

/

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

II. BVO §§ 34 Abs. 1 Satz 2, 36 Abs. 2; WoBindG § 8 a Abs. 3
und 4

- a) Zur Aufteilung von Bewirtschaftungskosten, wenn sich nicht feststellen läßt, welche Kosten im einzelnen auf den öffentlich geförderten Wohnteil und welche auf den Gewerberaumanteil eines Gebäudekomplexes entfallen.
- b) Die einem Mietgenehmigungsbescheid der Bewilligungsstelle nach § 8 a Abs. 4 WoBindG zugrundeliegende Art und Weise der Aufteilung von Bewirtschaftungskosten bindet das Zivilgericht bei seiner Entscheidung über die Wirksamkeit späterer, die genehmigte Miete übersteigender Mieterhöhungen nach § 8 a Abs. 3 WoBindG nicht.

BGH, Urt. v. 18. Februar 1987 - VIII ZR 93/86 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 93/86

Verkündet am:
18. Februar 1987
Richter
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Willi G [REDACTED], M [REDACTED] Allee 126, B [REDACTED],

Beklagter und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1.

2.

3.

4.

5.

6.

WI

- 2 -

10

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.



34.

35.

36.

37.

38.

39.

40.

41.

42.

43.

44.

45.

10

46.

47.

48.

49.

50.

51.

52.

53.

54.

55.

56.

57.

58.

59.

60.

61.

62.

63.

64.

65.

66.

67.

68.

69.

Kläger und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter der Kläger zu 1-47, 49-62, 64-69:
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- Prozeßbevollmächtigter der II. Instanz der Kläger zu 48
und 63: Rechtsanwalt Volker [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] in
[REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Februar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Treier, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 6. Februar 1986 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte ist Eigentümer eines Gebäudekomplexes in B [REDACTED], in dem sich neben Gewerberaum und freifinanziertem Wohnraum 243 Wohnungen befinden, deren Errichtung mit Mitteln des sozialen Wohnungsbaus von der W [REDACTED]-K [REDACTED] B [REDACTED] (im folgenden: W [REDACTED]) gefördert wurde. Die Kläger sind oder waren Mieter von mit öffentlichen Mitteln geförderten Wohnungen in dem Gebäudekomplex. Mit der Klage fordern sie einen Teil des in den Jahren 1974 und 1975 von ihnen gezahlten Mietzinses wegen Überschreitung der Kostenmiete vom Beklagten zurück.

Die öffentlich geförderten Wohnungen waren im August 1969 bezugsfertig. Mit Bescheid vom 8. Januar 1971 hat die W [REDACTED] die Schlußabrechnung des Beklagten anerkannt und auf der Grundlage seiner Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 25. November 1970 eine monatliche Durchschnittsmiete von 3,60 DM/m genehmigt. In diesem Betrag war eine Betriebskostenpauschale mit einem Erfahrungswert von 4,60 DM/m /jährlich bzw. von 78.365,-- DM für sämtliche Sozialwohnungen enthalten. Mit Bescheid vom 30. August 1978 widerrief die W [REDACTED] nach einer von Mieterseite angeregten Überprüfung ihren Bescheid vom 8. Januar 1971 wegen ihm zugrundeliegender Falschangaben des Beklagten, genehmigte nur noch eine verminderte monatliche Durchschnittsmiete von 3,46 DM/m inklusive der Betriebskostenpauschale und forderte den Beklagten zum Nachweis der effektiven Betriebskosten für das Wirtschaftsjahr 1969/70 sowie zum Antrag auf Genehmigung

einer dadurch erhöhten Miete nach § 4 Abs. 2 NMV auf. Aufgrund danach ermittelter Betriebskosten von rund 118.024,-- DM genehmigte die WBK dann mit Bescheid vom 2. November 1978 eine erhöhte monatliche Durchschnittsmiete von 3,66 DM/m , berichtigte aber diesen sowie den vorangegangenen Bescheid nach Feststellung weiterer Unstimmigkeiten in den Angaben des Beklagten erneut mit Bescheid vom 18. August 1980 und genehmigte darin nunmehr eine monatliche Durchschnittsmiete (incl. Betriebskostenpauschale) von 3,36 DM/m "per 1.8.1969", bzw. "per 1.1.1970" eine Durchschnittsmiete von 3,56 DM/m /monatlich aufgrund die Pauschale übersteigender Betriebskosten für das Wirtschaftsjahr 1970 in Höhe von 117.997,-- DM. Dabei wurden die auf die Sozialwohnungen entfallenden Betriebskosten des gesamten Gebäudekomplexes nicht einheitlich nach dem Verhältnis des umbauten Raums, sondern - wie im Bescheid der WBK vom 2. November 1978 erwähnt - in Abstimmung mit der Hausverwaltung des Beklagten nach einem differenzierenden Aufteilungsschlüssel für die einzelnen Kostenarten ermittelt, so daß z.B. für Müllabfuhr und -verbrennung ein Anteil von 76,62 % oder für Hausreinigung ein Anteil von 64,31 % der jeweiligen Gesamtkosten auf die Sozialwohnungen angerechnet wurde. Der Bescheid vom 18. August 1980 ist bestandskräftig geworden. Die dagegen gerichtete Klage eines früheren Mieters wurde in einem Verwaltungsgerichtsprozeß als unzulässig abgewiesen. Der Beklagte hat den auch von ihm angefochtenen Bescheid in einem verwaltungsgerichtlichen Vergleich anerkannt.

Der Beklagte hatte bereits ab 1971 die Durchschnittsmiete wegen gestiegener Bewirtschaftungskosten laufend erhöht, u.a. mit Mieterhöhungserklärungen an die Kläger vom 8. März 1974 auf 4,33 DM/m / monatlich und vom 26. Februar 1975 mit Berichtigung vom 13. Mai 1975 auf 4,63 DM/m /monatlich. Dabei hat der Beklagte in den Anlagen zu seinen Wirtschaftlichkeitsberechnungen die Betriebskosten für den gesamten Gebäudekomplex entsprechend dem von ihm angegebenen Kubikmeteranteil des Wohnteils von 78,39 % auf den Wohnteil angerechnet, was (jeweils ohne Grundsteuer) für 1974 einen Betrag von 162.095,75 DM und für 1975 von 163.027,59 DM ergab. Unstreitig entfallen auf den öffentlich geförderten Wohnteil 64,31 % des umbauten Raums bei einer Fläche von 17.124,04 m .

Mit ihren 69 verbundenen Klagen haben die Kläger für die Zeit vom 1. Februar 1974 (die Klägerin zu 15 ab 1. Juli 1975) bis zum 31. Dezember 1975 jeweils nach ihrer Meinung zuviel gezahlte Betriebskosten in Höhe von 0,42 DM/m /monatlich, bzw. die daraus nach der jeweiligen Fläche ihrer Wohnungen errechneten Beträge vom Beklagten zurückverlangt. Sie haben dazu zunächst die Auffassung vertreten, sämtliche Mieterhöhungserklärungen des Beklagten seit 1971 seien unwirksam, weil der Beklagte statt der angesetzten Betriebskosten nur die von der WBK im Bescheid vom 8. Januar 1971 bewilligte Pauschale von 4,60 DM/m /jährlich, bzw. für die Wohnungen insgesamt nur 78.365,-- DM/jährlich habe ansetzen dürfen. Aus der Differenz zu den vom Beklagten angesetzten Betriebskosten ergäben sich die mit der Klage geltend gemachten Beträge. In zweiter Instanz haben die Kläger vorgetragen, der den Betriebskostenberechnungen des Beklagten zugrundeliegende Kubusschlüssel von

78,39 % zu Lasten des Wohnteils sei jedenfalls unzutreffend und durch den sachlich zutreffenden Kubusschlüssel von 64,31 % zu ersetzen. Daraus ergebe sich auf der Grundlage der in den Mieterhöhungsberechnungen des Klägers vom 8. März 1974 und vom 13. Mai 1975 angegebenen Betriebskosten eine Zuvielbelastung des öffentlich geförderten Wohnteils von 29.122,70 DM für das Jahr 1974 und von 32.018,39 DM für das Jahr 1975 (jeweils ohne Grundsteuer). Außerdem habe der Kläger seinen Mietberechnungen zu hohe Beträge für Kapitalkosten, Abschreibung, Grundsteuer, Mietausfallwagnis und Heizkosten zugrundegelegt, wie im einzelnen aufgeführt. Auch auf dieser Grundlage ergäben sich die mit der Klage geltend gemachten Beträge.

Der Beklagte hat in erster Instanz unter Hinweis auf seinen Vortrag in zwei Parallelverfahren die Verteilung der Betriebskosten nach einem einheitlichen Kubusschlüssel (bei ihm 78,39 %) damit begründet, daß eine andere, gesonderte Berechnung für die verschiedenen Gebäudeteile nicht möglich gewesen sei (§§ 36, 34 Abs. 2 II. BV). Nach § 4 Abs. 3 NMVO in der damals geltenden Fassung sei die von der W im Bescheid vom 8. Januar 1971 anerkannte Betriebskostenpauschale durch die effektiven Betriebskosten zu ersetzen gewesen. Die dazu erforderliche Vorabgenehmigung der W sei im Bescheid vom 8. Januar 1971 nur versehentlich nicht erteilt und durch den Bescheid vom 2. November 1978 (bzw. vom 18. August 1980) nachgeholt worden. Bei Anwendung des differenzierenden Umlageschlüssels der W ergäbe sich für 1974 und 1975 allenfalls eine Überzahlung der Kläger von 0,02 DM bzw. von 0,04 DM/m / monatlich. In zweiter Instanz hat der Beklagte zunächst wiederum die Anwendung eines Kubusschlüssels nach §§ 36, 34 Abs. 2 II. BV verteidigt. In seinem Schriftsatz vom 22. Januar 1986

hat er dann unter Vorlage eines Schreibens der W. vom 16. Juli 1985 deren vom Kubusschlüssel abweichende Verteilung der Betriebskosten in den Bescheiden von 1978 und 1980 mit näheren Darlegungen zu rechtfertigen versucht.

Das Landgericht hat den Klagen in vollem Umfang - in Höhe eines Gesamtbetrages von 48.413,91 DM nebst Zinsen - stattgegeben. Das Kammergericht hat auf Berufung des Beklagten dessen Verurteilung in Höhe von insgesamt 45.534,93 DM nebst Zinsen aufrechterhalten und im übrigen die Klage abgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung eines weiteren Teils der Klage in Höhe von insgesamt 11.138,-- DM. Die Kläger zu 1-47, 49-62, 64-69 beantragen, die Revision zurückzuweisen. Die übrigen Kläger sind in der Revisionsinstanz nicht vertreten.

Entscheidungsgründe

Die auf einen Teil der Beschwer des Beklagten beschränkte Revision ist nach § 554 b ZPO zulässig (vgl. Senatsurteil vom 1. April 1981 - VIII ZR 33/80 = NJW 1981, 1564). Das Rechtsmittel hat aber in der Sache keinen Erfolg, auch gegenüber den in der Revisionsinstanz nicht vertretenen Klägern (vgl. BGH Urteil vom 14. Juli 1967 - V ZR 112/64 = NJW 1967, 2162).

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, bei der Berechnung der Überzahlungen für die Jahre 1974 und 1975 könne von der Aufstellung der Kläger im Schriftsatz vom 19. September 1985 auf Bl. 14 ausgegangen werden, die vom Beklagten offensichtlich nicht angegriffen werde. Der Ansatz der Betriebskosten für das Jahr 1974 sei um 29.122,70 DM und für das Jahr 1975 um 32.018,39 DM überhöht, wie von den Klägern auf Bl. 7 des Schriftsatzes vom 19. September 1985 errechnet. Sämtliche Betriebskosten, die der Beklagte in seinen Miethöheberechnungen angegeben habe, (mit Ausnahme der Grundsteuer), seien zu 64,31 % auf den öffentlich geförderten Wohnteil mit einer Fläche von 17.124,04 m umzulegen. Soweit die W in der zweiten Anlage zur Wirtschaftlichkeitsberechnung vom 18. August 1980 davon abweichende, unterschiedliche Prozentsätze für die einzelnen Kostenarten angesetzt habe, sei dies mit § 34 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 II. BV nicht zu vereinbaren. Denn es lasse sich bei diesen Betriebskosten nicht feststellen, welche Beträge auf welchen Teil des Gebäudes entfielen, so daß nur ein einheitlicher Kubusschlüssel in Betracht komme, wovon auch der Beklagte in seinen Mieterhöhungserklärungen vom 8. März 1974 und vom 13. Mai 1975 sowie im Schriftsatz vom 25. Oktober 1978 ausgegangen sei. Ob er von dieser Aufteilungsart nachträglich abweichen könne, könne dahinstehen. Auch bei Berücksichtigung seines Vorbringens in zweiter Instanz müsse es bei der Aufteilung der Betriebskosten nach dem Kubusschlüssel verbleiben, weil er keine hinreichende Grundlage für eine zuverlässige Schätzung der auf den Wohnteil entfallenden Betriebskosten und damit für eine Abweichung von dem einheitlichen Kubusschlüssel vorgetragen habe.

Insgesamt ergebe sich, daß der Beklagte die auf die Sozialwohnungen entfallenden Kosten (unter Einschluß des Mietausfallwagnisses und unter Berücksichtigung zusätzlich anzusetzender Instandhaltungskosten) für das Jahr 1974 um 79.317,24 DM und für das Jahr 1975 um 82.029,23 DM zu hoch angesetzt habe. Die Teilung der Beträge durch 17.124,04 m ergebe für 1974 einen Rückzahlungsbetrag von 4,63 DM/m /jährlich = 0,39 DM/m /monatlich und für 1975 von 4,79 DM/m /jährlich = 0,40 DM/m /monatlich. Daraus errechneten sich durch Multiplikation mit der geltend gemachten Zahl der Überzahlungsmonate und der Quadratmeterzahl der jeweiligen Wohnungen der Kläger die ihnen zuzusprechenden Beträge, während im übrigen die Klage abzuweisen sei.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis der revisionsgerichtlichen Nachprüfung stand.

1. Die Revision meint, das Berufungsgericht habe die auf den öffentlich geförderten Wohnteil des Gebäudekomplexes entfallenden Betriebskosten nicht unter Anwendung des einheitlichen Kubusschlüssels von 64,31 % umlegen dürfen, sondern sei wegen der Bestandskraft bzw. der Tatbestandswirkung des Mietgenehmigungsbescheids der W vom 18. August 1980 an die ihm zugrundeliegende Verteilung der Betriebskosten nach unterschiedlichen Prozentsätzen gebunden gewesen. Das trifft nicht zu.

a) Allerdings hat das Oberlandesgericht Hamm in dem Rechtsentscheid vom 10. September 1984 (4 REMiet 1/84 = RES 1984 § 8 a WoBindG Nr. 3 S. 146 = WuM 1984, 321 = ZMR 1984, 414 = DWW 1984,

287 = RiM Bd. 2 S. 1443) die Ansicht vertreten, das Zivilgericht sei bei der Entscheidung der Frage, ob die für eine öffentlich geförderte Wohnung vereinbarte Miete die Kostenmiete übersteige (§ 8 Abs. 2 WoBindG), nicht befugt, die von der Bewilligungsstelle im Rahmen der Bewilligung der öffentlichen Mittel nach § 72 Abs. 2 des II. WoBauG behördlich genehmigte Durchschnittsmiete auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen (zustimmend Pergande in: Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, Wohnungsbaurecht, Bd. 3, § 8 a WoBindG Anm. 3 S. 6; wohl auch Schade/Schubart, Wohnungsbau, II. WoBauG § 72 Anm. 2; anderer Ansicht Eisel und Nagler in: WuM 1984, 325). Nach § 8 a Abs. 2 WoBindG sei bei der Ermittlung der Kostenmiete von der Durchschnittsmiete auszugehen, die von der Bewilligungsstelle nach § 72 II. WoBauG genehmigt worden sei. Diese Genehmigung sei ein Verwaltungsakt, dem aufgrund der verfassungsmäßigen Kompetenzordnung eine Tatbestands- oder Drittbindungswirkung zukomme. Diese bedeute, daß neben den unmittelbar Beteiligten insbesondere die Zivilgerichte an die Tatsache der Erteilung sowie an den Inhalt der Genehmigung gebunden seien. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Genehmigung als eines Verwaltungsakts sei allein den Verwaltungsgerichten zugewiesen (§ 40 VWGO). Auch der Umstand, daß nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Februar 1981 (8 B 66.80 = BBauBl 1982, 67) dem Mieter, der den Mietvertrag erst nach Erteilung der Genehmigung abgeschlossen habe, die Klagbefugnis (§ 42 Abs. 2 VWGO) für eine Anfechtungsklage gegen den Genehmigungsbescheid fehle, könne nicht zu einer ersatzweisen Prüfungskompetenz der Zivilgerichte führen.

b) Demgegenüber hat das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 15. November 1985 (8 C 43.83 = DÖV 1986, 438, 439 = Buchholz 454.32 § 8 a WoBindG 1974 Nr. 2 S. 4) eine Bindung der Zivilgerichte an den Mietgenehmigungsbescheid jedenfalls insoweit verneint, als es sich um die Genehmigung einer Mieterhöhung nach § 8 a Abs. 4 WoBindG handelt. Im Anwendungsbereich des § 8 a Abs. 4 Satz 1 WoBindG entscheide im Falle eines Streits zwischen Vermieter und Mieter über die Rechtswirksamkeit der Mieterhöhung das Zivilgericht über das Vorliegen der Erhöhungsvoraussetzungen, also darüber, ob - erstens - sich die laufenden Aufwendungen erhöht hätten, ob - zweitens - die Erhöhung vom Vermieter nicht zu vertreten oder gesetzlich zugelassen sei und ob - drittens - die Erhöhung durch die Bewilligungsstelle genehmigt worden sei. Abgesehen von dem Umstand, daß eine erteilte Genehmigung hinsichtlich der dritten Voraussetzung Tatbestandswirkung entfalte, sei das Zivilgericht bei seiner Entscheidung nicht an den die Mieterhöhung genehmigenden Bescheid gebunden. Eine Feststellungswirkung sei im Gesetz nicht vorgesehen; sie könne dann - im Gegensatz zur Auffassung des OLG Hamm aaO - "auch nicht im Wege einer gleichsam anreichernden 'Auslegung' in das Gesetz hineininterpretiert werden". Die insoweit gegebene Prüfungskompetenz der Zivilgerichte spreche neben anderen Gründen dafür, die Klagbefugnis des Mieters für eine Anfechtungsklage gegen den Mietgenehmigungsbescheid nach § 42 Abs. 2 VWGO zu verneinen, um einen zweigleisigen Rechtsschutz mit der Gefahr einander widersprechender Entscheidungen zu verhindern.

c) Es kann im vorliegenden Falle dahingestellt bleiben, ob und inwieweit die beiden Entscheidungen sich gegenseitig widersprechen und welcher Auffassung der Vorzug zu geben ist.

Der Rechtsentscheid des OLG Hamm aaO betrifft die erstmalige Genehmigung der Durchschnittsmiete im Sinne von §§ 72 Abs. 2 II. WoBauG, 8 a Abs. 2 WoBindG. Darum handelt es sich hier im Hinblick auf die streitige Betriebskostenverteilung nicht. An dem Bescheid der W. vom 18. August 1980 sind drei Teile zu unterscheiden. In Teil I wird der Bescheid vom 8. Januar 1971 hinsichtlich der Anerkennung der Schlußabrechnung und der Genehmigung einer Durchschnittsmiete von 3,60 DM/m / monatlich mit Wirkung vom 1. August 1969 (Tag des Bezuges der Wohnungen) zum wiederholten Male widerrufen. In Teil II wird der Bescheid von 1971 ersetzt durch eine neue Mietgenehmigung, die auf der Grundlage der von der W. erstellten Teilwirtschaftlichkeitsberechnung "per 1.8.1969 eine Durchschnittsmiete von 3,36 DM/m Wohnfläche/monatlich" einschließlich der ursprünglichen Betriebskostenpauschale von 4,60 DM/m /jährlich vorsieht. Die streitige Betriebskostenverteilung ist erst in Teil III des Bescheids von 1980 enthalten, wo wegen der die Pauschale übersteigenden Betriebskosten "per 1.1.1970 eine Durchschnittsmiete von 3,56 DM/m Wohnfläche/monatlich" genehmigt wird. Insoweit enthält Teil III eine im Bescheid vom 8. Januar 1971 noch nicht enthaltene Genehmigung einer Mieterhöhung im Sinne von §§ 8 a Abs. 4 WoBindG, 4 Abs. 2 NMV, worauf in der Begründung zu Teil III des Bescheids der W. von 1980 auch Bezug genommen wird, nicht aber eine erstmalige Genehmigung der Durchschnittsmiete im Sinne von § 72 II. WoBauG, § 8 a Abs. 2 WoBindG (vgl. auch oben 1.).

Aber auch die zu § 8 a Abs. 4 WoBindG ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aaO ist für den vorliegenden Fall nicht einschlägig. Anders als in dem vom Bundesverwaltungs-

gericht entschiedenen Fall geht es hier nicht um die Nachprüfung der Richtigkeit der von der W■ nach § 8 a Abs. 4 WoBindG "per 1.1.1970" genehmigten Durchschnittsmiete, sondern darum, auf welchen Betrag die laufenden Aufwendungen des Beklagten für die Wohnungen und damit die Durchschnittsmiete sich inzwischen bis zu den hier maßgeblichen Jahren 1974 und 1975 nach § 8 a Abs. 3 WoBindG erhöht hatten, und ob die von den Klägern in den Jahren 1974 und 1975 gezahlte Miete von 4,33 bzw. von 4,63 DM/m /monatlich die für diese Jahre anzusetzende Kostenmiete überstiegen hat. Nach Anerkennung der Schlußabrechnung, spätestens zwei Jahre nach Bezugsfertigkeit der Wohnungen eintretende Mieterhöhungen bedürfen gemäß § 8 a Abs. 3, 4 WoBindG keiner Genehmigung mehr und können deshalb auch nicht verwaltungsgerichtlich, sondern nur noch zivilgerichtlich nachgeprüft werden. Auf solche späteren Erhöhungen, um die es hier allein geht, bezieht sich der Mietgenehmigungsbescheid der W■ auch nicht. Vielmehr ist die von der W■ genehmigte Durchschnittsmiete von 3,56 DM/m / monatlich lediglich als Sockelbetrag in der Kostenmiete für 1974/75 enthalten. Diesen Sockelbetrag hat das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung nicht angetastet, indem es den Klägern Rückzahlungsansprüche in Höhe von 0,39 DM bzw. von 0,40 DM/m / monatlich zugesprochen hat; ebenso wenig den in der genehmigten Durchschnittsmiete enthaltenen Betrag an Betriebskosten von insgesamt 117.997,-- DM für den öffentlich geförderten Wohnteil (S. 3 des Bescheids der WBK von 1980), indem es der Berechnung der Kläger folgend unter Anwendung des Kubusschlüssels von 64,31 % jeweils über 130.000,-- DM an Betriebskosten für 1974 und 1975 angesetzt hat. Nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aaO würde nicht einmal eine Bindung hinsichtlich

dieser Sockelbeträge bestehen, worauf es aber hier nicht ankommt. Auf jeden Fall entfaltet die Art und Weise der Ermittlung der auf den Wohnteil entfallenden Betriebskosten für das Jahr 1970 keine Bindung für spätere Jahre ganz abgesehen davon, daß der Bescheid der W. von 1980 nebst Anlagen gar keine ausdrückliche Regelung über irgendwelche Prozentsätze hinsichtlich der Aufteilung der Betriebskosten auf Wohnfläche einerseits und Gewerbefläche andererseits trifft. Diese hat die Revision selbst durch Rückrechnung aus den in der Betriebskostenaufstellung der WBK von 1980 angegebenen Beträgen errechnet. Angaben zu Prozentsätzen finden sich lediglich in einer Anlage zu dem durch den Bescheid von 1980 (S. 1) "richtig gestellten" Bescheid der WBK vom 2. November 1978. Dort findet sich aber auch der Hinweis, daß die vorgenommene Verteilung der Betriebskosten "für das Jahr 1970 angemessen" erscheine und nicht ausschließe, "daß für die weiteren Bewirtschaftungsjahre eine andere Verteilung" zutreffe, die vom Eigentümer/Verwalter in eigener Verantwortung im Rahmen des § 36 i.V.m. § 34 II. BV durchgeführt werden" müsse. Etwas anderes, nämlich eine Festschreibung bestimmter Prozentsätze der Betriebskostenverteilung, ist auch aus dem Bescheid der W. von 1980 nicht zu entnehmen.

Nach allem war das Berufungsgericht durch den Bescheid der W. von 1980 nicht gehindert, die Betriebskosten für den hier maßgeblichen Berechnungszeitraum gemäß §§ 36 Abs. 2, 34 Abs. 1 II. BV unter Anwendung des unstreitig an sich zutreffenden Kubusschlüssels von 64,31 % zu verteilen.

2. Fehl geht auch die auf eine Verletzung von § 288 ZPO gestützte Rüge der Revision, die Kläger hätten in ihrem Schriftsatz vom 19. September 1985 für die Posten Müllverbrennung,

Schornstein (-feger) und Versicherung die abweichenden Werte der Berechnung der W... "anerkannt". Ungeachtet der Frage, ob inso- weit eine Geständniswirkung überhaupt in Betracht kommt, ergibt jedenfalls der Zusammenhang des genannten Schriftsatzes der Klä- ger, daß sie gegen die Aufteilung der betreffenden Betriebs- kostenpositionen nach Vorgabe der W... nur für den Fall "keine Einwände" hätten, daß eine Aufteilung der gesamten Betriebs- kosten nach einem einheitlichen Kubusschlüssel (von 64,31 %), den sie ihren Berechnungen zugrundegelegt haben (S. 7 aaO), nicht in Betracht kommt. Somit war das Berufungsgericht auch da- durch nicht an der Anwendung des einheitlichen Kubusschlüssels gehindert.

3. Die größtenteils auf tatrichterlicher Würdigung beruhende Ansicht des Berufungsgerichts, daß auch das Vorbringen des Be- klagten in seinem Schriftsatz vom 22. Januar 1986 keine hin- reichende Grundlage für eine von dem einheitlichen Kubusschlüs- sel nach §§ 36 Abs. 2, 34 Abs. 1 Satz 2 II. BV abweichende Ver- teilung der einzelnen Kostenarten liefere, wird von der Revision nicht angegriffen. Sie ist auch aus Rechtsgründen nicht zu bean- standen. Zwar trifft die Kläger im Rahmen ihres geltend gemach- ten Rückzahlungsanspruchs die Beweislast dafür, inwieweit der Beklagte die Betriebskosten unrichtig angesetzt hat. Jedoch sind nach § 34 Abs. 1 Satz 2 II. BV Kosten, von denen nicht festge- stellt oder auch nicht hinreichend genau geschätzt (vgl. Fischer-Dieskau/Pergande/Schwender, aaO, Bd. 4, § 34 II. BV S. 4) werden kann, auf welchen Teil des Gebäudes oder der Wirt- schaftseinheit sie entfallen, nach dem Verhältnis des umbauten Raums, also nach Kubusschlüssel, aufzuteilen. Ob diese Vor- schrift auch eine für den Zivilprozeß in jedem Falle maßgebende

Beweislastregelung darstellt, mag zwar fraglich sein. Jedenfalls aber trifft in diesem Zusammenhang den Vermieter, hier also den Beklagten, eine gesteigerte Darlegungslast hinsichtlich der nur ihm bekannten Verhältnisse. Dementsprechend hat das Berufungsgericht das Vorbringen des Beklagten in nicht zu beanstandender Weise dahin gewürdigt, daß sich selbst aus ihm keine zuverlässige Schätzungsgrundlage für eine vom Kubusschlüssel abweichende Verteilung einzelner Betriebskostenarten ergebe.

4. Keinen Erfolg kann die Revision schließlich mit ihrer Rüge haben, das Berufungsgericht habe bei der Berechnung der Rückzahlungsansprüche der Kläger für das Jahr 1974 den sich bei exakter Berechnung ergebenden Betrag von 0,38583 DM/m /monatlich zu Unrecht auf 0,39 DM aufgerundet, was eine Zuvielbelastung des Beklagten von 228,52 DM ergebe. Der Beklagte selbst hat in seiner Mieterhöhungserklärung vom 8. März 1974 die durch Teilung ermittelte Quadratmetermiete von 4,325 DM/monatlich auf 4,33 DM aufgerundet, entsprechend den Ausführungen der Revision also 0,005 DM/m /monatlich zuviel an Miete für das Jahr 1974 verlangt. Danach erhalten die Kläger durch die Aufrundung des Berufungsgerichts lediglich das ihnen Zustehende zurück.

Nach allem war die Revision zurückzuweisen.

III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 97 Abs. 1
ZPO.

Braxmaier

Treier

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß