

Vorsitzender Richter am LG *Dr. Werner Hinz*, Itzehoe

## **Flächenabweichungen und Betriebskosten**

### **Reflexionen zur Entscheidung des BGH von 31.10.2007, VIII ZR 261/06 – WuM 2007, 700\***

#### **I. Einleitung**

Gem. § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB hat die Umlage von Betriebskosten im Zweifel nach der Wohnfläche zu erfolgen. Allerdings kennt das BGB keine Bestimmung, die sich mit der Ermittlung der Fläche von Mieträumen befasst. Zudem lässt es im Unklaren, ob der Betriebskostenverteilung die tatsächliche oder die vereinbarte Fläche zugrunde zu legen ist. Der VIII. Zivilsenat des BGH hat mit Urteil vom 31.10.2007<sup>1</sup> entschieden, dass grundsätzlich die vereinbarte Fläche maßgeblich ist. In dem hier allein maßgeblichen Leitsatz 2 heißt es:

„Weicht die im Mietvertrag vereinbarte Wohnfläche von der tatsächlichen Wohnfläche ab, so ist der Abrechnung von Betriebskosten die vereinbarte Wohnfläche zugrunde zu legen, wenn die Abweichung nicht mehr als 10% beträgt (Fortführung der Senatsurteile vom 24. März 2004, VIII ZR 295/03 und vom 23. Mai 2007, VIII ZR 138/06).“

Die Entscheidung hinterlässt eine Vielzahl von offenen Fragen, denen im Rahmen dieses Beitrags nachzugehen ist.

#### **II. Sachverhalt/Berufungsentscheidung**

Der Senat hatte über folgenden Sachverhalt zu erkennen: In einem Wohnraummietvertrag ist die Wohnungsgröße mit 94,6 qm angegeben. Die Vermieterin legt diese der Betriebs- und Wärmekostenabrechnung zugrunde und verlangt vom Mieter Zahlung der Abrechnungssalden. Der Mieter verweigert die Nachzahlung. Die Vermieterin habe ihren Abrechnungen eine zu große Wohnfläche zugrunde gelegt. Die tatsächliche Wohnungsgröße belaufe sich auf 93,18 qm, weil der vorhandene Balkon mit einer Fläche von 5,7 qm nicht zu 50% (2,85 qm), sondern allenfalls zu 25% (1,425 qm) anzurechnen sei. Das Amtsgericht Berlin-Schöneberg hat der Klage (bezogen auf die drei letzten Abrechnungszeiträume) stattgegeben<sup>2</sup>. Das Landgericht Berlin hat die Berufung des Mieters zurückgewiesen<sup>3</sup>.

---

\* Überarbeitete Fassung des Vortrags, den der Verfasser auf der Herbstveranstaltung des Deutschen Mietgerichtstags in Mainz am 05.09.2008 gehalten hat. Der Beitrag ist abgedruckt in WuM 2008, 633 ff.

<sup>1</sup> NJW 2008, 142 = NZM 2008, 35 = WuM 2007, 700 = ZMR 2008, 38 = DWW 2008, 17 = GE 2007, 2007, 1686 = MDR 2008, 70.

<sup>2</sup> Urt. v. 05.01.2006, Az. 10a C 83/04 (n.v.).

Das Landgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

- Der vom Vermieter zugrunde gelegte, im Mietvertrag als Wohnfläche und Abrechnungsmaßstab vereinbarte Flächenanteil der Wohnung von 94,6 qm sei auch unter Berücksichtigung des mieterseitigen Vorbringens zur Balkonfläche nicht zu beanstanden. Auch die einschlägige Vorschrift des § 44 Abs. 2 der II. BV sehe eine Anrechnung der Balkonfläche bis zu 50% vor.
- Zudem habe der Mieter eine Abweichung der vereinbarten von der tatsächlichen Wohnfläche in der ersten Instanz trotz eines entsprechenden Hinweises nicht substantiiert dargelegt, so dass er mit diesem Vortrag im Berufungsrechtszug ohnehin nach § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert sei.
- Der Ansatz unbeheizter Wohnflächen bei der Umlage von Heizkosten verstoße, wie der Umkehrschluss aus § 7 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 HeizkV ergebe, auch nicht gegen bindende Vorschriften der HeizkV.

### III. Tragende Gründe des Senats

Der BGH ist dem Berufungsgericht im Ergebnis gefolgt, teilweise aber mit einer abweichenden Begründung. In den Entscheidungsgründen führt er unter II 1 c aus:

„Das Berufungsgericht hat den Mietvertrag dahin ausgelegt, dass die Parteien die im Mietvertrag angegebene Fläche von 94,6 qm als Wohnfläche und Abrechnungsmaßstab vereinbart haben. Dies lässt einen Auslegungsfehler nicht erkennen und entspricht der Rechtsprechung des Senats zu Wohnflächenangaben im Mietvertrag (vgl. Urteil vom 23. Mai 2007 – VIII ZR 138/06, unter II 2 a).“

Der Senat recurriert zunächst auf seine Entscheidung vom 23.05.2007<sup>4</sup>, in der es um eine Mieterhöhung nach § 558 BGB bei größerer tatsächlicher als vereinbarter Wohnfläche geht. Darin heißt es unter II 2 a, dass die Angabe der Wohnfläche im Mietvertrag regelmäßig keine unverbindliche Objektbeschreibung, sondern eine Beschaffenheitsvereinbarung darstelle. Die Abweichung der tatsächlichen von der vereinbarten Fläche könne unter bestimmten Umständen einen Mangel der Mietsache mit der Folge der Mietminderung (§ 536 Abs. 1 BGB) begründen. In der vorliegenden Entscheidung geht der Senat indes noch einen Schritt weiter; nunmehr bewertet er die Flächenangabe im Mietvertrag zugleich auch als Abrechnungsmaßstab<sup>5</sup>. Das bedeutet, dass eine besondere Vereinbarung dahingehend, dass die im Mietvertrag angegebene Fläche auch der Betriebskostenabrechnung zugrunde gelegt wird, nicht erforderlich ist<sup>6</sup>.

Sodann heißt es in den Entscheidungsgründen:

---

<sup>3</sup> Urt. v. 25.08.2006, Az. 63 S 70/06 (n.v.).

<sup>4</sup> NZM 2007, 594 = WuM 2007, 450 = ZMR 2007, 681.

<sup>5</sup> Vgl. *Langenberg* [Vortrag DMT 2008], NJW 2008, 1269, 1273.

„Auf eine Differenz zwischen der vereinbarten und der tatsächlichen Wohnfläche kommt es nach der Rechtsprechung des Senats nicht an, wenn die Abweichung unerheblich ist, das heißt nicht mehr als 10% beträgt (vgl. Urteile vom 24. März 2004 – VIII ZR 295/03 zur Frage der Mietminderung, sowie vom 23. Mai 2007, aaO, unter II 2 b, zur Mieterhöhung nach § 558 BGB).“

Damit überträgt der Senat die bei der Mietminderung und später auch bei der Mieterhöhung angewendete 10%-Grenze auf die Betriebskostenabrechnung. Die erste von ihm zitierte Entscheidung<sup>7</sup> befasst sich mit der Frage, wann eine Wohnflächendivergenz einen zur Minderung berechtigenden Mietmangel i. S. des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Das sei regelmäßig dann der Fall, wenn die tatsächliche Wohnfläche die vertraglich vereinbarte um mehr als 10% unterschreite. Hier spreche bereits eine tatsächliche Vermutung für eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit; der Mieter müsse eine solche nicht gesondert darlegen.

In der zweiten Entscheidung zieht der Senat unter II 2 b – wie übrigens bereits in dem Urteil vom 07.07.2004<sup>8</sup> – die Wesentlichkeitsgrenze von 10% auch bei der Mieterhöhung nach § 558 BGB heran. Die Problematik der Flächenabweichung erlangt hier – ebenso wie bei der Betriebskostenabrechnung – in zwei Fallgestaltungen Relevanz:

- die tatsächliche Wohnfläche *unterschreitet* die vertraglich vereinbarte Fläche, mit anderen Worten: die Parteien haben eine größere Wohnung vereinbart als tatsächlich vorhanden,
- die tatsächliche Wohnfläche *überschreitet* die vertraglich vereinbarte Fläche, die Parteien haben also eine kleinere Wohnung vereinbart als tatsächlich vorhanden.

Sofern der Vermieter in seinem Erhöhungsverlangen bei der Berechnung der ortsüblichen Miete eine zu große Wohnfläche zugrunde gelegt habe, könne der Mieter, der dem zugestimmt habe, einen Rückforderungsanspruch auf die tatsächliche, geringere Größe der Wohnung nur bei einer Unterschreitung von mehr als 10% stützen. Anders herum dürfe der Vermieter die Mieterhöhung nach der größeren tatsächlichen Wohnfläche nur dann berechnen, wenn diese die vereinbarte Fläche um mehr als 10% übersteige<sup>9</sup>.

Die im Mietvertrag beschriebene Wohnfläche ist damit

- Beschaffenheitsvereinbarung,
- Bemessungsgrundlage für die Mieterhöhung und

---

<sup>6</sup> Schmid, WuM 2008, 9.

<sup>7</sup> NZM 2004, 453 = WuM 2004, 336 = ZMR 2004, 495.

<sup>8</sup> NZM 2004, 699 = WuM 2004, 485 = ZMR 2004, 740.

<sup>9</sup> Krit. dazu *Börstinghaus*, NJW 2007, 2627, 2628, der die Vereinbarung einer kleineren Fläche im Mietvertrag nach § 557 Abs. 3, 2. Halbs. BGB beurteilt; ein Ausschluss der Mieterhöhung für die tatsächliche Mehrfläche ergebe sich zumindest aus den Umständen.

– Abrechnungsmaßstab<sup>10</sup>.

Bei allen drei Faktoren soll eine Flächendifferenz von nicht mehr als 10% offenbar ohne Bedeutung sein. Damit scheint der Senat die Wesentlichkeitsgrenze gleichsam in die Nähe eines allgemeinen Rechtsprinzips zu rücken mit dem Inhalt: Jede Vertragspartei muss die Nachteile aus einer Diskrepanz zwischen vereinbarter und tatsächlicher Wohnfläche jedenfalls dann tragen, wenn diese nicht mehr als 10% beträgt.

#### **IV. Kritische Betrachtung**

Die Entscheidung hat dem BGH lebhafte Kritik eingebracht. In der Instanzrechtsprechung trifft sie jedoch auf Zustimmung; das AG Köln ist ihr mit Urteil vom 10.06.2008<sup>11</sup> ohne weitere Begründung gefolgt.

##### **1. Fehlende Entscheidungserheblichkeit**

Mit Blick auf die Gründe des Berufungsurteils wird zuweilen die Frage gestellt, ob die Problematik der Flächenabweichung überhaupt entscheidungserheblich war<sup>12</sup>. Der diesbezügliche Vortrag des Mieters soll danach bereits dem Novenverbot des § 531 Abs. 2 ZPO anheim fallen. Der Senat hat diese Feststellung nicht beanstandet. Ungeachtet dessen fehlt es aus Sicht des Berufungsgerichts bereits an einer Divergenz zwischen vereinbarter und tatsächlicher Wohnfläche, weil eine Berücksichtigung der Balkonfläche zu 50%, wie es die Parteien vereinbart hätten, noch innerhalb der gesetzlichen Toleranz liege. Auch darauf ist der Senat nicht eingegangen.

##### **2. Fehlende Auseinandersetzung mit bisherigem Meinungsstand**

Zudem muten die Ausführungen des BGH recht apodiktisch an, wenn man bedenkt, dass die Frage der bei der Betriebskostenabrechnung zugrunde zu legenden Wohnfläche außerordentlich streitig ist. Der Senat ist auf die unterschiedlichen Auffassungen – abweichend von seinen bisherigen Usancen<sup>13</sup> – überhaupt nicht eingegangen.

---

<sup>10</sup> Vgl. *Schmid*, GuT 2008, 19.

<sup>11</sup> WuM 2008, 485.

<sup>12</sup> *von Seldeneck*, Info M 2008, 10.

<sup>13</sup> Beispielh. BGH NZM 2004, 216 = WuM 2004, 157 (Kündigungsverzicht); NZM 2003, 682 = WuM 2003, 463 (Anbietpflicht Alternativwohnung); NZM 2008, 123 = WuM 2008, 85 (Nutzerwechselgebühr).

Nach wohl überwiegender Ansicht ist die tatsächliche Wohnfläche in Ansatz zu bringen<sup>14</sup>. Die Flächenberechnung im Rahmen des § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB sei am billigen Ermessen nach §§ 315, 316 BGB zu orientieren; es sei jedoch unbillig, den Mieter infolge einer Flächenvereinbarung mit Kosten zu belasten, die andere Mieter verursacht hätten oder deren Mietobjekt zuzurechnen seien<sup>15</sup>. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Parteien ausdrücklich vereinbart hätten, dass die im Mietvertrag angegebene Fläche maßgeblich sei, um späteren Streitigkeiten vorzubeugen<sup>16</sup>.

Die Gegenansicht stellt bei Abweichung der vereinbarten von der tatsächlichen Wohnfläche primär auf die vereinbarte ab<sup>17</sup>. Die Flächenvereinbarung diene gerade dem Zweck, Kontroversen über die tatsächliche Wohnungsgröße zu vermeiden. Eine Ausnahme gelte nur dann, wenn die Abweichung so gravierend sei, dass der Größenvereinbarung die Geschäftsgrundlage fehle<sup>18</sup>. Teilweise wurde auch schon vor der hier besprochenen BGH-Entscheidung die Auffassung vertreten, dass eine Abweichung der vereinbarten von der tatsächlichen Wohnfläche bis zu 10% unerheblich sei<sup>19</sup>.

Eine differenzierende Auffassung<sup>20</sup> geht im Grundsatz von der tatsächlichen Wohnfläche aus. Sofern die Parteien allerdings eine geringere Fläche vereinbart hätten, sei bei der Abrechnung in ihrem Verhältnis allein diese zugrunde zu legen. Der Mieter dürfe darauf vertrauen, dass eine Umlage nur in entsprechender Höhe erfolge.

### 3. Inhaltliche Gesichtspunkte

Vor allem aber inhaltlich ist die Entscheidung des BGH auf deutliche Kritik gestoßen. So wird etwa moniert, dass der Abrechnung von Betriebskosten eine gänzlich andere Interessenlage

<sup>14</sup> So z.B. AG Trier WuM 2006, 168; Schmidt-Futterer/Langenberg, Mietrecht, 9. Aufl. 2007, § 556a Rn. 28; Staudinger/Weitemeyer, BGB, Neubearb. 2006, § 556a Rn. 23; Rips, in Eissenschmid/Rips/Wall, Betriebskostenkommentar, 2. Aufl. 2006, Rn. 2307; Palandt/Weidenkaff, BGB, 67. Aufl. 2008, § 556a Rn. 5; Schmid, Handbuch der Mietnebenkosten, 10. Aufl. 2007, Rn. 4130; Kinne/Schach/Bieber, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl. 2008, § 556a Rn. 1; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, III Rn. 357, 408; Börstinghaus, BGH-Report 2004, 1207; Kinne, GE 2003, 100, 102; Kraemer, NZM 1999, 156, 162; Wiese, ZMR 1990, 85; im Erg. auch Bamberger/Roth/Ehlert, BGB, 2. Aufl. 2007, § 556a Rn. 19.

<sup>15</sup> Vgl. Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 14), § 556a Rn. 28.

<sup>16</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 14), § 556a Rn. 29; Bamberger/Roth/Ehlert (Fn. 14), § 556a Rn. 19.

<sup>17</sup> KG WuM 2006, 35 = ZMR 2006, 284; OLG Düsseldorf DWW 2000, 193, 196 = GE 2000, 888, 890; LG Köln WuM 1993, 362; in diesem Sinne auch Lammel, Wohnraummietrecht, 3. Aufl. 2007, § 556a Rn. 24.

<sup>18</sup> So Lammel (Rn. 17), § 556a Rn. 24

<sup>19</sup> Schul/Wichert, ZMR 2004, 496, 499.

<sup>20</sup> Z.B. LG Hannover WuM 1990, 228, mit dem Hinweis, dass die dortige Abweichung von mehr als 10% im Übrigen nicht mehr als unerheblich anzusehen sei.

zugrunde liege als der Mietminderung oder der Mieterhöhung<sup>21</sup>. Dort gehe es allein um das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter; demgegenüber betreffe die Verteilung der Betriebskosten insbesondere auch das Verhältnis der Mieter untereinander<sup>22</sup>.

Bei der Minderung sei der Konflikt durch die eingeschränkte Tauglichkeit des Mietobjekts gekennzeichnet. Demgegenüber gehe es bei der Betriebskostenabrechnung allein um einen Verteilungsmaßstab, der das Verhältnis der auf das Mietobjekt entfallenden Kosten zu den Gesamtkosten beschreiben solle<sup>23</sup>. Ziel sei hier die Schaffung einer möglichst großen Umlagegerechtigkeit.

Zudem ist in zahlreichen Diskussionen um die vorliegende BGH-Entscheidung erwogen worden, ob die Vereinbarung einer größeren als der tatsächlichen Wohnfläche als Abrechnungsmaßstab bereits nach § 556 Abs. 4 BGB unwirksam ist, weil sie eine Abweichung von § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellt. Die Parteien könnten vereinbaren, dass der Mieter einen Teil der Miete als Betriebskosten trage; er dürfte aber nicht mit Kosten belastet werden, die er überhaupt nicht verursacht habe<sup>24</sup>.

## V. Bemessung der Gesamtfläche

Ausgangspunkt der BGH-Entscheidung ist die Bewertung der Flächenangabe im Mietvertrag als Abrechnungsmaßstab. Jedoch erscheint diese allein im Hinblick auf das Ziel einer gerechten Betriebskostenumlage nichts sagend<sup>25</sup>. Die Kostenverteilung hängt nicht von der Fläche einer Wohnung, sondern von deren Verhältnis zur gesamten Wohnfläche des Gebäudes (vgl. § 556 Abs. 1 Satz 2 BGB) oder der maßgebenden Abrechnungseinheit<sup>26</sup> ab. Der Abrechnungsmaßstab muss daher immer die Relation von Einzelfläche und Gesamtfläche beschreiben<sup>27</sup>.

Damit richtet sich der Blick auf die der Kostenverteilung zugrunde liegende Gesamtwohnfläche – und hier liegt das eigentliche Problem. Der BGH hat dieses in dem vorliegenden Urteil kurz gestreift, sich aber – wohl in Ermangelung eines konkreten Revisionsangriffs – nicht weiter damit befasst. Am Ende von II 1 c formuliert er:

<sup>21</sup> So ausdr. *Lammel*, jurisPR-MietR 1/2008 Anm. 6; tendenziell auch *Schmid*, ZMR 2008, 42; *ders.*, WuM 2008, 9, 11; *Langenberg* [Vortrag DMT 2008], NJW 2008, 1269, 1273.

<sup>22</sup> *Schmid*, ZMR 2008, 42; *ders.*, GuT 2008, 19; *ders.*, Handbuch FA MietRWE, 2. Aufl. 2008, Kap. 6 Rn. 340; *Lammel*, jurisPR-MietR 1/2008 Anm. 6.

<sup>23</sup> *Lammel*, jurisPR-MietR 1/2008 Anm. 6.

<sup>24</sup> In diesem Sinne auch *Eisenschmid*, MietPrax-AK, § 556 E. Nr. 26 Anm. (S. 164).

<sup>25</sup> *Kraemer*, NZM 1999, 156, 162.

<sup>26</sup> Zur Bildung von Abrechnungseinheiten bei preisfreiem Wohnraum s. *Schmidt-Futterer/Langenberg* (Fn. 14), § 556a Rn. 59 ff.; *Schmid*, Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 4027; *Herrlein/Kandelhard/Both*, Mietrecht, 3. Aufl. 2007, § 556 Rn. 22.

„Soweit der Beklagte darüber hinaus die von der Klägerin angesetzte Gesamtfläche der Abrechnungseinheit allgemein in Zweifel gezogen hat, lässt sich daraus ein konkreter, ihn benachteiligender Abrechnungsfehler nicht entnehmen.“

### 1. Addition der vereinbarten Flächen

Gleichwohl dürfte der Senat davon ausgegangen sein, dass die vereinbarte Fläche der Mietwohnung in die Gesamtfläche eingeflossen ist. Anderenfalls hätte er sich zu der tatsächlichen Fläche und insbesondere zu der zwischen den Parteien hoch streitigen Frage der Anrechnung der Balkonfläche äußern müssen. Eventuell hätte er die angefochtene Entscheidung aufheben und an das Berufungsgericht zurückverweisen müssen, soweit er Feststellungen zur Beschaffenheit des Balkons für geboten erachtet hätte (vgl. § 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO)<sup>28</sup>.

Auch im Schrifttum wird vielfach die Auffassung vertreten, dass die der Abrechnung zugrunde zu legende Gesamtwohnfläche allein aus der Summe der vereinbarten Einzelflächen gebildet werden könne<sup>29</sup>. Indes wird sich auch hier zunächst die Frage stellen, welche Gesamtfläche nach der Umlagevereinbarung in dem jeweiligen Mietvertrag zugrunde zu legen ist. In aller Regel hilft hier der Blick in die Vertragsurkunde aber nicht weiter. Ganz überwiegend stellen die darin enthaltenen formularmäßigen Umlagebestimmungen nur allgemein auf das Verhältnis der Wohnfläche der gemieteten Wohnung „zur Summe der Wohn- und Nutzflächen aller Wohn- und Gewerberäume der Wirtschaftseinheit“<sup>30</sup> oder auf den Anteil des Mieters an den Wohnflächen<sup>31</sup> ab, ohne diesen Begriff näher zu definieren. Für die Ermittlung der Gesamtfläche enthalten sie keinerlei Vorgaben. Damit ist der Begriff im Wege der Vertragsauslegung zu konkretisieren. Angesichts des Formularcharakters der Umlagevereinbarung gilt hier ein generell-abstrakter Interpretationsmaßstab. Entscheidend ist, wie verständige und redliche Vertragsparteien die betreffende Klausel nach ihrem objektiven Sinngehalt üblicherweise auffassen, wobei auf den Verständnishorizont des durchschnittlichen Mieters als Vertragspartner des Verwenders abzustellen ist<sup>32</sup>. Das könnte zunächst für eine Auslegung des Flächenschlüssels dahingehend sprechen, dass die im Vertrag beschriebene Wohnfläche auch in die übergeordnete Gesamtfläche einfließt. Gleichwohl führt diese Sichtweise dann zu Problemen, wenn der Vermieter mit einem oder mehreren Mietern (innerhalb der 10%-Marge) eine kleinere als die tatsächliche Fläche vereinbart hat.

---

<sup>27</sup> *Kraemer*, NZM 1999, 156, 162; *Schmid*, ZMR 2008, 42, 43; *Langenberg* [Vortrag DMT 2008], NJW 2008, 1269, 1273.

<sup>28</sup> So auch *Rave*, ZMR 2008, 517, 518.

<sup>29</sup> So namentlich *Rave*, ZMR 2008, 517, 518; tendenziell auch *Schmid*, WuM 2008, 9, 10; *ders.*, GuT 2008, 19, 20.

<sup>30</sup> So § 10 des Hamburger Mietvertrags für Wohnraum (Ausgabe Juli 2008).

<sup>31</sup> In diesem Sinne § 3 Ziffer 9 des Mietvertrags für Wohnraum des Landesverbandes Haus & Grund Westfalen, abgedr. in MietPrax, F. 1 Rn. 901.

**Beispiel 1:**

Die beiden in dem Gebäude befindlichen Wohnungen verfügen jeweils über eine tatsächliche Wohnfläche von 100 qm. Vermieter V vereinbart mit Mieter M1 eine Fläche von 90 qm, mit Mieter M2 eine solche von 100 qm. Es stehen 1.000 € an Betriebskosten zur Verteilung an.

Legt man hier die tatsächliche Gesamtfläche von 200 qm zugrunde, so hätte M1 einen Anteil von 450 € zu tragen ( $1.000 / 200 \times 90$ ); M2 würde mit 500 € belastet werden ( $1.000 / 200 \times 100$ ), was seinem tatsächlichen Flächenanteil entspricht. Die nicht umgelegte Differenz in Höhe von 50 € hätte V zu tragen. Dies erscheint auch sachgerecht, weil die Vereinbarung einer von den tatsächlichen Gegebenheiten abweichenden Wohnfläche primär in seinen Risikobereich fällt<sup>33</sup>; anders als der Mieter kann er die Flächenverhältnisse innerhalb des Gesamtobjekts regelmäßig überblicken.

Bildet man indes die Gesamtfläche durch Addition der vereinbarten Einzelflächen, so beläuft sie sich auf 190 qm. Nunmehr hätte M1 einen Anteil von 473,68 € zu tragen ( $1.000 / 190 \times 90$ ) und M 2 einen solchen von 526,31 € ( $1.000 / 190 \times 100$ ). M2 würde also bei der Betriebskostenverteilung eine Mehrbelastung erfahren, obwohl die vereinbarte Fläche seiner Wohnung exakt den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. Noch deutlicher wird diese Diskrepanz, wenn der Vermieter mit mehreren Mietern eine kleinere als die tatsächliche Wohnfläche vereinbart hat.

**Beispiel 2:**

In dem Gebäude befinden sich vier Wohnungen mit einer Fläche von jeweils 100 qm. V vereinbart mit den Mietern M1, M2 und M3 jeweils eine Wohnfläche von 90 qm; im Mietvertrag mit M4 wird die Fläche entsprechend den tatsächlichen Gegebenheiten mit 100 qm festgeschrieben. Umzulegen sind Kosten in Höhe vom 2.000 €

Stellt man in die Betriebskostenabrechnung die tatsächliche Gesamtfläche ein, werden die Mieter M1, M2 und M3 infolge der vereinbarten kleineren Flächen jeweils mit 450 € belastet ( $2.000 / 400 \times 90$ ). Der Anteil von M4 beliefe sich – entsprechend den tatsächlichen Flächenverhältnissen – auf 500 €. Die nicht verteilten Kosten, diesmal in Höhe von 150 € ( $3 \times 50$  €, die von M1, M2 und M3 nicht getragen werden), würden bei V verbleiben.

Demgegenüber ergäbe sich bei Ermittlung der Gesamtfläche durch Addition der vereinbarten Einzelflächen folgendes Bild: M1, M2 und M3 hätten jeweils Kosten in Höhe von 486,49 € zu tragen ( $2.000 / 370 \times 90$ ); das ist ein höherer Anteil als bei Zugrundelegung der tatsächlichen Gesamtfläche, entspricht aber exakt dem Verhältnis der vereinbarten Fläche zu der auf dieser Grundlage errechneten Gesamtfläche. Dagegen würde sich der Anteil des M4 bei die-

---

<sup>32</sup> BGH WuM 2006, 97, 98; 2005, 716.

<sup>33</sup> Vgl. auch BGH NZM 2004, 699, 700 = WuM 2004, 485, 486 = ZMR 2004, 740, 741.

sem Umlagemodus auf 540,54 € belaufen. Das bedeutet, dass die Betriebskostenbelastung von Mietern, deren Vertrag die reale Wohnfläche aufweist, mit der Anzahl der Minderflächenvereinbarungen proportional zunimmt. Je häufiger der Vermieter über andere Wohnungen in der Abrechnungseinheit Mietverträge mit zu geringen Wohnflächen abschließt, desto größer wird der Belastungsanteil der bisherigen Mieter. Damit erlangt die Flächenvereinbarung gleichsam die Qualität eines Vertrags zulasten Dritter.

Nun ist ein echter Vertrag zulasten Dritter bereits mit den Grundsätzen der Privatautonomie unvereinbar<sup>34</sup>. Es ist schlechterdings unmöglich, dass zwei Personen eine Vereinbarung treffen, aus der ein Dritter unmittelbar rechtsgeschäftlich verpflichtet wird<sup>35</sup>. Anderes gilt allerdings, wenn sich die Belastung des Dritten lediglich als Reflex der Vereinbarung darstellt<sup>36</sup>. Allein durch die Vereinbarung einer zu kleinen Wohnfläche als Abrechnungsparameter greifen die Vertragsparteien nicht in die Rechtsstellung anderer von der Umlage betroffener Mieter ein. Diese erfahren Nachteile erst dadurch, dass ihnen in der nachfolgenden Betriebskostenabrechnung ein höherer Anteil auferlegt wird als ohne die anderweitig erfolgte Flächenvereinbarung.

Bei vordergründiger Betrachtung könnte man dem Gedanken verfallen, auch den übrigen Mietern – sozusagen spiegelbildlich zur 10%-Maxime des BGH – die nachteiligen Folgen aus Wohnflächendivergenzen innerhalb der Abrechnungseinheit bis zu dieser Marge aufzuerlegen. Dem dürfte jedoch entgegenstehen, dass sich in den Mietverträgen dieser Mieter entweder gar keine Flächenangaben finden, oder aber diese exakt mit den tatsächlichen Gegebenheiten übereinstimmen. Ergibt sich der Umlagemaßstab nicht allein aus der Fläche der einzelnen Mietwohnung, sondern gerade auch aus ihrem Verhältnis zur Gesamtfläche der Abrechnungseinheit, wird der Mieter im Zweifel davon ausgehen dürfen, dass die Berechnung beider Faktoren nach denselben Vorgaben erfolgt. Dann aber ist es dem Vermieter verwehrt, dem Mieter Mehrbelastungen infolge von günstigen Flächenangaben mit anderen Mietern aufzuerlegen.

Allerdings wird im Schrifttum erwogen, dass der einzelne Mieter in der Regel mit Flächenvereinbarungen in anderen Mietverträgen zum Zwecke der Streitvermeidung rechne und ein gewisses Maß an Mehrbelastung stillschweigend billige<sup>37</sup>. Es fragt sich aber, ob ein solches Einverständnis auch Belastungen in dem Umfang umfasst, wie sie anhand des Beispiels 2 aufgezeigt wurden. Das dürfte zumeist nicht der Fall sein.

---

<sup>34</sup> Vgl. BGH NJW 1995, 3183, 3184; 1977, 1339, 1341; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 14), Vor § 328 Rn. 10; MüKo-BGB/*Gottwald*, Bd. 2, 5. Aufl. 2007, § 328 Rn. 188; PWW/*Medicus*, 3. Aufl. 2008, § 328 Rn. 11.

<sup>35</sup> S. PWW-*Medicus* (Fn. 34), Rn. 11.

<sup>36</sup> Vgl. BGH NJW 2004, 3326; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 14), Vor § 328 Rn. 10.

<sup>37</sup> *Schmid*, GuT 2008, 19, 20; dagegen aber *Langenberg* [Vortrag DMT 2008], NJW 2008, 1269, 1273.

## 2. Ermittlung im jeweiligen Vertragsverhältnis

Eine Lösung könnte darin liegen, dass der Vermieter im Beispielfall 2 allein in die Abrechnung für M4 eine aus der Summe der tatsächlichen Einzelflächen gebildete Gesamtfläche einstellt. Dann könnte er von den Gesamtkosten in Höhe von 2.000 € 500 € auf diesen umlegen ( $2.000 / 400 \times 100$ ). Gegenüber M1, M2 und M3 wäre er infolge der mit diesen vereinbarten kleineren Flächen, die hier auch bei der Gesamtfläche zugrunde zu legen wären, auf die Abrechnung von jeweils 486,49 € ( $2.000 / 370 \times 90$ ) beschränkt. Den Restbetrag in Höhe von 40,53 € ( $2.000 - 500 - [3 \times 486,49]$ ) hätte er selbst zu tragen.

Folge dieses Ansatzes wäre allerdings ein gespaltener Verteilungsmaßstab innerhalb der Abrechnungseinheit. Ein solcher wird im Schrifttum bereits mit Blick auf die gebotene Transparenz der Kostenumlage als bedenklich angesehen<sup>38</sup>. Insbesondere bei großen Gebäude- und Verwaltungskomplexen, die eine Vielzahl von Mieteinheiten mit den womöglich unterschiedlichsten Flächenvereinbarungen umfassen, dürfte die Verteilung der Betriebskosten kaum mehr durchschaubar sein. Im Übrigen ergeben sich – wie das nachfolgende Rechenbeispiel verdeutlicht – Probleme, wenn bei einem oder mehreren Mietobjekten die vereinbarte Wohnfläche größer ist als die tatsächliche.

### Beispiel 3:

Alle vier Mietobjekte in dem Gebäude haben eine Wohnfläche von 100 qm. V vereinbart mit M1, M2 und M3 eine entsprechend große Wohnfläche. Nach dem mit M4 abgeschlossenen Mietvertrag soll die Fläche für seine Wohnung indes 110 qm betragen. An Betriebskosten sind wiederum 2.000 € zu verteilen.

In die M1, M2 und M3 zu erteilenden Abrechnungen hätte V die tatsächliche Gesamtfläche einzustellen; diese beläuft sich auf 400 qm. Das führt zu einer Umlage von jeweils 500 € ( $2000 / 400 \times 100$ ) auf M1, M2 und M3, was ihrem realen Anteil entspricht. In der Abrechnung gegenüber M4 dürfte V indes, entsprechend der mit ihm vereinbarten Wohnfläche von 110 qm, eine Gesamtfläche von 410 qm zugrunde legen. Demgemäß würde der Belastungsanteil vom M4 536,59 € betragen. Dann aber könnte V Betriebskosten in Höhe von 2.036,59 € umlegen, obgleich ihm nur solche in Höhe von 2.000 € entstanden sind.

Schon um einen solchen „Gewinn“ des Vermieters aus der Betriebskostenumlage zu vermeiden, muss die Gesamtfläche einheitlich, d.h. unter Anwendung desselben Berechnungsmaßstabs für alle einzubeziehenden Einzelflächen, ermittelt werden<sup>39</sup>. Aber selbst dann kann es in Fallgestaltungen, in denen vereinbarte Mehrflächen im Spiel sind, zu einer Umlage gar

<sup>38</sup> Rave, ZMR 2008, 517, 518.

<sup>39</sup> Kraemer, NZM 1999, 156, 162; Schmid, ZMR-Sonderdruck 12/2003, 17; Langenberg [Vortrag DMT 2008], NJW 2008, 1269, 1273; Rave, ZMR 2008, 517, 518.

nicht entstandener Kosten und damit zu einem „Abrechnungsüberschuss“ des Vermieters kommen.

Stellt man im Beispielfall 3 in sämtliche Abrechnungen die tatsächliche Gesamtfläche von 400 qm ein, so entfallen auf M1, M2 und M3 jeweils 500 € ( $2000 / 400 \times 100$ ). Hingegen könnte V von M4 nunmehr sogar 550 € einfordern. Er dürfte Gesamtkosten in Höhe von 2.050 € verteilen, obwohl nur solche in Höhe von 2.000 € angefallen sind.

### 3. Bemessung nach dem Meistbegünstigungsprinzip

Demgemäß wird bei der Auslegung des Begriffs der Gesamtfläche folgende objektive Interessenlage der Vertragsparteien zu beachten sein:

- Es darf keine oder zumindest keine erhebliche Belastung des Mieters infolge von Minderflächenvereinbarungen mit anderen Mietern entstehen. Es gilt im Verhältnis zu den Mietern das Meistbegünstigungsprinzip.
- Der Vermieter darf nicht mehr Betriebskosten umlegen als ihm bei der Bewirtschaftung des Objekts entstanden sind.
- Die Gesamtfläche ist nach Möglichkeit für sämtliche von der Abrechnungseinheit umfassten Mietverhältnisse einheitlich zu ermitteln.

Diesen Vorgaben lässt sich am ehesten durch eine möglichst groß bemessene Gesamtfläche Rechnung tragen. Grundsätzlich kann diese durch Addition der vereinbarten Flächen gebildet werden. Das erscheint jedenfalls dann sachgerecht, wenn für sämtliche von der Abrechnungseinheit umfassten Mietobjekte entweder die tatsächliche oder eine (bis zur Grenze von 10%) zu große Wohnfläche vereinbart ist. Das dürfte in der Praxis der weitaus häufigste Fall sein; Vermieter und Makler werden eher dazu neigen, bei beworbenen Objekten eine zu große als eine zu kleine Fläche mitzuteilen. Namentlich *Börstinghaus* hat auf das rechtstatistische Phänomen hingewiesen, dass im Laufe der Zeit „Wohnungen wachsen“<sup>40</sup>.

Fehlt es hingegen an derartigen Mehrflächenvereinbarungen, so erscheint die Einstellung der tatsächlichen Gesamtfläche in die Abrechnung sachgerecht, um Mehrbelastungen anderer Mieter infolge der Vereinbarung zu kleiner Flächen zu vermeiden. Gibt es aber innerhalb der Abrechnungseinheit sowohl Mehrflächen- als auch Minderflächenvereinbarungen, bietet es sich an, beide Berechnungsmaßstäbe zu kombinieren: Eine untere Grenze für die Größe der Gesamtfläche muss auch hier die tatsächliche Fläche der einbezogenen Wohnungen bilden, um Drittbelastungen infolge von Minderflächenvereinbarungen zu vermeiden. Ande-

---

<sup>40</sup> NJW 2007, 2627.

rerseits müssen – worauf *Langenberg* in seinem Vortrag auf dem DMT 2008<sup>41</sup> hingewiesen hat, wenngleich er diese Lösung nicht als sonderlich praktikabel erachtet – die vereinbarten (tatsächlich nicht vorhandenen) Mehrflächen der tatsächlichen Gesamtfläche hinzuaddiert werden. Das bedeutet, dass der Vermieter, soweit der Nachweis einer Minderfläche, sprich: einer kleineren als vereinbarten Wohnfläche erbracht ist, die daraus resultierende Differenz bei der Betriebskostenumlage selbst zu tragen hat.

#### **Beispiel 4:**

Die vier Mietobjekte in dem Gebäude weisen eine Wohnfläche von jeweils 100 qm auf. V vereinbart mit M1 und M2 eine entsprechend große Wohnfläche. Mit M3 vereinbart er eine Fläche von 90 qm; in dem mit M4 abgeschlossenen Mietvertrag hat eine Fläche 110 qm eingetragen. An Betriebskosten sind wiederum 2.000 € zu verteilen.

Die Gesamtfläche wird durch Addition der tatsächlichen Einzelflächen (4 x 100 qm) zuzüglich der vereinbarten Mehrflächen (10 qm) errechnet. Defizite aus Vereinbarungen zu geringer Flächen bleiben hingegen außer Betracht. Demgemäß beträgt die Gesamtfläche hier 410 qm. Die Verteilung der Betriebskosten hat sodann wie folgt zu geschehen:

- auf M1 und M2 entfallen jeweils 487,80 € ( $2.000 / 410 \times 100$ ),
- auf M3 entfallen 439,02 € ( $2.000 / 410 \times 90$ ),
- auf M4 entfallen 536,58 € ( $2.000 / 410 \times 110$ ),
- 48,79 € ( $2.000 - 487,80 - 487,80 - 439,02 - 536,58$ ) bleiben unverteilt und fallen dem Vermieter zur Last.

M1 und M2 sind bei diesem Berechnungsmodus die „klaren Gewinner“ aus den Flächendivergenzen innerhalb der anderen Vertragsverhältnisse. Bei Einstellung der mit der Wohnfläche ihrer Mietobjekte korrespondierenden tatsächlichen Gesamtfläche läge ihr Belastungsanteil hingegen bei jeweils 500 €. Aber auch M3 profitiert von diesem Umlagemaßstab. Würde man die Gesamtfläche nach den tatsächlichen Größenverhältnissen bestimmen, hätte er immerhin 450 € ( $2.000 / 400 \times 90$ ) zu tragen. Durchaus reell erscheint auch der auf M4 entfallende Anteil; dieser entspricht exakt der vereinbarten zu großen Wohnfläche, die nach den vorstehenden Ausführungen in die Gesamtfläche einfließen muss. Verlierer ist allein der Vermieter; auch das erscheint hinnehmbar, weil er die unrichtigen Flächenangaben in den Mietverträgen regelmäßig zu verantworten hat (s.o. V 1, hinter Beispiel 1).

#### **VI. Vereinbarung zum Nachteil des Mieters?**

Aber selbst wenn mit Hilfe einer möglichst umfassenden Dimensionierung der Gesamtfläche ungerechtfertigte Drittbelastungen sowie Abrechnungsgewinne des Vermieters vermieden werden, so bleibt es doch bei der Mehrbelastung des Mieters, in dessen Vertrag die Wohn-

---

<sup>41</sup> NJW 2008, 1269, 1273.

fläche bis zur Grenze von 10% zu groß ausgewiesen ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Vermieter bei gleich großen Wohnungen mit allen Mietern die gleiche Mehrfläche vereinbart hat; dann hat diese keine Auswirkungen auf das Verhältnis der Einzelflächen zur Gesamtfläche. Doch wird dies die Ausnahme sein. Meistens werden wenn nicht schon unterschiedliche Wohnungsgrößen, so doch zumindest unterschiedliche Flächenvereinbarungen bestehen. Fraglich ist somit, ob eine bis zur Toleranz von 10% vereinbarte Mehrfläche als Abrechnungsfaktor eine unzulässige Abrede zum Nachteil des Mieters darstellt.

### **1. Verstoß gegen § 556a Abs. 3 BGB?**

Diese Vorschrift ist hier nicht einschlägig. Sie erklärt ausschließlich Abweichungen von § 556a Abs. 2 BGB betreffend die einseitige Änderung des Umlagemaßstabs, soweit sie für den Mieter nachteilig sind, für unwirksam. Demgegenüber erlaubt § 556a Abs. 1 Satz 1 BGB im Grundsatz die freie Vereinbarung des Umlageschlüssels für die Betriebskosten.

Ohnehin bestimmt § 556a BGB lediglich, wie umlagefähige Betriebskosten auf mehrere Mieter zu verteilen sind. Ob und in welchem Umfang der einzelne Mieter überhaupt mit Betriebskosten neben der Grundmiete zu belasten ist, richtet sich allein nach § 556 Abs.1 BGB<sup>42</sup>. Mit Recht weist *Langenberg*<sup>43</sup> darauf hin, dass § 556a BGB letztlich nur Ausführungsvorschriften zu § 556 BGB enthalte und erst dann zum Tragen komme, wenn § 556 Abs.1 BGB die erforderliche Grundlage liefere.

### **2. Verstoß gegen § 556 Abs. 4 BGB?**

Zu erwägen ist daher ein Verstoß gegen § 556 Abs. 4 BGB, wonach Vereinbarungen unwirksam sind, wenn sie zum Nachteil des Mieters von § 556 Abs. 1 BGB abweichen. Nach dieser Bestimmung können die Vertragsparteien vereinbaren, dass der Mieter einen Teil des Mietentgelts als Betriebskosten trägt. Dabei können sie diesen Teil der Miete insbesondere als Betriebskostenvorauszahlung ausweisen, über die der Vermieter jährlich abzurechnen hat (vgl. § 556 Abs. 2 und 3 Satz 1 BGB). Diese in der Praxis absolut gängige Vertragsgestaltung erlaubt es dem Vermieter, die Miete den etwa gestiegenen Kosten anzupassen und diese im Wege der Nachforderung auf den Mieter umzulegen. Allerdings soll er dem Mieter – so führt *Eisenschmid* aus<sup>44</sup> – nur die auf diesen entfallenden tatsächlichen Mehrkosten abverlangen können. Dann aber darf er nicht durch die Umlage weiterer Kosten andere Mieter begünstigen.

---

<sup>42</sup> *Langenberg* [Vortrag DMT 2008], NJW 2008, 1269, 1274.

<sup>43</sup> S. Fn. 41.

<sup>44</sup> MietPrax-AK, § 556 E. Nr. 26 Anm. (S. 164).

Allerdings hat der BGH in jüngerer Zeit mehrfach betont, dass bei der Betriebskostenverteilung nach dem Flächenschlüssel gewisse Ungenauigkeiten regelmäßig nicht zu vermeiden sind und deshalb vom Mieter im Interesse einer Vereinfachung der Abrechnung hingenommen werden müssen. Das gilt im Hinblick auf die Beteiligung des Erdgeschossmieters an den Aufzugskosten<sup>45</sup> ebenso wie bei der Abrechnung von gemischt genutzten Objekten mit Wohn- und Gewerbeeinheiten<sup>46</sup> oder bei der vom BGH in den beiden Entscheidungen vom 20.02.2008 gebilligten Abrechnung nach dem Abflussprinzip<sup>47</sup>.

Auch Schätzungen bestimmter Kostenpositionen, so etwa der Stromkosten für die Heizungsanlage als Teil der Heizkostenabrechnung (vgl. § 7 Abs. 2 HeizkV), und – soweit es allein um die formelle Wirksamkeit der Abrechnung geht – der nicht umlagefähigen Anteile für Verwaltung, Instandhaltung und Instandsetzung innerhalb der Hauswartkosten, hat der BGH in der Entscheidung vom 20.02.2008<sup>48</sup> für zulässig erachtet. Im Schrifttum ist eine Tendenz erkennbar, auch weitergehende Schätzungen zu ermöglichen, etwa bei der Frage, ob überhaupt Kosten angefallen sind, oder wie einheitlich angefallene Kosten auf verschiedene Anrechnungseinheiten zu verteilen sind<sup>49</sup> – freilich immer vorausgesetzt, dass hinreichende Schätzungsgrundlagen bestehen<sup>50</sup>.

Darüber hinaus wird bei vermieteten Eigentumswohnungen auch eine Umlage der Betriebskosten nach Miteigentumsanteilen grundsätzlich anerkannt, sofern eine entsprechende (auch formularvertragliche) Vereinbarung vorliegt<sup>51</sup>. Der BGH hat dies in dem Urteil vom 17.11.2004<sup>52</sup> ausdrücklich klargestellt; eine dahingehende Tendenz hat er bereits in der Entscheidung vom 26.05.2004 erkennen lassen<sup>53</sup>. Doch gerade die Bemessung von Miteigentumsanteilen ist mit erheblichen Unwägbarkeiten behaftet. Das WEG trifft darüber keine Regelung. Die Festlegung der Höhe und Anzahl der Anteile unterliegt dem freien Ermessen der Miteigentümer bei vertraglicher Begründung des Wohnungseigentums nach § 3 WEG bzw. des Eigentümers im Falle der einseitigen Teilung nach Maßgabe des § 8 WEG<sup>54</sup>. Insbeson-

<sup>45</sup> BGH NZM 2006, 895, 896 = WuM 2006, 613, 615 = ZMR 2006, 919, 921.

<sup>46</sup> BGH NZM 2007, 83 f. = WuM 2006, 684, 685 = ZMR 2007, 101, 102; BGH NZM 2006, 340, 343 = WuM 2006, 200, 204 = ZMR 2006, 358, 361 f.

<sup>47</sup> BGH NZM 2008, 277, 279 = WuM 2008, 223, 225 = ZMR 2008, 444, 446; BGH NZM 2008, 403 = WuM 2008, 285.

<sup>48</sup> NZM 2008, 403 = WuM 2008, 285 = GE 2008, 662; krit. dazu *Derckx*, NZM 2008, 394, 395.

<sup>49</sup> S. etwa *Schmid*, GE 2008, 905, 906.

<sup>50</sup> Instrukativ *Schmid*, GE 2008, 905, 906 ff.

<sup>51</sup> S. nur *Drasdo* [Vortrag DMT 2008], ZMR 2008, 421; *Schmid*, Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 4158; *Lammel* (Fn. 19), § 556a Rn. 10.

<sup>52</sup> NZM 2005, 13 = WuM 2005, 61 = ZMR 2005, 121.

<sup>53</sup> BGH NZM 2004, 580 = WuM 2004, 403 = ZMR 2004, 662.

<sup>54</sup> *Riecke/Schmid/Elzer*, FachanwaltKommentar Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2008, § 3 Rn. 13, § 8 Rn. 9; *Jennißen/Zimmer*, WEG, 2008, § 3 Rn. 9, § 8 Rn. 19; *Bärman/Pick*, WEG, 18. Aufl. 2007, § 1 Rn. 2.

dere müssen sich die Miteigentumsanteile nicht am Wert oder an der Größe des Sondereigentums orientieren<sup>55</sup>.

Zwar wird eine Kostenverteilung auf die Mieter anhand der Miteigentumsanteile nur dann als zulässig angesehen, wenn sich keine wesentlichen Unterschiede gegenüber anderen Umlagemaßstäben, namentlich dem Flächenschlüssel ergeben. Jedoch soll es bereits genügen, wenn die Miteigentumsanteile *ungefähr* der Wohnungsgröße entsprechen<sup>56</sup>. Interessanterweise ist auch hier mit Blick auf die grundlegende BGH-Entscheidung vom 24.03.2004 (VIII ZR 295/03 – s. dazu oben II 3) eine Toleranz von 10% vorgeschlagen worden<sup>57</sup>, allerdings verbunden mit einer Hinweispflicht des Vermieters bei Vertragsschluss nach §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB.

Andererseits braucht der Mieter eine „ins Gewicht fallende Mehrbelastung“ nicht hinzunehmen; dies hat der BGH in dem Urteil vom 08.03.2006 ausdrücklich klargestellt<sup>58</sup>. Und gerade das wird im Schrifttum infolge der 10%-Toleranz befürchtet. Werde dem Mieter M1 eine um 10% zu große Fläche zugerechnet und dem Mieter M2 eine um 10% zu kleine, so ergebe dies bei einem Zweifamilienhaus zulasten von M1 bereits eine Mehrbelastung von 20%<sup>59</sup>. Bei Bemessung der Gesamtfläche nach den realen Einzelflächen (200 qm) zzgl. der vereinbarten Mehrfläche wächst die Mehrbelastung sogar noch an, wie das folgende Rechenbeispiel zeigt.

#### **Beispiel 5:**

Es sind Betriebskosten in Höhe von 1.000 € umzulegen. Beide Wohnungen sind 100 qm groß. V hat mit M1 eine Wohnfläche von 110 qm und mit M2 eine solche von 90 qm vereinbart.

Von den 1.000 € tragen M1 523,81 € ( $1.000 / 210 \times 110$ ) und M2 428,57 € ( $2.000 / 210 \times 90$ ). Die Mehrbelastung von M1 gegenüber M2 liegt bei 95,24 €, das sind 22,22% bei gleich großen (!) Wohnungen. Noch problematischere Ergebnisse stellen sich ein, wenn der Mieter einer kleinen Wohnung an eine zu große Wohnfläche gebunden ist, während mehrere Mieter von großen Wohnungen in den Genuss von günstigen Flächenvereinbarungen gelangt sind.

#### **Beispiel 6:**

Die Wohnung von M1 verfügt über eine tatsächliche Wohnfläche von 100 qm, die Wohnungen von M2 und M3 haben eine solche von jeweils 200 qm. V vereinbart mit M1 eine Fläche

<sup>55</sup> BGH NJW 1976, 1976; WuM 1999, 422.

<sup>56</sup> Schmid, Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 4158.

<sup>57</sup> So Nüßlein: Die Divergenzen zwischen Wohnungseigentums- und Mietrecht, Diss. Bremen 2006, S. 102 ff.

<sup>58</sup> NZM 2006, 340, 343 = WuM 2006, 200, 204 = ZMR 2006, 358, 361 f.

<sup>59</sup> Schmid, WuM 2008, 9, 10; ders., ZMR 2008, 42, 43; Langenberg [Vortrag DMT 2008], NJW 2008, 1269, 1274.

von 110 qm, mit den übrigen Mietern jeweils eine solche von 180 qm. Wiederum stehen 2.000 € zur Verteilung an.

Errechnet man die Gesamtwohnfläche des Hauses nach dem Meistbegünstigungsprinzip (reale Einzelflächen: 500 qm, zzgl. vereinbarte Mehrfläche: 10 qm), so ergibt sich ein Faktor von 510 qm. Das führt zu folgenden Belastungsanteilen:

- M1 trägt 431,37 € ( $2000 / 510 \times 110$ ),
- M2 und M3 tragen bei doppelt so großen Wohnungen jeweils 705,88 € ( $2000 / 510 \times 180$ ).

Eine Kostenverteilung nach den tatsächlichen Einzelwohnflächen ergäbe indes folgendes Bild: M1 400,00 € ( $2000 / 500 \times 100$ ), M2 und M3 jeweils 800,00 € ( $2000 / 500 \times 200$ ). Damit beliefe sich die Mehrbelastung vom M1 im Verhältnis zu seinen Mitmietern bereits auf 31,37%, die sich wie folgt errechnen:

- Belastungsdifferenz bei Abrechnung nach tatsächlichen Wohnflächen: 400 € ( $800 \text{ €} - 400 \text{ €}$ )
- Belastungsdifferenz bei Abrechnung nach vereinbarten Einzelflächen: 274,51 € ( $705,88 \text{ €} - 431,37 \text{ €}$ )
- Differenzbetrag: 125,49 € ( $400 \text{ €} - 274,51 \text{ €}$ )
- Mehrbelastungsquote 31,37% ( $125,49 / 400 \times 100$ ).

Allerdings dürften derartige Vergleichsrechnungen nicht weiterführen. Der Mieter wird die Erheblichkeit der auf ihn entfallenden Mehrbelastung nicht allein damit begründen können, dass andere Mieter in dem Gebäude besser gestellt sind als er. Letztlich muss es dem Vermieter überlassen bleiben, ob er mit anderen Vertragspartnern eine günstigere Miete oder auch eine geringere Betriebskostenbelastung aushandelt. Nur eines muss gewährleistet sein: dass er die infolge solcher Vereinbarungen nicht umlegbaren Kosten selbst trägt. Was die Mehrbelastung von Mietern mit ungünstigen Flächenvereinbarungen betrifft, so kann die Frage der Erheblichkeit nur durch einen Vergleich ihrer realen Kostensituation mit der fiktiven Kostensituation ohne die Vereinbarung festgestellt werden. Dann aber verbleibt die Mehrbelastung innerhalb der 10%-Marge. Im Beispielsfall 5 beläuft sie sich auf 23,81 € ( $523,81 \text{ €} - 500 \text{ €} [1000 \text{ €} / 200 \text{ qm} \times 100 \text{ qm}]$ ), das sind 4,76% ( $23,81 \text{ €} / 500 \text{ €} \times 100$ ). Im Fall 6 beträgt sie 31,37 € ( $431,37 \text{ €} - 400 \text{ €}$ ), was 7,84% ( $31,37 \text{ €} / 400 \text{ €} \times 100$ ) entspricht.

Nach alledem dürfte die Vereinbarung einer bis zu 10% zu großen Wohnfläche im Hinblick auf die daraus resultierende Mehrbelastung des Mieters bei der Betriebskostenumlage keine unzulässige Abrede nach § 556 Abs. 4 BGB darstellen.

## VII. Probleme bei der Umlegung der Heizkosten

Besondere Probleme ergeben sich allerdings bei der Verteilung der Heizkosten. Gem. § 2 HeizkV gehen die Vorschriften dieser Rechtsverordnung allen rechtsgeschäftlichen Bestimmungen, also auch vertraglichen Vereinbarungen vor. Soweit diese von der HeizkV abweichende Regelungen enthalten, sind sie nicht anzuwenden<sup>60</sup>. Nach §§ 7 und 8 HeizkV sind Wärme- und Warmwasserkosten mindestens zu 50% und höchstens zu 70% nach erfasstem Verbrauch zu verteilen; im Übrigen erfolgt die Umlage nach Wohn- bzw. Nutzfläche oder – bei den Wärmekosten – auch nach dem Raumvolumen. Auch die HeizkV verzichtet auf eine Bestimmung des Flächenbegriffs. Nach verbreiteter Auffassung ist auch hier auf die tatsächlichen Flächenverhältnisse abzustellen<sup>61</sup>; anderenfalls könnten die Parteien die in den §§ 7 und 8 HeizkV festgelegten Verteilungsmaßstäbe durch Vereinbarung einer den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Fläche umgehen<sup>62</sup>.

Für eine Verteilung der verbrauchsunabhängigen Kosten (sog. Grundkosten)<sup>63</sup> nach der tatsächlichen Fläche könnte insbesondere die Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 2 HeizkV sprechen. Danach kann der Vermieter diese Kosten auch nach der „Wohn- oder Nutzfläche der beheizten Räume“ verteilen. Was darunter zu verstehen ist, wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer Auffassung<sup>64</sup> sind nur diejenigen Räume gemeint, die mit einem Heizkörper (oder mit entsprechenden Heizschlangen) ausgestattet sind. Die Gegenansicht<sup>65</sup> rekurriert auf § 2 Abs. 2 WärmeschutzV; als „beheizt“ sind danach diejenigen Räume anzusehen, die aufgrund bestimmungsgemäßer Nutzung direkt oder durch Raumverbund beheizt werden.

Ungeachtet dieser Kontroverse dürfte das Kriterium der „Wohn- oder Nutzfläche der beheizten Räume“ dafür sprechen, die tatsächlichen Flächenverhältnisse zugrunde zu legen. Eine vereinbarte Fläche der beheizten Räume, die von den realen Gegebenheiten divergiert, erscheint nur schwer vorstellbar.

Allerdings führt § 7 Abs. 1 HeizkV eine Kostenverteilung nach der Gesamtfläche und eine solche nach der beheizten Fläche alternativ nebeneinander auf. Es fragt sich daher, ob dem Vermieter hinsichtlich dieser Umlagemaßstäbe die freie Wahl zusteht; dann könnte er prob-

<sup>60</sup> BGH NZM 2006, 652 = WuM 2006, 518 = NZM 2006, 766.

<sup>61</sup> S. etwa AG Hamburg WuM 1996, 778; Schmid, ZMR 2008, 42, 43; ders., Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 6170; Sternel, Mietrecht, 3. Aufl. 1988, III Rn. 408; a.A. Schmid-Futterer/Lammel (Fn. 14), § 7 HeizkV Rn. 10; ferner OLG Schleswig NZM 2008, 291 = WuM 2007, 471 für das Wohnungseigentumsrecht.

<sup>62</sup> Schmid, ZMR 2008, 42, 43.

<sup>63</sup> Zum Begriff s. Schmid-Futterer/Lammel (Fn. 14), § 7 HeizkV Rn. 9.

<sup>64</sup> Sternel, PiG 23 (1986), 55, 74 f.; Langenberg, Betriebskostenrecht, 4. Aufl. 2006, Anhang I Rn. 74; Wall, in Eisenschmid/Rips/Wall (Fn. 14), Rn. 3024.

<sup>65</sup> Schmid-Futterer/Lammel (Fn. 14), § 7 HeizkV Rn. 13; Schmid, Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 6173a.

lemlos (jedenfalls innerhalb der 10%-Marge) die vereinbarte Fläche zugrunde legen. Möglicherweise geht der BGH davon aus; denn in den Entscheidungsgründen heißt es unter II 1 c:

„Dem Berufungsgericht ist im Übrigen auch darin beizupflichten, dass die Einbeziehung nicht beheizter Teilflächen in die der Umlegung zugrunde gelegte Wohnfläche nicht gegen die Vorschriften der Heizkostenverordnung verstößt.“

Das wird jedoch vielfach anders gesehen. Nach einem Urteil des KG vom 28.11.2005<sup>66</sup> hat der Vermieter die Wahl des Verteilungsmaßstabs für die verbrauchsunabhängigen Kosten gem. § 315 BGB nach billigem Ermessen zu treffen. Die Auswahl unter den in § 7 Abs. 1 Satz 2 HeizkV aufgeführten Maßstäben hänge namentlich davon ab, ob nicht beheizte Räume in relevanter Zahl vorhanden seien<sup>67</sup>. Sofern die Heizkosten eines Gebäudes zu verteilen seien, das keine außen liegenden Nutzflächen aufweise, dürfe der Vermieter die Gesamtfläche als Verteilungsmaßstab zugrunde legen. Gehe es aber um die Kostenverteilung für Wohnungen mit Balkonen oder Terrassen, müsse er die beheizte Fläche bzw. den beheizten Raum als Maßstab wählen. Eine Abrechnung unter Einbeziehung von  $\frac{1}{4}$  bis  $\frac{1}{2}$  der Balkonfläche entspricht nach Ansicht des KG nicht mehr billigem Ermessen, weil dieser Bereich keinen Einfluss auf den Verbrauch von Wärme habe. Anderes gelte ausnahmsweise dann, wenn alle Freiflächen gleich groß seien; dann habe ihre Einbeziehung keine Auswirkungen auf das Verhältnis der Einzelflächen zur Gesamtfläche.

Nach Ansicht von *Langenberg*<sup>68</sup> darf der Vermieter bei einem Gebäude mit unterschiedlich großen Freiflächen ohnehin nur nach der umbauten Fläche abrechnen. Anderenfalls würde er den Mietern, deren Objekte über größere Freiflächen verfügten, zumuten, die übrigen Mieter über die verbrauchsunabhängigen Kostenanteile mit Heizenergie zu subventionieren.

Sofern die Räume im Gebäude eine unterschiedliche Höhe aufweisen, was namentlich bei Altbauten häufig der Fall ist, könnte man sogar daran denken, das Auswahlermessen des Vermieters auf den Raummaßstab zu reduzieren<sup>69</sup>. Allein dieser ermöglicht bei stark divergierenden Raumvolumen der einzelnen Mietwohnungen eine hinreichende Differenzierung nach dem jeweiligen Wärmebedarf.

Leider ist der BGH in der vorliegenden Entscheidung auf die Problematik der Ermessensbindung des Vermieters im Rahmen des § 7 Abs. 1 Satz 2 HeizkV nicht eingegangen. Vielleicht brauchte er dies auch nicht, weil innerhalb der dem Vorgang zugrunde liegenden Abrechnungseinheit alle Balkone gleich groß sind; allerdings liefert der Tatbestand des amtsgericht-

<sup>66</sup> Gekürzt abgedr. in WuM 2006, 35, sowie ZMR 2006, 284.

<sup>67</sup> S. auch AG Hamburg WuM 1987, 230.

<sup>68</sup> Fn. 16; Anhang I Rn. 74; *ders.* [Vortrag DMT 2008], NJW 2008, 1269, 1273.

lichen Urteils, auf den die Berufungskammer Bezug nimmt (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), hierfür keinerlei Anhaltspunkte. Zumindest aber ein kurzer Hinweis des Senats auf die nicht abschließend geklärte Frage wäre nützlich gewesen.

Haben die Parteien eine Wohnflächenvereinbarung innerhalb der 10%-Grenze getroffen, werden sie u.U. gehalten sein, diese auf die beheizte Fläche i. S. des 7 Abs. 1 Satz 2 HeizkV zurückzuführen.

### **Beispiel 7**

Die vereinbarte Wohnfläche beträgt 110 qm. Tatsächlich weist die Wohnung lediglich eine Größe von 100 qm auf. Die Fläche der beheizten Räume beträgt 90 qm. Die allein für die beheizten Räume vereinbarte Fläche würde sich demnach auf 99 qm ( $110 \times 90 / 100$ ) belaufen.

Es muss allerdings immer geprüft werden, ob die Wohnflächendivergenz nicht auf einer fehlerhaften Bewertung der Freiflächen beruht; dann wird eine einfache Errechnung der „vereinbarten beheizten Fläche“ mit Hilfe des Dreisatzes nicht möglich sein. Vielleicht lässt sich aber auch bei der Heizkostenverteilung eine Flächenvereinbarung im Plusminus-10%-Bereich dadurch relativieren, dass ein möglichst großer Anteil der Kosten – § 7 Abs. 1 Satz 1 HeizkV lässt insoweit bis zu 70% zu – nach erfasstem Verbrauch umgelegt wird<sup>70</sup>. Auch bei der Heizkostenabrechnung kann – mit *Beyer*<sup>71</sup> gesprochen – eine „Centgenauigkeit“ nicht erwartet werden.

## **VIII. Tatsächliche Wohnfläche**

### **1. Gesetzliche Ausgangslage**

Es fragt sich an dieser Stelle, was unter der tatsächlichen Wohnfläche zu verstehen ist. Für öffentlich geförderten Wohnraum neuer Art, der seit dem 01.01.2002 nach dem WoFG gefördert wird (vgl. § 46 Abs. 1 WoFG), findet sich eine Definition in § 19 Satz 1 WoFG. Die Vorschrift hat ihre aktuelle Fassung durch Art. 9 Nr. 3 des Föderalismusreformbegleitgesetzes vom 05.09.2006<sup>72</sup> mit Wirkung zum 01.01.2007 erhalten. Wohnfläche ist danach „die Summe der anrechenbaren Grundflächen der ausschließlich zur Wohnung gehörenden Räume“. Die genauere Ausgestaltung des Wohnflächenbegriffs überlässt § 19 Satz 2 WoFG nunmehr den Landesregierungen. Diese werden ermächtigt, „durch Rechtsverordnung Vorschriften zur Berechnung der Grundfläche und zur Anrechenbarkeit auf die Wohnfläche zu erlassen“.

---

<sup>69</sup> Das empfiehlt etwa Schmidt-Futterer/*Lammel* (Fn. 14), § 7 HeizkV Rn. 12.

<sup>70</sup> Davon ist das OLG Schleswig in einer Wohnungseigentumssache sogar bei einer Abweichung der in der Teilungserklärung festgeschriebenen von der tatsächlichen Wohnfläche von nahezu 30% ausgegangen; s. NZM 2008, 291, 292 = WuM 2007, 471, 473.

<sup>71</sup> GE 2007, 950.

<sup>72</sup> BGBl. I 2006 S. 2034.

Bislang hat allerdings – soweit ersichtlich – noch keine Landesregierung von ihrer Verordnungskompetenz nach § 19 Satz 2 WoFG Gebrauch gemacht. Bis dies geschieht, gilt die zum 01.01.2004 in Kraft getretene WoFIV<sup>73</sup> – entgegen einer verbreiteten Meinung<sup>74</sup> – auch nach dem Wegfall ihrer Ermächtigungsgrundlage in § 19 Abs. 1 Satz 2 WoFG a.F. am 01.01.2007 als Bundesrecht fort. Dies ergibt sich bereits aus Art. 125a Abs. 1 GG, wonach Rechtsnormen, die als Bundesrecht erlassen worden sind, aber wegen der Föderalismusreform<sup>75</sup> nicht mehr als solches erlassen werden können, unverändert weiter gelten, bis sie durch Landesrecht ersetzt werden<sup>76</sup>. Im Übrigen entspricht die fortwährende Wirksamkeit einer Rechtsverordnung nach Wegfall ihrer Ermächtigungsgrundlage der ständigen Rechtsprechung des BVerfG<sup>77</sup>.

Demgegenüber sind für den frei finanzierten Wohnraum verbindliche gesetzliche Regelungen zur Bemessung der Wohnfläche nicht existent. Die §§ 556, 556a BGB verweisen nicht auf § 19 WoFG; § 556 Abs. 1 Satz 1 BGB nahm in seiner früheren Fassung lediglich auf § 19 Abs. 2 WoFG a.F. Bezug, der eine Definition der Betriebskosten enthielt<sup>78</sup>. Im Übrigen rekurriert § 28 Abs. 4 Nr. 1 WoFG auch für den nach Maßgabe dieses Gesetzes geförderten Wohnraum hinsichtlich der Abgeltung von Betriebskosten allein auf die §§ 556, 556a und 560 BGB. Diese wiederum enthalten keine Rückverweisung auf § 19 WoFG. Auch eine direkte Bezugnahme auf diese Bestimmung ist in § 28 WoFG – anders als etwa in § 10 Abs. 2 WoFG – nicht enthalten. Somit könnte fraglich sein, ob die Bestimmungen in § 19 WoFG sowie in künftig ergehenden Landesverordnungen für die Betriebskostenumlage nach Wohnfläche (§ 556a Abs. 1 Satz 1 BGB) verbindlich sind<sup>79</sup>.

## 2. Vereinbarungsfähigkeit des Berechnungsmaßstabs

Auch der allgemeine Sprachgebrauch assoziiert mit dem Begriff der Wohnfläche keine bestimmte Art der Berechnung<sup>80</sup>. Was die Vertragsparteien darunter verstehen, kann somit nur durch Auslegung nach §§ 133, 157 BGB ermittelt werden<sup>81</sup>. Das bedeutet, dass die Wohnfläche zuvörderst der Privatautonomie unterliegt. Die Parteien können – neben einer be-

<sup>73</sup> Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche vom 25.11.2003, BGBl. I S. 2346.

<sup>74</sup> Vgl. etwa *Gante* [Vortrag DMT 2008], WuM 2008, 525, 527; Herrlein/Kandelhard/*Both* (Fn. 26), § 556a Rn. 23.

<sup>75</sup> Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl. I S. 2034.

<sup>76</sup> S. NZM aktuell 10/2008, S. VI.

<sup>77</sup> Grdl. BVerfGE 9, 3, 12 = NJW 1959, 91; nachf. etwa BVerfGE 13, 341, 347 = NJW 1961, 1395; E 14, 245 = NJW 1962, 1563; E 22, 1, 2 = NJW 1967, 1555; E 52, 1, 17 = NJW 1980, 985; E 78, 179, 198 = NJW 1988, 2290; a.A. *Rütz*, JURA 2005, 821 ff.

<sup>78</sup> Fassung gemäß Bekanntmachung vom 02.01.2002, gültig vom 01.01.2002 bis 31.12.2006.

<sup>79</sup> Abl. *Schmid*, Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 4127; *ders.*, ZMR-Sonderdruck 12/2003, 16 f.

<sup>80</sup> BGH NJW 1991, 912 = MDR 1991, 515; WuM 1997, 625 = ZMR 1997, 633; NZM 2004, 454 f. = WuM 2004, 337, 338 = ZMR 2004, 501.

<sup>81</sup> BGH NZM 2004, 454 f. = WuM 2004, 337, 338 = ZMR 2004, 501.

stimmten Größe der Wohnung – auch einen bestimmten Berechnungsmodus für deren Fläche vereinbaren<sup>82</sup>. Das kann eine allgemein bekannte Berechnungsnorm, aber auch ein anderer, den besonderen Vorstellungen der Parteien entsprechender Maßstab sein. Zur Ermittlung der Mietfläche stehen, wie der BGH in seiner Entscheidung vom 23.05.2007<sup>83</sup> ausführt, namentlich die WoFIV sowie die §§ 42 bis 44 der II. BV a.F. zur Verfügung, daneben aber auch die DIN 283<sup>84</sup>. Diese wurde zwar im Jahre 1983 vom Normausschuss Bauwesen zurückgezogen; gleichwohl wird sie aber noch für anwendbar gehalten, denn dieser Umstand spricht nicht gegen ihre materielle Richtigkeit<sup>85</sup>.

Individualvertraglich können sich die Parteien nach einer Entscheidung des BGH vom 24.03.2004<sup>86</sup> sogar auf die DIN 277 verständigen und die Fläche nach der reinen Grundfläche ohne Abzug von Dachschrägen bestimmen<sup>87</sup>. Allerdings hält das Schrifttum bei der Wohnraummiete eine dahingehende Formulklausel wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot für unwirksam (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), weil der Mieter nicht erkennen könne, worauf er sich abweichend von den örtlichen Gepflogenheiten einlasse<sup>88</sup>. Auf die streitige Frage, ob die Vereinbarung des Berechnungsmaßstabs eine Preisabrede darstellt und damit nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB einer Klauselkontrolle entzogen ist<sup>89</sup>, kommt es nicht an; denn das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt auch für den vertraglichen Kernbereich (vgl. § 307 Abs. 3 Satz 2 BGB)<sup>90</sup>.

Im Übrigen mag es zweifelhaft sein, ob die Parteien, sofern sie auf die reine Grundfläche ohne Abzug von Dachschrägen abstellen, tatsächlich die DIN 277 im Auge haben. Zum einen enthält diese keinen einheitlichen Bewertungsmaßstab, zum anderen ist sie für die Ermittlung der Wohnfläche überhaupt nicht vorgesehen<sup>91</sup>. Näher liegend erscheint auch hier eine Orientierung an der WoFIV oder an der II. BV, allerdings mit der Maßgabe, dass die Dachschrägen entgegen § 4 Nr. 2 WoFIV bzw. § 44 Abs. 1 Nr. 2 der II. BV a.F. nicht in Abzug gebracht werden. Denn es ist den Parteien unbenommen, auch eine solche Wohnfläche

<sup>82</sup> Vgl. *Schmid*, Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 4130; Herrlein/Kandelhard/Both (Fn. 26), § 558 Rn. 57.

<sup>83</sup> NZM 2007, 595, 596 = WuM 2007, 441, 442 = ZMR 2007, 764, 765.

<sup>84</sup> Ausf. zu den Berechnungsnormen *Eisenschmid*, in *Eisenschmid/Rips/Wall* (Rn. 14), Rn. 4008 ff.; *Schul/Wichert*, ZMR 2002, 633, 634; *Durst/v. Zitzewitz*, NZM 1999, 605; speziell zur WoFIV *Gante*, WuM 2008, 525, 527 ff.

<sup>85</sup> BGH NZM 2007, 595, 596 = WuM 2007, 441, 442 = ZMR 2007, 764, 765; Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 14), nach § 556a Rn. 3.

<sup>86</sup> WuM 2004, 337 = ZMR 2004, 501; ebenso LG München I WuM 2006, 91.

<sup>87</sup> Zur DIN 277 s. *Schul/Wichert*, ZMR 2002, 633, 634; *Durst/v. Zitzewitz*, NZM 1999, 605; *Eisenschmid*, in *Eisenschmid/Rips/Wall* (Rn. 14), Rn. 4013 ff.

<sup>88</sup> Schmidt-Futterer/Langenberg (Fn. 14), nach § 556a Rn. 14.

<sup>89</sup> So etwa *Schul/Wichert*, ZMR 2002, 633, 636; dagegen aber *Eisenschmid*, in *Eisenschmid/Rips/Wall* (Rn. 14), Rn. 4024; *Schmid*, ZMR-Sonderdruck 12/2003, 17.

<sup>90</sup> Im Erg. auch *Schmid*, ZMR-Sonderdruck 12/2003, 17; a.A. *Schul/Wichert*, ZMR 2002, 633, 636.

<sup>91</sup> Vgl. *Schul/Wichert*, ZMR 2002, 633, 634 f.; *Eisenschmid*, in *Eisenschmid/Rips/Wall* (Rn. 14), Rn. 4013 ff.

zu vereinbaren, die den wahren Gegebenheiten nicht entspricht, etwa um die Größe des Mietobjekts dem Streit zu entziehen<sup>92</sup> oder ganz einfach: weil sie die Wohnfläche im konkreten Fall so verstehen<sup>93</sup>. In solchen Fällen kommt eine Flächendivergenz von vornherein nicht in Betracht<sup>94</sup>; die vereinbarte Fläche entspricht hier der tatsächlichen, mag deren Bemessung auch noch so eigenwillig erscheinen. Allerdings setzt die Verständigung auf eine bestimmte Fläche eine unmissverständliche Vereinbarung voraus; die in vielen Formularverträgen vorhandene Formulierung: „Die Wohnfläche wird mit ... qm vereinbart“ reicht, wie der BGH in der Entscheidung von 24.03.2004 (VIII ZR 295/03) ausdrücklich klargestellt hat, nicht aus<sup>95</sup>.

### 3. Stillschweigende Vereinbarung

In aller Regel treffen die Parteien hinsichtlich der Wohnflächenermittlung jedoch keine ausdrückliche Vereinbarung. Meist füllen sie das im Mietvertragsformular dafür vorgesehene Leerfeld mit einer konkreten Zahl oder einer ca-Angabe aus, ohne dabei konkrete Vorstellungen hinsichtlich des Berechnungsmodus zu haben.

Für diesem – in der Praxis des Wohnraummietrechts weitaus häufigsten Fall – ist der Begriff der „Wohnfläche“ auch bei frei finanziertem Wohnraum anhand der für preisgebundenen Wohnraum maßgeblichen Bestimmungen auszulegen. Das bedeutet:

- bis zum 31.12.2003 sind die §§ 42 bis 44 der II. BV a.F. heranzuziehen,
- ab dem 01.01. 2004 gelten die Bestimmungen der WoFIV entsprechend<sup>96</sup>.

Beruhet die Anwendung der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen nach Auffassung des BGH<sup>97</sup> auf einer stillschweigenden Vereinbarung der Parteien, so ist das Datum des Vertragsabschlusses maßgebend. Liegt dieses vor dem 01.01.2004, so sind auch für die Zeit danach allein die §§ 42 bis 44 der II. BV a.F. maßgebend. Denn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses existierte die WoFIV noch nicht, so dass die Parteien diese auch noch nicht als Berechnungsmodus zugrunde legen konnten. Ob allerdings die WoFIV entsprechend ihrem § 5 Satz 2 sowie dem § 42 Satz 2 der II. BV dann heranzuziehen ist, wenn nach dem 31.12.2003 bauliche Änderungen vorgenommen werden, die eine Neuberechnung der Wohnfläche erforderlich machen, ist offen<sup>98</sup>. Die Rechtsfrage wird vom BGH zu gegebener Zeit zu klären sein.

<sup>92</sup> BGH NZM 2004, 453 = WuM 2004, 336, 337 = ZMR 2004, 495, 496.

<sup>93</sup> BGH NZM 2006, 375 = WuM 2006, 245, 246 = ZMR 2006, 439, 440 f.

<sup>94</sup> Vgl. *Schmid*, GuT 2008, 19, 20.

<sup>95</sup> S. BGH NZM 2004, 453 = WuM 2004, 336, 337 = ZMR 2004, 495, 496.

<sup>96</sup> BGH NZM 2007, 595, 596 = WuM 2007, 441, 442 = ZMR 2007, 764, 765; BGH NZM 2004, 454 = WuM 2004, 337 = ZMR 2004, 501.

<sup>97</sup> NZM 2007, 595, 596 = WuM 2007, 441, 442 = ZMR 2007, 764, 765.

<sup>98</sup> Zur Problematik auch *Hinz*, WuM 2004, 380, 384.

Eine Auslegung des Wohnflächenbegriffs anhand der für preisgebundenen Wohnraum maßgeblichen Bestimmungen erfolgt lediglich dann nicht, wenn

- die Parteien dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beimessen (s. dazu unter VIII 2) oder
- ein anderer Berechnungsmodus ortsüblich oder nach der Art der Wohnung näher liegt.

Demgemäß kann in bestimmten Regionen eine örtliche Verkehrssitte dahingehend bestehen, dass die Berechnung der Wohnfläche anhand der (längst zurückgezogenen) DIN 283 erfolgt<sup>99</sup>. Das LG München I hat dies in einem Urteil aus dem Jahre 2005<sup>100</sup> für den Raum München angenommen. Ferner ist es denkbar, dass bei einer Maisonette-Wohnung mit Dachschrägen im ausgebauten Spitzboden als Wohnfläche die reine Grundfläche der Wohnung anzusetzen ist. Die Rechtsprechung bezieht sich hier (nach diesseitiger Auffassung unzutreffend) auf die DIN 277 (s.o. VIII 2)<sup>101</sup>.

#### 4. Auswirkungen auf den vom BGH entschiedenen Fall

Im Hinblick auf die vorstehenden Überlegungen lohnt sich ein Blick in die Gründe des unveröffentlichten Berufungsurteils<sup>102</sup>, das der hier besprochenen BGH-Entscheidung zugrunde liegt. Darin heißt es auf Seite 5:

„Ohne Erfolg beanstandet der Beklagte weiter den von der Klägerin der Abrechnung zugrunde gelegten Flächenanteil von 94,6 qm. Diese Fläche ist vertraglich als Wohnfläche und Umlagemaßstab vereinbart. Der Hinweis des Beklagten auf die Anrechnung der Balkonfläche statt mit  $\frac{1}{2}$  nur mit  $\frac{1}{4}$  ändert hieran nichts. Abgesehen von der vertraglichen Vereinbarung sahen auch die damaligen Berechnungsvorschriften in § 44 Abs. 2 II. BV eine Anrechnung bis zur Hälfte vor.“

Möglicherweise ist das Berufungsgericht hier von einer partiellen Berechnungsvereinbarung der Parteien ausgegangen mit dem Inhalt, dass eine Anrechnung des Balkons mit der Hälfte seiner Grundfläche erfolgen soll. Dann würde es bereits an einer Flächendifferenz fehlen, so dass es auf die vom BGH herangezogene 10%-Grenze gar nicht ankäme.

Zwar sieht § 44 Abs. 2 der II. BV a.F. eine Anrechnung von Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen bis zur Hälfte vor, jedoch ist dieser weite Spielraum auf die unmittelbare Anwendung der Vorschrift im öffentlich geförderten sowie im (schon lange weggefallenen) steuerbegünstigten Wohnraum ausgerichtet. Hier durfte der Bauherr die Berücksichtigung der Freiflächen selbst bestimmen. Während ihm bei öffentlich gefördertem Wohnraum

<sup>99</sup> NZM 2007, 595, 596 = WuM 2007, 441, 442 = ZMR 2007, 764, 765 f.

<sup>100</sup> WuM 2006, 91.

<sup>101</sup> BGH WuM 2004, 337 = ZMR 2004, 501; ebenso LG München I WuM 2006, 91.

naturgemäß an einem möglichst großen Flächenansatz gelegen war, entsprach es bei steuerbegünstigtem Wohnraum seinem Interesse, die Freiflächen überhaupt nicht zu berücksichtigen, um die in §§ 82 Abs. 1 Satz 2, 39 Abs. 1 Satz 1 bis 4 und Satz 5 des II. WoBauG a.F. vorgesehenen Wohnflächengrenzen nicht zu überschreiten.

Eine solche Interessenlage besteht bei entsprechender Anwendung des § 44 Abs. 2 der II. BV a.F. auf frei finanzierten Wohnraum nicht, so dass man sich lebhaft darüber streiten kann, in welchem Umfang die Freifläche hier anzusetzen ist. Das BayObLG stellt in einem Rechtsentscheid aus dem Jahre 1983<sup>103</sup> auf den Wohnwert des Balkons ab. Maßgebend seien insbesondere die Lage, ob zu einem Park oder einer verkehrsbelebten Straße hin, sowie die Himmelsrichtung; ein nordseitiger Balkon sei grundsätzlich geringwertiger als ein solcher mit südwestseitiger Ausrichtung. Allerdings hat dieser Rechtsentscheid im Schrifttum heftige Kritik erfahren<sup>104</sup>. Vielfach wird eine Anrechnung von Freiflächen bei frei finanziertem Wohnraum lediglich zu  $\frac{1}{4}$  favorisiert<sup>105</sup>.

Um dieses Streitpotential von vornherein auszuschließen, können sich die Parteien auf eine bestimmte Anrechnung der Balkonfläche verständigen. Allerdings reicht dazu die bloße Flächenangabe im Mietvertrag nicht aus; für die vom BGH in der Entscheidung vom 24.03.2004 (VIII ZR 295/03) geforderte unmissverständliche Abrede (s. o. bei VIII 2 a.E.)<sup>106</sup> fehlt es hier an hinreichenden Anhaltspunkten. Insofern hätte es einer Bewertung der Balkonfläche bedurft, wenn nicht die hier in Rede stehende Wohnflächendifferenz zwischen 94,6 qm und 93,18 qm ohnehin mit Blick auf die 10%-Toleranz unerheblich ist, wie der BGH dies angenommen hat.

## 5. Heranziehung der WoFIV bei der Betriebskostenumlage

Die Darstellung zeigt, dass die Ermittlung der tatsächlichen Wohnfläche bei frei finanziertem Wohnraum im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. Eine verbindliche Berechnungsnorm ist nicht existent; was die Parteien unter der Wohnfläche verstehen, unterliegt prinzipiell ihrer freien Vereinbarung. Die bislang sozusagen hilfsweise herangezogene WoFIV gilt nur noch übergangsweise. Sie dürfte in den einzelnen Bundesländern nach und nach durch die dort gem. § 19 Satz 2 und 3 WoFG zu erlassenden Flächenverordnungen ersetzt werden.

---

<sup>102</sup> LG Berlin, Urt. v. 25.08.2006, 63 S 70/06.

<sup>103</sup> WuM 1983, 254 = ZMR 1983, 387.

<sup>104</sup> S. etwa *Langenberg*, NZM 2001, 783, 790.

<sup>105</sup> S. nur *Langenberg*, NZM 2001, 212, 214 f.

<sup>106</sup> S. BGH NZM 2004, 453 = WuM 2004, 336, 337 = ZMR 2004, 495, 496.

Im Übrigen wird im Schrifttum bezweifelt, ob die Bestimmungen der WoFIV überhaupt „eins zu eins“ auf die Betriebskostenumlage übertragen werden können. In erster Linie sind sie, wie § 10 WoFG belegt, auf die Bemessung der sozialen Wohnraumförderung (vgl. § 1 Abs. 1 WoFG) zugeschnitten. Nach Ansicht von *Schmid*<sup>107</sup> führt eine uneingeschränkte Anwendung der WoFIV im Betriebskostenrecht zu unbilligen Ergebnissen. So seien Räume, die den Anforderungen des Bauordnungsrechts nicht genügten, entgegen § 2 Abs. 3 Nr. 2 WoFIV beim Flächenansatz mit zu berücksichtigen. Anderenfalls wäre der Mieter, der solche Räumlichkeiten mitbenutze, privilegiert; blieben diese auch bei der Bemessung der Gesamtwohnfläche außer Ansatz, müssten die übrigen Mieter die darauf anfallenden Kosten de facto mittragen.

Auch Zubehöräume seien – anders als § 2 Abs. 3 Nr. 1 WoFIV dies vorsehe – bei der Wohnfläche zu berücksichtigen, sofern sie nur einer Mietpartei zur Verfügung stünden und beheizt seien oder über einen Wasseranschluss verfügten. Dem geringeren Nutzwert und der geringeren Kostenverursachung könne dadurch Rechnung getragen werden, dass solche Flächen in analoger Anwendung des § 4 Nr. 3 WoFIV lediglich zur Hälfte anzurechnen seien.

In die Wohnung integrierte Geschäftsräume seien ebenfalls – abweichend von § 2 Abs. 3 Nr. 3 WoFIV – in die Wohnfläche mit einzubeziehen. Dies dürfte insbesondere bei Büro- oder Praxisräumen eines gemischt genutzten Objekts relevant werden. Demgegenüber wird das von *Schmid* angeführte häusliche Arbeitszimmer<sup>108</sup> von vornherein als Wohnraum zu qualifizieren sein.

Auch diese zusätzliche Komplikation legt es nahe, grundsätzlich von der vertraglich vereinbarten Fläche auszugehen. Dann ist es Sache des Mieters, eine Abweichung dieser Größe von einer – wie auch immer zu ermittelnden – tatsächlichen Wohnfläche von mehr als 10% darzulegen und zu beweisen. Darüber hinaus könnte der Mieter darlegen und beweisen, dass die in die Abrechnung eingestellte Gesamtfläche zu klein bemessen ist, weil in diese zu gering vereinbarte Einzelflächen anderer Mieter eingeflossen sind (s.o. bei V 1).

Würde man hingegen auf die tatsächliche Wohnfläche abstellen, dürfte es zumindest dann Sache des Vermieters sein, die Richtigkeit der Flächenabgaben in der Betriebskostenabrechnung zu beweisen, wenn der Mieter diese durch substantiierten Vortrag, etwa durch Vorlage eigener plausibler Messergebnisse, erschüttert. Denn die Flächenangabe im Miet-

---

<sup>107</sup> Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 4134a ff.; *ders.*, Handbuch FA MietRWEg (Fn. 22), Kap. 6 Rn.341; *ders.*, ZMR Sonderdruck 12/2003, 17.

<sup>108</sup> Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 4134e; *ders.*, Handbuch FA MietRWEg (Fn. 22), Kap. 6 Rn.345.

vertrag wäre dann für die Betriebskostenumlage, anders als für die Frage der vereinbarten Beschaffenheit des Mietobjekts, nicht mehr verbindlich. Es könnte dem Vermieter dann nur angeraten werden, die gesamte Nutzfläche des Gebäudes durch einen Sachverständigen bestimmen zu lassen und dem Mieter im Streitfall die Expertise zu präsentieren. Das wäre jedoch mit einem erheblichen Aufwand für den Vermieter verbunden, zumal er sich bei erforderlicher Neuvermessung den Zutritt zur Mietwohnung wohl nicht selten gerichtlich erstreiten müsste<sup>109</sup>. Ob das alles mit dem Gebot einer einfachen und praktikablen Betriebskostenumlage vereinbar wäre (s. dazu o. bei VI 2), könnte fraglich sein.

## IX. Überschreitung der 10%-Toleranz

Der BGH musste sich in der vorliegenden Entscheidung nicht mit der Frage befassen, welche Möglichkeiten den Parteien zur Seite stehen, wenn die im Mietvertrag beschriebene Wohnfläche von der tatsächlichen Fläche um mehr als 10% divergiert. In dem im Leitsatz zitierten Urteil vom 24.03.2006 (VIII ZR 295/03) hat der Senat die Problematik an verstreckter Stelle schon einmal gestreift: Der Mieter könne „möglicherweise nachträglich eine Neuberechnung der Betriebskosten unter Berücksichtigung der geringeren Wohnfläche verlangen“<sup>110</sup>. Insoweit kommen verschiedene Lösungen in Betracht.

### 1. Vertragsauslegung

Nach Auffassung von *Schmid*<sup>111</sup> soll nunmehr die tatsächliche Wohnfläche maßgebend sein; die Abrechnung habe so zu erfolgen, als wäre von vornherein keine Flächenvereinbarung getroffen worden. Die in der Flächenabgabe im Mietvertrag liegende Vereinbarung eines Abrechnungsparameters sei dahin auszulegen, dass sie nur innerhalb der 10%-Marge gelten soll. Sofern die Parteien eine unbedingte Geltung unabhängig vom örtlichen Berechnungsmaßstab für die Wohnfläche wollten, müssten sie dies ausdrücklich vereinbaren. Diese Sichtweise korreliert mit den auch vom BGH angestellten Überlegungen zur verbindlichen Vereinbarung der Wohnfläche unabhängig von den realen Gegebenheiten (s.o. VIII 2 a.E.).

Es stellt sich dann aber die Frage, ob die Flächenvereinbarung bis zur Wesentlichkeitsgrenze von plusminus 10% fortgelten soll oder ob bei Überschreitung die tatsächliche Fläche an die Stelle der vereinbarten tritt. Maßgebend ist auch insoweit der durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermittelnde Parteiwille. Gegen eine Weitergeltung dürfte sprechen, dass die Parteien bereit sind, Ungenauigkeiten in den Vertragsdaten im Interesse der Rechtssicherheit in Grenzen hinzunehmen; sind diese allerdings überschritten, wollen sie sich regelmäßig an den realen Gegebenheiten orientieren.

<sup>109</sup> Zur Problematik s. *Herrlein* [Vortrag Herbstveranstaltung DMT 2006], ZMR 2007, 247 f.

<sup>110</sup> BGH NZM 2004, 453, 454 = WuM 2004, 336, 337 = ZMR 2004, 495, 496.

<sup>111</sup> WuM 2008, 9, 10.

Die Situation dürfte hier eine andere sein, als bei der Teilnichtigkeit einer gegen § 5 WiStG verstoßenden Mietpreisvereinbarung. Dort tritt eine Unwirksamkeit der Preisabrede nur bis zur dortigen Wesentlichkeitsgrenze von 120% der ortsüblichen Miete ein; dies ist – wie der BGH in dem Rechtsentscheid aus dem Jahre 1994 aufgezeigt hat – Konsequenz des § 134 BGB. Was diese Vorschrift nicht verbietet, ist erlaubt und kann somit nicht ihrer Nichtigkeitsfolge anheim fallen<sup>112</sup>. Hier geht es indes um die Auslegung einer Parteivereinbarung, deren Zweck gerade darin besteht, die Betriebskostenumlage zu vereinfachen. Ist dieser Zweck allerdings infolge der Unbrauchbarkeit der Abrede von vornherein nicht erreichbar, so hat diese nach dem verständigen Willen der Parteien ihren Sinn verloren.

## **2. Vertragsanpassung**

Betrachtet man hingegen die Flächenangabe im Mietvertrag unabhängig von der 10%-Grenze als fest vereinbarten Abrechnungsmaßstab, wird sich die benachteiligte Mietpartei davon nur lösen können, indem sie Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 und 2 BGB) verlangt. Dann müsste ihr unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, ein Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar sein.

### **a) Ansprüche des Mieters**

#### **aa) Voraussetzungen / Umfang**

Der BGH hat in der Entscheidung zur Betriebskostenumlage bei Leerstand vom 31.05.2006 unter Bezugnahme auf die Gesetzesmaterialien<sup>113</sup> darauf hingewiesen, dass der Mieter „einen Anspruch auf Umstellung des Umlagemaßstabes“ hat, „soweit es im Einzelfall zu einer krassen Unbilligkeit kommt“<sup>114</sup>. Ein derartiges Missverhältnis wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn die in den Umlageschlüssel einfließende vertraglich festgeschriebene Wohnfläche die tatsächliche Fläche um mehr als 10% übersteigt. In diesem Sinne hat der BGH auch im Falle der mieterseitigen Zustimmung zu einem Mieterhöhungsverlangen entschieden, dessen Kalkulation auf einer mehr als 10% zu großen Wohnfläche beruhte<sup>115</sup>.

Ein Problem könnte wiederum in dem Umfang der Vertragsanpassung liegen. In den Kategorien der BGH-Rechtsprechung gedacht, dürfte der Mieter, sofern die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist, eine Rückführung des Abrechnungsparameters auf die tatsächlichen Ge-

<sup>112</sup> BGH NJW 1984, 722 = WuM 1984, 68.

<sup>113</sup> BT-Drs. 14/4553, S. 51; abgedr. auch in NZM 2000, 802, 814, sowie in Börstinghaus/Eisenschmid, AK Neues Mietrecht, 2001, S. 22.

<sup>114</sup> BGH NZM 2006, 655, 656 = WuM 2006, 440, 442 = ZMR 2006, 758, 759.

<sup>115</sup> Jedenfalls sofern man in diesem Fall von einem formell wirksamen Erhöhungsverlangen (§ 558a BGB) ausgeht; s. BGH NZM 2004, 699, 700 = WuM 2004, 485, 486 = ZMR 2004, 740, 741.

gebenheiten beanspruchen können. Die fortwährende Hinnahme einer „10%-Schmerzgrenze“ hat ihm der BGH auch in den Mietminderungskonstellationen nicht abverlangt. Ausdrücklich bemisst der VIII. Senat in der Entscheidung vom 24.03.2004 (VIII ZR 295/03 – s.o. bei III) die Höhe der Minderung anhand der prozentualen Flächenabweichung<sup>116</sup>, die erst bei Überschreiten der Wesentlichkeitsgrenze Relevanz erlangt. Auch in dem bereits erwähnten Urteil vom 23.5.2007 (s.o. bei III), erwägt er im Falle einer um mehr als 10% zu gering vereinbarten Fläche, dem Vermieter das Mieterhöhungsrecht auf der Grundlage der tatsächlichen Fläche zu gewähren<sup>117</sup>. Hingegen argumentiert *Börstinghaus*<sup>118</sup> in seiner dazu verfassten Anmerkung, dass zur Vermeidung von Widersprüchen auch hier ein Abzug von 10% geboten sei. In der Tat stünde der Mieter bei Zugrundelegung der BGH-Rechtsprechung besser da, wenn in seinem Vertrag eine mehr als 10% zu große Wohnfläche angegeben wäre; allein dann könnte er vom Vermieter die Vereinbarung des für ihn optimalen tatsächlichen Flächenmaßstabs verlangen. Allerdings ist der Anspruch aus § 313 BGB auf eine durchgreifende Anpassung des Vertrags an die Gegebenheiten gerichtet, die ohne die Fehlkalkulation bestanden hätte; und das wäre hier die reale Wohnfläche, wie auch immer die Parteien diese verstanden haben.

Zu beachten ist, dass eine solche Vertragsanpassung allein den Verteilungsmaßstab für die Betriebskosten betrifft; der in der Minderfläche liegende Mietmangel bleibt hingegen unberührt und berechtigt den Mieter auch forthin zur Minderung nach § 536 Abs.1 BGB.

### **bb) Rückwirkende Geltendmachung**

Favorisiert man eine Lösung über die Geschäftsgrundlage, wird sich zudem die Frage stellen, ob die Vertragsanpassung ausschließlich für die Zukunft oder auch rückwirkend, bezogen auf vorangegangene Abrechnungszeiträume, in Betracht kommt. Im Falle der Zustimmung zu einem falsch berechneten Mieterhöhungsverlangen hat der BGH eine Rückwirkung ausnahmsweise bejaht; schutzwürdige Belange des Vermieters stünden einer solchen nicht entgegen, weil die zuverlässige Ermittlung der tatsächlichen Wohnungsgröße zuvörderst seine Aufgabe sei<sup>119</sup>. Das stimmt mit den vorstehend erwähnten Gedanken in der Entscheidung vom 24.03.2004 überein, nach dem eine Neuberechnung der Betriebskosten auch nachträglich erfolgen kann (s.o. unter IX, vor 1).

### **cc) Rückforderung überzahlter Abrechnungssalden**

<sup>116</sup> BGH NZM 2004, 453, 454 = WuM 2004, 336, 337 = ZMR 2004, 495, 496.

<sup>117</sup> BGH NZM 2007, 594, 595 = WuM 2007, 450, 452 = ZMR 2007, 681, 683.

<sup>118</sup> NJW 2007, 2627, 2628.

<sup>119</sup> BGH NZM 2004, 699, 700 = WuM 2004, 485, 486 = ZMR 2004, 740, 741.

Folgt man dem, so könnte der Mieter – ebenso wie auf der Grundlage der zu IX 1 aufgezeigten Lösung überhöhte Zahlungen auf Abrechnungssalden für die Vergangenheit nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zurückfordern. Dabei kann es offen bleiben, ob in der Zahlung des Mieters auf eine Betriebskostennachforderung ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis liegt, wie es eine verbreitete Auffassung annimmt<sup>120</sup>. Der BGH hat es in dem Urteil vom 08.01.2006 ausdrücklich offen gelassen, ob diese Sichtweise im Hinblick auf die im Zuge der Mietrechtsreform eingeführte Einwendungsfrist des § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB noch vertretbar ist<sup>121</sup>. Jedenfalls schließt ein solches Anerkenntnis lediglich solche tatsächlichen wie rechtlichen Einwendungen aus, die der Mieter bei Abgabe seiner Erklärung kannte oder mit denen er zumindest rechnete<sup>122</sup>. Das ist bei einer Unterschreitung der tatsächlichen gegenüber der vereinbarten Wohnfläche von mehr als 10% regelmäßig nicht der Fall. Etwas anders gilt nur dann, wenn die Parteien eine Gesamtbereinigung ihrer Rechtsbeziehung ohne Rücksicht auf die Sach- und Rechtslage bezwecken<sup>123</sup>. Auch das kommt bei der Zahlung auf eine einzelne Betriebskostenabrechnung nicht in Betracht.

Der nach Ablauf von zwölf Monaten seit Zugang der Betriebskostenabrechnung eingreifende Einwendungsausschluss des § 556 Abs. 3 Satz 6 BGB steht hier einer Geltendmachung der Überzahlung nicht entgegen. Nach Ansicht von *Schmid*<sup>124</sup> ist er im Falle der Störung der Geschäftsgrundlage ohnehin nicht einschlägig; zumindest aber hat der Mieter die späte Geltendmachung der Flächendivergenz nicht zu vertreten. Vielmehr durfte er sich bei Vertragschluss auf die Beschaffenheitsangaben des Vermieters verlassen; insbesondere hat es ihm nicht obliegen, die Wohnung nachzumessen. Allerdings unterliegt der Bereicherungsanspruch, ebenso wie Mietzahlungsanspruch der regelmäßigen Verjährung des § 195 BGB<sup>125</sup>.

#### **dd) Arglistige Täuschung**

Hat der Vermieter dem Mieter indes eine größere als die tatsächlich vorhandene Wohnfläche vorgespiegelt oder ihn bewusst in dem Glauben gelassen, die im Vertrag aufgenommene Fläche entspreche zumindest in etwa den tatsächlichen Gegebenheiten, so wird ein Anfecht-

<sup>120</sup> LG Hamburg ZMR 2006, 288; Aachen NZM 2001, 707; AG Hamburg-Bergedorf ZMR 2005, 628; AG Wedding GE 2002, 536; *Lammel* (Fn. 17), § 556 Rn. 165; *Wolbers*, in Formularbuch FA MietRWE, 1. Aufl. 2009 [erscheint voraussichtl. Dez. 2008], 4. 2. 5 Ziff. 3; *Langenberg*, NZM 2001, 783, 787 f.; *ders.*, NJW 2008, 1269, 1270 f.; *ders.*, in Schmidt-Futterer (Fn. 14), § 556 Rn. 403; a.A. LG Saarbrücken WuM 1990, 85; differenziert *Ludley*, NZM 2008, 72 ff.

<sup>121</sup> BGH NZM 2006, 222, 223 = WuM 2006, 150, 151 = ZMR 2006, 268, 269 f.; dafür LG Hamburg ZMR 2006, 288; *Ludley*, NZM 2008, 72, 74; dagegen AG Charlottenburg GE 2007, 297; *Schmid*, Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 3272; *ders.*, in MüKo-BGB, Bd. 3, 5. Aufl. 2008, § 556 Rn. 102 f.

<sup>122</sup> BGH NZM 2006, 222, 223 = WuM 2006, 150, 151 = ZMR 2006, 268, 270; BGH NJW 1998, 1492; 2000, 2501, 2502.

<sup>123</sup> *PWW/Buck-Heeb* (Fn. 33), § 781 Rn. 10.

<sup>124</sup> Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 3263b.

<sup>125</sup> Vgl. OLG Hamburg WuM 1989, 126; ferner *Hinz*, WuM 2004, 380, 383.

tungsrecht wegen arglistiger Täuschung nach § 123 BGB erwogen<sup>126</sup>. Dabei muss allerdings beachtet werden, dass die Anfechtung bei einem in Lauf gesetzten Dauerschuldverhältnisses nach verbreiteter Auffassung lediglich Wirkung „ex nunc“, also ab dem Zugang der Anfechtungserklärung entfaltet<sup>127</sup>. Eine im Vordringen befindliche Gegenansicht lässt indes auch hier eine Rückwirkung nach Maßgabe des § 142 Abs. 1 BGB zu<sup>128</sup>. Eleganter wäre vielleicht eine Lösung über § 826 BGB, die es erlaubt, überzahlte Nebenkostenbeträge im Wege des Schadensersatzes (§ 249 Abs. 1 BGB) einzufordern und für die Zukunft eine Angleichung des Vertrags an die realen Flächenverhältnisse zu beanspruchen.

In den Arglistfällen wird sich insbesondere die Frage stellen, ob der Mieter eine Korrektur der Divergenz auch schon unterhalb der 10%-Schwelle verlangen kann. Maßgebend sind auch hier die Umstände bei Vertragsschluss; ist es dem Mieter exakt auf die tatsächliche Wohnungsgröße angekommen und hat der Vermieter gleichwohl eine größere Fläche in den Vertrag aufgenommen, dürften auch Differenzen von weniger als 10% schaden. Letztlich wird es wohl auf den Einzelfall ankommen.

## **b) Anspruch des Vermieters**

Befürwortet man eine grundsätzliche Bindung der Mietparteien an die vertragliche Flächenangabe, kann sich auch der Vermieter allenfalls mit Hilfe des Instituts der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) von diesem für ihn höchst ungünstigen Abrechnungsparameter lösen. Eine Änderungsbefugnis wird sich regelmäßig nicht aus dem in den meisten Mietverträgen enthaltenen formularmäßigen Änderungsvorbehalt ergeben<sup>129</sup>. Die Korrektur einer zu klein oder zu groß bemessenen Fläche fällt nicht in dessen Regelungsbereich.

Nach dem Urteil des BGH vom 31.05.2006 („Leerstandsentscheidung“) mag auch dem Vermieter im Einzelfall ein Anspruch auf Anpassung des Umlagemaßstabs nach den Regeln der Geschäftsgrundlage zustehen, wenn ein Festhalten an der gegenwärtigen Vereinbarung „zu einer krassen Unbilligkeit“ führt<sup>130</sup>. Das Problem liegt allerdings darin, dass die unrichtige Flächenangabe im Mietvertrag in aller Regel ein Umstand ist, der aus seiner Risikosphäre resultiert. In der aktuellen Entscheidung vom 09.07.2008 stellt der BGH recht apodiktisch

<sup>126</sup> Schmid, WuM 2008, 9, 10; ders., GuT 2008, 19, 20; ders., Mietnebenkosten (Fn. 14), Rn. 4132.

<sup>127</sup> LG/AG Hamburg NZM 1998, 233; LG Wiesbaden WuM 2004, 399; Schmidt-Futterer/Blank (Fn. 14), Vor § 535 Rn. 7; Eisenschmid, in MietPrax, F. 5 Rn. 40; noch weiter gehend LG Wuppertal WuM 1999, 39: nach Überlassung der Wohnung kein Anfechtungsrecht, sondern nur noch fristlose Kündigung.

<sup>128</sup> KG NZM 2002, 21; AG Wolfsburg NZM 2001, 987; AG Saarlouis NZM 2000, 459; N. Fischer [Vortrag DMT 2005], WuM 2006, 3, 6; Emmerich, NZM 1998, 692, 694 ff.; Kretzer, ZMR 2005, 89, 90.

<sup>129</sup> Beispielh. § 9 Abs. 3 des Hamburger Mietvertrags: „Der Vermieter ist berechtigt, im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung neu entstehende oder nachträglich anfallende Betriebskosten i. S. v. § 2 BetrKV auf die Mieter umzulegen und die Vorauszahlungen auf die Betriebskosten in angemessener Höhe festzusetzen.“; zur Problematik OLG Düsseldorf DWW 2000, 193, 195.

fest, dass für eine Berücksichtigung von Störungen der Geschäftsgrundlage kein Raum sei, wenn nach der gesetzlichen Regelung derjenige das Risiko zu tragen habe, der sich auf die Störung berufe<sup>131</sup>. Zwar existiert keine gesetzliche Bestimmung, die eine unrichtige Flächenangabe dem Risiko des Vermieters zuweist; jedoch ergibt sich dies aus der Natur der Sache. Der Vermieter kann die baulichen Gegebenheiten des Mietobjekts und auch des Gebäudes, das regelmäßig die Abrechnungseinheit bestimmt, sehr viel eher in Erfahrung bringen als der Mietinteressent bei Vertragsschluss.

Gleichwohl hat der BGH in der bereits erwähnten Entscheidung vom 23.05.2007 (VIII ZR 138/06), welche die Mieterhöhungsberechnung bei größerer tatsächlicher als vereinbarter Wohnfläche betrifft, in einem obiter dictum einen Anpassungsanspruch auch des Vermieters unter restriktiven Voraussetzungen erwogen<sup>132</sup>. Er begründet dies damit, dass der Vermieter ein unbefristetes Mietverhältnis über Wohnraum – anders als ein anderes unbefristetes Dauerschuldverhältnis – auch nach Aufdeckung seines Kalkulationsirrtums wegen des dem Mieter zustehenden Kündigungsschutzes (vgl. § 573 ff. BGB) nicht ohne weiteres lösen könne. Das bedeutet wohl, dass der Vermieter bei einem Zeitmietvertrag (§§ 542 Abs. 2, 575 BGB) regelmäßig das Ende der vereinbarten Laufzeit abwarten muss. Dagegen wird bei unbefristeten Mietverhältnissen (§ 542 Abs. 1 BGB) eine Anpassung des Umlengungsmaßstabs hinsichtlich der Wohnfläche nicht gänzlich ausgeschlossen sein. Als weiteres Kriterium nennt der BGH die „Gutgläubigkeit“ des Vermieters. Doch dürfte dies eine Selbstverständlichkeit sein; wer bei Vertragsschluss hinsichtlich der gegebenen Umstände bösgläubig ist, die erhebliche Abweichung der vereinbarten von der tatsächlichen Fläche also kennt oder infolge von grober Fahrlässigkeit nicht kennt, wird sich mit Blick auf den Risikogedanken ohnehin nicht auf eine Störung der Geschäftsgrundlage berufen können.

## **X. Ergebnisse**

Der Beitrag gelangt zu folgenden Ergebnissen:

1. Die vorliegende Entscheidung des BGH ist im Ergebnis gut vertretbar. Sie wird der Praxis aber Probleme bei der Ermittlung der Gesamtfläche bereiten. Befinden sich in der Abrechnungseinheit mehrere ungenau bemessene Mietflächen, wird die Gesamtfläche wohl nur aus der Summe der tatsächlichen Einzelflächen zzgl. der vereinbarten Mehrflächen gebildet werden können.
2. Die Wohnfläche ist auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich unter Heranziehung der WoFIV zu ermitteln. Diese gilt gem. Art. 125a Abs. 1 GG auch nach dem Wegfall

---

<sup>130</sup> BGH NZM 2006, 655, 656 = WuM 2006, 440, 442 = ZMR 2006, 758, 759.

<sup>131</sup> BGH GE 2008, 1046, 1048 = NZM 2008, 641, 642 = WuM 2008, 560, 562.

<sup>132</sup> BGH NZM 2007, 594, 595 = WuM 2007, 450, 452 = ZMR 2007, 681, 683.

ihrer Ermächtigungsgrundlage in § 19 Abs. 1 Satz 2 WoFG a.F. als Bundesrecht fort, soweit sie nicht in den Bundesländern durch Landesrecht ersetzt wird.

3. Ob die WoFIV bei der Betriebskostenverteilung „eins zu eins“ anzuwenden ist, könnte allerdings zweifelhaft sein.

4. Soweit die im Mietvertrag beschriebene Wohnfläche von der tatsächlichen Fläche um mehr als 10% abweicht, soll sie nach einer Auffassung keinen Abrechnungsmaßstab mehr bilden. Dieser gelte nach dem Willen der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB) nur bis zur 10%-Toleranz. Folgt man dem nicht, so kommt lediglich eine Vertragsanpassung nach den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht. Ob sich auch der Vermieter darauf berufen kann, erscheint keineswegs unproblematisch; denn die unrichtige Flächenabgabe im Mietvertrag entstammt regelmäßig seiner Risikosphäre.