

Verkündet
am 17. Oktober 1956
Symalla, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

des Brauereibesitzers Bartholomäus F. [REDACTED]
in M. [REDACTED].

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Marktgemeinde M. [REDACTED], vertreten durch
den Gemeinderat, dieser durch den ersten Bürger-
meister,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1956 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundes-
richter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Oechßler und Dr. Rothe
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Bamberg vom
19. Mai 1954 wird auf Kosten des Klägers zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Bierbrauereibesitzerseheleute Nikolaus und Barbara F[REDACTED] in M[REDACTED], die Rechtsvorgänger des Klägers, schlossen am 2. August 1901 zu notariellem Protokoll einen Wasserleitungsvertrag folgenden Inhalts:

Die Gemeinde (Beklagte) erteilte Nikolaus F[REDACTED] die Erlaubnis, für die auf seine Kosten herzustellende Wasserleitung die nötige Rohrleitung nebst Reservoir und Quelfassung auf dem Eigentum der Gemeinde zu verlegen unter folgenden Bedingungen:

1. Durch die Grabungen darf der Verkehr nicht gestört werden, der Rohrstrang ist am Rand der Wege zu legen, Sicherheitsvorrichtungen sind anzubringen, für jeden durch Außerachtlassung der Bedingung entstehenden Schaden haften die Eheleute F[REDACTED].
2. Verpflichtung des Nikolaus F[REDACTED] zur Einstampfung und Beschotterung des Erdreichs nach der Einfüllung, Instandhaltungspflicht für die Wege über den Rohrstrang für die Dauer von drei Jahren trifft F[REDACTED].
3. Verpflichtung der Gemeinde M[REDACTED], dem Nikolaus F[REDACTED] die Legung der Röhren und die Vornahme aller zur Errichtung und Erhaltung der Wasserleitung erforderlichen Grabungen und Arbeiten auf den Grundstücken Plan Nr 921, 923, 170, 225, 226, 138 zu gestatten; Gegenverpflichtung des Nikolaus F[REDACTED] für die Dauer, während der er Eigentümer der Wasserleitung ist und die Gemeinde sie nicht selbst übernimmt, unentgeltlich genügend Wasser für die Kirche, sowie zwei weitere Gebäude abzugeben. Berechtigung der Gemeinde, auf ihre Kosten einen Abstich an der Hauptleitung an geeigneter Stelle bis zum oberen Schulhaus für einen Ventilbrunnen zu machen.
4. Diese Nummer hat folgenden Wortlaut:
Nikolaus F[REDACTED] ist verpflichtet, für den Fall, daß die Gemeinde Marktleugast selbst eine

- 3 -

Wasserleitung bauen will, seine errichtete Leitung nebst Hochreservoir und Quellfassung an die Gemeinde, und zwar um den Selbstkostenpreis nach Abzug der Abnutzungsquote von jährlich 1 bis 2 % eigentümlich abzutreten; dagegen ist die Gemeinde M. [REDACTED] verpflichtet, falls ihre finanziellen Verhältnisse derart gelagert sind, daß sie im Stande ist, selbst eine Wasserleitung zu errichten, die von Nikolaus F. [REDACTED] errichtete Leitung nebst Reservoir und Quellfassung um den Selbstkostenpreis abzüglich der Abnutzung zu übernehmen, vorausgesetzt, daß die Anlagen den technischen Anforderungen voll auf entsprechen. Für diesen Fall behält sich Nikolaus F. [REDACTED], und zwar auch für seine Besitz- und Rechtsnachfolger für seine Brauerei und seine beiden in Marktleugast befindlichen Wirtschaftsanwesen das unbeschränkte Wasserbezugsrecht vor mit der Maßgabe, daß die Gemeinde M. [REDACTED] bei der Übernahme der Wasserleitung nur drei Viertel des Selbstkostenpreises unter Abzug der Abnutzungsquoten an Nikolaus F. [REDACTED] zu vergüten hat und daß außerdem der Letztere ein Viertel der jährlichen Wartungskosten selbst zu übernehmen hat. Die definitive Ablössungssumme wird seinerzeit im Streitfall von k.b. Wasserversorgungsbüro festgesetzt.

5. enthält eine Verpflichtung des Nikolaus F. [REDACTED], keine Grabungen auf bestimmten Grundstücken oberhalb des Quellgebiets vornehmen zu lassen für den Fall, daß die Gemeinde die Leitung übernimmt.

6. Verpflichtung des Nikolaus F. [REDACTED], unter bestimmten Voraussetzungen Abschlüsse an Private und Gewerbetreibende gegen Zahlung eines Wasserzinses zu errichten und Wasser abzugeben.

7. Betrifft die Festlegung der Streckenführung und von Punkten, an denen die Gemeinde das Recht hat, Hydranten anzuschließen.

8. Betrifft die Berechtigung der Gemeinde, zum Anschluß von zwei oder drei Ventilbrunnen.

9. Betrifft die Festlegung des Platzes für das Reservoir, Wiederinstandsetzung benutzten Gemeindeeigentums und Entschädigung der Pächter.



10. Betrifft die lichte Weite der Rohre und die Anbringung eines Sammlers.

11. Betrifft die Kosten des Vertrages.

Mit der auf Grund dieses Vertrages erbauten Wasserleitung bezog und bezieht der Kläger das Wasser für sein Brauereianwesen und zwei Wirtschaftsanlagen in M[REDACTED] [REDACTED].

Die Gemeinde errichtete in den Jahren 1949 bis 1951 eine eigene Wasserleitung, die als gemeindliche Anstalt nach Maßgabe der Satzung vom 24. Januar 1951 von der Beklagten betrieben und verwaltet wird.

Der Kläger beantragte mit seiner 1952 erhobenen Klage die Feststellung, daß der notarielle Vertrag vom 2. August 1901 heute noch zwischen ihm und der Beklagten Gültigkeit habe.

Die Beklagte, führt der Kläger aus, habe den Vertrag fortgesetzt als null und nichtig behandelt. Sie habe in Wort und Schrift zum Ausdruck gebracht, daß er nicht mehr bestehe, den Kläger unter Androhung von Strafen und Zwangsmaßnahmen wiederholt aufgefordert, sich der gemeindlichen Wasserleitung anzuschließen, weiter habe die Beklagte seine eigene Wasserleitung beim Bau der gemeindlichen beschädigt, schließlich Anfragen des Anwalts des Klägers, ob sie den Vertrag von 1901 und die daraus entspringenden Rechte des Klägers als rechtswirksam anerkenne, unbeantwortet gelassen.

Der Kläger hat in erster Linie beantragt,

[REDACTED]

festzustellen, daß der Vertrag heute noch zwischen den Parteien Gültigkeit habe,

hilfsweise:

daß die Beklagte zur Übernahme der Wasserleitung des Klägers nach Nr 4 Satz 2 des Vertrages auch heute noch verpflichtet sei, wenn der Kläger die Übernahme wünsche.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Zur Begründung macht sie geltend: Sie habe die Vertragsrechte des Klägers nie bestritten mit Ausnahme des Rechts des Klägers auf Übernahme seiner Wasserleitung durch die Beklagte. Auf dieses Recht habe der Kläger durch ein Schreiben an das Landesamt für Wasserversorgung und durch seine späteren Erklärungen, sich nicht an die Gemeindewasserleitung anzuschließen, verzichtet, abgesehen davon, daß die doppelte vertragliche Voraussetzung für die Übernahmepflicht der Gemeinde (finanzielle Leistungsfähigkeit der Gemeinde und vollbefriedigender Zustand der Wasserleitung des Klägers) nicht gegeben seien.

Eine Klagerücknahme des Klägers erklärte das Oberlandesgericht auf Berufung der Beklagten für unwirksam und verwies die Sache an das Landgericht zurück.

Darauf entschied das Landgericht durch Teilurteil und wies die Klage ab, soweit das Feststellungsbehren sich auf die Nummern 2, 4 bis 10 bezog. Hinsichtlich der Frage, ob die Vertragsbestimmungen 1 und 3 noch Geltung hätten, setzte das Landgericht den Rechtsstreit bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die Vereinbarkeit der Wasserleitungssatzung der Beklagten mit dem Verträge aus.

Der Kläger hat gegen den Aussetzungsbeschluß Beschwerde und gegen das Teilurteil Berufung eingelegt. Ziel der Beschwerde war die Aufhebung der Aussetzung, in der Berufung wiederholte der Kläger sein Haupt- und Hilfsbegehren aus dem ersten Rechtszug.

Die Beklagte hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen und es bei der Aussetzung zu belassen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung gegen das Teilurteil des Landgerichts mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klage in vollem Umfang abgewiesen werde, und zwar der Hauptantrag als unzulässig, der Hilfsantrag als unbegründet.

Mit der Revision beantragt der Kläger die Übernahmeverpflichtung der Beklagten, im Sinne seines bisherigen Klageantrags festzustellen, im übrigen, hilfsweise im Ganzen, den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht führt aus:

1. Die Rechtsbeständigkeit des Vertrages könne nach dem Sinn des Hauptklageantrags nur einheitlich festgestellt werden, das Teilurteil sei deswegen unzulässig gewesen. Die Berufung habe daher auch den beim Landgericht

an sich noch anhängigen Teil des Rechtsstreits in die zweite Instanz gebracht mit der Folge, daß das Urteil des ersten Rechtszuges durch volle Abweisung auch zu Ungunsten des Klägers habe abgeändert werden können, und zwar auch soweit die Beklagte das nicht beantragt habe, da das mangelnde Feststellungsinteresse von Amts wegen zu beachten sei.

2. Dieses Interesse sei deswegen nicht mehr gegeben, weil die Beklagte zwar durch ihr früheres Verhalten den Eindruck hervorgerufen habe, daß sie den Vertrag nicht mehr für rechtsbeständig halte, aber nunmehr klargestellt habe, daß sie lediglich ihre Übernahmeverpflichtung bestreite und daß sie außerdem behaupte, der Kläger sei nach öffentlichem Recht auf Grund der Gemein-desatzung verpflichtet, sich an die gemeindliche Wasser-leitung anzuschließen.

Das Feststellungsinteresse fehle aber auch deswegen - erwägt das Berufungsgericht weiter -, weil der Streit der Parteien nicht die Rechtsbeständigkeit des Vertrages, sondern seine Auslegung betreffe. Insbesondere die Frage, ob die Beklagte durch den Vertrag gehindert sei, den Kläger dem Anschluß- und Benutzungszwang ihrer Wasserleitung zu unterwerfen, sei durch Entscheidung über die Rechtsbeständigkeit des Vertrages nicht zu klären. Bei Vertrags-schluß hätten die Parteien offenbar nicht an die Möglich-keit gedacht, daß die Beklagte eines Tages eine eigene Wasserleitung bauen würde, ohne die Wasserleitung des Klägers auf dessen Verlangen oder auf eigenen Wunsch zu übernehmen. Insoweit bedürfe es ergänzender Vertragsaus-legung, für die der Kläger keinen Feststellungsantrag

gestellt habe. Das Berufungsgericht habe davon abgesehen, einen solchen Feststellungsantrag, dessen Zulässigkeit übrigens dahingestellt bleiben könne, herbeizuführen, da der Kläger hierfür einen konkreten neuen Anspruch einführen müßte, der auf anderer Grundlage beruhen und einen anderen Antrag erfordern würde. Überdies habe die Beklagte bereits in ihren erstinstanziellen Schriftsätzen den Kläger wiederholt darauf hingewiesen, daß seine Feststellungsklage die Streitpunkte nicht kläre, es vielmehr notwendig sei, die Ansprüche des Klägers zu spezifizieren.

3. Dem Hilfsantrag des Beklagten fehle das rechtliche Interesse zwar nicht, der Übernahmeanspruch sei ein bedingter Anspruch, den der Kläger zwar noch nicht erheben wolle, der aber schon jetzt der Feststellung zugänglich sei. Der Übernahmeanspruch des Klägers sei aber erloschen, weil die Auslegung des Vertrages ergebe, daß das Übernahmeverlangen nach dem Bau der gemeindlichen Wasserleitung nicht mehr gestellt werden könne. Dem Wasserleitungsbau einer Gemeinde gingen stets umfangreiche und langwierige Planungen und sonstige Vorbereitungen voraus. Das sei auch beim Wasserleitungsbau der Beklagten der Fall gewesen. Der Kläger habe von diesen Vorgängen Kenntnis gehabt, Gelegenheit erhalten Stellung zu nehmen, in einer ausführlichen Stellungnahme dem Landesamt für Wasserversorgung gegenüber u.a. erklärt, er wolle zwischen seinen Interessen und denen der Gemeinde einen scharfen Trennungsstrich ziehen. Inwiefern in Zukunft die Ausübung des Übernahmerechts wieder zulässig werden könnte, sei nicht ersichtlich. Ob die Wasserleitung des Klägers den

technischen Anforderungen voll entspreche, brauche wegen des endgültigen Wegfalls des Übernahmeanspruchs nicht geprüft zu werden.

B.

I.

Nach den Behauptungen der Revision, die durch den Akteninhalt bestätigt werden, ist das Berufungsurteil erstmals am 13. November 1954, also sechs Tage vor Ablauf der Revisionsfrist, ausgefertigt worden, offenbar weil es erst kurz vorher abgesetzt worden war. Unter Hinweis auf BGHZ 7, 155 ist die Revision der Auffassung, das Urteil müsse wegen Verletzung des § 315 Abs 2 ZPO (ohne Sachprüfung) aufgehoben werden. Dem ist nicht beizustimmen. Nach § 549 ZPO kann die Revision nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf Gesetzesverletzung beruht. Eine Ausnahme machen die unbedingten Revisionsgründe des § 551 ZPO, bei deren Vorliegen die Entscheidung immer als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist. An sich ist nun klar, daß die bereits verkündete Entscheidung nicht auf dem Umstand beruhen kann, daß die sie rechtfertigenden Gründe entgegen der Vorschrift des § 315 Abs 2 ZPO zu spät abgesetzt worden sind. Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat in der oben angeführten Entscheidung dementsprechend auch die Aufhebung des damaligen ebenfalls unter Verletzung des § 315 Abs 2 ZPO verspätet fertiggestellten Urteils in erweiternder Auslegung des § 551 Nr 7 ZPO aufgehoben. Er hat dabei ausgeführt, der Sinn der Vorschrift des § 315 Abs 2 ZPO sei nicht zuletzt, zu verhindern, daß die Partei in die Zwangslage versetzt werde, mit Rücksicht auf den Ablauf der Rechtsmittelfrist die Revision einlegen zu

müssen, ohne die Urteilsgründe zu kennen und umgekehrt, daß das Gericht mit der Abfassung der Urteilsgründe zögere und abwarte, ob ein Rechtsmittel eingelegt werde oder nicht. Werde eine Partei durch die Verzögerung in eine solche Lage versetzt, so sei dies jedenfalls dann ein Verstoß im Sinne des § 551 Nr 7 ZPO, wenn zu dem Zeitpunkt, in dem (1) die Revisionsfrist auch ohne Urteilszustellung schon in Lauf gesetzt worden sei (§ 552 ZPO) und (2) auch schon Revision eingelegt worden sei, die Urteilsgründe noch nicht vorlagen. (In dem außerhalb des Urteils stehenden Leitsatz kommt die zweite Voraussetzung nicht zum Ausdruck.) Um diesen Fall handelt es sich im gegenwärtigen Verfahren jedoch nicht, weil die zweite Voraussetzung nicht gegeben war. Die Revisionsfrist begann fünf Monate nach Urteilsverkündung, also mit dem Ende des 19. Oktober 1954 zu laufen. In diesem Zeitpunkt war aber die Revision noch nicht eingelegt. Sie ging erst am 18. November 1954 ein. Der erkennende Senat war an die Entscheidung des dritten Zivilsenats demnach nicht dahin gebunden, daß er bei beabsichtigter Verneinung eines unbedingten Revisionsgrundes den Großen Senat für Zivilsachen nach § 136 GVG hätte anrufen müssen. Daran ändern auch die Ausführungen des dritten Zivilsenats über den Zweck des § 315 Abs 2 ZPO, daß die Parteien vor einer Zwangslage bewahrt werden sollten, nichts. Einmal ist anzunehmen, daß der Kläger in der Zeit vom 13. November bis zur Rechtsmitteleinlegung vom 19. November Kenntnis von dem vollständigen Berufungsurteil erhalten hat, außerdem beruht aber das Urteil des dritten Zivilsenats auf der oben genannten Erwägung insofern nicht, als damals der Revisionskläger die Revision gegen das am 19. Okto-

ber 1950 verkündete (nicht zugestellte) Berufungsurteil bereits am 13. März 1951 eingelegt hatte, also noch vor Beginn der Revisionsfrist.

Für die Entscheidung, ob auch im vorliegenden Fall § 551 Nr 7 ZPO anzuwenden ist, steht es außer Frage, daß eine derartig starke Verzögerung der Abfassung des vollständigen Urteils unerwünscht und nicht zu billigen ist. Der Kläger mag auch durch die Verzögerung in seinem Recht verletzt worden sein, wenn er, ohne ausreichende Zeit zur Prüfung des Berufungsurteils gehabt zu haben, wegen des drohenden Fristablaufs die Revision einlegen lassen mußte. Das Interesse des Klägers wurde jedoch in dieser Beziehung nur verletzt, wenn er bei Kenntnis der Urteilsgründe die Revision nicht eingelegt hätte, was er nicht geltend macht. Abgesehen davon wäre die Aufhebung des Berufungsurteils kein geeignetes Mittel, um die nachteiligen Folgen eines ins Blaue eingelegten, später nach Kenntnis der Gründe des Berufungsurteils als nicht erfolgversprechend erkannten Rechtsmittels zu beseitigen, da genau wie bei sachlicher Behandlung der Revision auch im Falle der Aufhebung und Zurückverweisung die Kosten des Rechtsmittels dem in der Sache Unterliegenden letztlich zur Last fallen. Anders als in dem Fall der Entscheidung BGHZ 7, 155, wo nur die im Ermessen des Vorsitzenden stehende Verlängerung der Begründungsfrist die Revisionsklägerin davor schützte, das Rechtsmittel ohne Kenntnis der Gründe des Berufungsurteils begründen zu müssen - was insbesondere wegen der Notwendigkeit, Verfahrensrügen innerhalb der Revisionsbegründungsfrist zu erheben, in der Tat für den Revisionskläger zu einem Nachteil in der Sache selbst führen kann -, war im gegebenen Fall der Kläger durch die

verspätete Abfassung des Berufungsurteils in der Begründung seines Rechtsmittels nicht behindert, da die Urteilsgründe während der ganzen Revisionsbegründungsfrist vorlagen.

Einen Antrag auf Tatbestandsberichtigung hätte der Kläger allerdings zur Zeit der Fertigstellung des Berufungsurteils nicht mehr mit Erfolg anbringen können, da die Dreimonatsfrist des § 320 Abs 2 Satz 3 ZPO damals bereits abgelaufen war. Er behauptet aber nicht, daß Berichtigungsanträge bei fristgerechter Absetzung des Berufungsurteils gestellt worden wären, und die nicht sehr nahe liegende Möglichkeit, daß dem Kläger inzwischen wegen der Verzögerung der Urteilsabsetzung die für solche Darlegung erforderliche genaue Erinnerung an die Prozeßvorgänge entschwunden sein könnte, wiegt nicht schwer genug, um eine Aufhebung des Berufungsurteils unter dem Gesichtspunkt des § 551 Nr 7 ZPO zu rechtfertigen (BGH Urteil vom 25. Januar 1954 - IV ZR 194/53). Dasselbe gilt angesichts der Möglichkeit dienstaufsichtlichen Einschreitens von der den Einzelfall überhaupt bei Seite lassenden Erwägung, daß durch strenge Auslegung des § 315 Abs 2 in Verbindung mit § 551 Nr 7 ZPO der verzögerten Urteilsabfassung ganz allgemein entgegen gewirkt werde.

Nach alledem fehlt es im gegebenen Fall an ausreichenden Gründen für die die endgültige Erledigung des Streites der Parteien verzögernde Zurückverweisung der Sache in die Vorinstanz ohne Sachprüfung.

II.

Die Revision bittet um Nachprüfung der Befugnis des Berufungsgerichts, über den ganzen Hauptantrag der

Klage zu entscheiden, obwohl hier nur ein Teilurteil des Landgerichts ergangen war. Der erkennende Senat schließt sich hier der auch von der Revision angeführten Entscheidung des dritten Zivilsenats (BGHZ 8, 385) an. Der Kläger, der die Zulässigkeit des Teilurteils bekämpft und vom Berufungsgericht eine volle Entscheidung über seine Klage begehrt hat, ist in seinen prozessualen Rechten nicht verletzt, wenn demgemäß umfassend, wenn auch zu seinen Ungunsten, entschieden wurde. Ein Berufungsantrag mit dem Sinn, er solle nur gestellt sein, wenn ihm stattgegeben werden könne, wäre unzulässig und ist daher nicht zu unterstellen.

III.

1. Die Revision erhebt Bedenken gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts über den nach seiner Meinung eingetretenen Wegfall des Feststellungsinteresses zum Hauptantrag der Klage. Sie weist darauf hin, daß die Beklagte unter Bezugnahme auf den in die Ortssatzung aufgenommenen Anschlußzwang den Kläger zum Anschluß an die neue Wasserleitung der Beklagten aufgefordert habe. Auch habe sie lediglich erklärt, sie wolle die Rechte des Klägers aus dem Vertrage insoweit nicht in Abrede stellen, als sie "bestehen oder noch bestehen". Die Beklagte hat aber an dieser Stelle auf frühere Ausführungen in den Schriftsätzen vom 21. Februar 1952 Seite 2 und vom 5. Januar 1953 Seite 1 und 2 verwiesen, wo klar ausgeführt ist, daß die Beklagte nur das Recht des Klägers bestreite, die Übernahme seiner Wasserleitung durch die Beklagte zu verlangen. Wenn die Beklagte als Trägerin öffentlicher Gewalt, also nicht in fiskalischer Eigenschaft, auf Grund ihrer Satzung den Anschluß- oder Benützungszwang gegen den Kläger durchsetzen will,

so wird hierdurch das rechtliche Interesse des Klägers daran, daß die privatrechtliche Gültigkeit des Wasserleitungsvertrags durch das ordentliche Gericht festgestellt werde, nicht dargetan, weil hier keine privatrechtliche Bestimmung in Frage steht, der Streit über die Zulässigkeit solcher behördlicher Maßnahmen vielmehr vor den Verwaltungsbehörden und -gerichten auszutragen ist. Die Revision weist weiter auf die Rechtsprechung zur Unterlassungsklage hin, nach der die bloße Erklärung eines Beklagten, er werde die beanstandete Handlung nicht mehr vornehmen, die Wiederholungsgefahr nicht beseitigt. Es besteht hier jedoch ein Unterschied insofern, als die Unterlassungsklage dem Verletzten die hier nicht gegebene Möglichkeit der Vollstreckung gegen den Verletzer gibt. Eine ausnahmslose Regel, daß das Feststellungsinteresse durch die Erklärung eines Beklagten, er bestreite das Recht des Klägers nicht (mehr), nicht beseitigt werde, ist nicht anzuerkennen (Jonas-Schönke-Pohle ZPO 18. Aufl § 256 IV 6 ¹⁴⁶), jedenfalls nicht, wenn, wie hier, bestimmte Rechte aus dem Vertrag streitig geworden sind und die beklagte Partei nur in diesem Zusammenhang Erklärungen abgegeben hat, die als ein Bestreiten der Rechtsgültigkeit des Vertrages im Ganzen gedeutet werden können.

2. Auch eine Verletzung des § 139 ZPO, die die Revision rügt, ist zu verneinen. Daß der Kläger im zweiten Rechtszug eine Entscheidung über die Rechtsgültigkeit des Vertrages als ganzen mit seinem Klagehauptantrag erstrebte, steht außer Zweifel, da das Landgericht gerade einzelne Rechte aus dem Vertrag untersucht hatte und der Kläger sich hiergegen in der Berufungsbegründung gewendet hat. Die Auffassung des Berufungsgerichts,

das die Anwendung des § 139 ZPO in den Entscheidungsgründen seines Berufungsurteils erwogen hat, auf die Herbeiführung eines neuen Antrags auf neuer Grundlage erstrecke sich die Verpflichtung des Gerichtes aus § 139 ZPO nicht, steht in Übereinstimmung mit der höchststrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 7, 208 [211]). Im übrigen kämen, wie bereits erwähnt, zwischen den Parteien nur zwei konkrete Streitpunkte in Frage: der Anschluß- und Benutzungszwang und die Übernahmepflicht der Beklagten. Der zweite Punkt war bereits durch den Hilfsantrag erfaßt, während die erste Frage, wie bereits bemerkt, nicht vor dem ordentlichen Gericht auszutragen war.

IV.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts zum Hilfsantrag verstößt nach Auffassung der Revision gegen die Auslegungsgrundsätze der §§ 133 und 157 BGB und gegen § 286 ZPO. Dem ist nicht beizustimmen.

1. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe ohne Grundlage im Sachverhalt eine Vertragslücke insofern angenommen, als nach seiner Meinung beide Parteien im Jahre 1901 nicht an die Möglichkeit des Baues einer gemeindeeigenen Wasserleitung ohne Übernahme der Wasserleitung des Klägers gedacht hätten. Dieser Angriff geht fehl. Das Berufungsgericht stellt zum Übernahmeanspruch des Klägers keine Lücke im Vertrag fest, billigt vielmehr nur die Auslegung des Landgerichtes, daß mit der Errichtung der eigenen gemeindlichen Wasserleitung der Übernahmeanspruch des Klägers aufgehört habe zu bestehen. Das Landgericht hat seine Auslegung dem Wortlaut

des Vertrages und der - einleuchtenden - Überlegung entnommen, daß bei einem derart großen Unternehmen über die grundlegende Frage, ob eine bereits bestehende Wasserleitung in die neue mit einbezogen werde, vor Ausführung Klarheit bestehen müsse. Inwiefern für die Feststellung des Vertragswillens der Parteien das Berufungsgericht auf das bayerische Wasserrecht hätte eingehen müssen, wie die Revision meint, ist nicht einzusehen.

2, Die Beklagte hat im Rechtsstreit die Auffassung vertreten, sie könne auch nach der Errichtung der eigenen Wasserleitung noch die Übergabe der Wasserleitung des Klägers verlangen. Wenn das Berufungsgericht daraus nicht geschlossen hat, daß nach dem Willen der Parteien bei Vertragsschluß das Recht des Klägers, Übernahme seiner Leitung von der Beklagten zu verlangen, ebenfalls nicht durch die Errichtung der gemeindlichen Wasserleitung zeitlich begrenzt sein könne, so lag darin kein Verstoß gegen § 157 BGB. Es ist auch nicht anzunehmen, daß das Berufungsgericht dieses prozessuale Verhalten der Beklagten, das der in Prozessen zu beobachtenden Neigung der Parteien entspricht, eigene Rechte als unbeschränkt zu verfechten und eigene Pflichten möglichst einzuengen, übersehen hätte (§ 286 ZPO). Es handelt sich auch nicht um eine Auslegung gegen das Einverständnis der Parteien, die nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung abzulehnen wäre (RG RK 10. Aufl § 133 Anm 1 gegen Ende).

Fehlt geht die Erwägung der Revision, die Beklagte habe vor Baubeginn Klarheit dadurch schaffen können, daß sie ihr Übernahmerecht ausübte, weswegen eine zeitliche Begrenzung des Rechts des Klägers abzulehnen sei. Dabei

ist der Fall nicht berücksichtigt, daß die Beklagte die Wasserleitung des Klägers nicht zu übernehmen wünschte.

3. Wenn die Revision noch ins Feld führt, vom Standpunkt des Berufungsgerichts wären die Parteien unter Umständen gezwungen gewesen, schwierige Fragen wie die finanzielle Leistungsfähigkeit der Beklagten und den technisch ausreichenden Zustand der Wasserleitung des Klägers vor Baubeginn klarzustellen, so handelt es sich um eine - keineswegs zwingende - Erwägung, die allein der Tatrichter bei seiner insoweit nicht nachprüfaren Auslegung hätte anstellen können. Das Gleiche gilt für den Einwand der Revision, die Auslegung des Berufungsrichters eröffnet der Beklagten die Möglichkeit, ohne jede Aufwendung durch Einführung des Anschluß- und Benutzungszwangs die vertraglichen Rechte des Klägers zu vereiteln. Außerdem ist der Zusammenhang der Frage, ob die Beklagte einen Anschluß- und Benutzungszwang gegen den Kläger ausüben kann, mit der zeitlichen Begrenzung des Übernahmeverlangens des Klägers nicht ersichtlich.

4. Vergebens rügt die Revision, die Begründung für die zeitliche Begrenzung des Übernahmeverlangens des Klägers lasse nicht erkennen, ob das Berufungsgericht in dem Verhalten des Klägers gegenüber der Beklagten einen Verzicht auf seine Rechte finden oder wegen dieses Verhaltens der Beklagten den Einwand unzulässiger Rechtsausübung durch den Kläger zugestehe. Weder das eine noch das andere trifft zu, das Berufungsgericht erachtet vielmehr (im Wege der Auslegung) das Recht des Klägers von vornherein als zeitlich durch die Errichtung der gemeindlichen Wasserleitung begrenzt und will nur dartun, daß der Kläger von dem Bauvorhaben der Gemeinde lange Zeit

Kenntnis hatte und bis zu der Zeitgrenze kein Übernahmeverlangen gestellt hat.

C.

Nach alledem war die Revision des Klägers als ungegründet mit der Kostenfolge des § 97 Abs 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche	Dr. Augustin	Schuster
Dr. Oechßler	Rothe	