

Flächenberechnungen in der Wohnraummiete

von

Prof. Dr. Ulf P. Börstinghaus*

* Der Verfasser ist Richter am Amtsgericht Dortmund und dort Dezernent einer Zivil- und WEG-Abteilung. Er ist Honorarprofessor an der Universität Bielefeld. Bei dem Vortrag handelt es sich teilweise um die aktualisierte und ergänzte Fassung der Dissertation des Verf. an der Universität Bremen veröffentlicht als „Flächenabweichung in der Wohnraummiete“, München 2012.

I. Einleitung

Die Berechnung der Wohnfläche spielt bekanntlich an den unterschiedlichsten Stellen im Mietrecht eine Rolle und hat dort eine ganz unterschiedliche Bedeutung. Zu unterscheiden sind Bewertungsfragen und Berechnungsfragen. Um die Bewertung geht es im Gewährleistungsrecht, wenn festgestellt werden muss, ob die Abweichung von der tatsächlichen zu der geschuldeten Beschaffenheit zu einer erheblichen Tauglichkeitsbeeinträchtigung führt.¹ Hier ist der Parteivereinbarung von vornherein ein großer Spielraum einzuräumen. Bekanntlich wird bei einer Flächenabweichung von mehr als 10% unwiderleglich vermutet, dass eine solche Gebrauchsbeeinträchtigung vorliegt.² Anders sieht es bei den Rechtsfragen im Zusammenhang mit Berechnungen aus. Hier muss gerechnet werden und ist für Parteivereinbarungen eigentlich kein Raum. Hier sind wieder die Fälle zu unterscheiden, bei denen es nur um die Vertragswohnung geht, z.B. bei der Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete³ oder die Beschränkung der Wiedervermietungsmiete gem. § 556d Abs. 1 BGB, und den Fällen bei denen die Größe der Vertragswohnung und aller

¹ BGH WuM 2004, 337 = NZM 2004, 454 = NJW 2004, 2230 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 2 m. Anm. Eisenschmid; Lammel, LMK 2004, 121; Bieber, MietRB 2004, 331; Eichberger, BGHReport 2004, 1008; Schul/Wichert, ZMR 2004, 496; Maciejewski, MM 2004, 237; Pauly, MDR 2005, 1204; BGH WuM 2004, 336 = NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 3 m. Anm. Eisenschmid; Schul/Wichert, ZMR 2004, 496; Lammel, LMK 2004, 121; Bieber, MietRB 2004, 254; Bieber MietRB 2004, 331; Pauly, MDR 2005, 1204; BGH WuM 2004, 336 = NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 4 m. Anm. Eisenschmid; BGH WuM 2005, 712 = GE 2005, 1349 = NZM 2005, 861 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 12 m. Anm. Eisenschmid; BGH WuM 2009, 344 = NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 23 m. Anm. Eisenschmid; Wassermann, jurisPR-BGHZivilR 12/2009 Anm. 3; Eupen, GE 2009, 744; Lammel, jurisPR-MietR 14/2009 Anm. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2009, 465; Lehmann-Richter, MietRB 2009, 221; BGH WuM 2009, 733 = NZM 2010, 36 = NJW 2010, 292 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 29 m. Anm. Eisenschmid; Kunze, MietRB 2010, 35; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 129; BGH WuM 2010, 150 = NZM 2010, 196 = NJW 2010, 1064 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 30 m. Anm. Eisenschmid; Kunze, MietRB 2010, 102; Theesfeld, jurisPR-MietR 9/2010 Anm. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 257, BGH WuM 2010, 240 = NZM 2010, 313 = NJW 2010, 1745 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 32 m. Anm. Eisenschmid; Eisenschmid, jurisPR-MietR 10/2010 Anm. 2; Kunze, MietRB 2010, 158; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 354; BGH NJW 2010, 2648 = WuM 2010, 480 = NZM 2010, 614 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 33 m. Anm. Eisenschmid; Börstinghaus, jurisPR-MietR 16/2010 Anm. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2010, 547; Streyl, NZM 2010, 606; Lehmann-Richter, MietRB 2010, 289; BGH WuM 2012, 550 = NJW 2012, 3173 = NZM 2012, 726 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 43 m. Anm. Eisenschmid; Kunze, MietRB 2012, 317; Drasdo, NJW-Spezial 2012, 705; Gies, jurisPR-MietR 25/2012 Anm. 4; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 19/2012 Anm. 4; Jansen/Kunze, MietRB 2013, 254.

² AG Dortmund ZMR 2014, 369.

³ BGH NZM 2016, 42 = WuM 2016, 34 = NJW 2016, 239 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 36 m. Anm. Börstinghaus; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 2/2016 Anm. 1; Beyer, jurisPR-MietR 1/2016 Anm. 1; Beuermann, GE 2016, 30; Börstinghaus, LMK 2016, 375498; Kunze, MietRB 2016, 29; Drasdo, NJW-Spezial 2016, 129; Heix, WuM 2016, 263 **unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung** BGH WuM 2009, 460 = NJW 2009, 2739 = NZM 2009, 613 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 23 m. Anm. Börstinghaus; Börstinghaus, WuM 2009, 461; ders., GE 2009, 1201; ders. LMK 9/2009 Anm. 1; Drasdo, NJW-Spezial 2009, 595; Kunze, MietRB 2009, 282; Derleder, WuM 2010, 202; Beyer, NJW 2010, 1025, Hinz, JR 2010, 394 und BGH WuM 2007, 450 = NZM 2007, 594 = NJW 2007, 2626 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 14 m. Anm. Börstinghaus; Börstinghaus, NJW 2007, 2627; Eupen, MietRB 2007, 221 und 222; Drasdo, NJW-Spezial 2007, 466; Bieber, BGHReport 2007, 795.

anderen Wohnungen ermittelt werden muss, weil es um die Berechnung von Anteilen geht, z.B. bei der Betriebskostenabrechnung⁴ und der Modernisierungsmieterhöhung.

Die Probleme im Zusammenhang Wohnflächenberechnungen sind relativ jung. Früher war es völlig unüblich, in Mietverträgen Quadratmeter anzugeben. Im Ausland ist das heute noch so. Dort erfolgt die Differenzierung der Wohnung z.B. nach der Anzahl der Schlafräume.

Das Problem tauchte erst nach dem zweiten Weltkrieg und der Einführung des öffentlich geförderten Wohnungsbaus auf. Durch die Regelungen über die Ermittlung der Kostenmiete wurde die Kalkulation der Miethöhe transparenter und nachvollziehbarer. Es war eine Wirtschaftlichkeitsberechnung vorzulegen. All dies machte es zwar nicht unbedingt erforderlich, Wohnflächen im Mietvertrag anzugeben, aber Vermieter hatten subjektiv das Gefühl damit rechtssichere Verträge zu schließen. Die Angabe von Flächen in Mietverträgen hat dann auch im preisfreien Wohnungsbau zugenommen, nachdem dort Mitte der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts das Vergleichsmietensystem eingeführt wurde und vor allem in der Folgezeit die Bedeutung der Betriebskosten bei der Kalkulation der Miete zugenommen hatte. Das Erfordernis einer Betriebskostenabrechnung verlangte nach Daten für den Umlageschlüssel. Allein aus diesen Gründen wurde die Angabe einer Wohnfläche immer üblicher.

II. Der Begriff der „Wohnfläche“

Der Begriff der Wohnfläche ist auslegungsbedürftig und nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht eindeutig.⁵ Der allgemeine Sprachgebrauch verbindet mit dem Begriff der Wohnfläche keine bestimmte Art ihrer Berechnung. Trotz der hohen Regelungsdichte in Deutschland ist die Berechnung von (Wohn-) Flächen nur rudimentär geregelt. Allenfalls für den Bereich des öffentlich geförderten Wohnungsbaus gibt es Regelwerke. Aber auch diese sind originär lediglich auf das Verhältnis der Bauherren zum Fördergeber ausgerichtet und nur mittelbar auf das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter. Für den sonstigen Bereich des freifinanzierten Wohnungsbaus, aber letztendlich auch für das gesamte Kauf- und

⁴ BGH WuM 2007, 700 = NJW 2008, 142 = NZM 2008, 35 = MietPrax-AK, § 556 BGB Nr. 26 m. Anm. Eisenschmid; Schmid, ZMR 2008, 42; ders. WuM 2008, 9; ders., GuT 2008, 19; Drasdo, NJW-Spezial 2008, 33; Junker, MietRB 2008, 33/34/35, Rave, GE 2008, 36; dies., ZMR 2008, 517; Hinz, WuM 2008, 633; Börstinghaus, LMK II. HJ, 60; Ludley, ZMR 2009, 427; Schmid, ZMR 2009, 746; Langenberg, NJW 2008, 1269 (1273); Lützenkirchen, ZMR 2009, 895.

⁵ BGH, NJW 2004, 1947 = NZM 2004, 453 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 3 mit Anm. Eisenschmid; BGH NJW 2010, 293 = GE 2010, 119 = NZM 2010, 80 = WuM 2010, 27 = MietPrax-AK, § 536 BGB Nr. 28 m. Anm. Eisenschmid; Lehmann-Richter, MietRB 2010, 35.

Werkvertragsrecht, gibt es keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften oder anerkannten Regeln der Technik. Lediglich im Gesetzesvorschlag der Länder Nordrhein-Westfalen und Niedersachsen für ein Gesetz zur Neuordnung des Mietrechts (Mietrechtsneuordnungsgesetz)⁶ war einmal für den Bereich der Betriebskosten in § 559a BGB-MNOG vorgeschlagen worden, im BGB für die Fälle fehlender Vereinbarung auf die §§ 42 – 44 II. BV zu verweisen. Das ist im Gesetzgebungsverfahren nicht weiterverfolgt worden. Das ist erstaunlich, da der Gesetzgeber auch im Privatrecht immer umfangreichere Informationspflichten einführt. So muss der Vermieter dem potenziellen Mieter einen Energieausweis gem. § 16 Abs. 2 S. 2 EnEV vorlegen. Die für die Höhe der Heizkosten aber ebenfalls bedeutsame Wohnfläche muss er nicht mitteilen.⁷ Infolge dessen werden im preisfreien Wohnungsbau entweder die für andere Sachverhalte geltenden gesetzlichen Vorschriften entsprechend angewandt, oder es werden die von den verschiedensten Institutionen entwickelten Regelwerke benutzt. Dabei kann es durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen. Gerade die Verwendung von Vorschriften, die eigentlich für die Flächenermittlung in der Gewerberaummiete gedacht waren, ist zur Ermittlung von Wohnflächen problematisch. Nur der Begriff der Nutzfläche ist wahrscheinlich noch schillernder als der der Wohnfläche.

Für die Berechnung der Wohnfläche gibt es folgende Möglichkeiten:

III. Die Berechnungsvorschriften des öffentlich geförderten Wohnungsbaus

1. Die Ausgangslage

Nach dem 2. Weltkrieg herrschte in Deutschland eine heute kaum noch vorstellbare Wohnungsnot. Der bereits vor dem Krieg bestehende Wohnungsfehlbestand war durch die kriegsbedingten Zerstörungen noch um ein Vielfaches vergrößert worden.⁸ Aufgrund des Kontrollratsgesetzes Nr. 18 vom 31. März 1946⁹ herrschte bei der Gründung der Bundesrepublik ein vollständiger Mietpreisstopp.¹⁰ Die ersten Maßnahmen nach dem Krieg bezogen sich deshalb auf die schrittweise Aufhebung dieser Mietpreisbindungen¹¹ für den

⁶ BR-Dr. 513/99

⁷ Heix, WuM 2009, 706 hält diese Differenzierung für „erstaunlich“.

⁸ Börstinghaus, FS Bub, PiG 80, S. 283 m.w.N..

⁹ Einen Rückblick auf das Gesetz aus heutiger Sicht gibt Tweer, WuM 1997, 162.

¹⁰ Zum Zeitpunkt des Beitritts der DDR am 3. 10. 1990 war der gesamte dortige Wohnungsbestand immer noch preisgebunden. Auch diese Preisbindung ging z. T. auf die gleichen reichsrechtlichen Preisvorschriften zurück; siehe hierzu Börstinghaus/Meyer Die Mietzinserrhöhung bei Wohnraummietverträgen in den neuen Bundesländern, Herne, 1995, Rn. 2.

¹¹ Zur Entwicklung der Mietpreisbindung in Deutschland siehe aktuell Herrlein, NZM 2016, 1

Wohnungsneubau.¹² Die Mietbindungen bei Altbauwohnungen hatten demgegenüber noch viele Jahre Bestand. Folge dieser Politik war eine Auffächerung des Wohnungsmarktes in preisfreie und preisgebundene Wohnungen.¹³ Für den Bereich des preisgebundenen Wohnungsbaus galten zum Teil unterschiedliche, auch landesgesetzliche, Regelungen. Hierzu zählten u.a. die diversen Altbaukostenverordnungen.¹⁴ Sie legten die Mietpreise für Altbauten, die vor dem 28. Juni 1948 fertig gestellt worden waren, fest. Die Altbaukostenverordnungen selbst enthielten aber keine eigenen Vorschriften zur Wohnflächenberechnung. In den jeweiligen § 9 der insofern gleich lautenden Altbaukostenverordnungen der verschiedenen Länder wurde zur Flächenberechnung auch für den Altbaubestand immer auf die eigentlich nur für den Neubau geltenden §§ 25 - 27 der „Verordnung über Wirtschaftlichkeits- und Wohnflächenberechnung für neugeschaffenen Wohnraum (Berechnungsverordnung)“¹⁵ vom 20. November 1950¹⁶ verwiesen.¹⁷ Auch in § 8 der Verordnung über die Gewährung von Miet- und Lastenbeihilfen vom 22. März 1962¹⁸ wird noch auf diese Vorschriften ausdrücklich Bezug genommen, soweit nicht die inzwischen in Kraft gesetzten Bestimmungen der §§ 42 bis 44 II. BV vom 17. Oktober 1957¹⁹ anzuwenden waren.

Für die Wohnflächenberechnung waren also die beiden Berechnungsverordnungen von 1950 und 1957 anzuwenden.

2. Die Verordnung über Wirtschaftlichkeits- und Wohnflächenberechnung für neugeschaffenen Wohnraum (Berechnungsverordnung) vom 20. November 1950

Am 2. August 1950 hat die Bundesregierung dem Bundesrat aufgrund der Ermächtigungsgrundlagen in den §§ 6 Abs. 2 b, 17 Abs. 4, 27 Abs. 1 1. WoBauG den Entwurf einer „Verordnung über Wirtschaftlichkeits- und Wohnflächenberechnung für

¹² 1. WohnBauG vom 24. 4. 1950, BGBl I S 83.

¹³ Zu den Folgen für den Wohnungsmarkt und den Reaktionen des Gesetzgebers siehe: Börstinghaus, FS Bub, PiG 80, S. 283 ff.

¹⁴ z.B. Verordnung über den Mietpreis für den bis zum 31. Dezember 1949 bezugsfertig gewordenen Wohnraum (Altbaukostenverordnung – AMVO) vom 23. Juli 1958, BGBl I, S. 59; Verordnung über den Mietpreis für den bis zum 31. Dezember 1949 bezugsfertig gewordenen Wohnraum in Berlin (Altbaukostenverordnung Berlin – AMVOB) vom 21. Juni 1961, BGBl I, S. 230.

¹⁵ Durch § 47 II. BV wurde der Name dann später in „Erste Berechnungsverordnung“ geändert.

¹⁶ BGBl I S. 753.

¹⁷ Insofern ist der Hinweis von Bub, PiG Bd. 88 (2010), 45 nicht ganz richtig, wonach die Anwendung der Altbaukostenverordnungen „gemessen an den heute gültigen Maßstäben – zu zu geringen Wohnflächen führen“ geführt habe.

¹⁸ BGBl I S. 185.

¹⁹ BGBl I S. 1719.

neugeschaffenen Wohnraum (Berechnungsverordnung)“ zugeleitet.²⁰ Darin waren in den §§ 21 bis 23 BV Vorschriften über die Wohnflächenberechnung enthalten. Der Entwurf beruhte auf den Vorarbeiten des Deutschen Normenausschusses.²¹ In § 21 Abs. 1 S. 1 BV sollte der Begriff der Wohnfläche definiert werden als „Summe der anrechenbaren Grundflächen der zu der Wohnung gehörenden Räume.“ Die Beratungen zogen sich damals länger hin. Vor allem der Ausschuss für Wiederaufbau des Bundesrats hatte eine Fülle von Änderungsvorschlägen.²² Diese bezogen sich aber vor allem auf die Berechnung der Kostenmiete. Hinsichtlich der Vorschriften über die Wohnfläche schlug der Ausschuss vor, die Definition für die Wohnfläche dahingehend zu ändern, dass Wohnfläche nunmehr die „Summe der anrechenbaren Grundflächen *der Räume, die ausschließlich zu der Wohnung gehören*“²³ ist. Ferner wurden weitere vor allem sprachliche Korrekturen bezüglich der hinzuzurechnenden Flächen sowie in Bezug auf die Anrechnung der Grundflächen angeregt. Die Änderungsvorschläge führten auch zu einer neuen Nummerierung der Paragraphen. Bei der abschließenden Beratung im Bundesrat konnten sich die Stimmen²⁴, die aufgrund dieser Änderungswünsche des Ausschusses für Wiederaufbau eine Zurückverweisung an den Rechtsausschuss befürworteten, nicht durchsetzen. Der Bundesminister für Wohnungsbau wies damals darauf hin, dass die Entwürfe „technisch sehr schwierig gewesen“²⁵ seien. Der Bundesrat habe seit dem 3. August 1950 - also ca. 10 Wochen - Zeit gehabt, zu beraten. Der Bundesminister appellierte an den Bundesrat mit den Worten: „Die Entwürfe müssen heraus!“²⁶ Nachdem er kurzfristig den Erlass einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift, in der weitere Einzelheiten der Anwendung der Verordnung geklärt werden sollten, zugesagt hatte, wurde die Verordnung dann doch einstimmig vom Bundesrat verabschiedet. Am 20. November 1950 wurde sie im Bundesgesetzblatt verkündet.²⁷

In der verabschiedeten Fassung gab es drei Paragraphen, die sich mit der Wohnflächenberechnung beschäftigten. In § 25 BV war in Absatz 1 die vom Ausschuss für Wiederaufbau vorgeschlagene Definition für den Begriff der Wohnfläche enthalten. Nach Absatz 2 bestand die Wohnfläche eines einzelnen Wohnraumes aus deren anrechenbarer Grundfläche. Nach Absatz 3 sollten aber die Grundflächen von Dachböden, Kellern,

²⁰ BR-Drucks. Nr. 619/50 vom 2.8.1950.

²¹ BR-Drucks. 272/57 Begründung S. 31.

²² BR-Drucks. Nr. 619/50 vom 12.10.1950 Seite 12 und 13.

²³ BR-Drucks. Nr. 619/50 vom 12.10.1950 Seite 12 und 13.

²⁴ So der hessischen Staatsministers Heinrich Zinnkann, Sitzungsprotokoll der 37. Sitzung des Bundesrates vom 20.10.1950, Seite 686.

²⁵ Sitzungsprotokoll der 37. Sitzung des Bundesrates vom 20.10.1950, Seite 686.

²⁶ Sitzungsprotokoll der 37. Sitzung des Bundesrates vom 20.10.1950, Seite 686.

²⁷ BGBl I S. 753.

Wirtschaftsräumen²⁸, Ställen, Schuppen und gewerblichen Räumen wie Läden, Werkstätten und Lagerräumen nicht mitzählen. § 26 BV enthielt dann die technischen Vorschriften, wie die Grundfläche im Einzelnen zu ermitteln war. Dabei konnten die Maße aus den Fertigmaßen oder den Rohbaumaßen entnommen werden. Fertigmaß wurde definiert als das lichte Maß zwischen den Wänden (Absatz 2). Bei der Verwendung von Rohbaumaßen wurde der dreiprozentige Putzabzug in Absatz 4 eingeführt. In den Absätzen 4 bis 6 befinden sich dann Bestimmungen für weitere Grundflächenbesonderheiten wie z.B. Schornsteine, Fensternischen und Flächen unter Treppen. In § 27 BV ist schließlich die Vorschrift über die Anrechnung bestimmter Flächen enthalten. Gar nicht angerechnet werden sollten Flächen in Räumen mit einer Höhe von weniger als einem Meter. Ab dieser Höhe bis zu einer Raumhöhe von zwei Metern sollte eine Anrechnung von 50% erfolgen. Das galt auch für Wintergärten und ähnliche nach allen Seiten geschlossene Räume. Und schließlich sollten die Grundflächen von Räumen, die nicht nach allen Seiten umbaut waren, wie Balkone und Loggien zu einem Viertel angerechnet werden. Für Einfamilienhäuser wurde in Absatz 2 ein Abzug von 10% der Fläche für Haus- und Treppenflur vorgesehen. 2 ½ Millionen Wohnungen wurden nach den Vorschriften des 1. WoBauG gefördert, auf die auch die Vorschriften der BV²⁹ angewandt wurden.³⁰

Insgesamt ist der damals in der Berechnungsverordnung gewählte Aufbau der Vorschriften zur Wohnflächenberechnung bis heute so beibehalten worden. Sowohl die Vorschriften der II. BV folgen diesem System wie auch die Vorschriften der WoFIV. Es wurden lediglich inhaltlich kleinere Änderungen vorgenommen. Der Name der Verordnung wurde konsequenterweise nach Inkrafttreten der Zweiten Berechnungsverordnung im Jahre 1957 in „Erste Berechnungsverordnung“ geändert.³¹ Ihr Anwendungsbereich wurde ab 1957 in § 1 I. BV dahingehend neu gefasst, dass sie nur noch für den öffentlich geförderten Wohnraum, der nach dem 31. Dezember 1949 aber vor dem 1. Juli 1956 bezugsfertig geworden war und für den öffentliche Mittel erstmalig vor dem 1. Januar 1957 bewilligt worden waren, und für den steuerbegünstigten Wohnraum, galt.

²⁸ Nach AG Bergisch-Gladbach ZMR 2015, 37 soll die Fläche der Abseite einer Küche zur Wohnfläche hinzuzurechnen sein, wenn sie ausschließlich zur Wohnung des Mieters gehört, nur über dessen Wohnung zu erreichen und unmittelbar mit dieser verbunden ist. Insofern unterscheidet sich diese Fläche von den Wirtschaftsräumen, die unter § 42 Nr. 2 II. BV fallen und die nicht zur Wohnung hinzuzurechnen sind, weil sie regelmäßig separat außerhalb der Wohnung liegen.

²⁹ Durch § 47 II. BV wurde der Name der BV nach Veröffentlichung der II. BV in „Erste Berechnungsverordnung - I. BV“ geändert

³⁰ BR-Drucks. 272/57 Begründung S. 2.

³¹ § 47 II. BV.

3. Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung – II. BV) vom 17. Oktober 1957

§ 105 Abs. 2 2. WoBauG vom 27. Juni 1956 ermächtigte die Bundesregierung, für öffentlich geförderte und für steuerbegünstigte Wohnungen durch Rechtsverordnung Vorschriften zur Durchführung des Gesetzes u.a. über die Berechnung von Wohn- und Nutzflächen zu erlassen. Aufgrund der Ermächtigungsgrundlage hat die Bundesregierung am 25. Juni 1957³² einen Entwurf für eine Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen nach dem Zweiten Wohnungsbaugesetz (Zweite Berechnungsverordnung – II. BV) dem Bundesrat zur Beschlussfassung vorgelegt. Der federführende Ausschuss für Wiederaufbau und Wohnungswesen sowie der mitberatende Wirtschaftsausschuss haben umfangreiche Änderungsanträge gestellt.³³ Bezüglich der Wohnflächenvorschriften wurde nur einzig und allein vorgeschlagen, in § 42 Abs. 4 die Nichtanrechnung von Flächen für Abstellräume auf solche Abstellräume zu beschränken, die sich außerhalb der Wohnung befinden. Der Bundesrat hat in seiner 183. Sitzung vom 20. September 1957 den Verordnungsentwurf mit dieser und anderen die Flächenberechnung nicht betreffenden Änderungen beschlossen.³⁴ Die Verordnung wurde daraufhin am 17. Oktober 1957 bekannt gemacht.³⁵ Es war überlegt worden, die neue Verordnung mit den Regelungen der I. BV zusammenzufassen. Wegen der unterschiedlichen Grundsätze für die Wirtschaftlichkeitsberechnung und auch wegen der höheren Kostenansätze hat man aber wegen der damit verbundenen unübersehbaren Folgen davon Abstand genommen.³⁶ Die Verordnung galt nach § 1 Abs. 1 II. BV für den nach dem II. WoBauG geförderten Wohnraum oder dann, wenn in anderen Vorschriften die Anwendung vorgeschrieben war.³⁷ Bedeutung hatten die Vorschriften zum Zeitpunkt ihres Erlasses vor allem für den öffentlich geförderten Wohnungsbau gem. § 39 II. WoBauG und den steuerbegünstigten Wohnungsbau nach § 82 II. WoBauG. Sie galt gerade nicht für den Altbaubestand und den freifinanzierten Wohnungsbau.

Die Bestimmungen über die Wohnflächenberechnung unterschieden sich nach Ansicht der Entwurfsverfasser³⁸ von den Bestimmungen der I. BV nur geringfügig. Überwiegend ging es

³² BR.-Drucks. 272/57.

³³ BR.-Drucks. 272/1/57 vom 13.9.1957.

³⁴ Sitzungsbericht des Bundesrates Nr. 183 S. 800.

³⁵ BGBl. I 1719.

³⁶ BR.-Drucks. 272/57 Begründung S. 2.

³⁷ Eisenschmid in: Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rn. 4011.

³⁸ BR.-Drucks. 272/57 Begründung S. 5.

um redaktionelle Anpassungen.³⁹ Die meisten Änderungen erfuhr die jetzt in § 44 II. BV enthaltene Vorschrift über die Anrechnung der Grundflächen. „Für Räume [...], die wegen ihrer baulichen Gestaltung einen geminderten Wohnwert besitzen, sind vielmehr entsprechende Abschläge geboten oder nach der Wahl des Bauherren zuzulassen.“⁴⁰ Erweitert wurde der bisher nur für Einfamilienhäuser vorgesehene zehnpromtente Abzug auch auf bestimmte Zweifamilienhäuser.

Die bedeutsamste Änderung betrifft die Anrechnung der Freiflächen wie Balkone, Freisitze, Loggien und Dachterrassen. Anders als noch in der I. BV, in der eine starre Anrechnung von 25% vorgesehen war, erlaubte § 44 Abs. 2 II. BV die Anrechnung dieser Flächen „bis zur Hälfte“. Dabei sollte der Vermieter alleine bestimmen können, mit welcher Quote die Fläche angerechnet wird. Das ergab sich aus § 45 Abs. 1 II. BV der lautet: *„Lässt die Verordnung eine Wahl zwischen zwei oder mehreren Möglichkeiten zu oder setzt sie bei einer Berechnung einen Rahmen, so ist der Bauherr, soweit sich aus der Verordnung nichts anderes ergibt, befugt, die Wahl vorzunehmen oder den Rahmen auszufüllen.“* Dieses einseitige Bestimmungsrecht ist im Laufe der Jahre von den Gerichten aber immer häufiger missachtet worden, indem sie die Anrechnungsquote von Freiflächen nach vermeintlich objektiven Qualitätsmerkmalen festsetzten⁴¹, anstatt das in § 45 Abs. 1 II. BV vorgesehene Bestimmungsrecht des Vermieters zu akzeptieren. Erst im April 2009 hat der *BGH*⁴² dies wieder richtig gestellt und dem Bestimmungsrecht des Vermieters die in der Verordnung zumindest für den preisgebundenen Wohnungsbau vorgesehene Bedeutung eingeräumt. Nach Ansicht der Verfasser des Entwurfs für die II. BV sollte die in § 45 Abs. 2 II. BV vorgesehene flexible Anrechnung der Freiflächen einfach „elastischer“⁴³ sein. Durch die Möglichkeit sowohl einer Nichtanrechnung der Grundflächen von Balkonen o.ä. wie auch einer Anrechnung von bis zur Hälfte der Grundfläche sollte einem Bedürfnis der Praxis entsprochen werden. Je nachdem, ob es sich um öffentlich geförderten sozialen Wohnungsbau oder um steuerbegünstigten Wohnungsbau handelte, sollte eine Anrechnungsquote gewählt

³⁹ BR-Drucks. 272/57 Begründung S. 32.

⁴⁰ BR-Drucks. 272/57 Begründung S. 32.

⁴¹ Z.B. AG Neuss, WuM 1993, 410 (Anrechnung der Wohnfläche eines Freisitzes nach dessen Gebrauchswert); LG Hamburg, NJWE-MietR 1996, 173 (Anrechnung einer Freifläche mit 10% wegen unansehnlicher Hauswände).

⁴² BGH, NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 23 mit Anm. Eisenschmid; dazu Wassermann, jurisPR-BGHZivilR 12/2009 Anm. 3; Eupen, GE 2009, 744; Lammel, jurisPR-MietR 14/2009 Anm. 1; Lehmann-Richter, MietRB 2009, 221.

⁴³ BR-Drucks. 272/57 Begründung S. 32.

werden, die „am meisten dem erwünschten Bau von Balkonen, Loggien, Dachgärten und dergleichen Rechnung trägt.“⁴⁴

Die Verordnung ist am 1. Januar 2004 außer Kraft getreten. Sie gilt aber gem. § 42 II. BV n.F. bzw. § 5 WoFIV für den Wohnraum, der bis zum 31. Dezember 2003 errichtet wurde weiter, es sei denn, dass ab dem 1. Januar 2004 bauliche Veränderungen vorgenommen wurden, die Einfluss auf die Wohnfläche haben. Dann sind von da an die Vorschriften der WoFIV anzuwenden.

4. Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche (Wohnflächenverordnung – WoFIV) vom 25. November 2003

Zum 1. Januar 2002 wurde mit dem Gesetz zur Reform des Wohnungsbaurechts vom 13. September 2001⁴⁵ das gesamte Recht des öffentlich geförderten Wohnungsbaus umgestaltet.⁴⁶ Teil dieser Reform war das Gesetz über die soziale Wohnraumförderung (Wohnraumförderungsgesetz – WoFG). Dieses enthielt in § 19 Absatz 1 WoFG in der bis zum 31. Dezember 2006 gültigen Fassung zunächst eine Definition des Begriffs der Wohnfläche. Im Vergleich zur ersten Definition aus dem Jahre 1950⁴⁷ hat sich mit Ausnahme einer kleinen sprachlichen Umstellung nichts geändert. Die Wohnfläche einer Wohnung ist danach „die Summe der anrechenbaren Grundflächen der ausschließlich zur Wohnung gehörenden Räume.“ In § 19 Abs. 1 Satz 2 WoFG befand sich eine Ermächtigungsgrundlage für die Bundesregierung, mit Zustimmung des Bundesrates eine Rechtsverordnung zur Berechnung der Grundfläche und zur Anrechenbarkeit auf die Wohnfläche zu erlassen. Von dieser Ermächtigungsgrundlage hat die Bundesregierung in der anschließenden Legislaturperiode „zur Vervollständigung der Reform des Wohnbaurechts“⁴⁸ Gebrauch gemacht und am 25. November 2003 die Verordnung zur Berechnung der Wohnfläche (Wohnflächenverordnung – WoFIV) verkündet.⁴⁹ Die Wohnflächenverordnung gilt gem. § 1 WoFIV unmittelbar nur für den neu geförderten Wohnungsbau nach dem Wohnraumförderungsgesetz. Aufgrund der Überleitungsvorschrift in § 5 WoFIV (identisch mit § 42 II. BV) gelten die Vorschriften auch für Wohnraum, auf den das II. WoBauG Anwendung findet, wenn nach dem 31. Dezember 2003 am Wohnraum bauliche Änderungen vorgenommen werden, die eine Neuberechnung

⁴⁴ BR-Drucks. 272/57 Begründung S. 33.

⁴⁵ BGBl I S. 2376.

⁴⁶ Hierzu Söfker, WuM 2002, 291.

⁴⁷ § 25 Abs. 1 I. BV.

⁴⁸ So die Verordnungsbegründung vom 15.8.2003, BR-Drucks. 568/03 S. 1.

⁴⁹ BGBl. I S. 2346.

der Wohnfläche erforderlich machen. Ansonsten gelten für diesen Wohnungsbestand die Vorschriften der II. BV in der bis zum 31. Dezember 2003 geltenden Fassung weiter.

Insgesamt hat die Wohnflächenverordnung nur zu wenigen Veränderungen geführt.⁵⁰ Auch nach der neuen Verordnung hat die Ermittlung der Wohnfläche in drei Schritten zu erfolgen:

- a) Zunächst sind die zur Wohnfläche gehörenden Grundflächen zu ermitteln (§ 2 WoFIV).
- b) Dann müssen diese Grundflächen der einzelnen Wohnräume ermittelt werden (§ 3 WoFIV).
- c) Und zuletzt muss jeweils entschieden werden, wie diese Flächen anzurechnen sind (§ 4 WoFIV).

Zur Wohnfläche gehören gem. § 2 Abs. 1 WoFIV entsprechend der vorrangigen Definition in § 19 Abs. 1 WoFG die Flächen aller Räume, die ausschließlich zur Wohnung gehören. In den Absätzen 2 und 3 ist dann wie vormals in § 41 Abs. 3 und 4 II. BV bestimmt, dass enumerativ aufgezählte andere Flächen mit zur Grundfläche zählen bzw. gerade nicht mitzählen. Die Aufzählung wurde im Vergleich zur Vorgängervorschrift sprachlich präzisiert und von altem Ballast befreit. So wurden Ställe, Scheunen und Holzlegen nicht mehr ausdrücklich aufgenommen.

Die Ermittlung der Grundfläche nach § 2 WoFIV lehnt sich an § 43 II. BV an, ohne die Vorschrift vollständig zu übernehmen. Die frühere Unterscheidung zwischen Rohbau- und Fertigmaßen wurde ebenso gestrichen wie der dreiprozentige „Putzabzug“. Nunmehr ist immer von der Vorderkante der Bekleidung auszugehen; Putz oder andere Wandbekleidungen – sofern vorhanden – gelten hierbei als Bestandteile der Bauteile. Damit sollte der veränderten Bauweise Rechnung getragen werden.⁵¹ In Absatz 2 werden beispielhaft bestimmte Flächen aufgezählt, die bei der Ermittlung der Grundfläche mit einzubeziehen sind. Hierzu zählen vor allem Tür- und Fensterbekleidungen und -umrahmungen, Fußleisten und Einbaumöbel. Umgedreht enthält Absatz 3 eine Aufzählung der Flächen, die nicht zur Grundfläche gehören. Wie bisher sind dies Schornsteine, Türnischen und Treppen mit mehr als drei Stufen und Fenster, die nicht bis zum Boden herunterreichen. Neu ist hier die Regelung, dass

⁵⁰ Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB; Heix, Wohnflächenberechnung, 3. Auflage, 2004, S. 29; Grundmann, NJW 2003, 3745; Schach, GE 2003, 1594; Maciejewski, MM 2004, 53; Börstinghaus, ZAP F. 4 S. 843.

⁵¹ So die Verordnungsbegründung vom 15.8.2003 BR-Drucks. 568/03 S. 19.

Vormauerungen o.ä. nur dann nicht mitzählen, wenn sie höher als 1,50 m sind. Damit werden vor allem die Unterputzspülkästen in Badezimmern erfasst, die in der Regel eine Vormauerung erfordern.

In § 4 WoFIV ist schließlich bestimmt, wie diese so ermittelten Grundflächen als Wohnfläche anzurechnen sind. Im Vergleich zu den Vorgängervorschriften hat sich hier in zwei Punkten etwas verändert. Bei den Wintergärten wird jetzt differenziert, ob sie beheizt oder nicht beheizt sind. Lediglich die unbeheizten werden nur mit der Hälfte angerechnet. Der „gedeckte Freisitz“ wurde gestrichen und durch den heute üblichen Begriff der „Terrasse“ ersetzt. Zurückkehren wollte man bei der Anrechnung von Freiflächen wieder auf die bereits in der I. BV geltenden Anrechnungsquote von einem Viertel. Dementsprechend sah der erste Entwurf für die Wohnflächenverordnung in Anlehnung an die Regelung in der DIN 283 eine zwingende Anrechnung zu maximal einem Viertel vor. Das Wahlrecht der Bauherren sollte ausdrücklich entfallen, weil es für die soziale Wohnraumförderung nicht mehr erforderlich sei.⁵² Während der Beratungen im Bundesrat wurde diese klare und vernünftige Regelung aber wieder geändert.⁵³ Eingeführt wurde stattdessen eine „Regelanrechnung“⁵⁴ von einem Viertel. Hiervon soll aber dann abgewichen werden können, wenn besondere Umstände des Einzelfalles dieses rechtfertigen.⁵⁵ Damit kann es zu Anrechnungsquoten zwischen 0 und 50% kommen. Zur Begründung wurde in der Beratung darauf hingewiesen, dass es eben besonders schöne Balkonflächen gebe, die eine höhere Anrechnung rechtfertigen würden.⁵⁶ Damit greift die Verordnungsbegründung die bisher schon fragwürdige Rechtsprechung auf, wonach besonders gute Lagen oder aufwendige Balkon- oder Terrassengestaltungen einen höheren Wohnwert begründen. Die Anrechnung zu einem Viertel beruht auf der Tatsache, dass eine Freifläche zum einen in unseren Breitengraden allenfalls das halbe Jahr genutzt werden kann und die Nutzungsmöglichkeit dann verglichen mit einem normalen Wohnraum auch nur die Hälfte ausmacht. Die in § 44 II. BV vorgesehene Anrechnung von „bis zu 50%“ beruhte auf ganz anderen Gründen, nämlich den damals vorhandenen unterschiedlichen Fördersystemen und den daraus abgeleiteten unterschiedlichen Anforderungen an die Wohnungsgröße.⁵⁷ Heute besteht eine Notwendigkeit zur unterschiedlichen Anrechnung nicht mehr. Sie ist auch

⁵² So die Verordnungsbegründung vom 15.8.2003 BR-Drucks. 568/03 S. 19.

⁵³ BR-Drucks. 568/03.

⁵⁴ Börstinghaus, ZAP F. 4 S. 843.

⁵⁵ Nach Ansicht des LG Berlin, GE 2011, 1086 sollen in Berlin Terrassenflächen auch nach Inkrafttreten der WoFIV zu 50% angerechnet werden.

⁵⁶ BR-Drucks. 568/1/03.

⁵⁷ dazu auch BGH, NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 23 mit Anm. Eisenschmid; dazu Wassermann, jurisPR-BGHZivilR 12/2009 Anm. 3; Eupen, GE 2009, 744; Lammel, jurisPR-MietR 14/2009 Anm. 1; Lehmann-Richter, MietRB 2009, 221.

dogmatisch fragwürdig, da es hier zu Doppelleffekten kommen kann.⁵⁸ Die gute Ausstattung oder Lage eines Balkons führt auf der einen Seite zur höheren Anrechnung der Fläche und auf der anderen Seite zu einer höheren ortsüblichen Vergleichsmiete.

5. Die Rechtslage nach der Föderalismusreform

Nach Übertragung der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit für den Bereich der Wohnraumförderung durch das „Gesetz zur Überleitung der sozialen Wohnraumförderung auf die Länder – Wohnraumförderungs-Überleitungsgesetz“ (WoFÜG)⁵⁹ im Rahmen der Föderalismusreform⁶⁰ wurden die Ermächtigungsgrundlage des § 19 Abs. 1 WoFG für den Erlass einer Wohnflächenverordnung auf Bundesebene konsequenterweise aufgehoben.⁶¹ Die Ermächtigung ist durch Art. 9 Nr. 3 des Föderalismusbegleitgesetzes ab dem 1. Januar 2007 auf die Landesregierungen übergegangen.⁶² Um jedoch für die Zeit bis zum Erlass entsprechender Landesverordnungen eine Berechnungsvorschrift zu haben, bestimmt Art 125a Abs. 1 GG, dass die Verordnung als Bundesrecht weiter gilt, aber durch Landesrecht ersetzt werden kann. Zwar haben inzwischen einige Bundesländer eigene Wohnraumförderungsgesetze erlassen⁶³, jedoch gibt es bisher keine Landesverordnungen zur Berechnung der Wohnfläche, auch wenn einige Landesgesetze ausdrücklich eine Ermächtigung hierfür enthalten.⁶⁴ Es gilt deshalb bundesweit die Wohnflächenverordnung vom 25. November 2003 weiter. Es wäre auch „unsinnig“⁶⁵, wenn einzelne Bundesländer den Begriff der Wohnfläche in der Zukunft unterschiedlich definieren würden.

IV. Die Wertermittlungsrichtlinie

⁵⁸ Börstinghaus, ZAP F. 4 S. 843.

⁵⁹ Art. 6 des Föderalismusreformbegleitgesetzes v. 5. 9. 2006, BGBl. I S. 2098, 2100.

⁶⁰ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes v. 28. 8. 2006 (BGBl. I 2034).

⁶¹ Nach § 2 Abs. 1 WoFÜG gelten die alten Bundesvorschriften mit der Preisbindung aber für Wohnungen, die mit Wohnungsfürsorgemitteln des Bundes und aus Sondervermögen gefördert wurden, weiter fort.

⁶² Föderalismusreformbegleitgesetzes v. 5. 9. 2006, BGBl. I S. 2098, 2100.

⁶³ Landeswohnraumförderungsgesetz (LWoFG BW): Gesetzblatt für Baden-Württemberg Nr. 20 v. 14. 12. 2007; Gesetz über die Wohnraumförderung in Schleswig-Holstein (SHWoFG): GVOBl für Schleswig-Holstein vom 14. 5. 2009; Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen in Bayern (Bayerisches Wohnungsbindungsgesetz – BayWoBindG: Gesetz v. 23. 7. 2007 - GVBl 2330-3-I; Gesetz zur Neuordnung der Wohnraumförderung in Niedersachsen (NWofG): Nds. GVBl. 2009, 403; Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen in der Freien und Hansestadt Hamburg (Hamburgisches Wohnungsbindungsgesetz – HmbWoBindG): Gesetz v. 19. 2. 2008 (HmbGVBl. S. 74, 81); Gesetz zur Umsetzung der Föderalismusreform im Wohnungswesen, zur Steigerung der Fördermöglichkeiten der NRW.BANK und zur Änderung anderer Gesetze: GV NRW 2009, 772; Bremische Gesetz zur Sicherung der Zweckbestimmung von Sozialwohnungen (Bremisches Wohnungsbindungsgesetz – BremWoBindG: Gesetz v. 18. 11. 2008 – Brem. GBl S. 392 – Sa BremR 233-b-9.

⁶⁴ Z.B. in NRW: § 8 Abs. 2 des „Gesetzes zur Umsetzung der Föderalismusreform im Wohnungswesen, zur Steigerung der Fördermöglichkeiten der NRW.BANK und zur Änderung anderer Gesetze“, GV NRW 2009, 771 – 794.

⁶⁵ Heix, WuM 2009, 706, 707.

Für die Bewertung von Grundstücken durch die Gutachterausschüsse gibt es die "Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (Immobilienwertermittlungsverordnung – ImmoWertV)" vom 19. Mai 2010⁶⁶, die am 1. Juli 2010 in Kraft getreten ist. Sie löste die bis dahin geltende Wertermittlungsverordnung aus dem Jahr 1988 ab.⁶⁷ Die ImmoWertV dient der Bestimmung von Verkehrswerten von Grundstücken. Anwender der Verordnung sind vor allem die Gutachterausschüsse für Grundstückswerte, aber eben auch Sachverständige für die Grundstückswertermittlung sowie Banken und Versicherungen. Die ImmoWertV wird ergänzt durch die „Richtlinien für die Ermittlung der Verkehrswerte (Marktwerte) von Grundstücken (Wertermittlungsrichtlinien)“.⁶⁸ In der Anlage 6 der Wertermittlungsrichtlinie sind auch Regelungen zur Ermittlung der Brutto-Grundfläche (BGF) nach DIN 277 enthalten. Um den Begriff der Wohnfläche geht es dabei aber nicht. Die Ausführungen beschränken sich auf die Anwendung der DIN 277. Für die Ermittlung der Wohnfläche eines Hauses ist die Richtlinie deshalb ebenso wenig geeignet wie die DIN 277.

VI. Die DIN-Normen

Das Deutsche Institut für Normung e.V. ist ein 1917 gegründeter⁶⁹ und als gemeinnützig anerkannter Verein mit Sitz in Berlin. Aufgrund eines Vertrages mit der Bundesrepublik Deutschland ist der Verein als nationale Normungsorganisation anerkannt.⁷⁰ Die Normen werden nach Beratung in den verschiedenen Ausschüssen erstellt und veröffentlicht. Für die Flächenberechnungen ist der Normenausschuss Bauwesen (NABau) zuständig.

1. Die DIN 283

Im März 1951 hat dieser Ausschuss erstmals die DIN 283 vorgelegt, die im Februar 1962 geändert wurde. Blatt 1 des Formblatts DIN 283 enthielt die Definitionen für wohnungswirtschaftliche Begriffe⁷¹ wie z.B. für abgeschlossene und nicht abgeschlossene Wohnungen, für die verschiedenen Arten von Räumen (Wohn- und Schlafräume bzw. -kammern) und Küchen (Wohn- und Kochküche). Ferner wurden die unterschiedlichen Ausstattungen der Wohnung beschrieben und definiert. Auf Blatt 2 erfolgten dann die

⁶⁶ BGBl. I S. 639.

⁶⁷ Vom 6. Dezember 1988 (BGBl. I S. 2209), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18. August 1997 (BGBl. I S. 2081).

⁶⁸ Bundesanzeiger Nr. 108a vom 10. Juni 2006 (Berichtigung vom 1. Juli 2006 BAnz. Nr. 121 S. 4798).

⁶⁹ Zunächst noch unter dem Namen: „Normenausschuss der deutschen Industrie (NADI)“; 1926 erfolgt die Umfirmierung in: „Deutscher Normenausschuss (DNA)“; 1975 wird der heutige Name eingeführt.

⁷⁰ Materialien zum Rechtsverhältnis zwischen Deutschland und DIN von RA Dr. Thomas Fuchs vom 23.8.2004 herunterladbar unter <http://delegibus.com/2004,7.pdf> (Stand 4.8.2011).

⁷¹ Abgedruckt bei Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB als Anlage 1.

Vorgaben für die Berechnung der Wohn- und Nutzflächen. Wohnfläche wurde definiert als die anrechenbare Grundfläche der Räume von Wohnungen (Ziff. 1.1). Erforderlich war also zunächst die Ermittlung der Grundfläche und zwar für jeden Raum einzeln und nur nach den Fertigmaßen (lichte Maße zwischen den Wänden). Die Norm enthält in den Ziffern 2.12 und 2.13 - wie die beiden Berechnungsverordnungen - Bestimmungen für die Ermittlung der Grundfläche von bestimmten Sonderflächen wie Schornsteinen und Türnischen. Schließlich folgt in Ziff. 2.2 die Regelung über die jeweilige Anrechnungsquote. Differenziert wird hier zunächst nach der Raumhöhe. Die Regelung unterscheidet sich nicht von den beiden Berechnungsverordnungen. Für Balkone, Hauslauben (Loggien) und gedeckte Freisitze ist wie in der I. BV nur eine Anrechnung zu einem Viertel vorgesehen. Nicht gedeckte Terrassen und Freisitze wurden gar nicht angerechnet. Einen Putzabzug gibt es ebenfalls nicht, da die Grundflächenermittlung nach den Bauplänen nicht vorgesehen war.

Der Normenausschuss Bauwesen hat im August 1983 diese DIN Norm zurückgezogen. Bekannt geworden ist dies durch ein an den Deutschen Mieterbund e.V. adressiertes Schreiben vom 21. November 1983, das 1984 im Aprilheft der Zeitschrift „Wohnungswirtschaft und Mietrecht“ eher unscheinbar als Anmerkung zum Urteil des LG München vom 2. November 1983⁷² veröffentlicht wurde. Aus dem Schreiben sind die Gründe ersichtlich:

„Es trifft zu, dass in den DIN-Mitteilungen vom Juni 1983 die beabsichtigte Zurückziehung von DIN 283 Teil 2 angekündigt worden ist, Einsprüche sollten bis zum 1. August 1983 vorgebracht werden. Nachdem beim Normenausschuss Bauwesen bis zu diesem Termin keine Einwendungen gegen die Zurückziehung eingegangen waren, wurde die Norm im August 1983 ersatzlos zurückgezogen. Als Grund für die Zurückziehung wurde angegeben, dass die Norm veraltet sei und dass eine Überarbeitung wegen der Verankerung in gesetzlichen Regelungen nicht möglich wäre. Es wurde darauf hingewiesen, dass für alle Wohnungen, die mit öffentlichen Mitteln gefördert wurden, die Anwendung der Verordnung über wohnungswirtschaftliche Berechnungen (II. Berechnungsverordnung) vom Februar 1975 verbindlich sei. Die Berechnung der Wohnflächen für solche Wohnungen ist nach dem Teil IV dieser Verordnung durchzuführen.

Der Wohnungsbau, der heute noch völlig frei finanziert wird, d. h. der weder öffentliche Mittel noch steuerliche Vergünstigungen in Anspruch nimmt, ist in seinem Umfang verschwindend gering. Für solche Wohnungen wie auch für bestehenden Altbau kann ebenfalls das Ermittlungsverfahren der II. BV vereinbart werden, das in seinem Wortlaut mit der DIN 283 Teil 2 fast identisch ist.

⁷² LG München, WuM 1983, 113.

Selbstverständlich bleibt es im privatrechtlichen Verhältnis den Vertragspartnern auch weiterhin freigestellt, für die Berechnung einer Wohnfläche die inzwischen zurückgezogene DIN 283 Teil 2 zugrunde zu legen.

Aus der Sicht des Normenausschusses Bauwesen sollte jedoch angestrebt werden, Grundflächen und Rauminhalte von Gebäuden unabhängig von ihrer Nutzungsart nach DIN 277 Teil 1 zu ermitteln. Diese Norm legt nur die Berechnungsverfahren für Grundflächen und Rauminhalte fest, ohne eine Bewertung der Flächen hinsichtlich ihres Nutzungs-, Miet- oder Verkaufswertes vorzunehmen. Nach Auffassung des Normenausschusses sollten solche Bewertungen nicht durch einen Normenausschuss, sondern in anderen Gremien für Wohnungen, z.B. durch den Gesetzgeber, aufgestellt werden.“

Die Begründung überrascht, weil sie im Zweifel schon damals nicht auf den richtigen empirischen Voraussetzungen beruhte. Der freifinanzierte Wohnungsbau war bereits 1983 im Verhältnis zum öffentlich geförderten Wohnungsbau nicht „verschwindend gering“. Die Zahlenverhältnisse sind heute genau andersherum und waren auch damals schon mindestens ausgeglichen. Richtig ist, dass für den preisgebundenen Wohnungsbau damals verbindliche Regelungen in der II. BV existierten und die Unterschiede zwischen den DIN 283 und der II. BV nicht so gravierend waren. Die Funktion der Regelungen war aber eine völlig andere. Während die II. BV das Verhältnis zwischen Bauherr/Vermieter und Fördergeber/öffentlicher Hand regelte und im Verhältnis Vermieter zum Mieter allenfalls mittelbare Bedeutung hatte, gab die DIN 283, die ja nicht den Charakter einer Rechtsvorschrift hatte, den sog. „Stand der Technik“ wieder.⁷³ Sie hatte deshalb über das Mietrecht hinaus vor allem auch im Werk- und Kaufvertragsrecht von Bedeutung, wenn es dort um Flächenermittlungen ging. Da sie nicht auf unterschiedliche Fördersysteme Rücksicht nehmen musste, enthielt sie die objektiveren und klareren Vorschriften.

Der Gesetzgeber hätte über die Ermächtigungsgrundlage in § 91 Abs. 2 lit. B 2. WoBauG die DIN 283 für anwendbar erklären können. Nach der Vorschrift wurde die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung Vorschriften über die Anwendung von Normen des Deutschen Normenausschusses zu erlassen. Hinsichtlich der DIN 283 hat die Bundesregierung hiervon keinen Gebrauch gemacht.⁷⁴ Da die Rücknahme der DIN 283 Teil 2 nach Ansicht des Verbraucherrates im DIN nur zur Verwirrung beigetragen hatte, hatte der Verbraucherrat im DIN einen Antrag auf Normung der Wohnfläche gestellt, der letztendlich den alten Zustand mit der DIN 283 wiederherstellen sollte. Dieser Antrag ist allerdings vom zuständigen Normenausschuss abgelehnt worden. Nur vermutet werden kann, dass dies

⁷³ Heix, Wohnflächenberechnung, S. 32.

⁷⁴ Heix, Wohnflächenberechnung, S. 32.

wegen der Mitarbeit an den gif-Richtlinien erfolgte auf die gleich noch einzugehen wird. Belegt ist das nicht.

Dessen ungeachtet können die Mietvertragsparteien aber die Anwendung der DIN 283 ausdrücklich oder konkludent vereinbaren, worauf der Normenausschuss selbst schon in seinem Schreiben vom 2. November 1983 hingewiesen hat. Das entspricht auch der Auffassung des *BGH*.⁷⁵

3. Die DIN 277

Die DIN 277, auf die der Normenausschuss in seinem Schreiben vom 2. November 1983 hingewiesen hat, ist wohl die älteste Norm zur Flächenberechnung. Sie wurde erstmals im August 1934 herausgegeben und zwar gemeinsam mit der DIN 276. Während die DIN 276 sich mit den Kosten von Hochbauten und damit zusammenhängenden Leistungen beschäftigte, enthielt die DIN 277 die Normen zur Berechnung des umbauten Raums von Hochbauten. Bereits im Januar 1936 wurde die DIN 277 aufgrund praktischer Bedürfnisse um Berechnungsgrundlagen für den „umbauten Raum von Bauteilen, deren Innenräumen von der Oberfläche des Geländes bis zur Dachfläche“ reichen, ergänzt.⁷⁶ Eine weitere Neufassung erfolgte im Jahre 1950 und wegen der technischen Entwicklung dann im Jahre 1973 eine völlige Neufassung. Dabei wurden erstmals auch Flächenberechnungsvorschriften mit aufgenommen. Die Norm heißt seither DIN 277 Teil 1 „Grundfläche und Rauminhalte von Hochbauten; Begriffe, Berechnungsgrundlagen“. Im März 1981 erschien die DIN 277 Teil 2 mit einigen Ergänzungen der Gliederung der Nettogrundrissfläche.⁷⁷ Schließlich wurden die DIN 277 Teil 1 und 2 im Jahr 1987 neu gefasst. Es wurden die Vorschriften zur Ermittlung der Größe von Grundstücken gestrichen, weil dies nicht zum Geltungsbereich der Vorschrift gehörte.⁷⁸ Eingeführt wurde dafür unter Ziff. 3.2.3 eine Höhenunterteilung, da die DIN 283 Teil 2 bereits im Jahre 1983 ersatzlos zurückgezogen worden war. Es wurde als zweckmäßig angesehen, hier zu differenzieren, weil der Nutzwert der Flächen mit niedrigerer Raumhöhe gemindert sei.⁷⁹ Soweit die DIN 283 noch eine Unterteilung in drei Kategorien vorgenommen hatte (unter 1 m, 1- 2 m und über 2 m), hat die DIN 277 diese Unterteilung jedoch vereinfacht

⁷⁵ BGH, NZM 2007, 595 = NJW 2007, 2624 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 18 mit Anm. Eisenschmid; dazu Monschau, MietRB 2007, 258.

⁷⁶ Winkler/Fröhlich, Hochbaukosten, S.9.

⁷⁷ Winkler/Fröhlich, Hochbaukosten, S.11.

⁷⁸ Winkler/Fröhlich, Hochbaukosten, S.11.

⁷⁹ Winkler/Fröhlich, Hochbaukosten, Kap. D1 zu 3.2.3.

und sich auf zwei Klassen beschränkt. Differenziert wird nur nach Flächen von 1,5 m und mehr sowie unter 1,5 m.

Die letzte Neufassung hat die DIN 277 im Jahre 2005 erfahren. Die Norm ist nun in drei Teile gegliedert. Die DIN 277-1 vom Februar 2005 enthält die Begriffe und Ermittlungsgrundlagen, die DIN 277-2, ebenfalls vom Februar 2005, beinhaltet eine Gliederung der Netto-Grundflächen nach Gruppen unterschiedlicher Nutzungsarten und die DIN 277-3 vom April 2005 schließlich enthält die Angaben zu Mengen und Bezugseinheiten.

Sowohl die geschichtliche Entwicklung wie auch der Inhalt der DIN 277 zeigen deutlich, dass dieses Regelwerk nicht auf die Ermittlung der Wohnfläche ausgerichtet ist. Dazu gab es die frühere DIN 283. Zwar wurde nach deren Rücknahme die DIN 277 etwas angepasst, aber das kann nicht dazu führen, dass die DIN 277 nunmehr zur Ermittlung der Wohnfläche herangezogen wird. Sie dient im Wesentlichen der Ermittlung der reinen Grundflächen, ohne dass eine Bewertung nach dem Nutzwert stattfindet.⁸⁰ Deutlich zeigt sich dies in der Tabelle 2 „Zuordnung von Grundflächen und Räumen zu den Nutzungsgruppen mit Beispielen“. Dort werden unter Ziff. 1.1 „Wohnräume Wohn- und Schlafräume in Wohnungen, Wohnheimen, Internaten, Beherbergungsstätten, Unterkünften, Wohndielen, Wohnküchen, Wohnbalkone, -loggien, -veranden; Terrassen“ völlig undifferenziert zusammengefasst, obwohl hier mietrechtlich ganz erhebliche Unterschiede zu beachten sind.⁸¹ Auch die Unterteilung der Netto-Grundfläche in Nutzfläche, Technische Funktionsfläche und Verkehrsfläche ist in der Wohnraummiete völlig unbrauchbar. Die Technische Funktionsfläche und die Verkehrsfläche spielen bei der Ermittlung der Wohnfläche keine Rolle. Für solche außerhalb der Wohnung liegenden Flächen zahlt der Mieter keine besondere Miete. Das zeigt sich vor allem bei Mieterhöhungen. Hier wird die ortsübliche Vergleichsmiete nur mit der Wohnfläche multipliziert. Die Kosten für solche Gemeinflächen sind in der Miete pro Quadratmeter Wohnfläche eingepreist. Auch bei Betriebskostenabrechnungen werden diese Flächen – zumindest in der Wohnraummiete – nicht berücksichtigt.

Die Norm gilt vor allem als Grundlage für die Berechnung der Grundflächen von Bauwerken unterschiedlicher Nutzung. Sie nimmt darüber hinaus eine Gliederung der Netto-Grundfläche in Nutzflächen sowie in Technische Funktions- und in Verkehrsflächen vor. Sie spielt im

⁸⁰ OLG Hamm, NJW-RR 1997, 1551; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB Rn. 9.

⁸¹ So auch Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB Rn. 9.

Rahmen der Flächenermittlung deshalb vor allem in der Gewerberaummiete eine Rolle.⁸² Auf die Ermittlung solcher Flächen ist sie zugeschnitten. Aber auch dort sollte wegen der starken Differenzierung in der DIN 277 sehr genau darauf geachtet werden, welcher der verschiedenen in der DIN 277 definierten Begriffe wirklich gemeint ist.⁸³ Auch die Anwendung der Begriffe kann im Einzelfall strittig sein.⁸⁴ Ob die DIN 277 in der Wohnraummiete wirksam vereinbart werden kann, ist strittig. Gegen eine individualvertragliche Vereinbarung bestehen dabei keine Bedenken.⁸⁵ Zweifelhaft ist die formularvertragliche Vereinbarung der DIN 277.⁸⁶ Es ist aber darauf zu achten, dass mittels DIN 277 ermittelte Flächen⁸⁷ nicht mit Flächen verglichen werden, deren Ermittlung anhand von Berechnungsvorschriften für die Wohnraummiete erfolgte. Hier würden ansonsten „Äpfel mit Birnen“ verglichen. Das gilt insbesondere für Flächenangaben im Mieterhöhungsverfahren.

VII. Die gif-Richtlinien

In der Geschäftsraummiete wird neben der DIN 277 häufig die MF-G *Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für gewerblichen Raum* der Gesellschaft für Immobilienwirtschaftliche Forschung e. V. (gif) in Wiesbaden zur Flächenbeschreibung und -ermittlung verwendet.⁸⁸ Die gif e.V. wurde 1993 von damals 27 Mitgliedern gegründet. Ziel war eine immobilienbezogene Aus- und Weiterbildung und vor allem auch Forschung. Inzwischen hat der Verein nach eigenen Angaben über 1200 Mitglieder aus allen Bereichen rund um die Immobilie. Dazu zählen Rechtsanwälte ebenso wie Steuerberater, Projektentwickler, Architekten, Ingenieure, aber auch Bewerter und Sachverständige. In den diversen Arbeitskreisen des Vereins werden Richtlinien und Empfehlungen erarbeitet. Deren Bedeutung resultiert aus dem Fachverstand der handelnden Personen und der breiten Akzeptanz der Regelungen bei den Marktteilnehmern und weniger aus der rechtlichen Verbindlichkeit der Regelwerke.

⁸² KG, ZMR 2010, 951 mit Anm. Blank, jurisPR-MietR 15/2010 Anm. 2; KG, GE 2006, 53.

⁸³ deshalb soll auch in der Gewerberaummiete der bloße Verweis auf die DIN 277 wegen der unterschiedlichen dort benutzten Begriffe nicht ausreichen: Fritz, Rn. 269.

⁸⁴ Z.B. die Frage, ob die Flächen unter den nicht tragenden Innenwänden zu berücksichtigen sind: OLG Düsseldorf, WE 1995, 373; KG, ZMR 2010, 951 oder ob die Kellerräumen mit zur Nutzfläche zählen: LG Hildesheim, MDR 2010, 316.

⁸⁵ Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556 BGB Rn. 11.

⁸⁶ Als möglich angesprochen von BGH NJW 2004, 2230; ausdrücklich aber LG Berlin GE 2012, 1318; AG Charlottenburg GE 2012, 1318; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556 BGB Rn. 12; Eisenschmid in: Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rn. 4027; Hinz, WuM 2008, 633, 641.

⁸⁷ das gilt auch für die MF/G und die MF/W.

⁸⁸ LG Hildesheim, DWW 2010, 104, 105.

Im Jahre 1996 veröffentlichte die gif e.V. zunächst die MF/B für Büroräume und ein Jahr später die MF/H für Handelsräume. Dort wurde der Begriff der Mietfläche für gewerbliche Räume definiert. Im November 2004 wurden diese beiden Regelwerke durch die einheitliche MF/G (Gewerbe) ersetzt. Die MF/G wurde in Abstimmung mit dem DIN Normenausschuss erstellt⁸⁹ und baut auf den Definitionen der DIN 277 auf. Die Richtlinie gliedert die Mietflächen in solche auf, die von einem Mieter ausschließlich (MF-G 1) oder gemeinschaftlich (MF-G 2) mit anderen Nutzern genutzt werden. Schließlich legt sie fest, welche Flächen keine Mietfläche (MF-0) sind. Im Herbst 2011 erfolgt eine moderate Novellierung der MF/G, die eine Anwendung auch auf Hotel-, Produktions- und Logistikflächen ermöglicht. Gewerbliche Flächen sollen damit einheitlich nach einem Standard ermittelt werden können.

Während die DIN 277 allein auf die Grundfläche (Brutto- und Nettofläche) abstellt und zwischen Nutz-, Verkehrs- und Funktionsfläche unterscheidet, differenzieren die MF/G noch weiter.⁹⁰ Ziel der gif-Richtlinien ist es, praktikable und vor allem klare Vorgaben für die anrechenbaren Flächen von vermietetem Gewerberaum zu haben und damit eine Bewertung der Mietflächen nach wirtschaftlichen Kriterien zu ermöglichen.⁹¹

Auf Wohnräume ist die MF/G nicht anzuwenden. Jedoch hat der gif e.V. im Mai 2012 eine Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für Wohnraum (MF/W) veröffentlicht, deren Entwurf bereits im März 2010 vorgestellt worden war. Bei der Erstellung der MF/G war die gif e.V. bei der Definition des Begriffes „Mietfläche“ noch relativ frei, da es hier keine gesetzlichen Vorgaben zu beachten galt, bei der MF/W ist dies mit dem Begriff der „Wohnfläche“ anders, da er gesetzlich an verschiedenen Stellen bereits definiert ist, z.B. in § 19 WoFG, § 2 Abs. 1 WoFIV. Deshalb wird in der neuen Richtlinie der „juristisch vorbelastete Begriff der Wohnfläche“⁹² vermieden. Stattdessen wird der Begriff der „Mietfläche“ verwendet, der wiederum unterteilt wird in „Wohnungsflächen“ und „Nebenflächen“. Die MF/W gibt dabei den separaten Ausweis aller zu einem Mietobjekt gehörenden Flächen vor und weist auch solche Flächen als Mietflächen, und zwar als Nebenflächen, aus, die nach den jeweiligen Landesbauordnungen gar nicht für Wohnzwecke zugelassen sind. Hierzu zählen auch solche Flächen, die üblicherweise bei der „Wohnfläche“

⁸⁹ Eisenschmid in: Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rn. 4016.

⁹⁰ Sternel, Mietrecht aktuell, VIII Rn. 118b.

⁹¹ LG Hildesheim, DWW 2010, 104, 105; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB Rn. 20.

⁹² So ausdrücklich Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für Wohnraum (MF/W) Seite 3 r.Sp..

nicht mitgezählt werden und für die auch keine konkret zuzuordnende Gegenleistung gezahlt wird. Die MF/W verfolgt damit jedoch nicht das Ziel, eine „Anrechnung auf die Wohnfläche“ vorzugeben.⁹³ Die preisliche Bewertung solcher Flächen wird ausdrücklich den Mietvertragsparteien überlassen. Insgesamt versucht die neue MF/W aber eine Vermischung von Berechnung und Bewertung zu vermeiden. Neu ist der Ansatz, auch Gemeinflächenanteile der Wohnungsfläche zuzurechnen, also z.B. von gemeinschaftlich genutzten Räumen im Bereich des altersgerechten Wohnens. Schließlich enthält die Richtlinie ein Modell zur Umrechnung von Wohnungsfläche nach MF/W auf Wohnfläche nach der WoFIV.

VIII. Die Wohnflächen- und Mietwertrichtlinie (WMR)

Einen völlig anderen Ansatz verfolgt die Wohnflächen- und Mietwertrichtlinie (WMR). Das Wertermittlungsforum der Dr. Sprengnetter GmbH hat im Jahr 2007 eine Wohnflächen- und Mietwertrichtlinie (WMR) inklusive einer kurzen Kommentierung veröffentlicht.⁹⁴ Es handelt sich dabei wie bei der MF/G und MF/W nicht um eine staatliche Verordnung oder ein mit staatlicher Autorität von einem Beliehenen herausgegebenes Regelwerk, sondern schlicht um einen privaten Vorschlag, der auf dem besonderen Sachverstand und der Erfahrung des Herausgebers, einem im Bereich der Miet- und Immobilienbewertung tätigen Sachverständigen, beruht.⁹⁵ Die Parteien können ihre Geltung auch in der Wohnraummiete vereinbaren. Es dürfte aber bisher weder eine Ortsüblichkeit dieses kaum bekannten Regelwerkes anzunehmen sein, noch ist das Regelwerk nach der Rechtsprechung des *BGH* im preisfreien Wohnungsbau bei fehlender Vereinbarung anzuwenden.⁹⁶

Die insgesamt zehn Paragraphen umfassende Richtlinie definiert in § 2 WMR zunächst den Begriff der Wohnfläche. Danach ist die Wohnfläche nach den Vorschriften der WoFIV zu ermitteln. Sie besteht nach § 2 Satz 2 WMR aus „der Summe aller nach den Vorschriften der Wohnflächenverordnung zur Wohnung gehörenden anrechenbaren Grundflächen.“ Die Verordnung beruht dann aber auf einer zweistufigen Vorgehensweise.⁹⁷ Nach der reinen Feststellung der Wohnfläche wird der „Vergleichsmietwert“ anhand eines Korrekturfaktors an

⁹³ So ausdrücklich Richtlinie zur Berechnung der Mietfläche für Wohnraum (MF/W) Seite 3 r.Sp..

⁹⁴ WF-Wohnflächen- und Mietwertrichtlinie (WMR) – Stand 18. Juli 2007, Verlag WertermittlungsForum, Sinzig, 2007.

⁹⁵ Dr. Sprengnetter hatte bereits 1985 eine „Methodik der wohnwertunabhängigen bzw. wertermittlungsrelevanten Wohnflächenberechnung“ herausgegeben. Darauf baut die WMR nach eigenen Angaben auf.

⁹⁶ Zur WMR: Gante, WuM 2008, 525.

⁹⁷ Gante, WuM 2008, 525, 529.

die besonderen Eigenschaften der Wohnung angepasst. Damit zeigt sich die wahre Bedeutung der Vorschrift. Es geht weniger um die Ermittlung der Wohnfläche als um die Ermittlung des Wohnwertes. Deshalb bestimmt § 10 WMR letztendlich, dass bei der „Bewertung von bebauten Grundstücken [...] direkt mit einer wohnwertabhängigen Wohnfläche gerechnet werden“ kann. Hierzu soll gem. § 5 WMR ein „Korrekturfaktor für Grundflächenbesonderheiten“ ermittelt werden. Zu den Grundflächenbesonderheiten zählen z.B. gem. § 8 WMR Grundflächen unter Dachschrägen, solche von Balkonen und Terrassen o.ä., von Durchgangsräumen und gefangenen Räumen und solche von Räumen mit „unwirtschaftlichen Grundrissen“. Aus einer Anlage zu § 9 der WMR können dann für verschiedene Grundflächenbesonderheiten Wohnwertfaktoren entnommen werden. So soll z.B. der Wohnwert für Räume mit einer lichten Raumhöhe von 2 m bis 2,20 m 0,8 bis 0,9 betragen. Erst bei Raumhöhen von 2,30 m bis 2,70 m soll die Grundfläche zu 100% angerechnet werden, bei größeren Raumhöhen soll der Wohnwert wieder sinken. Ähnlich werden die Wohnwerte für Terrassen und Balkone von 0,1 bis 0,5 je nach Qualität bewertet. Durchgangsräume sollen nur mit dem Faktor 0,7 und übergroße Räume mit einem Faktor von 0,8 des „übergroßen Anteils“ angerechnet werden. In der der Richtlinie beigefügten Kommentierung werden auf ca. 50 Seiten anhand verschiedener Wohnungsgrundrisse die darauf anzuwendenden Korrekturfaktoren dargestellt.⁹⁸

Die WMR mag für die Bewertung von Gebäuden eine gewisse Berechtigung haben. Für die Flächenermittlung im Mietrecht ist sie sowohl für die Ermittlung der Beschaffenheit wie auch der maßgeblichen Fläche für eine Mieterhöhung oder die Erstellung der Betriebskostenabrechnung völlig ungeeignet. Es wird die Berechnung mit der Bewertung vermischt. Die Bewertung der Flächen ist eine Frage der Miethöhe. Dabei sind natürlich Besonderheiten als Zu- und Abschläge zur maßgeblichen Vergleichsmiete zu berücksichtigen. Deshalb aber die maßgebliche Wohnfläche „umzubasieren“, ist der falsche Weg. Für die Frage, ob eine Wohnung mangelhaft wegen einer vermeintlichen Flächenabweichung ist, muss auf die objektive Größe abgestellt werden. Eine Bewertung der Flächen würde hier nur zu weiteren, dem Willen der Parteien auch kaum entsprechenden, Verzerrungen führen. Auch die Verteilung der Betriebskosten hat nach den reinen Wohnflächenanteilen zu erfolgen. Ob der „Wert“ eines Quadratmeters wertvoller oder weniger wertvoll ist, ist dabei völlig unerheblich.

⁹⁸ Siehe auch die ähnlichen Berechnungen von Gante, WuM 2008, 525, 529 ff.

IX. Der Entwurf für ein 2. Mietrechtsmodernisierungsgesetz

Mitte April 2016 wurde der interne Entwurf eines 2. Mietrechtsmodernisierungsgesetzes bekannt, mit dem das BMJV die restlichen Vereinbarungen aus dem Koalitionsvertrag umsetzen will.⁹⁹ Im Koalitionsvertrag heißt es:

„Wir werden für alle Rechtsgebiete klarstellen, dass nur die tatsächliche Wohn- bzw. Nutzfläche Grundlage für Rechtsansprüche z. B. für die Höhe der Miete, für Mieterhöhungen sowie für die umlagefähigen Heiz- und Betriebskosten sein kann.“

Nun ist dieser Koalitionsvertrag lange vor der Rückwärtsrolle des VIII. Senat¹⁰⁰ geschlossen worden. Nach meiner Einschätzung ist deshalb die Geschäftsgrundlage für diesen Teil des Vertrages entfallen. Die vorgeschlagenen Regelungen sind sprachlich sehr lang geraten, ohne eigentlich irgendetwas und wenn dann nur sehr marginal etwas zu ändern. Die Regelung befindet sich an verschiedenen Stellen. Zentrale Vorschrift ist „§ 554 Berechnung der Wohnfläche:

(1) Die Vertragsparteien können vorbehaltlich anderer Rechtsvorschriften vereinbaren, dass die Wohnfläche zu berechnen ist nach

- 1. den in Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder 2 genannten Verfahren oder*
- 2. anerkannten Regeln der Technik zur Berechnung von Wohnflächen.*

(2) Wenn die Vertragsparteien keine Berechnung der Wohnfläche nach Absatz 1 vereinbart haben, gelten für die Berechnung folgende Vorschriften:

- 1. für bis zum 31. Dezember 2003 bezugsfertige Gebäude: die §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Oktober 1990 (BGBl. I S. 2178) in der am 29. August 1990 geltenden Fassung, vom 25. November 2003 (BGBl. I S. 2346) in der am 1. Januar 2004 geltenden Fassung.*

Bei der Berechnung nach Satz 1 Nummer 1 oder 2 sind die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und Terrassen jeweils zu einem Viertel anzurechnen.

(3) Eine zum Nachteil des Mieters von Absatz 1 abweichende Vereinbarung ist unwirksam.“

Bei den einzelnen Rechtsfragen werden dann jeweils noch weitere Spezialregelungen eingefügt:

Für die Betriebskosten in § 556a BGB wird ein neuer Absatz 1a eingeführt:

⁹⁹ Siehe hierzu den Vortrag von heute Vormittag von Frau MinRat (???) Barbara Leier zum Stand der Vorbereitungen bei der Umsetzung der 2. Tranche.

¹⁰⁰ BGH NZM 2016, 42 = WuM 2016, 34 = NJW 2016, 239 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 36 m. Anm. Börstinghaus;

„(1a) Bei der Umlage von Betriebskosten nach dem Anteil der Wohnfläche sind die Flächen einheitlich nach den in § 554 Absatz 2 genannten Verfahren zu berechnen. Liegt dem Vermieter eine einheitliche Berechnung der Flächen nach anerkannten Regeln der Technik zur Berechnung von Wohnflächen nach § 554 Absatz 1 Nummer 2 vor, kann er die Betriebskosten entsprechend dieser Berechnung der Flächen nach § 554 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder 2 die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und Terrassen abweichend von der Vorgabe in § 554 Absatz 2 Satz 2 angerechnet werden.“

Für die Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete wird § 558 Abs. 1 BGB um folgenden Satz ergänzt:

„Die zulässige Mieterhöhung richtet sich nach der Wohnfläche, die sich bei einer Berechnung nach § 554 Absatz 1 und 2 ergibt.“

Bei der Modernisierungsmieterhöhung werden in § 559 Abs. 3 BGB folgende Sätze angefügt:

„Soweit die Aufteilung nach dem Anteil der Wohnfläche erfolgt, sind die Flächen einheitlich nach den in § 554 Absatz 2 genannten Verfahren zu berechnen. Liegt dem Vermieter eine einheitliche Berechnung der Flächen nach anerkannten Regeln der Technik zur Berechnung von Wohnflächen nach § 554 Absatz 1 Nummer 2 vor, kann er die Kosten entsprechend dieser Berechnung aufteilen. Satz 2 gilt entsprechend, wenn bei einer einheitlichen Berechnung der Flächen nach § 554 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder 2 die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und Terrassen abweichend von der Vorgabe in § 554 Absatz 2 Satz 2 angerechnet wurden.“

Dafür wird bei der Gewährleistung die bisherige Rechtsprechung des BGH zur 10% Abweichung gesetzlich festgeschrieben. Dazu werden § 536 Absatz 1 werden die folgenden Sätze angefügt:

„Besteht der Mangel der Mietsache in einer Unterschreitung der vereinbarten Fläche, kommt eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit nur in Betracht, wenn die Abweichung der tatsächlichen von der vereinbarten Fläche höchstens 10 Prozent beträgt. Bei einer Abweichung von höchstens 10 Prozent trägt der Mieter die Beweislast für Umstände, die eine erhebliche Minderung der Tauglichkeit begründen.“

Letzteres ist eigentlich überflüssig und meines Erachtens auch kontraproduktiv, weil hierdurch zukünftige Entwicklungen und Rechtsprechungsänderungen verhindert werden. Im Gewährleistungsrecht ist die Art der Berechnung völlig unerheblich, da hier nur individuell für die konkreten Flächen festgestellt werden muss, ob das, was versprochen wurde (Soll-Beschaffenheit), auch geliefert worden ist (Ist-Beschaffenheit). Insofern können die Parteien vereinbaren, was sie wollen, also auch abwegige Maßeinheiten.

Hinsichtlich der Regelungen über die Betriebskosten und die Modernisierungsmieterhöhung sind die Regelungen zumindest nicht falsch. Hier kommt es auf eine Dreisatzrechnung also die Ermittlung des Verhältnisses der Wohnfläche der konkreten Vertragswohnung zur

Gesamtwohnfläche des Hauses an. Hier kommt es nur darauf an, dass die Fläche im ganzen Haus nach einheitlichen Regeln berechnet wird. Welche das sind ist dabei völlig egal.

Falsch ist der Vorschlag m.E. aber bei § 558 Abs. 1 BGB. Jetzt hat der BGH¹⁰¹ endlich eingesehen, dass für den nach § 558 BGB „vorzunehmenden Abgleich der begehrten Mieterhöhung mit der ortsüblichen Vergleichsmiete ... allein die tatsächliche Größe der vermieteten Wohnung“ maßgeblich ist. Allein der objektive Wohnwert ist entscheidend. Wie der Senat richtig weiter festgestellt hat wird auch die ortsübliche Vergleichsmiete allein nach objektiven Maßstäben ... gebildet. Auf beiden Seiten des Vergleichs sei „danach objektiv anzuknüpfen.“ Für eine Mieterhöhung nach § 558 BGB komme es deshalb „nicht auf fiktive Verhältnisse, sondern auf die für die tatsächliche Wohnungsgröße maßgebliche Miete an, weil nach dem gesetzgeberischen Regelungskonzept dieser Bestimmung, die es dem Vermieter ermöglichen soll, im Rahmen des Vergleichsmietensystems eine angemessene, am örtlichen Markt orientierte Miete zu erzielen, allein die (tatsächlichen) Gegebenheiten den Maßstab für die Berechtigung einer Mieterhöhung bilden.“ Das bedeutet, die Flächen der Vertragswohnung und der vergleichbaren Wohnungen müssen im Mieterhöhungsverfahren nach denselben Regeln ermittelt werden, sonst hat man über die Wahl der Berechnungsvorschrift zumindest teilweise wieder genau das, was man abschaffen wollte, nämlich die Vereinbarung von Wohnflächen. Es ist also löblich seitens des Gesetzgebers, verbindliche Regeln zur Flächenermittlung festzuschreiben, welche ist dabei im Grunde gleichgültig. Sinnvollerweise sollte das ein Regelwerk sein, dass schon heute weit verbreitet und anerkannt ist, nämlich die WohnflächenVO. Falsch ist es aber m.E., dies nur subsidiär zu tun.

Bedeutung hätte die Verwendung unterschiedlicher Flächenberechnungsvorschriften zunächst bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete z. B. in einem Mietspiegel. Folgendes Beispiel¹⁰² soll das verdeutlichen: Für eine 100 m² große Wohnung mit einem 15 m² großen Balkon werden 1000 Euro Miete gezahlt. Rechnet man den Balkon mit 50% an, kommt man auf eine Miete von 9,30 Euro/m², bei der Anrechnung von nur 25% kommt man – schon – auf 9,63 Euro/m². Das sind Unterschiede, über die im Mieterhöhungsverfahren gern und ausgiebig gestritten wird! Werden bei der Datenerhebung die 9,63 Euro/m² erfasst,

¹⁰¹ BGH NZM 2016, 42 = WuM 2016, 34 = NJW 2016, 239 = MietPrax-AK, § 558 BGB Nr. 36 m. Anm. Börstinghaus;

¹⁰² Entnommen der Herausgebernotiz des Verf. „1 + 1 = 2 (es sei denn, die Parteien hätten etwas anderes vereinbart)“ abgedruckt in NZM 2016, Heft 6 S. V.

kann dies bei der konkreten Wohnung, selbst wenn man dort den Balkon mit 25% anrechnet, zu einer ca. 34,24 Euro höheren Monatsmiete führen.

Warum der Gesetzgeber hier einer Privatautonomie das Wort redet, erschließt sich mir nicht. Bei Mietspiegeln soll jetzt alles haarklein geregelt werden, obwohl hier m.E. den Besonderheiten des lokalen Einzelfalls und dem Sachverstand der beteiligten Personen m.E. eine viel größere Freiheit eingeräumt werden sollte. Jetzt kommt natürlich der Einwand, dass man dann ja bei jeder Datenerhebung die Wohnung neu vermessen müsste. Natürlich nicht. Über durchaus großzügige Übergangsvorschriften könnte man das Problem entschärfen. Nach und nach würden dann einheitliche Vorschriften zur Anwendung kommen und die Vergleichbarkeit hergestellt.

X. Die maßgebliche Wohnfläche

Ausgangspunkt jeder Flächenberechnung ist die Grundfläche. § 19 Satz 1 WoFIV definiert die Wohnfläche als die Summe der anrechenbaren Grundflächen. Ähnlich stand es schon in der bis zum 31.12.2003 gültigen Fassung des § 42 Abs. 1 II. BV. Danach ist die „Wohnfläche einer Wohnung die Summe der anrechenbaren Grundflächen der Räume, die ausschließlich zu der Wohnung gehören.“ § 2 Abs. 1 WoFIV definiert die Wohnfläche ganz ähnlich, nämlich: „Die Wohnfläche einer Wohnung umfasst die Grundfläche der Räume, die ausschließlich zu dieser Wohnung gehören.“ Außerhalb der Wohnung liegende Dielen und Flure¹⁰³ bleiben deshalb unberücksichtigt,¹⁰⁴ selbst wenn der Mieter dort Schuhe abstellt. Die Frage der Anrechnung wird in der WoFIV dann in § 4 WoFIV geregelt. Die DIN 283 Blatt 2 definiert unter Punkt 1.1 Wohnfläche als anrechenbare Grundfläche der Räume von Wohnungen. Unabhängig davon, welches Regelwerk man also heranzieht, zunächst muss die Grundfläche ermittelt werden.¹⁰⁵ Dabei ist nur die Fläche zu berücksichtigen, die der Vermieter dem Mieter auch zur Verfügung gestellt hat. Flächen, die der Mieter selbst erstellt hat, bleiben unberücksichtigt.¹⁰⁶

¹⁰³ A.A. AG Bonn Urt. v. 18.4.2012 – 203 C 55/11 wenn der Flur in „unüblichem Umfang zum Wohnzwecken genutzt wird“

¹⁰⁴ AG Hamburg-Altona, ZMR 2011, 556.

¹⁰⁵ Umfassend zur Wohnflächenberechnung nach den verschiedenen Berechnungsvorschriften: Heix, Wohnflächenberechnung, 3. Aufl.; Winkler/Fröhlich, Hochbaukosten Flächen Rauminhalte, 10. Aufl.; Gottschalk, Immobilienwertermittlung, S. 185 ff; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Anhang zu § 556a BGB; Eisenschmid in: Eisenschmid/Wall, Betriebskostenkommentar, 3. Aufl., Rn. 4000 ff.; Dröge, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn- und Gewerberaum, 3. Aufl., S.17 ff.

¹⁰⁶ AG Schönberg, MM 2007, 335 (für Galerieausbau durch Mieter).

1. Die unterschiedliche Art der Ermittlung der Grundfläche

a) Grundflächenberechnung nach der II. Berechnungsverordnung

Soweit die Wohnfläche nach der II. BV zu berechnen ist, bestimmte § 43 II. BV a.F., wie die Grundfläche zu ermitteln ist. Zulässig ist dabei alternativ die Ermittlung aus den Fertigmaßen oder den Rohbaumaßen. Welches Verfahren gewählt wird, kann gem. § 45 Abs. 2 II. BV allein der Vermieter (Bauherr) bestimmen. Unter Fertigmaßen sind dabei die lichten Maße zwischen den Wänden ohne Berücksichtigung von Wandgliederungen, Wandbekleidungen, Scheuerleisten, Öfen, Heizkörpern, Herden und dergleichen zu verstehen (§ 43 Abs. 2 II. BV). Wenn der Vermieter die Rohbaumaße verwendet, sind hiervon 3% für den später noch aufzubringenden Putz abzuziehen. In den weiteren Absätzen des § 43 II. BV wird dann bestimmt, welche Flächen noch hinzuzurechnen und welche abzuziehen sind. So bleiben beispielsweise die Flächen von Treppenpodesten unberücksichtigt.¹⁰⁷

b) Grundflächenberechnung nach der Wohnflächenverordnung

Nach § 2 WoFIV ist die Wohnfläche aus den Grundflächen aller Räume, die ausschließlich zur Wohnung gehören, zu bilden. Außerhalb der Wohnung liegende Räume wie z.B. eine Diele, von der aus mehrere Wohnungen erreicht werden können, bleiben unberücksichtigt.¹⁰⁸ Die Ermittlung der Grundfläche ist in § 3 WoFIV geregelt. Sie lehnt sich an die Vorgängervorschrift des § 43 II. BV an, jedoch ist die Unterscheidung zwischen Rohbau- und Fertigmaßen ebenso entfallen wie der dreiprozentige „Putzabzug“. Nach § 3 Abs. 4 WoFIV sind zwei Verfahren zur Grundflächenermittlung zulässig, nämlich das Ausmessen des tatsächlichen Zustands oder die Ermittlung anhand der Bauzeichnungen. Wird die Wohnfläche nach den Vorschriften der Wohnflächenverordnung ermittelt, muss immer von der Vorderkante der Bekleidung ausgemessen werden; Putz oder andere Wandbekleidungen gelten immer als Bestandteile der Bauteile. In Erweiterung des Katalogs des § 43 Abs. 4 und 5 II. BV werden in § 3 Abs. 2 WoFIV beispielhaft bestimmte Grundflächen innerhalb einer Wohnung¹⁰⁹ aufgezählt, deren Zugehörigkeit zur Grundfläche eines Raumes zweifelhaft sein könnten. Umgekehrt enthält Abs. 3 eine Aufzählung der Flächen¹¹⁰, die nicht zur Grundfläche

¹⁰⁷ LG Frankfurt/a.M., NZM 2009, 397 unter Hinweis auf Heix, Wohnflächenberechnung, S. 172.

¹⁰⁸ AG Hamburg-Altona, ZMR 2011, 556.

¹⁰⁹ Tür- und Fensterbekleidungen sowie Tür- und Fensterumrahmungen, Fuß-, Sockel- und Schrammleisten, fest eingebauten Gegenständen, wie z. B. Öfen, Heiz- und Klimageräten, Herden, Bade- oder Duschwannen, freiliegenden Installationen, Einbaumöbeln und nicht ortsgebundenen, versetzbaren Raumteilern.

¹¹⁰ Schornsteinen, Vormauerungen, Bekleidungen, freistehenden Pfeilern und Säulen, wenn sie eine Höhe von mehr als 1,50 Meter aufweisen und ihre Grundfläche mehr als 0,1 Quadratmeter beträgt, Treppen mit über drei Steigungen und deren Treppenabsätze, Türnischen und Fenster- und offenen Wandnischen, die nicht bis zum Fußboden herunterreichen oder bis zum Fußboden herunterreichen und 0,13 Meter oder weniger tief sind.

gehören. Neu ist hier die Regelung, dass Vormauerungen o.ä. nur dann nicht miteinzubeziehen sind, wenn sie höher als 1,50 m sind. Damit werden vor allem die Unterputzspülkästen in Badezimmern erfasst, die in der Regel eine Vormauerung erfordern. Hier kommt es auf die konkreten Maße an, ob es sich um Grundfläche handelt oder nicht.

c) Grundflächenberechnung nach der DIN 283

Soweit die Wohnfläche nach der DIN 283 zu ermitteln ist, ergeben sich die maßgeblichen Regelungen aus deren Blatt 2. Danach sind die Grundflächen von Wohnräumen aus den Fertigmaßen, die als lichte Maße zwischen den Wänden definiert werden, zu ermitteln und zwar in der Regel für jeden Raum einzeln. Zugelassen ist aber auch eine Wohnflächenberechnung aus der Bauzeichnung. In diesem Fall sind die aus den Rohbaumaßen errechneten Grundflächen um 3% zu verkleinern. Anders als bei § 43 Abs. 3 II. BV gilt dies aber nicht generell, sondern nur bei verputzten Wänden. Es folgt dann eine Aufzählung von Flächen die einzubeziehen sind oder nicht einzubeziehen sind.

2. Die anzurechnende Fläche

Alle Vorschriften verlangen dann in einem zweiten Schritt die Beurteilung der Frage, wie die ermittelten Grundflächen anzurechnen sind. Die Grundfläche von Räumen mit einer Raumhöhe über zwei Meter wird dabei immer voll angerechnet, Räume mit einer Raumhöhe unter einem Meter werden gar nicht angerechnet und für Raumhöhen dazwischen gilt eine Anrechnung zur Hälfte.

a) Der Balkon

Strittig ist im Einzelfall immer wieder die Anrechnung der Freiflächen. Hier hat sich die Rechtslage in den letzten Jahren mehrfach geändert. Heute gelten drei verschiedene Anrechnungssätze:

- Nach DIN 283 werden die Grundflächen von Loggien, Balkonen und gedeckten Freisitzen einheitlich mit 25% angerechnet.
 - Nach § 44 Abs. 2 II. BV findet eine Anrechnung der Grundfläche von Balkonen, Loggien, Dachgärten oder gedeckten Freisitzen „bis zur Hälfte“ statt.
 - § 4 WoFIV sieht für die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und Terrassen eine Anrechnung in der Regel zu einem Viertel, höchstens jedoch der Hälfte vor.
-

Der Entwurf für ein 2. Mietrechtsmodernisierungsgesetz schreibt in § 554 Abs. 2 BGB-E aber vor, dass die Anrechnung von Balkonen mit 25% unabhängig von der angewandten Berechnungsvorschrift zu erfolgen hat. Dies gilt unabhängig davon, ob die Parteien ein Regelwerk vereinbart haben oder ob dies gem. § 554 Abs. 2 BGB-E mangels Vereinbarung gilt.

Bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes kommt deshalb bei der Ermittlung der Wohnfläche solcher Freiflächen der Entscheidung, was die maßgebliche Berechnungsvorschrift ist, eine entscheidende Bedeutung zu.¹¹¹ Im preisgebundenen Wohnungsbau ergibt sich dies aus der Überleitungsvorschriften in § 42 II. BV n.F.. Im preisfreien Wohnungsbau ist die Parteivereinbarung vorrangig¹¹², dann die Ortsüblichkeit¹¹³ und nur, wenn hierzu keine Feststellungen getroffen werden können, ist bei Verträgen, die bis zum 31.12.2003 geschlossen wurden die II. BV anwendbar und für danach abgeschlossene Verträge die WoFIV.

Es stellt sich die Frage, mit welcher Quote genau die Anrechnung solcher Freiflächen im preisfreien Wohnungsbau zu erfolgen hat, wenn sich die Berechnung nach den Vorschriften der II. BV richtet. Der Wortlaut der Vorschrift gibt keine feste Quote vor. Er gibt nur die obere Grenze, nämlich 50% vor. Dies erklärt sich historisch. Es gab früher in der Bundesrepublik zwei Fördersysteme, nämlich den steuerbegünstigten und den öffentlich geförderten Wohnungsbau. Beide Systeme hatten unterschiedliche Vorgaben hinsichtlich der Wohnungsgröße. Um hier in Grenzfällen den Bauherrn eine gewisse „Stellschraube“ an die Hand geben zu können, wurde ihm ein Wahlrecht eingeräumt. Im Verhältnis zum Mieter hatte dies eigentlich keine Bedeutung, da die §§ 42 bis 44 II. BV nur im Verhältnis Bauherr Fördergeber gelten und nicht im Verhältnis zum Mieter. Mit der Zeit hat sich diese Regelung aber „verselbständigt“ und in immer mehr Urteilen wurde die Anrechnungsquote nach der Qualität und Lage der Freifläche berechnet.¹¹⁴ Das entsprach nicht dem historischen Willen

¹¹¹ Isenmann, DWW 1994, 178.

¹¹² Nach AG Bergisch-Gladbach ZMR 2015, 381 verstößt die Vereinbarung in einem Formularmietvertrag, dass der Balkon mit 50% seiner Fläche bei der Wohnfläche berücksichtigt wird, ohne den gleichzeitigen Hinweis, dass nach der Wohnflächenberechnungsverordnung grundsätzlich die Balkonfläche nur mit einem Viertel in Ansatz zu bringen ist, nicht gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 BGB. Denn es kommt nur darauf an, dass die Verpflichtung des Mieters aus der Regelung klar und deutlich wird. Das ist mit der Erklärung des Ansatzes von 50% der Balkonfläche der Fall.

¹¹³ Nach LG Hamburg ZMR 2013, 284, 285 und AG Hamburg Urt. v. 20.8.2014 – 49 C 174/13 gab es in Hamburg keine Ortssitte, dass die Flächen von Balkonen entsprechend DIN 283 immer mit 25% anzurechnen waren.

¹¹⁴ Beispielhaft: BayObLG, RE v. 20.7.1983, WuM 1983, 254; LG Hamburg, WuM 1996, 278; AG Neukölln, GE 1997, 749, AG Hannover WuM 1996, 282; AG Krefeld, DWW 1992, 243.

des Gesetzgebers und führte eher zu großer Rechtsunsicherheit. Die Bewertung der Fläche ist nämlich keine Frage der Flächenermittlung, sondern der Miethöhe, auch wenn dies im preisgebundenen Wohnungsbau eine geringere Bedeutung hat als bei der Ermittlung der ortsüblichen Vergleichsmiete. Aufgrund der historischen Auslegung und dem Sinn und Zweck der Regelung ist § 44 Abs. 2 II. BV dahingehend auszulegen, dass allein dem Vermieter das Wahlrecht zusteht, mit welcher Quote er diese Freiflächen angerechnet wissen will.

Es fragt sich, ob diese Auslegung auch für die Wohnflächenermittlung im preisfreien Wohnungsbau gilt. Die Gründe für die flexible Anrechnung der Freiflächen im preisgebundenen Wohnungsbau spielen im preisfreien Wohnungsbau keine Rolle.¹¹⁵ Auf der anderen Seite soll im preisfreien Wohnungsbau die Fläche auch nach den Vorschriften für den preisgebundenen Wohnungsbau mangels anderer Regelungen ermittelt werden können. Hierbei nochmals zu differenzieren zwischen Vorschriften, die uneingeschränkt angewandt werden, und solchen, die zu modifizieren sind, widerspricht der mit der Anwendung der Vorschriften des preisgebundenen Wohnungsbaus auf preisfreie Wohnungen beabsichtigten Rechtssicherheit und Praktikabilität. Würde man im preisfreien Wohnungsbau auf die Ausstattung und Lage des Balkons oder ähnlicher Freiflächen abstellen, würde eine noch größere Unsicherheit entstehen. Hinzu kommt, dass im preisfreien Wohnungsbau sehr viel besser über die Höhe der ortsüblichen Vergleichsmiete auf besondere Vor- und Nachteile reagiert werden kann. Der *BGH*¹¹⁶ hat deshalb auch dem Vermieter im preisfreien Wohnungsbau das einseitige Bestimmungsrecht hinsichtlich der Anrechnungsquote zugebilligt und ihn insofern mit dem Vermieter im preisgebundenen Wohnungsbau gleichgestellt. Das ist konsequent und richtig.¹¹⁷

Das gilt aber nicht für Mietverträge, die nach dem 31. Dezember 2003 abgeschlossen wurden. Hier gilt § 4 WoFIV. Dieser sieht eine Regelanrechnung von 25% vor. Soweit zusätzlich noch eine Obergrenze von bis zu 50% eingeführt wurde, ist dies im Gesetzgebungsverfahren auf Wunsch einiger Bundesländer geschehen, um auf Ausnahmefälle reagieren zu können. Anders als unter Geltung des § 44 Abs. 2 II. BV hat nunmehr auch der Vermieter im preisgebundenen Wohnungsbau kein Wahlrecht mehr. Die Anrechnung ergibt sich aus der

¹¹⁵ Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB Rn. 18.

¹¹⁶ BGH, NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 23 mit Anm. Eisenschmid; dazu Wassermann, jurisPR-BGHZivilR 12/2009 Anm. 3; Eupen, GE 2009, 744; Lammel, jurisPR-MietR 14/2009 Anm. 1; Lehmann-Richter, MietRB 2009, 221.

¹¹⁷ Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB Rn. 18; a.A. OLG Frankfurt, AG 2011, 462.

Förderzusage gem. § 13 WoFG.¹¹⁸ Das bedeutet dann aber auch, dass für Mietverträge im preisfreien Wohnungsbau, die ab 1. Januar 2004 abgeschlossen wurden, zwingend eine Anrechnung der Freiflächen mit 25% zu erfolgen hat. Das entspricht der Rechtslage vor Inkrafttreten der II. BV und bei Anwendung der DIN 283. Die Quote berücksichtigt, dass Freiflächen wie Balkone o.ä. zum einen nur ungefähr die Hälfte des Jahres genutzt werden können und dass zum anderen der Nutzwert auch nicht so hoch ist wie bei Wohnräumen. Sie werden nur wenige Stunden am Tag genutzt. Deshalb ist die einheitliche Anrechnung mit 25% sachgerecht.

b) Freisitze und Terrassen

Die II. BV benutzte den Begriff des Freisitzes. Dieser musste „gedeckt“ sein, damit seine Fläche wie die eines Balkons zur Hälfte angerechnet wurde.¹¹⁹ Was damit gemeint ist, kann nur durch Auslegung ermittelt werden.¹²⁰ Der Wortlaut „Freisitz“ zielt darauf ab, dass es sich um eine Fläche im Außenbereich handeln muss. Der Sitz ist „im Freien“. Dafür spricht auch die systematische Auslegung. In § 44 Abs. 2 II. BV ist ferner von Balkonen, Loggien und Dachgärten die Rede. Dabei handelt es sich jeweils um nicht vollständig umschlossene Bauteile, die sich außen am Haus befinden. Freisitz ist demnach ein ebenerdiger Platz, der an die Wohnung angrenzt¹²¹, „mit einem festen Bodenbelag versehen und zum Aufstellen von Tischen und Stühlen geeignet ist“.¹²² Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, was die Beschränkung auf „gedeckte“ Freisitze bedeutet. Zum Teil wurde darunter verstanden, dass der Freisitz überdacht¹²³ sein muss, obwohl es dann wahrscheinlich je nach baulicher Gestaltung schon eher eine Loggia¹²⁴ war. Hintergrund für diese Auslegung ist, dass die DIN 283 in den Bilderläuterungen von einer Überdachung ausgeht, die auch vom Balkon der darüber liegenden Wohnung stammen kann.¹²⁵ Überwiegend wird nur ein Sichtschutz verlangt.¹²⁶ Zwingend ist das nicht. Das Wort „gedeckt“ könnte sich vom Wortlaut her auch

¹¹⁸ Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB Rn. 7.

¹¹⁹ LG Hamburg ZMR 2013, 464 m. Anm. Börstinghaus, jurisPR-MietR 16/2013 Anm. 2.

¹²⁰ LG Saarbrücken, WuM 2010, 446.

¹²¹ BGH, NJW 2009, 2880 = GE 2009, 1118 = NZM 2009, 659 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 25 mit Anm. Eisenschmid.

¹²² Dröge, Hdb, S. 21.

¹²³ LG Rostock, WuM 2006, 247.

¹²⁴ zur Definition eine Loggia siehe: Dröge, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn und Gewerberaum, 3. Aufl. S. 21.

¹²⁵ Dröge, Handbuch der Mietpreisbewertung für Wohn- und Gewerberaum, 3. Aufl., S. 22.

¹²⁶ BGH, NZM 2010, 313 = NJW 2010, 1745 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 32; BGH, NZM 2010, 36 = NJW 2010, 292 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 29; BVerwGE 52, 178, 182 f.; OLG Nürnberg, NJW-RR 2001, 82, 83; LG Saarbrücken, WuM 2010, 445; LG Hamburg, WuM 1996, 278; Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB Rn. 8; ders., NZM 2003, 177, 178; Isenmann, WuM 2006, 303 f.; Eisenschmid, WuM 2004, 3, 6.

auf die Art des Bodenbelages beziehen.¹²⁷ Eine plattierte Fläche direkt am Haus wird umgangssprachlich als Terrasse verstanden, während eine Kies- oder Sandfläche laienhaft so nicht bezeichnet würde.

§ 4 WoFIV hat den Begriff des „gedeckten Freisitzes“ ersetzt¹²⁸ durch den umgangssprachlich üblicheren Begriff der Terrasse. Zwar fehlt hier jetzt die Einschränkung auf „gedeckte“ Terrassen, trotzdem wird der Sichtschutz heute noch teilweise verlangt.¹²⁹ Zwingend ist das heute erst recht nicht mehr.¹³⁰ Dröge¹³¹ ist der Auffassung, dass gerade ein „nicht gedeckter Freisitz“ einer Terrasse entspreche, weshalb auch das Merkmal der Überdachung im Wortlaut des § 4 WoFIV jetzt entfallen sei. Der *BGH*¹³² hat dies inzwischen dahingehend relativiert, dass „nicht gedeckte“ Terrassen den „gedeckten“ Terrassen, was die Anrechnung der Fläche angeht, gleichgestellt werden, wenn eine entsprechende Ortssitte besteht.¹³³

Sowohl für gedeckte Freisitze wie auch für Terrassen gilt aber, dass sie sich unmittelbar am Haus befinden müssen.¹³⁴ Das ergibt sich aus einer systematischen Auslegung der Vorschrift. Allen dort genannten Außenflächen ist diese Voraussetzung gemein. Die Frage, ob es sich um einen Balkon oder eine Dachterrasse handelt, ist danach zu beantworten, in welchem Stockwerk die Freifläche sich befindet. Die Wohnung im Erdgeschoss hat eine Terrasse, die darüber liegenden Wohnungen haben Balkone oder Loggien und die oberste Wohnung hat eine Dachterrasse. Alle diese Flächen schließen aber direkt an die Wohnung an und können von der Wohnung aus direkt betreten werden. Das bedeutet, dass Sitzecken im Garten, Hof oder vor einem Gartenhaus keine Freisitze oder Terrassen im Sinne der Wohnflächenvorschriften sind.

¹²⁷ Nach LG Saarbrücken, WuM 2010, 445 soll die Anrechnung dann gerechtfertigt sein, wenn die Fläche unter Wahrung „einer gewissen Privatsphäre“ genutzt werden kann.

¹²⁸ LG Hamburg ZMR 2013, 464 m. Anm. Börstinghaus, jurisPR-MietR 16/2013 Anm. 2.

¹²⁹ Langenberg in: Schmidt-Futterer, Nach § 556a BGB Rn. 8.

¹³⁰ Im Wohnungseigentumsrecht kann an einer Terrasse gem. § 5 WEG nur dann Sondereigentum begründet werden, wenn sie entweder seitlich umschlossen ist oder, wenn sie mit Sondereigentumsräumen durch ihren einzigen Zugang verbunden ist: LG Landau/Pfalz, NZM 2011, 554.

¹³¹ Dröge, Hdb, S. 22.

¹³² BGH, NZM 2010, 36 = NJW 2010, 292 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 29.

¹³³ Nach LG Berlin 2011, 1086 besteht in Berlin eine solche Ortssitte, dass auch bei Geltung der WohnFIV Balkone etc. mit 50% anzurechnen sind; nach AG Brandenburg Urt. v. 4.7.2014 – 31 C 311/13 (juris) besteht in Brandenburg an der Havel eine solche Ortssitte gerade nicht, obwohl Vermieter angegeben hatten zu ca. 95% so zu verfahren.

¹³⁴ BGH, NJW 2009, 2880 = GE 2009, 1118 = NZM 2009, 659 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 25 mit Anm. Eisenschmid.

Hinsichtlich der Anrechnungsquote hat der Vermieter das gleiche Wahlrecht wie bei Balkonen. Ist die Wohnfläche noch nach den §§ 42 – 44 II. BV zu ermitteln, kann allein der Vermieter die Anrechnungsquote bestimmen. Der Oberwert beträgt 50%. Auf die Qualität des Freisitzes und seine Lage kommt es dabei nicht an. Hat die Wohnflächenermittlung schon nach der WoFIV zu erfolgen, hat grundsätzlich eine Anrechnung mit 25% stattzufinden. Nur wenn es sich um öffentlich geförderten Wohnungsbau handelt, darf eine andere, in der Regel höhere Anrechnung bis zu 50% stattfinden, wenn dies in der Förderzusage oder im Fördervertrag so festgelegt wurde.

c) Der Wintergarten

Unter einem Wintergarten werden üblicherweise Anbauten an ein Gebäude verstanden, die zum größten Teil aus Glas bestehen. Damit soll eine Beheizung durch Sonnenenergie erreicht werden. Zweck dieser Räume ist vor allem das Halten von Pflanzen.¹³⁵ Ihr Nutzwert ist wegen der vielen Glasflächen und der damit verbundenen eingeschränkten Möblierungsmöglichkeit eingeschränkt. Wenn in der kalten Jahreszeit keine Beheizung stattfindet, ist die Nutzbarkeit noch weiter eingeschränkt. Die Anrechnung von Wintergartenflächen hängt deshalb von zwei Bedingungen ab, nämlich

- von der Frage, ob der Wintergarten beheizt ist oder nicht und
- der im konkreten Fall anzuwendenden Berechnungsvorschrift

Anzuwendende Berechnungsvorschrift	Wintergarten	
	Beheizt	unbeheizt
DIN 283	Anrechnung zu 100%	nicht <i>ausreichend</i> beheizte Wintergärten zu 50%
§ 44 II. BV	Anrechnung erfolgt immer zu 50%	
§§ 2, 4 WoFIV	Anrechnung zu 100%	Anrechnung zu 50%

Anders als bei den Balkonen und Freisitzen sind die Anrechnungsquoten hier starr. Der Vermieter hat unabhängig davon, welche Berechnungsvorschrift auf den konkreten Fall anzuwenden ist, kein Wahlrecht.

XI. Prozessuale Fragen

In der Praxis problematisch ist die Frage, wer die Angaben zur Fläche darlegen und beweisen muss und ob der Mieter sich auf ein Bestreiten mit Nichtwissen beschränken darf.

¹³⁵ Heix, Wohnflächenberechnung, § 4 WoFIV Anm. 2.

Nur in den Fällen, in denen der Mieter wegen einer vermeintlichen Flächenabweichung und der deshalb eingetretenen Minderung bereits gezahlte Miete zurückverlangt oder weniger zahlen will, muss er die richtige tatsächliche Fläche darlegen und beweisen. Problematisch ist allenfalls die Einordnung der sog. 10% Grenze. Versteht man die Rechtsprechung des BGH dahin, dass bei Überschreiten dieser Grenze eine unwiderlegliche Vermutung für eine Gebrauchsbeeinträchtigung besteht, muss der Mieter die Überschreitung beweisen, geht man von einem Ausschlussstatbestand gem. § 536 Abs. 1 S. 3 BGB aus – unerhebliche Gebrauchsbeeinträchtigung – trägt der Vermieter die Beweislast.

Bei allen anderen Verfahren, in denen die Fläche eine Rolle spielen kann, Mieterhöhung auf die ortsübliche Vergleichsmiete, Modernisierungsmieterhöhung und Betriebskostenabrechnung, muss der Vermieter die richtige Fläche darlegen und beweisen. Das gilt sowohl für die Fläche der konkreten Vertragswohnung wie auch für die Gesamtwohnfläche des Hauses.

Der Mieter darf sich hinsichtlich beider Werte nicht auf einfaches Bestreiten gem. § 138 Abs. 4 ZPO beschränken.¹³⁶ Angaben zur richtigen Wohnfläche der eigenen Wohnung sind dem Mieter möglich und zumutbar. Einfaches Bestreiten der Wohnfläche ist deshalb ungenügend, weil der Mieter substantiiert vortragen kann, dass die vom Vermieter angegebenen Quadratmeterzahlen unrichtig sind. Unabhängig davon, ob die Größe der gemieteten Wohnung in der Mietvertragsurkunde angegeben ist oder nicht, ist es ihm in aller Regel selbst möglich, die Wohnfläche der gemieteten Wohnung zu vermessen und seinerseits einen bestimmten Flächenwert vorzutragen. Nicht erforderlich ist es, dass der Mieter sich an einer bestimmten Berechnungsmethode, etwa den Vorgaben der Wohnflächenverordnung, orientiert, zumal die Berechnung etwa bei Dachgeschosswohnungen aufgrund von Schrägen und Winkeln kompliziert sein kann. Um die vom Vermieter vorgetragenen Quadratmeterzahlen wirksam zu bestreiten, genügt es, wenn ihm der Mieter das Ergebnis einer laienhaften, im Rahmen seiner Möglichkeiten liegenden Vermessung entgegen hält.

Das gilt mit Einschränkungen auch für die Gesamtwohnfläche des Hauses. Auch wenn er die Flächen der anderen Wohnungen nicht so beschreiben kann, wie die seiner eigenen Wohnung, muss er zumindest zu äußerlich wahrnehmbaren Gegebenheiten, wie Gebäudezuschnitt sowie Anzahl der Wohnungen und Stockwerke, aus denen sich Ansatzpunkte für Zweifel an der behaupteten Gesamtwohnfläche ergeben könnten, vortragen.

¹³⁶ BGH, WuM 2014, 744 = MietPrax-AK, § 592 ZPO Nr. 7 m. Anm. Börstinghaus; Börstinghaus, jurisPR-BGHZivilR 24/2014 Anm. 1; Lehmann-Richter, MietRB 2015, 2; Kinne, GE 2014, 1619; Bieber, WuM 2015, 72; Drasdo, NJW-Spezial 2015, 66; Schmid, ZMR 2015, 184.

Das bedeutet:

Einfaches Bestreiten des Mieters reicht nicht. Wäre wohl unerhebliche Erklärung „ins Blaue hinein“. Mieter muss Anknüpfungstatsachen vortragen, aus denen sich Zweifel ergeben können:

- o Fehler bei der Wohnfläche seiner eigenen Wohnung
- o Anzahl Wohnungen
- o Untergeschoss dickere Wände als im Obergeschoss
- o Erker in anderen Etagen, Wohnungen mit und ohne Balkon
- o Unterschiedliche Angaben des Vermieters über die Jahre

XII. Zusammenfassung

Grundsätzlich können die Parteien im Mietvertrag vereinbaren, wie sie die Fläche ermitteln wollen. Dabei stehen ihnen die Vorschriften des öffentlich geförderten Wohnungsbaus aber auch alle anderen Regelwerke zur Verfügung. Umso mehr diese Regelwerke von den üblichen und bekannten Berechnungsweisen abweichen, umso deutlicher muss insbesondere bei Formularverträgen auf die Abweichungen unter Transparenzgesichtspunkten hingewiesen werden. Für die Frage, ob die Wohnung bei Abweichungen mangelhaft ist, kommt es dann nur auf dies Regelwerk an. Bei der Verteilung von Kosten, wie in der Betriebskostenabrechnung oder bei Modernisierungsmieterhöhungen müssen aber einheitliche Berechnungsvorschriften angewandt werden. Wenn keine Regelwerke vereinbart wurden, dann sind m.E. entsprechend der Drei-Stufen-Theorie des BGH¹³⁷ die Flächen wie folgt zu ermitteln:

1. Maßgeblich sind zunächst ausdrückliche oder konkludente Vereinbarungen der Vertragsparteien über das anzuwendende Regelwerk.
2. Wenn hierzu keine Feststellungen getroffen werden können, ist eine eventuelle Ortssitte maßgeblich.¹³⁸ So wird im Norden Deutschlands regelmäßig das Sylter Fußleistenmaß verwendet. Dabei wird die Grundfläche des Raums von Fußleiste zu Fußleiste ohne Rücksicht

¹³⁷ BGH, NZM 2009, 477 = NJW 2009, 2295 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 23 mit Anm. Eisenschmid; dazu Wassermann, jurisPR-BGHZivilR 12/2009 Anm. 3; Eupen, GE 2009, 744; Lammel, jurisPR-MietR 14/2009 Anm. 1; Lehmann-Richter, MietRB 2009, 221.

¹³⁸ So z.B. für Anrechnung der Terrassenfläche auch nach Inkrafttreten der WoFIV zu 50% in Berlin: LG Berlin, GE 2011, 1086.

hinsichtlich der Raumhöhe berechnet. Dies hat zur Folge, dass auch Loggien, Terrassen, der Raum unter Treppen und unterhalb einer Höhe von zwei Metern vollständig mit einbezogen werden.

3. Erst wenn auch diese nicht ermittelt werden kann, ist auch im preisfreien Wohnungsbau die Fläche nach den zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Vorschriften für den preisgebundenen Wohnungsbau zu ermitteln.

Bemerkenswert ist dabei der zeitliche Faktor in der dritten Stufe. Im öffentlich geförderten Wohnungsbau gelten nämlich regelmäßig die §§ 42 – 44 II. BV (in der bis 31. Dezember 2003 gültigen Fassung) weiter. § 5 WoFIV (bzw. der insofern gleichlautende § 42 Abs. 1 II. BV n.F.) bestimmt, dass es in den Fällen, in denen die Wohnfläche bis zum 31. Dezember 2003 nach der II. BV berechnet wurde, bei dieser Berechnung bleibt. Nur wenn nach dem 31. Dezember 2003 bauliche Änderungen an dem Wohnraum vorgenommen worden sind, die eine Neuberechnung der Wohnfläche erforderlich machen, sind die Vorschriften der WoFIV anzuwenden. Im frei finanzierten Wohnungsbau gilt das nach der Rechtsprechung des BGH aber nicht. Hier wird auf die bei Vertragsschluss geltenden Vorschriften für den preisgebundenen Wohnungsbau abgestellt. Die WoFIV gilt deshalb, so wie der Entwurf des 2. Mietrechtsnovellierungsgesetzes es in § 554 Abs. 2 BGB-E ja auch vorsieht, für alle Vermietungsfälle ab dem 1. Januar 2004.¹³⁹

Dies gilt natürlich auch dann, wenn die Parteien im Mietvertrag gar keine Berechnungsvorschrift vereinbart haben.

Bisher nicht befriedigend gelöst ist die Frage der Flächenermittlung bei der ortsüblichen Vergleichsmiete. Die reine Lehre verlangt hier eigentlich, dass die Flächen für die Vertrags- und die Vergleichswohnungen nach den gleichen Regelwerken ermittelt werden. Hier taucht der bekannte Unterschied zwischen Theorie und Praxis auf. Während man für die Vertragswohnung im Zustimmungsverfahren die vermeintlich richtige Wohnungsgröße noch ermitteln kann, ist es bereits bei der Datenerhebung durch einen Sachverständigen aber erst Recht bei der für einen Mietspiegel unmöglich, die angegebenen Werte zu kontrollieren. Auf Dauer wird hier nur eine zwingende Regelung zur Flächenermittlung weiterhelfen. Bis dahin muss man sich damit begnügen, dass nach dem Gesetz der großen Zahl hoffentlich eine gewisse Nivellierung eintritt.

¹³⁹ BGH, NZM 2010, 313 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 32 mit Anm. Eisenschmid; auch schon BGH, NZM 2010, 36 = NJW 2010, 292 = MietPrax-AK § 536 BGB Nr. 29 mit Anm. Eisenschmid.