

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

AGBG § 9 Ba, Cg, Ci; BGB § 321

Zur Auslegung und Wirksamkeit einer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Klausel, die dem vorleistungspflichtigen Verkäufer bei Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit des Käufers die Befugnis zur Zurückhaltung der Warenlieferung bis zur Barzahlung "aller offenen" Alt-Forderungen oder Sicherheitsleistung durch den Käufer gewährt und ihn bei Untätigkeit des Käufers weiter berechtigt, die Lieferung endgültig abzulehnen und Schadensersatz zu verlangen.

BGH, Urt. v. 26. November 1984 - VIII ZR 188/83 - OLG Stuttgart
LG Ulm

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 188/83

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
26. November 1984
Kanik
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma C [REDACTED] GmbH & Co. KG, E [REDACTED] Straße [REDACTED] in S [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin, die C [REDACTED] Ver-
waltungs GmbH in S [REDACTED], diese vertreten durch ihre Geschäftsführer
Fritz-Konrad M [REDACTED], Dr. Klaus F [REDACTED], Rudolf P [REDACTED] und Ingolf D [REDACTED].

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Rosy K [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED] in G [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. November 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Brunotte, Dr. Zülch, Dr. Paulusch und Groß

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 16. Juni 1983 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt betont modische Damenoberbekleidung der gehobenen Preisklasse her. Sie produziert nicht auf Vorrat, sondern nur die jeweils zuvor von den einzelnen Kunden bestellten Waren. Die Beklagte betreibt ein Fachgeschäft für Damenoberbekleidung. Die Klägerin macht gegen die Beklagte Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Mit Auftragsschreiben vom 21. März 1982 bestellte die Beklagte bei der Klägerin Textilien für die Herbst/Wintersaison 1982 zum Preis von 26.581 DM; die Klägerin bestätigte die Bestellung mit Schreiben vom 26. April 1982. Die zum Vertragsinhalt gewordenen Liefer- und Zahlungsbedingungen (im folgenden: AGB) der Klägerin enthalten in Nr. VII "Zahlungsbedingungen" folgende Regelung:

- "4. Kommt der Besteller mit fälligen Zahlungen in Verzug, werden Wechsel oder Schecks nicht pünktlich eingelöst oder bestehen nach Vertragsabschluß begründete Zweifel an der Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit des Bestellers, so können wir nach unserer Wahl entweder Barzahlung aller offenen Forderungen einschließlich Wechselforderungen oder Sicherheiten vor Lieferung verlangen. Bevor dieses Verlangen nicht erfüllt ist, sind wir zu weiteren Lieferungen aus irgendeinem laufenden Vertrag nicht verpflichtet.
5. Zusätzlich wird vereinbart, daß der Besteller aus dem dadurch ganz oder teilweise nicht ausgeführten Auftrag 20 % der Auftragssumme als Schadensersatz schuldet...."

Anfang Juni 1982 geriet die Beklagte mit 15.785,37 DM aus früheren Warenkaufgeschäften in Zahlungsrückstand. Die Klägerin setzte ihr deshalb mit Schreiben vom 4. Juni 1982 Zahlungsfrist bis zum 14. Juni 1982 und kündigte an, nach fruchtlosem Fristablauf die Lieferungen für die Herbst/Wintersaison nicht auszuführen, die Ware anderweitig zu veräußern und Schadensersatz nach Nr. VII 4 und 5 der AGB zu verlangen.

Da die Beklagte nicht zahlte, lehnte die Klägerin die Auslieferung der bestellten Ware ab und verlangte mit Schreiben vom 12. Juli 1982 Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 20 % der Auftragssumme mit 5.391,20 DM.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat Nr. VII 5 der AGB nach § 9 AGBG in Verbindung mit §§ 11 Nr. 4, 24 Abs. 2 AGBG für unwirksam angesehen.

Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe

Das Berufungsgericht führt aus, als Grundlage für den auf Ersatz entgangenen Gewinns gerichteten Klaganspruch komme allein Nr. VII 5 in Verbindung mit Nr. 4 der AGB der Klägerin in Betracht. Der Klägerin stehe ein solcher Anspruch jedoch, unabhängig von der Frage der Wirksamkeit von Nr. VII 4 und 5 der AGB, schon deshalb nicht zu, weil sie sich nicht an ihre eigenen Geschäftsbedingungen gehalten haben. Nr. VII 4 der AGB unterscheide zwischen Verträgen, die die Klägerin bereits erfüllt habe, und solchen, auf die beide Vertragspartner noch nicht geleistet hätten. Befinde sich der Besteller mit fälligen Zahlungen aus früheren Geschäften, in denen er be-

reits Ware von der Klägerin erhalten habe, im Verzug, so sei die Klägerin entweder berechtigt, vor Auslieferung weiterer Ware Bezahlung aller offenen - auch nicht fälligen - Forderungen zu verlangen. Stattdessen könne sie aber auch Sicherheitsleistung für künftig auszuliefernde Ware beanspruchen. Erfülle der Besteller diese Forderungen nicht, so sähen die Geschäftsbedingungen vor, daß die Klägerin zu weiteren Lieferungen nicht verpflichtet sei. Hieran schließe sich Nr. VII 5 der AGB an. Diese Klausel enthalte eine zulässige Pauschalierung des Schadensersatzes, wenn der Klägerin infolge vergeblichen Verlangens nach Barzahlung oder Sicherheiten dem Grunde nach ein Schaden in Form entgangenen Gewinns entstanden sei. Soweit allerdings früher bestellte Ware bereits ausgeliefert worden sei und dafür Barzahlung verlangt werde, könne ein Schaden nicht mehr eintreten, und zwar auch dann nicht, wenn die Klägerin bei später auszuführenden Verträgen mangels Barzahlung der Altforderung ein Zurückbehaltungsrecht geltend mache. Denn die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts allein begründe noch keinen Schaden. Nr. VII 5 der AGB sei daher nur dann anwendbar, wenn die Klägerin zuvor vergeblich Sicherheit hinsichtlich noch nicht ausgeführter Verträge verlangt habe. Unstreitig habe jedoch im vorliegenden Fall die Klägerin vor der Geltendmachung von Schadensersatz für die nicht zur Ausführung gekommene Lieferung keine Sicherheitsleistung hinsichtlich des Kaufpreises für die bestellte Ware verlangt.

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision bleiben im Ergebnis ohne Erfolg.

I. Rechtsfehlerhaft ist allerdings die tragende Erwägung des Berufungsgerichts, der Klägerin stehe der geltend gemachte Schadensersatzanspruch deswegen nicht zu, weil sie entgegen dem Wortlaut der von ihr selbst verwendeten Klausel nicht zuvor Sicherheitsleistung für den Kaufpreis aus

dem laufenden, beiderseits noch nicht erfüllten Vertrag verlangt habe. Das Berufungsgericht geht hierbei von einem Inhalt der Klausel aus, der mit ihrem Wortlaut und Sinn, wie er von dem typischerweise angesprochenen Personenkreis - also dem nicht rechtskundigen, durchschnittlichen Einzelhändler mit Damenoberkleidung - verstanden wird, nicht zu vereinbaren ist.

Der Senat als Revisionsgericht kann die Auslegung der AGB durch das Berufungsgericht uneingeschränkt nachprüfen, weil ihr Anwendungsbereich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinausgeht. Wie aus dem bei den Akten befindlichen Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 20. Dezember 1982 - 2 U 120/82 - zu ersehen ist, werden die hier zu behandelnden Klauseln auch von Textilhändlern in anderen Oberlandesgerichtsbezirken verwendet. Hiernach haben die Nr. VII 4 und 5 der AGB folgenden Inhalt:

Der Lieferant ist grundsätzlich zur Vorleistung verpflichtet; Nr. VII 1 und 2 der AGB räumen dem Besteller ein Zahlungsziel von 60 Tagen ab Rechnungsdatum mit abgestufter Rabattstaffel bei früherer Zahlung ein.

Nach Nr. VII 4 der AGB entfällt jedoch die Vorleistungspflicht des Lieferanten, wenn der Besteller mit fälligen Zahlungen in Verzug gerät, Wechsel oder Schecks nicht pünktlich einlöst, oder wenn begründete Zweifel an seiner Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit auftreten. In derartigen Fällen kann der Lieferant die bestellte, aber noch nicht ausgelieferte Ware solange zurückhalten, bis der Besteller - nach Wahl des Lieferanten - entweder alle offenen Forderungen bezahlt oder Sicherheiten geleistet hat. Weigert sich der Besteller, die vom Lieferanten geforderte zusätzliche Leistung zu erbringen oder bleibt er untätig, so kann der Lieferant nach Nr. VII 5 der AGB die Auslieferung der bestellten Ware endgültig verweigern und Schadensersatz in Höhe von 20 % der Auftragssumme fordern.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, Schadensersatz nach Nr. VII 5 der AGB könne nur dann gefordert werden, wenn der Lieferant von dem Besteller vergeblich Sicherheitsleistung hinsichtlich des Kaufpreises für die bestellte, aber noch nicht ausgelieferte Ware verlangt habe, findet in dem Wortlaut der Klausel keine Stütze. Die Klausel unterscheidet hinsichtlich des Schadensersatzanspruches des Lieferanten nicht danach, für welche von den wahlweise vorgesehenen, zu seiner zusätzlichen Absicherung bestimmten Leistungen des Bestellers er sich zuvor entschieden hat. Wenn das Berufungsgericht darauf abhebt, daß hinsichtlich der bereits ausgelieferten Ware ein Schaden des Lieferanten wegen entgangenen Gewinns nicht mehr eintreten könne, so übersieht es, daß sich die Klausel gar nicht mit etwaigen Schadensersatzansprüchen aus der Nichtbezahlung derartiger Altforderungen befaßt. Vielmehr geht es in Nr. VII 5 der Klausel allein um denjenigen Schaden, der aus der - nunmehr endgültigen - Nichtausführung des laufenden, beiderseits noch nicht erfüllten Vertrages entstanden ist. Dies kommt in der Klausel eindeutig darin zum Ausdruck, daß Nr. VII 5 den Schadensersatz "aus dem dadurch ganz oder teilweise nicht ausgeführten Auftrag" regelt. Das Wort "dadurch" knüpft an die vorangehende Regelung in Nr. VII 4 der Klausel an, in deren letzten Halbsatz ein Leistungsverweigerungsrecht des Lieferanten geregelt ist, welches zusätzlich noch in den vorhergehenden Worten "vor Lieferung" zum Ausdruck kommt.

Aus den vorstehenden Gründen kann auch der einschränkende Auslegung der Revision nicht gefolgt werden, wonach das vergebliche Verlangen des Lieferanten nach Bezahlung der offenen Altforderungen oder nach Sicherheitsleistung nicht Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch nach Nr. VII 5 der Klausel ist. Die Ansicht der Revision läuft darauf hinaus, daß der Lieferant schon nach Eintritt einer der drei "Gefährdungsfälle" (Zahlungsverzug hinsichtlich fälliger Forderungen, nicht termingerechte

Einlösung von Wechseln oder Schecks oder sonstige Zweifel an der Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit des Bestellers) entweder sofort Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder - zunächst - am Vertrag festhalten und die eigene Leistung zurückhalten kann, bis der Besteller die offenen Altforderungen bezahlt oder Sicherheiten erbracht hat. Dabei übersieht auch die Revision, daß wegen des Wortes "dadurch" und der hierdurch bewirkten Anknüpfung an die vorangehende Regelung in Nr. VII 4 der AGB Schadensersatz nur dann gefordert werden kann, wenn der Lieferant zuvor unter Zurückhaltung seiner eigenen Lieferung vergeblich Barzahlung der offenen Forderungen oder Sicherheit verlangt hat.

II. Mit dem vorstehend dargelegten Inhalt kann die in Nr. VII 5 in Verbindung mit Nr. 4 der AGB enthaltene Regelung - ihre Wirksamkeit unterstellt - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts durchaus die Grundlage für den Schadensersatzanspruch der Klägerin bilden. Die Klägerin stützt diesen Anspruch darauf, daß die Beklagte unstreitig nach Vertragsschluß mit der Zahlung fälliger Kaufpreisschulden aus früheren Warenlieferungen in Verzug geraten ist und auch dann nicht gezahlt hat, als die Klägerin die Auslieferung der am 23. Januar 1982 bestellten Ware von der Barzahlung der Altschulden abhängig gemacht hatte. Für diesen Fall gibt Nr. VII 5 der AGB der Klägerin einen Schadensersatzanspruch in Höhe von 20 % der Kaufsumme.

III. Dennoch ist das Berufungsurteil im Ergebnis richtig, weil die Klausel der Inhaltskontrolle nach dem AGBG nicht standhält.

1. Nicht unbedenklich ist die Klausel bereits hinsichtlich der in Nr. VII 4 genannten Voraussetzungen, unter denen der sonst vorleistungspflichtige Lieferant die Auslieferung bestellter Ware verweigern kann. Faßt man

die dort erwähnten drei Fälle (Zahlungsverzug des Bestellers, nicht termin-gerechte Einlösung von Wechseln oder Schecks, begründete Zweifel an der Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit) als jeweils selbständige Voraussetzungen für das Zurückbehaltungsrecht des Lieferanten auf, so würde sich die Klausel jedenfalls in den ersten beiden Fällen so weit von der ent-sprechenden Regelung in § 321 BGB, an der sie sich orientiert, entfernen, daß schon deswegen ihre Unwirksamkeit nach §§ 9 Abs. 2 Satz 1, 24 Abs. 2 AGBG in Betracht käme (vgl. auch Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner § 10 Nr. 3 Rdn. 27 und 81 - 84; Ulmer/Brandner/Hensen § 10 Nr. 3 Rdn. 12; Stau-dinger/Schlosser § 10 Nr. 3 Rdn. 13; Wolf/Lindacher/Horn § 9 V 62 ff., § 10 Nr. 3 Rdn. 35; OLG Hamm BB 1983, 1304, 1305; OLG Karlsruhe WRP 1981, 478; OLG München WRP 1978, 402). Faßt man dagegen den ersten Halbsatz von Nr. VII 4 der AGB dahin auf, daß die darin zuerst erwähnten Fälle des Zahlungsverzuges und der unpünktlichen Einlösung von Schecks oder Wechseln nur Beispielsfälle für die anschließend genannten "begründeten Zweifel an der Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit" sein sollen, dann läge die Annahme nahe, daß mit diesen Voraussetzungen für die Zurückhaltung der be-stellten Ware durch den Lieferanten eine Regelung angestrebt werden sollte, die derjenigen des § 321 BGB nahekkommt. Selbst dann aber enthielte die Klausel noch nicht unerhebliche Abweichungen von dieser Vorschrift, weil sie die Beseitigung der Vorleistungspflicht des Lieferanten nicht erst bei wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Bestellers und einer dadurch hervorgerufenen Gefährdung seiner Gegenleistung (§ 321 BGB) vorsieht, sondern schon bei begründeten Zweifeln an der Zahlungsfähigkeit oder Kreditwürdigkeit des Bestellers. Schon diese Abweichung vom disposi-tiven Recht kann möglicherweise zur Annahme der Unangemessenheit der Klausel führen.

Diese Fragen bedürfen aber keiner abschließenden Entscheidung. Denn auch wenn davon auszugehen wäre, daß der Lieferant unter den in der Klausel genannten Voraussetzungen zur Leistungsverweigerung berechtigt ist, enthält die Klausel jedenfalls wegen der darin vorgesehenen Maßnahmen, mit denen allein der Besteller die Vorleistungspflicht des Lieferanten wiederherstellen kann, eine unangemessene Benachteiligung des Bestellers:

2. Nr. VII 4 der AGB gibt dem Lieferanten unter anderem das Recht - wovon die Klägerin vorliegend auch Gebrauch gemacht hat -, die Lieferung der bestellten Ware so lange zurückzuhalten, bis der Besteller "alle offenen" Forderungen bar bezahlt hat. Damit zwingt sie den Besteller, der die Zurückhaltung der bestellten Warenlieferung abwenden oder beenden will, zu weitergehenden Leistungen als das dispositive Recht.

a) Die Abweichung der Klausel vom dispositiven Recht liegt schon darin, daß sie den Lieferanten berechtigt, durch Zurückhaltung der geschuldeten eigenen Leistung die Erfüllung "aller" offenen Forderungen, d.h. von Forderungen nicht nur aus dem laufenden, beiderseits noch nicht erfüllten Vertrag, sondern auch aus anderen Verträgen, durchzusetzen. § 321 BGB hingegen gibt dem Vorleistungspflichtigen bei Gefährdung der Gegenleistung durch Vermögensverschlechterung des Vorleistungspflichtigen das Recht auf Zahlung oder Sicherheitsleistung nur hinsichtlich der gefährdeten Gegenleistung für die zurückgehaltene Leistung; das wäre vorliegend die Kaufpreisschuld der Beklagten aus der laufenden, noch nicht ausgeführten Bestellung vom 21. März 1982. Zwar gewährt § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht auch wegen fälliger anderer Ansprüche, soweit sie auf demselben rechtlichen Verhältnis beruhen, wie die zurückgehaltene Leistung. Konnexität in diesem Sinn kann zwar, muß aber nicht notwendig vorliegen, wenn den aus anderen Verträgen herrührenden Forderungen eine laufende Ge-

schäftsverbindung der Beteiligten zugrunde liegt (BGHZ 54, 244, 250). Die Klausel trifft aber auch insoweit keine Unterscheidung, sondern berechtigt den Lieferanten zur Zurückhaltung bis zur Barzahlung "aller", also auch der nicht konnexen Alt-Schulden des Bestellers. Dadurch wird eine wechselseitige Abhängigkeit der Erfüllung selbständiger Verträge geschaffen, die im dispositiven Recht nicht vorgesehen ist. Dafür, daß dem Sicherungsbedürfnis des vorleistungspflichtigen Lieferanten durch die ihm vom dispositiven Recht eingeräumten Befugnisse nicht ausreichend Rechnung getragen wird, sind Anhaltspunkte weder vorgebracht noch ersichtlich. Andererseits trägt die Klausel schon in dem hier bisher nur erörterten Punkt den schutzwürdigen Interessen der Besteller nicht in ausreichendem Maße Rechnung. Durch die in Nr. VII 1 und 2 der AGB vorgesehenen geräumigen Zahlungsziele erhalten die Abnehmer die Gelegenheit, ihre Lieferantenschulden jedenfalls teilweise mit dem Verkaufserlös der bestellten Artikel zu erfüllen. Zwar müßte der Besteller es hinnehmen, wenn der Lieferant den Zahlungsverzug mit Alt-Schulden zum Anlaß nähme, bei künftigen Geschäftsabschlüssen von der Warenlieferung auf Kredit überhaupt Abstand zu nehmen. Ist aber - wie in den in Nr. VII 4 und 5 der AGB geregelten Fällen - ein Kredit-Lieferungsvertrag bereits abgeschlossen, dann ist es unangemessen, dem Besteller den einmal erworbenen vertraglichen Anspruch auf Vorleistung des Lieferanten in weiterem Umfang als vom dispositiven Recht vorgesehen nachträglich wieder zu nehmen.

b) Darüberhinaus weicht die Klausel zu Lasten des Bestellers auch insoweit vom dispositiven Recht ab, als sie in der hier erörterten Alternative dem Lieferanten das Recht zur Zurückhaltung seiner Warenlieferung so lange einräumt, bis der Besteller alle "offenen" Alt-Schulden bar bezahlt hat. Aus der unterschiedlichen Wortwahl ("fällige" bzw. "offene" Forderungen) innerhalb desselben Satzes ist, wie das Berufungsgericht zu Recht ausführt, zu entnehmen, daß der Lieferant von dem Kunden auch die Bar-

zahlung noch nicht fälliger Forderungen aus anderen Verträgen fordern kann. Überdies werden von der Formulierung "offene Forderungen" auch solche erfaßt, in denen der Kunde aufgrund einer Einrede die Zahlung verweigern kann, etwa wegen Verjährung oder Mangelhaftigkeit vorangegangener Lieferungen. Insoweit kommt der Klausel die Wirkung eines Druckmittels zu, mit dem der Lieferant auch solche Leistungen des Bestellers erreichen kann, auf die er gar keinen oder jedenfalls noch keinen Anspruch hat. Rechtfertigungsgründe hierfür sind nicht ersichtlich.

c) Insgesamt entfernt sich damit die Regelung in Nr. VII 4 der AGB so weit vom gesetzlichen Leitbild des § 321 BGB, daß sie unangemessen im Sinne der §§ 9 Abs. 2 Satz 1, 24 Abs. 2 AGBG und damit unwirksam ist.

3. Ist aber Nr. VII 4 der AGB unwirksam und steht dem Lieferanten demnach nicht einmal ein Leistungsverweigerungsrecht zu, so entfällt erst recht die in Nr. VII 5 der AGB vorgesehene Möglichkeit, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Denn diese Klausel knüpft den Schadensersatzanspruch daran, daß der Vertrag "dadurch" - d.h. durch die unmittelbar zuvor in Nr. VII 4 der AGB geregelte Zurückhaltung der Warenlieferung des Lieferanten und die vergebliche Aufforderung an den Besteller, die dort genannten zusätzlichen Leistungen zu erbringen, - nicht zur Durchführung kommt. Damit setzt der in Nr. VII 5 der AGB geregelte Schadensersatzanspruch voraus, daß der Lieferant zur Zurückhaltung seiner Leistung unter den in Nr. VII 4 der AGB näher geregelten Voraussetzungen berechtigt ist.

Hiernach bedarf es nicht mehr der Prüfung, ob Nr. VII 5 der AGB überdies auch deswegen unwirksam ist, weil diese Klausel dem Lieferanten überhaupt einen Schadensersatzanspruch zubilligt. Dies könnte im Hinblick auf § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG deswegen zweifelhaft sein, weil dem Vorleistungs-

pflichtigen in den Fällen des § 321 BGB bei Untätigkeit des Vorleistungsberechtigten nach allgemeiner Meinung (Staudinger/Otto § 321 Rdn. 41; BGB-RGRK (Ballhaus) § 321 Rdn. 6; Palandt/Heinrichs § 321 Anm. 3; Erman-Battes § 321 Rdn. 11; Lindacher MDR 1977, 797, 799; vgl. auch BGHZ 11, 80, 85) allenfalls ein Rücktrittsrecht zustehen soll, und weil ein gleichwohl für möglich gehaltener Schadensersatzanspruch (MünchKomm/Emmerich § 321 Rdn. 26 - 30 mit weit. Nachw.) jedenfalls nicht mit dem Verzug des Bestellers hinsichtlich eines anderen Rechtsgeschäfts begründet werden könnte und außerdem eine Nachfristsetzung voraussetzen würde (§ 326 BGB; vgl. dazu § 11 Nr. 4 AGBG).

IV. Neben den hiernach unwirksamen Nrn. VII 4 und 5 der AGB, auf die die Klägerin ihren Schadensersatzanspruch stützt, sind weitere Anspruchsgrundlagen nicht vorhanden. § 321 BGB gewährt dem Vorleistungspflichtigen bei Vorliegen der - überdies nicht festgestellten - Voraussetzungen dieser Vorschrift, wie bereits ausgeführt, nach überwiegender Ansicht allenfalls ein Rücktrittsrecht. Ob darüberhinaus auch die Anwendung des § 326 BGB zuzulassen wäre, bedarf keiner Entscheidung, weil die Voraussetzungen dieser Vorschrift nicht vorliegen. Die Klägerin hat die Beklagte nicht mit der Gegenleistung aus dem im April 1982 abgeschlossenen Kaufvertrag, aus dessen Nichterfüllung sie Schadensersatz begehrt, in Verzug gesetzt und insoweit auch eine Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung unterlassen. Die im Schreiben der Klägerin vom 4. Juni 1982 enthaltene Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bezog sich auf die Erfüllung der rückständigen Kaufpreiskorderungen aus früheren Verträgen.

V. Die Revision war danach mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Braxmaier

Dr. Brunotte

Dr. Zülch

Dr. Paulusch

Groß