

Verkündet

2321 098

am 17. Dezember 1957
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamt der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Harry A. S. [REDACTED] in B. [REDACTED]
[REDACTED], K. [REDACTED],

Beklagten, Widerklägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Grundstückeigentümerin Marta E. [REDACTED] geb. R. [REDACTED]
in B. [REDACTED], K. [REDACTED]

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. Dezember 1957 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundes-
richter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil
des 8. Zivilsenats des Kammergerichts vom 22. No-
vember 1956 wird zurückgewiesen, soweit die Beru-
fung des Beklagten hinsichtlich des mit der Wider-
klage verfolgten Anspruchs auf Zahlung von 800,00 DM
nebst Zinsen zurückgewiesen ist.

Auf die Revision wird das bezeichnete Urteil
hinsichtlich der Kostenentscheidung und insoweit
aufgehoben, als die Berufung im übrigen zurückge-
wiesen ist. In diesem Umfang wird die Sache zur an-
derweiten Verhandlung und Entscheidung an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entschei-
dung über die Kosten der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat von der Klägerin zum Betrieb einer Gaststätte und einer Likörfabrik und zum Lagern von Wein Räume sowie eine Wohnung gemietet, die in dem der Klägerin gehörenden Haus B [REDACTED] K [REDACTED] außer anderweit verwendeten Räumen gelegen sind. Der Beklagte ist vereinbarungsgemäß verpflichtet, der Klägerin u.a. die Kosten zu erstatten, die diese für das von ihm verbrauchte Wasser bezahlt. Der Beklagte war bis zum Jahre 1955 Gläubiger einer auf dem Grundstück lastenden, zu verzinsenden und in Teilbeträgen zu tilgenden Hypothek. Die Parteien standen hinsichtlich der Geldforderungen, die ihnen gegeneinander erwachsen, in laufender Rechnung. Sie streiten in erster Linie noch darüber, ob die Klägerin für die Zeit vom 1. Juli 1949 bis zum 30. Juni 1954 über die bereits vom Beklagten geleisteten Zahlungen hinaus weitere Beträge zu beanspruchen hat.

Die Klägerin hat schließlich beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 11.766,90 DM abzüglich 5.907,64 DM = 5.859,16 DM nebst Zinsen auf folgender Grundlage zu verurteilen: Zum 30. Juni 1949 hätten die Parteien am 17. August 1949 im Wege des Vergleichs die laufende Rechnung ausgeglichen; als Mieter schulde der Beklagte ihr für den bezeichneten Zeitraum noch 11.766,90 DM, während sie ihm als Hypothekengläubiger 5.907,74 DM schulde. - In dem Betrag von 11.766,90 DM ist als Wassergeld für den Zeitraum zwischen dem 1. Juli 1949 und dem 31. August 1952 ein Posten von 10.680,73 DM enthalten. Die Klägerin hat ihn auf Grund von Schätzungen berechnet. Dazu ist es deshalb gekommen, weil die Wasseruhr, an welcher der Verbrauch des Beklagten früher abgelesen worden war, durch Kriegseinwirkung unbrauchbar geworden ist.

Wie der Beklagte es darstellt, hat ihm die Klägerin aus der laufenden Rechnung noch 3.519,17 DM zu zahlen. Dazu macht er geltend, daß er als Hypothekengläubiger noch weitere 1.862,50 DM zu beanspruchen habe und daß die Klägerin zwei von ihm am 19. Februar 1952 geleistete Zahlungen in Höhe von 330,- DM und 120,90 DM nicht berücksichtigt habe. Verringere sich danach der von ihr im Rechtsstreit verlangte Betrag von 5.859,16 DM um insgesamt 2.313,40 DM auf 3.545,76 DM, so komme noch hinzu, daß die Klägerin den Wasserverbrauch in der Zeit zwischen dem 1. Juli 1949 und dem 31. August 1952 viel zu hoch geschätzt und demgemäß den Wert des verbrauchten Wassers um 7.064,93 DM zu hoch angesetzt habe. Die Klägerin schulde ihm also 3.519,17 DM. Diesen Betrag nebst Zinsen verfolgt er im Wege der Widerklage ebenso wie ferner den Betrag von 800,- DM nebst Zinsen, den er nach seiner Angabe für die im Dezember 1949 zu Lasten der Klägerin erfolgte Instandsetzung der Einfahrt des Hauses aufgewendet hat. Außerdem hat er mit der Widerklage den Betrag von 17.000,- DM geltend gemacht, den er im Einverständnis der Klägerin mindestens für sonstige Instandsetzungen des Hauses aufgewendet haben will. Insgesamt belief sich der Zahlungsanspruch zur Widerklage auf 21.319,00 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen und der Widerklage den Beklagten zur Zahlung von 3.545,76 DM nebst Zinsen verurteilt.

Der Beklagte hat Berufung eingelegt mit dem Antrag, die Klage in vollem Umfange abzuweisen und die Klägerin auf die Widerklage nicht nur zur Zahlung des oben angeführten Betrages von 800,- DM, sondern auch auf Grund von überwiegend neuen, im Schriftsatz vom 2. November 1956 enthaltenen Darlegungen und Berechnungen, in denen jedoch auch der erwähnte Posten von 7.064,93 DM verwertet ist, zur Zahlung von weiteren 6.437,18 DM nebst Zinsen zu verurteilen.



Das Kammergericht hat den Beklagten unter Zurückweisung der Berufung im übrigen infolge einer ihm um 709,83 DM günstigeren geschätzten Berechnung des Wassergeldes zur Zahlung von nur 2.835,93 DM nebst Zinsen verurteilt.

Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten, der seinen im Berufungsrechtszug gestellten Antrag weiter verfolgt, soweit das Kammergericht ihm nicht entsprochen hat. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Es ist eine Auskunft des Kammergerichtspräsidenten eingeholt worden; ferner sind zwecks Verwertung einer weiteren Auskunft des Kammergerichtspräsidenten die Akten VIII ZR 273/56 des Bundesgerichtshofs herangezogen worden.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision rügt, der 8. Zivilsenat des Berufungsgerichts sei in der mündlichen Verhandlung vom 5. November 1956 insofern nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen (§ 551 Nr. 1 ZPO), als der Landgerichtsrat M. [REDACTED], der an der Verhandlung als Hilfsrichter mitgewirkt hat, nicht wegen Behinderung des Inhabers einer Planstelle zur Behebung eines nur vorübergehenden Bedürfnisses einberufen worden sei, sondern zur Erprobung seiner Eignung zur Beförderung zum Kammergerichtsrat.

Die Rüge ist unbegründet. Die Auskünfte des Kammergerichtspräsidenten ergeben nämlich folgendes: Mit Wirkung vom 1. September 1956 ist der Kammergerichtsrat H. [REDACTED], der bis zum 31. August 1956 Mitglied des 8. Zivilsenats gewesen war, zum Senatspräsidenten ernannt und deshalb als Vorsitzender einem

anderen Senat zugeteilt worden. Die dadurch freigewordene Planstelle eines Kammergerichtsrats ist seit dem 1. Oktober 1956 durch den aus diesen Grunde erstmals als Hilfsrichter an das Kammergericht abgeordneten und dem 8. Zivilsenat zugeteilten Landgerichtsrat M. [REDACTED] verwaltet worden. - Auf dieser Grundlage war der 8. Zivilsenat am 5. November 1956 vorschriftsmäßig besetzt. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, daß die erledigte Planstelle an diesem Tage, also erst rund zwei Monate nach ihrem Freiwerden, noch nicht wieder besetzt worden war. Unerheblich ist, ob die Justizverwaltung des Landes Berlin mit der Abordnung gerade des Landgerichtsrats M. [REDACTED] bezweckt hat, dessen Eignung für die Beförderung zum Kammergerichtsrat zu prüfen.

II. Das Berufungsgericht hat die Berufung hinsichtlich des mit der Widerklage geltend gemachten Anspruchs in Höhe von 800,00 DM mit der Begründung zurückgewiesen, der Beklagte habe es an einer ausreichenden Darlegung von Einzelheiten fehlen lassen, aus denen er diese Forderung herleiten zu können meint. Materiellrechtlich ist diese Erwägung nicht zu beanstanden. Die Revision bemängelt sie auch sonst nicht. Insoweit ist deshalb die Revision zurückzuweisen.

III. a) Das Berufungsgericht hat zu der Frage, wieviel Wassergeld der Beklagte der Klägerin für den Zeitraum zwischen dem 1. Juli 1949 und dem 31. August 1952 noch schulde, zu Lasten des Beklagten erwogen: Der Beklagte möge zwar bereits am 21. Mai 1951 eine neue Wasseruhr haben einbauen und damit seinen Wasserverbrauch haben messen lassen. Er habe dies in-
dessen der Klägerin erstmals schriftlich unter dem 24. Juli 1952 mitgeteilt und dabei erstmals schriftlich den ihm von der Klägerin bis dahin jeweils für etwa zwei Monate aus-
gestellten Wassergeldberechnungen widersprochen, auf Grund deren er bis dahin vorbehaltlos Zahlungen geleistet habe; und zwar

habe er das Wassergeld, das die Klägerin für 10 derartige Zeitabschnitte verlangt habe, "bis auf geringe Beträge ganz und im übrigen zum Teil geleistet", deshalb könne er die Höhe des Wassergeldes nicht mehr beanstanden; vielmehr sei sein Gesamtverhalten als Einverständnis mit der Berechnung der Klägerin zu werten, zumal er Kaufmann sei.

b) 1) Die Revision rügt als Verstoß gegen § 286 ZPO, die vom Berufungsgericht getroffene, oben wörtlich angeführte Feststellung sei nicht bestimmt genug, daß daraus hinsichtlich des von der Klägerin für den ganzen Zeitraum zwischen dem 1. Juli 1949 und dem 31. August 1952 geforderten Wassergeldes zu Ungunsten des Beklagten Folgerungen gezogen werden könnten.

Diese Rüge ist begründet. Die kurze, von der Revision bemängelte Bemerkung läßt nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit erkennen, ob das Berufungsgericht berücksichtigt hat, daß sich nach den von ihm angeführten Buchungen und den Angaben des Beklagten im Schreiben vom 24. Juli 1952 von den 19 Wassergeldanforderungen der Klägerin und den Zahlungen des Beklagten folgendes Bild ergibt; das im angefochtenen Urteil eingehend hätte ausgewertet werden müssen, wenn das Berufungsgericht meinte, daraus die unten angeführten Schlüsse ziehen zu können:

Zeitraum	Forderungen der Klägerin	Zahlungen des Beklagten	Unterschiedsbetrag
<u>1949</u>			
23.5.-25.7.	439,35	439,35	-, -
26.7.-19.9.	582,32	582,32	-, -
20.9.-18.11.	580,14	512,94	67,20

1950

19.11.-20.1.	480,93	480,93	-, -
21.1.-19.3.	449,24	-, -	449,24
20.3.-16.5.	435,12	-, -	435,12
17.5.-17.7.	576,-	-, -	576,-
18.7.-17.9.	610,-	-, -	610,-
18.9.-17.11.	726,13	-, -	726,13

1951

18.11.-15.1.	655,17	300,-	355,17
16.1.-15.3.	497,34	-, -	497,34
16.3.-15.5.	561,40	-, -	561,40
16.5.-15.7.	566,40	200,-	366,40
16.7.-15.9.	650,-	650,-	-, -
16.9.-15.11.	484,35	484,35	-, -

1952

16.11.-15.1.	655,67	440,35	214,82
16.1.-15.3.	497,34	360,70	136,64
16.3.-17.5.	561,40	424,-	137,40
18.5.-17.7.	574,35	-, -	574,35

2) Die Revision rügt als weitere Verletzung des § 286 ZPO, das Berufungsgericht sei der im Schriftsatz vom 5. Oktober 1956 auf Seite 4 unter Benennung von Zeugen wiedergegebenen Behauptung des Beklagten nicht nachgegangen, er habe bereits seit Mitte März 1949 fortgesetzt der von der Klägerin geübten Berechnungsart dieser und deren Ehemann gegenüber mündlich widersprochen mit dem Bemerkten, daß die in Rechnung gestellten geschätzten Wassermengen mit den tatsächlich verbrauchten Wassermengen unmöglich übereinstimmen könnten. Die Gegenseite habe das indessen nicht gelten lassen und nach dem 21. Mai 1951 den mündlichen Hinweis des Beklagten auf die Messungen der Wasseruhr mit den Worten abgetan, die Uhr zeige

51

falsch an. - Das Berufungsgericht hat hierzu erwogen, der Behauptung stehe die gegenteilige Feststellung des Landgerichts entgegen; es fehle ihr auch jede zeitliche Substantiierung; zudem erscheine sie unglaublich; wäre sie richtig, so würde es nahegelegen haben, wenn der Beklagte seinen Schreiben, mit denen er der Klägerin Wassergeldzahlungen angezeigt habe, bereits vor dem 24. Juli 1952 wenigstens einmal einen Vorbehalt oder Widerspruch beigefügt hätte; das treffe indessen nicht zu; die Beweisanerbieten des Beklagten seien daher als ungeeignet zurückzuweisen.

Die Revision beanstandet es mit Recht, daß sich das Berufungsgericht zur Begründung seiner Auffassung, die Behauptung sei unerheblich, nicht auf die gegenteilige Feststellung des Landgerichts berufen durfte, zumal die Behauptung erst im zweiten Rechtszuge aufgestellt worden ist. Die Behauptung entbehrt auch insbesondere in zeitlicher Beziehung nicht der erforderlichen Bestimmtheit. Schließlich bedeutet es - wie die Revision zutreffend bemerkt - eine Vorwegnahme des Beweisergebnisses, wenn das Berufungsgericht der Behauptung nur deshalb nicht nachgeht, weil es sie im Hinblick auf das sonstige Verhalten des Beklagten für unglaublich hält und weil es, abgesehen davon, die von dem Beklagten angebotenen Beweismittel ohne jede Begründung als ungeeignet bezeichnet. Die Behauptung als wahr unterstellt, fällt gewiß auf, daß der Beklagte insbesondere in der Zeit nach Anbringung der neuen Wasseruhr die nunmehr auch für die Klägerin mindestens naheliegende Berechnung des Wassergeldes nach dem durch den Stand der Wasseruhr ausgewiesenen Wasserverbrauch vor dem 24. Juli 1952 nicht gerade sehr eindrucksvoll gefordert hat, vielmehr während dieses Zeitraums den Wassergeldforderungen der Klägerin mehrfach in vollem Umfange entsprochen, ja sogar das Wassergeld für die Zeit vom 16. September bis zum 15. November 1951 nicht nur in zwei Teilbeträgen durch Schecks am 29. November

und am 7. Dezember 1951 bezahlt, sondern in den Begleitschreiben von diesen beiden Tagen den nach der ersten Zahlung verbleibenden Betrag von 211,70 DM als "Restguthaben auf die Wasserrechnung" bzw. als "Restbetrag auf die Wassergeldforderung" bezeichnet hat. Andererseits wird doch nicht außer acht gelassen werden dürfen, daß nicht ersichtlich ist, weshalb der Beklagte als Geschäftsmann ohne jede Abwehr die von der Klägerin bereits seit Jahren nur auf Grund von Schätzungen gehandhabte Berechnung insbesondere auch dann noch hätte hinnehmen sollen, als er ihr mit dem Hinweis auf die wieder eingebaute Wasseruhr hat entgegentreten können.

Sollte der Beklagte zu Zahlungen auf das Wassergeld irgendwie einen Vorbehalt zum Ausdruck gebracht haben, so würde insoweit - wie die Revision zutreffend unter Hinweis auf RGZ 138, 122, 124 bemerkt - seine Rückforderung nicht an der vom Berufungsgericht angeführten Bestimmung des § 814 BGB scheitern.

5) Was das Wassergeld für die Zeit vom 25. Mai bis zum 25. Juli 1949 in Höhe von 439,35 DM anlangt, so hat das Berufungsgericht erwogen, es bestünden "dagegen keine Bedenken", zu Gunsten der Klägerin auch den darin enthaltenen Zeitraum bis zum 30. Juni 1949 zu berücksichtigen, obwohl durch den Vergleich der Parteien vom 17. August 1949 ihre laufende Rechnung zum 30. Juni 1949 ausgeglichen worden sei. Denn - so erwägt das Berufungsgericht - der Betrag von 439,35 DM sei erst nach dem 30. Juni 1949 fällig geworden.

Die Revision bemängelt mit Recht, daß das Berufungsgericht die Prüfung unterlassen hat, ob der Vergleich nach dem Bestätigungsschreiben des Rechtsanwalts Dr. L. vom 31. August 1949 etwa nicht auf die Fälligkeit, sondern auf

die Entstehung von Ansprüchen abgestellt ist. Daß der Beklagte diese etwaige Rechtslage bei der am 22. August 1949, also nach Abschluß des Vergleichs erfolgten Zahlung des von der Klägerin geforderten Betrages erkannt habe, hat die Klägerin nicht behauptet.

IV. Ist die Sache demnach aus den in Abschnitt III b wiedergegebenen Gründen unter teilweiser Aufhebung des angefochtenen Urteils zur entsprechend beschränkten anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, bedarf es keiner Erörterung der weiteren Revisionsrüge, daß das Berufungsgericht das neue Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 2. November 1956 in rechtsirr-tümlicher Anwendung des § 529 ZPO nicht zugelassen habe. Hätte nämlich das Berufungsgericht dem sonstigen Vorbringen des Beklagten erschöpfend Rechnung getragen, so würde es ohnehin vor der Entscheidung über die Berufung noch Beweis haben erheben müssen. Sollte das neue Vorbringen des Beklagten schlüssig sein und von der Klägerin bestritten werden, so würde deshalb die Beweiserhebung auch darüber die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert haben, es sei denn, daß für diese Beweisaufnahme erheblich mehr Zeit benötigt werden würde, als für die Beweisaufnahme, die nach diesem Urteil erforderlich ist.

Dr. Großmann

Dr. Dorschel

Artl

Dr. Meßner

Dr. Spieler