über die Wohnfläche bei der Abrechnung von Betriebskosten zu vermeiden, bietet es sich an, (nur!) diesbezüglich eine Fläche zu vereinbaren.

**Formulierungsvorschlag:** „Eine bestimmte Mietfläche ist nicht vereinbart. Die Betriebskostenabrechnung erfolgt auf Grundlage einer Fläche von ...m<sup>2</sup>.“

### Die tatsächliche Fläche 3

Zur Ermittlung der tatsächlichen Fläche muss zum einen die Fläche (rechnerisch



richtig) vermessen werden und zum anderen diese rechtlich beurteilt werden. Während die Vermessung keine rechtlichen Probleme aufwirft, ist die rechtliche Beurteilung des Vermessungsergebnisses oftmals problematisch.

Für öffentlich geförderten Wohnungsbau ist die Wohnflächen nach der seit 01.01.2004 gültigen Wohnflächenverordnung (WoFIV) zu ermitteln. Für zuvor errichtete Gebäude gilt, dass es in den Fällen, in denen die Wohnfläche bis zum 31.12.2003 nach der II. BV berechnet wurde, es bei dieser Berechnung bleibt (§ 5 WoFIV). Nur wenn nach dem 31.12.2003 bauliche Änderungen an dem Wohnraum vorgenommen wurden, die eine Neuberechnung der Wohnfläche erforderlich machen, sind die Vorschriften der WoFIV anzuwenden.

Bei frei finanziertem Wohnungsbau sieht die Rechtsprechung<sup>7</sup> eine dreistufige Prüfung vor: Maßgeblich sind zunächst ausdrückliche oder konkludente Vereinbarungen der Vertragsparteien über das anzuwendende Regelwerk. Liegen solche nicht vor, ist eine eventuelle Ortssitte<sup>8</sup> maßgeblich. Erst wenn auch diese nicht ermittelt werden kann, ist auch im preisfreien Wohnungsbau die Fläche nach den Vorschriften für den preisgebundenen Wohnungsbau zu ermitteln. Zur Bestimmung der Anwendbarkeit des jeweiligen Regelwerks (s.o.) ist jedoch nicht der Zeitpunkt der Errichtung des Gebäudes, sondern der Zeitpunkt des Abschlusses des Mietverhältnisses maßgeblich.<sup>9</sup> Demnach sind für alle Vermietungsfälle vor dem 31.12.2003 die II. BV maßgeblich, für alle späteren Vermietungsfälle die WoFIV.

Die Flächenberechnung nach der WoFIV und der II. BV unterscheiden sich. So bestimmt beispielsweise § 44 Abs. 2 II. BV, dass Balkonen mit bis zu 1/2 ihrer Fläche als Wohnfläche berücksichtigt werden, während § 4 Abs. 4 WoFIV grundsätzlich eine Berücksichtigung von nur 1/4 vorsieht.

#### Exkurs: Gewerberaum

Für Gewerberäume gelten die WoFIV oder die zuvor gültige II. BV nicht. Ist zwischen den Parteien nichts vereinbart, greift die Rechtsprechung auf die Berechnungsgrundsätze der DIN 277 zurück.

Die Berechnungsgrundlage können die Parteien aber auch vereinbaren, was rechtlichen Streitigkeiten vorbeugt. Meist

führt die Berechnung nach DIN 277 zu einer größeren Fläche, da untergeordnete Flächen – wie Kellerräume und Balkone – unter gewissen Voraussetzungen zu 100% auf die Fläche angerechnet werden, während nach der WoFIV eine anteilige Berücksichtigung erfolgt.

**Merke:** Nur wenn die Berechnung nach einer bestimmten Methode ausdrücklich vereinbart ist, berechnet sich die Mietfläche nach dieser, beispielsweise: „Die Wohnfläche berechnet sich nach DIN 277.“

#### Rechtsfolgen

Steht fest, dass die tatsächliche von der vereinbarten Mietfläche abweicht, können damit verschiedene Rechtsfolgen verbunden sein.

#### Minderung

Hat die Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt zunächst der Miete für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit. Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht (§ 536 Abs. 1 BGB). Nach der Rechtsprechung ist jede für den Mieter nachteilige Flächenabweichung ein Mangel der Mietsache. Allerdings ist die Erheblichkeitsschwelle erst bei mehr als 10% Flächenabweichung überschritten.<sup>10</sup> Die Kraft Gesetzes eintretende Minderung umfasst dann die gesamte Flächenabweichung. Der Mieter kann die zu viel bezahlte Miete innerhalb der dreijährigen Regelverjährung zurückfordern. Mangels Abhilfemöglichkeit kommt ein Ausschluss der Mietminderung wegen unterlassener Anzeige des Mangels durch den Mieter (§ 536c Abs. 2 Satz 2 BGB) nicht in Betracht.

Während bei erheblicher Flächenabweichung zu Gunsten des Mieters eine Anpassung an die tatsächlichen Verhältnisse kraft Gesetzes eintritt (§ 536 Abs. 1 BGB), scheidet eine Anpassung zu Gunsten des Vermieters aus, wenn er die Fläche zu seinen Ungunsten berechnet hat. Nach Ansicht des BGH trägt er das Risiko der Falschberechnung der Fläche und kann daher auch in Fällen einer erheblichen Abweichung von mehr als 10% nicht gemäß § 313 BGB Angleichung der Miete an die tatsächliche Fläche verlangen.

#### Kündigung

Darüber hinaus stellt nach Ansicht des BGH eine Flächenabweichung von mehr als 10% einen wichtigen Kündigungsgrund i. S. des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB dar, da der Vermieter dem Mieter das Objekt auf Grund der Flächenabweichung nicht im vertraglich vereinbarten Zustand überlassen hat.<sup>11</sup> Eine für die firstlose Kündigung grundsätzlich erforderliche Mahnung ist hier aber mangels Abhilfemöglichkeit entbehrlich.

#### Schadensersatz

Weil eine Flächenabweichung einen anfänglich nicht behebbaren Mangel darstellt (sog. anfängliche Unmöglichkeit) und damit dem Vermieter die Erfüllung seiner Pflicht zur Mängelbeseitigung unmöglich ist, ist der Vermieter dem Mieter grundsätzlich zum Schadensersatz verpflichtet. Bis zur Überlassung der Mietsache setzt dieser Schadensersatzanspruch (§ 311a Abs. 2 BGB) jedoch ein Verschulden des Vermieters im Sinne einer Kenntnis bzw. eines Kennenmüssens der anfänglichen Unmöglichkeit voraus, welche der Mieter im Bestreitensfall beweisen muss.

Ab Überlassung der Mietsache gesteht das Gesetz dem Mieter jedoch einen verschuldensunabhängigen Anspruch zu (§ 536a Abs. 1 Satz 1 BGB). Auf das Verschulden des Vermieters kommt es dann nicht mehr an (sog. Garantiehaftung des Vermieters). Allerdings lässt sich dieser Anspruch vertraglich ausschließen.

**Formulierungsvorschlag:** „Die verschuldensunabhängige Haftung des Vermieters für bei Mietvertragsschluss vorhandene Sachmängel ist ausgeschlossen. § 536a Abs. 1 BGB findet insoweit keine Anwendung.“

Der eventuelle zu ersetzende Schaden kann im Ersatz der Umzugskosten, Maklerkosten, höherer Miete etc. bestehen.

#### Mieterhöhung

##### Mieterhöhung bis zur örtlichen Vergleichsmiete

Der Vermieter kann die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete in dem Zeitpunkt, zu dem die

Erhöhung eintreten soll, seit 15 Monaten unverändert ist. (sog. ordentliche Mieterhöhung, § 558 Abs. 1 BGB). Die ortsübliche Vergleichsmiete wird gebildet aus den üblichen Entgelten, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen der Betriebskosten abgesehen, geändert worden sind (sog. Wohnwertmerkmale). Nach diesen gesetzlichen Vorgaben ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der einen repräsentativen Querschnitt der üblichen Entgelte darstellen soll.<sup>12</sup> Maßgeblich für den nach dieser Bestimmung vorzunehmenden Abgleich der begehrten Mieterhöhung mit der ortsüblichen Vergleichsmiete ist allein die tatsächliche Größe der vermieteten Wohnung. Etwas anderes gilt nur, wenn die Vertragsparteien anlässlich der konkreten Mieterhöhung etwas für den Mieter Günstigeres vereinbart haben (§§ 557 Abs. 1, Abs. 3 Hs. 2, Abs. 4, 558 Abs. 6 BGB).<sup>13</sup>

**Merke:** Bei der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete ist auf die tatsächliche Wohnungsgröße abzustellen, wenn nicht die Parteien anlässlich der konkreten Mieterhöhung etwas für den Mieter Günstigeres vereinbart haben!

Bei der ordentlichen Mieterhöhung darf sich die Miete innerhalb von drei Jahren – abgesehen von Modernisierungsmieterhöhungen und Erhöhungen der Betriebskosten – nicht um mehr als 20% bzw. 15% (in Gebieten, für die Wohnungsknappheit festgestellt wurde) erhöhen (sog. Kappungsgrenze, § 558 Abs. 3 BGB). Die Kappungsgrenze wird bemessen, indem die zu Beginn des Vergleichszeitraums geltende Ausgangsmiete der ortsüblichen Vergleichsmiete gegenüber gestellt wird.<sup>14</sup> Die Ausgangsmiete wiederum bestimmt sich nicht danach, wie sie möglicherweise – fiktiv – hätte gebildet werden können. Maßgeblich dafür ist vielmehr grundsätzlich nur ihr zum Vergleichszeitpunkt tatsächlich geltender Betrag, ohne dass es zusätzlich darauf ankommt, wie er zu Stande gekommen ist.

**Merke:** Auch bei der Bestimmung der Kappungsgrenze kommt es ausschließlich auf die tatsächliche Wohnfläche an!

Hat der Mieter einem unberechtigten Mieterhöhungsverlangen zugestimmt, so gilt wieder die 10%-Minderungsrechtsprechung des BGH, der Mieter ist also zur Minderung der zugestimmten Miete nur berechtigt, wenn die Flächenabweichung größer als 10% ist.

#### Zusammenfassung:

- 1) Liegt eine Flächenabweichung vor, ist ein Mietmangel nur erheblich, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10% unter der vereinbarten Wohnfläche liegt
- 2) Bei der Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete kommt es ausschließlich auf die tatsächliche Wohnfläche an.
- 3) Auch bei der Berechnung der Kappungsgrenze kommt es ausschließlich auf die tatsächliche Wohnfläche an.

#### Staffelmieterhöhung

Die Miete kann für bestimmte Zeiträume in unterschiedlicher Höhe schriftlich vereinbart werden; in der Vereinbarung ist die jeweilige Miete oder die jeweilige Erhöhung in einem Geldbetrag auszuweisen (sog. Staffelmiete, §§ 557 Abs. 2, 557a BGB). Grundlage der Staffelmiete ist stets die Gesamtmiete für die Wohnung, sodass hier die 10%-Rechtsprechung des BGH zur Minderung gilt: liegt eine Minderung vor, mindert sich entsprechend die Staffelmiete.

#### Indexmieterhöhung

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 (sog. Indexmiete, §§ 557 Abs. 2, 557b Abs. 1 BGB). Auch hier ist Grundlage der Indexmietanpassung die Gesamtmiete für die Wohnung, sodass auch hier die 10%-Rechtsprechung des BGH zur Minderung gilt: liegt eine Minderung vor, mindert sich entsprechend die Staffelmiete.

#### Modernisierungsmieterhöhung

Hat der Vermieter gesetzlich anerkannte Modernisierungsmaßnahmen durchgeführt, so kann er die jährliche Miete um 11% der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen (§ 559 BGB). Die erhöhte Miete setzt sich somit aus der bisher bezahlten Miete zuzüglich Umlage zulässiger Modernisierungskosten zusammen.

In Bezug auf die bisher bezahlte Miete gilt auch hier die 10%-Rechtsprechung des BGH zur Minderung: liegt eine Minderung vor, mindert sich entsprechend die Bestandsmiete; ihr sind ungeschmälert die umlagefähigen Modernisierungskosten hinzuzurechnen.

#### Mieterhöhung nach Vereinbarung

Während des Mietverhältnisses können die Parteien eine Erhöhung der Miete vereinbaren (§ 557 Abs. 1 BGB). Stellt sich danach eine Flächenabweichung heraus, gilt auch hier wieder die 10%-Rechtsprechung des BGH und mindert sich die vereinbarte Miete entsprechend.

#### Tipp bei Abschluss des Mietvertrages

- 1) Nehmen Sie keine Flächenangabe in den Mietvertrag auf. Ausnahme als Grundlage zur Betriebskostenabrechnung
- 2) Vereinbaren Sie ausdrücklich, dass eine Mietfläche nicht vereinbart ist; eine angegebene Quadratmeterzahl dient lediglich als Grundlage für eine evtl. Betriebskostenabrechnung. (s.o.)
- 3) Vereinbaren Sie ausdrücklich, dass sich die Wohnfläche nach DIN 277 berechnet. (s.o.)
- 4) Schließen Sie die Garantiehaftung des Vermieters aus (s.o.)

**Haftungsausschluss:** Die hier wiedergegebenen Empfehlungen und Ratschläge sind nach bestem Wissen und Gewissen erstellt. Sie können keine Rechtsberatung im Einzelfall ersetzen. Der Autor übernimmt rechtliche Gewähr nur im Rahmen eines ausdrücklich übertragenen und angenommenen Mandats. ■

<sup>12</sup> Der Aufsatz geht aus dem Vortrag des Autors mit dem gleichen Thema auf dem Immobilienrechtskongress des IVD Süd e.V. am 11.11.2016 hervor.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 24.03.2004 – VIII ZR 295/03

<sup>14</sup> BGH, a.a.O.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 10.03.2010 – VIII ZR 144/09

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 23.06.2010 – VIII ZR 256/09

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 10.11.2010 – VIII ZR 306/09

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 22.04.2009 – VIII ZR 86/08

<sup>19</sup> So z. B. für Anrechnung der Terrassenfläche auch nach Inkrafttreten der WoflV zu 50 % in Berlin: LG Berlin, GE 2011, 1086 oder die fehlende Ortssitte für Anrechnung der Balkonfläche in Hamburg: LG Hamburg ZMR 2013, 284.

<sup>20</sup> BGH, a.a.O.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 24.03.2004 – VIII ZR 295/03

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 29.04.2019 – VIII ZR 142/08

<sup>23</sup> BVerfG, Beschl. v. 08.11.1988 – 1 BvR 1527/87

<sup>24</sup> So nun auch BGH, Urt. v. 18.11.2015 – VIII ZR 266/14

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 10.10.2007 – VIII ZR 331/06