

VIII. ZR 170/57

2321 059

Verkündet am
16. Dezember 1958
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Clemens B [REDACTED] in L [REDACTED],
P [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma L [REDACTED] von der C [REDACTED] & Co., Metallwarenfabrik
in L [REDACTED], Inh. Kaufmann Adolf L [REDACTED],
ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

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

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1958 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Großmann sowie der
Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger
und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 25. Juli 1957
wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte hat ein Reifendruckanzeigergerät entwickelt, dessen vorderer Teil aus einer aufgesetzten Pfeife besteht. Das Gerät findet beim Betrieb von Lastkraftwagen Verwendung. Es wird an der Radnabe angeschraubt, mit dem Reifenventil verbunden und dient dem Zwecke, den Reifendruck zu überwachen und dem Fahrer durch einen scharfen Pfeifenton einen etwaigen Druckverlust anzuzeigen. Entspricht der Druck den normalen Verhältnissen, so ist die im Innern befindliche Feder voll angespannt und damit in der Lage, die Pfeife abzusichern. Bei Nachlassen des Druckes entspannt sich die Feder und bietet dadurch Raum für das Eindringen der aus dem Ventil strömenden Luft, die dann den Pfeifenton auslöst.

Der Beklagte suchte sich nun ein geeignetes Aufsatzstück als Pfeife zu seinem Gerät zu verschaffen. Er wandte sich im Frühjahr 1953 wegen der Herstellung geeigneter Pfeifen an die Klägerin, die den Auftrag entgegennahm, ein den Anforderungen entsprechendes Gerät zu entwickeln. Die Klägerin stellte ein Modell her und ließ sich von dem Beklagten am 2. April 1953 folgenden "Revers" unterzeichnen:

"Wir übergeben Herrn B., Langenfeld, das Modell einer von uns entwickelten Flöte als Aufsatz für einen Reifenwächter gedacht.

Für den Fall, daß das Modell den an ihn gestellten Ansprüchen genügt und die Flöten benötigt, verpflichtet sich Herr B., einen Auftrag von 1000 Stück als Erstauftrag zu erteilen.

Das überlassene Modell wird uns in den nächsten Tagen wieder zugestellt.

Das Modell wird von Herrn B. als unser geistiges Eigentum anerkannt."

- 3 -

Am 12. Juni 1953 übersandte die Klägerin 12 Musterpfeifen. Am 17. Juni 1953 teilte ihr der Beklagte mit, Ton und Lautstärke dieser Muster seien ausreichend und die Ausführung habe allgemein Anklang gefunden, er bitte nunmehr, den Auftrag über 1000 Stück baldmöglichst auszuführen. Kurze Zeit darauf bestellte der Beklagte weitere 1000 Stück dieses Musters. Die Klägerin lieferte gemäß den Rechnungen vom 3. und 19. August und vom 29. September 1953 insgesamt 980 Pfeifen dieses ersten Musters zum Preise von 2,-- DM. Der Beklagte hat den Kaufpreis bezahlt. Der Beklagte beanstandete einen Teil der gelieferten Pfeifen. Er wies in seinem Schreiben vom 20. August 1953 darauf hin, daß sich bei einem Versuche an einer Pfeife die Lötung zwischen der gestanzten Schlitzscheibe und der Gewindehülse gelöst habe und die Pfeife auseinandergefliegen sei. Gleichzeitig kündigte er an, daß er diese Pfeife und weitere im Ton nicht ausreichende Stücke zurücksenden werde. Am 24. August 1953 bat die Klägerin alle nicht einwandfrei funktionierenden Pfeifen wieder zurückzugeben, damit die Mängel abgestellt würden. Sie erklärte, wegen der Lötung alles veranlaßt zu haben, damit Mißerfolge vermieden würden.

Die Klägerin entwickelte daraufhin ein zweites Modell, von dem der Beklagte 2000 Stück bestellte. Als sich die Lieferung jedoch hinauszog, setzte er die Klägerin in Verzug und erklärte schließlich in seinem Schreiben vom 15. Dezember 1953, daß er grundsätzlich auf jede weitere Lieferung verzichte. Gleichwohl nahm der Beklagte die in der Zeit vom 31. Dezember 1953 bis 19. Januar 1954 eintreffenden Lieferungen an. In seinem Schreiben vom 14. Januar 1954 rügte er, daß 10 Pfeifen der ersten Sendung von 120 Stück nicht ausreichend seien, und daß eine Pfeife wegen



schlechter Lötung auseinandergefliegen sei. Die beanstandeten Pfeifen sandte er zurück. In seinem anschließenden Schreiben vom 2. Februar 1953 stellte der Beklagte alsdann alle gelieferten Pfeifen des Modells II der Klägerin zur Verfügung. Zur Begründung führte er aus, schon die nach Modell I gelieferten Pfeifen seien unverwendbar geworden, nachdem es sich bei Vorführung durch einen Vertreter ereignet habe, daß eine Pfeife trotz wiederholter Lötung auseinandergefliegen sei. Dieser Vorfall habe sich nun bei einer Vorführung von Pfeifen des Modells II wiederholt. Die Pfeifen erfüllten daher nicht ihren Zweck, eine absolute Sicherung gegen Nachlassen des Reifendrucks zu bieten. Der Beklagte erklärte, daß er auf weitere Lieferungen verzichte. Die Klägerin nahm einen Teil der gelieferten Pfeifen zurück und entwickelte ein verbessertes Modell III. Sie schrieb am 6. Februar 1954 an die Klägerin, mit dem neuen Modell dürften die bisher an den Pfeifen aufgetretenen Übelstände behoben sein, sie, die Klägerin hoffe, daß die Pfeife in dieser Form Anklang finden werde. Der Beklagte erwiderte jedoch am 10. Februar 1954, daß er bei seinem Standpunkt verbleibe, zumal er in der Zwischenzeit Geschäftsverbindungen mit einer anderen Firma aufgenommen habe, die ihm eine brauchbare Pfeife entwickelt habe und es ihm unmöglich sei, mit zwei Pfeifen zu gleicher Zeit auf dem Markte zu erscheinen. Er erklärte weiter, daß er der Klägerin auch die noch restlichen Pfeifen des ersten Modells zur Verfügung stelle, die sich noch im Besitze der Klägerin befänden.

Mit der Klage hat die Klägerin folgende Ansprüche im wesentlichen auf Vertragserfüllung, wegen des letzten Postens auf Schadensersatz geltend gemacht:

- a) als Vergütung für das anlässlich der Fertigung nach Modell I angekaufte und nicht mehr verwendbare Rohrmaterial.. 305,47 DM
- b) für die Lieferung von 892 Pfeifen des Musters II zum Preise von 2,50 DM je Stück ... 2 234,75 DM
- c) für die fertiggestellten, aber nicht abgenommenen Pfeifen des gleichen Musters ... 1 245,-- "
- d) für 610 noch nicht fertiggestellte Pfeifen nach Muster II 1 525,-- "
- e) als Vergütung für Rohrmaterial, das die Klägerin anlässlich einer Bestellung von weiteren 5 000 Pfeifen des Musters II angeschafft hat ... 667,90 "
- f) als Ersatz des entgangenen Reingewinnes aus dem unterbliebenen Geschäft über Lieferung der 5 000 Pfeifen von 0,50 DM je Stück ... 2 500,-- "
- Insgesamt hat die Klägerin einen Betrag von 8 478,12 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 29. März 1954 verlangt.

Der Beklagte hat die Zahlung mit der Begründung verweigert, daß er zur Wandlung berechtigt sei, weil die gelieferten Pfeifen dem Druck nicht standgehalten und alle Lieferungen dem Muster nicht entsprochen hätten. Er hat außerdem Widerklage erhoben und von der Klägerin Rückzahlung des Kaufpreises für die ersten 980 Pfeifen des Modells I verlangt zuzüglich der Kosten für Montage und Demontage, und zwar insgesamt einen Betrag von 2 496,18 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 1. März 1954. Ersatz der Unkosten hat er aus dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes verlangt, den ihm die Klägerin nach seiner Ansicht schuldet, weil sie durch Schlechtlieferung den Vertrag verletzt habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und dem Widerklageantrag entsprochen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht das angefochtene Urteil abgeändert. Es hat den Beklagten zur Zahlung der Beträge gemäß a) und e) (Vergütung des Materials) sowie zur Zahlung von 4010,-- DM aus der Bestellung von 2000 Pfeifen des Musters II (b) bis d)) - jedoch nur unter Zübilligung eines Preises von 2,-- DM sowie für das Stück 10,-- DM Verpackungskosten nebst Zinsen verurteilt, im übrigen jedoch die Klage und Widerklage abgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin begehrt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage, soweit er verurteilt worden ist, und auf Verurteilung der Klägerin nach seinem Widerklageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die Klägerin den Auftrag entgegengenommen hat, für das von dem Beklagten ausgewertete Reifenwächtergerät, eine passende Pfeife zu entwickeln. Zu den näheren Einzelheiten der Bestellung insbesondere hinsichtlich Art und Umfang hat es auf die Ausführungen des Sachverständigen Schumacher Bezug genommen, wonach es bei Herstellung eines neuen Artikels im allgemeinen üblich sei, daß der Besteller ein Muster oder eine Zeichnung anfertige oder klare Anweisungen erteile. Diese Anweisungen, so hat das Berufungsgericht festgestellt, hätten sich, wie sich aus dem Schriftwechsel und aus den Aussagen der Zeugen, auch des Sohnes des Be-

klagen ergebe, zunächst darauf beschränkt, daß die herzustellende Pfeife als Bestandteil des Reifenwächtergerätes so konstruiert sein sollte, daß sie einen bestimmten Ton erzeuge. Die von der Klägerin hergestellten Musterpfeifen seien von dem Beklagten gebilligt worden. Damit hätten die Parteien die Beschaffenheit der Pfeifen, die nach diesem Modell I herzustellen waren, bindend festgelegt. Die von der Klägerin zu liefernden 2000 Stück hätten diesem Muster I zu entsprechen gehabt, weitere zusätzliche Eigenschaften seien nicht vereinbart gewesen. Dieselben Voraussetzungen hält das Berufungsgericht auch hinsichtlich des Musters II für gegeben. Erst später, so hat es weiter ausgeführt, als die Lieferungen bereits eingesetzt und einzelne Pfeifen sich als nicht genügend haltbar erwiesen hätten, hätten die Parteien auch über die Druckverhältnisse gesprochen. Das müsse Ende Januar 1954 gewesen sein. Die Klägerin habe damals ein Gewicht von 60 kg am Boden der Pfeife befestigen und 24 Stunden hängen lassen, ohne daß sich die Lötstellen gelöst hätten.

Im Hinblick darauf, daß die Beanstandungen des Beklagten sich nicht etwa auf den Ton der Pfeifen erstreckten, er vielmehr rügte, daß sie dem auf den Deckel der Pfeifen wirkenden Federdruck nicht standgehalten hätten und auseinandergefliegen seien, hat das Berufungsgericht gestützt auf das Sachverständigengutachten folgendes festgestellt:

Die Pfeifen hätten nach ihrer Verbindung mit dem Reifenwächtergerät einen Belastungsdruck von nicht mehr als 12 kg auszuhalten. Jedenfalls könne in Zugrichtung ein höherer Druck nicht auftreten. Die Versuche des Sachverständigen hätten ergeben, daß die Pfeifen des Musters I und II diesem Druck im allgemeinen standgehalten hätten.

Der Federdruck könne bei einigermaßen guter Lötung die Pfeifen nicht zerstört haben. Dagegen seien die Pfeifen den zusätzlichen mit Querschwingungen verbundenen Stößen, denen sie beim Lastwagenbetriebe ausgesetzt seien, wegen ihrer schlechten und nicht geeigneten Lötung und der zu geringen Führung und Flächenhaftung nicht gewachsen.

Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, es sei nicht vereinbart gewesen, daß die Pfeifen an den verschiedenen Lötstellen hätten hart gelötet werden sollen, vielmehr seien auch die Musterpfeifen weich gelötet gewesen. Beiden Parteien sei bei ihren Verhandlungen offenbar unbekannt gewesen, daß außer dem Federdruck die Pfeifen auch noch andere Einwirkungen durch Querschwingungen ausgesetzt sein könnten. Beide Parteien hätten hier nicht über die nötigen Erfahren verfügt. Da auch vor Inbetriebnahme des zusammengesetzten Reifenwächtergerätes eine Prüfung, ob die Pfeifen den Druckverhältnissen genügten, nicht möglich gewesen sei, sei es Sache des Beklagten gewesen, der Klägerin in dieser Richtung die notwendigen Angaben zu machen.

Die Klägerin habe auch nicht etwa eine Garantie dafür übernommen, daß die Pfeifen allen Einwirkungen und Drucken standhalten würden. Der Vorgang anlässlich der Belastung der Pfeife mit einem Gewicht von 60 kg, bei dem der Werkzeugmeister B. der Klägerin in Gegenwart des Inhabers der Klägerin und des Sohnes des Beklagten seiner Zuversicht in die Haltbarkeit der Pfeifen Ausdruck gegeben habe, könne nicht in diesem Sinne gewürdigt werden. Denn es könne nur als erwiesen angesehen werden, daß er geäußert hat: "Sehen Sie sich das an, die Sache ist doch in Ordnung." Abgesehen davon, daß sich eine Garantie auch nicht auf die hier streitigen damals bereits erfolgten Lieferungen hätte beziehen

können, hätte sich die Zusicherung entsprechend der damaligen Belastungsvorführung auch nicht über eine Belastung von mehr als 60 kg erstrecken können.

Nach alledem steht das Berufungsgericht ersichtlich auf dem Standpunkt, daß die Klägerin für keine weiteren Eigenschaften der Pfeifen einzustehen habe, als für solche, die mit Lautstärke und Ton zusammenhängen, und daß eine Fehlerhaftigkeit nur dann anzunehmen sei, wenn im Rahmen der der Klägerin gestatteten weichen Lötung Mängel der Lötung festgestellt werden können. Ohne auf den Umfang solcher etwaigen Lötfehler einzugehen, hält das Berufungsgericht die Wandlung des Beklagten nicht für begründet, weil der Klägerin nach der Besonderheit des Vertragsverhältnisses, das die Entwicklung eines zu dem bereits vorhandenen Reifenwächtergerätes des Beklagten passenden Aufsatzstückes (Pfeife) zum Gegenstand hat, die Möglichkeit der Nachbesserung mißlungener Stücke nicht genommen werden dürfe. Deshalb, so meint das Berufungsgericht, hätte der Beklagte der Klägerin eine Frist zur Nachbesserung setzen müssen, statt sich, wie er es getan habe, sofort vom Vertrage zu lösen. Dabei hat es dahingestellt gelassen, ob auf das Vertragsverhältnis der Parteien gemäß § 651 Abs. 1 BGB Kaufvorschriften anzuwenden seien. Dem Schriftwechsel der Parteien und dem ganzen Sachverhalt überhaupt hat es entnommen, daß der Klägerin ein Nachbesserungs- oder Nachlieferungsrecht - mindestens stillschweigend - zugestanden worden sei, so daß die §§ 633 ff BGB - wenn nicht unmittelbar, so doch mindestens - entsprechende Anwendung fänden. Unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit einer solchen Nachbesserung für den Beklagten hat das Berufungsgericht erwogen: Um sicher zu gehen, daß nur absolut zuverlässige Geräte in den Verkehr gebracht würden, hätte der Beklagte

alle Geräte vor ihrer Veräußerung auf eine Druckfestigkeit bis zu 12 kg prüfen müssen. Unter diesen Umständen sei ihm auch die Hinnahme von Nachbesserung und Ersatzlieferung durch die Klägerin zumutbar gewesen. Diese Erwägungen haben das Berufungsgericht zu der Ansicht geführt, daß der Beklagte abgesehen von einer Bestellung über 5000 Stück des Musters II, die es nicht für erwiesen erachtet hat, an die Lieferverträge gebunden sei.

II.

In erster Linie rügt die Revision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht Vorschriften über den Werkvertrag auf die Vertragsbeziehungen der Parteien angewandt, während es gleichzeitig unentschieden gelassen habe, ob Kaufvorschriften anzuwenden seien. Sie meint, bei den von der Klägerin gelieferten Pfeifen handele es sich um vertretbare Sachen im Sinne des § 91 BGB. Demgemäß gälten nach § 651 Abs. 1 BGB nur Kaufvorschriften und nicht die Vorschriften über den Werkvertrag, so daß auch die entsprechende Anwendung einzelner Werkvertragsbestimmungen wie die über das Recht des Unternehmers zur Nachbesserung unzulässig sei.

Diese Rüge ist unbegründet, wobei dahingestellt bleiben kann, ob etwa dem Gedankengang der Revisionsbeantwortung gefolgt werden könnte, bei der hier in Betracht kommenden Sonderanfertigung einer größeren Stückzahl von sonst nicht verwendbaren Pfeifen handele es sich nicht um vertretbare Sachen. Denn das Berufungsgericht hat nicht etwa in rechtlich unzulässiger Weise einzelne Vorschriften aus dem Recht des Werkvertrags auf die Beziehungen der Parteien selbst für den Fall angewandt, daß sie nach dem Gesetz ausschließlich nach Kaufrecht zu beurteilen seien. Es ist vielmehr

durch Auslegung der Vereinbarungen der Parteien und in tatrichterlicher Würdigung des gesamten Sachverhalts zu dem von der Revision beanstandeten Ergebnis gelangt. Darin liegt keine Verletzung des § 651 BGB. Auf dem Gebiet des Schuldrechts sind die Parteien in der Gestaltung ihrer Verträge frei und nicht durch die gesetzlichen Formen des bürgerlichen Rechts gebunden, soweit nicht einzelne zwingende Vorschriften in Betracht kommen. Die Parteien haben es daher in der Hand, ein Kaufgeschäft zu tätigen und zugleich die Geltung einzelner Vorschriften des Werkvertrags wie hier z.B. die über das Nachbesserungsrecht des Unternehmers zu vereinbaren. Wenn das Berufungsgericht einen solchen Fall als gegeben angesehen hat, so handelt es sich dabei um die Auslegung individueller Rechtsbeziehungen, die das Revisionsgericht bindet.

Die Revision kann diese Auslegung auch nicht mit ihren Verfahrensrügen erfolgreich angreifen. Das Berufungsgericht hat den "Revers" vom 2. April 1953 nur zum Ausgangspunkt seiner Erwägungen genommen und sein Ergebnis aus der Würdigung des gesamten Sachverhalts gewonnen. Davon abgesehen liegt in der Beurteilung der Worte "einer von uns entwickelten Flöte" als Bekundung einer noch notwendigen weiteren Entwicklung weder ein Verstoß gegen § 133 BGB noch gegen § 286 ZPO. Der Zusammenhang der Entscheidungsgründe läßt deutlich erkennen, daß es sich am 2. April 1953 nur um den damaligen Stand der Entwicklung gehandelt hat, dem weitere Entwicklungen zum Teil auf Grund von Probeversuchen und Änderungswünschen des Beklagten folgten. Das Berufungsgericht hat also weder den Wortlaut des Revers übersehen, noch seinen Inhalt rechtsirrtümlich gewürdigt.

Hat somit das Berufungsgericht in grundsätzlich rechtlich nicht angreifbarer Weise der Klägerin das Recht zugebilligt, fehlerhafte Pfeifen auszutauschen bzw. nachzubessern; so muß allerdings seine weitere Feststellung in Betracht gezogen werden, daß die vom Beklagten bestellten Pfeifen den Fahrstößen beim Lastkraftwagenbetrieb nicht gewachsen seien. Dieser Umstand könnte für ein Recht des Beklagten auf Wandlung trotz der Auslegung des Berufungsgerichts sprechen, weil eine Nachbesserung nicht zum Ziele führen würde. Indessen trifft dies deshalb nicht zu, weil diese Druckbelastung der Pfeifen außerhalb der Gewährleistungspflicht der Klägerin liegt.

Für die Abgrenzung der Verpflichtung aus §§ 459 ff bzw. §§ 633 ff BGB kommt nach dem Gesetz der gewöhnliche oder der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch in Betracht. Die erste Möglichkeit scheidet nach Lage des Falles von vornherein aus, da es sich um eine Neuanfertigung für einen bisher nicht erprobten Zweck handelt. Die Klägerin hat also hier für Fehler der Pfeifen einzustehen, die ihren Wert oder ihre Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. In dieser Beziehung hat das Berufungsgericht festgestellt, dem Beklagten sei es zunächst darauf angekommen, daß die Pfeife einen bestimmten Ton erzeuge. Im Laufe der weiteren Versuche sei das Erfordernis der Druckfestigkeit dazugekommen. Indessen hat dieser Gesichtspunkt, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, keine unbegrenzte Berücksichtigung gefunden. Vielmehr hat der Beklagte Anforderungen nur nach Maßgabe der normalen Reifendruckbelastung gestellt. Dieser hielten die von der Klägerin gelieferten Pfeifen mit einzelnen Ausnahmen nach der Feststellung des Berufungsgerichts stand. Für diese Anforderung erachtet es auch die von der Klägerin gewählte weiche

Lötung als ausreichend. In dieser Beziehung mangelhafte Stücke unterwirft es der Nachbesserungs- bzw. Umtauschbefugnis der Klägerin. Die Hauptschwierigkeit beruht erst auf den Querschwingungen, die beim Fahren durch Stöße auf die Reifenwächtergeräte, mithin auch auf die Pfeifen, in erheblich verstärkter und plötzlicher Weise einwirken, und die eine harte Lötung der Pfeifen bedingt hätten.

Insofern ist auf die Feststellung des Berufungsgerichts zu verweisen, daß die Klägerin - dem Beklagten ohne weiteres erkennbar - nicht die notwendigen technischen Möglichkeiten und Erfahrungen gehabt hätte, um festzustellen, welcher Druckbeanspruchung die Geräte am fahrenden Wagen ausgesetzt sind. Im angefochtenen Urteil ist weiter darauf Bezug genommen, der Beklagte habe selbst vorgetragen, eine Feststellung, ob die Pfeifen den Druckverhältnissen genügten, sei vor Inbetriebnahme der fertigen Geräte nicht möglich gewesen. Unter diesen Umständen ist es nicht rechtsfehlend, daß das Berufungsgericht den Beklagten für verpflichtet erachtet hat, der Klägerin die Druckbeanspruchung der Pfeifen genau anzugeben. In Verfolgung dieser Rechtsauffassung stellt es sodann in tatsächlicher Hinsicht fest, der Beklagte habe zunächst eine solche Angabe unterlassen und im Laufe der weiteren Erprobung habe sich die Berücksichtigung der Druckverhältnisse nicht auf die besondere Beanspruchung infolge der Fahrstöße erstreckt. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht nach alledem die Klägerin nicht für verpflichtet erachtet hat, für Mängel der Pfeifen gegenüber dieser außerordentlichen Druckwirkung bei der Fahrt unter dem Gesichtspunkt des nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauchs einzustehen und zur Erfüllung dieser Pflicht eine harte Lötung vorzunehmen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob im Normalfall der Lieferant ei-

ner Ware oder Hersteller von Gegenständen als Fachmann gehalten ist, sich selbst um die Eigenschaften des Liefergegenstandes zu kümmern, die der ihm bekannt gegebene Verwendungszweck fordert. Das Berufungsgericht hat hier eine solche Verpflichtung der Klägerin ohne Rechtsirrtum auf Grund der besonderen Fallgestaltung verneint. Da der Beklagte der Erfinder und Konstrukteur eines neuartigen, nicht erprobten Gerätes besonderer Art ist, hat das Berufungsgericht vielmehr ihn für verpflichtet erachtet, die durch den vertraglichen Verwendungszweck gebotenen besonderen Anforderungen an die Beschaffenheit, insbesondere die Stoß- und Druckfestigkeit der Pfeifen, genau abzugrenzen. Die Revision kann die sich daraus ergebende rechtliche Beurteilung des Umfanges der Gewährleistungspflicht der Klägerin nicht mit Erfolg angreifen.

IV.

Die Klägerin hat somit nach der rechtsirrtumsfreien Beurteilung seitens des Berufungsgerichts für Ton und normale Druckfestigkeit der Pfeifen einzustehen, während die Folgen der außerordentlichen Einwirkungen durch Fahrtstöße von ihr nicht zu vertreten sind. Wenn die bei der Klägerin bestellten Pfeifen den praktischen Anforderungen nicht voll entsprechen, die an das Gerät zu stellen sind, so geht das zu Lasten des Beklagten. Denn es war seine Sache als Erfinder und Konstrukteur, für die Auswahl einer für seine Zwecke voll geeigneten Pfeife bei seiner Bestellung zu sorgen. Soweit indessen einzelne Pfeifen schon normaler Druckbeanspruchung nicht genügten, kam das Recht der Klägerin zum Zuge, nachzubessern oder Ersatz zu liefern. Auf die Verfahrensrüge, es sei nicht beachtet, daß die Musterpfeifen

über ein halbes Jahr gehalten hätten, kommt es bei dieser Sachlage nicht an. Insbesondere kann die Revision das Nachbesserungsrecht der Klägerin auch nicht mit einem Hinweis auf § 494 BGB zu Fall bringen. Ebenso geht die weitere Rüge der Revision, daß bei dem Gerät eine hundertprozentige Sicherheit gewährleistet sein müsse, und daß die Beklagte deshalb bei Fehlerhaftigkeit einzelner Pfeifen wegen einer ganzen Lieferung Wandlung verlangen könne, ohne zur Prüfung jedes einzelnen Stückes verpflichtet zu sein, davon aus, daß der Klägerin kein Recht auf Nachbesserung oder Umtausch zusteht. Im übrigen hat das Berufungsgericht im Rahmen seiner tatrichterlichen Würdigung den Beklagten für verpflichtet angesehen, die Geräte vor dem Verkauf darauf zu prüfen, ob sie einem Federdruck von 12 kg standhielten, und die hierzu notwendigen Vorkehrungen als Hersteller der Geräte zu schaffen, was ihm möglich gewesen wäre.

Die Revision wendet sich schließlich dagegen, daß das Berufungsgericht der Klägerin ein wiederholtes Nachbesserungsrecht zugebilligt hat. Sie kann auch mit dieser Rüge nicht durchdringen. Denn der Zusammenhang der Entscheidungsgründe läßt erkennen, daß der Tatrichter dieses Recht der Klägerin dem Wesen der Vertragsbeziehungen der Parteien und ihrer Handhabung mit Rücksicht auf die Entwicklung des Gerätes entnommen hat. Auch diese Beurteilung kann von der Revision nicht mit zulässigen Rügen bekämpft werden.

V.

Da das angefochtene Urteil auch sonst keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten enthält, war dessen Rechtsmittel mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Großmann	Dr. Gelhaar	Dr. Dorschel
Dr. Mezger	Dr. Messner	