

14. 1. Können Mängel der Begründung einer nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingelegten Anschlußberufung nachgebessert werden?

2. Unter welchen Voraussetzungen genügt zur Begründung der Anschlußberufung des Beklagten, die nur die Erhebung einer Widerklage bezweckt, eine Bezugnahme auf das bisher zur Rechtfertigung der Anträge auf Abweisung der Klage und Zurückweisung der Berufung Vorgebrachte?

3. Wann beginnt die Verjährung im Falle des § 32a (§ 37 n. F.) NND.?

4. Unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Wirkung kann der Einrede der Verjährung, die der Kläger einer verneinenden Feststellungsklage gegen den angeblichen Anspruch des Beklagten

erst während des Rechtsstreits erhoben hat, der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegengestellt werden?

ZPO. § 519 Abs. 3 Nr. 2, § 522a Abs. 2 und 3. RMO. § 32a (§ 37 n. F.).
BGB. § 242.

III. Zivilsenat. Urtr. v. 1. Dezember 1936 i. S. W. (Bekl.) w. F. (Kl.). III 271/35.

I. Landgericht Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger, der Rechtsanwalt ist, entwarf am 23. Mai 1929 einen Vertrag des Beklagten mit dem Inhaber einer Schokoladenfabrik, wonach der Beklagte in dieses Unternehmen 13000 RM. zu Fabrikationszwecken einzuzahlen hatte. Zur Sicherheit für die Ansprüche des Beklagten aus dem Vertrag war darin die Sicherungsübereignung von Rohwaren, Halb- und Fertigfabrikaten sowie von Maschinen vorgesehen. Der Vertrag wurde dementsprechend abgeschlossen. In der Folgezeit berühte sich der Beklagte gegen den Kläger eines Schadenersatzanspruchs in Höhe von zunächst 13000 RM., indem er behauptete, er habe die in die Schokoladenfabrik eingezahlten 13000 RM. verloren. Die in dem Vertrag vereinbarte Sicherungsübereignung sei ohne Rechtswirksamkeit gewesen, weil die Vereinbarung eines rechtsgültigen Besitzkonstituts gefehlt habe; dafür sei der Kläger verantwortlich. Der Beklagte trat von diesem angeblichen Anspruch gegen den Kläger einen Teilbetrag von 500 RM. an den Kaufmann K. ab, der den Betrag vor dem Amtsgericht Charlottenburg gegen den Kläger einklagte.

Während dieser Prozeß noch schwebte, erhob der Kläger, der die Unwirksamkeit der Sicherungsübereignung und den angeblichen Schadenersatzanspruch des Beklagten bestritt, die vorliegende Klage mit dem Antrag, festzustellen, daß dem Beklagten gegen ihn wegen des Entwurfs des Vertrags vom 23. Mai 1929 auch über den an den Kaufmann K. abgetretenen Teilbetrag von 500 RM. hinaus ein weiterer Schadenersatzanspruch von 1100 RM. nicht zustehe. Das Landgericht wies entsprechend dem Antrag des Beklagten die Klage ab. In der Berufungsinstanz machte der Kläger mit Schriftsatz vom 8. September 1934 noch geltend, daß die dem Beklagten etwa

zustehende Schadenserstattungsforderung nach § 32a (jetzt § 37) A.D. verjährt sei. Der Beklagte beantragte zunächst nur die Zurückweisung der Berufung, wobei er der Einrede der Verjährung den Einwand der Arglist entgegenstellte. Erst mit Schriftsatz vom 5. März 1935, der beim Kammergericht am nächstfolgenden Tag eingegangen ist, legte er Anschlußberufung ein, mit der er Widerklage erhob und beantragte, den Kläger zur Zahlung von 18500 RM. zu verurteilen. Zur Begründung brachte er vor, die Widerklage sei mit Rücksicht auf § 529 Abs. 4 ZPO. zulässig, da sie zur sachdienlichen Erledigung des Rechtsstreits diene. Der Verlust, den der Beklagte durch den Kläger erlitten habe, belaufe sich auf die im Widerklageantrag genannte Summe. Da umgekehrt der Kläger negative Feststellungs-klage erhoben habe, sei die Widerklage die natürliche Folge, damit der Prozeß endgültig seine Erledigung finde. Das Berufungsgericht erklärte die Klage als in der Hauptsache erledigt und wies unter Zurückweisung der Anschlußberufung die Widerklage ab. Auf die Revision des Beklagten erfolgte Aufhebung und Zurückverweisung, soweit der Beklagte mit mehr als 6000 RM. abgewiesen worden ist; im übrigen wurde die Revision zurückgewiesen.

Gründe:

1. Die Begründung, mit der das Kammergericht die Anschlußberufung des Beklagten für zulässig erachtet hat, kann rechtlich nicht gebilligt werden. Das Kammergericht führt aus, die Anschlußberufung sei zwar verspätet begründet worden; doch könne, wenngleich § 522a Abs. 2 ZPO. schlechthin die Begründung der Anschlußberufung vorschreibe, eine an sich nach § 522a Abs. 3, § 519 Abs. 3, § 519b ZPO. unzulässige Anschlußberufung immer mit der erforderlichen Begründung wiederholt werden. Es kann hier dahinstehen, ob auch nach neuem Verfahrensrecht die in mangelhafter Form eingelegte Anschlußberufung rechtsförmlich wiederholt werden kann (vgl. RAG. Bd. 16 S. 314 [318]). Denn jedenfalls könnte vorliegend eine rechtsförmliche Wiederholung der Anschlußberufung nicht angenommen werden. In Betracht käme insoweit allein der Schriftsatz des Beklagten vom 27. März 1935. In diesem Schriftsatz tritt aber nirgends irgendwie erkennbar eine auf die rechtsförmliche Wiederholung der Anschlußberufung gerichtete Absicht des Beklagten hervor.

Der Beklagte vertritt dort vielmehr gegenüber der vom Kläger in seinem vorangegangenen Schriftsatz vom 14. März 1935 unter Hinweis auf § 522a Abs. 2 ZPO. geäußerten gegenteiligen Rechtsauffassung den Standpunkt, seine bereits unter dem 5. März 1935 eingereichte Anschlußberufung sei, wenn ihr auch eine eingehendere Begründung fehle, zulässig, weil der die Anschlußberufung begründende Streitstoff bereits Gegenstand des Vorbringens und des Gegenbringens im ersten und zweiten Rechtszug gewesen sei; im übrigen geht der Schriftsatz weiterhin lediglich noch einmal „zusammenfassend auf die Frage der Verjährung, die Replik gegen die Arglisteinrede und das Bestreiten der Schadenshöhe“ ein. Dann kann dieser Schriftsatz aber nur im Sinne einer Nachbesserung etwaiger Mängel der Anschlußberufungsbegründung verstanden werden, die, wie der erkennende Senat mit der Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts vom 20. Februar 1935 RMG. 152/34 (RMG. Bd. 15 S. 97) annimmt, die Anschlußberufung nicht zulässig macht.

2. Hiernach kann sich nur fragen, ob nicht die Anschlußschrift selbst den Anforderungen genügt, die nach § 522a Abs. 3, § 519 Abs. 3 ZPO. an die Begründung der Anschlußberufung zu stellen sind. Das ist zu bejahen, so daß insoweit der Rechtsstandpunkt des Kammergerichts dennoch im Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Zwar muß die Begründung der Anschlußberufung — abgesehen von § 519 Abs. 3 Nr. 1 ZPO., dem bei der gegebenen Sachlage genügt ist — nach Nr. 2 das „die bestimmte Bezeichnung der im einzelnen anzuführenden Gründe der Aufsechtung (Berufungsgründe) sowie die neuen Tatsachen, Beweismittel und Beweiseintreden enthalten, die die Partei zur Rechtfertigung ihrer Berufung anzuführen hat“. Allein einer Bezeichnung der Gründe, aus denen das erste Urteil beanstandet werden sollte, bedurfte es hier nicht, da der Beklagte durch das erste Urteil, das seinem Antrag auf Klageabweisung in vollem Umfange stattgegeben hatte, in keiner Weise beschwert war und daher eine Aufsechtung dieses Urteils nicht in Betracht kam. Hiernach genügte die Erklärung des Beklagten, daß die Anschlußberufung eingelegt werde, um mit dem näher bezeichneten Antrag Widerklage zu erheben (vgl. RGZ. Bd. 150 S. 249). Der Schriftsatz vom 5. März 1935 enthält aber ferner unverkennbar wegen des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs eine Bezugnahme auf die bisherigen Ausführungen. Damit ist insoweit

sowohl für die Begründung der Anschlußberufung wie auch für die der Widerklage allen Anforderungen genügt. Gegenstand der Klage war der Antrag festzustellen, daß dem Beklagten der Anspruch, dessen er sich berühmt hatte, nicht zustehende. Der Antrag auf Klageabweisung und demgemäß auch der Antrag des Beklagten auf Zurückweisung der Berufung des Klägers waren daher — und konnten es nur sein — auf die Behauptung gestützt, daß dem Beklagten der Anspruch zustehende, dessen er sich berühmt hatte. Dabei ist es bei der gegebenen Sachlage nicht von Bedeutung, daß die verneinende Feststellungsklage des Klägers nur einen Teilbetrag von 1100 RM. des über 500 RM. hinausgehenden Schadens betraf. Denn der Kläger hatte im Verfahren auch bestritten, daß dem Beklagten überhaupt ein Schaden entstanden war, welchem Vorbringen der Beklagte entgegengetreten war, indem er behauptete, daß er die zunächst in Frage stehenden 13000 RM. Darlehen tatsächlich gezahlt habe und daß er, wenn die Übereignung rechtswirksam gewesen wäre, aus den ihm übereigneten Gegenständen für diese 13000 RM. seine Befriedigung hätte finden können. Die tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen haben sich demnach insoweit für die Widerklage nicht geändert. In dem Schriftsatz vom 12. Januar 1935, also vor der Einlegung der Anschlußberufung, hatte der Beklagte aber ferner bereits behauptet, daß sein Schaden mehr als 13000 RM., nämlich 19000 RM., betrage, und daß er sich auch in Höhe dieses Betrags im Falle der Wirksamkeit der Sicherungsübereignung aus den ihm übereigneten Gegenständen hätte befriedigen können. Hiernach können auch gegen die Höhe des Widerklageantrags bei Berücksichtigung der unbestritten an N. abgetretenen 500 RM. hinsichtlich der Begründung und des Gegenstandes der Widerklage Bedenken nicht obwalten.

3. Sachlich gelangt das Kammergericht zur Abweisung der Widerklage, indem es annimmt, der Anspruch des Beklagten sei im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage nach § 32a RMD. (§ 37 n. F.) bereits verjährt gewesen. Rechtsirrtumsfrei — und von der Revision unbeanstandet — ist insoweit jedenfalls der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, daß die fünfjährige Verjährungsfrist aus § 32a RMD. im Hinblick auf die allgemeine Regel des § 198 Satz 1 BGB. in dem Zeitpunkt zu laufen begonnen habe, in dem der Schadensersatzanspruch des Beklagten aus dem zwischen ihm und dem Kläger bestehenden Vertragsverhältnis entstanden war. Hinsichtlich dieses

Zeitpunktes führt das Kammergericht aus, der Schadensersatzanspruch sei zwar noch nicht mit dem Abschluß des Vertrags, aber in dem Augenblick entstanden, in dem der Beklagte die von ihm vertragsgemäß zu zahlenden 13000 RM. entrichtet habe. Denn er sei wegen des Anspruchs auf Rückzahlung nicht gesichert gewesen, seine Forderung habe vielmehr jetzt mit den Forderungen der übrigen Gläubiger des Schuldners gleichgestanden. Dieser sei seit 1925 verschuldet, 1928 seien bereits über 200000 RM. offene Schulden vorhanden gewesen; seitdem und insbesondere 1929 hätten die Wechselproteste und Pfändungen zugenommen, bis er dann selbst am 3. Juli 1930 den Antrag auf Eröffnung des Konkurses gestellt habe. Mit der Einzahlung der 13000 RM. sei daher insoweit die Vermögenslage des Beklagten verschlechtert gewesen und damit ein Schadensersatzanspruch gegen den Kläger entstanden. Da die Einzahlung der 13000 RM. kurz nach Abschluß des Vertrags vom 23. Mai 1929 erfolgt sei, sei der Schadensersatzanspruch des Beklagten spätestens etwa am 1. Juli 1934 verjährt gewesen. Die Revision bekämpft diese Ausführungen unter Hinweis darauf, daß maßgebend der Zeitpunkt sein müsse, in dem der Beklagte wegen des ihm zustehenden Schadensersatzanspruches klagen können. Das sei aber nicht der Fall gewesen, ehe die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung überhaupt bestritten wurde. Vorher sei ihm die Erhebung der Schadensersatzklage nicht zuzumuten gewesen. Er sei auch gar nicht in der Lage gewesen, zu klagen. Auch eine Feststellungsklage wäre mangels eines Feststellungsinteresses abgewiesen worden. Den Beginn der Verjährung könne man daher frühestens von dem Zeitpunkt an annehmen, wo der Konkursverwalter den Aussonderungsanspruch des Beklagten abgelehnt habe.

Der Standpunkt des Berufungsgerichts entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts. Danach (vgl. RGZ. Bd. 83 S. 358, Bd. 90 S. 84, Bd. 128 S. 79; JW. 1935 S. 2276 Nr. 11 = WarnRspr. 1935 Nr. 94 = DRZ. 1935 Nr. 352) beginnt die Verjährung für einen Rückgriffsanspruch der hier in Rede stehenden Art selbständig mit seiner Entstehung und ist der Anspruch entstanden, wenn infolge des schädigenden Ereignisses (hier also der Vertragsverletzung durch die Abfassung eines wenigstens teilweise unwirksamen Vertrags) ein Schaden eingetreten ist. Der Eintritt des Schadens ist nach dieser Rechtsprechung dann zu bejahen, wenn die

Vermögenslage des Geschädigten infolge des schädigenden Ereignisses im Vergleich mit dem früheren Vermögensstand schlechter geworden ist. Dies bejaht aber das Berufungsgericht für den Zeitpunkt der Einzahlung der 13000 RM., da der Beklagte dadurch insofern in seinen Rechten verkürzt worden sei, als er eine ungesicherte Forderung erwarb, den anderen Gläubigern gleichgestellt wurde und angesichts der Vermögenslage des Schuldners die Frage der Sicherung für den Wert der Forderung von Bedeutung sein mußte — so sind wenigstens die Ausführungen des angefochtenen Urteils zu diesem Punkte zu verstehen. Dabei geht das Urteil wiederum entsprechend der bisherigen Rechtsprechung (WamMpr. 1913 Nr. 14) davon aus, daß die Kenntnis des Schadens keine Voraussetzung für den Beginn der Verjährung bildet. Hiernach kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte in diesem Zeitpunkt bereits in der Lage war, Leistungsklage zu erheben; es genügt vielmehr, daß er auf Feststellung klagen konnte. Das konnte er aber entgegen der Meinung der Revision von dem Zeitpunkt an, in dem objektiv das schädigende Ereignis feststand und die Möglichkeit eines Schadens sich ergab, wenn ein Betrag dieses Schadens damals auch noch nicht angegeben werden konnte. Zum mindesten hätte übrigens der Beklagte unter dem Gesichtspunkt des Schadenserfolges damals bereits auf Eintäumung einer Sicherheit klagen können, die der infolge des Versehens des Klägers verlorengegangenen dinglichen Sicherung entsprach.

An der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts ist festzuhalten. Infolgedessen ist mit dem Berufungsgericht davon auszugehen, daß der Rückgriffsanspruch des Beklagten zur Zeit der Erhebung seiner Leistungswiderklage bereits verjährt war.

4. Zu prüfen bleibt hiernach nur noch, ob das Berufungsgericht die Einrede der Arglist ohne Rechtsirrtum nicht hat gelten lassen. Soweit von dem Beklagten eine ausdrückliche Vereinbarung mit dem Inhalt behauptet worden war, der Kläger werde die Einrede der Verjährung nicht geltend machen, hat das Berufungsgericht in tatsächlich bindender Weise festgestellt, daß eine solche Vereinbarung nicht getroffen worden ist. Ebenso hat das Berufungsgericht ohne erkennbaren Rechtsfehler angenommen, daß der Kläger nicht absichtlich ein Verfahren eingeschlagen habe, das auf Verhinderung einer Unterbrechung der dem Beklagten drohenden Verjährung gerichtet gewesen sei, und es hat auch den Einwand, daß die Erhebung der

Verjährungseinrede durch den Kläger standes- und deshalb sittenwidrig sei, rechtsirrtumsfrei ausgeräumt. Zutreffen mag ferner die Annahme, daß der Beklagte durch die Erhebung der verneinenden Feststellungsklage als solche noch nicht zu der Meinung veranlaßt sein konnte, es werde einer Leistungsklage überhaupt nicht mehr bedürfen, und daß diese Klagerhebung allein in dem Beklagten noch nicht den Glauben hervorrufen konnte, der Kläger werde von der ihm zustehenden Einrede der Verjährung keinen Gebrauch machen. Dennoch ist es von Rechtsirrtum beeinflusst, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß die Erhebung der Verjährungseinrede durch den Kläger nicht als eine unzulässige Rechtsausübung (vgl. RGZ. Bd. 152 S. 150) angesprochen werden könne. Denn das Berufungsgericht durfte sich bei der Entscheidung in diesem Punkte nicht auf die Betrachtung beschränken, welche Folgerungen sich für den Beklagten hinsichtlich der Verjährungseinrede aus der Erhebung der verneinenden Feststellungsklage als solcher oder der Klagerhebung allein und aus der dabei zum Ausdruck gelangten Stellungnahme des Klägers zu seinem Anspruch ergeben mußten oder ergeben konnten. Erforderlich wäre vielmehr eine Würdigung sämtlicher Umstände gewesen, insbesondere dahin, ob der Beklagte nicht aus dem gesamten Verhalten des Klägers für diesen erkennbar das Vertrauen geschöpft hat und schöpfen durfte, der Kläger werde die Verjährungseinrede nicht geltend machen. Diese vom Berufungsgericht unterlassene Prüfung kann auf Grund der Feststellungen des angefochtenen Urteils und der prozessualen Vorgänge, die aus den Instanzakten und den weiter zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz gemachten Akten ersichtlich sind, vom Reichsgericht nachgeholt werden. Sie ergibt folgendes:

Der Beklagte trat im Dezember 1932 von seinem angeblichen Schadenersatzanspruch gegen den Kläger einen Teilbetrag von 500 RM. an seinen Gläubiger R. ab. Dieser klagte vor dem Amtsgericht Charlottenburg den Betrag alsbald ein. Dabei machte er u. a. geltend, der Beklagte habe durch das Verschulden des Klägers 13000 RM. und auch die Zinsen eingebüßt, sein Schaden belaufe sich einschließlich der Zinsen auf etwa 19000 RM. Der Kläger bestritt den Klaganspruch vor dem Amtsgericht dem Grunde nach, indem er die rechtliche Wirksamkeit der Sicherungsübereignung behauptete,

sein Verschulden und die Entstehung eines Schadens leugnete, und auch der Höhe nach insofern, als die gegen die Entstehung des Schadens vorgetragene Einwendungen das Gericht unter Umständen wenigstens im Rahmen des erhobenen Anspruchs auch zur Nachprüfung der Schadenshöhe veranlassen mußten. Während dieser Rechtsstreit vor dem Amtsgericht Charlottenburg noch schwebte, erhob der Kläger vor dem Landgericht Berlin gegen den Beklagten die vorliegende Klage mit dem mitgeteilten verneinenden Feststellungsantrag wegen eines weiteren Teilbetrags des Schadens von 1100 RM., wobei er sich die Erweiterung ausdrücklich vorbehielt. Der Vorprozeß wurde daraufhin unter Widerspruch des R. „bis zur Entscheidung des Hauptanspruchs, der vor dem Landgericht schwebt“, ausgesetzt. Zur Begründung der verneinenden Feststellungsklage und zur Erwiderung auf das Vorbringen des Beklagten, daß ihm ein Schaden von 13000 RM. entstanden sei, hat der Kläger im wesentlichen unter Wiederholung seiner Ausführungen im Vorprozeß den Anspruch des Beklagten dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Gegenüber der Abweisung der Klage nach Beweiserhebung über die Höhe des Schadens ist der Kläger in seiner Berufungsbegründung (Schriftsatz vom 2./8. Mai 1934) im wesentlichen bei seinem Vorbringen im ersten Rechtszug verblieben. Mit Schriftsatz vom 8./10. September 1934 hat er dann die Verjährungseinrede erhoben.

Mit der Erhebung der verneinenden Feststellungsklage hat der Kläger offensichtlich bezweckt und erreicht, eine Entscheidung über den Anspruch des Beklagten und die damit zusammenhängenden Streitfragen in einem Rechtsstreit unmittelbar mit dem Beklagten selbst, nicht seinem Zessionar, zu erwirken, und sich für diesen Rechtsstreit die Anrufung der höheren Instanzen — erforderlichenfalls, wie der Vorbehalt der Klagerweiterung zeigt, auch der Revisionsinstanz — zu sichern. Für den Beklagten ergab sich daraus die Folgerung, daß es dem Kläger um die Herbeiführung einer endgültigen Entscheidung über seine Verbindlichkeit, insbesondere um eine Klarstellung der rechtlichen Wirksamkeit der von ihm dem Anspruch des Beklagten entgegengesetzten rechtlichen und tatsächlichen Einwendungen zu tun sei. Was hätte die Anhängigmachung eines neuen Rechtsstreits über dieselben Streitfragen, über die bereits das Amtsgericht Charlottenburg — wenn auch im Rahmen einer anderen und dem Werte nach einen geringeren Teilbetrag des Schadens

betreffenden Leistungsklage — zu entscheiden hatte, vom Standpunkt des Klägers oder des Beklagten aus sonst für einen Sinn haben sollen? Daß aber der Kläger in dem vorliegenden Prozeß die sämtlichen Einwendungen wiederholt hat, die er schon in dem Vorprozeß erhoben hatte, beweist, daß es ihm nicht etwa nur um die Entscheidung einer einzelnen Streitfrage — etwa der Frage der Rechtswirklichkeit der Sicherungsübereignung — ging, sondern um den Anspruch des Beklagten überhaupt. Eine solche Meinung des Beklagten erscheint um so mehr gerechtfertigt, als der Rechtsanwalt N., der den Kläger in dem Vorprozeß vertreten hatte, als Zeuge selbst eingeräumt hat, sich möglicherweise dahin geäußert zu haben, daß sich für den Fall des Unterliegens des Klägers im Hauptprozeß der Vorprozeß ohne weiteres erledigen werde, was doch nur bedeuten kann, daß der Kläger unter der angegebenen Voraussetzung seiner Zahlungsverpflichtung nachkommen werde.

In dieser Meinung brauchte sich der Beklagte auch nicht dadurch irre machen zu lassen, daß die verneinende Feststellungsklage des Klägers unter Beschränkung auf einen weiteren Teilbetrag des Schadens von 1100 RM. erhoben wurde. Denn abgesehen davon, daß der Kläger sich, wie bereits erwähnt, die Erweiterung der Klage vorbehalten hatte, mußte das Gericht zu den Einwendungen des Klägers gegen den Anspruch trotz des beschränkten Klageantrags Stellung nehmen. Im vollen Umfang konnte der Klage nur stattgegeben werden, wenn hätte festgestellt werden können, daß über die bereits eingeklagten 500 RM. hinaus dem Beklagten ein weiterer Anspruch von 1100 RM. nicht zustehe, mit anderen Worten, wenn sich entweder die gegen den Grund des Anspruchs des Beklagten gerichteten Einwendungen des Klägers im vollen Umfang als berechtigt oder nur mit Wirkung für einen Betrag von 500 RM. als unberechtigt erwiesen hätten. Zu einem teilweisen Erfolg der Klage konnte das Gericht gelangen, wenn sich der Anspruch des Beklagten über die erwähnten 500 RM. hinaus innerhalb des den Gegenstand der Feststellungsklage bildenden Teilbetrags des Schadens teilweise als zu Recht bestehend und im übrigen die Einwendungen des Klägers gegen den Anspruch des Beklagten als wirksam erwiesen. Die Abweisung der Klage konnte aber nur erfolgen, wenn sich ergab, daß die Einwendungen des Klägers wenigstens für einen Anspruch des Beklagten von 1600 RM. Raum ließen; auch in diesem Falle

durfte der Beklagte aber annehmen, daß die Stellungnahme des Prozeßgerichts gegenüber den Einwendungen des Klägers eine so weitgehende Klärung auch für die Höhe seines Anspruchs bringen werde, daß die Entscheidung als maßgebliche Grundlage für die Regelung des Anspruchs anerkannt werden würde. Durfte der Beklagte zu solcher Folgerung gelangen, so ist ihm auch der Glaube daran zuzubilligen, daß der Kläger, nachdem er einmal zur Herbeiführung einer endgültigen Entscheidung der zwischen ihm und dem Beklagten wegen des Schadensersatzes bestehenden tatsächlichen und rechtlichen Streitfragen durch die trotz der schwebenden Teilleistungsklage erfolgte Erhebung der verneinenden Feststellungsklage selbst die erforderlichen Schritte unternommen hatte, nicht mit neuen Einwendungen kommen werde, die eine solche Entscheidung verhindern würden. Der Beklagte durfte also auf Grund des eigenen Verhaltens des Klägers darauf vertrauen, daß dieser von der Verjährungseinrede keinen Gebrauch machen werde; er durfte darauf um so mehr vertrauen, als er einem Schuldner gegenüberstand, der dem Berufsstande der Rechtsanwälte angehört und von dem er deswegen erwarten durfte, daß ihm, sei es an der Verneinung des ihm zum Vorwurf gemachten Berufsversehens, sei es an der Wiedergutmachung des durch das Berufsversehen etwa verursachten Schadens, besonders gelegen sein müßte. Der Kläger aber mußte nach den gesamten Vorgängen mit einem solchen Vertrauen des Beklagten ohne weiteres rechnen; er durfte hiernach den Beklagten mit der Verjährungseinrede nicht überfallen, sondern mußte, wenn er auf die Einrede nicht verzichten wollte, nach Treu und Glauben den Beklagten rechtzeitig aufmerksam machen. Das hat der Kläger nicht getan; er muß sich daher gegenüber der Verjährungseinrede den Einwand unzulässiger Rechtsausübung grundsätzlich gefallen lassen.

Das Berufungsgericht hat allerdings für diesen Fall hilfsweise ermogen, der Beklagte sei des Gegeneinwandes der unzulässigen Rechtsausübung dadurch verlustig gegangen, daß er nicht innerhalb einer wiederum nach den Grundfällen von Treu und Glauben zu bestimmenden Frist die die Verjährung unterbrechende Leistungswiderklage erhoben, sondern mit der Erhebung der Widerklage fast ein halbes Jahr zugewartet habe. Dies trifft zu. Auch entspricht es der Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß die Berufung auf

Treu und Glauben die Einrede der Verjährung nicht dauernd, sondern nur deren Geltendmachung auf eine wiederum nach Treu und Glauben zu bestimmende Zeit ausschließen kann (vgl. RGZ. Bd. 143 S. 250 [253/4]). An dieser Rechtsprechung ist dem Grundsatz nach auch festzuhalten. Indessen liegt der Fall hier ähnlich wie der vom VII. Zivilsenat in seinem Urteil vom 22. Mai 1936 VII 234/35 (abgedr. JW. 1936 S. 2533 Nr. 5 u. GRM. 1936 Nr. 1209) entschiedene, wo hinsichtlich der Frage, ob die erwähnte Frist zur Vornahme einer Unterbrechungshandlung abgelaufen sei, angenommen worden ist, es könne der vom Kläger der verneinenden Feststellungs-klage während des Rechtsstreits mit der Verjährungseinrede überfallene Beklagte die Entscheidung über die Verjährung im Rechtsstreit abwarten. Der erkennende Senat tritt dieser Rechtsansicht des VII. Zivilsenats bei und sieht die Voraussetzungen für deren Anwendung auch nach den Umständen des vorliegenden Falls als gegeben an. Die Leistungswiderklage des Beklagten ist hiernach rechtzeitig erhoben worden. Nur zur Klarstellung sei bemerkt, daß in dieser Hinsicht eine Abweichung von der früheren Rechtsprechung, wovon ersichtlich auch der VII. Zivilsenat ausgegangen ist, schon deswegen nicht in Betracht kommen kann, weil selbstverständlich die Frage, ob nach Treu und Glauben der Beklagte mit seinem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Verjährungseinrede des Klägers noch gehört werden kann, nur nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen ist.

Der Einwand des Beklagten kann aber nur insoweit wirken, als er vor dem Ablauf der Verjährungsfrist bereits mit Ansprüchen dem Kläger gegenüber hervorgetreten war. Allerdings hatte bereits der Besessionar des Beklagten im Vorprozeß gegen den Kläger behauptet, der Schaden des Beklagten belaufe sich einschließlich Zinsen auf etwa 19000 RM. Der Beklagte selbst — und das allein ist entscheidend — hat aber im vorliegenden Rechtsstreit, auf die Aufforderung des Klägers, seine angeblichen Ansprüche zu begründen, seinen Schaden zunächst wenigstens nur auf 13000 RM. angegeben, wovon 500 RM. bereits im Vorprozeß eingeklagt seien. Mit der Behauptung eines höheren Schadens ist der Beklagte im Rechtsstreit erst im Schriftsatz vom 12. Januar 1935 hervorgetreten. Damals hatte aber der Kläger die Verjährungseinrede bereits erhoben. Auf den 12500 RM. übersteigenden Betrag konnte sich also das Vertrauen des Beklagten,

daß die verneinende Feststellungsklage des Klägers eine endgültige Entscheidung bedeuten werde, nicht beziehen; der Kläger kann den Beklagten insoweit auch nicht mit der Verjährungseinrede überfallen haben (vgl. RGZ. Bd. 152 S. 330). Für diesen Teilbetrag der Leistungswiderklage des Beklagten kann daher kein Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Verjährungseinrede des Klägers nicht durchgreifen. Insoweit ist die Widerklage mit Recht abgewiesen. Hinsichtlich des Betrags von 12500 M. ist jedoch Aufhebung und Zurückverweisung der Sache geboten.