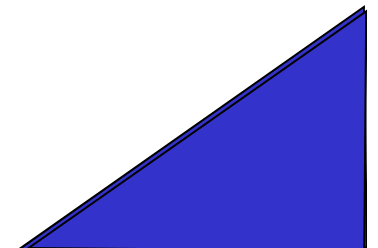


# **Flächenabweichungen und ihre Folgen**

Verwalterforum zum Mietrecht  
Hannover, 23. August 2016



## I. Ausgangspunkt

Flächenabweichungen werfen mietrechtlich folgende Problemkreise auf:

- Welche rechtliche Bedeutung hat eine Flächenangabe?
- Wie wird die Fläche „richtig“ berechnet?
- Welche, auch formularvertragliche Vereinbarungen sind zulässig?
- Ist die Flächenabweichung ein Mietmangel?
- Welche Folgen haben Flächenabweichungen bei der Mieterhöhung und bei der Betriebskostenabrechnung?
- Besonderheiten bei der Geschäftsraummiete?
- Was bringt das 2. MietNovG?

## **I. Ausgangspunkt**

Der BGH hat sich seit 2004 mit diesen Problemkreisen beschäftigt. Seine Rechtsprechung galt als gefestigt. Mit Urteil vom 18.11.2015 (VIII ZR 266/14) hat der BGH diese Rechtsprechung aber teilweise geändert. Gleichzeitig hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen (dennoch oder auch deswegen?), entsprechende gesetzliche Regelungen in das BGB aufzunehmen im 2. Mietrechtsnovellierungsgesetz (2. MietNovG), von dem allerdings bislang noch kein endgültig abgestimmter Entwurf vorliegt.

Also alle Fragen wieder offen?

## II. Rechtliche Bedeutung einer Flächenangabe?

Flächenangabe im Mietvertrag = **Zusicherung**?

Grundsätzlich nein, denn sonst würde jede Abweichung jedenfalls zu Lasten des Mieters Gewährleistungsansprüche auslösen. Anders z. B. bei „echter“ Quadratmetermiete.

BGH:

Flächenangabe = **Beschaffenheitsvereinbarung**, keine bloße Objektbeschreibung (24.03.2004 – VIII ZR 44/03, VIII ZR 295/03 und VIII ZR 133/03; 16.12.2009 - VIII ZR 39/09), auch wenn lediglich eine Zahl angegeben wird (BGH, 23.05.2007 - VIII ZR 138/06).

## II. Rechtliche Bedeutung einer Flächenangabe?

Auch **konkludent** denkbar, wenn keine Abfrage der Wohnungsgröße im Mietvertrag, aber vorvertragliche Angaben in einer Anzeige und einer übergebenen Wohnflächenberechnung (BGH, 23.06.2010 - VIII ZR 256/09).

Zulässig soll auch sein, eine Flächenangabe im Mietvertrag ausdrücklich als **unverbindlich** zu vereinbaren (BGH, 10.11.2010 - VIII ZR 306/09; vgl. auch BGH, 28.09.2005 - VIII ZR 101/04).

### **III. Richtige Flächenberechnung?**

Der Begriff „Wohnfläche“ ist auslegungsbedürftig und nach allg. Sprachgebrauch nicht eindeutig (BGH, 24.03.2004 – VIII ZR 44/03 und VIII ZR 295/03), ebenso „Mietraumfläche“ (BGH, 21.10.2009 – VIII ZR 244/08).

Wohnflächenverordnung (WoFIV) für Mietverträge ab dem 01.01.2004 bzw. II. Berechnungsverordnung (II. BV) für Mietverträge bis zum 31.12.2003 sind nur für den preisgebundenen Wohnungsbau zwingendes Recht.

Im preisfreien Wohnungsbau können die Parteien des Mietvertrages frei vereinbaren, welche Berechnungsvorschrift anzuwenden ist (auch DIN 283 oder 277).

### **III. Richtige Flächenberechnung?**

Fehlt eine derartige ausdrückliche Vereinbarung:

- Ermittlung einer konkludenten Vereinbarung
- andernfalls ist eine evtl. örtliche Verkehrssitte maßgeblich
- kann auch eine solche nicht ermittelt werden, gelten auch für preisfreien Wohnungsbau die zum Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses maßgeblichen Vorschriften für den preisgebundenen Wohnungsbau.

(BGH, 23.05.2007 – VIII ZR 231/06; BGH, 22.04.2009 – VIII ZR 86/08; BGH, 29.09.2009 – VIII ZR 242/08; BGH, 28.10.2009 – VIII ZR 164/08; BGH, 10.03.2010 – VIII ZR 144/09).

## III. Richtige Flächenberechnung?

### Einzelfälle:

- Einigung über die Dachterrassenfläche (BGH, 22.02.2006 – VIII ZR 219/04; BGH, 22.04.2009 – VIII ZR 86/08)
- Einigung über Terrasse (BGH, 28.10.2009 – VIII ZR 164/08), sofern sie unmittelbar an die Wohnung anschließt (BGH, 08.07.2009 – VIII ZR 218/08)
- Einigung über Galeriegeschoss einer Maisonette-wohnung, auch wenn bauordnungsrechtlich zu niedrig (BGH, 16.12.2009 – VIII ZR 39/09; vgl. zur baurechtswidrigen Räumen bzw. Flächen auch BGH, 08.07.2009 – VIII ZR 218/08; BGH, 29.09.2009 – VIII ZR 242/08; BGH, 16.09.2009 – VIII ZR 275/08).



## **IV. Flächenabweichung = Mangel?**

Voraussetzung: mehr als nur unerhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung (§ 536 Abs. 1 BGB); vom Mieter darzulegen und zu beweisen (bloßes Bestreiten der vom Vermieter bezifferten Flächenwerte genügt nicht: BGH, 22.10.2014 – VIII ZR 41/14).

BGH: Ist die tatsächliche Fläche mehr als 10 % kleiner als die vereinbarte Fläche spricht eine unwiderlegliche Vermutung für eine Gebrauchsbeeinträchtigung gerade in Folge der Flächendifferenz (BGH, 24.03.2004 – VIII ZR 295/03); dies gilt auch, wenn die vereinbarte Fläche mit einem Ca.-Zusatz versehen ist (BGH, 24.03.2004 – VIII ZR 133/03; BGH, 10.03.2010 – VIII ZR 144/09).

## IV. Flächenabweichung = Mangel?

Bei einem Flächendefizit von weniger als 10 % bleibt es dem Mieter unbenommen, gerade dadurch eine konkrete Gebrauchsbeeinträchtigung nachzuweisen (AG Dortmund, 26.11.2013 – 425 C 7773/12; etwa, weil nicht alle Möbel untergebracht werden können: BGH, 02.03.2011 – VIII ZR 209/10 – im konkreten Fall verneint, sofern kein gesonderter Möblierungszuschlag vereinbart ist).

Diese Grundsätze gelten auch dann,

- wenn es sich um ein Einfamilienhaus mit nicht in die Fläche einbezogenem Garten handelt (BGH, 28.10.2009 – VIII ZR 164/08);
- wenn die Wohnung vor Bezug entsprechend den Wünschen des Mieters umgebaut wurde (BGH, 28.09.2005 – VIII ZR 101/04).

## IV. Flächenabweichung = Mangel?

- Bemessungsgrundlage der Minderung = die Bruttomiete (BGH, 23.06.2010 – VIII ZR 256/09; BGH, 20.07.2005 – VIII ZR 347/04).
- Wohnraummietensatz des BGH: Minderung im gleichen Verhältnis wie Flächenabweichung (BGH, 02.03.2011 – VIII ZR 209/10)
- Gewerberaummietensatz des BGH: Differenzierung nach Haupt- und Nebenflächen (BGH, 18.07.2012 – XII ZR 97/09)
- Sonderproblem Verjährung - Anforderungen an die Tatsachenkenntnis str.: Möglichkeit der Kenntnis (Börstinghaus), positive Kenntnis (Eisenschmid; Jacoby). LG Krefeld (07.11.2012 – 2 S 23/12 – NJW 2013, 401): Kenntnis nicht durch bloßes Wohnen, erst durch nachmessen.

## **V. Folgen der Flächenabweichung für die Betriebskostenabrechnung?**

BGH:

Es gilt ebenfalls die 10 % - Grenze wie bei der Mietminderung (BGH, 31.10.2007 - VIII ZR 261/06) ohne nähere Begründung; also nicht nur Beschaffenheitsvereinbarung, sondern auch Vereinbarung eines Abrechnungsmaßstabs (auch bei fehlender Vereinbarung im Mietvertrag und Rückgriff auf den subsidiären und dispositiven § 556a Abs. 1 BGB)?

## **VI. Folgen der Flächenabweichung für die Mieterhöhung?**

BGH alt:

Es gilt ebenfalls die 10 % - Grenze wie bei der Mietminderung ohne nähere Begründung; entschieden wurden 3 Fallgestaltungen:

- keine Flächenangabe im Mietvertrag, die Flächenangabe im Mieterhöhungsverlangen ist größer als die tatsächliche Fläche (BGH, 07.07.2004 - VIII ZR 192/03)
- die tatsächliche Fläche ist größer als im Mietvertrag vereinbart (BGH, 23.05.2007 - VIII ZR 138/06)
- die tatsächliche Fläche ist kleiner als im Mietvertrag vereinbart (BGH, 08.07.2009 - VIII ZR 205/08)

## **VI. Folgen der Flächenabweichung für die Mieterhöhung?**

Beachte BGH alt (23.06.2010 – VIII ZR 256/09) weiter:

Besteht ein Wohnflächendefizit von mehr als 10 %, kann der Vermieter keine höhere Quadratmetermiete mit der Begründung fordern, die Wohnung sei nach ihrer tatsächlichen Größe in anderes Feld des Mietspiegels einzuordnen.

BGH neu (18.11.2015 – VIII ZR 266/14):

1. Die bei Abschluss eines Wohnraummietvertrags getroffene Beschaffenheitsvereinbarung zur Wohnungsgröße ist – und zwar auch bei Abweichungen von bis zu 10 % – nicht geeignet, die bei einer späteren Mieterhöhung zu berücksichtigende Größe der Wohnung

## **VI. Folgen der Flächenabweichung für die Mieterhöhung?**

BGH neu (18.11.2015 – VIII ZR 266/14):

durch einen von den tatsächlichen Verhältnissen abweichenden fiktiven Wert verbindlich festzulegen (Aufgabe der Senatsrechtsprechung; zuletzt Senat, 08.07.2009 - VIII ZR 205/08). Vielmehr ist jede im Wohnraummietvertrag enthaltene, von der tatsächlichen Wohnungsgröße abweichende Wohnflächenangabe für die Anwendbarkeit des § 558 BGB und die nach dessen Maßstäben zu beurteilende Mieterhöhung ohne rechtliche Bedeutung. Maßgeblich für den nach dieser Bestimmung vorzunehmenden Abgleich der begehrten Mieterhöhung mit der ortsüblichen Vergleichsmiete ist allein die tatsächliche Größe der vermieteten Wohnung.

## **VI. Folgen der Flächenabweichung für die Mieterhöhung?**

BGH neu (18.11.2015 – VIII ZR 266/14):

2. Auch in Fällen, in denen sich nachträglich herausstellt, dass die tatsächliche Wohnfläche über der bis dahin von den Mietvertragsparteien angenommenen oder vereinbarten Wohnfläche liegt, kommt bei einseitigen Mieterhöhungen die Kappungsgrenze des § 558 Absatz 3 BGB zur Anwendung, zu deren Bemessung die zu Beginn des Vergleichszeitraums geltende Ausgangsmiete der ortsüblichen Vergleichsmiete gegenüberzustellen ist.



## **VII. Besonderheiten bei der Geschäftsraummiete?**

Die soeben dargestellten Grundsätze gelten auch bei Mietverhältnissen über andere Sachen:

- Keine Zusicherung bei Flächenabgabe im Mietvertrag (OLG Brandenburg, 06.01.2015 – 6 U 134/13) oder in einer handschriftlichen des Vermieters bei der Besichtigung (LG Dortmund, 04.11.2010 – 11 S 133/10)
- Ohne abweichende mietvertragliche Vereinbarung zur Methode der Flächenberechnung kann der Vermieter regelmäßig die Mietsache durch jede zulässige und mögliche Berechnung nachweisen (OLG Düsseldorf, 27.11.2011 – I-24 U 56/11), also etwa DIN 277, DIN 283, gif-Richtlinien

## **VII. Besonderheiten bei der Geschäftsraummiete?**

- Ein Flächendefizit von weniger als 10 % ist kein erheblicher Mangel der Mietsache (OLG Düsseldorf, 21.11.2013 – I-10 U 37/13), außer der Mieter legt dar und beweist, dass dadurch der vertragsgemäße Gebrauch erheblich beeinträchtigt wird (KG, 05.02.2009 – 12 U 122/07).
- Ein Flächendefizit von mehr als 10 % berechtigt den Mieter zur Mietminderung (BGH, 04.05.2005 – XII ZR 254/01; OLG Brandenburg, 06.01.2015 – 6 U 134/13; OLG Düsseldorf, 02.12.2004 – I-10 U 77/04 und 13.01.2005 – I-10 U 86/04), aber differenziert nach dem Gebrauchswert der Minderfläche (BGH, 18.07.2012 – XII ZR 97/09).

## **VII. Besonderheiten bei der Geschäftsraummiete?**

- Haben die Parteien eine so genannte echte Quadratmetermiete vereinbart, kann der Mieter aus ungerechtfertigter Bereicherung Mietrückzahlungsansprüche auch bei einem Flächendefizit von weniger als 10 % geltend machen (OLG Dresden, 01.07.2014 – 5 U 1890/13).

## **VIII. Was bringt das 2. MietNovG?**

Die geplanten Neuregelungen sollen – nach dem bislang vorliegenden, noch nicht endabgestimmten Entwurf – folgenden Inhalt haben:

### **1. § 536 Absatz 1 Sätze 4 und 5 BGB-E**

„Besteht der Mangel der Mietsache in einer Unterschreitung der vereinbarten Fläche, kommt eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit nur in Betracht, wenn die Abweichung der tatsächlichen von der vereinbarten Fläche höchstens 10 Prozent beträgt. Bei einer Abweichung von höchstens 10 Prozent trägt der Mieter die Beweislast für Umstände, die eine erhebliche Minderung der Tauglichkeit begründen.“

## **VIII. Was bringt das 2. MietNovG?**

### **2. § 554 BGB-E Berechnung der Wohnfläche**

„(1) Die Vertragsparteien können vorbehaltlich anderer Rechtsvorschriften vereinbaren, dass die Wohnfläche zu berechnen ist nach

1. den in Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder 2 genannten Verfahren oder
2. anerkannten Regeln der Technik zur Berechnung von Wohnflächen.

(2) Wenn die Vertragsparteien keine Berechnung der Wohnfläche nach Absatz 1 vereinbart haben, gelten für die Berechnung folgende Vorschriften:

## **VIII. Was bringt das 2. MietNovG?**

### **2. § 554 BGB-E Berechnung der Wohnfläche**

1. für bis zum 31. Dezember 2003 bezugsfertige Gebäude: die §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Oktober 1990 (BGBl. I S. 2178) in der am 29. August 1990 geltenden Fassung,

2. für ab dem 1. Januar 2004 bezugsfertige Gebäude: die Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346) in der am 1. Januar 2004 geltenden Fassung.

## **VIII. Was bringt das 2. MietNovG?**

### **2. § 554 BGB-E Berechnung der Wohnfläche**

Bei der Berechnung nach Satz 1 Nummer 1 oder 2 sind die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und Terrassen jeweils zu einem Viertel anzurechnen.

(3) Eine zum Nachteil des Mieters von Absatz 1 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

## **VIII. Was bringt das 2. MietNovG?**

### **3. § 556 Abs. 1a BGB-E**

„(1a) Bei der Umlage von Betriebskosten nach dem Anteil der Wohnfläche sind die Flächen einheitlich nach den in § 554 Absatz 2 genannten Verfahren zu berechnen. Liegt dem Vermieter eine einheitliche Berechnung der Flächen nach anerkannten Regeln der Technik zur Berechnung von Wohnflächen nach § 554 Absatz 1 Nummer 2 vor, kann er die Betriebskosten entsprechend dieser Berechnung verteilen. Satz 2 gilt entsprechend, wenn bei einer einheitlichen Berechnung der Flächen nach § 554 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder 2 die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und Terrassen abweichend von der Vorgabe in § 554 Absatz 2 Satz 2 angerechnet wurden.“



## **VIII. Was bringt das 2. MietNovG?**

### **4. § 558 Abs. 1 Satz 2 BGB-E**

„Die zulässige Mieterhöhung richtet sich nach der Wohnfläche, die sich bei einer Berechnung nach § 554 Absatz 1 und 2 ergibt.“

## **VIII. Was bringt das 2. MietNovG?**

### **5. § 559 Abs. 3 Sätze 2 – 4 BGB-E**

„Soweit die Aufteilung nach dem Anteil der Wohnfläche erfolgt, sind die Flächen einheitlich nach den in § 554 Absatz 2 genannten Verfahren zu berechnen. Liegt dem Vermieter eine einheitliche Berechnung der Flächen nach anerkannten Regeln der Technik zur Berechnung von Wohnflächen nach § 554 Absatz 1 Nummer 2 vor, kann er die Kosten entsprechend dieser Berechnung aufteilen. Satz 2 gilt entsprechend, wenn bei einer einheitlichen Berechnung der Flächen nach § 554 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder 2 die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und Terrassen abweichend von der Vorgabe in § 554 Absatz 2 Satz 2 angerechnet wurden.“

## **VIII. Was bringt das 2. MietNovG?**

### Inkrafttreten:

Die Neuregelungen sollen

- ab dem 1. des auf die Verkündung folgenden Kalendermonats in Kraft treten
- für Betriebskostenabrechnungszeiträume gelten, die danach beginnen
- für Mieterhöhungserklärungen gelten, die danach zugehen.

# Geschafft!

## So erreichen Sie mich

RA Thomas Hannemann  
Hannemann, Eckl & Moersch  
Rechtsanwälte - Steuerberater  
Erbprinzenstrasse 31  
76133 Karlsruhe

Tel: 0721- 9 21 31-0

Fax: 0721- 9 21 31-41

Internet: [Rechts-undSteuerkanzlei.de](http://Rechts-undSteuerkanzlei.de)

E-Mail: [th@Rechts-undSteuerkanzlei.de](mailto:th@Rechts-undSteuerkanzlei.de)