

## Ausgewählte Probleme des Gewährleistungsrechts

### 1. Berechnung der Minderung

Der BGH<sup>1</sup> hat einen seit langem in der obergerichtlichen Rechtsprechung<sup>2</sup> bestehenden Streit beendet, der auch in der Literatur unterschiedlich kommentiert wurde,<sup>3</sup> und festgestellt, dass der Mieter die Minderung von der Brutto- bzw. Gesamtmiete berechnen kann. Dies gilt auch für die Wohnraummiete.<sup>4</sup>

Die Entscheidung des BGH betrifft die Mietverhältnisse, in denen für die Betriebskosten ein gesonderter Betrag ausgewiesen ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um eine Vorauszahlung oder eine Pauschalre handelt. Hierfür wird festgestellt, dass eine Berechnung nicht allein auf der Basis der Grundmiete, als dem Entgelt für die Gebrauchüberlassung, erfolgen kann, sondern nach der Gesamtmiete. Bei einer Inklusivmiete bestand bisher schon kein Problem, weil diese Mietstruktur eine unterschiedliche Bemessungsgrundlage nicht zuließ.

Es wäre nur konsequent, wenn wenigstens die Gerichte, die bisher die Minderung nach der Nettomiete berechnet haben, zukünftig eine andere (geringere) Bemessung der Minderungsquote vornehmen würden. Gerechtfertigt wäre dies jedoch nicht, weil nach § 536 BGB nicht auf den absoluten Betrag abzustellen ist.

**Praxishinweis:** Bevor bei der Anwendung von Minderungstabellen zusätzlich untersucht wird, ob in der jeweils einschlägigen Entscheidung die Minderung nach der Nettomiete erfolgte, sollte der Standpunkt eingenommen werden, dass sich an der Angemessenheit i.S.v. § 536 BGB nichts geändert hat. Die

---

<sup>1</sup> BGH. v. 6.4.2005 – XII ZR 225/03, WuM 2005, 384 = MietRB 2005, 202.

<sup>2</sup> vgl. z.B.: OLG Frankfurt v. 26.9.1985 – 8 W 25/85, WuM 1986, 19 für Bruttomiete; OLG Koblenz v. 16.5.2002 – 5 U 1982/99, ZMR 2002, 744 für Nettomiete.

<sup>3</sup> (vgl. z.B. *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 324 ff. m.w.N.)

<sup>4</sup> BGH v. 20.7.2005 - VIII ZR 347/04, WuM 2005, 573.

Minderungsquote bleibt nämlich 20%, wenn 20 m<sup>2</sup> einer 100 m<sup>2</sup> großen Mietsache nicht genutzt werden können.

## **a) Auswirkungen der Berechnung**

### **aa) für den Vermieter**

Viele Vermieter empfinden die (neue) Berechnungsweise als dramatisch, weil die absolute (finanzielle) Einbuße größer ist, was besonders ärgerlich ist, wenn der Mangel vom Vermieter nicht abgestellt werden kann (z.B. Baulärm). Dies sind jedoch keine durchgreifenden Argumente gegen die vom Gesetz vorgeschriebene Berechnungsweise.

**Praxishinweis:** Besitzt der Vermieter, der über die Betriebskosten abrechnen will, ein „mangelanfälliges“ Haus, sollte er prüfen, ob er überhaupt Vorauszahlungen für die Betriebskosten verlangt. Diese Option besteht,<sup>5</sup> hat aber das Risiko der Beitreibung hoher Nachforderungen. Bestehen an der Bonität des Mieters jedoch keine Zweifel, kann der Vermieter diese Option wahrnehmen oder sogar zum Regelfall erheben, um dem Risiko, Betriebskosten selbst finanzieren zu müssen, vorzubeugen.

Eine weitere Einflussmöglichkeit ist nicht ersichtlich. Bei der Pauschale kann der Vermieter eine Mietsenkung nur erreichen, wenn sich die erfassten Kosten tatsächlich verringert haben, § 560 Abs. 3 BGB. Sind Vorauszahlungen auf Betriebskosten vereinbart, gibt § 560 Abs. 4 BGB dem Vermieter grundsätzlich nicht die Möglichkeit, die Vorauszahlungen zu senken, um die Minderung gering zu halten. Denn das Recht aus § 560 Abs. 4 BGB kann nur in die Richtung einer „angemessenen Höhe“ geltend gemacht werden. Dieser Maßstab richtet sich aber nach dem

---

<sup>5</sup> BGH v. 11.2.2004 – VIII ZR 195/03, WuM 2004, 201 = MietRB 2004, 162; BGH v. 28.4.2004 – XII ZR 21/02, NZM 2004, 619.

Abrechnungsergebnis<sup>6</sup> und nicht nach der laufenden Zahlung, die möglicherweise wegen der Minderung nicht mehr kostendeckend ist.

**Praxishinweis:** Hat die letzte oder die während der Minderungszeit erstellte Abrechnung aber ein Guthaben ergeben, sollte die Möglichkeit des § 560 Abs. 4 BGB geprüft werden. Denn es ist – auch über Treu und Glauben – grundsätzlich kein durchgreifendes Argument erkennbar, dass dem Vermieter – und erst recht nicht dem Mieter – dieses Recht beschneiden könnte, nur weil ein Mangel der Mietsache eingetreten ist. Dabei ist es unerheblich, ob der Vermieter zur Verursachung des Mangels beigetragen hat oder sich sogar im Verzug mit der Beseitigung befindet.

#### **bb) für den Mieter**

Der Mieter ist an die Berechnungsweise nicht gebunden. Hat er in Unkenntnis der wahren Rechtslage die Minderung von der Nettomiete berechnet, kann er seine Berechnungsweise ohne weiteres umstellen. Dieses Recht besteht jedoch grundsätzlich nur für die Zukunft. Rückwirkend kann es ausnahmsweise nur geltend gemacht werden, wenn die (schon gekürzten) Zahlungen zusätzlich unter Vorbehalt gestellt wurden.<sup>7</sup>

**Praxishinweis:** Da ein Gericht nicht an die vom Mieter angegebene Minderungsquote gebunden ist,<sup>8</sup> sollte bei jeder Minderungsanzeige zusätzlich der Hinweis erfolgen, dass eine Rückforderung vorbehalten bleibt, sofern ein Gericht eine höhere Minderung ermittelt.

Sollen auch die Rechte aus § 320 BGB geltend gemacht werden, fragt sich zunächst, ob sich dieses Zurückbehaltungsrecht nicht nur auf die Grundmiete bezieht. Immerhin kommt bei einer

---

<sup>6</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiets, 3. Aufl., E Rz. 23.

<sup>7</sup> vgl. dazu Lützenkirchen, AHB Mietrecht, 2. Aufl. F Rz. 152.

<sup>8</sup> LG Berlin v. 7.11.1996 – 61 S 180/96, WuM 1998, 28.

Abrechnungssäumigkeit des Vermieters auch nur ein Zurückbehaltungsrecht an den Vorauszahlungen in Betracht.<sup>9</sup> Bei dieser Sichtweise würde aber übersehen, dass die (gesamte) Miete i.S.v. § 535 Abs. 2 BGB im Gegenseitigkeitsverhältnis zu dem Leistungspaket des Vermieters, in dem die Gebrauchsüberlassung nach § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB nur einen Teil bildet, steht. Abgesehen davon greift auch hier das Praktikabilitätsargument des BGH, weil ansonsten nämlich danach differenziert werden müsste, ob der jeweilige Mangel Betriebskosten tangiert oder nicht.

Folgt man der Auffassung, die das Leistungsverweigerungsrecht am drei- bis fünffachen Minderungsbetrag orientiert,<sup>10</sup> ergibt sich durch die „neue“ Berechnungsweise auch insoweit ein absolut höherer Betrag. Dadurch wird allerdings auch das Risiko des Mieters erhöht, schneller einer Kündigung nach § 543 Abs. 2 Nr. 3 BGB ausgesetzt zu werden, wenn die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts unbegründet ist.

**Praxishinweis:** Bei Zahlung unter Vorbehalt kommt eine Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts im Rahmen der Rückforderung wegen § 813 BGB nicht in Betracht.

## b) Anrechnungsbeispiele

Bei der Vereinbarung einer Pauschale kann die vom BGH präferierte Berechnung zu keinen Problemen führen. Ist die Minderungsquote so hoch, dass auch die Pauschale betroffen ist, muss der Vermieter – wie bei einer Inklusivmiete auch – die von der Pauschale erfassten Leistungen aus der eigenen Tasche finanzieren.

Die Leistung von Vorauszahlungen beinhaltet aber von vorneherein eine variable Komponente, weil darüber zu einem späteren Zeitpunkt abzurechnen ist. Deshalb kann die Berechnung der

---

<sup>9</sup> BGH v. 11.4.1984 – VIII ARZ 16/83, WuM 1984, 185, 187; OLG Koblenz v. 20.1.1994 – 5 U 494/93, WuM 1995, 154, 155

<sup>10</sup> LG Hamburg v.30.3.1989 – 7 S 330/88, WuM 1989, 566; a.A. jedenfalls für den konkreten Fall: BGH v. 26.3.2003 – XII ZR 167/01, WuM 2003, 439 = MietRB 2003, 35.

Minderung nach der Bruttomiete – wenn auch möglicherweise nur in Ausnahmefällen – bei einer Nettomiete mit Vorauszahlungen für Betriebskosten zu klärungsbedürftigen Fragen führen.

#### aa) Anrechnung des Minderungsbetrages

Zunächst werden sich die Parteien fragen, wie der Minderungsbetrag im Mietkonto, in dem nach Grundmiete und Vorauszahlungen unterschieden wird, um die spätere Abrechnung zu erleichtern, zu verbuchen ist. Da der Minderungsbetrag aus zwei verschiedenen Teilen berechnet wird, könnte man zu dem Ergebnis gelangen, das er dann auch im Verhältnis auf beide Teile anzurechnen ist.

**Beispiel:** Die Grundmiete ist mit 800,00 € und die Betriebskostenvorauszahlungen mit 200,00 € vereinbart. Die Minderungsquote beträgt 20 %. Damit schuldet der Mieter, solange der Mangel besteht, 800,00 €.

Zur Anrechnung bzw. Verteilung des Minderungsbetrages gibt es verschiedene Überlegungen:

Tangiert der Mangel das Gebäude nicht und auch keine sonstigen Leistungen, die im Rahmen der Betriebskostenabrechnung zu berücksichtigen sind, könnte man ohne Weiteres den Minderungsbetrag allein auf die Grundmiete anrechnen, sodass bei der Betriebskostenabrechnung die Vorauszahlungen von 200,00 € in voller Höhe anzusetzen sind.

Ist von dem Mangel jedoch auch eine Betriebskostenposition (z. B. Ausfall des Aufzuges) betroffen, könnte die Auffassung vertreten werden, dass auch die Betriebskostenvorauszahlungen entsprechend gemindert sind. Dem gemäß müssten im Beispiel 160,00 € auf die Grundmiete und 40,00 € auf die Betriebskostenvorauszahlungen angesetzt werden, wobei der Vermieter den Mieter bei der Betriebskostenabrechnung so stellen müsste, als habe er die Vorauszahlungen von 200,00 € geleistet.

Der BGH<sup>11</sup> hat zu dieser Anrechnungsproblematik beiläufig erwähnt, der von der Bruttomiete berechnete Minderungsbetrag sei anteilig auf Grundmiete und Vorauszahlungen anzurechnen, so dass sich in der Abrechnung z.B. ein Guthaben wegen der angesetzten Ist-Vorauszahlungen verringern würde. Dies deutet darauf hin, dass der Minderungsbetrag quotal auf die Grundmiete und die Vorauszahlungen anzurechnen ist. Damit würde der Vermieter aber bei Ansatz der Ist-Vorauszahlungen in der Betriebskostenabrechnung teilweise von der Minderung profitieren., weil das Abrechnungsergebnis anders ausfällt als ohne Minderung. Dies würde nicht nur zu einer Schlechterstellung des Mieters gegenüber demjenigen, der eine mangelfreie Mietsache nutzen kann, führen, sondern auch gegenüber dem Mieter, mit dem eine Pauschale vereinbart ist. Die Gleichbehandlung aller Erscheinungsformen der Mietstruktur im Rahmen des § 536 BGB war aber ein tragendes Argument für die Entscheidung zur Berechnung der Minderung von der Bruttomiete.<sup>12</sup>

Deshalb kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die Anrechnung der Minderungsquote jedenfalls zunächst auf die Grundmiete erfolgen muss.

#### **bb) Minderungsbetrag > Grundmiete**

Es sind jedoch auch Fälle denkbar, in denen der Minderungsbetrag höher als die Grundmiete ist. Dies tritt nicht nur bei einer Minderungsquote von 100% ein. Man stelle sich nur einen Mietvertrag über Gewerberäume vor, in dem ein Betrieb mit erheblichem Energiebedarf (z. B. Metallveredelung) Mieter ist. Hier betragen die Betriebskostenvorauszahlungen schnell ein Vielfaches der Grundmiete, so dass sich sehr schnell das Problem stellt, wie die Anrechnung zu erfolgen hat und bei der Betriebskostenabrechnung zu verfahren ist.

**Beispiel:** Die Grundmiete ist mit 10.000,00 € und die Betriebskosten-vorauszahlungen mit 20.000,00 € vereinbart. Minderungsquote 50 %. Minderungsbetrag 15.000.00 €.

---

<sup>11</sup> BGH v. 20. 7. 2005 – VIII ZR 347/04, WuM 2005, 573.

I. H. v. 5.000,00 € müsste eine Anrechnung auf die Betriebskostenvorauszahlungen erfolgen. Bei einer anderen Verfahrensweise würde der Mieter sonst schlechter gestellt, als der Mieter der eine Pauschale oder Inklusivmiete schuldet.

Bei der nächsten Betriebskostenabrechnung muss der Mieter so gestellt werden, als hätte er im ganzen Jahr 240.000,00 € als Vorauszahlungen geleistet. Der Vermieter muss also das Vorauszahlungssoll, das für das Abrechnungsjahr unter Berücksichtigung etwaiger Änderungen nach § 560 Abs. 4 BGB zu ermitteln ist, in der Abrechnung zugrunde legen. Würde der Vermieter getreu der Rechtsprechung des BGH<sup>13</sup> nur die tatsächlich geleisteten Vorauszahlungen berücksichtigen, erhielte er über die Abrechnung ansonsten Anteile der geminderten Miete wieder zurück. Diese Möglichkeit hätte er bei der Vereinbarung einer Pauschale nicht und bei der Inklusivmiete käme er erst recht nicht auf den Gedanken, später etwas von dem Minderungsbetrag zurück zu fordern.

### **cc) Auszahlung von Betriebskostenguthaben**

Ergibt die Betriebskostenabrechnung einen Saldo zugunsten des Mieters, ist dem Mieter dieses Guthaben grundsätzlich auszuzahlen, obwohl ihm nicht geleistete Vorauszahlungen angerechnet werden.

Dies bestätigt folgende Variante des vorstehenden (lit. bb) Beispiels: Der Mangel bestand nur einen Monat. Der Vermieter hat in der Betriebskostenabrechnung 240.000,00 € angesetzt. Es ergibt sich ein Guthaben von 10.000,00 €.

Das Mietsoll des Mieters betrug im Kalenderjahr 360.000,00 €. Durch die Minderung reduzierte sich das Soll auf 345.000,00 €. Durch das Guthaben von 10.000,00 € hatte er unter dem Strich also insgesamt ein Jahressoll von 335.000,00 €. Wäre die Mietsache mangelfrei gewesen, hätte der Mieter unter Abzug des Guthabens aus der Betriebskostenabrechnung eine Jahresmiete von

---

<sup>12</sup> BGH v. 6.4.2005 - XII ZR 225/03 NJW 2005, 1713 = WuM 2005, 384 = MietRB 2005, 202.

350.000,00 € gezahlt. Die Differenz zwischen der Berechnung der mangelfreien und der mangelhaften Mietsache zeigt, dass dem Mieter der Minderungsbetrag von 15.000,00 € gutzuschreiben ist, weil er bei einer mangelhaften Mietsache nicht schlechter gestellt werden darf.

Insoweit kann auch nicht danach differenziert werden, ob einzelne Abrechnungspositionen in dem Zeitraum, in dem die Miete gemindert war, angefallen sind oder nicht. War z.B. die Miete im Juni gemindert, kann der Vermieter nicht einwenden, davon seien die Heizkosten nicht berührt und deshalb sei ein Guthaben entsprechend zu reduzieren. Hier greift einerseits wieder das Praktikabilitätsargument, aber auch der Vergleich zur Pauschale und Inklusivmiete.

#### **dd) Auszahlungsgrenze für Abrechnungsguthaben**

Zweifelhaft ist jedoch, ob der Mieter Anspruch auf Auszahlung eines Betriebskostenguthabens hat, wenn dessen Auszahlung dazu führt, dass er mehr zurückerhält, als er auch unter Berücksichtigung der Minderungsquote im Abrechnungsjahr in der Summe monatlich zu zahlen hatte.

**Beispiel:** Die monatliche Gesamtmiete von 1.000,00 € teilt sich auf in eine Grundmiete von 800,00 € und Betriebskostenvorauszahlungen von 200,00 €. Die Minderungsquote beträgt 100 % (z. B. wegen der Verweigerung des Zugangs zur Wohnung für den Lebensgefährten<sup>14</sup>). Die Betriebskostenabrechnung, bei der die Summe der Vorauszahlungen von 2.400,00 € (fiktiv) angesetzt wurden, ergibt ein Guthaben von 300,00 €.

Müsste der Vermieter den Mieter das Guthaben auszahlen, hätte der Mieter nicht nur keine monatlichen Mieten gezahlt, sondern zusätzlich noch 300,00 € zurückerhalten.

Dieses Ergebnis ist nicht nur unbillig, sondern auch mit dem Gesetz nicht vereinbar. § 536 BGB bestimmt, dass der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung

---

<sup>13</sup> BGH v. 27.11.2002 – VIII ZR 108/02, ZMR 2003, 334 = WuM 2003, 216.

<sup>14</sup> LG Gießen v. 1.3.2000 – I S 443/99, NZM 2001, 232.



der Miete befreit ist oder für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, nur eine angemessene herabgesetzte Miete zu entrichten hat. Da die Miete nach Zeitabschnitten zu entrichten ist (§ 556 b Abs. 1 BGB; in der Regel monatlich), bezieht sich die Minderung also auf diesen Monat und muss nicht (ggf. fiktiv) auf die Jahresmiete berechnet werden. Mithin wird die Minderung immer nur von der für den Zeitabschnitt vereinbarten Sollmiete berechnet. Damit bildet die Jahressollmiete für den Abrechnungszeitraum aber auch die Grenze für evtl. Rückgewähransprüche aus Betriebskostenabrechnungen. Unabhängig davon, wie hoch die Minderungsquote ist, kann der Mieter nach einer Betriebskostenabrechnung allenfalls verlangen, dass er so gestellt wird, wie er unter Berücksichtigung der Minderungsquote im Abrechnungsjahr stehen würde. Ansonsten würde sich eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung z.B. gegenüber demjenigen Mieter ergeben, der eine Bruttomiete oder Grundmiete mit einer Pauschale schuldet.

## **2. Mangel der Mietsache**

### **a) Ermittlung eines Baumangels**

#### **aa) Orientierung an Standards**

Voraussetzung für die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten durch den Mieter ist ein Mangel der Mietsache. Dieser liegt vor, wenn der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch beeinträchtigt ist.<sup>15</sup> Es sind somit allein die Vertragsparteien, die durch die vertragliche Festlegung des jeweils geschuldeten Gebrauchs bestimmen, welchem Zustand die vermietete Sache spätestens bei Überlassung an den Mieter während der gesamten Vertragsdauer haben muss. Ein Fehler der Mietsache ist danach anzunehmen, wenn die „Ist-Beschaffenheit“ des Objektes von den nach dem Vertrag vereinbarten Erfordernissen, von der „Sollbeschaffenheit“ der Mietsache, abweicht.<sup>16</sup> Haben die Mietvertragsparteien daher einen konkret gegebenen

---

<sup>15</sup> BGH v. 5.10.1981 – VIII ZR 259/80, NJW 1982, 696; OLG Celle v. 19.7.1984 – 2 UH 1/84, WuM 1985, 9; OLG Hamm v. 27.1.1987 – 7 U 167/85, NJW-RR 1987, 969.

<sup>16</sup> *Kraemer* in Bub/Treier, HB der Wohn- und Geschäftsraummiete, 3. Aufl., III, 1328

schlechten Bauzustand als vertragsgemäß vereinbart, so sind die Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche des Mieters darauf beschränkt.<sup>17</sup>

Ergeben sich aus dem Vertrag, dem Übergabeprotokoll, der Vorkorrespondenz oder sonstigen Informationen keine konkreten Festlegungen zur Soll-Beschaffenheit und lassen sich solche auch nicht aus den besonderen Umständen herleiten, wird für die Bestimmung des Umfangs des vertragsgemäßen Gebrauchs die Verkehrsanschauung als Auslegungshilfe herangezogen.<sup>18</sup> Daher muss in Zweifelsfällen anhand von Auslegungsregeln geprüft werden, was der Vermieter schuldet bzw. welchen Standard der Mieter aufgrund seines Vertrages vom Vermieter verlangen kann.<sup>19</sup> So kann z.B. die Vereinbarung einer besonders niedrigen Miete oder die Akzeptanz einer unzureichenden Beschaffenheit durch den Mieter bedeuten, dass ein bestimmter Zustand des Mietobjektes vertragsgemäß sein soll.<sup>20</sup> Umgekehrt sprechen die Ausstattung des Mietobjektes im Übrigen, seine exponierte Lage oder eine hohe Miete für höhere Anforderungen an die Soll-Beschaffenheit<sup>21</sup>.

Als Auslegungshilfen für die Bestimmung der Verkehrsanschauung kommen insbesondere Richtlinien und sonstige Standards in Betracht, die bei der Errichtung von Gebäuden und/oder Arbeitsplätzen, deren Unterhaltung, beim Umgang mit (gefährlichen) Stoffen etc. allgemein zu beachten sind.<sup>22</sup> Die Verletzung eines Standards begründet grundsätzlich aber nur dann Gewährleistungsrechte des Mieters, wenn sie sich konkret auf den Gebrauch auswirkt, da die bloße Gefahr eines Mangels prinzipiell noch keine Gebrauchsbeeinträchtigung darstellt.<sup>23</sup> Andererseits muss nicht jede Gebrauchsbeeinträchtigung eine Verletzung der Sollbeschaffenheit darstellen. Wurde z.B. ein Haus 1950 erbaut, können denknöwendigerweise die

---

<sup>17</sup> KG v. 19.12.1983 – 8 WER-Miet 4298/83, WuM 1984, 42; LG Köln v. 6.7.2004 – 1 S 122/04, WuM 2005, 240.

<sup>18</sup> *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 17.

<sup>19</sup> LG Mannheim v. 8.4.1998 – 4 S 158/97, WuM 1998, 663

<sup>20</sup> BayObLG v. 4.2.1987 – RE-Miet 2/86, WuM 1987, 112

<sup>21</sup> AG Potsdam v. 12.7.2001 – 26 C 82/01, NZM 2002, 68 (nächtliche, störende Bürotätigkeit in Mietobjekt des oberen Preissegments); AG München v. 22.3.2001 – 453 C 7957/00, NZM 2001, 809 (Lärm von bosnischem Konsulat auf dem Nachbargrundstück wegen einer Vielzahl von Flüchtlingen infolge Krieg in bevorzugter, hochpreisiger Wohnlage); AG Charlottenburg v. 27.5.1999 – 19 C 228/98, MM 2000, 223 (Rostflecken an der Wand bei 16,29 DM/qm Miete).

<sup>22</sup> *Eisenschmid* in Schmidt-Futterer, Mietrecht, 8. Aufl., § 536 BGB Rz. 56 ff.

<sup>23</sup> LG Lübeck v. 15.1.2002 – 6 S 161/00, ZMR 2002, 431; LG Hannover v. 30.5.1997 – 8 S 203/96, WuM 1997, 434; LG Dortmund v. 16.2.1994 – 11 S 197/93, WuM 1996, 141.

zwischenzeitlich veränderten Anforderungen an Schallschutz und Wärmedämmung nicht erfüllt sein. Wirkt sich also z.B. die Lärmentwicklung in einem Treppenhaus störend auf die Wohnung aus, kann dies in einem älteren Haus noch innerhalb der Soll-Beschaffenheit liegen, obwohl mittlerweile höhere Anforderungen an den Schallschutz bestehen<sup>24</sup>. Der Mieter eines Objektes in den neuen Bundesländern, das vor dem 3. Oktober 1990 bezugsfertig geworden ist, kann nicht die gleichen Anforderungen an die Bauqualität stellen wie ein Mieter in den westlichen Bundesländern,<sup>25</sup> zumal ein Anspruch des Mieters auf Anpassung an zeitgemäße Wohnverhältnisse grundsätzlich nicht besteht<sup>26</sup>.

Allerdings hat der Mieter jedoch Anspruch auf einen Zustand, der eine Lebensweise zulässt, die üblich ist und dem allgemeinen Lebensstandard entspricht.<sup>27</sup> Dem gemäß kann er verlangen, dass die Elektro-Unterverteilung in der Wohnung so eingerichtet ist, dass er übliche Haushaltsgeräte (z.B. Geschirrspüler, Waschmaschine) gleichzeitig mit anderen Elektrogeräten betreiben kann.

Dies bedeutet einen Modernisierungsanspruch des Mieters „durch die Hintertür“. Denn üblicherweise werden Erneuerungen der Elektro-Unterverteilung als Modernisierung i.S.v. §§ 554 Abs. 2, 559 BGB angesehen.<sup>28</sup> Hiergegen kann sich der Vermieter nur durch eine auf die Baualterklasse bzw. deren Standard bezogene Beschaffenheitsvereinbarung schützen.

## bb) Änderung von Standards

Ändern sich Standards, die zur Ermittlung der Verkehrsanschauung herangezogen werden können, kann es problematisch sein, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der Soll-Beschaffenheit abzustellen ist. Im Zweifel wird es zunächst auf diejenigen ankommen, die zur Zeit des Vertragsabschlusses gelten.<sup>29</sup> Soweit es sich um technische Bauvorschriften handelt.

---

<sup>24</sup> *Kraemer* in Bub/Treier, HB der Wohn- und Geschäftsraummiete, 3. Aufl., III. Rz. 1329 m.w.N.

<sup>25</sup> OLG Naumburg v. 28.7.1993 – Re Miet1/93, WuM 1995, 145; KrsG Erfurt v. 5.1.1993 – 1 C 352/92, WuM 1993, 112; *Horst*, ZAP 1997, 1035, 1052.

<sup>26</sup> *Kraemer* in Bub/Treier, HB der Wohn- und Geschäftsraummiete, 3. Aufl., III. Rz. 1347 m.w.N.

<sup>27</sup> BGH v. 26.07.2004 – VIII ZR 281/03, WuM 2004, 527 = NZM 2004, 736 = MietRB 2005, 1.

<sup>28</sup> AG Köln in *Lützenkirchen*, KM 32 Nr. 21; *Kinne/Schach*, Miet- und Mietprozessrecht, 3. Aufl., § 554 BGB Rz. 67.

<sup>29</sup> BayObLG v. 4.2.1993 – 2Z BR 111/92, WuM 1993, 287; KG, WuM 1980, 255.

die sich auf die Ausstattung und Beschaffenheit des Gebäudes beziehen, kommt aber auch in Betracht, auf die Standards zur Zeit der Errichtung des Gebäudes abzustellen; denn der Mieter kann im allgemeinen nur denjenigen Standard erwarten, der der jeweiligen Bautypik innerhalb einer bestimmten Baualtersklasse entspricht.<sup>30</sup>

Insoweit bildet der Brandschutz eine besondere Kategorie. Besteht die konkrete und naheliegende Gefahr, dass bereits ein kleiner Brand binnen kürzester Zeit erhebliche Gesundheitsschäden verursachen kann, kann der Mieter das Mietverhältnis fristlos nach § 569 Abs. 1 BGB kündigen. Denn es kommt allein auf die objektive Gesundheitsgefährdung im Zeitpunkt der Kündigung an.<sup>31</sup> Eine Minderung kommt allerdings nur bei einer konkreten Gebrauchseinträchtigung in Betracht.

Eine weitere Ausnahme gilt, wenn der Vermieter bauliche Veränderungen vornimmt, die Lärmimmissionen zur Folge haben.<sup>32</sup> Hier kann der Mieter erwarten, dass Lärmschutzmaßnahmen getroffen werden, die den Anforderungen der zur Zeit des Umbaus geltenden DIN-Normen genügen. Wenn die vorhandene Trittschalldämmung diesen Anforderungen nicht genügt, kann der Vermieter zur Herstellung eines normalen Trittschallschutzes von (z.Zt.) 53 dB nach DIN 4109 verurteilt werden. Anspruch auf erhöhten Schallschutz mit einem Grenzwert von 46 dB hat der Mieter dagegen nicht schon deswegen, weil die Mietwohnung vor der Aufstockung in der "Endetage" gelegen und deshalb keinerlei von darüber liegendem Wohnraum ausgehenden Trittschallbelastung ausgesetzt war. Dies ist allenfalls anders, wenn der Vermieter im Zuge des Dachgeschossausbaus einen erhöhten Trittschallschutz zugesagt hat.

## **b) Zu geringe Mietfläche als Mangel**

### **aa) Flächenangabe im Vertrag**

---

<sup>30</sup> LG Hamburg v. 29.9.1998 - 316 S 75/98, ZMR 1999, 404; OLG Celle v. 19.7.1984 - 2 UH 1/84, WuM 1985, 9.

<sup>31</sup> KG v. 22.9.2003 - 12 U 15/02, GuT 2003, 215 = ZMR 2004, 259 = MietRB 2004, 41.

<sup>32</sup> BGH v. 6.10.2004 - VIII ZR 355/03, WuM 2004, 715.

Einer Flächenangabe kommt nach hM nur der Charakter einer Beschaffenheitsangabe zu. Eine Eigenschaftszusicherung i.S.v. § 536 Abs. 2 BGB kann aber vorliegen, wenn die Fläche in einem Mietvertrag, der vor der Errichtung des Gebäudes geschlossen wird, enthalten ist, so dass sich der Mieter darauf verlässt, dass die Mietsache für ihn eine entsprechende Größe bietet.<sup>33</sup>

Solange jedoch von einer bloßen Beschaffenheitsangabe auszugehen ist, kommt ein Mangel der Mietsache nur in Betracht, wenn die Flächendifferenz erheblich ist.<sup>34</sup> Insoweit sollte sich eine schematische Betrachtungsweise verbieten, da für die Gebrauchstauglichkeit auch andere Kriterien wie Lage und Ausstattung maßgeblich sind.<sup>35</sup> Bei Abweichungen von mehr als 10 % sollte jedoch von einem Mangel ausgegangen werden können,<sup>36</sup> jedenfalls aber bei 19 %<sup>37</sup> bzw. 25 %, <sup>38</sup> ohne dass zusätzlich auf eine Gebrauchsbeeinträchtigung abzustellen sein sollte.<sup>39</sup>

Dies hat der BGH<sup>40</sup> nun bestätigt. Enthält der Mietvertrag eine Flächenangabe ist jede über 10% hinausgehende Abweichung zu Lasten des Mieters erheblich und begründet einen Mangel i.S.v. § 536 BGB. Dies soll auch gelten, wenn in Mietvertrag eine ca.-Mietfläche angegeben ist.<sup>41</sup>

Die Entscheidungen sind dogmatisch schwer nachzuvollziehen, weil das Tatbestandsmerkmal der Gebrauchsbeeinträchtigung nicht zu prüfen sein soll, sobald die maßgebliche Flächenabweichung erreicht ist. Dem Vermieter steht noch nicht einmal der – sicherlich schwer zu führende – Gegenbeweis, dass eine Gebrauchsbeeinträchtigung nicht besteht, offen. Nunmehr wird sogar

---

<sup>33</sup> OLG Hamm v. 1.10.1997 – 33 U 37/97, WuM 1998, 151.

<sup>34</sup> OLG Dresden v. 15.12.1997 – 3 AR 0090/97, WuM 1998, 144; LG Köln v. 29.1.2003 – 10 S 237/02, WuM 2003, 265.

<sup>35</sup> vgl. dazu auch: *Kraemer*, NZM 1999, 156, 157.

<sup>36</sup> OLG Karlsruhe 28.12.2001 – 17 U 176/00, NZM 2002, 218; vgl. aber auch *Kraemer*, NZM 1999, 156, 161, der deutlich unter 10% liegende Abweichungen für tauglich hält, eine Minderung zu rechtfertigen.

<sup>37</sup> LG Köln v. 29.1.2003 – 10 S 237/02, WuM 2003, 265 = ZMR 2003, 429.

<sup>38</sup> OLG Frankfurt/M. v. 3.12.2002 – 20 RE-Miet 2/01, WuM 2003, 25 = ZMR 2003, 353 = NZM 2003, 431.

<sup>39</sup> LG Osnabrück v. 10.10.2003 – 12 S 488/03, WuM 2004, 90.

<sup>40</sup> BGH v. 24.3.2004 – VIII ZR 295/03, WuM 2004, 336 = ZMR 2004, 495 = NZM 2004, 453 = MietRB 2004, 253.

<sup>41</sup> BGH v. 24.3.2004 – VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268 = ZMR 2004, 500 = NZM 2004, 456; a.A. LG Mosbach v. 16.12.2003 – 1 S 39/03, NZM 2004, 260.

diskutiert, ob eine unter 10% liegende Flächenabweichung, die zu einer Gebrauchsbeeinträchtigung führt, einen Mangel begründen kann.<sup>42</sup>

### **bb) Mietpreisbildung durch Mieterhöhung nach § 558 BGB**

Enthält der Mietvertrag keine Flächenangabe, beruht die letzte Mietfestsetzung aber auf einem Mieterhöhungsverfahren nach § 2 MHG (= § 558 BGB) sollten Flächenabweichungen unbeachtlich sein, weil die vertragsändernden Erklärungen des Vermieters und des Mieters sich allein auf den Betrag der künftig geschuldeten Miete beziehen sollten, während die nach § 2 Abs. 2 MHG notwendigen und zur Information des Mieters bestimmten Angaben der Berechnungsfaktoren (u.a. der Fläche) keine vertraglich bindenden Erklärungen des Vermieters darstellten.<sup>43</sup>

Nach Auffassung des BGH<sup>44</sup> ist auch in diesem Fall ein Rückforderungsanspruch gegeben, wobei es dahinstehen kann, ob ein Mieterhöhungsbegehren, in dem eine zu große Wohnfläche angegeben ist, wirksam ist oder nicht. Ist es wirksam, greifen aber die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage unter dem Gesichtspunkt des gemeinschaftlichen Kalkulationsirrtums, weil auch die Fläche einen nicht unbedeutender Berechnungsfaktor der Mieterhöhung darstellt, so dass bei einer Flächenabweichung zu einer Mietanpassung führt. Sieht man das Mieterhöhungsbegehren dagegen als unwirksam an, ergibt sich die gleiche Rechtsfolge aus § 812 BGB (ungerechtfertigte Bereicherung).

### **cc) Ermittlung der Wohnfläche im preisfreien Wohnraum**

Fraglich ist, nach welchen Maßstäben die Flächen, insbesondere die Wohnfläche, überhaupt gemessen werden können, zumal im preisfreien Wohnraum verbindliche Regelungen fehlen. Der BGH hatte zunächst lediglich darauf verwiesen, dass der Begriff „Wohnfläche“

---

<sup>42</sup> KG v. 15.8.2005 – 8 U 81/05, ME-01654.

<sup>43</sup> vgl. dazu OLG Dresden v. 15.12.1997 – 3 AR 0090/97, WuM 1998, 144

auslegungsbedürftig sei.<sup>45</sup> Vorbehaltlich einer gegenteiligen örtlichen Verkehrssitte, wonach z.B. jenseits bestehender Normen die Fläche nach den Umständen des Einzelfalls bewertet werden kann,<sup>46</sup> wird davon auszugehen sein, dass die DIN 283 Teil 2 ebenso anwendbar ist wie die §§ 42 ff. der II. BV<sup>47</sup>. Im Gewerberaummietvertrag ist sogar grundsätzlich die Vereinbarung der DIN 277 zulässig, wonach die Bruttomietfläche, die durch Übermessen der Innenwände ermittelt wird, der Mietpreisberechnung zugrunde gelegt werden kann.<sup>48</sup>

Nunmehr hat der BGH<sup>49</sup> bestätigt, dass die §§ 42 ff. II. BV auch im preisfreien Wohnraum grundsätzlich angewendet werden können. Für Gebäude, die seit dem 1.1.2004 errichtet wurden, gilt insoweit die Wohnflächenverordnung (WoFIV). Allerdings setzt das voraus, dass die Parteien keinen davon abweichenden Wohnflächenbegriff bei Abschluss des Mietvertrages zugrundegelegt haben, was im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln ist. Insoweit hält es der BGH z.B. durchaus für möglich, dass die Parteien bei der Vermietung einer Maisonettewohnung allein die Grundfläche als Maßstab vereinbaren.

Auch wenn der BGH bei einer Flächenabweichung von mehr als 10 % eine Beeinträchtigung der Gebrauchstauglichkeit unterstellt, kann bei einer bloßen unterschiedlichen Bewertung der Fläche insbesondere dann kein Mangel angenommen werden, wenn in einem Exposé die Wohnung mit einem Grundriss, in dem zusätzlich die – zutreffende - Größe der einzelnen Räume angegeben ist, dargestellt ist und sich die Flächenabweichung letztlich nur aus einer unterschiedlichen Bewertung des Ansatzes für eine Freifläche (hier: Dachterrasse) ergibt.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> BGH v. 7.7.2004 – VIII ZR 192/03, WuM 2004, 485 = NZM 2004, 699 = MietRB 2004, 313 = BGH Report 2004, 1204 m. Anm. *Börstinghaus*

<sup>45</sup> BGH v. 11.7.1997 – V ZR 246/96, NJW 1997, 2874.

<sup>46</sup> LG München II v. 25.6.2002 – 12 S 1885/02, NZM 2002, 21.

<sup>47</sup> BayObLG v. 20.7.1983 – ReMiet 6/82, WuM 1983, 254.

<sup>48</sup> BGH v. 4.10.2000 – XII ZR 44/98, NZM 2001, 234.

<sup>49</sup> BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, WuM 2004, 337 = ZMR 2004, 501 = NZM 2004, 454.

<sup>50</sup> LG Hamburg v. 1.7.2004 – 307 S 52/04, NZM 2005, 103.

Der Mieter kann seinen Anspruch nicht mit einer Feststellungsklage verfolgen, die auf Feststellung einer geringeren Mietfläche gerichtet ist, weil mit dieser Klageart nur Rechtsverhältnisse (keine tatsächlichen Umstände) erfasst werden können.<sup>51</sup>

### c) Auswirkungen einer Flächenabweichung

Macht der Mieter die Flächendifferenz nachträglich geltend, ergibt sich ein Anspruch aus § 812 BGB. Ein Ausschluss der Minderung, die hier zur rechtsgrundlosen Zahlung führt, wegen grob fahrlässiger Unkenntnis des Mangels oder Verwirkung (anstatt § 539 BGB a.F. analog<sup>52</sup>) kann jedenfalls nicht darauf gestützt werden, dass der Mieter die Räume nicht eher bzw. bei Vertragsschluss nachgemessen hat. Allenfalls in krassen Abweichungsfällen, die jedem auffallen müssen, kann dieser Einwand durchgreifen. Soweit die Minderfläche auf einer Falschberechnung wegen Dachschrägen beruht, wird man dem Mieter auch nicht entgegenhalten können, er habe die Dachschrägen gesehen, wenn er nach der Verkehrssitte bzw. der DIN 283 erwarten durfte, dass die Schrägen in der Flächenangabe zutreffend berücksichtigt sind und deshalb die Grundfläche entsprechend größer ist. Etwas anderes kann aber gelten, wenn nicht die Wohn-, sondern die Grundfläche im Mietvertrag angegeben ist.

**Praxishinweis:** Den Einwand des § 536 b BGB damit zu begründen, der Mieter habe die Räume (eingehend) besichtigt, reicht nicht aus. § 536 b BGB erfordert positive Kenntnis. Es muss also zu einer Ausmessung durch den Mieter gekommen sein. Allenfalls, wenn der Vermieter einen Grundrissplan übergeben hat, in den für jeden Raum die tatsächlichen Quadratmeter angegeben sind, kann positive Kenntnis angenommen werden. Weicht nämlich die Summe der Flächen von der Angabe im Mietvertrag ab, hatte der Mieter positive Kenntnis.<sup>53</sup>

<sup>51</sup> KG v. 3.6.2004 – 8 U 8/04, DWW 2004, 332 = MietRB 2005, 8.

<sup>52</sup> Vgl. dazu BGH v. 16.7.2003 – VIII ZR 274/02, WuM 2003, 440 = ZMR 2003, 667 = NZM 2003, 679 = MietRB 2003, 1.

<sup>53</sup> BGH v. 24.3.2004 - VIII ZR 44/03, WuM 2004, 337, 338 = ZMR 2004, 501 = NZM 2004, 454.



**aa) Minderung, § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB**

Nach den genannten BGH-Entscheidungen tritt eine Minderung der Miete ohne weiteres ein, wobei deren Umfang „...entsprechend der prozentualen Flächenabweichung gerechtfertigt“ sein soll.<sup>54</sup> Das ist nicht recht nachvollziehbar: da nach der Auffassung des BGH ein Mangel bei einer Flächenabweichung von bis zu 10 % nicht vorliegen soll und damit eine Minderung nicht eintritt, soll eine Überschreitung um ein weiteres Zehntelprozent zu einer Minderung im vollen Umfang der Abweichung führen. Einleuchtender und systematisch zutreffender wäre es, wie in den Fällen der Mietüberhöhung nach § 5 WiStG den Minderungsbetrag erst ab Überschreiten der „Wesentlichkeitsgrenze“ eintreten zu lassen (also z. B. bei einer Abweichung von 15 % eine Minderung von 5 % der Miete). Die Minderung berechnet sich auch hier nach der Bruttomiete.<sup>55</sup>

**bb) Schadensersatz**

In der Flächenabweichung liegt ein anfänglicher Mangel, der grundsätzlich die – auch bei der Wohnraummiete formularmäßig: abdingbare<sup>56</sup> - Garantiehaftung auslöst, sofern nicht die Voraussetzungen des § 536 b BGB vorliegen.

Zweifelhaft ist jedoch die Ermittlung eines Schadens.<sup>57</sup> Neben den Kosten der Rechtsverfolgung einschließlich der Kosten eines Architekten, ist daran zu denken, dass der Mieter möglicherweise Maklerkosten<sup>58</sup> für die Vermittlung der Wohnung entrichten musste, die geringer ausgefallen wären, wenn der Mangel von Anfang an angegeben worden wäre.

**Praxishinweis:** Abgesehen davon, dass der Vermieter bei der Angabe der Wohnfläche besonders sorgfältig sein sollte, sollte er in seinem Musterformular, das er

---

<sup>54</sup> BGH, Fn 1. Die gleiche Berechnungsweise ist bei einem Rückforderungsanspruch wegen einer Mieterhöhung nach § 558 BGB anzuwenden, wenn darin eine zu hohe Wohnfläche zugrunde gelegt wurde: BGH v. 7.7.2004 – VIII ZR 192/03, BGH Report 2004, 1204 m. Anm. *Börstinghaus*.

<sup>55</sup> BGH v. 20. 7. 2005 – VIII ZR 347/04, WuM 2005, 573.

<sup>56</sup> BGH v. 4.10.1990 – XII ZR 46/90, WuM 1992, 316.

<sup>57</sup> Vgl. zu den möglichen Schadenspositionen: *Lützenkirchen*, AHB Mietrecht, 2. Aufl., F Rz. 142.

<sup>58</sup> LG Köln v. 27.5.1992 – 10 S 41/92, NJW-RR 1993, 524.

zum Abschluss von Mietverträgen verwendet, den Ausschluss der Garantiehafung vorsehen. Damit wird seine Schadensersatzpflicht auf die Verschuldenshaftung beschränkt, die wiederum selbst nur in begrenztem Umfang eingeschränkt werden kann.<sup>59</sup>

## cc) Rückforderung von Miete

### (1.) Anspruchsgrundlage

Soweit in der Vergangenheit wegen der Zugrundelegung einer falschen Fläche zu viel Miete gezahlt worden ist, kommt eine Rückforderung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht. Der Mieter hat im Hinblick auf § 536 BGB ohne Rechtsgrund zu viel Miete geleistet, wodurch der Vermieter unberechtigt bereichert wurde.

Auch insoweit stellt sich wegen § 814 BGB die Frage, ob bereits Zweifel des Mieters an der Richtigkeit der angegebenen Wohnfläche ausreichen,<sup>60</sup> um den Anspruch auszuschließen, wobei es ausreicht, wenn diese Zweifel während der Mietzeit entstehen. § 814 BGB erfordert eine positive Kenntnis von der Rechtslage. Die Umstände müssen also ergeben, dass der Mieter aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre wusste, dass er keine bzw. nur eine reduzierte Miete zahlen muss.<sup>61</sup>

Die Rechtsfolge des Minderungsrechts kann sicherlich als allgemein bekannt vorausgesetzt werden. Im Übrigen muss der Mieter aber die tatsächliche Flächenabweichung kennen. Denn ein Kennenmüssen ist nicht ausreichend. Hat der Mieter aber wegen seiner Zweifel eine Wohnflächenberechnung in Auftrag gegeben, liegt die positive Kenntnis erst vor, wenn ihm das Ergebnis bekannt ist.

---

<sup>59</sup> BGH v. 24.10.2001 – VIII ARZ 1/01, NZM 2002, 116.

<sup>60</sup> So: LG Hamburg v. 21.12.1989 – 7 S 204/89, DWW 1990, 207.

<sup>61</sup> Vgl. *Sprau* in Palandt, 63. Aufl., § 814 BGB Rz. 3 m.w.N.

**Praxishinweis:** Der Mieter sollte ab dem Zeitpunkt, in dem er seine Zweifel gegenüber dem Vermieter äußert, die Mietzahlung unter den Vorbehalt der Rückforderung stellen. Denn Andeutungen in der Korrespondenz, aus denen sich eine Kenntnis ergibt, können die Rückforderung schon ausschließen.<sup>62</sup>

## (2.) vorangegangenes Mieterhöhungsverfahren

Übersteigt die in einem Mieterhöhungsverlangen angegebene und der Berechnung zugrunde gelegte Wohnfläche die tatsächliche Wohnfläche, so kann der Mieter unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung die Rückzahlung der in der Folgezeit aufgrund der fehlerhaften Berechnung überzahlten Miete verlangen, wenn die Abweichung der tatsächlichen von der angegebenen Wohnfläche mehr als 10 % beträgt.<sup>63</sup>

Dies gilt jedoch nicht, wenn ein Mieterhöhungsverlangen durch Klage nach § 558 b Abs. 2 Satz 1 BGB unter Zugrundelegung einer unzutreffenden Größe bei Verwendung z.B. eines Mietspiegels gerichtlich durchgesetzt worden ist. In einem solchen Fall gilt nämlich nach § 894 Abs. 1 ZPO die Erklärung des Mieters auf Zustimmung zur Mieterhöhung als mit der Rechtskraft des Urteils abgegeben, so dass insoweit auch keine weiteren Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erforderlich sind.<sup>64</sup> Eine Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO wäre gemäß § 767 Abs. 2 BGB unzulässig, weil der Umstand der abweichenden Fläche schon immer bestand. Auf eine Kenntnis kommt es nicht an.<sup>65</sup>

**Praxishinweis:** Ob dies allein ausreichenden Anlass bietet, in einem Mieterhöhungsverfahren die Wohnfläche zu bestreiten, muss in jedem Einzelfall entschieden werden. Jedenfalls sollte der Berater auf diese Frage

<sup>62</sup> Vgl. LG Hamburg v. 21.12.1989 – 7 S 204/89, DWW 1990, 207.

<sup>63</sup> BGH v. 7.7.2004 – VIII ZR 192/03, BGH Report 2004, 1204 m. Anm. *Börstinghaus*.

<sup>64</sup> Vgl. *Stöber* in *Zöller*, 24. Aufl., § 894 ZPO Rz. 5.

<sup>65</sup> *Thomas/Putzo*, 25. Aufl., § 767 ZPO Rz. 21.

aufmerksam machen und ermitteln, ob dem Mieter schon einmal eine Wohnflächenberechnung vorgelegt wurde.

### (3.) Zinsen

Da der Vermieter das Geld in der Vergangenheit nutzen konnte, hat er gemäß § 818 Abs. 2 BGB auch die tatsächlich erlangten Zinsen herauszugeben.<sup>66</sup> Diese werden sich oftmals auf die geringe Verzinsung des Girokontos beschränken. Hat der Vermieter aber die Mieten zur Schuldentilgung eingesetzt, können die ersparten Zinsaufwendungen angesetzt werden.<sup>67</sup>

**Praxishinweis:** Der Mieter sollte mit der ersten Anforderung Auskunft über die erzielten Zinsen und die Frage, ob der Vermieter die Mieten zur Schuldentilgung eingesetzt hat, verlangen. Ab dem Verzugseintritt kann er die gesetzlichen Zinsen (§ 288 BGB) verlangen.

### (4.) Verjährung

Während des bestehenden Mietverhältnisses unterliegt dieser Rückforderungsanspruch der regelmäßigen Verjährungsfrist nach § 195 BGB. Gemäß § 199 Abs. 1 BGB setzt der Beginn der Verjährung u.a. die Kenntnis des Mieters von den anspruchsbegründenden Tatsachen voraus. Insoweit reicht zwar grundsätzlich auch grob fahrlässige Unkenntnis. Den Umstand der Flächenabweichung erfährt der Mieter aber regelmäßig erst mit der Ermittlung der Wohnfläche. Grundsätzlich kann der Mieter also alle Ansprüche, die bis dahin entstanden sind, noch geltend machen. Die Verjährung tritt erst drei Jahre später, also nach Kenntniserlangung, ein. Damit kann der Mieter z.B. bei Kenntniserlangung im Jahre 2010 noch Ansprüche aus dem Jahre 2002 geltend machen.

Anders ist die Rechtslage zu beurteilen, wenn Ansprüche bereits vor dem 1.1.2002 entstanden sind. Nach der Überleitungsregel des Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz EGBGB gilt nämlich die kürzere

---

<sup>66</sup> BGH, WPM 1991, 1983.

<sup>67</sup> BGH v. 16.7.1999 – V ZR 56/98, NJW 1999, 2890.

Frist. Gemäß § 198 BGB a.F. für den Verjährungsbeginn allein auf die Entstehung des Anspruchs abzustellen ist, verjähren am 31.12.2004 auf jeden Fall Rückforderungsansprüche, die bis zum 31.12.2000 entstanden sind. Denn diese Ansprüche verjähren nach § 197 BGB a.F.<sup>68</sup> nach vier Jahren. Bei Ansprüchen aus dem Kalenderjahr 2001 tritt in jedem Fall am 31.12.2005 (4 Jahre gem. § 197 BGB a.F.) Verjährung ein. Über Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB kommt eine Verjährung zum 31.12.2004 in Betracht, wenn der Mieter vor dem 1.1.2002 Kenntnis von den anspruchsbegründenden Tatsachen hatte, §199 BGB.

Alle früher entstandenen Ansprüche sind bereits verjährt.

Auch nach Beendigung des Mietverhältnisses gilt dieselbe Verjährungsfrist, da die Sondervorschrift des § 548 Abs. 2 BGB für den Anspruch auf Rückzahlung von zu Unrecht geleisteter Miete keine Anwendung findet.

**Praxishinweis:** Sofern Zweifel an der Wohnungsgröße auftreten und das Ergebnis noch nicht feststeht, sollte die Verjährung durch ein selbständiges Beweisverfahren gehemmt werden, wenn nicht die Aufnahme von Verhandlungen gelingt.<sup>69</sup>

#### **dd) Zurückbehaltungsrecht**

Da der aus § 535 Abs. 1 Satz 2 BGB folgende Erfüllungsanspruch des Mieters unabhängig von der Minderung fortbesteht, kann der Mieter dem (restlichen) Mietzahlungsanspruch des Vermieters die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nach § 320 Abs. 1 BGB entgegenhalten und ein Zurückbehaltungsrecht an der Miete geltend machen. In welcher Höhe das Leistungsverweigerungsrecht ausgeübt werden kann, ist streitig.<sup>70</sup> Sowohl der drei- bis fünffache

<sup>68</sup> OLG Düsseldorf v. 13.01.1994 – 10 U 62/93, DWW 1995, 84; LG Frankfurt/M. v. 16.01.1997 – 2/22 O 499/96, ZMR 1997, 187.

<sup>69</sup> BGH v. 12. 5. 2004 – XII ZR 223/01, MietRB 2004, 321.

<sup>70</sup> Vgl. zur Übersicht *Gellwitzki*, WuM 1999, 10, 14.

Betrag, der zur Mängelbeseitigung erforderlich ist,<sup>71</sup> als auch die drei- bis fünffache Minderungsquote<sup>72</sup> werden für zulässig gehalten, wobei der zuletzt genannten Meinung in der Regel der Vorzug gebührt.<sup>73</sup> Dies gilt in der vorliegenden Konstellation um so mehr, weil sich nur selten ein Mängelbeseitigungsaufwand ermitteln lassen wird.

Der Ausübung des Leistungsverweigerungsrecht wird aber dann der Grundsatz von Treu und Glauben entgegenstehen,<sup>74</sup> wenn die Erweiterung der Wohnung für den Vermieter (wirtschaftlich) unmöglich ist. Denn der Sinn und Zweck dieser Einwendung besteht darin, den Vermieter mit einem Druckmittel zur Leistung anzuhalten. Lässt sich die Wohnung aber nicht vergrößern, kann der Vermieter zu nichts mehr angehalten werden.

**Praxishinweis:** Anders als die Mietminderung nach § 536 Abs. 4 BGB ist das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB jedenfalls in den Grenzen des § 556 b Abs. 2 BGB abdingbar. Für Verträge mit Unternehmern (§ 14 Abs. 1 BGB) oder sonstige formularmäßige Beschränkungen sind die §§ 309 Ziff. 2 a, 310 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beachten.

## ee) Auflösung des Mietvertrages

### (1.) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Kann der Mieter beweisen, dass dem Vermieter die geringere Wohnfläche bereits vor Abschluss des Mietvertrages bekannt war, kann er nach § 123 BGB anfechten. Insoweit ist streitig, ob die Anfechtung ex tunc oder ex nunc wirkt.<sup>75</sup> Diese Frage kann hier offen bleiben, weil für die Vergangenheit ohnehin ein Rückforderungsanspruch besteht und die Auflösung des Vertrages eine Räumungspflicht begründet.

<sup>71</sup> BGH v. 26.3.2003 – XII ZR 167/01, ZMR 2003, 417= NZM 2003, 437; LG Bonn v. 3.12.1990 – 6 S 76/90, WuM 1991, 262.

<sup>72</sup> LG Berlin v. 6.3.1998 – 65 S 386/97, WuM 1998, 597; LG Hamburg v. 30.3.1989 – 7 S 330/88, WuM 1989, 566.

<sup>73</sup> Vgl. *Sternel*, WuM 2002, 244, 248.

<sup>74</sup> Vgl. dazu *Heinrichs* in Palandt, 63. Aufl., § 320 BGB Rz. 10.

<sup>75</sup> Vgl. *Bub* in *Bub/Treier*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 3. Aufl., II Rz. 673 m.w.N.

## (2.) Außerordentliche fristlose Kündigung, § 543 Abs. 2 Ziff. 1 BGB

Fraglich ist, ob in einer erheblichen Flächenabweichung eine Nichtgewährung oder ein Entzug des vertragsgemäßen Gebrauchs darstellen.

Der BGH hat dies für den Fall bestätigt, dass eine zu geringe Mietfläche vor der Übergabe bereits festgestellt wird.<sup>76</sup> Er hat es jedoch ausdrücklich offen gelassen, ob das Kündigungsrecht auch besteht, wenn sich ein solcher Mangel erst im laufenden Mietvertrag herausstellt. Die Frage ist im Ergebnis zu bejahen, zumal es weder auf ein Verschulden des Vermieters ankommt noch auf die Behebbarkeit des Mangels.<sup>77</sup> Durch die Überschreitung der 10%-Grenze ist im Übrigen die Erheblichkeit des Mangels indiziert.

In der Regel werden die Voraussetzungen des § 543 Abs. 3 Nr. 1 BGB vorliegen, so dass das Mietverhältnis vom Mieter grundsätzlich außerordentlich fristlos gekündigt werden kann, ohne dass eine Abhilfefrist nach § 543 Abs. 3 BGB gesetzt werden müsste.

**Praxishinweis:** Vorsorglich sollte jedoch schon wegen der Einzelfallbewertung eine Abmahnung oder Fristsetzung erfolgen, um einer durch formalistische Betrachtungsweise geprägten Entscheidung vorzubeugen. Abgesehen davon kann eine Vergrößerung z.B. durch einen Balkonanbau oder eine Erweiterung des Balkons praktisch erreicht werden. Dies kann für den Vermieter durchaus eine wirtschaftliche Überlegung sein. Denn ehe er die Minderung akzeptiert, kann er mit einer Mieterhöhung nach § 559 BGB den Anbau finanzieren. Da nicht abzusehen ist, ob der Vermieter nicht einen solchen Gedanken hegt, sollte der Mieter vorsichtig agieren.

### ff) Nebenkostenvorauszahlungen

<sup>76</sup> BGH v. 4.5.2005 – XII ZR 254/01, GuT 2005, 163.

<sup>77</sup> dafür: *Bieber*, MietRB 2004, 331; dagegen *Scheffler*, NZM 2003, 17, 19.

Bei der Betriebskostenabrechnung, die auf der Grundlage der Wohnfläche erfolgt, ist die tatsächliche Fläche anzusetzen.<sup>78</sup> Das bedeutet aber nicht unbedingt, dass auch die Vorauszahlungen der Fläche anzupassen sind. Zumindest im ersten Vertragsjahr ist der Fall denkbar, dass die Höhe der Vorauszahlungen pauschal ohne Bezug zur Fläche ermittelt wurden.

Dem Mieter steht aber das Anpassungsrecht nach § 560 Abs. 4 BGB zu. Danach kann er nach einer Abrechnung die Betriebskosten senken. Voraussetzung ist natürlich, dass vertragsgemäß nach der Wohnfläche abgerechnet wird und der Saldo unter zugrundelegung der tatsächlichen Wohnfläche zugunsten des Mieters ein Guthaben zeigt oder sonst wie ersichtlich wird, dass die Vorauszahlungen das künftige Abrechnungsergebnis überschreiten. Hat der Mieter nach der letzten Abrechnung von seinem anpassungsrecht Gebrauch gemacht, muss er bis zur nächsten Abrechnung zuwarten.

### **gg) Vergangene Nebenkostenabrechnungen**

Grundsätzlich muss in der Betriebskostenabrechnung die tatsächliche Wohnfläche angesetzt werden, wenn zwischen den Parteien der Wohnflächenschlüssel gilt. Soweit eine solche Betriebskostenabrechnung erstellt und der Saldo ausgeglichen wurde, entsteht nach h.M. ein deklaratorisches Schuldanerkenntnis.<sup>79</sup> Dies führt grundsätzlich zu einem Einwendungsausschluss, soweit der Fehler bei sorgfältiger Prüfung hätte erkannt werden können. Dies gilt ausnahmslos für Abrechnungen, die sich über Abrechnungsperioden aus der Zeit vor dem 1.9.2001 verhalten.

Spätere Abrechnungen unterliegen dem Einwendungsausschluss nach § 556 Abs. 3 Satz 5 BGB. Insoweit ist wegen § 556 Abs. 4 BGB zweifelhaft, ob das durch den Ausgleich des Saldos entstehende deklaratorische Schuldanerkenntnis jedenfalls zu Lasten des Mieters seine

---

<sup>78</sup> Lützenkirchen/Jennißen, Betriebskostenpraxis, Rz. 374.

<sup>79</sup> Langenberg, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaumiete, 3. Aufl., G Rz. 197 m.w.N.



Einwendungen ausschließen kann, obwohl die Einwendungsausschlussfrist noch nicht abgelaufen ist.<sup>80</sup>

Dieser Meinungsstreit muss jedoch hier nicht entschieden werden. Die Einwendungsausschlussfrist greift nur insoweit, als der Mieter deren Ablauf zu vertreten hat. Auch bei einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis kann er noch Einwendungen erheben, wenn er diese auch bei sorgfältiger Prüfung nicht erkennen konnte. Ist aber im Mietvertrag die Wohnfläche angegeben, kann sich der Mieter grundsätzlich auf die Richtigkeit dieser Angabe verlassen, solange er keine Zweifel hinsichtlich der Fläche hegt.

**Praxishinweis:** Ist sich der Mieter hinsichtlich der Wohnfläche als Verteilerschlüssel nicht sicher, sollte er im Zweifel den saldo unter Vorbehalt ausgleichen. Insoweit sollte jedoch beachtet werden, dass auch bei der Betriebskostenabrechnung nicht jede Abweichung, sondern nur erhebliche relevant sind.<sup>81</sup>

## hh) Sicherheiten

Nach § 551 Abs. 1 BGB darf die Höhe einer vereinbarten Sicherheit des Mieters nicht mehr als das Dreifache der monatlichen Miete ohne Pauschale oder Vorauszahlungen für Betriebskosten betragen, wobei die zu Beginn des Vertrages vereinbarte Miete maßgeblich ist. Ist die Miete auf der Grundlage einer unzutreffenden Wohnungsgröße ermittelt und die Sicherheit hiernach bemessen worden, reduziert sich auch diese Obergrenze, die durch § 551 Abs. 4 BGB sanktioniert ist.<sup>82</sup> Denn der Mangel lag von Anfang an vor, so dass sich auch die erste Miete reduziert.

---

<sup>80</sup> Dafür: *Langenberg*, Betriebskostenrecht der Wohn- und Gewerberaummiets, 3. Aufl., G Rz. 206; *Hinz/Ormanschick/Riecke/Scheff*, Das neue Mietrecht, § 4 Rz. 32; dagegen: *Lützenkirchen/Jennißen*, Betriebskostenpraxis, Rz. 310.

<sup>81</sup> *Lützenkirchen/Jennißen*, Betriebskostenpraxis, Rz. 372 m.w.N.

<sup>82</sup> A.A. LG Berlin v. 14.9.2004 – 63 S 126704, WuM 2005, 454 = Mietrecht express 2005, 55.

Der BGH ist dieser Meinung gefolgt, wobei er darauf abstellt, dass der Mangel (abweichende Wohnfläche) unbehebbar ist.<sup>83</sup> Ein unbehebbarer Mangel liegt vor, wenn der Vermieter nicht in der Lage ist, den Mangel zu beseitigen. Der Entscheidung lässt sich nicht entnehmen, ob der BGH die Flächenabweichung generell als unbehebbar ansieht oder nur im konkreten Fall. Dieser Feststellung hätte es aber bedurft, da der Vermieter z.B. durch Balkonanbau oder –erweiterung in der Lage ist, die Fläche zu verändern.

Auch insoweit ergibt sich ein Anspruch des Mieters aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Kautionsregelung ist gemäß § 551 Abs. 4 BGB teilweise unwirksam, so dass der Vermieter im Umfang der reduzierten Miete ungerechtfertigt bereichert ist. Die Rechtslage ist nicht anders zu beurteilen, als bei einem Verstoß gegen das Kumulationsverbot. Hat der Mieter mehrere Sicherheiten geleistet, kann er nach seiner Wahl, den das wirklich Dreifache übersteigende Teil zurückfordern, und zwar einschließlich der erwirtschafteten Zinsen.

Die Verjährung richtet sich nach den gleichen Grundsätzen wie bei dem Rückforderungsanspruch wegen überzahlter Miete.

### 3. Fortgeltung der Verzugslage bei Veräußerung

Gem. § 566 BGB tritt der Erwerber mit Eintragung als Eigentümer in das Grundbuch in die Rechte und Pflichten des Mietvertrages ein. Vor dem Eigentumswechsel entstandene und fällig gewordene Ansprüche bleiben jedoch beim bisherigen Vermieter, danach fällig werdende Forderungen stehen dem Grundstückserwerber zu (Fälligkeitsprinzip).<sup>84</sup>

Befindet sich der Vermieter dem Mieter gegenüber mit der Beseitigung eines Mangels im Verzug, so wirkt im Fall der Grundstücksübereignung die einmal eingetretene Verzugslage nach dem Eigentumsübergang in der Person des Erwerbers fort. Tritt der Schaden in diesem Fall nach dem Eigentumsübergang ein, so richten sich die Ansprüche des Mieters aus § 536a BGB nicht gegen

---

<sup>83</sup> BGH v. 20. Juli 2005 - VIII ZR 347/04, ME-1627.

<sup>84</sup> BGH v. 3.12.2003 - VIII ZR 168/03, NJW 2004, 851 m.w.N.

den Grundstücksveräußerer, sondern gegen den Grundstückserwerber.<sup>85</sup> Insoweit muss präzise zwischen den einzelnen Schadenspositionen unterschieden werden.

**Beispiel:** Der Mieter hat vor dem Eigentumswechsel einen Rechtsanwalt beauftragt, der ihm rät, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Der Sachverständige liquidiert erst nach Eigentumsübergang. Die Gebühren des Rechtsanwalts sind nach § 536 a BGB noch beim alten, die Kosten des Sachverständigen beim neuen Vermieter geltend zu machen.

---

<sup>85</sup> BGH v. 9.2.2005 - VIII ZR 22/04, WuM 2005, 201 = ZMR 2005, 354.