



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 164/08

Verkündet am:  
28. Oktober 2009  
Ermel,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 536

Auch bei einem vermieteten Einfamilienhaus mit Garten stellt eine Wohnflächenabweichung einen zur Minderung berechtigenden Mangel dar, wenn die tatsächliche Wohnfläche von der vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % nach unten abweicht. Eine Anhebung dieses Grenzwerts wegen der mitvermieteten Gartenfläche kommt nicht in Betracht (Fortführung von BGH, Urteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268, und VIII ZR 295/03, WuM 2004, 336).

BGH, Urteil vom 28. Oktober 2009 - VIII ZR 164/08 - LG Berlin  
AG Berlin-Wedding

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 28. Oktober 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Hessel, den Richter Dr. Achilles sowie die Richterin Dr. Fetzer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der Zivilkammer 67 des Landgerichts Berlin vom 28. April 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als im Hinblick auf einen auf Wohnflächenabweichung gestützten Bereicherungsanspruch zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist. Im Übrigen wird die Revision als unzulässig verworfen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagten waren aufgrund des Mietvertrages vom 20. Juni 2003 Mieter einer Doppelhaushälfte des Klägers samt zugehörigem Grundstück in B. . In § 1 des Mietvertrages ist unter anderem aufgeführt: "Wohnfläche ca. 145 m<sup>2</sup>." Die Miete betrug 1.420 € einschließlich einer Vorauszahlung für Nebenkosten in Höhe von 171 €.

2 Die Parteien streiten, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, über einen von den Beklagten erhobenen Anspruch auf Rückerstattung überzahlter Miete, den die Beklagten damit begründen, dass die Wohnfläche der vermieteten Doppelhaushälfte nur 119 m<sup>2</sup> betrage und somit um mehr als 10 % von der mit ca. 145 m<sup>2</sup> vereinbarten Wohnfläche abweiche. Mit dem auf eine monatliche Mietminderung um 223,96 € gestützten Erstattungsanspruch haben sie gegen die Klageforderung, die dem Kläger vom Amtsgericht in Höhe von 671,94 € zuerkannt worden ist, aufgerechnet. Mit der Widerklage verlangen sie darüber hinaus Rückzahlung eines Betrages von 4.153,78 € nebst Zinsen, den sie am 5. Oktober 2006 unter Vorbehalt an den Kläger gezahlt haben. Das Amtsgericht hat die Aufrechnung nicht durchgreifen lassen, der Klage stattgegeben, und die Widerklage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihr Klageabweisungs- und Widerklagebegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

3 Die Revision der Beklagten hat teilweise Erfolg.

#### I.

4 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen, soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung, ausgeführt:

5 Ein Anspruch auf Rückzahlung des unter Vorbehalt geleisteten Betrags in der geltend gemachten Höhe von 4.153,78 € gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB bestehe nicht. Die auf eine Mietminderung gegründete Aufrechnung gegen die Klageforderung gehe ebenfalls ins Leere.

- 6 Zu einer Minderung könne zwar die tatsächliche Abweichung der Wohnungsgröße von der im Mietvertrag angegebenen Fläche dann führen, wenn es sich um eine erhebliche Abweichung handele, was bei einer Flächenabweichung von mehr als 10 % angenommen werde. Auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens würde die völlige Streichung der Terrassenfläche zu einer Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche von der vertraglich vereinbarten um 12,68 % und die Berücksichtigung des überdeckten Anteils der Terrasse zu einer Abweichung um 11,02 % führen. Diese Werte stellten sich im konkreten Fall jedoch nicht als Mangel dar.
- 7 Nach dem Mietvertrag sei den Beklagten nicht nur die Doppelhaushälfte zur Benutzung als Wohnung, sondern ausdrücklich auch das zugehörige Grundstück mit Garten und Wageneinstellplatz vermietet worden. Mithin sei über die Wohnräume hinausgehend eine Grundstücksfläche Teil der Mietkalkulation geworden mit der Folge, dass das vom Bundesgerichtshof entwickelte Kriterium für die Erheblichkeit der Flächenabweichung von mehr als 10 % nicht ohne weiteres übertragbar sei. Aufgrund der zusätzlich zur Nutzung vermieteten Grundstücksflächen - wobei der Anteil des Gartens pauschal vorliegend mit 5 % der Miete bewertet werde - sei erst eine Flächenabweichung von mehr als 15 % erheblich, um vom Vorliegen eines Mangels ausgehen zu können.
- 8 Auch das Dachgeschoss sei als Wohnraum zu berücksichtigen. Dies sei zwar im Sachverständigengutachten nicht schriftlich erläutert. Die Angaben des Sachverständigen, dass der Dachgeschossraum vollständig ausgebaut und belichtet sei und dessen Höhe die Anerkennung als Wohnraum nach der Bauordnung von B. rechtfertige, könnten jedoch nur so verstanden werden, dass die erforderliche Raumhöhe von 2,30 m bei mehr als der Hälfte der Grundfläche vorliege.

II.

9                    Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

10                   A. Die Revision ist entsprechend dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang entgegen der Auffassung der Beklagten nur teilweise zulässig und im Übrigen als unzulässig zu verwerfen. Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision wirksam auf den Mietminderungsanspruch wegen einer Abweichung der tatsächlichen von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche beschränkt.

11                   1. Das Berufungsgericht kann die Zulassung der Revision auf Teile des Streitgegenstandes beschränken. Die Beschränkung muss nicht im Tenor des Urteils angeordnet sein, sondern sie kann sich auch aus den Entscheidungsgründen ergeben (BGHZ 153, 358, 360 f.; BGH, Urteil vom 12. November 2004 - V ZR 42/04, NJW 2005, 894, unter B I 1 a; Urteil vom 17. Juni 2004 - VII ZR 226/03, NJW 2004, 3264, unter II 2; Urteil vom 9. März 2000 - III ZR 356/98, NJW 2000, 1794, unter II 1). Allerdings muss sich die Beschränkung eindeutig aus den Entscheidungsgründen entnehmen lassen (Senatsurteil vom 4. Juni 2003 - VIII ZR 91/02, WM 2003, 2139, unter II). Dies ist anzunehmen, wenn die Rechtsfrage, zu deren Klärung das Berufungsgericht die Revision zugelassen hat, bei mehreren teilbaren Streitgegenständen nur für einen von ihnen erheblich ist, weil dann in der Angabe dieses Zulassungsgrundes regelmäßig die eindeutige Beschränkung der Zulassung der Revision auf diesen Anspruch zu sehen ist (BGHZ aaO, 361 f.) So verhält es sich hier.

12                   Das Berufungsgericht hat die Revision zugelassen, weil es für klärungsbedürftig hält, ob bei der Vermietung einer Doppelhaushälfte mit Außenfläche erst bei einer Wohnflächenabweichung von mehr als 15 % ein erheblicher Mangel des Mietobjekts anzunehmen ist. Damit hat es die Revision allein auf den von den Beklagten hilfsweise geltend gemachten Mangel der Wohnflächenab-

weichung beschränkt. Die weiteren Mängel, die die Beklagten zur Begründung der Mietminderung vorgebracht haben, sind davon nicht erfasst.

13            2. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Beschränkung ist auch wirksam. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Zulassung der Revision auf einen tatsächlich und rechtlich selbstständigen Teil des Streitstoffs beschränkt werden, der Gegenstand eines Teilurteils sein oder auf den der Revisionskläger seine Revision beschränken könnte (BGH, Urteil vom 9. März 2000, aaO; BGH, Beschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 78/07, NJW 2008, 2351, Tz. 21). Letzteres trifft hier zu. Der auf eine Wohnflächenabweichung von mehr als 10 % gestützte Bereicherungsanspruch, mit dem die Beklagten gegen die dem Kläger zuerkannte Klageforderung von 671,94 € aufgerechnet haben und auf den sie die Widerklage hilfsweise stützen, stellt einen abgrenzbaren, rechtlich selbstständigen Teil des Streitstoffs dar, der in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden kann und auf den die Beklagten ihre Revision hätten beschränken können (vgl. BGHZ 45, 287, 289).

14            B. Soweit die Revision zulässig ist, hält die Beurteilung des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Beklagten auf Rückzahlung der unter Vorbehalt gezahlten Miete in Höhe von 4.153,78 € und das Bestehen einer Gegenforderung in Höhe der noch in Streit stehenden Klageforderung von 671,94 € nicht verneint werden.

15            Nach dem für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt ist nicht auszuschließen, dass die tatsächliche Wohnfläche von der vereinbarten Wohnfläche der vermieteten Doppelhaushälfte um mehr als 10 % abweicht, so dass die Miete entsprechend gemindert und ein Anspruch auf Rückzahlung

überzahlter Miete gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in der geltend gemachten Höhe begründet ist.

16           1. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass ein Anspruch auf Rückzahlung zuviel gezahlter Miete gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB bestehen kann, wenn die tatsächliche Wohnfläche von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % nach unten abweicht und damit ein zur Minderung berechtigender Mangel im Sinne von § 536 BGB gegeben ist (Senatsurteile vom 23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 12 und vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, unter II 2 c; VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230, unter II 1; VIII ZR 133/03, WuM 2004, 268, unter II).

17           2. Das Berufungsgericht hat auch rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Wohnfläche der vermieteten Doppelhaushälfte grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV) zu ermitteln ist. Nach der Rechtsprechung des Senats bedarf es zur Ermittlung der Kriterien, nach denen die Wohnfläche zu berechnen ist, der Auslegung, weil insoweit kein einheitliches Verständnis besteht (Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, aaO, unter II 1 und - VIII ZR 44/03, aaO, unter II 1 b). Soweit nicht die Parteien dem Begriff "Wohnfläche" eine andere Bedeutung beigemessen haben oder ein anderer Berechnungsmodus ortsüblich oder nach der Art der Wohnung nahe liegender ist, ist davon auszugehen, dass sich die Parteien stillschweigend darauf geeinigt haben, dass die Vorschriften der Wohnflächenverordnung beziehungsweise der §§ 42 bis 44 II. BV anzuwenden sind (Senatsurteile vom 23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, aaO, Tz. 13, 17 und vom 24. März 2004 - VIII ZR 44/03, aaO, unter II 1 b aa). Bei Mietverträgen, die - wie hier - vor Inkrafttreten der Wohnflächenverordnung abgeschlossen worden sind, ist dabei auf die Vorschriften der Zweiten Berechnungsverordnung abzustellen (Senatsurteil vom 23. Mai 2007, aaO, Tz. 17).

Das Berufungsgericht hat in Ermangelung von Anhaltspunkten für ein anderweitiges Verständnis der Vertragsparteien oder eines vorrangig anzuwendenden anderen Berechnungsmodus angenommen, dass bei dem am 20. Juni 2003 geschlossenen Mietvertrag von der Geltung der Zweiten Berechnungsverordnung auszugehen ist. Diese Auslegung ist nicht zu beanstanden und wird von der Revision auch nicht angegriffen. Ein abweichender Anrechnungsmodus kommt allerdings nach den vom Berufungsgericht wiedergegebenen Ausführungen des gerichtlich bestellten Gutachters hinsichtlich der Terrassenfläche in Betracht (siehe dazu unten unter 4 b).

18           3. Das Berufungsgericht ist jedoch zu Unrecht der Auffassung, bei einer Doppelhaushälfte sei - anders als bei einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus - wegen der zusätzlich zur Nutzung vermieteten Garten-Grundstücksfläche ein Mangel erst dann gegeben, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 15 % unter der vertraglich vereinbarten Wohnfläche liege.

19           Nach der Rechtsprechung des Senats ist die Erheblichkeitsgrenze im Interesse der Praktikabilität und der Rechtssicherheit bei 10 % anzusetzen (vgl. Senatsurteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, aaO, unter II). Eine zusätzliche Toleranzschwelle liefe diesem Interesse zuwider und ist auch bei einem vermieteten Einfamilienhaus sachlich nicht gerechtfertigt. Die Wohnfläche stellt ein wesentliches Merkmal für den Nutzwert der angemieteten Wohnung dar. So wird bereits bei der Inserierung in aller Regel die Wohnungsgröße der angebotenen Wohnung angegeben, um Interessenten eine Vergleichbarkeit verschiedener Wohnungen zu erleichtern und um die Miete pro Quadratmeter errechnen zu können (Senatsurteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, aaO, unter II 2 b). Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um Mietraum einer Wohnung in einem Mehrfamilienhaus oder in einem Einfamilienhaus wie etwa einer Doppelhaushälfte mit Gartenfläche handelt.



20           4. Auf diesem Rechtsfehler beruht das Berufungsurteil. Da die Erheblichkeitsgrenze auch im vorliegenden Fall bei 10 % zu ziehen ist, kommt es darauf an, in welchem Umfang das Dachgeschoss (Atelier) und die Terrassenfläche bei der Ermittlung der Wohnfläche zu berücksichtigen sind.

21           a) Hinsichtlich der Anrechnung der Dachgeschossfläche rügt die Revision zu Recht, dass die Berechnung des Sachverständigen - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht mit den Vorgaben der Zweiten Berechnungsverordnung in Übereinstimmung zu bringen ist. So hat der Sachverständige zwar Raumteile mit einer lichten Höhe von unter einem Meter abgezogen und Raumteile mit einer Höhe zwischen einem Meter und 1,5 Meter zur Hälfte angesetzt, jedoch entgegen § 44 Abs. 1 Nr. 2 II. BV Raumteile zwischen 1,5 Meter und 2 Meter nicht nur zur Hälfte, sondern voll angesetzt. Das Gutachten des Sachverständigen ist insoweit - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht "nachvollziehbar", so dass die darauf fußende Feststellung des Berufungsgerichts zu der auf die Wohnfläche anrechenbaren Fläche des Dachgeschosses rechtsfehlerhaft ist.

22           b) Zudem hat das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - rechtsfehlerhaft keine abschließenden Feststellungen zur Anrechnung der Terrasse auf die Wohnfläche getroffen. Es hat unter Bezugnahme auf das eingeholte Sachverständigengutachten lediglich ermittelt, welche Gesamtwohnfläche sich bei einer vollständigen Streichung der Terrassenfläche oder bei einer Berücksichtigung des überdachten Teils ergibt.

23           Nach § 44 Abs. 2 II. BV können die Grundflächen von gedeckten Freisitzen bis zur Hälfte auf die Wohnfläche angerechnet werden. Eine Terrasse erfüllt diese Anforderungen, wenn sie über einen Sichtschutz verfügt (BVerwGE 52, 178, 182 f.; OLG Nürnberg, NJW-RR 2001, 82, 83; LG Hamburg, WuM

1996, 278; Heix in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Band 4, Stand April 2009, II. BV § 44 Anm. 6.4; Langenberg, NZM 2003, 177, 178; Isenmann, WuM 2006, 303 f.; Eisenschmid, WuM 2004, 3, 6). Eine Überdeckung oder Überdachung ist dagegen nicht erforderlich, denn mit "gedeckt" ist keine Überdeckung oder Abdeckung, sondern lediglich ein Schutz gegen die Einsichtnahme gemeint, zum Beispiel durch Umfassungswände, Sichtblenden oder Bepflanzung, wobei der Sichtschutz nicht vollständig zu sein braucht (BVerwGE, aaO; Langenberg, aaO; aA LG Rostock, WuM 2006, 247; Dröge, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn- und Gewerberaum, 3. Aufl., S. 21 f.). Ob die Terrasse in diesem Sinne "gedeckt" ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, sondern nur auf den überdachten Terrassenanteil abgestellt.

24 Auf diese Frage kommt es allerdings nicht an, falls eine hälftige Anrechnung der Terrassenfläche auch für nicht "gedeckte" Terrassen ortsüblich sein sollte. In diesem Sinne könnte die vom Berufungsgericht wiedergegebene Angabe des gerichtlich bestellten Gutachters, die Anrechnung der Fläche einer Terrasse mit 50% sei "übliche Praxis", zu verstehen sein. Ob ein solcher, von den Bestimmungen der Zweiten Berechnungsverordnung abweichender Anrechnungsmodus für Terrassenflächen ortsüblich ist, hat das Berufungsgericht jedoch nicht aufgeklärt.

### III.

25 Nach alledem kann das Berufungsurteil, soweit es der Revision unterliegt, keinen Bestand haben; es ist daher in diesem Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Soweit die Revision die Kostenentscheidung des Berufungsgerichts nur teilweise angegriffen hat, muss eine Beschränkung der Aufhebung des Berufungsurteils im Kostenpunkt ausscheiden, weil nur eine einheitliche Kostenentscheidung ergehen kann. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentschei-

dung reif, weil das Berufungsgericht keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob eine Flächenabweichung besteht, die einen Minderungsanspruch nach den vorstehenden Ausführungen rechtfertigt. Die Sache ist daher im Umfang der Aufhebung zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Die weitergehende Revision ist mangels Zulassung unstatthaft und daher gemäß § 552 Abs. 1 Satz 2 ZPO als unzulässig zu verwerfen.

Ball

Dr. Milger

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Fetzer

Vorinstanzen:

AG Berlin-Wedding, Entscheidung vom 14.05.2007 - 15 C 322/06 -

LG Berlin, Entscheidung vom 28.04.2008 - 67 S 183/07 + 67 S 236/07 -