

# BUNDESGERICHTSHOF<sup>2078 063</sup>

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 162/63

URTEIL

Verkündet am

28. April 1965  
Klett,  
Justizsekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Beklagten und Revisionsklägerin,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

1.  
2.  
3. a)

b)

zu b) als Erben des Klägers zu 3,

4.

Kläger zu 1, 2 und 4 wohnhaft in  
straße 8,

Kläger und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

- 3 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. April 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel und Dr. Mezger

für Recht erkannt:

- I. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 7. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 8. Januar 1963 - 7 U 68/62 - wird zurückgewiesen, soweit sie sich gegen die Zurückweisung ihrer Berufung gegen das Urteil der 19. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 2. November 1961 und die Abweisung ihrer erhöhten Zahlungswiderklage gegen die vier Klageparteien richtet.
- II. Auf die Revision der Beklagten wird das zu I bezeichnete Berufungsurteil in der Kostenentscheidung und insoweit aufgehoben, als die Feststellungswiderklage als unzulässig abgewiesen worden ist. Im Umfange der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, soweit nicht über die Kosten des Berufungsverfahrens unter III endgültig entschieden worden ist.
- III. Von den bisher entstandenen Kosten im Berufungsverfahren und den Kosten des Revisionsverfahrens hat die Beklagte zu tragen:
  1. die außergerichtlichen Kosten der Kläger zu 3a und b,
  2. ihre eigenen außergerichtlichen Kosten zu 1/2 und 2/5 der außergerichtlichen Kosten der Kläger zu 1, 2 und 4.



3. 1/2 der Gerichtskosten, jedoch im Verhältnis zu den Klägern zu 3a und b alle Gerichtskosten.

Über die weiteren Kosten hat das Berufungsgericht zu entscheiden, auch soweit es sich um die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens handelt.

Von rechts wegen

Tatbestand:

Die Rechtsvorgängerin der Beklagten errichtete auf ihrem Grundstück in Hamburg, Adolfstraße 8, ein Miethaus mit einer Kellerwohnung und acht Etagenwohnungen. Öffentliche Mittel wurden nicht in Anspruch genommen, jedoch wurde Steuervergünstigung beansprucht. Die Wohnungen wurden im November 1951 bezugsfertig. Die Gesamtkosten wurden auf 325 456 DM berechnet. Davon entfielen auf Bau- und Baunebenkosten = 286 174,10 DM. Der Restbetrag von 39 281,90 DM ist der gemäß Einheitswertbescheid des Finanzamtes vom 14. Juli 1953 errechnete Bodenwertanteil für die neu geschaffenen Wohnungen. Die kleinste der acht Wohnungen nutzt die Verkäuferin des Bauplatzes aufgrund eines ihr zur teilweisen Abgeltung des Kaufpreises bestellten lebenslänglichen Wohnrechts. Die übrigen sieben Wohnungen, von denen jede um 104 - 110 qm groß ist, wurden an die vier (ursprünglichen) Kläger und drei weitere Mieter vermietet. Alle sieben Mieter mußten jeweils vier bis fünf Monate vor

Beginn ihres Mietvertrages einen verlorenen Baukostenzuschuß in Höhe von je 8 000 DM zahlen, für den sie Steuervergünstigung nach § 7c des Einkommensteuergesetzes in Anspruch nahmen. Als Mietzins wurde jeweils ein Betrag von 1,59 DM je qm Wohnfläche vereinbart. Davon wurden 0,09 DM je qm für Treppenreinigung gerechnet. Alle Verträge enthielten die Klausel (§ 3 Abs. 2), daß der Vermieter einen sofortigen unmittelbaren Zahlungsanspruch auf preisrechtlich genehmigte Mieterhöhungen, Umlagen (z.B. Wassergeld, Heizungskosten) usw. hat. In ihnen war eine Mietzeit bis zum 31. Dezember 1956 vereinbart, jedoch machten sämtliche Mieter von dem für sie vorgesehenen Optionsrecht auf weitere fünf Jahre Gebrauch, so daß sich die Mietzeit bis zum 31. Dezember 1961 verlängerte. Auch danach blieben die Mieter wohnen.

Mit gleichlautenden Schreiben vom 10. Juli 1957 forderte die Vermieterin alle Mieter unter Bezugnahme auf §§ 18 ff des 1. Bundesmietengesetzes vom 27. Juli 1955 auf, vom 1. August 1957 an eine auf eine Kostenmiete von 2,49 DM je qm erhöhte Miete (zuzüglich 5 DM je Monat für Treppenreinigung) zu zahlen. Den Schreiben war eine entsprechende Wirtschaftlichkeitsberechnung beigelegt. Diese wurde später durch eine neue Berechnung vom 1. März 1958 ersetzt, in der die Vermieterin die Kostenmiete auf 2,367 DM je qm Wohnfläche errechnete. Diese Miete forderte die Vermieterin von ihren Mietern mit Schreiben vom 3. März 1958 und erneut am 29. Dezember 1960. Alle Mieter weigerten sich, eine erhöhte Miete zu zahlen, weil das Verlangen der Vermieterin nach einer Mieterhöhung mit Rücksicht auf die gezahlten Baukostenzuschüsse nicht gerechtfertigt sei (§ 19 Abs. 2 Satz 1 1. BMG).

Die Vermieterin ist der Auffassung, die Mieter könnten sich auf ihre Zuschüsse nicht berufen, weil diese bereits in anderer Weise durch Mietermäßigung berücksichtigt worden seien (§ 19 Abs. 3 1. BMG). Dazu behauptet sie, die Mieter hätten von Anfang an nur eine erheblich unter der Kostenmiete liegende Miete gezahlt. Wenn die Mieter keine Zuschüsse geleistet hätten, so hätte die Kostenmiete ab 1. Dezember 1951 = 2,729 DM und ab 1. August 1957 sogar = 2,764 DM je qm Wohnfläche betragen. Dadurch seien den Mietern erhebliche Vorteile zugeflossen.

Die Kläger zahlten bis Ende 1961 folgende <sup>monatlichen</sup> Mieten: Kläger zu 1 = 163,95 DM, Kläger zu 2 = 163,75 DM, Kläger zu 3 = 164,05 DM und Klägerin zu 4 = 163,50 DM. Nach Berechnung der Beklagten vom 1. März 1958 sollten sie vom 1. August 1957 an zahlen: 247,49 DM (Kläger zu 1), 247,21 DM (Kläger zu 2), 247,60 DM (Kläger zu 3) und 246,76 DM (Klägerin zu 4). Die Beklagte errechnete in ihrem Schreiben vom 29. Dezember 1960 (GA 17 ff) nach dem Stichtag vom 30. November 1960 (für vierzig Monate) folgende Rückstände: 3 341,60 DM (Kläger zu 1), 3 338,40 DM (Kläger zu 2), 3 344,40 DM (Kläger zu 3) und 3 330,40 DM (Klägerin zu 4). Die Kläger erhoben daraufhin wegen dieser Beträge im Februar 1961 negative Feststellungsklage. Die Beklagte ging im Wege der Widerklage zur Leistungsklage über, indem sie unter Hinzurechnung der nach ihrer Darstellung für die Zeit vom 1. Dezember 1960 bis 30. April 1961 (= 5 Monate) weiter aufgelaufenen Rückstände folgende Beträge einklagte: 3 842,84 DM (Kläger zu 1), 3 839,16 DM (Kläger zu 2), 3 846,06 DM

(Kläger zu 3) und 3 829,96 DM (Klägerin zu 4). Außerdem forderte sie nunmehr<sup>an</sup> aufgelaufenen Zinsen, für die Zeit vom 1. August 1961 bis 30. April 1961 folgende Beträge: 287,97 DM, 287,76 DM, 288,18 DM und 287,03 DM. Die Klage erklärten die Parteien übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt.

Das Landgericht wies die Widerklage ab (Urt. vom 2. November 1961). Im Berufungsrechtszuge erhöhte die Beklagte ihren Widerklageantrag um die nach ihrer Berechnung für die Zeit vom 1. Juni 1961 bis 31. Dezember 1961 (= weitere 7 Monate) weiterhin rückständig gewordenen Mieten auf insgesamt 4 427,62 LM (Kläger zu 1), 4 423,38 DM (Kläger zu 2), 4 431,33 DM (Kläger zu 3) und 4 412,78 LM (Klägerin zu 4). Außerdem verlangte sie an für die Zeit vom 1. August 1957 bis 30. November 1961 rückständig gewordenen Zinsen nunmehr 383,67 DM, 383,37 LM, 389,95 DM und 379,58 LM.

Aufgrund einer neuen Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 6. Dezember 1961 hatte die Beklagte inzwischen die monatliche Miete für die Zeit ab 1. Januar 1962 auf 2,6308 DM je qm Wohnfläche errechnet und mit gleichlautenden Schreiben vom 6. Dezember 1961 von den Klägern die danach errechneten Monatsmieten: Kläger zu 1 = 275,08 DM, Kläger zu 2 = 274,76 DM, Kläger zu 3 = 275,26 DM und Klägerin zu 4 = 274,26 DM von dem genannten Zeitpunkt an verlangt. Die Kläger zu 1, 2 und 4 zahlten diese Beträge unter Vorbehalt. "Rückstände" für die Zeit vorher zu zahlen, weigerten sich sämtliche Kläger weiterhin.

Die Beklagte erweiterte mit Schriftsatz vom 6. November 1962 ihre Widerklage gegen die Kläger zu 1, 2 und 4 dahin, festzustellen, 1. daß diesen Mietern für das Jahr 1962 kein Anspruch auf Rückzahlung von Mietzins zusteht, und 2., daß die monatliche Miete ab 1. Januar 1963 für den Kläger zu 1 = 286,54 DM, für den Kläger zu 2 = 286,21 DM und für die Klägerin zu 4 = 285,69 DM beträgt. Diese weitere Erhöhung soll auf den Wegfall der zehnjährigen Steuervergünstigung mit Wirkung vom 1. April 1962 (monatlich = 0,1096 DM je qm Grundfläche) zurückzuführen sein (Schreiben und Berechnung vom 22. Januar 1962). Gegenüber dieser Feststellungsklage rügten die Kläger zu 1, 2 und 4 Klagänderung.

Das Berufungsgericht wies die Berufung der Beklagten zurück. Die erhöhte Zahlungswiderklage wies es als unbegründet, die neu erhobene Feststellungswiderklage als unzulässig ab.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, verfolgt die Beklagte ihre Widerklage, auch soweit sie im Berufungsrechtszuge erhöht und gegen die Kläger zu 1, 2 und 4 auch auf Feststellung gerichtet ist, weiter.

Die Sache wurde gleichzeitig mit dem Rechtsstreit der Beklagten als Klägerin gegen ihre drei weiteren Mieter als Beklagte verhandelt (VIII ZR 135/63 = 11.O. 205/61 = 7 U 192/62 LG und OLG Hamburg). Die Parteien nahmen jeweils auf ihr Vorbringen in jenem Rechtsstreit auch im gegenwärtigen Bezug.

Entscheidungsgründe:

A.

Miete für die Zeit vom 1. August 1957 bis 31. Dezember 1961

I. Die Wohnungen, um die es sich handelt, sind im steuerbegünstigten Wohnungsbau (ohne Inanspruchnahme öffentlicher Mittel) neu geschaffener Wohnraum, der nach dem 31. Dezember 1949, aber vor dem 1. Juli 1956 bezugsfertig geworden ist (vgl. I. BVO vom 20. November 1950 BGBl I 1950, 753 i.d.F. des § 47 der II. BVO vom 17. Oktober 1957 BGBl I S. 1719). Für diesen Wohnraum kann der Vermieter nach §§ 22, 18 ff I. BMG vom 27. Juli 1957 (BGBl I S. 389), wenn die vereinbarte Miete, wie hier, unter der nach der I. BVO vom 20. November 1950 zu berechnenden (vgl. §§ 46, 47 der II. BVO vom 17. Oktober 1957) Kostenmiete liegt, durch Abgabe einseitiger Mieterhöhungserklärungen, die hier am 10. Juli 1957 abgegeben worden sind, grundsätzlich eine Anhebung der Miete auf die zulässige Kostenmiete erreichen. Nach Art. X § 2 des Gesetzes über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft usw. vom 23. Juni 1960 (BGBl I. S. 389) darf die Miete vom Inkrafttreten dieses Gesetzes an (1. Juli 1960) auch auf den Betrag erhöht werden, der sich aus einer neuen Wirtschaftlichkeitsberechnung aufgrund der II. BVO vom 17. Oktober 1957 ergibt. Dem Vermieter stehen jedoch nach § 19 Abs. 2 I. BMG die Rechte aus § 18 Abs. 1 I. BMG insoweit nicht zu, als im Hinblick auf die Leistungen des Mieters, insbesondere wegen eines verlorenen Baukostenzuschusses, eine Mieterhöhung nicht gerechtfertigt ist. Das hat das Berufungsgericht hier für die Zeit bis 31. Dezember 1961 (das ist der Zeitpunkt, zu dem

die Mietverträge nach Ausübung des den Mietern eingeräumten Optionsrechtes endeten) angenommen. Es hat verneint, daß die Baukostenzuschüsse der Mieter bereits in anderer Weise durch Mietermäßigung im Sinne von § 19 Abs. 3 1. BMG berücksichtigt worden seien. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urt. vom 8. Februar 1961 - VIII 40/60 = LM 1. BMG § 19 Nr. 5 = § 22 Nr. 2 = MDR 1961, 594 = WM 1961, 610) vertritt es weiter die Auffassung, daß die in § 3 der Mietverträge vereinbarte Gleitklausel die Mieter nicht hindere, sich auf § 19 Abs. 2 des 1. BMG zu berufen. Die Vermieterin hat hier auch nicht geltend gemacht, daß die vereinbarte Gleitklausel eine andere Bedeutung als in der Regel habe.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts enthalten im Ergebnis keinen Rechtsirrtum zum Nachteil der Vermieterin. Sie halten auch gegenüber den Verfahrensrügen der Revision einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 19 Abs. 2 1. BMG zugunsten des Mieters ist, daß der Vermieter zum Ersatz des Zuschusses nicht verpflichtet ist. In § 1 Abs. 1 Artikel VI des Gesetzes zur Änderung des 2. Wohnungsbaugesetzes, anderer wohnungsbaurechtlicher Vorschriften und über die Rückerstattung von Baukostenzuschüssen vom 21. Juli 1961 (EGBI I, 1941) ist zwar nunmehr gesetzlich bestimmt, daß der Vermieter bei Beendigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum einen verlorenen Zuschuß zurückzuerstatten hat, soweit er nicht durch die Dauer des Mietverhält-

nisses als getilgt anzusehen ist. Durch diese in Fortbildung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Rückerstattung verlorener Baukostenzuschüsse bei vorzeitiger Beendigung des Mietverhältnisses (vgl. Bericht des zuständigen Bundestagsausschusses zur Bundestagsdrucksache 2764, Glaser in MDR 1962, 85) zugunsten der Mieter getroffene Regelung ist aber der Vorschrift des § 19 Abs. 2 l. BMG keine andere Bedeutung beigelegt, als sie im Zeitpunkt ihres Erlasses hatte. Es besteht jedenfalls entgegen der Auffassung der Revision keinerlei Anhalt dafür, daß einem Mieter, der einen in seinem Mietvertrag als verloren bezeichneten Zuschuß geleistet hat, gegenüber einem Erhöhungsverlangen des Vermieters durch die neue gesetzliche Regelung rückwirkend die Berufung auf § 19 Abs. 2 l. BMG versagt werden sollte. Im übrigen hat schon das Landgericht in seinem Urteil vom 2. November 1961 (S. 17, 18) in der auch vor dem Berufungsgericht gleichzeitig mit dieser Sache verhandelten Parallelsache ( 9.O. 15/61 = 7 U 68/62) ausgeführt, den Mietern stehe ein Rückerstattungsanspruch hier nicht zu. Dabei verweist es auf § 3 Art. VI des Gesetzes vom 21. Juni 1961, nach dem ein vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes vereinbarter (verlorener) Zuschuß als für eine Mietdauer gewährt gilt, die unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht. Es legt die hier abgeschlossenen Mietverträge dahin aus, die Zuschüsse der Mieter müßten mit dem Ablauf der zehnjährigen Mietzeit am 31. Dezember 1961 als getilgt angesehen werden. Diese Auslegung hat sich das Berufungsgericht zu eigen gemacht; denn es bezieht sich unter Hinweis auf das Ende der Mietzeit (31. Dezember 1961) auf die Entscheidung des Landgerichts Hamburg in MDR 1962, 58, wonach der Bau-

kostenzuschuß nach Ablauf der vereinbarten Mietdauer als abgewohnt gelte. Das Berufungsgericht hat hier- nach ohne Rechtsirrtum die von jedem Mieter gezahlten 8 000 LM auf die Mietzeit von rd. zehn Jahren verrechnet.

2. Das Berufungsgericht hat weiter rechtsirrtumsfrei den Ausschlußtatbestand des § 19 Abs. 3 1.BMG, nach dem sich der Mieter dann nicht auf § 19 Abs. 2 1.BMG berufen kann, wenn seine Leistung, der Baukostenzuschuß, in anderer Weise durch Mietermäßigung berücksichtigt worden ist, nicht gegeben angesehen. Es verneint diese Voraussetzung mit der Begründung, die 1951 vereinbarte Miete von 1,50 LM je qm Wohnfläche sei der höchstzulässige Mietsatz gewesen, der nach § 27 des 1. Wohnungsbaugesetzes in seiner ursprünglichen Fassung vom 24. April 1950 BGBl I 83 für Wohnungen dieser Art überhaupt zugrunde gelegt werden durfte. Die Vermieterin hat auch weder in den Tatsachenrechtszügen noch in der Revision aufgezeigt, daß von ihrer Rechtsvorgängerin 1951 bewußt im Hinblick auf die geleisteten Baukostenzuschüsse eine niedrigere Miete als die Kostenmiete gefordert worden sei. Es sind insbesondere keine Unterlagen darüber vorgelegt, wie die ursprüngliche Vermieterin bei Abschluß der Verträge kalkuliert hatte. Es ist deshalb nicht rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht davon ausgeht, es lägen keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte dafür vor, daß von der ursprünglichen Vermieterin eine Mietermäßigung im Sinne von § 19 Abs. 3 1.BMG zugestanden worden sei, in der eine "adaequata" Berücksichtigung der verlorenen Zuschüsse der Mieter erblickt werden könnte und die deshalb ihre Berufung

auf § 19 Abs. 2 1.BMG ausschließen würde (Urt. des erkennenden Senats vom 8. November 1961 - VIII ZR 40/60 = LM 1.BMG § 22 Nr. 2 III 1-3).

3. Das Berufungsgericht hat anschließend die Frage behandelt, ob hier eine Mieterhöhung nach § 19 Abs. 2 1.BMG im Hinblick auf die Baukostenzuschüsse der Mieter nicht gerechtfertigt ist. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (Urt. v. 8. Februar 1961 - VIII ZR 46/60 aaO) entscheidet es über diese Frage aufgrund von Billigkeitserwägungen, die nach seiner Auffassung eine Anhebung der Miete, jedenfalls für die Zeit vom 1. August 1957 an bis zur Beendigung der Verträge (31.12.1961) nicht als gerechtfertigt erscheinen lassen.

a) Seine diese Entscheidung tragenden Gründe sind im wesentlichen folgende:

Alle Mieter hätten, gerechnet nach ihren monatlichen Mieten bei Vertragsbeginn, verlorene Zuschüsse in einer Höhe geleistet, die rd. vier vollen Jahresmieten entsprächen. Diese Zuschüsse seien erheblich; denn nach der gesetzlichen Regel des § 19 Abs. 2 Satz 2 1.BMG würden sie erst nach sechzehn Jahren als getilgt anzusehen sein, d.h. in einem Zeitpunkt, der die vereinbarte Mietzeit von zehn Jahren, in der hier die Zuschüsse nach Auffassung des Berufungsgerichts (vgl. oben A II 1) vereinbarungsgemäß als getilgt gelten, weit überschreitet. Für die Erheblichkeit der Zuschüsse, die hier sieben Mieter (zum Bau eines Wohnhauses mit acht normalen Wohnungen und einer Kellerwohnung) geleistet haben,

verwertet das Berufungsgericht weiter, daß mit diesen Zuschüssen von insgesamt 56 000 DM rund 20 % der Gesamtherstellungskosten gedeckt seien. Hiernach sei auch mit auf ihre Kosten für die Eigentümerin ein erhebliches bleibendes Wertobjekt geschaffen worden. Die von den Mietern geleisteten Baukostenzuschüsse hätten 1951 einen erheblich größeren - inneren - Wert gehabt als jetzt. Würde man die Miete schon ab 1. August 1957 auf die Kostenmiete erhöhen, so bedeutete das im Ergebnis, daß der Zuschuß von 8 000 DM schon in weniger als 6 Jahren als getilgt und abgewohnt behandelt würde. Das hält das Berufungsgericht nicht für tragbar. Dazu führt es weiter aus, die Mieter hätten in den ersten Jahren der Mietzeit keine zu niedrige, sondern die höchst zulässige Miete und dabei eher zu viel, als zu wenig bezahlt. Deshalb hätten sie zunächst keine Mietvorteile gehabt oder Miete "erspart". Später möge die Kostenmiete höher als die tatsächlich gezahlte Miete gewesen sein. Aber auch hierdurch seien den Mietern keine so hohen Vorteile zugeflossen, daß eine Mieterhöhung vor Ablauf der vereinbarten Mietzeit (31.12.1961) gerechtfertigt sei. In diesem Zusammenhang verweist das Berufungsgericht darauf, daß die Vermieterin in ihren Wirtschaftlichkeitsberechnungen zum Teil Zinsen und Abschreibungen für durch Baukostenzuschüsse gedeckte Baukosten angesetzt habe, was nicht zulässig sei (vgl. § 4 Abs. 2 Nr. 3 Schlusatz der Mietenverordnung vom 20. November 1950 BGBl I S. 759 i.V. mit §§ 12 Abs. 3, 14, 17 Abs. 3 der I. Berechnungsverordnung vom gleichen Tage BGBl I 753). Sie könne auch nicht die nach der Berechnungsverordnung Jahre später ermittelte Kostenmiete, die mit auf den höheren Unkosten in diesen Jahren beruhe, auf die Zeit von 1951 an übertragen; denn die Freislage sei 1951, insbesondere

für Instandsetzungskosten, eine andere gewesen als in der späteren Zeit. Wenn ein Vergleich der gezahlten Miete mit der Kostenmiete im Sinne der Billigkeitserwägungen des § 19 Abs. 2 l. BMG zugrunde gelegt werden solle, um festzustellen, ob die Mieter schon von Anfang an eine sehr geringe Miete im Verhältnis zur Kostenmiete gezahlt und somit einen erheblichen Vorteil gehabt haben, so könne das nur in der Weise geschehen, daß man die jeweils seit 1951 zulässige und der Preisentwicklung entsprechende Kostenmiete errechne und diese mit der vereinbarten und gezahlten Miete in Vergleich setze. Eine solche den seit 1951 notwendigen Aufwendungen entsprechende Berechnung vermißt das Berufungsgericht. Schließlich erblickt das Berufungsgericht einen im Rahmen der Billigkeitserwägungen des § 19 Abs. 2 l. BMG zugunsten der Mieter zu berücksichtigenden Umstand auch darin, daß die Vermieterin schon zu Beginn des Mietverhältnisses - richtig sogar schon 4 bis 5 Monate vorher - in den Genuß der Baukostenzuschüsse gekommen sei und dadurch von Anfang an recht erhebliche Zinsvorteile gehabt habe. Abschließend kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Leistungen der Mieter einschließlich der der Vermieterin daraus zugeflossenen Zinsvorteile, insbesondere auch aus der Zeit vor dem 1. August 1957, so erheblich seien, daß auch unter Berücksichtigung der Nachteile, die der Vermieterin aus der Versagung einer Mietanhebung entstehen, sowie der Vorteile, die den Mietern dadurch erwachsen sein mögen, daß sie auch vor 1957 teilweise schon eine verhältnismäßig geringe Miete gezahlt haben, eine Mieterhöhung bis zum Jahre 1961 einschließlich nicht gerechtfertigt sei.

b) Die von der Revision gegen diese weitgehend auf tatsächlichem Gebiet liegenden Ausführungen des Berufungsgerichts erhobenen Rügen können keinen Erfolg haben. Die Revision hat insbesondere nicht aufgezeigt, daß das Berufungsgericht den im Rahmen von § 19 Abs. 2 1.BMG weitgehend bestehenden Ermessensspielraum verletzt hat.

aa) Der erkennende Senat hat zwar in seiner Entscheidung vom 8. Februar 1961 - VIII ZR 40/60 S. 21 unter IV 2 a ausgeführt, aus der Tatsache, daß die geleisteten Baukostenzuschüsse an dem Tage, von dem an eine Mieterhöhung verlangt werde, nach dem Tilgungsschema in Satz 2 § 19 Abs. 2 1.BMG erst zu einem verhältnismäßig geringen Teil getilgt worden seien und danach auch nicht mehr innerhalb der vereinbarten Mietzeit als getilgt angesehen werden könnten, folge für sich allein noch nicht, daß eine Mieterhöhung überhaupt nicht gerechtfertigt sein könne; denn die Vorschrift des Satzes 2 bedeute nichts weiter, als daß im Rahmen von Satz 1 überhaupt nur nicht getilgte Leistungen im Sinne von Satz 2 in Betracht zu ziehen seien. Entgegen der Auffassung der Revision war hierdurch das Berufungsgericht bei der Entscheidung der Frage, ob eine Mieterhöhung gerechtfertigt ist oder nicht, jedoch nicht gehindert, im Rahmen von Satz 1 die am 1. August 1957 nach Satz 2 noch nicht getilgten Leistungen zu berücksichtigen. Wie der erkennende Senat aaO bereits ausgeführt hat, ist eine solche Berücksichtigung gerade notwendig, um zu einem billigen Ergebnis zu kommen. Nach dem Tilgungsschema des Satzes 2 § 19 Abs. 2 1.BMG waren am 1. August 1957, dem Tag, von dem an die Vermieterin die Mieterhöhung verlangt, von den Zuschüssen, die jeweils rund vier Jahresmieten betrugen, nach

der inzwischen verflossenen Mietzeit von 5 Jahren und 8 Monaten weniger als 1 1/2 Jahresmieten (= rund 3 000 DM) getilgt, so daß damals noch etwas mehr als 5 000 DM als ungetilgt anzusehen waren und deshalb vom Berufungsgericht bei der Entscheidung der Frage, ob für die restliche Mietzeit (1.8.1957 bis 31.12.1961) eine Mieterhöhung gerechtfertigt ist, berücksichtigt werden konnten. Für die Zeit vor dem 1. August 1957 war als Vorteil (außer der erwähnten "Verrechnung" von 1 1/2 Jahresmieten) der Vermieterin zugute gekommen, daß sie mindestens 6 % Zinsen auf die 8 000 DM Baukostenzuschuß erspart hatte, ein Vorteil, den das Berufungsgericht mit Recht zugunsten der Mieter wertet, und der sich auch weiter noch zu Gunsten der Vermieterin und zu Lasten der Mieter auswirkte.

bb) Fehl geht weiter die Rüge der Revision, für die Billigkeitserwägungen des Berufungsgerichts bei Berücksichtigung der Baukostenzuschüsse im Rahmen von § 19 Abs. 2 Satz 1 l.BMG habe das Verhältnis der Höhe des Baukostenzuschusses zur Höhe des vereinbarten Mietzinses keinen wirtschaftlich vernünftigen Anhaltspunkt geben können, weil der Mietzins regelmäßig um so niedriger ausgehandelt werde, je höher der Finanzierungsbeitrag sei. Wie oben unter II 2 dargelegt worden ist, hat aber das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei ausgeführt, daß im vorliegenden Falle die Baukostenzuschüsse der Mieter gerade nicht "in anderer Weise durch Mietermäßigung" im Sinne von § 19 Abs. 3 l.BMG berücksichtigt worden sind und daß sich die Vermieterin deshalb nicht auf den Ausschlußbestand dieser Vorschrift berufen kann.

cc) Die Revision meint, das Berufungsgericht habe nicht von verlorenen Baukostenzuschüssen oder unverzinslichen Darlehen ausgehen dürfen, für die die wegen der Inanspruchnahme von Steuervergünstigungen nach § 7c EStG die Beschränkung der Miete auf 1,50 DM je qm Wohnfläche gemäß § 27 des 1. Wohnungsbaugesetzes (alter Fassung) gegolten habe. Es habe vielmehr seine Berechnung so aufmachen müssen, als habe die Vermieterin als Bauherrin alles selbst finanziert. Dann hätte die Vermieterin, was das Berufungsgericht in Verletzung von § 286 ZPO aus ihrem Vortrag nicht berücksichtigt habe, als Kostenmiete in der Zeit vom 1.12.1951 bis 31.7.1957 je qm monatlich 2,729 DM und für die anschließende Zeit vom 1.8.1957 bis 31.12.1961 = 2,764 DM je qm monatlich verlangen können. Rechne man so, dann wären ihre "Mieterdarlehen" unter Berücksichtigung der von den Mietern tatsächlich nur gezahlten Miete schon am 1. August 1958 als getilgt anzusehen. Dem ist, auch bei Unterstellung der Richtigkeit der Berechnungen der Klägerin nicht zu folgen. Die Vermieterin kann auch aus Billigkeitsgründen keinen Anspruch darauf erheben, so gestellt zu werden, als wenn sie den gesamten Bau selbst finanziert und damit das Risiko allein getragen hätte; denn das hat sie gerade nicht getan. Dabei ist es unerheblich, aus welchem Grunde sie hier davon absah. Entschloß sie sich dazu, Mieter aufzunehmen, die unter Inanspruchnahme von Steuervergünstigung nach § 7c EStG verlorene Baukostenzuschüsse leisten, dann mußte sie auch die damit aus § 27 I. Wohnungsgesetz ursprünglicher Fassung verbundenen Nachteile in bau-Kauf nehmen. Der Fall liegt im Ergebnis nicht anders, als wenn ein Vermieter Werkförderungsverträge abschließt, um 7c-Gelder für werksgeförderte Wohnungen zu bekommen

und dabei Mieten vereinbart, bei denen er bewußt ganz oder teilweise auf eine Verzinsung seines Eigenkapitals verzichtet. Auch dann kann er (allerdings im Rahmen von § 19 Abs. 1 l.BMG) an diesen Verzicht gebunden bleiben (vgl. Urteil des erk. Senats vom 24. Juni 1964 - VIII ZR 207/63 - J. 11, 12 = WM 1964, 1016). Die Vermieterin kann jedenfalls hier die Kostenmiete nicht nach einer Fallgestaltung berechnen, die nicht gegeben ist. Daß sich bei der anderen Berechnung die Mieter günstiger stehen, ist entgegen der Meinung der Revision unerheblich; denn diese haben durch die Leistung verlorener Zuschüsse ein nicht unerhebliches Risiko übernommen.

dd) Die Erwähnung des § 57 c ZVG im Berufungsurteil, eine Bestimmung, die einen anderen Fall betrifft, ist ohne Einfluß auf das Ergebnis der Entscheidung. Die Revision wendet sich weiter gegen die Bemerkung im Urteil 7 U 68/63, die Vermieterin (oder ihre Rechtsvorgängerin) habe für die Baukostenzuschüsse von 56 000 DM "ein größeres bleibendes Wertobjekt" für sich schaffen können als ohne diesen Betrag. Die Revision meint dazu, mit Hilfe der Zuschüsse sei kein "größeres Haus" gebaut worden, das Haus sei gerade so groß gebaut worden, wie es nach wirtschaftlichen Erwägungen habe gebaut werden sollen und gebaut werden müssen. Es wäre also ohne die Baukostenzuschüsse nur ebenso groß oder überhaupt nicht gebaut worden; denn ein unwirtschaftlicher Bau sei von vornherein nicht in Betracht gekommen. Damit wird die Revision jedoch dem Sinn der Ausführungen des Berufungsgerichts nicht gerecht. Dieses geht davon aus, die Mieter hätten mit ihren Zuschüssen erheblich zu der Errichtung des Wohnhauses beigetragen und dadurch für die Mauer ein großes Wertobjekt zugunsten der Klägerin mit schaffen helfen. Das

konnte das Berufungsgericht im Rahmen der Billigkeitserwägungen nach § 19 Abs. 2 Satz 1 I.BMG mindestens mitberücksichtigen (vgl. das Urteil vom 3. Juli 1963 - VIII ZR 93/62 = WM 63, 869 = MDR 1963, 1000).

ee) Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß das Eigenkapital der Vermieterin nicht verzinst werde. Es verzinste sich - vorübergehend - nur nicht mit 6 1/2 %. Die Revision beachtet bei ihren Ausführungen weiter nicht hinreichend, daß das Berufungsgericht eine Anhebung der Miete nur für die Zeit bis 31.12.1961 ausschließt, daß nach seiner Auslegung mit diesem Zeitpunkt der volle verlorene Baukostenzuschuß als getilgt anzusehen ist und daß ab 1.1.1962 eine Erhöhung der Miete eintreten kann, wobei nur deren Höhe noch streitig ist.

ff) Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht nichts zugunsten der Vermieterin aus der mit der Berufungsbeurteilung vom 12. Mai 1962 überreichten Finanzamtschätzung vom 9. Juni 1961 hergeleitet, aus der sich die Vermieterin eine Wertminderung des Wohngrundstücks im Verhältnis zu den ursprünglichen Herstellungskosten um über 25 % auf rund 240 000 DM errechnen will. Dazu verweist das Berufungsgericht mit Recht darauf, daß in dem genannten Schreiben der Verkehrswert (=Verkaufswert) ausgeklammert ist, weil er von verschiedenen Umständen abhängig sei, die dem Finanzamt nicht bekannt seien. Schließlich ist zu berücksichtigen, daß der auf Mai 1961 abgestellten Schätzung die "derzeitige Ertragslage einschließlich der Baukostenzuschüsse" zugrunde liegt und daß deshalb noch von den im Jahre 1961 gezahlten geringeren Mieten ausgegangen ist. Legt man die Beträge zugrunde, die die Ver-

mieterin jedenfalls ab 1. Januar 1962 fordert und die ihre Mieter, wenn auch nur unter Vorbehalt, zahlen, dann ergibt sich ein weit höherer gemeiner Wert für die Zeit ab 1. Januar 1962.

gg) Vergeblich greift die Revision weiter die Auffassung des Berufungsgerichts an, der Vermieterin sei es verwehrt, den vom Finanzamt ursprünglich auf Wohnhaus-39 281,90 DM ermittelten Einheitswertanteil für das Grundstück und demgemäß den als Grundstückskaufpreis in die (früheren) Wirtschaftlichkeitsberechnungen eingesetzten Betrag ohne weiteres auf rund 59 000 DM zu erhöhen. Dazu will die Vermieterin deshalb berechtigt sein, weil das lebenslängliche Wohnrecht an der achten Wohnung und das lebenslängliche Nießbrauchrecht an dem vorhandenen Hofgebäude, die der Verkäuferin des Baugrundstücks als teilweise Abgeltung für den Kaufpreis eingeräumt worden sind, jetzt nicht mehr nur mit jährlich rund 2 000 DM (Wohnrecht) und rund 2 400 DM (Nießbrauchrecht) bewertet werden könnten, sondern - entsprechend den gestiegenen Mietkosten und Mieteinnahmen - mit nunmehr 2 980,80 DM (Wohnrecht) und 3 000 DM (Nießbrauchrecht) berücksichtigt werden müßten. Dem ist nicht zu folgen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, kann sich der Kaufpreis für den Bauplatz, soweit er auf das Wohngebäude entfällt, nicht dadurch ändern, daß die Verkäuferin des Geländes aus den ihr damals eingeräumten Rechten jetzt rechnerisch einen höheren Nutzen ziehen kann. Die im Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit ermittelten und festgestellten Kapitalkosten können von der Vermieterin nicht später ohne weiteres "korrigiert" werden (vgl. Roquette, 1. BMG 3. Aufl. 1961 Nr. 20 zu § 22 I. BMG). Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht

verkannt, daß zu den Kosten des Baugrundstücks im Sinne von § 6 Abs. 2 der ersten BVO vom 20. November 1950 nicht nur die gezahlten Kosten, sondern auch sämtliche Nebenleistungen gehören; denn es rechnet zusätzlich zu den Baraufwendungen der Rechtsvorgängerin der Vermieterin von 9 713,15 DM als Leistungen: die Bestellung des Nießbrauchs und des Wohnrechts. Es bewertet nur die Bestellung dieser Rechte so, wie sie zur Zeit der Leistung als Kaufpreis gerechnet werden mußten. Das entspricht § 6 der II. Berechnungsverordnung vom 17. Oktober 1957, wonach die Wirtschaftlichkeitsberechnung im steuerbegünstigten Wohnungsbau grundsätzlich nach den Verhältnissen bei Bezugsfertigkeit (hier 1951) aufzustellen ist (§ 4 Abs. 3). Im Rahmen der Billigkeitserwägungen nach § 19 Abs. 2 Satz 1 l.BMG kann es auch keine entscheidende Rolle spielen, daß sich die Aufwendungen der Vermieterin zur Erhaltung der Wohnung und der sonstigen Räume, die der früheren Eigentümerin laufend zur Verfügung zu halten sind, erhöht haben; denn diese umfassen nur einen geringen Teil der allgemeinen Instandhaltungskosten. Das Berufungsgericht hat deshalb § 286 ZPO nicht dadurch verletzt, daß es darauf nicht weiter eingegangen ist.

hh) Das Berufungsgericht hat entgegen der Auffassung der Revision nicht gegen § 282 ZPO verstoßen. Es ist davon ausgegangen, daß die Vermieterin grundsätzlich die Kostenmiete gemäß §§ 22, 18 ff l.BMG beanspruchen kann und daß der Mieter, der sich auf § 19 Abs. 2 l.BMG beruft, damit eine rechtshindernde Einwendung geltend macht, die er beweisen muß. Es sieht aber den Beweis als geführt an, daß hier unter Berücksichtigung aller Umstände, bei Abwägung der Vorteile und Nachteile der Mieter und

der Vermieterin aus der Zahlung und dem Erhalt der verlorenen Zuschüsse, des Zinsgewinnes auf der einen und des Zinsverlustes auf der anderen Seite und auch der Nachteile, die der Vermieterin aus der Versagung der Mieterhöhung bis Ende 1961 erwachsen, eine solche Erhöhung bis zu diesem Zeitpunkt nicht gerechtfertigt ist. Nicht rechtsirrig ist es, wenn das Berufungsgericht dabei im Rahmen seiner Beweiswürdigung zu Lasten der Vermieterin wertet, daß sie, die allein die entsprechenden Unterlagen dafür haben kann, nicht Wirtschaftlichkeitsberechnungen nach den jeweiligen Unkosten seit 1951 vorgenommen, sondern mindestens zum Teil Unkosten aus den Jahren 1958/1959 zur Grundlage ihrer Berechnungen für die Zeit ab 1951 gemacht und auch nicht die tatsächlichen Kalkulationsgrundlagen für die Mietzinsgestaltung im Jahre 1951 vorgelegt hat. Dem Berufungsgericht war daher nicht verwehrt, seinen Erwägungen über die Höhe der damals (1950/1951) die Kosten deckenden Miete die Untersuchungen und Berechnungen zugrunde zu legen, die den Gesetzgeber zu seiner Regelung der Miethöhe (Höchstsatz = 1,50 DM) im § 27 des 1. Wohnungsbaugesetzes in der alten Fassung vom 24. April 1951 BGBl I 83 veranlaßten, und auf diese Weise festzustellen, die Mieter hätten mindestens in den ersten Jahren ihrer Mietzeit, keine zu niedrige, sondern eher eine zu hohe Miete gezahlt. Das Berufungsgericht war auch entgegen der Auffassung der Revision nicht genötigt, die Wirtschaftlichkeitsberechnung der Vermieterin, die diese ihren Mietzinsnachforderungen zugrunde legt, im einzelnen nachzuprüfen, weil es ihre Richtigkeit, ungeachtet der von ihm angeführten Zweifel unterstellt, gleichwohl aber unter Berücksichtigung aller übrigen Umstände eine Mieterhöhung jedenfalls bis zum 31. Dezember 1961 nicht für gerechtfertigt hält. Das ist eine nicht angreifbare tatrichterliche Erwägung.

III. Die Revision ist hiernach unbegründet, soweit sie sich gegen die Abweisung der Zahlungswiderklage richtet.

B.

Miete für die Zeit vom 1. Januar 1962 an.

I. Über die von der Vermieterin erhobene Widerklage auf Feststellung, daß den Mietern für das Jahr 1962 ein Anspruch auf Rückforderung nicht zusteht und daß die Vermieterin berechtigt ist, von ihren Mietern ab 1. Januar 1963 Mieten in bestimmter Höhe zu verlangen, hat das Berufungsgericht nicht sachlich entschieden. Es hat die Widerklage insoweit mit der Begründung abgewiesen, es liege eine Klagänderung im Sinne von § 264 ZPO vor, der die Mieter widersprochen hätten und deren Zulassung nicht sachdienlich sei.

II. Die Begründung des Berufungsgerichts hält insoweit einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand; denn es liegt hier keine Klagänderung im Sinne von § 264 ZPO, sondern nur eine (zulässige) Klageerweiterung (§ 268 ZPO) vor.

1. Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts ist es unerheblich, daß es sich um Mietzins für die Zeit nach Ablauf der vereinbarten Mietzeit handelt. Klagegrund bleibt trotzdem das zwischen den Parteien bestehende Mietverhältnis. Dieses war zwar am 31. Dezember 1961 abgelaufen, die Mieter haben aber danach den Ge-

brauch der Mietsache fortgesetzt. In einem solchen Falle gilt das ursprüngliche Mietverhältnis, das noch dem Mieterschutz und mit gewissen Einschränkungen auch einer Preisbindung unterlag, als auf unbestimmte Zeit verlängert (§ 568 BGB). Keine der Parteien hat hier etwas Gegenteiliges vorgetragen, so daß von der Fiktion des § 568 BGB auszugehen ist.

2. Daß die Vermieterin aufgrund einer neuen Wirtschaftlichkeitsberechnung ab 1. Januar 1962 eine erhöhte Kostenmiete verlangt, bedeutet gleichfalls keine Änderung des Klagegrundes. Dieser bleibt das Mietverhältnis. Es bedeutet auch keinen anderen Streitgegenstand als bisher, ob die Kostenmiete richtig errechnet ist. Die richtige Berechnung war auch bisher "im Streit", es kam nur nicht auf Einzelheiten und darauf an, ob die Miete genau richtig errechnet worden war, weil das Berufungsgericht auch ohne diese genaue Feststellung zu dem Ergebnis gelangen konnte, eine Mieterhöhung sei auf jeden Fall bis zum 31. Dezember 1961 nach § 19 Abs. 2 Satz 1 l. BMG nicht gerechtfertigt.

3. Schließlich ist unerheblich, daß die Mieter die geforderte Miete ab 1.1.1962 zahlen; denn sie zahlen sie nur unter Vorbehalt. Das bedeutet, daß sie nicht bereit sind, die Richtigkeit der Berechnung der Vermieterin anzuerkennen. Diese hat deshalb aus dem Mietverhältnis einen Anspruch auf Feststellung, daß den Mietern für die Vergangenheit kein Rückforderungsanspruch zusteht und welche Miete in Zukunft zu zahlen ist.

4. Auch der nach der Prozeßlage gebotene Übergang zur Feststellungswiderklage bedeutet keine Klagänderung, sondern eine zulässige Klagerweiterung (§ 268 ZPO). Die Vermieterin, welche seit 1957 mit ihren Mietern darüber streitet, was diese an Miete zu zahlen haben, hat ein Recht darauf, das für Vergangenheit und Zukunft in einem Rechtsstreit geklärt zu sehen.

III. Die Revision mußte daher Erfolg haben, soweit die Feststellungswiderklage als unzulässig abgewiesen worden ist. Weil das Berufungsgericht sachlich noch nicht entschieden hat, mußte das angefochtene Urteil insoweit aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

C.

Bei der Kostenentscheidung war zu beachten:

I. Im ersten Rechtszug ist die Beklagte voll unterlegen. Sie hat deshalb die Kosten dieses Rechtszuges allein zu tragen. Das ist durch die Bestätigung der Zurückweisung ihrer Berufung gegen das landgerichtliche Urteil zum Ausdruck gebracht (§ 97 ZPO).

II. Die Feststellungswiderklage der Beklagten richtet sich nicht gegen die Kläger zu 3a und b, so daß die Beklagte diesen Klägern gegenüber durch Abweisung ihrer Zahlungswiderklage voll unterlegen ist. Im Verhältnis zu diesen Klägern fallen der Beklagten deshalb die Kosten beider Rechtsmittelzüge allein zur Last.

III. Gegen die Kläger zu 1, 2 und 4 ist die Beklagte endgültig unterlegen, soweit sie ihre Zahlungswiderklage auch in den Rechtsmittelrechtszügen weiter verfolgt und erweitert hat. Das rechtfertigt es, ihr 2/5 der außergerichtlichen Kosten dieser drei Kläger in diesen Rechtszügen aufzuerlegen. Weil sie im Verhältnis zu den Klägern zu 3a und b ganz und den Klägern zu 1, 2 und 4 gegenüber teilweise endgültig unterlegen ist, muß sie die Hälfte ihrer eigenen außergerichtlichen Kosten und die Hälfte der Gerichtskosten der Rechtsmittelrechtszüge tragen, letztere mit der Maßgabe, daß ihr diese Kosten im Verhältnis zu den Klägern zu 3a und b allein zur Last fallen.

IV. Über die restlichen Kosten und die weiter im Berufungsrechtszuge entstehenden Kosten hat das Berufungsgericht demnächst zu entscheiden. Ihm war insbesondere die Entscheidung über die restlichen Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, weil diese davon abhängt, wie über die Feststellungswiderklage endgültig sachlich entschieden wird.

Dr. Haidinger Dr. Gelhar Artl Dr. Dorschel Bundesrichter  
Dr. Lezger ist  
beurlaubt und ver-  
hindert zu unter-  
schreiben.  
Dr. Haidinger