



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

VIII ZR 117/22

Verkündet am:  
27. September 2023  
Reiter,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 536 Abs. 1 Satz 2; WoFIV § 3 Abs. 3 Nr. 3

Zum Begriff der "Türnische" im Sinne der Vorschrift des § 3 Abs. 3 Nr. 3 WoFIV.

BGH, Urteil vom 27. September 2023 - VIII ZR 117/22 - LG Itzehoe  
AG Pinneberg

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren gemäß § 128 Abs. 2 ZPO mit Schriftsatzfrist bis zum 4. September 2023 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Bünger, die Richter Dr. Schmidt, Dr. Reichelt und Messing sowie die Richterin Dr. Böhm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Itzehoe vom 14. April 2022 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 31. Mai 2022 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte ist seit dem 1. November 2013 Mieterin einer Wohnung des Klägers nebst PKW-Abstellplatz in W. . Die Wohnung besteht aus eineinhalb Zimmern, Küche, Flur, Bad, WC, Keller und Terrasse. Im Mietvertrag ist die Wohnfläche mit "ca. 48 m<sup>2</sup>" angegeben. Die monatliche Nettokaltmiete für die Wohnung in Höhe von anfänglich 440 € erhöht sich nach der getroffenen Staffelmietvereinbarung zum 1. November eines jeden Jahres um 10 €. Die Miete für den Stellplatz beträgt 25 € monatlich. Der Vertrag sieht zudem die Umlage von

Heiz- und (sonstigen) Betriebskosten nach der Wohnfläche und die Verpflichtung der Beklagten zu monatlichen Vorauszahlungen auf die Betriebskosten vor.

2 Die Beklagte minderte die Miete seit Mai 2014 unter anderem wegen einer vermeintlichen Wohnflächenunterschreitung von mehr als 10 %; sie zahlte bis Mai 2016 insgesamt 1.812,64 € weniger Miete. Mit Urteil des Amtsgerichts Pinneberg (Az. 83 C 252/14) wurde sie rechtskräftig zur Zahlung dieses Betrags an den Kläger verurteilt. Auch im nachfolgenden Zeitraum ab Juni 2016 zahlte die Beklagte die Miete nicht in der vertraglich vereinbarten Höhe.

3 Mit Schreiben vom 8. März 2018 erklärte der Kläger die fristlose Kündigung des Mietverhältnisses wegen Zahlungsverzugs. Am 22. Juni 2018 zahlte die Beklagte den titulierten Betrag in Höhe von 1.812,64 € an den Kläger. Mit Schreiben vom 27. Juni 2018 erklärte der Kläger erneut die fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs.

4 Das Amtsgericht hat der auf Räumung und Herausgabe der Wohnung nebst Stellplatz gerichteten Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt diese ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

5 Die - ohne Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG durch den Einzelrichter zugelassene (vgl. nur Senatsurteil vom 12. Juli 2023 - VIII ZR 125/22, juris Rn. 12 mwN) - Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung - soweit für das Revisionsverfahren von Interesse - im Wesentlichen ausgeführt:

7 Dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Räumungs- und Herausgabeanspruch gemäß § 546 Abs. 1 BGB zu. Das Mietverhältnis zwischen den Parteien sei durch die formell und materiell wirksame außerordentliche fristlose Kündigung des Klägers vom 27. Juni 2018 beendet worden. Ein Kündigungsgrund habe sich aus § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB ergeben, weil sich die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung mit der Zahlung der Miete für den Zeitraum von Mai 2014 bis einschließlich Juni 2018 in Höhe von noch 1.314,16 € in Verzug befunden habe.

8 Die Miete sei nicht gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB gemindert gewesen. Zwar nehme die Rechtsprechung im Fall einer - hier von der Beklagten geltend gemachten - Abweichung der tatsächlichen von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche eine nicht unerhebliche Minderung der Gebrauchstauglichkeit an, wenn das Flächendefizit mehr als 10 % betrage. Ein solcher Fall liege jedoch im Hinblick auf die vom Sachverständigen ermittelte tatsächliche Wohnfläche von insgesamt 43,38 m<sup>2</sup> statt der vertraglich vereinbarten Wohnfläche von 48 m<sup>2</sup> nicht vor. Für die Räume der Wohnung sei im Ausgangspunkt eine Fläche von insgesamt 38,98 m<sup>2</sup> anzusetzen; von der hierbei berücksichtigten Fläche des Wohnzimmers sei gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 3 der Wohnflächenverordnung (WoFIV) die Terrassentürnische mit einem Flächenmaß von 0,14 m<sup>2</sup> abzuziehen. Hinzu komme eine anrechenbare Wohnfläche für die Terrasse, die ausgehend von einer gemessenen Fläche von 18,15 m<sup>2</sup> gemäß § 4 Nr. 4 WoFIV mit 4,54 m<sup>2</sup> (einem Viertel) anzusetzen sei.

9

Nicht gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 3 WoFIV abzuziehen seien die Flächen in den beiden Durchgängen vom Wohnzimmer zum Schlafzimmer mit einer Größe von jeweils 0,10 m<sup>2</sup>, da es sich bei den Durchgängen nicht um Türnischen im Sinne dieser Bestimmung handele. Türnischen seien die Flächen in einer Türöffnung. In den Wanddurchgängen habe sich indessen zu keiner Zeit eine Tür befunden; auch fehle ein Türrahmen. Zudem seien die Durchgänge höher als ein normaler Türdurchgang. Auch ihre Anordnung wenige Meter nebeneinander spreche dagegen, dass sie für den Einbau von Türen vorgesehen gewesen seien. Aus raumgestalterischer Sicht erscheine die Schaffung eines Zugangs zu einem Raum über nebeneinander angeordnete Türen als sinnlos und vielmehr die Öffnung der Trennwand zwischen Wohn- und Schlafzimmer zum Zwecke der Herstellung einer Offenheit und Durchlässigkeit zwischen beiden Zimmern als beabsichtigt. Auch aus Sinn und Zweck des § 3 Abs. 3 WoFIV ergebe sich nicht, dass die in Rede stehenden Durchgänge bei der Ermittlung der Wohnfläche außer Betracht zu bleiben hätten. Dies sei nur bei denjenigen Bereichen von Räumen so, die der Bewohner typischerweise nicht im Rahmen seiner Lebensgestaltung nutzen könne, wie etwa die Grundflächen von Schornsteinen, Vormauerungen, größeren Pfeilern und Säulen oder bei Treppen mit mehr als drei Steigungen, die bereits rein optisch nicht mehr Teil des Wohnraums seien und in diesen auch nicht funktional einbezogen werden könnten. Anders sei es hingegen bei Fensternischen, die bis zum Boden herunterreichten und mehr als 13 cm tief seien; diese könnten in die Raumnutzung - etwa durch Einstellen von Gegenständen wie Blumentvasen, kleineren Regalen oder Ablagen - einbezogen werden. Auch die hier in Rede stehenden Durchgänge ließen sich - anders als die Flächen im Türrahmen vor und hinter dem Türelement - zu wohnlichen Zwecken nutzen, etwa durch das Anbringen schmaler Regale, die ein Passieren weiterhin ermöglichten.

II.

10 Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

11 1. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein auf die außerordentliche fristlose Kündigung vom 27. Juni 2018 gestützter Räumungs- und Herausgabeanspruch des Klägers gegen die Beklagte gemäß § 546 Abs. 1, § 985 BGB nicht bejaht werden. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB zur Kündigung berechtigt gewesen, weil sich die Beklagte im Zeitpunkt der Kündigung mit der Entrichtung der Miete in Höhe von mehr als zwei Monatsmieten in Verzug befunden habe, beruht auf einem Rechtsfehler, der dem Berufungsgericht bei der Prüfung unterlaufen ist, ob die Miete für die streitgegenständliche Wohnung - wie die Beklagte geltend macht - wegen einer Abweichung der tatsächlichen von der vereinbarten Wohnfläche gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB gemindert war.

12 a) Das Berufungsgericht hat allerdings in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Parteien eine Wohnfläche von 48 m<sup>2</sup> vereinbart haben; das greift auch die Revision nicht an. Nach der Rechtsprechung des Senats ist die in einem Wohnraummietvertrag angegebene Wohnfläche auch bei einer "ca."-Angabe regelmäßig zugleich als dahingehende vertragliche Festlegung der Soll-Beschaffenheit der Mietsache im Sinn einer Beschaffenheitsvereinbarung anzusehen (st. Rspr.; vgl. Senatsurteile vom 17. April 2019 - VIII ZR 33/18, NJW 2019, 2464 Rn. 34; vom 10. März 2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rn. 8; vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, NZM 2004, 456 unter II; Senatsbeschluss vom 22. Juni 2021 - VIII ZR 26/20, NZM 2021, 759 Rn. 9). Dieser Auslegung entgegenstehende Umstände hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

- 13            b) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht seiner Entscheidung weiter zugrunde gelegt, dass die Abweichung der tatsächlichen Wohnfläche von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % einen Mangel der Mietsache darstellt, der gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB zur Minderung der Miete in dem Verhältnis führt, in dem die tatsächliche Wohnfläche die vereinbarte Wohnfläche unterschreitet (st. Rspr.; siehe Senatsurteile vom 17. April 2019 - VIII ZR 33/18, aaO; vom 30. Mai 2018 - VIII ZR 220/17, NJW 2018, 2317 Rn. 16; vom 18. November 2015 - VIII ZR 266/14, BGHZ 208, 18 Rn. 9; jeweils mwN; vgl. auch BGH, Urteil vom 25. November 2020 - XII ZR 40/19, NZM 2021, 276 Rn. 25 f. mwN [zur Gewerberaummieta]). In diesem Zusammenhang hat sich das Berufungsgericht mit Recht nicht aufgrund des rechtskräftigen Urteils im vorangegangenen Rechtsstreit betreffend den Mietrückstand für die Zeit von Mai 2014 bis Mai 2016 in Höhe von 1.812,64 € an der eigenständigen Prüfung der Voraussetzungen einer Mietminderung auch für diesen Zeitraum gehindert gesehen. Denn die dortigen Ausführungen zur Frage einer Mietminderung wegen einer Flächenabweichung sind als bloße Vorfragen nicht in Rechtskraft erwachsen (vgl. nur Senatsurteil vom 10. April 2019 - VIII ZR 12/18, WuM 2019, 309 Rn. 29-31 mwN).
- 14            c) Das Berufungsgericht hat ebenso zu Recht angenommen, dass die Wohnfläche der vermieteten Räume im Streitfall anhand der Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003 (WoFIV; BGBl. I S. 2346) zu ermitteln ist. 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 Mietvertragsabschlusses geltenden Wohnflächenverordnung zu ermitteln, wenn nicht - wofür hier jedoch keine Anhaltspunkte vorliegen - 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 17. April 2019 - VIII ZR 33/18, NJW 2019, 2464 Rn. 36; vom 10. März 2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rn. 9; vom 16. September 2009 - VIII ZR 275/08, NJW 2009, 3421 Rn. 10; Senatsbeschluss vom 22. Juni 2021 - VIII ZR 26/20, NZM 2021, 759 Rn. 10; jeweils mwN).

15 d) Jedoch kann - wie die Revision zu Recht beanstandet - mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung das Vorliegen der Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift des § 3 Abs. 3 Nr. 3 WoFIV im Hinblick auf die Grundflächen der beiden Durchgänge zwischen dem Wohnzimmer und dem Schlafzimmer der streitgegenständlichen Wohnung nicht verneint werden (dazu nachfolgend unter aa). Mit ihrer Rüge gegen die Feststellung des Berufungsgerichts zur Grundfläche der Terrasse dringt die Revision hingegen nicht durch (dazu nachfolgend unter bb).

16 aa) Nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 WoFIV bleiben - wie das Berufungsgericht noch richtig erkannt hat - bei der Ermittlung der gemäß § 2 WoFIV zur Wohnung gehörenden Grundflächen die Grundflächen von Türnischen außer Betracht. Indessen hat das Berufungsgericht seiner Prüfung, ob im Streitfall die beiden Durchgänge vom Wohnzimmer ins Schlafzimmer der Wohnung als Türnischen im Sinne der vorgenannten Bestimmung einzuordnen und deshalb nicht zu berücksichtigen sind, ein rechtlich unzutreffendes Begriffsverständnis zugrunde gelegt.

17 (1) Eine Türnische im Sinne der vorgenannten Vorschrift ist eine Öffnung in einer - die Grundfläche eines Raums im Sinne von § 3 Abs. 1 WoFIV begrenzenden - Wand, die einen Durchgang durch diese ermöglicht.

18 Hierbei kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts im Hinblick auf den Regelungszweck des § 3 Abs. 3 WoFIV und die Systematik der Wohnflächenverordnung nicht entscheidend darauf an, ob in die Wandöffnung eine Tür

oder ein Türrahmen eingebaut ist (vgl. Heix, Wohnflächenberechnung, 5. Aufl., S. 187; Pergande/Schwender, Die Zweite Berechnungsverordnung, § 43 II. BV unter 5; Ullrich, Mietberechnungen 1980, 6. Aufl., zu § 43 II. BV; Fiedler, Die Mieten für Neubauwohnungen ab 1.1.1963, zu § 43 II. BV [jeweils zu § 43 Abs. 5 Satz 2 II. BV]). Denn der Verordnungsgeber hat den Abzug der in § 3 Abs. 3 WoFIV aufgeführten Grundflächen bestimmter Raumteile bei der Wohnflächenberechnung im Hinblick auf deren geminderten Wohnwert vorgesehen (vgl. BR-Drucks. 272/57, Begründung S. 32 [zu § 43 II. BV]; siehe auch Heix, aaO S. 181). Diese Bewertung trifft für eine Wandöffnung, die den Zugang zu einem Raum oder den Durchgang zwischen Räumen ermöglicht, unabhängig davon zu, ob sie (zudem) von einem Türrahmen eingefasst ist oder durch eine (vorhandene) Tür verschlossen werden kann. Die Grundfläche einer solchen Wandöffnung weist aufgrund ihrer baulichen Gestaltung grundsätzlich einen eigenen Wohnwert nicht auf, weil sie für eine Nutzung zu Wohnzwecken im Regelfall nicht oder allenfalls gemindert zur Verfügung steht (siehe auch Heix, aaO S. 187 f.).

19            Ebenso ist es nicht von entscheidender Bedeutung, ob der Mieter die betreffende Wandöffnung tatsächlich als Zugangs- oder Durchgangsmöglichkeit nutzt oder - worauf das Berufungsgericht im Hinblick auf die Anordnung der beiden Wandöffnungen im Streitfall abgestellt hat - ob eine solche Nutzung aus "raumgestalterischer Sicht" sinnvoll ist. Aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit sind die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 WoFIV abstrakt formuliert und ist ihr Vorliegen nicht vom tatsächlichen (Nutzungs-)Verhalten des individuellen Nutzers der Räumlichkeiten abhängig.

20            (2) Ob bei Zugrundelegung des vorgenannten zutreffenden Begriffsverständnisses im Streitfall die beiden Durchgänge zwischen dem Wohnzimmer und dem Schlafzimmer der Wohnung der Beklagten als Türnischen im Sinne von § 3

Abs. 3 Nr. 3 WoFIV einzuordnen sind, lässt sich aufgrund der bislang vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht abschließend beurteilen.

21 Denn den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich nicht entnehmen, dass die beiden Wandöffnungen in Anbetracht ihrer Ausmaße über die Gestaltung einer Türöffnung wesentlich hinausgingen und deshalb nach herkömmlichem Verständnis, von dem ersichtlich auch der Verordnungsgeber ausgegangen ist, nicht mehr als Türöffnung, sondern etwa als ein größerer Wanddurchbruch anzusehen wären. Nähere Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht deshalb nicht getroffen, weil es zur Bestimmung des Begriffs der Türnische im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 3 WoFIV zu Unrecht auf das Vorhandensein von Türrahmen und Tür beziehungsweise auf die Eignung für deren Einbau abgestellt hat.

22 Der vom Berufungsgericht für maßgeblich gehaltene Umstand, dass es in der Wand zwischen Wohn- und Schlafzimmer nicht nur eine, sondern zwei gleichförmige Öffnungen im Abstand von nur wenigen Metern nebeneinander gibt, schließt für sich genommen die Einordnung der beiden Öffnungen oder auch nur einer der beiden als Türnischen nicht aus.

23 Vor diesem Hintergrund kommt es auf den vom Berufungsgericht herangezogenen Gesichtspunkt, dass die Durchgänge mit schmalen Regalen versehen und auf diese Weise für wohnliche Zwecke genutzt werden könnten, nicht entscheidend an.

24 bb) Ohne Erfolg rügt die Revision, dass die Terrasse nicht - wie vom Berufungsgericht im Anschluss an einen von dem Sachverständigen ermittelten Wert - eine Grundfläche von 18,15 m<sup>2</sup>, sondern eine solche von nur 16,89 m<sup>2</sup> habe. Der Senat ist an die Feststellung des Berufungsgerichts gemäß § 559

Abs. 2 ZPO gebunden, da es an einer konkreten diesbezüglichen Verfahrensrüge fehlt.

25 e) Das Berufungsurteil beruht auf dem vorgenannten Rechtsfehler (§ 545 Abs. 1 ZPO). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht bei rechtsfehlerfreier Anwendung des § 3 Abs. 3 Nr. 3 WoFIV und den hiernach gebotenen Feststellungen zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass zum Zeitpunkt der Kündigung vom 27. Juni 2018 ein die außerordentliche fristlose Kündigung gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. b BGB rechtfertigender Zahlungsrückstand nicht bestanden hat.

26 Handelte es sich bei den Durchgängen um Türnischen im Sinne von § 3 Abs. 3 Nr. 3 WoFIV, betrüge - ausgehend von den im Übrigen rechtsfehlerfrei getroffenen und von der Revision insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts - die tatsächliche Wohnfläche statt der vom Berufungsgericht angenommenen 43,38 m<sup>2</sup> lediglich 43,18 m<sup>2</sup> und wiche damit um 10,04 % von der vereinbarten Wohnfläche (48 m<sup>2</sup>) ab. Damit wäre die Erheblichkeitsschwelle (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB) von 10 % überschritten. Eine darüberhinausgehende Maßtoleranz ist nach der Senatsrechtsprechung im Interesse der Praktikabilität und Rechtssicherheit nicht anzuerkennen (vgl. Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, NZM 2004, 456 unter II; vom 10. März 2010 - VIII ZR 144/09, NJW 2010, 1745 Rn. 8).

27 2. Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Insbesondere lässt sich auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilen, ob die - weitere - außerordentliche fristlose Kündigung vom 8. März 2018 ihrerseits wirksam gewesen ist und zur Beendigung des Mietverhältnisses geführt hat.

Denn das Berufungsgericht hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - Feststellungen zum Inhalt des Kündigungsschreibens, anhand derer die formelle (§ 569 Abs. 4 BGB) und materielle Wirksamkeit dieser Kündigung geprüft werden könnte, nicht getroffen.

III.

28 Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, da weitere Feststellungen zu treffen sind. Der Rechtsstreit ist deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Dr. Bünger

Dr. Schmidt

Dr. Reichelt

Messing

Dr. Böhm

Vorinstanzen:

AG Pinneberg, Entscheidung vom 20.11.2020 - 84 C 40/18 -

LG Itzehoe, Entscheidung vom 14.04.2022 - 9 S 1/21 -