61

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

X ZR 107/93

Verkündet am:
5. Dezember 1995
Karst
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Claus-Dieter S[redacted], P[redacted]straße [redacted], B[redacted],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [redacted] und [redacted] -

gegen

Flugwerft B[redacted] A[redacted] GmbH & Co. KG, vertreten durch die Geschäftsführer Dr. Dirk B[redacted] und Dr. Artur R[redacted], Flughafen B[redacted], B[redacted],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [redacted] und Dr. von [redacted] -

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1995 durch den Vorsitzenden Richter Rogge und die Richter Dr. Jestaedt, Dipl.-Ing. Frhr. v. Maltzahn, Dr. Melullis und Dr. Greiner

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 2. September 1993 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Herausgabe eines nach einer Notlandung von der Beklagten reparierten und von dieser bis zur Begleichung ihrer Rechnungen zurückgehaltenen Flugzeugs sowie Schadensersatz für die durch die Notlandung entstandenen Schäden.

Aufgrund eines schriftlichen Angebots der Beklagten erteilte der Kläger dieser 1991 den Auftrag zur Grundüberholung des ihm gehörenden Flugzeugs Cessna. Für die ausgeführten Arbeiten berechnete die Beklagte dem Kläger unter dem 30. September 1991 insgesamt 36.733,08 DM. Im Juli 1991 führte die Beklagte die Grundüberholung aus. Bei dieser Gelegenheit baute sie auch die Einspritzanlage aus, die bei einem Drittunternehmen gewartet und anschließend von ihr wieder installiert wurde. Den Transport von und zu den Drittunternehmen hat jeweils der Kläger ausgeführt.

Die Arbeiten wurden am 27. Juli 1991 abgeschlossen. Vor der Übergabe der Maschine an den Kläger führte die Beklagte an diesem Tag einen Probeflug von etwa 23 Minuten durch. Anschließend absolvierte auch der Kläger verschiedene Flüge und flog am folgenden Tag, dem 28. Juli 1991, von B[redacted] nach S[redacted] und zurück. Am 29. Juli 1991 schloß sich ein weiterer kurzer Flug von 38 Minuten über B[redacted] an. Bei keinem dieser Flüge traten Probleme auf.

Am 31. Juli 1991 mußte der Kläger bei einem weiteren Flug notlanden, weil Störungen am Motor aufgetreten waren. Als wahrscheinliche Ursache hierfür sah die Fluguntersu-

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

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

chungsstelle beim Luftfahrtbundesamt bei der anschließenden Untersuchung eine Funktionsstörung in der Einspritzanlage an, die zu einer mangelnden Treibstoffversorgung geführt habe.

Für die Beseitigung der bei der Notlandung entstandenen Schäden stellte die Beklagte, die die Reparaturarbeiten ausgeführt hatte, dem Kläger insgesamt 67.015,82 DM in Rechnung.

Der Kläger hat die Beklagte für die zur Notlandung führende mangelnde Treibstoffversorgung verantwortlich gemacht, die auf einen von ihr zu vertretenden Fehler der Einspritzanlage zurückzuführen sei. Nachdem er zunächst weitergehende Ansprüche geltend machte, hat er zuletzt von der Beklagten Ersatz eines Nutzungsausfallschadens in Höhe von 30.000,-- DM, einer Wertminderung des Flugzeugs in gleicher Höhe, dessen Herausgabe und Ersatz für außergerichtliche Rechtsanwaltskosten sowie die Ausgaben für die Instandsetzung der Einspritzanlage verlangt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung blieb ohne Erfolg. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger die zuletzt gestellten Anträge weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I. Das Berufungsgericht hält es für zweifelhaft, läßt letztlich aber offen, ob der Kläger einen Fehler der von der Beklagten ausgeführten Arbeiten hinreichend substantiiert dargelegt habe. Im Ergebnis komme es hierauf nicht an, weil ein Verschulden der Beklagten weder dargelegt noch sonst ersichtlich sei. Angesichts der bis zur Notlandung durchgeführten Flüge könnten - wenn überhaupt - nach der Wartung allenfalls kleinste Verschmutzungen verblieben sein. Hierfür müsse die Beklagte, die sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme anderer, über größere Spezialkenntnisse verfügender Unternehmen bedient habe, nicht einstehen. Nach ihrer Darstellung in der Berufungserwiderung, der der Kläger nicht entgegengetreten sei, hätten diese Unternehmen sämtliche technischen Möglichkeiten eingesetzt, um Fehler zu finden. Da auch bei den späteren Untersuchungen die Fehlerursache nicht habe festgestellt werden können, sei ein Verschulden der Beklagten nicht festzustellen.

In Höhe von 62.164,89 DM, nämlich wegen des Ersatzes für entgangenen Gewinn, der Wertminderung sowie der Kosten für die Reparatur der Einspritzanlage seien mögliche Ansprüche des Klägers, soweit sie überhaupt bestünden, jedenfalls verjährt. Insoweit handele es sich um Einbußen, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem behaupteten Mangel der Werkleistung stünden und daher der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB unterlägen, die hier abgelaufen sei. Die Verjährung werde jedoch erst durch die Rechtshängigkeit unterbrochen, die erst mit der Zustellung der Klage am 9. April 1992 eingetreten sei. Deren Wirkungen könnten auf den Zeitpunkt der Einreichung der Klage nicht zurückbezogen werden, da die Voraussetzungen des § 270 Abs. 3 ZPO nicht vorlägen.

Die Zustellung sei nicht demnächst im Sinne dieser Vorschrift geschehen. Die eingetretene Verzögerung sei dem Kläger anzulasten, da er den angeforderten Kostenvorschuß erst knapp zwei Monate nach der Anforderung eingezahlt und damit seinen Mitwirkungspflichten nicht genügt habe. Soweit der Kläger in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht einen Verzicht auf die Einrede der Verjährung seitens der Beklagten behauptet habe, sei dieses Vorbringen gemäß § 528 ZPO nicht zuzulassen. Die Erhebung der angebotenen Beweise hätte eine erhebliche Verzögerung des Rechtsstreits zur Folge gehabt.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht vollen Umfangs stand.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings als Anspruchsgrundlage für das Zahlungsverlangen des Klägers § 635 BGB sowie die Grundsätze der positiven Forderungsverletzung herangezogen. Die zwischen den Parteien getroffene Vereinbarung stellt, da mit Wartung und gegebenenfalls Reparatur auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet, einen Werkvertrag im Sinne der §§ 631 f. BGB dar. Bei einer solchen Vereinbarung kann unter den Voraussetzungen des § 635 BGB Ersatz wegen der dem Werk unmittelbar anhaftenden Schäden, der sogenannten Mangelschäden, verlangt werden, während Ausgleich für die darauf beruhenden weiteren, erst durch den Hinzutritt weiterer Ereignisse und an weiteren Rechtsgütern realisierten Einbußen nach den allgemeinen Grundsätzen der positiven Forderungsverletzung zu leisten ist (vgl. dazu Sen.Urt. BGHZ 115, 32, 34). Die Abgrenzung für die beiden Anspruchsgrundlagen richtet sich in erster Linie danach, wie

sich der Schaden verwirklicht hat, d.h. ob er an dem Werk selbst oder an anderen Rechtsgütern eingetreten ist. Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht die Kosten für die Reparatur der Einspritzanlage zu Recht als Mangelfolgeschaden angesehen, für den Ersatz nach Maßgabe des § 635 BGB verlangt werden kann. Demgegenüber stellen die weiteren, erst durch einen auf der behaupteten Mangelhaftigkeit des Werks, der Grundüberholung des Flugzeugs, beruhenden Unfall vermittelten Kosten für die Reparatur der Maschine entferntere und daher als Mangelfolgeschaden zu qualifizierende Einbußen dar (vgl. dazu und zur generellen Abgrenzung zwischen Mangel- und Mangelfolgeschaden Sen.Urt. v. 8.12.1992 - X ZR 85/91, MDR 1993, 426 = NJW 1993, 927; siehe auch BGH, Urt. v. 22.3.1979 - VII ZR 133/78, NJW 1979, 1651), für die gegebenenfalls nach den Grundsätzen einer positiven Forderungsverletzung einzustehen ist.

2. Nach dem für das Revisonsgericht maßgeblichen Sachverhalt leidet das von der Beklagten geschuldete Werk an einem Mangel, der eine Ersatzhaftung nach diesen Grundsätzen auslösen kann. Das tatsächliche Vorbringen des Klägers genügt nach den im Berufungsurteil getroffenen tatsächlichen Feststellungen zur substantiierten Darlegung eines solchen Mangels. Das Berufungsgericht ist diesem nicht nachgegangen, sondern hat - nachdem es zunächst Zweifel an einer solchen Darstellung angemeldet hat - diese Frage offengelassen. Demgemäß ist im Revisionsverfahren die Darstellung des Klägers zugrunde zu legen.

Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, dürfen an die Substantiierung eines Mangels durch den Besteller im Rahmen des Werkvertrags keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Die Pflicht zur Substantiierung findet ihre Grenze in dem von der Partei zu verlangenden Wissen und der Zumutbarkeit weiterer Ausführungen (vgl. Sen.Urt. v. 25.2.1992 - X ZR 88/90, NJW 1992, 1967, 1968 und vom 29.9.1992 - X ZR 84/90, NJW-RR 1993, 189). Der Besteller verfügt in der Regel über eine geringere Sachkenntnis als der Unternehmer; von ihm kann daher lediglich die Darlegung verlangt werden, daß das Werk zu seinem Nachteil vom Gegenstand der Vereinbarung abweicht, d.h. daß und in welcher Hinsicht ein Fehler objektiv aufgetreten ist, oder daß und in welcher Form die angestrebte Gebrauchstauglichkeit nicht erreicht wird. Auch wenn die Stellungnahme des Unternehmers hierzu eine weitere Konkretisierung gebieten kann, geht diese jedenfalls nicht so weit, daß der Kläger ein dezidiertes Bild der technischen Ursachen und Gegebenheiten vortragen müßte; von ihm kann auch nicht erwartet werden, vorprozessual ein Gutachten zu seiner Information einzuholen.

Hier hat der Kläger unter Bezugnahme auf das zum Unfallhergang erstellte Gutachten des Luftfahrtbundesamtes dargelegt, daß nach der Grundüberholung des Flugzeugs durch die Beklagte eine Störung im Lauf des Motors eingetreten ist, die auf einem Fehler der Einspritzanlage beruht, der seinerseits nur mit einer Verschmutzung zu erklären ist. Er hat unter Bezugnahme auf das Gutachten weiter ausgeführt, daß das fehlerhafte Arbeiten der Einspritzanlage weder auf Luft- und Wasserblasen im Treibstoff noch auf mit diesem beim Tanken eingebrachte Verschmutzungen zurückgeführt werden könne,

wobei letztere schon deshalb ausschieden, weil dann anderenfalls Verschmutzungen im Filter aufgetreten sein müßten, die das Luftfahrtbundesamt nicht habe feststellen können. Weiter hat er geltend gemacht, daß andere Ursachen als eine solche Verschmutzung nicht in Betracht kämen.

Dieses Vorbringen genügt zur substantiierten Darlegung eines Mangels. Zwar betreffen die durch den Kläger angeführten Indizien nicht den für die Beurteilung der Mängelfreiheit maßgebenden Zeitpunkt. Hierfür kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs, regelmäßig also den von Übergabe und Abnahme an; danach aufgetretene Fehler können regelmäßig Mängelgewährleistungsansprüche nicht auslösen. Insoweit kann hier entgegen der Auffassung der Revision ein Kausalzusammenhang zwischen den Arbeiten der Beklagten und den dargelegten, später aufgetretenen Fehlern auch nicht nach dem Beweis des ersten Anscheins hergestellt werden. Unbeschadet der Frage, ob dieser Beweis seinen Voraussetzungen nach auf Fälle wie den vorliegenden überhaupt anzuwenden ist, scheidet ein solcher Rückgriff hier schon deshalb aus, weil die tatsächlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins wird ein solcher Zusammenhang nur in typischen Geschehensabläufen hergestellt; weil eine Ursache regelmäßig eine bestimmte Wirkung hat, kann davon ausgegangen werden, daß bei gleichen Sachverhalten der gleiche Zusammenhang besteht (vgl. dazu BGHZ 100, 31, 33; 100, 214, 216 m.w.N.). Für einen solchen Fall ist hier nichts zu erkennen. Dazu bedarf es keines Eingehens auf die Frage, ob ein nach einer Reparatur oder Wartung an einem Aggregat aufgetretener Schaden typischerweise auf die Wartungs- und Reparaturarbeiten zurückzuführen ist.

Ein solcher Zusammenhang läßt sich allenfalls dann vertreten, wenn der Schaden unmittelbar nach Abschluß der Arbeiten und Wiederingebrauchnahme des reparierten Gegenstands aufgetreten ist. So verhält es sich hier indessen nicht. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist das Flugzeug über eine längere Zeit benutzt worden, bis sich die Schäden in der Treibstoffzufuhr gezeigt haben. Neben verschiedenen kürzeren Flügen hat es insbesondere einen Flug von B[redacted] nach S[redacted] und zurück absolviert. Das läßt die Annahme eines typischen Sachverhalts im Sinne eines kausalen Zusammenhangs zwischen den aufgetretenen Problemen und den Reparaturarbeiten durch die Beklagte nicht zu.

Daß ein Zusammenhang nicht zu vermuten ist, schließt andererseits dessen durch den Kläger behauptetes und unter Sachverständigenbeweis gestelltes Vorliegen nicht aus; sein Vorbringen läßt diesen jedenfalls denkbar und möglich erscheinen. Daß seine Darstellung insoweit im wesentlichen auf Schlußfolgerungen beruht, steht einer hinreichenden Substantiierung nicht entgegen (vgl. BGH, Urt. v. 4.3.1991 - II ZR 90/90, WM 1991, 942, 946; Urt. v. 8.3.1992 - V ZR 95/91, BGHR ZPO § 138 Abs. 1 - Darlegungslast I). Ebensowenig kann in seinem Beweisantritt ein unzulässiger Ausforschungsbeweis gesehen werden. Von diesem wird gesprochen, wenn eine Partei beweiserhebliche Tatsachen durch die Beweisaufnahme erst zu erfahren sucht, um sie zur Grundlage eines neuen Prozeßvortrags zu machen (vgl. dazu BGH, Urt. v. 12.7.1984 - VII ZR 123/83, NJW 1984, 288, 289; Urt. v. 5.11.1992 - IX ZR 12/92, BGHR ZPO § 287 - Kausalität, haftungsausfüllende I). Daran fehlt es hier, zumal die Schlußfolgerungen des Klägers zumindest in ihrem Kern durch die

sachverständige Stellungnahme des Luftfahrtbundesamtes bestätigt werden. Ob die Darstellung des Klägers zutrifft und insbesondere mit dem angebotenen Sachverständigenbeweis zu belegen ist, bildet keine Frage der Substantiierung, sondern betrifft allein Beweislast und Beweiswürdigung.

3. Nicht frei von Rechtsfehlern ist auch die weitere Hilfserwägung des Berufungsgerichts, nach der der Anspruch des Klägers an dem mangelnden Verschulden der Beklagten scheitert. Insoweit leidet die angefochtene Entscheidung bereits daran, daß die Frage des Verschuldens erst beantwortet werden kann, wenn die Ursache für die Schädigung feststeht, die das Berufungsgericht nicht geklärt hat. Zum anderen begegnet sie Bedenken auch deshalb, weil nicht klar zu erkennen ist, wem das Berufungsgericht die Beweislast für das Verschulden der Beklagten auferlegt. Nach der mangels gegenteiliger Feststellungen im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Darstellung des Klägers leidet das Werk, die Grundüberholung und Wartung von Flugzeug und Motor, deswegen an einem Mangel, weil auch nach der Grundüberholung Verschmutzungen im Motorbereich, insbesondere in der Einspritzanlage verblieben sind. Auf der Grundlage dieser Darstellung findet die geltend gemachte Mangelhaftigkeit des Werks, deren Vorliegen in diesem Zusammenhang mangels Feststellungen des Berufungsgerichts zu den Behauptungen des Klägers zugunsten der Revision zu unterstellen ist, ihre Ursache in der Sphäre der Beklagten. Nach dem damit heranzuziehenden Rechtsgedanken des § 282 BGB hätte dies zur Folge, daß nicht der Kläger ihr Verschulden beweisen, sondern die Beklagte sich entlasten muß.

Daß ein Teil der Leistungen, nämlich den Transport zu und von dem Drittunternehmen der Kläger durchgeführt hat, steht dem nicht entgegen. Während des Transports war die Einspritzanlage nach dem unstreitigen Sachverhalt versiegelt. Mögliche Fehler des Drittunternehmens fallen in die Sphäre der Beklagten, da es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts als deren Subunternehmer tätig geworden ist, für den sie nach § 278 BGB einzustehen hat.

Daß die Beklagte den ihr obliegenden Entlastungsbeweis geführt hat, ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen. Eine ausdrückliche Feststellung hat das Berufungsgericht hierzu nicht getroffen. Der Inhalt der Urteilsgründe legt eher den Schluß nahe, daß es sich insoweit zur Feststellung eines Verschuldens auf seiten der Beklagten außerstande gesehen hat. Seine Erwägungen zur Frage, wie Schmutzpartikel in die Einspritzanlage gelangt sein können, betreffen nicht die Frage des Vertretenmüssens, sondern den Mangel selbst.

Darüber hinaus ist dem Berufungsurteil nicht zu entnehmen, durch welche konkreten Maßnahmen die Beklagte selbst sichergestellt hat, daß das von ihr zu verantwortende Werk fehlerfrei war. Insbesondere bei der arbeitsteiligen Herstellung eines Werks, wie sie hier nach Darstellung der Beklagten vorgelegen hat, muß der Hauptunternehmer durch geeignete organisatorische Maßnahmen die Voraussetzung dafür schaffen, selbst sachgerecht beurteilen zu können, ob das Werk mangelfrei ist (vgl. dazu BGH, Urt. v. 12.3.1992 - VII ZR 5/91, NJW 1992, 1754).

4. Auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Ansprüche der Klägerin seien - mit Ausnahme der geltend gemachten Anwaltskosten - verjährt, ist nicht frei von Rechtsfehlern.

a) Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht bereits in dem seiner Würdigung zugrundeliegenden Ansatz, mit Ausnahme der geltend gemachten Anwaltskosten unterlägen sämtliche Ansprüche auf Ersatz der hier geltend gemachten Schäden der kurzen Verjährungsfrist des § 638 BGB. In seinem Urteil vom 8. Dezember 1992 (X ZR 85/91, NJW 1993, 927) hat der Senat die Folgen einer Notlandung eines Flugzeugs, zu der der Pilot infolge eines durch eine fehlerhafte Tankanzeige hervorgerufenen Irrtums über den Benzinvorrat gezwungen war, zu den ferneren Mangelschäden gerechnet, die nicht nach § 638 BGB, sondern innerhalb der allgemeinen Frist von 30 Jahren verjähren. Diese Grundsätze gelten auch im vorliegenden Fall. Für die Zuordnung des Anspruchs auf Ersatz von Mangelfolgeschäden zu der Verjährungsfrist des § 195 BGB einerseits und der des § 638 BGB andererseits ist neben dem Gesichtspunkt, daß in einem solchen Fall der für die Anwendung des § 638 BGB maßgebliche lokale Zusammenhang (vgl. dazu Sen.Urt. BGHZ 115, 32, 35 m.w.N.) eher fernliegend erscheint, vor allem der Gedanke, daß es sich hier um Unfallfolgen handelt, die der Gesetzgeber bei den für die Bemessung der kurzen Verjährungsfrist maßgebenden Erwägungen nicht im Auge hatte (vgl. dazu BGH, Urt. v. 22.3.1979 - VII ZR 133/78, NJW 1979, 1651) und daß dies jedenfalls bei der gebotenen Typisierung der Sachverhalte die Anwendung des § 638 Abs. 2 BGB auf diese Folgen ausschließt (vgl. Sen.Urt. v. 8.12.1992 aaO). Dabei hat der Senat im Interesse dieser gebotenen Typisierung auch in Kauf genommen, daß auf diese

Weise unter Umständen auch ein Besteller begünstigt werden kann, der innerhalb der kurzen Verjährungsfrist die Mangelhaftigkeit des Werks und seine Gefährlichkeit entweder tatsächlich erkannt hat oder bei sorgfältigem Verhalten hätte erkennen müssen, und diesem gleichwohl die lange Verjährungsfrist zugebilligt. Hieran ist mit Blick auf die allgemeine Interessenlage, insbesondere die im Interesse der Rechtssicherheit gebotene Typisierung trotz der im Schrifttum geäußerten Kritik festzuhalten.

b) Darüber hinaus ist auch die Annahme der eingetretenen Verjährung nach § 638 BGB von Rechtsfehlern beeinflußt.

aa) Allerdings war, wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat, die in dieser Vorschrift bestimmte, für eine Werkleistung maßgebliche Frist von sechs Monaten bei Eintritt der Rechtshängigkeit abgelaufen. Sie begann nach § 638 Abs. 1 Satz 2 BGB mit der Abnahme des Werks, die hier - soweit sie nicht schon zuvor erklärt sein sollte - jedenfalls mit dem Flug nach S[redacted] und zurück am 28. Juli 1991 erklärt wurde. Spätestens an diesem Tag hat der Kläger das Flugzeug uneingeschränkt und vorbehaltlos in Benutzung genommen; hierin konnte die Beklagte, auf deren Sicht insoweit abzustellen ist, eine Billigung ihrer Leistung als in der Hauptsache vertragsgemäß sehen. Gesichtspunkte, die zu einer anderen Beurteilung hätten Anlaß geben können, sind durch den Kläger nicht geltend gemacht worden.

bb) Dem Berufungsgericht ist weiter darin beizupflichten, daß diese Verjährungsfrist nicht schon durch die am 27. Januar 1992 und damit vor Fristablauf eingereichte Klage

selbst gehemmt oder unterbrochen wurde. Die Unterbrechung tritt nach § 209 BGB erst mit Erhebung der Klage ein, die durch die Zustellung der Klageschrift bewirkt wird (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 54. Aufl., § 209 BGB Rdn. 6 m.w.N.). Diese Zustellung hat erst im April 1992 stattgefunden; ihre Wirkungen können nicht nach § 270 Abs. 3 ZPO auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung zurückbezogen werden, da die Voraussetzungen der Vorschrift nicht vorliegen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, war die Zustellung nicht "demnächst" im Sinne der Norm. Nach seinen Feststellungen ist der Kläger Ende Januar 1992 zur Einzahlung des Prozeßkostenvorschusses, von dem die Zustellung abhing, aufgefordert worden; diese Einzahlung erfolgte erst etwa zwei Monate später. Eine solche Verzögerung schließt, da sie auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht, die Anwendung des § 270 Abs. 3 ZPO zugunsten des Klägers aus. Eine solche Nachlässigkeit ist nur für eine geringe Zeitspanne unschädlich, die in der Rechtsprechung etwa mit 14 Tagen bemessen wird (vgl. dazu BGH, Urt. v. 1.10.1986 - IVa ZR 108/85, NJW 1987, 255, 257; Urt. v. 8.6.1988 - IVb ZR 92/87, FamRZ 1988, 1154, 1555). Zu Recht hat das Berufungsgericht demgegenüber darauf hingewiesen, daß eine Verzögerung von 19 Tagen bereits als schädlich bewertet worden ist.

cc) Die Berufung auf die Einrede der Verjährung ist der Beklagten indessen verwehrt, wenn sie hierauf - wie der Kläger im Termin vor dem Berufungsgericht am 12. August 1993 nach dessen Feststellungen geltend gemacht hat - verzichtet hat. Jedenfalls dann, wenn - wie hier - die rechtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien bereits begonnen hat, ist ein solcher Verzicht grundsätzlich zulässig und wirksam

(vgl. BGH, Urt. v. 22.12.1989 - IX ZR 234/88, WM 1990, 695 = NJW-RR 1990, 1532; Urt. v. 6.2.1990 - VII ZR 126/90, NJW 1991, 994, 975, wo dies jeweils als selbstverständlich vorausgesetzt wird). Ob sie auch in einem solchen Fall auf einen angemessenen Zeitraum begrenzt ist, bedarf hier keiner weiteren Erörterung, da eine solche Frist bis zur Klageerhebung nicht verstrichen ist (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 6.2.1990 aaO).

Diese damit schlüssige Behauptung hat das Berufungsgericht zu Unrecht zurückgewiesen. Auf § 528 ZPO kann eine solche Zurückweisung hier schon deshalb nicht gestützt werden, weil es sich lediglich um die Erwiderung auf ein Verteidigungsmittel der Beklagten handelt, das diese erstmals in der Berufungsinstanz vorgebracht hat. § 528 ZPO hätte allenfalls Anlaß für die Prüfung der Frage geben können, ob die Einrede der Beklagten ein im Sinne der Vorschrift verspätetes Verteidigungsmittel darstellt.

Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung kann dieses Vorbringen im Revisionsverfahren auch nicht nach Maßgabe der §§ 523, 296 Abs. 2, 281 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden. Eine solche Zurückweisung steht im Ermessen des Tatrichters, das in der Revisionsinstanz nur auf Rechtsfehler überprüft werden, nicht jedoch durch eine eigene Ermessensentscheidung des Revisionsgerichtes ersetzt werden kann, wenn der Tatrichter diese - wie hier - nicht getroffen hat.

III. Mit Rücksicht auf die nach den vorstehenden Erwägungen gebotene Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es die von dem Kläger geltend gemachten Zahlungsanträge ab-

weist, kann es auch hinsichtlich des Anspruchs auf Herausgabe des Flugzeugs keinen Bestand haben. Diesen hat das Berufungsgericht allein mit der Begründung abgewiesen, daß gegenüber den der Höhe nach unstreitigen Werklohnforderungen der Beklagten die Gegenansprüche, mit denen der Kläger aufgerechnet hat, nicht bestünden. Demgemäß berufe sich die Beklagte gegenüber dem Herausgabeanspruch zu Recht auf Zurückbehaltungsrechte und ihr Unternehmerpfandrecht nach § 647 BGB. Da die bisher getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts die Verneinung der geltend gemachten Ansprüche nicht tragen, ist auch das Ergebnis der durch den Kläger erklärten Aufrechnung offen. Sollte die erneute Verhandlung und Entscheidung zu dem Ergebnis führen, daß der Kläger zu Recht Schadensersatz verlangt, kann diese Aufrechnung zum Erlöschen des von der Beklagten berechneten Werklohns bzw. dazu führen, daß dieser insoweit ein Anspruch nicht zusteht. Hat die Beklagte Ersatz für die Beschädigungen des Flugzeugs bei der Notlandung zu leisten, besteht dieser in erster Linie in der Wiederherstellung des zuvor bestehenden schadensfreien Zustands. Wenn die Beklagte diesen durch Eigenleistung herbeiführt, kann sie dafür im Ergebnis Lohn nicht verlangen. Dies

ergibt sich entweder daraus, daß die von ihr erbrachte Leistung lediglich die Schadensersatzleistung ist, oder daß der Kläger im Wege des Schadensersatzes Befreiung von der Werklohnforderung der Beklagten verlangen kann.

Rogge Jestaedt Maltzahn

Melullis Greiner