

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

III ZR 23/77

URTEIL

Verkündet am
6. Dezember 1979
[REDACTED],
Justizamtsinspektor

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Thermalbad F[REDACTED] GmbH, Bad F[REDACTED],
gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer
A. H[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Zweckverband Bad Fü[REDACTED] Körperschaft des
öffentlichen Rechts, gesetzlich vertreten durch den Ver-
bandsvorsitzenden von M[REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Dezember 1979 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. Tidow, Dr. Peetz, Lohmann und Boujong

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Teilurteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 16. Dezember 1976 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsrechtszuges, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Beide Parteien betreiben in Bad Füssing Heilquellen. Diese werden aus Thermalwasser (Grundwasser) gespeist, das aus den gleichen Erdschichten stammt und unter artesischem Druck steht. Die beiden Quellen hängen in ihrer Ergiebigkeit wechselseitig voneinander ab.

Die Klägerin übt den Nießbrauch an der Thermalquelle I (im folgenden: Therme I), einer staatlich anerkannten Heilquelle, zur Versorgung eigener und frem-

der Badeeinrichtungen mit Thermalwasser aus. Mit der am 10. August 1956 erteilten wasserrechtlichen Erlaubnis wurde der Klägerin die Zutageförderung der gesamten mit der damaligen Wassergewinnungsanlage förderbaren Schüttung der Quelle mit der Einschränkung gestattet, daß die Entnahme auf den tatsächlichen Bedarf des Bades und seiner Nebeneinrichtungen zu drosseln sei, um den Tiefenwasservorrat zu schonen. Aus der Therme I wurde bis Ende 1968 das von der Klägerin als Pächterin bewirtschaftete Kurmittelhaus versorgt.

Im Jahre 1963 begann der Freistaat Bayern (Fiskus) auf Grund einer wasserrechtlichen Bewilligung für die Förderung von Thermalwasser auf einem dem beklagten Zweckverband gehörenden, etwa 425 m von der Therme I entfernten Grundstück eine weitere Thermalquelle (im folgenden: Therme II) zu erbohren. Hieraus entstanden mehrere privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen der Klägerin einerseits und dem Freistaat Bayern und dem Beklagten andererseits. Die Klägerin erwirkte u.a. am 13. April 1964 gegen den Beklagten eine einstweilige Verfügung, durch die diesem untersagt wurde, sein Grundstück dem Freistaat Bayern zur Fortsetzung der begonnenen Bohrung nach Thermalwasser zur Verfügung zu stellen. Hierdurch wurde die mit beträchtlichem Aufwand durchgeführte Bohrung - man war damals noch nicht fündig geworden - in einer Tiefe von 880 m gestoppt. Zur Beilegung der Auseinandersetzungen schlossen die Klägerin und der Freistaat Bayern am 18. Juni 1964 einen "Grundsatz-Vergleich", der u.a. folgenden Wortlaut hat:



- "A. Die Thermalbad F [REDACTED] GmbH (Klägerin) stimmt zu, daß der Freistaat Bayern die Bohrung nach einer weiteren Thermalquelle auf dem Grundstück ... (Quelle - Therme - ... II) sogleich (ohne Sprengungen) zu Ende führt. Sie nimmt den Antrag vom 24.1.1964 auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung des Verwaltungsgerichts zurück; die Kosten werden gegeneinander aufgehoben. Die GmbH verzichtet auf ihre Rechte aus der einstweiligen Verfügung des Landgerichts vom 13.4.1964 gegen den Zweckverband Thermalbad Füssing; die endgültige Zurücknahme der Anträge und die Regelung der Kostenfrage bleibt einer späteren Vereinbarung vorbehalten...
- B. Die Thermalbad F [REDACTED] GmbH sowie der Freistaat Bayern sind sich über folgende Grundsätze einig:
- I. Der Freistaat Bayern wird die Quelle II nur als Vorhaltequelle für die Quelle I betreiben d.h.,
- um die nachhaltige Versorgung des Bades Füssing mit Heilwasser zu ermöglichen, d.h., um Ausfälle der Quelle I in Art und Menge auszugleichen; um einen im Interesse der Entwicklung des Bades liegenden Mehrbedarf an Heilwasser zu decken, den die Quelle I überhaupt nicht oder nur ohne gebührende Rücksicht auf die Erhaltung dieser Quelle decken könnte oder, ohne einen wichtigen Grund zur Ablehnung geltend machen zu können, nicht deckt;
- um Ausfälle der Quelle I auszugleichen, die durch eine quelltechnisch richtige Schonung der Quelle I entstehen.
- II. ...
- C. Einer gesonderten Vereinbarung bedarf der Preis für die Vorhaltung der Quelle II zugunsten der Quelle I und für die Abgabe von Heilwasser aus Quelle II an die Thermalbad

F[REDACTED] GmbH, ferner eine etwaige Beteiligung der Thermalbad F[REDACTED] GmbH an den Kosten der Bohrung und Einrichtung der Quelle II. Soviel an ihm liegt, wird der Freistaat Bayern sich bemühen auf eine Verbesserung der wirtschaftlichen Grundlagen des Betriebes des Kurmittelhauses sowohl für Verpächter wie für Pächter hinzuwirken."

Die Bohrung konnte daraufhin im selben Jahr in einer Tiefe von 980 m erfolgreich niedergebracht werden und es entstand die Therme II.

Mit Bescheid vom 23. Oktober 1967 wurde dem Freistaat Bayern (Fiskus) eine bis Ende 1996 befristete wasserrechtliche Bewilligung für die Therme II erteilt. Sie berechtigt ihn, höchstens 12 l/sec, durchschnittlich 8 l/sec und jährlich 252.000 cbm Thermalwasser für Kur- und Badezwecke sowie für die balneologisch-wissenschaftliche Forschung zu entnehmen, zutage zu leiten und abzuleiten. Am 22. April 1969 wurde die sofortige Vollziehung der Bewilligung angeordnet. Eine gegen den Bewilligungsbescheid von der Klägerin erhobene Anfechtungsklage blieb vor dem Verwaltungsgericht und dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof erfolglos. Zur Zeit ist eine Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin beim Bundesverwaltungsgericht anhängig.

Seit August 1969 bewirtschaftet der Beklagte das - Ende 1968 von der Klägerin zurückgegebene - Kurmittelhaus selbst und versorgt es mit Wasser aus der Therme II.

Zu dem vorgesehenen Abschluß weiterer Vereinbarungen über die in Abschnitt C des Grundsatzvergleichs erwähnten Vorhaltekosten kam es nicht. Vielmehr entstanden

zwischen der Klägerin und dem Freistaat Bayern bzw. dem Beklagten weitere Rechtsstreitigkeiten. Am 12. März 1969 kündigte der Freistaat Bayern den Grundsatzvergleich. Er übertrug am 10. Dezember 1969 die Nutzungsrechte an der Therme II auf den Beklagten, dieser trat zugleich in die Rechte und Pflichten des Freistaats Bayern aus dem Grundsatzvergleich (für den Fall seiner Wirksamkeit) ein. Der Beklagte erklärte in der Folgezeit am 11. Juni 1970 und 28. Februar 1973 die Kündigung des Vergleichs und den Rücktritt hiervon. Eine auf § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gestützte Klage des Beklagten auf Feststellung, daß der Grundsatzvergleich unwirksam sei, hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 22. Mai 1975 - KZR 9/74 (BGHZ 65, 147 = NJW 1976, 194) abgewiesen. Der Beklagte hielt sich auch in der Folgezeit nicht an den Grundsatzvergleich gebunden und belieferte das von ihm betriebene Kurmittelhaus weiterhin mit Wasser aus der Therme II.

In der Zwischenzeit hatte die Klägerin am 5. Juni 1973 einen Beschluß des Bayerischen Verwaltungsgesichtshofs erwirkt, durch den die aufschiebende Wirkung ihrer Anfechtungsklage gegen die dem Beklagten am 23. Oktober 1967 erteilte wasserrechtliche Bewilligung für die Therme II wiederhergestellt wurde. Die Klägerin hatte in der mündlichen Verhandlung, auf Grund deren der Beschluß erging, erklärt, daß sie (vorbehaltlich etwaiger zivilrechtlicher Ansprüche) das von dem Beklagten bewirtschaftete Kurmittelhaus bis zum rechtskräftigen Abschluß des Hauptsacheverfahrens kostenlos mit Thermalwasser aus ihrer Therme I beliefern werde, und zwar auch dann, wenn der Bewilligungsbescheid (vor dem endgültigen Abschluß des Verfahrens) aufgehoben werde. In einem Schreiben vom

13. Juli 1973 an die Beklagte erklärte sich die Klägerin jedoch zur Belieferung des Kurmittelhauses mit Heilwasser aus ihrer Therme I nur unter der Bedingung bereit, daß sie ihre Thermalwasserleitungen zu den von ihr versorgten Häusern "T[REDACTED]" und "O[REDACTED]" durch Grundstücke des Beklagten legen dürfe. Daraufhin hob das Verwaltungsgericht den Beschluß vom 5. Juni 1973 wieder auf, weil der ihn tragende Grund, daß eine kostenlose Belieferung des Kurmittelhauses mit Thermalwasser durch die Klägerin gesichert sei, nunmehr entfallen sei.

Der Beklagte sprach in der Folgezeit am 13. August 1975 und 10. November 1975 die fristlose Kündigung des Grundsatzvergleichs und den Rücktritt von diesem Verträge aus.

Die Klägerin hatte ihre Badeanlagen um eine von ihr als "Neues Kurmittelhaus" bezeichnete, im September 1975 in Betrieb genommene Einrichtung erweitert.

Zu den von der Thermalquelle I versorgten Fremdbetrieben gehören das Sanatorium T[REDACTED], das Kurhaus O[REDACTED] und das Parkhotel S[REDACTED] in Bad Füssing. Die Klägerin hatte zum Sanatorium Tannenhof, das seit 1961 besteht, eine Thermalwasserrohrleitung über Grundstücke des Beklagten verlegt. Im August 1969 hatte der Beklagte die ohne seine Zustimmung über seine Grundstücke verlaufende Leitung unterbrochen. Die Klägerin hatte vergeblich versucht, ihm dies durch eine einstweilige Verfügung zu verbieten. Später hatte sie erfolglos (Wider-)Klage erhoben mit dem Ziel, daß der Beklagte die unter-

brochene Rohrleitung wiederherzustellen und in betriebsfähigen Zustand zu versetzen habe. Seit Eröffnung des Kurhauses O im Jahre 1969 trachtet die Klägerin danach, eine Leitungsverbindung zu dem Kurhaus über Grund und Boden des Beklagten zu schaffen. Sie hatte auch unter Berufung auf ein Notwegrecht im Klageweg versucht, die Gestattung einer Rohrverbindung zu erzwingen, war aber mit ihrem Begehren nicht durchgedrungen. 1974 hat sie eigenmächtig eine Thermalwasserleitung zum Parkhotel Stopp, das bei Abschluß des Grundsatzvergleichs noch nicht beliefert worden war, über ein Grundstück des Beklagten geführt. 1975 hat jedoch der Beklagte unter erfolgreicher Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes die Leitung unterbrochen.

In dem vorliegenden Rechtsstreit begehrt die Klägerin von dem Beklagten, die Belieferung seines Kurmittelhauses und die beabsichtigte Belieferung seines entstehenden "Badezentrums", einer Erweiterung des Kurmittelhauses, mit Thermalwasser aus seiner Therme II zu unterlassen.

Die Klägerin ist der Auffassung, daß der Beklagte seine Kureinrichtungen unbefugt aus der Therme II mit Wasser versorge. Er sei, so macht die Klägerin geltend, wegen des Vorhaltecharakters des Grundsatzvergleichs, aber auch aus wettbewerbsrechtlichen und wassernachbarrechtlichen Gründen zu der begehrten Unterlassung verpflichtet.

Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen,

1. die Belieferung seines Kurmittelhauses mit Thermalwasser aus der Therme II und
2. die Belieferung seines "Badezentrums" (Hallenbäder und Freibäder) mit Thermalwasser aus der Therme II zu unterlassen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil die Berufung der Klägerin bezüglich des Klageantrages zu 1 zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin diesen Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hat seine Ansicht, der Unterlassungsantrag zu 1 finde in dem Grundsatzvergleich vom 18. Juni 1964 keine Stütze, mit folgenden Erwägungen begründet:

Der Beklagte sei zwar nach dem Vergleich - wenn man von seinem Fortbestand ausgehe - verpflichtet, die Therme II im wesentlichen als Vorhaltequelle für die Therme I zu betreiben. Die Klägerin habe jedoch den Eintritt des Vorhaltefalles (Ausfall der Therme I) selbst herbeigeführt, indem sie sich beharrlich geweigert habe, das Kurmittelhaus des Beklagten mit Thermalwasser aus der Therme I zu beliefern, sofern nicht vorher der Beklagte die Verlegung von Rohrleitungen über seine Grund-

stücke zu den von der Therme I versorgten Häusern gestatte. Die Auslegung des Abschnitts B I des Grundsatzvergleichs ergebe, daß ein Ausfall der Quelle I, der durch Entnahmen aus der Quelle II ausgeglichen werden dürfe, auch gegeben sei, wenn die Quelle I einen bereits bestehenden Bedarf an Heilwasser nicht (mehr) decke, ohne daß ein wichtiger Grund zur Ablehnung der Belieferung geltend gemacht werden könne. Danach dürfe der Beklagte nicht nur bei einer mißbräuchlichen Lieferverweigerung der Klägerin Wasser der Therme II verwenden, sondern schon dann, wenn ein anerkennungswürdiger Bedarf auftrete, den die Klägerin nicht befriedige. Der im Grundsatzvergleich festgelegte Vorhaltezweck, nämlich die nachhaltige Versorgung des Bades Füssing mit Heilwasser zu ermöglichen, gelte jedenfalls für die Kureinrichtungen, die - wie das Kurmittelhaus des Beklagten - schon im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses Wasser aus der Therme I bezogen hätten. Eine Lieferbereitschaft der Klägerin nur unter der ungerechtfertigten Bedingung, daß der Beklagte zuvor die Verlegung von Rohrleitungen auf seinen Grundstücken gestatte, komme einer Ablehnung der Lieferung ohne wichtigen Grund gleich. Der Beklagte sei weder nach dem Grundsatzvergleich noch aus sonstigen rechtlichen Gesichtspunkten verpflichtet, die von der Klägerin verlangte Verlegung von Thermalwasserleitungen auf seinen Grundstücken zu dulden.

II.

Dieser Beurteilung kann nicht in allen Punkten gefolgt werden.

1. Das Berufungsgericht legt den Grundsatzvergleich dahin aus, daß der Beklagte jedenfalls dann befugt sei, das Kurmittelhaus mit Heilwasser aus der Therme II zu versorgen, wenn die Klägerin eine derartige Belieferung ablehne, ohne daß ihr hierfür ein wichtiger Grund zur Seite stehe. Dieses tatrichterliche Verständnis des Vergleichs, eines Individualvertrags, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Rechtsirrig ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, an einem wichtigen Grund in diesem Sinne fehle es schon deshalb, weil die Klägerin die Belieferung des von dem Beklagten bewirtschafteten Kurmittelhauses davon abhängig mache, daß dieser ihr gestatte, Rohrleitungen über seine Grundstücke zu den Häusern "T[REDACTED]", "G[REDACTED]" und "S[REDACTED]" zu verlegen. Diese Würdigung beruht auf einer zu engen Betrachtungsweise und läßt wesentlichen Tatsachenstoff außer acht.

Das Berufungsgericht hebt bei der Prüfung, ob die Lieferverweigerung der Klägerin sich auf einen wichtigen Grund stützen kann, allein auf das an den Beklagten gerichtete Gestattungsverlangen ab, dessen Erfüllung die Klägerin zur Voraussetzung für ihre Lieferbereitschaft gemacht hat. Diese Beurteilung ist zu Unrecht nur auf bestimmte rechtliche Gesichtspunkte und einen begrenzten zeitlichen Ausschnitt aus dem Dauerschuldverhältnis, das die Parteien verbindet, beschränkt und läßt die Entwicklung der durch zahlreiche Rechtsstreitigkeiten gekennzeichneten Beziehungen der Parteien, insbesondere das Verhalten des Beklagten und seinen Beitrag zu den jahrelangen Auseinandersetzungen unberücksichtigt.

Die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht der Frage nachgegangen ist, ob der Beklagte sich grundlos von dem Vergleich vom 18. Juni 1964 losgesagt und seine Erfüllung ernstlich und endgültig verweigert hat. Der Beklagte und sein Rechtsvorgänger haben in der Zeit zwischen dem 12. März 1969 und dem 10. November 1975 wiederholt die Kündigung des Grundsatzvergleichs und den Rücktritt von diesem Vertrag erklärt. Das Berufungsgericht geht ohne Sachprüfung zugunsten der Klägerin von dem Fortbestand des Vergleichs aus. Damit ist für die Revisionsinstanz zu unterstellen, daß die Kündigungen und Rücktritte unbegründet waren. Ein unberechtigter Rücktritt stellt aber, falls er wie hier eindeutig und endgültig erklärt ist, die willkürliche Lossagung vom Verträge dar, die den Tatbestand der positiven Vertragsverletzung erfüllt (BGH Urteil vom 1. Dezember 1976 - VIII ZR 266/75 = NJW 1977, 580). Diese berechtigt den Gläubiger grundsätzlich entsprechend § 326 BGB zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder zum Rücktritt, ohne daß es in den (hier als gegeben zu unterstellenden - s. oben -) Fällen der ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung oder der schweren Vertragsgefährdung durch den Schuldner noch einer Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung durch den Gläubiger bedarf (vgl. BGH Urteil vom 19. Oktober 1977 - VIII ZR 42/76 = NJW 1978, 260 m.w.Nachw.; Jauernig/Vollkommer BGB 1979 § 276 Anm. V 4 c) cc) und d), § 326 Anm. 2 d) bb)). Voraussetzung ist allerdings grundsätzlich die eigene Vertragstreue des Gläubigers; eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt indes u.a., wenn der Schuldner auf die Einhaltung der fraglichen Vertragspflicht durch den Gläubiger kein Gewicht legt (BGH Urteil vom 19. November 1959 - VIII ZR 115/58 = LM § 326 (C) BGB Nr. 1 a) oder sich unberech-

tigt vom Vertrag lossagt, ohne diese Entscheidung in irgendeiner Weise mit der Erfüllungsbereitschaft des anderen Teils zu verknüpfen (BGH Urteil vom 1. Dezember 1976 aaO m.w.Nachw.; Jauernig/Vollkommer aaO § 326 Anm. 2 b)). Damit steht in Einklang, daß bei einem Dauerschuldverhältnis, das - wie hier - ein enges Vertrauensverhältnis voraussetzt, eine fristlose Kündigung aus wichtigem Grund grundsätzlich auch dann nicht ausgeschlossen ist, wenn beide Parteien durch ihr Verhalten das Vertrauensverhältnis zerstört haben (BGH Urteil vom 14. Juni 1972 - VIII ZR 153/71 = DB 1972, 2054 m.w.Nachw.; MünchKomm-Emmerich § 326 Rdn. 268).

2. Nun begehrt die Klägerin im Streitfall keinen Schadensersatz und will sich auch nicht vom Grundsatzvergleich lösen, sondern verlangt vom Beklagten seine Einhaltung und stellt sich für ihr Klagebegehren auf den Boden dieses Vertrages. Es liegt aber nahe, den Vergleich (Abschnitt B I), dessen vom Berufungsgericht unterlassene Auslegung in diesem Punkte der erkennende Senat selbst nachholen kann (BGHZ 65, 107, 112), dahin zu verstehen, daß die Klägerin aus wichtigem Grund die Belieferung des vom Beklagten betriebenen Kurmittelhauses mit Thermalwasser jedenfalls so lange ablehnen durfte, ohne damit den Vorhaltefall zu begründen, als sie den Grundsatzvergleich wegen der Lossagung des Beklagten von diesem Vertrag fristlos zu kündigen berechtigt war. Im Falle einer derart schwerwiegenden Vertragsverletzung, die der Klägerin sogar ein Recht zur Vertragsauflösung gegeben hätte, wäre sie grundsätzlich auch zur Ablehnung einer nach Sinn und Zweck des Vertrages geschuldeten Einzelleistung befugt gewesen. Das

gilt jedenfalls insoweit, als der Vorhaltefall nach Abschnitt B I des Vergleichs nicht schon aus anderen Gründen (Ausfall der Therme I, Mehrbedarf des Bades an Heilwasser) eingetreten war. Diese Auslegung, die den Vorstellungen der Parteien zumindest nahekommt, führt nicht etwa zu der Möglichkeit eines dem Beklagten unzumutbaren Schwebezustandes, denn der Beklagte konnte, wenn er den Grundsatzvergleich für unwirksam hielt, diese Frage alsbald umfassend (das Urteil BGHZ 65, 147 betrifft nur die kartellrechtliche Seite) zur gerichtlichen Entscheidung stellen.

Legt man den dargelegten Maßstab an, so fragt es sich, ob die eigene Vertragsuntreue der Klägerin, die das Berufungsgericht in der unzulässigen Verknüpfung von eigener Lieferbereitschaft und gewünschter Gestattung der Rohrverlegung auf dem Gelände des Beklagten erblickt, einer fristlosen Kündigung und damit zugleich einer berechtigten Lieferverweigerung entgegenstand. Der Bundesgerichtshof hat in seinem schon erwähnten Urteil vom 14. Juni 1972 (aaO) ausgeführt, gerade bei beiderseitigen Vertragsverletzungen, insbesondere wenn sie sachlich eng zusammenhängen oder das Verhalten des einen Partners sich lediglich als die Reaktion auf eine vorausgegangene Vertragswidrigkeit des anderen Teils darstelle, bedürfe es stets einer besonders sorgfältigen und umfassenden Würdigung, ob die Vertragsverletzungen des Gegners so schwerwiegend seien, daß dem Kündigenden angesichts seines eigenen Verhaltens ein weiteres Festhalten am Vertrag nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) schlechthin nicht mehr zugemutet werden könne. Auch im Schrifttum wird eine Abwägung der wechselseitigen

Pflichtverletzungen nach Art und Schwere befürwortet (vgl. MünchKomm-Emmerich Rdn. 269 vor § 275 und § 326 Rdn. 70, 71; Jauernig/Vollkommer aaO § 242 Anm. III 3 b) cc); Larenz, Schuldrecht I 12. Aufl. § 24 I a S. 303). Im Streitfall durfte die Klägerin ihre Lieferbereitschaft grundsätzlich nur dann von der Erteilung der vom Beklagten verlangten Gestattung abhängig machen, wenn sie ihrerseits wegen voraufgegangener Vertragsverletzungen des Beklagten befugt war, die Erfüllung der vertraglich übernommenen Lieferpflicht zu verweigern.

3. Das Berufungsurteil läßt - von seinem abweichenden Ausgangspunkt aus folgerichtig - eine derartige Prüfung und Abwägung vermissen und versagt der Klägerin den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu 1 allein schon wegen ihrer Vertragsuntreue, dem unzulässigen "Junktim" zwischen Lieferbereitschaft und Gestattung der Leitungsverlegung, ohne auf die Frage der Verletzung des Grundsatzvergleichs durch den Beklagten näher einzugehen.

Eine sachgerechte Beurteilung muß jedoch schon bei den Vorgängen im August 1969 ansetzen, als der Beklagte die Versorgung des von ihm wiedereröffneten Kurmittelhauses mit Heilwasser aus der Therme II aufnahm. Nach dem Grundsatzvergleich (Abschnitt B I) durfte der Beklagte das nur (die anderen Alternativen scheiden ersichtlich aus), wenn die Klägerin, ohne sich hierfür auf einen wichtigen Grund berufen zu können, die Belieferung des Kurmittelhauses ablehnte. Das hat das Berufungsgericht indes für den damaligen Zeitpunkt nicht festgestellt. Zwar war der Beklagte (nach dem unterstellten Sachverhalt) nur verpflichtet, sich mit der Klägerin über den Bezug

von Thermalwasser aus der Therme I für das Kurmittelhaus zu zumutbaren Bedingungen, insbesondere gegen Zahlung eines angemessenen Entgelts, zu einigen. Solche Verhandlungen haben im Jahre 1969 auch geschwebt. Dagegen war der Beklagte nach dem Grundsatzvergleich nicht gehalten, der Klägerin die Verlegung von Rohrleitungen auf seinem Gelände zu gestatten. Das hat das Berufungsgericht rechtsbedenkenfrei ausgeführt. Immerhin war der Beklagte, wie der Vergleichsentwurf vom 19./20. September 1969 zeigt, zunächst auch bereit, der Klägerin zu erlauben, Rohrleitungen über seine Grundstücke zu den Häusern "T[REDACTED]" und "O[REDACTED]" zu führen. Dabei kann nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Rechtsvorgänger des Beklagten, der Freistaat Bayern (Fiskus) damals schon mit Schreiben vom 12. März 1969 den Grundsatzvergleich grundlos (wie zu unterstellen ist) gekündigt hatte.

Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen darüber getroffen, wie die Verhandlungen der Parteien über Wasserlieferungen aus der Therme I gegen ein angemessenes Entgelt weiter verliefen, weshalb sie schließlich scheiterten und wer hierfür die Verantwortung trägt. Ebensowenig ist dem Berufungsurteil zu entnehmen, bis zu welchem Zeitpunkt der Beklagte überhaupt Wert darauf legte und bereit war, für einen angemessenen Preis das Heilwasser für sein Kurmittelhaus von der Klägerin zu beziehen. Der Beklagte hat jedenfalls schon mit Schriftsatz vom 9. Februar 1970 die - später wiederholte - Auffassung vertreten, die Klägerin sei für ihn als Vertragspartnerin eines Wasserlieferungsvertrages unzumutbar. Bei dieser Sachlage kann, insbesondere im Hin-

blick auf die weiteren Rücktritts- und Kündigungserklärungen, dem Berufungsurteil nicht mit hinreichender Sicherheit die Feststellung entnommen werden, daß das Beharren der Klägerin auf dem von ihr hergestellten "Junktin" zwischen Heilwasserlieferung und Gestattung der Rohrverlegung überhaupt dafür (mit-)ursächlich war, daß es nicht zum Abschluß eines Vertrages über die Wasserlieferung aus der Therme I kam.

Es läßt sich auch nicht ausschließen, daß das Berufungsgericht den Erklärungen der Klägerin vor dem Verwaltungsgerichtshof am 22. Mai 1973 für den vorliegenden Rechtsstreit eine zu weit reichende Bedeutung beigemessen hat. Die Erwägung des Verwaltungsgerichtshofs, "die Klägerin könne die frühere Ausgangslage nicht wiederherstellen, wenn sie auf Bedingungen verzichte, die sie im Nachhinein an die Zusage kostenloser Thermalwasserabgabe geknüpft habe", die das Berufungsgericht offenbar auch auf den vorliegenden Rechtsstreit übertragen will, betrifft die besondere Situation des damals anhängigen öffentlich-rechtlichen Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO, das nur auf eine vorübergehende Regelung angelegt ist. Im übrigen darf bei der Bewertung des damaligen - sicherlich widersprüchlichen - Verhaltens der Klägerin nicht unberücksichtigt bleiben, daß sie für die in einer vorläufigen Regelung von dem Beklagten verlangte Gestattung auch eine - an sich nicht geschuldete - Gegenleistung in Form der kostenlosen Thermalwasserlieferung zu erbringen bereit war.

Schließlich darf bei der - nach den Ausführungen zu 2 gebotenen - umfassenden Würdigung nicht außer Betracht bleiben, daß die Klägerin mit der in Abschnitt A

des Vergleichs erklärten Gestattung, die Erschließung der Therme II fortzuführen, eine wesentliche Vorleistung erbracht hat. Wie der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs in seinem schon erwähnten Urteil vom 22. Mai 1975 ausgeführt hat, mußte im Zeitpunkt des Vergleichsabschlusses ernsthaft mit der Möglichkeit gerechnet werden, daß dem Rechtsvorgänger des Beklagten "die wasserrechtliche Bewilligung überhaupt nicht oder nur mit Einschränkungen zugunsten der Quelle I erteilt wurde, d.h. mit der Folge, daß die Quelle II im wesentlichen nur als 'Vorhaltequelle' genutzt werden durfte" (S. 14, insoweit in BGHZ 65, 147 und NJW 76, 194 nicht mitabgedruckt). Dem Berufungsurteil läßt sich nicht entnehmen, daß das Berufungsgericht diesem Umstand die gebührende Beachtung geschenkt hat.

Nach alledem kann ein Unterlassungsanspruch der Klägerin aus dem Grundsatzvergleich nicht mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung verneint werden.

III.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht dagegen einen Unterlassungsanspruch der Klägerin aus § 1 UWG in Verb. mit Art. 27 Abs. 1 des bayerischen Gesetzes über die kommunale Zusammenarbeit - KommZG - vom 12. Juli 1966 (GVBl S. 218 ber. S. 314) und Art. 89 BayGO (Errichtung, Übernahme und Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen) abgelehnt.

Art. 89 BayGO in Verb. mit § 27 KommZG bestimmt nur, unter welchen Voraussetzungen kommunale Zweckver-

bände wirtschaftliche Unternehmen überhaupt betreiben dürfen. Demgegenüber kann sich die wettbewerbsrechtliche Beurteilung nur auf die Art und Weise der Beteiligung am Wettbewerb erstrecken. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Reichsgerichts ist auf diese Grenzen der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung wiederholt hingewiesen worden; dabei ist zum Ausdruck gebracht worden, es sei eine allgemein politische und auch eine wirtschaftspolitische Frage, ob und in welchen Grenzen sich die öffentliche Hand erwerbswirtschaftlich betätigen dürfe; die Lösung dieser Frage sei Aufgabe von Gesetzgebung und Verwaltung, nicht aber der Zivilgerichte bei der Prüfung von Wettbewerbsverstößen nach dem UWG (RGZ 138, 174, 176; BGH Urteil vom 26. April 1974 - I ZR 8/73 = NJW 1974, 1333 = LM § 1 UWG Nr. 273 m.w.Nachw.; ferner Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12. Aufl., Allg., Rdn. 177, 178). Mit Recht hat das Berufungsgericht verneint, daß hier zu der (unterstellten) Verletzung des Art. 89 BayGO in Verb. mit Art. 27 KommZG besondere Umstände hinzuträten, die einen Wettbewerbsverstoß begründen könnten. Die von der Klägerin behaupteten Zuwiderhandlungen des Beklagten gegen den Grundsatzvergleich oder gegen wasserrechtliche Vorschriften und Verfügungen sind nicht geeignet, die Voraussetzungen des § 1 UWG zu erfüllen; diese Verstöße sind vielmehr unter dem Blickwinkel der jeweils einschlägigen Vorschriften des Vertragsrechts und des Wasserrechts zu prüfen.

Die Frage, ob der Betrieb der Therme II überhaupt dem Art. 89 BayGO unterfällt, kann hiernach offenbleiben.

2. Das Berufungsgericht hat angenommen, etwaige wassernachbarrechtliche Unterlassungsansprüche seien gemäß § 11 Abs. 1 WHG ausgeschlossen; diese Rechtsfolge sei bereits mit der am 22. April 1969 angeordneten sofortigen Vollziehbarkeit (§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO) der wasserrechtlichen Bewilligung vom 23. Oktober 1967 eingetreten. Es kann dahingestellt bleiben, ob dieser auch von Gieseke/Wiedemann/Czychowski WHG 3. Aufl. § 11 Rdn. 2 b und Sieder/Zeitler WHG Stand 1. Mai 1979 § 11 Rdn. 7 b vertretenen Auffassung zu folgen ist. Auch wenn der erkennende Senat anderer Auffassung wäre, könnte er der Klage nicht stattgeben, weil das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine näheren tatsächlichen Feststellungen zum wassernachbarrechtlichen Unterlassungsanspruch getroffen hat. Da das Berufungsurteil ohnehin der Aufhebung unterliegt (vgl. unten zu IV.) und zudem in absehbarer Zeit mit dem endgültigen Abschluß des Verwaltungsstreitverfahrens zu rechnen ist, so daß die Streitfrage dann nicht mehr entscheidungserheblich wird, erscheint eine Klärung der Rechtsfrage durch den Senat nicht geboten.

Das Berufungsgericht hat rechtsbedenkenfrei ausgeführt, daß die Klägerin die Grenzen der wasserrechtlichen Bewilligung nicht überschritten hat. Daher ist eine etwaige Ausschlußwirkung des § 11 Abs. 1 WHG nicht schon aus diesem Grunde entfallen.

Entgegen der Ansicht der Revision handelt es sich bei dem von der Klägerin geltend gemachten wassernachbarrechtlichen Anspruch nicht um einen solchen vertraglicher Art im Sinne des § 11 Abs. 2 WHG, für die der Ausspruchsausschluß nach Abs. 1 Satz 1 nicht gilt.

IV.

Da das Berufungsurteil, zumindest soweit es um einen Unterlassungsanspruch aus dem Grundsatzvergleich geht, nicht von seiner Begründung getragen wird und sich auch nicht aus anderen Gründen als zutreffend erweist, muß es aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurückverwiesen werden.

Für die erneute Verhandlung sei auf folgendes hingewiesen:

Der Unterlassungsantrag ist ohne jede Einschränkung, also nicht nur als zur Zeit unbegründet abgewiesen worden. Das beruht offenbar auf der Überlegung, daß die Klägerin durch ihr Beharren auf dem genannten "Junktim" endgültig den Vorhaltefall herbeigeführt hat, so daß der Unterlassungsanspruch zu 1 auch in Zukunft nicht mehr für die Klägerin entstehen kann.

Es mag dahingestellt bleiben, ob dieser Ansicht zuzustimmen ist. Jedenfalls ist inzwischen eine Änderung der Sachlage eingetreten. Wie im Revisionsrechtzug unstreitig ist, wurde der Klägerin am 28. Juli 1977 eine - allerdings von dem Beklagten angefochtene - öffentlich-rechtliche Sondernutzungserlaubnis erteilt, auf Grund deren ihr gestattet ist, Thermalwasserleitungen im Untergrund der zwar dem Beklagten gehörenden, aber sei längerem zur öffentlichen Straße gewidmeten (letzteres hat sich erst nach der letzten mündlichen

Tatsachenverhandlung herausgestellt) "K[REDACTED]" und "B[REDACTED]straße" zur Versorgung der Häuser "T[REDACTED]" und "O[REDACTED]" zu verlegen bzw. zu unterhalten. Damit besteht für die Zukunft das erwähnte Junktim nur noch bezüglich der Thermalwasserleitung zum Parkhotel Stopp. Es läßt sich nicht ausschließen, daß diesem für die Klägerin sprechenden Umstand Bedeutung beizumessen ist.

Nußgens

Tidow

Peetz

Lohmann

Boujong