



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 218/08

Verkündet am:  
8. Juli 2009  
Ermel  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

II. BVO §§ 42, 43, 44

- a) Ist in einem Wohnraummietvertrag über ein älteres Fachwerkhaus vereinbart, dass die Wohnfläche nach den §§ 42 ff. II. BV zu berechnen ist, so kann die Maßgeblichkeit dieser Bestimmungen für die Wohnflächenermittlung nicht mit der Begründung verneint werden, derartige Gebäude mit niedriger Deckenhöhe und freiliegenden Deckenbalken habe die Zweite Berechnungsverordnung nicht im Blick gehabt.
- b) Freisitze im Sinne des § 44 Abs. 2 II. BV sind nur solche Freiflächen, die an den vermieteten Wohnraum angrenzen.

BGH, Urteil vom 8. Juli 2009 - VIII ZR 218/08 - LG Braunschweig  
AG Seesen

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juli 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, die Richterinnen Hermanns und Dr. Hessel sowie die Richter Dr. Achilles und Dr. Schneider

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Braunschweig vom 22. Juli 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als auf die Berufung der Beklagten die Klage in Höhe von 1.219,83 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. April 2005 abgewiesen worden ist.

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 Kläger waren vom 1. Juli 2003 bis zum 31. März 2005 Mieter einer Wohnung der Beklagten im ersten Obergeschoss eines Fachwerkhauses in L. . Die monatliche (Nettokalt-)Miete betrug 320 €. In § 1 des Mietvertrages ist unter anderem aufgeführt:

"Der Vermieter vermietet dem Mieter im Hause L. ...

1. folgende Wohn- und Nebenräume:

4 Zimmer, 1 Küche, 1 Diele, 1 Bad, ... 1 Bodenraum, Sitzecke a. d. Hof neben Garage

1 a) zur Benutzung als Wohnung

...

Die Wohnfläche ist mit ca. 92 qm vereinbart. Berechnungsgrundlage sind §§ 42 ff. II. BV."

2 In der Altbau-Wohnung befinden sich freiliegende Deckenbalken. Die als "Sitzecke auf dem Hof" bezeichnete Fläche ist von drei Seiten umschlossen und ca. 20 Meter von der Wohnung entfernt.

3 Die Kläger sind der Auffassung, sie seien zur Rückforderung zuviel gezahlter Miete für die gesamte Mietdauer von 21 Monaten berechtigt, weil die tatsächliche Wohnfläche von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche abweiche. Nach dem in erster Instanz eingeholten Sachverständigengutachten verfügt die Wohnung über eine Wohnfläche von 77,07 m<sup>2</sup>, was einer Flächendifferenz von 16,23 % entspricht.

4 Soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, verlangen die Kläger neben der Rückzahlung überzahlter Nebenkosten in Höhe von 129,23 € die Rückzahlung überzahlter Miete in Höhe von 1.090,60 €. Das Amtsgericht hat der Klage insoweit stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hatte Erfolg. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstreben die Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die Revision der Kläger hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

7 Ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Rückzahlung der Miete bestehe nicht, da die vertraglich angegebene Wohnfläche von der tatsächlichen Wohnfläche allenfalls um 9,35 % abweiche. Die Anrechenbarkeit der hälftigen Terrassenfläche (9 m<sup>2</sup> von 18 m<sup>2</sup>) auf die Wohnfläche ergebe sich durch Auslegung des § 1 Nr. 1 des Mietvertrages. Dort sei als Berechnungsgrundlage die Zweite Berechnungsverordnung vereinbart worden. Danach könnten "gedeckte Freisitze" bis zur Hälfte ihrer Fläche bei der Berechnung der Wohnfläche angerechnet werden. Eine unmittelbare Verbindung der Terrassenfläche mit der Wohnung sei nicht erforderlich. Unabhängig davon sei eine Flächenabweichung von mehr als 10 % auch deshalb nicht gegeben, weil Flächenteile mit einer Deckenhöhe, die wegen nicht ebener Ausführung von Deckenfeldern und freiliegender Balken unter zwei Metern liegen, nicht in Abzug zu bringen seien. Solche Bauten habe die Zweite Berechnungsverordnung nicht im Blick gehabt.

II.

8 Die Beurteilung des Berufungsgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 Mit der gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Kläger auf Rückzahlung zuviel gezahlter Miete gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB wegen einer Abweichung der tatsächlichen von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche nicht verneint werden. Nach dem für das Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt weicht die tatsächliche Wohnfläche der vermieteten Wohnung jedenfalls um mehr als 10 % von der vereinbarten Wohnfläche ab. Da-

nach ist ein Mangel der Mietsache im Sinne von § 536 BGB gegeben, der die Kläger zur Minderung der Miete berechtigt (vgl. 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).

10           1. Das Berufungsgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Sitzecke auf dem Hof neben der Garage als Terrassenfläche mit 9 m<sup>2</sup> auf die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche angerechnet werden kann.

11           a) Im Ausgangspunkt hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen, dass die Wohnfläche entsprechend der Vereinbarung der Parteien in § 1 Nr. 1 des Mietvertrages nach der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV) zu berechnen ist. In welchem Umfang eine Terrassenfläche bei der Ermittlung der Wohnfläche von Mietwohnraum zu berücksichtigen ist, hängt davon ab, wie der im Mietvertrag verwendete Begriff "Wohnfläche" zu verstehen ist. Da insoweit kein einheitliches Verständnis besteht, bedarf es zur Ermittlung des Inhalts dieses Begriffs der Auslegung. Vorrangig sind dabei ausdrückliche Vereinbarungen der Parteien zu beachten (vgl. Senatsurteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 44/03, NJW 2004, 2230, unter II 1 b). Eine solche Vereinbarung haben die Parteien hier getroffen. Der zum Abschluss des Mietvertrages verwendete Vordruck sieht ausdrücklich vor, dass Berechnungsgrundlage der Wohnfläche die §§ 42 ff. II. BV sind.

12           b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts muss danach die hälftige Anrechnung der Grundfläche der Sitzecke auf die Wohnfläche ausscheiden, denn es handelt sich dabei nicht um einen Freisitz im Sinne des § 44 Abs. 2 II. BV. Nach dieser Vorschrift sind nur solche Flächen als Freisitz anzusehen, die einem angrenzenden Wohnraum zugeordnet sind (BVerwGE 52, 178, 182; 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; Dröge, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn- und Geweberaum, 3. Aufl., S. 21; Isenmann, WuM 2006, 303 f.). Das ist nicht deshalb anders zu beurteilen, weil in der Vorschrift nicht ausdrücklich aufgeführt ist, dass die Fläche an den betreffenden Wohnraum angrenzen muss. Dies folgt schon aus der maßgeblichen Verkehrsanschauung und entspricht auch der wohntechnischen Definition des Begriffs (vgl. Heix, aaO; Dröge, aaO). Eine andere Auslegung ist auch nicht deshalb geboten, weil - wie die Revisionserwiderung meint - Dachterrassen oftmals ebenfalls nicht unmittelbar von der Wohnung zu erreichen seien. Auch in einem solchen Fall besteht ein entscheidender Unterschied darin, dass eine Dachterrasse unmittelbar mit dem Wohngebäude verbunden ist und insoweit eine Einheit mit diesem bildet, was bei der vorliegenden Sitzecke ersichtlich nicht der Fall ist.

13            2. Das Berufungsgericht konnte die Annahme einer über 10 % liegenden Flächenabweichung auch nicht mit der Begründung verneinen, dass die von dem Sachverständigen vorgenommenen Abzüge im Bereich der Decken nicht zu berücksichtigen sind.

14            Die von dem Sachverständigen vorgenommenen Abzüge bestimmter Flächenanteile der Decke wegen Unterschreitung der lichten Raumhöhe von zwei Metern sind gerechtfertigt. Die Parteien haben ausdrücklich die Berechnung der Wohnfläche nach den Vorschriften der §§ 42 ff. II. BV vereinbart. Dem kann nur entnommen werden, dass die vereinbarte Wohnfläche von 92 m<sup>2</sup> einer Berechnung nach diesen Vorschriften entsprechen soll. Daher kommt es entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung auch nicht darauf an, dass bei einem älteren Fachwerkhaus - wie hier - seinerzeit wegen der Verwendung bestimmter Baumaterialien keine gleichmäßigen ebenen Flächen zu erzielen gewesen seien und - wie das Berufungsgericht meint - die Zweite Berechnungs-

verordnung solche älteren Bauwerke nicht im Blick gehabt habe. Wer die Berechnung der Wohnfläche bei einem älteren Bauwerk nach heutigen Vorschriften vereinbart, muss sich daran festhalten lassen.

15 Nach § 44 Abs. 1 Nr. 2 II. BV können die Grundflächen von Räumen und Raumteilen mit einer lichten Höhe von mindestens einem Meter und weniger als zwei Metern nur zur Hälfte angerechnet werden. Für die Teilflächen - Raumteile im Sinne des § 44 Abs. 1 II. BV -, bei denen die lichte Höhe weniger als zwei Meter beträgt, hat der Sachverständige nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt daher zu Recht entsprechende Abzüge (16,73 m<sup>2</sup>) vorgenommen. Das gilt auch hinsichtlich der Abzüge für die Teilflächen unterhalb der Deckenbalken, die entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht deswegen außer Betracht bleiben können, weil sie als begehrte Dekoration angesehen werden, so dass es nicht angemessen wäre, sie bei der Wohnflächenberechnung abzuziehen, wenn sie die Raumhöhe unter zwei Meter senken.

16 Dem kann hier auch nicht entgegengehalten werden, dass der Mieter bei der Besichtigung eine niedrige Raumhöhe erkennen wird. Selbst wenn die Kläger erkannt haben sollten, dass die Decke in Teilbereichen nicht über eine lichte Raumhöhe von zwei Metern verfügt, lässt sich daraus nicht ableiten, es wäre ihnen möglich gewesen, die anrechenbare Wohnfläche nach der Zweiten Berechnungsverordnung verlässlich einzuschätzen, da es hierfür nach den gegebenen Umständen einer genauen Messung bedurft hätte (vgl. auch Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 44/03, aaO, unter II 1 c und vom 22. April 2009 - VIII ZR 86/08, WuM 2009, 344, Tz. 16).

17 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt schließlich auch keine zusätzliche Abrundung wegen der "ca.-Angabe" im Mietvertrag in Be-

tracht. Über die zu berücksichtigende Toleranz von 10 % hinaus ist in solchen Fällen kein weiterer Abschlag gerechtfertigt (Senatsurteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, NZM 2004, 456, unter II).

III.

18 Nach alledem kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht - nach seiner Rechtsauffassung folgerichtig - keine abschließenden Feststellungen zu der vom Sachverständigen errechneten Wohnfläche getroffen hat. Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Ball

Hermanns

Dr. Hessel

Dr. Achilles

Dr. Schneider

Vorinstanzen:

AG Seesen, Entscheidung vom 10.09.2007 - 1a C 459/05 -

LG Braunschweig, Entscheidung vom 22.07.2008 - 6 S 399/07 (104) -