

DIE ANPASSUNG DES MIETVERTRAGES AN ERHEBLICHE UND UNERHEBLICHE FLÄCHENABWEICHUNGEN

I. Einleitung

Dass ein Vertrag bei seiner Durchführung nicht den Erwartungen einer oder beider Parteien entspricht, kommt in der Lebenswirklichkeit immer wieder vor. Die Gründe hierfür sind vielfältig; rechtlich beachtlich sind sie aber nur zu einem kleinen Teil. Bei Verträgen, die sich in einmaligen Leistungen der beiden Seiten erschöpfen, sind solche Enttäuschungen eher zu verschmerzen und hinzunehmen, zumal dann, wenn die Leistungen bereits erbracht worden sind.² Bei Dauerschuldverhältnissen sieht das anders aus. Hier stellt sich regelmäßig die Frage, ob der Wegfall oder die Änderung maßgeblicher Umstände oder die Feststellung, dass wesentliche Vorstellungen einer oder beider Parteien falsch waren, zumindest für die Zukunft sich in irgendeiner Weise auf das Leistungsgefüge auswirken können. Und der Parade Fall des Dauerschuldverhältnisses ist natürlich die Wohnraummiete.

Ob und in welcher Weise derartigen Änderungen der äußeren Umstände oder der inneren Vorstellungen Rechnung zu tragen ist, bestimmt sich nach den altbekannten, aus den 20er Jahren des vergangenen Jahrhunderts stammenden Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage. Es ist zweifellos ein wesentliches Verdienst des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, dass diese Regeln nun in Gesetzesform – § 313 BGB – gegossen sind. Ihr Inhalt hat sich dadurch, von einer Ausnahme abgesehen³, zwar nicht verändert; aber der dogmatische Begründungsaufwand ist für den Richter, den Rechtsanwalt und den Professor geringer geworden. Das Problem steckt jedoch wie so oft im Detail, konkret: in der Anwendung der Regeln auf den Einzelfall. § 313 BGB stellt eine generalklauselartige, umfangreiche Ansammlung mehr oder weniger unbestimmter Rechtsbegriffe dar, wenn von der Grundlage des Vertrages, der schwerwiegenden Veränderung, dem hypothetischen Willen oder den wesentlichen Vorstellungen der Parteien, der Abwägung aller Umstände des Einzelfalls, der Risikoverteilung und der Zumutbarkeit die Rede ist. Was das alles mit der Flächenabweichung im Wohnraummietrecht zu tun, soll im Folgenden dargestellt werden.

¹ Referat beim Deutschen Mietgerichtstag 2010 in Dortmund am 27. Februar 2010; die Vortragsform wurde beibehalten. Der *Verfasser* war bis zu seinem Ausscheiden aus dem aktiven Dienst Mitglied und stv. Vorsitzender des u.a. für das Wohnraummietrecht zuständigen VIII. Zivilsenats des BGH.

² BGHZ 131, 209, 216

³ Vor dem Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes war streitig, ob Störungen der Geschäftsgrundlage von Amts wegen (so z.B. BGHZ 54, 155 unter IV [juris-RdNr. 35] oder nur auf Einrede zu berücksichtigen sind; diese Frage hat der Gesetzgeber in § 313 I BGB im letzteren Sinn entschieden („kann... verlangt werden“).

II. Die Anpassung des Mietvertrages an erhebliche und unerhebliche Flächenabweichungen – Möglichkeiten und Grenzen

1) Vorbemerkung: Erhebliche und unerhebliche Flächenabweichungen

a) Der „Aufhänger“: § 536 I 3 BGB

Wenn ich von der Formulierung des Themas im Programm etwas abweiche und die Begriffe „wesentliche“ und „unwesentliche“ durch „erhebliche“ und „unerhebliche“ ersetze, dann nur deshalb, weil der rechtliche Ausgangspunkt dieses Begriffspaars die Vorschrift des § 536 I 3 BGB ist. Dort ist – in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch des allgemeinen Schuldrechts⁴ – von der „unerheblichen“ Minderung der Tauglichkeit (der Mietsache) die Rede. Eine weitere Anmerkung ist zur Vermeidung von Missverständnissen erforderlich: Das Gegenteil von „unerheblich“ ist – jedenfalls in dem hier interessierenden Zusammenhang – nicht „erheblich“, sondern etwas genauer: „nicht unerheblich“ oder noch etwas präziser „nicht mehr unerheblich“. Zwischen den Begriffen „unerheblich“ und „erheblich“ besteht eine gewisse rechtliche „Grauzone“, und alles, was in diese Zone zu rechnen ist, fällt nicht mehr in den Anwendungsbereich des Minderungsausschlusses nach § 536 I 3 BGB. Dennoch werde ich im Folgenden der Einfachheit halber gelegentlich auch von „erheblichen“ Abweichungen sprechen, wenn „nicht unerheblich“ gemeint ist.

Festzuhalten bleibt schon an dieser Stelle, dass alles, was der VIII. Senat – und ihm folgend der XII. Senat für das Gewerberaummietrecht⁵ – seit dem Jahr 2004 zur Erheblichkeit oder Unerheblichkeit einer Flächenabweichung geschrieben oder gesagt hat, in der Bestimmung des § 536 I 3 BGB – und *nur* dort – seine Grundlage und seine Berechtigung hat.

b) Grundsätze für die Berechnung der Wohnfläche

Ob die Flächenangabe in einem Mietvertrag zutrifft oder nicht, ob eine etwaige Abweichung erheblich oder unerheblich ist, hängt u.U. von der Berechnungsmethode ab. Nach der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des BGH kommen verschiedene Methoden in Betracht, die zu ganz unterschiedlichen Ergebnissen führen können, und zwar

- in erster Linie die Wohnflächenverordnung (WoFIV, in Kraft seit dem 1.1.2004),
- für ältere Mietverträge die §§ 42 – 44 II.BV (bis 31.12.2003),
- DIN 283,
- ortsübliche Maßstäbe oder
- besondere Vereinbarungen der Parteien, etwa die Maßgeblichkeit der reinen Grundfläche bei Räumen mit Dachschrägen.

⁴ §§ 281 I, 323 V 2 BGB

⁵ Urteil vom 4.5.2005 – XII ZR 254/01, NZM 2005, 500 = NJW 2005, 2152

In aller Regel, d.h. wenn die Parteien nichts Abweichendes vereinbart haben, sind auch im preisfreien Wohnraum die unmittelbar nur für den preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen der WoFIV bzw. der §§ 42 – 44 II. BV als sachgerecht heranzuziehen; sie gelten nach der Rechtsprechung des BGH im Zweifel als stillschweigend vereinbart.⁶

Zwei Einschränkungen hat der BGH in einer neueren Entscheidung vorgenommen: Haben die Parteien eine bestimmte Wohnfläche als Beschaffenheit der Mietsache vereinbart, dann sind die Flächen von Räumen, die zu Wohnzwecken (mit-)vermietet sind, in die Berechnung unabhängig davon einzubeziehen, ob sie nach der II. BV als Wohnraum anzurechnen sind; in diesem Fall hat die Parteivereinbarung Vorrang vor den Bestimmungen der II. BV oder der WoFIV. Entsprechendes gilt für öffentlich-rechtliche Nutzungsbeschränkungen; sie bleiben jedenfalls solange außer Betracht, als die zuständige Behörde die Nutzung der Räume nicht untersagt hat.⁷

c) *Der Anfang der 10%-Rechtsprechung: drei Urteile vom 24. März 2004*

Um die Bedeutung und Reichweite der 10%-Rechtsprechung des BGH richtig zu beurteilen, muss man sich die drei Ausgangsentscheidungen des VIII. Senats vom 24. März 2004⁸ in Erinnerung rufen. In allen drei Fällen ging es in erster Linie um die Frage, ob der Mieter die Miete *wegen eines Mangels* der Mietsache mit der Begründung mindern konnte, die maßgebliche Wohnfläche weiche von der Flächenangabe im Mietvertrag nach unten ab. Da das Gesetz in § 536 I 3 BGB vorschreibt, dass eine *unerhebliche* Minderung der Tauglichkeit *außer Betracht* bleibt, musste erstens geklärt werden, ob die vertragliche Flächenangabe überhaupt eine rechtliche Bedeutung hat, und wenn ja, wo die Grenze zwischen einer unerheblichen und einer nicht mehr unerheblichen Flächenabweichung zu ziehen ist. Die Frage nach der rechtlichen Qualität i.S. einer verbindlichen Beschaffenheitsvereinbarung hat der Senat *für den Regelfall* bejaht.⁹ Bei der Abgrenzung *unerheblich – nicht mehr unerheblich* hat er auf BGH-Rechtsprechung für vergleichbare Fallkonstellationen¹⁰ und auf die Gesichtspunkte der Plausibilität, der Praktikabilität und der Rechtssicherheit zurückgegriffen. Das Ergebnis war die 10%-Grenze für die *Definition des Mangels i.S.d. § 536 I BGB*. Darin, also in dem Bezug zu § 536 BGB, *erschöpft sich die Bedeutung der 10%-Rechtsprechung*. Dennoch hat sie inzwischen eine merkwürdige Eigendynamik entfaltet.

2) Flächenabweichung und Miethöhe – Grundsätze

a) *Mietminderung bei Minderfläche – kein Fall für § 313 BGB*

⁶ Urteil vom 24.3.2004 – VIII ZR 44/03, NZM 2004, 454 = NJW 2004, 2230 unter II 1 b aa; Urteil vom 23.5.2007 – VIII ZR 231/06, NZM 2007, 595 = NJW 2007, 2624 RdNr. 13, 17

⁷ Urteil vom 16.9.2009 – VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421 = NZM 2009, 814

⁸ VIII ZR 44/03, s. oben Fußn. 5; VIII ZR 133/03, NZM 2004, 456; VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453

⁹ Urteil vom 24.3.2004 – VIII ZR 295/03 aaO unter II 2 a

¹⁰ Urteil vom 24.3.2004 – VIII ZR 295/03 aaO unter II 2 c

Die Frage, ob der Mietvertrag hinsichtlich der Miethöhe nach den Grundsätzen für die Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) den tatsächlichen Verhältnissen angepasst werden muss, wenn die maßgebliche Wohnfläche zum Nachteil des Mieters von der vertraglichen Angabe in einem nicht mehr unerheblichen Umfang abweicht, ist leicht und klar mit einem „Nein“ zu beantworten. In diesem Fall ist die Miete nach § 536 I 2 BGB *kraft Gesetzes*, also ohne Zutun der Parteien und ohne irgendwelche rechtliche Zwischenschritte, gemindert. Eines Rückgriffs auf § 313 BGB bedarf es nicht; es bleibt bei dem allgemeinen Grundsatz: Die Vorschriften über die Gewährleistung schließen § 313 BGB aus.¹¹

b) *Mieterhöhung bei „Mehrfäche“ – Vertragsanpassung nach § 313 II BGB?*

Für den umgekehrten Fall, also eine *Flächenüberschreitung*, bietet das Gesetz keine unmittelbare Lösung. Deshalb stellt sich hier in der Tat die Frage, ob der *Vermieter* eine Heraufsetzung der Miete verlangen kann, wenn sich nach Abschluss des Mietvertrages herausstellt, dass die Wohnfläche tatsächlich größer ist als im Vertrag vereinbart. § 313 I BGB lässt unter bestimmten Voraussetzungen die Anpassung des Vertrages zu, wenn Umstände, die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich nach Vertragsabschluss schwerwiegend verändert haben. Da eine solche Veränderung der tatsächlichen Umstände bei der Wohnfläche in aller Regel ausscheidet, kann die Lösung in § 313 II BGB liegen. Danach steht es einer Veränderung der Umstände gleich, wenn wesentliche Vorstellungen (der Parteien), die zur Grundlage des Vertrages geworden sind, sich als falsch herausstellen.

Auf den ersten Blick scheint die Antwort relativ leicht zu sein: Denn die Vorstellungen der Parteien von der Größe der Wohnfläche stellen sich in den hier interessierenden Fällen im Nachhinein als falsch heraus – schließt man einmal den theoretischen Fall der bewussten Falschangabe des Vermieters aus. So einfach liegen die Dinge aber natürlich nicht. Bei den (objektiven) Umständen und den ihnen gleichstehenden (subjektiven) Vorstellungen, von den § 313 spricht, handelt es sich nur um die *Grundlagen* des Vertrages; was *Inhalt* des Vertrages geworden ist, fällt von vornherein aus dem Anwendungsbereich des § 313 BGB heraus. Die Wohnflächenangabe ist nun aber gerade, wie der BGH mehrfach betont hat¹², im Zweifel Vertragsinhalt geworden und nicht lediglich eine rechtlich unverbindliche Beschreibung der Wohnung.

Die beiderseitigen *Vorstellungen von der Richtigkeit* der vertraglichen Flächenangabe gehören allerdings nicht zum Inhalt, sondern zu den *Grundlagen* des Vertrages; eine Korrektur der Miethöhe wäre daher wegen eines beiderseitigen Kalkulationsirrtums möglich. Dafür spricht einiges. Dennoch scheidet eine Anpassung des Vertrages nach § 313 BGB jedenfalls im Hinblick auf die eindeutige Risikoverteilung aus.

¹¹ Prütting/Wegen/Weinreich, BGB-Komm., § 313 RdNr. 15

¹² zuletzt Urteil vom 16.9.2009 – VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421 = NZM 2009, 814

§ 313 I BGB, auf den Abs. II Bezug nimmt, ermöglicht die Anpassung des Vertrages, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, *insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung*, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Durch die Nennung des Faktors „*Risikoverteilung*“ als des einzigen konkret und ausdrücklich benannten Tatbestandsmerkmals hat der Gesetzgeber diesem Gesichtspunkt die *primäre Bedeutung* für die Entscheidung beigemessen, ob und inwieweit eine Anpassung des Vertrages an die tatsächlichen, von den Parteien bei Vertragsschluss verkanteten Verhältnisse gerechtfertigt sein soll. Auf die Frage nach der Risikoverteilung kann es aber nur eine einzige Antwort geben: das *Risiko* einer unzutreffenden Wohnflächenangabe liegt, wie der BGH schon 2004 ausgesprochen hat¹³, der Sache nach beim Vermieter, und zwar *ausschließlich beim Vermieter*. Auf ein Verschulden, also etwa darauf, ob sich der Vermieter auf die Flächenangabe eines Voreigentümers oder einer Baubeschreibung verlassen durfte, kommt es nicht an. Ebenso selbstverständlich scheidet eine Risikobeteiligung des Mieters aus; er hat mit der richtigen Ermittlung der Wohnfläche nichts zu tun. Gehört die Grundlage für eine bestimmte vertragliche Vereinbarung aber ausschließlich zur Risikosphäre *einer* Partei, so scheidet nach st. Rechtsprechung des BGH eine Vertragsanpassung zu ihren Gunsten aus; die Abwälzung der Risikofolgen auf die andere Partei ist unzulässig.¹⁴

Das *Ergebnis* kann deshalb nur lauten: Ist die tatsächliche Wohnfläche *größer* als die vertraglich vereinbarte, so kommt eine Mieterhöhung im Wege der Vertragsanpassung nach § 313 II BGB nicht in Betracht, und zwar unabhängig von der 10%-Grenze.¹⁵

3) Flächenabweichung und Mieterhöhung bis zur Vergleichsmiete (§ 558 BGB)

Mit dem Problem einer Mieterhöhung gemäß § 558 BGB im Fall einer Flächenabweichung hat sich der VIII. Senat der BGH insgesamt dreimal befasst, wobei jeweils unterschiedliche Sachverhalte zu beurteilen waren.

a) *Die BGH-Urteile vom 7.7.2004, 23.5.2007 und 8.7.2009*

In der ersten Entscheidung vom 7.7.2004¹⁶ ging es – etwas vereinfacht dargestellt – um folgenden Sachverhalt: Die Parteien hatten sich einvernehmlich auf eine Mieterhöhung geeinigt, wobei sie von einer (im Mietvertrag allerdings nicht genannten) Wohnfläche von 100 m² ausgegangen waren. Tatsächlich lag die Wohnfläche um rd. 12% darunter. Nach der Aufdeckung des Irrtums hatte die Mieterin die Miete ab Februar 2001 entsprechend gemindert. Für die Vergangenheit verlangte sie die nach ihrer Meinung überzahlte Miete zurück; der Vermie-

¹³ Urteil vom 7.7.2004 – VIII ZR 192/03, NZM 2004, 699 = NJW 2004, 3115, unter II 2 a

¹⁴ BGH, Urteil vom 21. September 2005 – XII ZR 66/03, NZM 2006, 54 = NJW 2006, 899

¹⁵ Die Frage, ob in krassen Ausnahmefällen, etwa dann, wenn eine ins Auge springende Abweichung vorliegt und der Vermieter gutgläubig ist, während der Mieter als Fachmann den Fehler erkennt, eine andere Beurteilung geboten ist, soll hier ausgeklammert bleiben.

¹⁶ VIII ZR 192/03, s. Fußn. 13

ter seinerseits machte Mietrückstände ab Februar 2001 geltend. Der Senat hat nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Anpassung der Mieterhöhungsvereinbarung an die tatsächliche Wohnfläche wegen eines beiderseitigen Kalkulationsirrtums für geboten gehalten, weil die *Flächenabweichung mehr als 10%* betrage. Die Anpassung hat er ausnahmsweise nicht nur für die Zukunft, sondern – bis zur Grenze der Verjährung – auch rückwirkend vorgenommen. Allerdings, und auch das ist nicht ganz unwichtig, hat er für die Vergangenheit eine *Unterschreitung* der ursprünglichen Miete nach § 242 BGB ausgeschlossen.

Einer der wesentlichen Gründe dieses Urteils war also der Umstand, dass die Flächenabweichung *größer als 10%* war. Die Frage, was für ein Mieterhöhungsverlangen zu gelten hat, wenn die Differenz *weniger als 10%* beträgt, war damit aber noch nicht ohne weiteres beantwortet; sie war Gegenstand einer Entscheidung vom 23.5.2007.¹⁷ Das Besondere an diesem Fall war allerdings, dass im Mietvertrag eine um rd. 8,5% *zu kleine* Wohnfläche angegeben war. Mit dem Argument, die 10%-Grenze sei nicht überschritten, hat der Senat es als zumutbar bezeichnet, dass der Vermieter sich an der (geringeren) vertraglichen Flächenangabe festhalten lassen müsse. Eine Anpassung des Vertrages wegen einer Störung der Geschäftsgrundlage mit entsprechenden Folgen für die Mieterhöhung sei deshalb – anders als bei dem Urteil von 2004 – nicht veranlasst. Der Senat fügt jedoch hinzu, bei einer Überschreitung der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um *mehr als 10%* werde dagegen in Betracht kommen, dass der gutgläubige Vermieter nicht auf Dauer an seinem Irrtum über die tatsächliche Größe der Wohnung gebunden bleibt, sondern dass er berechtigt ist, einem Mieterhöhungsverlangen die tatsächliche Wohnfläche zugrunde zu legen. Obwohl er grundsätzlich die Folgen der in seinem Risikobereich liegenden unzutreffenden Wohnflächenangabe zu tragen habe, sei ihm ein Festhalten an dem Kalkulationsirrtum nicht zuzumuten, da ihm – anders als bei sonstigen Dauerschuldverhältnissen – eine Kündigung verwehrt sei.

An der Bedeutung der 10%-Grenze im Rahmen einer Mieterhöhung nach § 558 BGB hat der Senat in einem Urteil vom 8.7.2009¹⁸ gegen die einhellige Auffassung der Instanzrechtsprechung und der Kommentarliteratur¹⁹ festgehalten. In diesem Fall ging es um eine Flächen*unterschreitung* von rd. 8,5%. Begründet hat der Senat – im Hinblick auf die Gegenstimmen – seine Meinung u.a. damit, eine Wohnflächenvereinbarung werde von den Mieterschutzvorschriften der §§ 557 IV und 558 VI BGB, d.h. dem Verbot einer den Bestimmungen über die Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete zuwiderlaufenden Vereinbarung, nicht erfasst.

b) *Analyse und Kritik der BGH-Rechtsprechung*

¹⁷ VIII ZR 138/06, NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626

¹⁸ VIII ZR 205/08, NJW 2009, 2739 = NZM 2009, 613

¹⁹ Nachweise im Urteil vom 8.7.2009 - VIII ZR 205/08 aaO, RdNr. 11

Die drei genannten Entscheidungen können nicht unkommentiert bleiben. Zum Urteil vom Juli 2004 ist vor allem anzumerken, dass zwar die Begründung entscheidend auf die Überschreitung der 10%-Grenze abstellt, dass es sich hierbei aber letztlich nicht um ein tragendes Argument handelt. Der Senat hätte sich ohne weiteres auf die Aussage beschränken können, eine Anpassung der zu beurteilenden Mieterhöhungsvereinbarung sei *jedenfalls* dann geboten, wenn die Flächenabweichung *mehr als 10%* betrage.²⁰ Die Frage, ob dies auch bei einer Abweichung von *bis zu 10%* gelte, war damals nicht entscheidungserheblich und konnte offen bleiben.

Dem Urteil vom 23.5.2007, das bei einer Flächenüberschreitung von 8,5% ein Festhalten des Vermieters an der Beschaffenheitsvereinbarung als zumutbar bezeichnet und eine Vertragsanpassung zu seinen Gunsten deshalb verneint hat, ist nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zuzustimmen. Die Frage der Zumutbarkeit hat *außerhalb der Minderungsproblematik* des § 536 I 3 BGB nichts mit den Kriterien „unerheblich“ oder „nicht unerheblich“ zu tun; die Bedeutung dieser Begriffe beschränkt sich auf ihren rechtlichen Anknüpfungspunkt, und das ist die mietrechtliche Gewährleistung des § 536 I BGB.

Ausgangspunkt für die Beurteilung der Zumutbarkeit sind vielmehr, wie der Senat in der Entscheidung vom 7.7.2004 zu Recht betont hat²¹, die Regeln über Störung der Geschäftsgrundlage. Insoweit stellt das Gesetz in § 313 I BGB aber *vorrangig* („insbesondere“) auf die gesetzliche oder vertragliche *Risikoverteilung* ab. Das Risiko der zuverlässigen Ermittlung der tatsächlichen Wohnungsgröße liegt, wie ausgeführt, nach der Natur der Sache jedoch ausschließlich beim Vermieter; der Mieter muss sich auf dessen Angaben verlassen können. Auch das hat der Senat in dem Urteil vom Juli 2004 unmissverständlich klargestellt²² und im Urteil vom Mai 2007 bestätigt.²³

Der eigentliche Stein des Anstoßes in der Entscheidung vom Mai 2007 findet sich allerdings in dem bereits erwähnten obiter dictum. Der Senat hat sich nämlich nicht auf die Aussage beschränkt, bei einer Flächenüberschreitung von *bis zu 10%* sei dem Vermieter ein Festhalten am Vertrag zuzumuten. Offenbar zur Bekräftigung dieser Begründung hat er die an sich entbehrliche, weil nicht entscheidungserhebliche weitere Aussage hinzugefügt, bei einer Flächenüberschreitung von *mehr als 10%* werde eine Vertragsanpassung „in Betracht kommen“, weil dem Vermieter eine Bindung an die Beschaffenheitsvereinbarung auf Dauer nicht zuzumuten sei. Anschließend weist der Senat den *Mieter* noch ausdrücklich auf die Konsequenzen hin: es bleibe in einem solchen Fall ihm, dem Mieter, überlassen, ob er sich die – entsprechend ihrer tatsächlichen Größe – teurere Wohnung leisten könne und wolle oder ob er von seinem Recht zur ordentlichen Kündigung Gebrauch machen wolle.

²⁰ so z.B. LG Hamburg, NZM 2000, 1221

²¹ VIII ZR 192/03, aaO unter II 2 a

²² aaO unter II 2 a

²³ aaO RdNr. 19

Das alles überschreitet m.E. eindeutig die Grenzen, die § 313 BGB unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung zieht. Wenn das Risiko einer unzutreffenden Flächenangabe *allein beim Vermieter* liegt, und darin ist nicht zu zweifeln, kann es nicht dem *Mieter* zugemutet werden, die Folgen des Irrtums des allein verantwortlichen Vermieters zu tragen.

An dieser Beurteilung ändern auch die Argumente, die der BGH in der letzten einschlägigen Entscheidung, dem Urteil vom 8.7.2009²⁴, angeführt hat, nichts. Auf die Frage, ob eine Wohnflächenvereinbarung von den Mieterschutzbestimmungen der §§ 557 IV und 558 VI BGB, d.h. dem Verbot einer den Bestimmungen über die Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete zuwiderlaufenden Vereinbarung, erfasst wird oder nicht, kommt es nicht an. Auch hier ist nämlich ein Rückgriff auf die allein unter gewährleistungsrechtlichen Gesichtspunkten zu rechtfertigende 10%-Grenze bereits im Ansatz verfehlt. Um es zu wiederholen: Diese Größe dient einzig der Abgrenzung des unerheblichen vom nicht mehr unerheblichen Mangel *i.S.d. § 536 I 3 BGB*, und allein darauf beschränkt sich ihre Bedeutung als Beschaffenheitsvereinbarung mit der Folge, dass bei der Annahme eines unerheblichen Mangels eine *Minderung* der Miete ausscheidet.

Eine fehlerhafte, ausschließlich vom Vermieter zu vertretende, für den Mieter nachteilige, weil überhöhte Flächenangabe kann aber unter keinen Umständen dazu führen, dass dieser Fehler zu Lasten des Mieters auch bei einer Mieterhöhung auf Dauer „fortgeschrieben“ wird. Das Gesetz mutet dem Mieter nur den Ausschluss einer Mietminderung im „Bagatellfall“ zu, aber nicht die bewusste Vergrößerung und Festschreibung des Fehlers im Rahmen einer Mieterhöhung. Andersherum formuliert: Das Gesetz schützt den Vermieter vor einer Minderung der Miete wegen eines geringfügigen Mangels der Mietsache. Es gibt ihm aber keinen Anspruch auf die Fortschreibung der überhöhten Miete im Rahmen einer Mieterhöhung nach § 558 BGB.

Das *Ergebnis* kann daher nur lauten: Bei der Mieterhöhung nach § 558 BGB kommt es nicht auf ein Über- oder Unterschreiten der 10%-Grenze, sondern – von ganz krassen theoretischen Ausnahmefällen abgesehen – allein darauf an, in wessen Sphäre das Risiko einer unzutreffenden vertraglichen Wohnflächenangabe fällt. Das ist, wie ausgeführt, der Vermieter. Er hat deshalb die sich daraus ergebenden ungünstigen Folgen zu tragen, während der Mieter, der mit diesem Risiko nicht belastet ist, von solchen Folgen freizuhalten ist.

c) *Lösungsvorschlag: Vertragsanpassung gemäß § 313 II BGB*

aa) *Vertragsanpassung bei Minderfläche*

(1) Die Antwort auf die Frage, wie das Problem der Mieterhöhung nach § 558 BGB zu lösen ist, wenn die tatsächliche Wohnfläche *geringer* als die im Mietvertrag genannte Größe ist, kann man nach alledem nur in einer Vertragsanpassung nach § 313 BGB gefunden werden.

²⁴ VIII ZR 205/08, NJW 2009, 2739 = NZM 2009, 613

Die Wohnfläche ist aus der Sicht beider Vertragsparteien ein wesentliches Merkmal der Wohnung; sie ist mitbestimmend für ihren Nutzwert und für die Angemessenheit der Miete. Die Überzeugung, dass die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche zutreffend ist, gehört deshalb zu den wesentlichen Vorstellungen der Parteien, die die Grundlage des Vertrages bilden. Stellt sich diese Vorstellung im Nachhinein als falsch heraus, sind die Voraussetzungen für eine Vertragsanpassung nach § 313 II BGB erfüllt.

Bei Dauerschuldverhältnissen ist allerdings eine Vertragsanpassung grundsätzlich *nur für die Zukunft* möglich.²⁵ Es kommt also in dem hier interessierenden Zusammenhang in aller Regel *nicht* darauf an, ob der Mieter bei Kenntnis der wahren Wohnungsgröße bereits bei Abschluss des Mietvertrages die verlangte Miete akzeptiert hätte oder nicht; entscheidend ist vielmehr, ob es ihm auch bei der Vereinbarung einer *künftigen* höheren Miete zuzumuten ist, dass er sich an der nunmehr offen zu Tage getretenen Unrichtigkeit der beiderseitigen Vorstellungen von der vereinbarten Wohnungsgröße festhalten lassen muss. Die Frage stellen heißt sie zu verneinen. Es ist für den Mieter *schlechthin unzumutbar*, dass er verpflichtet sein soll, einer Neufestsetzung der *künftigen* Miete auch für eine nicht vorhandene Wohnfläche zuzustimmen. Mit dem teilweisen Ausschluss der Minderung der in der *Vergangenheit* vereinbarten Miete, wie er in § 536 I 3 BGB vorgeschrieben ist, ist die Situation bei Vereinbarung einer neuen Miete *für die Zukunft* nicht zu vergleichen.

Allerdings genügt es für eine Vertragsanpassung nicht, dass ein weiteres Festhalten an der Vereinbarung für die eine Partei unzumutbar erscheint; die Anpassung muss auch der anderen Partei – hier also dem Vermieter – zuzumuten sein.²⁶ Das ist aber für die hier zu untersuchende Fragestellung ohne weiteres zu bejahen; denn durch die Korrektur der vertraglichen Wohnflächenangabe wird nur das nach dem Maßstab des § 558 BGB sachgerechte und ausgewogene Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung für die Zukunft wieder hergestellt, der allein vom Vermieter zu vertretende Fehler wird berichtigt.

Das Ergebnis muss deshalb lauten: Soll die Miete nach § 558 BGB an die ortsübliche Miete angeglichen, also erhöht werden, ist der Mietvertrag gemäß § 313 BGB mit dem Wirksamwerden der Mieterhöhung dadurch an die tatsächlichen Verhältnisse anzupassen, dass die ursprüngliche falsche (überhöhte) Flächenangabe des Vertrages für die Zukunft durch die richtige Angabe ersetzt wird.

(2) Zwei abschließende Fragen stellen sich in diesem Zusammenhang, nämlich erstens: Kann die Mieterhöhung dazu führen, dass die auf der Grundlage der tatsächlichen Wohnfläche errechnete neue Miete – was bei bestimmten Fallkonstellationen rechnerisch möglich ist

²⁵ BGHZ 58, 355, 363; Urteil vom 7.7.2004 – VIII ZR 192/03, NZM 2004, 699 = NJW 2004, 3115 unter II 2 a

²⁶ BGH, Urteil vom 25.11.2009 – XII ZR 8/08, FamRZ 2010, 192, RdNr. 28

– unter der bisherigen Miete liegt? Die Antwort muss lauten: Sie kann, aber sie *darf nicht* dazu führen. Eine Unterschreitung der bisherigen Miete würde in einer Vielzahl von Fällen mit dem Minderungsausschluss des § 536 I 3 BGB kollidieren und wäre schon aus diesem Grund ausgeschlossen. Vor allem aber steht, wie der BGH bereits im Jahr 2004 entschieden hat²⁷, § 242 BGB einer solchen negativen Wirkung eines Mieterhöhungsverlangens entgegen. Vor einer *Verschlechterung* ist der Vermieter also geschützt.

Zweitens bleibt zu überlegen, ob bei der Vertragsanpassung auch geringfügige Flächenabweichungen zu berücksichtigen sind. Diese Frage ist zu bejahen. Es wäre widersinnig und dogmatisch nicht zu begründen, wollte man hier wiederum mit einer wie auch immer zu bemessenden, eher willkürlichen Erheblichkeitsgrenze operieren. Wenn die Grundlage für die Bemessung der Miete für die Zukunft im Wege der Vertragsanpassung *bereinigt* werden soll, dann kann dies nur *konsequent* und nicht mit irgendwelchen mehr oder weniger plausiblen Einschränkungen geschehen, die wieder nur zu neuer Rechtsunsicherheit führen würden. Auch die bewusste Fortschreibung kleiner Fehler ist dem Mieter nicht zuzumuten und mit dem Zweck der Vertragsanpassung nicht zu vereinbaren.

bb) Vertragsanpassung bei „Mehrfäche“?

Im umgekehrten Fall, wenn also im Mietvertrag eine *zu kleine* Wohnfläche angegeben ist, scheidet eine Vertragsanpassung zugunsten des Vermieters angesichts der Risikoverteilung aus. Auf die Frage, ob die 10%-Grenze überschritten ist, kommt es entgegen der Auffassung des VIII. Senats nicht an. Wenn der Vermieter, und zwar er *allein*, das Risiko einer unzutreffenden Wohnflächenangabe trägt, ist es nach dem Maßstab des § 313 I BGB generell nicht gerechtfertigt, die Folgen eines solchen Fehlers auf den Mieter abzuwälzen, und zwar erst recht dann nicht, wenn es um eine Mieterhöhung nach § 558 BGB geht. Die Bemerkung des Senats in dem Urteil vom Mai 2007²⁸, bei einer wegen Überschreitung der 10%-Grenze gebotenen Vertragsanpassung zugunsten des Vermieters bleibe es dem Mieter überlassen, ob er sich die teurere Wohnung leisten könne oder wolle oder ob er das Mietverhältnis kündige, zeigt, wie bedenklich diese Lösung ist: Kann sich der Mieter aus wirtschaftlichen Gründen die Wohnung nach einer vom Mietvertrag abweichenden Mieterhöhung nicht mehr leisten, *hätte er allein die Folgen eines Risikos des Vermieters zu tragen*, was bedeutet: die Kosten der Wohnungssuche und des Umzugs sowie die Aufgabe des bisherigen Wohnumfeldes mit allen Konsequenzen. Wägt man diese gravierenden Folgen gegen die finanziellen Einbußen ab, die den Vermieter bei einem Festhalten an der vertraglichen Wohnflächenangabe treffen, kann kein Zweifel bestehen, dass eine Vertragsanpassung in diesem Fall nicht in Betracht kommt. Kurz gefasst: Die Bindung an den Vertrag ist für den Vermieter zumutbar, eine Vertragsanpassung für den Mieter unzumutbar.

²⁷ Urteil vom 7.7.2004 aaO unter II 2 a (juris-RdNr. 13)

²⁸ VIII ZR 138/06, NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626

An diesem Ergebnis ändert auch der Umstand nichts, dass die m²-Miete mit zunehmender Wohnungsgröße in aller Regel abnimmt. Eine beispielhafte Berechnung unter der Annahme einer vertraglichen Wohnflächenangabe von 100 m² und einer tatsächlichen Wohnfläche von 110 m² an Hand der Mietspiegel für Dortmund, Berlin, Hamburg und München ergibt in allen Fällen, dass sogar schon bei einer Flächenabweichung von 10% eine Vertragsanpassung sich für den Mieter nachteilig auswirken würde.²⁹

cc) *Sonstige Folgen einer Vertragsanpassung*

Ist der Mietvertrag im Zusammenhang mit einer Mieterhöhung nach § 558 BGB durch die Berichtigung der Flächenangabe an die tatsächlichen Verhältnisse angepasst worden, so entfallen damit zugleich alle Rechte des Mieters, die er vorher aus der falschen vertraglichen Flächenangabe herleiten konnte. Eine Mietminderung scheidet schon gedanklich aus, und der Grund für die außerordentliche fristlose Kündigung wegen teilweiser Nichtgewährung des vertraglichen Gebrauchs der Wohnung (§ 543 II Nr. 1 BGB)³⁰ entfällt spätestens mit der Vertragsanpassung ebenfalls. Allerdings dürfte dieser Kündigungsgrund nach § 314 III BGB in aller Regel bereits vorher ausgeschlossen sein, wenn der Mieter nicht innerhalb angemessener Frist, nachdem er von der Unrichtigkeit der vertraglichen Flächenangabe Kenntnis erlangt hat, von seinem Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat. Hat er monatelang die geminderte Miete gezahlt oder garnicht reagiert, kann er sich nicht mehr darauf berufen, dass ihm wegen der Minderfläche die Fortsetzung des Mietverhältnisses bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist von drei Monaten nicht zuzumuten sei. Selbst wenn man die Vorschrift des § 314 III BGB im Wohnraummietrecht für nicht anwendbar hält³¹, kommt man unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit über § 543 I 2 BGB zum selben Ergebnis.

4) Flächenabweichung und Betriebskostenumlegung

a) *Das BGH-Urteil vom 31.10.2007*

Die durchgängige Anwendung der 10%-Grenze über das Gewährleistungsrecht hinaus hat der BGH mit einem Urteil vom 31.10.2007³² auch im Bereich der Betriebskosten konsequent fortgeführt – leider, möchte man hinzufügen. Der Leitsatz zu dieser Entscheidung lautet:

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 (...).

Schon der Klammerzusatz „Fortführung der Senatsurteile vom 24. März 2004... und vom 23. Mai 2007“ lässt die Vermutung aufkommen, dass sich die Entscheidung nahtlos an die bis-

²⁹ Zugrunde gelegt wurden jeweils das Baujahr 2000 und der mittlere Spannenwert.

³⁰ vgl. BGH, Urteil vom 29.4.2009 – VIII ZR 142/08, NJW 2009, 2297

³¹ vgl. dazu BGH, Urteil vom 11.3.2009 – VIII ZR 115/08, NZM 2009, 314, RdNr. 17 m.w.N.

³² VIII ZR 261/06, NJW 2008, 142 = NZM 2008, 35

herige 10%-Rechtsprechung anschließt. Ein Blick in die Urteilsgründe³³ bestätigt diese Annahme: Nach einem kurzen Hinweis auf die Unerheblichkeit einer Flächenabweichung von nicht mehr als 10% und die Anführung der beiden Urteile von 2004 und 2007 als Beleg heißt es kurz und bündig: „Für die Abrechnung von Betriebskosten gilt nichts anderes.“ Diese Begründung ist für ein Grundsatzurteil etwas knapp; abgesehen davon trifft sie nicht zu: Für die Abrechnung von Betriebskosten *gilt etwas anderes*.

b) *Maßgeblichkeit der tatsächlichen Wohnfläche (§ 556a I Satz 1 BGB)*

Zunächst: Betriebskosten sind, soweit nicht eine verbrauchsabhängige Abrechnung vorzunehmen ist oder die Parteien etwas anders vereinbart haben, bekanntlich nach dem Anteil der Wohnfläche umzulegen (§ 556a I 1 und 2 BGB). Weder der Wortlaut und Zweck des Gesetzes noch die einschlägigen Gesetzesmaterialien lassen die Annahme zu, hier könnte eine wie auch immer geartete Erheblichkeitsschwelle einer Flächenabweichung eine Rolle spielen. Im Gegenteil: Der Begriff des Wohnflächenanteils ist eine objektive, rein rechnerisch zu ermittelnde Größe. Er wird definiert durch das reale Verhältnis der Fläche einer bestimmten Wohnung zur Gesamtfläche sämtlicher Wohnungen einer Abrechnungseinheit als praktikable Grundlage für die gerechte Verteilung der Betriebskosten zwischen der Gesamtheit der Mieter.³⁴

Mit diesem *betriebskostenspezifischen Grundprinzip* ist die Zugrundelegung einer „beliebigen“ falschen Wohnfläche nicht zu vereinbaren – weder innerhalb noch außerhalb der 10%-Grenze und unabhängig von der Art der Flächenabweichung (Minder- oder Mehrfläche). Die Anwendung der *gewährleistungsspezifischen* 10%-Rechtsprechung auf die Umlegung von Betriebskosten ist daher bereits im Ansatz verfehlt. Sie führt überdies zwangsläufig zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass die Mieter sich in der einen oder anderen Richtung gegenseitig ungewollt subventionieren, weil sich das rechnerische Verhältnis der Einzelwohnfläche zur Gesamtwohnfläche vom tatsächlichen Verhältnis entfernt: Bei einer überhöhten Flächenangabe im Mietvertrag bezahlt der betreffende Mieter zuviel, d.h. er trägt einen bestimmten Kostenanteil der anderen Mieter mit und entlastet diese dadurch, ohne dass hierfür irgendein rechtfertigender Grund erkennbar wäre. Umgekehrt profitiert er bei einer zu geringen Flächenangabe von den Zahlungen der übrigen Mieter. Diese Folge ist mit dem Prinzip der Betriebskostenverteilung nach dem tatsächlichen Flächenanteil, wie es dem § 556a BGB zugrunde liegt, schlechterdings unvereinbar. Dazu schweigt sich das BGH-Urteil vom Oktober 2007 leider vollständig aus.

³³ aaO RdNr. 19

³⁴ ebenso z.B. *Heix*, WuM 2009, 706, 710; *Hinz* aaO S. 635 unter V m.w.N.; *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieta, 5. Aufl., Abschnitt F, RdNr. 36-38; *ders.* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 9. Aufl., § 556a RdNr. 28; *Eisenschmid/Rips/Wall*, Betriebskostenkommentar, 2. Aufl., RdNr. 2307

Zur Klarstellung: Das *Gewährleistungsrecht*, bei dem die 10%-Grenze ihre Berechtigung hat (§ 536 I 3 BGB), betrifft das (*Innen-*)*Verhältnis zwischen einem bestimmten Mieter und dem Vermieter*. Die Vorschriften über die *Betriebskostenverteilung* betreffen dagegen das *Verhältnis der Gesamtheit der Mieter untereinander*; der Vermieter ist an den Betriebskosten überhaupt nicht beteiligt, sieht man einmal von der Pflicht zur Abrechnung und Verteilung der Kosten ab.

Mit seiner Auffassung steht der Senat, soweit ersichtlich, fast allein auf weiter Flur. Nahezu das gesamte Schrifttum³⁵ und die ganz überwiegende Instanzrechtsprechung³⁶ stellen für den Umlegungsmaßstab des Wohnflächenanteils nach § 556a BGB zu Recht auf die tatsächliche Wohnfläche und Flächenanteile ab.

c) *Ergebnis*

*Langenberg*³⁷ hat die Folgen dieser Überlegungen mit einer prägnanten Formel auf den Punkt gebracht: Bei einer *tatsächlich größeren* Fläche (als vereinbart) sei der Vermieter *befugt*, bei einer *geringeren* Fläche *verpflichtet*, die richtige Fläche seinen Abrechnungen zugrunde zu legen. Vielleicht sollte man diese Formel noch dahin präzisieren, dass sie sich nur auf das (*Innen-*)*Verhältnis des Vermieters zu dem unmittelbar betroffenen Mieter* bezieht. Im (*Außen-*)*Verhältnis zu den übrigen Mietern* ist der Vermieter auch zur Korrektur einer zu geringen Wohnflächenangabe verpflichtet. Einer Vertragsanpassung bedarf es nicht. Daraus folgt:

aa) *Betriebskostenumlegung bei Minderfläche*

Ist die tatsächliche Wohnfläche kleiner als die im Mietvertrag genannte, dann hat der Mieter gegenüber dem Vermieter einen *Anspruch* darauf, dass die Betriebskostenabrechnung berichtigt, d.h. an die tatsächliche Wohnfläche angepasst wird. Eine Mehrbelastung, die dem in § 556a BGB vorausgesetzten objektiven Umlegungsmaßstab des Wohnflächenanteils widerspricht, braucht der Mieter nicht hinzunehmen – und zwar, um es noch einmal zu betonen, ohne irgendwelche Zumutbarkeitserwägungen insbesondere etwa im Hinblick auf die 10%-Grenze. Dennoch bleibt – sozusagen im Hintergrund – natürlich das Argument, dass es dem Mieter *prinzipiell* nicht zuzumuten ist, Jahr für Jahr mehr an Betriebskosten zu bezahlen als er nach seinem Wohnflächenanteil schuldet.

Da sich die Folge bereits *unmittelbar aus dem Gesetz* – § 556a I BGB – ergibt, bedarf es einer Anpassung des Mietvertrages nach den Grundsätzen über die Störung der Geschäftsgrundlage nicht. Die Frage der Anpassung stellt sich allenfalls dann, wenn die Parteien etwa

³⁵Eisenschmid/*Rips/Wall* aaO; *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummieter, aaO RdNr. 36; *ders.* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, aaO; *Kinne/Schach/Bieber*, Miet- und Mietprozessrecht, 5. Aufl., § 556a RdNr. 1 (S. 814); *Schmid*, WuM 2008, 9, 10 unter II 5; *Weitemeyer* in Staudinger, BGB, § 556a RdNr. 23; *Heix* aaO; *Hinz* aaO S. 635 unter V; *Beyer*, FS Blank, S. 66 Fußn. 56

³⁶s. dazu die Nachweise bei den vorstehend angeführten Literaturfundstellen

³⁷in Schmitt-Futterer aaO

mit der Regelung „Die Größe des Mietgegenstandes ist dem Mieter bekannt und gilt mit 100 m² als vereinbart“ künftigen Streit über die Wohnfläche ausschließen wollten.³⁸ Auch insoweit stimme ich aber *Langenberg* zu, wenn er darauf hinweist, dass eine solche Absprache nur als *Individualvereinbarung*, in der Praxis also kaum jemals wirksam sein kann.³⁹ Es liegt auf der Hand, dass eine derartige *Formularklausel* einer Prüfung am Maßstab des § 307 BGB unter dem Gesichtspunkt der Transparenz wie auch wegen der für den Mieter u.U. nachteiligen wirtschaftlichen Folgen nicht standhalten würde.

Wenn also der Betriebskostenanteil des betroffenen Mieters entsprechend der Flächendifferenz verringert werden muss, fragt sich, wer die Differenz bei den Kosten zu tragen hat. Der einfachste, für den Vermieter aber nicht erstrebenswerte Weg ist natürlich, dass er die Mehrkosten übernimmt. Denkbar, und dem Gesetz entsprechend, ist aber auch die Lösung, dass sämtliche Wohnflächenanteile des betreffenden Objekts neu und richtig berechnet werden. Das müssen die übrigen Mieter hinnehmen; ich komme darauf noch zurück. Jedenfalls muss der Vermieter nicht auf Dauer auf der Kostendifferenz „sitzen bleiben“.

bb) Betriebskostenumlegung bei „Mehrfäche“

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, was zu gelten hat, wenn im Mietvertrag eine *zu geringe* Wohnfläche angegeben, die *tatsächliche Fläche* also *größer* ist. Kann sich – wie bei der Mieterhöhung – der Mieter auch in diesem Fall zu seinen Gunsten auf die Beschaffensvereinbarung berufen oder muss er eine Korrektur durch Ansatz der tatsächlichen größeren Fläche, wenn auch nur für die Betriebskostenabrechnung, akzeptieren?

Ein Abstellen auf die vertragliche Flächenangabe hat auf den ersten Blick Einiges für sich. Der Mieter könnte den Gedanken des Vertrauensschutzes für sich in Anspruch nehmen und den Vermieter auf das ihn treffende Risiko einer unzutreffenden Wohnungsgröße verweisen. Da sich dieser Vorgang im „Innenverhältnis“ zwischen dem begünstigten Mieter und dem Vermieter aber nicht zum Nachteil der übrigen Mieter, deren Anteil sich durch den zu niedrigen Anteil des einen Mieters zwangsläufig erhöht, auswirken darf⁴⁰, hätte der Vermieter den auf die Flächendifferenz entfallenden Kostenanteil zu tragen – ein Ergebnis, das unter dem Gesichtspunkt der Risikoverteilung hinnehmbar wäre.

Bei näherem Hinsehen überzeugt dieser Gedankengang jedoch nicht. Das *schutzwürdige Vertrauen des Mieters* auf die Richtigkeit der mietvertraglichen Wohnflächenangabe ist beschränkt auf die Größe seiner Wohnung; darauf muss er sich grundsätzlich verlassen können, wenn es um die tatsächlich nutzbare Wohnfläche und die Höhe der Miete geht. Die Umlegung der Betriebskosten ist dagegen eine reine Verhältnismäßigkeitsrechnung: 100% der Kosten sind zu verteilen, und zwar – prozentual oder nach Bruchteilen – im Flächenverhält-

³⁸ *Langenberg* aaO RdNr. 29

³⁹ aaO RdNr. 29; ähnlich *Kinne/Schach/Bieber* aaO S. 815

⁴⁰ unzulässiger „Vertrag zu Lasten Dritter“

nis der in die Abrechnung einzubeziehenden Wohnungen. Da dieses Verhältnis nicht nur von der Fläche der einzelnen Wohnung, sondern ebenso von der Größe der Gesamtfläche abhängt, sagt die einzelne Wohnfläche für sich allein hierzu nichts aus. Die Gesamtfläche und der konkrete Flächenanteil sind dem Mieter im maßgebenden Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages in aller Regel unbekannt und sie spielen bei seinem Entschluss, ob er eine angebotene Wohnung mietet oder nicht, keine Rolle. Unter diesen Umständen wäre es nicht gerechtfertigt, das schutzwürdige Vertrauen des Mieters auch auf seinen (zu geringen) verhältnismäßigen Flächenanteil zu erstrecken, der von seinen Vorstellungen bei Abschluss des Mietvertrages überhaupt nicht umfasst war. Anders ausgedrückt: Schutzwürdig ist das Vertrauen des Mieters in die Richtigkeit der vertraglichen Wohnflächenangabe nur insoweit, als diese – für den Nutzwert und die Miethöhe – von unmittelbarer Bedeutung ist, aber nicht darüber hinaus ein Vertrauen auf das Verhältnis „seiner“ Wohnfläche zur Gesamtfläche. Die Korrektur muss er also hinnehmen – ebenso wie im umgekehrten Fall die anderen Mieter die Berichtigung hinnehmen müssen.

d) Berechnungsbeispiele

Grau ist alle Theorie: Die naheliegende Annahme, bei einer Flächenabweichung von 10%, also der nach Auffassung des BGH vom Mieter bzw. Vermieter noch zu tolerierenden Größenordnung, würde sich jeweils auch die Mehr- oder Minderbelastung auf 10% belaufen, trifft bei näherem Hinsehen zwar so nicht zu. Das ändert aber nichts daran, dass aus prinzipiellen Erwägungen eine falsche Wohnfläche kein Faktor für die dem gesetzlichen Maßstab des § 556a I BGB entsprechende Betriebskostenumlegung sein kann, gleich welcher Art und Größe die Flächenabweichung im Einzelfall auch sein mag. Das zeigen die nachfolgenden Berechnungsbeispiele:

aa) Tatsächliche Minderfläche 10%

Annahme: 4 Wohnungen; nach Wohnflächenanteil umzulegende Betriebskosten: 1.000 €

Anzahl d. Wohnungen	Wohnfl. lt. Mietvertrag	Wohnfl. tatsächlich
1	110 m ²	100 m ²
3	3 x 100 m ² = <u>300 m²</u>	<u>300 m²</u>
insgesamt	410 m ²	400 m ²
Betriebskosten je m ²	1.000 : 410 = 2,44 €/m²	1.000 : 400 = 2,50 €/m²
Betriebskostenanteil Wohnung 1:	110 x 2,44 € = rd.	268 €
Betriebskostenanteil Wohnung 2 – 4:	100 x 2,44 € = 244 € x 3 = <u>732 €</u>	
insgesamt		1.000 €

Ergebnis: Der Mieter der Wohnung 1 zahlt *bei gleicher Wohnfläche 24 € mehr* als die übrigen Mieter und *18 € mehr* als er bei richtiger Berechnung schulden würde (250,- €), die übrigen Mieter zahlen jeweils 6 € weniger als sie schulden – nach BGH zumutbar.

bb) Tatsächliche Mehrfläche 10%

Anzahl d. Wohnungen	Wohnfl. lt. Mietvertrag	Wohnfl. tatsächlich
1	91 m ²	100 m ²
3	3 x 100 m ² = <u>300 m²</u>	<u>300 m²</u>
insgesamt	391 m ²	400 m ²
Betriebskosten je m ²	1.000 : 391 = 2,56 €/m²	1.000 : 400 = 2,50 €/m²
Betriebskostenanteil Wohnung 1:	91 x 2,56 € = rd. 233 €	233 €
Betriebskostenanteil Wohnung 2 – 4:	100 x 2,56 € = 256 € x 3 = <u>768 €</u>	
insgesamt (./ 1,- € Rundungsdifferenz)		rd. 1.000 €

Ergebnis: Der Mieter der Wohnung 1 zahlt bei gleicher Wohnfläche 23 € *weniger* als die übrigen Mieter und 17 € *weniger* als er bei richtiger Berechnung schulden würde (250,- €). Die übrigen Mieter zahlen *jeweils 6 € mehr* als sie schulden.

cc) Divergenz der Flächenangaben in der Betriebskostenabrechnung

Noch krasser fällt das Ergebnis aus, wenn der Betriebskostenabrechnung für eine Wohnung eine *überhöhte*, bei der Gesamtfläche aber die *richtige* Größe zugrunde gelegt wird (was für den Mieter, zumal bei größeren Objekten, häufig nicht, jedenfalls nicht ohne weiteres zu erkennen ist):

Anzahl d. Wohnungen	Wohnfl. lt. Mietvertrag	Wohnfl. tatsächlich
1	110 m ²	100 m ²
3	3 x 100 m ² = <u>300 m²</u>	<u>300 m²</u>
insgesamt	410 m ²	400 m²
Betriebskosten je m ²		1.000 : 400 = 2,50 €/m²
Betriebskostenanteil Wohnung 1:	110 x 2,50 € =	275 €
Betriebskostenanteil Wohnung 2 – 4:	100 x 2,50 € = 250 € x 3 = <u>750 €</u>	
insgesamt		1.025 €

Ergebnis: Der Mieter der Wohnung 1 zahlt bei gleicher Wohnfläche 25 € *mehr* als die übrigen Mieter und als er bei richtiger Berechnung schulden würde (250,- €). Die übrigen Mieter zahlen jeweils den Betrag, den sie schulden. Der Überschuss von 25,- € verbleibt dem Vermieter als „Gewinn“.

III. Zusammenfassung

1. *Behandlung von Flächenabweichungen im laufenden Mietverhältnis (Grundsätze):*

- Bei einer *Minderfläche* kann der Mieter die Miete mindern, wenn die Flächenabweichung mehr als 10% beträgt; bei einer geringeren Abweichung ist die Minderung ausgeschlossen (§ 536 I 3 BGB). Eine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB kommt wegen des Vorrangs des Gewährleistungsrechts nicht in Betracht.

- Bei einer „*Mehrfläche*“ scheidet eine Heraufsetzung der Miete im Wege der Vertragsanpassung zu Gunsten des Vermieters aus, weil er allein das Risiko der richtigen Flächenermittlung zu tragen hat (arg. § 313 I BGB).
2. Bei einer *Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete* (§ 558 BGB) ist
 - eine *Minderfläche* – unabhängig von der 10%-Grenze – im Wege der *Vertragsanpassung* gem. § 313 II, I BGB zu Gunsten des Mieters zu korrigieren. Die „Fortschreibung“ des Fehlers ist dem Mieter nicht zuzumuten;
 - eine *Mehrfläche* – entgegen BGH – nicht zu berichtigen; der Vermieter muss sich an der vertraglichen Flächenangabe festhalten lassen, die Voraussetzungen einer Vertragsanpassung zu seinen Gunsten liegen nicht vor (Risikoverteilung);
 3. Für die *Betriebskostenabrechnung* sind – entgegen BGH – kraft Gesetzes (§ 556a I 1 BGB) die tatsächlichen Wohnflächen und Flächenanteile anzusetzen. Eine Vertragsanpassung ist entbehrlich; Zumutbarkeits- und Risikoerwägungen spielen keine Rolle.