

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO mit Schriftsatzfrist bis zum 27. März 2019 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger, die Richterin Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Schneider, Kosziol und Dr. Schmidt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil der Zivilkammer 18 des Landgerichts Berlin vom 17. Januar 2018 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als bezüglich der Klage zum Nachteil der Klägerin entschieden worden ist. Insoweit wird die Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin zu 5/9 und der Beklagte zu 4/9, die Kosten des Berufungsverfahrens die Klägerin zu 7/10 und der Beklagte zu 3/10 sowie die Kosten des Revisionsverfahrens die Klägerin zu 8/10 und der Beklagte zu 2/10 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist seit Januar 2007 Mieter einer Wohnung der Klägerin in Berlin. Die Wohnfläche ist im Mietvertrag mit "ca. 94,48 m²" angegeben. Die

Nettokaltmiete betrug anfangs 470 € und wurde im August 2007 einvernehmlich auf 423 € herabgesetzt.

- 2 Mit Schreiben vom 30. Januar 2012 beehrte die Klägerin die Zustimmung des Beklagten zu einer Erhöhung der Miete um 84,60 € (20 %) auf 507,60 € ab dem 1. April 2012.
- 3 Nach Klageerhebung hat der Beklagte eine Erhöhung der Miete auf insgesamt 444,36 € anerkannt. Gestützt auf eine nach seiner Ansicht im Vergleich zur Angabe im Mietvertrag um 12,46 % geringere Wohnfläche, hat er widerklagend die Rückzahlung überzahlter Miete in Höhe von zuletzt 2.055,30 € nebst Zinsen beantragt. Das Amtsgericht hat ein Sachverständigengutachten über die Wohnfläche eingeholt, das auf der Grundlage der Wohnflächenverordnung den straßenseitigen Balkon der Wohnung mit 25 % ansetzte und eine Fläche von 84,01 m² ermittelte.
- 4 Das Amtsgericht hat den Beklagten zur Zustimmung zu einer Mieterhöhung um 63,45 € auf 486,45 € verurteilt und den Widerklageantrag abgewiesen. Dabei ist es der Wohnflächenermittlung der Sachverständigen bezüglich des Balkons nicht gefolgt. Es hat die Fläche des Balkons vielmehr zur Hälfte angerechnet, weil in Berlin der Entscheidung des LG Berlin (Grundeigentum 2011, 1086) zufolge eine entsprechende örtliche Praxis bestehe, Balkone weiterhin (wie in der II. Berechnungsverordnung) zur Hälfte anzurechnen. Deshalb betrage die Wohnflächenabweichung nicht mehr als 10 % und sei eine Mietminderung nicht gerechtfertigt.
- 5 Auf die Berufung des Beklagten hat das Landgericht - nach Einholung eines weiteren Gutachtens zur Frage, ob Balkone im Jahr 2007 üblicherweise

zur Hälfte angerechnet wurden - das erstinstanzliche Urteil teilweise abgeändert und den Beklagten lediglich zu einer Zustimmung zu einer Mieterhöhung auf 451,36 € verurteilt sowie der Widerklage in Höhe von 1.827,93 € nebst Zinsen stattgegeben.

6 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision hat Erfolg, soweit die Klägerin die Zustimmung zu einer Mieterhöhung im vom Amtsgericht ausgeurteilten Umfang von 486,45 € begehrt; im Übrigen ist sie unbegründet.

I.

8 Das Berufungsgericht (LG Berlin, ZMR 2018, 503) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

9 Der Klägerin stehe gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Anspruch auf Zustimmung zur Erhöhung der Nettokaltmiete auf 451,36 € zu.

10 Die verlangte Miete (507,50 €) liege unterhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete von 544,38 € (6,48 €/m² x 84,01 m²).

- 11 Einer vollständigen Klagestattgabe stehe jedoch die 20 %-ige Kappungsgrenze (§ 558 Abs. 3 BGB) entgegen. Diese sei nicht nach der vertraglich vereinbarten Ausgangsmiete von 423 € zu berechnen. Aufgrund der im Vergleich zur Angabe im Mietvertrag um 11,08 % geringeren Wohnfläche sei auch die Ausgangsmiete um diesen Prozentsatz herabzusetzen und der Berechnung der Kappungsgrenze damit lediglich eine Miete in Höhe von 376,13 € zugrunde zu legen. Nur in dieser Höhe sei die Miete nach § 536 Abs. 1, 4 BGB wirksam vereinbart. Dem stehe nicht entgegen, dass eine Mietminderung wegen behebbarer Mängel der Mietsache für die Ermittlung des Erhöhungsbetrages und der "Zielmiete" keine Rolle spiele, da es sich bei der Wohnflächenabweichung um einen unbehebaren Mangel handele.
- 12 Die Fläche des straßenseitigen Balkons sei nach § 4 Nr. 4 der Wohnflächenverordnung (WoFIV) nur mit einem Viertel auf die Wohnfläche anzurechnen. Die Wohnflächenverordnung sei für die Ermittlung der Wohnfläche der streitigen Wohnung anwendbar, da sie bei Abschluss des Mietvertrages für den preisgebundenen Wohnraum gegolten habe und die Kammer nach durchgeführter Beweisaufnahme nicht die Überzeugung habe gewinnen können, dass in Berlin im Jahre 2007 die örtliche Übung bestanden habe, ein anderes Regelwerk als die Wohnflächenverordnung anzuwenden.
- 13 Nach den Feststellungen des Sachverständigen habe in Berlin im Jahr des Mietvertragsschlusses (2007) auch keine hiervon abweichende Verkehrssitte dahingehend bestanden, Balkonflächen stets zur Hälfte zu berücksichtigen. Die Kammer folge dem Sachverständigen, dass dessen Umfrage kein klares Bild ergeben habe. Die Marktteilnehmer hätten sich überwiegend auf die Wohnflächenverordnung berufen, gleichwohl aber eine Anrechnung der Balkonflächen in der Regel zur Hälfte vorgenommen. Offenbar sei den Marktteilnehmern

die Regelung des § 4 der Wohnflächenverordnung, der im Gegensatz dazu vorsehe, dass Balkone regelmäßig nur zu einem Viertel anzurechnen seien, nicht bekannt oder würde diese Regelung von den Marktteilnehmern zumindest nicht angewendet. Unter diesen Umständen reiche es nicht, dass die Mehrheit der Marktteilnehmer angegeben habe, Balkonflächen im Rahmen der Flächenermittlung zur Hälfte zu berücksichtigen, um einen abweichenden ortsüblichen Berechnungsmodus im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu bejahen. Eine der Vertragsauslegung aus Gründen des Vertrauensschutzes zugrunde zu legende Verkehrssitte könne nicht darin bestehen, dass einzelne Bestimmungen eines für die Wohnflächenermittlung geeigneten und ganz überwiegend als anwendbar angesehenen Regelwerks in der Praxis häufig übersehen oder fehlerhaft angewendet würden.

14 Da außerdem anderweitige Abreden der Mietvertragsparteien nicht ersichtlich seien, verbleibe es bei der Heranziehung der Wohnflächenverordnung.

15 Aufgrund der erheblichen Wohnflächenabweichung von 11,08 % habe der Beklagte gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 536 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung von 11,08 % der für den Zeitraum Januar 2009 bis März 2012 gezahlten Miete; hieraus ergebe sich der zuerkannte Betrag von 1.827,93 € nebst Zinsen.

II.

16 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nur insoweit nicht stand, als das Berufungsgericht die Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB nicht nach der vertraglich vereinbarten Miete, sondern nach einer wegen zu geringer Wohnfläche geminderten Miete berechnet hat.

- 17 Hingegen hat das Berufungsgericht die Wohnfläche zu Recht aufgrund der Wohnflächenverordnung ermittelt und dem Beklagten wegen einer sich daraus ergebenden erheblichen Wohnflächenabweichung rechtsfehlerfrei einen Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Miete (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) zuerkannt.
- 18 1. Der Klägerin steht gegen den Beklagten ein Anspruch auf Zustimmung zu einer Mieterhöhung gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB auf eine monatliche Nettokaltmiete von 486,45 € zu. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist der Berechnung der Kappungsgrenze (§ 558 Abs. 3 Satz 1 BGB) die vertraglich vereinbarte und nicht eine nach § 536 Abs. 1 BGB infolge erheblicher Wohnflächenabweichung geminderte Miete zugrunde zu legen.
- 19 a) Gemäß § 558 Abs. 1 Satz 1 BGB kann ein Vermieter die Zustimmung zu einer Erhöhung der Miete bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangen, wenn die Miete seit 15 Monaten unverändert geblieben ist. Gemäß § 558 Abs. 3 Satz 1 BGB darf sich die Miete dabei innerhalb von drei Jahren, von Erhöhungen nach §§ 559 und 560 BGB abgesehen, nicht um mehr als 20 % erhöhen (Kappungsgrenze), in den Fällen des § 558 Abs. 3 Satz 2 BGB um nur 15 %.
- 20 b) Ausgangspunkt für die Mieterhöhung ("Ausgangsmiete") ist dabei die vertraglich vereinbarte Miete, bei späteren Änderungen nach § 557 oder § 558 BGB die zuletzt vereinbarte Miete (vgl. Senatsurteil vom 10. Oktober 2007 - VIII ZR 331/06, NJW 2008, 848 Rn. 16; zur Ausnahme bei einvernehmlicher Mieterhöhung aufgrund von Modernisierungsmaßnahmen vgl. Senatsurteile vom 18. Juli 2007 - VIII ZR 285/06, NJW 2007, 3122 Rn. 12; vom 9. April 2008 - VIII ZR 287/06, NJW 2008, 2031 Rn. 11).

21 aa) Mietminderungen (§ 536 Abs. 1 BGB) bleiben bei der für die Berechnung der Kappungsgrenze maßgebenden Ausgangsmiete nach allgemeiner Meinung grundsätzlich unberücksichtigt (vgl. MünchKommBGB/Artz, 7. Aufl., § 558 Rn. 39; Staudinger/V. Emmerich, BGB, Neubearb. 2018, § 558 Rn. 50; Erman/Dickersbach, BGB, 15. Aufl., § 558 Rn. 34; BeckOK-BGB/Schüller, Stand: 1. Februar 2019, § 558 Rn. 46). Entgegen der vom Berufungsgericht (bezugnehmend auf Schmidt-Futterer/Börstinghaus, Mietrecht, 13. Aufl., § 558 BGB Rn. 166 f.) vertretenen Auffassung gilt bei nicht unerheblichen Wohnflächenabweichungen nichts anderes. Insbesondere kommt es auf den Umstand, dass derartige Mängel unbehebbar sind, nicht an.

22 bb) Die Ausgangsmiete ist für die Berechnung der Kappungsgrenze des § 558 BGB von Bedeutung. Diese soll verhindern, dass die Mietsteigerung in Einzelfällen ein zu starkes Ausmaß annimmt (vgl. BT-Drucks. 9/2079, S. 9 - zu § 2 Abs. 1 Nr. 3 MHG - Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen). Sie dient mithin dazu, einen zu raschen Anstieg solcher Mieten, die bislang erheblich unter der ortsüblichen Vergleichsmiete lagen, zum Schutz der betroffenen Mieter zu vermeiden (vgl. BT-Drucks. 14/4553, S. 54, 36 - Entwurf eines Gesetzes zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts [Mietrechtsreformgesetz]; Senatsurteil vom 28. April 2004 - VIII ZR 178/03, NJW-RR 2004, 945 unter II 2 c). Gerade in diesen Fällen gewährt allein die Begrenzung einer Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete (§ 558 Abs. 1 Satz 1 BGB) keinen hinreichenden Schutz zugunsten des Mieters. Die Kappungsgrenze ist daher eine zweite, selbständig einzuhaltende Obergrenze für Mieterhöhungen nach § 558 BGB (vgl. BVerfGE 71, 230, 248) und dient dem Schutz des Mieters in wirtschaftlicher Hinsicht (vgl. Senatsurteil vom 18. November 2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rn. 17).

- 23 Dieser Schutz vor einem zu raschen Anstieg seiner Zahlungspflichten orientiert sich jedoch an der Miete, zu deren Begleichung sich der Mieter vertraglich verpflichtet hat. Diese anfängliche oder während des laufenden Mietverhältnisses vereinbarte Miete hat der Mieter durch eigene Entscheidung übernommen und für sich als wirtschaftlich tragfähig angesehen. Hieran bemisst sich sein Schutz vor einer finanziellen Überforderung im Rahmen der jeweiligen Mietsteigerung.
- 24 Ohnehin wird die Wohnflächenabweichung bei der weiteren Grenze der Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete berücksichtigt. Die Größe der Wohnung (§ 558 Abs. 2 Satz 1 BGB) ist nach der tatsächlichen und nicht nach der vertraglich vereinbarten Wohnfläche zu berechnen (vgl. Senatsurteile vom 18. November 2015 - VIII ZR 266/14, aaO Rn. 10; vom 27. Februar 2019 - VIII ZR 255/17, juris Rn. 13). Somit wird an dieser Stelle den schutzwürdigen Belangen des Mieters hinreichend Rechnung getragen und im Ergebnis vermieden, dass er eine im Verhältnis zur Wohnfläche überhöhte Miete zahlt.
- 25 cc) Ferner steht der Herabsetzung der Ausgangsmiete infolge einer Minderung deren im Vergleich zum Mieterhöhungsverfahren unterschiedliche Zielsetzung und Rechtsfolge entgegen.
- 26 Das Mieterhöhungsverfahren gibt dem Vermieter, dem eine Kündigung des Dauerschuldverhältnisses zum Zweck der Erhöhung der Miete mit Rücksicht auf das soziale Mietrecht verwehrt ist (§ 573 Abs. 1 Satz 2 BGB), zum Ausgleich die Möglichkeit, die Miete bis maximal zur ortsüblichen Vergleichsmiete zu erhöhen und auf diese Weise eine am örtlichen Markt orientierte, die Wirtschaftlichkeit der Wohnung regelmäßig sicherstellende Miete zu erzielen (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 2018 - VIII ZR 52/18, NJW-RR 2019, 269

Rn. 15 mwN). Hierdurch wird die vertragliche Hauptleistungspflicht des Mieters modifiziert. Demgegenüber betrifft die Minderung (§ 536 Abs. 1 BGB) Sekundärrechte des Mieters. Diese strukturellen Unterschiede stehen einer Heranziehung der Minderungsfolgen bei der Bestimmung von Primärpflichten grundsätzlich entgegen.

27 Denn unabhängig davon, ob der Mangel behebbar oder nicht behebbar ist, wirkt sich die Minderung auf den Vertragsinhalt nicht aus. Als Gewährleistungsrecht bewirkt sie - nur - zugunsten des Mieters eine (teilweise) Befreiung von der Entrichtung der (Brutto-)Miete, nicht jedoch eine Vertragsänderung. Die Minderung soll die mangelbedingte Herabsetzung der Gebrauchstauglichkeit ausgleichen (vgl. § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB). Sie ist Ausdruck des das Schuldrecht prägenden Äquivalenzprinzips. Durch sie soll die von den Vertragsparteien festgelegte Gleichwertigkeit zwischen den Leistungen des Vermieters - der Bereitstellung einer vertragsgemäßen Mietsache - und der Leistung des Mieters - der Mietzahlung - bei einer Störung auf der Vermieterseite wiederhergestellt werden (vgl. BGH, Urteile vom 6. April 2005 - XII ZR 225/03, BGHZ 163, 1, 6; vom 10. März 2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rn. 12).

28 Diese Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses infolge der Flächenabweichung wird ausschließlich über das Gewährleistungsrecht ausgeglichen. Für eine (faktische) Vertragsanpassung, vorliegend durch Annahme einer herabgesetzten Ausgangsmiete, ist kein Raum. Die Miete bestimmt sich nach dem Vereinbarten und nicht danach, wie sie möglicherweise - fiktiv - hätte gebildet werden können. Somit bleibt trotz der Minderung der Vertragsinhalt und damit auch die vertraglich festgelegte Miethöhe unberührt (vgl. BGH, Urteile vom 21. Februar 2008 - III ZR 200/07, NZM 2008, 462 Rn. 11; vom 23. Juni 2010 - VIII ZR 256/09, NJW 2010, 2648 Rn. 22; vom 18. November 2015

- VIII ZR 266/14, aaO Rn. 20 und 26; Cramer, NZM 2017, 457, 464). Ausgehend von dieser berechnet sich die Kappungsgrenze.

29 dd) Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung ist der vorliegende Fall der Mieterhöhung nicht mit demjenigen der Bestimmung der Kautionshöhe (§ 551 Abs. 1 BGB) vergleichbar.

30 Zwar bemisst sich die Höhe der Mietsicherheit nach § 551 Abs. 1 BGB im Falle eines anfänglichen, unbehebbar an der geminderten Miete (vgl. Senatsurteil vom 20. Juli 2005 - VIII ZR 347/04, NJW 2005, 2773 unter II 2 c). Der Berechnung der Kautionshöhe liegt jedoch eine andere Intention als der Berechnung der Kappungsgrenze zugrunde. Während es bei der Kappungsgrenze - wie aufgezeigt - um den Schutz des Mieters vor einer wirtschaftlichen Überforderung durch einen zu umfangreichen Anstieg der Miete geht, zielt die Mietsicherheit auf den Schutz des Vermieters bei (späteren) Ansprüchen gegen den Mieter ab. Bei dauerhafter Mietminderung infolge einer Wohnflächenabweichung besteht kein anerkannteswertes Sicherheitsinteresse des Vermieters an einer Mietkaution in Höhe des Dreifachen der vereinbarten Nettomiete.

31 Dieser Gedanke kann auf die Berechnung der Mieterhöhung nicht übertragen werden. Für eine vergleichbare Anpassung der Ausgangsmiete bei der Kappungsgrenze besteht zum Schutz des Mieters, wie aufgezeigt, kein Anlass.

32 c) Ausgehend von der somit maßgeblichen, im August 2007 vertraglich vereinbarten Miete in Höhe von 423 € hat die Klägerin einen Anspruch auf Zustimmung zur Mieterhöhung bis zu dem vom Amtsgericht ausgeurteilten Betrag von 486,45 €. Da sich die ortsübliche Vergleichsmiete nach den rechtsfehlerfreien und in der Revisionsinstanz unangegriffenen Feststellungen des Beru-

fungungsgerichts auf 6,48 €/m² beläuft, ist die von der Klägerin in den Rechtsmittelinstanzen nur noch verfolgte Erhöhung auf 486,45 € unabhängig davon berechtigt, ob die tatsächliche Wohnfläche 84,01 m² (wie der Beklagte geltend gemacht hat) oder 85,97 m² (wie die Klägerin geltend macht) beträgt. Denn auch bei der geringeren Wohnfläche von 84,01 m² ergibt sich eine ortsübliche Vergleichsmiete von 544,38 €, während die Klägerin zuletzt nur noch eine Erhöhung auf 486,45 € verfolgt hat. Da dies einer Mieterhöhung von (nur) 15 % entspricht, kommt es auch nicht darauf an, ob die Kappungsgrenze, wie die Revision meint, mit 20 % oder nach der auf der Basis des § 558 Abs. 3 Satz 3 BGB erlassenen Berliner Kappungsgrenzenverordnung lediglich mit 15 % anzusetzen ist.

33 2. Soweit sich die Klägerin gegen ihre Verurteilung im Rahmen der Widerklage wendet, hat die Revision keinen Erfolg. Dem Beklagten steht gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung überzahlter Miete in Höhe von 1.827,93 € zu. Die tatsächliche Wohnfläche weicht von der im Mietvertrag angegebenen um mehr als 10 % ab, so dass ein erheblicher Mangel im Sinne von § 536 Abs. 1 BGB vorliegt. Die in der Revisionsinstanz allein noch streitige Frage, ob der straßenseitige Balkon mit lediglich einem Viertel auf die Wohnfläche anzurechnen ist und dadurch eine Abweichung von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % (nämlich um 11,08 %) vorliegt, hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejaht.

34 a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats beinhaltet die in einem Wohnraummietvertrag angegebene Wohnfläche, auch bei einer "ca."-Angabe, im Allgemeinen zugleich eine dahingehende vertragliche Festlegung der Sollbeschaffenheit der Mietsache im Sinne einer Beschaffenheitsvereinbarung (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268

unter II; vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947 unter II 2 a; vom 10. März 2010 - VIII ZR 144/09, aaO Rn. 8; vom 18. November 2015 - VIII ZR 266/14, aaO Rn. 9 mwN). Danach war hier eine Wohnfläche von 94,48 m² vereinbart.

35 b) Ein zur Minderung der Miete führender Mangel der Wohnung im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB infolge Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) liegt nach der Senatsrechtsprechung vor, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche liegt (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, aaO unter II 2 c; vom 10. November 2010 - VIII ZR 306/09, NJW 2011, 220 Rn. 14; vom 18. November 2015 - VIII ZR 266/14, aaO; vom 30. Mai 2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rn. 16). Dies ist hier der Fall, denn die tatsächliche Wohnfläche beträgt nur 84,01 m², weil der straßenseitige Balkon nach der anzuwendenden Wohnflächenverordnung nur mit einem Viertel anzurechnen ist, so dass sich die vom Berufungsgericht festgestellte Abweichung um 11,08 % ergibt.

36 aa) Nach der ständigen Senatsrechtsprechung ist der Begriff der "Wohnfläche" im Wohnraummietrecht auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für den preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen und vorliegend aufgrund der im Zeitpunkt des Mietvertragsschlusses (vgl. hierzu Senatsurteil vom 23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624 Rn. 17) geltenden Wohnflächenverordnung (WoFIV) zu ermitteln. Etwas anderes gilt dann, wenn die Parteien dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beimessen oder ein anderer Berechnungsmodus örtlich üblich oder nach der Art der Wohnung naheliegender ist (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230 unter II 1 b aa; vom

23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, aaO Rn. 13; vom 22. April 2009 - VIII ZR 86/08, NJW 2009, 2295 Rn. 19).

37 bb) Mit dem Begriff des ortsüblichen Berechnungsmodus ist eine bestehende örtliche Verkehrssitte zur Wohnflächenberechnung gemeint. Eine solche maßgebliche Verkehrssitte als eine die beteiligten Verkehrskreise untereinander verpflichtende Regel verlangt, dass sie auf einer gleichmäßigen, einheitlichen und freiwilligen tatsächlichen Übung beruht, die sich innerhalb eines angemessenen Zeitraums für vergleichbare Geschäftsvorfälle gebildet hat und der eine einheitliche Auffassung sämtlicher beteiligten Kreise an dem betreffenden, gegebenenfalls räumlich beschränkten Geschäftsverkehr zu Grunde liegt (vgl. BGH, Urteile vom 30. März 1990 - V ZR 113/89, BGHZ 111, 110, 112; vom 11. Mai 2001 - V ZR 492/99, NJW 2001, 2464 unter II 1 c; vom 30. September 2009 - VIII ZR 238/08, NJW 2010, 1135 Rn. 11). Erforderlich ist somit, dass die Vorgehensweise bei Mietern und Vermietern Zustimmung gefunden hat (vgl. BGH, Urteile vom 12. Dezember 1953 - VI ZR 242/52, LM Nr. 1 zu § 157 [B] - BeckRS 1953, 31197869; vom 30. März 1990 - V ZR 113/89, aaO).

38 Das Berufungsgericht hat (letztlich) zu Recht darauf abgestellt, dass nach der Senatsrechtsprechung (vgl. Senatsurteil vom 23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, aaO Rn. 15) ein abweichender örtlich üblicher Berechnungsmodus als Grundlage der Wohnflächenermittlung nur dann in Betracht kommt, wenn sich eine Verkehrssitte zur Anwendung eines anderen Regelwerkes gebildet hat. Denn die Ermittlung der Wohnfläche kann sinnvollerweise nur aufgrund eines einheitlichen, in sich geschlossenen Regelwerks vorgenommen werden, weil anderenfalls Wertungswidersprüche zumindest möglich und sachgerechte Ergebnisse nicht sichergestellt sind.

39

Deshalb reicht es nicht aus, dass ein erheblicher oder auch überwiegender Teil der Marktteilnehmer ein Regelwerk unzutreffend anwendet oder verschiedene Regelwerke miteinander vermischt. Ebenso wenig kommt es - entgegen der Auffassung der Revision - darauf an, ob sich bezüglich der Berechnung einer Teilfläche eine bestimmte Übung der Mehrheit der Marktteilnehmer herausgebildet hat oder ob das zu dieser Frage eingeholte Gutachten nicht auf einer ausreichend repräsentativen Marktbefragung beruhte oder in den Fragebögen auf einen unzutreffenden Zeitraum abgestellt worden war.

40 In den vorstehend genannten Fällen besteht vielmehr kein Anlass, von dem Grundsatz abzuweichen, dass (sofern die Parteien dem Begriff der Wohnfläche nicht im Einzelfall eine andere Bedeutung beigemessen haben) das Regelwerk - insgesamt - für die Berechnung der Wohnfläche maßgeblich ist, das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses für den preisgebundenen Wohnraum anzuwenden war, hier mithin die Wohnflächenverordnung.

41 c) Damit ist das Berufungsgericht zutreffend von der Anwendbarkeit der Wohnflächenverordnung ausgegangen und hat die Fläche des straßenseitigen Balkons von insgesamt 7,83 m² zu einem Viertel - 1,96 m² - berücksichtigt. Hiervon ausgehend liegt die gesamte Wohnfläche von 84,01 m² um 11,08 % unter der vertraglich vereinbarten Fläche. In diesem Umfang (46,87 € monatlich) ist die Miete gemindert und steht dem Beklagten für - insoweit unstrittig - 39 Monate ein Rückzahlungsanspruch in Höhe von insgesamt 1.827,93 € zu.

III.

42 1. Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben, soweit bezüglich der auf Zustimmung zur Mieterhöhung gerichteten Klage zum Nach-

teil der Klägerin erkannt worden ist; es ist daher insoweit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die weitergehende, die Widerklage betreffende Revision ist zurückzuweisen.

43 Im Umfang der Aufhebung entscheidet der Senat in der Sache selbst, da es weiterer Feststellungen nicht bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt insoweit zur Zurückweisung der Berufung des Beklagten und zur Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils.

44 2. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZPO. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts sind die Kosten der in beiden Instanzen eingeholten Sachverständigengutachten nicht von der Klägerin zu tragen.

45 a) Nach § 96 ZPO können die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Verteidigungsmittels der Partei auferlegt werden, die es geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache (teilweise) obsiegt. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor; die Auferlegung der Sachverständigenkosten zu Lasten der Klägerin war ermessensfehlerhaft (vgl. Senatsurteil vom 14. November 2007 - VIII ZR 340/06, NJW 2008, 218 Rn. 9; MünchKommZPO/Schulz, 5. Aufl. 2016, § 96 Rn. 5) und ist damit vom Revisionsgericht von Amts wegen (vgl. BGH, Urteile vom 20. Januar 2010 - VIII ZR 141/09, WuM 2010, 161 Rn. 21; vom 24. Januar 2017 - XI ZR 183/15, NJW-RR 2017, 815 Rn. 35) zu korrigieren.

46 b) Zwar ist die Anwendung vom Wortlaut der Norm gedeckt. Jedoch steht der Sinn und Zweck des § 96 ZPO vorliegend einer Kostentragung der Klägerin entgegen.

47 aa) Die Vorschrift ist als Ausnahmetatbestand vom Grundsatz der Einheit der Kostenentscheidung eng auszulegen. Zwar verlangt die Norm kein Verschulden auf Seiten der obsiegenden Partei. Jedoch ist im Rahmen ihrer Anwendung das mit ihr verfolgte Ziel, die Parteien zu einer sparsamen Prozessführung anzuhalten (vgl. MünchKommZPO/Schulz, aaO Rn. 1) sowie das der Norm innewohnende Veranlasserprinzip zu berücksichtigen. Ebenso wie bei anderen Vorschriften, die eine Kostentrennung sogar gebieten, wie etwa § 93, § 95, § 97 Abs. 2, § 100 Abs. 3, § 281 Abs. 3 Satz 2, § 344 ZPO, und denen ein unwirtschaftliches oder prozessverlängerndes Verhalten vorausgeht, kommt auch § 96 ZPO in kostenrechtlicher Hinsicht ein Sanktionscharakter zu. Daher reicht es gerade nicht aus, dass einzelne Angriffs- und Verteidigungsmittel verworfen werden, da die Parteien in der Wahl ihrer Rechtsverfolgung auch mit Blick auf drohende Kostenfolgen frei sein müssen (vgl. Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 2, Neudruck 1983, S. 199). Vielmehr ist maßgebend in die Abwägung einzustellen, ob die Erfolglosigkeit des Angriffs- oder Verteidigungsmittels für die Partei voraussehbar war (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 1979 - X ZR 49/74, NJW 1980, 838 unter III, insoweit in BGHZ 76, 50 nicht abgedruckt; Smid/Hartmann in: Wiczyrek/Schütze, ZPO, 4. Aufl., § 96 Rn. 6; Stein/Jonas/Muthorst, ZPO, 23. Aufl., § 96 Rn. 1).

48 bb) Nach diesen Maßstäben war es ermessensfehlerhaft, der Klägerin die Kosten sämtlicher Sachverständigengutachten aufzuerlegen.

49 Mit dem Behaupten einer konkreten Wohnungsgröße ist die Klägerin ihrer Darlegungs- und Beweislast nachgekommen. Anhaltspunkte für eine ex ante mögliche Voraussehbarkeit einer vom klägerischen Sachvortrag abweichenden Wohnungsgröße sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Die Pro-

zessführung der darlegungs- und beweispflichtigen Partei würde faktisch beeinträchtigt, wenn sie die Kosten des Beweismittels allein deshalb tragen müsste, weil hiermit die von ihr aufgestellte Behauptung ex-post nicht, beziehungsweise wie vorliegend nicht in Gänze bewiesen werden konnte.

50 Zudem hat das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen, dass die Wohnungsgröße sowohl im Rahmen des Mieterhöhungsverlangens (Klage), als auch im Rahmen der Rückforderung überzahlter Miete (Widerklage) eine Rolle spielt. Damit haben beide Parteien - wenn auch vor dem Hintergrund unterschiedlicher Anspruchsgrundlagen - Angaben zur Wohnungsgröße und damit jeweils ein Angriffs- beziehungsweise Verteidigungsmittel im Sinne des § 96 ZPO "geltend gemacht". Auch dasjenige des Beklagten ist in Teilen ohne Erfolg geblieben, da seine Behauptungen zur Wohnungsgröße durch die eingeholten Sachverständigengutachten ebenfalls nicht in vollem Umfang bestätigt worden sind.

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Schneider

Kosziol

Dr. Schmidt

Vorinstanzen:

AG Berlin-Lichtenberg, Entscheidung vom 14.08.2013 - 15 C 15/12 -

LG Berlin, Entscheidung vom 17.01.2018 - 18 S 308/13 -