


Gericht:	LG Berlin 18. Zivilkammer
Entscheidungsdatum:	17.01.2018
Aktenzeichen:	18 S 308/13
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 558 BGB, §§ 558ff BGB, § 558a BGB, § 558b BGB, § 4 Nr 4 WoFIV
Zitiervorschlag:	LG Berlin, Urteil vom 17. Januar 2018 – 18 S 308/13 –, juris

Mieterhöhung für eine Wohnung in Berlin: Berücksichtigung der Flächen von Wintergärten, Balkonen und Terrassen bei der Wohnflächenermittlung; Bestimmung der ortsüblichen Vergleichsmiete und 10%-Grenze für die Ermittlung der Kappungsgrenze

Leitsatz

1. Im Rahmen eines in Berlin nach dem 31. Dezember 2003 zustande gekommenen Wohnungsmietverhältnisses ist die Wohnfläche mangels anderweitiger Vereinbarung der Vertragsparteien nach der Wohnflächenverordnung zu ermitteln, sodass Wintergärten, Balkone und Terrassen regelmäßig nicht mit der Hälfte, sondern nur mit einem Viertel ihrer Grundfläche zu berücksichtigen sind. Eine örtliche Verkehrssitte, der Wohnflächenermittlung ein anderes Regelwerk als die Wohnflächenverordnung zugrunde zu legen, gibt es in Berlin nicht. Die dennoch weit verbreitete Praxis, die Grundflächen von Balkonen und Terrassen grundsätzlich zur Hälfte zu berücksichtigen, stellt sich als fehlerhafte Anwendung des zur Wohnflächenermittlung herangezogenen Regelwerks dar und kann der Vertragsauslegung deshalb nicht als örtliche Übung zugrunde gelegt werden (Entgegen LG Berlin, 19. Juli 2011, 65 S 130/10, Grundeigentum 2011, 1086 f.; Anschluss BGH, 23. Mai 2007, VIII ZR 231/06, Grundeigentum 2007, 1047 ff.).(Rn.24)

2. Im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens nach §§ 558 ff. BGB ist die ortsübliche Vergleichsmiete auch dann anhand der tatsächlichen Wohnfläche zu ermitteln, wenn diese um bis zu 10% von der vertraglich zugrunde gelegten Wohnfläche abweicht. Die 10%-Grenze ist aber für die Ermittlung der Kappungsgrenze von Bedeutung. Bleibt die tatsächliche Wohnfläche mehr als 10% hinter der vertraglich vorgesehenen Wohnfläche zurück, liegt regelmäßig ein zur Mietminderung führender Mangel der Wohnung vor, der nicht behebbbar ist, sondern die Beschaffenheit der Wohnung bestimmt. Die Kappungsgrenze ist dann anhand der geminderten Ausgangsmiete zu ermitteln (Anschluss BGH, Urteil vom 18. November 2015, VIII ZR 266/14, Grundeigentum 2016, 49 ff.; Abgrenzung BGH, 22. Februar 2006, VIII ZR 219/04, NJW-RR 2006, 801 f. und LG Hamburg, 1. Juli 2004, 307 S 52/04, WE 2005, 20 f.).(Rn.28)

Fundstellen

Grundeigentum 2018, 256-259 (Leitsatz und Gründe)

MDR 2018, 662-663 (red. Leitsatz und Gründe)

ZMR 2018, 503-505 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend AG Lichtenberg, 14. August 2013, 15 C 15/12

anhängig BGH, VIII ZR 33/18
Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Ulf P. Börstinghaus, jurisPR-MietR 11/2018 Anm. 2 (Anmerkung)
Christopher Sixtus, IMR 2018, 144 (Anmerkung)

Praxisreporte

Ulf P. Börstinghaus, jurisPR-MietR 11/2018 Anm. 2 (Anmerkung)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluss BGH 8. Zivilsenat, 18. November 2015, VIII ZR 266/14
Entgegen LG Berlin 65. Zivilkammer, 19. Juli 2011, 65 S 130/10
Anschluss BGH 8. Zivilsenat, 23. Mai 2007, VIII ZR 231/06
Abgrenzung BGH 8. Zivilsenat, 22. Februar 2006, VIII ZR 219/04
Abgrenzung LG Hamburg 7. Zivilkammer, 1. Juli 2004, 307 S 52/04

Tenor

Auf die Berufung des Beklagten wird das am 14. August 2013 verkündete Schlussurteil des Amtsgerichts Lichtenberg – 15 C 15/12 – teilweise geändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagte wird verurteilt, der Erhöhung der Nettokaltmiete für die Wohnung ... in ... Berlin, DG links, von bisher monatlich 440,79 € auf nunmehr 451,36 € mit Wirkung zum 1. April 2012 zuzustimmen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Klägerin wird verurteilt, an den Beklagten 1.827,93 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. August 2012 zu zahlen. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die weiter gehende Berufung wird zurückgewiesen.

Die im ersten Rechtszug angefallenen Sachverständigenkosten hat die Klägerin allein zu tragen. Von den übrigen Kosten des ersten Rechtszuges haben die Klägerin 9/14 und der Beklagte 5/14 zu tragen.

Die in der Berufungsinstanz angefallenen Sachverständigenkosten hat die Klägerin allein zu tragen. Von den übrigen Kosten des Berufungsrechtszuges haben die Klägerin 22/25 und der Beklagte 3/25 zu tragen.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der jeweiligen Gegenpartei durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des beizutreibenden Betrages abzuwenden, wenn nicht letztere vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision der Klägerin wird zugelassen.

Der Streitwert wird für den ersten Rechtszug auf 3.866,40 € (12 x 84,60 € Klage; 2.449,48 € + 401,72 € Widerklage) und für die Berufungsinstanz auf 2.560,38 € (12 x [486,45 € ./ 444,36 €] Klage; 2.055,30 € Widerklage) festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Klägerin ist Vermieterin, der Beklagte ist seit seit 1. Januar 2007 Mieter der im Tenor bezeichneten Wohnung. Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Grundlage eines Mieterhöhungsverlangens vom 30. Januar 2012 auf Zustimmung zu Erhöhung der Nettokaltmiete in Anspruch. Der Beklagte macht mit der Widerklage einen Anspruch auf anteilige Rückzahlung der für den Zeitraum Januar 2009 bis einschließlich März 2012 geleisteten Mietzahlungen geltend, da die Wohnfläche der Wohnung mehr als 10 % hinter der vertraglich vorgesehenen Wohnfläche zurückbleibe.
- 2 Wegen des Sach- und Streitstandes und der im ersten Rechtszug zur Entscheidung gestellten Sachanträge wird auf die Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. Ergänzend ist auszuführen, dass der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 24. Juli 2013 vor dem Amtsrichter das auf Zustimmung zur Mieterhöhung gerichtete Klagebegehren wegen eines weiteren Mieterhöhungsbetrages von 3,57 € anerkannt und nur insoweit Klageabweisung beantragt hat, als das Begehren der Klägerin über eine Zielmiete von 444,36 € hinausgeht.
- 3 Das Amtsgericht hat der Klage teilweise stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Es hat ein Sachverständigengutachten eingeholt, um die Wohnfläche der Wohnung festzustellen. Die Sachverständige hat eine Wohnfläche von 84,01 m² ermittelt; dabei hat sie unter Heranziehung der Wohnflächenverordnung (im Folgenden: WoFIVO) die Fläche des hofseitigen Balkons zur Hälfte und die Fläche des straßenseitigen Balkons zu einem Viertel berücksichtigt.
- 4 Das Amtsgericht hat davon abweichend auch die Fläche des straßenseitigen Balkons zur Hälfte berücksichtigt und eine Wohnfläche von 85,97 m² zu Grunde gelegt. Nach einer Entscheidung des Landgerichts Berlin (65 S 130/10, Urt. v. 19.07.2011, GE 2011, 1086 f.) sei die Wohnfläche in Berlin mangels anderweitiger Vereinbarung der Mietvertragsparteien zwar nach der Wohnflächenverordnung zu ermitteln; dabei entspreche es jedoch abweichend von § 4 Nr. 4 WoFIVO der örtlichen Übung, Balkone weiterhin stets zur Hälfte anzurechnen. Davon ausgehend bleibe die Wohnfläche nicht mehr als 10 % hinter der vertraglich vorgesehenen Wohnfläche zurück; die Parteien hätten den im Mietvertrag vorgesehenen Wert von 94,48 m² zu Grunde gelegt, auch wenn die Zahl gestrichen und mit der Anmerkung versehen worden sei, der Mieter erbitte deren Überprüfung.
- 5 Das am 14. August 2013 verkündete Urteil ist dem Beklagten am 21. August 2016 zugestellt worden. Er hat am 19. September 2016 Berufung eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 15. Oktober 2016 begründet, der an diesem Tag bei Gericht eingegangen ist.
- 6 Der Beklagte trägt vor, die Klägerin sei gar nicht aktiv legitimiert, da sie nicht Eigentümerin der vermieteten Wohnung Nr. 65 sei; das habe er erst kurz vor der letzten mündlichen Verhandlung erfahren. Der Beklagte hält die Wohnflächenermittlung der Sachverständigen für zutreffend, zumal der straßenseitige Balkon schlauchförmig und praktisch

gar nicht nutzbar sei; eine der Wohnflächenverordnung widersprechende örtliche Übung, wonach Balkonflächen stets hälftig in die Wohnflächenermittlung einfließen, gebe es nicht. Wegen entsprechender Unterschreitung der vertraglich vorgesehenen Wohnfläche sei die Ausgangsmiete um 12,46 % gemindert und verbiete die Kappungsgrenze eine weiter gehende Mieterhöhung. Außerdem stehe dem Beklagten für den Zeitraum Januar 2009 bis März 2012 gemäß §§ 812, 536 BGB Rückzahlung geleisteter Nettokaltmieten von 2.055,30 € (39 x 12,46 % x 423,00 €) zu.

7 Der Beklagte beantragt, unter Änderung des angefochtenen Urteils

8 die Klage abzuweisen, soweit zur Mieterhöhung über einen Betrag von 444,36 € hinaus verurteilt worden ist,

9 die Klägerin zu verurteilen, an den Beklagten 2.055,30 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 23. August 2012 zu zahlen.

10 Die Klägerin beantragt,

11 die Berufung zurückzuweisen.

12 Sie verteidigt das angefochtene Urteil und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.

13 Das Berufungsgericht hat ein weiteres Sachverständigengutachten eingeholt um zu klären, ob es in Berlin ortsüblicher Praxis entspricht, Balkonflächen bei der Ermittlung der Wohnfläche zur Hälfte anzusetzen. Wegen der Einzelheiten und des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf den Beweisbeschluss vom 26. November 2014 (Bl. II/33 d. A.), das Gutachten des Sachverständigen Dr. ... vom 30. März 2015 nebst Ergänzung vom 30. Juni 2015 und die Erörterung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2016 (Bl. II/113 f. u. 118 d. A.) sowie das Ergänzungsgutachten vom 6. Juli 2017 und die Erörterung im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 20. Dezember 2017 (Bl. III/42 f. d. A.) verwiesen.

II.

1.

14 Die Berufung ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt sowie begründet worden, §§ 511, 517, 519, 520 ZPO.

2.

15 Die Berufung hat teilweise Erfolg. Der Beklagte steht zu Recht auf dem Standpunkt, dass die Wohnfläche vorliegend nach Maßgabe der Wohnflächenverordnung zu ermitteln ist und deshalb entsprechend dem im ersten Rechtszug eingeholten Sachverständigengutachten mit 84,01 m² zu Grunde zu legen ist. Davon ausgehend steht der Klägerin gemäß §§ 558 ff. BGB eine Zustimmung zur Erhöhung der Nettokaltmiete auf 451,36 € zu; die weiter gehende Klage ist abzuweisen. Die Widerklage ist gemäß §§ 812, 536 BGB in Höhe von 1.827,93 € (39 x 11,08 % x 423,00 €) begründet, da die im Zeitraum Januar 2009 bis März 2012 gezahlte und vertraglich vereinbarte Nettokaltmiete von 423,00 € insofern gemäß § 536 BGB gemindert war, als die tatsächliche Wohnfläche der Wohnung hin-

ter der vertraglich vereinbarten Wohnfläche zurücksteht; dies entspricht einer Minderungsquote von 11,08 % ($[94,48 \text{ m}^2 \cdot 11,08\%] / 94,48 \text{ m}^2$).

a)

- 16 Die Klägerin hat gegen den Beklagten gemäß §§ 558, 558a, 558b BGB Anspruch auf Zustimmung zur Erhöhung der Nettokaltmiete auf 451,36 € mit Wirkung zum 1. April 2012.

aa)

- 17 Die Klage ist zulässig; das Mieterhöhungsverlangen vom 30. Januar 2012 genügt den formalen Anforderungen des § 558a BGB und die Frist des § 558b Abs. 3 BGB ist gewahrt. Die entsprechend dem Mietvertrag mit 94,48 m² zu Grunde gelegte Wohnfläche steht der formellen Wirksamkeit des Mieterhöhungsverlangens entgegen der Ansicht des Beklagten nicht entgegen. Das Begehren der Klägerin ist hinreichend begründet und der verlangte Erhöhungsbetrag nachvollziehbar berechnet. Dass die Wohnung tatsächlich eine geringere Wohnfläche aufweist und die Ausgangsmiete deshalb gemindert war, steht der Überprüfbarkeit des klägerischen Begehrens nicht entgegen.

bb)

- 18 Die Klägerin ist als Vermieterin der streitgegenständlichen Wohnung aktiv legitimiert. Darauf, ob die im Mietvertrag als Vermieterin ausgewiesene Klägerin zugleich Eigentümerin der Wohnung war, kommt es nicht an. Unerheblich ist auch, ob die im Mietvertrag mit Nr. 65 bezeichnete Wohnung in der Teilungserklärung mit einer anderen Nummer bezeichnet ist. Mietgegenstand ist die von der Klägerin überlassene, von dem Beklagten bewohnte und im Mietvertrag beschriebene Wohnung im Dachgeschoss links. Die Klägerin war und ist weiterhin Vermieterin dieser Wohnung; denn der Beklagte trägt nicht vor, dass die Klägerin Wohnungseigentümerin der Wohnung war, ihr Wohnungseigentum aber später veräußert und ihre Vermieterstellung nach § 566 BGB verloren hätte.

- 19 Die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Zustimmung zur Mieterhöhung nach § 558 BGB liegen vor, insbesondere war die Ausgangsmiete seit 15 Monaten unverändert und liegt die von der Klägerin angestrebte Miete unterhalb der ortsüblichen Vergleichsmiete, die das Amtsgericht zutreffend mit 544,38 € ($84,01 \text{ m}^2 \times 6,48 \text{ €/m}^2$) ermittelt hat; das ist zwischen den Parteien unstrittig. Einer vollständigen Stattgabe der Klage steht vorliegend nur die Kappungsgrenze nach § 558 Abs. 3 BGB entgegen. Diese beträgt entgegen der Ansicht des Amtsgerichts 20 % und nicht nur 15 %, da die Berliner Kappungsgrenzenverordnung erst nach Zugang des Mieterhöhungsbegehrens bei dem Beklagten erlassen wurde und rückwirkend schon deswegen keine Anwendung finden kann, weil auch § 558 Abs. 3 Satz 3 BGB als Ermächtigungsgrundlage erst seit dem 1. Mai 2013 in Kraft ist.

- 20 Die Kappungsgrenze steht dem über eine Zielmiete von 451,36 € ($423,00 \text{ €} \times [100\% + 11,08\%] \times 120\%$) hinausgehenden Klagebegehren entgegen. Die Ausgangsmiete beträgt nicht entsprechend der vertraglichen Vereinbarung 423,00 €, sondern ist wegen der hinter dem vertraglichen Versprechen um 11,08 % zurückbleibenden Wohnfläche entsprechend niedriger anzusetzen; denn nur in dieser Höhe war die Miete nach den gesetzlichen Regelungen in § 536 Abs. 1 und Abs. 4 BGB wirksam vereinbart. Dem steht nicht entgegen, dass eine Mietminderung wegen behebbarer Mängel der Mietsache für die Ermittlung des Erhöhungsbetrages und der Zielmiete im Rahmen einer Mieterhöhung nach §§ 558 ff. BGB keine Rolle spielt (vgl. dazu Schmidt/Futterer, Mietrecht, 13. Aufl.

2017, § 558 Rn. 79), denn der Mangel einer hinter den vertraglichen Vereinbarungen zurückbleibenden Wohnfläche bestimmt die Beschaffenheit der Wohnung und ist nicht behebbar.

(1)

- 21 Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass ein zur Minderung führender Mangel der Wohnung vorliegt, wenn deren Wohnfläche mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Fläche liegt, ohne dass gesondert zu prüfen wäre, ob die Tauglichkeit der Wohnung zum vertragsgemäßen Gebrauch infolge der Flächendifferenz gemindert ist (vgl. BGH - VIII ZR 295/03 -, Urt. v. 24.03.2004, GE 2004, 682 f.; BGH - VIII ZR 44/03, Urt. v. 24.03.2004, NJW 2004, 2230; BGH - VIII ZR 231/06 -, Urt. v. 23.05.2007, GE 2007, 1047 ff., Rn. 12; alle zitiert nach juris). Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Parteien legten dem Mietvertrag eine Wohnfläche von 94,48 m² zu Grunde. Dem steht der Umstand, dass die Wohnflächenangabe im Mietvertrag gestrichen wurde, aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils nicht entgegen. Die Parteien wollten die Wohnflächenangabe weder aus dem Vertrag tilgen noch als unverbindlich deklarieren, sondern lediglich die Zweifel des Beklagten dokumentieren, ob die Wohnfläche im Hinblick auf die Dachschrägen zutreffend ermittelt worden war.
- 22 Die Wohnfläche beträgt demgegenüber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme tatsächlich lediglich 84,01 m². Davon entfallen nach dem Aufmaß der Sachverständigen (vgl. Bl. I/128 d. A.) auf den umbauten Raum 76,27 m², auf den hofseitigen Balkon 5,78 m² (entsprechend 50 % der Grundfläche) und auf den straßenseitigen Balkon 1,96 m² (entsprechend 25 % der Grundfläche). Zwischen den Parteien streitig ist nur noch, ob die Grundfläche des straßenseitigen Balkons entsprechend § 4 Nr. 4 WoFIVO höchstens zu einem Viertel oder deshalb zur Hälfte zu berücksichtigen ist, weil es bei der Wohnflächenermittlung in Berlin der örtlichen Verkehrsübung entspreche, Flächen von Balkonen und Terrassen zur Hälfte zu berücksichtigen.
- 23 Haben die Parteien eines Mietvertrages, wie vorliegend, keine Vereinbarung über die zur Ermittlung der Wohnfläche anzuwendende Methode getroffen, ist der Begriff der "Wohnfläche" auch bei frei finanzierten Wohnraum grundsätzlich anhand der für preisgebundenen Wohnraum geltenden Bestimmungen auszulegen. Abweichendes gilt dann, wenn die Parteien dem Begriff der Wohnfläche im Einzelfall eine abweichende Bedeutung beigemessen haben oder ein anderer Berechnungsmodus ortsüblich oder nach der Art der Wohnung naheliegender ist (ständige Rechtsprechung, vgl. BGH - VIII ZR 44/03 -, Urt. v. 24.03.2004, GE 2004, 680 ff., Rn. 14; BGH - VIII ZR 231/06 -, Urt. v. 23.05.2007, GE 2007, 1047 ff., Rn. 13; BGH - VIII ZR 86/08 -, GE 2009, 344 ff.; alle zitiert nach juris). Die vorliegende Wohnung weist keine eine andere Berechnungsweise nahe legende Besonderheiten auf, sodass die Wohnfläche nach der für preisgebundenen Wohnraum seit dem 1. Januar 2004 anwendbaren Wohnflächenverordnung zu bestimmen ist, sofern sich in Berlin keine abweichende örtliche Übung durchgesetzt hat. Ob eine örtliche Verkehrsüblichkeit besteht, der Ermittlung der Wohnfläche ein anderes Regelwerk zu Grunde zu legen, ist im Streitfall erforderlichenfalls unter Hinzuziehung eines/einer Sachverständigen zu klären; dabei kommen als alternative Regelwerke namentlich die II. Berechnungsverordnung, die DIN 283 oder die DIN 277 in Betracht (vgl. BGH - VIII ZR 231/06 -, a. a. O., Rn. 15).
- 24 Diesem Ansatz folgend hat die Zivilkammer 65 für ein im Jahre 2006 zu Stande gekommenes Mietverhältnis entschieden, dass es damals in Berlin örtlicher Übung entspro-

chen habe, die Flächen von Balkonen, Loggien, Dachgärten und Terrassen in Anlehnung an die II. Berechnungsverordnung bei der Wohnflächenermittlung weiterhin zur Hälfte zu berücksichtigen (LG Berlin - 65 S 130/10 -, Urt. v. 19.07.2011, GE 2011, 1086 f.). Die Kammer hat die Verfahrensakten beigezogen, sieht sich jedoch nicht in der Lage, ihrer Entscheidung das damals eingeholte Sachverständigengutachten zu Grunde zu legen. Zum einen ging es in jenem Verfahren nicht um einen Balkon, sondern um die Anrechnung der Flächen einer Terrasse. Zum anderen hatte der damals beauftragte Sachverständige bei der durchgeführten Erhebung nicht danach unterschieden, ob der jeweilige Mietvertrag vor Inkrafttreten der WoFIVO am 1. Januar 2004 oder danach abgeschlossen worden war, sondern schlicht danach gefragt, welche Anteile der Terrassenflächen in den Wohnflächen Berücksichtigung fanden.

- 25 Die Kammer hat ein neues Sachverständigengutachten eingeholt. Sie hat auf Grundlage der durch den Sachverständigen für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken Dr. ... durchgeführten Erhebung nicht die Überzeugung gewinnen können, dass in Berlin im Jahre 2007 eine örtliche Übung bestand, wonach der Anrechnung von Terrassen- und Balkonflächen bei der Ermittlung der Wohnfläche ein anderes Regelwerk als die Wohnflächenverordnung zu Grunde zu legen war. Der Sachverständige hat in Berlin tätige Interessenvertretungen der Mieter und der Vermieter sowie den Gutachterausschuss befragt. Er hat in Abstimmung mit den Parteien und dem Gericht einen Fragebogen entworfen, den er an 458 Verwaltungen, Baugenossenschaften, Wohnungsbau-Gesellschaften und Immobilieninvestoren versandt hat. Etwa 12 % der Fragebögen sind ausgefüllt zurückgesandt worden und haben ausgewertet werden können; davon stammen neun Fragebögen von Großvermietern mit mehr als 5.000 Wohnungen im Bestand und 19 von Vermietern und Verwaltungen, die zwischen 1.000 und 5.000 Wohnungen betreuen. Fast alle befragten Interessenvertretungen sowie rund 80 % der übrigen Umfrageteilnehmer haben angegeben, die Wohnungsmietverträgen zu Grunde gelegte Wohnfläche sei nach Maßgabe der Wohnflächenverordnung zu ermitteln; nur je vier Vermieter sehen die II. Berechnungsverordnung oder die DIN 277 als maßgeblich an. Obwohl § 4 Nr. 4 WoFIVO vorsieht, dass Balkonflächen im Regelfall nur zu einem Viertel in die Wohnfläche einfließen, haben gleichzeitig fast 75 % der Teilnehmer angegeben, dass sie Flächen von Balkonen und Terrassen regelmäßig zur Hälfte berücksichtigten; weniger als 20 % der Teilnehmer berücksichtigten Balkonflächen im Regelfall zu einem Viertel. Allein bei den Großvermietern mit mehr als 5.000 Wohnungen ergibt sich eine deutlich abweichende Quote. Innerhalb dieser Gruppe haben zwar ebenfalls rund 80 % der Teilnehmer (7 von 9 Teilnehmern) mitgeteilt, die Wohnflächenverordnung anzuwenden. Hier gibt aber fast die Hälfte der Teilnehmer (4 von 9 Teilnehmern) an, regelmäßig 25 % der Flächen von Balkonen und Terrassen anzusetzen oder im Einzelfall nach Größe und Lage zu entscheiden, wie es den Vorgaben des § 4 Nr 4 WoFIVO entspricht.
- 26 Die Kammer hält die Erhebung zwar nicht für repräsentativ, die gewonnene Stichprobe aber doch für ausreichend umfangreich und belastbar, um die Beweisfrage zu klären. Soweit nach dem Ergebnis der Umfrage im Jahr 2007 tatsächlich eine weit verbreitete Übung bestand, Balkonflächen im Rahmen der Wohnflächenermittlung zur Hälfte zu berücksichtigen, reicht dies allein entgegen der Ansicht der Klägerin aber nicht aus, eine entsprechende örtliche Verkehrssitte festzustellen. Vielmehr ist dieses Ergebnis der Umfrage im Lichte des weiteren Umfrageergebnisses zu würdigen, dass die Marktteilnehmer der Wohnflächenermittlung ganz überwiegend nicht die II. Berechnungsverordnung zu Grunde legten, die als Regelfall eine hälftige Berücksichtigung der Balkonflächen vorsieht, sondern vielmehr die Wohnflächenverordnung für einschlägig halten. Die Kammer

folgt dem Sachverständigen darin, dass die Umfrageergebnisse kein klares Bild einer örtlichen Verkehrssitte vermitteln, sondern insofern widersprüchlich wirken, als die Marktteilnehmer sich überwiegend auf die Wohnflächenverordnung berufen, deren Regelungen über die Anrechnung von Balkonflächen jedoch mehrheitlich nicht zu kennen scheinen oder sie jedenfalls nicht anwenden. Ausgehend von der oben bereits zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach mit dem Begriff des ortsüblichen Berechnungsmodus eine "bestehende örtliche Verkehrssitte [gemeint ist], die Wohnfläche nach einer der für die Wohnflächenberechnung in Betracht kommenden Bestimmungen - also nach der Zweiten Berechnungsverordnung oder der Wohnflächenverordnung, der DIN 283 oder der DIN 277 - zu berechnen" (vgl. BGH - VIII ZR 231/06 -, a. a. O., Rn. 15), kann eine der Vertragsauslegung aus Gründen des Vertrauensschutzes als beachtlich zu Grunde zu legende Verkehrssitte nicht darin bestehen, dass einzelne Bestimmungen eines für die Wohnflächenermittlung geeigneten und ganz überwiegend als anwendbar angesehenen Regelwerks in der Praxis häufig übersehen oder fehlerhaft angewandt werden. Vielmehr geht die Kammer mit dem Sachverständigen davon aus, dass der Wohnflächenermittlung in Berlin im Jahre 2007 mangels anderweitiger Abreden der Mietvertragsparteien die Wohnflächenverordnung zu Grunde zu legen war, weil sich nicht feststellen lässt, dass es ortsüblicher Praxis entsprach, der Wohnflächenermittlung ein anderes Regelwerk als die Wohnflächenverordnung zu Grunde zu legen.

- 27 Die offenbar weit verbreitete Praxis, Balkonflächen bei der Wohnflächenberechnung regelmäßig zur Hälfte zu berücksichtigen, stellt sich mithin deshalb nicht als für die Mietvertragsauslegung beachtliche örtliche Verkehrssitte dar, weil sie nicht vom Willen der Marktteilnehmer getragen ist, die Wohnfläche nach einem Regelwerk zu ermitteln, das eine solche Anrechnung vorsieht. Die Umfrageteilnehmer haben nämlich ganz überwiegend angegeben, dass sie die Wohnflächenverordnung als anwendbar ansehen. Die gegenüber den übrigen Gruppen deutlich höhere Quote der Großvermieter, die die Balkonflächen tatsächlich nach Maßgabe von § 4 Nr. 4 WoFIVO behandeln, bestätigt nach Auffassung der Kammer, dass eine abweichende Praxis auf bloßen Rechtsanwendungsfehlern beruht, die mit zunehmender Professionalität der Vermieter seltener werden und jedenfalls nicht von einer Vorstellung der Marktteilnehmer getragen sind, ein von der Wohnflächenverordnung abweichendes System der Wohnflächenermittlung oder die Wohnflächenverordnung in abgewandelter Form anzuwenden. Für diese Würdigung spricht auch, dass kein einziger Umfrageteilnehmer sich auf eine Berliner Verkehrssitte berufen hat, nach der Balkonflächen unabhängig von einem heranzuziehenden Regelwerk regelmäßig oder stets zur Hälfte zu berücksichtigen seien.

(2)

- 28 Steht die tatsächliche Wohnfläche mithin vorliegend um mehr als 10 % hinter der vertraglich vorgesehenen Wohnfläche zurück, so ist von einer nicht unerheblichen Beeinträchtigung des Nutzens der Wohnung auszugehen und war die für die Höhe der Kappungsgrenze entscheidende Ausgangsmiete entsprechend gemindert. Der ausweislich des veröffentlichten Leitsatzes abweichenden Ansicht des Landgerichts Hamburg, eine Mietminderung komme nicht in Betracht, wenn sich die Flächenabweichung nur auf Grund "einer normativen Bewertung hinsichtlich der Frage der Anrechenbarkeit einer Terrassenfläche" ergebe (vgl. LG Hamburg - 307 S 52/04 -, Urte. v. 01.07.2004, WE 2005, 20 f.; so auch AG Charlottenburg - 221 C 259/02 -, Urte. v. 21.12.2005, GE 2006, 919, Rn.

55; beide zitiert nach juris), folgt die Kammer im Hinblick auf die gefestigte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht.

29 Der Bundesgerichtshofs hat im Fall des Landgerichts Hamburg allerdings im Ergebnis bestätigt, dass die Wohnfläche vertragsgemäß war und eine Nutzungseinschränkung nicht vorlag, da dem Mieter die Wohnflächen aller Zimmer und der Küche bei Abschluss des Mietvertrages bekannt war, er über einen maßstabgerechten Grundriss der Wohnung verfügte und auf Grund der erheblichen Ausmaße der Terrasse von fast 65 m² erkennen konnte, dass deren Grundfläche zu einem wesentlichen Anteil in die im Mietvertrag angegebene Gesamtfläche von "ca. 149 m²" eingeflossen war (vgl. BGH - VIII ZR 219/04 -, Urte. v. 22.02.2006, NJW-RR 2006, 801 f., zitiert nach juris). Eine vergleichbare Fallgestaltung liegt hier jedoch nicht vor; die Klägerin trägt nicht vor, dass der Beklagte bei Abschluss des Mietvertrages über Unterlagen verfügte, an Hand derer er abschätzen konnte, welcher Anteil der im Vertrag angegebenen Wohnfläche auf den umbauten Raum der Wohnung entfiel und welche Flächen danach ungefähr für die Balkone angesetzt waren. Solche Informationen sind auch nicht im Mietvertrag selbst enthalten, insbesondere ist in § 3 Nr. 3 des Mietvertrages in Bezug auf die Verteilung der Heizkosten kein konkreter Wert für die beheizte Wohnfläche angegeben, sondern lediglich geregelt, dass die Abrechnung der nicht nach Verbrauchsanteilen umzulegenden Heizkosten nach billigem Ermessen zu erfolgen habe.

b)

30 Der Beklagte hat gegen die Klägerin gemäß §§ 812, 536 BGB Anspruch auf anteilige Rückzahlung der im Zeitraum Januar 2009 bis März 2012 geleisteten Nettokaltmiete in Höhe von 1.827,93 € (39 x 11,08 % x 423,00 €); soweit der Beklagte die Wohnflächendifferenz von 10,47 m² (94,48 m² ./. 84,01 m²) statt zur versprochenen zur tatsächlichen Wohnfläche in Beziehung setzt und so zu einer höheren Minderungsquote gelangt, ist die Widerklage abzuweisen. Der Beklagte kann auch nicht damit durchdringen, dass die Fläche des straßenseitigen Balkons nicht zu einem Viertel, sondern gar nicht zu berücksichtigen sei. Die Kammer folgt der fehlerfreien Beurteilung der im ersten Rechtszug befassten Sachverständigen Schäfer und nimmt auf deren Ausführungen Bezug.

31 Der mit der rechtsgrundlosen Leistung der Nettokaltmietbeträge entstandene Rückzahlungsanspruch des Beklagten ist weder verjährt noch verwirkt. Die Widerklage ist im August 2012, mithin vor Ablauf der Verjährungsfrist für im Jahre 2009 entstandene Rückzahlungsansprüche erhoben worden. Auch wenn zu diesem Zeitpunkt seit Abschluss des Mietvertrags etwas mehr als fünf Jahre vergangen waren und somit das für eine Verwirkung erforderliche Zeitmoment erfüllt gewesen sein könnte, fehlt es jedenfalls am daneben erforderlichen Umstandsmoment. Die Tatsache, dass der Beklagte seinen bei Mietvertragsabschluss geäußerten Vorbehalt gegen die Ermittlung der Wohnfläche nicht erneuerte und die schon damals erbetene Überprüfung nicht erneut einforderte, steht einem Verzicht auf diesen Vorbehalt nicht gleich. Fehlt es schon an einem berechtigten Vertrauen der Klägerin darauf, dass der Beklagte sich mit einer Wohnflächendifferenz abgefunden hätte, so ist ferner auch nicht ersichtlich, dass sie ihr Verhalten an einem solchen Vertrauen ausgerichtet und deswegen bestimmte Dispositionen getroffen hätte.

32 Der Rückforderungsanspruch des Beklagten ist auch nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen. Es lässt sich nicht feststellen, dass der Beklagte im Zeitraum bis März 2012 Kenntnis von der vorliegenden Wohnflächenunterschreitung erlangte und daraus den zutreffenden Schluss zog, dass die Miete teilweise gemindert war und insoweit nicht bezahlt

werden musste. Den Heizkostenabrechnungen ist zwar die auf den umbauten Wohnraum entfallende beheizbare Wohnfläche zu entnehmen, die die Klägerin mit 74,86 m² ansetzte. Es gibt jedoch keinen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür, dass der Beklagte auf Grundlage dieser Information den fehlerhaften Ansatz der Balkonflächen erkannte und daraus auch die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zog.

- 33 Die begehrten Zinsen stehen dem Beklagten gemäß §§ 291, 288 BGB zu, soweit die Widerklage in der Hauptsache begründet ist.
- 3.
- 34 Die Kostenentscheidung folgt §§ 92 Abs. 1, 96 ZPO. Es entspricht der Billigkeit, die Kosten des Sachverständigenbeweises im ersten Rechtszug vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen, da die Beweisaufnahme den die Balkonflächen betreffenden Sachvortrag des Beklagten bestätigt hat und die Beweisaufnahme allein durch das Bestreiten der Klägerin veranlasst gewesen ist. Auch die Kosten der Beweisaufnahme im zweiten Rechtszug sind nach § 96 ZPO der Klägerin aufzuerlegen, da diese allein durch die erfolglos gebliebene Behauptung einer besonderen Berliner Verkehrssitte veranlasst gewesen ist.
- 35 Die Anordnung der vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.
- 36 Gemäß § 543 Abs. 2 ZPO ist die Revision der Klägerin zuzulassen. Die Frage, ob in Berlin eine örtliche Verkehrssitte besteht, Balkonflächen bei der Wohnflächenermittlung abweichend von den Vorgaben der Wohnflächenverordnung zu berücksichtigen, stellt sich in einer Vielzahl von Fällen. Konkrete Vorgaben dazu, wie der Tatrichter das Bestehen oder Nichtbestehen einer solchen örtlichen Verkehrssitte festzustellen hat, hat der Bundesgerichtshof, soweit ersichtlich, bisher nicht gemacht. Der von der Klägerin aufgeworfenen Frage, ob schon eine weit verbreitete tatsächliche Verfahrensweise der Marktteilnehmer als Verkehrssitte beachtlich sein kann oder es darüber hinaus auf die der Verfahrensweise zu Grunde liegenden rechtlichen Vorstellungen der Marktteilnehmer ankommt, kommt deshalb grundsätzliche Bedeutung zu.
- 37 Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf §§ 63 Abs. 2, 47 Abs. 1, 41 GKG.