

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 97/66

URTEIL

Verkündet am

6. Juni 1968
Horn,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Beklagten, Berufungsklägerin, Revisions-
klägerin und Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

gegen

Klägerin, Berufungsbeklagte, Revisionsbe-
klagte und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 1968 unter Mitwirkung des Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofs Glanzmann sowie der Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Dr. Vogt und Dr. Finke

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten und die Anschlußrevision der Klägerin gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Bamberg vom 19. April 1966 werden zurückgewiesen.

Von den Kosten des Revisionsverfahrens hat die Beklagte 2/3, die Klägerin 1/3 zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Im März 1957 ließ die Klägerin die Herstellung einer Klimaanlage für ihren Spinnerei-Neubau in H. ausschreiben. Am 12. April 1957 machte ihr die Beklagte ein schriftliches Angebot (Entwurf und Kostenanschlag). Im Begleitschreiben vom selben Tag heißt es u.a.:

"Die Luftleistungen betragen 160.000 m³/h für die Vorwerks-Anlage und 300.000 m³/h für die Spinnerei-Anlagen."

Nach dem Angebot sollte der Stromverbrauch für Vorwerk einschließlich Batteur 33,9 kW und für die Spinnerei 62,4 kW betragen, bei einer Stromaufnahme der installierten Maschinen von 95 kW im Batteur, 166 kW im Vorwerk und 533 kW in der Spinnerei. Die Klägerin bestellte die Anlage. Die Beklagte nahm den Auftrag an unter

Bezugnahme auf ihre Verkaufs- und Lieferungsbedingungen durch "Bestellungsannahme" vom 14. Juni 1957 "in Umfang und Ausführung gemäß unserem Entwurf und Kostenanschlag vom 12. April 1957" zum Preise von 210.000 DM. In der Bestellungsannahme heißt es u.a.:

"Garantie:

Mit den Klima-Anlagen sind folgende Raumlufztustände zu gewährleisten:

Raumluftfeuchtigkeit:

Batteur	50 %
Vorwerk, regulierbar zwischen	50 - 60 %
Spinnerei, regulierbar zwischen ...	55 - 65 %

.....

Gewährleistung:

Für Mängel der Lieferung haften wir in der Weise, daß all diejenigen Teile unentgeltlich ausgetauscht und nach unserer Wahl neu geliefert werden, die innerhalb von 12 Monaten seit dem Liefertag unbrauchbar werden."

Auf Verlangen der Klägerin ergänzte die Beklagte mit Schreiben vom 27. Juli 1957 ihre Bestellungsannahme vom 14. Juni 1957 u.a. dahin, daß die 12-monatige Gewährleistungsfrist nicht ab "Liefertag", sondern ab "Fertigmontage" lief. In dem Schreiben heißt es weiter:

"Unsere Lieferbedingungen, die ein Bestandteil des Vertrages bilden, sind nur insoweit gültig, als diese nicht mit den Festlegungen in Widerspruch stehen."

In der Folge erstellte die Beklagte die Klimaanlage bis Ende 1958. Anfang 1959 nahm die Klägerin sie in Betrieb. Sie hat sie auch bezahlt.



Die Klägerin hat geltend gemacht, die Anlage erreiche nicht die zugesicherten Luftleistungen und Luftfeuchtigkeiten. Mit der am 30. November 1961 eingereichten und am 5. Dezember 1961 zugestellten Klage hat sie Nachbesserung gefordert.

Die Beklagte hat bestritten, bestimmte Luftleistungen zugesichert zu haben. Etwaige Störungen hat sie auf eigenmächtige Eingriffe und unzulängliche Pflege seitens der Klägerin zurückgeführt. Sie hat sich auch auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat die Beklagte gemäß dem Klageantrag wie folgt verurteilt:

"die der Klägerin gelieferte Klimaanlage für Batteur, Vorwerk und Ringspinnerei in den Stand zu setzen, daß

- 1) in Batteur und Vorwerk bei einem Stromverbrauch von 33,9 kW eine Luftleistung von 160.000 cbm/h, in der Ringspinnerei bei einem Stromverbrauch von 62,4 kW eine solche von 300.000 cbm/h erbracht werden kann,
- 2) an relativer Luftfeuchtigkeit erreicht werden:
im Batteur - bei einer Stromaufnahme der installierten Maschinen von 95 kW - 50 %
im Vorwerk - bei einer Stromaufnahme der installierten Maschinen von 166 kW - regulierbar zwischen 50 - 60 %,
in der Spinnerei - bei einer Stromaufnahme der installierten Maschinen von 530 kW - regulierbar zwischen 55 - 65 %
- jeweils bis zu einem Außenluftzustand von 32° / 25 % -."

Das Oberlandesgericht hat dieses Urteil nur insoweit bestätigt, als es sich um die Luftleistungen handelt. Wegen der begehrten Änderungen zur Erzielung bes-

serer Luftfeuchtigkeit hat es dagegen die Klage abgewiesen.

Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die vollständige Abweisung der Klage, die Klägerin mit ihrer Anschlußrevision die vollständige Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Jede Partei beantragt, das Rechtsmittel der Gegenpartei zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

1. Das Berufungsgericht führt aus: Es handele sich um einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache (§ 651 Abs. 1 Satz 2 BGB); die Klimaanlage sei nämlich auf die besonderen Verhältnisse des Spinnereibetriebs der Klägerin zugeschnitten. Die Gewährleistung der Beklagten für Mängel, insbesondere auch für das Fehlen zugesicherter Eigenschaften, sei in den besonderen Vertragsabreden der Parteien in Verbindung mit Ziffer 8 Abs. 8 der Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten wie folgt geregelt: Die Klägerin könne Gewährleistung nur verlangen, wenn sie den Mangel innerhalb der 12-monatigen Garantiefrist, die mit der Fertigmontage beginne, unverzüglich gerügt habe. Ihre Ansprüche verjährten dann mit Ablauf von 6 Monaten nach dieser Rüge, frühestens jedoch mit Ablauf der Garantiefrist, hier: 12 Monate nach Fertigmontage.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind frei von Rechtsirrtum, werden auch in der Revisionsinstanz von keiner Partei angegriffen.

2. Wie das Berufungsgericht feststellt, ist die "Fertigmontage" am 4. November 1959 erfolgt. An diesem Tage nahm die Beklagte nämlich unstreitig eine Neueinregulierung der Klimaanlage vor, welche dadurch erforderlich geworden war, daß die Klägerin inzwischen ihren Spinnereibetrieb voll eingerichtet und mit Maschinen bestückt hatte.

Ob diese Neueinregulierung vom 4. November 1959, wie die Klägerin "nicht näher substantiiert" behauptet habe, nicht befriedigend gewesen und wegen erneuter Beanstandungen der Klägerin im Februar 1960 eine weitere Einregulierung erfolgt sei, hält das Berufungsgericht für unerheblich; denn die Haftfrist sei "ab der Fertigmontage" gelaufen ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung der Beklagten mangelhaft gewesen sei oder nicht.

In diesen Ausführungen liegt die von der Anschlußrevision vermißte, rechtsfehlerfreie Würdigung des Vorbringens der Klägerin in deren Schriftsatz vom 18. Juni 1964 S. 7 - 9. Den Schlossermeister Schiffer brauchte das Berufungsgericht nicht als Zeugen zu vernehmen. Durch ihn hatte die Klägerin unter Beweis gestellt, "daß die gesamte Anlage erst am 10. Februar 1960 fertig montiert war." Ohne Rechtsverstoß konnte das Berufungsgericht diese Behauptung als nicht genügend substantiiert ansehen, um darzutun, daß nicht schon die unstreitig am 4. November 1959 erfolgte Einregulierung die für den Zeitpunkt der "Fertigmontage" maßgebliche gewesen sei.

3. In den Schreiben der Klägerin vom 11. Januar 1960, 26. April 1960, 5. Juli 1960 und 9. September 1960 sowie in dem Schreiben der (in ihrer Stellvertretung handelnden) Firma G [REDACTED] vom 4. April 1960 sieht das Berufungsgericht

rechtzeitige Mängelrügen wegen des Fehlens der hier in Betracht kommenden zugesicherten Eigenschaften der Anlage. Es errechnet demnach den Eintritt der Verjährung - abgesehen von einer etwaigen Verjährungshemmung - auf spätestens den 10. März 1961, 6 Monate nach dem Zugang des Schreibens vom 9. September 1960. Dagegen hält es die nach Ablauf der einjährigen Haftfrist (4. November 1960) erhobenen Mängelrügen vom 11. Januar 1961 und 5. Juni 1961 für verspätet.

Auch hiergegen bringen die Revisionen nichts vor.

4. a) Das Berufungsgericht verneint eine Verjährungshemmung gemäß § 639 Abs. 2 BGB. Es würdigt den Schriftwechsel der Parteien, insbesondere das Schreiben der Beklagten vom 17. November 1960 dahin, daß sich diese damit nicht der Prüfung des Vorhandenseins eines Mangels oder seiner Beseitigung unterzogen habe, sondern daß sie eine Prüfung nur deshalb habe vornehmen wollen, um der Klägerin auf deren Kosten durchzuführende Änderungsvorschläge zu machen.

Diese trichterliche Würdigung der von der Beklagten in ihren Schreiben abgegebenen Individualerklärungen läßt keinen Rechtsfehler erkennen und bindet daher das Revisionsgericht. Die Klägerin kann in der Revisionsinstanz nicht damit gehört werden, daß sie ihre eigene abweichende Würdigung an die Stelle der Würdigung des Berufungsgerichts setzen will.

b) Gleichwohl unterstellt das Berufungsgericht, daß das Schreiben der Beklagten vom 17. November 1960 eine Verjährungshemmung bewirkt habe. Es ist dann aber der Auffassung, daß die Hemmung jedenfalls mit dem

Schreiben der Beklagten vom 26. Juni 1961 geendet habe, so daß - bei Einrechnung einer Hemmungszeit von 221 Tagen - die Ansprüche, soweit sie ohne Hemmung am 10. März 1961 verjährt wären, jedenfalls am 17. Oktober 1961 verjährt seien, also ebenfalls noch vor Klageeinreichung.

Auch darin liegt kein Rechtsfehler.

5. Nach alledem erachtet das Berufungsgericht den Klageanspruch auf Nachbesserung zur Erreichung der zugesicherten Luftfeuchtigkeit ("Raumlufztustände") als verjährt; denn insoweit lasse sich ein arglistiges Verschweigen seitens der Beklagten nicht feststellen.

In der Erhebung der Verjährungseinrede liege insoweit auch kein Verstoß der Beklagten gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Die Klägerin habe schon auf Grund der Briefe der Beklagten vom 30. Dezember 1960 und 21. Januar 1961 und, falls man die oben (4 b) erörterte Verjährungshemmung bejahe, jedenfalls aus den Briefen der Beklagten vom 19. Juni, 26. Juni, 14. Juli, 18. September und 5. Oktober 1961 entnehmen müssen, daß die Beklagte zu einer kostenlosen Nachbesserung nicht bereit gewesen sei. Die Klägerin sei daher durch das Verhalten der Beklagten nicht an einer rechtzeitigen Klageerhebung gehindert worden.

Auch diese Ausführungen sind frei von Rechtsirrtum.

Trat die Verjährung - infolge zwischenzeitlicher Hemmung - erst am 17. Oktober 1961 ein, so hatte die Klägerin sogar noch nach dem 5. Oktober 1961 ausreichend Gelegenheit, die Klage in unverjährter Zeit einzurichten.

War aber die Verjährung nicht gehemmt worden und daher bereits am 10. März 1961 eingetreten, so hätte die Klägerin spätestens alsbald nach dem 5. Oktober 1961 Klage erheben müssen, falls man zu ihren Gunsten unterstellt, daß sie bis dahin durch die Beklagte in der Schwebe gehalten war. (Vgl. BGH VersR 1955, 454; NJW 1955, 1834; NJW 1959, 96 sowie Urteil des Senats VII ZR 32/65 vom 10. Oktober 1966). Die Klageeinreichung am 20. November 1961, also fast zwei Monate später, war auch dann nicht mehr so rechtzeitig, daß sie die Replik der Arglist gegen die Verjährungseinrede zu rechtfertigen vermöchte.

a) Zu Unrecht macht die Klägerin mit ihrer Anschlußrevision geltend, die Beklagte sei vorsätzlich darauf ausgegangen, sie bis zum Eintritt der Verjährung hinzuhalten. Das brauchte das Berufungsgericht dem Schriftwechsel nicht zu entnehmen, insbesondere nicht für die Zeit nach dem 5. Oktober 1961.

Die Klägerin beruft sich allerdings auf die Schreiben der Beklagten vom 16. Oktober und 2. November 1961, jedoch zu Unrecht. In dem erstgenannten Brief kündigte die Beklagte den Besuch ihres Obergeringieurs Bachmann an. Auf Grund des vorangegangenen Schriftwechsels, insbesondere des Briefs der Beklagten vom 5. Oktober 1961, brauchte aber das Berufungsgericht das Schreiben vom 16. Oktober 1961 nicht dahin zu werten, daß es der Klägerin vernünftigen Anlaß hätte geben können, mit der Klageerhebung weiter zuzuwarten. Daß der Brief der Beklagten vom 2. November 1961 die Klägerin nicht zu weiterem Abwarten veranlaßt hat, ergibt sich aus dem Antwortschreiben der Klägerin vom 15. November 1961. Darin heißt es am Schluß, sie (Klägerin) sehe keinen

anderen Weg mehr als die Klageerhebung.

b) Die Klägerin beruft sich weiter darauf, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts habe die Beklagte arglistig verschwiegen, daß die Anlage nicht die zugesicherten Luftleistungen erbringen könne (vgl. dazu unten II).

aa) In der Anschlußrevisionsbegründung vertritt die Klägerin die Meinung, diese Arglist der Beklagten in Bezug auf das Verschweigen der zu geringen Luftleistungen der Anlage müsse dazu führen, auch die Verjährungseinrede der Beklagten als arglistig anzusehen.

Das trifft nicht zu. Die Replik der Arglist gegenüber der Verjährungseinrede hat ganz andere Voraussetzungen als die Arglist beim Verschweigen der zugesicherten Eigenschaft eines Werks. Abgesehen davon handelt es sich hier um die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs wegen zu geringer Luftfeuchtigkeit, während das Berufungsgericht eine Arglist der Beklagten nur beim Verschweigen der zu geringen Luftleistung der Anlage festgestellt hat.

bb) Die Klägerin hat in der Revisionsverhandlung allerdings die Auffassung vertreten, das arglistige Verschweigen der zu geringen Luftleistung müsse zwangsläufig dazu führen, auch ein arglistiges Verschweigen der zu geringen Luftfeuchtigkeit zu bejahen. Beide Eigenschaften seien voneinander abhängig und daher nicht zu trennen.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (BU 24 f) ist das jedoch nicht der Fall. Dabei stützt

sich das Berufungsgericht seinerseits auf die Ausführungen des Sachverständigen Dr. Loewer. Danach ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, daß die Beklagte, obwohl sie wußte, daß ihre Anlage die zugesicherte Luftleistung nicht erbringen konnte, doch der - objektiv allerdings irrigen - Meinung war, es werde trotz der geringeren Luftleistung möglich sein, die zugesicherte Luftfeuchtigkeit zu erreichen, etwa durch besonders starke Befeuchtung der zuzuführenden Luft. Bei einer solchen Sachlage durfte das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler ein arglistiges Verschweigen der Beklagten in Bezug auf die Luftfeuchtigkeit als nicht erwiesen erachten.

6. Die Beklagte hatte in ihrem Angebotsschreiben vom 12. April 1957, auf das sie in ihrer Bestellungsannahme vom 14. Juni 1967 Bezug nahm, u.a. geschrieben: "Die Tatsache, daß wir Anlagen vom Allereinfachsten bis zum Vollkommensten und diese noch nach verschiedenen, eigenen Systemen in Vorschlag zu bringen haben, verbürgt Ihnen in jedem Falle eine rein objektive Beratung."

Die Klägerin möchte daraus eine Beratungspflicht der Beklagten ihr gegenüber herleiten, welche die Beklagte schuldhaft verletzt habe (vgl. dazu RGRK BGB 11. Aufl. § 459 Anm. 39 S. 183). Die Klägerin meint, ihr Anspruch wegen dieser Verletzung der Beratungspflicht durch die Beklagte verjähre in 30 Jahren.

Dem kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden:

a) Die Klägerin begehrt hier nicht Schadensersatz

wegen falscher Beratung, sondern Nachbesserung wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften.

b) Wenn die Beklagte der Klägerin geraten hat, für ihren Spinnereibetrieb gerade die Klimaanlage zu wählen, wie sie in der Beststellungsannahme der Beklagten in Verbindung mit ihrem Angebot im einzelnen beschrieben ist, so war dieser Rat nicht falsch. Denn hätte die gelieferte Anlage wirklich die Eigenschaften besessen, welche die Beklagte zugesichert hatte, so würde sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts den Zwecken der Klägerin genügt haben. Der Fall liegt insoweit anders als der in BGH LM Nr. 5 zu § 459 BGB entschiedene.

c) Eine Verletzung vertraglicher Beratungspflicht könnte hier also nur darin gesehen werden, daß die Beklagte der Klägerin das Fehlen zugesicherter Eigenschaften verschwiegen hat, wobei sie in Anbetracht der zu geringen Luftfeuchtigkeit nicht vorsätzlich, aber möglicherweise fahrlässig gehandelt hat. Diese etwaige Verletzung der Beratungspflicht durch die Beklagte hängt aber mit dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaften des Werks so eng zusammen, daß für die aus ihr etwa erwachsenen Ansprüche der Klägerin dieselbe Verjährungsfrist gelten muß, wie die Parteien sie durch ihre Abreden, in Verbindung mit den allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen der Beklagten, hier für Ansprüche wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften, vereinbart haben (vgl. auch BGH NJW 1965, 148, 150; BGHZ 47, 312, 319).

7. Nach alledem ist der Anschlußrevision der Klägerin der Erfolg zu versagen.

II.

Soweit es sich um den Nachbesserungsanspruch der Klägerin zur Erzielung größerer geförderter Luftmengen je Zeiteinheit bei einem bestimmten Stromverbrauch handelt, hält das Berufungsgericht diesen Anspruch für nicht verjährt, weil die Beklagte das Fehlen dieser zugesicherten Eigenschaft arglistig verschwiegen habe (§ 638 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten. Sie hat ebenfalls keinen Erfolg.

1. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte bestimmte Luftleistungen unter Einhaltung eines bestimmten Stromverbrauchs als Eigenschaft ihrer Klimaanlage zugesichert habe, läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision bringt dagegen auch nichts Beachtliches vor.

2. Die Beklagte macht aber geltend, die von der Klägerin gewünschte Abänderung der Anlage von 6 auf 5 Aggregate habe zu längeren Luftwegen und damit zwangsläufig zu höherem Stromverbrauch geführt. Sie trägt jedoch nicht vor, daß sie die Klägerin auf diese ungünstige Folge einer Verringerung der Zahl der Aggregate, nämlich den erheblich höheren Stromverbrauch, hingewiesen und ihre Zusicherung entsprechend eingeschränkt hätte. Zu diesem Hinweis war sie der Klägerin gegenüber vertraglich verpflichtet. Es bleibt also dabei, daß sie der Klägerin vorsätzlich (arglistig) verschwiegen hat, daß mit der Anlage, so wie sie ausgeführt wurde, die zugesicherte Luftleistung nicht zu erreichen ist. Die in der Verminderung der Aggregate liegende Konstruktions-

änderung berührt somit die Arglist der Beklagten hinsichtlich der zu geringen Luftleistung nicht.

Aus diesem Grunde war das Berufungsgericht auch nicht genötigt, einen Sachverständigen darüber zu hören, ob die Einsparung eines Aggregats zu erhöhtem Stromverbrauch führen mußte. Eine Verletzung von § 139 ZPO ist ebenfalls nicht ersichtlich.

3. Das Berufungsgericht legt die Luftmengenmessungen des Sachverständigen Dr. Loewer zu Grunde, welche für die Spinnerei 230.000 cbm/h, für Vorwerk und Batteur zusammen 92.000 cbm/h ergeben haben, während die Zusicherung der Beklagten für die Spinnerei 300.000 cbm/h, für Vorwerk und Batteur zusammen 160.000 cbm/h betrug.

Das Berufungsgericht schätzt - auch insoweit dem Sachverständigen Dr. Loewer folgend - die von diesem bei seinen Messungen unberücksichtigt gelassene "Umluft" auf ein Mehr von etwa 5 %.

Die Beklagte möchte dagegen dieses Mehr auf etwa 10 % veranschlagen. Darauf kommt es nicht an. Denn wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, wären auch bei einem Zuschlag von 10 % zu den gemessenen Luftleistungen die zugesicherten Luftmengen noch bei weitem nicht erreicht.

Deswegen hatte das Berufungsgericht keinen Anlaß, hierzu einen Obergutachter zu hören. Der Umstand, daß Dr. Loewer bei seinen Messungen die Umluft vernachlässigt hatte, zwang das Berufungsgericht auch nicht dazu, diesen Sachverständigen allgemein für unzuverlässig zu halten.

4. Das Berufungsgericht legt den Vertrag der Parteien dahin aus, daß sie eine "Toleranz" von 10 % der Luftleistungen nicht vereinbart hätten.

Diese tatrichterliche Auslegung des Individualvertrages der Parteien ist rechtsfehlerfrei und bindet daher das Revisionsgericht.

Auf die von der Revision angegriffene Hilfserwägung des Berufungsgerichts, auch dann, wenn man zusätzlich eine Toleranz von 10 % zubillige, würden die zugesicherten Luftleistungen nicht erreicht, kommt es daher nicht an.

Über das Bestehen eines Handelsbrauchs wegen der behaupteten Toleranz von 10 % bei den Luftleistungen hatte die Beklagte in den Tatsacheninstanzen nichts vorgebracht. Das Berufungsgericht hatte keinen Anlaß, von sich aus danach zu fragen. § 139 ZPO ist nicht verletzt.

5. Das Berufungsgericht hat die Messungen des gerichtlichen Sachverständigen Dr. Loewer für zuverlässiger erachtet als die des Montageinspektors P. der Beklagten. Das liegt im Rahmen rechtsfehlerfreier tatrichterlicher Würdigung.

Der Umstand, daß die Messungen Dr. Loewers etwa 2 Jahre später stattfanden als die Petersens, benachteiligt die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht; denn die Klägerin hatte zwischenzeitlich nur Änderungen getroffen, welche die Luftleistungen der Anlage verbesserten, und die Anlage war von der Klägerin auch gut gepflegt worden.

6. Die Revision meint, Arglist der Beklagten könne nicht vorliegen, weil P. von der Richtigkeit seiner Messungen überzeugt gewesen sei, weil ihr Techniker Bär der Auffassung gewesen sei, die Leistungen der Anlage müßten geringer gehalten werden, und weil ihr Ingenieur Eutario gutgläubig eine Nachberechnung der Anlage durchgeführt habe.

Auf all das kommt es nicht an. Denn das Berufungsgericht hat sich bei der Feststellung des arglistigen Verschweigens seitens der Beklagten in dem hier maßgebenden Zeitpunkt der Fertigmontage nicht auf das Verhalten der genannten Personen gestützt, sondern auf die Kenntnis des Oberingenieurs B., der damals leitender Angestellter der Beklagten war und inzwischen ihr Geschäftsführer geworden ist. Das Verschulden B. muß sich die Beklagte nach § 278 BGB zurechnen lassen. (Vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des Bundesgerichtshofs VIII ZR 62/66 vom 8. Mai 1968; ferner RG Warn. 1934 Nr. 6.)

a) Das Berufungsurteil besagt (S. 31 BU), daß die Beklagte selbst den Oberingenieur B. als die für das Angebot und die Konstruktion der Anlage verantwortliche Person bezeichnet hat. Darin liegt eine tatbestandliche Darstellung, welche nach § 314 ZPO bindet. Daß sie sich in den Urteilsgründen findet, ändert daran nichts. Die Beklagte hat keine Tatbestandsberichtigung erwirkt. Sie kann daher jetzt nicht mehr damit gehört werden, B. habe mit der Konstruktion der Anlage nichts zu tun gehabt. Auch mit Hilfe einer Rüge aus § 139 ZPO kann sie die in ihrem Schriftsatz vom 7. Dezember 1966 neu aufgestellten Behauptungen nicht in den Rechtsstreit einführen.

Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, B[REDACTED] sei sich klar darüber gewesen, daß die Anlage nicht die oben genannten zugesicherten Luftleistungen erreichen könne, bringt die Revision nichts vor.

b) Für die Behauptung der Revision, das Berufungsgericht habe die Begriffe "zugesicherte Eigenschaft" und "Arglist" "vermengt", fehlt es an einer Grundlage.

7. Da das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß den Messungen Dr. Loewers mehr vertrauen durfte als denen P[REDACTED], brauchte es diesen, sowie den Zeugen S[REDACTED] nicht über das Ergebnis der Messungen P[REDACTED] zu vernehmen.

8. Daß die Klägerin anfänglich eine zu hohe Luftfeuchtigkeit gerügt hatte, und ob darin ein Mangel liegt, ist unerheblich für die hier allein interessierende Frage, ob die Beklagte das Fehlen der zugesicherten Luftleistungen arglistig verschwiegen hat.

9. Zu Unrecht bezieht sich die Beklagte auf die Äußerung des Sachverständigen Dr. Loewer bei seiner Vernehmung vor dem Berufungsgericht am 22. März 1966, er habe der Beklagten nicht die Absicht unterstellt, bewußt eine ^{zu} kleine Anlage geliefert zu haben. Diese Äußerung ist im Zusammenhang mit den folgenden Darlegungen des Sachverständigen zu würdigen. Dort hat er ausgeführt, die Beklagte habe, obwohl sie gewußt habe, daß die zugesicherten Luftleistungen mit der Anlage nicht zu erreichen seien, möglicherweise doch geglaubt, damit jedenfalls die zugesicherte Luftfeuchtigkeit erreichen zu können. Gerade infolge dieser Aussage des Sachverständigen hat das Berufungsgericht ersichtlich

ein arglistiges Verschweigen bei der zugesicherten Eigenschaft der Luftfeuchtigkeit verneint (s. oben zu I 5, a, bb).

III.

Nach alledem sind beide Revisionen mit der Kostenfolge der §§ 92, 97 ZPO zurückzuweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Vogt

Finke