

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 304/69

URTEIL

Verkündet am

7. Oktober 1971

Horn,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Werner L. [REDACTED], N. [REDACTED],
H. [REDACTED] B. [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

1. den Landwirt Karl B. [REDACTED],
D. [REDACTED] Kreis D. [REDACTED], Nr. [REDACTED],

2. Frau Julie B. [REDACTED] geb. R. [REDACTED],
ebenda,

Kläger, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1971 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann und der Bundesrichter Rietschel, Erbel, Schmidt und Dr. Girisch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 18. November 1969 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger erwarben von dem Beklagten am 25. November 1965 das in D [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED] belegene Grundstück zum Preis von 250.000 DM. Am selben Tag verpflichtete sich der Beklagte durch notariellen Vertrag, auf dem Grundstück für die Kläger ein Wohn- und Geschäftshaus zum Preis von 800.000 DM zu errichten. In dem Vertrag heißt es u.a.:

"Herr L [REDACTED] gewährleistet für die Erstvermietung sämtlicher Räume des Objektes eine jährliche Mieteinnahme von mindestens DM 72.000,--

- 3 -

brutto. Für den Fall, daß dieser Jahresbetrag bei der Erstvermietung nicht erzielt wird, verringert sich die Gegenleistung für die Baubetreuung und der Grundstückskaufpreis, also der Betrag von insgesamt DM 1.050.000,-- um je 1/72 für je volle Tausend DM, um die die tatsächlich erzielte Bruttomiete hinter dem gewährleisteten Betrag von DM 72.000,-- zurückbleibt."

Das Haus wurde im Februar 1967 bezugsfertig. Die seither erzielte Jahresmiete belief sich nur auf 68.400 DM. Die fehlenden 3.600 DM entsprachen der vorgesehenen Jahresmiete für 2 Appartements, die ursprünglich im Dachgeschoß vorgesehen waren. Der Ausbau des Dachgeschosses wurde im Hinblick auf die noch ausstehende Genehmigung des Bauaufsichtsamtes der Stadt D [REDACTED] zurückgestellt.

Mit Baubescheid vom 28. Mai 1968 und Befreiungsbescheid vom selben Tage wurde der bereits am 20. Januar 1968 mit 2 Mansarden und einem Bad und WC fertiggestellte "Einbau von 2 Schlafkammern im Dachgeschoß" vom Bauaufsichtsamt der Stadt D [REDACTED] genehmigt. Die Räume im Dachgeschoß sind bis zum Erlaß des Berufungsurteils nicht vermietet worden, weil die Kläger, mit der Begründung, sie seien hierzu nicht befugt, eine selbständige Vermietung untersagten und sich lediglich mit einer Vermietung als Zubehör zu einer der Hauptwohnungen einverstanden erklärten.

Die Kläger verlangen auf Grund des Vertrags vom 25. November 1965 Rückerstattung des Betrags von 3/72 aus der Vertragssumme von 1.050.000 DM = 43.749,99 DM abzüglich einbehaltener 5.000 DM = 38.749,99 DM nebst Zinsen, die sie mit der Klage geltend machen.



Der Beklagte bestreitet seine Zahlungspflicht, weil die Kläger sich grundlos einer direkten Vermietung der beiden Räume widersetzen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten wurde zurückgewiesen.

Der Beklagte verfolgt mit seiner Revision seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

1. Das Berufungsgericht stützt seine Entscheidung auf § 62 Abs. 2 BauO NW vom 25. Juni 1962. Es ist der Auffassung, die Kläger seien auf Grund dieser Bestimmung nicht berechtigt, die Räume im Dachgeschoß selbständig zu vermieten. Daß es möglich gewesen wäre, die Mansarden als Zubehör für monatlich insgesamt 300 DM an Mieter in den Vollwohnungen zu vermieten, habe der Beklagte nicht substantiiert vorgetragen, obwohl die Kläger dies bestritten hätten.

2. Das wird von dem Beklagten zu Recht gerügt.

Daraus, daß die Kläger im Jahre 1967, mit zwei von der Maklerfirma K[REDACTED] benannten Interessenten keine Mietverträge abgeschlossen haben, kann der Beklagte

allerdings nichts für sich herleiten. Damals war das Dachgeschoß noch nicht ausgebaut, und es lag auch noch keine Baugenehmigung hierfür vor. Unter diesen Umständen konnte den Klägern nicht zugemutet werden, Mietverträge abzuschließen, die sie später möglicherweise nicht erfüllen konnten.

Anders verhält es sich für die Zeit, nachdem die Mansarden fertiggestellt waren und die Baugenehmigung vorlag. Das Berufungsgericht hält es für möglich, daß die Kläger mit einer zeitlichen Zurückstellung des Dachgeschoßausbaus über den Zeitpunkt der Fertigstellung des Bauwerks einverstanden waren. Hiervon ist daher für die Revisionsinstanz auszugehen. Mit dem Berufungsgericht ist auch anzunehmen, daß in diesem Falle die Garantieverpflichtung des Beklagten entsprechend hinausgeschoben war. Unstreitig wurden dann aber die im Dachgeschoß eingebauten Mansarden als Schlafkammern (Aufenthaltsräume) vermietbar. Im Streit steht lediglich die Frage, ob die Kläger als Eigentümer befugt waren, die Räume unmittelbar zu vermieten, oder ob sie nur als Zubehör an die Wohnungsmieter vermietet werden durften, denen es dann freigestanden hätte, sie im Wege der Untermiete weiterzuvermieten.

Die Bestimmung des § 62 Abs. 2 BauO NW regelt entgegen der Meinung des Berufungsgerichts lediglich die baurechtliche Seite. Darüber, wie und von wem solche Räume vermietet werden können, enthält diese Bestimmung nichts. Das ergibt sich schon aus der Überschrift zu Teil VI der BauO NW, zu dem der § 62 gehört, die lautet:

"Anforderungen an die Bauausführung". Zu Unrecht beruft sich das Berufungsgericht auf Gädtke, Komm. zur BauO NW, 2. (jetzt 3.) Aufl., Anm. zu § 62. Auch dort ist nur von baurechtlichen Fragen die Rede. Auch das BGB enthält zu der hier streitigen Frage kein Verbot und keine Einschränkung. Insoweit gilt also der Grundsatz der Vertragsfreiheit.

Die Kläger waren und sind daher berechtigt, die beiden Räume als Aufenthaltsräume (Schlafkammern) unmittelbar zu vermieten. Ihre dahingehende Weigerung ist unbegründet. Durch diese Weigerung haben sie ihre Mitwirkungspflicht verletzt mit der Folge, daß ihnen, wenn und soweit die Räume hätten unmittelbar vermietet werden können, ein Rückzahlungsanspruch nicht zusteht (vgl. BGH Urt. vom 16. Februar 1956 - II ZR 141/54 - = LM Nr. 1 zu § 324 BGB). Das muß auch gelten, wenn die Weigerung der Kläger auf einem unverschuldeten Rechtsirrtum beruhen sollte. Der Beklagte hat, soviel ersichtlich, alles getan, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Die Kläger haben sich trotzdem in einer der objektiven Rechtslage nicht entsprechenden Weise geweigert, selbständige Mietverträge über die Dachkammern abzuschließen. Es liegt nahe, das unter eine Vertragsstrafe gestellte Garantieverprechen des Beklagten dahin auszulegen, daß die Kläger bei einer solchen Sachlage keinen Anspruch auf Verringerung der Gegenleistung haben (§§ 157, 242 BGB).

3. Das Urteil kann deshalb mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Der Senat ist bei dem bisherigen Sachstand aber auch nicht in der Lage, die Klage abzuweisen. Die Kläger haben zudem noch vorgetragen, der Ausbau des Dach-

geschosses sei so primitiv, daß ein Mietzins von je 150 DM monatlich nicht erzielt werden könnte. Die Möglichkeit, daß ein - wenn auch geringerer - Mietausfall verbleibt, ist somit vorhanden. Hierzu die erforderlichen Feststellungen zu treffen, ist Sache des Tatrichters.

Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Rietschel

Erbel

Schmidt

Girisch