

90. 1. Hat der Berufungskläger, der das erste Urteil dem Gegner am Tage der Eröffnung des Konkurses über dessen Vermögen und demnächst noch einmal dem Prozeßbevollmächtigten des Verwalters zugestellt hat, zu beweisen, daß die erste Zustellung nach der Konkurs-eröffnung und deshalb unwirksam erfolgt ist?

2. Unterbrechung und Aufnahme des Verfahrens im Konkurse. Wie ist, im Falle der Rechtsstreit für den Gemeinschuldner anhängig war, zu verfahren, wenn die Unterbrechung nach Verkündung a) vor Zustellung, b) nach Zustellung des ersten Urteiles eingetreten ist und der Verwalter die Aufnahme verzögert? Ist das Urteil, welches ausspricht, daß das Verfahren durch den Verwalter aufgenommen sei, ein Endurteil oder ein Zwischenurteil?

C. P. D. §§. 217. 218. 226. 227. 275. 473. 477. 497.

R. D. §§. 8. 10. 134.

I. Civilsenat. Ur. v. ^{11. Oktober}/_{6. November} 1890 i. S. M. (Kl.) w. R. (Bekl.)
Rep. I. 166. 167/90.

I. Landgericht Halle a./S.

II. Oberlandesgericht Raumburg a./S.

Durch Urteil des Landgerichtes H. vom 29. Januar 1889 war die Klage auf Zahlung von 1124 M abgewiesen, auf die Widerklage der Kläger zur Zahlung von 217 M verurteilt. Am 5. Februar 1889 starb der Beklagte, am 11. Februar 1889 vormittags 11 Uhr wurde der Konkurs über sein Vermögen eröffnet. An demselben Tage ließ der Kläger das Urteil zustellen, der Verwalter des Konkurses aber am 20. März die Widerklagesforderung durch Zwangsvollstreckung betreiben. Durch Schriftsatz vom 9. März legte der Kläger gegen das ganze Urteil Berufung ein, meldete am 20. März die Klagesforderung zum Konkurse an, welche der Verwalter im Prüfungstermine am 1. Mai bestritt. Durch Urteil des Oberlandesgerichtes vom 8. Mai wurde diese Berufung als wirkungslos zurückgewiesen, nachdem der Kläger in der Verhandlung vom 8. Mai dem Prozeßbevollmächtigten des Verwalters die Aufnahmeerklärung und am 7. Mai nochmals das erste Urteil zugestellt hatte. Durch Schriftsatz vom 6. Juni 1889 legte der Kläger darauf von neuem in der Klage Berufung ein unter gleichzeitiger Zustellung des Urteiles und der

Aufnahmeerklärung an den Prozeßbevollmächtigten des Verwalters in erster Instanz und an den Prozeßbevollmächtigten des Verwalters in der früheren Berufungsinstanz. Gleichzeitig lud der Kläger durch Schriftsatz vom 25. Mai 1889 den Verwalter zur Aufnahme des Verfahrens in der Widerklage vor das Landgericht G.

Durch Urteil vom 27. August 1889 erkannte das Landgericht nach kontradiktorischer Verhandlung, daß das Verfahren in der Widerklage durch den Verwalter aufgenommen sei, und legte dem Verwalter die Kosten des Verfahrens und der Entscheidung auf.

Der Kläger legte nunmehr die Berufung gegen das Urteil vom 29. Januar 1889 auch auf die Widerklage ein. Der Verwalter legte Berufung gegen das Urteil vom 27. August 1889 ein.

Durch zwei getrennte Urteile vom 2. April 1890 wies der Berufungsrichter 1. die Berufung des Klägers in der Klage als unzulässig, die in der Widerklage als wirkungslos zurück, 2. unter Aufhebung des Urteiles vom 27. August 1889 den Antrag des Klägers, das Verfahren in der Widerklage seitens des Verwalters als aufgenommen zu erklären, kostenpflichtig ab.

Auf die Revisionen des Klägers sind beide Urteile aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„1. Der Berufungsrichter verwirft die Berufung des Klägers, soweit sie sich gegen die Entscheidung auf die Klage richtet, als unzulässig, weil der Kläger den Beweis nicht erbracht habe, daß das am 11. Februar zugestellte Urteil nach 11 Uhr an diesem Tage, d. h. nach der Konkursöffnung, und deshalb unwirksam zugestellt sei. Deshalb sei davon auszugehen, daß es vor der Konkursöffnung wirksam zugestellt sei. Der Berufungsrichter nimmt ferner an, daß das durch die Konkursöffnung am 11. Februar nach §. 218 C.P.D. unterbrochene Verfahren durch die Zustellung des Schriftsatzes mit der Aufnahmeerklärung in der mündlichen Verhandlung über die erste Berufung am 8. Mai wirksam aufgenommen, die Berufung aber nicht innerhalb der insofgedessen am 8. Juni abgelaufenen Berufungsfrist, sondern verspätet am 11. Juni zugestellt sei, da die Zustellung an den Rechtsanwalt B. am 8. Juni wirkungslos gewesen sei.

Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden, weil ihr Ausgangspunkt irrig ist.

Unbedenklich ist nach §§. 218, 226, 227 C.P.D. und nach §§. 10, 134 Absf. 2, 3 R.D., daß das Verfahren durch die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß des am 5. Februar 1889 nach Verkündung des Urteiles vom 29. Januar 1889 verstorbenen Beklagten am 11. Februar 1889 unterbrochen wurde, daß der Kläger die durch das Urteil abgewiesene Forderung gegen die Konkursmasse nur dadurch verfolgen konnte, daß er sie zum Konkurse anmeldete, und nachdem sie in dem Prüfungstermine am 1. Mai 1889 vom Verwalter bestritten war, durch Aufnahme des Rechtsstreites gegen den Verwalter der Konkursmasse zur Feststellung brachte (§. 134 Absf. 3, 4 R.D.). Was der Kläger vor dem 1. Mai 1889 zur Aufnahme des Rechtsstreites auf die Klage gethan hat, insbesondere die Einlegung der Berufung durch den Schriftsatz vom 9. März 1881, war daher wirkungslos, und diese Berufung ist durch das frühere Urteil des Berufungsrichters vom 8. Mai 1889 deshalb mit Recht für wirkungslos erklärt worden.

Der Kläger hat dann von neuem unter gleichzeitiger Erklärung der Aufnahme des Verfahrens und unter nochmaliger Zustellung des ersten Urteiles mittels Schriftsatzes vom 6. Juni 1889 die Berufung gegen die Entscheidung über die Klage eingelegt, um die es sich jetzt handelt.

Diese Berufungsschrift ist nebst dem Urteile nach der Feststellung des Berufungsrichters am 11. Juni dem Prozeßbevollmächtigten des beklagten Verwalters in erster Instanz, am 8. Juni dem Rechtsanwalte P. zugestellt. Dem Berufungsrichter ist darin beigutreten, daß die Zustellung der Aufnahmeerklärung, des Urteiles und der Berufungsschrift an den Rechtsanwalt P. keine prozeßrechtliche Bedeutung hat. Der Rechtsanwalt P. war von dem beklagten Verwalter für die durch die Berufungsschrift vom 9. März in Gang gesetzte Berufungsinstanz zum Prozeßbevollmächtigten bestellt, diese Berufungsinstanz durch das Urteil des Oberlandesgerichtes vom 8. Mai 1889, durch welches die Berufung für wirkungslos erklärt wurde, erledigt und damit die Vertretungsthätigkeit des P. beendet. Es liegen keinerlei Umstände vor, aus denen sich entnehmen ließe, daß die Bestellung des P. zum Prozeßbevollmächtigten sich auf die durch die Einlegung

der Berufung mittels des Schriftsatzes vom 6. Juni in Gang gesetzte neue Berufungsinstanz hat erstrecken sollen. . . . Gemäß §. 164 C.P.D. war daher die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz zu bewirken.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 14 S. 371.

Für die Frage, ob die Berufung wirksam eingelegt ist, kommt deshalb nur die Zustellung vom 11. Juni in Betracht. Die Entscheidung darüber, ob sie rechtzeitig erfolgt ist, hängt davon ab, ob das angefochtene Urteil erster Instanz am 11. Februar vor oder nach der Konkursöffnung zugestellt ist. Ist die Zustellung des Urteiles am 11. Februar vor der Konkursöffnung erfolgt, d. h. vor 11 Uhr vormittags, so wirkte diese Zustellung so, daß vom Momente der Aufnahmeerklärung gemäß §§. 226. 227 C.P.D. die Berufungsfrist des §. 477 C.P.D. lief.

Ist sie nach der Konkursöffnung erfolgt, so war sie unwirksam nach §. 226 C.P.D. Die Zustellung des Urteiles konnte dann wirksam erst nach Beendigung der Unterbrechung vorgenommen werden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 13 S. 315. 317; Urteil vom 23. März 1889 i. S. S.'er Kohlenwerke w. C. Rep. I. 34/89. Die Ausführung des Beklagten, daß der Kläger die Zustellung des Urteiles, wenn sie am 11. Februar nach der Konkursöffnung erfolgt war, als seinen eigenen Akt nicht als unwirksam behandeln könne, ist unhaltbar (§. 226 Abs. 2 C.P.D.). Selbst wenn man annehmen will, daß der Beklagte sich die am 11. Februar unwirksam erfolgte Zustellung gefallen lassen und sie durch seine Genehmigung wirksam machen konnte, so erscheint es doch unzulässig, daß der Beklagte eine nach unwirksamer Zustellung erfolgte wirksame Zustellung nachträglich dadurch beseitigt, daß er erklärt, er wolle sich die unwirksame Zustellung gefallen lassen. Die unwirksame Zustellung des Urteiles mußte wiederholt werden, und zwar nach der Aufnahme des Verfahrens oder gleichzeitig mit derselben und der dadurch herbeigeführten Beendigung der Unterbrechung des Verfahrens. In diesem Falle, d. h. wenn die Zustellung am 11. Februar nach der Konkursöffnung erfolgt war, ist es gleichgültig, ob die Aufnahme des Verfahrens durch die Zustellung der Erklärung bei der mündlichen Verhandlung am 8. Mai 1889 oder erst durch die Zustellung des

Schriftsatzes vom 6. Juni am 11. Juni erfolgt ist. Die Zustellung des Urtheiles am 7. Mai war wirkungslos, weil sie vor der Beendigung der Unterbrechung erfolgt ist. Durch die Aufnahmeerklärung am 8. Mai wurde die Rechtsmittelfrist des §. 477 C.P.D. nicht in Lauf gesetzt, weil eine wirksame Zustellung des Urtheiles noch nicht erfolgt war. Dagegen war die Zustellung des Urtheiles in Verbindung mit der Einlegung der Berufung am 11. Juni nach §. 477 C.P.D. wirksam, mochte die Unterbrechung des Verfahrens am 8. Mai oder erst durch die Zustellung der Aufnahmeerklärung am 11. Juni beendet sein.

Es kommt daher alles darauf an, ob die Zustellung des Urtheiles am 11. Februar wirksam oder unwirksam, vor oder nach 11 Uhr vormittags erfolgt ist.

Der Kläger beruft sich für die Zulassung seiner Berufung auf die am 8. und 11. Juni erfolgte Zustellung des Urtheiles, der Berufungsschrift und der Aufnahmeerklärung.

Nach §. 497 C.P.D. hatte der Berufsungsrichter von Amts wegen zu prüfen, ob die Berufung in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei.

Der beklagte Verwalter hatte dagegen geltend gemacht, daß die Berufung verspätet sei, weil das angegriffene Urteil bereits am 11. Februar zugestellt und die Berufungsfrist deshalb am 11. Juni abgelaufen gewesen sei. Der Berufsungsrichter war dadurch allerdings zu der Prüfung genötigt, ob am 11. Februar eine wirksame Urteilszustellung vorgenommen war. Aber er geht bei dieser Prüfung unrichtig davon aus, daß der Kläger den Beweis zu führen habe, die Zustellung des Urtheiles sei nicht vor 11 Uhr, sondern nach 11 Uhr erfolgt. Einen solchen Beweis hatte der Kläger nicht zu führen, sondern der beklagte Verwalter. Der Kläger stützt seine Berufung auf die Urteilszustellung am 8. und 11. Juni, und der Berufsungsrichter hatte zu prüfen und festzustellen, ob diese Zustellung in der gesetzlichen Frist erfolgt war. Dies war zu verneinen, wenn die Zustellung des Urtheiles am 11. Februar wirksam erfolgt war, d. h. vor der Konkursöffnung, vor 11 Uhr vormittags. Nur wenn der Berufsungsrichter feststellte, daß die Zustellung des Urtheiles vor 11 Uhr vormittags am 11. Februar vorgenommen war, konnte er zu

dem Ergebnisse gelangen, daß die Zustellung der Berufungsschrift am 11. Juni verspätet war.

Diese positive Feststellung war umso mehr geboten, als der beklagte Verwalter nicht einmal behauptet hat, daß die Zustellung vor 11 Uhr vormittags erfolgt sei, und als er sich nur darauf berufen hat, daß sie, möge sie vor oder nach 11 Uhr erfolgt sein, jedenfalls wirksam sei, was unrichtig ist.

Diesem Verhalten des beklagten Verwalters gegenüber hätte sogar in Frage kommen können, ob der Berufungsrichter nicht ohne weiteres von der Beweisaufnahme über den Zeitpunkt der Zustellung des Urtheiles hätte absehen können. Aber noch weniger wird sein Urteil durch das gehalten, was er als Ergebnis der Beweisaufnahme feststellt. Denn er stellt nicht fest, daß die Zustellung des Urtheiles am 11. Februar vor 11 Uhr vormittags erfolgt ist, auch nicht, daß sie nach 11 Uhr erfolgt ist, obgleich er letzteres für höchst wahrscheinlich erachtet, sondern er stellt nur fest, daß der Kläger nicht bewiesen habe, daß die Zustellung nach 11 Uhr erfolgt sei. Solchen Beweis hatte der Kläger aber, wie dargelegt, nicht zu führen.

Dies führt zur Aufhebung des Urtheiles, soweit es die Berufung des Klägers als unzulässig zurückweist, und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, um über die Berufung selbst zu verhandeln und zu entscheiden. Denn, wenn kein Beweis dafür vorliegt, wie er in der That auch nicht vorliegt, daß die Zustellung des Urtheiles am 11. Februar wirksam vor Unterbrechung des Verfahrens vorgenommen ist, so ist die Berufung am 11. Juni in der gesetzlichen Frist eingelegt, mag man die Aufnahmeerklärung in der Verhandlung vom 8. Mai oder in dem am 11. Juni zugestellten Schriftsatz finden.

2. In der Widerklage hat der Berufungsrichter durch sein erstes Urteil vom 2. April 1890 die Berufung des Klägers und Widerbeklagten als wirkungslos zurückgewiesen, weil der Rechtsstreit über die Widerklage zur Zeit der Konkursöffnung für den Gemeinschuldner anhängig gewesen sei, nur durch den Verwalter habe aufgenommen werden können, bei Einlegung der Berufung durch den Schriftsatz vom 14. September 1889, — wann derselbe zugestellt worden, ist nicht festgestellt, — aber das Urteil des Landgerichtes zu S. vom

27. August 1889 noch nicht rechtskräftig, die Unterbrechung des Verfahrens deshalb noch nicht beendet gewesen sei.

Durch sein zweites Urteil von demselben Tage hat der Berufungsrichter, gleichzeitig unter Abänderung jenes Urtheiles des Landgerichtes zu S. vom 27. August 1889, den Antrag des Klägers, das Verfahren in der Widerklage als seitens des Verwalters aufgenommen zu erachten, abgemiesen, weil das Landgericht nicht das zur Entscheidung über diesen Antrag zuständige Prozeßgericht gewesen sei, der Antrag vielmehr bei dem Berufungsgerichte habe gestellt werden müssen.

Ob die Revision gegen das erste Urteil nach §. 509 Nr. 1 C.P.D. zulässig ist, obwohl die Berufung nicht als unzulässig, sondern als wirkungslos zurückgewiesen ist, kann im vorliegenden Falle auf sich beruhen. Die Revision gegen das zweite Urteil ist nach §. 509 Nr. 1 C.P.D. zulässig, da sie die Zulassung der Berufung des Verwalters und eventuell die Verneinung der (funktionellen) Zuständigkeit des Landgerichtes rügt. Beide Urtheile vom 2. April 1890 betreffen aber das Verfahren in der Widerklage und stehen in einem inneren Zusammenhange derart, daß sie nicht getrennt werden können. Ergiebt sich bei Prüfung der Revision gegen das zweite Urteil, daß die Berufung des Verwalters gegen das Urteil vom 27. August 1889 unzulässig war, so fällt damit die einzige Voraussetzung, auf der die vom Berufungsrichter in seinem ersten Urtheile vom 2. April 1890 angenommene Wirkungslosigkeit der Berufung des Klägers beruht. Es hieße ein widersinniges Ergebnis statuieren, wenn gleichwohl die Erklärung der Wirkungslosigkeit dieser Berufung bestehen bleiben müßte.

In der Sache selbst kann dem Berufungsrichter nicht beigetreten werden. Das Urteil des Landgerichtes zu S. vom 27. August 1889 ist ein Zwischenurteil, gegen welches dem Verwalter ein Rechtsmittel nicht zustand. Ob die Aufnahme des Verfahrens mit Recht oder Unrecht ausgesprochen ist, unterliegt der Nachprüfung bei der Entscheidung über die vom Kläger eingelegte Berufung. Die Wirkungslosigkeit der Berufung des Klägers ist durch das, was der Berufungsrichter ausführt, nicht begründet.

Zur Zeit der Konkursöffnung am 11. Februar 1889 war der Rechtsstreit in der Widerklage für den Gemeinschaftsbner anhängig. Der Rechtsstreit betraf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen.

Daß die Forderung später zur Konkursmasse beigetrieben, der Berufungsantrag insoferne nicht nur auf Abweisung der Widerklage, sondern zugleich auf Erstattung des beigetriebenen Betrages aus der Konkursmasse (§. 52 Nr. 2 R.D.) gerichtet ist, ändert daran nach §. 8 R.D. nichts. Nach §. 8 Abs. 1 R.D. konnte der Verwalter den Rechtsstreit aufnehmen, war dazu aber nicht verpflichtet. Nach §. 8 Abs. 2 konnte er die Aufnahme ablehnen. Lehnte er die Aufnahme ab, so hatte das die Bedeutung, daß er die Widerklageforderung nicht zur Masse ziehen, nicht als Teil der Konkursmasse beanspruchen zu wollen erklärte, d. h. sie der Verfügung des Gemeinschuldners überließ (vgl. §. 121 Nr. 2 R.D.). Darum läßt §. 8 Abs. 2 R.D. nach Ablehnung der Aufnahme durch den Verwalter die Aufnahme durch den Gemeinschuldner und durch den Gegner, durch letzteren natürlich nur gegen den Gemeinschuldner, zu.

Wenn der Verwalter die Aufnahme verzögert, d. h. nicht gemäß §. 227 C.P.D. aufnimmt, findet nach §. 8 Abs. 1 R.D. der §. 217 C.P.D. entsprechende Anwendung. Danach konnte der Kläger den Verwalter zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache laden. Die Verhandlung der Hauptsache war, da das Urteil vom 29. Januar 1889 bereits verkündet war, in erster Instanz beendet. Wäre dies Urteil wirksam zugestellt und damit die Instanz und die Thätigkeit des Prozeßgerichtes in derselben beendet gewesen, vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 9 S. 367, Bd. 10 S. 347, Bd. 19 S. 397,

so hätte der Kläger den Verwalter unter gleichzeitiger Einlegung der Berufung zur Aufnahme und zur Verhandlung über die Berufung vor das Berufungsgericht laden müssen. Der §. 226 Abs. 2 C.P.D. hätte dem nicht entgegengestanden. Der §. 217 Abs. 2 gestattet die Ladung zur Hauptverhandlung und damit die nach Zustellung des Urtheiles an sich statthafte Einlegung der Berufung, ohne welche die Ladung zur Verhandlung der Hauptsache unmöglich ist, ausdrücklich. Der §. 226 Abs. 1 C.P.D. aber bezweckt nur den Schutz desjenigen, der ohne diese Vorschrift das Rechtsmittel verlieren würde, und steht dem nicht entgegen, der die Rechtsmittelfrist für sich in Gang setzen will.

Wie unter 1. dargelegt, war das Urteil vom 29. Januar 1889 aber noch nicht wirksam zugestellt. Der Kläger konnte die Berufung

vor der Zustellung nicht einlegen (§. 477 Abs. 2 C.P.D.), die Zustellung aber vor der Feststellung, daß die Aufnahme durch den Verwalter erfolgt sei, nicht bewirken (§. 226 Abs. 2 C.P.D.). Er hat den Verwalter deshalb richtig vor das Landgericht zu H. als das Prozeßgericht der Instanz geladen, in welcher die Zustellung des Urtheiles zu bewirken war. In gleicher Weise hätte der Kläger, wenn das Urtheil auf die Widerklage für ihn günstig ausgefallen wäre, den Verwalter laden müssen, um die Zustellung des Urtheiles bewirken und seine Rechtskraft herbeiführen zu können. Es leuchtet ein, daß in diesem Falle die Ladung des Verwalters vor das Berufungsgericht, das der Kläger nicht anrufen konnte und der Verwalter vielleicht gar nicht anrufen wollte, keinen Sinn gehabt hätte. Es liegt kein Grund vor, den vorliegenden umgekehrten Fall anders zu behandeln.

Das darauf ergangene Urtheil des Landgerichtes zu H. vom 27. August 1889 kann als Endurtheil nicht aufgefaßt werden. Es entscheidet nicht über den Anspruch oder einen Teil desselben. Es stellt nur das Ergebnis des Aufnahmeverfahrens fest. Im Falle des §. 8 R.D. handelt es sich im Aufnahmeverfahren, wenn, wie hier, die Anhängigkeit des Rechtsstreites für den Gemeinschuldner, und daß er das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betrifft, nicht in Frage steht, lediglich darum, ob der Verwalter die Aufnahme des Rechtsstreites ablehnt oder nicht, das in Streit befangene Recht als Teil der Konkursmasse beansprucht oder nicht, als Partei in den Rechtsstreit eintreten will oder nicht. Das ist wahrer Zwischenstreit zwischen den Parteien.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 11 S. 313. 317. 318.

Die Entscheidung, welche die Aufnahme des Verfahrens ausspricht, besagt nichts, als daß das in der Hauptsache ergangene Urtheil als Urtheil in Sachen der Person gilt, welche als aufnehmend erachtet ist, daß diese Person Partei geworden, im vorliegenden Falle zugleich, daß der Verwalter für die Verfolgung der Berufung passiv legitimiert ist. Die Entscheidung ergänzt das in der Hauptsache ergangene Urtheil in notwendiger Folge der nach der Verkündung des Urtheiles in der Instanz eingetretenen Veränderung der Sachlage. Sie wird dadurch Teil und Element der Entscheidung in der Hauptsache, ohne selbständigen Charakter, wie das Zwischen-

urteil des §. 275 C.P.D. Sie entbehrt auch nicht einmal des dem Zwischenurteile innewohnenden Charakters der Vorentscheidung, insofern als durch sie erst diejenige Gestalt des Urtheiles in der Hauptsache bestimmt wird, in welcher dasselbe demnächst durch die Zustellung unter den Parteien wirksam wird.

Aus §. 217 C.P.D. folgt nichts gegen diese Auffassung. Er bestimmt nicht, daß die Rechtskraft der Entscheidung über die Aufnahme abgewartet werden muß, bevor in der Hauptsache verhandelt werden kann. Aus Abss. 2. 4 ist vielmehr das Gegentheil und namentlich zu entnehmen, daß ohne weiteres zur Hauptsache verhandelt werden kann, wenn über die Verpflichtung zur Aufnahme kein Streit ist, im Falle des §. 8 R.D. der Verwalter die Aufnahme nicht ablehnt und damit in den Rechtsstreit eintritt. Die Unterbrechung des Verfahrens in solchem Falle fort dauern zu lassen, hat keinen inneren Grund.

Die Konsequenz ist, daß die Entscheidung über die Aufnahme unanfechtbar ist, wenn das Urteil in der Hauptsache nicht angegriffen wird (§. 275 C.P.D.), daß sie aber der Nachprüfung durch den Berufungsrichter gemäß §. 473 C.P.D. als Teil des Urtheiles in der Hauptsache und als Vorentscheidung unterliegt, wenn die Berufung in der Hauptsache eingelegt wird. Das kann dahin führen, daß, wenn das Urteil in der Hauptsache für den, gegen den die Aufnahme ausgesprochen, vorteilhaft und deshalb für ihn Anlaß zur Einlegung eines Rechtsmittels in der Sache selbst nicht gegeben ist, die Entscheidung über die Kosten des Aufnahmeverfahrens zu seinem Nachteil bestehen bleibt. Aber diese Folge des Grundsatzes des §. 94 C.P.D., der jede in der Hauptsache obsiegende und gleichwohl in die Kosten verurteilte Partei ausgesetzt ist, kann an der Natur der Entscheidung über die Aufnahme nichts ändern. Im vorliegenden Falle, wo der Kläger die Berufung in der Hauptsache verfolgt, kann der Verwalter im Wege der Anschlußberufung die Entscheidung über die Kosten des Aufnahmeverfahrens angreifen.

Hieraus ergibt sich, daß das Urteil des Berufungsrichters, durch welches er auf die Berufung des Verwalters das Urteil des Landgerichtes zu §. vom 27. August 1889 abgeändert und den Antrag auf Aufnahme des Verfahrens abgewiesen hat, aufgehoben und in der Sache selbst die Berufung des Verwalters gegen jenes Urteil

auf Kosten des beklagten Verwalters als unzulässig zurückgewiesen werden muß. Daraus folgt aber zugleich die Hinfälligkeit des Urteiles, durch welches die Berufung des Klägers gegen die Entscheidung auf die Widerklage lediglich deshalb als wirkungslos zurückgewiesen ist, weil das Urteil vom 27. August 1889 noch nicht rechtskräftig geworden sei.

Das Urteil wird nach der festgestellten Sachlage auch durch andere Gründe nicht getragen. In der Verhandlung über die Aufnahme vor dem Landgerichte H. ist der Verwalter erschienen. Er hat weder bestritten, daß er Verwalter, noch daß die Widerklage das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betreffe, noch hat er die Aufnahme abgelehnt. Nach dem Thatbestande des Urteiles des Landgerichtes H. vom 27. August 1889 hat er nichts erklärt, als daß es der Aufnahme nicht bedürfe, weil in der Hauptsache bereits erkannt sei. Diese Erklärung hat keine rechtliche Bedeutung; sie enthält keine Ablehnung der Aufnahme im Sinne des §. 8 Abs. 2 R.D. Von Ablehnung in diesem Sinne konnte auch keine Rede sein, da der Verwalter unstreitig die Widerklageforderung zur Konkursmasse beigetrieben und damit so unzweideutig als möglich erklärt hat, daß er sie für die Masse beanspruche. Auch in der Berufung gegen das Urteil vom 29. August 1889 hat der Verwalter nicht etwa die Aufnahme abgelehnt, sondern hervorgehoben, daß er den Betrag der Widerklageforderung beigetrieben und kein Interesse an der Aufnahme habe. Auf sein Interesse kommt aber nichts an.

Deshalb muß die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung auch in der Widerklage an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.“