

VIII_ZR_91/60

Verkündet
am 22. Februar 1961
Hoffmeister
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2216 060

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

In dem Rechtsstreit

der L [REDACTED] F [REDACTED]-Werke Aktiengesellschaft in L [REDACTED],
vertreten durch den Vorstand, Direktor Hermann B [REDACTED],
Direktor Willi R [REDACTED] und Direktor Paul N [REDACTED],

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Wirtschaftsprüfer Wilhelm R [REDACTED] in H [REDACTED], R [REDACTED],
[REDACTED], als Konkursverwalter im Anschlußkonkurs-
verfahren über das Vermögen der Firma W [REDACTED] W [REDACTED]
[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung in
H [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

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

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. Februar 1961 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Pagendarm und der Bundes-
richter Dr. Gelhaar, Dr. Spieler, Dr. Dorschel und Dr. Messner
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts
zu Hamburg vom 18. Februar 1960 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfah-
rens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat zum Konkurse über das Vermögen der Firma W [REDACTED], W [REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im folgenden als W [REDACTED] bezeichnet) Schadensersatzforderungen in Höhe von 2.019.680,26 DM angemeldet, die der Beklagte als Konkursverwalter bestritten hat. Mit der Klage hat sie wegen eines Teilbetrages in Höhe von 6 500 DM (erster Rechtszug) bzw. von 800 000 DM (zweiter Rechtszug) gemäß § 146 KO gegenüber dem Beklagten die Feststellung begehrt, daß ihr diese Forderungen zustehen. Diesen Schadensersatzforderungen liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die eine Schiffswerft betreibende Klägerin übernahm laut ihrer Auftragsbestätigung vom 2. Februar 1951 von der Reederei Willi B [REDACTED], Gesellschaft mit beschränkter Haftung (im folgenden mit ^{Fa.} B [REDACTED] bezeichnet), den Auftrag zum Bau der beiden Motorschiffe "Q [REDACTED]" und "Q [REDACTED]". Die beiden zum Schiffsbau erforderlichen Motore bestellte sie, wie mit der Firma B [REDACTED] vereinbart, bei der W [REDACTED], die den Bau der Motore in Angriff nahm und sie der Klägerin im Sommer 1952 lieferte, nachdem sie auf dem Prüfstand der W [REDACTED] zur Probe gelaufen und von dem G [REDACTED] L [REDACTED] abgenommen worden waren. Nach Einbau der Motore in die beiden Schiffe fanden die Werftabnahmefahrten am 30. September 1952 für "Q [REDACTED]" und am 18. November 1952 für "Q [REDACTED]" statt. Nach den zwischen der Klägerin und ^{Fa.} B [REDACTED] vereinbarten Vertragsbedingungen sollten die Motore eine Leistung von 4200 Ps erbringen; die Klägerin sicherte der Fa. B [REDACTED] diejenige "Gewähr" zu, die sie von der W [REDACTED] erhalten werde. Mit der W [REDACTED] vereinbarte die Klägerin, daß W [REDACTED] - K [REDACTED] - Schiffsdieselmotore des Typs 7 Z 125 mit einer Dauerleistung von 4200 Ps bei 125 Umdrehungen pro Minute (UpM) und einer maximalen Leistung von 4400 Ps bei ebenfalls 125 UpM zu liefern seien. Hinsichtlich der Gewährleistung war in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der W [REDACTED], die - worüber Einigkeit zwischen den

Parteien herrscht - Vertragsinhalt geworden sind, bestimmt, daß dem Besteller ein Recht auf Nachbesserung innerhalb von sechs Monaten zustehen sollte, wenn sich Mängel zeigen würden, die mit fehlerhafter Bauart, schlechten Baustoffen oder mangelhafter Ausführung zusammenhingen. Im übrigen war dem Besteller unter gewissen Voraussetzungen, insbesondere für den Fall ein Rücktrittsrecht eingeräumt, daß der Lieferer eine ihm gesetzte Nachfrist für die Nachbesserung schuldhaft verstreichen lasse, die Beschaffung eines geeigneten Ersatzstückes unmöglich sei oder der Lieferer die Nachbesserung wegen eines unverhältnismäßigen Aufwandes oder grundlos und endgültig verweigere. Alle anderen Ansprüche des Bestellers waren ausgeschlossen, insbesondere alle weitergehenden Ansprüche auf Wandlung und Minderung sowie auf Ersatz von Schäden irgendwelcher Art, und zwar auch von solchem Schaden, der nicht an dem Gegenstand selbst entstanden sei.

In demselben Zeitraum lieferte die W. an die Fa. B. unmittelbar einen Motor, der die Bezeichnung "B." erhalten hatte.

Die beiden für die Motorschiffe "Q." und "Q." von der W. angefertigten, an die Klägerin gelieferten und von dieser in die der Fa. B. gelieferten Schiffe eingebauten Motore erwiesen sich auf den Fahrten dieser Schiffe als mangelhaft, insbesondere erbrachten sie nicht die vereinbarte Leistung von 4200 bzw. 4400 Ps. Die Klägerin rügte die Mängel und verlangte Nachbesserung und Schadensersatz, den sie damit begründete, daß die Fa. B. sie für Geschäftsverluste, im wesentlichen für Frachtausfälle wegen Stilliegens infolge der Mängel und der damit verbundenen Hafenkosten verantwortlich gemacht habe. Den Schaden hat die Klägerin in der oben angegebenen Höhe von 2 019.680,26 DM beziffert (1 147.864,28 DM für Q. und 871 815,98 DM für Q.).

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Da sich die Fa. B. [REDACTED] weigerte, den ihr von der W. [REDACTED] unmittelbar gelieferten Motor "B. [REDACTED]" abzunehmen und dann auch von dem Liefervertrage zurücktrat, leitete die W. [REDACTED] gegen die Fa. B. [REDACTED] ein Schiedsgerichtsverfahren ein, in welchem sich die Fa. B. [REDACTED] auch auf die Mängel der beiden in die Motorschiffe "Q. [REDACTED]" und "Q. [REDACTED]" eingebauten von der W. [REDACTED] stammenden Dieselmotore bezog. Das schiedsgerichtliche Verfahren wurde, nachdem die W. [REDACTED] den Motor "B. [REDACTED]" auf ihre Kosten umgebaut hatte, durch einen Vergleich der dortigen Prozeßparteien vom 27. November 1954 beendet, in welchem auch der Streit der Klägerin und der W. [REDACTED] über die Nachbesserungspflicht der letzteren eine Regelung fand, indem sich die W. [REDACTED] verpflichtete, die Motore der Schiffe "Q. [REDACTED]" und "Q. [REDACTED]" in derselben Weise umzubauen. Dieser Umbau ist vorgenommen worden. Abschließend vereinbarten die Parteien des Schiedsgerichtsverfahrens, daß aus dem Vergleich u.a. die von der damaligen Beklagten (Fa. B. [REDACTED]) gegen die damalige Klägerin (W. [REDACTED]) Schadensersatzansprüche hinsichtlich der Schiffe "Q. [REDACTED]" und "Q. [REDACTED]" ausgenommen sein sollten. Die Streitigkeiten hinsichtlich der beiden genannten Schiffe haben dann die W. [REDACTED] und die Fa. B. [REDACTED] durch einen außergerichtlichen Vergleich vom 24. Januar 1956 durch folgende Vereinbarung beigelegt:

"Danach sind wir mit dem 31. Dezember 1955 aus allen vertraglichen Verpflichtungen, die mit dem Bau und der Lieferung der beiden obengenannten Schiffe zusammenhängen, entlassen, hierunter fallen insbesondere die Garantieverpflichtungen bezüglich der W. [REDACTED]-Motore, der B. [REDACTED] & K. [REDACTED]-Hilfsdiesel, der Differenzen in der Frage der Geschwindigkeit der Schiffe u.a.

Als Gegenleistung hierfür zahlen wir je Schiff einen Betrag von DM 500 000,-, insgesamt also DM 1 000 000,-."

Im Rechtsstreit haben die Parteien darüber gestritten, ob sich der Beklagte auf den zwischen der Klägerin und der W. [REDACTED] vereinbarten Haftungsausschluß berufen könne.

Die Klägerin hat im wesentlichen vorgebracht, die W habe wissentlich mit schweren Konstruktionsfehlern behaftete Maschinen geliefert und damit arglistig gehandelt.

Das Landgericht hat die im ersten Rechtszuge nur in Höhe von 6 500 DM erhobene Feststellungsklage abgewiesen. Nachdem die Klägerin auf die von ihr eingelegte Berufung hin im zweiten Rechtszuge die Feststellungsklage auf 800 000 DM erhöht hatte, hat das Oberlandesgericht auch die erhöhte Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageanspruch, so wie er Gegenstand des angefochtenen Urteils war, weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht angenommen, daß der auf § 146 KO gestützte Feststellungsantrag zulässig und auch im Sinne des § 253 Abs.2 Nr.2 ZPO hinreichend bestimmt sei, nachdem die Klägerin erklärt habe, sie begehre die Feststellung, daß ihr jeweils 40% der 14 in der Konkursanmeldung aufgeführten Schadenersatzforderungen zustehen (wobei sie die erste Schadenersatzforderung um 19 680,26 DM ermäßigt hat). Im Hinblick darauf, daß sich die Fa. B ausbedungen hatte, daß ihr die Klägerin in demselben Umfange für Mängel der Motore Gewähr zu leisten habe, als diese Ansprüche gegen die W stellen könne, bestehen auch keine Bedenken gegen die Erwägungen des Berufungsgerichts, die Klägerin könne im Rahmen der mit der W vereinbarten Geschäftsbedingungen von dieser Ersatz der mit der Mangelhaftigkeit der Motore zusammenhängenden Schäden fordern, für die sie von der Fa. B verantwortlich gemacht werde. Das Berufungsgericht hat zwar offen gelassen, ob die Zahlung der Vergleichssumme von 1 000 000 DM zum Ausgleich gerade der in der Konkursanmeldung bezeichneten indirekten Schäden (Frachtausfälle usw. der Firma B) habe dienen sollen. Da ein solcher Zusammenhang nach dem Vortrag der Klägerin

jedoch nicht ausgeschlossen ist, die Vergleichssumme auch höher liegt als der im Feststellungsantrag genannte Betrag von 800 000 DM und da das Berufungsgericht die Schadensersatzforderung aus anderen Gründen im Ergebnis zutreffend für unbegründet angesehen hat, ist es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht dieser Frage nicht nachgegangen ist.

Auch im übrigen ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß dem von der Klägerin geltend gemachten Anspruch auf Ersatz des nur mittelbar mit der Mangelhaftigkeit der Motore zusammenhängenden Schadens durch die in den Geschäftsbedingungen der W. [REDACTED] enthaltene Freizeichnungsklausel bei der hier gegebenen Sachlage die Grundlage entzogen wird. Zu diesem Ergebnis führen folgende Erwägungen:

II. Zutreffend hat das Berufungsgericht das zur Begründung der Schadensersatzforderungen von der Klägerin vorgetragene Vorbringen dahin aufgefaßt, die Klägerin mache der W. [REDACTED] in erster Reihe den Vorwurf, ihre Konstrukteure, insbesondere der inzwischen verstorbene Chefkonstrukteur Dr. M. [REDACTED], hätten hinsichtlich der beiden streitigen Dieselmotore eine mit schweren Konstruktionsfehlern behaftete Maschine entwickelt, deren Fehler diese gekannt oder doch vermutet hätten; die Klägerin berufe sich aber auch darauf, daß die Geschäftsführung der W. [REDACTED] diese Fehler sowohl beim Vertragsschluß als auch bei der Lieferung gekannt oder doch in einer auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis überschen habe. Indem es die Frage, ob es sich um die Anfertigung von vertretbaren oder unvertretbaren Sachen handelt habe, unentschieden gelassen hat, hat es etwaige Ansprüche der Klägerin aus § 463 und aus § 635 BGB, aber auch solche aus positiver Vertragsverletzung und aus Verschulden bei Vertragsschluß geprüft. Es hat dabei erwogen, daß alle diese Ansprüche grundsätzlich von der Freizeichnungsklausel erfaßt werden. Offengelassen hat es die Frage, ob die Freizeichnungsklausel nur beim Vorliegen eines arg-

listigen oder vorsätzlichen Verhaltens der W [REDACTED] oder auch schon dann keine Anwendung finden dürfe, wenn die W [REDACTED] auch nur der Vorwurf eines grobfahrlässigen Verhaltens treffe. Es hat alsdann ausgeführt, daß die Klausel auf alle Fälle durchgreife, weil der W [REDACTED] nicht einmal eine grobe Fahrlässigkeit nachzuweisen sei.

III. Die Revision meint zwar, die in der Freizeichnungsklausel enthaltene Haftungsbeschränkung müsse noch enger ausgelegt werden, als dies das Berufungsgericht getan habe, weil es dem Lieferer einer Maschine unmöglich gestattet sein könne, auf Kosten des Bestellers zu experimentieren. Sie will schon in der vom Berufungsgericht gefundenen Auslegung einen Verstoß gegen § 138 Abs.1 BGB erblicken. Der Ansicht der Revision ist indes nicht zu folgen.

Dass grundsätzlich auf Mangelhaftigkeit des vom Lieferer hergestellten Gegenstandes gestützte Schadensersatzansprüche durch allgemeine Geschäftsbedingungen rechtswirksam ausgeschlossen werden können, wenn, wie das vorliegend der Fall ist, dem Besteller wenigstens ein Anspruch auf Nachbesserung eingeräumt wird, ist anerkannten Rechtes (BGHZ 22, 90, 96; Urt.d.erkennenden Senats vom 26.November 1957 - VIII ZR 314/56 = NJW 1958, 419 und vom 17.Dezember 1959 - VIII ZR 167/58 = NJW 1960, 1661; RGZ 142, 353, 355). Eine solche Freizeichnung ist im Maschinenhandel auch üblich (vgl.das angeführte Urteil des erkennenden Senats vom 17.Dezember 1959 und das Urteil vom 17.Mai 1960 -VIII ZR 61/59 = NJW 1960, 1661). Der Revision ist allerdings zuzugeben, daß allgemeine Geschäftsbedingungen grundsätzlich eng auszulegen sind. Möglicherweise will sie damit sagen, die Freizeichnung erstrecke sich nur auf solche Schadensersatzansprüche, die unmittelbar aus dem Gewährleistungsrecht, also aus §§ 463, 635 BGB herzuleiten seien. Wäre dies der Fall, so könnten Bedenken gegen die Auffassung des Berufungsgerichts insofern bestehen, als es, wie noch zu erörtern ist, zutreffend auch Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung erwogen, diese aber ebenfalls als durch die Freizeichnungsklausel ausge-

schlossen angesehen hat, weil die W. nicht einmal der Vorwurf grober Fahrlässigkeit treffe, es aber die Frage nach einer leichten Fahrlässigkeit nicht entschieden hat.

Der erkennende Senat läßt die Frage unentschieden, ob ein aus dem Gewährleistungsrecht herzuleitender Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§§ 463, 635 BGB) überhaupt einen Schaden der vorliegenden Art, welcher nur mittelbar mit der Mangelhaftigkeit der Motore zusammenhängt, mitumfaßt (vgl. hierzu Urteil des erkennenden Senats vom 7. August 1959 - VIII ZR 113/58 und die dort angeführten Nachweise). Einer Entscheidung dieser Rechtsfrage bedarf es deshalb nicht: das Berufungsgericht hat einerseits die Voraussetzungen des § 463 BGB, daß nämlich die W. bei den Kaufverhandlungen Mängel der Motore arglistig verschwiegen habe, wie noch zu erörtern ist, rechtsirrtumsfrei verneint; es hat andererseits aber auch alle übrigen Behauptungen der Klägerin, die W. habe die mangelhafte Lieferung zu vertreten und dadurch Schäden verursacht, die weit über den mit der Mangelhaftigkeit selbst unmittelbar zusammenhängenden Schaden hinausgehen, also alle diejenigen Behauptungen ebenfalls als nicht erwiesen angesehen, die auf einen Sachverhalt hinauslaufen, auf den die Rechtsprechung seit jeher die Grundsätze über eine Schadenshaftung wegen positiver Vertragsverletzung anwendet. Da somit der Senat in Erwägung ziehen muß, daß für den Schadensersatzanspruch der Klägerin möglicherweise nur eine außerhalb des Gewährleistungsrechts liegende positive Vertragsverletzung der W. als Anspruchsgrundlage in Betracht zu ziehen ist, bedarf es vorweg einer Prüfung, ob sich die Freizeichnung auch auf solche Ansprüche erstreckt, die aus positiver Vertragsverletzung hergeleitet werden und die auch auf Ersatz von Schäden gerichtet sein können, die über den mit der Mangelhaftigkeit der Motore unmittelbar zusammenhängenden Schaden hinausgehen.

Der erkennende Senat sieht indes keine grundsätzlichen Bedenken darin, daß Industrierwerke und so insbesondere die Maschinenindustrie in ihren Geschäftsbedingungen sich auch

von Ansprüchen wegen positiver Vertragsverletzung freizeichnen. Es ist im Gegenteil ein Bedürfnis hierfür nicht von der Hand zu weisen, da gerade solche Schadensersatzansprüche, wie nicht zuletzt der vorliegende Fall beweist, zu Ersatzverpflichtungen führen können, deren Umfang und Ausmaß bei Vertragsschluß unübersehbar sind, und da ein Zwang zur Übernahme solcher unübersehbaren Risiken die Initiative weiter Industriekreise, die zur Fortentwicklung der Technik berufen sind, ungünstig beeinflussen müßte. Man kann auch nicht einwenden, es gehe nicht an, diese, wie nicht zu verkennen ist, großen Risiken auf die Abnehmer der industriellen Erzeugnisse abzuwälzen. Denn einerseits ist zu bedenken, daß der Abnehmer bei einer Freizeichnung des Werkes nur das Risiko hinsichtlich der von ihm erworbenen Erzeugnisse zu tragen hat, während andernfalls das Industrieunternehmen mit der Haftung für alle aus dem Werk hinausgehenden Maschinen oder sonstigen Industrieprodukte belastet würde. Andererseits ist es für den Abnehmer eine zumutbare Belastung, wenn er sich gegen das ihm aufgebürdete vereinzelte Risiko versichert, während der Zwang zur Versicherung für das Werk, weil eine solche Versicherung ja alle von ihm gefertigten und zur Veräußerung bestimmten Industrieprodukte erfassen müßte, eine unverhältnismäßig größere finanzielle Last bedeuten würde, die letzten Endes zur vielleicht sogar erheblichen Verteuerung der Industriewaren führen müßte. Eine andere Beurteilung hat nur dann Platz zu greifen, wenn, wofür im vorliegenden Falle keine Anhaltspunkte bestehen, Ausnahmetatbestände gegeben sind (Ausnutzung einer Monopolstellung), die von vornherein einen Verstoß gegen § 138 Abs.1 BGB oder gegen die in § 242 BGB niedergelegten Grundsätze von Treu und Glauben und des redlichen Geschäftsverkehrs erkennen lassen.

Es stellt sich daher im vorliegenden Falle nur die Frage, ob die W [REDACTED] die Haftung für mittelbare Schäden und zwar auch, soweit diese nicht aus dem Gewährleistungsrecht hergeleitet werden, in ihren Geschäftsbedingungen mit hinreichender Klarheit, d.h. für den gesamten von ihr

angesprochenen Kundenkreis erkennbar, ausgeschlossen hat.

Es handelt sich vorliegend um allgemeine Geschäftsbedingungen typischer Art, hinsichtlich derer der erkennende Senat nicht an die Auslegung des Berufungsgerichts gebunden, die er vielmehr selbst auszulegen in der Lage ist. Der Senat hat indes keine Bedenken, der Auslegung des Berufungsgerichts zu folgen. Er hat zwar in seinem Urteil vom 17. Mai 1960 - VIII ZR 61/59 = NJW 1960, 1661 eine in Nr.VIII der von dem Verein deutscher Maschinenbauanstalten aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen für Lieferung von Maschinen enthaltene Klausel, wonach alle anderen weitergehenden Ansprüche des Bestellers ausgeschlossen sind, dahin ausgelegt, daß die Freizeichnung nicht den Anspruch des Bestellers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus schuldhafter positiver Vertragsverletzung des Lieferers betreffe, wenn diese in einer unberechtigten Lossagung vom Vertrage zu sehen ist. Der erkennende Senat hat sich bei dieser Entscheidung von der Erwägung leiten lassen, daß die ihm damals unterbreiteten Geschäftsbedingungen keine lückenlose Regelung aller Leistungsstörungen bringen, und daß die Lösung vom Vertrage einem Rechtsgebiete unterfalle, das außerhalb der eingehend geregelten Tatbestände (Mängel der Lieferung, Unmöglichkeit, Leistungsverzug und Verzug im Rahmen der Nachbesserungspflicht) liege. Bei dieser Sachlage, so hat der Senat in seiner damaligen Entscheidung erwogen, hätte es im Hinblick auf den für allgemeine Geschäftsbedingungen unabweisbaren Grundsatz einer engen Auslegung (BGHZ 22, 90; Urteil des erkennenden Senats vom 21. Oktober 1958 - VIII ZR 145/57 = NJW 1959, 38) einer eindeutigen Fassung bedurft, aus welcher der Ausschluß eines solchen Schadensersatzanspruches klar erkennbar gewesen wäre. So liegen die Dinge jedoch im vorliegenden Falle nicht. Die Freizeichnungsklausel findet sich in Abschn.IX der Geschäftsbedingungen der W [REDACTED], der dem Besteller ein Recht auf Rücktritt oder Minderung

gewährt und der sich unmittelbar an den Abschn.VIII anschließt, der die Haftung für Mängel der Lieferung regelt. Schon in Nr.1 des Abschn.VIII wird bestimmt, daß der Lieferer unter Ausschluß weiterer Ansprüche nur nach Maßgabe der anschließenden Bestimmungen hafte, die indes keinen Schadensersatzanspruch gewähren. Es kann jedoch dahinstehen, ob schon durch diese Bestimmung Ansprüche aus positiver Vertragsverletzung ausgeschlossen sind. Der Zusammenhang des Abschn.VIII mit dem nachfolgenden Abschn.IX, der die Folgen der Unmöglichkeit, des Verzuges und der Verletzung der Nachbesserungspflicht dahin regelt, daß dem Besteller (abgesehen von der Minderung bei teilweiser Unmöglichkeit) nur ein Rücktrittsrecht gewährt wird, und insbesondere Ersatzansprüche wegen eines Schadens, der nicht an dem Leistungsgegenstande selbst entstanden ist, ausgeschlossen werden, läßt für den angesprochenen Kundenkreis der W. erkennen, daß darunter zumindest alle Schadensersatzansprüche vertraglicher Art gemeint sind, die ihre Ursache in der Mangelhaftigkeit des Liefergegenstandes haben. Diese letztere Voraussetzung ist aber vorliegend gegeben. Denn die Klägerin begründet die von ihr angeblich vergüteten Geschäftsverluste der Firma B. gerade damit, daß die Mängel der Schiffsmotore ein längeres Stillliegen der Schiffe notwendig gemacht hätten und daß dadurch Frachtausfälle und Hafenkosten in dem geltend gemachten Umfange entstanden seien.

IV. Da das Berufungsgericht unentschieden gelassen hat, ob die Motore als Serienausführung oder nur für die Verwendung im Rahmen des vorgesehenen Schiffsbauers hergestellt worden sind, hat es die Schadensersatzansprüche zutreffend sowohl nach kaufvertraglichen als auch nach werkvertraglichen Grundsätzen geprüft. Nicht geprüft hat das Berufungsgericht, ob die Klägerin einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, sei es aus § 463 Satz 2 BGB, sei es aus § 635 BGB, nachdem sie von dem ihr in den Geschäftsbedingungen der W. eingeräumten Rechte auf Nach-

besserung der Motore Gebrauch gemacht hat, überhaupt noch geltend machen kann. Das könnte zweifelhaft sein, weil in beiden Bestimmungen Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur statt Wandlung oder Minderung gewährt wird, nach den Geschäftsbedingungen der W. das Nachbesserungsrecht aber an die Stelle von Wandlung und Minderung treten soll. Aber auch diese Erwägung kann ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage nach dem Umfange des auf §§ 463, 635 BGB gestützten Schadensersatzanspruches, da das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum verneint hat, die W. habe die Mängel der Motore im Sinne des § 463 Satz 2 BGB arglistig verschwiegen oder in grobfahrlässiger Weise im Sinne des § 635 BGB zu vertreten. Dabei ist es zutreffend davon ausgegangen, daß die Freizeichnungsklausel unter Anwendung des § 276 Abs.2 BGB auf alle Fälle durchgreift, wenn das Verschulden der W. nur in einer gewöhnlichen Fahrlässigkeit bestanden hat. Dahingestellt bleiben kann auch, ob die W. nicht sogar ein grob fahrlässiges Verhalten ohne Sittenverstoß und ohne Verletzung der Grundsätze des § 242 BGB rechtswirksam ausschließen konnte, denn die Feststellung des Berufungsgerichts, daß auch der Vorwurf eines grob fahrlässigen Verhaltens auf seiten der W. unbegründet sei, läßt einen Rechtsverstoß nicht erkennen. Werden diese Maßstäbe der Beurteilung der einzelnen Anspruchsgrundlagen zugrundegelegt, so ergibt sich folgende Rechtslage:

1.) Bei einem Anspruch aus § 463 Abs.2 BGB hätte, wenn man, wie oben erörtert, die übrigen Voraussetzungen der Bestimmung dahinstehen läßt, der Klägerin nachgewiesen werden müssen, daß die W. die Mängel der Maschine arglistig verschwiegen hat. Da die Motore beim Kaufabschluß erst gebaut werden mußten, hätte die W. in diesem Zeitpunkte wissen müssen, daß sie nicht in der Lage sei, die Maschinen fehlerfrei herzustellen (DR 1941, 265). Der Kaufvertrag ist im Jahre 1951 von den der Verkaufsleitung

der W [REDACTED] angehörenden und auch als Geschäftsführer bestellten Gebrüdern D [REDACTED] geschlossen worden. Daß diese damals eine solche Vorstellung von dem noch in der Entwicklung begriffenen Motor 7 Z 125 gehabt hätten, hat das Berufungsgericht auf Grund der Beweisaufnahme ohne Rechtsirrtum als nicht erwiesen angesehen. In diesem Zusammenhang kommt es grundsätzlich, d.h. mit der noch zu erörternden Einschränkung, nicht darauf an, ob der damals noch als Mitgeschäftsführer der W [REDACTED] tätige Chefkonstrukteur Dr. M [REDACTED] Bedenken dagegen gehabt hat, daß der Motorentyp nicht die gehegten Erwartungen erfüllen könne. Denn er war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bei dem Verkauf der Motore in keiner Weise beteiligt. Er hat nur nachträglich erfahren, daß die Gebr. D [REDACTED] zwei Motore an die Klägerin verkauft hatten, und hat dem Ingenieur P [REDACTED] gegenüber geäußert, er hätte, wenn er gefragt worden wäre, die Leistungsgrenze der Motore etwas niedriger angesetzt. Da weder festgestellt ist, daß diese Äußerung des Chefkonstruktors der Verkaufsleitung zu Ohren gekommen wäre, noch feststeht, daß Dr. M [REDACTED] entsprechend der Behauptung der Klägerin, deren Übergehen die Revision rügt, während des Baues sogar gesagt haben soll, er hätte die Motore in dem jetzigen Zustande nicht verkauft, da sie noch mit erheblichen Mängeln behaftet seien, und daß die Verkaufsleitung etwa hiervon gehört hätte, besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß bei Kaufabschluß Mängel des noch herzustellenden Werkes arglistig verschwiegen worden wären.

Vergeblich beruft sich die Revision darauf, gerade darin, daß die Verkaufsleitung bei Abschluß der streitigen Verträge ihre Techniker nicht eingehend darüber befragt habe, ob die Motore verkaufsreif wären, sei ein arglistiges Verschweigen der später aufgetretenen Mängel zu erblicken. Einen Schluß aus diesem Verhalten zu ziehen, lag im tatrichterlichen Ermessen des Berufungsgerichts, welches im Revisionsrechtszuge nur beschränkt nachprüfbar ist. Das Berufungsgericht hat aber festgestellt, daß Dr. M [REDACTED] im

Zeitpunkt des Verkaufsabschlusses die Lieferkataloge bereits fertiggestellt hatte, in denen alle technischen Daten, welche die Verkaufsabteilung in die Verträge übernommen hat, bereits enthalten waren. Wenn das Berufungsgericht hieraus den Schluß gezogen hat, die Verkaufsleitung habe sich darauf verlassen können, daß die Techniker der W. [REDACTED] die Konstruktion des Motors als gelungen und abgeschlossen betrachteten, ist es kein Rechtsfehler, wenn es das Unterlassen einer nochmaligen Befragung der technischen Abteilung, ob der neuentwickelte Motor nun wirklich auch verkaufsreif sei, nicht in dem von der Revision für richtig gehaltenen Sinne, nämlich als ein arglistiges Verschweigen von Mängeln gewürdigt hat.

Es könnte sich allerdings die Frage stellen, ob das Verhalten von Dr. M. [REDACTED], der damals Mitgeschäftsführer der W. [REDACTED] gewesen ist, und der die in die Kaufverträge übernommenen technischen Daten der Verkaufskataloge festgelegt hat, im Sinne des § 463 BGB als ein arglistiges Verschweigen von Mängeln hätte beurteilt werden müssen. Das hätte aber zur Voraussetzung gehabt, daß sich Dr. M. [REDACTED] bei der Aufstellung der Kataloge bewußt gewesen wäre, seine Katalogangaben könnten zu einer Irreführung späterer Käufer beitragen, und daß er dieses Ergebnis in Kauf genommen hätte. Dafür fehlt es aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts an jedem Anhaltspunkt; das Berufungsgericht hat im Gegenteil ausgeführt, daß Dr. M. [REDACTED] sowohl bei der Konstruktion und der Herstellung der Motore als auch bei der Aufstellung der Verkaufskataloge nicht einmal eine grobe Fahrlässigkeit nachzuweisen sei, zumal das Berufungsgericht aus der Bekundung des sachverständigen Zeugen Pi. [REDACTED] entnommen hat, daß es sich bei den Mängeln der Motore um "Kinderkrankheiten" gehandelt habe, wie sie bei der Entwicklung von Motoren immer wieder vorkämen. Auch die Bekundung des Zeugen P. [REDACTED], Dr. M. [REDACTED] habe ihm gegenüber geäußert, er hätte, wäre er vor dem Abschluß der Kaufverträge gefragt worden, gesagt, daß ihm die Leistung oder die Drehzahl der Motore zu hoch erschienen sei, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß nicht in dem Sinne

gewürdigt, Dr. M. habe bei Aufstellung der Kataloge Befürchtungen gehegt, daß sich die Motore nicht bewähren könnten. Wenn dann der Ingenieur P. seine eigene Meinung dahin wiedergegeben hat, beim Verkauf von Schiffsmotoren bleibe man "gerne ein paar Prozent" unter der Leistungsgrenze, so ist das eine Erwägung, die Dr. M. bei Aufstellung der Kataloge überhaupt nicht anzustellen brauchte, weil sie rein kaufmännischer Natur ist und sich allenfalls für die Verkaufsleitung ergab, der aber, wie bereits ausgeführt, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht nachzuweisen ist, daß sie solche Erwägungen angestellt habe, geschweige denn, daß sie einen Verdacht gehegt habe, die in den Verkaufskatalogen angegebenen technischen Daten könnten im Schiffsbetriebe nicht erreicht werden. Selbst wenn Dr. M., wie die Beklagte unter Bezugnahme auf den zu diesem Punkte benannten Zeugen P. geäußert haben sollte, ihm erschienen die Motore noch nicht verkaufsfähig, so brauchte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision aus dieser angeblich während der Bauzeit gefallenen Äußerung nicht darauf zu schließen, er habe dann auch später bei Aufstellung der Verkaufskataloge den Verdacht auf eine Mangelhaftigkeit der Motore gehegt und ungeachtet eines solchen Verdachtes durch Aufstellung der Kataloge der Verkaufsleitung sozusagen die Verkaufsfähigkeit der Motore bescheinigt, etwaige Mangelhaftigkeit dabei aber in Kauf genommen. Wie das Berufungsgericht eine solche gelegentliche Äußerung, die im übrigen keinerlei Einzelheiten über die Art der angeblichen Mängel enthält, und die auch nur ein Beweiszeichen hätte bilden können, würdigen wollte, lag in seinem tatrichterlichen Ermessen. Es ist jedenfalls nicht anzuerkennen, daß sie zwingend zu dem Schluß führe, Dr. M. habe bei der Aufstellung der Kataloge arglistig gehandelt.

Fehl geht auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte die Verletzung einer Offenbarungspflicht der W. annehmen und hieraus auf Arglist schließen müssen. Eine Offenbarungspflicht hätte nur dann bestehen können,

wenn die Verkaufsleitung der W. zum wenigsten einen Verdacht gehegt hätte, die Entwicklung der neuen Konstruktion berge noch erhebliche Gefahren in sich, und es sei bei der Benutzung an Bord mit Mängeln erheblicher oder auch unerheblicher Art zu rechnen. Dafür, daß aber im Bewußtsein der als Verkaufsleiter tätigen Gebrüder D. ein solcher Verdacht aufgetaucht wäre, bieten die Feststellungen des Berufungsgerichts keine Anhaltspunkte. Daß es üblicherweise als Pflicht der Verkaufsleitung empfunden wird, einen Verkauf von neuentwickelten Maschinen erst nach eingehender Rücksprache mit dem Konstrukteur vorzunehmen, berührt nicht die in diesem Zusammenhang allein erhebliche Frage, ob das geschehen ist, und ob die Vertreter der W. in dem Bewußtsein verkauft haben, daß die Motore nach ihrer Fertigstellung Fehler aufweisen könnten, und daß sie den Eintritt einer solchen Befürchtung auch in Kauf genommen hätten. Das Berufungsgericht hat nach alledem die Bestimmung des § 463 Abs.2 BGB mit Recht als Anspruchsgrundlage verneint.

2.) Wenn die Klägerin geltend gemacht hat, die Verkaufsleitung der W. treffe zumindest der Vorwurf, sie habe grob fahrlässig gehandelt, wenn sie bei Vertragsabschluß ihre technische Abteilung nicht befragt habe, ob der neu entwickelte Motortyp schon verkaufsreif sei, so kann sie hieraus keine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß herleiten. Denn eine Haftung auf Schadensersatz ist nach der Sonderregelung des § 463 Satz 2 BGB nur bei Arglist des Lieferers gegeben. § 463 Satz 2 BGB schließt eine Haftung aus dem Gesichtspunkte der "Culpa in contrahendo" aus, soweit diese, wie vorliegend, auf Sachmängel gegründet ist (BGH MDR 1956, 216).

3.) Dagegen wäre eine auf grobe Fahrlässigkeit der W. gestützte Haftung aus positiver Vertragsverletzung in Betracht zu ziehen. Sie könnte sowohl darin bestehen, daß die Techniker der W., insbesondere deren Chefkonstrukteur Dr. M., ein technisch unreifes Werk hergestellt

hätten, oder daß ihnen wegen ungenügender Erprobung des neu entwickelten Modells ein auf grobe Fahrlässigkeit hinauslaufendes Versäumnis vorzuwerfen wäre. In der Tat hat auch die Klägerin diese Vorwürfe erhoben, und das Berufungsgericht ist diesem Vorbringen nachgegangen und hat es nach einer eingehenden Beweisaufnahme sowohl unter dem Gesichtspunkt des § 635 BGB als auch demjenigen der positiven Vertragsverletzung geprüft, ist aber zu dem Ergebnis gelangt, daß ein grob fahrlässiges Verschulden weder der gesetzlichen Vertreter der W. noch deren Erfüllungsgehilfen nachgewiesen sei. Daß es dabei den Begriff der groben Fahrlässigkeit verkannt hätte, ist weder ersichtlich, noch wird das von der Revision gerügt. Im wesentlichen hat das Berufungsgericht hierzu folgendes ausgeführt:

Der früher bei K. beschäftigt gewesene Chefkonstrukteur der W. Dr. M. habe den hier in Frage kommenden Motortyp 7 Z 125 aus einem ihm bekannten von K. gebauten Motor auf Grund der ihm zur Verfügung stehenden alten Zeichnungen durch Vergrößerung der Abmessungen weiter entwickelt. Er habe dabei keineswegs willkürlich, sondern nach seinem besten Können gehandelt. Die Weiterentwicklung bereits vorhandener Konstruktionen könne einem Motorhersteller grundsätzlich nicht zum Vorwurf gemacht werden. Da die Firma K. den zum Vorbild herangezogenen Motor in der Zeit von 1920 bis zum Ende des 2. Weltkrieges laufend gebaut und verkauft habe, könne auch nicht gesagt werden, daß das K.-Vorbild bereits eine unglückliche Konstruktion mit grundlegenden Fehlern gewesen, und daß dies dem Chefkonstrukteur Dr. M. bekannt gewesen sei. Der von Dr. M. dann weiter entwickelte Motor habe sich auch nicht als eine Fehlkonstruktion erwiesen, weil der Motor, nachdem man auf Grund der Angaben des Ingenieurs Pi. die Kolben, die Kolbenkühlung und die Auspuffleitungen geändert habe, in jeder Beziehung funktionstüchtig gewesen sei. Selbst wenn man berücksichtige, daß die Klägerin behauptet habe, nach

dem Umbau habe die Firma B. auch noch das Pumpensystem geändert, indem sie die von Dr. M. vorgesehene Archauloff-Pumpen durchnockengesteuerte Einspritzpumpen ersetzt habe, so lasse das nicht darauf schließen, daß der Einbau der A.-Pumpen ein schwerer, auf grober Fahrlässigkeit der Konstrukteuroberuhender Konstruktionsfehler gewesen sei. Denn nach den Ausführungen des Sachverständigen Dr. Sass seien die A.-Pumpen früher vielfach und nach der Bekundung des sachverständigen Zeugen P. auch mit Erfolg verwendet worden. Wenn man die Bekundungen aller sachverständigen Zeugen berücksichtige, so ergebe sich, daß die Weiterentwicklung oder Neukonstruktion eines Motors stets mit großen Schwierigkeiten verbunden sei; wenn dabei Fehler unterliefen, so könnten sie z.B. bei Schiffsmotoren häufig erst im Bördbetriebe entdeckt werden, wie das auch in dem vorliegenden Falle eingetreten sei, in welchem sogar erst nach zwei Jahren Bordbetrieb der sachverständige Zeuge P. den Ursachen der Mängel auf die Spur gekommen sei und die zur Beseitigung notwendigen, verhältnismäßig einfachen Umbaumaßnahmen gefunden und vorgeschlagen habe. Es könne daher weder dem Chefkonstrukteur Dr. M. der W. noch den übrigen Ingenieuren ein schwerwiegender Vorwurf daraus gemacht werden, daß sie die richtigen Erkenntnisse nicht vor dem Bau und der Ablieferung der beiden Motore an die Klägerin gehabt hätten. Es sei ferner nicht nachzuweisen, daß Dr. M. einen grundlegenden und ihm bekannten Aufsatz von Dr. O. über die Druckschwankungen in den Auspuffleitungen nicht nach seinem ihm zumutbaren Können ausgewertet habe oder daß die übrigen Ingenieure in dieser Richtung etwas versäumt hätten. Schließlich könne man weder den Konstrukteuren noch der Verkaufsleitung den Vorwurf ungenügender Erprobung machen. Wenn auch der damalige Prüfstand der W. möglicherweise unzureichend gewesen sei, so müsse doch bedacht werden, daß die Erprobung auf dem Prüfstand, dessen Mängel der Klägerin überdies bekannt gewesen seien, lediglich der Materialprüfung diene, daß sich die etwaigen

Mängel einer Maschine im Regelfalle erst beim Bordbetriebe und meist erst unter den besonderen Verhältnissen des Schiffseinsatzes (z.B. Fahrten in tropischen Gewässern) zeigten, und daß im vorliegenden Falle die Klägerin bei dem Motorschiff "Q [REDACTED]" erst nach Monaten auf die Fehler der Maschine gestoßen sei, nachdem sie inzwischen, und zwar etwa zwei Monate später, den zweiten für das Schiff "Q [REDACTED]" bestimmten Motor abgenommen habe.

Diese auf tatsächlichem Gebiete liegenden Erwägungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg.

V. 1.) Vergeblich rügt die Revision, das Berufungsgericht habe dadurch gegen § 286 ZPO verstoßen, daß es den im Schriftsatz vom 13. Februar 1958 von der Klägerin benannten Inhaber der Firma B [REDACTED] nicht vernommen habe, der bekundet hätte, daß auch nach dem Umbau der Motore noch mehrere Kolbenbrüche aufgetreten seien.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß sowohl die Klägerin als auch die Firma B [REDACTED] Monate nach dem Umbau erklärt hätten, die Motore erfüllten nunmehr die zugesicherten vertraglichen Bedingungen, auch arbeiteten die Kolben nach Beseitigung einiger "Kinderkrankheiten" zufriedenstellend. Es hat hierzu ausgeführt, die Klägerin könne angesichts dieses Anerkenntnisses nicht mehr damit gehört werden, durch den Umbau der Motore seien nicht alle Mängel behoben worden.

Hiermit bringt, was die Revision nicht berücksichtigt, das Berufungsgericht zum Ausdruck, ein Beweisangebot für eine von diesen Erklärungen abweichende Darstellung hätte nur dann beachtet werden können, wenn sie hätte erkennen lassen, daß die Erklärungen der Klägerin der Firma B [REDACTED] auf einem Irrtum beruhten. Hierin ist ein Rechtsverstoß

nicht zu finden. Das Berufungsgericht konnte vielmehr die von den angeführten Erklärungen abweichende Darstellung der Klägerin als nicht ausreichend substantiiert unberücksichtigt lassen. Zutreffend weist die Revisionserwiderung darauf hin, daß auch eine Bestätigung der übergangenen Darstellung der Klägerin angesichts der auf die Bekundung der sachverständigen Zeugen und des Sachverständigen Dr. Sass gestützten Überzeugung des Berufungsgerichts, der W. sei nicht einmal ein Vorwurf daraus zu machen, daß sie die Erkenntnisse des sachverständigen Zeugen Pi nicht schon bei der Entwicklung des Motortyps gehabt habe, nicht ausreiche, um ihr aus nach dem Umbau aufgetretenen Schäden an den Kolben eine grobe Fahrlässigkeit nachzuweisen. Ersichtlich hat sich das Berufungsgericht auch von diesen Erwägungen leiten lassen, wenn es das unsubstantiierte Beweisangebot unbeachtet gelassen hat.

2.) Ebenfalls erfolglos bleibt die Rüge, das Berufungsgericht sei auf die Behauptung der Klägerin nicht eingegangen, die W. habe die Motore vom Reißbrett ohne genügende Erprobung verkauft und habe die verschiedenen von der Klägerin hierfür angebotenen Sachverständigenbeweise verfahrenswidrig nicht erhoben.

Diese Darstellung der Klägerin, mit der sich das Berufungsgericht im übrigen eingehend auseinandergesetzt hat (BU Bl. 26), berührt in erster Reihe die bereits erörterte Frage, ob der Verkaufsleitung der Vorwurf eines arglistigen Verhaltens bei Kaufabschluß gemacht werden kann. Im Rahmen einer Prüfung, ob der W. bei der Konstruktion oder der Fertigung der Motore ein auf grober Fahrlässigkeit beruhendes Versäumnis vorzuwerfen ist, kommt ihr - und das wird von der Revision nicht ausreichend beachtet - keine selbständige Bedeutung zu. In diesem Zusammenhang berührt sie nur die vom Berufungsgericht an anderer Stelle eingehend erörterte Frage, ob die W. die Motore vor der

Lieferung in ausreichendem Maße einer Erprobung unterzogen habe. Wenn die Revision besonderes Gewicht darauf legt, das Berufungsgericht hätte durch die von der Klägerin angebotenen Sachverständigengutachten feststellen müssen, ob der Motor 7 Z 125 bereits marktreif gewesen sei, und ob nicht die von der Klägerin behauptete Übung bestehe, nur einen marktreifen Motor zu verkaufen, so übersieht sie, daß in dem hier behandelten Zusammenhang es sich nur darum handelt, ob der W. hinsichtlich der von dem Beklagten überhaupt nicht bestrittenen Schlechtlieferung eine grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist. Nicht welches Verhalten sie beim Vertragsabschluß an den Tag gelegt hat, steht hier zur Erörterung, sondern nur die Frage, ob bei der Konstruktion oder der Fertigung der Motore schwerwiegende Versäumnisse unterlaufen sind. Die Erprobung spielt nur insoweit eine Rolle, als die Konstrukteure der W. selbstverständlich hinsichtlich ihrer Konstruktion und auch hinsichtlich der Fertigung sich nicht nur auf theoretische Berechnungen verlassen durften, sondern, soweit das im Betriebe möglich war, auch praktische Erprobungen vorzunehmen hatten. Daß dieses unterblieben wäre, ist nicht behauptet worden. Was nun die abschließende Prüfung in Gegenwart von Vertretern des germanischen L. angeht, so konnte auch diese, wovon das Berufungsgericht (BU Bl.24,25) ersichtlich ausgeht, nicht die Borderprobung ersetzen und daher nicht zur Aufdeckung der erst später nach monatelangem Bordbetriebe auftretenden Mängel führen. Bedenkt man ferner, daß das Berufungsgericht, gestützt auf das sachverständige Zeugnis des Ingenieurs Pi., feststellt, der Konstruktion hätten nur "Kinderkrankheiten" angehaftet, so ist es umso weniger ein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht ein grob fahrlässiges Versäumnis der W. darin nicht erblickt hat, daß sie es bei der abschließenden Prüfung mit einer Erprobung auf einem vielleicht unzureichenden Prüfstande hat bewenden lassen. Hinzu kommt, daß bei der abschließenden Prüfstanderprobung allen Beteiligten, und so auch der Klägerin selbst genau bekannt war, daß der Prüf-

stand nur für eine Bremsleistung von etwa 3450 PS eingerichtet war, und daß die W. folglich damit rechnen konnte, die Klägerin sei mit dieser möglicherweise unzureichenden Erprobung einverstanden. Es ist daher auch kein Rechtsverstoß, wenn das Berufungsgericht in diesem Sachverhalt einen die W. in subjektiver Hinsicht entlastenden Umstand erblickt hat. Es brauchte bei dieser Sachlage, bei deren Feststellung es sich auf das Gutachten von Prof.Dr.Sass und die Bekundungen der sachverständigen Zeugen stützen konnte, auf die weiteren Beweisangebote der Klägerin ohne Rechtsverstoß nicht einzugehen.

3.) Damit erledigt sich weiterhin die Verfahrensrüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Hinweis der sachverständigen Zeugen, daß auch bei der Weiterentwicklung eines Motors mit Schwierigkeiten zu rechnen sei, nicht berücksichtigt. Abgesehen davon hat das Berufungsgericht aber auch in anderem Zusammenhang, wie bereits mehrfach erörtert, auf Grund der Bekundung des sachverständigen Zeugen Pi. festgestellt, daß alle von dem Zeugen angeführten Mängel "Kinderkrankheiten" gewesen seien, wie sie bei der Entwicklung von Motoren öfters vorkämen.

4.) Entgegen der Rüge der Revision ist es auch in dem hier behandelten Zusammenhang kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht die unter Beweis gestellte Behauptung der Klägerin nicht berücksichtigt hat, Dr.M. habe sich noch während des Baues der Maschinen dem Sinne nach geäußert, die Motore seien nach seiner Ansicht noch nicht verkaufsreif. Vergeblich bemängelt die Revision, das Berufungsgericht hätte bei einer solchen Äußerung von dem Beklagten den Nachweis fordern müssen, daß die maßgebenden Leute der W. diese Ansicht im Zeitpunkte der Lieferung nicht mehr vertreten hätten. Daß das Berufungsgericht im Rahmen seiner Prüfung, ob der Verkaufsleitung der W. eine Arglist bei Kaufabschluß nachzuweisen sei, ohne

Rechtsverstoß aus dieser angeblichen Äußerung des Chefkonstruktors keine nachteiligen Schlüsse zu ziehen brauchte, ist bereits unter IV, 1 dargelegt worden. Das Berufungsgericht war aber auch nicht gehindert, bei Unterstellung, daß Dr. M. sich in diesem Sinne geäußert habe, diesem Umstande bei der Prüfung der Frage, ob die technische Abteilung der W. grob fahrlässig bei der Konstruktion oder der Fertigung der Motore etwas versäumt habe, keinerlei Bedeutung beizumessen. Vielmehr lag es in seinem tatrichterlichen Ermessen, hieraus keine nachteiligen Schlüsse auf grobfahrlässige Versäumnisse der Konstrukteure der W. zu ziehen. Hierzu bot die Beweisaufnahme, insbesondere die oben angeführte Bekundung des sachverständigen Zeugen Pi., eine ausreichende Grundlage. Ersichtlich hat denn auch das Berufungsgericht erwogen, daß eine solche gelegentliche, völlig unsubstantiiert wieder-gegebene Äußerung, die in keiner Weise erkennen läßt, welche Bedenken dem Chefkonstrukteur vorgeschwebt haben mögen und ob diese Bedenken möglicherweise behoben werden konnten oder sogar später behoben wurden, keinen zwingenden Schluß auf grobfahrlässige Schlechterfüllung zulasse. Da die behauptete Äußerung des Konstrukteurs Dr. M. nichts über die Art der angeblichen Mängel enthält, ist auch nicht anzuerkennen, daß der Beklagte hier im Rahmen seiner Darlegungspflicht etwas hätte widerlegen können und müssen.

5.) Mit Schriftsatz vom 11. Juli 1959 hatte die Klägerin die Erhebung eines Sachverständigengutachtens darüber beantragt, daß die W. nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Motore in voller Kenntnis, daß der Motortyp noch nicht marktreif sei, verkauft habe, und daß ein solches Verfahren der Übung widerspreche und zu einem Mißerfolg habe führen müssen. Das Berufungsgericht hat die Ablehnung des Antrages damit begründet, die Würdigung der Beweisaufnahme sei ausschließlich Sache des

Gerichts. Die Revision bemängelt, daß das Berufungsgericht diesem Beweisantrag nicht entsprochen habe.

Die Rüge kann keinen Erfolg haben.

Der vom Berufungsgericht angeführte Gesichtspunkt, daß der Sachverständige nicht dazu berufen sei, die Beweisaufnahme zu würdigen, trifft auf den ersten Teil des Beweisangebotes zu. Dieser Teil hätte ohnedies nur bei der Prüfung der Arglist erheblich sein können.

Das Berufungsgericht brauchte aber auch das Gutachten nicht zu erheben, soweit auf die Handelsüblichkeit von Verkäufen marktfreier Motore Bezug genommen wird. Denn ein an und für sich selbstverständlicher Handelsbrauch, Motore nur zu verkaufen, wenn sie marktreif sind, besagt nichts darüber, daß die Herstellung und der Verkauf eines nicht marktreifen Motors in jedem Falle auf einer groben Fahrlässigkeit des betreffenden Werkes beruhen müsse, welches den Motor entwickelt hat. Um sich hierüber ein zuverlässiges Urteil zu bilden, konnte das Berufungsgericht auf das Gutachten von Dr. Sass und die Bekundungen der sachverständigen Zeugen zurückgreifen.

Fehlt es somit an einer groben Fahrlässigkeit der für die W■■■■, sei es als Vertreter, sei es als Erfüllungsgehilfen handelnden Personen, so entfällt damit auch ihre Haftung sowohl aus § 635 BGB als auch aus positiver Vertragsverletzung. Da auch die Voraussetzungen des § 463 Abs.2 BGB zu verneinen sind, hat das Berufungsgericht die Feststellungsklage daher mit Recht abgewiesen.

VI. Die Revision der Klägerin erweist sich somit als unbegründet. Sie ist mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Pagendarm	Bundesrichter Dr. Gelhaar ist beurlaubt und orts- abwesend; er ist an der Leistung der Unterschrift verhindert.	Dr. Spieler
	Dr. Pagendarm	

Bundesrichter Dr. Dorschel ist beurlaubt und ortsab- wesend; er ist an der Lei- stung der Unterschrift verhindert.	Dr. Messner
Dr. Pagendarm	