

57. 1. Entscheidung über die Zulässigkeit der Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens durch Zwischenurteil des Berufungsgerichts. Darf das Reichsgericht, wenn es diese Entscheidung auf die Revision gegen das Endurteil nachprüft, ein neues Vorbringen berücksichtigen?

2. Kann der Kläger, der in erster Instanz obgesiegt hat, in zweiter Instanz, nachdem das Verfahren zufolge Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Beklagten unterbrochen war, wegen eines angeblich nach § 268 Nr. 2, 3 ZPO. zulässig umgewandelten oder erweiterten Anspruchs das Verfahren unter gleichzeitiger Anschließung an die Berufung gegen den Konkursverwalter aufnehmen?

3. Ist der einem Grundstückseigentümer durch Aufrechnung erwachsene Anspruch auf Löschung einer Hypothek, deren Gläubiger in Konkurs verfallen ist, lediglich als Konkursforderung geltend zu machen?

ZPO. §§ 240, 250, 303, 318, 521, 529, 548.

RD. §§ 12, 43, 146.

BGB. §§ 894, 1163.

V. Zivilsenat. Urt. v. 10. Februar 1915 i. S. G. (Kl.) w. Th.  
Konk. (Bekl.). Rep. V. 381/14.

I. Landgericht Biffa.

II. Oberlandesgericht Posen.

Der Kläger kaufte durch Vertrag vom 22. Dezember 1910 von dem Kaufmann Th. dessen Hausgrundstück in F. nebst dem darin betriebenen Kolonialwarengeschäft für 54000 M. Mit der Klage verlangte er von Th. Schadensersatz, weil Th. ihn über die Höhe des Geschäftsumsatzes arglistig getäuscht habe. Seinen Schaden berechnete er auf 64000 M. Jedoch beantragte er die Verurteilung des Th. nur zur Zahlung des Teilbetrages von 6500 M. Der erste

Richter verurteilte den Th. gemäß diesem Antrage. Th. legte Berufung ein. Demnächst wurde über sein Vermögen der Konkurs eröffnet. Der Kläger lud den Konkursverwalter zur mündlichen Verhandlung über die Aufnahme und die Berufung. Im Termine zur mündlichen Verhandlung stellte er den Antrag, den beklagten Konkursverwalter zu verurteilen, in die Löschung der auf dem gekauften Grundstück in F. für den Gemeinschuldner eingetragenen Hypotheken von 10000 M und 9800 M zu willigen. Der Konkursverwalter erhob den Einwand, die Aufnahme des Rechtsstreits gegenüber der Konkursmasse sei nicht ordnungsmäßig erfolgt. Da der Kläger eine rein persönliche Forderung geltend gemacht habe, hätte er die Forderung anmelden und im Bestreitungsfall zur Feststellung der Forderung laden müssen. Wenn der Kläger eine Aufrechnung geltend machen wolle, sei er allerdings nicht verpflichtet, sich am Konkursverfahren zu beteiligen. Im Aufnahmeverfahren könne er dies aber nicht tun. Der Konkursverwalter widersprach ferner der in dem neuen Klagantrage liegenden Klageänderung. Der Kläger erklärte, er wolle sich nicht an die Konkursmasse halten, habe auch seine Forderung nicht angemeldet. Daraus folgerte er seine Berechtigung zur Stellung seines neuen Antrags, der nach § 268 Nr. 3 RPD. keine Klageänderung enthalte.

Der Berufungsrichter erkannte durch ein von ihm als Zwischenurteil bezeichnetes Urteil dahin: das Verfahren gegen den Konkursverwalter sei nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechend aufgenommen; eine solche Aufnahme sei aber zur Fortsetzung des Verfahrens erforderlich. Demnächst lud der Kläger den beklagten Konkursverwalter von neuem zur mündlichen Verhandlung. Er trug folgendes vor. Wie sich aus dem erstinstanzlichen Urteil ergebe, betrage seine Schadenersatzforderung 34000 M. Er habe gegen die auf seinem Grundstück in F. für die Restkaufpreisforderung des Gemeinschuldners eingetragenen beiden Hypotheken von zusammen 19800 M mit einem entsprechenden Teile seiner Schadenersatzforderung im Laufe der Berufungsinstanz gegenüber dem Gemeinschuldner aufgerechnet. Den danach verbleibenden Restbetrag seiner Forderung habe er zur Konkursmasse angemeldet. Der Konkursverwalter habe die Forderung im Prüfungstermine bestritten. Der Kläger wiederholte seinen Antrag auf Verurteilung zur Löschung der

beiden Hypotheken und stellte ferner den Antrag, wenn und insoweit die Löschung nicht erfolgen könne, seine zur Konkursstabelle angemeldete Forderung festzustellen. Der Konkursverwalter hielt das Zwischenurteil für bindend und demgemäß den Rechtsstreit, soweit der Hauptantrag in Frage komme, noch nicht für aufgenommen, beantragte aber in jedem Falle, die Klage abzuweisen und die Anschlußberufung zurückzuweisen.

Der Berufungsrichter erkannte durch Teilurteil auf Abweisung des Hauptantrages. Auf die Revision des Klägers wurde der Rechtsstreit wegen des Anspruchs auf Löschung der beiden Hypotheken als vom Kläger rechtmäßig aufgenommen erklärt und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

#### Gründe:

... „Der Kläger hat gegen ... Th. in erster Instanz eine Schadenersatzforderung geltend gemacht und seinem Antrage gemäß erstritten. Nachdem Th. ... Berufung eingelegt hatte, wurde durch die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen das Verfahren wegen der Schadenersatzforderung, da es die Konkursmasse betraf, gemäß § 240 ZPO. unterbrochen. Hätte der Kläger die Schadenersatzforderung weiter verfolgen wollen, so hätte er sie, da es sich um eine Konkursforderung handelte, gemäß §§ 12, 139 RD. zur Prüfung im Konkursverfahren anmelden müssen, und, wenn sie im Prüfungsstermine vom Konkursverwalter bestritten worden wäre, hätte der Rechtsstreit gemäß § 240 ZPO., § 146 Abs. 3, 6 RD. durch Aufnahme seinen Fortgang nehmen müssen. Die Aufnahme hätte, da für die Forderung ein Endurteil vorlag, in erster Linie der widersprechende Konkursverwalter zu bewirken gehabt (§ 146 Abs. 6 RD.); jedoch wäre auch der Kläger berechtigt gewesen, die Feststellung der Forderung gegen den Konkursverwalter gemäß § 146 Abs. 1, 3 RD. zu betreiben (RGZ. Bd. 34 S. 409, Bd. 51 S. 97). Der Berufungsrichter erklärt in seinem Zwischenurteile das Verfahren gegen den Konkursverwalter, weil der Kläger nicht in der vorbezeichneten Weise verfahren sei, als nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechend aufgenommen und in dem Teilurteil erachtet er sich an diese Entscheidung gemäß § 318 ZPO. für gebunden.

Die Revision bekämpft die letztere Annahme, einmal weil die

Zulässigkeit des Zwischenurteils bedenklich erscheine, und sodann, weil das Zwischenurteil dadurch unerheblich geworden sei, daß es sich nicht mehr um die Frage handle; ob der Kläger den Rechtsstreit richtig aufgenommen habe, sondern darum, ob der Kläger zur Aufrechnung befugt sei und demgemäß nach § 53 K.O. am Konkursverfahren nicht teilnehme. In ersterer Hinsicht ist folgendes zu bemerken. Da der beklagte Konkursverwalter die Unwirksamkeit der Aufnahme des Rechtsstreits durch den Kläger geltend machte, handelte es sich um einen Zwischenstreit zwischen den Parteien (R.G. Bd. 54 S. 122). Hätte der Berufungsrichter die Aufnahme für wirksam erachtet, so hätte die Entscheidung entweder in dem in der Sache selbst entscheidenden Urteile oder durch Zwischenurteil nach § 303 Z.P.D. ergehen können (R.G. Bd. 34 S. 383, 430, Bd. 45 S. 122). Wollte der Berufungsrichter dagegen, wie er es hier getan hat, die Aufnahme für unwirksam erklären, so wäre der richtige Weg gewesen, sogleich durch Endurteil die Unwirksamkeit der Aufnahme auszusprechen (R.G. Bd. 34 S. 429, Bd. 45 S. 362, Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 974). Der Berufungsrichter hat jedoch das vorbezeichnete Zwischenurteil erlassen mit dem Bemerkten, es sei zweckmäßig, die Entscheidung über den Zwischenstreit durch Zwischenurteil gemäß § 303 Z.P.D. zu treffen. In dem Teilurteile wird dies dahin erläutert, es sei zunächst ein Endurteil auf Abweisung der Klage gegen den Konkursverwalter nicht erlassen worden, um dem Kläger noch die ordnungsmäßige Aufnahme zu ermöglichen. Ob danach das vom Berufungsrichter erlassene Zwischenurteil gemäß § 303 Z.P.D. zulässig und der Berufungsrichter an die in dem Urteile getroffene Entscheidung bei Erlassung des Teilurteils nach § 318 Z.P.D. gebunden war, kann auf sich beruhen bleiben. Auch wenn der Berufungsrichter sich mit Recht für gebunden erachtet hätte, würde doch die Entscheidung in dem Zwischenurteile gemäß § 548 Z.P.D. zugleich mit dem von der Revision angefochtenen Teilurteile der Beurteilung des Revisionsgerichts hinsichtlich der Frage unterliegen, ob sie auf einer Gesetzesverletzung beruhe.

Von Bedeutung wäre die Bindung nur dann, wenn nach Erlassung des Zwischenurteils neue Tatsachen in bezug auf den durch das Urteil erledigten Streitpunkt vorgebracht worden wären; ein solches neues Parteivorbringen hätte auch vom Revisionsgerichte nicht mehr berücksichtigt werden dürfen (R.G. in Jur. Wochenschr. 1898

§. 46 Nr. 7, Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 874, Bd. 48 S. 1121). Die Revision meint einerseits, wie es scheint, die Behauptung der Aufrechnung sei in der der Erlassung des Teilurteils zugrunde liegenden mündlichen Verhandlung neu vorgebracht worden, andererseits beruft sie sich auf das Urteil des Reichsgerichts in Gruchots Beitr. Bd. 48 S. 1122 und meint, die Berücksichtigung dieses neuen Vorbringens sei nach Sinn und Zweck des § 318 ZPO. zulässig. Tatsächlich hat jedoch der Kläger die Aufrechnung in der Verhandlung, auf die das Zwischenurteil erging, geltend gemacht. Dies ergibt sich einmal aus den in dem Tatbestande des Zwischenurteils wieder gegebenen Ausführungen des beklagten Konkursverwalters über die Aufrechnung und sodann aus folgender Bemerkung des Berufungsrichters in den Entscheidungsgründen: der Kläger verlange mit seinem Antrag auf Verurteilung des Konkursverwalters zur Einwilligung in die Löschung der für den Gemeinschuldner auf dem Grundstück in F. eingetragenen Kaufgelberhypotheken nicht mehr Befriedigung wegen seiner Forderung durch Zahlung einer Geldsumme, sondern er rechne seine erweiterte Klageforderung mit der dem Gemeinschuldner zustehenden Kaufgeldforderung auf und verlange infolge der hierdurch bewirkten Tilgung die Löschung der Hypotheken. Die Behauptung der Aufrechnung steht aber auch mit der Frage der Zulässigkeit der Aufnahme im engsten Zusammenhange. Die vorbezeichnete Bemerkung des Berufungsrichters ist zutreffend. Der Kläger verfolgt mit seinem in der Berufungsinstanz gestellten Hauptantrage nicht mehr seine Schadenersatzforderung auf Zahlung einer Geldsumme, sondern er macht geltend, die Forderung sei durch die von ihm vorgenommene Aufrechnung getilgt, dafür sei ihm aber der Anspruch auf Einwilligung in die Löschung der Kaufgelberhypotheken erwachsen. Für die Zulässigkeit der Geltendmachung dieses Anspruchs beruft er sich auf § 268 Nr. 3 ZPO.

Der Berufungsrichter meint, selbst wenn die Geltendmachung des Anspruchs nach dieser Vorschrift nicht als Klageänderung anzusehen wäre, sei sie unzulässig, weil nur der in erster Instanz erhobene Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme in die Berufungsinstanz gelangt sei. Dies ist nicht zutreffend. Der Kläger konnte, wiewohl in erster Instanz nach seinem Antrag erkannt worden war, sich der Berufung der Beklagten anschließen (§ 521 ZPO.), um seinen in

erster Instanz erhobenen Anspruch gemäß § 268 Nr. 2, 3, § 529 Abs. 2 ZPO. zu erweitern oder umzuwandeln (RGZ. Bd. 29 S. 375, Bd. 41 S. 384, Bd. 61 S. 257). In den beiden Urteilen des Berufungsrichters ist zwar eine Erklärung der Anschließung, die in der mündlichen Verhandlung abzugeben war (RGZ. Bd. 7 S. 345, Bd. 8, S. 381, Bd. 41 S. 382, Bd. 46 S. 388), nicht ausdrücklich enthalten. Jedoch bedurfte sie keiner Form, sie konnte daher auch stillschweigend erfolgen (RGZ. Bd. 12 S. 435, Bd. 61 S. 254). Insbesondere konnte sie in der Geltendmachung eines gemäß § 268 Nr. 2, 3, § 529 Abs. 2 ZPO. erweiterten oder umgewandelten Anspruchs gefunden werden (RG. in Jur. Wochenschr. 1912 S. 201 Nr. 26). Sie ist auch hier darin zu finden. Nach dem Tatbestande des Teilurteils hat der beklagte Konkursverwalter selbst die Zurückweisung der Anschlußberufung beantragt. Durch die Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung wurde zugleich der erweiterte oder umgewandelte Anspruch gemäß § 281 ZPO. rechtshängig. Die Aufnahme des Rechtsstreits durch den Kläger und die Anschließung unter Geltendmachung dieses Anspruchs konnten, insbesondere durch Erklärung in der mündlichen Verhandlung (RGZ. Bd. 52 S. 347, Bd. 78 S. 344), miteinander verbunden werden.

Der Anspruch, den hiernach der Kläger zugleich mit der Aufnahme des Rechtsstreits in der Berufungsinstanz gegen den beklagten Konkursverwalter durch den Hauptantrag verfolgt, ist keine Konkursforderung im Sinne des § 12 KO. Vielmehr stellt er sich als ein Anspruch auf Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse im Sinne des § 43 KO. dar. Denn mit ihm wird geltend gemacht: die auf dem Grundstücke des Klägers für den Gemeinschuldner eingetragenen Restkaufgelberhypotheken ständen dem Gemeinschuldner, weil die Kaufpreisforderung durch die vom Kläger mit seiner ursprünglich eingeklagten Schadenersatzforderung vorgenommene Aufrechnung erloschen sei, nicht mehr zu (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB.), und daher sei der beklagte Konkursverwalter verpflichtet, zum Zwecke der Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB.) die Löschung der in Wirklichkeit nunmehr dem Kläger als Grundstückseigentümer gehörenden Hypotheken zu bewilligen (RGZ. Bd. 60 S. 250/51). Da Aussonderungsansprüche sich gemäß § 43 KO. nach den außerhalb des Kon-

kursverfahrens geltenden Gesetzen bestimmen, bedurfte der Anspruch auf Löschung der beiden Hypotheken nicht der Anmeldung zur Prüfung im Konkursverfahren nach §§ 138 flg. R.D.

Hieraus ergibt sich, daß die Ausnahme des Rechtsstreits in der vom Kläger vorgenommenen Art zur Verfolgung dieses Anspruchs zulässig war. Die Frage, ob die Geltendmachung des Anspruchs auf Löschung der beiden Hypotheken von zusammen 19800 *M* anstelle der erstinstanzlichen Schadenersatzforderung von 6500 *M* sich in den Grenzen des § 268 Nr. 2, 3 ZPO. hielt und daher nach § 529 Abs. 2 ZPO. noch in der Berufungsinstanz erfolgen konnte, kommt für die Frage, ob die Aufnahme zulässig ist, nicht in Betracht. Darüber wird der Berufungsrichter bei der Entscheidung zur Sache zu befinden haben.“ . . .