

# **Flächenabweichungen in der Wohnraummiete**

von

**Dr. Ulf Peter Börstinghaus**

Richter am Amtsgericht



**Verlag C.H. Beck München 2012**

## Vorwort

Probleme, die sich aus Abweichungen zwischen den Flächenangaben im Mietvertrag und den tatsächlichen Verhältnissen ergeben, spielen heute in der Beratungspraxis und anschließend auch in gerichtlichen Verfahren eine immer größer werdende Rolle. Die daraus folgenden Rechtsfragen haben eine enorme wirtschaftliche Bedeutung. Vermietern drohen erhebliche Rückforderungen von bereits vereinnahmten Mieten und ggf. auch weitere Ausfälle für die Zukunft, z. B. weil auch Mieterhöhungen nur eingeschränkt durchgesetzt werden können. Mieter müssen unter Umständen für gar nicht vorhandene Fläche Miete zahlen.

Zu untersuchen war, ob es für alle mietrechtlichen Fragestellungen ein geschlossenes System der rechtlichen Behandlung von Wohnflächenabweichungen gibt. Ein solches System müsste dann ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Bedeutung der Flächenangabe bei Bewertungs- und Gewichtsfragen, wie sie im Gewährleistungsrecht zu entscheiden sind, oder für schlechte Berechnungen, wie sie bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete oder der Erstellung einer Betriebskostenabrechnung, einheitlich anzuwenden sein. Das bedeutet nicht zwingend, dass immer die gleiche prozentuale Grenze anzuwenden ist. Entscheidend ist, dass die Ergebnisse am Ende widerspruchsfrei sind.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit allen in der Praxis vorkommenden Problemen der Flächenermittlung und den Rechtsfolgen von Fehlern. Da für die Praktiker die Kenntnis der Rechtsprechung von besonderer Bedeutung ist, wird diese zunächst vollständig dargestellt bevor sie anschließend kritisch gewürdigt wird. Dabei wird nach den verschiedenen Rechtsfolgen von Fehlern unterschieden. Im Mittelpunkt steht dabei die Minderung der Miete, die auch wirtschaftlich am bedeutendsten ist. Bei einer Flächenabweichung beschränken sich die Sanktionen aber nicht nur auf diese Rechtsfolge, in Betracht kommen auch Schadensersatzansprüche oder eine Kündigung oder Anfechtung des Mietvertrages. Darüber hinaus spielt die Ermittlung der maßgeblichen Fläche heute eine große Rolle bei Mieterhöhungen jeglicher Art und natürlich bei den jährlichen Betriebskostenabrechnungen. Auf Grund der heute überwiegend ausgeglichenen Wohnungsmärkte spielen Flächenabweichungen im Bereich des Ahndungsrechts heute kaum eine Rolle, werden aber trotzdem der Vollständigkeit wegen auch noch angesprochen.

Die Arbeit hat den Stand November 2011. Rechtsprechung und Literatur konnten noch bis Februar 2012 eingearbeitet und berücksichtigt werden.

## Inhaltsübersicht

Literaturverzeichnis .....	XVII
Abkürzungsverzeichnis .....	XLI
Tabellenverzeichnis .....	XLVII
Abbildungsverzeichnis .....	XLIX
Kapitel 1. Einführung .....	1
Kapitel 2. Die Berechnung von Flächen in der Wohn- und Geschäftsraummiete .....	11
Kapitel 3. Bestandsaufnahme – Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Flächenabweichungen .....	35
Kapitel 4. Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mietminderung bei Flächen- abweichungen .....	85
Kapitel 5. Schadenersatzansprüche des Mieters wegen einer kleineren als der vereinbarten Fläche .....	241
Kapitel 6. Die Auswirkung einer kleineren als der vereinbarten Fläche auf die Möglichkeit zur Beendigung des Mietver- hältnisses .....	259
Kapitel 7. Auswirkung von Flächenabweichungen auf Mieterhöhungen .....	307
Kapitel 8. Auswirkung von Flächenabweichungen auf die Betriebskostenabrechnung .....	409
Kapitel 9. Auswirkungen von Flächenabweichungen auf die Höhe der Mietsicherheit .....	441
Kapitel 10. Auswirkungen von Flächenabweichungen auf Ahndungstatbestände .....	449
Kapitel 11. Fazit .....	455
Sachverzeichnis .....	471



# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis .....	XVII
Abkürzungsverzeichnis .....	XLI
Tabellenverzeichnis .....	XLVII
Abbildungsverzeichnis.....	XLIX

## Kapitel 1. Einführung

<b>A. Die Wohnfläche im Mietrecht</b> .....	1
<b>B. Ursachen für Flächenabweichungen</b> .....	2
<b>C. Die faktische Bedeutung des Problems</b> .....	3
I. Die quantitative Seite des Problems .....	4
II. Die qualitative Seite des Problems .....	7
<b>D. Der Gang der Untersuchung</b> .....	9

## Kapitel 2. Die Berechnung von Flächen in der Wohn- und Geschäftsraummiete

<b>A. Einführung</b> .....	11
<b>B. Die Berechnungsvorschriften des öffentlich geförderten Wohnungsbaus</b> .....	12
I. Die Verordnung über Wirtschaftlichkeits- und Wohnflächenberechnung für neugeschaffenen Wohnraum (Berechnungsverordnung) vom 20. November 1950 .....	13
II. Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung – II. BV) vom 17. Oktober 1957 .....	15
III. Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche (Wohnflächenverordnung – WoFIV) vom 25. November 2003 .....	17
IV. Gegenüberstellung der Wohnflächenvorschriften der II. BV und der WoFIV .....	20
V. Die Rechtslage nach der Föderalismusreform .....	23
<b>C. Die Wertermittlungsrichtlinie</b> .....	24
<b>D. Die DIN-Normen</b> .....	25
I. Die DIN 283 .....	25
II. Die DIN 277 .....	28
<b>E. Die gif-Richtlinien</b> .....	31
<b>F. Die Wohnflächen- und Mietwertrichtlinie (WMR)</b> .....	32
<b>G. Zusammenfassung</b> .....	34

<b>Kapitel 3. Bestandsaufnahme – Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Flächenabweichungen</b>	
<b>A. Einführung</b> .....	35
<b>B. Die Rechtsprechung zur mietrechtlichen Gewährleistung</b> .....	43
I. Die Ausgangslage .....	43
II. Die Urteile vom 24. März 2004 .....	46
1. Die Einordnung der Flächenangabe als Beschaffenheitsvereinbarung .....	46
2. Die Feststellung einer Gebrauchsbeeinträchtigung .....	49
III. Der weitere Gang der Rechtsprechung zur Minderung bei Flächenabweichungen .....	53
1. Zur Frage, ob eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt .....	53
a) Das Urteil vom 20. Juli 2005 .....	53
b) Das Urteil vom 28. September 2005 .....	54
c) Das Urteil vom 22. Februar 2006 .....	55
d) Das Urteil vom 21. Oktober 2009 .....	55
e) Das Urteil vom 23. Juni 2010 .....	56
f) Das Urteil vom 10. November 2010 .....	58
2. Urteile zur Ermittlung der Ist-Beschaffenheit .....	59
a) Das Urteil vom 23. Mai 2007 .....	59
b) Das Urteil vom 22. April 2008 .....	60
c) Das Urteil vom 8. Juli 2009 .....	63
d) Urteile zur Flächenberechnung bei öffentlich-rechtlichen Nutzungsbeschränkungen .....	65
3. Weitere Urteile zur 10%-Grenze .....	67
a) Die Verwendung des Zusatzes „ca.“ .....	67
b) Das Urteil vom 28. Oktober 2009 .....	67
IV. Die Ermittlung der Minderungsquote bei möblierten Wohnungen .....	68
V. Die Verjährung des Rückforderungsanspruchs .....	69
VI. Exkurs: Die Flächenabweichung als Mangel in der Gewerberaummieta .....	70
<b>C. Die Rechtsprechung zur Kündigung wegen Flächenabweichungen</b> ....	74
<b>D. Die Rechtsprechung zur Mieterhöhung in Fällen der Flächenabweichung</b> .....	75
I. Mietverträge ohne Flächenangaben .....	76
II. Mietverträge mit Flächenangaben .....	78
1. Tatsächliche Fläche größer als im Mietvertrag angegeben .....	78
2. Tatsächliche Fläche kleiner als im Mietvertrag angegeben .....	79
<b>E. Die Rechtsprechung zur Betriebskostenabrechnung bei Flächenabweichungen</b> .....	80
<b>F. Zusammenfassung</b> .....	81
<b>Kapitel 4. Kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Mietminderung bei Flächenabweichungen</b>	
<b>A. Das System der mietrechtlichen Gewährleistung</b> .....	85
<b>B. Der Sollzustand der Wohnung</b> .....	87
I. Wohnflächenangabe als Beschaffenheitsvereinbarung .....	88

1. Allgemeines .....	88
2. Angabe einer Fläche im Mietvertrag .....	88
a) Historische Betrachtung .....	88
b) Die Bedeutung der Flächenangabe heute .....	89
c) Der Inhalt der Beschaffenheitsvereinbarung .....	94
II. Wohnflächenangabe als zugesicherte Eigenschaft .....	145
<b>C. Die Ist-Beschaffenheit .....</b>	<b>149</b>
I. Die maßgebliche Wohnfläche .....	150
1. Die unterschiedliche Art der Ermittlung der Grundfläche .....	150
a) Grundflächenberechnung nach der II. Berechnungsverord- nung .....	150
b) Grundflächenberechnung nach der Wohnflächenverordnung .....	151
c) Grundflächenberechnung nach der DIN 283 .....	151
2. Die anzurechnende Fläche .....	152
a) Balkone .....	152
b) Freisitze und Terrassen .....	154
c) Wintergärten .....	156
3. Flächenberechnung bei öffentlich-rechtlichen Nutzungsbe- schränkungen .....	156
<b>D. Die 10%-Grenze des Bundesgerichtshofes .....</b>	<b>159</b>
I. Feststellung der Gebrauchsbeeinträchtigung .....	160
II. Ausschluss der Minderung wegen Unerheblichkeit .....	163
III. Auswirkungen auf die Darlegungs- und Beweislast .....	168
IV. Die Höhe der Schwelle .....	172
1. Herleitung der Grenze aus anderen Rechtsgebieten .....	172
2. Kritik an der 10%-Grenze des Bundesgerichtshofs .....	177
3. Eigene Stellungnahme .....	182
a) Die Bestimmung des § 559b Abs. 2 BGB .....	182
b) Zehn Prozent Abzug nach § 44 II. Berechnungsverordnung .....	183
c) Sonstige Fälle einer 10%-Grenze im Mietrecht .....	184
d) Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts .....	187
e) Zusammenfassung .....	187
<b>E. Die Minderung der Miete bei Unterschreitung der vereinbarten Fläche .....</b>	<b>190</b>
I. Kurzer Überblick über das System des mietrechtlichen Leistungsstörungenrechts .....	190
II. Die Berechnung der Minderung .....	191
III. Die Ermittlung der Minderungsquote .....	192
1. Die Schätzung .....	192
2. Minderungstabellen .....	192
3. Die Nutzwertanalyse .....	193
4. Die vereinfachte Nutzwertanalyse .....	193
IV. Die Berechnung der Mietminderung bei Flächenabweichungen ..	194
1. Der Normalfall .....	194
2. Die möblierte Wohnung .....	198
V. Bezugsgröße Netto- oder Bruttomiete .....	204
1. Minderung der monatlichen zu zahlenden Beträge .....	204
2. Konsequenzen für die Betriebskostenabrechnung .....	207
VI. Auswirkung von Flächenabweichungen auf die Nutzungsent- schädigung .....	214

<b>F. Rückforderung von gezahlter Miete durch den Mieter</b> .....	215
I. Allgemeines .....	215
II. Rückforderungsansprüche im öffentliche geförderten Wohnungsbau .....	215
III. Rückforderungsansprüche gemäß § 812 BGB .....	217
1. Der Bereicherungsgläubiger .....	217
2. Der Bereicherungsschuldner .....	218
3. Der fehlende Rechtsgrund .....	221
a) Allgemeines .....	221
b) Ausschlussstatbestände .....	225
IV. Die Verjährung des Anspruchs .....	225
1. Sonderregeln für den öffentlich geförderten Wohnungsbau .....	225
2. Verjährung nach § 548 Abs. 2 BGB .....	226
3. Die Regelverjährungsfrist des § 195 BGB .....	228
a) Allgemeines .....	229
b) Verjährungsbeginn .....	235
V. Verwirkung des Anspruchs .....	237
VI. Ausschluss der Rückforderung gemäß § 814 BGB .....	238
<b>G. Zusammenfassung</b> .....	238
 <b>Kapitel 5. Schadensersatzansprüche des Mieters wegen einer kleineren als der vereinbarten Fläche</b>	
<b>A. Ein Überblick über die verschiedenen möglichen Ansprüche</b> .....	241
<b>B. Die Rechtslage bis zur Übergabe der Mietsache</b> .....	242
I. Ansprüche wegen Unmöglichkeit der Leistung .....	242
1. Der Begriff der Unmöglichkeit .....	243
2. Der Schadensersatzanspruch .....	247
II. Ansprüche wegen Verschuldens bei Vertragsschluss .....	250
III. Ansprüche gemäß § 536 a Abs. 1 BGB .....	250
<b>C. Die Rechtslage ab Übergabe der Mietsache</b> .....	251
I. Ansprüche wegen eines anfänglichen Mangels .....	251
1. Der Begriff des Mangels in § 536 a Abs. 1 BGB .....	251
2. Der anfängliche Mangel .....	252
3. Der Umfang des Schadensersatzanspruchs .....	252
a) Das fortbestehende Mietverhältnis .....	253
b) Das gekündigte Mietverhältnis .....	254
4. Eventuelle Ausschlussstatbestände .....	255
5. Die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses .....	256
II. Die weiteren Ansprüche gemäß § 536 a Abs. 1 BGB .....	257
<b>D. Zusammenfassung</b> .....	257
 <b>Kapitel 6. Die Auswirkung einer kleineren als der vereinbarten Fläche auf die Möglichkeit zur Beendigung des Mietverhältnisses</b>	
<b>A. Die Beendigung von Mietverträgen – eine Übersicht</b> .....	259
<b>B. Rechtslage bis zur Wohnungsübergabe</b> .....	259
I. Das Rücktrittsrecht .....	259
II. Die Anfechtung der auf Abschluss des Mietvertrages gerichteten Willenserklärung .....	261

1. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .....	261
2. Die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns .....	263
III. Das Kündigungsrecht .....	265
<b>C. Rechtslage ab Übergabe .....</b>	<b>266</b>
I. Die Anfechtung des Vertrages .....	266
1. Anwendbarkeit der Anfechtungsvorschriften .....	266
2. Anfechtung wegen arglistiger Täuschung .....	268
3. Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns .....	269
4. Ausschluss der Anfechtungsrechte .....	269
II. Die ordentliche Kündigung durch den Mieter .....	269
1. Der Zeitmietvertrag .....	269
2. Kündigungsausschlussvereinbarungen .....	270
III. Die außerordentliche fristlose Kündigung durch den Mieter .....	272
1. Die Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Ziff. 1 BGB .....	272
a) Allgemeine Tatbestandsvoraussetzungen .....	272
b) Beschränkung nur auf erhebliche Mängel .....	273
c) Erforderlichkeit allgemeiner Zumutbarkeitserwägungen ....	275
d) Erforderlichkeit einer Fristsetzung .....	282
e) Angemessene Frist zur Geltendmachung des Kündigungs- grundes .....	282
2. Die Kündigung gemäß § 569 Abs. 1 BGB .....	286
3. Die Kündigung gemäß § 543 Abs. 1 BGB .....	287
4. Die Kündigung gemäß § 314 Abs. 1 BGB .....	288
5. Die Formalien der Kündigung .....	289
<b>D. Die außerordentliche fristlose Kündigung durch den Vermieter .....</b>	<b>292</b>
I. Eigener Kündigungsgrund bei Flächenabweichung .....	292
II. Auswirkungen auf eine eventuelle Zahlungsverzugskündigung ..	292
1. Einführung .....	292
2. Der Stand der aktuellen Diskussion .....	293
3. Eigene Stellungnahme .....	294
a) Rückbesinnung auf die drei unterschiedlichen Anknüp- fungspunkte .....	294
b) Die Rückstandsberechnung .....	294
c) Der Zeitfaktor .....	295
d) Die maßgebliche Vergleichsgröße .....	296
e) Ergebnis für den Beispielsfall .....	300
<b>E. Die Rechtsfolgen der unterschiedlichen Beendigungstatbestände ....</b>	<b>301</b>
I. Die Kündigung .....	301
II. Die Anfechtung .....	302
<b>F. Zusammenfassung .....</b>	<b>303</b>
 <b>Kapitel 7. Auswirkung von Flächenabweichungen auf Mieterhöhungen</b>	
<b>A. Das System der ortsüblichen Vergleichsmiete .....</b>	<b>307</b>
<b>B. Die Bedeutung der Fläche in diesem System .....</b>	<b>309</b>
<b>C. Die Größe der Wohnung als Wohnwertmerkmal .....</b>	<b>310</b>
I. Allgemeines .....	310
II. Das Verhältnis Wohnungsgröße zur Miethöhe .....	312
III. Zusammenfassung .....	317

<b>D. Von den tatsächlichen Flächen abweichende Angaben im Mieterhöhungsverfahren</b> .....	317
I. Die verschiedenen Prüfungsstationen .....	317
II. Die ortsübliche Vergleichsmiete pro Quadratmeter .....	319
1. Die Gewichtung des Wohnwertmerkmals „Größe“ .....	319
2. Die maßgebliche Größe .....	320
a) Mietverträge ohne Flächenvereinbarungen .....	320
b) Mietverträge mit Flächenvereinbarungen .....	323
III. Die ortsübliche Vergleichsmiete für die Wohnung .....	328
1. Mietverträge ohne Flächenvereinbarung .....	328
a) Mieterhöhungsverlangen mit größerer als tatsächlicher Fläche .....	329
b) Mieterhöhungsverlangen mit kleinerer als der tatsächlichen Fläche .....	340
2. Mietverträge mit Flächenvereinbarung .....	344
a) Die Fläche im Mietvertrag ist kleiner als die tatsächliche Fläche .....	344
b) Die Fläche im Mietvertrag ist größer als die tatsächliche Fläche .....	356
c) Zusammenfassung .....	371
IV. Rechtsfolgen von tatsächlichen Wohnflächenveränderungen nach Modernisierungsmaßnahmen .....	371
1. Der ursprüngliche Mietvertrag enthält keine Angaben zur Wohnfläche .....	375
2. Der ursprüngliche Mietvertrag enthält Angaben zur Wohnfläche .....	376
3. Eigene Stellungnahme .....	378
a) Die Wohnfläche im Mietvertrag ist richtig .....	378
b) Die Wohnfläche im Mietvertrag ist kleiner als die tatsächliche Fläche .....	382
c) Die Wohnfläche im Mietvertrag ist größer als die tatsächliche Fläche .....	383
4. Auswirkungen auf die Kappungsgrenze .....	384
5. Zusammenfassung .....	385
<b>E. Die Datenerhebung für einen Mietspiegel</b> .....	385
<b>F. Die Begründung des Mieterhöhungsverlangens mit Vergleichswohnungen</b> .....	390
I. Auswirkungen der Wohnungsgröße auf die formelle Wirksamkeit des Erhöhungsverlangens .....	391
II. Wohnflächenabweichungen zwischen Vertrags- und Vergleichswohnung .....	392
III. Die maßgebliche Quadratmetermiete der Vergleichswohnungen .....	394
<b>G. Die Wohnfläche im Sachverständigengutachten</b> .....	394
I. Das vorprozessuale Sachverständigengutachten .....	395
II. Das gerichtliche Sachverständigengutachten .....	395
1. Die Ermittlung der ortsüblichen Quadratmetermiete .....	395
2. Die Ermittlung der ortsüblichen Wohnungsmiete .....	397
<b>H. Die Mieterhöhung wegen Modernisierungsmaßnahmen</b> .....	398
I. Allgemeines zur Mieterhöhung gemäß § 559 BGB .....	398

II. Mietverträge ohne Flächenangaben .....	399
III. Mietverträge mit einer größeren als der tatsächlichen Fläche .....	400
1. Die Wohnfläche der einzelnen Wohnung .....	401
2. Die Gesamtwohnfläche des Hauses .....	402
IV. Mietverträge mit einer kleineren als der tatsächlichen Fläche .....	403
1. Die Wohnfläche der einzelnen Wohnung .....	403
2. Die Gesamtwohnfläche des Hauses .....	404
<b>I. Besonderheiten im preisgebundenen Wohnungsbau .....</b>	<b>406</b>
<b>J. Zusammenfassung .....</b>	<b>406</b>
<b>Kapitel 8. Auswirkung von Flächenabweichungen auf die Betriebskostenabrechnung</b>	
<b>A. Die Wohnfläche im Betriebskostenrecht .....</b>	<b>409</b>
<b>B. Die Ermittlung der Wohnfläche im Betriebskostenrecht .....</b>	<b>411</b>
<b>C. Die maßgebliche Wohnfläche im Betriebskostenrecht .....</b>	<b>413</b>
I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs .....	414
II. Die Auffassungen in der Literatur .....	415
III. Eigene Stellungnahme .....	422
<b>D. Formalien der Betriebskostenabrechnung .....</b>	<b>430</b>
<b>E. Kontrollrechte des Mieters .....</b>	<b>433</b>
<b>F. Rückforderungsanspruch des Mieters .....</b>	<b>434</b>
<b>G. Die Erhöhung der Betriebskostenvorauszahlung .....</b>	<b>434</b>
<b>H. Zusammenfassung .....</b>	<b>438</b>
<b>Kapitel 9. Auswirkungen von Flächenabweichungen auf die Höhe der Mietsicherheit</b>	
<b>A. Einführung .....</b>	<b>441</b>
<b>B. Von welcher Miete ist die Kautionshöhe zu berechnen .....</b>	<b>442</b>
I. Im öffentlich geförderten Wohnungsbau .....	442
II. Im preisfreien Wohnungsbau .....	442
III. Im Fall einer Minderung .....	442
1. Welche Miete ist für die Kautionsberechnung maßgeblich .....	442
2. Der Einfluss nachträglicher Veränderungen der Miete auf die Höhe der Kaution .....	444
3. Die Verjährung des Anspruchs .....	445
<b>C. Zusammenfassung .....</b>	<b>448</b>
<b>Kapitel 10. Auswirkungen von Flächenabweichungen auf Ahndungstatbestände</b>	
<b>A. Ein Überblick auf die im Mietrecht maßgeblichen Ahndungsvorschriften .....</b>	<b>449</b>
<b>B. Die Mietpreisüberhöhung gemäß § 5 WiStG .....</b>	<b>449</b>
I. Die üblichen Entgelte im Sinne der Vorschrift .....	449

---

II. Auswirkungen von Flächenabweichungen .....	450
1. Die Miete für die Vertragswohnung .....	450
2. Die Miete für die Vergleichswohnungen .....	451
III. Die Rechtsfolge .....	452
IV. Prozessuale Besonderheiten .....	452
<b>C. Der Mietwucher gemäß § 291 StGB .....</b>	<b>453</b>
<b>D. Zusammenfassung .....</b>	<b>454</b>
<b>Kapitel 11. Fazit</b>	
<b>A. Zusammenfassung .....</b>	<b>455</b>
<b>B. Tabellarische Übersicht über die Rechtsfolgen von Flächenabweichungen in der Wohnraummiete .....</b>	<b>463</b>
<b>C. Ausblick .....</b>	<b>469</b>
<b>Sachverzeichnis .....</b>	<b>471</b>