

VIII ZR 8/58

Verkündet

am 2. Juni 1959

■, Justizobersekretär  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

2337 006

lt

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Wilhelm R ■ & Co., Kommandit-  
gesellschaft in V ■ Westf., vertreten durch den  
persönlich haftenden Gesellschafter Wilhelm R ■,

Klägerin, Berufungsklägerin, Revisionsklägerin  
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. ■ -

gegen

die Papierfabrik V ■ Gesellschaft mit beschränkter  
Haftung in V ■ (Westf.), vertreten durch die Ge-  
schäftsführer Emil M ■ und Otto W ■,

Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte  
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. ■ -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die  
mündliche Verhandlung vom 2. Juni 1959 unter Mitwirkung  
des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundesrich-  
ter Artl, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revisionen gegen das Urteil des 4. Zivil-  
senats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 28. No-  
vember 1957 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsrechtszuges haben  
die Klägerin ein Drittel und die Beklagte zwei  
Drittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt in V[REDACTED] auf zum Teil ihr gehörenden Grundstücken eine Lederfabrik. Durch schriftlichen Vertrag vom 11. März 1952 vermietete sie der Beklagten zum Zwecke der Herstellung von Papier und Pappe bis zum 31. Dezember 1977 mehrere Gebäude des Betriebs mit Maschinen (darunter einer Stromerzeugungsanlage).

Nach § 3 des Vertrages sollte die Beklagte vorbehaltlich der Zustimmung der Vereinigten Elektrizitätswerke Westfalen (VEW) in den zwischen der Klägerin und diesen bestehenden Stromlieferungsvertrag eintreten oder mit den VEW einen neuen Lieferungsvertrag abschließen.

§ 4 Nr. 3 bestimmte ursprünglich: "Die Mieterin ist verpflichtet, die Vermieterin an allen Werktagen ausreichend mit Dampf und Strom zu beliefern, und berechtigt, den gelieferten Strom zu den Tag- und Nachtabschlag-Satzen gemäß § 3 des VEW-Vertrages zuzüglich der den VEW genehmigten Teuerungszuschlägen unter Berücksichtigung des Blindstromes zu berechnen. Der der Vermieterin gelieferte Ab- bzw. Druckdampf wird ..... bis zu einer Menge von 2400 to per Jahr nicht gesondert berechnet. Nach Vereinbarung in Anspruch genommene Mehrlieferungen wären zu Selbstkosten zu berechnen."

Durch schriftliche Vereinbarung vom 6. Januar 1953 änderten die Parteien u.a. § 4 Nr. 3 wie folgt ab: "Die Mieterin ist verpflichtet, die Vermieterin an allen Werktagen ausreichend mit Dampf und Strom zu beliefern. Die Vermieterin ist verpflichtet, in besonderen Bedarfsfällen die Anlagen im Altmaschinenhaus in Betrieb zu setzen oder in Betrieb nehmen zu lassen und daraus die Mieterin zu versorgen."

- 3 -

Die Berechnung der gegenseitig gewährten Leistungen erfolgt zu Selbstkosten. Der Vermieterin steht lediglich eine Jahresmenge von 2400 to Dampf ..... kostenlos zu."

Laut § 10 Nr. 1 räumt die Klägerin der Beklagten u.a. das Vorkaufsrecht für das ihr (der Klägerin) gehörende, von der Beklagten gemietete Grundstück ein.

§ 12 lautet: "Mündliche Abreden neben diesem Vertrag sind nicht getroffen. Abänderungen dieses Vertrages bedürfen zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form."

§ 13 Nr. 1 hat folgenden Wortlaut: "Sollte eine Bestimmung dieses Vertrages ungültig sein oder werden, so wird die Gültigkeit der übrigen Bestimmungen dadurch nicht berührt. Die Vertragsparteien sind vielmehr verpflichtet, zur Ausfüllung der Lücke und anstelle der ungültigen Bestimmung solche Vereinbarungen zu treffen, die den ursprünglich beabsichtigten, wirtschaftlichen Erfolg erreichen oder ihm am nächsten kommen."

Die Beklagte hat die Klägerin vom Jahre 1953 an mit Dampf versorgt. Mit Hilfe eines von der Beklagten in der Zeit vom 17. März bis zum 31. Mai 1954 aufgestellten Dampfschreibers sowie eines seit dem 15. Juli 1954 ständig in Betrieb befindlichen Dampfmengenzählers glaubte die Beklagte festgestellt zu haben, daß die Klägerin erheblich mehr als die ihr nach dem Vertrage zustehende Freimenge an Dampf (2400 to jährlich) bezog. Sie verlangt Bezahlung der Mehrmengen.- Ferner hat die Beklagte Reparaturen an gemieteten Maschinen ausführen lassen und neue zusätzliche Geräte beschafft; sie verlangt Ersatz dieser Aufwendungen.- Die Parteien verhandelten erfolglos über die Forderungen der Beklagten; deshalb hat diese vom September 1955 an Mietzins zunächst nicht mehr bezahlt.



Die Klage war auf Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 11 004,80 DM nebst Zinsen als unstreitig für die Monate September und Oktober 1955 fällig gewordenen Mietzins gerichtet.- Die Beklagte hat dagegen mit dem Teilbetrag von 20 000 DM einer Forderung auf Bezahlung der über die Freimenge hinausgehenden, von der Beklagten im Jahre 1954 bezogenen Mehrmenge an Dampf aufgerechnet; ihre Selbstkosten hat die Beklagte auf insgesamt 34 135,70 DM angegeben. Die Klägerin bestreitet, im ersten Halbjahr 1954 Mehrmengen bezogen zu haben; für das zweite Halbjahr 1954 gibt sie das zu, meint aber, daß die Beklagte Bezahlung der Mehrmengen nicht zu beanspruchen habe. Denn die Beklagte habe bis Mitte des Jahres 1954 ihren überschüssigen Dampf nachts ins Freie geleitet. Da die Nachbarn sich vor allem über die nächtlichen Auspuffgeräusche beschwert hätten, habe die Klägerin aus Entgegenkommen gestattet, den überschüssigen Dampf, für den auch sie keine Verwendung gehabt habe, in die Leitungen der Lederfabrik zu blasen. Deshalb könne die Beklagte ihr die Mehrmengen nicht berechnen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.- Die Klägerin hat Berufung eingelegt und ihren Antrag auf 72 388,16 DM nebst gestaffelten Zinsen als unstreitig für die Zeit vom September 1955 bis zum September 1956 fällig gewordenen Mietzins erweitert.- Die Beklagte macht in erster Linie geltend, der Mietvertrag und seine Änderung seien deshalb unwirksam, weil ihr das Vorkaufsrecht (§ 10) privatschriftlich eingeräumt sei, ferner weil der darin enthaltene Stromlieferungsvertrag (§ 4 Nr. 3) der erforderlichen behördlichen Genehmigung entbehre, und schließlich weil der Vertrag und seine Änderung auf Grund des von ihr während des zweiten Rechtszuges erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nichtig sei. Die arglistige Täuschung erblickt die Beklagte in folgendem Ver-

halten der Klägerin: Zu der Vereinbarung über die Änderung des Vertrages die Lieferung des von ihr erzeugten Stromes an die Klägerin zum Selbstkostenpreis zuzugestehen (§ 4 Nr. 3) habe die Klägerin sie durch die bewußt wahrheitswidrige Angabe veranlaßt, daß die VEW von dieser Freigestellung die Umschreibung des Stromlieferungsvertrages von der Klägerin auf die Beklagte (§ 3) abhängig mache.- In zweiter Linie rechnet die Beklagte mit Gegenforderungen in Höhe von 119 383,72 IM auf. Darunter sind Forderungen auf Bezahlung von Mehrmengen an Dampf für das Jahr 1953 in Höhe von 30 074 IM, für das Jahr 1954 in Höhe von 30 101 IM und für das Jahr 1955 in Höhe von 5784 IM, insgesamt also in Höhe von 65 959 IM, ferner eine Forderung in Höhe von 1600 IM dafür, daß sie (die Beklagte) für die erforderlich gewordene Fundamentierung eines Pfeilers diesen Betrag aufgewendet habe.

Das Berufungsgericht hat unter Zurückweisung der Berufung im übrigen die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 49 539,85 IM nebst gestaffelten Zinsen seit dem 5. Februar 1956 zu zahlen, abzüglich der am 15. Oktober 1956 gezahlten 1874,73 IM.

Dagegen haben beide Parteien Revision eingelegt. Die Klägerin will Verurteilung der Beklagten in vollem Umfange erreichen. Die Beklagte verfolgt ihren Antrag auf vollständige Abweisung der Klage weiter. Jede Partei will die Revision der anderen zurückgewiesen haben.

#### Entscheidungsgründe:

- A. Zur Frage der Wirksamkeit des Mietvertrages und seiner Änderung (Abschnitt I der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils; Abschnitt I der Revisionsbegründung der Beklagten).

dt

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die Einräumung des Vorkaufsrechtes (§ 10 Nr. 1 des Vertrages) im Hinblick auf § 313 BGB unwirksam ist, und läßt dahingestellt, ob die Vereinbarung über die Belieferung der Klägerin durch die Beklagte mit Strom mangels behördlicher Genehmigung schwebend unwirksam sei, sowie ob die von der Beklagten erklärte Inne-fechtung durchgreife. Denn es entnimmt § 13 Nr. 1 Satz 1 des Vertrages, daß die etwaige Nichtigkeit der Einräumung des Vorkaufsrechtes und der Stromlieferungsverpflichtung der Beklagten zum Selbstkostenpreis sowie - abgesehen davon - die etwaige schwebende Unwirksamkeit dieser Verpflichtung die Gültigkeit des Vertrages im übrigen, insbesondere hinsichtlich seiner in diesem Rechtsstreit streitigen Bestimmungen nicht berühre. Das beziehe sich auch auf die Verpflichtung der Beklagten, die Klägerin mit Dampf zu beliefern, obwohl diese Verpflichtung ebenso wie die Stromlieferungsverpflichtung in § 4 Nr. 3 des Vertrages geregelt sei. Denn der Verpflichtung zur Lieferung von Dampf könne die Beklagte unabhängig davon genügen, ob sie auch Strom zu liefern habe.

Ob und in welcher Weise die Parteien im Hinblick auf die Nichtigkeit von § 10 Nr. 1 und für den Fall der teilweisen Nichtigkeit bzw. schwebenden Unwirksamkeit von § 4 Nr. 3 des Vertrages ihrer Verpflichtung aus § 13 Nr. 1 Satz 2 nachkämen, jene Bestimmungen durch andere Regelungen zu ersetzen, sei für diesen Rechtsstreit ohne Bedeutung.

Die Revision der Beklagten bekämpft diese Ansicht vergeblich. Ihre Meinung, nur im Zusammenhang damit, daß eine solche Ersatzvereinbarung zustandekomme, behalte der Vertrag im übrigen seine Gültigkeit, scheitert daran, daß das Berufungsgericht - wie das angefochtene Urteil ergibt - den Vertrag anders, nämlich dahin ausgelegt hat, daß ein derartiger Zusammenhang der beiden Sätze von § 13 Nr. 1

des Vertrages von den Parteien nicht gewollt war. Diese Auslegung ist möglich und daher für das Revisionsgericht bindend.

Der Auffassung der Revision, die in Satz 2 des § 13 Nr. 1 vereinbarten Leistungen der Parteien seien so ungenau umschrieben, daß er jeder rechtlichen Bedeutung ermangele, deshalb sei auch Satz 1 der bezeichneten Bestimmung unwirksam, vermag der Senat nicht zu folgen.

B. Die Forderungen der Beklagten auf Bezahlung der von ihr in den Jahren 1954 und 1953 gelieferten Mehrmenge an Dampf in rechnerischer Beziehung. (Abschnitt III Nr. 7 - 10, sowie Nr. 11 der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils).

Das Berufungsgericht führt aus, der Dampfverbrauch der Klägerin sei für insgesamt 246 Tage des Jahres 1954, nämlich für die Zeit vom 17. März bis zum 31. Mai und vom 15. Juli bis zum 31. Dezember, also für rund acht Monate durch den Dampfschreiber in Höhe von 682,812 to bzw. durch den Dampfmengezähler in Höhe von 2600 to festgestellt. Für den restlichen Zeitraum von 119 Tagen des Jahres 1954 fehle es an Unterlagen. Das Berufungsgericht ist deshalb unter Berücksichtigung aller Umstände davon ausgegangen, daß der Klägerin während dieser 119 Tage im Verhältnis so viel Dampf geliefert worden sei, wie es der jährlichen Freimenge (2400 to) entspreche; das seien 782,4607 to  $\left[ \frac{2400 \times 119}{365} \right]$ . Von einem so errechneten Jahresverbrauch von 4065,2727 to zieht es die Jahresfreimenge von 2400 to ab und gelangt so zu einer Mehrmenge von 1665,2727 to. Unter Zugrundelegung eines vom Sachverständigen ermittelten reinen Selbstkostenpreises von 11,84 IM je to errechnet das Berufungsgericht den Betrag von 19 716,85 IM als diesen Preis der im Jahre 1954 gelieferten Mehrmenge.

lt

Für das Jahr 1953 hat das Berufungsgericht keinen Anhaltspunkt gefunden, um festzustellen, welche Dampfmengen die Klägerin bezogen hat. Es seien keine zuverlässigen Unterlagen zur Bemessung dieser Mengen vorhanden. Unter diesen Umständen ginge es nicht an, eine etwaige Mehrmenge auch nur zu schätzen. Dem Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 23. November 1953 sei zu entnehmen, daß die Versorgung der Klägerin mit Dampf ihr im Laufe des Jahres 1953 nicht genügt habe. Habe es also damals in dieser Beziehung Schwierigkeiten gegeben, so könne umsoweniger vermutet werden, daß die Klägerin mehr als die Freimenge bezogen habe.

- a) Zu Abschnitt II der Revisionsbegründung der Klägerin bezüglich der Forderung für die im Jahre 1954 gelieferte Mehrmenge.

Die Revision der Klägerin bemängelt folgendes: Das Berufungsgericht sei dem Sachverständigen Dipl. Ing. Friedrich darin gefolgt, daß an Hand der dem Gutachten zugrundeliegenden Diagramme des Dampfschreibers der Dampfverbrauch zuverlässig festzustellen sei. Es genüge nicht, daß der Sachverständige die aus diesen Unterlagen ersichtlichen Ergebnisse durch mehrfache Stichproben für richtig befunden habe. Offen bleibe, ob die Diagramme den Zeitraum vom 17. März bis 31. Mai betreffen und vollständig seien.

Die Fügen gehen fehl; denn es ist unstreitig, daß der Dampfschreiber nur in der Zeit vom 17. März bis 31. Mai 1954 in Betrieb gewesen ist. Die Klägerin ist nicht beschwert, falls dem Sachverständigen nicht alle Diagramme vorgelegen haben, er also in seinem Gutachten den der Klägerin gelieferten Dampf nicht vollständig erfaßt haben sollte. Daß der Sachverständige an Hand der Diagramme einen geringeren Dampfverbrauch festgestellt hat, als es den bloß "runden", von den Messungen übrigens nur wenig (rund 16 to) abweichenden Angaben

der Beklagten im Rechtsstreit entspricht, belastet die Klägerin ebenfalls nicht. Das Berufungsgericht hat § 286 ZPO auch nicht dadurch verletzt, daß es dem Gutachten des Sachverständigen hinsichtlich der von ihm ausreichend geprüften Genauigkeit der Diagramme gefolgt ist, obwohl die Zeugen M. und B. nach ihren Bekundungen die Genauigkeit nicht hoch einschätzen.

- b) Zu Abschnitt II der Revisionsbegründung der Beklagten und zu Abschnitt III der Revisionsbegründung der Klägerin bezüglich der Forderung für die im Jahre 1954 gelieferte Mehrmenge.

Beide Revisionen meinen, das Berufungsgericht habe seiner Schätzung des Dampfverbrauches während der 119 Tage den gemessenen durchschnittlichen Tagesverbrauch während der 246 Tage zugrundelegen wollen  $\sqrt{\text{also } \frac{(682,812 + 2600)}{246} \times 119}$ ,

habe aber bei der Ausführung dieser Absicht irrtümlich die oben wiedergegebene Berechnung vorgenommen und sei so zu einem unrichtigen Ergebnis gelangt. Ein derartiger Irrtum ist dem Berufungsgericht indessen nicht unterlaufen, wie oben im ersten Absatz dieses Abschnitts (B) angeführt ist. Die Angriffe gehen daher ins Leere.

Daß das Berufungsgericht unter Verletzung des § 287 ZPO geschätzt habe, rügen die Revisionen nicht. Das Berufungsgericht war nicht verpflichtet, aus dem Tagesdurchschnitt der Messung für 246 Tage den Gesamtverbrauch für das ganze Jahr zu ermitteln.

(Die Selbstkosten der Mehrmenge, die die Beklagte der Klägerin im Jahr 1955 geliefert hat, hat übrigens das Berufungsgericht auf 1248,31 DM beziffert).

- c) Zu Abschnitt III der Revisionsbegründung der Beklagten bezüglich der Forderung für die angeblich im Jahr 1953 gelieferte Mehrmenge.

Die Rüge, das Berufungsgericht habe bei den Erwägungen, aus denen es zu dem Ergebnis gekommen ist, daß eine Mehrmenge nicht festgestellt werden könne, gegen die in § 287 ZFO zum Ausdruck kommenden Grundsätze verstoßen, ist unbegründet. Sie scheitert daran, daß es nicht darum geht, ob die Klägerin im Jahre 1953 überhaupt Dampf von der Beklagten erhalten hat, sondern darum, ob sie mehr als die Freimenge von 2400 to bezogen hat.

Im einzelnen ist zu den Bemängelungen der Revision zu bemerken:

Aus den von der Revision aus den Bekundungen der Zeugen Tenbeitel, Brauckmenn und Mohr angeführten Einzelheiten brauchte das Berufungsgericht nicht zu schließen, daß die Gesamtmenge des im Jahre 1953 an die Klägerin abgegebenen Dampfes die Freimenge überschritten hat, mögen auch die Dampflieferungen im Laufe des Jahres gelegentlich, ja sogar nicht selten, sehr groß gewesen sein und die auf Tage umgerechnete Jahresmenge dann weit überschritten haben. Dabei ist zu berücksichtigen, daß das Berufungsgericht aus dem Schreiben der Klägerin vom 23. November 1953 entnehmen durfte, die gelieferten Dampfmengen hätten für ihren Bedarf nicht immer ausgereicht.

Wenn der Gesamtkohlenverbrauch der Beklagten im Verhältnis zu ihrer Produktion im Jahre 1953 größer gewesen sein sollte als im Jahre 1954, so rechtfertigt das nicht zwingend den Schluß, daß der Mehrverbrauch durch besonders hohe Dampflieferungen an die Klägerin verursacht worden sei; vielmehr

kann das auch z.B. auf die Verhältnisse in den gerade neu angelaufenen Betrieb der Beklagten zurückzuführen sein.

Aus dem an die Beklagte gerichteten Schreiben der Klägerin vom 6. April 1955 kann auf die Verhältnisse im Jahre 1953 nichts gefolgert werden.

Schließlich hat zwar der Sachverständige vor dem Berufungsgericht in Ergänzung seines schriftlichen Gutachtens mündlich erklärt: "Aus dem Kohlenverbrauch pro Schicht kann zwar annähernd festgestellt werden, wieviel Dampf erzeugt wurde." Indem die Revision diese Äußerung zur Unterstützung ihrer Prozeßrüge eines Verstoßes gegen § 287 ZPO ins Feld führt, vergißt sie zu würdigen, daß der Sachverständige dazu weiter bemerkt hat: "Es lassen sich aber keine sicheren Angaben darüber machen, wo der Dampf hingekommen ist."

C. Die Angriffe der Klägerin dagegen, daß der Beklagten Geldforderungen aus der Lieferung von Mehrmengen an Dampf in den Jahren 1955 und 1954 erwachsen seien.  
(Abschnitt IV Nr. 3 - 5, 8, 10, 13-15 der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils; Abschnitt IV der Revisionsbegründung der Klägerin).

a) Davon ausgehend, daß § 4 Nr. 3 des Mietvertrages in der Fassung der Ergänzung vom 6. Januar 1953 von den Parteien nicht, insbesondere nicht schriftlich geändert worden sei, hat das Berufungsgericht dem Sinne nach u.a. folgendes erwogen: Der Vertrag ergebe nicht, daß die Klägerin die Mehrmengen, die sie sich "aus Entgegenkommen" habe zuführen lassen, ausnahmsweise nicht zu bezahlen brauche. Wenn im Jahre 1954 ihr Maschinenmeister T [REDACTED] und

vielleicht auch ihr damaliger Prokurist M. sich mit B., dem damaligen Betriebsleiter der Beklagten über die Abnahme des von der Beklagten erzeugten, für sie indessen überflüssigen Dampfes geeinigt haben sollten, so besage das doch nichts dafür, daß B., oder nach Darstellung der Klägerin die "rein technische Handhabung des Dampfbezuges" der Klägerin habe regeln dürfen, die Beklagte auch bei einer von der Klägerin etwa angestrebten, von § 4 Nr. 3 des Vertrages abweichenden Abmachung über die finanzielle Seite der Angelegenheit zu vertreten berufen gewesen sei. In diesem Zusammenhang sei auch von Bedeutung, daß insbesondere M. gewußt habe, daß B. damals nur technischer Angestellter gewesen sei. Werde auf Grund der Zeugenaussagen davon ausgegangen, daß M. von B. verlangt habe, die Beklagte möge, falls sie die nächtliche Dampfzuführung auf die Freimenge anrechnen wolle, der Klägerin eine entsprechende Mitteilung machen, weil diese dann die Zuführung sperren werde, so folge daraus, daß eine Einigung über die von der Klägerin erwartete Nichtanrechnung nicht einmal mündlich erfolgt sei. Das finde eine Bestätigung in dem Umstand, daß die Klägerin in ihrer schriftlichen Anfrage vom 1. September 1954, wieviel Dampf sie auf die Freimenge im ersten Halbjahr 1954 abgenommen habe, nicht auf die von ihr erwartete Nichtanrechnung der nächtlichen Dampfzuführung, geschweige denn auf eine Vereinbarung dieses Inhalts hingewiesen habe.

Die gegen diese Erwägungen von der Revision erhobenen Rügen sind unbegründet. Ob eine Vereinbarung über die unentgeltliche Zuführung von überflüssigem Dampf nicht schriftlich hat getroffen zu werden brauchen und ob B. Handlungsbevollmächtigter der Beklagten gewesen ist, oder doch der Klägerin gegenüber mit Wissen der Beklagten als solcher aufgetreten ist, ist unerheblich. Denn das Berufungsgericht hält nicht einmal für erwiesen, daß überhaupt eine - wenn auch nur

mündliche - Vereinbarung zustande gekommen ist.- Es kann auch aus § 8 Nr. 2 des Mietvertrages nicht zwingend geschlossen werden, daß es einer Vereinbarung der Parteien von vornherein nicht bedurft habe. In dieser Bestimmung haben die Parteien vereinbart, falls Nachbarn wegen der durch den Betrieb der Beklagten erzeugten Geräusche, Gerüche, Dämpfe und Gase Ansprüche gegen die Klägerin erheben sollten, die Beklagte diese davon freistellen und die zur Vermeidung der Beanstandungen erforderlichen Anlagen auf ihre Kosten errichten werde. Daraus braucht nicht entnommen zu werden, daß die Dampfrohrleitung im Betriebe der Klägerin solange als "Anlage" im Sinne des § 8 zu betrachten gewesen sei, oder daß die Parteien sie übereinstimmend als solche betrachtet hätten, bis die Beklagte gegen Ende des Jahres 1954 eine Rohrleitung zum Abblasen des bei ihr überflüssigen Dampfes in den Schornstein gelegt hat. Abgesehen davon würde daraus auch nichts dafür folgen, daß die Klägerin den ihr zugeführten überflüssigen Dampf (von der Freimenge abgesehen) nicht zu bezahlen brauchte.- Der Schluß, den das Berufungsgericht aus dem Schreiben vom 1. September 1954 zieht, ist eine bloße Hilfserwägung.- Ob der der Klägerin nächtlich zugeführte Dampf für sie betriebsnotwendig war oder nicht, hat das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang ohne Rechtsirrtum als unerheblich bezeichnet; denn sie konnte ihn jedenfalls, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, gebrauchen. Zu bezahlen hatte sie nach dem Vertrag nicht etwa nur den angeforderten Dampf, sondern den ihr gelieferten Dampf.

b) Das Berufungsgericht hat gegenüber dem Hinweis der Klägerin, es widerspreche Treu und Glauben, daß die Beklagte Bezahlung des ihr ohne eigentliches Bedürfnis zugeführten Dampfes beanspruche, u.a. erwogen: Die Klägerin habe ein eigenes Interesse an der Abnahme des überflüssigen Dampfes

gehabt. Denn im Jahre 1954 sei die Konzession für den Betrieb der Beklagten wegen der von ihm ausgehenden Erschütterungen, Gerüche und Geräusche noch fraglich gewesen. Die Versagung der Konzession würde - was die Klägerin nicht für ausgeschlossen gehalten habe - möglicherweise die Nichtigkeit des bis zum Jahre 1977 laufenden Mietvertrages zur Folge gehabt oder doch zu sonstigen Schwierigkeiten auch für sie (die Klägerin) geführt haben. Deshalb und auch zur Festigung des guten Einvernehmens der Parteien habe es durchaus ihrer (der Klägerin) wirtschaftlichen Überlegung entsprechen können, der Beklagten die gesamte Mehrmenge gegen Bezahlung deren Selbstkosten abzunehmen. Die Mehrmenge habe sie übrigens mindestens nützlich verwertet; so habe sie damit u.a. die Räume eines anderen Mieters beheizt. Die Klägerin habe auch in dem an die Beklagte gerichteten Schreiben vom 6. April 1955 erklärt, sie könne "auf den Vorteil der geringen Dampfentnahme während der Nacht nicht verzichten", ebensowenig übrigens auf die Dampfentnahme an Sonn- und Feiertagen. Das zeige, daß die Klägerin den Dampf auch nachts habe verwenden können. Was für das Jahr 1955 gelte, müsse auch für das Jahr 1954 angenommen werden; das bestätige auch die Aussage des Zeugen M., der bekundet habe, daß die nächtliche Dampfzufuhr wegen der dadurch bewirkten zusätzlichen Trocknung des Leders sich günstig auswirke. Die gegenteilige Darstellung der Klägerin sei nicht überzeugend, sie könne nicht ernsthaft in Abrede stellen, daß sie den ihr nachts und an Feiertagen zusätzlich gelieferten Dampf wirtschaftlich habe verwerten können und verwertet habe.

Indem die Revision diesen Erwägungen in erster Linie mit der Rüge entgegentritt, das Berufungsgericht habe das Entgegenkommen der Klägerin in eine wirtschaftliche Notwendigkeit oder doch Zweckmäßigkeit umgedeutet, verläßt sie unzulässigerweise den Boden der vom Berufungsgericht getroffenen

tatsächlichen Feststellung, daß der Dampf für den Betrieb der Klägerin zwar vielleicht nicht unbedingt erforderlich, aber für sie doch vorteilhaft gewesen ist, wenn auch für sie damit gewisse Nachteile verbunden gewesen sein mochten. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht all das verwertet, um darzutun, daß Treu und Glauben der Forderung der Beklagten nicht entgegenstehen. Daß das Schreiben vom 6. April 1955 nicht ohne weiteres Schlüsse auf die Verhältnisse im Jahre 1954 ermöglicht, hat das Berufungsgericht nicht unbeachtet gelassen. Der Revision kann indessen nicht darin gefolgt werden, daß der Bedarf der Klägerin an Dampf im Jahre 1954 die Freimenge nur ebenso geringfügig überschritten habe, wie das im Jahr 1955 mit 93 to der Fall gewesen ist.

c) Ferner hat das Berufungsgericht gegenüber der Berufung der Klägerin auf Treu und Glauben erwogen: Die Beklagte sei entgegen dem ihr von der Klägerin gemachten Vorwurf nicht gehalten gewesen, diese über die Mehrmengen im Jahre 1954 alsbald zu unterrichten. Dafür ergebe sich aus dem Vertrage nichts. Vielmehr sei danach jede die Freimenge überschreitende Menge zu vergüten. Deshalb sei es Sache der Klägerin gewesen, sich aus eigenem Antrieb entsprechend einzurichten, und sogar die ihr zugeführten Mengen ihrerseits zu messen. Eine derartige Kontrolle habe umso näher gelegen, als sie zunächst nicht gewußt habe, wie groß ihr Bedarf sein werde. Die Freimenge hätten die Parteien auf Grund eines Gutachtens vereinbart, in dem der Bedarf der Klägerin roh geschätzt worden sei. Diese Schätzung habe die Klägerin als ausreichend angesehen. Da über die Freimenge nach dem Kalenderjahr abzurechnen gewesen sei, habe die Klägerin vor Januar 1955 eine Mitteilung über die ihr im Jahre 1954 zugeführten Mengen nicht erwarten können. Dafür, daß die Klägerin erst nach dem 1. Februar 1955 ihren

Dampfbedarf kontrolliert und offenbar vorher viel Dampf verschwendet habe, sei nur sie verantwortlich. Das schon oben unter a) erwähnte Schreiben der Klägerin vom 1. September 1954 habe freilich die Beklagte nicht beantwortet. Daraus sei indessen zu Gunsten der Klägerin nichts zu entnehmen; denn sie habe nach dem Dampfverbrauch während des ersten Halbjahres 1955 gefragt. Darauf habe die Beklagte damals nicht genügend genau antworten können; denn im ersten Halbjahr habe sie die Dampfzuführung an die Klägerin nur 2 1/2 Monate lang gemessen.

Was die Revision dagegen vorbringt, ist nur ein im Revisionsrechtszug unbeachtlicher Angriff gegen die Würdigung, die das Berufungsgericht dem Sachverhalt hat angedeihen lassen. Insbesondere hat das Berufungsgericht berücksichtigt, daß der Verbrauch der Klägerin seit Anfang des Jahres 1955 erheblich zurückgegangen ist. Es ist indessen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht daraus nicht gefolgert hat, die Beklagte dürfe nach Treu und Glauben den erheblich höheren Verbrauch der Klägerin in dem vorangegangenen Jahr nicht in Rechnung stellen. Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß die Beklagte verpflichtet gewesen sei, über das Ergebnis ihrer Messungen schon vor Anfang des Jahres 1955 der Klägerin etwas mitzuteilen; dies umso weniger, als das Berufungsgericht bemerkt, daß die Beklagte gar nicht zu beurteilen vermochte, ob die Klägerin die ihr zugeführten erheblichen Dampfmenngen nötig, weniger nötig oder gar nicht brauchte.

d) Schließlich hat das Berufungsgericht noch erwogen: Die Klägerin könne auch daraus nichts herleiten, daß die Beklagte den Mietzins für die Zeit bis zum August 1955 bezahlt habe; denn die Gegenforderungen der Beklagten auf Vergütung der Kosten, die sie für die Mehrmenge des Jahres 1954

aufgewendet habe, habe selbständigen Charakter; sie werde in ihrem Bestand nicht dadurch berührt, daß die Beklagte zunächst ihren eigenen Verpflichtungen unverändert entsprochen habe. Daß die Beklagte im Januar 1955 von der Klägerin nicht sofortige Begleichung der für die Mehrmenge aufgewendeten Selbstkosten verlangt, sondern sich die Geltendmachung ihres Anspruches vorbehalten habe, sei unerheblich.

Die Meinung der Revision, der Vorbehalt sei erst im Februar erklärt worden und habe nicht den erwähnten Gegenanspruch zum Gegenstand gehabt, steht mit dem nach dem angefochtenen Urteil unstreitigen Sachverhalt in Widerspruch. Der Auffassung der Revision, die Klägerin habe den Vorbehalt zu spät erklärt und sei deshalb unbeachtlich, kann nicht gefolgt werden; denn die Klägerin war nicht verpflichtet, bereits im Jahre 1954, also zu einer Zeit, in der sie die nach Jahresschluß abzurechnende Jahresmenge noch nicht ermitteln konnte, dazu Erklärungen abzugeben. Sie hat daher nicht wider Treu und Glauben verstoßen, indem sie damit erst hervortrat, als sie sich im Januar 1955 ein abschließendes Bild von der Mehrmenge und damit von ihrer Vergütungsforderung gemacht hatte.

e) Dem Verlangen der Klägerin, die vom Landgericht durchgeführte Beweisaufnahme zu wiederholen, hat das Berufungsgericht nicht entsprochen mit der Begründung, die Wiederholung könne nach der eigenen Darstellung der Klägerin nichts Genaueres zu ihren Gunsten erbringen. Die Beweisaufnahme betrifft nur die Behauptung der Klägerin, daß die Beklagte im Jahre 1954 nachts den bei ihr überflüssigen Dampf den Betrieb der Klägerin zugeleitet habe, um dadurch die bei Abblasen des Dampfes ins Freie entstehenden Geräusche zu vermeiden, und daß dieser Dampf durch die von der Beklagten

LK

angebrachten Messvorrichtungen erfasst worden sei. - Die Wiederholung der Beweisaufnahme anzuordnen, steht gemäß § 398 ZPO im Ermessen des Gerichts, und zwar auch des Berufungsgerichts hinsichtlich der im ersten Rechtszug durchgeführten Beweisaufnahme. Dieses Ermessen ist der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen, es sei denn, daß das Berufungsgericht es mißbräuchlich angewendet hat. Dafür ist indessen kein Anhaltspunkt ersichtlich und zwar auch insofern nicht, als das Landgericht u.a. die Gegenüberstellung der von der Klägerin benannten Zeugen T [REDACTED] und M [REDACTED] zwar angeordnet, aber nicht durchgeführt hat. Darauf, ob die nächtliche Dampfzuführung für den Betrieb der Beklagten geradezu notwendig war, kommt es nach der nicht zu beanstandenden Auffassung des Berufungsgerichts nicht an. Vielmehr genügt es danach, daß dies für sie in mehrfacher Beziehung sinnvoll war.

D.

Die Gegenforderung der Beklagten auf Zahlung von 1600 IM für die Fundamentierung des Pfeilers (Abschnitt V der Entscheidungsgründe des Berufungsurteils; Abschnitt V der Revisionsbegründung der Klägerin).

Das Berufungsgericht hat diese Forderung mit folgender Begründung als berechtigt angesehen: Im Jahre 1954 habe sich bei der Aufstellung eines Kugelkochers im ersten Stockwerk eines der an die Beklagten vermieteten Gebäude ergeben, daß ein den Fußboden dieses Stockwerkes (Decke des Erdgeschosses) tragender Pfeiler nicht sachgemäß eingebaut gewesen sei. Die beiden Stützen des Pfeilers hätten nämlich nicht auf dem dafür vorgesehenen Fundament, sondern seitlich davon gestanden. Wie es zu dieser unfachmännischen Bauweise gekommen sei, könne offenbleiben; denn jedenfalls handele es sich um einen Mangel

des gemieteten Gebäudes, mit dem niemand habe zu rechnen brauchen, und der sich längere Zeit nach Abschluß des Mietvertrages herausgestellt habe. Für diesen also schon bei Beginn des Mietverhältnisses vorhandenen Mangel habe die Klägerin einzustehen und gemäß § 538 BGB die Kosten seiner Beseitigung zu tragen. Es handele sich nicht um eine Verstärkung der Fundamente, die die Beklagte aus eigenen Mitteln bewerkstelligen müsse, vielmehr sei im Jahre 1954 der Pfeiler erstmals sachgemäß fundamentiert worden. Da das Gebäude für gewerbliche Zwecke vermietet sei, habe die Beklagte ihre Maschinen darin nach Belieben aufstellen dürfen. Wäre der Pfeiler sachgemäß eingebaut gewesen, würde die Tragfähigkeit der Decke für die Maschinen ausgereicht haben. Bei der von der Beklagten durchgeführten Bauarbeit handele es sich nicht um eine Instandsetzung im Sinne von § 2 Nr. 1 des Mietvertrages, sondern um die Beseitigung eines verborgenen Mangels des Gebäudes.

Die Revision meint, die im Jahre 1948 erfolgte Fundamentierung sei auf die Bedürfnisse der Firma Söhngen & Co. zugeschnitten gewesen, die das Gebäude für eine Wattefabrikation habe einrichten wollen. Für deren Betrieb sei die Fundamentierung ausreichend und zweckmäßig gewesen. - Darauf kommt es indessen - wie das Berufungsgericht zutreffend bemerkt - nicht an; denn es war ein statischer Fehler, daß abweichend vom Bauplan die beiden Stützen des Pfeilers das Fundament nur mit den Kanten berührten und so den Druck nicht zentrisch auf das Fundament leiteten. Mit der dem Tatrichter nicht vorgetragenen Behauptung, die Beklagte habe den Fehler von vornherein gekannt oder doch infolge grober Fahrlässigkeit nicht gekannt, kann die Klägerin im Revisionsrechtszug nicht gehört werden. Ob die Beklagte mit Rücksicht auf die von ihr geplante Aufstellung von schweren Maschinen im ersten Stockwerk die Fundamente der übrigen Pfeiler verstärkt hat - wie die Klä-

gerin behauptet hat -, ist im Gegensatz zur Auffassung der Revision unerheblich, denn die Beklagte beansprucht nur den Ersatz des Schadens, den sie dadurch gehabt hat, daß der eine, besonders erörterte Pfeiler infolge eines Kunstfehlers den Anforderungen nicht genügte, die sie an den Zustand des ihr vermieteten Fabrikgebäudes stellen durfte, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie im ersten Stockwerk besonders schwere Maschinen aufstellen wollte oder nicht.

E.

Weitere Rügen haben die Revisionen nicht erhoben. Abgesehen davon ist unrichtige Anwendung des materiellen Rechts im übrigen nicht ersichtlich. Deshalb sind die Revisionen mit der Kostenfolge aus §§ 97, 92 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann

Artl

Dr. Spieler

Dr. Dorschel

Dr. Messner