

VII ZR 298/56

2345 012

Verkündet am 30. September 1957
Woitscheck, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der W [REDACTED] Eisenwerke AG in W [REDACTED], vertreten durch
ihren Vorstand,

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Franz S c h [REDACTED] in H [REDACTED] b. He [REDACTED],
Kläger, Berufungskläger und Revisionsbeklagten,

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

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 8. Juli 1957 unter Mitwirkung des Se-
natspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter Scheffler,
Rietschel, Dr. Heimann-Trosien und Dr. Winkelmann

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Teilurteil des
7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm/Westf.
vom 7. Mai 1956 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger fertigte von Ende 1945 bis Anfang 1949 Lastkraftwagenanhänger an. Er entwickelte auf Anregung des Vertreters der Beklagten, B[REDACTED], einen Spezialanhänger für den Opel-Blitz-Schnelllastkraftwagen mit 1,5 t Tragfähigkeit. Die Parteien kamen überein, dass die Beklagte die hierzu nötigen Achsschenkel herstellen und liefern sollte. Der Kläger wollte den Anhänger wegen der Schnelligkeit des Opel-Blitz nicht mit starrer Achse, sondern mit einer aus zwei nebeneinanderliegenden Querfedern bestehenden Schwingachse ausrüsten. Davon ausgehend entwarf die Beklagte durch ihren Prokuristen L[REDACTED] die Achsschenkel als rotierende Schwingachschenkel und legte die Zeichnungen am 22. Juli 1948 dem Kläger und seinem Konstrukteur Le[REDACTED] vor, die keine Einwendungen erhoben. Mitte August 1948 wurde der erste Musteranhänger bei der Firma Adam Opel AG vorgeführt, von dieser aber abgelehnt. Daraufhin verstärkte die Beklagte die Schwingachse um zwei weitere Querfedern; ausserdem ergänzte sie den Achsschenkel durch ein Tragschild zur Achsaufhängung.

Die erste Achse des neuen Typs (Serie 1) wurde am 5. Oktober 1948 geliefert. Daraufhin nahm der Kläger die Serienherstellung auf. Am 11. November 1948 wurden die ersten Achsschenkelbrüche gemeldet. Die Überprüfung der gebrochenen Schenkel ergab, dass ihre Zugfestigkeit nur 40,9 statt 60 kg/mm² betrug. Die Beklagte stellte sofort Schenkel aus besserem Material her und wechselte die Schenkel an allen derzeit laufenden Anhängern aus.

Nachdem Mitte Dezember 1948 der erste Bruch der zweiten Serie gemeldet wurde, wurden die Achsschenkel der Materialprüfungsanstalt der Technischen Hochschule in Darmstadt zur Dauerfestigkeitsprüfung übersandt. Nach einer Besprechung mit

.. 3 -

Ingenieuren der Hochschule verbesserte die Beklagte die Ausformung der Hohlkehlen und verstärkte die bisher ausschliesslich zu Bruch gegangene Vorderachse von 35 auf 45 mm Ø. Sie wechselte abermals die laufenden Achsen aus.

Die neuen Achschenkeln (3. Serie) lieferte die Beklagte ab 15. Dezember 1948. Bei diesen Schenkeln waren die Tragschilder zum Teil ungenau gearbeitet, so dass der Kläger sie aufarbeiten musste, wodurch Unkosten und Produktionsausfälle entstanden.

Ab März 1949 stellte die Beklagte die Lieferungen ein. Nachdem der Kläger in Zahlungsschwierigkeiten geraten war, schlossen die Parteien am 21./22. Februar 1949 einen Vertrag, in dem der Kläger eine Schuld aus Werklohn in Höhe von 105 912,07 DM anerkannte; die Beklagte stundete diese Schuld gegen Sicherheitsleistung bis zum 15. April 1949. Der Vertrag enthielt die Klausel, dass etwaige Gegenforderungen des Klägers durch diese Vereinbarung nicht berührt werden sollten.

Am 23. März 1949 meldete der Kläger Schadensersatzansprüche gegen die Beklagte wegen entgangenen Gewinns und wegen seiner Nachbesserungskosten an, mit denen er gegen die von ihm anerkannte Forderung der Beklagten aufrechnete.

Der Kläger hat am 9. April 1949 Klage erhoben mit dem Antrag, die Beklagte zur Zahlung eines Teilschadensbetrages von 20 000 DM nebst 5 % Zinsen seit dem 15. April 1949 zu verurteilen.

Am 2. Juni 1949 wurde der Konkurs über das Vermögen des Klägers eröffnet. Der Konkursverwalter lehnte mit Schreiben vom 26. September 1949 den Eintritt in den Prozess ab.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Zur Klage hat der Kläger vorgetragen, die von der Beklagten gelieferten Achsen aller drei Serien seien infolge fehlerhafter Konstruktion und mangelhafter Verarbeitung durch die Beklagte gebrochen. Hierfür sei die Beklagte verantwortlich. Die Beklagte habe auch mengenmässig ihre Verpflichtung nicht erfüllt. Die Achsschenkelbrüche und die unzureichende Belieferung seien die Ursache seines geschäftlichen Niedergangs und seines Konkurses gewesen. Seinen Gesamtschaden bezifferte der Kläger wie folgt:

Gewinnentgang wegen unzureichender Lieferung: 401 740 DM,
Nachbesserungskosten: 17 000 DM,
Schaden durch Konkurseröffnung: 204 227,63 DM.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt. Sie ist der Auffassung, dass der Kläger für die Konstruktion der Achsschenkel die alleinige Verantwortung trage; sie habe diese nach Weisung des Klägers entworfen. Die Konstruktion sei auch nicht oder jedenfalls nicht allein die Ursache der Achsbrüche gewesen; diese liege vielmehr in der von dem Kläger verwandten, noch unerprobten Schwingachse. Bei solcher Neukonstruktion müsse mit Rückschlägen gerechnet werden. Ausserdem habe der Kläger zum Teil zu grosse Reifen (6/20 statt 6/18) verwandt, die die Achsschenkel um 20 % überlastet hätten. Mengenmässig bestimmte Lieferungsverpflichtungen habe die Beklagte nicht übernommen. Die Achsbrüche seien auch nicht die Ursache des finanziellen Zusammenbruchs des Klägers gewesen, der Zusammenbruch sei vielmehr auf die damalige allgemeine Wirtschaftslage zurückzuführen. Hilfsweise werde mit der unstreitigen Gegenforderung der Beklagten aus dem Vertrag vom 21./22. Februar 1949 aufgerechnet.

Durch Urteil des Landgerichts in Arnberg vom 16. Mai 1952, zugestellt am 11. Juni 1952, wurde die Klage abgewiesen. Am 4. Juli 1952 stellte der Kläger beim Oberlandesgericht in Hamm den Antrag, ihm zur Einlegung der Berufung das Armenrecht zu bewilligen. Dieser Antrag wurde durch Beschluss des Oberlandesgerichts vom 21. November 1952, zugestellt am 18. Dezember 1952, abgelehnt. Auf die am 24. Februar 1953 erhobenen Gegenvorstellungen des Klägers wurde ihm durch Beschluss vom 30. April 1953, zugestellt am 5. Mai 1953, das Armenrecht bewilligt.

Am 5. Mai 1953 legte der Kläger Berufung ein und beantragte gleichzeitig die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist. Die Wiedereinsetzung wurde durch Beschluss vom 29. Mai 1953 bewilligt. Auf die Gegenvorstellungen der Beklagten wurde durch Beschluss vom 5. Dezember 1953, zugestellt am 9. Dezember 1953, der Beschluss vom 29. Mai 1953 aufgehoben und der Antrag auf Wiedereinsetzung zurückgewiesen. Durch Beschluss vom 11. Dezember 1953 wurde die Berufung des Klägers als unzulässig verworfen. Auf die von dem Kläger rechtzeitig erhobene sofortige Beschwerde hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs durch Beschluss vom 5. Februar 1954 die Beschlüsse des Oberlandesgerichts vom 5. und 11. Dezember 1953 aufgehoben, so dass es bei der Bewilligung der Wiedereinsetzung durch den Beschluss vom 29. Mai 1953 sein Bewenden hatte.

Der Kläger hat in der Berufungsinstanz seinen Teilanspruch von 20 000 DM wie folgt aufgliedert:

- 1.) 6 500 DM entgangener Gewinn,

- 2.) 6 500 DM Reparaturkosten, die er jetzt mit insgesamt 24 199,85 DM beziffert,
3.) 7 000 DM Vermögensverlust durch Konkurs.

Das Oberlandesgericht hat durch Teilurteil wegen der Ansprüche zu 1.) und zu 2.) die Berufung des Klägers zurückgewiesen, und zwar mit der Begründung, dass dem Kläger ein Anspruch auf entgangenen Gewinn (1) nicht zustehe und dass er zwar 2/3 der ihm entstandenen Reparaturkosten (2) beanspruchen könne, diese Forderung aber durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen sei. Über den Anspruch zu 3.) hat das Berufungsgericht noch nicht entschieden.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Revision eingelegt, soweit der Anspruch zu 2.) nur unter Verbrauch der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung der Beklagten abgewiesen worden ist. Sie beantragt, in diesem Umfang das Urteil aufzuheben und die Berufung des Klägers zu verwerfen, hilfsweise den Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe dem Kläger zu Unrecht die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligt. Diese Rüge ist nicht begründet.

Das Revisionsgericht ist berechtigt und verpflichtet, den Beschluss des Oberlandesgerichts vom 29. Mai 1953, durch

den dem Kläger die Wiedereinsetzung gewährt worden ist, auf seine Richtigkeit nachzuprüfen. Es ist daran auch nicht durch den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 5. Februar 1954 gehindert, da durch diesen Beschluss lediglich ausgesprochen worden ist, dass das Berufungsgericht an seinen ersten Beschluss nach § 318 ZPO gebunden und deshalb selbst nicht mehr in der Lage sei, ihn - gleichviel, ob er richtig war oder nicht - wieder aufzuheben. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs berührt also nicht das Recht des Revisionsgerichts, in diesem Revisionsverfahren den Beschluss des Oberlandesgerichts vom 29. Mai 1953 auf seine Richtigkeit nachzuprüfen.

Diese Prüfung ergibt indessen, dass der Wiedereinsetzungsbeschluss vom 29. Mai 1953 nicht zu beanstanden ist.

Das erste Armenrechtsgesuch des Klägers ist noch vor Ablauf der Berufungsfrist, also rechtzeitig gestellt worden. Der Kläger hatte es hinreichend begründet und seine Armut glaubhaft gemacht. Es kann dem Kläger nicht zum Nachteil gereichen, dass er nach der Ablehnung des Armenrechtsgesuches nicht innerhalb der Frist des § 234 Abs. 1 ZPO Berufung eingelegt und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt hat.

Mit der Versagung des Armenrechts entfällt zwar die Mittellosigkeit des Rechtsmittelklägers als Hinderungsgrund im Sinne des § 233 ZPO, und die zweiwöchige Frist des § 234 ZPO beginnt (nach einer kurzen Überlegungsfrist von wenigen Tagen) zu laufen. Stellt der Rechtsmittelkläger ein erneutes Armenrechtsgesuch oder erhebt er Gegenvorstellungen gegen die Versagung des Armenrechts, so hat das, wenn sie er-

folglos bleiben, nicht die Wirkung, dass die Armut als Hindernis weiter anzuerkennen ist. Dem Rechtsmittelkläger kann dann, falls die Frist des § 234 ZPO inzwischen verstrichen ist, die Wiedereinsetzung nicht mehr gewährt werden. Dabei ist es unerheblich, ob die Partei der Meinung sein konnte, sie werde das Armenrecht noch bewilligt erhalten. Das entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs (RGZ 149, 379; RG JW 1929, 3152; 1930, 3311; Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 7. Juli 1952 = LM Nr. 24 zu § 233 ZPO, 2. Dezember 1952 = LM Nr. 31 zu § 233 ZPO, 11. März 1952 = LM Nr. 6 zu § 234 ZPO, 5. Februar 1954 = LM Nr. 2 zu § 238 ZPO, 15. Dezember 1956 = LM Nr. 15 zu § 234 ZPO). Ein anderes gilt jedoch nach der Auffassung des Reichsgerichts in dem - hier vorliegenden - Fall, dass auf die Gegenvorstellungen des Rechtsmittelklägers das Armenrecht nachträglich doch noch bewilligt wird: Dann liege, vorbehaltlich der unten noch zu erwähnenden Ausnahme, in der anfänglichen unberechtigten Ablehnung des Armenrechts für die Partei ein unabwendbarer Zufall (RGZ 149, 379, 382; RG in JW 1895, 518; 1911, 988; 1930, 3312). Dieser Ansicht, zu der der Bundesgerichtshof in seinen bisherigen Entscheidungen noch nicht abschliessend Stellung genommen hat, ist zu folgen; denn es kann - worauf das Berufungsgericht mit Recht hinweist - nicht rechtens sein, dass einem Rechtsmittelkläger aus einer ursprünglich unrichtigen Entscheidung des Gerichts Nachteile erwachsen.

Freilich kann das, worauf das Reichsgericht (RGZ 149, 379, 382) ausdrücklich hinweist, nicht gelten, wenn das Gericht zur nachträglichen Bewilligung des Armenrechts auf Grund neuer, erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist vortragener Tatsachen und Beweismittel gelangt ist; denn sonst wäre die arme Partei besser gestellt als die nicht

arme Partei, die nach Ablauf der Rechtsmittelfrist auch für ein auf Grund neuer Tatsachen und Beweismittel eingelegtes Rechtsmittel die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht beanspruchen kann. Dieser Fall liegt jedoch, entgegen der Auffassung der Revision, hier nicht vor. Der Kläger hat zwar mit seinem zweiten Armenrechtsgesuch zwei Auskünfte der Technischen Hochschule in Braunschweig vom 23. und 30. Januar 1953 vorgelegt, nach denen die Konstruktion der sog. Umlaufachse seit 20 Jahren bekannt sei. Der Beschluss des Oberlandesgerichts vom 30. April 1953, durch den das Armenrecht bewilligt wurde, ist jedoch nicht mit Gründen versehen und lässt deshalb nicht erkennen, dass das Oberlandesgericht seine Auffassung gerade auf Grund dieser Äusserungen geändert hat. Der Umstand, dass in dem angefochtenen Urteil auf diese Äusserungen nicht weiter Bezug genommen worden ist, ergibt im Gegenteil, dass das Oberlandesgericht lediglich auf Grund erneuter Prüfung der schon vorher vorgetragenen Tatsachen zu einer Korrektur seiner in dem das Armenrecht ablehnenden ersten Beschluss vertretenen Auffassung gelangt ist.

Es fragt sich somit nur noch, ob von dem Kläger nicht hätte verlangt werden müssen, seine Gegenvorstellungen eher und nicht erst mehr als zwei Monate nach der Zustellung des ersten, das Armenrecht verweigernden Beschlusses zu erheben. In der neueren Rechtsprechung ist wiederholt betont worden, dass die Zweiwochenfrist des § 234 ZPO nicht nur dann zu laufen beginnt, wenn das Hindernis beseitigt worden ist, sondern auch dann, wenn sein Weiterbestehen nicht mehr als unverschuldet angesehen werden kann (BGHZ 4, 389, 396; BGH IV ER 126/57, Urteil vom 10. Juli 1957 - zur Veröffentlichung bestimmt -). In dieser Hinsicht kommt hier in Frage, ob dem Kläger zuzumuten war, schon zu einem frü-

heren Zeitpunkte den Versuch zu unternehmen, den Rechtsirrtum des Berufungsgerichts durch Gegenvorstellungen auszuräumen.

Das Reichsgericht hat eine solche Auffassung abgelehnt. Das ist in dem Urteil RGZ 65, 193 ausgesprochen und ergibt sich auch aus den Entscheidungen JW 1895, 518 und 1930, 3312. Ob diese Ansicht grundsätzlich aufrecht zu erhalten ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Auch wenn man auf einem strengen Standpunkt steht, so muss man doch auf jeden Fall dem mit seinem Armenrechtsgesuch abgewiesenen Rechtsmittelkläger eine angemessene Bedenkzeit zur Erhebung von Gegenvorstellungen zubilligen. Wie diese Bedenkzeit zu bemessen ist, richtet sich nach den Umständen des einzelnen Falles. Der vorliegende ist in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht besonders verwickelt und schwierig. Der Kläger ist von Beruf Handwerker; er war damals ohne anwaltschaftlichen Beistand. Bei dieser besonderen Sachlage kann es ihm nach der Ansicht des Senates noch nicht zum Verschulden angerechnet werden, wenn er gegen die ihm ungünstige, mit einem Rechtsmittel nicht anfechtbare Entscheidung eines hohen Gerichtes erst nach einer Bedenkzeit von etwas über zwei Monaten Gegenvorstellungen erhoben hat.

Die von der Revision angeführte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Der III. Zivilsenat hat sich auf Anfrage dahin geäußert, dass er durch seinen Beschluss vom 24. September 1954 (III ZA 15/54) von der Auffassung des Reichsgerichts in RGZ 149, 379 nicht abweichen wollte. Das Urteil des V. Zivilsenats vom 27. Juni 1956 (V ZR 216/54) hat einen völlig anderen Sachverhalt zum Gegenstand.

Es ist somit davon auszugehen, dass das Berufungsgericht dem Kläger die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufsfrist mit Recht gewährt hat.

II.

Auch in der Sache selbst kann die Revision keinen Erfolg haben.

1.) Das Berufungsgericht stellt auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen R. fest, dass die Ursache der Achsbrüche in der fehlerhaften Konstruktion des Achsschenkels durch die Beklagte, in der mangelhaften Oberflächenbearbeitung der Hohlkehlen und in Fehlern des von der Beklagten verwendeten Materials zu finden ist. Die Konstruktion des Anhängers selbst sei dagegen, so führt das Berufungsgericht weiter aus, als solide anzusprechen und müsse deshalb als Ursache der Achsbrüche ausscheiden. Ebenso kämen die von der Beklagten behaupteten Ursachen (Überbelastung, schlechte Strassenverhältnisse und teilweise verwendete grössere Bereifung) nicht in Betracht, denn diese müssten einkalkuliert werden. Die vom Kläger zum Teil verwendete grössere Bereifung könne überdies schon deshalb nicht als ursächlich für die Achsbrüche angesehen werden, weil unstreitig auch bei normaler Bereifung Achsschenkel gebrochen seien.

Die Revision hat hierzu verschiedene Rügen erhoben, die sämtlich nicht begründet sind.

a) Die Revision meint, das Berufungsgericht hätte sich, soweit die zu grosse Bereifung in Frage stand, nicht mit

der Feststellung begnügen dürfen, es seien auch bei normaler Bereifung Brüche eingetreten. Dadurch sei noch nicht belegt, dass die grössere Bereifung nicht mitursächlich gewesen sei. Das Berufungsgericht hätte hierzu ein Sachverständigengutachten beiziehen müssen.

Es ist der Revision zwar zuzugeben, dass die grössere Bereifung, wie sich aus dem Sachverständigengutachten ergibt, in der Tat zu einer Mehrbelastung bis zu 25 % führen konnte. Indessen kommt es darauf nicht entscheidend an. Angesichts der Tatsache, dass auch bei normaler Bereifung Brüche eingetreten sind, durfte das Berufungsgericht auf Grund der ihm obliegenden freien Beweiswürdigung die Ursächlichkeit der in dem Urteil angeführten anderen Umstände für erwiesen halten. Im übrigen ist es nicht fehlerhaft, wenn das Berufungsgericht annimmt, dass die Beklagte mit einem Wechsel der Bereifung, also auch mit grösseren Reifen hätte rechnen und dies bei ihrer Konstruktion hätte berücksichtigen müssen. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, und es ist auch dem Sachverständigengutachten nichts dafür zu entnehmen, dass die Verwendung der grösseren Reifen völlig unsachgemäss gewesen ist und die Beklagte damit nicht zu rechnen brauchte.

b) Das Berufungsgericht hat die unter Beweisantritt gestellte Behauptung der Beklagten, der Kläger habe ihr für die Belastung der Achsen zu niedrige Werte angegeben, nicht berücksichtigt, da es die Beklagte versäumt habe, dies rechtzeitig vorzutragen.

Ob die hiergegen von der Revision erhobene verfahrensrechtliche Rüge begründet ist, kann auf sich beruhen. Auch wenn der Vortrag der Beklagten als richtig unterstellt

wird, so kann es darauf doch entscheidend nicht ankommen. Der Kläger hatte nach dem Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 16. Dezember 1955 die Nutzlast des Anhängers mit 1 500 kg, dessen Eigengewicht mit ca. 500 kg angegeben, während die in dem Sachverständigengutachten angegebenen Werte eine Nutzlast von 1 500 kg und ein Eigengewicht von 760 kg aufweisen. Die Nutzlast entsprach also den Angaben des Klägers. Das Eigengewicht war allerdings etwas höher. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass der Kläger, wie die Beklagte selbst angibt, nur von einem Eigengewicht von ca. 500 kg gesprochen, sich also nicht auf eine genaue Angabe festgelegt hatte. Die Beklagte musste also von Anfang an damit rechnen, dass der Anhänger möglicherweise auch ein etwas höheres Eigengewicht haben werde, und musste das bei der Konstruktion der Achsen in Rechnung stellen. Überdies kann angesichts des Umstandes, dass die Beklagte allgemein mit gewissen Überbelastungen hätte rechnen müssen, eine Erhöhung der Gesamtlast um höchstens 13 % keine ausschlaggebende Rolle spielen.

2.) Das Berufungsgericht ist der Auffassung, dass die Beklagte auch für die Brauchbarkeit der Achsschenkel verantwortlich sei. Der Kläger hatte, so stellt das Berufungsgericht fest, in seiner Entwurfzeichnung den Raum des von der Beklagten herzustellenden Achsschenkels ausgespart; dieser ist von der Beklagten selbständig entworfen worden. Daraus und aus dem allgemeinen Erfahrungssatz, dass jeder Mann für seine Konstruktion verantwortlich sei, folgert das Berufungsgericht die Verantwortlichkeit der Beklagten. Die Beklagte habe die erwiesenen Mängel zu vertreten, da sie schuldhaft gehandelt habe. Als alte Achsenbaufirma hätte sie, so meint das Berufungsgericht, insbesondere erkennen müssen, dass die nach dem neuen Prinzip der rotierenden

Schenkel angefertigten Achsen erheblich mehr beansprucht werden als solche mit feststehenden Schenkeln. Sie habe deshalb auch erkennen müssen, dass, da für rotierende Achsschenkel keine Erfahrungswerte vorlagen, die für Schenkel mit festen Achsen bekannten Werte bei der Konstruktion nicht übernommen werden durften. Deshalb hätte die Beklagte mit der serienweisen Herstellung und Lieferung der Achsschenkel erst beginnen dürfen, nachdem die erforderlichen Erprobungen durchgeführt worden waren.

Das lässt entgegen der Auffassung der Revision keinen Irrtum erkennen.

a) Es mag mit dem Berufungsgericht zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Anfertigung der Achsschenkel, mindestens soweit es sich um die Verwendung rotierender Schenkel handelte, um eine Neukonstruktion handelte, die mit einem gewissen Risiko für Unternehmer und Besteller verbunden war. Das schliesst aber die Verantwortlichkeit der Beklagten nicht aus. Die Beklagte ist eine Spezialfirma, die sich mit der Herstellung von Achsen befasst, während der Kläger nur Karosseriebaumeister ist und ihm infolgedessen Erfahrungen im Achsenbau fehlen. Der Kläger musste sich also auf die Richtigkeit der Konstruktion der Beklagten verlassen dürfen. Hatte die Beklagte Bedenken gegen eine solche Konstruktion, so hätte sie den Kläger darauf hinweisen und sich von einer Haftung für einen etwaigen Misserfolg freizeichnen müssen. Das hat sie aber nicht getan.

Der Einweis der Revision auf die Angabe des Zeugen I., er habe die Klägerin auf seine Bedenken aufmerksam gemacht, geht fehl. Es ist aus dieser Aussage nicht zu sehen, welcher Art diese Bedenken waren. Wie sich aus der

vorgangenen Aussage des Zeugen L. ergibt, haben sich diese Bedenken nur auf technische Einzelheiten bezogen und lediglich in Verbesserungsvorschlägen des Zeugen bestanden, die, wie der Zeuge selbst angab, von dem Kläger angenommen worden sind. Eine Freizeichnung von der Verantwortung für eine Fehlkonstruktion kann deshalb in dieser Zeugenaussage nicht gesehen werden. Zu Unrecht glaubt auch die Revision, das Berufungsgericht habe die Behauptung der Beklagten, dass der Kläger die Beibehaltung der umlaufenden Achsschenkel verlangt habe, nicht berücksichtigt. Darauf kam es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, deshalb nicht an, weil das nur dann rechtlich von Bedeutung hätte sein können, wenn der Kläger die Fehlerhaftigkeit der Konstruktion erkannt hätte oder hätte erkennen müssen. Dazu fehlte ihm aber die Fachkenntnis.

Wenn die Revision schliesslich darauf hinweist, der Kläger habe selbst zugegeben, dass er, nicht die Beklagte, den "statischen Festigkeitsnachweis" zu erbringen hatte (Schriftsatz des Klägers vom 14. November 1949 S. 17), so verkennt sie, dass diese Erklärung nur die Pflicht des Klägers gegenüber dem Überwachungsverein im Zulassungsverfahren betrifft, das Innenverhältnis zwischen den Parteien aber nicht berührt.

Auch die mangelnde Erprobung der neu konstruierten Achsen fällt in den Verantwortungsbereich der Beklagten. Sie durfte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, eine serienweise Herstellung und Lieferung nicht vornehmen, ohne dass eine solche Erprobung stattgefunden hatte. Es trifft zwar zu, dass den Kläger insoweit auch eine Verantwortung trifft. Denn wenn ihm auch die Fachkenntnis im Achsenbau fehlte, so hätte er doch erkennen müssen, dass

es sich um eine Neukonstruktion handelte und dass diese ohne eine entsprechend längere Erprobung nicht auf den Markt hätte gebracht werden dürfen. Das hat das Berufungsgericht aber nicht übersehen, denn es hat dem Kläger gerade aus diesem Grund nach § 254 BGB ein Drittel seines Schadens auferlegt.

b) Was die Verwendung des Materials betrifft, so rügt die Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag der Beklagten, dass sie damals nicht in der Lage gewesen sei, Material in der erforderlichen Festigkeit von 80 kg/mm^2 zu beschaffen, nicht berücksichtigt.

Diese Rüge ist nicht begründet. Es mag als richtig unterstellt werden, dass die Beklagte Material von der erforderlichen Festigkeit damals nicht hat beschaffen können. Damit war sie aber nicht von ihrer Pflicht entbunden, sich vor Beginn der Serienherstellung der Achsen zu vergewissern, welche Materialfestigkeit für die Neukonstruktion erforderlich war. Sie hätte, falls sie dieses Material nicht hätte beschaffen können, die Herstellung der Schenkel mit dem nicht genügenden Material ablehnen müssen. Zumindest hätte sie den Kläger darauf hinweisen und sich, wenn der Kläger trotzdem auf der Anfertigung bestand und sie infolgedessen keine Haftung übernehmen wollte, von dem mit der Verwendung von Material geringerer Festigkeit verbundenen Risiko freizeichnen müssen.

5.) Das Berufungsgericht stellt fest, dass dem Kläger für die Aufarbeitung und Reparatur der gebrochenen Schenkel, wie unbestritten, 24 199,85 DM an Unkosten erwachsen sind. Dafür habe die Beklagte jedoch nur in Höhe von $\frac{2}{3} = 16 133,24 \text{ DM}$ zu haften, denn es müsse dem Kläger zum

ursächlichen Mitverschulden angerechnet werden, dass er es ebenfalls schuldhaft unterlassen habe, die neuen Achsen zuerst hinreichend zu erproben, bevor er sie in den Verkehr brachte.

Diese von dem Berufungsgericht nach §§ 254 BGB, 287 ZPO vorgenommene Schadensteilung unterliegt grundsätzlich nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Die Revision hat insoweit auch keine Rechtsfehler gerügt.

Da der von der Beklagten dem Kläger zu ersetzende Schadensbetrag die Klagesumme übersteigt, hat das Berufungsgericht den Klageanspruch zu 2.) mit Recht nur unter Verbrauch der unbestrittenen Gegenforderung der Beklagten in dieser Höhe abgewiesen.

Die Revision ist deshalb als unbegründet zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Glanzmann

Scheffler

Rietschel

Bundesrichter Dr. Heimann-Trosien ist erkrankt und deshalb an der Unterzeichnung verhindert.

Dr. Winkelmann

Glanzmann