

88. 1. Wird durch Einklagung eines Teiles eines Anspruches die Verjährung auch in Ansehung des Restanspruches dann unterbrochen, wenn zugleich der Anspruch in seinem ganzen Umfange begründet, und die Geltendmachung des Restes ausdrücklich vorbehalten wird, und wenn darauf diese Geltendmachung noch in demselben Prozesse mittels Klagerweiterung erfolgt?

2. Kann eine Teilklage der erwähnten Art deshalb zugleich als Feststellungsklage in Ansehung des Restanspruches angesehen werden, weil in die Klageschrift auch ein Antrag auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises wegen Ermittlung des Gesamtbetrages aufgenommen ist?

3. Wird die Verjährung auch durch Klagerhebung, bzw. in den Fällen des § 477 Abs. 2 und des § 639 Abs. 1 B.G.B. auch durch Stellung eines Antrages auf Beweisführung bei einem unzuständigen Gericht unterbrochen?

4. Notwendige Form eines Antrages auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises.

5. Notwendige Form der Zurücknahme einer Klage, bzw. eines Antrages auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises. Kann eine solche Zurücknahme auch stillschweigend erklärt werden?

B.G.B. §§ 211, 212, 477 Abs. 2, 639 Abs. 1.

R.P.D. §§ 486 Abs. 1, 271 Abs. 2.

VI. Zivilsenat. Ur. v. 10. Oktober 1907 i. S. d. Bwe. (Kl.) w. B. (Bekl.). Rep. VI 16/07.

I. Landgericht Dortmund.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Gründe:

„Es handelt sich um Schadensersatz wegen mangelhafter Erfüllung eines unter der Herrschaft des preussischen Landrechts abgeschlossenen Werkvertrages, nämlich eines Bauvertrages, und zwar wegen schlechter Beschaffenheit der Materialien des Bauwerkes. Von

den jetzt im ganzen geforderten 7500 *M* hat die Klägerin in diesem Prozeß anfänglich nur 400 *M* nebst Prozeßzinsen eingeklagt, die ihr auch gleich in erster Instanz zugesprochen worden sind; erst am 22. Februar 1906 hat sie ihren Klageantrag auf 7500 *M* nebst Zinsen erweitert. Die 7100 *M* sind ihr auf Grund des Einwandes der Verjährung abgesprochen worden, weil seit dem 1. Januar 1900 nach Art. 169 Einf.-Ges. zum B.G.B. der ganze Anspruch der fünfjährigen Verjährung des § 638 Abs. 1 B.G.B. unterlegen habe, und die fünf Jahre mit dem 31. Dezember 1904 abgelaufen gewesen seien, folglich der Antrag vom 22. Februar 1906 in dieser Beziehung keine Wirkung mehr habe ausüben können. Diese Begründung ist jedenfalls an sich rechtlich zutreffend, da, wie der erkennende Senat laut der Entsch. in Zivilf. Bd. 57 S. 373 flg. schon ausgeführt hat, nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch die gerichtliche Geltendmachung eines Teiles eines Anspruches die Verjährung des übrigen Teiles mindestens in der Regel nicht unterbrochen wird.

Nun hat freilich die Klägerin sich darauf berufen, daß hier gerade der damals noch offen gelassene Fall vorliege, daß nämlich bei Gelegenheit der vor Ablauf der Verjährungsfrist vorgenommenen Klagebegründung schon der Anspruch in seinem ganzen Umfange dargelegt, und die Geltendmachung des Restes vorbehalten, und diese sodann noch in demselben Prozesse mittels Klagerweiterung nach § 268 Nr. 2 Z.P.O. erfolgt sei. Wenn indessen die Klägerin dafür, daß in einem solchen Falle die anfängliche Einklagung eines Teiles als Unterbrechung der Verjährung für den ganzen Anspruch wirke, auf die Ausführungen von Rehbain, B.G.B. Bd. 1, Bem. IV, 1, c zu §§ 194—225, S. 319, Bezug genommen hat, so trifft das insofern nicht einmal völlig zu, als Rehbain dort voraussetzt, daß bei dem Vorbehalte auch schon der Betrag des Gesamtanspruches beziffert worden wäre, was im vorliegenden Falle nicht geschehen war; aber überhaupt hat der Senat inzwischen im Urteil zur Sache Rep. VI. 276/06 (jetzt gedruckt in den Entsch. in Zivilf. Bd. 65 S. 398 flg.), auf dessen Gründe hier verwiesen werden kann, sich bereits gegen die Rehbain'sche Ansicht . . . ausgesprochen. Nach preussischem Landrecht ließ sich auf Grund der §§ 570, 571 I. 9 eine abweichende Meinung wohl rechtfertigen; aber das Bürgerliche Gesetzbuch enthält eben keine solchen Bestimmungen.

Ohne Erfolg hat sich die Klägerin in der Revisionsverhandlung bemüht, darzulegen, daß diese Klage auf 400 *M* zugleich als Feststellungsklage in betreff des ganzen Schadensersatzanspruches hätte aufgefaßt werden müssen, die nachher auch insoweit in eine Leistungsklage umgewandelt worden sei. Daß in die Klageschrift zugleich ein Antrag auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises wegen Ermittlung des Betrages aufgenommen war, ist hierfür, auch abgesehen davon, daß von dieser Tatsache laut der Tatbestände in der mündlichen Verhandlung erster Instanz nichts vorgetragen worden ist, durchaus unerheblich, und auch die Klägerin selbst hat bei Formulierung ihres neuen Klagantrages gar nicht daran gedacht, von der Umwandlung einer angestellten Feststellungsklage zu sprechen, sondern einfach von einer Klagerweiterung geredet.

Es bleibt aber noch die weitere Rechtsbehauptung der Klägerin zu erörtern, daß eben durch den Antrag auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises die Verjährung in Ansehung des ganzen Anspruches unterbrochen worden sei. Allerdings wird nach § 639 Abs. 1 vgl. mit § 477 Abs. 2 B.G.B. die fünfjährige Verjährung des § 638 Abs. 1 durch einen solchen Antrag unterbrochen. Das Oberlandesgericht läßt nun dahingestellt, ob die Klägerin hier einen solchen Antrag in rechtswirksamer Weise angebracht hatte, wendet aber den in § 477 Abs. 2 in Bezug genommenen § 212 Abs. 1 B.G.B. entsprechend an, nach welchem im Falle der Zurücknahme der Klage die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt; es findet nämlich eine Zurücknahme des Antrages darin, daß die Klägerin, während das Gericht auf denselben nichts verfügt habe, nach ihrer Klagerhebung niemals auf ihn zurückgekommen sei. Dieser Entscheidungsgrund ist von der Revisionsklägerin mit Recht angegriffen worden, da er jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt. Welche Folgen das Nichtbetreiben einer bei Gericht angebrachten Sache für die Verjährungsunterbrechung hat, ist in § 211 Abs. 2 B.G.B. bestimmt, der nach § 477 Abs. 2 hier ebenfalls entsprechend anzuwenden ist. Danach würde hier mit der Stellung jenes Antrages eine neue fünfjährige Verjährung zu laufen angefangen haben, die noch lange nicht vollendet sein würde. Unmöglich kann in einem solchen Falle neben § 211 Abs. 2 je nach Belieben auch § 212 Abs. 1 angewandt werden. Das hängt damit zusammen, daß es eine stillschweigende Zurücknahme des Antrages

auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises so wenig gibt, wie eine stillschweigende Zurücknahme der Klage. Eine Klage wird nach § 271 Abs. 2 B.P.O. zurückgenommen entweder bei der mündlichen Verhandlung, oder durch Zustellung eines Schriftsatzes. Dies ist entsprechend auf die Zurücknahme eines Antrages jener Art anzuwenden und ergibt dann, daß diese, wenn nicht eine mündliche Verhandlung über das Gesuch angeordnet ist (vgl. § 490 Abs. 1 B.P.O.), und der Antragsteller bei dieser die Zurücknahme erklärt, dem Gericht entweder zu Protokoll des Gerichtsschreibers, oder in einem eingereichten Schriftsatz erklärt werden muß; denn die Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner paßt hier nicht als Form, da das Gesuch wegen Sicherung des Beweises ja auch nicht, wie die Klage, durch eine solche Zustellung, sondern nach § 485 Abs. 1 B.P.O. entweder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers, oder durch Einreichung eines Schriftsatzes angebracht wird.

⚡⚡⚡ Trotzdem muß die Entscheidung des Oberlandesgerichts auch in diesem Punkte aus einem anderen Grunde aufrecht erhalten werden, nämlich weil die Klägerin gar kein Gesuch wegen Sicherung des Beweises in rechtswirksamer Weise gestellt hat. Zwar kommt es hierfür nicht, wie das Oberlandesgericht zu meinen scheint, darauf an, ob nach § 486 B.P.O. das Landgericht, bei dem die das Gesuch enthaltende Abschrift der Klageschrift eingereicht ist, oder das Amtsgericht zuständig gewesen wäre; denn aus § 212 B.G.B. geht hervor, daß auch durch Klagerhebung bei einem unzuständigen Gerichte die Verjährung mindestens so lange als unterbrochen gilt, als die Klage nicht wegen dieser Unzuständigkeit abgewiesen ist, und auch dies ist nach § 477 Abs. 2 B.G.B. bei dem Antrage wegen Sicherung des Beweises entsprechend anzuwenden. Aber die Niederlegung der Abschrift eines für den Gegner bestimmten Schriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei ist überhaupt keine Einreichung eines Schriftsatzes an das Gericht. Daher kann ein außerhalb der mündlichen Verhandlung der Streitsache direkt beim Gerichte zu stellender Antrag gar nicht durch Aufnahme in einen direkt dem Gegner zustellenden Schriftsatz gestellt werden. Zweifelnd könnte man vielleicht, ob, wenn dann der Verfasser des Schriftsatzes die an das Gericht adressierte Abschrift mit Hinzufügung einer neuen Originalunterschrift auf der Gerichtsschreiberei niederlegte — was freilich immer eine inkorrekte Vermischung zweier

verschiedener Arten von Parteihandlungen sein würde —, die Form notdürftig gewahrt wäre; aber jedenfalls liegt dieser Fall hier nicht vor. Auch kommt nicht etwa in diesem Sinne die auf der Abschrift der Klageschrift in den Gerichtsakten sich findende Bemerkung: „Fürs Gericht! Antrag auf Sicherung des Beweises gestellt!“ in Betracht, da nicht erkennbar ist, wann und von wem diese Bemerkung darauf gesetzt ist. Zwar reagieren in der Praxis häufig Gerichte auf Anträge, die in dieser ungehörigen Form an sie gelangt sind, wenn sie davon Kenntnis nehmen, und es mag das wohl auch ziemlich unbedenklich sein; aber ganz anders liegt die Sache, wenn es sich darum handelt, ob eine Verjährung rechtzeitig unterbrochen ist; für diese Frage hat man sich streng an die Form zu halten. Dahingestellt bleiben kann, ob, wenn das Landgericht auf den in der mangelhaften Form gestellten Antrag etwas Sachliches verfügt hätte, dann der Formmangel als geheilt behandelt werden dürfte; denn dieser Fall ist nicht gegeben.

Demnach mußte die Revision zurückgewiesen werden.“