

Die 10%-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Wohnraummiete

Anuschka Radom

**Die 10%-Rechtsprechung
des Bundesgerichtshofs
in der Wohnraummiete**

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar

ISBN 978-3-96138-137-1

© 2019 Wissenschaftlicher Verlag Berlin

Olaf Gaudig & Peter Veit GbR

www.wvberlin.de / www.wvberlin.com

Alle Rechte vorbehalten.

Dieses Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung, auch einzelner Teile, ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für fotomechanische Vervielfältigung sowie Übernahme und Verarbeitung in EDV-Systemen.

Druck und Bindung: SDL – Digitaler Buchdruck, Berlin

Printed in Germany

€ 59,00

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Dissertation angenommen.

Ich möchte die Gelegenheit nutzen, um mich bei all denjenigen Personen zu bedanken, die mich im Rahmen der Dissertationszeit unterstützt haben.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Univ.-Prof. Dr. Muthorst für die umfassende und umsichtige Betreuung in sämtlichen Phasen des Promotionsvorhabens. Herrn Prof. Dr. Bork danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Daneben möchte ich mich bei Fabian bedanken, der mich sowohl in emotionaler als auch wissenschaftlicher Hinsicht in den letzten Jahren begleitet und gestärkt hat. Ohne ihn hätte ich mich der Herausforderung einer Promotion nicht gestellt.

Ebenso gilt mein umfassender Dank meiner Familie und insbesondere meiner Mutter, die während des gesamten Studiums, der Dissertationszeit und des Referendariats stets ein offenes Ohr hatte und auf deren wertvolle Ratschläge ich mich zu jeder Zeit verlassen konnte.

Anuschka Radom

Hamburg, April 2019

Meiner Familie

Inhaltsverzeichnis

A. Hintergrund und Gang der Untersuchung.....	1
B. Allgemeines zur Flächenangabe in Wohnraummietverträgen	4
I. Wohnfläche	4
1. Das Verständnis des Wohnflächenbegriffs.....	4
2. Die Berechnung der Fläche.....	5
a) Die wichtigsten Berechnungsmöglichkeiten im Überblick.....	5
aa) DIN 283	6
bb) DIN 277.....	6
cc) Wohnflächenverordnung	7
b) Gerichtsurteile zur Art der Flächenberechnung	8
aa) Anwendung der Berechnungsvorschriften des öffentlich geförderten Wohnraums auf freifinanzierten Wohnraum.....	8
bb) Bei konkludenter Einigung auf WoFIV kein Raum für DIN-Normen	9
cc) Anrechnung von Sonderflächen grundsätzlich bis zur Hälfte.....	9
dd) Anrechnung von unter bauordnungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht als Wohnraum zu qualifizierenden Flächen	10
ee) Begriff „Mietraumfläche“ gilt in AGB als „Wohnfläche“	10
c) Zusammenfassung	11
3. Die Berechnung der Fläche im Rahmen von Betriebskostenabrechnungen.....	11
4. Ergebnis.....	14
II. Flächenabweichung	15
C. Bestandsaufnahme.....	16
I. Flächenabweichung und Mietminderung.....	16
1. Die qualitative Bedeutung einer Wohnflächenangabe im Mietvertrag.....	16
a) Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung bis 2004	17
aa) Unverbindliche Objektbeschreibung.....	17
bb) Zusicherung i.S.d. § 536 II BGB	18
cc) Verbindliche Beschaffenheitsvereinbarung	19
b) Entscheidung durch den BGH am 24.03.2004.....	20

c) Weitere Entscheidungen des BGH zur Flächenangabe als Beschaffenheitsvereinbarung.....	20
d) Zusammenfassung.....	21
2. Tauglichkeitsbeeinträchtigung durch die Minderfläche	21
a) Auffassungen in Literatur und Rechtsprechung bis 2004	22
b) Entscheidung durch den BGH am 24.03.2004.....	23
c) Reaktionen von Literatur und Rechtsprechung	24
d) Zusammenfassung.....	26
3. Flächenabweichung von bis zu 10% als Mangel	26
a) Minderfläche von bis zu 10% nie ein Mangel.....	26
b) Minderfläche von bis zu 10% bedarf besonderer Darlegung der Gebrauchsbeeinträchtigung	27
c) Bei festgelegter Quadratmetermiete keine Tauglichkeitsminderung erforderlich	28
d) Zusammenfassung.....	29
4. Das Maß der Minderung bei Flächenabweichung	29
5. Exkurs: Weitere Gewährleistungsrechte	31
6. Ergebnis.....	32
II. Flächenabweichung und Kündigung	33
1. Allgemeines zur Kündigung eines Mietvertrags.....	33
2. Kündigungsmöglichkeiten bei Flächenabweichungen	34
a) Kündigung durch den Vermieter	34
aa) Ordentliches Kündigungsrecht	34
bb) Außerordentliches Kündigungsrecht wegen der Flächenabweichung.....	36
cc) Außerordentliches Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzugs des Mieters	36
dd) Zusammenfassung.....	39
b) Kündigung durch den Mieter	39
aa) Ordentliches Kündigungsrecht	40
bb) Außerordentliches Kündigungsrecht	40
3. Die Rechtsprechung des BGH zur Kündigung wegen Flächenabweichungen..	41

4. Reaktionen der Literatur	42
5. Ergebnis.....	43
III. Flächenabweichung und Mieterhöhung	45
1. Das System der Mieterhöhung im BGB	45
2. Die Bedeutung von Wohnfläche und Wohnflächenabweichung im Rahmen der Mieterhöhung	47
a) Mieterhöhung gem. § 557 I BGB	47
b) Mieterhöhung gem. § 558 I BGB.....	48
c) Mieterhöhung gem. § 559 I BGB	51
3. Die Rechtsprechung des BGH zu Flächenabweichungen bei Mieterhöhungen bis 2015.....	52
a) Maßgeblichkeit der tatsächlichen Fläche für Mieterhöhung bei mehr als 10% Minderfläche.....	52
b) Maßgeblichkeit der vereinbarten Fläche für Mieterhöhung bei weniger als 10% Mehrfläche	54
c) Maßgeblichkeit der vereinbarten Fläche für Mieterhöhung bei weniger als 10% Minderfläche.....	54
d) Zusammenfassung	55
4. Reaktionen von Literatur und Rechtsprechung.....	55
a) Reaktionen der Literatur	56
aa) Behandlung der Mieterhöhung bei Vorliegen einer Minderfläche	56
bb) Behandlung der Mieterhöhung bei Vorliegen einer Mehrfläche	61
cc) Zusammenfassung	64
b) Reaktionen der Rechtsprechung.....	64
5. Die Kehrtwende: das BGH-Urteil vom 18.11.2015 und folgende Reaktionen .	65
a) Sachverhalt und Vorinstanzen	66
b) Entscheidung des BGH	66
aa) Die Bedeutung einer Wohnflächenangabe im Mietvertrag.....	67
(1) Zur Bedeutung der Wohnflächenangabe im Rahmen der Mietminderung gem. § 536 I BGB	67
(2) Zur Bedeutung der Wohnflächenangabe im Rahmen der Mieterhöhung gem. § 558 BGB	67

(3) Kein Ausschluss künftiger Mieterhöhungen durch Angabe einer kleineren Wohnfläche im Mietvertrag	68
(4) Zusammenfassung	69
bb) Geltung der Kappungsgrenze.....	69
cc) Keine Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage	69
dd) Kein gemeinsamer Kalkulationsirrtum	70
ee) Zusammenfassung	71
c) Reaktionen der Literatur auf die neue Rechtsprechung	71
6. Ergebnis.....	74
IV. Flächen(anteils)abweichung und Betriebskosten	75
1. Die Bedeutung der Wohnfläche im Rahmen der Betriebskostenabrechnung....	75
2. Die Bedeutung von Flächenabweichungen im Rahmen der Betriebskostenabrechnung	76
3. Die Rechtsprechung des BGH zu Flächenabweichungen bei Betriebskosten bis 2018.....	78
4. Reaktionen der Literatur	79
a) Einzelfläche	79
b) Gesamtfläche	84
c) Zusammenfassung	89
5. Die Kehrtwende: das BGH-Urteil vom 30.05.2018 und folgende Reaktionen .	89
a) Sachverhalt und Vorinstanzen	89
b) Entscheidung des BGH	90
aa) Die Bedeutung einer Wohnflächenangabe im Mietvertrag.....	90
bb) Relevanz von Flächenabweichung bei Mieterhöhungen	90
cc) Relevanz von Flächenabweichung bei Betriebskostenabrechnungen.....	91
dd) Zusammenfassung.....	91
c) Reaktionen der Literatur auf die neue Rechtsprechung	92
6. Ergebnis.....	92
V. Konsequenz der neuen Rechtsprechung: Spannungsfeld innerhalb des Mietrechts	94

D. Stellungnahme: Die rechtliche Behandlung von Flächenabweichungen.....	95
I. Das Zustandekommen des Mietvertrags bei Vorliegen einer Flächenabweichung	96
1. Dissens	96
2. Anfechtung.....	98
a) Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums, § 119 II Alt. 2 BGB.....	98
b) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 I Alt. 1 BGB.....	100
aa) Anwendbarkeit des § 123 I Alt. 1 BGB nach Übergabe der Mietsache .	100
bb) Vorliegen der Voraussetzungen des § 123 I Alt. 1 BGB.....	101
cc) Ergebnis	104
3. Ergebnis.....	104
II. Die 10%-Grenze im Mietminderungsrecht.....	106
1. Die Rechtsgrundlage der 10%-Grenze.....	106
a) Mögliche Rechtsgrundlagen	106
b) Analyse der Positionierung des BGH.....	107
aa) „Mangel“, § 536 I 1 BGB.....	107
bb) „Tauglichkeitsminderung“, § 536 I 2 BGB	111
cc) „Unerheblich“, § 536 I 3 BGB	112
dd) Ergebnis	114
c) Stellungnahme	114
aa) „Mangel“, § 536 I 1 BGB.....	114
bb) „Tauglichkeitsminderung“, § 536 I 2 BGB	120
cc) „Unerheblich“, § 536 I 3 BGB	123
dd) Ergebnis	126
2. Die Rechtsfolge der Grenzüberschreitung und ihre Reichweite.....	126
a) Eintritt der Tauglichkeitsminderungsvermutung.....	126
aa) Tatsächliche Vermutung.....	127
bb) Beweiserleichterung.....	128
cc) Reichweite der Vermutung.....	129
dd) Ergebnis	130
b) Eintritt der Erheblichkeitsvermutung	131

c) Ergebnis	134
3. Die Form der Grenzziehung.....	134
a) Bezugspunkt Flächenabweichung	134
b) Verhältnisbezogene oder absolute Abweichung?	136
4. Bezugspunkt der Grenze: tatsächliche oder vereinbarte Fläche?	137
5. Die Höhe der Grenze.....	138
a) Der Blick auf andere Rechtsgebiete	139
aa) Modernisierungsmieterhöhung.....	139
bb) Wohnflächenberechnung	142
cc) Werkvertrag.....	144
dd) Ergebnis	146
b) Das Praktikabilitätsargument	146
c) Der Ausgangspunkt: § 536 I 2 BGB.....	147
aa) Gesamtschau des § 536 I BGB.....	147
bb) Rechtfertigung der Erheblichkeit.....	148
cc) Typisierende Perspektivbildung	150
d) Ergebnis.....	152
6. Die Höhe der Minderung	152
a) Grundsatz.....	153
aa) Maßgeblichkeit der gesamten prozentualen Flächendifferenz.....	154
bb) Äquivalenz von Flächenabweichung und Minderungsbetrag.....	155
cc) Ergebnis	158
b) Sonderfall: die möblierte Wohnung	158
c) Ergebnis	161
7. Die Minderungsmöglichkeit unterhalb der 10%-Grenze	161
8. Exkurs: Mietminderung vs. Mietneuberechnung.....	165
9. Ergebnis.....	170
III. Die 10%-Grenze im Kündigungsrecht	171
1. Die Relevanz der 10%-Grenze im Kündigungsrecht.....	171
2. Die Rechtsgrundlage der 10%-Grenze.....	172

a) § 543 II 1 Nr. 1 BGB	172
aa) Wortlaut	172
bb) Systematik	173
cc) Historie	175
dd) Telos	177
b) § 543 II 1 Nr. 1 i.V.m. § 536 I BGB	179
aa) Telos	180
bb) Systematik	181
cc) Der Vergleich zum Kaufrecht	184
dd) Negative Generalprävention: Abschreckung vor mietvertraglichen Falschangaben	189
ee) Ergebnis	191
ff) Konsequenzen für die Behandlung von Flächenabweichungen im Rahmen der Kündigung	192
3. Kündigungsmöglichkeiten des Mieters bei Unterschreiten der Grenzen	193
a) § 542 I BGB	193
b) Kündigungsrecht gem. § 543 II 1 Nr. 1 BGB	193
c) Kündigungsrecht gem. § 543 I BGB	194
4. Ergebnis	197
5. Exkurs: Möglicher Ausschluss der Gewährleistungsrechte	198
a) Kenntniserlangung von der Flächenabweichung	198
b) Besichtigung der Wohnung vor Vertragsabschluss	198
c) Nicht beanstandete Flächenabweichung	200
d) Ergebnis	204
IV. Die 10%-Grenze im Mieterhöhungsrecht	205
1. Einvernehmliche Mieterhöhung, § 557 BGB	205
a) Die Relevanz der Wohnfläche	206
aa) Die Anhebung der Gesamtmiete	206
bb) Die Anhebung des Quadratmeterpreises	207
b) Die Korrektur der fehlerhaften Mieterhöhungsvereinbarung	207
aa) Die Korrektur bei Vorliegen einer Minderfläche	208

(1) Anfechtung	208
(a) Anfechtung wegen Irrtums, § 119 BGB	208
(b) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 I Alt. 1 BGB	209
(2) Anpassung nach den Grundsätzen zum Kalkulationsirrtum	211
(3) Anpassung über §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB	213
bb) Die Korrektur bei Vorliegen einer Mehrfläche.....	214
(1) Anfechtung	215
(2) Anpassung nach den Grundsätzen zum Kalkulationsirrtum	215
c) Exkurs: Die Behandlung künftiger Mieterhöhungsvereinbarungen.....	216
2. Mieterhöhung bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete, §§ 558 ff. BGB	217
a) Die Relevanz der Wohnfläche	217
b) Die Wohnfläche als Wohnwertmerkmal	219
aa) Der Wortlaut des § 558 II BGB.....	219
bb) Der Vergleich zu anderen Wohnwertmerkmalen	221
cc) Sinn und Zweck des § 558 BGB	222
dd) Die Objektivität der Vergleichsmiete	224
ee) Flächenabrede als Ausschlussvereinbarung i.S.d. § 557 III HS. 2 BGB	226
ff) Zugrundelegung der vereinbarten Fläche als Verstoß gegen §§ 557 IV, 558 VI BGB.....	227
gg) Ergebnis	230
c) Die Wohnfläche als Multiplikator	230
aa) Flächenabrede als Ausschlussvereinbarung i.S.d. § 557 III HS. 2 BGB	231
bb) Zugrundelegung der vereinbarten Fläche als Verstoß gegen §§ 557 IV, 558 VI BGB.....	233
cc) Sinn und Zweck von § 558 BGB.....	235
dd) Die Kongruenz zur Mietminderung	236
ee) Die Möglichkeit der Marktmanipulation.....	238
ff) Ergebnis.....	238
d) Die Bemessung der Kappungsgrenze.....	239
aa) Der Bezugspunkt der Kappungsgrenze	239
bb) Die Zugrundelegung eines fiktiv erlangbaren Mietzinsbetrags.....	240

e) Exkurs: Die Rechtsfolgen eines fehlerhaften Mieterhöhungsverlangens gem. § 558 BGB	241
aa) Rechtsfolgen bei noch nicht erteilter Zustimmung	242
bb) Rechtsfolgen bei bereits erteilter Zustimmung	242
(1) Die Wirksamkeit der Mieterhöhung.....	242
(2) Die Korrektur bei Vorliegen einer Minderfläche.....	243
(a) Anfechtung.....	243
(b) Anpassung über §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB.....	244
(c) Anpassung nach den Grundsätzen zum Kalkulationsirrtum.....	244
(aa) Vertragsauslegung.....	245
(bb) Anpassung über § 313 BGB	245
(cc) Rechtsfolgen der Anpassung	248
(3) Die Korrektur bei Vorliegen einer Mehrfläche	249
(a) Anfechtung.....	249
(b) Anpassung nach den Grundsätzen zum Kalkulationsirrtum.....	249
(aa) Vertragsauslegung.....	250
(bb) Anpassung über § 313 BGB	250
cc) Ergebnis	252
f) Die alternative Mieterhöhung über § 313 BGB.....	252
g) Die Kondizierung der Mehrleistung bzgl. der Wohnfläche	253
3. Modernisierungsmieterhöhung, §§ 559 ff. BGB	254
a) Relevanz der Fläche.....	254
aa) Modernisierung einer Wohnung.....	254
bb) Modernisierung mehrerer Wohnungen	254
b) Die Einzelfläche	255
aa) Der Wortlaut des § 559 III BGB	256
bb) Die Verwendung der vereinbarten Fläche als Vertrag zu Lasten bzw. zu Gunsten Dritter	256
cc) Zugrundelegung der vereinbarten Fläche als Verstoß gegen § 559 VI BGB	257
dd) Der Vertrauensschutz.....	258

ee) Ergebnis	259
c) Die Gesamtfläche	259
aa) Der Wortlaut des § 559 III BGB	259
bb) Die Verwendung der vereinbarten Fläche als Vertrag zu Lasten bzw. zu Gunsten Dritter	260
cc) Der Vertrauensschutz	261
dd) Die Begrenzung der Kostenumlage	262
ee) Ergebnis	262
d) Exkurs: Die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Mieterhöhung gem. § 559 BGB	263
V. Die 10%-Grenze im Betriebskostenrecht	265
1. Die Relevanz der 10%-Grenze im Betriebskostenrecht.....	265
2. Die Einzelfläche	266
a) Der Wortlaut des § 556a I 1 BGB	267
b) Die Verwendung der vereinbarten Fläche als Vertrag zu Lasten bzw. zu Gunsten Dritter	267
c) Zugrundelegung der vereinbarten (zu großen) Fläche als Verstoß gegen § 556 IV BGB oder § 556a III BGB.....	269
d) Der Vertrauensschutz	271
e) Tolerierung von unerheblichen Ungenauigkeiten durch den BGH.....	273
f) Die Intention des Gesetzgebers.....	275
g) Die Begrenzung der Kostenumlage.....	278
h) Vergleich zu anderen Umlagemaßstäben	281
i) Das Marginalitätsargument	282
j) Ergebnis.....	283
3. Die Gesamtfläche	284
a) Der Wortlaut des § 556a I 1 BGB	284
b) Der Parteiwille.....	284
c) Die Verwendung der vereinbarten Einzelflächen als Vertrag zu Lasten bzw. zu Gunsten Dritter	286
d) Der Vertrauensschutz	288

e) Fehlende Einzelflächenvereinbarungen.....	290
f) Das Verhältnis der Mieter untereinander	291
g) Die Intention des Gesetzgebers	291
h) Ergebnis	293
4. Die Möglichkeit einer „Vereinbarung zur Abrechnung“	294
5. Exkurs: Die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Betriebskostenabrechnung	295
6. Ergebnis.....	297
VI. Exkurs: Die Rechtsbehelfe vor Übergabe der Mietsache	298
1. Dissens	298
2. Anfechtung	298
a) Anfechtung wegen Eigenschaftsirrturns, § 119 II Alt. 2 BGB.....	299
b) Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, § 123 I Alt. 1 BGB	305
3. Zurückweisung der Leistung durch den Mieter, § 266 BGB.....	305
4. Mietminderung und Mängelbeseitigung	306
5. Teilweiser Wegfall des Anspruchs auf Gegenleistung, § 326 I 1 BGB.....	307
6. Kündigung	307
7. Rücktritt.....	308
8. Schadensersatz	310
a) § 311a II 2 BGB und § 536a I BGB	310
b) §§ 280 I, 311 II, 241 II BGB	312
9. Anpassung des Vertrags über § 313 BGB	313
E. Anhang: Zusammenfassung der bisherigen BGH-Rechtsprechung zu Flächenabweichungen seit 2004 in Tabellenform	316
F. Ergebnisse der Dissertation	322
I. Allgemeines.....	322
II. Bestandsaufnahme zur 10%-Rechtsprechung.....	322
III. Stellungnahme zur Behandlung von Flächenabweichungen.....	324
Literaturverzeichnis	334