

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB §§ ⁴⁸⁰~~840~~, 477, 465

Hat sich der Verkäufer mit Ersatzlieferung einverstanden erklärt, soweit Mängel der gelieferten Waren in einer vom Käufer vorzunehmenden Prüfung festgestellt und die mangelhaften Waren zurückgeliefert würden, so ist der Umfang der Ersatzlieferung im Sinne des § 465 BGB nicht geregelt, wenn der Käufer berechtigt bleibt, die Mangelhaftigkeit der Ware und die Rücknahmepflicht in Frage zu stellen. Deshalb bleibt in einem solchen Falle der Anspruch auf Ersatzlieferung der kurzen Verjährung des § 477 BGB unterworfen (Ergänzung zum Urt. v. 10. Januar 1958 - VIII ZR 412/56 -).

BGH, Urt. v. 26. Oktober 1960 - VIII ZR 150/59 - KG Berlin

VIII ZR 150/59

Verkündet am 26. Oktober 1960
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der T [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vertre-
ten durch die Geschäftsführer Dr. Hans H [REDACTED] und Dr. Herbert
H [REDACTED], in B [REDACTED], S [REDACTED] str. [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Walter M.A. D [REDACTED] in L [REDACTED] Schwarzw.,
I [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. Oktober 1960 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Artl, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und
Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
10. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
11. Juli 1959 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klä-
gerin zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit Schreiben vom 2. Juni 1956 bestellte die Klägerin unter Bezugnahme auf ihre allgemeinen Einkaufsbedingungen und zu besonderen in ihrer Bestellung aufgeführten Bedingungen bei dem Beklagten elektrische Röhren I. Wahl in näher angegebenen Sorten und Mengen zu Preisen von insgesamt 425 636,60 DM. Der Beklagte bestätigte diesen Auftrag mit Schreiben vom 11. Juni 1956. Er führte die Bestellung durch Teillieferungen aus. Mit Schreiben vom 30. April 1957 beanstandete die Klägerin Röhren aus den Lieferungen von Ende Februar und Anfang April 1957. Nach einem Schriftwechsel hierüber teilte die Klägerin dem Beklagten unter dem 11. Mai 1957 mit, sie habe inzwischen mit ihrem Kunden klargestellt, daß er aus den Lieferungen lediglich die bis jetzt als schlecht befundenen und die als StEG-Ware bezeichneten Röhren zurückgebe. Eine weitere Überprüfung der gelieferten anderen Röhren bleibe vorbehalten, so daß daraus evtl. noch Rücklieferungen zum Ersatz erfolgen könnten.

Der Beklagte lieferte am 15. Mai 1957 weitere Röhren im Gegenwert von 30 587,60 DM. Als er am 11. Juni 1957 die Bezahlung dieser Lieferung verlangte, schrieb ihm die Klägerin, daß die Rechnung vorerst nicht bezahlt werden könne, weil erneut Röhren aus den Lieferungen Ende Februar und Anfang April 1957 reklamiert werden müßten. Darauf lehnte der Beklagte weitere Lieferungen ab. Die Klägerin teilte ihm nun mit Schreiben vom 4. Juli 1957 mit, daß eine Klärstellung mit ihrem Kunden erfolgt sei. Die als StEG-Ware reklamierten 4 Röhrenpositionen im Gesamtwert von 8041,50 DM würden von dem Kunden zurückgegeben, der Auftrag werde um diese Röhren reduziert. Wörtlich heißt es sodann in dem Schreiben:

"2. Es erfolgt eine eingehende Prüfung sämtlicher gelieferten Röhren im Beisein eines Telefunkt-Prüfers. Die als defekt herausfallenden Röhren werden zum kostenlosen Umtausch in einwandfreie Röhren I. Wahl zurückgegeben.

3. Die restlose Belieferung des Auftrages - ... - soll durchgeführt werden.

....



Die Prüfung sämtlicher gelieferten Röhren wird eine bestimmte Ausfallquote ergeben, die - wie es ja unserer Bestellung und Ihrer Bestätigung entspricht - kostenlos in Röhren I.Wahl umzutauschen wären. Zwischen Ihnen und uns hat es über die Möglichkeit solcher Reklamationen niemals Zweifel gegeben. Wir werden diese Prüfung so schnell wie möglich durchzuführen versuchen und die beanstandeten Röhren unverzüglich an Sie zurückschicken....

Abschließend möchten wir darum bitten, daß die zu erwartenden Rücksendungen beanstandeter Röhren von Ihnen mit aller Sorgfalt behandelt und so schnell wie möglich durch einwandfreie Röhren ersetzt werden. Wir hoffen sehr, daß die bisher aufgetretenen Schwierigkeiten im nunmehrigen Ablauf nicht mehr zum Vorschein kommen. Es kann allerdings sein, daß die mehrfach erbetenen und bisher uns nicht zugesandten Daten- und Prüfblätter noch gefordert werden, so daß wir Sie bitten müssen, um deren Beschaffung äußerst bemüht zu bleiben...
....."

Der Beklagte erklärte sich mit dieser Regelung fernmündlich einverstanden. Die Klägerin bestätigte dies mit Schreiben vom 9. Juli 1957, in dem es heißt:

"Wir sind uns danach einig, daß

- a) ...
- b) die nach Prüfung der gelieferten Röhren als nicht einwandfrei befundenen Röhren I.Wahl kostenlos umgetauscht werden,
- c) aus StEG-Beständen gelieferte Röhren, da sie nicht als I.Wahl bezeichnet werden können, zurückgeliefert und in unserer Bestellung annulliert werden. Sofern solche Röhren bereits berechnet waren, erteilen Sie uns Gutschrift."

In seinem Schreiben vom 24. Juli 1957 wies der Beklagte die Klägerin darauf hin, daß er die reklamierten Röhren leider immer noch nicht im Besitz habe und daß die Garantiezeit für ihn bald ablaufe. Unter dem 26. August 1957 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, ihr Kunde habe erklärt, daß bei der Prüfung der Röhren Ausfälle bis zu 50 % zu verzeichnen seien. Ein großer Teil der Röhren sei durch Lagerstempel aus dem Jahre 1942 einwandfrei als alte Röhren zu erkennen. Durch die lange Lagerzeit habe ein Teil der Röhren Gas gezogen. Viele der gelieferten Röhren wiesen

äußerlich Oxydationserscheinungen auf. Es müsse damit gerechnet werden, daß ein erheblicher Teil der gelieferten Röhren zurückgegeben werde. Mit Schreiben vom 18. September 1957 übersandte die Klägerin dann dem Beklagten eine Liste der reklamierten Röhren im Gesamtwert von 152 690,75 DM und verlangte für die darin aufgeführten Röhrentypen und Mengen Ersatz in Röhren I.Wahl und, soweit Ersatzlieferung in einwandfreien Röhren I.Wahl nicht möglich sei, Gutschrift der Rechnungsbeträge. Die Klägerin teilte dabei mit, daß der größte Teil dieser Röhren im Sondereinsatz bei ihrem Kunden erprobt worden sei. Das Ergebnis sei, wie ihr Prüfbeauftragter geschrieben habe, "niederschmetternd", besonders im Hinblick auf sämtliche Magnetrons. Bei der Radar-Bildröhre 7 BP 7 A seien z.B. 97 Ausfälle (die Aufstellung enthält 297 Stück) festgestellt worden. Die Röhren lagerten in der Außenstelle in Düsseldorf und stünden dem Beklagten zur Verfügung.

Der Beklagte antwortete auf dieses Schreiben am 24. September 1957, die Garantiefrist für den größten Teil der beanstandeten Röhren sei verstrichen, er habe sich aber trotzdem mit seinem Lieferanten wegen Übernahme der Röhren in Verbindung gesetzt. Am 5. November 1957 berichtete er dann der Klägerin, er habe bei seinem Lieferanten bis auf evtl. Kulanz/Ächen, wenn es sich wider Erwarten wirklich um StEG-Waren handeln sollte, nichts erreicht. Unter dem 3. Januar 1958 teilte die Klägerin dem Beklagten mit, sie habe sich vergeblich um eine Pauschalübernahme der beanstandeten Röhren bei ihrem Kunden bemüht und wolle die Röhren nochmals überprüfen. Der Beklagte lehnte es jedoch nunmehr mit Schreiben vom 4. Februar 1958 wegen des inzwischen erfolgten Fristablaufes ab, irgendwelche Mängelrügen an seinen Lieferanten weiterzugeben.

Mit Schreiben vom 17. April 1958 erklärte die Klägerin den Rücktritt vom Vertrag. Am 30. Juni 1958 übersandte sie dem Beklagten eine spezifizierte Aufstellung über die

einzelnen beanstandeten Röhren und forderte ihn mit Schreiben vom 30. September 1958 auf, sich mit der Wandlung hinsichtlich eines Auftragswertes von 149 811,80 DM einverstanden zu erklären. Das hat der Beklagte abgelehnt.

Die Klägerin verlangt mit der am 16. Oktober 1958 eingereichten Klage Rückzahlung des Kaufpreises in Höhe von 149 739,40 DM nebst Zinsen.

Der Beklagte hat eingewandt, die Klägerin habe unterlassen gehabt, die Lieferungen selbst zu prüfen, was im Vertrage vorgesehen sei. Die angeblichen Mängel habe sie dann verspätet und nicht ordnungsgemäß gerügt. Ihre Gewährleistungsansprüche seien jedenfalls verjährt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Kammergericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den Klageanspruch weiter, während die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Klage schon deshalb unbegründet ist, weil die Klägerin, wie das Berufungsgericht angenommen hat, die angeblichen Mängel der Röhren nicht ordnungsgemäß und rechtzeitig gerügt hat, denn dem Verlangen der Klägerin, den Kauf insoweit rückgängig zu machen, als Lieferungen des Beklagten mangelhaft gewesen sind und die Klägerin mit dem Schreiben und der beigelegten Liste vom 18. September 1957 Ersatzlieferung gefordert hat, steht jedenfalls die Verjährungseinsrede aus § 477 BGB entgegen, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat.

1. Nach dieser Vorschrift verjähren die Gewährleistungsansprüche des Käufers, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten seit der Ablieferung. Die Verjährungsfrist kann jedoch durch Vertrag verlängert werden. Sie findet auf den Anspruch auf Ersatzlieferung entsprechende Anwendung. Dieser Anspruch ist, wie die Revision zutreffend bemerkt, der Erfüllungsanspruch (Urteil des erkennenden Senats vom 10. Januar 1958 - VIII ZR 412/56 - m.Nachw. - Lf. BGB § 480 Nr.2 = MDR 1958,232 = NJW 1958,418; Kuhn in BGB RGRK 11.Aufl. § 480 Anm.8; Gramm bei Palandt BGB 19.Aufl. § 480 Anm.2; Esser, Schuldrecht 2.Aufl. (1960) § 106, 8 S.497; Hefermehl i.d.Anm. zu der angeführten Entscheidung des Senats MDR 1958,916). Aus der entsprechenden Anwendung der Vorschrift des § 477 BGB i.Verb. mit dem nach § 480 Abs.1 Satz 2 BGB ebenfalls entsprechend anwendbaren § 465 BGB hat der erkennende Senat gefolgert, daß der Erfüllungsanspruch in der Gestalt des Ersatzlieferungsanspruchs nicht mehr der kurzen Verjährungsfrist unterworfen ist, wenn die Vertragsparteien über die Ersatzlieferung eine Vereinbarung getroffen haben, bei der ihr Umfang geregelt ist. Eine solche als Vollziehung des Ersatzlieferungsanspruchs anzuerkennende Willenseinigung im Sinne des § 465 BGB liegt jedoch dann nicht vor, wenn die Ersatzlieferung von der Mangelhaftigkeit der zu ersetzenden Stücke abhängig bleibt und diese dem Streit der beiden Vertragsteile nicht endgültig entzogen ist. Beim Gattungskauf läßt die Lieferung einer mangelhaften Sache zwar den Erfüllungsanspruch bestehen, dieser Anspruch ist aber nunmehr - nach Annahme der Lieferung - grundsätzlich der kurzen Verjährung unterworfen.

2. Das Berufungsgericht nimmt an, daß mit der Vereinbarung vom 4./8. Juli 1957 noch keine völlige Willenseinigung auch über den Umfang der Ersatzlieferung stattgefunden habe. Eine solche hätte, so führt es aus, notwen-

digerweise zum Ausdruck bringen und klarstellen müssen, für welche Waren Ersatz zu leisten und die Nachlieferung zu erfolgen habe. Hierüber sei jedoch in dem Abkommen nichts gesagt. Aus ihm ergebe sich im Gegenteil nur, daß selbst die Klägerin noch nicht einmal habe angeben können, für welche Röhren Ersatz zu leisten sei. So habe nach Ziffer 2 ihres für das Abkommen maßgeblichen Schreibens vom 4. Juli 1957 noch in eine eingehende Prüfung sämtlicher gelieferter Röhren (gemeint sind damit wohl nur die Teillieferungen vom Februar und April 1957) im Beisein eines Telefunken-Prüfers eingetreten und hätten die als defekt herausfallenden Röhren zum kostenlosen Umtausch in einwandfreie Röhren erster Wahl zurückgegeben werden sollen. Danach sei der im Abkommen in Rede stehende Nachlieferungsanspruch seinem Umfange nach durchaus offengeblieben. Da eine Einigung über den Umfang der Ersatzlieferung nicht erfolgt sei, so seien Ansprüche allein aus der Nachlieferungsvereinbarung außerhalb des Kaufvertrages nicht gegeben. Es hätten deshalb weiterhin für die Klägerin nur mögliche Ansprüche auf Ersatzlieferung bestanden, die in der in § 477 BGB festgesetzten kurzen Verjährungsfrist nach rechtzeitig erfolgter Mängelrüge geltend zu machen gewesen wären.

Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts ist im Ergebnis beizutreten. Dem Berufungsurteil ist nicht zu entnehmen, daß das Berufungsgericht etwa verkannt haben könnte, unter welchen Voraussetzungen eine ausreichende Willenseinigung über die Ersatzlieferung bei Gattungssachen im Sinne der bereits erwähnten Entscheidung des erkennenden Senats vom 10. Januar 1958 - VIII ZR 412/56 -, auf die es bei seinen Erwägungen verwiesen hat, angenommen werden darf. Nach dieser Entscheidung kann allerdings eine die kurze Verjährungsfrist beseitigende Vereinbarung über den Umfang der Ersatzlieferung vorliegen, wenn bei ihrem Abschluß die Menge der zurückgegebenen Ware, also für den vorliegenden Fall die Zahl der mangelhaften Röhren, noch nicht

festgestanden hat. Es braucht auch nicht wesentlich zu sein, ob die Mängel, auf Grund deren Ersatzlieferung erfolgen soll, schon vollständig, d.h. durch Überprüfung sämtlicher von der Vereinbarung über die Ersatzlieferung betroffenen Waren, ermittelt worden sind. Deshalb konnte im Falle der Entscheidung vom 10. Januar 1958 in der dort behaupteten Vereinbarung der Umfang der Ersatzlieferung als geregelt angesehen werden, obwohl auch solche Waren hierunter fallen sollten, für die noch sogenannte condemnation certificates der englischen Gesundheitsbehörde vorzulegen waren. Dabei kam es aber entscheidend darauf an, daß die behauptete Vereinbarung dahin zu verstehen war, der Käufer dürfe den Bescheinigungen gegenüber die Mangelhaftigkeit der Waren, bei denen überdies nach der Natur der Mängel eine Rückgabe nicht in Betracht kam, nicht mehr in Frage stellen. Damit wäre also diese für die kurze Verjährungsfrist besonders wesentliche Frage dem Streit der Parteien entzogen gewesen. Anders ist jedoch der hier zu beurteilende Sachverhalt. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts ist offen geblieben, welche Mängel noch anerkannt werden sollten. Es hat zwar nicht ausdrücklich gesagt, daß der Beklagte nach dem Inhalt der Nachlieferungsvereinbarung vom 4./8. Juli 1957 sich nicht endgültig und vorbehaltlos den Prüfungen unterworfen habe, welche die Klägerin danach noch hätte vornehmen sollen. Das Berufungsgericht geht jedoch erkennbar auf Grund des Parteivorbringens hiervon aus, da es in Betracht gezogen hat, daß für den Inhalt des Abkommens das Schreiben der Klägerin vom 4. Juli 1957 maßgebend sei und diese damals nicht einmal habe angeben können, für welche Röhren Ersatz zu leisten sei. Wenn es daraus folgert, der Nachlieferungsanspruch sei also seinem Umfange nach durchaus offen geblieben, so ist dies auch insoweit richtig, als das erwähnte Schreiben und die Umstände des Falles keinen Schluß darauf zulassen, der Beklagte habe bei seinem Einverständnis damit, daß

die nach Prüfung der gelieferten Röhren als nicht einwandfrei befundenen in Röhren erster Wahl kostenlos umgetauscht werden sollten, sich vorbehaltlos dem Ergebnis der unter Mitwirkung der Klägerin vorzunehmenden Prüfung unterworfen, zumal die Klägerin in dem Schreiben vom 4. Juli 1957 darauf hingewiesen hat, daß es sich um Reklamationen handle, über deren Möglichkeit zwischen den Parteien niemals Zweifel bestanden hätten, und abschließend darum gebeten hat, der Beklagte möge die zu erwartenden Rücksendungen beanstandeter Röhren mit aller Sorgfalt behandeln und sie so schnell wie möglich durch einwandfreie Röhren ersetzen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der Beklagte damals noch damit rechnen mußte, daß er auf Grund der von ihm gegebenen Haltbarkeitsgarantie von sechs Monaten in Anspruch genommen werden könne, daß er aber auch seinem Zulieferanten gegenüber einen einwandfreien Nachweis der behaupteten Mängel zu liefern hatte, wenn er seinerseits gegen diesen Rückgriff nehmen wollte. Das Berufungsgericht hat zudem auch ausdrücklich festgestellt, der Beklagte habe noch die Möglichkeit behalten, die Rechtzeitigkeit der Rügen zu beanstanden. Demnach kann nach den Feststellungen und dem Sachvortrag der Parteien nicht angenommen werden, daß die Feststellung der Klägerin über Mängel der beanstandeten Röhren auch für den Beklagten bindend den Umfang der Ersatzlieferungen festlegen sollte. Eine solche einseitige Bindung des Beklagten ist auch der Bestätigung der Klägerin vom 9. Juli 1957 nicht zu entnehmen. Die Revision hat nicht gerügt, daß das Berufungsgericht insoweit tatsächliches Vorbringen der Klägerin nicht beachtet habe. Sie hat vielmehr in der schriftlichen Revisionsbegründung geltend gemacht, das Interesse an der Verkürzung des Zustandes der Rechtsunsicherheit, welchem Zweck die kurze Verjährungsfrist diene, entfalle schon dann, wenn der Käufer sein Wahlrecht aus § 480 BGB in Richtung auf den Ersatzlieferungsanspruch ausübe und wenn der Käufer seine Verpflichtung zu dieser Ersatzlieferung anerkenne. Die sichere Grundlage für diese Eini-

gung sei hier dadurch gegeben, daß auf Grund der Einigung darüber, daß die defekten Röhren durch eine Überprüfung festgestellt werden sollten, ohne weiteres objektiv zu ermitteln gewesen sei, auf welche Röhren im einzelnen sich die Nachlieferungspflicht beziehen solle. Es genügt jedoch nicht, daß der Umfang der Nachlieferungspflicht nach objektiven Maßstäben bestimmbar ist. Das ist in der Regel bei jedem Nachlieferungsanspruch der Fall. Wenn die Revision in der mündlichen Verhandlung dazu noch vorgetragen hat, die Vereinbarung vom 4./8. Juli 1957 sei dahin zu verstehen, daß die Prüfung der Röhren von dem Beklagten hätte hingenommen werden müssen, so steht dies mit den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht im Einklang, gegen die keine Verfahrensrügen erhoben sind. Es ist auch nicht richtig, daß der Beklagte, wie die schriftliche Revisionsbegründung ausgeführt hat, die Prüfung durch die Prüfer der Klägerin hingenommen und sich nur darauf beschränkt habe, später seine Ersatzlieferungspflicht in Abrede zu stellen. Der Beklagte hat vielmehr in seinem Schreiben vom 5. November 1957 der Klägerin erklärt, er habe nun die Nachricht erhalten, daß die zurückgegebenen 16 Stück 2 J 32 in einem einwandfreien Zustand seien, man habe ihm erklärt, die Röhren seien nicht ordnungsgemäß geprüft und ein derart hoher Ausfall wie z.B. bei den Röhren 7 BP 7 A sei unmöglich, denn alle diese Röhren seien nochmals vor der Absendung aus Amerika auf ihre einwandfreie Funktion kontrolliert worden, man verlange von ihm eine einwandfreie Kontrolle der Röhren und Angabe der Beanstandungen. Der Beklagte hat damit auch hinsichtlich des Prüfungsergebnisses Einwendungen erhoben, ohne daß die Klägerin dem widersprochen hat.

Dem Berufungsgericht kann nicht zum Vorwurf gemacht werden, daß es nicht erörtert hat, ob der Klägerin etwa in dem Ersatzlieferungsabkommen eine Befugnis im Sinne des § 315 BGB eingeräumt worden ist, die Ersatzlieferung des Beklagten zu bestimmen, weil dieser Gesichtspunkt zu fern

gelegen hat. Abgesehen davon würde aber selbst in solchem Falle die von der Klägerin zu treffende Bestimmung nicht einer Überprüfung entzogen worden sein. Damit wäre also nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, die Frage, ob und in welchem Umfang zum Ersatz verpflichtende Mängel bestanden haben, noch aufzuwerfen. Dabei kann ganz außer acht gelassen werden, daß nach der Annahme des Berufungsgerichts auch noch die Frage der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge offen geblieben ist.

Nach alledem kann der Revision nicht darin zugestimmt werden, daß die Vereinbarung vom Juli 1957 eine so vollständige und endgültige Regelung über die Ersatzlieferung enthält, daß der Anspruch auf Ersatzlieferung nicht mehr der kurzen Verjährungsfrist unterworfen geblieben ist.

3. Die kurze Verjährungsfrist findet, wie die Revision auch nicht in Abrede gestellt hat, selbst dann Anwendung, wenn die Folgen der Gewährleistung für Sachmängel durch Vereinbarung anders geregelt sind als im Gesetz, z.B. wenn statt der Wandlung ein Rücktrittsrecht eingeräumt ist (vgl. OLG Hamburg, Recht 1920 Nr.2354). Das folgt aus dem Sinn und Zweck des § 477 EGB, dem, wie das Reichsgericht in RGZ 129,280,282 ausgeführt hat, der Gedanke zugrundeliegt, daß die Ermittlung und Feststellung von Mängeln des Kaufgegenstandes nach längerer Zeit kaum ausführbar und daß für den Verkehr die Zulassung des Zurückgreifens auf solche Mängel nach langer Zeit in höchstem Grade lästig und hemmend sei. Die Vorschrift gilt auch für alle Ansprüche wegen Mängel der abgelieferten Kaufsache; nur ein arglistiges Verschweigen schließt die Anwendung dieser Vorschrift aus (RG aaO). Deshalb ist unerheblich, ob die dem Vertrag zugrundeliegenden allgemeinen Einkaufsbedingungen der Klägerin mit den Klauseln unter Nr.6 über ihre Berechtigung, nach ihrer Wahl unter Rücksendung der beanstandeten Ware vom Lieferer Ersatz zu verlangen oder die Bestellung ganz oder teilweise rückgängig zu machen, vertragliche Rechte, insbesondere

ein vertragliches Rücktrittsrecht, begründet haben. Aus denselben Erwägungen unterliegt aber auch ein vertraglicher Anspruch der Klägerin auf Ersatzlieferung, soweit er sich aus der von ihr im Juli 1957 verlangten und von dem Beklagten gegebenen Zusage ergibt, für mangelhafte Ware mangelfreie liefern zu wollen, der kurzen Verjährung des § 477 BGB, da mit dieser Zusage, wie oben ausgeführt worden ist, nicht ein neuer von dem früheren Vertrag losgelöster Vertrag geschlossen werden sollte und der Umfang der Ersatzlieferung hiermit noch nicht geregelt war.

4. Es kann nun dahingestellt bleiben, ob der Käufer dann, wenn der Verkäufer dem Verlangen auf Ersatzlieferung nicht entspricht, statt dessen nur sonstige Gewährleistungsansprüche nach § 480 BGB geltend machen oder auch auf Grund des § 326 BGB von dem Kaufvertrag zurücktreten kann. - Die Rechtsprechung hat ihm, von der Auffassung ausgehend, daß der Käufer kraft des Nachlieferungsrechts (§ 480 BGB) befugt sei, den Vertrag als unerfüllt zu behandeln, auch die Befugnis eingeräumt, nach § 326 BGB auf das Recht des Schuldnerverzugs überzugehen und nach dieser Vorschrift Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen (RG LZ 1928,184 = Recht 1928 Nr.9; RGZ 123,212,215; a.M. wohl-Esser aaO § 106, 8 b). - Denn der Käufer kann sich auf die Einrede der Verjährung aus §§ 480, 477 BGB auch gegenüber den Ansprüchen aus § 326 BGB dann berufen, wenn sie den Nachlieferungsanspruch zur Grundlage haben. Allerdings hat das Reichsgericht in der erstgenannten Entscheidung die Auffassung vertreten, daß dann, wenn ein Gewährleistungsanspruch wegen Sachmängel gelieferter Ware, auf den die Verjährungsvorschriften des § 477 BGB Anwendung finden, in zulässiger Weise durch Nachfristbestimmung (§ 326 BGB) von dem Gebiet der Gewährleistung auf das des Schuldnerverzuges übergeleitet werde, mit Fristablauf die in § 326 vorgesehene Umwandlung des Schuldverhältnisses eintrete und daß in solchem Falle der Anspruch des Käufers

auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht mehr Gewährleistungsanspruch, sondern Verzugsfolge und aus diesem Grunde nicht der kurzen Verjährung des § 477 BGB unterworfen sei. Diese Entscheidung ist ersichtlich von dem Gedanken getragen, daß der Nachlieferungsanspruch als gesetzlicher Gewährleistungsanspruch von dem ursprünglichen Anspruch des Käufers auf Lieferung einer mangelfreien Sache zu unterscheiden sei und daß die Gestaltung des Gewährleistungsrechts es dem Käufer ermögliche, den ursprünglichen Lieferanspruch ohne Einschränkung und unberührt von der Verjährungsvorschrift der §§ 480, 477 BGB geltend zu machen. In Wirklichkeit handelt es sich jedoch bei dem Nachlieferungsanspruch um den ursprünglichen Erfüllungsanspruch, der jedoch nach Annahme der gelieferten Ware einer kürzeren Verjährung unterworfen ist. Es ist deshalb nur folgerichtig, dem Schuldner die Verjährungseinrede aus den genannten Vorschriften auch insoweit zuzubilligen, als der Käufer wegen Nichterfüllung des Nachlieferungsanspruches Rechtsbehelfe aus § 326 BGB geltend macht (so jedenfalls für den Schadensersatzanspruch aus § 326 BGB zutreffend Ostler bei Staudinger BGB 11. Aufl. § 480 Nr. 31; OLG Hamburg OLG 38, 84; OLG Dresden SeuffArch 74 Nr. 49). Kann also der Käufer nach Lieferung der Ware nur einen Nachlieferungsanspruch auf Grund des § 480 BGB geltend machen, so würde es dem Sinn und Zweck der Bestimmung über die kurze Verjährung zuwiderlaufen, wollte man daneben noch einen nicht der kurzen Verjährung unterliegenden Lieferanspruch anerkennen. Es bedarf deshalb nicht der von Esser aaO für richtig gehaltenen Konstruktion, daß der Käufer nach Lieferung der Gattungssache nicht mehr Nachfristen setzen und den Käufer wegen Verzuges auf das Erfüllungsinteresse belangen könne, sondern nur auf Schadensersatzansprüche nach § 463 BGB (oder Wandlung) angewiesen sei. Dem Sinn und Zweck der Verjährungsvorschriften des § 477 BGB ist vielmehr zu entnehmen, daß ihre Wirkung für denjenigen, der sich auf die Einrede beruft, darin besteht, daß nach Ab-

lauf der Verjährungsfrist das Erfüllungsgeschäft so angesehen wird, als ob ihm kein Mangel anhaftet. Diese Wirkung erfaßt auch den Erfüllungsanspruch in der Gestalt des Nachlieferungsanspruches aus § 480 Abs.1 Satz 1 BGB.

5. Die sechsmonatige Verjährungsfrist war bei Einreichung der Klage am 16. Oktober 1958 abgelaufen. Dies wird von der Revision nicht bezweifelt. Zusätzlich ist aber noch darauf hinzuweisen, daß der Nachlieferungsanspruch bereits verjährt war, als die Klägerin nach der Feststellung des Berufungsgerichts erstmals am 17. April 1958 den Rücktritt von dem Vertrag erklärt hat. Das Berufungsurteil könnte nur insoweit zu Bedenken Anlaß geben, als es die Frist von der Ablieferung der Waren rechnet, ohne dabei zu berücksichtigen, daß der Beklagte nach den besonderen Bedingungen der Bestellung der Klägerin vom 2. Juni 1956 eine Garantie von sechs Monaten gegeben hat. Einer solchen Garantie kann die Bedeutung beigemessen werden, daß der Beginn der Verjährungsfrist des § 477 BGB anders bestimmt und bis zu dem Zeitpunkt hinausgeschoben wird, in welchem der den Anspruch auf Wandlung oder Minderung oder Schadensersatz oder auf Ersatzlieferung begründende Mangel entdeckt wird. Das Reichsgericht hat allerdings in RGZ 91,305; 128,211,213 den Standpunkt eingenommen, daß eine über die Verjährungsfrist nicht hinausreichende Garantiefrist mangels besonderer Anhaltspunkte für einen gegenteiligen Vertragswillen auf die Verjährung keinen Einfluß habe. Wenn ein entsprechender Vertragswille festzustellen ist, kann aber die Bedeutung einer Garantieleistung auch darin bestehen, daß die in § 477 bestimmte Frist zur Geltendmachung von Ansprüchen erst vom Ablauf der Garantiefrist an laufen soll (vgl. RGZ 65,119,121; OLG Posen, OLG 38, 120). Es kommt aber hierauf deshalb nicht an, weil die Verjährung in diesem Falle für die am 7. April 1957 abgelieferte Ware spätestens am 7. April 1958 eingetreten wäre, die Klägerin aber die Klage erst im Oktober 1958 erhoben hat.

Umstände, die auf eine Hinausschiebung des Ablaufes der Verjährungsfrist über diesen Zeitpunkt hinaus schließen lassen könnten, sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen und von der Revision auch nicht geltend gemacht worden.

Demnach ist das Berufungsurteil jedenfalls im Ergebnis insoweit nicht zu beanstanden, als es die Einrede der Verjährung gegenüber dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises für beanstandete Ware durchgreifen läßt.

II. Die Revision der Klägerin muß somit als unbegründet zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner