

BUNDESGERICHTSHOF

III ZR 57/81

BESCHLUSS

in dem Rechtsstreit

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

- Prozeßbevollmächtigte: Klägerin und Revisionsklägerin,
Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Z [REDACTED] Bad F [REDACTED], Körperschaft des öffentlichen
Rechts,
gesetzlich vertreten durch den Verbandsvorsitzenden S [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Beklagter und Revisionsbeklagter,
Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

Der III. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Nüßgens und die Richter Dr. G. Krohn, Dr. Tidow, Boujong und Dr. Halstenberg am 14. Oktober 1982 gemäß § 554 b Abs. 1 ZPO in der Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht (Beschluß vom 11. Juni 1980 - 1 PBvU 1/79 - NJW 1981, 39)

beschlossen:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 12. Februar 1981 - 1 U 5807/75 - wird nicht angenommen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Revisionsverfahrens (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Streitwert: 2.000.000 DM

G r ü n d e

I.

Die "Kündigung" des Grundsatzvergleichs durch den Beklagten wirft keine rechtsgrundsätzlichen Fragen (§ 554 b ZPO) auf. Die Revision verspricht insoweit auch keinen Erfolg. Zumindest die Bejahung des erstgenannten Grundes (Erhebung der Anfechtungsklage) begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

- 3 -

1. Rechtlich zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, daß die Abweisung der auf Feststellung der Unwirksamkeit des Grundsatzvergleichs gerichteten Klage durch den Kartellsenat (BGHZ 65, 147) nur die kartellrechtliche Seite betraf. Jenes Urteil ist in einem Verfahren nach § 96 Abs. 2 GWB ergangen (BGHZ 65, 147, 149). Die Entscheidungsgründe ergeben, daß nur geprüft wurde, ob der Grundsatzvergleich aus Gründen des Kartellrechts unwirksam ist. Die Frage, ob die Klägerin den Vergleich wirksam gekündigt hat oder ob sie vom Vergleich zurückgetreten ist, wurde nicht entschieden. Das war auch nicht Aufgabe des Kartellsenats; denn Gegenstand des Verfahrens nach § 96 Abs. 2 GWB ist nur die kartellrechtliche Vorfrage, z.B. ob ein Vertrag gegen das GWB verstößt, nicht aber ob er abgeschlossen worden ist (Karsten Schmidt in Immenga-Mestmäcker GWB § 96 Rdn. 36).

2. Das Berufungsgericht geht ersichtlich davon aus, daß die Klägerin durch Erhebung der Anfechtungsklage gegen die dem Beklagten (seinem Rechtsvorgänger) erteilte wasserrechtliche Bewilligung eine positive Vertragsverletzung in der Form der sog. Gefährdung des Vertragszwecks (vgl. MünchKomm-Emmerich vor § 275 Rdn. 218) begangen hat. Die Erhebung der Anfechtungsklage durch die Klägerin stellt sich als eine treuwidrige Verhinderung der mit dem Grundsatzvergleich verfolgten Vertragsziele dar (vgl. zu diesem Gesichtspunkt MünchKomm-Emmerich Rdn. 219 vor § 275). Das hat das Berufungsgericht rechtsbedenkenfrei dargelegt.



a) Der Grundsatzvergleich vom 18. Juni 1964 enthält zwar keine Klausel, worin sich die Klägerin verpflichtet hat, keine Anfechtungsklage zu erheben. Das steht aber der Würdigung des Berufungsgerichts, die Klageerhebung sei darauf gerichtet gewesen, dem Vergleich den Boden zu entziehen, und stelle daher einen schwerwiegenden Vertragsverstoß dar, nicht entgegen. Auch wenn der Vergleichswortlaut eine solche Klage nicht ausdrücklich verbietet, kann der Vergleich nach seinem Sinn und Zweck (ergänzend) dahin auszulegen sein, daß eine Klageerhebung geeignet ist, die Vertragsziele zu vereiteln. Das Berufungsgericht hat hier die Auslegung eines Individualvertrages vorgenommen, die im Revisionsrechtszug nur in beschränktem Umfange nachprüfbar ist. Entscheidungserhebliche Rechtsfehler sind weder von der Revision aufgezeigt worden noch sonst erkennbar.

b) Entgegen der Ansicht der Revision bestehen keine Bedenken dagegen, daß der einzelne auf öffentlich-rechtliche Rechtsbehelfe, die der Wahrung seiner privaten Rechte und geschützten Interessen dienen, vertraglich verzichtet (Senatsurteil BGHZ 79, 131, 135). Das vom Berufungsgericht gewonnene Auslegungsergebnis, die Klägerin habe durch Erhebung der Anfechtungsklage gegen den Grundsatzvergleich verstoßen, ist nicht nur rechtlich möglich, sondern auch naheliegend. Die Partner des Grundsatzvergleichs haben diesen u.a. zur Beilegung der zivil- und verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten geschlossen, die damals wegen der von dem Rechtsvorgänger des Beklagten niedergebrachten Thermalwasserbohrung anhängig waren. Die von der Klägerin später erhobene Anfechtungsklage gegen die dem Beklagten (bzw. seinem Rechtsvorgänger) am 23. Oktober 1967 erteilte wasser-

rechtliche Bewilligung zielte darauf ab, die Therme II stillzulegen und damit der ausdrücklichen Vereinbarung, der Beklagte solle diese Therme als Vorhaltequelle betreiben, die Grundlage zu nehmen. Dies stellt um so mehr eine Vertragsverletzung dar, als - wie das Berufungsgericht ausführt - beim Abschluß des Grundsatzvergleichs das Bewilligungsverfahren bereits eingeleitet war und der Rechtsvorgänger des Beklagten keinen Zweifel daran gelassen hatte, daß er dieses Verfahren weiterbetreiben werde und die Bewilligung als Voraussetzung für den im Grundsatzvergleich geregelten Betrieb der Therme II ansehe.

c) Die Revision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Klägerin zur Wahrung ihrer privatrechtlichen und wasserrechtlichen Rechtsposition habe Anfechtungsklage erheben müssen.

Die Klägerin hat mit ihrer Anfechtungsklage das Begehren verfolgt, die dem Rechtsvorgänger des Beklagten für die Therme II erteilte Bewilligung aufzuheben (Urteil des BayVGh vom 31. Juli 1979 S. 2). Das brauchte sie zur Wahrung ihrer Rechte nicht zu tun. Dazu reichte die Erhebung der Klage, die zu dem Feststellungsausspruch im Urteil des BayVGh vom 21. April 1971 führte, aus. Die Erhebung der zusätzlichen Anfechtungsklage zeigt, daß es der Klägerin dabei nicht darum ging, die Begrenzung ihrer Entnahmemengen zu bekämpfen, sondern die dem Rechtsvorgänger des Beklagten erteilte Bewilligung ganz zu Fall zu bringen.

Entgegen der Ansicht der Revision hat der Rechtsvorgänger des Beklagten nicht dadurch dem Grundsatzvergleich zuwidergehandelt und dadurch gewissermaßen

die Anfechtungsklage herausgefordert, daß er für die Therme II eine Bewilligung (§ 8 WHG) und nicht nur eine Erlaubnis (§ 7 WHG) erwirkt hat. Das hat das Berufungsgericht rechtlich zutreffend ausgeführt.

Mit Recht hat das Berufungsgericht auch den Einwand der Klägerin, durch die Erhebung der Anfechtungsklage habe die Erfüllung des Grundsatzvergleichs nicht beeinträchtigt werden können, nicht durchgreifen lassen. Im übrigen kommt es hier nicht allein auf die Funktionsfähigkeit des Vergleichs beim Eintritt eines Vorhaltefalles an, sondern es ist auch darauf abzustellen, daß die Klägerin mit der Erhebung der Anfechtungsklage schlechthin den Boden des Vergleichs verlassen hat. Durch den Grundsatzvergleich wurde ein auf längere Dauer angelegtes Rechtsverhältnis der Parteien (bzw. Rechtsvorgänger) begründet; zu dessen Erfüllung bedurfte es einer vertrauensvollen Zusammenarbeit der Parteien. Das gilt um so mehr, als nach Abschnitt C noch weitere Vereinbarungen getroffen werden sollten. Es genügt schon eine Gefährdung oder Beeinträchtigung der Interessen des Vertragspartners, um eine positive Vertragsverletzung in der Form der Verletzung der Leistungstreuepflicht anzunehmen, wenn dem Vertragsgegner das Festhalten am Vertrag nicht mehr zumutbar ist (BGH NJW 1978, 260 m.w.Nachw.). Ohne Rechtsirrtum geht das Berufungsgericht davon aus, daß diese Voraussetzungen hier vorliegen. Die Klägerin hat durch die Erhebung der Anfechtungsklage die Vertragsgrundlage schuldhaft zerrüttet. Der Beklagte bzw. sein Rechtsvorgänger mußte sich mehrere Jahre lang in drei Instanzen gegenüber der vertragswidrig erhobenen Anfechtungsklage verteidigen. Die dadurch hervorgerufene Unsicherheit der Rechtslage war geeignet, seine Dispositionen bezüglich der Therme II und die

Verhandlungen nach Abschnitt C zu erschweren. Die Klägerin wollte sich vom Grundsatzvergleich grundlos völlig lösen. Bei dieser Sachlage war es dem Beklagten (Rechtsvorgänger) nicht zuzumuten, weiter am Vertrag festzuhalten. Deshalb war der Rechtsvorgänger des Beklagten entgegen der Meinung der Revision nicht darauf beschränkt, die Rücknahme der Anfechtungsklage der Klägerin durchzusetzen (falls das prozessual überhaupt möglich gewesen sein sollte), sondern durfte den Rücktritt oder die Kündigung aus wichtigem Grund wählen.

d) Die Revision wendet sich gegen die Zubilligung eines Rücktritts- oder Kündigungsrechts mit der Erwägung, die Klägerin habe ihre Hauptleistung aus dem Vergleich (Gestattung und Ermöglichung der Quelleneinschließung gegen das Versprechen, die Therme II nur als Vorhaltequelle für die Therme I zu benutzen) bereits voll erbracht gehabt. Dieser Gesichtspunkt steht jedoch einer Kündigung oder einem Rücktritt nicht entgegen. Das den Kündigungs- bzw. Rücktrittsgrund bildende Verhalten der Klägerin war gerade darauf gerichtet ihrer "Gestattung" durch Beseitigung der wasserrechtlichen Grundlagen wieder den Boden zu entziehen. Da dem Beklagten (Rechtsvorgänger) nach Abschluß des Grundsatzvergleichs eine wasserrechtliche Bewilligung erteilt worden ist, hing im übrigen der Betrieb der Therme II nicht mehr von einer Gestattung der Klägerin ab. Vielmehr hatte sie nunmehr aus dem Vergleich Vorteile, weil der Beklagte die Therme II nur als Vorhaltequelle benutzen durfte. Daß die Klägerin jetzt nach Vertragsauflösung keine "Gegenleistung" mehr für ihre "zeitweise Vorleistung" erhält, beruht auf ihrem eigenen Verhalten.

Die Revision beanstandet ferner, daß das Berufungsgericht dem Beklagten trotz der Vertragsuntreue seines Rechtsvorgängers ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht zugebilligt hat. In der Tat hat das Berufungsgericht eine solche Vertragswidrigkeit darin erblickt, daß der Rechtsvorgänger des Beklagten als Beigeladener in dem erwähnten Feststellungsverfahren, das die Klägerin angestrengt hatte, sich die von den Verwaltungsbehörden vertretene Auffassung, die Klägerin dürfe ihrer Therme I nur eine durchschnittliche Wassermenge von 8,2 l/sec entnehmen, zu eigen gemacht hat. Es kann schon zweifelhaft sein, ob darin überhaupt ein Verschulden liegt. Jedenfalls begegnet die tatrichterliche Ansicht, daß ein solches Verschulden gegenüber dem Vertragsverstoß der Klägerin nicht erheblich ins Gewicht fällt, keinen rechtlichen Bedenken. Dabei ist von Bedeutung, daß der Beklagte (Rechtsvorgänger) anders als die Klägerin den Grundsatzvergleich nicht schlechthin in Frage gestellt hat. Es ist anerkannt, daß bei einer unwesentlichen Pflichtverletzung eines Vertragspartners dieser seines Kündigungs- oder Rücktrittsrechts, das er bei eigener Vertragsuntreue sonst grundsätzlich verliert, nicht verlustig geht (Staudinger-Otto BGB 12. Aufl. § 326 Rdn. 186; MünchKommEmmerich Rdn. 268 vor § 275; BGH NJW 1981, 1264; BGH DB 1972, 2054; vgl. auch Senatsurteil vom 6. Dezember 1979 - III ZR 23/77 - S. 12/13).

Der Rechtsvorgänger des Beklagten hat der Klägerin mit Schreiben vom 28. Januar 1969 eine angemessene Nachfrist mit Ablehnungsandrohung gesetzt (ob das erforderlich war, mag offenbleiben) und sodann den Grundsatzvergleich mit Schreiben vom 12. März 1969 "gekündigt". Bei Dauerschuldverhältnissen tritt in der Regel die Kündigung

aus wichtigem Grund an die Stelle des Rücktrittsrechts (MünchKomm-Emmerich Rdn. 265 vor § 275; Staudinger-Otto aaO § 326 Rdn. 210).

Da der Grundsatzvergleich wirksam gekündigt ist, kann die Klägerin daraus keinen Unterlassungsanspruch herleiten. Der Beklagte betreibt die Therme auf Grund einer bestandskräftigen wasserrechtlichen Bewilligung, ohne daß gegenüber der Klägerin einschränkende vertragliche Bindungen bestehen.

Bei dieser Sachlage kann dahingestellt bleiben, ob die Kündigung auch gerechtfertigt ist, weil die Klägerin mit ihrer Verpflichtung, eine Vereinbarung über die Zahlung des Vorhaltepreises zu treffen, in Verzug geraten war.

II.

Auch die Aberkennung wassernachbarrechtlicher Unterlassungsansprüche durch das Berufungsgericht wirft keine rechtsgrundsätzlichen Fragen auf und läßt keinen entscheidungserheblichen Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin erkennen.

1. Die Erwägungen des Berufungsgerichts zur materiellrechtlichen Bedeutung des § 8 Abs. 3, 4 WHG sind allgemein anerkannt; diese Rechtsgrundsätze bedürfen aus Anlaß des Streitfalles keiner Fortentwicklung.

Rechtlich zutreffend verneint das Berufungsgericht nachteilige Einwirkungen im Sinne des § 8 Abs. 3 WHG auf ein Recht der Klägerin (vgl. auch Urteil des BayVGH vom 31. Juli 1979, S. 23 ff.). Nunmehr läßt sich noch unterstützend darauf hinweisen, daß das Grundstückseigentum nicht das Grundwasser umfaßt (BVerfGE 58, 300, 332 ff. "Naßauskiesung"). Das Berufungsgericht prüft sodann, ob nachteilige Einwirkungen auf bestimmte Interessen der Klägerin unterhalb der Schwelle eines subjektiven Rechts vorliegen (vgl. § 8 Abs. 4 WHG iVm Art. 18 Abs. 1 Satz 1 BayWassergesetz) und mit der Unterlassungsklage bekämpft werden können. Dabei kann offenbleiben, ob Veränderungen des Grundwasserstandes unter Nr. 2, 3 oder 4 des Art. 18 Abs. 1 Satz 1 BayWassergesetz fallen (s. dazu Sieder-Zeitler BayWassergesetz Art. 18 Rdn. 17, 18 und Gieseke-Wiedemann-Czychowski WHG 3. Aufl. § 8 Rdn. 13 b; vgl. auch BGH LM § 909 BGB Nr. 16). Etwaige wassernachbarrechtliche Abwehransprüche, die darauf gegründet werden könnten, sieht das Berufungsgericht jedenfalls als durch § 11 Abs. 1 WHG ausgeschlossen an, soweit die Benutzung der Therme II durch den Beklagten durch die wasserrechtliche Bewilligung vom 23. Oktober 1967 gedeckt ist. Auch das begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

2. Rechtlich zutreffend nimmt das Berufungsgericht ferner an, daß die Ausschließungswirkung des § 11 Abs. 1 WHG insoweit nicht eintritt, als eine die Grenzen der Bewilligung überschreitende Benutzung nachteilige Wirkungen auslöst (Gieseke-Wiedemann-Czychowski aaO § 11 Rdn. 3; Sieder-Zeitler WHG § 11 Rdn. 7; Fritzsche-Knopp-Manner, Das Wasserrecht in Bayern, § 11 WHG Rdn. 7). Das Berufungsgericht unterstellt entsprechend dem Vortrag der Klägerin, daß der Beklagte seit Jahren gegen die Bedin-

gungen des Bewilligungsbescheids dadurch verstößt, daß er an der Therme II auch bei Unterschreitung des im Bescheid angeordneten Mindestdrucks von 3 atü Quellwasser entnimmt. Gleichwohl verneint das Berufungsgericht aus drei voneinander unabhängigen Gründen einen Unterlassungsanspruch der Klägerin.

Es kann dahingestellt bleiben, ob die im Berufungsurteil unter II a) und b) gegebenen Begründungen tragfähig sind. Immerhin könnten folgende Gesichtspunkte für das vom Berufungsgericht unter II b) gewonnene Ergebnis sprechen: Die öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung für das Grundwasser ist am Wohl der Allgemeinheit ausgerichtet (vgl. § 6 WHG; s. BVerfGE 58, 300, 341). Wie der BayVGH in seinem schon mehrfach erwähnten Urteil vom 31. Juli 1979 (S. 35) ausgeführt hat, garantiert eine Verteilung der Thermalwasserförderung auf mehrere Thermen eine schonende Nutzung des Grundwasserreservoirs. Damit stünde es kaum im Einklang, wenn die Klägerin durch eine beliebige Steigerung ihrer Fördermengen die Therme II praktisch zum Erliegen bringen könnte. Das könnte gerade der öffentlich-rechtlichen Zuteilungsordnung für das Grundwasser, die auf dessen Schonung angelegt ist, widersprechen. Zudem hat der BayVGH in dem genannten Urteil darauf hingewiesen, daß eine kontinuierliche Thermalwasserversorgung in erster Linie zu den Aufgaben des Staates, der Gemeinden und der kommunalen Zweckverbände (dazu zählt der Beklagte) gehört. Die öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung hat hier dazu geführt, daß zum Ausgleich der beiderseitigen Interessen eine aufeinander abgestimmte Zuteilung von Nutzungsmöglichkeiten mit dem Ziel des Betriebs der Thermen I und II stattgefunden hat. Jedem Betreiber einer Quelle ist nur ein Ausschnitt aus dem Grundwas-

ser zur Benutzung zugeteilt worden. Wenn die Klägerin diese Zuteilungsordnung einseitig zu ihren Gunsten verschieben könnte, entspräche das kaum dem Wohl der Allgemeinheit. Diese Fragen können aber letztlich offenbleiben.

3. Jedenfalls halten die Erwägungen des Berufungsgerichts zu II c) im Ergebnis der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Danach fehlt es an einer meßbaren Beeinträchtigung der Klägerin durch den Verstoß des Beklagten gegen die sog. 3-atü-Sperre.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Therme II auf den Gesamtwasserhaushalt und die Therme I nur einen verhältnismäßig geringen Einfluß (vgl. auch Art. 18 Abs. 1 Satz 2 BayWassergesetz). Unter diesen Umständen geht das Berufungsgericht mit Recht davon aus, daß die Klägerin ihre Nachteile nicht genügend substantiiert habe. Zwar ist auch der Druck an der Therme I seit 1979 unter 3 atü abgefallen, was allerdings durch den Betrieb der Therme III (Dr. Zwick), aus der größere Mengen als aus der Therme II gefördert werden, jedenfalls mitverursacht wird. Gleichwohl hat die Klägerin auch 1979 größere Heilwassermengen gefördert als 1978. Angesichts dessen kann nicht die Rede davon sein, daß das Berufungsgericht die Anforderungen an die Substantiierungslast überspannt habe. Das gilt um so mehr, als eine Beeinträchtigung der Klägerin nur insoweit rechtlich relevant ist, als diese in den Grenzen ihrer Erlaubnis vom 10. August 1956, soweit sie nach dem Urteil des BayVGH vom 21. April 1971 reicht, Thermalwasser fördert. Es mag dahingestellt bleiben, ob der BU 47 oben genannte Beweisantrag allein aus dem Gesichtspunkt des verbotenen Ausforschungsbe-

weises hätte abgelehnt werden dürfen. Jedenfalls fehlt es auch hier an der gebotenen Substantiierung; diesen Gesichtspunkt führt auch das Berufungsgericht an (Verstoß gegen Prozeßförderungspflicht). In dem Antrag wird nicht mitgeteilt, um welche Abnehmer es sich handelt. Ebenso wenig ist ersichtlich, ob - wie nach der Erlaubnis der Klägerin und dem genannten Urteil des VGH vorausgesetzt - es hier noch um eine Förderung im Rahmen der damaligen (1956 bestehenden) Wassergewinnungsanlagen geht und die Belieferung der Abnehmer zum Betrieb des Bades und seiner Nebeneinrichtungen erfolgt. Nähere Angaben hierzu waren nicht zuletzt wegen der erheblichen Steigerung der Fördermengen durch die Klägerin seit 1956 geboten.

Nußgens

Krohn

Tidow

Boujong

Halstenberg