

Der aktuelle Dauerbrenner Mieterhöhung und Wohnfläche – der Lehrbuchfall in der 2. Auflage: Bestreiten des Mieters, Beweislast des Vermieters und Gutachten nach Ermessen des Gerichts

BGH, Urteil vom 27. Februar 2019 – VIII ZR 255/17¹

Eine juris-Recherche mit den Suchbegriffen „Wohnfläche“ und „BGH“ für den Zeitraum 2015 bis 2019 führt derzeit zu mehreren Volltreffern – der aktuellste ist ein Urteil vom 27. Februar 2019, das nach den Leitsätzen und auf den ersten Blick nur für Richter und Rechtsanwälte interessant zu sein scheint. Die Lektüre der Entscheidung zeigt jedoch, dass sie wichtige Hinweise für die Praxis und vor allem auch für die Vermeidung eines kostspieligen Gerichtsverfahrens enthält.

Der Fall:

Die Vermieterin will 2014 – einige Jahre nach Beginn des Mietverhältnisses – die Miete für eine im Dachgeschoss eines Mehrfamilienhauses in Mainz gelegene Dreizimmerwohnung von 7,97 €/m² um 0,66 € auf 8,63 €/m² und damit – ausgehend von einer Wohnfläche von 92,54 m² – auf insgesamt 798,62 € ab dem 1. November 2014 erhöhen. Die Mieterin „bezweifelte“ die Wohnflächenangabe und verlangte geeignete Nachweise zur Wohnungsgröße. Der Mietvertrag enthält insoweit keine Angaben.

Amts- und Landgericht hatten das Erhöhungsverlangen als unbegründet angesehen, weil die Vermieterin trotz des – einfachen – Bestreitens der Mieterin keinen Beweis hinsichtlich der Wohnfläche angeboten hatte. Auf die (vom Berufungsgericht zugelassene) Revision der Vermieterin hatte der BGH das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen.² Begründung: Das einfache Bestreiten der im Mieterhöhungsverlangen genannten Wohnfläche durch die Mieterin sei entgegen der Auffassung des LG unbeachtlich, das Vorbringen der Vermieterin gelte deshalb als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Wenn der Vermieter eine bestimmte Wohnfläche angebe, genüge dies den Anforderungen an eine substantiierte Darlegung. *„Der sodann erklärungsbelastete Mieter hat... auf die Behauptung des Vermieters grundsätzlich ebenfalls substantiiert (d.h. mit näheren positiven Angaben) zu erwidern und muss erläutern, von welchen tatsächlichen Umständen er ausgeht; denn mit bloßem Bestreiten darf der Mieter sich nur bei pauschalem Vorbringen des Vermieters begnügen.“*³

Ein solcher substantiiertes Gegenvortrag sei dem Mieter auch möglich und zumutbar, weil sich die behaupteten Umstände in seinem Wahrnehmungsbereich verwirklicht haben. Dem

¹ bislang nur in juris veröffentlicht (Stand 8. April 2019)

² Urteil vom 31. Mai 2017 – VIII ZR 181/16, Grundeigentum 2017, 774 = NZM 2017, 435 = WuM 2017, 404. Die Entscheidung ist hier bereits besprochen worden.

³ aaO RNr. 13 unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 22. Oktober 2014 – VIII ZR 41/14 zu Flächenangaben bei Betriebskostenabrechnungen, WuM 2014, 744 = Grundeigentum 2014, 1649 = NZM 2015, 44 = NJW 2015, 475 = ZMR 2015, 205, RNr. 16

Mieter sei es in aller Regel selbst möglich, die Wohnfläche überschlägig zu vermessen und seinerseits einen bestimmten abweichenden Flächenwert vorzutragen, und zwar auch dann, wenn die Wohnung – wie im vorliegenden Fall – Dachschrägen aufweist und eine Loggia hat. Das könne zwar nach den Vorgaben der Wohnflächenverordnung „kompliziert“ sein, für ein wirksames Bestreiten genüge es jedoch, wenn der Mieter dem Vermieter „das Ergebnis einer laienhaften, im Rahmen seiner Möglichkeiten liegenden Vermessung entgegenhält. Dies habe die Mieterin hier versäumt. Das von ihr angebotene Sachverständigengutachten enthalte kein substantiiertes Bestreiten, weil keinen konkreten Sachvortrag.“⁴

An diesem Ergebnis ändere auch der Umstand nichts, dass die Vermieterin der Mieterin trotz einer entsprechenden Bitte nicht den vorhandenen Wohnflächennachweis vorgelegt habe; damit habe sie weder gegen ihre prozessuale Wahrheitspflicht verstoßen noch sich treuwidrig (§ 242 BGB) verhalten.

In der neuen Berufungsverhandlung hat die *Mieterin* eine Berechnung vorgelegt, nach der die Wohnfläche lediglich 80,674 m² beträgt. Auf eine entsprechende Rückfrage hat die Vermieterin dem Gericht mitgeteilt, dass sie keinen Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens stellen werde. Daraufhin hat das Landgericht abermals die Berufung der Vermieterin (gegen das klageabweisende erstinstanzliche Urteil) mit der Begründung zurückgewiesen, mit der Vorlage der Flächenberechnung in der neuen Berufungsverhandlung habe die Mieterin – anders als im ersten „Durchgang“ – die Flächenangabe der Vermieterin zulässigerweise und substantiiert bestritten. Auf Grund ihres ausdrücklichen Verzichts auf einen entsprechenden Beweisantrag sei die Vermieterin insoweit beweisfällig geblieben und ihre Klage deshalb wiederum abzuweisen.

Die Entscheidung:

Die (neue) Revision der Vermieterin hatte keinen Erfolg. Die Begründung des BGH ist teilweise sehr naheliegend, teilweise – insbesondere hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Gesichtspunkte – bemerkenswert wegen der Beantwortung beweisrechtlicher Fragen.

(1) Der Ausgangspunkt: Voraussetzungen der Mieterhöhung (§ 558 BGB) und Beweislast

Der Ausgangspunkt des Verfahrens ist unkompliziert: Eine Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete ist möglich, wenn die Miete seit 15 Monaten unverändert ist (§ 558 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das war hier unstrittig der Fall. Fraglich war dagegen die Wohnungsgröße als sachliches Kriterium für die Bemessung der Miete (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB) – ein Punkt, der bereits im ersten Durchgang Probleme bereitet hat, so auch jetzt – allerdings mit umgekehrten „Vorzeichen“. Dass es hierbei – entgegen der früheren Rechtsprechung des Senats – auf die tatsächliche, also die nach den Bestimmungen der §§ 42 – 44 II. BV (für bis zum 31. Dezember 2004 fertiggestellte Gebäude) bzw. der Wohnflächenverordnung (WoFIV, für

⁴ Urt. vom 31. Mai 2017 aaO, RNr. 14 – 18

jüngere Gebäude) ermittelte Größe der Wohnung ankommt und nicht auf irgendwelche Angaben im Mietvertrag, erwähnt der BGH in diesem Zusammenhang eher beiläufig unter Bezugnahme auf sein Grundsatzurteil vom 18. November 2015⁵, mit dem er seine verfehlte Rechtsprechung zur Anwendung der 10%-Toleranzgrenze für die Mieterhöhung (endlich) korrigiert hatte.

(2) Eine verfahrensrechtliche Vorfrage (§§ 529, 531 ZPO): Erstmaliges Bestreiten in der Berufungsverhandlung? Konsequenzen für den Gegner?

Das Verfahren der Mieterin, die erstmals in der neuen Berufungsverhandlung genaue Angaben zur Wohnfläche gemacht hat, nachdem sie im ersten „Durchgang“ die von der Vermieterin behauptete Fläche von 92,54 m² lediglich „bezweifelt“ hatte, war an sich nicht ganz unbedenklich; denn grundsätzlich kann eine Partei in der Berufung keine neuen Tatsachen vorbringen, die sie auch bereits in der ersten Instanz hätte bringen können (§§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Damit soll einer Verzögerung des Verfahrens durch Nachlässigkeiten einer Partei entgegengewirkt werden. Ob eine Nachlässigkeit in diesem Sinne der Mieterin vorzuwerfen war, brauchte der BGH nicht zu entscheiden. Selbst wenn dies der Fall gewesen wäre, die Berücksichtigung des neuen Vorbringens der Mieterin im Berufungsverfahren also im Hinblick auf die engen Grenzen des § 531 Abs. 2 ZPO fehlerhaft gewesen wäre, konnte dies in der Revision nicht mit Erfolg gerügt werden.⁶

Hat die Mieterin somit im (neuen) Berufungsverfahren die Behauptung der Vermieterin zur Wohnfläche ihrerseits mit der Angabe eines konkreten Flächenmaßes (80,674 m²) in substantiiertes Weise und damit mangels einer Zurückweisung ihres neuen Vorbringens durch das Berufungsgericht wirksam bestreiten, hätte die Vermieterin nunmehr für ihre Behauptung der Wohnfläche von 92,54 m² einen geeigneten Beweis antreten müssen, und zwar durch Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens; davon hat sie – bzw. ihr Anwalt – jedoch aus unerfindlichen Gründen und trotz eines entsprechenden Hinweises des Berufungsgerichts abgesehen. Wie die Vermieterin unter diesen Umständen zu der Auffassung gelangen konnte, die von ihr behauptete Wohnfläche gelte gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden, eine Beweisaufnahme sei deshalb nicht erforderlich⁷, bleibt etwas rätselhaft. Der für sie günstige Verlauf des ersten Berufungsverfahrens reichte hierfür jedenfalls nicht aus.

(3) Verzicht auf Beweisantrag: Keine „Heilung“ von Amts wegen

Entgegen der Auffassung der Vermieterin war das Landgericht auch nicht gehalten, in dieser Situation von Amts wegen ein Gutachten einzuholen. Insoweit verkennt die Vermieterin – so der BGH wörtlich –,

⁵ VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18; WuM 2016, 34 = Grundeigentum 2016, 49 = NJW 2016, 239 = NZM 2016, 42 = ZMR 2016, 194

⁶ Rn. 16 unter Bezugnahme u.a. auf das Senatsurteil vom 2. März 2005 – VIII ZR 174/04, NJW-RR 2005, 866 unter II 1 (juris-Rn. 8); näher dazu unten in den Anmerkungen Ziff. 3)

⁷ Rn. 20

dass die Durchführung des Zivilprozesses einschließlich der Beweiserhebung von dem Grundsatz der Parteiherrschaft geprägt wird. Grundsätzlich bestimmen die Parteien darüber, worüber und mit welchen Erkenntnismitteln Beweis erhoben werden soll (...). Danach obliegt es in erster Linie der beweisbelasteten Partei (...), selbst darüber zu entscheiden, welche Beweismittel angeboten werden. Dies gilt insbesondere bei der Einholung eines grundsätzlich mit einem höheren Kostenaufwand verbundenen Sachverständigengutachtens, wie hier eines solchen zur Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche der vermieteten Wohnung.⁸

Verzichtet die beweisbelastete Partei – insbesondere nach dem ausdrücklichen Hinweis des Gerichts – auf einen Beweisantrag, ist es nicht Sache des Gerichts, nunmehr der Partei die Verantwortung für ihr prozessuales Verhalten abzunehmen und von Amts wegen die Einholung eines Gutachtens anzuordnen.

(4) Keine Ausnahmen für den zweiten „Durchgang“ des Berufungsverfahrens

Die vorstehenden Grundsätze für das Berufungsverfahren gelten ausnahmslos auch für den Fall, dass – wie hier – nach der Zurückverweisung durch das Revisionsgericht eine *neue (zweite) Berufungsverhandlung* durchgeführt wird. Das ist wegen des generellen Gebots der Vermeidung von Verfahrensverzögerungen an sich nicht selbstverständlich; nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH darf das Berufungsgericht aber auch in diesem Fall – wie sonst im Berufungsverfahren – neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Grenzen des § 531 Abs. 2 ZPO zulassen⁹, insbesondere also dann, wenn das Gericht erster Instanz einen Gesichtspunkt übersehen oder für unerheblich gehalten hat oder eine Partei ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht geltend gemacht hat, ohne dass ihr insoweit eine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist (§ 531 Abs. 2 Nr. 1 und 3 ZPO). Davon ist ersichtlich das Berufungsgericht ausgegangen, als es das neue Vorbringen der Mieterin zur geringeren Wohnfläche von lediglich 80,674 m² als prozessual zulässig angesehen und deshalb die Vermieterin – allerdings erfolglos – auf die Notwendigkeit eines Beweisantrages für ihre Behauptung einer Fläche (von 92,54 m²) hingewiesen hat.

(5) Kein neuer Berechnungsmodus der Miete als „Rettungsanker“

Mit einem Hilfsargument hatte die Vermieterin schließlich noch versucht, ihrem Mieterhöhungsverlangen wenigstens teilweise zum Erfolg zu verhelfen: Wenn die ortsübliche Mietspanne „bis zu 9,36 €“ pro m² „reiche, sei ihr Erhöhungsverlangen auch unter Zugrundelegung einer Fläche von 80,674 m² (x 9,36 €) jedenfalls in Höhe von 755,11 €, begründet. In ihrem Schreiben vom 26. August 2014 hatte die Vermieterin allerdings ausdrücklich eine Erhöhung „um 0,66 € pro Quadratmeter Wohnfläche... auf 8,63 € pro Quadratmeter“ geltend gemacht. An diese Berechnung und Begründung bleibt sie gebunden mit der Folge, dass bei

⁸ Rn. 19

⁹ Rn. 21

einer Wohnfläche von 80,674 m² (x 8,63 €) eine Erhöhung der bisherigen Miete von 738 € nicht in Betracht kommt.^{10 11}

Leitsätze:

ZPO § 144 Abs. 1 Satz 1

a) *Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob es nach § 144 Abs. 1 Satz 1 ZPO ein Sachverständigengutachten ohne Antrag des Beweispflichtigen von Amts wegen einholt; dies befreit die Partei jedoch nicht von ihrer Darlegungs- und Beweislast (...).*

b) *Daher ist es regelmäßig nicht ermessensfehlerhaft, wenn der Tatrichter, nachdem er zuvor auf die Erforderlichkeit eines entsprechenden Beweisantrags hingewiesen hat, wegen des offen ausgesprochenen entgegenstehenden Willens der beweisbelasteten Partei von der Einholung eines Sachverständigengutachtens von Amts wegen absieht.*

ZPO § 531 Abs. 2 Satz 1

a) *Nach der Zurückverweisung des Rechtsstreits durch das Revisionsgericht darf das Berufungsgericht in der wiedereröffneten Berufsungsverhandlung auch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel in den Grenzen des § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO zulassen (...).*

b) *Eine fehlerhafte Berücksichtigung von neuem Tatsachenvortrag durch das Berufungsgericht unterliegt nicht der revisionsrechtlichen Nachprüfung (st. Rspr..)*

Anmerkungen:

Im Vordergrund der Entscheidung stehen zweifellos die verfahrensrechtlichen Aussagen; dabei sollten die materiellrechtlichen Aspekte jedoch nicht völlig übersehen werden.

1) *Die Korrektur der Rechtsprechung zur Anwendung der 10%-Toleranzgrenze*

In der letzten Zeit hatte der VIII. Senat des BGH wiederholt Anlass, seine verfehlte Rechtsprechung zur „großzügigen“ Anwendung der 10%-Toleranzgrenze zu korrigieren, zuletzt in der Grundsatzentscheidung vom 30. Mai 2018 zur Maßgeblichkeit der richtig berechneten Wohnfläche für die Betriebskostenabrechnung.¹² Es ist gut, dass der Senat auch in diesem aktuellen Urteil noch einmal – wenn auch nur in einem Halbsatz – hierauf hinweist. Welche der beiden, immerhin um rd. 12,8% divergierenden Flächenangaben der Parteien des vorliegenden Verfahrens zutreffend ist, konnte (und musste) der Senat offen lassen, weil diese Frage nur durch eine Beweisaufnahme hätte geklärt werden können, die für ihr Erhöhungsverlangen aber uneingeschränkt beweisbelastete Vermieterin hierzu keinen Beweis angetre-

¹⁰ Rn. 23

¹¹ rechnerisch würde sich lediglich ein Betrag von 696,21 € ergeben

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

ten hat, obwohl die Mieterin mit ihrer konkreten Behauptung einer geringeren Wohnfläche die Behauptung der Vermieterin substantiiert bestritten hatte.

2) Substantiiertes Bestreiten einer Flächenangabe – ein praktisches Problem

Eine „Fußnote“ ist in diesem Zusammenhang angebracht: Die richtige Ermittlung der Wohnfläche ist der Sache nach zweifellos ausschließlich Aufgabe des Vermieters. Deshalb ist es nicht sehr konsequent, wenn der BGH beispielsweise bei der Betriebskostenabrechnung den Vermieter hinsichtlich der Abrechnungsdaten *uneingeschränkt* als darlegungs- und beweissbelastet ansieht¹³, bei dem Faktor Wohnflächenanteil aber nach wie vor eine Ausnahme macht und vom Mieter insoweit ein substantiiertes Bestreiten verlangt, also die Angabe einer bestimmten, laienhaft ermittelten abweichenden Wohnfläche. Eine derartige laienhafte, halbwegs zutreffende Berechnung ist dem durchschnittlichen, juristisch nicht vorgebildeten Mieter jedoch schlechterdings nicht möglich und zumutbar, was bei einem Blick in die Bestimmungen der WoFIV sofort deutlich wird – abgesehen von der Untauglichkeit einer laienhaften Vermessung, mit der im Prozess niemandem gedient ist.

An seiner Rechtsprechung zum substantiierten Bestreiten einer Wohnflächenangabe durch den Mieter hält der Senat dennoch fest, wie sich bereits aus der Bezugnahme auf das in dieser Sache ergangene erste Revisionsurteil vom 31. Mai 2017¹⁴ ergibt. Vor dem Hintergrund der Bemerkung im vorliegenden Urteil, *die Einholung eines Sachverständigengutachtens von Amts wegen sei wegen des höheren Kostenaufwands grundsätzlich nicht geboten*¹⁵, erscheinen die Bedenken erst recht begründet.

Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang schließlich noch, dass die von der Mieterin nunmehr genannte Wohnfläche von 80,674 m² (bis drei Stellen hinter dem Komma!) zweifellos nicht das Ergebnis einer laienhaften Berechnung ist, wie sie der BGH im Urteil vom 31. Mai 2017¹⁶ – im Rahmen eines substantiierten Bestreitens – als möglich und zumutbar bezeichnet hat. Meine Bedenken gegen eine solche Anforderung an das Bestreiten einer Wohnfläche durch den Laien sind damit eher bestätigt als entkräftet. Die präzisen und detaillierten Vorgaben der WoFIV (im Gesetzestext immerhin zwei engbedruckte Seiten) überfordern den Laien schlechthin, und eine grobe Berechnung ist letztlich sinnlos.

3) Zum konkreten Verfahren: Der Vorrang des gerechten Ergebnisses vor der „lupenreinen“ ZPO

Im Vordergrund des Verfahrens steht das richtige Ergebnis bezüglich des Mieterhöhungsverlangens der Vermieterin. Deshalb konnte im zweiten Durchgang des Berufungsverfahrens das neue Vorbringen der Mieterin – das erstmalige substantiierte Bestreiten der von der

¹³ Urteil vom 7. Februar 2018 – VIII ZR 189/17, Grundeigentum 2018, 577 = NJW 2018, 1599 = WuM 2018, 288 = NZM 2018, 458 = DWW 2018, 214 = ZMR 2018, 573.

¹⁴ VIII ZR 181/16, Grundeigentum 2017, 774 = NZM 2017, 435 = WuM 2017, 404, (Rn. 13);

¹⁵ Rn. 19

¹⁶ VIII ZR 181/16, aaO; hier (Urteil v. 27. Februar 2017) Rn. 13

Vermieterin genannten Wohnfläche – berücksichtigt werden mit der Folge, dass es *nunmehr Sache der Vermieterin* war, einen Beweis für die von ihr behauptete Wohnfläche anzutreten. Da sie trotz der klaren verfahrensrechtlichen Situation und des ausdrücklichen Hinweises des Gerichts – aus welchen Gründen auch immer – hierauf verzichtet hat, ist sie den Beweis für die angegebene Wohnfläche von 92,54 m² fällig geblieben und musste ihre Klage abgewiesen werden. Dieses kaum nachvollziehbare Verhalten entspricht allerdings in gewisser Weise ihrer früheren – völlig *unbegründeten und grob treuwidrigen* – Weigerung, den vorhandenen „Wohnflächennachweis“ der Mieterin vorzulegen, was der BGH damals als unbedenklich akzeptiert hat.¹⁷

Nicht neu, aber dennoch als Klarstellung sehr bemerkenswert ist die „Hilfserwägung“ des BGH, dass selbst dann, wenn das Berufungsgericht das neue Vorbringen der Mieterin – das erstmalige substantiierte Bestreiten der von der Vermieterin behaupteten Wohnfläche – an sich als verspätet hätte zurückweisen müssen (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO), dieser Verfahrensfehler mit der Revision nicht mit Erfolg gerügt werden kann.¹⁸ Eine – sehr überzeugende – Begründung für dieses scheinbar großzügige Verfahren findet sich in einem Beschluss des V. Zivilsenats vom 22. Januar 2004¹⁹, in dem der Senat wörtlich u.a. ausgeführt hat:

Das Berufungsgericht soll das erstinstanzliche Urteil in erster Linie mit dem Ziel der Fehlerkontrolle und Fehlerbeseitigung überprüfen und deshalb neuen Tatsachenvortrag nur in besonderen Ausnahmefällen berücksichtigen (...). Dieses Ziel lässt sich indessen nicht mehr erreichen, wenn das Berufungsgericht neues Vorbringen weitergehend als im Gesetz vorgesehen berücksichtigt und insbesondere im Wege der Beweisaufnahme entsprechende Feststellung getroffen hat. Somit hätte auch eine Aufhebung des Berufungsurteils wegen dieses Verfahrensfehlers zur Folge, dass ohne zwingenden Grund eine Entscheidung ergehen müsste, die dem wahren Sachverhalt nicht in jeder Hinsicht entspricht. Präklusionsregeln wie § 531 Abs. 2 ZPO sind zwangsläufig nachteilig für das Bemühen um eine materiell richtige Entscheidung (...). Für solche Defizite in gerichtlichen Erkenntnissen gibt es aber keine Rechtfertigung, wenn das durch die Nichtberücksichtigung von Vorbringen verfolgte prozessökonomische Ziel nicht mehr zu erreichen ist.²⁰

Der Sinn dieser „toleranten“ Rechtsprechung ist klar: Das materiell richtige Ergebnis hat Vorrang vor der Korrektur eines vorangegangenen Verfahrensfehlers, wenn diese Korrektur den Prozess erneut verzögern und im Ergebnis zu einem zwar prozessual „lupenreinen“ Verfahren, materiell aber unzutreffenden Resultat führen würde. Oder etwas kompakter formuliert: Das (materiell) gerechte Ergebnis ist wichtiger als die Wahrung der ZPO um ihrer selbst willen – die ZPO ist kein Selbstzweck.

¹⁷ Urteil v. 31. Mai 2017 aaO, Rn. 20

¹⁸ Rn. 16 und Leitsatz b) zu § 531 Abs. 2 Satz 1

¹⁹ V ZR 187/03, NJW 2004, 1458.

²⁰ aaO unter II 4 b) (juris-Rn. 13)