

**Dokumentnummer:** 8zr86\_08  
**letzte Aktualisierung:** 12.6.2009

**BGH**, 22.4.2009 - VIII ZR 86/08

BGB §§ 535, 468 a.F.; II. BV

## **Wohnflächenberechnung unter anteiliger Einbeziehung von Dachterrassenflächen nach (früherer) Zweiter Berechnungsverordnung**

- a) Die Ermittlung einer im Mietvertrag vereinbarten Wohnfläche richtet sich – soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder eine andere Berechnungsweise ortsüblich ist - nach den für den preisgebundenen Wohnraum im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags maßgeblichen Bestimmungen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 13).
- b) Sind hiernach für die Flächenermittlungen die Bestimmungen der II. Berechnungsverordnung maßgeblich, können Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen unabhängig von ihrer Lage, Ausrichtung und Nutzbarkeit bis zur Hälfte angerechnet werden.

# Bundesgerichtshof

## Mitteilung der Pressestelle

---

Nr. 85/2009

### **Wohnflächenberechnung unter anteiliger Einbeziehung von Dachterrassenflächen**

Der unter anderem für das Wohnraummietrecht zuständige VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hatte über die Frage zu entscheiden, mit welchem Anteil Dachterrassen bei der Berechnung der Wohnfläche einer Mietwohnung zu berücksichtigen sind.

Die Beklagte ist Mieterin einer Maisonettewohnung des Klägers in Köln. Die Miete ist mit 1.000 € monatlich zzgl. einer Betriebskostenpauschale von 180 € vereinbart. Die Wohnungsgröße ist im Mietvertrag mit "ca. 120 m<sup>2</sup>" angegeben. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Wohnfläche der Innenräume 90,11 m<sup>2</sup> beträgt. Zu der Wohnung gehören zwei Dachterrassen mit Grundfläche von 25,20 m<sup>2</sup> und von 20 m<sup>2</sup>. Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Fläche der Dachterrassen nur zu jeweils  $\frac{1}{4}$  anzurechnen sei, so dass die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % von der vereinbarten Wohnfläche abweiche und sie aus diesem Grund die Miete rückwirkend um 182,78 € monatlich mindern könne. Sie hat deshalb einen Betrag von 3.488,34 € einbehalten. Mit der Klage nimmt der Kläger die Beklagte auf Zahlung dieses Betrages nebst Zinsen in Anspruch. Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen.

Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision des Klägers hatte Erfolg. Sie führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt eine Abweichung der tatsächlich vorhandenen von der vereinbarten Wohnfläche um mehr als 10 % einen erheblichen Mangel der Mietsache dar, die den Mieter zu einer entsprechenden Mietminderung berechtigt. Dabei ist der Begriff "Wohnfläche" im Wohnraummietrecht auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen. Dementsprechend ist die Wohnfläche für Mietverhältnisse aus der Zeit vor dem 1. Januar 2004 aufgrund der bis zum 31. Dezember 2003 anwendbaren §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV), für Mietverhältnisse jüngerer Datums nach der ab dem 1. Januar 2004 geltenden Wohnflächenverordnung (WoFIV) zu ermitteln. Das gilt nur dann nicht, wenn die Parteien dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beigemessen haben oder wenn ein anderer Berechnungsmodus vereinbart oder ortsüblich ist oder nach der Art der Wohnung näher liegt.

Nach der Auffassung des Berufungsgerichts sind mangels abweichender Vereinbarung der Parteien für die Berechnung der Wohnfläche der Mietwohnung der Beklagten die "allgemeinen Regeln" – des § 44 Abs. 2 II. BV, des § 4 Nr. 4 WoFIV und der DIN 283 – anzuwenden. Diese sehen für die Anrechnung von Außenflächen (Balkonen, Loggien und Dachterrassen) unterschiedliche Anrechnungsquoten vor. Während die DIN 283 eine starre Anrechnung zu  $\frac{1}{4}$  vorschreibt, lässt § 44 Abs. 2 II. BV eine Anrechnung bis zur Hälfte zu. Nach § 4 Nr. 4 WoFIV sind solche Flächen höchstens zur Hälfte, in der Regel aber mit  $\frac{1}{4}$  anzurechnen.

Das Berufungsgericht hat offen gelassen, ob die Anrechnung im vorliegenden Fall nach der DIN 283 oder nach § 44 Abs. 2 II. BV (§ 4 Abs. 4 WoFIV ist auf den Mietvertrag aus dem Jahr 2003 aus zeitlichen Gründen nicht anwendbar) zu erfolgen hat. Es hat dies damit begründet, dass auch nach § 44 Abs. 2 II. BV die Anrechnungsquote nur  $\frac{1}{4}$  betrage, wenn der Vermieter den Mieter nicht bei Vertragsabschluss darauf hingewiesen habe, dass er Außenflächen mit einem "überdurchschnittlich hohen" Prozentsatz von mehr als 25 % angesetzt habe.

Dieser Auffassung ist der Bundesgerichtshof nicht gefolgt. Einen Mittel- oder Regelwert der Anrechnung von  $\frac{1}{4}$  nennt § 44 Abs. 2 II. BV – anders als § 4 Abs. 4 WoFIV – nicht. Die Bestimmung überlässt es vielmehr dem Bauherrn, die für ihn unter dem Gesichtspunkt der Wohnungsbauförderung günstigste Anrechnungsquote bis zur Hälfte zu wählen.

Dieser dem Bauherrn vom Gesetz bewusst eingeräumte Spielraum kann bei der Ermittlung der Wohnfläche nach dem Maßstab des § 44 Abs. 2 II. BV auch dann nicht unberücksichtigt bleiben, wenn es wie im vorliegenden Fall um die Frage einer möglichen Wohnflächenabweichung als Mangel der Mietsache geht. Denn dies hätte zur Folge, dass Vermieter unter Umständen erhebliche Mietminderungen wegen Wohnflächenabweichung hinnehmen müssten, obwohl die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV zulässigerweise unter Anrechnung von Balkon- und Terrassenflächen bis zur Hälfte errechnet worden ist. Ein solches Ergebnis erscheint nicht hinnehmbar. Es hat deshalb – vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung oder örtlicher Verkehrssitte – dabei zu bewenden, dass bei Wohnflächenberechnungen nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV die Grundfläche einer Dachterrasse bis zur Hälfte anzurechnen ist.

Die Anrechnung der Dachterrassenflächen auf die Gesamtwohnfläche der Mietwohnung der Beklagten ist allerdings dann auf  $\frac{1}{4}$  begrenzt, wenn es zutrifft, dass die Anrechnung zu  $\frac{1}{4}$  der in Köln ortsüblichen Verkehrssitte entspricht, wie die Beklagte in den Tatsacheninstanzen vorgetragen hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben ortsübliche Berechnungsweisen mangels abweichender Parteivereinbarung Vorrang. Das Berufungsgericht, das eine Begrenzung der Anrechnung auf  $\frac{1}{4}$  schon aus anderen Gründen für geboten erachtet hat, wird daher nunmehr festzustellen haben, ob eine dahingehende ortsübliche Verkehrssitte hinsichtlich der Anrechnung von Terrassenflächen besteht.

Urteil vom 22. April 2009 - VIII ZR 86/08

AG Köln - Urteil vom 11. November 2005 – 208 C 393/05

LG Köln - Urteil vom 5. März 2008 – 10 S 327/05

Karlsruhe, den 22. April 2009

Pressestelle des Bundesgerichtshofs  
76125 Karlsruhe  
Telefon (0721) 159-5013  
Telefax (0721) 159-5501



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

VIII ZR 86/08

Verkündet am:  
22. April 2009  
Vorusso  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 536; II. BV § 44

- a) Die Ermittlung einer im Mietvertrag vereinbarten Wohnfläche richtet sich - soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben oder eine andere Berechnungsweise ortsüblich ist - nach den für den preisgebundenen Wohnraum im Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags maßgeblichen Bestimmungen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 13).
- b) Sind hiernach für die Flächenermittlungen die Bestimmungen der II. Berechnungsverordnung maßgeblich, können Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen unabhängig von ihrer Lage, Ausrichtung und Nutzbarkeit bis zur Hälfte angerechnet werden.

BGH, Urteil vom 22. April 2009 - VIII ZR 86/08 - LG Köln  
AG Köln

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Ball, den Vorsitzenden Richter Wiechers, den Richter Dr. Frellesen sowie die Richterinnen Dr. Milger und Dr. Hessel

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil der 10. Zivilkammer des Landgerichts Köln vom 5. März 2008 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Parteien streiten darüber, ob zwei zu einer Wohnung gehörende Dachterrassen in die Wohnfläche jeweils mit einem Viertel oder mit der Hälfte ihrer Fläche einzurechnen sind.
- 2 Die Beklagte ist seit November 2003 Mieterin einer Maisonettewohnung des Klägers in Köln. Die Bruttomiete beträgt (einschließlich 180 € Betriebskostenpauschale) 1.180 € monatlich. Im Mietvertrag ist die Größe der Wohnung mit "ca. 120 m<sup>2</sup> " angegeben. Die Parteien sind sich darüber einig, dass die Wohnfläche der Innenräume der Wohnung 90,11 m<sup>2</sup> beträgt. Die Dachterrasse in der unteren Etage hat eine Grundfläche von 25,2 m<sup>2</sup>, die in der oberen Etage der Wohnung von 20 m<sup>2</sup>.

3 Die Beklagte meint, die Terrassen seien jeweils nur zu einem Viertel ihrer Grundfläche, nämlich mit 11,3 m<sup>2</sup>, in die Gesamtfläche einzurechnen; danach ergebe sich eine Gesamtfläche der Wohnung von (90,11 m<sup>2</sup> + 11,3 m<sup>2</sup>) 101,41 m<sup>2</sup>. Die Wohnung sei daher um 15,49 % kleiner als im Mietvertrag vereinbart, so dass ein Mangel vorliege, aufgrund dessen die Miete um monatlich 182,78 € gemindert sei. Den sich daraus errechnenden Minderungsbetrag für die Zeit von November 2003 bis August 2005 in Höhe von 3.488,34 € behielt die Beklagte von den Mieten für die Monate März bis August 2005 ein.

4 Der Kläger ist der Auffassung, die Dachterrassen seien jeweils mit der Hälfte ihrer Grundflächen anzurechnen, so dass sich nur eine unbeachtliche Wohnflächenabweichung von unter 10 % ergebe. Mit der Klage verlangt der Kläger Zahlung der Mietrückstände für die Monate März bis August 2005 in Höhe von insgesamt 3.488,34 € nebst Zinsen.

5 Das Amtsgericht hat die Klage abgewiesen; das Landgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

#### Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg.

#### I.

7 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

8 Die eingeklagten Mietrückstände bestünden nicht. Die zwischen den Parteien vereinbarte Miete sei, wie die Beklagte - auch rechnerisch - zutreffend geltend gemacht habe, seit Mietbeginn gemäß § 536 Abs. 1 Satz 2 BGB ge-

mindert, mit der Folge, dass - auch - die von der Beklagten erklärte Aufrechnung durchgreife. Die Wohnung weise einen Mangel insoweit auf, als ihre tatsächliche Fläche um mehr als 10 % geringer sei als die im Mietvertrag genannte Fläche. Diese Flächendifferenz als solche stelle einen Mangel dar, ohne dass es noch besonderer Darlegungen dazu bedürfe, dass infolge der Flächendifferenz die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch gemindert sei. Dies gelte auch dann, wenn - wie hier - die Angabe der Wohnungsgröße im Mietvertrag mit dem Zusatz "ca." versehen sei. Die Minderung errechne sich entsprechend der Quote, um die die tatsächliche Wohnfläche hinter der im Mietvertrag zugrunde gelegten Wohnfläche zurückbleibe, wobei Berechnungsgrundlage die Bruttomiete sei.

9 Die beiden Dachterrassen gingen nur mit einem Viertel ihrer Grundflächen in die Gesamtfläche der Wohnung ein. Damit betrage die Gesamtfläche der Wohnung lediglich 101,41 m<sup>2</sup>, somit 15,49 % weniger als die im Mietvertrag genannte Gesamtfläche von "ca. 120 m<sup>2</sup>".

10 Die Anrechnungsquote von einem Viertel ergebe sich aufgrund allgemeiner Regeln, wobei dahinstehen könne, ob insoweit die für die Wohnflächenermittlung bei öffentlich gefördertem Wohnraum bei Vertragsschluss gültige Regelung des § 44 Abs. 2 der II. Berechnungsverordnung, deren Nachfolgeregelung § 4 Nr. 4 der Wohnflächenverordnung oder Ziff. 2.23 der DIN 283 Anwendung finde.

11 Zwischen den Parteien sei hinsichtlich der Terrassenflächen keine Vereinbarung getroffen worden, die gegenüber der Anwendung der allgemeinen Regeln vorrangig wäre. Somit sei auf die allgemeinen Regelungen zurückzugreifen. Bei Anwendbarkeit der DIN 283 sei die Anrechnungsquote von einem Viertel ausdrücklich und zwingend bestimmt. Auch wenn von der Regelung des bei Vertragsschluss gültigen § 44 Abs. 2 der II. Berechnungsverordnung auszugehen sei, ergebe sich im Ergebnis keine andere - höhere - Anrechnungsquote.

Zwar eröffne § 44 Abs. 2 der II. Berechnungsverordnung einen Bewertungsspielraum von "bis zur Hälfte" und damit seinem Wortlaut nach eine Spanne der Anrechnungsquote zwischen 0 % und 50 %. Hier sei jedoch abzustellen auf den Durchschnittswert der Spanne von 25 %. Es gehe nicht an, dass ein Vermieter seiner Flächenangabe im Mietvertrag einen höheren als den durchschnittlichen Prozentsatz von 25 % zugrunde lege, ohne dies dem Mieter gegenüber offen zu legen. Ein solches Verhalten des Vermieters verstoße unter Würdigung aller Umstände gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Dabei sei die Treuwidrigkeit unabhängig davon anzunehmen, ob die Annahme einer überdurchschnittlich hohen Wertigkeit (der Terrasse) objektiv gerechtfertigt sei oder sich immerhin als nachvollziehbar vertretbare Vermieterschätzung darstelle oder ob dies nicht der Fall sei. Treu und Glauben geböten es, dass der Vermieter seine überdurchschnittliche prozentuale Anrechnungsquote dem Mieter offen lege, um diesem die Entscheidung zu ermöglichen, ob ihm der Mietzins und der sich errechnende Quadratmeterpreis unter Berücksichtigung der offen gelegten Berechnungsweise angemessen erscheine oder nicht.

- 12 Auch der Zweck der Vorschrift des § 44 Abs. 2 der II. Berechnungsverordnung spreche nicht gegen das gewonnene Ergebnis. Die in der Vorschrift bestimmte, ungewöhnlich weite Spanne habe ihren Grund in Besonderheiten der öffentlichen Förderung. Der Bauherr habe die Anrechnungsquote weitgehend frei wählen können. In Fällen der hier vorliegenden Art sei von der durchschnittlichen Anrechnungsquote von 25 % auszugehen.

## II.

- 13 Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Anrechnung der Dachterrassenflächen nicht auf ein Viertel begrenzt werden, soweit die Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 der bei Abschluss des Mietvertrages geltenden Zweiten Berechnungsverordnung (II. BV) zu berechnen ist.

- 14           1. Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass nach der Rechtsprechung des Senats eine Mietwohnung einen zur Minderung der Miete führenden Mangel im Sinne des § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB aufweist, wenn ihre tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche liegt (Senatsurteile vom 24. März 2004 - VIII ZR 295/03, NJW 2004, 1947, unter II 2 b, und vom 22. Februar 2006 - VIII ZR 219/04, NJW-RR 2006, 801, Tz. 9 m.w.N.). Dies gilt, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, auch dann, wenn der Mietvertrag wie hier zur Größe der Wohnfläche nur eine "ca."-Angabe enthält (Senatsurteil vom 24. März 2004 - VIII ZR 133/03, NZM 2004, 456, unter II).
- 15           2. Eine ausdrückliche Vereinbarung darüber, mit welchem Anteil beziehungsweise welcher Quadratmeterzahl die beiden Dachterrassen der vermieteten Wohnung in die Gesamtwohnfläche einzurechnen sind, haben die Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht getroffen. Dies zieht auch die Revision nicht in Zweifel.
- 16           Entgegen der Auffassung der Revision begegnet es auch keinen Bedenken, dass das Berufungsgericht auch eine indirekte Vereinbarung zur Anrechnung der Dachterrassenflächen verneint hat. Sie würde voraussetzen, dass der Beklagten bei Abschluss des Mietvertrags die Wohnfläche der Innenräume bekannt war und sie infolge dessen erkennen konnte, welcher Differenzbetrag zu der im Vertrag angegebenen Gesamtwohnfläche auf die Dachterrassen entfiel. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass der Beklagten die Wohnfläche der Innenräume, die wegen der zahlreich vorhandenen Dachschrägen nicht der Grundfläche entspreche, sondern nur mit Hilfe zusätzlicher Messungen und Berechnungen ermittelt werden könne, bei der dem Vertragsschluss vorausgegangenen Besichtigung der Wohnung nicht erkennbar gewesen sei. Dass dies für die exakte Wohnflächenermittlung der Innenräume zutrifft, zieht auch die Revision nicht in Zweifel. Für ihre gleichwohl vertretene Auffassung, der Beklag-

ten habe auch bei einer deutlichen Fehleinschätzung der Wohnfläche der Innenräume jedenfalls bewusst sein müssen, dass die beiden Dachterrassen "zu einem beachtlichen Teil" in die im Mietvertrag angegebene Gesamtwohnfläche eingeflossen sein mussten, bieten die Feststellungen des Berufungsgerichts keine Grundlage; übergangenen Sachvortrag hierzu zeigt die Revision nicht auf. Damit fehlt es entgegen der Auffassung der Revision an der Vergleichbarkeit des hier zu beurteilenden Falles mit der Fallgestaltung, die dem Senatsurteil vom 22. Februar 2006 (aaO) zugrunde lag. Denn anders als dem Mieter in dem dort entschiedenen Fall stand der Beklagten vor Vertragsabschluss kein Wohnungsgrundriss zur Verfügung, aus dem die Wohnfläche der Innenräume ersichtlich war, so dass für die Beklagte nicht sofort erkennbar war, welcher Flächenanteil auf die beiden Dachterrassen entfiel.

17 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Parteien auch keine Vereinbarung darüber getroffen, welcher Berechnungsmodus für die Wohnflächenberechnung und die Einbeziehung der Dachterrassenflächen maßgeblich sein soll. Dies greift die Revision nicht an.

18 3. Zu Recht beanstandet die Revision hingegen, dass das Berufungsgericht in Anwendung der "allgemeinen Regeln" - des § 44 Abs. 2 II. BV, des § 4 Nr. 4 der Wohnflächenverordnung (WoFIV) und der DIN 283 - zu dem Ergebnis gelangt ist, die Anrechnungsquote der Terrassenflächen betrage einheitlich ein Viertel.

19 a) Nach der Rechtsprechung des Senats ist der Begriff der "Wohnfläche" im Wohnraummietrecht auch bei frei finanziertem Wohnraum grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen und dementsprechend aufgrund der bis zum 31. Dezember 2003 anwendbaren §§ 42 bis 44 der Zweiten Berechnungsverordnung beziehungsweise der ab dem 1. Januar 2004 geltenden Wohnflächenverordnung zu ermitteln, es sei denn, die Parteien haben dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abwei-

chende Bedeutung beigemessen oder ein anderer Berechnungsmodus ist ortsüblich oder nach der Art der Wohnung naheliegender (Senatsurteil vom 23. Mai 2007 - VIII ZR 231/06, NJW 2007, 2624, Tz. 13). Da der Mietvertrag der Parteien im Oktober 2003 und damit noch im zeitlichen Geltungsbereich der II. BV geschlossen wurde, ist vorbehaltlich einer abweichenden örtlichen Verkehrssitte (dazu sogleich unter c) § 44 Abs. 2 II. BV maßgebend (vgl. Senatsurteil vom 23. Mai 2007, aaO, Tz. 15 ff.). Davon geht auch das Berufungsgericht aus, das § 44 Abs. 2 II. BV neben der DIN 283 und dem hier aus zeitlichen Gründen nicht einschlägigen § 4 Abs. 4 der WoFIV zu den "allgemeinen Regelungen" zählt, die es beim Fehlen vorrangiger vertraglicher Vereinbarungen für einschlägig hält.

20            b) Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht indessen, soweit es die Auffassung vertritt, die Fläche der Dachterrassen der an die Beklagte vermieteten Wohnung sei auch nach § 44 Abs. 2 II. BV - ebenso wie zwingend nach der DIN 283 - mit (nur) einem Viertel in die Gesamtwohnfläche einzurechnen.

21            aa) Nach § 44 Abs. 2 II. BV können die Grundflächen von ausschließlich zur Wohnung gehörenden Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen zur Ermittlung der Wohnfläche bis zur Hälfte angerechnet werden. Einen Mittel- oder Regelwert der Anrechnung nennt die Bestimmung - anders als § 4 Abs. 4 WoFIV - nicht. Sie überlässt es vielmehr, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, dem Bauherrn, die für ihn günstigste Anrechnungsquote bis zur Hälfte zu wählen. Denn während nach den seinerzeit geltenden Förderbestimmungen der Bauherr öffentlich geförderten Wohnraums an einer möglichst großen und damit geförderten Wohnfläche interessiert war, war dem Bauherrn im steuerbegünstigten Wohnungsbau daran gelegen, Balkon- und Terrassenflächen möglichst überhaupt nicht anzurechnen, um der Gefahr zu begegnen, durch eine Überschreitung gesetzlicher Wohnflächengrenzen die steuerliche

Vergünstigung zu verlieren (Langenberg, NZM 2003, 177, 178). Eine Staffelung der Anrechnung nach Lage, Ausrichtung oder Nutzbarkeit anrechenbarer Außenflächen sieht § 44 Abs. 2 II. BV nicht vor (Langenberg, aaO). Vielmehr konnte der Bauherr ohne Rücksicht auf diese Gesichtspunkte eine Anrechnung bis zur Hälfte der Flächen wählen, wenn ihm dies zur Erreichung einer möglichst hohen Förderung zweckmäßig erschien.

22           bb) Dieser dem Bauherrn vom Gesetz bewusst eingeräumte Spielraum kann bei der Ermittlung der Wohnfläche nach dem Maßstab des § 44 Abs. 2 II. BV auch dann nicht unberücksichtigt bleiben, wenn es wie im vorliegenden Fall um die Frage einer möglichen Wohnflächenabweichung als Mangel der Mietsache geht. Zwar mag das freie Wahlrecht des Vermieters unter diesem Blickwinkel systemwidrig erscheinen (Langenberg, aaO) und eine feste Anrechnungsquote oder eine Staffelung nach Lage, Ausrichtung und Nutzbarkeit von Balkonen, Loggien u. ä. näher liegen. Dies hätte jedoch zur Folge, dass Vermieter unter Umständen erhebliche Mietminderungen wegen Wohnflächenabweichung hinnehmen müssten, obwohl die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV zulässigerweise unter Anrechnung von Balkon- und Terrassenflächen bis zur Hälfte errechnet worden ist. Ein solches Ergebnis erscheint dem Senat nicht hinnehmbar. Es hat deshalb - vorbehaltlich abweichender Parteivereinbarung oder örtlicher Verkehrssitte - dabei zu bewenden, dass bei Wohnflächenberechnungen nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV die Grundflächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und gedeckten Freisitzen bis zur Hälfte anzurechnen sind.

23           cc) Eine Beschränkung der Anrechenbarkeit auf ein Viertel lässt sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht mit der Erwägung begründen, den Vermieter treffe gegenüber dem Mieter nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Hinweispflicht, wenn er Außenflächen mit einem "überdurchschnittlich hohen" Prozentsatz von mehr als 25 % angesetzt habe. Einen durch-

schnittlichen Prozentsatz - gemeint ist offenbar: ein Mittelwert - der Anrechnung von rechtlicher Relevanz kennt § 44 Abs. 2 BGB II. BV nicht. Schon deshalb lässt sich eine Offenlegungspflicht für Überschreitungen des Mittelwerts nicht begründen. Eine Aufklärungspflicht kann zudem aus § 242 BGB nur dann hergeleitet werden, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben und den im Verkehr herrschenden Anschauungen redlicherweise Aufklärung erwarten darf (Senatsurteil vom 13. Juli 1988 - VIII ZR 224/87, WM 1988, 1566 = NJW 1989, 763, unter II 2 b m.w.N.; Palandt/Heinrichs, BGB, 68. Aufl., § 242 Rdnr. 37). Dass dies im Hinblick auf die Überschreitung eines Mittelwerts der Einrechnung von Außenflächen in die Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV der Fall wäre, ist weder vom Berufungsgericht festgestellt noch sonst erkennbar. Schließlich würde die vom Berufungsgericht für richtig gehaltene Anrechnungsbeschränkung in all den Fällen, in denen der Vermieter nicht vor Vertragsabschluss auf eine Anrechnung zu mehr als ein Viertel hingewiesen hatte, dazu führen, dass Vermieter unter Umständen erhebliche Mietminderungen wegen Wohnflächenabweichung hinnehmen müssten, obwohl die im Mietvertrag angegebene Wohnfläche nach Maßgabe des § 44 Abs. 2 II. BV zulässigerweise unter Anrechnung von Balkon- und Terrassenflächen bis zur Hälfte errechnet worden ist (dazu vorstehend bb).

- 24           c) Die Anrechnung der Dachterrassenflächen auf die Gesamtwohnfläche der Mietwohnung der Beklagten ist allerdings dann auf ein Viertel begrenzt, wenn es zutrifft, dass die Anrechnung zu ein Viertel der in Köln ortsüblichen Verkehrssitte entspricht, wie die Beklagte in der Revisionsverhandlung im Wege einer zulässigen Gegenrüge unter Bezugnahme auf zweitinstanzlichen Tatsachenvortrag geltend gemacht hat. Nach der Rechtsprechung des Senats haben ortsübliche Berechnungsweisen mangels abweichender Parteivereinbarung Vorrang (Senatsurteil vom 23. Mai 2007, aaO, Tz. 13). Hierzu hat das Berufungsgericht, das eine Begrenzung der Anrechnung auf ein Viertel schon aus anderen Gründen für geboten erachtet hat, keine Feststellungen getroffen.

III.

25 Mit der gegebenen Begründung kann das Berufungsurteil somit keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil es weiterer tatrichterlicher Feststellungen zu dem von der Beklagten behaupteten ortsüblichen Berechnungsmodus bedarf. Damit diese nachgeholt werden können, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Ball

Wiechers

Dr. Frellesen

Dr. Milger

Dr. Hessel

Vorinstanzen:

AG Köln, Entscheidung vom 11.11.2005 - 208 C 393/05 -

LG Köln, Entscheidung vom 05.03.2008 - 10 S 327/05 -