

Verkündet
am 22. September 1959
Klött, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2359 042

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Gebrüder V[REDACTED] in H[REDACTED], B[REDACTED] K[REDACTED]-
straße [REDACTED], Inhaber Ingenieur Rudolf V[REDACTED] daselbst,

Beklagten, Widerklägerin, Berufungs-
klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma Ernst G[REDACTED] AB., St[REDACTED], Gr[REDACTED] [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand Ernst Gerber,

Klägerin, Widerbeklagte, Berufungs-
beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 22. September 1959 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der Bundes-
richter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivil-
senats des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu
Hamburg vom 8. Juli 1958 wird auf Kosten der Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hatte bei dem Konstrukteur Bruno L. in H. die Fertigung eines Vertikal-Automaten 2904 (Enköping) bestellt, und zwar nach bestimmten von L. entworfenen Plänen. L. seinerseits hatte die Beklagte, die eine Maschinenfabrik betreibt, mit dem Bau des Automaten beauftragt. Die einzelnen Vertragsbedingungen, darunter auch die vereinbarte Leistungsfähigkeit der Maschine, hatte L. der Klägerin in einem Schreiben vom 6. Februar 1952 bestätigt. Es zeigte sich bald, daß L. nicht genügend Kapital hatte, um seinen Verpflichtungen gegenüber beiden Vertragspartnern nachzukommen. So kam es, daß die Parteien unmittelbar miteinander in Verbindung traten, und daß die Klägerin den Auftrag, die Maschine herzustellen, unmittelbar an die Beklagte erteilte. Die Beklagte bestätigte den Auftrag der Klägerin am 14. November 1952. Im Eingang des Bestätigungsschreibens heißt es wörtlich:

"Wir bestätigen ... den uns erteilten Auftrag auf Fertigstellung eines "Vertikal-Automaten 2904 (Enköping) auf Grund der Anlage vom 3.10.1952 und der uns überlassenen konstruktiven Unterlagen in Zusammenhang mit unserer Aufstellung vom 14.11.1952 sowie der Auftragsbestätigung Linstedt Nr. 51/120 vom 6.2. 1952 zum Preise von"

Am Schluß des gleichen Schreibens wird ausgeführt:

"Wir betonen, daß in unserer Kalkulation die bisher aufgetretenen konstruktiven Mängel berücksichtigt wurden. Wir behalten uns vor, etwa später auftretende z.Zt. noch nicht zu übersehende konstruktive Schwierigkeiten zusätzlich auf Grund des Aufwandes abzurechnen."

Die Klägerin hat vereinbarungsgemäß an die Beklagte eine Anzahlung von 13 074,70 DM geleistet. Jedoch hat sie später die Abnahme der Maschine mit der Begründung verweigert, daß diese eine Reihe von wesentlichen Mängeln aufweise.

- 3 -

Darauf erhob die Beklagte in dem Rechtsstreit 23 O 191/53 des Landgerichts Hamburg Klage gegen die jetzige Klägerin auf Verurteilung zur Zahlung der restlichen Vergütung von 31 941,40 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Übergabe der Versandpapiere für den streitigen Automaten. In diesem Rechtsstreit hat der Ingenieur La [REDACTED] als gerichtlicher Sachverständiger ein Gutachten über den Zustand und die Mängel der Maschine erstattet. Der Rechtsstreit wurde durch einen gerichtlichen Vergleich beendet, der nunmehr den Hauptstreitpunkt des vorliegenden Rechtsstreites bildet.

In diesem Vergleiche haben die Parteien eine Dauererprobung des Automaten von mehreren Stunden vereinbart und im wesentlichen noch folgende Bestimmungen getroffen. Für die im Betriebe der Beklagten in H [REDACTED] stattfindende Dauererprobung sollte die Beklagte (jetzige Klägerin) 1500 bis 1800 Rohlinge eines bestimmten Musters übersenden. Die Klägerin (jetzige Beklagte) hatte das Werkzeug und die Bedienung zu stellen. Der Sachverständige La [REDACTED] sollte bei der Dauererprobung zugegen sein. Ihm war unter anderem die Aufgabe gestellt, sein Gutachten über die in der Dauererprobung erbrachte Leistung der Maschine abzugeben. In Nr. 6 des Vergleiches war unter anderem folgendes bestimmt:

"Erbringt die Maschine in der vorgesehenen Dauererprobung nach Auffassung des Sachverständigen die in der Auftragsbestätigung festgelegte Leistung, so hat die Beklagte (jetzige Klägerin) die Maschine abzunehmen und folgende Beträge zu zahlen:

a.) die Klagesumme von 31 941,40 DM nebst ... Zinsen ... abzüglich des vom Sachverständigen festgestellten Minderwertes für die vorhandenen Fehler der Maschine.

b.)
.....

Würde, so war in Nr. 7 aaO vereinbart, die Maschine



in der Dauererprobung nach Auffassung des Sachverständigen die in der Auftragsbestätigung festgelegte Leistung nicht erbringen, so sollte der "Werklieferungsvertrag" aufgehoben und die Beklagte (jetzige Klägerin) nicht verpflichtet sein, die Maschine abzunehmen und zu bezahlen.

Am 8. November 1954 fand der erste Versuch einer Dauererprobung statt, zu dem die jetzige Klägerin jedoch Rohlinge übersandt hatte, die dem Muster nicht ganz entsprachen. Man einigte sich, daß die Rohlinge nach einer kleinen Änderung dennoch verwendet werden sollten. Diese Bearbeitung, die noch am gleichen Tage vorgenommen wurde, bestand darin, daß man an Stelle der im Muster vorgesehenen bei den Rohlingen aber fehlenden Nabe eine zum Ansatz des Bohrers erforderliche Anfräsung anbrachte. Der dann am folgenden Tage stattfindende Probelauf der Maschine mußte wegen des sich mehrfach wiederholenden Werkzeugschadens (Bruch der Bohrer, Beschädigung des Fräsaggregates) verschiedentlich unterbrochen werden und wurde schließlich eine halbe Stunde vor Ablauf der festgesetzten Zeit vom Sachverständigen abgebrochen, weil nach dessen Auffassung wegen der Kürze der noch zur Verfügung stehenden Zeit keine Aussicht mehr bestand, daß die Maschine die vereinbarte Leistung erbringen würde. In dem am 23. Dezember 1954 erstatteten und am 12. April 1955 ergänzten Gutachten kam der Sachverständige La [REDACTED] zu dem Ergebnis, daß die Maschine die von ihr vorausgesetzte Leistung nicht erbracht habe. Gestützt auf Nr. 7 des Vergleichs hat daraufhin die Klägerin gegen die Beklagte Klage erhoben auf Rückzahlung ihrer Anzahlung von 13 074,70 DM nebst Zinsen, die die Beklagte verweigert hat. Die Beklagte hat den Standpunkt vertreten, daß der Vergleich nichtig sei, so daß eine Grundlage für die Verbindlichkeit des Gutachtens fehle, daß aber auch dem Gutachten gemäß § 319 BGB deshalb keine Verbindlichkeit zukomme, weil es offenbar

unrichtig und damit offenbar unbillig sei. Sie hat vorgetragen, die Parteien hätten sich bei Abschluß des Vergleichs darüber im Irrtum befunden, daß die für die Erprobung vorgesehenen Rohlinge einen viel zu hohen Härtegrad hätten, und seien auch von der falschen Voraussetzung ausgegangen, die Maschine habe eine Standzeit über 500 Werkstücke. Das Gutachten des Sachverständigen La [REDACTED] sei, so hat sie weiter vorgetragen, deshalb unrichtig, weil er sich von dem Konstrukteur L [REDACTED], der die Interessen der Klägerin vertrete, habe beeinflussen lassen und weil er die Auswirkungen der Verwendung nicht mustergerechter Rohlinge unzutreffend gewürdigt habe. Sie hat ferner den Standpunkt vertreten, die Klägerin müsse sich auf alle Fälle so behandeln lassen, als wenn das Gutachten gegen sie ausgefallen wäre, weil sie durch eine bewußt falsche Lieferung von Rohlingen eine Vergleichsbedingung vereitelt habe. Die Beklagte hat im Wege der Widerklage die Zahlung folgender Beträge verlangt:

- a) des restlichen Werklohnes in Höhe von 31 941,40 DM
- b) eines Mehraufwandes von 9262, DM
- c) der Kosten des Vorprozesses mit 2437,80 DM
- d) des Aufwandes für die Wiederherstellung des Automaten in Höhe von 605,55 DM.

Sie hat beantragt, die Klägerin zur Zahlung von 44 246,75 DM nebst Zinsen zu verurteilen, Zug um Zug gegen Herausgabe des streitigen Automaten. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben, die Widerklage dagegen abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung und ihren Widerklageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Rückzahlung der für die Herstellung des Automaten geleisteten Anzahlung auf Nr. 7 des Prozeßvergleiches vom 30. September 1954, während die Beklagte die Nichtigkeit des Vergleiches und offenbare Unrichtigkeit des Schiedsgutachtens geltend macht und sich für ihren Anspruch auf Zahlung der restlichen Vergütung auf den Vertrag der Parteien über die Herstellung des Automaten beruft. Auf alle diese rechtlichen Verhältnisse hat das Berufungsgericht, obwohl die Klägerin eine Aktiengesellschaft schwedischen Rechtes darstellt, deutsches Recht angewendet. Da das Berufungsgericht angenommen hat, die Parteien hätten sich auf die Unterstellung ihrer Rechtsbeziehungen unter das deutsche Recht geeinigt, sind weder gegen die Anwendung ein und derselben Rechtsordnung auf das gesamte Rechtsverhältnis noch gegen die Anwendung des deutschen Rechtes insbesondere Bedenken zu erheben. Die Revision hat auch in dieser Beziehung keine sachlichrechtliche Rüge angebracht.

II. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß sich die Parteien in dem Prozeßvergleich einem für sie bindenden Schiedsgutachten unterworfen haben, in dem festzustellen gewesen sei, ob die Maschine der vertraglich festgelegten Leistungsfähigkeit entspreche. Ferner hat es angenommen, daß die Parteien die sich aus den zu erwartenden Feststellungen möglicherweise ergebenden Rechtsfolgen vergleichsweise geregelt haben. Auch in dieser Beziehung ist kein Rechtsfehler zu erkennen. Das Berufungsgericht hat das Schiedsgutachten des Ingenieurs La [REDACTED] vom 13. Dezember 1954 und vom 12. April 1955 (Ergänzung und Erläuterung) dahin gewürdigt, daß die Maschine die vertraglich vereinbarte Leistung bei der Dauererprobung vom 9. November 1954

nicht erbracht habe. Es ist dabei ersichtlich von dem Vortrag der Parteien ausgegangen, der auch seinen Niederschlag im Gutachten gefunden hat, daß der Automat einen Schlüssel in 14 Sekunden hätte fertigstellen müssen, was einem Leistungssoll von 1350 Schlüsseln in der vorgesehenen Pro-bezeit von 8 Stunden entsprochen hätte. Aus dem Gutachten hat es dann entnommen, daß bei der Dauererprobung in Wirk-lichkeit im ganzen nur 109 Schlüssel hergestellt worden sind. Ferner ist es auf Grund des Schiedsgutachtens in Verbindung mit den gerichtlichen Gutachten des Ingenieurs Lo [REDACTED] vom 22. September 1955 und des Professors Dr. Ing. habil. O [REDACTED] vom 15. April 1957 und vom 10. April 1958 sowie dessen mündlicher Bekundung bei seiner Vernehmung in der Verhandlung vom 19. Juni 1958 zu dem Ergebnis ge-langt, daß das Versagen der Maschine auf Konstruktions-gehlern und nicht etwa auf Umständen beruhe, die die Be-klagte nicht zu vertreten habe.

III. Die Einwendungen der Beklagten, daß die Parteien bei Abschluß des Vergleiches von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen seien, hat das Berufungsge-richt sowohl unter dem Gesichtspunkte eines beiderseitigen Irrtums über streit ausschließende Umstände im Sinne des § 779 BGB als auch eines solchen über die für den Ver-gleich etwa maßgebende Geschäftsgrundlage gewürdigt. Dabei ist es zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beklagte weder aus dem einen noch aus dem anderen Gesichtspunkte etwas für ihren Standpunkt, der Vergleich sei unwirksam oder müsse doch anders gehandhabt werden, herleiten könne. Im einzelnen hat das Berufungsgericht folgendes ausge-führt:

1.) Nichtigkeit gemäß § 779 BGB.

Der von der Beklagten vorgetragenen Ansicht, die Par-teien seien von einem feststehenden Sachverhalt ausgegangen,

daß die von der Klägerin für die Dauererprobung zu liefernden Rohlinge auch generell geeignet sein müßten, die Maschine unter den Bedingungen des Vergleichs auf ihre vertragsmäßige Leistungsfähigkeit zu prüfen, hat es zugestimmt und es hat auch angenommen, daß die Parteien diesen Vergleich mit diesen Bedingungen nicht abgeschlossen hätten, wären sie überzeugt gewesen, daß die Erprobung nur an der Eignung der Rohlinge und nicht etwa an Mängeln der Maschine scheitern werde. Dagegen hat das Berufungsgericht einen Irrtum nicht als vorliegend erachtet. Im Gegenteil hat es auf Grund der Gutachten, insbesondere desjenigen des Sachverständigen O■■■■, als erwiesen angesehen, daß

a) die bei nur einigen Rohlingen vorhanden gewesenen Parallelitätsunterschiede zwischen Maulfläche und Bohrachse für das Ergebnis der Erprobung nicht ursächlich waren,

b) in den Rohlingen keine die Erprobung möglicherweise beeinträchtigenden hochharten Karbideinschlüsse vorhanden waren,

c) die Festigkeitswerte der Rohlinge von 60 - 65 kg/mm² von einer einwandfreien Maschine, selbst wenn die Vorschubzeit auf die oberste Grenze eingestellt sei, "geschluckt" werden müßten und

d) bei Verwendung der Rohlinge auch die angenommene Standzeit von 500 Werkstücken durchgehalten werden könnte.

2.) Wegfall der Geschäftsgrundlage

Auch in diesem Zusammenhang hat das Berufungsgericht die von der Beklagten behauptete Verwendung von Rohlingen, die in ihrer nicht erkannten Beschaffenheit für die Dauererprobung ungeeignet gewesen sein sollen (hochharte

Karbideinschlüsse, zu hohe Festigkeitswerte) als einen Umstand in Erwägung gezogen, der die Geschäftsgrundlage des Vergleiches hätte erschüttern können. Es hat jedoch, wie bereits unter 1 erörtert, den Nachweis für das Vorliegen solcher hochharten Karbideinschlüsse nicht als erbracht angesehen. Das Vorbringen hinsichtlich der zu hohen Festigkeitswerte hat es für unerheblich gehalten, weil die Parteien bei Vertragsschluß nicht von einem bestimmten Festigkeitsgrad der Rohlinge etwa von 58 - 60 kg/mm² ausgegangen seien. Im übrigen hat es aber auch die Ursächlichkeit dieses Umstandes mit dem Versagen der Maschine, wie bereits unter 1 erörtert, verneint.

Insbesondere hat das Berufungsgericht das Vorbringen der Beklagten gewürdigt, die Parteien hätten sich über die Standzeit der Bohrer geeinigt. In dieser Beziehung wird in Nr. 4 des Vergleiches letzter Satz bestimmt:

"Die Parteien gehen davon aus, daß normalerweise bis zum Auswechseln der Bohrer 500 Schlüssel hergestellt werden können."

Die Beklagte hatte behauptet, die von den Parteien angenommene Standzeit der Bohrer habe um etwa 500 % höher gelegen als es den wirklichen Gegebenheiten entsprochen habe. Im einzelnen hatte sie vorgebracht, daß sowohl die außergewöhnliche Härte des zu verarbeitenden Materials als auch der an der obersten Grenze der Zumutbarkeit liegende Vorschub von 14 Sekunden pro Werkstück einen erheblichen Werkzeugverschleiß mit sich bringen müsse, so daß das Abweichen von der angenommenen Standzeit von 500 nur auf diesen fälschlich angenommenen Umständen, nicht aber auf einem Konstruktionsfehler der Maschine beruhe. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, es könne schon

nicht mit hinreichender Sicherheit angenommen werden, daß es sich bei der oben wiedergegebenen Wendung hinsichtlich der Standzeit der Bohrer überhaupt um eine übereinstimmende Vorstellung der Parteien gehandelt habe, der sie eine grundlegende Bedeutung für den Abschluß des Vergleichs beigemessen hätten. Ebenso nahe liege die Annahme, daß es sich hierbei um eine von der Beklagten abgegebene Zusicherung gehandelt habe. Das könne aber auf sich beruhen. Denn auf alle Fälle sei die Beklagte den Nachweis dafür schuldig geblieben, daß die Beschaffenheit der Rohlinge die Standzeit von 500 vereitelt habe.

Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

IV. Die Revision rügt einen Verstoß gegen § 286 ZPO, den sie darin erblickt, daß sowohl das Berufungsgericht als auch der Sachverständige bei der Beurteilung der Frage, ob ein Irrtum der Parteien über die Standzeit der Bohrer vorgelegen habe, wesentliche Gesichtspunkte übersehen, die die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 14. Mai 1958 vorgetragen habe. Der Sachverständige Prof. Dr. O. [REDACTED] habe sich nicht mit dem notwendigen Zusammenhang auseinandergesetzt, der zwischen Taktzeit (= Schnittgeschwindigkeit) und der Zahl der zu bearbeitenden Schlüssel (Standzeit) bestehe. Bei einer für die Maschine vorgeschriebenen Taktzeit von 14 Sekunden sei es, wie sich auch aus den vom Sachverständigen berücksichtigten Richtwerte der Firma Rhode und Dörrenberg ergebe, unmöglich, eine Standzeit von 500 Schlüsseln zu erreichen.

Bei Berücksichtigung dieser Umstände hätte das Berufungsgericht, so führt die Revision weiter aus, erkennen müssen, daß die gestellten Anforderungen bei weitem zu

hoch gewesen seien und daß die Bearbeitung von 500 Schlüsseln bis zum Werkzeugwechsel bei einer Taktzeit von 14 Sekunden, einer Festigkeit des Materials von 60 - 65 kg./mm² und einer Bohrtiefe von 35 mm technisch unmöglich sei. Die maximale Leistung erfordere eine Bohrzeit von 15,2 Sekunden bei einer Bohrtiefe von 35 mm. In der für den Automaten festgelegten Taktzeit von 14 Sekunden stünden nach Abzug der Schaltzeit einschließlich des Einfahrens der Spindeln mit insgesamt 3 Sekunden nur 11 Sekunden statt 15,2 Sekunden für die angezogene maximale Leistung zur Verfügung. Damit werde diese Zeit um 28 % überschritten, ohne daß den besonderen Erschwernissen wie ungleiche Härte der Werkstücke, für das Tiefbohren bzw. das Bohren von unten nach oben Rechnung getragen werde. Diese letztere durch die Grundkonstruktion des Automaten vorgeschriebene ungewöhnliche Bohroperation beeinträchtige die Bohrleistung gegenüber den angeführten Tabellenwerten so erheblich, daß es bei den gegebenen Materialfestigkeiten schon nach wenigen Bohroperationen zur vorzeitigen Verstumpfung der Bohrer und zum alsbaldigen Ausfall des Automaten kommen könne. Die Revision hat ein Gutachten des Ingenieurs J. [REDACTED] vorgelegt, in dem die von ihr vorgetragenen technischen Daten bestätigt werden. Abschließend trägt sie die Auffassung vor, die Parteien seien irrigerweise davon ausgegangen, daß die Standzeit von 500 mit der Taktzeit von 14 Sekunden und daß die vereinbarte Leistung mit der Grundkonstruktion des Bohrens von unten nach oben vereinbar seien. Beide Gesichtspunkte seien übersehen worden.

Die Rüge kann keinen Erfolg haben.

Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, daß ein Prozeßvergleich der Prüfung unter dem Gesichtspunkte sowohl des § 779 BGB als auch der § 242 BGB unterzogen

werden darf (RGZ 152, 403; 153, 356). Erweist sich also, daß die Voraussetzungen des § 779 BGB, aus dem die den Vergleich bekämpfende Partei dessen Nichtigkeit herleiten will, nicht vorliegen, so ist es ihr unbenommen, unter Hinweis auf einen Irrtum über die Geschäftsgrundlage die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung zu erheben (RG aaO). Das Vorbringen der Beklagten, die Parteien hätten sich über die Standzeit der Maschine geirrt, indem sie sie viel zu hoch angesetzt hätten, konnte sowohl unter dem Gesichtspunkt des § 779 BGB als auch unter demjenigen eines beiderseitigen Irrtums über die Geschäftsgrundlage erheblich sein. Er wäre jedoch von vornherein unbeachtlich, wenn in dieser Klausel eine vertragliche Zusicherung der Standzeit von 500 erblickt werden könnte.

Zwischen der Standzeit der Bohrer und der für die Maschine vorgeschriebenen Leistung besteht, was das Berufungsgericht ersichtlich erwogen hat, ein innerer Zusammenhang, der sich so auswirkt, daß bei einer geringeren Standzeit ein Mehr an Blindzeiten für den Bohrerwechsel entsteht, was notwendigerweise zu einer Minderung der Leistungsfähigkeit der Maschine führt. Hierzu ist auf die Erwägung des Berufungsgerichts zu verweisen, es liege nahe, daß die Parteien bei der Aufnahme der Klausel, man gehe von einer Standzeit von 500 aus, nichts anderes als eine Zusicherung dieser Standzeit hätten vereinbaren wollen. In der Tat spricht manches dafür, daß die Parteien diese Klausel nicht nur aus dem Grunde in den Vergleich aufgenommen haben, weil sie übereinstimmend die Vorstellung hegten, die Maschine könne diese Voraussetzung erfüllen, sondern daß sie vielmehr die Standzeit von 500 als vertragliche Leistung der Maschine festlegen wollten. Bei einer solchen Beurteilung müßte sich die Klausel, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben hat, als Zusicherung dieser Standzeit auswirken. Das Berufungsgericht hat diese Frage, die auf eine Auslegung des Vergleichs hinausläuft,

nicht abschließend erörtert. Es hat sie auch dadurch nicht im Sinne einer Zusicherung der Beklagten klargestellt, daß es darauf hinweist, die Klägerin habe in ihrem Schriftsatze vom 4. Juni 1958 durch spezifizierten Tatsachenvortrag ausführlich dargelegt, es liege eine Zusicherung vor, ohne daß die Beklagte dieses Vorbringen bestritten habe. Selbst wenn das Berufungsgericht damit zum Ausdruck bringen wollte, es halte alles tatsächliche Vorbringen der Klägerin in diesem Schriftsatz, soweit es diesen Punkt betrifft, gemäß § 138 ZPO als zugestanden, wäre es nicht bedenkenfrei, anzunehmen, das Berufungsgericht habe die Klausel in diesem Sinne auslegen wollen. Es kann jedoch dahinstehen, wie dieser in den Vergleich aufgenommene Satz rechtlich zu würdigen ist. Wenn sich die Beklagte darauf berufen wollte, daß eine außerhalb vertraglicher Bindung liegende Vorstellung beider Parteien über die Standzeit bestanden habe, die den Abschluß gerade dieses Vergleiches maßgebend beeinflusst habe, so mußte sie hierfür Beweis erbringen. Das hat sie aber nach den Darlegungen des Berufungsgerichts, das eher geneigt ist, eine Zusicherung anzunehmen, gerade nicht getan.

Es kann aber auch aus dem vom Berufungsgericht herangezogenen Grunde dahingestellt bleiben, welche rechtliche Bedeutung der Klausel am Ende von Nr. 4 des Vergleiches zukommt. Das Berufungsgericht trifft nicht der Vorwurf eines Verstoßes gegen § 286 ZPO, wenn es den Nachweis der Beklagten dafür, daß sich die Parteien über die Standzeit der Bohrer geeinigt hätten, nicht für geführt erachtet hat. Im Berufungsurteil werden zu diesem Punkte folgende Feststellungen getroffen:

Der Sachverständige sei in der mündlichen Verhandlung vom 19. Juni 1958 zu seinem Ergänzungsgutachten und

zu den von der Beklagten nach Eingang des Zusatzgutachtens weiter erhobenen Einwendungen - über die Auswirkungen der Materialfestigkeit auf die Arbeitsweise der Maschine und die Standzeit - gehört worden. Er habe Gelegenheit gehabt, die von den Parteien nach Eingang des Zusatzgutachtens eingereichten Schriftsätze und eine von dem Inhaber der Beklagten eingereichte Broschüre der Firma R. [REDACTED] und D. [REDACTED] über "Richtwerte für spangebende Bearbeitung" zur Kenntnis zu nehmen. Der Sachverständige Prof. O. [REDACTED] habe dann ausgesagt: die höhere Materialfestigkeit von 60 - 70 kg/mm² könne nicht ursächlich für das Versagen der Maschine sein. Diese Härteunterschiede (58 - 60 zu 60 - 65 kg/mm²) lägen praktisch noch in demselben Bezirk. Die Bohrer müßten auch eine Härte von 70 kg/mm² mitmachen. Es habe nichts zu sagen, wenn in der Tabelle eine Zäsur bei 60 kg/mm² gemacht werde. Auf die ausdrückliche Frage des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten und deren Inhabers, ob diese Begutachtung auch für den Fall gelte, daß die Vorschubzeit schon an der obersten Grenze liege, habe sich der Sachverständige geäußert, auch in diesem Falle müßte eine einwandfreie Maschine diese Differenz schlucken. Auf die weitere Frage der Vertreter der Beklagten, ob er die im Vergleich zugrundegelegte Standzeit von 500 für möglich halte, habe der Sachverständige erklärt, die Standzeit müßte sogar noch höher liegen und er halte diese Standzeit auch nach Kenntnisnahme der ihm vorgelegten Tabelle für angemessen.

Bei diesen Feststellungen des Berufungsgerichts über den Gang und den Inhalt der Vernehmung des Sachverständigen, Professor O. [REDACTED], bestehen schon erhebliche Bedenken gegen die Auffassung der Revision, der Sachverständige habe sich mit wichtigen Gesichtspunkten, die Gegenstand des Vortrages der Beklagten gewesen seien, nicht auseinandergesetzt.

Es ist der Revision zwar zuzugeben, daß die Beklagte den Gesichtspunkt, die Taktzeit von 14 Sekunden führe bei der Materialhärte von 60 - 65 kg/mm² zu einem größeren Materialverschleiß, weil die Vorschubgeschwindigkeit um 25 % zu hoch liege, im Schriftsatz vom 14. Mai 1958 erörtert hat. Gerade dieser Schriftsatz war aber dem Sachverständigen zur Vorbereitung seiner Vernehmung zugeleitet worden. Außerdem haben der Prozeßbevollmächtigte und der Inhaber der Beklagten dem Sachverständigen die im Schriftsatz angeschnittenen Fragen vorgelegt, auf die der Sachverständige die angeführten Antworten erteilt hat. Es mag jedoch dahingestellt bleiben, ob ein technischer Gesichtspunkt bei der mündlichen Erörterung der Gutachten und der von den Parteien aufgeworfenen Fragen nicht ausreichend behandelt worden ist. Auf keinen Fall hatte das Berufungsgericht nach Abschluß der Beweisaufnahme weder von sich aus noch an Hand der Stellungnahme der Parteien Veranlassung, das Gutachten als lückenhaft oder mit groben Mängeln behaftet anzusehen. Dazu bestand nach dem Inhalt der Begutachtung und der Art, wie der Sachverständige bei seiner Vernehmung auf die im Schriftsatz vom 14. Mai 1958 aufgeworfenen Fragen geantwortet hat, keine Veranlassung. Aber nur dann, wenn ein Gutachten mit groben Mängeln, insbesondere mit Auslassungen und Widersprüchen behaftet ist, hat das Gericht davon abzusehen, gegen die beweisbelastete Partei ungünstige Schlüsse aus einem solchen Gutachten zu ziehen (vergl. das nicht veröffentlichte Urteil des erkennenden Senats vom 29. November 1957 - VIII ZR 309/56, und zur Frage, unter welchen Umständen ein Obergutachten einzuholen ist: BGH Urt. vom 14. Juli 1953 - V ZR 97/52 - MDR 1953, 605 sowie das ebenfalls nicht veröffentlichte Urteil des erkennenden Senats vom 27. November 1956 - VIII ZR 37/56 S. 10).

Das Berufungsgericht kann umso weniger der Vorwurf

treffen, gegen § 286 ZPO verstoßen zu haben, als sowohl der Prozeßbevollmächtigte als auch der Inhaber der Beklagten dem Sachverständigen Fragen aus dem Schriftsatz vom 14. Mai 1958 vorgelegt haben. Ihre Sache wäre es gewesen, sich die erst in der Revisionsinstanz beigebrachten technischen Hilfsmittel und Daten zu besorgen, um, wenn sie das für erforderlich hielten, den Sachverständigen zu weiteren Erörterungen anzuregen. Da sie über das im Termin vom 19. Juni 1958 angewandte Maß hinaus keinen Gebrauch von ihrem Fragerecht gemacht haben, muß sich die Beklagte so ansehen lassen, als wenn sie die nach ihrer Ansicht unvollständige Vernehmung des Sachverständigen gebilligt hätte.

V. Die Revision kann auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie sich darauf beruft, letzten Endes sei der Mißerfolg hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Maschine auf die Grundkonstruktion des "Bohrens von unten nach oben", was als Fehlkonstruktion anzusehen sei, zurückzuführen. Die Revision hat hierzu in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, der Vergleich sei von vornherein auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen, weil die vereinbarte Erprobung infolge der konstruktiven Mängel der Maschine niemals zu einem positiven Ergebnis haben können; er müsse daher gemäß § 306 BGB als nichtig angesehen werden, so daß die Beklagte wegen ihrer Ansprüche auf den ursprünglichen Werklieferungsvertrag zurückgreifen könne. Da die konstruktiven Anweisungen von der Klägerin gegeben worden seien und diese somit das Risiko der Fehlkonstruktion trage, stünden der Beklagten die in § 645 BGB bestimmten Ansprüche zu.

Der Ansicht der Revision kann nicht gefolgt werden. Hinsichtlich der angeblichen Fehlkonstruktion hat der

Sachverständige Professor O. [REDACTED] ausgeführt:

"Ich sehe die eigentliche Schwierigkeit darin, daß die Bohrung bei der Maschine von unten nach oben geht. Dadurch ergeben sich große Schwierigkeiten für die erforderliche Kühlung und Schmierung. Nach meiner Auffassung ist das Versagen der Maschine auf eine Fehlkonstruktion zurückzuführen. Am Werkstoff kann es nicht gelegen haben. Das widerspricht allen Erfahrungen."

Die Revision irrt, wenn sie annimmt, daß der Sachverständige zum Ausdruck gebracht habe, die Grundkonstruktion des Automaten, das Bohren von unten nach oben, sei ein absolutes Hindernis für die vertraglich vereinbarte Leistung der Maschine. Der Sachverständige hat nur ausgeführt, daß sich im Hinblick auf diese Konstruktion große Schwierigkeiten für die erforderliche Kühlung und Schmierung ergeben. Auch das Berufungsgericht hat keineswegs festgestellt, daß das Ausbleiben der vertraglichen Leistung ausschließlich auf einem Fehler in der Grundkonstruktion beruhe. Deshalb ist es schon aus diesem Grunde rechtsirrig, anzunehmen, daß der Vergleich wegen der von dem Ingenieur Linstedt übernommenen Grundkonstruktion auf eine unmögliche Leistung gerichtet gewesen sei. Nach Lage der Sache kann, wie auch das Berufungsgericht ersichtlich angenommen hat, der Zweck des Vergleiches nur darin bestanden haben, eine Erprobung der Maschine vorzunehmen, die auf alle Fälle möglich und auch geeignet war, konstruktive Mängel, die die Beklagte zu vertreten hatte, an den Tag zu bringen. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob die Beklagte befugt war, an dieser Grundkonstruktion des Bohrens von unten nach oben etwas zu ändern. Entscheidend ist allein, daß sie nicht dargelegt und das Berufungsgericht auch nicht festgestellt hat, es sei technisch unmöglich gewesen, durch konstruktive Maßnahmen die vom Sachverständigen angedeuteten Schwierigkeiten zu beheben. Die Revision

berücksichtigt auch nicht, daß der Vergleich im Anschluß an einen Rechtsstreit geschlossen wurde, in dem gerade die konstruktiven Mängel der Maschine den Streitgegenstand gebildet haben, so daß, was die Beklagte in keiner Weise widerlegt hat, alles dafür spricht, daß die Parteien bei Abschluß des Vergleiches davon ausgegangen sind, alle Fehler der Konstruktion des Automaten habe die Beklagte zu vertreten. Demnach kann eine Nichtigkeit des Vergleiches weder nach § 306 BGB noch nach § 779 BGB in Betracht gezogen werden.

Aber selbst, wenn es der Beklagten gestattet wäre, auf den ursprünglichen Werklieferungsvertrag zurückzugreifen, müßte die Revision ohne Erfolg bleiben, weil die Beklagte die Voraussetzungen des § 645 BGB in keiner Weise dargelegt hat, im Berufungsurteil vielmehr die gegenteiligen Feststellungen getroffen sind. Daß es an einer Feststellung fehlt, es liege ein Fehler der Grundkonstruktion vor, der ein absolutes Hindernis für die vertragliche Leistung der Maschine bildete und den die Klägerin zu vertreten hätte, wurde bereits ausgeführt. Darüber hinaus wird im Tatbestand des Berufungsurteils ausdrücklich festgestellt, die Beklagte habe den Auftrag zur Fertigstellung des Automaten übernommen, und zwar zu einem Gesamtpreis von 53 308,80 DM vorbehaltlich einer Erhöhung wegen Änderung der Preisfaktoren oder etwa notwendig werdender konstruktiver Änderungen. Diese Feststellung kann nur so verstanden werden, daß die Beklagte nicht nur, wie die Revision geltend macht, die Fertigstellung der noch restlichen Arbeiten, sondern, daß sie die Herstellung des ganzen Werkes übernommen habe, für das ihr ja auch der Gesamtpreis zugesagt ist. Wieweit sie von den bisher geleisteten Herstellungsarbeiten des Ingenieurs I. Gebrauch machen wollte, war ihre Sache. Jedenfalls ergibt

sich aus dem Bestätigungsschreiben vom 14. November 1952 mit aller Deutlichkeit, daß für den Fall der Notwendigkeit konstruktive Änderungen vorgesehen waren. Bei dieser Sachlage kann daher keine Rede davon sein, daß die Voraussetzungen des § 645 BGB, der dem Unternehmer den Anspruch auf Vergütung gewährt, falls sich das Werk infolge einer Anweisung des Bestellers als unausführbar erweist, von der Beklagten dargelegt und vom Berufungsgericht festgestellt worden wären.

VI. Das Berufungsgericht hat auch geprüft, ob das Schiedsgutachten etwa deshalb nicht als verbindlich anzusehen ist, weil es, wie die Beklagte vorgetragen hat, offenbar unrichtig sei. Es hat jedoch auf Grund der gerichtlichen Gutachten und der Beweisaufnahme keine solche offenbare Unrichtigkeit angenommen. Es hat das Ergebnis der Gutachten dahin zusammengefaßt, daß das Versagen der Maschine letzten Endes auf einer Fehlkonstruktion beruhe, so daß die Feststellung des Schiedsgutachters La [REDACTED], die vertragliche Leistung der Maschine sei nicht erbracht worden, und dieser Umstand hänge nicht mit technischen Daten zusammen, welche die Beklagte nicht zu vertreten habe, nicht als unbillig angesehen werden könne. Diese Erwägungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen.

a) Auch in diesem Zusammenhang rügt die Revision, der Sachverständige habe nicht berücksichtigt, daß bei einer vorgeschriebenen Taktzeit von 14 Sekunden eine Standzeit von 500 und damit auch die vertragliche Leistung unmöglich zu erreichen gewesen sei. Die Rüge bleibt erfolglos, weil, wie unter IV gezeigt, auf Grund des Gutachtens von Prof. O [REDACTED] (Vernehmung vom 19. Juni 1958) davon ausgegangen werden muß, daß diese Leistungen trotz der niedrigen Taktzeit und der größeren Materialhärte erreichbar waren. Soweit die Grundkonstruktion in Betracht kommt,

kann sich die Beklagte nicht auf Unbilligkeit des Schiedsgutachtens berufen, weil, wie ebenfalls bereits erörtert, sie für konstruktive Fehler einzustehen hat.

b) Auch die weitere Rüge, das Berufungsgericht sei der vom Sachverständigen O. aufgeworfenen Frage, ob er etwa weitere Versuche hinsichtlich der Beschaffenheit der Werkstücke (er hatte auf Versuche bei der Firma D. hingewiesen) vornehmen solle, nicht weiter nachgegangen, bleibt ohne Erfolg. Hierin kann ein Verstoß gegen § 286 ZPO nicht gefunden werden. Ersichtlich hat das Berufungsgericht die Feststellung des Sachverständigen, er halte es für sehr unwahrscheinlich, daß eine frühzeitige Abstumpfung der Bohrer materialbedingt sei und daß die Werkstücke Einschlüsse enthielten, die sich in dieser Beziehung schädlich auswirken könnten, für ausreichend erachtet, um die gegenteilige Behauptung der Beklagten zu widerlegen. Es lag in seinem tatrichterlichen Ermessen, von weiteren Erhebungen Abstand zu nehmen, zumal auch die Beklagte bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung und nicht einmal im Rahmen der Vernehmung des Sachverständigen im Termine vom 19. Juni 1958 mit einem entsprechenden Beweisantrage hervorgetreten ist.

VII. Da somit das für die Beklagte ungünstige Schiedsgutachten die Parteien bindet, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum die an ein solches Ergebnis in Nr. 7 des Vergleiches geknüpfte Rechtsfolge aussprechen.

Damit erwies sich aber die Klage als begründet und die Widerklage als unbegründet. Die Revision der Beklagten war daher mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann

Dr. Gelhaar

Dr. Dorschel

Dr. Mezger

Dr. Messner

Dr.