

13

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 242 Bc

- a) Haben beide Vertragsteile eines Dauerschuldverhältnisses schuldhaft die Vertragsgrundlage zerrüttet, so kann die Würdigung aller Umstände ergeben, daß der Vertragsteil, der die Zerrüttung überwiegend verschuldet hat, nicht wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertrages kündigen kann.
- b) Ist bei beiderseitiger Zerrüttung des Vertrauensverhältnisses die fristlose Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses durch einen Vertragsteil wirksam, dann hat der andere Teil, der am Vertrag festhält, wegen des ihm durch die Kündigung entstandenen Schadens keinen Ersatzanspruch.

BGH, Urt. v. 11. Februar 1981 - VIII ZR 312/79 - OLG Hamm
LG Bielefeld

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 312/79

URTEIL

Verkündet am

11. Februar 1981
S c h e i b l ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Kurt S [REDACTED] Postfach [REDACTED] in K [REDACTED],

Klägers, Revisionsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Fritz Sch [REDACTED] OHG in W [REDACTED] /Bad O [REDACTED],
vertreten durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter,
Kaufmann Fritz Sch [REDACTED] und Kaufmann Walter Sch [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1981 durch
den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Hoffmann, Wolf, Merz und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen beider Parteien wird unter
Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel
das Teilurteil des 19. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Hamm vom 31. Oktober 1979 inso-
weit aufgehoben, als die Feststellungsklage
abgewiesen und der Anspruch des Klägers auf
Schadensersatz für die Zeit vom 20. Septem-
ber 1975 bis 15. Februar 1978 dem Grunde nach
zu 3/4 für gerechtfertigt erklärt worden ist.
In diesem Umfang wird die Sache zur anderwei-
tigen Verhandlung und Entscheidung an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Soweit die Revision der Beklagten sich gegen
die Aberkennung einer zur Aufrechnung gestell-
ten Forderung von 11.100,-- DM richtet, wird
sie als unzulässig verworfen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
verfahrens wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger betreibt einen Großhandel mit Holzspänen,
Sägemehl und Holzmehl. Die Beklagte stellt u.a. Buchen-
holzspäne in verschiedenen Körnungen her. Am 13./20.
Februar 1973 schlossen die Parteien einen "Späneliefe-
rungs- und Abnahmevertrag" in dem es auszugsweise heißt:



- "2. Es wird ein Lager von 100 to gehalten, und zwar:

ca. 10 to Körnung Nr. 2,75/4
ca. 20 to Körnung Nr. 1,75
ca. 20 to Körnung Nr. 1,75 + 1,00 gemischt
ca. 20 to Körnung Nr. 1,00
ca. 20 to Körnung Nr. 0,385
ca. 10 to Körnung Nr. 0,250

Je nach Abruf des (Klägers) werden die einzelnen Körnungen sofort wieder auf ihre Tonnenzahl gebracht, so daß wir kurzfristig über diesen Lagervorrat verfügen können.

3. Die (Beklagte) verpflichtet sich, die gesamte Produktion dem (Kläger) zur Verfügung zu stellen mit Ausnahme der Sorten 0,250 und 0,160. Eingehende Aufträge des (Klägers) in den Sorten 0,250 und 0,160 werden jedoch vorrangig ausgeliefert.

Die (Beklagte) verpflichtet sich, einwandfreies, reines Buchen-Sägemehl in staubfreier, immer gleichbleibender Qualität sowie gleichem Trockenheitsgrad (10 % nicht übersteigend) und gleicher Körnung zu liefern, und das Material laufend zu überprüfen. Die Ware muß der von dem (Kläger) vorgeschriebenen Qualität entsprechen. Feststellbare Abweichungen sind sofort zu melden. Qualitätsmuster liegen diesem Vertrag bei und gelten als Grundlage für künftige Lieferungen.

Weiterhin verpflichtet sich die (Beklagte), uns unaufgefordert monatlich Muster aller Sorten von 200 g je Sorte für Prüfungszwecke zur Verfügung zu stellen.

4. Der (Kläger) stellt für alle anfallenden Körnungen das erforderliche Verpackungsmaterial zur Verfügung. Das Sackkonto wird zwischen beiden Parteien abgestimmt. Bei Monatsende ist der Kontostand des Verpackungsmaterials auf der Rechnung zu vermerken. Gebrauchte Jutesäcke und Plastiktüten werden nicht zurückgegeben.

5. Falls die zur Zeit erzeugte Produktion sich wesentlich erhöht, wird die (Beklagte) dieses spätestens 8 Wochen vorher bekanntgeben. Der (Kläger) verpflichtet sich, die (Beklagte) zu benachrichtigen, ob die Abnahme dieser Mehrmengen übernommen wird. Sollte der (Kläger) nicht in der Lage sein, diese Mehrmengen abzunehmen, so stehen diese der (Beklagten) zur freien Verfügung. Sie kann diese selbst veräußern. Die (Beklagte) verpflichtet sich aber, dem (Kläger) für sämtliche Lieferungen Kundenschutz zu gewähren. Sollte die (Beklagte) die nicht abgenommenen Mengen direkt veräußern und es stellt sich heraus, daß aufgrund der neutralen Abfertigung die Kunden des (Klägers) beliefert werden, verpflichtet sich die (Beklagte), sich aus diesen Geschäftsverbindungen herauszuhalten. ...

Sollten sich die Gestehungskosten oder sonstigen Unkosten erheblich erhöhen, muß jeweils über eine Angleichung der Preise neu verhandelt werden, wie auch bei rückläufiger Tendenz die Preise zu ermäßigen sind. ...

Dieser Vertrag beginnt am 15. Februar 1973 und endet am 15. Februar 1978. Sollte dieser Vertrag nicht 3 Monate vor Ablauf von einer der beiden Parteien schriftlich gekündigt werden, so verlängert sich derselbe um jeweils 2 Jahre."

Die vom Kläger bestellten Späne wurden in der Regel so ausgeliefert, daß der Beklagten Namen und Anschriften der Kunden des Klägers unbekannt blieben. Wenn die Beklagte die Namen von Kunden des Klägers erfuhr, weil diese die Späne mit Lastwagen abholten, ließ der Kläger sich von der Beklagten auf fünf Jahre befristete "Kundenschutzzusicherungen" geben, damit die Beklagte die Kunden des Klägers nicht unmittelbar belieferte.

Einige Zeit nach Vertragsschluß kam es zu Unstimmigkeiten der Parteien. Der Kläger erhob am 26. August 1975 Klage auf Auskunftserteilung und Schadensersatz wegen angeblicher Wettbewerbsverstöße der Beklagten. Diese kündigte den Vertrag am 19. September 1975 fristlos wegen angeblicher Vertragswidrigkeiten des Klägers. Dieser widersprach der Kündigung mit Anwaltsschreiben vom 22. September 1975.

Der Kläger begehrt mit der Klage die Feststellung, daß der Vertrag vom 13./20. Februar 1973 bis 15. Februar 1978 wirksam sei. Er verlangt als Schadensersatz einen Teilbetrag von 100.000,-- DM nebst Zinsen, weil die Beklagte vor dem 19. September 1975 entgegen der Vereinbarung Kunden und Konkurrenten des Klägers unmittelbar beliefert habe, wodurch ihm ein auf über 100.000,-- DM bezifferter Schaden entstanden sei, und weil die Beklagte den ihm durch ihre Kündigung erwachsenen Schaden nach dem 19. September 1975, den er bis Ende Dezember 1977 vorläufig auf mehrere hunderttausend DM bezifferte, zu ersetzen habe. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und wegen noch offener Rechnungen Widerklage in Höhe von 13.377,73 DM nebst Zinsen erhoben. Der Kläger hat Abweisung der Widerklage beantragt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers hinsichtlich der Feststellungsklage zurückgewiesen und auf die Berufung des Klägers durch Teilurteil "den bezifferten Klageanspruch des Klägers dem Grunde nach gerechtfertigt" erklärt. In den Gründen hat das Oberlandesgericht dazu ausgeführt, der

Anspruch des Klägers auf Ersatz seines Schadens vor dem 19. September 1975 sei wegen der Belieferung von Kunden, dagegen nicht von Konkurrenten des Klägers berechtigt, der Anspruch auf Ersatz des nach dem 19. September 1975 dem Kläger erwachsenen Schadens sei dem Grunde nach zu $3/4$ gerechtfertigt. Die von der Beklagten hilfsweise erklärte Aufrechnung mit Gegenforderungen hat das Oberlandesgericht für unbegründet gehalten. Zur Entscheidung über die Höhe des Anspruchs hat das Oberlandesgericht die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Die Entscheidung über die Widerklage und die dagegen in der Berufungsinstanz zur Aufrechnung gestellten Forderungen des Klägers hat es dem Endurteil vorbehalten.

Mit der Revision erstrebt der Kläger, daß der Feststellungsklage stattgegeben und daß seine Klage auf Schadensersatz dem Grunde nach insgesamt für gerechtfertigt erklärt wird. Die Beklagte begehrt mit ihrer Revision die Abweisung der Klage in vollem Umfang. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe

A.

Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß der mit der Vereinbarung vom 13./20. Februar 1973 begründete Vertrag der Parteien ein Dauerschuldverhältnis war. Das wird von den Revisionen beider Parteien nicht beanstandet und läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen.

I. Die Beklagte hatte nach Nr. 2 des auf fünf Jahre abgeschlossenen Vertrages ein Lager mit einer bestimmten Anzahl Tonnen Buchenspäne verschiedener Körnungen zu halten; das Lager war nach einem Abruf des Klägers entsprechend zu ergänzen. Nach Nr. 3 der Vereinbarung war die Beklagte verpflichtet, ihre gesamte Produktion - mit Ausnahme zweier Körnungen - dem Kläger zur Verfügung zu stellen; auch mit diesen Körnungen war indessen der Kläger vorrangig zu beliefern. Schließlich hatte die Beklagte, falls sie ihre Produktion erhöhte, dem Kläger Mitteilung zu machen; die Mehrmenge stand der Beklagten nur dann zur freien Verfügung, wenn der Kläger diese nicht abnahm.

II. 1. Dieser auf mehrere Jahre über fast die gesamte Produktion der Beklagten an Buchenholzspänen abgeschlossene Vertrag unterscheidet sich erheblich von einem Sukzessivlieferungsvertrag, bei dem lediglich der Leistungsaustausch in mehrere Teilakte aufgespalten ist. Er steht, ähnlich wie ein Bierlieferungsvertrag, einem Dauerschuldverhältnis so nahe, daß er ebenso wie dieses zu beurteilen ist (vgl. Senatsurteil vom 5. November 1980 - VIII ZR 232/79 = WM 1981, 95 m.w.Nachw.).

2. Eine vorzeitige Lösung von diesem Vertrag kann nicht durch Rücktritt hinsichtlich des noch nicht abgewickelten Teils, sondern nur durch außerordentliche Kündigung erfolgen (Senatsurteil vom 10. März 1976 - VIII ZR 268/74 = LM BGB § 242 (Bc) Nr. 23 = WM 1976, 508). Soweit der Vertrag bei der Kündigung nicht erfüllt war, besteht kein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, sondern allenfalls ein Anspruch auf Ersatz des durch die Kündigung erwachsenen Schadens

(Senatsurteil vom 4. Juni 1969 - VIII ZR 134/67 = LM BGB § 254 (Cb) Nr. 3 = NJW 1969, 1845 = WM 1969, 959; Palandt/Heinrichs, BGB, 40. Aufl. § 276 Anm. 7 e cc).

B.

I. 1. Das Berufungsgericht hat die Klage auf Feststellung der Wirksamkeit des Vertrages bis zum 15. Februar 1978 abgewiesen, weil die Kündigung des Vertrages durch die Beklagte am 19. September 1975 wirksam gewesen sei.

2. Dagegen wendet sich die Revision des Klägers mit Recht.

a) Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß beiden Parteien Vertragswidrigkeiten zur Last fallen. Diese auf tatrichterlichem Gebiet liegende Würdigung des Berufungsgerichts läßt sich aus Rechtsgründen nicht beanstanden.

b) Obwohl auch der Kläger sich Vertragswidrigkeiten zuschulden kommen ließ, ist die Kündigung der Beklagten entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht ohne weiteres wirksam.

aa) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß es hier zur Kündigung des Vertrages nicht einer Abmahnung und einer Schadensersatzandrohung bedurfte. Es entspricht zwar einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wie er in § 326 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommt, daß grundsätzlich auch bei Dauerschuldverhältnissen eine außer-

ordentliche Kündigung erst in Betracht kommt, wenn der andere Vertragsteil zuvor auf die Folgen seiner Vertragswidrigkeiten hingewiesen wurde (BGH, Urt. v. 10. März 1976 aaO). Das kann jedoch entsprechend dem Rechtsgedanken des § 326 Abs. 2 BGB dann nicht gelten, wenn die Vertrauensgrundlage erschüttert ist, weil diese auch durch eine Abmahnung nicht wiederhergestellt werden kann (BGH, Urt. v. 10. November 1977 - III ZR 39/76 = LM Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken Ziff. 17 Nr. 3 = NJW 1978, 947 = WM 1978, 234).

bb) Ein wichtiger Grund zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses ist gegeben, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund deren dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Vertrages bis zu dessen vereinbarter Beendigung nicht zugemutet werden kann (BGH, Urt. v. 10. November 1977 aaO). Die Kündigung der Beklagten war indessen nicht schon deshalb berechtigt, weil eine ge-
deihliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien nicht länger möglich gewesen sei, wie das Berufungsgericht gemeint hat. Es muß vielmehr hinzukommen, daß der Beklagten die Fortsetzung des Vertrages nicht zuzumuten war.

Ein Vertragsteil kann unter Umständen auch dann fristlos kündigen, wenn er sich selbst vertragswidrig verhalten hatte. Das braucht indessen keineswegs in jedem Falle so zu sein. Bei der Entscheidung der Frage, ob einem Vertragsteil die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses zuzumuten ist, spielt vielmehr im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände regelmäßig das eigene Verhalten dieses Vertragsteils eine erhebliche Rolle (BGHZ 44, 271, 275).

Eine Gesamtwürdigung aller Umstände, die zur Kündigung des Vertrages vom 13./20. Februar 1973 führten, hat das Berufungsgericht indessen nicht vorgenommen. Eine Abwägung des beiderseitigen Beitrags zur Erschütterung der Vertrauensgrundlage war hier umso mehr erforderlich, als das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Bemessung des Schadensersatzanspruchs des Klägers, festgestellt hat, daß die Beklagte die Erschütterung des Vertrauensverhältnisses überwiegend zu verantworten hat. Die gebotene Abwägung kann, wie der Kläger mit Recht geltend macht, möglicherweise ergeben, daß gemäß § 242 BGB angesichts des "Tatbeitrags" der Beklagten jedenfalls ihr zuzumuten war, am Verträge festzuhalten, oder umgekehrt, daß es jedenfalls ihr nicht unzumutbar war, weiterhin den Vertrag durchzuführen (vgl. dazu BGHZ aaO sowie BGH, Urt. v. 4. Juni 1969 aaO).

II. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben, weil die gebotene aber vom Berufungsgericht unterlassene Gesamtwürdigung möglicherweise zur Abweisung der Feststellungsklage geführt hätte und weil von der vom Berufungsgericht nunmehr vorzunehmenden Prüfung auch der Schadensersatzanspruch des Klägers abhängt, den er für die Zeit nach der Kündigung vom 19. September 1975 geltend macht (s.u. C III).

C.

I. 1. Die Rüge der Revision der Beklagten, der Kläger habe den mit der Klage in Höhe von 100.000,-- DM verlangten Teilbetrag seines Schadens nicht auf die beiden Schadensersatzansprüche - Anspruch auf Ersatz

des Schadens vor der Kündigung am 19. September 1975 und Anspruch auf Ersatz des nach der Kündigung erwachsenen Schadens - aufgeteilt, ist nunmehr unbegründet.

2. Der Prozeßbevollmächtigte des Klägers hat nämlich in der mündlichen Verhandlung klargestellt, daß der Teilbetrag von 100.000,-- DM in erster Linie auf den vor der Kündigung entstandenen und mit 102.223,97 DM bezifferten Schaden (unerlaubte Kundenbelieferung) und hilfsweise auf den mit 188.290,32 DM bezifferten Schaden (unerlaubte Konkurrentenbelieferung) und weiter hilfsweise auf den nach der Kündigung erwachsenen und bis 31. Dezember 1977 vorläufig mit 484.332,76 DM geltend gemachten Schaden gestützt wird. Diese Aufteilung ist noch in der Revisionsinstanz zulässig (BGHZ 11, 192, 197; BGHZ 20, 219, 221).

II. 1. Das Berufungsgericht hat gemeint, der Kläger habe zwar einen Schadensersatzanspruch, soweit die Beklagte vor der Kündigung des Vertrages am 19. September 1975 die Kunden W. [REDACTED] und M. [REDACTED] des Klägers unmittelbar beliefert habe; insoweit habe es einer Abmahnung nicht bedurft, weil der Kläger sich gegen diese Lieferungen gewehrt habe. Dagegen stehe dem Kläger wegen der Belieferung von Konkurrenten durch die Beklagte ein Schadensersatzanspruch nicht zu. Denn der Kläger hätte nach dem Rechtsgedanken der §§ 326 und 242 BGB die Beklagte abmahnen und ihr Schadensersatzansprüche androhen müssen, nachdem ihm deren Vertragsverstöße bekanntgeworden seien. Erst eine Abmahnung mit Schadensersatzandrohung habe das Verhalten der Beklagten als schwerwiegende Vertragsverletzung erscheinen lassen.

2. Die Revision der Beklagten meint zu Unrecht, das Berufungsgericht habe verkannt, daß der Kläger für die Belieferung der Firmen W [REDACTED] und M [REDACTED] beweispflichtig sei.

Der Revision ist zwar zuzugeben, daß einige Wendungen im Berufungsurteil diesen Eindruck erwecken können. Indessen handelt es sich dabei ersichtlich um sprachlich ungenaue und mißverständliche Formulierungen. Denn aus der zusammenfassenden Wertung des Berufungsgerichts am Ende der einschlägigen Ausführungen ergibt sich, daß das Berufungsgericht als erwiesen angesehen hat, die Beklagte habe vor dem 19. September 1975 wissentlich die Kunden W [REDACTED] und M [REDACTED] des Klägers beliefert.

3. Dagegen ist der Revision des Klägers darin zu folgen, daß die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen der Belieferung von Konkurrenten des Klägers entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Abmahnung und keine Schadensersatzandrohung voraussetzt.

a) Auch bei Dauerschuldverhältnissen ist zwar eine Lösung vom Vertrage, eine Kündigung, grundsätzlich erst zulässig, wenn der Vertragspartner zuvor nachdrücklich auf die Folgen einer weiteren Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages hingewiesen wurde, wie dargelegt wurde (s.o. B I 2 b aa).

b) Zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen Vertragsverletzungen während des Bestehens eines Dauerschuldverhältnisses bedarf es indessen keiner Abmahnung und keiner Androhung von Schadensersatzansprü-

chen. Das Verlangen einer Abmahnung und einer Androhung von Schadensersatzansprüchen läßt sich entgegen der Meinung des Berufungsgerichts nicht aus dem Rechtsge-
danken des § 326 BGB ableiten. Denn diese Bestimmung regelt den Fall, daß sich der eine Vertragsteil wegen Vertragswidrigkeiten des anderen von dem Verträge los-
sagt, indem er den Rücktritt erklärt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt. Daß eine positive Vertragsverletzung während des Bestehens eines Ver-
trages erst nach einer Abmahnung und einer Schadensersatz-
androhung Ansprüche auslösen kann, wie das Berufungs-
gericht gemeint hat, trifft nicht zu. Jeder nicht gänz-
lich unerhebliche schuldhafte Vertragsverstoß kann ohne
weitere Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht wegen
positiver Vertragsverletzung auslösen. Es kommt daher
nicht darauf an, ob eine Abmahnung dem Kläger zuzumuten
gewesen wäre, was die Revision bezweifelt hat.

c) Nach der Feststellung des Berufungsgerichts
hatte die Beklagte auch insoweit gegen den Vertrag vom
13./20. Februar 1973 schuldhaft verstoßen, als sie vor
dem 19. September 1975 Konkurrenten des Klägers belie-
fert hatte. Da es sich nach Sachlage nicht um unerheb-
liche Vertragswidrigkeiten handelte, weil das im Ver-
trage vereinbarte Konkurrenzverbot für den Kläger von
erheblicher Bedeutung war, kann er somit wegen dieser
Lieferungen ebenfalls Schadensersatz beanspruchen. Der
Schadensersatzanspruch des Klägers ist also auch wegen
der Belieferung seiner Konkurrenten vor dem 19. Septem-
ber 1975 dem Grunde nach gerechtfertigt.

III. 1. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß
der Kläger Anspruch auf Ersatz des infolge der Nicht-
belieferung nach der Kündigung des Vertrages am

19. September 1975 ihm entstandenen Schadens habe, weil die Beklagte überwiegend die Schuld daran trage, daß es zur wirksamen fristlosen Kündigung gekommen sei. Die nach § 254 Abs. 1 BGB gebotene Abwägung der für die Kündigung maßgeblichen Ursachen führe allerdings dazu, daß dieser Schaden im Verhältnis 1/4 zu Lasten des Klägers und 3/4 zu Lasten der Beklagten zu teilen sei.

2. Das greift die Revision der Beklagten mit Erfolg an.

a) Sollte die erneute Prüfung des Berufungsgerichts (s.o. B) wiederum ergeben, daß die Beklagte zur fristlosen Kündigung berechtigt war, hat der Kläger keinen Schadensersatzanspruch wegen des ihm durch die Nichtlieferung der Beklagten nach der Kündigung entstandenen Schadens. Hatte die Beklagte nämlich den Vertrag wirksam gekündigt, so war dieser beendet und die Beklagte nicht mehr zur Belieferung des Klägers verpflichtet. Dann fehlte es an einem zum Schadensersatz verpflichtenden Verhalten der Beklagten. Darin liegt nicht eine grundlose Bevorzugung dessen, der (wie die Beklagte) gekündigt hat, gegenüber dem, der (wie der Kläger) am Verträge festgehalten hat. Denn die Beklagte könnte keinesfalls wegen der dem Kläger zur Last fallenden Vertragswidrigkeiten Schadensersatz verlangen. Haben - bei beiderseitigen Vertragsverstößen - beide Teile gekündigt oder ist der eine Teil dem anderen lediglich mit der Kündigung zugekommen, so fehlt es schon an einem Schaden (BGHZ 44, 271, 277). Aber auch wenn - wie hier - feststeht, daß der Kündigungsgegner von seinem Kündigungsrecht, das das Berufungsgericht annimmt, keinen Gebrauch macht, kann der Kündigende nicht Schadensersatz verlangen. Es würde nämlich gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn man

den Empfänger der Kündigung deshalb schlechter stellen wollte, weil er seinerseits bereit war, trotz des vertragswidrigen Verhaltens des Kündigenden am Vertrage festzuhalten, wie der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ausgeführt hat (BGHZ aaO). Ein Schadensersatzanspruch des Klägers besteht demnach nicht. Soweit der Entscheidung des erkennenden Senats vom 4. Juni 1969 (aaO s.o. A II 2) eine abweichende Auffassung entnommen werden könnte, wird daran nicht festgehalten.

b) Ergäbe die erneute Prüfung dagegen, daß die fristlose Kündigung der Beklagten nicht wirksam war, so kann dem Kläger ein Schadensersatzanspruch zustehen. Dann blieb die Beklagte nämlich zur Belieferung des Klägers verpflichtet. Da der Kläger diesen ihm aus der Nichtlieferung der Beklagten entstandenen Schaden nicht mitverursacht hat, könnte sich sein Schadensersatzanspruch gemäß § 254 BGB allenfalls dann mindern, wenn er nach der Kündigung der Beklagten zu diesem Schaden, etwa durch zu hohe Deckungskäufe u.ä., beigetragen hätte.

3. Da es hinsichtlich des vom Kläger für die Zeit nach dem 19. September 1975 geltend gemachten Schadens somit weiterer Feststellungen bedarf, war auch insoweit das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

D.

Das Berufungsgericht hat die hilfsweise erklärte Aufrechnung der Beklagten mit einer Gegenforderung in Höhe von 11.100,-- DM, weil der Kläger vor der Vertragskündigung 1.850.721 kg Späne von anderen Lieferanten bezogen habe, für unbegründet gehalten. Es hat in erster Linie darauf hingewiesen, daß die Beklagte ihre angebliche Gegenforderung nicht hinreichend substantiiert habe. Da die Beklagte zu diesem Punkt ihre Revision nicht begründet hat, ist sie insoweit unzulässig.

E.

Auf die Revisionen beider Parteien war somit unter Zurückweisung der weitergehenden Rechtsmittel das Teilurteil des Berufungsgerichts aufzuheben, soweit es die Feststellungsklage abgewiesen und den Schadensersatzanspruch des Klägers für die Zeit vom 20. September 1975 bis 15. Februar 1978 dem Grunde nach zu 3/4 für gerechtfertigt erklärt hat. In diesem Umfange war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen des vor dem 19. September 1975 entstandenen Schadens war insgesamt dem Grunde nach für gerechtfertigt zu erklären. Hinsichtlich der von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten, aber vom Berufungsgericht für unbegründet gehaltenen Gegenforderung von 11.100,-- DM war die Revision der Beklagten als unzulässig zu verwerfen. Die Entscheidung über die

Kosten der Revisionsinstanz war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie von der Entscheidung in der Sache abhängt.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Merz

Dr. Brunotte

BUNDESGERICHTSHOF

VIII ZR 312/79 **BESCHLUSS**

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Kurt S. [REDACTED], Postfach [REDACTED]
in K. [REDACTED],

Klägers, Revisionsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die Firma Fritz Sch. [REDACTED] oHG in W. [REDACTED] /
Bad O. [REDACTED], vertreten durch ihre persönlich
haftenden Gesellschafter, Kaufmann Fritz Sch. [REDACTED]
und Kaufmann Walter Sch. [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat hat durch den Vorsitzenden
Richter Braxmaier und die Richter Hoffmann, Wolf, Merz
und Dr. Brunotte am 27. Februar 1981

beschlossen:

Das Urteil vom 11. Februar 1981 wird
gemäß § 319 ZPO wie folgt berichtigt:

In den Entscheidungsgründen unter B II
sind die Worte

"zur Abweisung"

zu ersetzen durch die Worte

"zum Erfolg".

G r ü n d e

Wie sich aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe
ergibt, ist der Senat der Auffassung, daß bei der ge-
botenen Gesamtwürdigung die vom Berufungsgericht abge-
wiesene Feststellungsklage des Klägers möglicherweise
Erfolg haben kann. Das Urteil war mithin wegen offen-
barer Unrichtigkeit von Amts wegen entsprechend zu
berichtigen.

Braxmaier

Hoffmann

Wolf

Merz

Dr. Brunotte