

## **Minderung der Miete wegen Flächendefizit: BGH bestätigt wichtige Grundsätze zur Berechnung der Wohnfläche (II. BV / WoFIV) und zur Verjährung des Rückforderungsanspruchs des Mieters wegen überzahlter Miete (§§ 812, 199 BGH)**

BGH, Beschluss vom 17. Oktober 2023 – VIII ZR 61/23<sup>1</sup>

Erst drei Wochen vor diesem Beschluss hat der VIII. Senat des BGH sich in einer Grundsatzentscheidung mit dem Komplex Minderung der Miete wegen Flächenabweichung befasst:<sup>2</sup> dort ging es um den etwas haarspalterisch wirkenden Begriff der Türnische und den Zahlungsverzug bzw. die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen einer Flächenabweichung von 0,4 Promille (Minderfläche, nicht BAK). Die Vorinstanzen und der Senat hatten jenen Fall zum Anlass für recht grundsätzliche Ausführungen zum Sinn und Zweck einer Türnische genommen. Der aktuelle Beschluss enthält dagegen keine neuen Grundsatzaussagen; dennoch ist er interessant und sehr lesenswert wegen der Bestätigung der BGH-Rechtsprechung zu wichtigen Punkten des Komplexes Wohnfläche und ihren mietrechtlichen Folgen, einschließlich der Fragen eines Bereicherungsanspruchs des Mieters wegen überzahlter Miete.

### Der Fall:

Die Mieterin bewohnt seit dem 16. April 2014 eine im dritten Obergeschoss gelegene preisfreie Wohnung in Bonn. Im Mietvertrag vom 24. März 2014 ist die Wohnfläche mit 49,18 m<sup>2</sup> angegeben; sie war bei Erbauung des Objekts in den 1960er Jahren nach den damals gültigen Berechnungsgrundlagen ermittelt worden. Die monatliche Miete belief sich bis einschließlich April 2017 auf 528 € und seit Mai 2017 auf 537,78 €.

Anlässlich eines Mieterhöhungsverlangens der Vermieterin im April 2021 ließ die Mieterin die Wohnung vermessen. Nach dem Ergebnis dieser Vermessung machte sie gegenüber der Vermieterin geltend, die Wohnfläche betrage tatsächlich nur 42,64 m<sup>2</sup> und weiche daher um 13,3 % von der vereinbarten Wohnfläche ab. Für den Zeitraum vom 16. April 2014 bis einschließlich Juni 2021 verlangte sie danach eine Rückzahlung überzahlter Miete in Höhe von insgesamt 6.139,03 € und Ersatz der Sachverständigenkosten in Höhe von 258,23 €. Die Vermieterin hat einen Mangel der Mietsache bestritten und außerdem Verjährung eingewandt.

Das Amtsgericht hat ein Sachverständigengutachten eingeholt, das nach der Wohnflächenverordnung (WoFIV) die Wohnfläche mit 43,3 m<sup>2</sup> berechnet hat, und zwar einschließlich der mit einem Viertel (1,069 m<sup>2</sup>) angerechneten Fläche des Balkons. Auf der Basis der sich bei dieser tatsächlichen Wohnungsgröße ergebenden Flächenabweichung von 11,96 % hat das Amtsgericht der Klage in Höhe von insgesamt 5.779,21 € stattgegeben.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Vermieterin, bei der es nur noch um die Frage der Anrechnung der Balkonfläche mit lediglich einem Viertel und eine Abweichung von der

---

<sup>1</sup> Nur in juris veröffentlicht (St. 16. Februar 2024).

<sup>2</sup> VIII ZR 117/22, WuM 2023, 683; NJW-RR 2023, 1438; Grundeigentum 2023, 1143; DWW 2023, 380; NZM 2023, 928. Die Entscheidung ist hier bereits besprochen worden.

vertraglich vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % - nämlich 11,96 % - ging, zurückgewiesen. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH hat es den Begriff der „Wohnfläche“ nach der im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses am 24. März 2014 geltenden Wohnflächenverordnung definiert und dabei klargestellt, dass – entgegen der Auffassung der Vermieterin – die Zweite Berechnungsverordnung (nach der Überleitungsvorschrift des § 5 WoFIV) mit der Anrechnung der Balkonfläche bis zur Hälfte nicht anzuwenden sei.

Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin sei auch nicht teilweise verjährt. Die dreijährige Verjährungsfrist habe erst mit der Kenntnis der Mieterin von dem Ergebnis der Vermessung im Jahr 2021 begonnen (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) und sei bei Einreichung der Klage im Dezember 2021 noch nicht abgelaufen.

### Die Entscheidung

*1) Kein Grund für die Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) – Anwendung der WohnflächenV für nach dem 31. Dezember 2003 geschlossenen Mietverträge ist geklärt; entscheidend ist der Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses*

Das Berufungsgericht hat die Revision zur Klärung der Frage zugelassen, ob die WoFIV – ohne die Überleitungsvorschrift in § 5 WoFIV – für nach dem 31. Dezember 2003 geschlossene Mietverträge anzuwenden ist. Diese Frage hat der Senat jedoch bereits mit Urteil vom 17. April 2019<sup>3</sup> entschieden; danach ist für die bei frei finanziertem Wohnraum notwendige Auslegung des im Wohnraummietvertrag verwendeten Begriffs der „Wohnfläche“ grundsätzlich auf die für den preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen zurückzugreifen, die *im Zeitpunkt des Mietvertragsabschlusses* gelten. In den Fällen, in denen der Mietvertrag nach Inkrafttreten der WoFIV am 1. Januar 2004 geschlossen wurde, ist die Wohnfläche deshalb nach den Vorschriften der WoFIV zu ermitteln. Daraus – so fährt der Senat fort – „folgt ohne Weiteres, dass in den genannten Fällen die Überleitungsvorschrift des § 5 WoFIV nicht zur Anwendung kommt.“<sup>4</sup> Entscheidend ist allein des Zeitpunkts des Abschlusses des Mietvertrags.<sup>5</sup>

*2) Keine Erfolgsaussicht der Revision*

*a) Einwand der Revision zur Anwendung des § 5 WoFIV greift nicht durch*

Das Berufungsgericht hat einen Rückzahlungsanspruch der Mieterin in Höhe von 5.520,98 € zu Recht bejaht. Nach den vorstehend dargelegten Grundsätzen ist die Wohnfläche nach der bei Abschluss des Mietvertrages anzuwendenden WoFIV zu bestimmen; danach war im vorliegenden Fall die Miete wegen einer *Minderfläche von mehr als 10 % - konkret 11,96 %* - für den geltend gemachten Zeitraum vom 16. April 2014 bis einschließlich Juni 2021 gemindert –

<sup>3</sup> VIII ZR 33/18, NJW 2019, 2464 Rn. 36, 40; ebenso Urteil vom 27. September 2023 - VIII ZR 117/22, WuM 2023, 683; NJW-RR 2023, 1438; Grundeigentum 2023, 1143; NZM 2023, 928

<sup>4</sup> Rn. 10

<sup>5</sup> Rn. 15

was der Senat an dieser Stelle noch einmal ausführlich darlegt.<sup>6</sup> Die von der Revision geltend gemachte Anwendung der Überleitungsbestimmung des § 5 WoFIV kommt nicht in Betracht. Eine entsprechende „Auslegung des von den Parteien eines Mietvertrags verwendeten Begriffs der "Wohnfläche" gemäß §§ 133, 157 BGB ist weder nach Art. 20 Abs. 3 GG noch in Anwendung anerkannter Auslegungsgrundsätze geboten.“ Diese Aussage konkretisiert der Senat sodann mit folgender, am besten wörtlich zitierten Klarstellung:

*Es entspricht vielmehr der typischen Interessenlage der Parteien eines Mietvertrags über preisfreien Wohnraum, den Begriff der Wohnfläche in Anlehnung an die materiellen Vorschriften der jeweils im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Vorschriften für preisgebundenen Wohnraum zu bestimmen, so dass es auf die Überleitungsregelung des § 5 WoFIV nicht ankommt, ...“<sup>7</sup>*

Eine Anwendung der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Bestimmungen der Zweiten Berechnungsverordnung nach der Überleitungsregelung des § 5 WoFIV ist auch nicht zum Schutz des Vermieters geboten; denn „es steht ihm frei, auch in einem ab Januar 2004 abgeschlossenen Mietvertrag auf eine (ausdrückliche) Vereinbarung dahingehend hinzuwirken, dass die dort vereinbarte Wohnfläche (noch) nach den Vorschriften der Zweiten Berechnungsverordnung zu berechnen ist.“<sup>8</sup>

*b) Anrechnung der Fläche des Balkons mit einem Viertel (§ 4 Abs. 4 WoFIV)*

Das Ergebnis des Berufungsgerichts, dass die Wohnfläche lediglich 43,3 m<sup>2</sup> beträgt und damit um 11,96 % von der vereinbarten Wohnfläche abweicht, weil die Grundfläche des Balkons nach § 4 Nr. 4 WoFIV lediglich mit einem Viertel anzurechnen ist, wird von der Revision nicht angegriffen.<sup>9</sup>

*c) Bereicherungsanspruch der Mieterin wegen Minderung der Miete ist nicht verjährt – keine Kenntnis der Mieterin von der Minderfläche vor der Vermessung der Wohnung (§ 199 BGB)*

Die Revision hatte geltend gemacht, der Rückzahlungsanspruch der Mieterin sei hinsichtlich der Miete bis Ende 2017 verjährt. Dies trifft nicht zu. Für den Bereicherungsanspruch der Mieterin gilt die regelmäßige dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB; sie beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 u. Nr. 2 BGB). Bei einem Anspruch aus ungerechtfertigter Leistung hat der Gläubiger Kenntnis, wenn ihm *die Tatsachen bekannt sind, aus denen sich das Fehlen des Rechtsgrundes ergibt*; auf eine zutreffende rechtliche Würdigung kommt es hierbei allerdings grundsätzlich nicht an.<sup>10</sup>

---

<sup>6</sup> Rn. 17 – 20.

<sup>7</sup> Rn. 21

<sup>8</sup> Rn. 21 a.E.

<sup>9</sup> Rn. 22

<sup>10</sup> Rn. 24 unter Bezugnahme u.a. vom 1. Juni 2011 - VIII ZR 91/10, NJW 2011, 2570 Rn. 23

Eine solche Kenntnis erlangt der Mieter – entgegen der Auffassung der Revision – i.d.R. noch nicht mit dem Bezug der Wohnung. Im vorliegenden Fall hat die Mieterin das „Fehlen eines Rechtsgrundes“ erst auf Grund der von ihr veranlassten Vermessung der Wohnung im Jahr 2021 erlangt. Eine „grob fahrlässige“ Unkenntnis liegt für die Zeit davor nicht vor; insbesondere ist ein Mieter grundsätzlich nicht verpflichtet, die Wohnung beim Bezug zur Überprüfung einer im Mietvertrag enthaltene Wohnflächenangabe vollständig auszumessen.<sup>11</sup>

### 3) Ergebnis (Hinweis)

Nach dem Beschluss vom 17. Oktober 2023 hat die Vermieterin ihre *Revision zurückgenommen*.

### Anmerkungen

#### 1) *Bedeutung des Beschlusses vom 17. Oktober 2023 für die Rechtsprechung und Praxis*

Wie eingangs bereits erwähnt, enthält der Beschluss vom 17. Oktober 2023 keine neuen grundsätzlichen Aussagen zum Komplex Minderung der Miete wegen einer Flächenabweichung. Für die Rechtsprechung der Instanzgerichte und für die Praxis wichtig und lesenswert ist er dennoch wegen der – ausführlich begründeten – Bestätigung der BGH-Rechtsprechung zur

- *Auslegung des Begriffs „Wohnfläche“ im Mietvertrag für eine frei finanzierte Wohnung,*
- *Maßgeblichkeit der Datums des Mietvertragsabschlusses (bis zum bzw. nach dem 31. Dezember 2003) für die Anwendung der Bestimmungen der II. BV bzw. der WoFIV zur Berechnung der Wohnfläche,*
- *Minderung der Miete wegen einer Minderfläche über 10%*

und schließlich zur

- *Verjährung eines Bereicherungsanspruchs (Rückzahlungsanspruchs) des Mieters wegen überzahlter Miete (§§ 812, 195, 199 BGB).*

#### 2) *Belange des Vermieters bleiben gewahrt*

Die (im Zweifel) „automatische“ Anwendung der Bestimmungen der WoFIV auf nach dem 31. Dezember 2003 geschlossene Mietverträge im Bereich der preisfreien Wohnraummiete auch für ältere Wohnungen kann für den Vermieter nachteilig sein, wie etwa im vorliegenden Fall mit der Anrechnung der Balkonfläche lediglich zu einem Viertel und nicht „bis zur Hälfte“ – wie nach dem bis zum 31. Dezember 2003 geltenden § 44 Abs. 2 II. BV. Dies beeinträchtigt die Belange des Vermieters jedoch nicht unangemessen, weil er, wie ausgeführt, auf die Anwendung der II. BV durch eine entsprechende Klausel im Mietvertrag hinwirken kann.

---

<sup>11</sup> Rn. 28

### 3) Eine „Fußnote“: Zur Auslegung des Begriffs „Wohnfläche“

Eine „nochmalige“ Überprüfung der Auslegung des Begriffs „Wohnfläche“ im frei finanzierten Wohnraum lehnt der Senat mit der Begründung ab, „die Ansicht, dass es insoweit – entgegen der Rechtsprechung des Senats – in Anwendung des § 5 WoFIV auf den Zeitpunkt der (erstmaligen) Berechnung der Wohnfläche (beziehungsweise auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes) ankomme, (werde) *lediglich noch von einer Stimme in der Literatur vertreten (Beyer, jurisPR-MietR 17/2019 Anm. 1).*“<sup>12</sup> In jener Anmerkung habe ich u.a. Folgendes ausgeführt (hier nur der Vollständigkeit halber zitiert):

#### *2. Bedenken hinsichtlich des maßgeblichen Zeitpunktes für die Geltung der Berechnungs-Bestimmungen*

*Nicht unbedenklich ist die Aussage des BGH im zweiten Leitsatz und in den Entscheidungsgründen (dort Rn. 16 unter Bezugnahme auf das Urteil des BGH vom 23.05.2007 - VIII ZR 231/06 Rn. 17 - NJW 2007, 2624), maßgeblicher Zeitpunkt für die Anwendung der §§ 42-44 II. BV bzw. der WoFIV sei der Abschluss des Mietvertrages. Die Überleitungs-vorschrift des § 5 WoFIV stellt auf den Zeitpunkt der (erstmaligen) Berechnung der Wohnfläche ab und sieht eine Ausnahme (nur) für den Fall vor, dass nach dem 31.12.2003 bauliche Änderungen vorgenommen worden sind, die eine Neuberechnung der Wohnfläche erforderlich machen. Danach kann kein Zweifel bestehen, dass es – entgegen der Auffassung des BGH – grundsätzlich auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Gebäudes ankommt.*

*Abgesehen davon führt das Abstellen auf den Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses bei größeren Wohneinheiten zwangsläufig dazu, dass für Wohnungen in derselben Einheit unterschiedliche Berechnungsmaßstäbe gelten, was bei der Abrechnung von Betriebskosten mit dem Grundsatz der einheitlichen Kostenverteilung nach dem Flächenanteil nicht vereinbar ist. Gerade auf diesen Gesichtspunkt hat der BGH jedoch in seiner aktuellen Rechtsprechung zu Recht Wert gelegt (vgl. z.B. Urt. v. 16.01.2019 - VIII ZR 173/17 Rn. 27 - NZM 2019, 288).*

- Ende des Zitats -

Auch wenn der Senat weder in dem aktuellen Beschluss noch an anderer Stelle auf diese Argumente eingeht, halte ich an den aaO. vertretenen Bedenken nicht mehr fest. Die im Interesse der Praxis wichtige *Einheitlichkeit der Rechtsprechung muss i.d.R. Vorrang vor etwaigen dogmatischen Überlegungen* haben. Im Übrigen soll auch hier betont werden, *wie sorgfältig, überzeugend und praxisgerecht der VIII. Senat in den letzten Jahren schwierige Fragen erörtert und sein jeweiliges Ergebnis begründet hat.*

#### Auswirkungen für die Praxis

##### Empfehlung: Hinweis auf die Anwendung der WoFIV im Mietvertrag

Zur Klarstellung und zur Vermeidung von „unnötigen“ Missverständnissen sollte der Mietvertrag *für vor dem 31. Dezember 2003 bezugsfertig gewordene Wohnungen* bei der Angabe der

---

<sup>12</sup> Rn. 14

Wohnfläche auf jeden Fall einen *Hinweis auf die Anwendung der Wohnflächenverordnung* enthalten.