

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V e r s ä u m n i s -

VIII ZR 172/71

URTEIL

Verkündet am

17. Januar 1973

Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma O-Werk S Otto K
Kommanditgesellschaft, vertreten durch ihre persönlich
haftende Gesellschafterin, die Firma Otto K
Gesellschaft für Industriebeteiligungen mit beschränkter
Haftung in L, diese wiederum vertreten durch
ihren Geschäftsführer Otto K in W/
Kr. S,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
Dr. -

gegen

die Firma Fernwärme Gesellschaft mit beschränkter
Haftung in Liquidation, vertreten durch den Li-
quidator, den Ingenieur Gunter H in H
Weg,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt H.W. in
des 2. Rechtszuges: in -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Januar 1973 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Dr. Gelhaar, Claßen, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 21. Juli 1971 aufgehoben, soweit es zum Nachteil der Klägerin erkannt hat.

In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die S [REDACTED] Gesellschaft für Montage- und Fertighausbau mbH in H [REDACTED] (im folgenden: S [REDACTED]) und die Beklagte vereinbarten durch Vertrag vom 6. Januar/23. Juli 1965 die Versorgung mit Heizwärme und Gebrauchswarmwasser durch ein von der Beklagten

- 3 -

zu errichtendes zentrales Heizwerk für 45 Einfamilienhäuser, die die drei Gesellschafter der S [REDACTED] in W [REDACTED] (Holstein) bei L [REDACTED] errichten wollten.

§ 2 Nr. 2.1 dieses Vertrages lautet wörtlich:

"Der "Abnehmer" (S [REDACTED]) überläßt kostenlos der "Fernwärme" (Beklagte) ein Grundstück zur Errichtung der Räumlichkeiten zur Aufnahme der technischen Einrichtungen für das Blockheizwerk sowie für die Öllagerung und der Sicherheitseinrichtungen in einer noch festzulegenden Größe, und stellt sicher, daß der "Fernwärme" keinerlei Kosten entstehen, wie Anliegerbeiträge, Überschreibungsgebühren, Grunderwerbssteuer oder ähnliches."

Der Vertrag sollte bis zum Jahre 1995 laufen.

An die Stelle einer Gesellschafterin trat die Klägerin, die ebenso wie die Firmen H [REDACTED]-Eigenheim- und Montagebau Werner H [REDACTED] KG (Firma H [REDACTED]) und Ha [REDACTED]-Fertighausbau Hermann W [REDACTED] (Firma Ha [REDACTED]) 15 Häuser auf dem Gelände errichten wollte. Die Beteiligten kamen später überein, daß der Vertrag zwischen der S [REDACTED] und der Beklagten durch drei Einzelverträge gleichlautenden Inhalts mit jeder der drei Baufirmen ersetzt und daß der Beklagten kein Grundstück zur Errichtung des Heizwerks zur Verfügung gestellt, sondern ein zu diesem Zweck ausgebauter Keller eines der zu errichtenden Häuser vermietet werden sollte. Die Beklagte bestand aber darauf, daß der Vertrag mit der S [REDACTED] erst dann außer Kraft treten sollte, wenn alle drei Verträge zustandegekommen waren.



Da das Gebäude, in dem das Heizwerk untergebracht werden sollte, noch nicht errichtet war, wies die Beklagte am 30. September 1966 und 4. Oktober 1966 die Siedlungsbau und die Klägerin darauf hin, daß sie eine Wärmelieferung für die Heizperiode 1966/1967 nicht durchführen könne. Mitte Oktober 1966 übersandte die Beklagte der Klägerin den vorbereiteten, auf den 23. Juli 1965 datierten Wärmelieferungsvertrag mit der Bitte um Unterzeichnung. Diese unterschrieb den Vertrag und leitete ihn Mitte November 1966 der Beklagten wieder zu.

Um die Jahreswende 1966/1967 begann die Beklagte provisorisch mit der Beheizung der errichteten drei Musterhäuser, von denen eines von der Klägerin erbaut war, und des am 20. Dezember 1966 bezogenen Hauses Sc■■■■■, das ebenfalls die Klägerin gebaut hatte. Um die Beheizung durchführen zu können, hatte die Beklagte in einem Bretterverschlag einen mit Öl befeuerten Heizkessel aufgestellt. Von dort leitete sie die Wärme in die fertiggestellten Häuser. Mit Schreiben vom 24. Januar 1967 rügte die Klägerin, daß weder das Haus Sc■■■■■ noch das Musterhaus ausreichend beheizt würden. Sie setzte der Beklagten zur Beseitigung der Mängel eine Frist bis zum 30. Januar 1967 und drohte ihr an, daß sie nach Ablauf der Frist die Einzelversorgung für ihre Häuser in Angriff nehmen werde. Unter Bezug auf das Schreiben vom 24. Januar 1967 kündigte sodann die Klägerin der Beklagten am 6. Februar 1967 den Wärmelieferungsvertrag, weil beide Häuser nicht einwandfrei mit Fernwärme versorgt würden, und erklärte, sie werde in den bereits erstellten und künftig zu errichtenden Häusern Einzelversorgung installieren lassen. Am

13. Februar 1967 kündigte auch die S [REDACTED] den Vertrag mit der Beklagten.

In einer Besprechung vom 20. März 1967, an der Vertreter der Parteien, der beiden anderen Baufirmen und der S [REDACTED] teilnahmen, verpflichtete sich die Beklagte ausweislich des angefertigten Protokolls, 6 Wochen nach Ausbau des Heizraumes im Keller zu heizen. Die Beteiligten beschlossen, keine Regreßansprüche gegen die Beklagte zu erheben, falls diese die Mängel bis Ostern (26. und 27. April 1967) beseitigte. Mit Schreiben vom 28. April 1967 kündigte die Klägerin sodann erneut den Wärmelieferungsvertrag, weil die Beklagte ihr notwendige Unterlagen über die Leitungsführung nicht zur Verfügung gestellt habe. Diese Kündigung wies die Beklagte am 9. Mai 1967 zurück und warf der Klägerin gleichzeitig vor, daß diese von der Beklagten benötigte Unterlagen nicht übersandt habe. Mit Schreiben vom selben Tage gab die Klägerin der Beklagten Zeichnungen zurück und verbat sich jede weitere Tätigkeit der Beklagten für ihre Häuser.

Am 26. Mai 1967 sandte die Firma H [REDACTED] den Vertrag vom 23. Juli 1965, der zwischenzeitlich auch von der Firma Ha [REDACTED] unterzeichnet worden war, unterschrieben an die Beklagte zurück. Im Herbst 1967 wurde das Haus errichtet, dessen Keller das Heizwerk aufnahm.

Mit Schreiben ihres späteren Prozeßbevollmächtigten vom 13. Dezember 1967 forderte die Beklagte die Klägerin zur Rücknahme der Kündigung und Vertragserfüllung auf. Gleichzeitig drohte sie Schadensersatz-

5

ansprüche wegen entgangenen Gewinns im Falle der Nichterfüllung an. Die Klägerin wies dieses Verlangen mit Schreiben ihres Prozeßbevollmächtigten vom 18. Januar 1968 zurück und machte ihrerseits Schadensersatzansprüche geltend. Mit einem weiteren Schreiben vom 21. Februar 1968 verlangte die Klägerin von der Beklagten für die beiden von ihr errichteten, an die Fernwärme angeschlossenen Häuser, nämlich das Haus Sc[REDACTED] und das Musterhaus, das inzwischen an den Arbeitsdirektor K[REDACTED] veräußert worden war, eine ordnungsmäßige Belieferung mit Heizwärme und Warmwasser bis zum 6. März 1968, anderenfalls sie eine Einzelheizung auf Kosten der Beklagten einbauen lassen werde.

Unter dem 21. Oktober 1968 stellte der Prozeßbevollmächtigte der Klägerin die Beklagte vor die Wahl, entweder die angedrohten Schadensersatzansprüche zu spezifizieren oder zu bestätigen, daß derartige Ansprüche nicht mehr aufrechterhalten würden. Nachdem die Beklagte ausweichend geantwortet hatte, erhob die Klägerin Klage auf Feststellung, daß der Beklagten keine Schadensersatzansprüche wegen entgangenen Gewinns zuständen. Die Beklagte verlangte mit der Widerklage Zahlung von 28 860 DM nebst Zinsen. Diesen Anspruch begründete sie damit, daß ihr für weitere 13 Häuser, zu deren Errichtung und Anschluß an das zentrale Heizwerk die Klägerin verpflichtet gewesen sei, ein Baukostenzuschuß zugestanden habe. Da die Klägerin den Baukostenzuschuß nicht gezahlt habe, könne die Beklagte von der Klägerin gemäß § 4 Nr. 4.2 des Vertrages für jedes Haus eine Entschädigung von 2 000 DM beanspruchen. Hierzu komme der Mehrwertsteuerzuschlag von 2 860 DM.

Das Landgericht wies die Klage und die Widerklage ab.

Gegen dieses Urteil legten beide Parteien Berufung ein. Die Beklagte verfolgte ihre Widerklage nur in Höhe von 26 000 DM nebst Zinsen weiter und beantragte Verurteilung der Klägerin zur Zahlung an Frau Ursula Hi [REDACTED] geb. Sch [REDACTED], der die Beklagte die Forderung abgetreten hatte. Jedoch hatte Frau Hi [REDACTED] die Beklagte ermächtigt, die Forderungen in eigenem Namen geltend zu machen.

Das Oberlandesgericht wies die Berufung der Klägerin zurück und verurteilte sie auf die Widerklage der Beklagten zur Zahlung von 26 000 DM nebst Zinsen an Frau Hi [REDACTED].

Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin die Verurteilung der Beklagten entsprechend dem Klageantrag und die Zurückweisung der Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts. Die Beklagte ist im Revisionsrechtszuge nicht vertreten. Die Klägerin beantragt Erlaß eines Versäumnisurteils gegen die Beklagte.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist begründet, so daß Versäumnisurteil gegen die Beklagte entsprechend dem Antrage der Klägerin erlassen werden muß.

1. Das Berufungsgericht führt aus, der Klägerin habe ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Wärmelieferungsvertrages nicht zugestanden. Die Verpflichtungen aus dem im November 1966 abgeschlossenen Verträge mit der Klägerin habe die Beklagte erst seit dem 26. Mai 1967 zu erfüllen brauchen, weil der Vertrag aufschiebend bedingt gewesen und die Bedingung erst zu diesem Zeitpunkt mit der Unterzeichnung des Vertrages durch die Firma H. eingetreten sei. Der Vertrag mit der S., der die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks enthalten habe, sei mangels Beachtung der Form des § 313 BGB nichtig gewesen. Die Klägerin habe nicht hinreichend dargetan, daß unabhängig von den schriftlichen Wärmelieferungsverträgen mündliche Abmachungen mit verpflichtender Wirkung gegen die Beklagte getroffen worden seien. Die von der Klägerin behaupteten Kontaktstörungen reichten zudem nicht aus, um der Klägerin ein Recht auf fristlose Kündigung zu gewähren. Die Mängel in der Beheizung während der Heizperiode 1966/67 rechtfertigten eine Kündigung der Klägerin nicht. Es habe an einer entsprechenden vertraglichen Verpflichtung der Beklagten gefehlt. Die Beklagte habe eine vollwertige Beheizung der wenigen damals errichteten Häuser nicht zugesagt. Überdies hätten diese Heizmängel auch keinen Grund für eine

fristlose Kündigung dargestellt. Die Klägerin und die beiden anderen Baufirmen hätten es unterlassen, die räumlichen Voraussetzungen für die Heizzentrale zu schaffen. Auch habe es sich um Anlaufschwierigkeiten der provisorischen Heizanlage gehandelt. Eine Kündigung wegen dieser noch dazu von der Klägerin und den anderen Baugesellschaften hervorgerufenen Anlaufschwierigkeiten sei indes ausgeschlossen. Eine wirksame Kündigung könne auch nicht in dem Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 18. Januar 1968 erblickt werden, weil die Klägerin inzwischen selbst nicht mehr vertragstreue gewesen sei, denn sie habe das inzwischen von ihr errichtete Haus K. mit Einzelheizung versehen und sich geweigert, weitere Häuser an die Fernheizung anzuschließen. Die negative Feststellungsklage der Klägerin sei daher unbegründet, während der Zahlungsklage der Beklagten, soweit sie im Berufungsrechtszuge aufrechterhalten worden war, zu entsprechen sei.

2. Wie die Revision mit Recht geltend macht, unterliegt die Annahme des Berufungsgerichts, bis zum Inkrafttreten der Einzelverträge mit der Klägerin und den beiden anderen Baufirmen habe eine wirksame vertragliche Verpflichtung der Beklagten zur Wärmelieferung überhaupt nicht bestanden, rechtlichen Bedenken.

a) Dem Berufungsgericht ist allerdings darin beizupflichten, daß die in dem schriftlichen Verträge mit der S. unter Nr. 2.1 enthaltene Verpflichtung zur Überlassung eines Grundstücks an die Beklagte dann nichtig ist, wenn die Beklagte das Grundstück zu Eigentum und nicht nur zur Nutzung erhalten sollte, was aus

dem Vertrage nicht klar hervorgeht. Wird mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen, daß die Beklagte das Eigentum erwerben sollte und diese Vertragsbestimmung nichtig ist, so war indes das Berufungsgericht nicht der Entscheidung enthoben, ob dadurch der ganze Vertrag nichtig geworden ist (§ 139 BGB). Hier spricht manches dafür, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre.

b) Aber selbst wenn der ursprüngliche Vertrag mit der S [REDACTED] nichtig gewesen wäre, mußte das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, eine Prüfung dahin vornehmen, ob der Vertrag geändert und anschließend von den Parteien bestätigt worden war (§ 141 BGB). Wie das Berufungsgericht im Tatbestand des angefochtenen Urteils als unstreitig mitgeteilt hat, kamen die Beteiligten nämlich überein, daß der Beklagten kein Grundstück zur Errichtung eines Heizwerks, sondern nur der Keller eines der Häuser zur Aufnahme des Blockheizwerks mietweise zur Verfügung gestellt werden sollte. Diese Einigung war bereits lange vor Abschluß des Vertrages mit der Klägerin erzielt worden, wie die von dem Berufungsgericht angeführten Schreiben vom 24. März 1966 und vom 30. September 1966 ergeben. Es liegt daher die Annahme nahe, daß die Beklagte und die S [REDACTED] den zwischen ihnen abgeschlossenen Vertrag mit der Änderung aufrechterhalten hatten, der Beklagten solle nicht unentgeltlich ein Grundstück, sondern mietweise der zur Aufnahme des Blockheizwerks bestimmte Keller zur Verfügung gestellt werden. In diesem Falle wäre aber der Vertrag zwischen der S [REDACTED] und der Beklagten mit der erwähnten Maßgabe bestätigt

worden. Ein solcher Vertrag hätte nicht der Form des § 313 BGB bedurft. Es handelte sich vielmehr, wie die Revision zutreffend hervorhebt, um eine formlos wirksame Neuvernahme des Rechtsgeschäfts.

c) Allerdings war der erwähnte Vertrag nicht zwischen den Parteien, sondern zwischen der Beklagten und der S [REDACTED] abgeschlossen worden. Die Parteien verhandelten indes über die Übertragung dieses geänderten Vertrages auf die Klägerin und die beiden anderen Bauunternehmer. Bei dieser Sachlage hätte das Berufungsgericht sich die Frage vorlegen müssen, ob die Beklagte nicht nur der S [REDACTED], sondern auch der Klägerin gegenüber zur Erfüllung des Vertrages verpflichtet war, weil der Klägerin die Wärmelieferung unmittelbar zugute kommen sollte. Verletzte mithin die Beklagte die in dem Vertrage mit der S [REDACTED] übernommenen Verpflichtungen, so kann darin zugleich ein Verstoß gegenüber der Klägerin liegen, der deren Vertrauen in die Fähigkeit und den guten Willen der Beklagten, die von der Klägerin errichteten Häuser ausreichend mit Wärme zu versorgen, erschüttert haben könnte. Wäre eine solche Beurteilung gerechtfertigt, so hätte möglicherweise der Klägerin das Recht zugestanden, den mit der Beklagten aufschiebend bedingt abgeschlossenen Vertrag bereits vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung, also vor dem 26. Mai 1967, aus wichtigem Grunde zu kündigen. Das aufschiebend bedingt geschlossene Rechtsgeschäft ist ein bestehendes gegenwärtiges Geschäft, an das die Parteien gebunden sind (Staudinger, BGB 11. Aufl. § 158 Nr. 6; Erman, BGB 4. Aufl. § 158 Anm. 3). Für die fristlose Kündigung

eines aufschiebend bedingten Vertrages kann aber nichts anderes gelten als für einen unbedingten. Eine Vertragspartei kann sich von ihm daher grundsätzlich nicht einseitig lösen, wohl aber ist bei einem aufschiebend bedingten Dauerschuldverhältnis wie es hier gegeben ist, eine Kündigung aus wichtigem Grunde möglich (vgl. Soergel/Siebert/ Knopp, BGB 10. Aufl. § 158 Nr. 16).

Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann somit eine Verpflichtung der Beklagten zur Wärmelieferung nicht mit der Begründung verneint werden, daß es an einer vertraglichen Bindung der Parteien gefehlt habe. Die von dem Berufungsgericht angeführten Gründe rechtfertigen daher nicht den Schluß, den Kündigungen der Klägerin vom 6. Februar und 28. April 1967 jede Wirkung abzusprechen.

3. Mit Recht weist die Revision auch darauf hin, daß nach der eigenen Darstellung der Beklagten (Schriftsatz vom 16. Dezember 1970 S. 1) und den Aussagen der Zeugen Frau Sc[REDACTED] und Angestellter Re[REDACTED] die Grundstückserwerber, jedenfalls aber Frau Sc[REDACTED], noch einen besonderen Wärmelieferungsvertrag mit der Beklagten abgeschlossen hatten oder abschließen sollten. Verletzte die Beklagte diese Einzelverträge mit den Erwerbern, so konnte sich auch hieraus für die Klägerin, die den Grundstückserwerbern gegenüber für ordnungsmäßige Beheizung zu sorgen hatte, das Recht zur fristlosen Kündigung des Hauptvertrages ergeben, falls die Beklagte der Verpflichtung zur Wärmelieferung nicht nachkam.

4. Das Berufungsgericht begründet seine Ansicht, daß die mangelhafte Beheizung der von der Klägerin fertiggestellten Häuser im Winter 1966/67 diese nicht zur fristlosen Kündigung des Wärmelieferungsvertrages berechtigt habe, vor allem mit der Erwägung, die Beklagte habe nur mit einer provisorischen Heizungsanlage gearbeitet und eine vollwertige Beheizung nicht versprochen gehabt. Insoweit greifen die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen durch:

a) Entgegen der Darstellung im Berufungsurteil hatte die Klägerin in dem Schriftsatz vom 29. Dezember 1970 S. 2 unter Angabe von Einzelheiten vorgetragen, die Beklagte habe immer wieder erklärt, sie werde jedes Haus ordnungsgemäß mit Wärme versorgen, auch wenn zunächst nur ein einziges Haus und noch dazu an einem Platze erstellt werde, der besonders weit von dem vorgesehenen Heizwerk entfernt sei. Für diese Behauptung, die erheblich war, hat die Klägerin eine Reihe von Zeugen benannt, deren Vernehmung das Berufungsgericht unterlassen hat.

b) In dem Schriftsatz vom 29. April 1971 hatte die Klägerin unter Beweisantritt behauptet, die provisorische Beheizung sei deshalb ausgefallen, weil die Beklagte es versäumt habe, rechtzeitig Öl in den Kessel nachzutanken. Sollte diese Behauptung zutreffen und würde das Versagen der provisorischen Beheizung darauf zurückzuführen sein, daß Heizöl nicht ausreichend nachgefüllt worden war, so würde sich ein Verschulden der Beklagten an der mangelnden Beheizung nicht verneinen

lassen. Das gilt besonders dann, wenn das Versagen der Heizung wiederholt auf fehlendes Heizöl zurückzuführen gewesen sein sollte, wie die Klägerin vorgetragen hatte.

Es erscheint somit nicht ausgeschlossen, daß das unter Beweis gestellte Verhalten der Beklagten geeignet war, eine fristlose Kündigung des Wärmelieferungsvertrages zu begründen. Das Berufungsgericht hätte daher auf diese Behauptungen eingehen müssen.

Sollte bereits die Kündigung vom 6. Februar 1967 begründet gewesen sein, müßte allerdings noch geprüft werden, ob diese Kündigung in der Besprechung vom 20. März 1967 zurückgenommen wurde und, falls diese Frage zu bejahen wäre, ob die Kündigung vom 28. April 1967 zur Auflösung des aufschiebend bedingten Wärmelieferungsvertrages geführt hatte. Dabei erscheint der Hinweis geboten, daß die Klägerin diese Kündigung nicht nur auf die Säumigkeit des Geschäftsführers der Beklagten im Kontakthalten und Übersenden der Leitungspläne gestützt hatte, vielmehr ergibt das erwähnte Schreiben, daß die Klägerin wegen des Verhaltens der Beklagten nach der Aussprache vom 20. März 1967 tiefes Mißtrauen gegen die Versprechungen der Beklagten hegte und befürchtete, die Beklagte werde auch im kommenden Winter eine ausreichende Versorgung der Häuser der Klägerin mit Wärme nicht gewährleisten können. Ob diese Befürchtung angesichts des bisherigen Verhaltens der Beklagten einen ausreichenden Grund zur fristlosen Kündigung darstellte, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls zu prüfen haben.

5. Auch die Begründung, mit der das Berufungsgericht die aus dem Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 18. Januar 1968 zu entnehmende fristlose Kündigung des Wärmelieferungsvertrages für unberechtigt hält, ist nicht rechtsirrtumsfrei. Der von dem Berufungsgericht aufgestellte Rechtssatz, es würde gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn die selbst nicht mehr vertragstreue Klägerin aus einer späteren Vertragsverletzung der Beklagten Rechte herleiten würde, kann in dieser Allgemeinheit nicht anerkannt werden. Er läßt sich weder dem vom Berufungsgericht angeführten Senatsurteil vom 9. November 1959 - VIII ZR 115/58 - LM BGB § 326 (C) Nr. 1 a entnehmen, noch steht er im Einklang mit der sonstigen ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, insbesondere des erkennenden Senats (vgl. aus letzter Zeit die BGH Urt. vom 2. Juli 1971 - I ZR 43/70 - NJW 1971, 1749 und vom 14. Juli 1971 - VIII ZR 49/70 - NJW 1971, 1747). Ob der Klägerin ein Verstoß gegen Treu und Glauben zur Last fällt, kann vielmehr nur unter erschöpfender Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Hier ist bei dieser Würdigung zu berücksichtigen: Der Vertragsverstoß der Klägerin wird vom Berufungsgericht darin erblickt, daß sie das zwischenzeitlich fertiggestellte Haus Kolz mit Einzelheizung ausstattete und sich weigerte, weitere von ihr zu erbauende Häuser an das Leitungsnetz der Beklagten anzuschließen. Zur Rechtfertigung dieser Vertragsverstöße hat die Klägerin sich darauf berufen, daß die Beklagte die beiden von ihr errichteten Häuser in zwei Wintern nicht ausreichend mit Wärme versorgt hatte (vgl. dazu auch das Schreiben der Klägerin vom 21. Februar 1968) und nicht den nötigen Kontakt mit

den Baufirmen unterhielt. Es stellt sich daher die Frage, ob die Klägerin dadurch gegen Treu und Glauben verstoßen hat, daß sie sich unter den gegebenen Umständen an den Vertrag mit der Beklagten nicht mehr für gebunden hielt. Dabei ist zugunsten der Klägerin im Revisionsrechtszuge zu unterstellen, daß die Beklagte entgegen der von ihr übernommenen Verpflichtung die beiden von der Klägerin errichteten Häuser weder in der Heizperiode 1966/67 noch 1967/68 ausreichend mit Wärme versorgt hatte sowie zu einer engen und vertrauensvollen Zusammenarbeit mit den Baufirmen nicht bereit war. War dies aber der Fall, so liegt die Annahme nahe, daß die Klägerin ernstlich befürchten mußte, eine ausreichende Wärmeversorgung durch die Beklagte werde auch in Zukunft nicht gewährleistet sein. Wäre mithin der Klägerin bei der gegebenen Sachlage der ihr vorgeworfene Verstoß nicht zur Last zu legen und wäre sie infolge des Verhaltens der Beklagten berechtigt, sich von dem Vertrage zu lösen, so würden Schadensersatzansprüche der Beklagten entfallen.

Das angefochtene Urteil kann schon wegen der aufgezeigten Rechtsfehler keinen Bestand haben. Auf die weiteren Rügen der Revision braucht daher nicht eingegangen zu werden. Da das Urteil auch nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden kann, muß es aufgehoben werden. Die Entscheidung in der Sache selbst hängt von weiterer tatsächlicher Aufklärung ab, die der erkennende Senat nicht selbst vornehmen darf. Deshalb muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Die Klägerin ist nicht gehindert, in der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die weiteren von der Revision

gegen die Würdigung des Berufungsgerichts erhobenen Bedenken vorzutragen. Da die Entscheidung über die Kosten der Revision von der Endentscheidung in der Sache selbst abhängt, ist sie dem Berufungsgericht übertragen worden.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 3 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Claßen

Mormann

Braxmaier