

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2205 089

BGB § 157 D; BayGemeindeO v. 25. Januar 1952,
Bayer.Sammlung d. bereinigten Landesrechts I 461

Hat eine ihr Wasserwerk ursprünglich auf privatrechtlicher Grundlage betreibende Gemeinde einem Gemeindeangehörigen gegen sonstige Leistungen für Bau und Betrieb der Wasserleitung vertragsmäßig kostenlosen Wasserbezug eingeräumt, so kann bei späterer Erlassung einer Satzung mit Anschluß- und Benutzungszwang ergänzende Vertragsauslegung die Pflicht der Gemeinde ergeben, den Gemeindeangehörigen von der Wassergebührensschuld zu befreien und ihm trotzdem erhobene Gebühren zu erstatten.

ZPO § 418; BayGemeindeO v. 18. Dezember 1945,
GVBl S. 225 Art. 24

Wer entgegen der Feststellung im Protokoll über die Sitzung eines nach der Bayer.Gemeindeordnung von 1945 berufenen Gemeinderats die Ladung ausgebliebener Mitglieder bestreitet, hat die Beweislast.

BGH, Urt. v. 14. Februar 1962 - V ZR 128/60 - OLG Bamberg
LG Coburg

V ZR 128/60

V e r k ü n d e t
am 14. Februar 1962
[REDACTED], Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Gemeinde Z [REDACTED], Landkreis C [REDACTED], gesetzlich ver-
treten durch den Bürgermeister,

Beklagten, Berufungsklägerin, Anschlußberu-
fungsbeklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Diplom-Landwirt Wilhelm T [REDACTED] in Z [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten, Anschlußberu-
fungskläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 31. Januar 1962 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Tasche sowie der Bundesrichter Dr. Au-
gustin, Schuster, Dr. Freitag und Dr. Mattern

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom
19. Februar 1960 wird mit der Maßgabe auf Kosten der
Beklagten zurückgewiesen, daß der Entscheidungssatz
zur Feststellungsklage - Nr. 1 des Entscheidungs-
satzes des Urteils des Landgerichts Coburg vom
5. Mai 1959 - folgendermaßen lautet:

Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, den Kläger und seine Nachfolger im Eigentum des Gutes Ziegelsdorf von der Gebührenschuld zu befreien und ihm gleichwohl kraft Hoheitsrecht erhobene Gebühren zu erstatten, die dadurch entstehen, daß der Kläger die Wasserleitung der Beklagten zur Versorgung des Gutshofs, des Wohnhauses Nr. 1 und 2 sowie aller zum Gut gehörenden Nebengebäude in Anspruch nimmt, soweit das Wasser der auf Pl. Nr. 1 c entspringenden Parkquelle zur Versorgung im angeführten Umfang nicht ausreicht.

Von Rechts wegen

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
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Beklagte, eine kleine ländliche Gemeinde mit knapp 100 Einwohnern, baute während des letzten Krieges und nachher eine gemeindliche Wasserleitung. Daran angeschlossen sind u.a. die Wohngebäude, Ställe und anderen Gebäude des dem Kläger gehörenden Gutes Ziegelsdorf. Die Leitungsrohre und Hydranten der Anlage benützen andernteils Grundstücke des Klägers. Mit Urkunde des Notars Justizrat Ehrlicher in Coburg vom 19. Dezember 1947 räumte der Kläger der Beklagten eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ein, die es letzterer gestattet, die näher beschriebene Wasserleitung anzulegen; dauernd zu unterhalten und zu benützen, desgleichen die zur Wasserversorgung und zum Feuerschutz der Gehöfte erforderlichen Hydranten, ferner die näher bezeichneten Grundstücke des Klägers zur laufenden Kontrolle der Wasserleitung zu betreten, die zur Instandsetzung und Instandhaltung der Wasserleitung erforderlichen Arbeiten ausführen zu lassen und erforderlichenfalls die Anlagen durch neue zu ersetzen (Ziff. III der Urkunde). Dafür und als Gegenleistung für den Verzicht des Klägers auf die Geltendmachung des beim Bau der Wasserleitung entstehenden Flurschadens räumte die Beklagte dem Kläger und seinen Nachfolgern im Eigentum des Gutes Z[REDACTED] das Recht ein, "für alle Zeiten das zur Wasserversorgung des Gutshofes und des Wohnhauses Nr. 1 und 2 sowie aller zum Gut gehörenden Nebengebäude erforderliche Wasser kostenfrei zu entnehmen, soweit das Wasser der auf Plan Nr. 1 c entspringenden Parkquelle zu dieser Wasserversorgung nicht ausreicht. Weiter soll Herrn Wilhelm T[REDACTED] und seinen Rechtsnachfolgern im

Eigentum des Gutes das Recht zustehen, sämtliche zum Hof gehörenden Wirtschafts- und Wohngebäude an die gemeindliche Wasserleitung anzuschließen. Die Entnahme des Wassers für diese Wohnungen ist aber nur gegen Entrichtung des von der Gemeinde festgesetzten Wasserzinses zulässig" (Ziff. IV a der Urkunde). Die Beklagte war bei Abschluß der Vereinbarung vom 19. Dezember 1947 durch den Bürgermeister Karl Nauer vertreten, der vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung durch den Gemeinderat Ziegelsdorf handelte. Am 27. Dezember 1947 genehmigte der Gemeinderat der Beklagten die von Nauer für die Gemeinde abgegebenen Erklärungen einstimmig. Ebenso genehmigte das Landratsamt Coburg am 9. November 1948 die Vereinbarung vom 19. Dezember 1947 ^{Kontrollratsgesetz} nach ~~7.44~~ Nr. 45 und Durchführungsverordnung Nr. 127. Am 11. Februar 1958 erließ die Beklagte eine Satzung über den Anschluß der gemeindlichen Grundstücke an die öffentliche Wasserleitung und über die Abgabe von Wasser mit Anschluß- und Benutzungszwang, die am 5. März 1958 staatsaufsichtlich genehmigt, am 22. März 1958 bekannt gemacht wurde und am 1. April 1958 in Kraft trat. Gestützt auf diese Satzung fordert die Beklagte nunmehr vom Kläger die Zahlung des für die Benutzung der Wasserleitung festgesetzten Wassergeldes. Die seit 29. Oktober 1958 angefallenen, von der Beklagten unter Androhung von Zwangsmitteln eingeforderten Gebühren hat der Kläger unter Vorbehalt seiner Rechte bezahlt.

Unter Berufung auf sein Recht zur kostenfreien Entnahme von Wasser aus der gemeindlichen Wasserleitung der Beklagten gemäß der Vereinbarung vom 19. Dezember 1947 hat er am 25. Oktober 1958 gegen die Beklagte Klage mit folgendem Antrag erhoben:

1. festzustellen, daß der Kläger und seine Nachfolger im Eigentum des Gutes Z[REDACTED] berechtigt sind, für alle Zeit das zur Wasserversorgung des Gutshofes und des Wohnhauses Nr. 1 und 2 sowie aller zum Gut gehörenden Nebengebäude erforderliche Wasser aus der von der Beklagten angelegten Wasserleitung kostenfrei zu entnehmen, soweit das Wasser der auf der Plan Nr. 1 c entspringenden Parkquelle zu dieser Wasserversorgung nicht ausreicht,

hilfsweise,

festzustellen, daß der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag vom 19. Dezember 1947 wirksam ist,

2. die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger einen Betrag von 181,66 DM nebst 4 % Zinsen zu bezahlen.

Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt. Sie hat vorweg die Unzulässigkeit des Rechtswegs geltend gemacht und in sachlicher Hinsicht der Vereinbarung die Rechtswirksamkeit abgesprochen, weil der Genehmigungsbeschluß des Gemeinderats wegen damaliger Beschlußunfähigkeit nicht rechtsgültig zustandegekommen sei. Außerdem verstoße der Vertrag gegen zwingende Bestimmungen der Gemeindeordnung und gegen die guten Sitten.

Das Landgericht hat den früheren Bürgermeister Karl N[REDACTED] und das frühere Gemeinderatsmitglied Elsa R[REDACTED] als Zeugen vernommen und sodann der Klage stattgegeben.

Die Beklagte hat Berufung mit dem Ziel der Klageabweisung, der Kläger Anschlußberufung eingelegt, mit der er die Klagesumme um weitere 127,25 DM wegen weiterer inzwischen gezahlter Wassergebühren erhöht hat.

Das Berufungsgericht hat die Berufung zurückgewiesen und der Anschlußberufung stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Zulässigkeit des Rechtswegs

Die Revision verneint für die Klage die Zulässigkeit des Rechtsweges, aber zu Unrecht. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 29, 187, 188 mit Nachw.; Urteil des erkennenden Senats vom 22. März 1961 V ZR 39/60) ist für die Frage, ob ein bürgerlicher Rechtsstreit im Sinn des § 13 GVG vorliegt, die rechtliche Natur des Klagebegehrens entscheidend, wie sie sich aus dem zugrunde liegenden Sachverhalt ergibt. Von dieser ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geht auch das Berufungsgericht aus. Da der Kläger die von ihm erhobenen Ansprüche aus dem Vertrag vom 19. Dezember 1947 ableitet, untersucht das Berufungsgericht zutreffend diesen Vertrag auf seine Rechtsnatur und beurteilt ihn ohne Rechtsirrtum als privat-

rechtlichen Vertrag. Die Rechtsbeziehungen der Beklagten zu den Gemeindebewohnern, die aus der gemeindlichen Wasserleitung Wasser bezogen, hätten sich, erwägt das Berufungsgericht, zur Zeit des Vertragsabschlusses nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt, da die Beklagte die Benutzung der Wasserleitung erst durch die am 1. April 1958 in Kraft getretene Satzung dem öffentlichen Recht unterworfen habe. Diese rechtliche Beurteilung ist zutreffend. Eine Gemeinde kann die Versorgung ihrer Bewohner mit Wasser in privatrechtlicher Form oder in der Weise betreiben, daß ein öffentlich-rechtliches Nutzungsverhältnis zwischen den Benutzern und der Gemeinde unter Erlassung einer Satzung geschaffen wird (BGH NJW 1955, 1105). Diese Rechtslage war auch während der Geltung der Bayerischen Gemeindeordnung vom 8. Dezember 1945 (GVBl S. 225) gegeben. Die Gemeindeordnung enthält zwar keine Bestimmung in dieser Hinsicht, war aber im wesentlichen nur bestimmt, das demokratische Prinzip in der Gemeindeverfassung wiederherzustellen, so daß Einigkeit darüber besteht, daß die bewährten Grundsätze des Gemeinderechts, auch soweit sie in der Deutschen Gemeindeordnung niedergelegt waren, weiter Geltung haben sollten.

Nun hat allerdings die Gemeinde durch den Erlass der Satzung mit Anschluß- und Benutzungszwang für die gemeindliche Wasserleitung die Rechtsbeziehungen hinsichtlich des Wasserbezugs im Verhältnis zu ihren Gemeindeangehörigen auf öffentlich-rechtliche Grundlage gestellt (Art. 23, 24 Gemeindeordnung vom 25. Januar 1952 - BayGVBl S. 19). Es steht außer Zweifel, daß, soweit über Rechte und Pflichten aus der Satzung gestritten würde, dieser Rechtsstreit vor den Verwaltungsgerichten auszutragen wäre. Richtig verstanden,

wird jedoch mit der Klage nicht eine Entscheidung über Rechte, die durch die Gemeindegatzung geregelt sind, begehrt und ebenso wenig durch das Berufungsurteil über sie entschieden. Daß das Berufungsgericht über die Frage zu entscheiden hatte, ob die aus dem Vertrage fließenden Rechte des Klägers trotz der Satzung noch fortbestehen, schließt die Zulässigkeit des Rechtswegs nicht aus, weil es sich insoweit nur um eine öffentlich-rechtliche Vorfrage handelt (vgl. RGZ 157, 106, 115; 123, 181, 183; 125, 108).

Was die Lieferung des Wassers anlangt, so beziehen sich Klage und Berufungsurteil zwar wörtlich genommen auf sie. In Wahrheit besteht aber insoweit kein Streit. Die Beklagte ist nicht nur bereit, dem Kläger Wasser zu liefern, sondern sie verlangt sogar von ihm kraft öffentlich-rechtlichen Zwanges, daß er das Wasser vor ihr beziehe. Streitig ist zwischen den Parteien nur, ob der Kläger Wasser, das ihm zu liefern ist, bezahlen muß und in welchem Umfang. Da die Lieferung des Wassers sonach nicht Streitgegenstand ist, ist aus ihr die Unzulässigkeit des Rechtswegs nicht abzuleiten.

Das Berufungsgericht legt die Klage richtig dahin aus, daß der Kläger die Satzung der Beklagten nicht angreife, weder ihr ordnungsmäßiges Zustandekommen noch ihre Rechtswirksamkeit, und auch die Rechtmäßigkeit der Gebührenerhebung als solche nicht bezweifle, vielmehr nur geltend mache, daß die Beklagte kraft des Vertrages verpflichtet sei, dasjenige, was sie auf Grund ihrer späteren Satzung vom Kläger als Benutzungsgebühr erheben könnte, aus einem bürgerlich-rechtlichen Schuldverhältnis, eben dem Vertrage, dem

Kläger wieder zurückzugewähren (BU S. 12, ähnlich S. 13). Das Berufungsgericht führt am Ende seines Urteils (S. 29) allerdings aus, es bleibe die Verpflichtung der Beklagten bestehen, für das Wasser in dem vertraglichen Umfang kein Entgelt zu fordern, sei es Kaufpreis oder Mietzins oder eine Abgabe, und es ist der Revision zuzugeben, daß hier die Berechtigung der Gebührenforderung aus der Satzung verneint scheint. Allein die bereits angeführten Urteilsstellen lassen erkennen, daß das Berufungsgericht eine derartige Feststellung nicht treffen wollte, wie sich auch daraus ergibt, daß das Berufungsgericht unter Ablehnung der gegenteiligen Ansicht des Landgerichts als Grundlage für einen Rückforderungsanspruch des Klägers nicht die §§ 812 ff BGB (gemeint in entsprechender Anwendung), sondern den Vertrag nennt. Es greift also der Hinweis der Revision auf den anerkannten Rechtssatz nicht durch, daß der Rückforderungsanspruch für das auf Grund öffentlichen Rechts Geleistete nicht vor die bürgerlichen Gerichte gehört, sondern von dem Richter zu entscheiden ist, der über die Verpflichtung zur Leistung zu entscheiden hätte. Der erkennende Senat und das Berufungsgericht befinden sich mit der Bejahung des Rechtsweges in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 132, 225; 148, 101, 103).

2. Auslegung des Vertrages

Ist die Zulässigkeit des Rechtsweges vom Berufungsgericht zutreffend bejaht, so fragt sich, ob angesichts der öffentlich-rechtlichen Satzung ein begründeter Anspruch des Klägers aus dem Vertrage noch abgeleitet werden kann. Mit dem Berufungsgericht ist hier die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Münster im Urteil vom 8. Oktober 1958 (MDR 1959,

956) abzulehnen, daß die mit Anschluß- und Benutzungszwang versehene Satzung einer Gemeinde einen privatrechtlichen Vertrag über die Benutzung der Wasserleitung gegenstandslos macht und der aus dem Vertrag Berechtigte hinsichtlich seiner Bezugsrechte als enteignet zu behandeln sei. Es mag zwar, wie das Berufungsgericht annimmt, das Recht des Klägers auf Wasserbezug aus dem Vertrage durch den im öffentlichen Recht wurzelnden Anspruch des Klägers auf Anschluß und Benutzung der gemeindlichen Wasserleitung überlagert und daher gegenstandslos sein, obwohl der öffentlich-rechtliche und der privatrechtliche Anspruch sich nicht widersprechen, da beide auf Lieferung des Wassers gehen. Aus dem letzteren Grund ist es auch abzulehnen, die Leistung aus dem Vertrage als unmöglich geworden zu betrachten und den Kläger Ansprüche nach § 325 BGB zu verweisen. Aus dem unserm Schuldrecht zugrunde liegenden Grundsatz, daß Verträge zu halten sind, folgt unter den hier vorliegenden Umständen vielmehr, daß der veränderten Sachlage durch - ergänzende - Auslegung Rechnung zu tragen ist (§ 157 BGB), da für den Fall der Errichtung einer Wasserleitungssatzung keine Vorsorge im Vertrag getroffen ist. Dementsprechend ist das Berufungsgericht verfahren. Es ist ersichtlich davon ausgegangen, daß nach dem Willen der Vertragschließenden die Einräumung des Rechts der (teilweisen) kostenfreien Wasserentnahme für den Kläger die Gegenleistung der Beklagten dafür sein sollte, daß der Kläger die Anlage und Unterhaltung der Wasserleitung auf seinen Grundstücken duldete und auf Ersatz entstehender Flurschäden verzichtete. Im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ist das Berufungsgericht dazu gelangt, daß die Parteien, hätten sie den Erlaß einer die Benutzung der Wasserleitung regelnden Satzung und das Entstehen einer öffentlich-rechtlichen Gebührenpflicht des Klägers bei Vertragsabschluß

bedacht, nach Treu und Glauben vereinbart hätten, die Beklagte solle verpflichtet sein, den Kläger als Entgelt für die von ihm gewährte Leistung von der Gebührenschuld zu befreien und ihm gleichwohl erhobene Gebühren zu erstatten. Nichts anderes als dies meint offensichtlich das Berufungsgericht, wenn es im Anschluß an die Entscheidung RGZ 148, 101, 103 ausführt, die Vereinbarung, daß der Kläger das Wasser kostenfrei entnehmen dürfe, bestehe fort und sei dahin auszulegen, daß die geschuldeten Gebühren nicht erhoben, sondern als abgegolten angesehen werden sollten, die Beklagte aber auf alle Fälle zur Erstattung erhobener Gebühren verpflichtet sein solle. Denn die Schuldbefreiung besteht bei einer Fallgestaltung wie der vorliegenden, wo der Forderungsberechtigte und der zur Befreiung von dieser Schuld Verpflichtete die gleiche Person sind, praktisch darin, daß die Gebühr nicht erhoben wird. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zeigen also, in welchem Sinn es einen vertraglichen Anspruch des Klägers feststellen wollte, nämlich im Sinn eines Anspruchs auf Befreiung von einer bestehenden Gebührenschuld und auf Rückzahlung für den Fall einer Erhebung. Der Sinn der Feststellung ist jedoch bereits vom Erstgericht durch die eng an den Vertrag sich anschließende Formulierung des Urteilssatzes, der weiter zu gehen scheint, nicht klar ausgedrückt. Da, wie im folgenden noch zu zeigen sein wird, auch aus anderen als den bisher behandelten Gesichtspunkten keine Bedenken gegen die Berechtigung der Klagansprüche obwalten, war der Urteilssatz hinsichtlich des Feststellungsanspruchs klarzustellen wie geschehen.

In dieser Feststellung liegt nicht etwas anderes oder weniger als der Kläger begehrt hat. Es wird nur rechtlich

qualifiziert, was der Kläger unter dem in Anspruch genommenen Recht auf kostenfreie Wasserentnahme versteht (vgl. Schriftsatz des Klägers vom 12. Oktober 1959 S. 8). Ihm kommt es nur darauf an, seinen privatrechtlichen Anspruch, im wirtschaftlichen Ergebnis das Wasser im Rahmen des Vertrages nicht bezahlen zu müssen, festgestellt zu sehen.

II.

1. Rechtswirksamkeit des Gemeinderatsbeschlusses

Die Revision bezweifelt die Rechtswirksamkeit des den Vertrag genehmigenden Gemeinderatsbeschlusses vom 27. Dezember 1947. Nach Art. 24 der damals geltenden Gemeindeordnung von 1945 war der Gemeinderat beschlußfähig, wenn sämtliche Gemeinderatsmitglieder geladen waren und mehr als die Hälfte der Mitglieder anwesend war. Die Beklagte hat das Vorliegen der Voraussetzungen für den erwähnten Beschluß bestritten.

a) Zur Ladung führt das Berufungsgericht aus, dafür, daß zu dieser Sitzung nicht alle Mitglieder geladen worden seien, sei die Beklagte nach § 415 Abs. 2 ZPO beweispflichtig, also deshalb, weil die Ladung im Protokoll über die Gemeinderatssitzung, das der zweite Bürgermeister Luther und die Gemeinderatsmitglieder M. [REDACTED] und K. [REDACTED] unterzeichnet hatten, festgestellt ist ("In der heutigen Gemeinderats-sitzung, zu der sämtliche Gemeinderatsmitglieder eingeladen waren ..."). Das Gemeinderatsmitglied Elsa R. [REDACTED] habe zwar bekundet, daß sie zu keiner Sitzung des Gemeinderats geladen

worden sei, also auch nicht zu der hier in Frage stehenden. Die Zeugin sei aber befangen und es erscheine auch ausgeschlossen, daß sie als gewähltes Gemeinderatsmitglied nie zu den Sitzungen eingeladen worden sei. Es spreche zwar manches dafür, daß sie zu der Sitzung vom 27. Dezember 1947 nicht geladen worden sei, insbesondere, daß sie nie zu den Sitzungen erschienen sei, aber ein sicherer Nachweis sei nicht zu erbringen. Die Beklagte sei also insoweit beweisfällig.

Mit Recht rügt hierzu die Revision allerdings, daß das Protokoll hinsichtlich der Ladung keine Urkunde über eine vor dem Gemeinderat abgegebene Erklärung sei, vielmehr nach § 418 ZPO zu beurteilen sei. Auf eigener Wahrnehmung des Gemeinderates oder seines Vorsitzenden beruht nach der Urkunde die Ladungsfeststellung nicht. Die Beweiskraft des Protokolls ist insoweit aber doch gegeben, wenn sich aus der Gemeindeordnung als einem Landesgesetz ergibt, daß die Beweiskraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung der Behörde unabhängig sein soll (vgl. Wieczorek, ZPO § 418 b III a). Der Revision ist zuzugeben, daß eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Hinsicht in der Gemeindeordnung von 1945 nicht enthalten ist. Trotzdem muß ihr Art. 24 dahin verstanden werden, daß die Feststellung im Gemeinderatsprotokoll genügt. Art. 24 ist offenbar Art. 19 Abs. 3 der früheren Bayerischen Gemeindeordnung vom 17. Oktober 1927 (GVBl S. 293) nachgebildet. In der Begründung zu dem Entwurf der Gemeindeordnung von 1927, Beilage 1982 der Verhandlungen des Bayerischen Landtags, S. 255 zu Art. 19 ist bemerkt: "Für den Nachweis der Ladung genügt die Feststellung des Gemeinderats. Wer einen Beschluß wegen mangelnder Ladung angreift, muß den

Mangel der Ladung und seine Erheblichkeit im einzelnen dar-
tun." Dieser Darlegung ist bei den Gesetzgebungsverhandlun-
gen nicht widersprochen worden (Jan/Laforêt/Schadenfroh,
Bayerische Gemeindeordnung Art. 19 Anm. 4 a; Woerner, Baye-
rische Gemeindeordnung Art. 19 Anm. 8). Ist somit ein aus-
drücklicher Ausspruch über die Verbindlichkeit der Fest-
stellung im Gemeinderatsprotokoll nur unterblieben, weil
für selbstverständlich gehalten, so ist von dieser Verbind-
lichkeit für die rechtliche Beurteilung auch auszugehen. Das
gilt umso mehr, als andernfalls Zustellungsnachweise erstellt
und für unbegrenzte Zeit aufbewahrt werden müßten. Einer Prü-
fung nach der Richtung, ob etwa der Beklagten mit Rücksicht
auf die Hinausgabe der Protokollausfertigung zum notariellen
Vertrag die Berufung auf Beschlußunfähigkeit überhaupt zu
versagen ist (Woerner, Gemeindeordnung Art. 19 Anm. 6 in An-
lehnung an die Rechtsprechung des Bayerischen Verwaltungsge-
richtshofs), bedarf es bei dieser Sachlage nicht. Das Beru-
fungsgericht hat demgemäß die Beweislast hinsichtlich der La-
dung im Ergebnis richtig beurteilt.

b) Auch bezüglich des weiteren Erfordernisses der
Beschlußfähigkeit des Gemeinderats äußert die Revision Be-
denken. Wie insbesondere aus Art. 24 Abs. 3 der Gemeinde-
ordnung von 1945 zu schließen ist, ist für die Zahl der Ge-
meinderatsmitglieder der Bürgermeister trotz Art. 3 Gemein-
deordnung mit einzurechnen, so daß sich für den Gemeinderat
der Beklagten insgesamt sechs Mitglieder ergeben. Es mußten
also vier Mitglieder anwesend sein. Das Protokoll führt nur
drei Mitglieder auf. Das Berufungsgericht hat jedoch auf
Grund der Aussage des Bürgermeisters N. für erwiesen er-
achtet, daß auch dieser bei der Sitzung anwesend war. Die

Revision meint, wenn N. nicht erwähnt sei, so bedeute das, daß er nicht den Willen gehabt habe, als Mitglied des Gemeinderats anwesend zu sein und mitzuwirken, ebenso habe dieser Wille für ihn bei den übrigen Mitgliedern gefehlt. Diese Rüge ist deshalb unbegründet, weil der Zeuge Nauer nach seiner Bekundung die fragliche Sitzung geleitet hatte und der Berufungsrichter seine Bekundungen als glaubhaft erachtet (BU S. 16). Ob, wie die Revision meint, die Beklagten in dem ersten Rechtszug gestellten Antrag, die Gemeinderatsmitglieder L. und K. darüber zu hören, daß Nauer doch nicht teilgenommen habe, im zweiten Rechtszug im Gegensatz zu der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zurückgenommen hat, kann dahingestellt bleiben. Es genügt, daß die Beklagten den Beweisantrag im zweiten Rechtszug nicht ausdrücklich wiederholt hat (BGHZ 35, 103, 106).

Da formelle Rechtsverstöße bei der Willensbildung des Gemeinderats hinsichtlich des Genehmigungsbeschlusses nach alledem nicht gegeben sind, braucht auf die Frage nicht eingegangen zu werden, ob Treu und Glauben es der Beklagten verbieten würden, sich auf derartige Mängel, wenn sie vorlägen, zu berufen.

2. Sittenwidrigkeit des Vertrages

Das Berufungsgericht verneint auch Nichtigkeit des Vertrages vom 19. Dezember 1947 wegen Wuchers oder sonstiger Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Es verneint insbesondere eine Notlage der Beklagten, ebenso Leichtsinn oder Unerfahrenheit der schon zwei Jahre im Amt befindlichen Mitglieder des Gemeinderats, gereifter Männer, die den einfachen Sachverhalt

durchaus hätten übersehen können. Eine - nachträgliche - Ausarbeitung des Landratsamts, daß der Gemeinde allein 1959 ein Einnahmefall von 613 DM durch den Vertrag entstanden sei, dem gegenüber die Leistungen des Klägers erheblich geringer seien, läßt das Berufungsgericht nicht gelten, da dabei die Einschränkung nicht beachtet worden sei, daß der Kläger das erforderliche Wasser nur insoweit kostenfrei entnehmen könne, als seine eigene Quelle nicht ausreiche. Er beziehe nach seiner nicht bestrittenen Ausführung in der Berufungsantwort in der Hauptsache sein eigenes Wasser. Es sei also auch ein völliges Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen nicht festzustellen.

Durch den allgemeinen Hinweis, daß der Kläger am Bau der Wasserleitung am meisten interessiert war (Schriftsatz vom 5. November 1959), waren die Angaben des Klägers über seine Parkquelle nicht substantiiert bestritten; die Feststellung des Berufungsrichters nach dieser Richtung ist somit zutreffend. Die Revision rügt Verletzung des § 139 ZPO, da sie auf Frage unter Darlegung weiterer Einzelheiten vorgetragen hätte, daß der Kläger praktisch den größten Teil seines Wassers aus der Gemeindeleitung ohne Parkquellenwasser beziehe. Da aber gerade der Bedarf über die Leistung der Parkquelle hinaus das Hauptmerkmal für den Umfang des Wasserbezugsrechts im Vertrag war, bestand für die Beklagte auch ohne solchen Hinweis Veranlassung zu den jetzt nachgeholten Darlegungen. Es kann daher unerörtert bleiben, ob bei dem Fehlen der in § 138 Abs. 2 BGB erforderlichen weiteren Umstände

das Maß des Mißverhältnisses der Leistungen der Parteien so groß wäre, daß aus ihm auf eine verwerfliche Gesinnung des Klägers hätte geschlossen werden können (RGZ 150, 1).

Wenn das Berufungsgericht eine Sittenwidrigkeit des Vertrages daraus nicht ableitet, daß Bürgermeister Nauer und die Mehrzahl der Gemeinderatsmitglieder vom Kläger wirtschaftlich abhängig waren, und dies damit begründet, daß die Ausübung eines Druckes zum Abschluß des Vertrages durch den Kläger weder behauptet noch bewiesen sei, so ist dies rechtlich umso weniger zu beanstanden, als das Berufungsgericht noch feststellt, daß die möglicherweise aus den laufenden Einnahmen der Wasserleitung bei Bestehenbleiben der Vertragsrechte nicht zu deckenden Kosten einer späteren Erneuerung zum großen Teile oder sogar in der Hauptsache dem Kläger als dem größten Grundbesitzer der Gemeinde auf dem Wege über die Grundsteuer zur Last fallen würden.

III.

Die Angriffe der Revision erweisen sich somit als unbegründet. Das Rechtsmittel war daher unter Klarstellung des Urteilssatzes gemäß den Ausführungen zu I unter Überbürdung der Kosten der Revision auf die Beklagte (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Schuster

Dr. Freitag

Mattern