

88. 1. Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach dem Gesetze vom 21. Juli 1879 (20. Mai 1898).
2. Kann die Anfechtung nach diesem Gesetze auch durch eine Erklärung wirksam erfolgen, die außerhalb eines Prozeßverfahrens dem Anfechtungsgegner gegenüber abgegeben wird? Genügt es, daß sie in einem vorbereitenden Schriftsatz erklärt und dieser dem Prozeßbevollmächtigten des Anfechtungsgegners zugestellt wird?

V. Zivilsenat. Urtr. v. 22. Oktober 1902 i. S. Witwe G. (Kl.) w. Joseph W. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 188/02.

I. Landgericht Ostrowo.

II. Oberlandesgericht Posen.

Für die Klägerin war auf dem Grundstück ihres Bruders Anton W. eine Darlehnshypothek von 3000 *M* zu 5 Prozent verzinslich seit dem 10. Juli 1900 eingetragen. Die Eintragung hatte ihr Bruder als Eigentümer bewilligt. Später kam das Grundstück zur Zwangsversteigerung, und bei dieser gelangte im Verteilungstermin vom 10. April 1901 die Klägerin mit ihrer Hypothek und Zinsen — zusammen 3041,86 *M* — voll zur Hebung. Die Hebung wurde aber an sie nicht ausgezahlt, sondern als Streitmasse hinterlegt, weil die Beklagten im Verteilungstermin Widerspruch erhoben und die Hebung für sich verlangten. Die Beklagten zu 1 bis 5 waren nacheingetragene Hypothekengläubiger, welche — wie es im Tatbestande des angefochtenen Urteils hieß — „mit dem größeren Teile ihrer Forderungen bei der Kaufgelbverteilung ausgefallen sind.“ Die Beklagten zu 6 bis 9 waren persönliche Gläubiger des Subhastaten W.; sie sollten sich — nach dem Tatbestande der Vorentscheidungen — wegen ihrer gegen diesen erstrittenen Forderungen den zur Hebung gekommenen Betrag haben pfänden und überweisen lassen; auch sollte ihr Widerspruch gegen die Auszahlung dieses Betrags vor dem Verteilungstermin im Grundbuch eingetragen worden sein. Eine den Widerspruch verfolgende Klage wurde seitens der Beklagten nicht erhoben; dagegen verlangte die Klägerin mit der gegenwärtigen Klage Verurteilung der Beklagten dahin, daß sie die Auszahlung der hinterlegten Masse an sie bewilligen und anerkennen sollten, daß ihnen an diese keine Rechte zuständen. Die Beklagten verlangten Abweisung der Klage und beantragten außerdem, die Streitmasse ihnen zu überweisen. Sie behaupteten, daß Klägerin ihrem Bruder überhaupt keine Valuta für die Hypothek gegeben habe, und daß letztere nur zum Scheine bestellt sei; die Klägerin habe die auf sie bei der Zwangsversteigerung entfallende Hebung an ihren Bruder abführen sollen. Eventuell fochten die Beklagten die Hypothek als zur Benachteiligung der Gläubiger bestellt nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 an. Sie brachten zum Nach-

weise, daß ihnen gegen B. vollstreckbare Forderungen zuständen, die im Tatbestande des Urteils zweiter Instanz näher bezeichneten Vollstreckungstitel bei.

Der erste Richter verurteilte die Beklagten nach dem Klageantrage. Er hielt für erwiesen, daß die Hypothek von der Klägerin in voller Höhe valutiert worden sei, und verwarf den Anfechtungsangriff der Beklagten. Der zweite Richter erkannte abändernd dahin, daß die Klage abzuweisen und daß bezüglich der Streitmasse ein neuer Teilungsplan mit der Maßgabe anzufertigen sei, daß den Beklagten gegenüber die gedachte Hypothek als nicht bestehend zu behandeln sei. In den Gründen führt er aus, daß nach dem Beweisergebnis erster Instanz die Hypothek als zur Benachteiligung der Gläubiger bestellt und deshalb dem Anfechtungsangriffe der Beklagten unterliegend zu erachten sei. Dieses Urteil ist auf die Revision der Klägerin aufgehoben worden.

Gründe:

„Es handelt sich um einen in der Zwangsversteigerung entstandenen Verteilungsstreit. Die Klägerin ist mit ihrer Hypothek zur Hebung gekommen; sie ist ihr aber, weil die Beklagten Widerspruch erhoben, nicht ausgezahlt, sondern als Streitmasse hinterlegt worden (§ 115 Abs. 1 des Zwangsversteigerungsgesetzes). Nach der gesetzlichen Regelung hätten daher die Beklagten als Kläger auftreten müssen (§ 878 C.P.D.). Daß dies nicht geschehen, die Klage vielmehr von der anderen Seite erhoben ist, ist für die materielle Beurteilung der Rechtslage gleichgültig. Den Beklagten verbleibt die ihnen für ihren Angriff auf die Hypothek obliegende Beweislast, nicht anders, als wenn sie selbst Klage erhoben hätten.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 15 S. 223; auch Gruchots Beiträge Bd. 42 S. 746.

Das Berufungsurteil hat diesen Punkt übergangen; in der Sache selbst geht aber der Berufungsrichter richtig davon aus, daß den Beklagten die Beweislast für den von ihnen unternommenen Anfechtungsangriff obliege.

Diesen Angriff erachtet der Berufungsrichter nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für begründet. Er hat daher in Anwendung des § 880 C.P.D. ein anderweites Verteilungsverfahren angeordnet, dabei aber ausgesprochen, daß in diesem die Hypothek der Klägerin

den Beklagten gegenüber als nicht bestehend zu behandeln sei. Schon hier zeigt sich die Unzulänglichkeit der von ihm getroffenen Feststellungen. Unterliegt die Hypothek der Klägerin der Anfechtung, so unterliegt sie ihr nach § 7 des Anfechtungsgesetzes doch nur so weit, als es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist. Vor allem müßte also feststehen, in welcher Höhe die Beklagten einen Ausfall erlitten haben. Hierüber ist nichts festgestellt. Es steht nicht einmal fest, ob der Ausfall der Beklagten zusammengerechnet die Streitmasse erschöpft. In Wahrheit scheint dies nicht der Fall zu sein. Wäre es aber auch der Fall, so wäre damit dem § 7 a. a. O. noch nicht Genüge geschehen. Genügt ist ihm erst, wenn das Urteil ergibt, in welcher Höhe jedem Beklagten gegenüber die Hypothek der Klägerin bei der neuen Verteilung als nicht bestehend behandelt werden soll. Ohne eine Feststellung des Ausfalls, welchen jeder der Beklagten erlitten hat bzw. erleiden würde, wenn die Streitmasse an die Klägerin zur Auszahlung käme, wird sich also der Rechtsstreit auf Grund des Anfechtungsangriffs nicht entscheiden lassen.

Unzulänglich sind aber auch die Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit (§ 2 des Anfechtungsgesetzes). Die Beklagten zu 1 bis 5 sind Realgläubiger, welche als solche hinter der Klägerin eingetragen waren und „mit dem größeren Teil ihrer Forderungen“ bei der Verteilung des Erlöses ausgefallen sein sollen. Als Realgläubiger sind sie wegen des Ausfalls befugt, Widerspruch gegen ein ihnen vorgehendes Liquidat zu erheben, und ebenso ist gewiß, daß sie diesen Widerspruch vor dem Prozeßrichter mit der Behauptung begründen können, die von ihnen bestrittene Forderung unterliege der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879 und sei deshalb ihnen gegenüber unwirksam. Aber diese Befugnis steht ihnen, wie das Reichsgericht bereits unter der Herrschaft des preussischen Zwangsversteigerungsgesetzes vom 13. Juli 1883 in dem Urteil vom 29. November 1886,

Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 17 S. 167; auch Jurist. Wochenchr. 1887 S. 16,

ausgesprochen und dort näher begründet hat, nur dann zu, wenn sie dem § 2 des Anfechtungsgesetzes entsprechend einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt haben. Hieran hat sich durch das Reichsgesetz

über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, dessen Vorschriften in den hier fraglichen Beziehungen von denen des preussischen Zwangsversteigerungsgesetzes nicht abweichen, nichts geändert. Festzustellen wäre also gewesen, ob die für die Beklagten zu 1 bis 5 hinter der Klägerin eingetragen gewesenen Forderungen, wegen deren Ausfalls sie Widerspruch gegen das Liquidat der Klägerin erhoben haben, gegen den Schuldner Anton W. (den Subhastaten) vollstreckbar sind. Dies ist nicht festgestellt. In den Entscheidungsgründen heißt es zwar: „In der Berufungsinstanz haben sämtliche Beklagten vollstreckbare Schuldtitel wegen ihrer darin bezeichneten fälligen Forderungen gegen Anton W. beigebracht.“ Aber dies kann, solange nicht festgestellt ist, welche Forderungen für die Beklagten zu 1 bis 5 überhaupt eingetragen waren und also nicht ersichtlich ist, wegen welcher Forderungen diese Beklagten Widerspruch gegen das Liquidat der Klägerin erhoben haben, nicht genügen. Überdies ergibt sich aus den im Tatbestande des Berufungsurteils bezeichneten vollstreckbaren Schuldtiteln nicht einmal, daß alle aus ihnen hervorgehenden Forderungen auf dem versteigerten Grundstück überhaupt eingetragen waren; dieser Nachweis fehlt für die Beklagten zu 1 und 4, für welche nur ein mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehener Vollstreckungsbefehl vom 26. September 1901 überreicht ist. Aus ihm läßt sich darüber, ob die in ihm bezeichnete Forderung eingetragen war, nichts ersehen.

Noch unklarer ist die rechtliche Stellung, vermöge welcher die Beklagten zu 6 bis 9 zur Anfechtung befugt sein sollen. Nach dem Tatbestande des ersten Urteils, mit welchem übereinstimmend — wie es im Tatbestande des zweiten Urteils heißt — der Sachverhalt dem Berufungsrichter vorgetragen worden ist, hätten sich diese Beklagten „den zur Hebung gekommenen Betrag wegen ihrer Ansprüche, die sie gegen Anton W. erstritten hätten, pfänden und überweisen lassen. Ihr Widerspruch gegen die Auszahlung des zur Hebung kommenden Betrages sei vor dem Kaufgelberbelegungsstermin im Grundbuche eingetragen worden“. Dies stimmt mit den von den Beklagten zu 6 bis 9 in zweiter Instanz überreichten und im Tatbestande des Berufungsurteils näher bezeichneten Vollstreckungstiteln nicht überein. Nach letzteren müßte man annehmen, daß sich die Pfändung und Überweisung auf die Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld

bezogen habe, die für Anton W. nach § 1163 Abs. 1 § 1177. Abs. 1 B.G.B. dadurch entstanden sein soll, daß die Forderung, für welche die Hypothek der Klägerin bestellt war, nicht zur Entstehung gelangt ist. Festgestellt ist in dieser Beziehung nichts, auch nicht, wie es sich mit dem „Widerspruch“ verhält, der für die Beklagten zu 6 bis 9 im Grundbuche eingetragen sein soll, oder worauf überhaupt die für sie bewirkte Eintragung lautet. Sollte für die Beklagten zu 6 bis 9 — wie es den Anschein hat — nur die Pfändung und Überweisung der Eigentümerhypothek eingetragen, ihre Legitimation also darin zu finden sein, daß sie behaupten, die Klägerin habe ihrem Bruder Anton W. überhaupt keine Valuta für die ihr bestellte Darlehnshypothek von 3000 *M* gegeben, so ist nicht recht verständlich, wie nun auch ihnen gegenüber die Feststellung ausreichen soll, daß die Hypothek der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879 unterliege. Denn letzteres setzt voraus, daß die Hypothek entstanden — im vorliegenden Falle also — daß das Darlehn gegeben worden, daß aber die Bestellung der Hypothek in der der Klägerin bekannten Absicht erfolgt sei, die Gläubiger des W. zu benachteiligen. Es bedarf hiernach, was die Beklagten zu 6 bis 9 anlangt, nach jeder Richtung hin noch der Feststellung, worauf sich ihre Anfechtungsbefugnis gründet.

Aus vorstehendem ergibt sich, daß die Vorentscheidung der Aufhebung unterliegen muß, und daß die Sache einer anderweiten Verhandlung vor dem Berufungsgericht bedarf. Sollte es bei dieser wiederum — nachdem die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen sein werden — auf die Frage ankommen, ob und welchen Beklagten gegenüber die Hypothek der Klägerin der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879 unterliegt, so wird zum Zwecke einer richtigen Verteilung der Beweislast auch wieder darüber zu entscheiden sein, ob die einjährige Frist des § 3 Nr. 2 des Anfechtungsgesetzes durch die Zustellung des vorbereitenden Schriftsatzes vom 25. Juni 1901 gewahrt worden ist. Unstreitig ist, daß der Schriftsatz mit den Worten schließt: „Das Schuldbekenntnis, die Eintragungsbewilligung und die Eintragung werden aber auch nach Maßgabe des Reichsgesetzes von 1879 angefochten, weil sie von W. in der der Klägerin bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, erfolgt sind,“ und daß der Schriftsatz von dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, Justizrat Sch., dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin, Rechts-

anwalt R., am 25. Juni 1901 zugestellt worden ist. Unstreitig ist ferner, daß an diesem Tage die genannten beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten erster Instanz mit Prozeßvollmacht seitens ihrer Machtgeber versehen waren. Unter solchen Umständen erachtet der Berufungsrichter die Frist für gewahrt; er nimmt an, daß mit der Zustellung des Schriftsatzes die Anfechtung im Sinne des Gesetzes erfolgt sei, während die Revision dies bestreitet und auszuführen sucht, daß die Anfechtungserklärung eine empfangsbedürftige Willenserklärung sei (§ 130 B.G.B.), zu deren Entgegennahme die Prozeßvollmacht nicht ermächtige, so daß die Anfechtung dem Prozeßbevollmächtigten gegenüber mit Rechtswirksamkeit für die Partei weder in einem vorbereitenden Schriftsatz durch dessen Zustellung, noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht durch mündlichen Vortrag erklärt werden könne. Es fehle daher an einer wirksamen Anfechtungserklärung überhaupt.

Dem kann nicht beigetreten werden.

Allerdings schreibt das Bürgerliche Gesetzbuch für die Anfechtung von Willenserklärungen wegen Irrtums (§ 119), wegen unrichtiger Übermittlung (§ 120), wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung (§ 123) in § 143 Abs. 1 vor, daß die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolge; aber der Zusammenhang dieser Vorschriften, insbesondere die zusammenfassende Bestimmung in § 142, wonach das anfechtbare Rechtsgeschäft, wenn es angefochten wird, als von Anfang an nichtig anzusehen ist, ergibt, daß ihnen die Anfechtung von Rechtsgeschäften auf Grund des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 nicht unterstellt werden kann. Es mag sein, daß man bei der Beratung des Einführungsgesetzes zu dem Gesetze, betr. Änderungen der Konkursordnung, vom 17. Mai 1898 (R.G.Bl. S. 230), welches die gegenwärtig in Geltung stehende Fassung des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 (Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, das. S. 709) bestimmt, wenigstens auf Seiten der Regierungsvertreter der Meinung war, auch die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner innerhalb und außerhalb des Konkurses könne unabhängig von jedem Prozeßverfahren durch bloße dem Anfechtungsgegner gegenüber abzugebende Erklärung erfolgen (vgl. den Kommissionsbericht zu § 34 a. F., Fahn-Mugdan, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 7 S. 293. 294). Aber

diese Meinung findet, was die hier allein in Frage kommende Anfechtung außerhalb des Konkurses anlangt, in dem Anfechtungsgesetze vom 21. Juli 1879, wenn man seinen bisherigen Wortlaut in Betracht zieht, trotz der abweichenden Meinung einzelner Schriftsteller, vgl. Dernburg, Preussisches Privatrecht 5. Aufl. Bd. 2 § 180 Note 2 S. 336; Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger S. 2. 19, keinen Anhalt. Wenn dieses Gesetz in § 1 die Anfechtung „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen“ zuläßt und sodann für alle von ihm bestimmten Anfechtungsfristen „die Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruches“ entscheidend sein läßt (§ 2 Nr. 2. 3. 4); wenn es ferner seine Regelung an die beiden in § 5 und § 9 speziell hervorgehobenen Fälle anschließt, nämlich an den Fall der „Erhebung des Anfechtungsanspruches im Wege der Einrede“ und an den Fall, daß „die Anfechtung im Wege der Klage erfolgt“; wenn es weiter in § 4 für die Erstreckung der dort gedachten Frist darauf Gewicht legt, daß bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit der Zustellung der Anfechtungsankündigung der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden sein müsse; und wenn es endlich in § 13, wo der Einfluß einer über das Vermögen des Schuldners erfolgten Konkursöffnung auf die Anfechtung außerhalb des Konkurses geregelt werden soll, wieder davon spricht, daß der Anfechtungsanspruch „noch rechtshängig“ sei (Abs. 2), oder daß für ihn binnen bestimmter Frist „die Rechtshängigkeit eintritt“ (Abs. 4), so muß aus der Zusammenhaltung dieser Vorschriften geschlossen werden, daß dem Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 in seiner bisherigen Fassung eine Anfechtung, die außerhalb eines Prozeßverfahrens erfolgen könnte, nicht bekannt war.

Vgl. hierzu das Urteil des Reichsgerichts vom 2. November 1887, Entsch. desselben in Civilt. Bd. 19 S. 202, in welchem die Anfechtung auch im Wege der Replik zugelassen worden ist.

Daß nun durch die neue Fassung des Gesetzes eine Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner habe zugelassen werden sollen, welche nicht im Prozesse erfolgt, läßt sich nicht anerkennen. Der neuen Fassung liegt, wie die dem Gesetzentwurfe beigefügte Begründung ergibt (Hahn-Mugdan, a. a. O. S. 241), die Erwägung zu grunde, daß das Anfechtungsrecht kein Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 194 Abs. 1) sei, ein Anspruch

im Sinne dieses Gesetzes vielmehr erst dadurch entstehe, daß die Anfechtung erfolge. Ebenso verhalte es sich mit der Anfechtung, von der in den §§ 119. 120. 124. 143 B.G.B. die Rede sei. Es sei also beiden Arten der Anfechtung dies gemeinsam, daß aus ihnen ein Anspruch erst entstehe, wenn die Anfechtung erfolgt sei. Mit Rücksicht hierauf hielt man es für geboten, auch den Wortlaut des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 124 Abs. 1) anzupassen. — Diese ganze Erwägung hat mit der Frage, ob die Anfechtung auch außerhalb eines Prozeßverfahrens erfolgen könne, nichts zu tun. Hätte man auch in dieser Beziehung beide Anfechtungen gleichmäßig ausgestalten wollen, so hätte eine hierauf bezügliche (dem § 143 Abs. 1 B.G.B. entsprechende) Vorschrift in das Anfechtungsgesetz aufgenommen werden müssen. Dies ist nicht geschehen; es sind lediglich die Änderungen vorgenommen worden, welche § 3 Nr. 2, 3, 4. § 3a. § 4. § 11 Absf. 2, 3. § 12. § 13 Abs. 4 aufweisen. Diese ergeben darüber nichts, wie die Anfechtung zu erfolgen habe; sie ergeben zwar, daß es in denjenigen Fällen, in denen es bisher auf die Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs ankam, auf diesen erst im Prozeß hervortretenden Zeitpunkt nicht mehr ankommen soll; aber damit ist die Frage nicht entschieden, ob die Anfechtung überhaupt auch außerhalb eines Prozeßverfahrens zulässig ist. Man könnte hierfür anführen, daß bei der Beratung der neuen Fassung in der Kommission der Antrag gestellt worden war, dem Gesetz als neuen § 11a eine Bestimmung des Inhalts einzufügen: „Die Anfechtung erfolgt durch Klage oder Einwendung“, und daß dieser Antrag, wie es in dem Kommissionsbericht heißt, als durch die Abstimmung zu § 34 R.D. (a. F.) für erledigt angesehen wurde. Ob die Kommission damit die oben erwähnte Annahme der Regierungsvertreter, daß auch diese Anfechtung, ebenso wie die im Bürgerlichen Gesetzbuche geregelte Anfechtung wegen Willensmängeln, durch jede formlose Erklärung erfolgen könne, hat billigen wollen, ist aus ihrem Bericht zu § 34 nicht mit Deutlichkeit zu ersehen (vgl. Sahn-Rugdan, a. a. D. S. 332. 293. 294). Wäre es aber auch der Fall, so könnte es nicht entscheidend sein, weil es im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat. Das Gesetz enthält nicht bloß keine Vorschrift, aus der sich eine so eingreifende Änderung des bisherigen Rechts entnehmen ließe, es wiederholt vielmehr auch jetzt wieder und in unver-

ändertem Wortlaut die beiden von ihm allein behandelten Fälle, daß die Anfechtung „im Wege der Einrede“ oder „im Wege der Klage“ erfolgt (§§ 5. 9), und es verlangt auch jetzt wieder in § 4 die Zustellung eines Schriftsatzes, wenn der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat oder seine Forderung fällig ist, behufs Erstreckung der Anfechtungsfristen den Anfechtungsgegner von seiner Absicht, die Rechtshandlung anzufechten, in Kenntnis setzen will. Hätte das Gesetz die Anfechtung selbst durch jede formlose Erklärung zulassen wollen, so wäre es nicht recht verständlich, weshalb es für die bloße Ankündigung der künftigen Anfechtung noch die Zustellung eines Schriftsatzes erfordert haben sollte.

Hiernach ist auch für das jetzt geltende Recht daran festzuhalten, allerdings im Widerspruche mit der Mehrzahl der Kommentatoren zur Konkursordnung, vgl. Jäger unter IV. zu § 29 S. 226, Note 8 zu § 41 S. 303; Kurlbaum, Note 14 zu § 29; Seuffert, (Konkursprozeßrecht) S. 220. 227; Wolff, Note 11 zu § 29; aber andererseits auch Rehbein, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch unter II. zu §§ 139—144 S. 197 und Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs 3. Aufl. Bd. 1 Note 5 unter c zu § 144 S. 133,

daß die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb eines Prozeßverfahrens, also durch bloße Erklärung der Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner, vom Gesetz nicht zugelassen worden ist.

Daraus folgt aber nicht, daß auch die prozessualen Voraussetzungen erfüllt sein müßten, unter denen eine Einrede, eine Replik oder eine Widerklage als schon erhoben anzusehen sind. Die Anfechtung kann im Prozeß rechtsgeschäftlich wirksam erklärt, also erfolgt sein, ohne daß darum die Anfechtungseinrede in prozessualem Sinne als erhoben gelten müßte. Erhoben wird sie erst, wenn sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht vorgebracht wird. Hieran lassen die Vorschriften der Zivilprozeßordnung keinen Zweifel. Aber wenn die Prozeßvollmacht, wie das Reichsgericht für die rechtsgeschäftliche Erklärung der Anfechtung wegen Irrtums bereits angenommen hat,

Urt. des II. Civilsenats vom 4. Juni 1901, Entsch. in Civill.

Bd. 48 S. 218; auch Urtr. des erkennenden Senats vom 25. September 1901, das. Bd. 49 S. 392, sowohl zur Abgabe wie zur Entgegennahme dieser Erklärung nach § 81 C.P.D. ermächtigt, so besteht kein Grund, weshalb bei der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879 die Einrede erst noch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht sein müßte, um als rechtsgeschäftliche Erklärung wirksam zu sein. Dem Erfordernis, daß die Anfechtung nicht außerhalb eines Prozeßverfahrens geltend gemacht werden darf, ist auch dann genügt, wenn sie in einem vorbereitenden Schriftsatz erklärt und dieser Schriftsatz zugestellt wird. Mit dieser Zustellung ist die Anfechtung erfolgt. Es würde auch sonst, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, dem Anfechtungsberechtigten vielleicht unmöglich sein, die Anfechtungsfristen zu wahren, da es sonst darauf ankäme, ob der Termin zur mündlichen Verhandlung noch vor dem Ablaufe der in Frage stehenden Frist anberaumt worden ist.

Hiernach ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß durch Zustellung des vorbereitenden Schriftsatzes vom 25. Juni 1901 die Anfechtung im Sinne des Gesetzes erfolgt, die Frist des § 3 Nr. 2 des Anfechtungsgesetzes also von dieser Zustellung zurückzurechnen ist.“ . . .