

Flächenabweichungen und Betriebskostenabrechnung – die Fortsetzung: „Tatsächliche Fläche“ gilt auch für preisgebundenen Wohnraum und bei öffentlich-rechtlichen Nutzungsbeschränkungen

BGH, Urteil vom 16. Januar 2019 – VIII ZR 173/17¹

Es gibt BGH-Entscheidungen, bei denen man jeden Satz doppelt und dreifach unterstreichen könnte – so gründlich, schlüssig und überzeugend sind sie begründet. In diese herausragende Kategorie gehört das aktuelle Urteil des VIII. Senats vom 16. Januar 2019, das sich zum zweiten Mal innerhalb relativ kurzer Zeit sehr grundsätzlich mit der Behandlung von Flächenabweichungen – der Differenz zwischen einer Angabe im Mietvertrag und der tatsächlichen Wohnfläche – befasst. Es bestätigt zunächst die zentralen Grundsatzaussagen der Entscheidung vom 30. Mai 2018, mit der der Senat seine verfehlte Rechtsprechung zur Anwendung der 10%-Toleranzgrenze auf die Betriebskostenabrechnung aufgegeben und korrigiert hat; im zweiten und dritten Schritt stellt es klar, dass diese neue Rechtsprechung ohne Einschränkung auch für den preisgebundenen Wohnraum gilt und dass öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen unerheblich sind, wenn ein „kritischer“ Raum zu Wohnzwecken (mit-)vermietet ist.

Der Fall:

Der Mietvertrag vom 1. November 1979 enthält u.a. folgende Angaben: „Die Wohnfläche beträgt 120,05 m². [...] Die Wohnung ist preisgebunden.“ Zu der Wohnung (im 3. OG) gehört eine Mansarde im 5. OG mit einer Deckenhöhe von lediglich 1,90 m. Die Grundfläche der Mansarde ist in einem Schriftstück mit der Bezeichnung der „Wohnungsbeschreibung und Übergabeverhandlung“ mit 16,95 m² angegeben.

Im Zusammenhang mit der Betriebskostenabrechnung für das Jahr 2013 streiten die Parteien darüber, ob und in welchem Umfang die Grundfläche der Mansarde bei der Wohnfläche anzurechnen ist. Die Vermieterin hat bei ihrer Abrechnung die im Mietvertrag genannte Fläche von insgesamt 120,05 m² – einschließlich der Grundfläche der Mansarde – zugrundegelegt und danach eine Betriebskostennachforderung von 86,83 € geltend gemacht. Die Mieter wenden hiergegen ein, die Grundfläche der Mansarde sei nicht anzurechnen mit der Folge, dass die Wohnfläche nur 103,10 m² betrage. Da die tatsächliche Wohnfläche mithin mehr als 10% kleiner sei als die im Mietvertrag angegebene Fläche, hätten sie für das Jahr 2012 insgesamt 1.214,68 € zuviel Miete gezahlt, die sie nun mit ihrer Widerklage zurückfordern.

Amts- und Landgericht haben der Klage der Vermieterin stattgegeben und die Widerklage der Mieter abgewiesen. Hiergegen – sowohl hinsichtlich der Klage als auch der Widerklage – richtet sich die Revision der Mieter.

¹ bislang nur in juris veröffentlicht (Stand 12. Februar 2019).

Die Entscheidung:1) *Eine verfahrensrechtliche Vorfrage: Die Beschränkung der Zulassung der Revision durch das Berufungsgericht; Unzulässigkeit der Revision bzgl. der Abweisung der Widerklage*

Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision nicht ausdrücklich beschränkt. Aus der Begründung des Berufungsurteils ergibt sich jedoch, dass es *eine höchstrichterliche Klärung der Frage* erreichen wollte,

*ob die vom BGH im Urteil vom 18. November 2015 (VIII ZR 166/14, BGHZ 208, 18, Rn. 10 ff) entwickelten Grundsätze zur Bedeutung von Wohnflächenangaben im Mietvertrag bei der Anpassung der Miete an die ortsübliche Vergleichsmiete gem. § 558 ff BGB auf Betriebskostenabrechnungen übertragbar sind.*²

Mit dieser Formulierung hat das LG eindeutig – *und wirksam* – *die Zulassung der Revision auf die konkret bezeichnete Rechtsfrage beschränkt*, auch wenn die Beschränkung im Entscheidungssatz des Berufungsurteils nicht ausdrücklich enthalten ist.³ Infolgedessen ist die Revision unzulässig, soweit sie die Abweisung der Widerklage (wegen Minderung) betrifft.⁴

2) *Berechnung und Anrechnung der maßgebenden Wohnfläche im konkreten Fall*a) *Berechnung der Wohnfläche bei „Altverträgen“ nach der II. BV*

Bekanntlich sind die Wohnflächen für Gebäude, die bis zum 31. Dezember 2003 fertiggestellt worden sind, nach den bis dahin geltenden Bestimmungen der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV) – konkret: nach den §§ 42 ff a.F. – zu berechnen. Diese Vorschriften sind zwar zum 1. Januar 2004 außer Kraft getreten, bleiben aber für „Altgebäude“ grundsätzlich weiterhin anwendbar (§ 42 n.F. II. BV, § 5 WoFIV). Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen.

b) *Wichtig: Anrechnung der Mansardenfläche trotz öffentlich-rechtlicher Nutzungsbeschränkung*aa) *Der Grundsatz*

Der nächste Punkt betrifft das Verhältnis von öffentlichem (Baunutzungs-)Recht und privatem (Miet-)Recht. Auch insoweit hat das LG zu Recht angenommen, dass bei der Ermittlung der für die Betriebskostenabrechnung maßgebenden Wohnfläche die Mansarde zu berücksichtigen ist, obwohl der Raum *zu weniger als der Hälfte seiner Grundfläche eine lichte Höhe von mehr als 2,20 m* aufweist – etwas konkreter und einfacher ausgedrückt: ihre lichte Höhe beträgt lediglich 1,90 m. Damit gilt die Mansarde *nach den einschlägigen Bestimmungen der Hessischen Landesbauordnung*⁵ *nicht als Aufenthaltsraum*.

² Rn. 10

³ Rn. 11 ff

⁴ Rn. 9 ff

⁵ § 50 Abs. 1 HBO i.d.F. vom 28. Mai 2018; die für das Jahr 1979 geltende entsprechende Bestimmung (in juris nicht gespeichert) gilt fort, § 87 Abs. 1 Satz 1 HBO

Der BGH hat jedoch bereits im Jahr 2009 in zwei Entscheidungen klargestellt, dass öffentlich-rechtliche *Nutzungsbeschränkungen vermieteter Wohnräume nicht zu berücksichtigen sind, wenn die Nutzbarkeit der Räume tatsächlich nicht eingeschränkt ist*, weil bzw. solange die zuständige Behörden nicht eingeschritten sind.⁶ Daran hat er mehrfach auch in der Folgezeit⁷ und ebenso im vorliegenden Fall festgehalten.⁸ Ein behördliches Einschreiten ist (bislang) nicht erfolgt.

Ist die Grundfläche der Mansarde von 16,95 m²⁹ mithin für die Betriebskostenabrechnung grundsätzlich bei der Ermittlung der Wohnfläche zu berücksichtigen, gelten für die konkrete Berechnung die Bestimmungen des § 44 Abs. 1 Nr. 2 II. BV bzw. nunmehr des § 4 Nr. 2 WoFIV. Danach ist die Grundfläche mit einer lichten Höhe von mindestens 1 m und weniger als 2 m zur Hälfte, hier also mit rd. 8,48 m² anzurechnen, sodass sich eine tatsächliche Gesamtwohnfläche von 111,57 m² ergibt.¹⁰

bb) *Die Konsequenzen für die Abrechnung der Betriebskosten*

Den vorstehenden Grundsatz wendet der Senat sodann folgerichtig und ohne Einschränkung auf die *Betriebskostenabrechnung* an; denn

*die Anforderungen des Bauordnungsrechts (sind) von der mietrechtlichen Frage zu unterscheiden, ob die Vertragsparteien die betreffenden Räume so in den Mietvertrag einbezogen haben, dass sie diese als Wohnraum ansehen und die Räume entsprechend nutzbar sind.*¹¹

3) *Maßgeblichkeit der tatsächlichen Wohnfläche – Keine Anwendung der 10%-Toleranzgrenze bei der Betriebskostenabrechnung*

a) *Die Entscheidung des Berufungsgerichts vom 26. Mai 2017*

Das Berufungsgericht hatte sein Urteil am 26. Mai 2017 erlassen, somit ein Jahr vor der Grundsatzentscheidung des BGH vom 30. Mai 2018¹² zur alleinigen Maßgeblichkeit der tatsächlichen, korrekt berechneten Wohnfläche für die Betriebskostenabrechnung. Deshalb hatte es sich noch an der früheren, verfehlten Rechtsprechung des VIII. Senats orientiert, nach der die zur Frage der Mietminderung wegen einer Flächenabweichung entwickelte sog. Toleranzgrenze von 10% auch für die Mieterhöhung gem. § 558 BGB¹³ und die Abrechnung der Betriebskosten gilt.¹⁴

⁶ Urteile vom 16. September 2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421 Rn. 6, und vom 16. Dezember 2009 - VIII ZR 39/09, NJW 2010, 1064 Rn. 20

⁷ Nachweise Rn. 20

⁸ Rn. 19, 20

⁹ Rn. 18

¹⁰ Rn. 15

¹¹ Rn. 21

¹² VIII ZR 220/17, WuM 2018, 425 = NJW 2018, 2317 = NJW 2018, 2317 = Grundeigentum 2018, 869 = NZM 2018, 671 = ZMR 2018, 746, hier bereits besprochen

¹³ Urteil v. 23. Mai 2007 – VIII ZR 138/06, Grundeigentum 2007, 1046 = WuM 2007, 450 = NZM 2007, 594 = NJW 2004, 2626 = ZMR 2007, 681 = DWW 2007, 335; ebenso Urteil v. 8. Juli 2009 - VIII ZR

Die Grundfläche der Mansarde beträgt, wie erwähnt, 16,95 m², und sie ist wegen der lichten Höhe von 1,90 m lediglich zur Hälfte, also mit 8,48 m² anzurechnen. Da die Abweichung von der im Mietvertrag genannten Wohnfläche von 120,05 m² demzufolge unter der 10%-Grenze liegt, hat das LG sie als unerheblich angesehen.

b) *Die Korrektur des Berufungsurteils nach der neuen BGH-Rechtsprechung*

Die Entscheidung des Berufungsgerichts widerspricht den Grundsätzen der neuen BGH-Rechtsprechung, und zwar unabhängig davon, ob die bei Abschluss des Mietvertrages bestehende Preisbindung für die Wohnung auch im Abrechnungsjahr 2013 noch gegolten hat oder ob sie inzwischen entfallen ist.

aa) *Maßgeblichkeit der tatsächlichen Wohnfläche auch für den preisgebundenen Wohnraum*

Falls die Preisbindung noch bestanden hat – was die Vorinstanzen nicht festgestellt haben –, ist für die Betriebskostenabrechnung weiterhin die Bestimmung des § 20 Abs. 2 Satz 1 NMV anzuwenden, nach der die Betriebskosten *nach dem Verhältnis der Wohnfläche* umzulegen sind. Sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift kommt es *auf die tatsächliche Wohnfläche und nicht auf etwaige Flächenangaben oder Beschaffensvereinbarungen im Mietvertrag an*. Denn – so fährt der BGH wörtlich fort –

*zum einen handelt es sich bei dem "Verhältnis der Wohnfläche" um eine objektive, rechnerische Größe. Zum anderen bezweckt die Bestimmung eine unverfälschte Verteilung von durchlaufenden Kosten des Vermieters unter mehreren Mietern auf das gesamte Gebäude (...). Dem wird allein der Maßstab der tatsächlichen Wohnfläche gerecht.*¹⁵

bb) *Dasselbe Ergebnis für den preisfreien Wohnraum*

An diesem Ergebnis ändert sich nichts, falls die Preisbindung für die Wohnung im Jahr 2013 nicht mehr bestanden haben sollte. Dann greifen die Grundsätze des BGH-Urteils vom 30. Mai 2018¹⁶ und als maßgebende Bestimmung § 556a BGB unmittelbar ein. In diesem Zusammenhang betont der BGH erneut den unterschiedlichen Zweck des mietrechtlichen Gewährleistungsrechts einerseits und der Bestimmungen über die Bildung der ortsüblichen Vergleichsmiete sowie der Betriebskostenumlegung andererseits: Während es bei der Frage einer Mietminderung gem. § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB um die notwendige Abgrenzung einer unerheblichen von der erheblichen Tauglichkeitsbeeinträchtigung geht, ist *für die Betriebskostenabrechnung die tatsächliche Wohnfläche der betroffenen Wohnung sowie ihr Verhältnis zur tatsächlichen Gesamtwohnfläche maßgebend*.¹⁷

205/08, WuM 2009, 460 = Grundeigentum 2009, 1038 = NJW 2009, 2739 = NZM 2009, 613 = DWW 2009, 331

¹⁴ Urteil v. 31. Oktober 2007 – VIII ZR 261/06, WuM 2007, 700 = Grundeigentum 2007, 1686 = NJW 2008, 142 = NZM 2008, 35 = DWW 2008, 17 = ZMR 2008, 38

¹⁵ Rn. 24

¹⁶ s. Fußn. 11

¹⁷ so wörtlich in Rn. 26 unter Bezugnahme auf das Urteil vom 30. Mai 2018

c) *Das weitere Verfahren: Notwendige Feststellung der Gesamtwohnfläche der Abrechnungseinheit*

Obwohl die maßgebende tatsächliche und richtig berechnete Wohnfläche der Wohnung feststeht, ist das Verfahren nicht abgeschlossen; denn es fehlen Feststellungen dazu,

wie sich die tatsächliche Wohnfläche von 111,57 qm auf den Anteil der Beklagten an der für die jeweiligen Kostenpositionen maßgeblichen Gesamtwohnfläche auswirkt.

Insoweit liegt es nicht fern, dass das betreffende Anwesen sowie das zur Abrechnungseinheit gehörende Nachbarobjekt der Klägerin weitere Mansarden aufweisen, deren anzurechnende Grundfläche Einfluss auf die Gesamtwohnfläche hat.¹⁸ Diese Feststellungen sind – ggf. nach ergänzendem Parteivortrag – in der neuen Berufungsverhandlung nachzuholen.¹⁹

Die Leitsätze lauten:

1) *Für die Umlage der Betriebskosten einer preisgebundenen Wohnung nach der Wohnfläche nach Maßgabe von § 20 Abs. 2 Satz 1 NMV 1970 ist - ebenso wie im Geltungsbereich des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB (...) - auf die tatsächlichen Flächenverhältnisse abzustellen.*

2) *Bei der Ermittlung der Wohnfläche sind öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen vermieteteter Wohnräume weder im Rahmen einer Mietminderung (...) noch bei der Abrechnung der Betriebskosten zu berücksichtigen, sofern die Nutzbarkeit der Räume mangels Einschreitens der zuständigen Behörden nicht eingeschränkt ist.*

Anmerkungen

Die Bedeutung dieses „brandaktuellen“ Urteils vom 16. Januar 2019 kann nicht hoch genug eingeschätzt werden. Es enthält drei äußerst wichtige Aussagen:

1) Gleichbehandlung von preisgebundenem und preisfreien Wohnraum

Neu, aber geradezu zwingend und konsequent ist die Klarstellung, dass die Grundsätze des Urteils vom 30. Mai 2018 über die Maßgeblichkeit der tatsächlichen Wohnfläche uneingeschränkt auch für den preisgebundenen Wohnraum gelten, und zwar auch für „Altverträge“.

2) Unerheblichkeit von öffentlich-rechtlichen Nutzungsbeschränkungen

Ebenfalls neu ist die Fortführung der Rechtsprechung des VIII. Senats zur grundsätzlichen Unerheblichkeit von öffentlich-rechtlichen Nutzungsbeschränkungen für eine Mietminderung: sie gilt ohne Einschränkung auch für die Ermittlung der für die Betriebskostenabrechnung maßgebenden Wohnfläche.

¹⁸ so wörtlich in Rn. 27; Unterstreichung hinzugefügt.

¹⁹ Rn. 28

3) Bisher unterschätzt: Die notwendige Feststellung der Gesamtwohnfläche

Nicht neu, aber als geradezu elementare Klarstellung ist der mehrfache Hinweis des Senats auf die Bedeutung und Notwendigkeit einer korrekten Ermittlung der Gesamtwohnfläche. Der Hinweis findet sich nahezu wörtlich auch bereits in dem Urteil vom 30. Mai 2018²⁰

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang vor allem die Begründung des Senats für die Notwendigkeit der Fortsetzung des Verfahrens in der Berufungsinstanz wegen weiterer tatrichterlicher Feststellungen zum *Anteil der Mieter an der für die jeweilige Kostenposition maßgeblichen Gesamtwohnfläche*. Insoweit

*liegt es nicht fern, dass das betreffende Anwesen sowie das zur Abrechnungseinheit gehörende Nachbarobjekt der Klägerin weitere (als Wohnraum vermietete) Mansarden aufweisen, deren anzurechnende Grundfläche Einfluss auf die Gesamtwohnfläche hat.*²¹

Im Klartext: Bereits die unzutreffende Flächenangabe in einem Mietvertrag – hier: der Kläger als betroffene Mieter – *begründet ernsthafte Zweifel an den Wohnflächenberechnungen anderer Wohnungen, insbesondere in Fällen, in denen für Wohnzwecke genutzte Räume in Dachgeschossen (mit schrägen Wänden) oder Untergeschossen mit geringer Raumhöhe eine Rolle spielen. Da die Richtigkeit einer Betriebskostenumlegung aber bekanntlich nicht nur von der Wohnfläche der einzelnen Wohnung, sondern zwingend auch von dem zweiten Faktor, nämlich ihrem Anteil an der Gesamtwohnfläche der Abrechnungseinheit, abhängt.* kann auf die richtige Feststellung der Gesamtwohnfläche in keinem Fall verzichtet werden.

Auswirkungen für die Praxis:

Empfehlung Vermieter:

Beim geringsten Zweifel, ob *sämtliche Wohnflächenangaben einer Abrechnungseinheit* den Vorgaben des BGH entsprechen, sollte der Vermieter unbedingt durch einen Sachverständigen zumindest alle Wohnungstypen der Einheit neu vermessen lassen. Damit wird er in Zukunft, wenn sich diese neue Entscheidung herumgesprochen hat, unnötige Auseinandersetzungen mit den Mietern vermeiden.

Im Übrigen: Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine korrigierte Abrechnung eine *größere* Wohnfläche ausweist, und sich die Korrektur für den Vermieter auch wirtschaftlich auszahlt.²²

Empfehlung Mieter:

Das neue Urteil zeigt wie viele ähnliche BGH-Entscheidungen in der Vergangenheit, dass relativ oft Wohnflächen im Mietvertrag und infolgedessen in aller Regel auch bei der Be-

²⁰ dort (s.o. Fußn. 12) im Leitsatz und Rn. 22 und 23

²¹ Rn. 27

²² so z.B. im Urteil vom 18. November 2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18; WuM 2016, 34 = Grund-eigentum 2016, 49 = NJW 2016, 239 = NZM 2016, 42 = DWW 2016, 29 = ZMR 2016, 194, Rn. 10

triebskostenabrechnung oder einer Mieterhöhung zu hoch angesetzt sind. Hat der Mieter Bedenken in dieser Richtung, sollte er – ebenso wie der Vermieter – einen Sachverständigen einschalten. Von einer laienhaften Vermessung in „Eigenleistung“ des Mieters, wie sie der BGH für möglich und zumutbar hält²³, ist mit allem Nachdruck abzuraten. Sie überfordert den Mieter und sie nützt wegen des hohen Fehlerrisikos im Ergebnis niemandem – das zeigt ein kurzer Blick in die detaillierten Bestimmungen der Wohnflächenverordnung sofort.

²³ so z.B. Urteil vom 31. Mai 2017 - VIII ZR 181/16, Grundeigentum 2017, 774 = NZM 2017, 435 = WuM 2017, 404 = NJW-RR 2017, 435