

Nachschlagewerk: ja  
Amtliche Sammlung: nein

2227 064

II. WoBauG v. 27. Juni 1956, BGBl I 523, § 6

Instandsetzungsdarlehen, die auf Grund der Richtlinien über den Einsatz der Bundesmittel für die Instandsetzung von Wohngebäuden vom 18. November 1952 gewährt worden sind, stellen keine öffentlichen Mittel im Sinne des § 6 Abs. 1 II. Wohnungshaugesetz dar.

BGH, Urt. v. 28. März 1962 - VIII ZR 182/60 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

VIII ZR 182/60

Verkündet  
am 28. März 1962

Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Pumpers Urban Se [REDACTED] in H [REDACTED]-[REDACTED], A [REDACTED]  
P [REDACTED]weg [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers, Berufungsbeklagten und  
Revisionsklägers,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

1. Frau Helga B [REDACTED] geb. W [REDACTED] in K [REDACTED]-  
J [REDACTED], S [REDACTED]weg [REDACTED],
2. Frau Marie-Luise B r [REDACTED] geb. W [REDACTED] in Be [REDACTED]-  
D [REDACTED], G [REDACTED]-[REDACTED]-Straße [REDACTED],
3. die Witwe Anneliese W [REDACTED] geb. Si [REDACTED] in  
Bo [REDACTED]-Wi [REDACTED], J [REDACTED] Str. [REDACTED], als Testaments-  
vollstreckerin für den Nachlaß des verstorbenen Helmut  
W [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagte, Berufungskläger und Re-  
visionsbeklagte,  
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 28. März 1962 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrich-  
ter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Mormann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des  
10. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts  
zu Hamburg vom 27. Juli 1960 wird auf Kosten des Be-  
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerinnen zu 1 und 2 und die Erbengemeinschaft nach dem verstorbenen Helmut W., für dessen Nachlaß die Klägerin zu 3 zum Testamentsvollstrecker bestellt worden ist, sind Eigentümer des Grundstücks H.-H., A. P. weg. Das im Jahre 1937 auf diesem Grundstück errichtete Gebäude war während des zweiten Weltkriegs durch Luftangriffe beschädigt worden. Im März 1948 teilte das Wohnungsamt die im zweiten Stockwerk links belegene, bis dahin unbewohnte Vierzimmerwohnung dem Beklagten zum Ausbau im Wege der Selbsthilfe zu. Der Beklagte stellte drei Zimmer, Küche und Bad wieder her. Die Fertigstellung und Bezugsfertigkeit wurde im November 1948 bescheinigt.

Auf Grund mündlicher Abrede zahlte der Beklagte bis zum 31. Dezember 1951 keine Miete, sie sollte vielmehr bis zu diesem Zeitpunkt durch die auf 1.500 DM bezifferten Aufwendungen des Beklagten abgegolten sein. Für die Zeit ab 1. Januar 1952 betrug der monatliche Mietzins 40 DM.

Nachdem die Kläger die Finanzierung für die Wiederherstellung des Hauses sichergestellt hatten, beabsichtigten sie Ende 1954, mit den dazu erforderlichen Bauarbeiten zu beginnen. Diese durften jedoch nach einem Schreiben der Bauprüfungsabteilung des Bezirksamts Harburg vom 12. November 1954 erst nach Räumung der Wohnung des Beklagten in Angriff genommen werden. Die Kläger verlangten deshalb von dem Beklagten die Räumung der Wohnung, die dieser verweigerte. Daraufhin erhoben die Kläger Klage auf Aufhebung des Mietverhältnisses und Räumung gegen den Beklagten. Der Beklagte wurde indes von dem Landge-



richt als Berufungsgericht lediglich verurteilt, die Wohnung für die Dauer der Wiederherstellungsarbeiten zu räumen. Die weitergehende Klage wurde dagegen abgewiesen, da die Aufhebung des Mietverhältnisses zur Durchführung des Vorhabens nicht erforderlich sei und der Beklagte sich ausdrücklich bereit erklärt habe, nach der Wiederherstellung der Wohnung die dann gesetzlich zulässige Miete zu bezahlen. Der Beklagte räumte darauf mit seiner Familie die Wohnung, und die Kläger begannen mit den Bauarbeiten.

Durch Schreiben vom 27. Januar 1956 erklärten die Kläger dem Beklagten, der monatliche Mietzins für die wiederherzustellende, nunmehr vier Zimmer enthaltende Wohnung werde vorbehaltlich der Endabrechnung 176 DM zuzüglich Umlagen betragen. Der Beklagte lehnte es ab, sich zu dieser Leistung zu verpflichten, und verlangte von den Klägern, sie sollten die Wohnung fertigstellen und seinen Einzug dulden. Seine entsprechende Klage führte in Berufungsrechtszuge zur Verurteilung der Kläger. Am 1. November 1956 bezog der Beklagte die Wohnung. Mit Wirkung von diesem Tage wurde zwischen den Parteien ein Mietvertrag abgeschlossen, in dessen § 3 Nr. 1 es heißt:

- "1. Die Höhe des Mietzinses soll durch gerichtliches Urteil festgestellt werden. Es sind vorläufig à Konto DM 120 - ohne Heizung, Warmwasser, Fahrstuhl - zu zahlen unter beiderseitigem Vorbehalt.
2. Der Vermieter hat einen sofortigen unmittelbaren Zahlungsanspruch auf preisrechtlich genehmigte Mieterhöhungen ....
3. Der Mietzins ist monatlich im voraus bis spätestens am 3. Werktag ... zu zahlen."

Für die Zeit seit dem 1. November 1956 hat der Beklagte regelmäßig monatlich 120 DM an die Kläger gezahlt.

Bereits im Oktober 1956 hatten die Kläger gegen den Beklagten auf Zahlung einer monatlichen Miete von 197,40 DM Klage erhoben. Der Beklagte hat den Anspruch in Höhe von 120 DM monatlich anerkannt. Mit Schriftsatz vom 11. Dezember 1956, der am 12. Dezember 1956 bei Gericht einging, überreichten die Kläger eine Wirtschaftlichkeitsberechnung, in der sie zu dem Ergebnis kamen, daß die Erhöhung der Miete für die Wohnung des Beklagten auf 2,52 DM pro Quadratmeter monatlich und deshalb eine Miete von 204,50 DM monatlich zulässig sei. Nachdem ein Sachverständiger sein Gutachten dahin erstattet hatte, daß für die Wohnung des Beklagten ein Mietzins bis zu 2,50 DM monatlich je Quadratmeter vertretbar sei, haben die Kläger für die Wohnung eine Miete von monatlich 229,50 DM verlangt und ~~nun für~~ mit der Klage Zahlung von ~~2.557,50 DM~~ ~~nebst~~ Zinsen als Rückstand für die Zeit von November 1956 bis einschließlich November 1958 sowie die Feststellung begehrt, daß der Beklagte für die Dauer des Mietverhältnisses monatlich nicht nur 120 DM, sondern 229,50 DM als reine Miete zu zahlen habe.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an die Kläger 1.625,40 DM nebst Zinsen zu zahlen, und festgestellt, daß der Beklagte eine reine Miete von nicht nur 120 DM, sondern 197,40 DM monatlich schulde.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Beklagten gegen dieses Urteil zurückgewiesen und auf die Berufung der Kläger den Beklagten verurteilt, 2.167,20 DM nebst Zinsen zu zahlen. Außerdem hat es eine dem Urteil des

Landgerichts entsprechende Feststellung getroffen. Die weitergehende Berufung der Kläger hat es ebenfalls zurückgewiesen.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Kläger erstreben, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Abweisung der Klage über den von ihm anerkannten Betrag hinaus weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Die Ausführungen des Berufungsgerichts darüber, daß die Feststellungsklage zulässig sei, die Kläger die Zahlung der Miete an sie alle zusammen verlangen dürften und daß sie den Beklagten allein verklagen könnten, obwohl er und seine Ehefrau die Wohnung gemeinsam gemietet hätten, werden von der Revision nicht angegriffen, sie lassen auch keinen Rechtsirrtum erkennen.

2. Ebenso wenig unterliegt es Bedenken, daß das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, zwischen den Parteien sei eine Einigung über die Höhe des von dem Beklagten und seiner Ehefrau zu zahlenden Mietzinses für die Zeit nach dem Wiedereinzug der Familie des Beklagten in die Wohnung nicht zustande gekommen. Der Beklagte hat sich in dem Rechtsstreit, den die Kläger wegen Räumung der Wohnung gegen ihn geführt haben, zwar ausdrücklich bereit erklärt, nach Beendigung der Ausbauarbeiten für die Zeit seit seinem Wiedereinzug die "gesetzliche Miete" zu zahlen. Er ist jedoch der Auffassung, daß die von den Klägern für die Wohnung nach seinem Wiedereinzug als Miete

verlangten Beträge zu hoch seien, und beanstandet aus diesem Grunde auch die in dem Berufungsurteil zu seinen Lasten eingesetzten Beträge, wobei er darauf hingewiesen hat, daß ~~wie~~ unstreitig ist - der damalige Mieter der Wohnung in dem Zeitpunkt, als sie durch den Bombenschaden unbewohnbar wurde, nur 95 RM monatlich als Miete gezahlt hat.

3. Würde eine "gesetzliche Miete" für die Wohnung bestehen, würde die Wohnung also, wie die Revision meint, der Preisbindung unterliegen, so könnten die Kläger keine höhere Miete verlangen und der Beklagte brauchte nicht mehr zu zahlen, als nach den Preisvorschriften zulässig ist. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, daß für die hier in Frage stehende Wohnung eine Preisbindung nicht bestehe. Entgegen der Ansicht der Revision rechtfertigen die von ihm getroffenen Feststellungen diese Entscheidung.

a) Das Berufungsgericht legt dar, die jetzige Wohnung des Beklagten sei durch Kriegseinwirkung so stark zerstört gewesen, daß sie nicht mehr bewohnbar war. Es betrachtet die ganze Wohnung des Beklagten einschließlich der von ihm im Jahre 1948 hergestellten Räume rechtlich als neugeschaffenen Wohnraum im Sinne des § 2 Abs. 1 II. WoBauG, da sie durch Wiederherstellung eines beschädigten Gebäudes (§ 16 Abs. 2 II. WoBauG) gewonnen sei. Dieser Beurteilung des Berufungsgerichts ist entgegen den Bedenken der Revision beizutreten. Wie die von dem Berufungsgericht auf Grund der Bescheinigungen der Bauprüfabteilung des Bezirksamtes Harburg vom 6. Juli 1955 und der Auskunft des Bezirksrechtsamts vom 12. März 1957 getroffenen Feststellungen ergeben, war die gesamte Wohnung des Beklagten trotz der von ihm im Jahre 1948 durchgeführten Arbeiten auf die Dauer gesehen zu Wohn-

zwecken nicht benutzbar. Unter den Begriff "Wiederherstellung eines beschädigten Gebäudes" fallen nach § 16 Abs. 2 II. WoBauG auch "Baumaßnahmen, durch die auf die Dauer zu Wohnzwecken nicht mehr benutzbarer Wohnraum wieder auf die Dauer benutzbar gemacht wird". Gemäß § 16 Abs. 3 II. WoBauG ist Raum auf die Dauer nicht benutzbar, wenn ein zu seiner Benutzung erforderlicher Gebäudeteil zerstört ist. Das war hier der Fall, da die Dachkonstruktion über der Wohnung stark beschädigt und teilweise zusammengebrochen war. Daß die durch die Arbeiten des Beklagten im Jahre 1948 hergerichteten Räume der Wohnung von ihm und seiner Familie bewohnt und damit tatsächlich benutzt worden sind, kann an dieser rechtlichen Beurteilung nichts ändern (§ 16 Abs. 3 letzter Halbsatz II. WoBauG). Das Berufungsgericht hat somit ohne Rechtsirrtum die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 und 3 II. WoBauG als gegeben angesehen.

b) Das Zweite Wohnungsbaugesetz findet indes, da die von dem Beklagten bezogene Wohnung zwar nach dem 30. Juni 1956, aber vor dem 31. Dezember 1956 bezugsfertig geworden ist, nur dann Anwendung, wenn es sich um steuerbegünstigten oder frei finanzierten Wohnungsbau gehandelt hat (§ 4 Abs. 1 Buchst. b II. WoBauG). Da die Kläger, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, keine Steuervergünstigungen in Anspruch genommen haben, bleibt nur zu prüfen, ob es sich um frei finanzierten Wohnungsbau gehandelt hat. Dies ist dann der Fall, wenn der Wohnungsbau nicht öffentlich gefördert worden ist, d.h. wenn keine öffentlichen Mittel im Sinne des § 6 Abs. 1 II. WoBauG für den Bau eingesetzt worden sind (§ 5 Abs. 1 und 2 II. WoBauG). Nach der eben erwähnten Vorschrift des § 6 Abs. 1 II. WoBauG sind öffentliche

Mittel nur solche Mittel des Bundes und anderer hier nicht in Betracht kommender Körperschaften, die zur Förderung des Baues von Wohnungen für die breiten Schichten des Volkes bestimmt sind. Derartige Mittel sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts von den Klägern nicht zur Wiederherstellung des von dem Beklagten innegehaltenen Wohnraumes verwendet worden. Allerdings haben die Kläger aus Bundesmitteln ein Instandsetzungsdarlehen auf Grund der Richtlinien über den Einsatz der Bundesmittel für die Instandsetzung von Wohngebäuden vom 18. November 1952 in Höhe von 25.000 DM erhalten und damit die Wiederherstellung des Gebäudes mitfinanziert. Im Hinblick hierauf meint die Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß das den Klägern gewährte Instandsetzungsdarlehen nicht unter den Begriff "öffentliche Mittel" falle. Mit dieser Rüge kann sie indes keinen Erfolg haben. Die nach den erwähnten Richtlinien vergebenen Mittel sollten der Förderung von Instandsetzungsarbeiten an erhaltungswürdigen Wohngebäuden dienen, nicht also der Neuschaffung von Wohnraum, sei es auch durch Wiederherstellung von beschädigten Gebäuden. Außerdem fehlt in den Richtlinien die in § 6 Abs. 1 II. WoBauG enthaltene Einschränkung, daß die Wohnungen für die breiten Schichten des Volkes bestimmt sein müßten. Aus der Systematik des § 6 II. WoBauG ergibt sich deutlich, daß nicht alle vom Bund oder anderen öffentlichen Körperschaften zur Verfügung gestellten Mittel dazu führen, die unter ihrer Verwendung hergestellten Wohnungen als öffentlich geförderten Wohnraum zu behandeln. § 6 Abs. 2 II. WoBauG enthält eine ganze Reihe Ausnahmen in Bezug auf den Begriff "öffentliche Mittel" und läßt durch die Voranstellung des Wortes "insbesondere" vor die im einzelnen angeführten Ausnahmen erkennen, daß diese Aufzählung nicht erschöpfend ist. Daß weitere

Ausnahmen von dem Gesetzgeber für möglich gehalten werden, ergibt auch der Wortlaut des § 6 Abs. 3 II. WoBauG. Dementsprechend herrscht auch im Schrifttum darüber Einigkeit, daß für den Charakter der öffentlichen Mittel im Sinne des § 6 Abs. 1 II. WoBauG allein ihre Zweckbestimmung maßgebend ist, wobei es auf die im öffentlichen Haushalt angegebene Zweckbestimmung ankommt (Fischer-Dieskau/Pergande, II. WoBauG § 6 Anm. I S. 4 und erster Nachtrag zu § 6 Nachtrag zu Anm. 1; Roquette, Bundesmietengesetze, 3. Aufl. § 6 II. BMG Nr. 5). Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts das Instandsetzungsdarlehen, das die Kläger erhalten haben, nicht zum Bau von Wohnungen für die breiten Schichten der Bevölkerung bestimmt war, ist es nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, die Kläger hätten zum Wiederaufbau keine öffentlichen Mittel im Sinne von § 6 Abs. 1 II. WoBauG verwendet, und hieraus den Schluß zieht, der durch die Wiederherstellung des Hauses der Kläger gewonnene, von dem Beklagten innegehaltene Wohnraum sei frei finanziert worden. Daran ändert nichts, daß möglicherweise das Instandsetzungsdarlehen gar nicht dazu bestimmt gewesen ist, neuen Wohnraum zu schaffen, sondern lediglich dazu dienen sollte, beschädigten Wohnraum, der noch auf die Dauer zu Wohnzwecken nutzbar war, wieder in Ordnung zu bringen. Darlehen, die keine öffentlichen Mittel im Sinne des § 6 Abs. 1 II. WoBauG sind, ändern ihren Charakter nicht dadurch, daß sie im Einzelfall nicht ihrer Zweckbestimmung entsprechend verwandt worden sind und daß zu den Zwecken, zu denen sie tatsächlich verwandt worden sind, öffentliche Mittel im Sinne des § 6 Abs. 1 II. WoBau hätten eingesetzt werden dürfen (vgl. Fischer-Dieskau/Pergande II. WoBauG § 6 1. Nachtr., Nachtr. zu Anm. 1 m. Nachw.).

Wenn das Berufungsgericht seine zutreffende Auffassung auch damit rechtfertigt, daß die Wohnungsbaukasse eine Mietsatzmiete nicht festgesetzt habe und die Wohnung nicht bewirtschaftet werde, so ist dies entgegen der Ansicht der Revision nicht zu beanstanden, denn die erwähnten Umstände stellen gewichtige Beweisanzeichen dafür dar, daß die Wohnung tatsächlich der Preisbindung nicht unterliegt. Allerdings hätten diese Beweisanzeichen für sich allein, wie die Revision zutreffend bemerkt, das Berufungsgericht nicht einer selbständigen Nachprüfung der Frage enthoben, ob es sich bei dem Instandsetzungsdarlehen um "öffentliche Mittel" im Sinne des § 6 Abs. 1 II. WoBauG gehandelt hat. Diese Nachprüfung hat das Berufungsgericht jedoch entgegen der Darstellung der Revision vorgenommen, und es ist dabei, wie ausgeführt, ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gelangt, daß der durch die Wiederherstellung des Gebäudes neu geschaffene Wohnraum nicht öffentlich gefördert ist.

Handelt es sich mithin bei der streitigen Wohnung, wie dargelegt, um eine frei finanzierte Wohnung, für die gemäß § 4 Abs. 1 Buchst. b II. WoBauG die Vorschriften dieses Gesetzes gelten, da der Wohnraum nach dem 30. Juni 1956 bezugsfertig geworden ist, so finden nach § 87 II. WoBauG die Vorschriften über die Preisbildung keine Anwendung, sondern es ist die Marktmiete maßgebend.

4. Selbst wenn man hier die Vorschriften des Ersten Wohnungsbaugesetzes für anwendbar halten würde, weil die Kläger möglicherweise die Arbeiten zur Wiederherstellung der Wohnung des Beklagten verzögert haben und bei zügiger Durchführung der Arbeiten die Fertigstellung der Wohnung schon vor dem 30. Juni 1956 möglich gewesen wäre, so würde

sich die Rechtslage nicht ändern. Auch das Erste Wohnungsbaugesetz bezieht sich auf solche Wohnungen, die durch Wiederherstellung beschädigter Gebäude geschaffen worden sind (§ 3 Abs. 4 I. WoBauG in der Fassung vom 25. August 1953 - BGBl I 1047) und verwendet im wesentlichen denselben Begriff der "öffentlichen Mittel", wie das Zweite Wohnungsbaugesetz (§ 3 Abs. 1 und 2 I. WoBauG). Die wiederhergestellte Wohnung des Beklagten würde daher auch dann, wenn nicht das Zweite, sondern das Erste Wohnungsbaugesetz anwendbar wäre, im Sinne beider Gesetze als frei finanziert gelten (§ 42 Abs. 2 I. WoBauG) mit der Folge, daß für sie die Vorschriften über die Preisbildung außer Betracht zu lassen sind und die Marktmiete preisrechtlich zulässig ist.

5. Die Ansicht der Revision, daß die durch die Arbeiten des Beklagten im Jahre 1948 bewohnbar gemachten drei Zimmer mit Nebengelaß noch der Preisbindung unterlägen und nur das ganz neu geschaffene vierte Zimmer aus ihr herausgenommen worden sei, verdient nach dem vorstehend Ausgeführten keine Billigung. Die Revision läßt außer acht, daß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die durch die Arbeiten des Beklagten im Jahre 1948 bewohnbar gemachten Räume auf die Dauer nicht mehr benutzbar waren und daß sogar für den Fall der Unterlassung des Wiederaufbaues des Hauses mit ihrer gänzlichen Unbewohnbarkeit zu rechnen war. Erst durch die Wiederherstellung des Gebäudes im Jahre 1955 und 1956 ist somit der gesamte von dem Beklagten und seiner Familie innegehaltene Wohnraum "neu geschaffen" worden, so daß die ganze Wohnung einschließlich der in der Zeit von 1948 bis 1955 bewohnten Räume nicht mehr der Preisbindung unterliegt, wenn keine öffentlichen Mittel zu ihrer Wiederherstellung eingesetzt worden sind, was nach dem oben Ausgeführten nicht geschehen ist.

6. Im Gegensatz zum Landgericht lehnt das Berufungsgericht auch die Anwendung des § 23 I. BMG auf das Mietverhältnis der Parteien ab. Die Revision erhebt hiergegen keine Angriffe. Die Ansicht des Berufungsgerichts läßt auch - jedenfalls im Ergebnis - keinen Rechtsirrtum erkennen. Das Landgericht hat in dem Räumungsrechtsstreit allerdings die Klage auf Aufhebung des Mietverhältnisses abgewiesen, es hat aber in den Entscheidungsgründen seines Urteils betont, der Beklagte habe sich ausdrücklich bereit erklärt, nach der Wiederherstellung seiner Wohnung die dann gesetzlich zulässige Miete zu zahlen, die Parteien seien sich also darüber einig, daß der Mietvertrag nach dem Wiederaufbau hinsichtlich des Mietzinses aufgehoben und durch eine neue Mietzinsvereinbarung ergänzt werden sollte. § 23 I. BMG bezieht sich nur auf den Fall, daß Mietverhältnisse über Wohnraum nach ihrem Abschluß von den Preisvorschriften ausgenommen werden. Hier hatte der Beklagte vor der Wiederherstellung des Hauses lediglich die von ihm hergerichteten drei Zimmer und Nebengelaß inne, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts, auch wenn sie tatsächlich von dem Beklagten und seiner Familie bewohnt worden sind, keine auf die Dauer benutzbare Wohnung darstellten. Nach dem Wiederaufbau hat der ~~Beklagte~~ etwas gänzlich anderes erhalten, nämlich ~~eine~~ nach Beseitigung der Kriegsschäden an dem Hause durch Wiederherstellung neu-geschaffene Vierzimmerwohnung. Zwischen den Parteien ist mithin nicht das alte Mietverhältnis weiter fortgesetzt, sondern ein neues Mietverhältnis begründet worden, was auch nach außenhin dadurch verdeutlicht worden ist, daß die Parteien einen neuen Mietvertrag abgeschlossen haben. An dieser rechtlichen Beurteilung wird auch durch das Urteil des Landgerichts im zweiten Vorprozeß nichts geändert, durch das die Kläger verurteilt worden sind, den

Einzug des Beklagten in die jetzt von ihm bewohnte Wohnung zu dulden. In diesem Urteil ist ausdrücklich dahingestellt geblieben, ob sich das Recht des Beklagten, die Überlassung der Wohnung verlangen zu können, aus dem ursprünglichen Mietvertrag ergibt oder ob es erst anlässlich des Vorprozesses im Hinblick auf den Wiederaufbau des Hauses begründet worden ist. Da sich somit das Landgericht als Berufungsgericht in beiden rechtskräftigen Urteilen, die in den zwischen den Parteien geführten Vorprozessen ergangen sind, nicht dahin festgelegt hat, daß das alte Mietverhältnis fortzusetzen sei, ist der erkennende Senat durch die Rechtskraft der erwähnten Urteile nicht an der Entscheidung gehindert, daß zwischen den Parteien kein Mietverhältnis bestanden hat, das nach seinem Abschluß von den Preisvorschriften ausgenommen worden ist, als der Beklagte in die jetzt von ihm innegehaltene Wohnung einzog. Es ist vielmehr so gewesen, daß das alte Mietverhältnis, obwohl es nicht durch Richterspruch aufgelöst worden ist, durch die Wiederherstellung der Wohnung in den Jahren 1955 und 1956 gegenstandslos geworden war und daß es die Parteien durch eine neue vertragliche Vereinbarung ersetzt haben. Dieses Neubegründete Mietverhältnis hat aber den Preisvorschriften nie unterlegen, da es, wie vorstehend ausgeführt, eine frei finanzierte Wohnung betrifft.

7. Das Berufungsgericht hat die zwischen den Parteien zustande gekommene Vereinbarung dahin ausgelegt, daß entsprechend der in den §§ 315, 316 BGB getroffenen gesetzlichen Regelung hier den Klägern die Bestimmung der Höhe der Miete zugestanden habe, die allerdings für den Beklagten nur verbindlich gewesen sei, wenn sie der Billigkeit entsprochen habe. Gegen diesen Ausgangspunkt des Berufungs-

gerichts, der einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt, erhebt die Revision keine Angriffe.

Weiter hat das Berufungsgericht ausgeführt, die Kläger hätten von dem ihnen zustehenden Recht dadurch Gebrauch gemacht, daß sie mit der Klage 197,40 DM gefordert hätten. Mehr als dieser Betrag könne den Klägern daher nicht zugesprochen werden. Da die Kläger gegen das Berufungsurteil ein Rechtsmittel nicht eingelegt haben, ist der erkennende Senat an die Auffassung des Berufungsgerichts gebunden, daß die Kläger mit dem in der Klageschrift verlangten Betrage von 197,40 DM eine endgültige Bestimmung der Höhe der Miete getroffen haben. Diese Bestimmung entspreche, so führt das Berufungsgericht fort, deshalb der Billigkeit, weil die Kostenmiete angemessen sei und der von den Klägern bestimmte Mietzins der Kostenmiete von mindestens 187,83 DM monatlich nahe komme, sie jedenfalls um höchstens 9,57 DM, also nur um ungefähr  $1/20$  überschreite. Es meint, eine so geringfügige Überschreitung der Kostenmiete berechtige das Gericht nicht, im Rahmen des § 315 Abs. 3 BGB den von den Klägern bestimmten Mietzins auf den genauen Betrag der Kostenmiete herabzusetzen. Ein Mietzins, der der Kostenmiete nahekomme, sei nicht unbillig.

Die Revision bekämpft diese Darlegungen mit der Erwägung, wenn die Kostenmiete billig sei, so könne nicht ein der Kostenmiete nahekommender Betrag noch als billig angesehen werden. Im übrigen sei die Kostenmiete um nahezu 10,-- DM monatlich überschritten. Dieser Betrag sei aber im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beklagten durchaus erheblich.

Entgegen der Ansicht der Revision kann es nicht darauf ankommen, ob der durch die Kläger bestimmte und von ihnen als Mietzins geforderte Betrag der Kostenmiete genau entspricht; ein geringer Unterschied zu Gunsten der Kläger macht als solcher die Bestimmung noch nicht unbillig. Die Frage, ob ein Betrag von rund 10,-- DM monatlich bei einer verlangten Miete von 197,40 DM als erheblich angesehen werden muß, braucht hier nicht beantwortet zu werden, denn der Unterschiedsbetrag zwischen der Kostenmiete und der von den Klägern geforderten Miete ist in Wirklichkeit viel geringer, weil das Berufungsgericht einige Posten, über die die Parteien streiten, zu Ungunsten der Kläger bei der Ermittlung der Kostenmiete außer Ansatz gelassen hat, obgleich sie bei richtiger Beurteilung der Rechtslage zu Gunsten der Kläger hätten berücksichtigt werden müssen.

a) Die Gesamtherstellungskosten des Bauwerkes erhöhen sich einmal um die Kosten für die vorläufige Bewohnbarmachung kriegsbeschädigter Wohnungen vor ihrer Wiederherstellung, soweit derartige Kosten, wenn sie nicht damals aufgewandt worden wären, bei der endgültigen Wiederherstellung entstanden wären. Nach der eigenen Darstellung des Beklagten gilt dies insbesondere für die durch die Wiederherstellung seiner eigenen Wohnung entstandenen Kosten, die die Kläger durch Verrechnung mit der Miete unstrittig in Höhe von 1.500 DM getragen haben.

Außerdem sind als Baunebenkosten die Verwaltungsleistungen des Bauherrn hinzuzurechnen. Wie das Berufungsgericht auf Seite 38 f seines Urteils zutreffend ausgeführt hat, enthält zwar die Erste Berechnungsverordnung im Gegensatz zur Zweiten Berechnungsverordnung keine Vor-

schrift über die Berechnung der Höhe dieser Verwaltungsleistungen. Die Erste Berechnungsverordnung gestattet aber ganz allgemein die Berücksichtigung der Baunebenkosten (§ 5 Abs. 1), zu denen auch die Verwaltungsleistungen des Bauherrn gehören, denn ohne solche Leistungen ist ein Bau nicht zu bewerkstelligen. Das zeigt gerade der vorliegende Fall. Da die Grundstückseigentümer nicht in Hamburg wohnen, waren sie gezwungen, den wesentlichen Teil der von ihnen zu erbringenden Verwaltungsleistungen durch einen in Hamburg ansässigen Bevollmächtigten, den Dipl.-Ing. Tyart, bewirken zu lassen. Daß die Kläger an Tyart für seine Tätigkeit zur Vorbereitung und bei der Durchführung des Aufbaus eine Vergütung haben zahlen müssen und daß sie auch selbst Aufwendungen und Zeitverlust gehabt haben, der auf den Wiederaufbau zurückzuführen ist, ist mit Sicherheit anzunehmen.

Schließlich sind auch die Kosten für den Räumungsprozeß gegen den Beklagten als Baunebenkosten berücksichtigungsfähig. Wie die Urteile jenes Rechtsstreits ergeben, war der Beklagte nur bereit, während des Aufbaues in von ihm bezeichnete Wohnungen auf Grundstücken der Kläger zu ziehen. Er war aber nicht willens, wozu er dann verurteilt worden ist, die Wohnung für die Dauer der Aufbauarbeiten bedingungslos zu räumen. Der Rechtsstreit war also notwendig, um die Wiederherstellung des Hauses durchzuführen, denn die Räumung der Wohnung des Beklagten war behördlicherseits für die Dauer der Wiederherstellungsarbeiten verlangt worden. Die Kosten dieses Rechtsstreits sind allerdings den Klägern auferlegt worden. Das geschah aber in Anwendung des § 13 Abs. 3 MSchG, der nach herrschender Ansicht auch im Falle der Klage aus § 4 b MSchG eingreift (Roquette MSchG § 13 Nr. 12). Die Kostenentscheidung im Vorprozeß steht

daher der Berücksichtigung der Räumungskosten als Baunebenkosten nicht entgegen.

b) Die Erhöhung der Herstellungskosten bedingt eine Änderung der Wirtschaftlichkeitsberechnung zu Gunsten der Kläger. Sie führt nämlich dazu, daß das für die Wirtschaftlichkeitsberechnung maßgebende Eigenkapital der Kläger größer wird. Die Kläger können deshalb den Ansatz eines höheren Zinsbetrages für ihr Eigenkapital und die zulässigen Abschreibungen von dem richtig ermittelten Gesamtbetrag der Wiederherstellungskosten verlangen.

Weiter ist zu ihren Gunsten das Mietausfallwagnis gemäß § 23 der Ersten Berechnungsverordnung in die Wirtschaftlichkeitsberechnung einzusetzen, das das Berufungsgericht zu Unrecht unberücksichtigt gelassen hat.

Diese Änderungen der Wirtschaftlichkeitsberechnung, die bereits auf Grund des vom Berufungsgericht selbst festgestellten Sachverhalts erfolgen muß, führt dazu, daß sich der Unterschiedsbetrag, von dem das Berufungsgericht ausgegangen ist, wesentlich vermindert. Bei dieser Sachlage kann selbst ~~dann wenn~~ außer Betracht gelassen wird, daß die Kläger erhebliche weitere Wiederherstellungskosten aufgewandt haben wollen, was der Beklagte bestreitet, die Bestimmung der Höhe des Mietzinses durch die Kläger nicht als <sup>der</sup> Billigkeit widersprechend bezeichnet werden.

8. Die von der Revision angeführten weiteren Gesichtspunkte, deren Berücksichtigung sie im Rahmen der von den Klägern zu treffenden Billigkeitsentscheidung

vermißt, sind nicht geeignet, die von den Klägern vorgenommene Festsetzung des Mietzinses als unbillig erscheinen zu lassen.

a) Die Kosten für die von dem Beklagten im Jahre 1948 ausgeführten Arbeiten zur Bewohnbarmachung der sodann von ihm bezogenen Räume sind entsprechend einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung auf 1.500 DM festgesetzt und vom Beklagten in voller Höhe abgewohnt worden. Es bestand deshalb für die Kläger keine Veranlassung, den Umstand, daß der Beklagte diese Arbeiten ausgeführt hatte, bei der Festsetzung des Mietzinses zu berücksichtigen.

b) Daß nicht nur das vierte Zimmer, sondern die gesamte Wohnung rechtlich neugeschaffenen Wohnraum darstellt, ist bereits ausgeführt worden. Daran ändert nichts, daß die vom Beklagten hergerichteten Räume zur Zeit des Beginnes der Wiederherstellung des Hauses noch als Wohnung benutzbar waren, denn sie waren hierzu nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht für die Dauer geeignet. Es geht daher nicht an, wie ebenfalls bereits dargelegt ist, zwischen den durch die Arbeiten des Klägers bewohnbar gemachten Räumen und dem vierten völlig neu hergerichteten Zimmer zu unterscheiden, vielmehr handelt es sich bei der ganzen Wohnung um neugeschaffenen Wohnraum, so daß die Miete für die ganze Wohnung nicht mehr der Preisbindung unterlag und entsprechend für die ganze Wohnung neu ermittelt werden mußte.

c) Auch die von dem Beklagten behaupteten Mängel der Wohnung, die von den Klägern bestritten worden sind, rechtfertigen entgegen der Auffassung der Revision nicht

den Schluß, daß die von den Klägern getroffene Bestimmung des Mietzinses unbillig ist. Der von den Klägern geforderte und damit von ihnen als Mietzins bestimmte Betrag von 197,40 DM bezog sich ersichtlich auf eine durch Wiederherstellung des Hauses neugeschaffene fehlerfreie Wohnung, ebenso wie auch die gesetzliche Miete für eine Wohnung in mangelfreiem Zustand festgesetzt wird. Ist die Wohnung mangelhaft, so befreien die Fehler der Wohnung gegebenenfalls den Mieter von der Entrichtung des Mietzinses oder berechtigen ihn zur Minderung (§ 537 BGB). Fehler der Wohnung ändern aber nicht die Höhe des vereinbarten oder - wie hier - des durch den dazu berechtigten Vermieter zu bestimmenden Mietzinses als solchen.

Die von der Revision vorgetragenen Bedenken gegen die Billigkeit des von den Klägern bestimmten Mietzinses sind mithin nicht stichhaltig.

9. Eine Minderung des Mietzinses hat das Berufungsgericht dem Beklagten versagt. Die Revision hat die entsprechenden Ausführungen des Berufungsgerichts nicht angegriffen. Sie sind auch aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Durchschlagend ist bereits der Hinweis des Berufungsgerichts auf § 539 BGB. Der Beklagte hat die Wohnung bezogen, ohne die Mängel zu rügen und sich deswegen Rechte vorzubehalten. Er hat erst im Laufe des Rechtsstreits auf die angeblichen Mängel hingewiesen, die - soweit sie überhaupt eine Minderung rechtfertigen könnten - nach seiner eigenen Darstellung bereits bei dem Einzug vorhanden gewesen sein sollen. Auf die von dem erkennenden Senat in seinem Urteil vom 21. Dezember 1960 - VIII ZR 214/59 - LM 1. BMG § 18 Nr. 9 unter II aufgestellten Grundsätze kann sich der Beklagte deshalb nicht berufen. Im Gegensatz zu dem jener Entscheidung zugrunde

liegenden Sachverhalt ist hier die Miete nicht nach Einzug des Mieters in die Wohnung infolge einer Gesetzesänderung, welche die Berechnung der Miete auf einer ganz anderen für den Vermieter günstigeren Grundlage gestatte- te, erhöht worden. Vielmehr haben die Vermieter schon vor dem Einzug des Beklagten in die neugeschaffene Woh- nung von ihrem Recht, den Mietzins zu bestimmen, Ge- brauch gemacht und mit der bereits im Oktober 1956 zu- gestellten Klage einen monatlichen Mietzins von 197,40 DM verlangt, während der Beklagte in die Wohnung erst am 1. November 1956 eingezogen ist. Da es sich nach der eigenen Darstellung des Beklagten um sichtbare Mängel handelt, hätte er sich mindestens seine Rechte wegen der Mängel beim Einzug in die Wohnung vorbehalten müssen (§ 539 Satz 2 i.V.m. § 464 BGB), um sich auf sie beru- fen zu können. Das hat er aber unstreitig nicht getan.

Wenn der Mietzins für die Wohnung, den die Kläger zu verlangen berechtigt sind, den Betrag, den der Beklag- te für angemessen hält, weit übersteigt, so ist dies darauf zurückzuführen, daß die Wohnung, was der Beklag- te offenbar außer acht läßt, frei finanziert ist. Für eine im Jahre 1956 bezugsfertig gewordene frei finan- zierte Wohnung in einer Großstadt ist indes eine Kosten- miete von 2,175 DM je Quadratmeter äußerst niedrig und hier offenbar nur deshalb zu erreichen gewesen, weil bei der Wiederherstellung der Wohnungen wesentliche Teile des erhalten gebliebenen Gebäudes haben verwandt werden können.

Die Revision des Beklagten muß deshalb in vollem Umfange zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

BR Dr. Dorschel ist  
beurlaubt und daher  
an der Unterschrifts-  
leistung verhindert.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann