

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 1999 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Hübsch, Ball, Wiechers und Dr. Wolst

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 30. April 1998 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im Mai 1995 schloß die Klägerin mit der Beklagten einen Kaufvertrag über 1.455 näher bezeichnete geschweißte Rohre. Die Rohre, die die Beklagte ihrerseits von einem italienischen Hersteller bezog, wurden der Klägerin Anfang Juli 1995 geliefert und von ihr in zwei Kondensatoren eingebaut, die sie für einen französischen Kunden anfertigte. Dieser beanstandete mit Telefax vom 4. Oktober 1995 Undichtigkeiten. Nach Überprüfung unterrichtete die Klägerin die Beklagte mit Telefax vom 9. Oktober 1995 von der Beanstandung. Zugleich forderte sie eine kostenlose Ersatzlieferung. Die Beklagte lehnte dies mit Telefax vom 10. Oktober 1995 wegen verspäteter Rüge ab, erklärte sich

jedoch bereit, "auf dem Kulanzweg bei der Lösung des Problems mitzuwirken" und einzelne defekte Rohre auszutauschen. In dem folgenden Schriftwechsel beharrten die Parteien auf ihren jeweiligen Standpunkten. Am 13. Oktober 1995 übermittelten die Anwälte der Klägerin der Beklagten ein Telefax mit folgendem Wortlaut:

"Namens und im Auftrag unserer Mandantin fordern wir Sie hiermit auf , bis zum Ablauf des heutigen Tage, 13.10.1995, zu erklären, ob Sie Ihre Nachlieferungspflicht anerkennen und zusichern können, daß Sie bis zum Ablauf des

24.10.1995

mangelfrei den vertraglichen Spezifikationen entsprechende Rohre in gleicher Zahl und Menge an unsere Mandantin liefern werden.

Widrigenfalls würden wir davon ausgehen, daß Sie - wie die bisherige Korrespondenz schon nahe legt, Ihre Einstandspflicht ablehnen und an Mithilfe an der Schadensminderung nicht interessiert.

Darüber hinaus machen wir bereits jetzt dem Grunde nach Schadensersatz geltend, da die Rohre zum einen nicht die zugesicherte Eigenschaft aufwiesen, zum anderen sämtliche Folgeschäden von Ihrer positiven Vertragsverletzung umfaßt sind.

Sollte uns diese Erklärung nicht heute vorliegen, so werden wir anderweitig einen Deckungskauf veranlassen, dessen Kosten Ihnen ebenfalls im Rahmen des Schadensersatzes aufzugeben sind.

Sollte die Zusicherung nicht abzugegeben werden, so lehnt unsere Mandantin auch eine Ersatzlieferung zu einem späteren Zeitpunkt schon jetzt ab."

- 4 -

Mit weiterem Telefax vom gleichen Tag wurde die Erklärungsfrist bis "Montag, den 16. Oktober 1995, 12 Uhr mittags" verlängert. In ihrer Antwort vom 16. Oktober 1995, 12.11 Uhr, gab die Beklagte die gewünschte Erklärung nicht ab. Am 19. Oktober 1995 nahm die Klägerin einen Deckungskauf vor.

Nach weiterem Schriftwechsel hat die Klägerin die Beklagte mit ihrer am 22. Januar 1996 eingereichten Klage auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 211.000 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen. Ferner hat sie die Feststellung begehrt, daß die Beklagte ihr zum Ersatz allen weiteren Schadens aus der Lieferung der Rohre verpflichtet ist. Sie hat behauptet, die Rohre seien mangelhaft gewesen. Die Beklagte hat neben der Verspätung der Mängelrüge insbesondere die Verjährung der Klageforderung geltend gemacht und die Schadenshöhe bestritten.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen kleinen Teil des Zahlungsanspruchs - in Höhe von 208.132,36 DM statt 211.000 DM - stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten hin abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erstrebt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat im wesentlichen ausgeführt:

Etwaige Schadensersatzansprüche der Klägerin aus §§ 463 Satz 1, 480 Abs. 2 BGB und §§ 326, 480 Abs. 1 BGB seien verjährt. Für beide Ansprüche



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



betrage die Verjährungsfrist gemäß § 477 BGB sechs Monate. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, die eine Verjährungsfrist von einem Jahr vorsähen, seien nicht Vertragsbestandteil geworden. Da die Lieferung der Rohre am 4. Juli 1995 erfolgt sei, sei die Verjährungsfrist bei Einreichung der Klage am 22. Januar 1996 bereits abgelaufen gewesen. Der Lauf der Verjährungsfrist sei zwar in entsprechender Anwendung von § 639 Abs. 2 BGB ab dem 10. Oktober 1995 gehemmt gewesen, weil sich die Beklagte mit Telefax von diesem Tag bereit erklärt habe, im Wege der Kulanz einzelne defekte Rohre auszutauschen. Diese Hemmung habe aber bereits am 16. Oktober 1995, 12 Uhr, wieder geendet, weil die Klägerin ab diesem Zeitpunkt gemäß den Schreiben ihrer Anwälte vom 13. Oktober 1995 eine Ersatzlieferung der Beklagten abgelehnt habe. Eine erneute Hemmung der Verjährung durch den weiteren Schriftwechsel der Parteien sei nicht eingetreten.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat die Klage zu Unrecht wegen Verjährung der Klageforderung abgewiesen. Insoweit kann offenbleiben, ob ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus §§ 463 Satz 1, 480 Abs. 2 BGB wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der gelieferten Rohre in Betracht kommt und ob dieser Anspruch gegebenenfalls nach § 477 Abs. 1 BGB verjährt ist. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist jedenfalls ein etwaiger Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus §§ 326 Abs. 1, 480 Abs. 1 BGB nicht verjährt.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß der Käufer einer Gattungssache bei Lieferung einer mangelhaften Sache unter den Voraussetzungen des § 326 BGB von dem Verkäufer Schadensersatz

satz wegen Nichterfüllung seines Anspruchs aus § 480 Abs. 1 BGB auf Ersatzlieferung einer mangelfreien Sache verlangen kann.

Das gilt nicht nur, wenn der Käufer die mangelhafte Sache bei Lieferung zurückgewiesen hat (siehe dazu bereits RG JW 1905, 17; zum Schadensersatzanspruch aus § 286 BGB in diesem Fall vgl. auch RG JW 1904, 198 sowie Senatsurteil vom 22. Mai 1985 - VIII ZR 140/84 = WM 1985, 975 unter II 2 und 3) oder wenn der Verkäufer sich gemäß §§ 480 Abs. 1 Satz 2, 465 BGB mit der Ersatzlieferung einverstanden erklärt hat (siehe dazu Senatsurteil vom 6. Mai 1964 - VIII ZR 234/62, unveröffentlicht, S. 6), sondern auch dann, wenn der Käufer die Sache - in Unkenntnis des Mangels (vgl. §§ 480 Abs. 1 Satz 2, 464 BGB) - angenommen hat (so bereits RGZ 123, 212, 215 sowie beiläufig Senatsurteil vom 5. Oktober 1966 - VIII ZR 98/64 unter A III 2, insoweit in NJW 1967, 33 nicht abgedruckt; offengelassen in den Senatsurteilen vom 26. Oktober 1960 - VIII ZR 150/59 unter I 4, insoweit in NJW 1961, 117 nicht abgedruckt, und vom 10. Juni 1970 - VIII ZR 225/68 = NJW 1970, 1502 unter IV). Das entspricht der herrschenden Meinung im Schrifttum (Ermann/Grunewald, BGB, 9. Aufl., § 480 Rdnr. 9; Staudinger/Honsell, BGB, 13. Aufl., § 480 Rdnr. 10; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 480 Rdnrn. 30 f; Palandt/Putzo, BGB, 58. Aufl., § 480 Rdnr. 6; MünchKomm/H. P. Westermann, BGB, 3. Aufl., § 480 Rdnr. 6; Reinicke/Tiedtke, Kaufrecht, 6. Aufl., Rdnr. 523). Dagegen hält eine Mindermeinung die Anwendung des § 326 BGB für ausgeschlossen, wenn der Käufer die mangelhafte Sache angenommen hat (Esser/Weyers, Schuldrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Aufl., S. 55 f; Kirchhof, NJW 1970, 2052, 2053; Köhler, JuS 1979, 496, 499). Das ist jedoch weder durch das Gesetz geboten noch interessengerecht.

Der Anspruch des Käufers aus § 480 Abs. 1 BGB auf Ersatzlieferung ist der ursprüngliche Erfüllungsanspruch (Senatsurteile vom 10. Januar 1958 - VIII ZR 412/56 = NJW 1958, 418, vom 26. Oktober 1960 - VIII ZR 150/59 = NJW 1961, 117 unter 1 und vom 22. Mai 1985 - VIII ZR 140/84 = WM 1985, 975 unter II 1, jeweils m.w.Nachw.). Wird der Kaufvertrag nicht erfüllt, weil der Verkäufer überhaupt nicht liefert, kann der Käufer nach § 326 BGB vorgehen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der Käufer einer Gattungssache bei Lieferung einer mangelhaften Sache schlechter stehen sollte. Die Annahme der mangelhaften Sache vermag das grundsätzlich nicht zu rechtfertigen. Nach §§ 480 Abs. 1 Satz 2, 464 BGB hat lediglich die vorbehaltlose Annahme in Kenntnis des Mangels nachteilige Folgen für den Käufer, indem sie zum Ausschluß seiner Rechte aus § 480 Abs. 1 Satz 1 BGB führt. Aus den Senatsurteilen vom 5. Oktober 1966 - VIII ZR 98/64 (= NJW 1967, 33 unter A I) und vom 2. Dezember 1981 - VIII ZR 273/80 (= NJW 1982, 873 unter 4 d aa) ergibt sich nichts anderes. Der dort gegebene Fall, daß der Käufer (bzw. Leasingnehmer) die gelieferte Sache ungeachtet ihres Mangels als Vertragserfüllung behandeln und sich vom Verkäufer (bzw. Leasinggeber) eine Nachlieferung nicht aufdrängen lassen will, liegt hier nicht vor. Auch aus dem Umstand, daß nach § 480 Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Ersatzlieferungsanspruch des Käufers die für die Wandelung geltenden Vorschriften Anwendung finden, läßt sich für einen Ausschluß des § 326 BGB nichts herleiten. Denn diese Vorschriften besagen nichts dazu, wie bei Verzug des Verkäufers mit der Ersatzlieferung zu verfahren ist. Wäre dem Käufer in diesem Fall ein Vorgehen nach § 326 BGB versagt, bliebe der Verzug des Verkäufers sanktionslos. Der Käufer könnte, wollte er nicht auf Erfüllung klagen, lediglich zur Wandelung oder Minderung übergehen. Selbst das wäre ihm indessen verwehrt, wenn sich der Verkäufer mit der Ersatzlieferung einverstanden erklärt hätte. Denn damit wäre nach §§ 480

Abs. 1 Satz 2, 465 BGB die Ersatzlieferung mit der Folge "vollzogen", daß dem Käufer seine anderen Rechte aus § 480 Abs. 1 Satz 1 BGB abgeschnitten wären (vgl. Staudinger/Honsell, aaO, § 465 Rdnrn. 1, 10; Soergel/Huber, aaO, § 480 Rdnr. 38; MünchKomm/H. P. Westermann, aaO, § 480 Rdnr. 7). Dem Käufer bliebe danach nur die Erfüllungsklage. Das erscheint um so weniger verständlich, als der Verkäufer den Anspruch des Käufers auf Lieferung einer mangelfreien Sache durch sein Einverständnis mit der Ersatzlieferung bekräftigt hat. Um dieser offensichtlichen Benachteiligung des Käufers zu begegnen, wird teilweise (Kirchhof aaO 2054) vorgeschlagen, das Recht auf Wandelung oder Minderung wieder aufleben zu lassen, wenn der Verkäufer trotz des von ihm erklärten Einverständnisses keinen Ersatz liefert. Dieser Hilfskonstruktion bedarf es indessen nicht, wenn es bei der uneingeschränkten Anwendung des § 326 BGB verbleibt.

2. Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob im Streitfall die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs aus §§ 326 Abs. 1, 480 Abs. 1 BGB vorliegen. Daher ist hiervon in der Revisionsinstanz zugunsten der Klägerin auszugehen. Das gilt insbesondere für die Fragen, ob der Klägerin ein Ersatzlieferungsanspruch zusteht, weil die von der Beklagten gelieferten Rohre mangelhaft im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB waren, und ob sie ihre Untersuchungs- und Rügeobliegenheit aus § 377 HGB nicht verletzt hat, weil der Mangel möglicherweise nicht erkennbar war (§ 377 Abs. 2 HGB). Im übrigen ergeben sich die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 BGB aus dem unstreitigen Sachverhalt in Verbindung mit dem hier zugrunde zu legenden Vortrag der Klägerin.

a) Unstreitig hat die Klägerin die Beklagte in der Zeit zwischen dem 9. und 13. Oktober 1995 mehrfach zur Ersatzlieferung aufgefordert. Dadurch ist

die Beklagte in Verzug geraten (vgl. Senatsurteil vom 22. Mai 1985 - VIII ZR 140/84 = WM 1985, 975 unter II 1 m.w.Nachw.).

Der Verzug der Beklagten hat auch nicht geendet, bevor der Schadensersatzanspruch gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB mit Ablauf der von der Klägerin gesetzten Nachfrist am 16. Oktober 1995, 12 Uhr, entstanden ist (dazu im folgenden unter II 2 b und c). Das wäre zwar der Fall, wenn der - unterstellte - Ersatzlieferungsanspruch der Klägerin aus § 480 Abs. 1 BGB zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt gewesen wäre, weil der Verkäufer danach gemäß § 222 Abs. 1 BGB berechtigt ist, die Leistung zu verweigern (BGHZ 34, 191, 197; 48, 249, 250; 104, 6, 11). So verhält es sich hier jedoch nicht. Der Ersatzlieferungsanspruch verjährt gemäß §§ 480 Abs. 1 Satz 2, 477 Abs. 1 BGB in sechs Monaten von der Ablieferung an. Diese ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am 4. Juli 1995 erfolgt. Am 16. Oktober 1995 war daher noch keine Verjährung eingetreten. Der Verzug der Beklagten bestand fort.

b) Die nach § 326 Abs. 1 BGB erforderliche Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung ist in den beiden Schreiben vom 13. Oktober 1995 enthalten. Darin haben die Anwälte der Klägerin die Beklagte aufgefordert, bis zum 16. Oktober 1995 zu erklären, daß sie bis zum Ablauf des 24. Oktober 1995 mangelfreie Rohre nachliefern werde. Zugleich haben sie für den Fall, daß die Beklagte diese Erklärung nicht fristgerecht abgibt, die Ersatzlieferung abgelehnt und die Geltendmachung von Schadensersatz angekündigt. Damit haben die Anwälte der Klägerin, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang ausgeführt hat, eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die Klägerin nach Ablauf der gesetzten Erklärungsfrist die Annahme der Ersatzlieferung ablehnt und Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt. Dem steht nicht entgegen,

daß die Anwälte der Klägerin "darüber hinaus" Schadensersatz wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft der gelieferten Rohre sowie wegen positiver Vertragsverletzung geltend gemacht haben.

Daß die Nachfristsetzung mit Ablehnungsandrohung nicht auf die Vornahme der Ersatzlieferung selbst, sondern auf die Erklärung des Einverständnisses hiermit bezogen war, begegnet keinen Bedenken. Zwar genügt für die Nachfristsetzung nach § 326 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht die Aufforderung des Gläubigers an den Schuldner, sich über seine Leistungsbereitschaft zu erklären (RGZ 101, 397, 399; MünchKomm/Emmerich, aaO, § 326 Rdnr. 66 m.w.Nachw.; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Oktober 1982 - VII ZR 51/82 = NJW 1983, 989 unter 4 m.w.Nachw.). Nach den §§ 480 Abs. 1 Satz 2, 465 BGB ist die Ersatzlieferung jedoch wie die Wandelung "vollzogen", wenn sich der Verkäufer "auf Verlangen des Käufers" mit ihr einverstanden erklärt. Dem "Vollzug" kommt insoweit erhebliche Bedeutung zu. Zum einen unterliegt der Anspruch des Käufers auf Ersatzlieferung nicht mehr der kurzen Verjährung des § 477 BGB, wenn sich der Verkäufer mit ihr einverstanden erklärt hat (Senatsurteile vom 10. Januar 1958 - VIII ZR 412/56 = NJW 1958, 418 und vom 26. Dezember 1960 - VIII ZR 150/59 = NJW 1961, 117 unter 1). Zum anderen kann der Käufer danach nicht mehr zur Wandelung oder Minderung übergehen (vgl. oben unter II 1 a.E.). Das rechtfertigt es, die Nachfristsetzung auf die Erklärung des Einverständnisses mit der Ersatzlieferung zu richten. Darüber hinaus entsprach hier das Vorgehen der Klägerin auch den Interessen beider Parteien. Einerseits verschaffte es der Klägerin - im Hinblick auf einen gegebenenfalls erforderlichen Deckungskauf - alsbald Klarheit über den Erfolg ihres Ersatzlieferungsbegehrens. Andererseits ermöglichte es der Beklagten eine längere Frist für die Ausführung der Ersatzlieferung.

c) Die Beklagte hat ihr Einverständnis mit der Ersatzlieferung nicht innerhalb der von der Klägerin gesetzten Frist erklärt. Nach dem Ablauf der Frist ist die Klägerin gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 BGB berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung ihres - unterstellten - Ersatzlieferungsanspruchs zu verlangen; zugleich ist der Anspruch auf Ersatzlieferung gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 BGB ausgeschlossen.

3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht dagegen angenommen, daß der nach den vorstehenden Ausführungen in Betracht kommende Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte aus §§ 326 Abs. 1, 480 Abs. 1 BGB verjährt ist. Insoweit kann offenbleiben, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin, die eine Verjährungsfrist von einem Jahr vorsehen, Vertragsbestandteil geworden sind sowie ob und gegebenenfalls wie lange die Verjährung des Schadensersatzanspruchs in entsprechender Anwendung des § 639 Abs. 2 BGB gehemmt war. Unabhängig davon ist hier keine Verjährung eingetreten.

a) Zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, daß der in Rede stehende Schadensersatzanspruch - mangels Geltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Klägerin - ebenso wie der zugrundeliegende Ersatzlieferungsanspruch selbst gemäß § 477 Abs. 1 BGB in sechs Monaten verjährt. Das entspricht der höchstrichterlichen Rechtsprechung (so bereits RGZ 96, 169; Senatsurteil vom 26. Oktober 1960 - VIII ZR 150/59 unter I 4, insoweit in NJW 1961, 117 nicht abgedruckt; vgl. auch BGHZ 60, 9, 11 f und Senatsurteil vom 1. Dezember 1971 - VIII ZR 143/70 = WM 1972, 161 unter II 1 und 2) und der wohl einhelligen Meinung im Schrifttum (Ermann/Grunewald, aaO, § 480 Rdnr. 9; Staudinger/Honsell, aaO, § 480 Rdnr. 19; Soergel/Huber, aaO, § 480 Rdnr. 36; MünchKomm/H. P. Westermann, aaO,

§ 480 Rdnr. 11). Es ist allgemein anerkannt, daß nach dem Zweck des § 477 Abs. 1 BGB, einen Streit der Kaufvertragsparteien über Mängel der Kaufsache nach Ablauf längerer Zeit wegen der dadurch begründeten Schwierigkeiten auszuschließen, über den zu engen Wortlaut der Vorschrift hinaus alle im Zusammenhang mit der kaufrechtlichen Gewährleistung geltend gemachten Ansprüche der kurzen Verjährung unterliegen, sofern sie sich unmittelbar auf Sachmängel gründen und die Frage der Mangelhaftigkeit zwischen den Parteien noch nicht geklärt ist (BGHZ 60, 9, 11 f). Das trifft auch für den hier in Rede stehenden Schadensersatzanspruch aus §§ 326 Abs. 1, 480 Abs. 1 BGB zu.

b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Verjährungsfrist des genannten Schadensersatzanspruchs der Klägerin jedoch - anders als die des zugrundeliegenden Ersatzlieferungsanspruchs - nicht gemäß § 477 Abs. 1 BGB mit der Ablieferung der Rohre am 4. Juli 1995, sondern erst mit seiner Entstehung am 16. Oktober 1995, 12 Uhr (vgl. oben unter II 2 c) in Lauf gesetzt worden. Das folgt aus § 198 Satz 1 BGB. Der Beginn der Verjährung des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung steht in keiner Abhängigkeit von dem für den nicht erfüllten Anspruch maßgebenden Zeitpunkt, weshalb eine Anrechnung der auf diesen Anspruch verstrichenen Zeit auf die Verjährungsfrist für den Schadensersatzanspruch nicht stattfindet (BGHZ 107, 179, 184 m.w.Nachw.). Anderenfalls könnte der Schadensersatzanspruch verjähren, bevor er überhaupt entstanden ist.

aa) Etwas anderes ergibt sich entgegen der auf Peters (Anm. zu BGHZ aaO in JZ 1989, 749) gestützten Ansicht der Revisionserwiderung weder aus § 638 BGB noch aus § 852 BGB. Nach § 638 Abs. 1 BGB beginnt die Verjährung zwar auch für jene werkvertragsrechtlichen Gewährleistungsansprüche mit der Abnahme, die der Besteller (nicht Unternehmer) zunächst wegen des

vorrangigen Nachbesserungsanspruchs nicht geltend machen kann. Dafür ist die Verjährung jedoch nach § 639 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 639 Abs. 1, 477 Abs. 2 BGB so lange gehemmt, bis der Unternehmer, der sich der Beseitigung des Mangels unterzieht, dem Besteller gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt. Gemäß § 852 BGB mag der dort bezeichnete Ersatzanspruch nach dem Grundsatz der Schadenseinheit zwar auch hinsichtlich solcher Teile des Schadens verjähren, mit denen erst künftig zu rechnen ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. November 1990 - VI ZR 2/90 = NJW 1991, 973 unter II 1 m.w.Nachw.). Der Geschädigte hat jedoch die Möglichkeit, die Verjährung auch insoweit durch Feststellungsklage zu unterbrechen.

bb) Auch der Zweck der kurzen Verjährungsfrist des § 477 Abs. 1 BGB, einen Streit der Kaufvertragsparteien über Mängel der Kaufsache nach Ablauf längerer Zeit wegen der dadurch begründeten Schwierigkeiten auszuschließen (BGHZ 60, 9, 11 f), rechtfertigt entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (Soergel/Huber, aaO, § 480 Rdnr. 36; Staudinger/Peters, aaO, § 198 Rdnr. 13; MünchKomm/H. P. Westermann, aaO, § 480 Rdnr. 11) keine andere Beurteilung. Beginnt die Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus §§ 326 Abs. 1, 480 Abs. 1 BGB gemäß § 198 Satz 1 BGB erst mit dessen Entstehung, kann zwar auch noch nach Verjährung der in § 480 Abs. 1 Satz 1 BGB genannten Gewährleistungsansprüche des Käufers Streit mit dem Verkäufer über Mängel der Kaufsache entstehen. Das ist jedoch auch nach dem Gesetz selbst nicht völlig ausgeschlossen, wie die Bestimmungen der §§ 478, 479 BGB über die Erhaltung der Mängelreue und des Aufrechnungsrechts zeigen. Davon abgesehen wird die Verjährung des Schadensersatzanspruchs aus §§ 326 Abs. 1, 480 Abs. 1 BGB bei Anwendung des § 198 Satz 1 BGB selbst im - für den Verkäufer - ungünstigsten Fall nicht so lange hinausgeschoben, daß der Zweck des § 477 BGB entscheidend beeinträchtigt ist. Ihre Vollendung tritt

spätestens sechs Monate und damit in nicht allzu langer Zeit nach der Verjährung des zugrundeliegenden Ersatzlieferungsanspruchs ein. Denn der Verzug des Verkäufers, der Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs aus § 326 Abs. 1 BGB ist, endet, wie oben (unter II 2 a a.E.) dargelegt, mit der Verjährung des Ersatzlieferungsanspruchs.

cc) Zu Unrecht beruft sich das Berufungsgericht (so auch Soergel/Huber, aaO, § 480 Rdnr. 36; MünchKomm/H. P. Westermann, aaO, § 480 Rdnr. 11) für seine Auffassung schließlich auf das Senatsurteil vom 1. Dezember 1971 - VIII ZR 143/70 (= WM 1972, 161 unter II 3). In dieser Entscheidung hat der Senat ebenso wie in der in BGHZ 60, 9, 13 f ausdrücklich offengelassen, wann die Verjährung des dort betroffenen Schadensersatzanspruchs aus positiver Vertragsverletzung beginnt. Sofern sich aus dem Senatsurteil vom 26. Oktober 1960 - VIII ZR 150/59 (unter I 5, insoweit in NJW 1960, 117 nicht abgedruckt) etwas anderes als hier ergeben sollte, hält der Senat daran nicht fest.

c) Hat die sechsmonatige Verjährung des - unterstellten - Schadensersatzanspruchs der Klägerin gegen die Beklagte aus §§ 326 Abs. 1, 480 Abs. 1 BGB mithin erst am 16. Oktober 1995, 12 Uhr, begonnen, war sie bei Klageerhebung am 22. Januar 1996 noch nicht vollendet.

III. Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben. Der Rechtsstreit ist nicht zur Endentscheidung reif, da es noch weiterer tatsächlicher Feststellungen zu den Voraussetzungen und gegebenenfalls der Höhe des von der Klägerin geltend gemachten Schadensersatzanspruchs aus §§ 326 Abs. 1, 480 Abs. 1 BGB bedarf. Deswegen waren das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Deppert

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers

Dr. Wolst