

2. Wie ist die Rechtslage im Hinblick auf die Hemmung des Laufs der Verjährung für den Restanspruch zu beurteilen, wenn der Kläger bei demselben Schaden gemäß § 114 Abs. 1 Satz 2 ZPO. nicht für den ganzen Schadenersatzanspruch, sondern nur für einen Teilanspruch das Armenrecht beantragt und dieses auch dafür nur zum Teil erhält und wenn ihm weiter, nach Abweisung der Klage im ersten Rechtsgange, im Berufungsverfahren das Armenrecht auch für den eingeklagten Teilanspruch versagt wird? Muß er sich auf die Möglichkeit der Unterbrechung der Verjährung des Restanspruchs durch Zustellung eines Zahlungsbefehls oder Anbringung eines Güteantrags verweisen lassen?

BGB. § 203 Abs. 2, § 209 Abs. 2 Nr. 1 und 1a. ZPO. § 114 Abs. 1.
RM. § 37.

III. Zivilsenat. Urt. v. 15. Dezember 1939 i. S. R. (Rl.) w. R. (Befl.). III 39/39.

- I. Landgericht Berlin.
- II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger war Gläubiger einer früher im Grundbuche von St. eingetragenen Hypothek von 10000 RM. Er traf mit G. ein Ab-

kommen des Inhalts, daß dieser sich verpflichtete, die Hypothek nebst Zinsen bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks auszubieten. Bedingung für diese Verpflichtung war jedoch, daß der Kläger die Zwangsversteigerung nicht nach dem 30. Juni 1932 beantragte. Wegen der Einleitung der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks wandte sich der Kläger an den Beklagten. Er behauptet, dem Beklagten schon Anfang Mai, zuletzt noch mit Schreiben vom 27. Juni den Auftrag zur Stellung des Zwangsversteigerungsantrags vor Ende Juni erteilt zu haben. Der Beklagte habe es aber schuldhafterweise unterlassen, den Antrag zu stellen. Infolgedessen sei G. von seiner Verpflichtung zur Ausbietung der Hypothek freigeworden. Diese fiel bei der von anderer Seite betriebenen Zwangsversteigerung aus. Für den ihm so entstandenen Schaden macht der Kläger den Beklagten verantwortlich. Nachdem ihm für eine von ihm beabsichtigte Klage über einen Teilanspruch in Höhe von 2500 RM. nur für einen Anspruch in Höhe von 1100 RM. das Armenrecht bewilligt worden war, hat er den Rechtsstreit wegen dieses Betrags durchgeführt. Der Beklagte bestritt, einen bestimmten Auftrag zur Stellung des Zwangsversteigerungsantrags, zumal innerhalb der genannten Frist, von dem Kläger erhalten zu haben; er stellte auch eine schuldhafte Säumnis in der Ausführung eines etwaigen Auftrags in Abrede. Er erhob weiter die Einrede der Verjährung.

Die Klage wurde vom Landgericht als sachlich unbegründet abgewiesen. Der Kläger, dem von dem Berufungsgericht das Armenrecht verweigert worden war, führte den Rechtsstreit auf eigene Kosten ohne Erhöhung des bisherigen Antrages weiter. Der Beklagte erhob im Berufungsrechtszuge mit Einwilligung des Klägers unter Einlegung der Anschlußberufung Widerklage auf Feststellung, daß dem Kläger gegen ihn über den Klageanspruch hinaus keine Ansprüche zuständen. Das Berufungsgericht änderte durch Urteil vom 9. Juni 1937 das erste Urteil ab; es entsprach dem Klageantrag und wies die Widerklage ab. Die Revision des Beklagten führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Diesem wurde, ausgehend davon, daß dem Beklagten der von dem Kläger behauptete Auftrag erteilt worden sei und daß der Beklagte diesen schuldhaft nicht ausgeführt habe, aufgegeben, noch zu prüfen, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der schuldhaften Verletzung des Anwaltsdienstvertrags

durch den Beklagten und dem vom Kläger behaupteten Schaden bestche.

In der neuen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, in der die Parteien ihre bisherigen Anträge wiederholt haben, hat der Kläger gegenüber der Einrede der Verjährung unzulässige Rechtsausübung eingewendet. Er hatte nach dem Erlaß des ersten Urteils des Berufungsgerichts, und zwar am 16. August 1937, unter Vorlage einer Klageschrift über den weitergehenden Schadenserstattungsanspruch gegen den Beklagten in Höhe von 9536,54 RM. nebst Zinsen das Armenrecht für die Durchführung einer solchen neuen Klage nachgesucht. Nachdem die Entscheidung über das Gesuch zunächst ausgesetzt worden war, wurde ihm am 9. Mai 1938 das Armenrecht bewilligt. Die Klage wurde bald darauf erhoben und das Verfahren durch Beschluß vom 10. Juli 1937 bis zur rechtskräftigen Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ausgesetzt.

Das Berufungsgericht hat durch Urteil vom 19. November 1938 wiederum dem Klageantrag entsprochen, nunmehr aber auch der Widerklage mit der Begründung stattgegeben, daß der Restanspruch verjährt sei. Die Revision führte zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit darin zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist, und zur Abweisung der Widerklage.

Gründe:

Das Berufungsgericht hat, wieder ausgehend von der Rechtswirksamkeit des Ausbietungsabkommens zwischen dem Kläger und H., gemäß der ihm im ersten Urteil des Senats gemachten Auflage geprüft, ob zwischen der schuldhaften Vertragsverletzung des Beklagten, der Versäumung des Zwangsversteigerungsantrags innerhalb der Frist bis zum 30. Juni 1932, und dem behaupteten Schaden des Klägers, dem Ausfall mit dem größeren Teil seiner Hypothek, ein ursächlicher Zusammenhang besteht. Diese Frage hat es bejaht. Es hat weiter für den Fall, daß man H. noch über die genannte Frist hinaus an das Ausbietungsabkommen für gebunden erachten wollte, jedenfalls die alsbaldige Nachholung der versäumten Handlung, der Stellung des Versteigerungsantrags, und zwar spätestens bis zum 15. Juli 1932, für erforderlich erklärt. Die Unterlassung des Antrags auch bis dahin habe der Beklagte gegenüber dem Kläger zu vertreten; H. sei insolgedessen von seiner Ausbietungspflicht frei

geworden, und die Hypothek sei dann zum größeren Teil bei der Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks ausgefallen. Demgemäß hat das Berufungsgericht den im vorliegenden Rechtsstreite geltend gemachten Teil des Schadensersatzanspruches des Klägers gegen den Beklagten erneut für begründet erachtet. Da der Beklagte das Urteil nicht angegriffen hat, insoweit auch kein beachtlicher Rechtsirrtum zu erkennen ist, so hat es dabei sein Bewenden.

In dem neuen Urteil hat das Berufungsgericht nunmehr der unter Anschlußberufung erhobenen Widerklage des Beklagten, die auf die Feststellung gerichtet ist, daß dem Kläger über die Klageforderung von 1100 RM. nebst Zinsen hinaus gegen den Beklagten keine Ansprüche zustehen, stattgegeben. Gegenüber diesen weitergehenden Forderungen des Klägers hat es die vom Beklagten aus § 37 RMO. n. F. erhobene Einrede der Verjährung für durchgreifend erachtet. Hierbei hat es zunächst ohne Rechtsirrtum angenommen, daß sich die Verjährung des Schadensersatzanspruches des Klägers gegen den Beklagten nach der Vorschrift des § 37 RMO., nicht derjenigen des § 35 RMO., richtet. Denn es handelt sich, wie das Urteil mit Recht betont, nicht um die Inanspruchnahme aus einer Verletzung der Pflicht zur unverzüglichen Erklärung bei Ablehnung eines Auftrags (§ 35 RMO.), sondern nur um eine solche aus der schuldhaften Nichtausführung eines vom Beklagten angenommenen Auftrags (§ 37 RMO.), nämlich des Auftrags, rechtzeitig den Zwangsversteigerungsantrag zu stellen. Zur Frage der Verjährung dieses Anspruchs hat das Urteil ausgeführt: Die fünfjährige Verjährung beginne entsprechend der Vorschrift des § 198 BGB. mit dem Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruches zu laufen. Der Schaden sei als entstanden anzusehen, wenn die Vermögenslage der geschädigten Partei im Vergleiche zu dem früheren Vermögensstande sich verschlechtert habe. Dies sei bei dem Kläger spätestens am 15. Juli 1932, dem letzten Termine für die Stellung des Versteigerungsantrags, eingetreten, da von diesem Zeitpunkt ab die Hypothek des Klägers, infolge des Wegfalls der Verpflichtung des S. zu deren Ausbietung, gefährdet gewesen sei. Von da an habe daher die fünfjährige Frist des § 37 RMO. zu laufen begonnen. Das erst am 16. August 1937 beim Gericht eingegangene Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für die Verfolgung des Restanspruches von 9536,64 RM., auf den die Widerklage des Beklagten sich bezieht, sei auch mit Rücksicht

auf die Bestimmung des § 203 Abs. 2 BGB. nicht mehr geeignet gewesen, den Lauf der bereits am 15. Juli 1937 eingetretenen Verjährung dieses Anspruchs zu hemmen. Der Kläger sei trotz wiederholter Verjagung des Armenrechts in dem vorliegenden Rechtsstreite mindestens seit Erlass des ersten für ihn günstigen Urteils des Berufungsgerichts in dieser Sache vom 9. Juni 1937 verpflichtet gewesen, das Armenrechtsgesuch wegen des Restanspruchs zu stellen, zumal ihm bekannt gewesen sei, daß der Beklagte die Einrede der Verjährung erhoben habe und sie aufrechterhalte. Von da ab habe er erwarten können, daß das Landgericht nicht auf seinem ablehnenden Standpunkte verharren werde; anderenfalls hätte er mit dem Erfolge der Beschwerde gegen den erneut ablehnenden Beschluß des Landgerichts rechnen können. Die Verjährung des Restanspruchs sei danach mit dem Ablauf des 15. Juli 1937 eingetreten.

Die Auffassung des Berufungsgerichts über den Beginn und Lauf der Verjährung des Anspruchs aus § 37 RAL. ist frei von Rechtsirrtum und steht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ. Bd. 90 S. 82 [84], Bd. 128 S. 76 [79], Bd. 153 S. 101 [106/107]). Die Revision erhebt insoweit auch keine Einwendungen gegen das Urteil. Rechtsbedenken bringt sie vor gegen die Ansicht des Berufungsgerichts über den Zeitpunkt der Entstehung des Schadensersatzanspruchs des Klägers. Sie sind jedoch nicht als begründet anzuerkennen. Das Berufungsgericht hat in dem jetzt angefochtenen Urteil nicht, wie in dem ersten Urteil, angenommen, daß §. schon mit der Unterlassung des Zwangsversteigerungsantrags bis zum 30. Juni 1932 unbedingt von der Verpflichtung zur Ausbietung der Hypothek frei geworden sei, sondern es hat als letztmöglichen Zeitpunkt zur Stellung des Antrags den 15. Juli 1932 bezeichnet und §. im äußersten Falle bis dahin an das Ausbietungsabkommen für gebunden erachtet. Damit hat es zugleich auch der vom Reichsgericht ausgesprochenen Rechtsansicht, auf welche die Revision sich beruft, Rechnung getragen, daß unter Umständen eine gewisse Überschreitung von Fristen für die Vornahme von Rechts-handlungen unschädlich sein kann (vgl. RGZ. Bd. 92 S. 208 [209/211], Bd. 117 S. 354 [356/357]). Wenn es dann in Würdigung der Gesamtumstände, besonders der wirtschaftlichen Bedeutung, welche die Stellung des Zwangsversteigerungsantrags innerhalb der vereinbarten Frist oder wenigstens alsbald darauf für §. besaß, als letzte

Frift für den Antrag und damit für die Bindung des §. an das Abkommen den 15. Juli 1932 ansieht (statt September oder Oktober 1932, wie die Revision meint), so ist das jedenfalls vom Rechtsstandpunkt aus nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht konnte daher mit Recht den Schaden des Klägers infolge der Befreiung des §. von dem Ausbietungsabkommen mit diesem Zeitpunkt als eingetreten ansehen und danach den Beginn der Verjährung des Schadenersatzanspruchs bestimmen. Die Verjährung trat hiernach mit Ablauf des 15. Juli 1937 ein, wenn ihr Lauf nicht gehemmt oder unterbrochen wurde (§§ 202 flg., 208 flg. BGB.). Das Berufungsgericht verneint letzteres für den den Klageanspruch übersteigenden Anspruch des Klägers. Jedoch zu Unrecht.

Nach anerkannter Rechtsprechung, die auch das Berufungsgericht nicht unbeachtet gelassen hat, kann die Verfassung des Armenrechts für die arme Partei einen die Rechtsverfolgung hindern den Fall höherer Gewalt nach § 203 Abs. 2 BGB. darstellen, der eine Hemmung der Verjährung des zu verfolgenden Anspruchs begründet. Das hat aber, wie in dem Urteil des Reichsgerichts RGZ. Bd. 139 S. 270 (273 flg.) näher dargelegt ist, zur Voraussetzung, daß die Partei ein sachgemäß begründetes Armenrechtsgesuch für den Anspruch vorgelegt und ferner alle ihr für die Erlangung des Armenrechts zu Gebote stehenden Mittel erschöpft, insbesondere von dem zulässigen Rechtsmittel gegen einen das Armenrecht versagenden Beschluß Gebrauch gemacht hat. Der Kläger hat zwar ausweislich der Akten das Armenrecht zunächst für die Geltendmachung nicht des ganzen Schadenersatzanspruchs, sondern nur eines Teilanspruchs in Höhe von 2500 RM. nachgesucht. Das ist offensichtlich in Verfolg einer vielfach geübten, auf § 114 Abs. 1 Satz 2 ZPO. zurückgehenden Gerichtsübung, zur Kostenersparnis das Armenrecht zunächst nur für einen Teil des Anspruchs zu bewilligen, und in der Annahme geschehen, daß, wenn über diesen Teil des Anspruchs ein obliegende Urteil ergehen würde, sich eine Klage über den Restanspruch erübrigen werde. Denn über die Höhe des Schadens, des Ausfalls des Klägers mit seiner Hypothek, konnte im wesentlichen kein Streit bestehen. Das Armenrechtsgesuch entsprach im übrigen in sachlicher Hinsicht nach Inhalt der ihm zugrunde liegenden Klageschrift den an es zu stellenden Anforderungen. Das Armenrecht wurde dem Kläger aber vom Landgericht durch Beschluß vom 11. Fe-

bruar 1936 (erkennbar ebenfalls aus dem Gesichtspunkte der Kostenersparnis in sinngemäßer Anwendung der bezeichneten gesetzlichen Bestimmung, da es sonst bei der Einheitlichkeit des Schadens hätte ganz versagt werden müssen) auch noch nicht für diesen Teilanspruch ganz bewilligt, sondern nur für einen Anspruch in Höhe von 1100 RM., welcher Betrag offensichtlich mit Rücksicht auf die Zuständigkeit des Landgerichts gewählt wurde. Für den weitergehenden Teilanspruch muß es danach, wenn das in dem Beschluß auch nicht ausdrücklich gesagt worden ist, sinngemäß als abgelehnt angesehen werden, um so mehr, als das Gericht gleichzeitig eine Ermäßigung des Klageantrags auf den bezeichneten Teilanspruch anregte, welcher Anregung der Kläger entsprach. Nachdem er dann vom Landgericht durch Urteil vom 2. April 1936 mit der Klage abgewiesen worden war und Berufung gegen das Urteil eingelegt hatte, hat er das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts für den Klageanspruch erneuert. Das Berufungsgericht hat ihm aber nunmehr durch den ausführlich begründeten Beschluß vom 7. September 1936 das Armenrecht auch für den Klageanspruch in Höhe von 1100 RM. versagt.

Das Berufungsgericht hat es in dem jetzt angefochtenen Urteil unterlassen, die durch diese Armenrechtsgesuche des Klägers und die Versagungen des Armenrechts geschaffene Rechtslage daraufhin zu prüfen, ob und welche Rechtsfolgen sich daraus etwa für den Lauf der Verjährung des übrigen, nicht im Streit befangenen Schadenersatzanspruchs ergeben, und zwar nicht nur des Teilanspruchs von $2500 - 1100 = 1400$ RM., für den ihm das Landgericht das Armenrecht auf sein Gesuch hin nicht bewilligt hat, sondern auch des weitergehenden Anspruchs, für den der Kläger ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts zunächst nicht besonders gestellt hat. Daß der Kläger durch die Versagung des Armenrechts an der Rechtsverfolgung des genannten Teilanspruchs in Höhe von 1400 RM. im Sinne des § 203 Abs. 2 BGB. verhindert war, ist nach dem Ausgeführten zweifelsfrei. Die Verjährung dieses Teilanspruchs war während der Dauer des vorliegenden Rechtsstreits, d. h. jedenfalls von der Versagung des Armenrechts bis zum Erlaß des ersten obliegenden Urteils des Berufungsgerichts vom 9. Juni 1937, gehemmt. Und zwar ist dabei der das Armenrecht versagende Beschluß des Landgerichts vom 11. Februar 1936 zugrunde zu legen. An sich wäre freilich nach dem oben ausgesprochenen Grundsatz zu verlangen ge-

wesen, daß der Kläger sich nicht bei dem bezeichneten Beschluß beruhigt, sondern dagegen das ihm zustehende Rechtsmittel der Beschwerde eingelegt und so eine Entscheidung des Berufungsgerichts über die Frage der Bewilligung des Armenrechts für den vollen Teilanspruch in Höhe von 2500 RM. herbeigeführt hätte. Aber auch ohne diese Beschwerde ist die mit ihr zu erstrebende Klärung der Rechtslage eingetreten, und zwar durch die Verjagung des Armenrechts für den eingeklagten Teilanspruch in Höhe von 1100 RM. im ersten Berufungsgang durch den Beschluß vom 7. September 1936, in dem mit näheren Ausführungen die sachliche Unbegründetheit des Schadenersatzanspruchs des Klägers ausgesprochen worden ist. Damit ist eindeutig klargestellt, daß der Kläger mit einer Beschwerde gegen den Beschluß des Landgerichts, durch den ihm das Armenrecht für den 1100 RM. übersteigenden Teil seines Schadenersatzanspruchs verjagt worden ist, keinesfalls Erfolg gehabt haben würde. Bei dieser besonderen Sachlage ist daher die Einlegung dieses Rechtsmittels gegen den Verjagungsbeschluß des Landgerichts nicht zu verlangen. Dieser Beschluß ist vielmehr als maßgebend für den Beginn der Hemmung der Verjährung anzusehen.

Dieselbe Rechtsfolge wie für den Teilanspruch in Höhe von 1400 RM. ist durch jene Verjagungen des Armenrechts auch für den darüber hinausgehenden, ganzen Schadenersatzanspruch des Klägers eingetreten. Denn durch die Verjagung des Armenrechts zunächst für den 1100 RM. überschreitenden Teilanspruch von 2500 RM. durch das Landgericht und weiter durch die Verjagung des Armenrechts auch für den eingeklagten Teil von 1100 RM. durch das Berufungsgericht ist zugleich zweifelsfrei klargestellt worden, daß dem Kläger das Armenrecht auch für den weitergehenden Anspruch jedenfalls bis zum Erlaß des ersten Urteils des Berufungsgerichts vom 9. Juni 1937, mit dem er oblagte, verjagt geblieben wäre. Es wäre für den Kläger völlig zwecklos gewesen, bis zu diesem Zeitpunkte für die Verfolgung dieses weitergehenden Anspruchs die Bewilligung des Armenrechts nachzuzufuchen, mit dessen Verjagung er doch mit Sicherheit rechnen mußte. Dafür ist auch noch das Schicksal des später, nach dem Erlaß des bezeichneten Berufungsurteils, am 16. August 1937 eingereichten Armenrechtsgesuchs für den Restanspruch von 9536,54 RM. ein Beleg. Sogar nachdem der Kläger im Berufungsverfahren mit seinem Teilanspruch in Höhe von 1100 RM. obgesiegt hatte und die

vom Beklagten erhobene verneinende Feststellungswiderklage abgewiesen worden war, als nunmehr jedenfalls von einer mangelnden Erfolgsaussicht für den Anspruch des Klägers, und zwar in seiner Gesamtheit, nicht mehr gesprochen werden konnte, begegnete er in der Bewilligung des Armenrechts Hindernissen, obwohl er noch auf die drohende Verjährung des Anspruchs hingewiesen hatte. Mit Rücksicht darauf, daß gegen das bezeichnete Urteil des Berufungsgerichts Revision eingelegt worden war, wurde die Entscheidung über das Gesuch zunächst ausgesetzt und das Armenrecht erst am 9. Mai 1938 bewilligt, nachdem das Revisionsurteil ergangen war. Aus diesen Gründen erscheint es gerechtfertigt, die Rechtslage so zu beurteilen, als wenn der Kläger seinerzeit statt für den Teilanspruch in Höhe von 2500 RM. für den ganzen Anspruch ein Armenrechtsgesuch vorgelegt und darauf die Verfassung des Armenrechts zunächst durch das Landgericht und dann durch das Berufungsgericht erfahren hätte. Die Beurteilung der Hemmung der Verjährung kann also hier keine andere sein, als bei dem Teilanspruch in Höhe von 2500 — 1100 = 1400 RM. Gegenüber dem in RGZ. Bd. 139 S. 270 ffg. entschiedenen Fall ist dabei noch zu bemerken, daß es sich hier nicht, wie dort, um verschiedene Arten des Schadenserfolges (Rentenanspruch neben dem sonst dort geltend gemachten Schaden) handelt, sondern um ein und denselben, aus einem einheitlichen Tatbestande zu folgernden Schaden, nämlich den Ausfall des Klägers mit seiner Hypothek infolge der schuldhaften Unterlassung der rechtzeitigen Stellung des Zwangsversteigerungsantrags. Erschien es in jenem Falle für den in Gestalt des Rentenanspruchs geltend gemachten Schaden gerechtfertigt, die besondere Nachsichtung des Armenrechts und die Klärung der Frage der Armenrechtsbewilligung gegebenenfalls noch durch eine Beschwerde gegen den verfassenden Beschluß des ersten Gerichts zu verlangen, so muß in dem vorliegenden, anders gearteten Falle nach dem oben Ausgeführten von einem solchen Verlangen für den weitergehenden Anspruch abgesehen werden.

Die Hemmung der Verjährung hat nach § 205 BGB. zur Folge, daß der Zeitraum während der Zeit der Hemmung in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird. Für die Verjährung des ganzen, 1100 RM. übersteigenden Anspruchs hat also nach dem Ausgeführten der Zeitraum von dem das Armenrecht zum Teil verfassenden Beschluß

des Landgerichts vom 11. Februar 1936 bis zum Erlass des ersten Berufungsurteils vom 9. Juni 1937 auszuscheiden. Durch dieses dem Kläger günstige Urteil, durch das ihm nicht nur der Anspruch in Höhe von 1100 RM. zuerkannt, sondern zugleich die auf Feststellung des Nichtbestehens eines weitergehenden Anspruchs des Klägers gerichtete Widerklage des Beklagten abgewiesen wurde, änderten sich die Aussichten eines Armenrechtsgesuchs auch für den Anspruch, soweit er den Klageanspruch überstieg. Die Verhinderung des Klägers hörte mit diesem Urteil auf, und zwar, worin dem Berufungsgericht zuzustimmen ist, von dem Augenblick des Erlasses des Urteils, nicht erst von der Mitteilung der Urteilsgründe an den Kläger an. Dieser konnte nunmehr mit dem Erfolg eines Gesuchs um Bewilligung des Armenrechts entweder beim Landgericht oder doch jedenfalls auf die Beschwerde gegen einen etwa ablehnenden Beschluß des Landgerichts beim Berufungsgericht rechnen. Er hat denn auch entsprechende Schritte zur Verhütung des Weiterlaufs und Ablaufs der Verjährung für den Restanspruch unternommen, indem er für dessen gerichtliche Geltendmachung am 16. August 1937 beim Landgericht ein Gesuch um Bewilligung des Armenrechts einreichte. Zu dieser Zeit und auch zu der Zeit, als das Landgericht die Entscheidung über das Armenrechtsgesuch aussetzte, am 29. September 1937, lief die Verjährung des Anspruchs noch, während sie zur Zeit der Erhebung der Klage über den Restanspruch, nach Bewilligung des Armenrechts für diese Klage, am 23. Mai 1938, ohne erneute Hemmung abgelaufen war. Sie hatte nach dem oben Ausgeführten am 15. Juli 1932 begonnen und war am 11. Februar 1936, dem Anfange der Hemmung ihres Weiterlaufs durch den das Armenrecht teilweise verjagenden Beschluß des Landgerichts, vier Jahre und sieben Monate weniger vier Tage gelaufen. Der Rest der Verjährungszeit betrug danach noch fünf Monate und vier Tage, umfaßte also einen längeren Zeitraum als die Zeit von fast vier Monaten von dem Weiterlauf der Verjährung nach Aufhören der Hemmung, dem 9. Juni 1937 (erstes Urteil des Berufungsgerichts), bis zu der genannten Aussetzung der Entscheidung über das Armenrechtsgesuch für den Restanspruch, jedoch nicht mehr den Zeitraum von elf Monaten und sechzehn Tagen bis zur Erhebung der Klage über diesen Anspruch. Nach der in RGZ. Bd. 139 S. 270 (273) vertretenen, oben gebilligten Ansicht, daß die das Armenrecht nachsuchende Partei alle ihr zu dessen Erlangung zu

Gebote stehenden Mittel zu erschöpfen und auch von dem zulässigen Rechtsmittel gegen einen das Armenrecht versagenden Beschluß Gebrauch zu machen hat, durfte sich der Kläger nicht bei jener Aussetzung der Entscheidung über sein Armenrechtsgefuch für den Restanspruch beruhigen; vielmehr hatte er unter Hinweis auf die drohende Verjährung des Anspruchs nicht nur beim Gericht seine Bedenken gegen die Aussetzung der Entscheidung vorzutragen, wie er es zunächst getan hat, sondern bei dessen etwaigem Beharren auf seinem Standpunkt oder bei einer etwaigen Versagung des Armenrechts Beschwerde einzulegen, um eine Entscheidung der höheren Instanz darüber herbeizuführen. Da er das unterlassen hat, ist eine erneute Hemmung der Verjährung als nicht eingetreten anzusehen und ist die Verjährung des Restanspruchs eingetreten. Ihre Unterbrechung konnte durch jene nach ihrem Ablauf geschehene Klageerhebung (§ 209 BGB.) nicht mehr stattfinden.

Der Beklagte kann sich indessen nicht auf die Verjährung dieses Anspruchs berufen. Nach dem Inhalt der den Restanspruch betreffenden Akten hat er gegen die Bewilligung des Armenrechts für diesen Anspruch Widerspruch erhoben, und zwar mit der Begründung, daß es als äußerst unzweckmäßig erscheinen müsse und unnötige Kosten verursachen würde, wenn vor der Erledigung des vorliegenden, die Grundfragen für den ganzen Anspruch des Klägers klärenden Rechtsstreits die Klage über den Restanspruch angestrengt werde. Dabei mußte ihm, nachdem er in dem vorliegenden Rechtsstreit die Einrede der Verjährung erhoben hatte, gegenwärtig sein, daß mit der Möglichkeit des Eintritts der Verjährung zu rechnen war. Nachdem er so auf die Aussetzung und die Verzögerung der Entscheidung über das Armenrechtsgefuch, womit sich der Kläger trotz gewisser Bedenken zunächst abfand, hingewirkt hat, verträgt es sich nicht mit dem das Dienstverhältnis zwischen den Parteien beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB.), wenn er sich darauf beruft, daß die Verjährung des Restanspruchs in der Zeit zwischen der Aussetzung der Entscheidung über das Armenrechtsgefuch und der Erhebung der Klage über den Restanspruch, nach schließlicher Bewilligung des Armenrechts eingetreten sei. Der Kläger konnte und mußte darauf vertrauen, daß der Beklagte aus jener Verzögerung der Entscheidung über das Armenrechtsgefuch und damit der Erhebung der Klage keine Rechte für die Verjährung des Anspruchs herleiten werde (vgl.

RGZ. Bd. 144 S. 378 [379/380], Bd. 145 S. 239 [244/245], Bd. 153 S. 101 [111]; Urteile des Reichsgerichts vom 22. Mai 1936 VII 234/35, in JW. 1936 S. 2533 Nr. 5, und vom 9. Dezember 1936 V 131/36, in JW. 1937 S. 1057 Nr. 1). Insofern ist daher der Einwand der unrichtigen Rechtsausübung, die in dem vom Kläger gegenüber der Einrede der Verjährung erhobenen Einwände der unzulässigen Rechtsausübung (§ 826 BGB.) mit liegt, begründet. Der Beklagte muß sich danach so behandeln lassen, als wenn die Verjährung des Restanspruchs, auf den sich die Widerklage bezieht, nicht eingetreten wäre. Die Einrede der Verjährung kann hiernach, entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts, nicht als Stütze des Widerklageantrags dienen.

Anschließend mag noch bemerkt werden, daß vom Kläger auch nicht, wie der Beklagte meint, zu verlangen war, eine Unterbrechung des Laufs der Verjährung des Restanspruchs durch Zustellung eines Zahlungsbefehls oder durch Anbringung eines Güteantrags herbeizuführen (§ 209 Abs. 2 Nr. 1 und 1a BGB.). Durch diese Rechtsbehelfe konnten die Belange des Klägers nicht hinreichend gewahrt werden. Denn die durch sie herbeigeführte Unterbrechung der Verjährung ist nach § 212a Satz 2, § 213 BGB. in Verb. mit § 211 Abs. 2 BGB., § 701 ZPO. nicht von Dauer, wenn der Partei, wie hier dem Kläger, im Falle des Widerspruchs des Gegners gegen den Zahlungsbefehl oder bei Erfolglosigkeit des Güteversuchs die Mittel zur Fortsetzung des Rechtsstreits fehlen. Noch weniger konnte ein Verlangen nach der Erhebung der Feststellungsklage über den Restanspruch in Frage kommen, da einmal der Kläger sich auf diese nicht verweisen zu lassen brauchte (RGZ. Bd. 139 S. 278), da weiter auch deren Voraussetzung bei der Möglichkeit der Erhebung der Leistungsklage nicht gegeben war. Zudem erforderte die Erhebung der Klage wie auch die Zustellung des Zahlungsbefehls, und zwar schon vor der Vornahme dieser Prozeßhandlungen (§ 74 Abs. 3, § 31 Abs. 1 GKG. und § 28 der Durchführungsverfügung zu den Kostengesetzen, AB. des RZMin. vom 13. März 1937, 5600 VI d 191, DJ. S. 433), die Aufwendung von Kosten, die dem im Sinne des § 114 ZPO. unvernünftigen Kläger nicht zuzumuten war.

Das angefochtene Urteil beruht hiernach, soweit es der Widerklage des Beklagten stattgegeben hat, auf einem Rechtsirrtum, der seine Aufhebung insofern notwendig macht. Da wegen des un-

streitigen Ausfalls des Klägers fast mit der ganzen Hypothek von 10000 RM. bei der Zwangsversteigerung kein Zweifel bestehen kann, daß er einen höheren Anspruch gegen den Beklagten besitzt, als den ihm zuerkannten Betrag von 1100 RM., so war gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 BPO. in der Sache selbst auf Abweisung der Widerklage zu erkennen.