

7

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : nein

-----

BGB §§ 242 Cd, 276 H, 326 C

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem gegenseitigen Vertrag einer Vertragspartei, die selbst vertragsuntreu ist, versagt ist, gegen die andere Vertragspartei Schadensersatzansprüche aus einer Vertragsverletzung geltend zu machen.

BGH, Urt. v. 14. Juli 1971 - VIII ZR 49/70 - OLG Köln  
LG Bonn

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 49/70

URTEIL

Verkündet am  
14. Juli 1971  
Mückenhausen  
Justizangestellte

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans G [REDACTED] in K[REDACTED]-Ka[REDACTED],  
Poll-V[REDACTED]-Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]  
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma K a [REDACTED] K G , gesetzlich vertreten  
durch die Ka[REDACTED] GmbH, diese vertreten durch ihren  
Geschäftsführer Dr. h.c. Reinhold E[REDACTED], in Ha[REDACTED]  
(S[REDACTED]),

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger und der Bundesrichter Dr. Mezger, Mormann, Braxmaier und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 28. Januar 1970 aufgehoben.

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

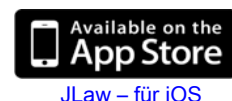
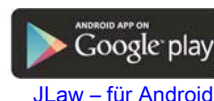
Von Rechts wegen

#### Tatbestand:

Die Parteien befassen sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Kunststoffgegenständen. Der Beklagte fertigt u.a. Leiteinrichtungen für Straßen und Autobahnen. Der Beklagte beabsichtigte, sich vornehmlich auf den Vertrieb von Leitpfosten zu beschränken und sie von einem anderen Unternehmer her-



**JLaw – Gesetze und Urteile**  
Kostenlos  
Über 200 Gesetze  
Über 100.000 Urteile  
[\(mobile App\)](#)



stellen zu lassen. So kam es zu einer Vereinbarung mit der Klägerin darüber, daß sie dem Beklagten Plastikkörper und -hüllen für diese Leitpfosten liefern solle. Anfang Januar 1965 erteilte der Beklagte der Klägerin einen Auftrag zur Lieferung eines Jahresbedarfes von 50 000 Stück im Werte von 200 000 DM. Die Klägerin bestätigte den Auftrag mit Schreiben vom 15. Januar 1965, das abschließend lautet:

"...

Wir vereinbarten, daß die Herstellung der vorstehend aufgeführten drei geblasenen Kunststoffpfähle gemäß HLB bei Ka [REDACTED] (das ist die Klägerin) nur für Sie erfolgt, unter der Voraussetzung, daß laufend entsprechende Aufträge Ihrerseits erteilt werden und daß Sie die obengenannten Pfähle ausschließlich von Ka [REDACTED] beziehen. ..."

Am 17. März 1965 sandte der Beklagte der Klägerin ein Schreiben, in dem er sich darüber beschwerte, daß ein Mitarbeiter der Klägerin einer Straßenbaustelle in B [REDACTED] Leitpfosten angeboten habe. Im Schreiben heißt es u.a.:

"...

Ich habe bei Aufnahme der Geschäftsbeziehung mit Ihnen und bei Abschluß des Lieferauftrages die Zusammenarbeit davon abhängig gemacht, daß Sie

1. Leitpfosten nur für meine Firma herstellen,

2. daß der Vertrieb der Leitpfosten ausschließlich durch meine Firma und unter meinem Namen erfolgt, und daß Sie von jeder direkten oder indirekten Werbung auf diesem Gebiet Abstand nehmen.

Ich erteilte Ihnen einen Rahmenauftrag auf 50.000 Leitpfosten, in Ausführung und Größe nach Wahl innerhalb eines Jahres zu liefern.

Diese Vereinbarung tritt mit Beginn der ersten Lieferung in Kraft und gilt vorerst ein Jahr.

Sie verlängert sich jeweils automatisch um ein weiteres Jahr, wenn von mir ein Rahmenauftrag in gleicher Höhe neu erteilt wird.

Sollte sich im Laufe der Zeit ergeben, daß die Fertigung der Leitpfosten zweckmäßigerweise in eigener Regie durchgeführt wird, so würde sich unsere Vereinbarung dahingehend ändern, daß Sie die Lieferung der Herstellungsaggregate an meine Firma vornehmen, andererseits aber die Fabrikation der Leitpfosten einstellen. Nach Lage der Dinge wird kaum damit zu rechnen sein, daß die Aufnahme einer Fertigung durch mich in Frage kommt.

Ich möchte mit diesen Ausführungen festhalten, was gelegentlich der mit Ihren Herren geführten Verhandlungen vereinbart wurde."

Die Klägerin erwiderte mit Schreiben vom 30. März 1965 auszugsweise wie folgt:

"... Eine Bestätigung hinsichtlich der Fertigung und des Verkaufs der Ihrerseits benötigten Straßenbegrenzungspfähle haben wir Ihnen wunschgemäß - wie auch abgesprochen - in der erwähnten Bestätigung vom 15.1.1965 - Seite 2 - gegeben.

Selbstverständlich halten wir uns an diese Zusage...

Wir hoffen, Ihnen mit unserer heutigen Stellungnahme nochmals eine Bestätigung gegeben zu haben, ..."

Am 3. März 1966 erteilte der Beklagte einen neuen Jahresauftrag für das Jahr 1966. Eine Verhandlung über den Jahresauftrag für 1967 hatten die Parteien auf den 3. März 1967 festgesetzt. Am Vortage erfuhr jedoch der Beklagte, daß einer seiner Kunden, die I [REDACTED]-K [REDACTED]-Gesellschaft mbH (I [REDACTED]), die von ihm im Jahre 1966 Leitpfosten bezogen hatte, nicht mehr bereit war, die Leitpfosten zum bisherigen Preise von 6 DM je Stück abzunehmen, weil sie ein erheblich günstigeres Angebot unmittelbar von der Klägerin erhalten hatte. Daraufhin erklärte der Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 2. März 1967 auszugsweise:

"... Sie haben damit eindeutig die mit Ihnen getroffene Absprache, nur meine Firma mit Plastikleitpfosten zu beliefern, nicht eingehalten. Sie haben dieser Firma für ihren weitaus geringeren Bedarf Preise genannt, die angeblich die äußersten waren bei einem Rahmenauftrag von 100 000 Stück. Die Aufrechterhaltung des mir bereits erteilten Rahmenauftrages wurde davon abhängig gemacht, in Ihre Preise einzutreten.

Sie haben durch Ihre voreilige Handlungsweise der Voraussetzung für eine weitere Zusammenarbeit den Boden entzogen, und ich sah mich daher genötigt, Ihrem Herrn W [REDACTED] zu

erklären, daß die Durchführung der vorgesehenen Besprechung von meiner Seite aus als nicht erforderlich angesehen wird."

Mit der Klage macht die Klägerin Forderungen aus Lieferungen des Jahres 1966 im unstreitigen Betrag von 98 105,02 DM geltend. Der Beklagte rechnet mit Schadensersatzansprüchen auf, die er wie folgt begründet: Die Firma I■■, deren Bedarf an Plastikkörpern für das Jahr 1967 sich auf 70 000 Stück belaufen habe, habe sein, des Beklagten, Lieferungsangebot abgelehnt, weil die Klägerin ihr ein billigeres Angebot gemacht habe. Auch habe die Klägerin zu Wettbewerbszwecken die Firma I■■ von der Erfüllung ihrer Vertragspflichten, die diese Firma ihm gegenüber gehabt habe, abgehalten. Ferner habe die Klägerin die ihm, dem Beklagten, zustehenden Schutzrechte, nämlich die ihm von dem Patentinhaber hinsichtlich der Leitpfosten eingeräumten Lizenzen, durch eigene Herstellung und eigenen Vertrieb verletzt. Ihm sei dadurch ein Schaden von mindestens 117 000 DM entgangen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, die Berufung des Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt der Beklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, die Klägerin habe dadurch eine Vertragsverletzung und einen Verstoß gegen § 1 UWG begangen, daß sie einem der Kunden des Beklagten, der Firma I., ein günstigeres Angebot gemacht habe. Es nimmt an, daß dadurch ein Kaufvertrag zwischen dem Beklagten und der Firma I. nicht zustande gekommen ist. Das Berufungsgericht meint aber, der Beklagte könne daraus eine Schadensersatzverpflichtung der Klägerin nicht herleiten; denn er habe sich selbst nicht vertragsgetreu und wettbewerbsgemäß verhalten.

Diese Auffassung unterliegt rechtlichen Bedenken.

II. 1. Die Parteien haben unstreitig im Liefervertrag des Jahres 1965 vereinbart, daß die Klägerin Kunststoffpfähle nur an den Beklagten liefern und der Beklagte solche Pfähle nur von der Klägerin beziehen solle. Das Berufungsgericht geht offenbar davon aus, daß diese vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen auch im Jahre 1967 gegolten haben, als die Klägerin der Firma I. ein eigenes Angebot machte. Von seinem Standpunkt aus, daß dem Beklagten unter keinen Umständen Schadensersatzansprüche gegen die Klägerin zustehen, prüft das Berufungsgericht die näheren Einzelheiten dieser Wettbewerbs-

+

abrede nicht. Auf sie kann es aber ankommen, wenn, wie noch auszuführen ist, Schadensersatzansprüche des Beklagten nicht schlechthin ausgeschlossen sind. Die Vereinbarungen über die Alleinverkaufs- und Alleinbezugspflicht waren, was die Dauer der Bindung betrifft, offensichtlich von der Dauer der vertraglichen Beziehungen über die Lieferung der Leftposten abhängig. Die Parteien haben aber, soweit die eingereichten Urkunden erkennen lassen, nicht einen Dauerlieferungsvertrag geschlossen. Entsprechend der Abrede der Parteien, wie sie im Schreiben vom 17. März 1965 wiedergegeben ist, sollte vielmehr zu Beginn eines Jahres je jeweils ein "Rahmenauftrag" über Lieferung der geschätzten Jahresmenge von Leftposten geschlossen werden, diese Menge sollte alsdann der Beklagte nach seiner Wahl unter Bestimmung der Ausführung und Größe innerhalb des Jahres abrufen. Die Wettbewerbsvereinbarung ist im genannten Schreiben dahin umrissen worden, daß sie mit Beginn der ersten Lieferung, d.h. mit der ersten Lieferung des Jahres 1965, in Kraft treten und vorerst ein Jahr gelten solle. Sie sollte sich jeweils automatisch um ein weiteres Jahr verlängern, wenn der Beklagte einen Rahmenauftrag in gleicher Höhe neu erteilte. Nach diesem Wortlaut hätte die Wettbewerbsabrede also nicht etwa Wirksamkeit bis zu einer Kündigung behalten, sondern ihr Fortbestand wäre davon abhängig gewesen, daß der Beklagte der Klägerin jeweils einen neuen Jahres-Rahmenauftrag erteilte, und sie hätte immer nur jeweils für das Jahr gegol-

ten, für das der Beklagte einen Rahmenauftrag gegeben hatte. Da nach Ablauf des Jahres 1966 der Beklagte mit der Klägerin einen neuen Rahmenvertrag für 1967 nicht geschlossen hatte, wäre bei dieser Auslegung die Klägerin vom 1. Januar 1967 an berechtigt gewesen, die Leitpfosten auch an andere Abnehmer zu vertreiben.

Indessen scheint die Klägerin selbst nicht in Abrede nehmen zu wollen, daß zu der Zeit, zu der sie mit der Firma I ■ in Verbindung trat, das Wettbewerbsverbot noch Gültigkeit besaß; auch das Berufungsgericht geht davon ohne weiteres aus. Das liefe auf die mögliche Auslegung hinaus, daß das Verbot nach Ablauf eines jeden Vertragsjahres sich "automatisch" auch ohne Abschluß eines neuen "Rahmenauftrages" so lange noch auf das nächste Jahr erstrecken sollte, als der Beklagte es nicht ablehnte, einen neuen Rahmenauftrag zu erteilen, oder die Klägerin es nicht ablehnte, einen neuen Auftrag anzunehmen, es also nicht feststand, ob für das neue Jahr eine neue Bindung zustande komme. Diese Auffassung trüge der Tatsache Rechnung, daß die Rahmenaufträge ersichtlich nicht sofort zu Beginn eines Jahres erteilt wurden, und daß bei wörtlicher Auslegung nach Ablauf des einen Jahres bis zur Erteilung eines neuen Rahmenauftrages ein vertragsloser Zustand entstanden wäre.

2. Hat danach die Klägerin an sich gegen die Wettbewerbsabrede verstoßen, so hätte die vom Beklagten zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzforderung, sofern ein Schaden entstanden ist, ohne Prüfung nur aberkannt werden können, wenn der Klägerin für ihren Verstoß ein Rechtfertigungsgrund zur Seite gestanden hätte oder der Beklagte mit der Geltendmachung seines Schadens mißbräuchlich handelte.

a) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dem Beklagten stehe eine Schadensersatzforderung nicht zu, weil er selbst sich nicht vertragsgetreu und nicht wettbewerbsgemäß verhalten habe. Einen Rechtsgrundsatz, daß, wer selbst nicht vertragstreu sei, Schadensersatz wegen einer Vertragsverletzung des Gegners nicht beanspruchen könne, gibt es in dieser Allgemeinheit indessen nicht, wie der Bundesgerichtshof im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt ausgesprochen hat:

aa) Nach übereinstimmender Meinung von Rechtsprechung und Schrifttum kann bei einem beiderseitigen Vertragsverhältnis allerdings der Gläubiger, der selbst vertragsuntreu ist, sich nicht mit der Begründung, daß der Gegner sich im Verzuge befinde, oder der Vertragszweck durch eine Vertragsverletzung des Gegners gefährdet sei, nach §§ 325, 326 BGB vom Vertrag lösen und Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Soweit es sich um einen angeblichen Verzug des Gegners handelt, liegt in Wahrheit

ein Verzug nicht vor. Hat derjenige, der einen Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB geltend machen will, selbst seine Vertragspflichten nicht erfüllt, so ist der Vertragsgegner nach § 320 BGB berechtigt, seine Leistung zu verweigern. Diese ihm zustehende Einrede hindert den Eintritt des Verzuges, ohne daß sie besonders vorgebracht zu werden braucht. Was aber die Berufung auf eine sonstige Vertragsverletzung des Gegners betrifft, so kann es gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn derjenige, der die eigene Vertragspflicht verletzt, aus einer Vertragsverletzung des Gegners das Recht herleiten will, sich vom Verträge zu lösen (RGZ 123, 238; 149, 401; 152, 119; Urteile des erkennenden Senats vom 19. November 1959 - VIII ZR 115/58 = WM 1960, 110; vom 3. Oktober 1962 - VIII ZR 34/62 = LM BGB § 276 H Nr. 6 = BGHWarn 1962 Nr. 204 = MDR 1963, 301). Wie das Reichsgericht und ihm folgend der erkennende Senat in den angeführten Urteilen dargelegt haben, ist von dieser Fallgestaltung aber der Fall zu unterscheiden, daß der Gläubiger als Schadensersatz gerade Ersatz des Schadens verlangt, den er durch die Vertragsverletzung des Gegners erlitten hat. Im ersten Fall ist die Vertragsverletzung des Gegners nur der Anlaß, der zur Auflösung des Vertrages führen soll, und der Schaden, dessen Ersatz begehrt wird, wird daraus hergeleitet, daß der Vertrag wegen der Auflösung nicht mehr erfüllt werden kann. Im zweiten Fall wird der Bestand des Vertrages nicht berührt; der Schaden erwächst unmittelbar aus der Vertragsverletzung. Ein Schadenser-

satzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt wird durch eigene Vertragsuntreue des Geschädigten grundsätzlich nicht berührt (RGZ 123, 238; Urteil des erkennenden Senats vom 3. Oktober 1962 aaO; zustimmend Reimer Schmidt bei Soergel/Siebert § 326 Anm. 11; Würdinger/Röhrich in Großkommentar HGB vor § 373 Anm. 510). Der innere Grund liegt darin, daß zwar die Befugnis, sich vom Vertragsgefüge zu lösen und das Vertragsverhältnis in ein einseitiges Schadensersatzverhältnis umzuwandeln, nach Treu und Glauben nur dem Teil vorbehalten sein kann, der selbst vertragstreu ist. Dagegen ist einem Vertragsteil niemals eine eigene Vertragsverletzung um einer Vertragsverletzung des anderen Teiles willen gestattet, wie bereits das Reichsgericht (RGZ 123, 238) ausgeführt hat.

Im vorliegenden Fall steht nicht ein Anspruch wegen Nichterfüllung nach §§ 325, 326 BGB in Frage; vielmehr wird der Schadensersatzanspruch daraus hergeleitet, daß die Klägerin durch eine bestimmte Handlung die zwischen den Parteien getroffene Wettbewerbsabrede verletzt und dadurch dem Beklagten Schaden zugefügt habe. Der Beklagte macht nicht etwa geltend, daß er von einem Verträge über Erwerb von Leitpfosten zurückgetreten und, weil der Vertrag infolgedessen nicht mehr erfüllt werde, nicht in der Lage gewesen sei, die Firma I mit Leitpfosten zu beliefern, die ihm andernfalls die Klägerin zu liefern verpflichtet gewesen wäre, und daß ihm dadurch ein Gewinn entgangen sei. Ein Dauerlieferungsver-

trag bestand, wie schon erwähnt, überhaupt nicht. Beiden Parteien stand es frei, Jahr für Jahr einen neuen Vertrag (Rahmenauftrag) zu schließen. Die Begründung für den Schadensersatzanspruch geht vielmehr ersichtlich dahin, die Klägerin habe zu einer Zeit, für die die Wettbewerbsabrede noch gegolten habe, die Hauptkundin des Beklagten, die Firma I■, abgeworben, so daß diese als Abnehmerin von Leitposten ausgefallen sei. Die vom Beklagten beabsichtigte Bestellung von Leitposten für das Jahr 1967 sei deshalb gegenstandslos geworden. Wäre die Klägerin nicht mit der Firma I■ in Verkaufsverhandlungen getreten, so würde er mit der Klägerin einen neuen Rahmenvertrag für 1967 geschlossen und die alsdann von der Klägerin bezogenen Leitposten an die Firma I■ weiterveräußert haben. Den Schaden, der ihm dadurch erwachsen sei, daß die Firma I■ Leitposten nicht mehr bei ihm bestellt habe, macht der Beklagte mit der Klage geltend. Auf diese Fallgestaltung trifft mithin der vom Berufungsgericht angezogene Grundsatz, daß Schadensersatz nicht verlangen könne, wer selbst vertragsuntreu sei, nicht zu.

bb) Der Grundsatz, daß trotz eigener Vertragsuntreue ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer Vertragspflicht nicht ausgeschlossen wird, stellt entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht etwa eine Einschränkung für gewisse Fälle dar. Es handelt sich vielmehr um einen allgemeinen Grundsatz, von dem die Rechtsprechung für Sonderfälle

Ausnahmen zugelassen hat. So handelte es sich im Falle des vom Berufungsgericht für seine Auffassung angeführten Urteils des Reichsgerichts JW 1928, 1931 darum, daß der Käufer von im Jahre 1918 verkauften Aktien gegenüber der Kaufpreisklage mit einer Schadensersatzforderung aufrechnete, die er daraus herleitete, daß der Verkäufer gegen ein zu seinen, des Käufers, Gunsten vereinbartes Wettbewerbsverbot verstoßen habe. Der Verkäufer entgegnete, der Käufer habe, indem er vertragswidrig die Aufwertung des Kaufpreises verweigert habe, nicht die Verpflichtungen erfüllt, die ihm, dem Verkäufer, erst die Möglichkeit hatten geben sollen, auf die Unterlassung von Wettbewerb einzugehen. Eine Partei, so hat das Reichsgericht erklärt, könne sich nach § 242 BGB nicht auf eine Vertragsbestimmung berufen, mit deren Anwendung sie sich nach dem Gesamtinhalt des Vertrages und der von den Parteien gewollten Verknüpfung der Rechte und Verpflichtungen infolge ihres eigenen Verhaltens mit Treu und Glauben in Widerspruch setze. Daß diese auf die besonderen Verhältnisse der Inflation zugeschnittene Entscheidung hier nicht einschlägig ist, bedarf keiner Hervorhebung. Gleiches gilt von der Entscheidung des Bundesgerichtshofes, in der früheren Gesellschaftern ein ihnen im Auseinandersetzungsvertrag zugebilligter Abfindungsanspruch versagt wird, weil die Berechtigten durch ihr Verhalten in den Geschäftsbetrieb eingegriffen hätten, aus dem allein die Mittel zur Befriedigung der Abfindungsforderung gezogen werden konnten. Wenn, so hat der

Bundesgerichtshof ausgeführt, die Berechtigten die Fortsetzung dieses Betriebes unzumutbar gemacht hatten, so liege darin ein so schwerer Verstoß gegen ihre aus Treu und Glauben sich ergebenden vertraglichen Nebenpflichten, daß die Geltendmachung der Abfindungsforderung einen unzulässigen Rechtsmißbrauch darstelle (Urteil vom 11. Februar 1960 - II ZR 51/58 = LM BGB § 242 (Bf Nr.7) = NJW 1960, 718 = WM 1960, 375). Entsprechend hat der Bundesgerichtshof (Urteil vom 7. Januar 1971 - II ZR 23/70 - BGHZ 55, 274 = NJW 1971, 1127) ausgeführt, daß der Anspruch auf ein vereinbartes Ruhegehalt dem Berechtigten, der den Ruhegehaltsschuldner durch vertragswidrigen Wettbewerb geschädigt hatte, nur unter den allgemeinen Voraussetzungen des Rechtsmißbrauchs, insbesondere dann vorenthalten werden könne, wenn der Verstoß die wirtschaftliche Grundlage des Pensionsschuldners gefährdet. Ein Ausnahmefall, der in den vorstehenden Urteilen behandelten Art, in dem die Versagung eines an sich gegebenen Anspruches gerechtfertigt sein könnte, liegt hier ersichtlich nicht vor. Auch für das Gebiet des unlauteren Wettbewerbs hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 30. Juni 1971 - I ZR 33/70 - und das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil vom 2. Juli 1971 - I ZR 43/70) es abgelehnt, den im Urteil des Reichsgerichts JW 1928, 1931 ausgesprochenen Gedanken auf den allgemeinen Fall beiderseitiger Verletzungen vertraglicher Wettbewerbsverbote auszudehnen.

cc) Das Berufungsgericht führt weiter an, es entspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben, daß sich der eine Vertragspartner dann eigenmächtig von seinen vertraglichen Verpflichtungen lösen dürfe, ohne sich schadensersatzpflichtig zu machen, wenn er seine vertraglich geschützten Interessen als dadurch gefährdet ansehen dürfe, daß infolge des Verhaltens des anderen ein unmittelbarer Schaden bevorstehe. Das Berufungsgericht hat offenbar den im Recht des unlauteren Wettbewerbs entwickelten Begriff der "wettbewerblichen Abwehr" im Auge. Voraussetzung ist ein wettbewerbswidriger, gegenwärtiger Angriff. Die Abwehrmaßnahme muß sich im Rahmen des zur Bekämpfung des Angriffs Gebotenen halten, muß notwendig, zur Abwehr tauglich und adäquat sein. Auch darf die Abwehrlage nicht zum Anlaß für eigene Angriffe genommen werden (Baumbach/Hefermehl. Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht I 10. Aufl., Einl.UWG Anm. 278 ff; vgl. auch BGH Urteil vom 22. Januar 1971 - I ZR 76/69 = BGHWarn 1971 Nr. 19 = NJW 1971, 804).

Wieweit die Grundsätze der wettbewerblichen Abwehr überhaupt auch im Bereich außerhalb des eigentlichen Wettbewerbsrechtes neben den gesetzlichen Rechtsbehelfen der Notwehr, des Notstandes und der Selbsthilfe Geltung haben, bedarf keiner Entscheidung. Auf jeden Fall rechtfertigen die Feststellungen des Berufungsgerichts im vorliegenden Fall nicht ihre Anwendung. Einmal fehlt es an jeder Feststel-

lung, daß die Klägerin einen vertragswidrigen Wettbewerb des Beklagten hat abwehren wollen und gegebenenfalls, wie die Revision zutreffend rügt, an der Abwägung, daß die Vertragsverletzung der Klägerin das erforderliche Mittel zur Abwehr von Vertragsverletzungen des Beklagten war. Das Berufungsgericht stellt, was die Vertragsverletzungen des Beklagten betrifft, einmal fest, der Beklagte habe bei einer Firma F am 23. September 1966 eine 250 l-Hohlkörperblasanlage bestellt, die ungeachtet ihrer Größe objektiv auch zur Herstellung von Leitpfosten geeignet war, und der Beklagte habe diese Anlage schon im Zeitpunkt ihrer Bestellung auch zur Herstellung von Leitpfosten mitbestimmt. Daß der Beklagte die Maschine in der Zeit bis März 1967 zur Erzeugung von Leitpfosten eingesetzt habe, hat die Klägerin nicht behauptet. Das Berufungsurteil enthält keine Feststellung, wann die Klägerin von der Bestellung der Maschine erfahren hat. Mit der Firma I hat sie nach der von ihr nicht bestrittenen Bekundung des Zeugen Schwindel spätestens im Februar 1967 Verhandlungen aufgenommen. Selbst wenn sie damals schon Kenntnis von der Bestellung der Maschine gehabt haben sollte, ist nicht einzusehen, daß die Aufnahme von Verkaufsverhandlungen mit der Firma I, bei denen sie den Beklagten unterbot, die erforderliche Abwehr einer vom Beklagten mit der Bestellung der Maschine begangenen Vertragsverletzung gewesen sein könnte. Die Klägerin hat hinter dem Rücken des Beklagten gehandelt. Ihr Verhalten konnte also gar nicht den Beklag-

ten veranlassen, von einem Einsatz der Maschine für eigene Erzeugung von Leitpfosten abzusehen. Im übrigen hätte der Beklagte im Jahre 1967, sofern für dieses Jahr nicht ein neuer "Rahmenauftrag" zustande kam, zur Selbstherstellung übergehen können und der Klägerin hätte es freigestanden, ihrerseits die Kunden des Beklagten zu beliefern. Wie aus der Tatsache zu schließen ist, daß die Parteien einen Termin zur Verhandlung über einen neuen Rahmenauftrag auf den 3. März 1967 vereinbart hatten, beabsichtigten sie in Wahrheit, sich im Jahre 1967 die Belieferung des Beklagten mit Leitpfosten fortzusetzen. Auf seiten der Klägerin steht diese Absicht in nicht zu vereinbarendem Widerspruch mit ihrer Darstellung, sie habe zur Abwehr schwerer Vertragsverletzungen des Beklagten schon im Februar 1967 mit dessen Kunden in Verkaufsverhandlungen treten dürfen. Hat sich aber die Klägerin durch die Aufnahme der Verkaufsverhandlungen mit der Firma I lediglich einen Wettbewerbsvorsprung vor dem Beklagten für den Fall sichern wollen, daß er eine eigene Herstellung beginne, so ist das keine erforderliche Abwehr mehr.

Wenn das Berufungsgericht zur Abwägung anführt, ein Vertragspartner, der darauf angewiesen wäre, seinen vertraglichen Unterlassungsanspruch durch Klage oder einstweilige Verfügung durchzusetzen, käme oft mit dieser Maßnahme zu spät und trüge allein das damit verbundene Risiko, so geht das fehl. Wenn die

Rechtsprechung gelegentlich derartiges erwogen hat, so bezieht sich das auf die Abwehr einer unlauteren Werbung. Denn die Werbung, insbesondere in Zeitschriften, wirkt oft lange nach und kann nur durch eine Gegenwerbung unschädlich gemacht werden (Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht I 10. Aufl. OWG Einl. Anm. zu 279). Im vorliegenden Fall steht eine Werbung nicht in Frage und es kann keine Rede davon sein, daß die Klägerin nicht etwa auf gerichtlichem Wege eine Entscheidung hätte erwirken können, durch die dem Beklagten der Einsatz der 250 l-Anlage zur Herstellung von Leitpfosten untersagt wurde.

Eine weitere Vertragsverletzung des Beklagten erblickt das Berufungsgericht darin, daß der Beklagte eine selbst hergestellte Muster-Plastikhülle an eine Firma U[REDACTED] ausgeliefert habe. Das Berufungsgericht meint, zwar habe die Herstellung einer Musterhülle noch keine unmittelbare Produktionsaufnahme bedeutet, doch habe sie der Vorbereitung gedient. Diese Musterhülle hat die Klägerin am 1. März 1967 bei der Firma U[REDACTED] entdeckt. Die im Februar 1967 erfolgten Verkaufsverhandlungen mit der Firma I[REDACTED] können also der Abwehr dieser Vertragsverletzung nicht gedient haben. Außerdem hat die Klägerin noch am 3. März 1967, obwohl sie von der Auslieferung einer Musterhülle erfahren hatte, mit dem Beklagten einen neuen Vertrag schließen wollen. Mit der von ihr hier- nach hingenommenen Verletzung ihrer Rechte durch den

Beklagten kann sie nicht ihre eigene Vertragsverletzung unter dem Gesichtspunkt einer Abwehr rechtfertigen.

3. Das Berufungsgericht wertet die Vertragsverhandlungen der Klägerin mit der Firma I■, die nach Darstellung des Beklagten eine Verleitung der Firma I■ zum Vertragsbruch und eine Unterbietung der vom Beklagten bisher mit der Firma IKG ausgehandelten Preise zum Gegenstand hatten, auch als eine Wettbewerbsverletzung nach § 1 UWG. Auf dieser Grundlage, so meint das Berufungsgericht, könne der Beklagte ebenfalls keine Schadensersatzforderungen geltend machen. Auch im Recht des unlauteren Wettbewerbs werde es als rechtsmißbräuchlich angesehen, wenn der Gläubiger bei wechselseitiger Abhängigkeit der beiderseits unlauteren Wettbewerbshandlungen aus dem Verhalten des Gegners Ansprüche herleite. Das trifft in dieser Form nicht zu. Wenn in Rechtsprechung und Schrifttum zum Ausdruck gebracht wird, die Geltendmachung eines Schadensersatzanspruches aus § 1 UWG könne ausgeschlossen sein, wenn der Kläger ebenfalls unlauteren Wettbewerb betreibe, so handelt es sich um Sonderfälle. Der Grund dafür, daß ein Schadensersatzanspruch entfällt, wird darin gesehen, daß bei gleichzeitiger und gleichartiger unerlaubter Werbungsart es an einem eigenen Schaden des Gläubigers fehlt. Wenn die beiderseitigen gleichen Werbungsarten in gleicher Weise unzulässig sind, so hat der Schuldner nicht einen in unzulässiger Weise erlang-

ten Vorsprung vor dem Gläubiger. Der Gläubiger hat deshalb überhaupt keinen Schaden erlitten (RG GRUR 1944, 88; Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 1924, 112. Kap.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 10. Aufl. I UWG Einl. Anm. 365). Ebenso hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes (Urteil vom 24. April 1970 - I ZR 69/68 GRUR 1970, 563 = LM RabattG Nr. 20 = BGHWarn 1970, 106) angenommen, daß dann, wenn Kläger und Beklagter im wesentlichen gleichzeitig, in gleicher Art und Weise und in gleichem Umfang gegen die Vorschriften des Rabattgesetzes verstoßen, regelmäßig keine Partei einen Schadensersatzanspruch gegen die andere auf diesen Tatbestand stützen kann. Unter Verweisung auf die genannte Entscheidung des Reichsgerichts führt der I. Zivilsenat aus, weil sich der Kläger selbst in unzulässiger Weise einen Vorsprung vor anderen Mitbewerbern verschafft habe, wirke es sich nicht zu seinem Nachteil aus, daß der Beklagte gegen das Rabattgesetz verstoßen habe; zumindest erscheine es als unwahrscheinlich, daß der Kläger einen Schaden erlitten habe. Im übrigen hat aber auch das Reichsgericht aaO erklärt, ein Mitbewerber werde durch unerlaubten Wettbewerb des anderen nicht zu eigenem unerlaubten Wettbewerb berechtigt, sonst würden unlautere Werbearten nur deshalb bestehen gelassen, weil beide Mitbewerber sich ihrer in gleicher Weise bedienten. Daß hier ein Fall gleichzeitiger, in gleicher Art und Weise und im gleichen Umfang erfolgter Wettbewerbsverstoß nicht

gegeben ist, liegt auf der Hand. Daß die beiderseits eingegangenen Wettbewerbsverpflichtungen in einem wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang stehen, wie das Berufungsgericht meint, ist unerheblich. Das ist ein Merkmal eines jeden gegenseitigen Vertrages mit Alleinlieferungs- und Bezugsverpflichtungen. Im übrigen würde hier auch der innere Grund fehlen, aus dem wie erwähnt, die Rechtsprechung einen Schadensersatzanspruch verneint hat. Selbst wenn der Beklagte sich durch vorbereitende Maßnahmen die Beschaffung auch einer zur Eigenherstellung von Leftpasten geeigneten Anlage und Aushändigung eines eigenen Musters für spätere Zeit einen Vorsprung vor der Klägerin hat sichern wollen, so wäre durch diese Maßnahmen der Gewinn, den er ohne das wettbewerbswidrige Verhalten der Klägerin aus einer Belieferung der Firma I. gezo- gen hätte, nicht unrechtmäßig gewesen. Dafür, daß der Beklagte etwa die Firma I. mit Leftpasten beliefern hätte, die er in wettbewerblich unzulässiger Weise selbst hergestellt hätte, ist nichts darge-  
getan.

4. Die Klägerin kann sich zur Rechtfertigung ihres Vorgehens auch nicht darauf berufen, sie habe für den Fall, daß der Beklagte ihr für das Jahr 1967 keinen neuen Auftrag erteile, vorsorglich in Vertragsverhandlungen mit Personen treten dürfen, die als Abnehmer in Betracht hätten kommen können. Das Berufungsgericht legt die Vereinbarung, daß die

Klägerin Leitposten nur für die Beklagte herstellen sollte, bedenkenfrei dahin aus, daß ihr damit während der Dauer der Bindung verboten gewesen sei, Kunden des Beklagten abzuwerben. Ob die Klägerin schon zu einer Zeit, in der die wettbewerblichen Bindungen noch bestanden, sich um einen anderen Kundenkreis wenigstens bemühen durfte, braucht nicht entschieden zu werden. Auf jeden Fall verbot ihr die Wettbewerbsabrede eine den Beklagten schädigende Wettbewerbshandlung (so für den Handelsvertreter BGHZ 42, 59, 61; Schröder, Recht der Handelsvertreter 4. Aufl. § 86 Anm. 43 b). Hat die Klägerin, wie das Berufungsgericht unterstellt, der Firma I ■ Leitposten zu einem Preise angeboten, der unter dem von dem Beklagten geforderten lag, und hat sie dadurch bewirkt, daß die Firma I ■ den Abschluß eines Kaufvertrages mit dem Beklagten ablehnte, weil sie mit der Klägerin einen günstigeren Vertrag zu schließen beabsichtigte, so wäre damit der Tatbestand einer vertragswidrigen Wettbewerbstätigkeit erfüllt.

5. War die Klägerin, wovon im Revisionsrechtszuge auszugehen ist, zu dem Zeitpunkt, in dem sie der Firma I ■ Leitposten anbot, noch an die Wettbewerbsabrede gebunden, so hätte sie sich bei dem vom Berufungsgericht unterstellten Sachverhalt Schadensersatzpflichtig gemacht. Sie kann nicht einwenden, daß sie ihrerseits den Abschluß eines "Rahmenvertrages" für 1967 hätte ablehnen können, daß ihr

alsdann der Abschluß eines Vertrages mit der Firma IKG freigestanden hätte und der Beklagte unter diesen Umständen zu einem Verkauf von Leitpfosten an die Firma I nicht gekommen wäre. So sind die Dinge nicht verlaufen. Die Klägerin hat unstreitig bis zum 2. März 1967 zu einem neuen Vertragsschluß für das Jahr 1967 gelangen wollen. Die nicht widerlegte Begründung der Schadensersatzforderung des Beklagten geht dahin, daß er, wenn die Klägerin nicht seine Hauptkundin, die Firma I, im Februar 1967 abgeworben hätte, so daß diese als Abnehmerin von Leitpfosten ausfiel, am 3. März 1967 mit der Klägerin einen neuen Rahmenvertrag geschlossen und die alsdann von der Klägerin bezogenen Leitpfosten an die Firma I weiterveräußert hätte. Im übrigen ist bei dem bisherigen Sach- und Streitstand nichts hervorgetreten, was dafür sprechen könnte, daß dem Beklagten der geltend gemachte Gewinn auch dann entgangen wäre, wenn die Klägerin sich vertragstreu verhalten und mit der Firma I nicht schon im Februar 1967 in Verhandlungen getreten wäre. Das würde voraussetzen, daß die Parteien am 3. März 1967 nicht zu dem beabsichtigten Abschluß eines neuen "Rahmenvertrages" gelangt wären und die Klägerin, die nunmehr von den Wettbewerbsbindungen frei gewesen wäre, erst jetzt mit der Firma I in Verhandlungen getreten wäre und mit ihr unter Ausschaltung des Beklagten einen Liefervertrag geschlossen hätte. Daß dieser Verlauf eingetreten wäre, hat, soweit ersichtlich, die Klägerin nicht einmal behauptet.

6. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung läßt sich somit die Abweisung der Klage nicht rechtfertigen. Die Sache mußte daher zur weiteren Aufklärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Eines Eingehens auf die Verfahrensrügen, mit denen die Revision die Feststellung des Berufungsgerichts angreift, der Beklagte habe sich wettbewerbswidrig verhalten, bedarf es nicht. Dem Beklagten steht es frei, sofern es darauf ankommen sollte, die Ausführungen der Revision in der neuen mündlichen Verhandlung vorzubringen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war, weil sie vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt, dem Berufungsgericht zu übertragen.

Dr. Haidinger

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier

Bundesrichter Dr. Hiddemann  
ist beurlaubt und kann deshalb nicht unterschreiben.

Dr. Haidinger