

Betriebskostenabrechnung nach Wohnflächenanteil (§ 556a Abs. 1 BGB): BGH korrigiert endgültig seine Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung der 10%-Toleranzgrenze

BGH, Urteil vom 30. Mai 2018 – VIII ZR 220/17¹

Die Frage, welche rechtlichen Konsequenzen zu ziehen sind, wenn die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche von der tatsächlichen Fläche abweicht, hat den VIII. Senat des BGH seit dem Jahr 2004 wiederholt und in verschiedenen Zusammenhängen beschäftigt. Mit drei Grundsatzurteilen vom 24. März 2004² hat der Senat klargestellt, dass eine Flächenabweichung (Minderfläche) von mehr als 10% einen Mangel der Mietsache darstellt und die Miete in demselben Umfang gemindert ist; eine geringere Abweichung bleibt als (nur) unerhebliche Minderung der Tauglichkeit außer Betracht (§ 536 Abs. 1 BGB). Diese Rechtsprechung hat der Senat in der Folgezeit entsprechend angewendet auf die Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete gem. § 558 BGB³ und auf die Betriebskostenabrechnung, soweit auf den Wohnflächenanteil abzustellen ist (§ 556a Abs. 1 Satz 1 BGB)⁴. Im ersten Fall wirkte sich die Entscheidung *zum Nachteil des Vermieters* aus, weil die tatsächliche Wohnfläche rd. 8,5% größer war als im Mietvertrag angegeben, die 10%-Grenze mithin nicht überschritten und die vertragliche Flächenangabe deshalb nach Auffassung des Senats verbindlich war. Auch im zweiten Fall lag die Abweichung (deutlich) unter 10% mit der *für den Mieter nachteiligen Folge*, dass für die Betriebskostenabrechnung die vertraglich vereinbarte größere Fläche maßgebend war.

Diese – im Schrifttum vielfach kritisierte – Linie war bereits im Grundsatz verfehlt, weil die Rechtsprechung zur 10%-Toleranzgrenze in den drei Entscheidungen vom März 2004 *ausschließlich* auf der für die Mietminderung notwendigen *Abgrenzung der unerheblichen von der nicht mehr unerheblichen Minderung der Tauglichkeit* der Mietsache i.S.d. § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB beruhte. Für andere Komplexe, bei denen die Wohnfläche relevant ist, insbesondere also für die Betriebskostenabrechnung und die Mieterhöhung, spielt dieser Gesichtspunkt von vornherein keine Rolle.⁵

¹ WuM 2018, 425 (Stand 20. Juli 2018)

² VIII ZR 295/03, WuM 2004, 336 = Grundeigentum 2004, 682 = NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 = ZMR 2004, 495 = DWW 2004, 182; VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268 = DWW 2004, 148 = Grundeigentum 2004, 683 = NZM 2004, 456 = ZMR 2004, 500; und VIII ZR 44/03, WuM 2004, 337 = Grundeigentum 2004, 680 = NZM 2004, 454 = ZMR 2004, 501 = DWW 2004, 183 = NJW 2004, 2230

³ 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 205/08, WuM 2009, 460 = Grundeigentum 2009, 1038 = NJW 2009, 2739 = NZM 2009, 613 = DWW 2009, 331

⁴ 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

⁵ näher hierzu *Beyer*, NJW 2010, 1025, 1028/1029 unter b), und NZM 2010, 417, 419 unter 3.; *Börstinghaus*, Flächenabweichungen in der Wohnraummiete, Diss. 2012, S. 344 ff.

Seine unzutreffende Rechtsprechung zur „Ausdehnung“ der Toleranzgrenze hat der Senat in einem ersten wichtigen Schritt mit einem Urteil vom 18. November 2015⁶ zur Mieterhöhung gemäß § 558 BGB wie folgt korrigiert:

Die bei Abschluss eines Wohnraummietvertrages 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 durch einen von den tatsächlichen Verhältnissen abweichenden fiktiven Wert verbindlich festzulegen (Aufgabe der Senatsrechtsprechung, zuletzt Senatsurteil vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 205/08 - NJW 2009, 2739 Rn. 10, 13 m.w.N.). 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.

Zur Klarstellung ist der Hinweis veranlasst, dass es in jenem Fall nicht um eine Flächenunterschreitung, sondern – im Gegenteil – um eine, sogar recht beachtliche, Mehrfläche von immerhin 34% ging (richtig 210,43 m² statt 156,95 m²).

Nach dieser grundsätzlichen „Kehrtwende“ war es nur noch eine Frage der Zeit, wann der Senat auch für die Betriebskostenabrechnung auf die tatsächliche Wohnfläche – und nicht auf eine im Mietvertrag genannte, unzutreffende Angabe – abstellen würde. Diese Gelegenheit hat sich nun in einem aktuellen Fall geboten, der am 30. Mai 2018 verhandelt und entschieden worden ist.

Der Fall:

In § 1 des Mietvertrages über die in einem Mehrfamilienhaus gelegene Wohnung ist die Wohnfläche „mit 74,59 m² vereinbart.“ Tatsächlich beträgt die Wohnfläche, wie sich nachträglich herausgestellt hat, 78,22 m².⁷ Unter Zugrundelegung der tatsächlichen Wohnfläche (für den Wohnflächenanteil der Heizkosten) errechnete die Vermieterin bei den Heizkosten für das Wirtschaftsjahr 2013 ein Guthaben der Mieter in Höhe von 296,06 € und für 2014 ein Guthaben von 554,09 €. Die Mieter waren hiermit nicht einverstanden, rechneten auf der Grundlage der im Mietvertrag genannten geringeren Fläche nach und kamen dabei zu einem um 26,55 € (für 2013) bzw. 15,91 € (für 2014) höheren Guthaben.⁸ Nachdem sie diese Beträge bei den Mietzahlungen für Mai und Dezember 2015 abgezogen hatten, erhob die Vermieterin Klage auf Zahlung von 42,46 €. Die Vorinstanzen haben sich an dem erwähnten BGH-Urteil vom 15. November 2015 orientiert, die Forderung deshalb für begründet gehalten und der Klage in vollem Umfang stattgegeben.

⁶ VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18; WuM 2016, 34 = Grundeigentum 2016, 49 = NJW 2016, 239 = NZM 2016, 42 = DWW 2016, 29 = ZMR 2016, 194, Rn. 10

⁷ Urteil vom 30. Mai 2018, Rn. 1

⁸ Rn. 3, 4

Die Entscheidung:

Der BGH bestätigt das (mit dem amtsgerichtlichen Urteil in der Sache identische) Berufungsurteil und insbesondere, dass das Landgericht die „dieser Beurteilung entgegenstehenden Ausführungen im Senatsurteil vom 31. Oktober 2016 (VIII ZR 2612/06...)... als überholt angesehen“ hat.⁹

Ausdrücklich stellt der VIII. Senat zunächst klar, dass er an seiner Rechtsprechung festhält, nach der eine Flächenangabe im Wohnraummietvertrag eine Beschaffenheitsvereinbarung und eine Unterschreitung der Fläche um mehr als 10% einen zur Minderung der Miete führenden Mangel der Wohnung darstellt (§ 536 Abs. 1 BGB).¹⁰ Für eine spätere *Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete* (§ 558 BGB) hat eine solche Beschaffenheitsvereinbarung jedoch keine Bedeutung, wenn es um die maßgebliche Wohnungsgröße geht; subjektive Elemente, zu denen auch Parteivereinbarungen zu bestimmten Wohnwertmerkmalen wie etwa zur Wohnungsgröße gehören, können insoweit keine Rolle spielen. Seine entgegenstehende frühere Rechtsprechung zur Anwendbarkeit der 10%-Grenze hat der Senat, wie er auch an dieser Stelle noch einmal betont, mit dem Urteil vom 18. November 2015¹¹ aufgegeben.¹²

Diese Korrektur führt der Senat nun *auch für den Komplex Betriebskosten* fort und gibt damit die noch im Urteil vom 31. Oktober 2007¹³ vertretene (unzutreffende) Auffassung zur Maßgeblichkeit einer im Mietvertrag vereinbarten Flächenangabe innerhalb der 10%-Grenze auch insoweit ausdrücklich auf.¹⁴ Als zusätzliches Argument führt er die Notwendigkeit *einer „nach allen Seiten hin interessengerechten Verteilung von Betriebskosten... nach einem objektiven Abrechnungsmaßstab... für alle zur Wirtschaftseinheit zählenden Nutzer“* an.¹⁵ Subjektive Vorstellungen einzelner Mietvertragsparteien zur Wohnungsgröße scheiden daher als tauglicher Abrechnungsmaßstab „von vornherein“ aus. In ihrer Konsequenz führen diese Erwägungen, wie der Senat unter Hinweis auf die in der Kommentarliteratur ganz h.M. abschließend feststellt, zu einer *Abrechnung auf der Grundlage des Anteils der jeweils betroffenen Wohnung an der in der Wirtschaftseinheit tatsächlich vorhandenen Gesamtwohnfläche*.¹⁶

Der Leitsatz lautet:

Sofern und soweit Betriebskosten nach gesetzlichen Vorgaben (vgl. etwa § 556a Abs. 1 BGB, § 7 Abs. 1 HeizkostenV) ganz oder teilweise nach Wohnflächenanteilen um-

⁹ Rn. 15

¹⁰ Rn. 16

¹¹ VIII ZR 266/14 aaO (Fn. 6)

¹² Rn. 18

¹³ VIII ZR 261/06 aaO (Fn. 4).

¹⁴ Rn. 19

¹⁵ Rn. 22

¹⁶ Rn. 23

gelegt werden, ist für die Abrechnung im Allgemeinen der jeweilige Anteil der tatsächlichen Wohnfläche der betroffenen Wohnung an der in der Wirtschaftseinheit tatsächlich vorhandenen Gesamtwohnfläche maßgebend (insoweit Aufgabe von BGH, Urteil vom 31. Oktober 2007, VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 Rn. 19).

Anmerkungen

(1) *Positiv: Endgültige Klarstellung der „Reichweite“ der 10%-Grenze*

Das Urteil vom 30. Mai 2018 bringt die überfällige und endgültige Korrektur der Rechtsprechung zur Anwendung der 10%-Toleranzgrenze in Fallgestaltungen, bei denen die Wohnfläche einer Mietwohnung eine Rolle spielt. Die unzutreffende Weichenstellung im Urteil vom 23. Mai 2007¹⁷, dort für den Komplex Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 BGB), und kurz danach „nahtlos“ fortgeführt mit der Entscheidung vom 31. Oktober 2007 zur Betriebskostenabrechnung¹⁸ dürfte mit dem vorliegenden Urteil endgültig überholt sein. Für die gesamte Praxis ist damit die wünschenswerte Klarheit geschaffen, und zwar in allen Richtungen: Die Toleranzgrenze von 10% ist weiterhin beachtlich für die Frage, ob eine Flächenunterschreitung als unerheblich (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) oder nicht mehr unerheblich anzusehen ist und deshalb im letzteren Fall eine Minderung der Miete rechtfertigt. Daran hält der Senat unverändert und zu Recht fest und stellt das auch in der vorliegenden Entscheidung dankenswerterweise noch einmal ausdrücklich klar. Im Übrigen, also bei der Mieterhöhung und bei der Betriebskostenabrechnung, spielt es aber keine Rolle, ob eine im Mietvertrag angegebene unzutreffende Fläche größer oder kleiner als die tatsächliche Fläche ist und ob die Abweichung bis zu 10% oder mehr beträgt. Maßgebend ist insoweit stets die tatsächliche Wohnfläche.

(2) *Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche nach §§ 43 - 44 II. BV bzw. WoFIV*

Obwohl der Senat in der Entscheidung vom 30. Mai 2018 auf die Frage, wie die tatsächliche Wohnfläche zu ermitteln ist, nicht mehr eigens eingeht, besteht kein Zweifel, dass er insoweit an dem Urteil vom 24. März 2004¹⁹ festhält; danach können im Regelfall auch im frei finanzierten Wohnraum die Bestimmungen der §§ 42 – 44 II. BV herangezogen werden. Für Wohnraum, der nach dem 31. Dezember 2003 fertiggestellt worden ist, gilt dementsprechend die *Wohnflächenverordnung* (WoFIV).

(3) *Unzutreffende Flächenangabe im Mietvertrag – ein Risiko des Vermieters*

Auch wenn die mit den Urteilen vom 18. November 2015 und vom 30. Mai 2018 geschaffene Klärung der Rechtslage sehr zu begrüßen ist, bleibt ein gewisser Vorbehalt: Die zuverlässige

¹⁷ VIII ZR 138/06 aaO (Fn. 3)

¹⁸ VIII ZR 261/06, aaO (Fn. 4); die dort gegebene Begründung beschränkte sich auf den Satz „Für die Abrechnung der Betriebskosten gilt nichts anderes“ (als für die Mietminderung bei einer Flächenunterschreitung von nicht mehr als 10%) (Rn. 19).

¹⁹ VIII ZR 44/03 aaO (Fn. 2)

Ermittlung der (tatsächlichen) Wohnfläche ist grundsätzlich Aufgabe des Vermieters; er hat deshalb an sich bei einem Mieterhöhungsverlangen oder einer Betriebskostenabrechnung das Risiko einer unzutreffenden Wohnflächenangabe im Mietvertrag zu tragen. Dies hat der VIII. Senat bereits in einem Urteil vom 7. Juli 2004²⁰ klargestellt; in den beiden neueren Entscheidungen geht er hierauf nicht mehr ein.

Unter dem Gesichtspunkt dieser Risikoverteilung stellt sich deshalb die Frage, ob es gerechtfertigt ist, ausnahmslos – ggf. also auch zu Lasten des Mieters – auf die tatsächliche Wohnfläche abzustellen oder ob nicht die negativen Folgen einer unzutreffenden Flächenangabe im Mietvertrag grundsätzlich vom Vermieter zu tragen sind.²¹ Die Frage soll hier nicht vertieft werden. Immerhin hat das Argument der Verteilungsgerechtigkeit bei den Betriebskosten, auf das der Senat jetzt – in Übereinstimmung mit der ganz h.M. im Schrifttum – abstellt²², erhebliches Gewicht, und die so gefundene Lösung ist uneingeschränkt praktikabel.

Auswirkungen für die Praxis:

(1) Notwendige Feststellung der Gesamtwohnfläche einer Wirtschaftseinheit

Für die Praxis können sich aus dem Urteil vom 30. Mai 2018 erhebliche Konsequenzen insofern ergeben, als der Senat bereits im Leitsatz und ebenso in den Entscheidungsgründen²³ ausdrücklich auf den Anteil der tatsächlichen Wohnfläche der betroffenen Wohnung *an der in der Wirtschaftseinheit vorhandenen Gesamtwohnfläche* abstellt. Das ist an sich eine schlichte Selbstverständlichkeit, kann aber in ungünstigen Fällen dazu führen, dass sämtliche Wohnungen bzw. Wohnungstypen in einem Mehrfamilienhaus neu vermessen werden müssen, um die tatsächliche Gesamtwohnfläche zuverlässig zu ermitteln. Eine Entschuldigung wird der Vermieter in Zukunft nicht mehr vorbringen können, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass auch bei anderen Wohnungen – und nicht nur bei der im konkreten Fall betroffenen Wohnung – die Fläche nicht ordnungsgemäß ermittelt worden ist.²⁴

(2) Verzicht auf Wohnflächenangaben im Mietvertrag?

Zumindest mittelbar macht das Urteil darüber hinaus deutlich, dass der in manchen Mietvertragsformularen geübte Verzicht auf die Angabe einer Wohnfläche im Ergebnis wenig Sinn macht; für die Komplexe Mieterhöhung und Betriebskostenabrechnung führt eine solche „Leerstelle“ lediglich zu unnötigen Auseinandersetzungen zwischen Mieter und Vermieter, wenn plötzlich und für den Mieter überraschend z.B. in der Abrechnung eine exakte Flächenangabe auftaucht, die er für unzutreffend, weil überhöht hält. Dann stellt sich sofort die

²⁰ VIII ZR 192/03, WuM 2004, 485 = Grundeigentum 2004, 1021 = NZM 2004, 699 = ZMR 2004, 740 = NJW 2004, 3115 = DWW 2004, 259 unter II 2 a (juris-Rn. 12)

²¹ vgl. dazu die Hinweise in Fn. 5

²² Urteil vom 30. Mai 2018, Rn. 22, 23

²³ Rn. 23

²⁴ Zum substantiierten Behaupten und Bestreiten einer Wohnflächenangabe im Prozess vgl. das BGH-Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 181/16, Grundeigentum 2017, 774 = NZM 2017, 435 = NJW-RR 2017, 842 = WuM 2017, 404

weitere Frage, ob eine Flächenabweichung ggf. auch bei der Höhe der Miete von Bedeutung ist (§ 536 Abs. 1 BGB).

(3) Empfehlung Vermieter: Vorlage der Flächenberechnung an Mieter

Als logische Schlussfolgerung bleibt deshalb nach dem neuen Urteil für den Vermieter mehr denn je die nachdrückliche Empfehlung, spätestens bei Bedarf und bei gegebenem Anlass sämtliche Wohnungen einer Wirtschaftseinheit sachverständig vermessen zu lassen und die Flächenberechnung einem Mieter auf Wunsch zu übergeben. Das Verhalten, das die Vermieterin in dem der Entscheidung vom 31. Mai 2017²⁵ zugrundeliegenden Fall an den Tag gelegt hat, indem sie sich – offensichtlich ohne Angabe von Gründen – weigerte, den ihr zur Verfügung stehenden Wohnflächennachweis der Mieterin auszuhändigen, ist schlicht unverständlich und grob treuwidrig (§ 242 BGB).

²⁵ s. Fn. 18