

26
V_ZR_151/60

Verkündet am 8. Juni 1962
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

2501 001

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Architekten Valerian W [REDACTED] in B [REDACTED]-Wil [REDACTED],
U [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Hermann S t [REDACTED] in B [REDACTED]-Ch [REDACTED]-
[REDACTED], Sta [REDACTED] Allee [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 25. Mai 1962 unter Mitwirkung der Bundesrichter
Dr. Hückinghaus, Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Mattern und
Offterdinger für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung im übrigen wird auf die
Revision des Klägers das Urteil des 7. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 10. Juni 1960
im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die
Zuteilung eines Betrages von 7 424,13 DM an den
Kläger betrifft. In diesem Umfang wird die Sache
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an
das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die
Entscheidung über die Kosten der Revision übertra-
gen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger hat das im Grundbuch von Br. [REDACTED] Band 2 Heft 8 eingetragene, dem Kaufmann Heinrich M. [REDACTED] gehörige Hausgrundstück ersteigert. Auf diesem Grundstück lastete eine Briefhypothek (Abt. III Nr. 7) über 12 000 DM zugunsten des Beklagten. Die Belastung des Grundstücks war erfolgt auf Grund der Eintragungsbewilligung vom 16. November 1953 (Nr. 181/53 des Notars A. [REDACTED], B. [REDACTED]-G. [REDACTED]), in welcher M. [REDACTED] bekannte, dem Beklagten 12 000 DM aus Darlehen zu schulden (Urkunde I 117). Einen letzttrangigen Teilbetrag dieser Hypothek in Höhe von 6 000 DM hat der Beklagte laut notarieller Urkunde vom 7. Dezember 1956 - vor der Versteigerung des Grundstücks - an den Kläger abgetreten. Diese abgetretene Hypothek wurde in Abt. III unter Nr. 7 a für diesen im Grundbuch eingetragen. Im Zwangsversteigerungsverfahren hat der Beklagte als Gläubiger des erstrangigen Teilbetrages von 6 000 DM der genannten Hypothek eine Kapitalforderung von 6 000 DM zuzüglich Zinsen und Kosten angemeldet (Bl. 139 Notariatsakten). Gegen die Berücksichtigung des Beklagten bei der Verteilung des Versteigerungserlöses hat der Kläger Widerspruch erhoben. Im Verteilungsplan (Bl. 199 Notariatsakten) wurde dem Beklagten als Gläubiger der Hypothek einschließlich Zinsen und Kosten eine Forderung in Höhe von 7 678,10 DM überwiesen, jedoch auflösend bedingt für den Fall, daß der Widerspruch des Klägers begründet sein sollte.

Diesen Widerspruch gegen die Verteilung des Versteigerungserlöses verfolgt der Kläger mit der vorliegenden Klage. Er beruft sich auf die notarielle Urkunde vom 26. Februar 1954 (Nr. 17/54 des Notars Dr. Y. [REDACTED], B. [REDACTED] - I 171 -), in welcher ihm Magel den nach seiner Angabe nicht mehr valutierten und deshalb Eigentümergrundschild gewordenen 9 000 DM betragenden Teil, der sich ursprünglich auf 12 000 DM belaufenden

- 3 -

Hypothek abgetreten hat. Er trägt vor: Der frühere Grundstückseigentümer M. habe entgegen dem Wortlaut der Schuldurkunde vom 16. November 1953 vom Beklagten keine 12 000 DM als Darlehen erhalten. Das Schuldanerkenntnis habe M. lediglich abgegeben im Hinblick auf ein früheres Anerkenntnis vom 21. Mai 1953 (I 111), das (nicht M., sondern) er, der Kläger, gegeben hatte. Dieses Anerkenntnis vom 21. Mai 1953 sei von ihm, dem Kläger, seinerzeit bürgschaftshalber erteilt worden für eine persönliche Schuld des M. an den Beklagten in Höhe von etwa 6 000 DM. Der Beklagte habe seine diesbezügliche Forderung an eine Frau S. abgetreten. Er, der Kläger, habe die 6 000 DM an diese bezahlt. Dadurch seien alle Forderungen des Beklagten gegen M. erloschen.

Im ersten Rechtszug hat der Kläger daher beantragt, seinen Widerspruch gegen den Teilungsplan in der Zwangsversteigerungssache für begründet zu erklären und den dem Beklagten zugedachten Betrag von 7 424,13 DM an ihn, Kläger, den verbleibenden Restbetrag an die im Rang nachfolgenden Gläubiger auszuzahlen.

Der Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Er hat vortragen lassen: Die Hypothekenbestellung auf Grund der Schuldurkunde vom 16. November 1953 (I 117) habe mit der früheren Darlehensgewährung an M. nichts zu tun. Sie sei erfolgt, um ihn, Beklagten, wegen seiner Verluste bei der Firma D. GmbH zu beruhigen. Diese Firma, die sich mit der Herstellung und dem Vertrieb einer neuartigen Zahnbürste befaßte, habe er durch Zurverfügungstellung von Geldmitteln bei der Ausführung eines geplanten Auslandsauftrags unterstützt. Zu Geschäftszwecken habe er den am Geschäft mitbeteiligten M. (außer dem früheren persönlichen Darlehen von 6 000 DM an den Kläger) 1 500 DM darlehensweise gegeben und an die Herstellerfirma



4 000 DM überwiesen. Nachdem sich das Geschäft zerschlagen hatte, habe er von dem mithaftenden Teilhaber Ba. lediglich 2 500 DM zurückerhalten. M. habe sich bereitgefunden, die Restschuld und seine Ansprüche auf Gewinnbeteiligung als persönliche Schuld zu übernehmen, um diese auf seinem Grundstück durch die Bestellung einer Hypothek zu sichern. Die Schuld belaufe sich auf über 6 000 DM. Der erstrangige Teilbetrag der Hypothek sei damit voll valuiert und bei der Verteilung des Versteigerungserlöses zu Recht zu seinen Gunsten berücksichtigt worden.

Das Landgericht hat die Klage nach Beweiserhebung abgewiesen.

Die Berufung des Klägers hatte keinen Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageanspruch weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Der Kläger sei beweispflichtig für seine Behauptung, daß die Hypothek, entgegen dem Inhalt der Schuldurkunde vom 16. November 1953 (I 117), mangels einer zugrundeliegenden Forderung nicht zur Entstehung gelangt sei, oder daß die Forderung erloschen und die Hypothek zur Eigentümergrundsuld geworden sei. Der Kläger habe in dieser Hinsicht nichts Schlüssiges vorgetragen und unter Beweis gestellt. Vielmehr habe der Beklagte eine glaubhaft erscheinende, durch die Beweisaufnahme bestätigte Darstellung gegeben, nach der ihm die Hypothek in Höhe des strei-

tigen Teilbetrags bis zur Zwangsversteigerung des Grundstücks zugestanden habe.

Die Urkunde vom 16. November 1953 sei ein konstitutives Schuldanerkenntnis im Sinn des § 781 BGB. Es sei unstreitig, daß die in der Urkunde aufgeführten Parteien (der Beklagte und der Zeuge M■■■■) schon vor dem 16. November 1953 in persönlichen und geschäftlichen Beziehungen gestanden hätten und daß hieraus Verbindlichkeiten des früheren Grundstückseigentümers M■■■■ entstanden seien. Das sei durch die Beweisaufnahme des ersten Rechtszuges bestätigt worden. Es bedürfe, meint das Berufungsgericht, keiner Nachprüfung, ob die Verbindlichkeiten genau in der in der Urkunde angegebenen Höhe zuvor wirklich entstanden gewesen seien. In dem im Geschäftsleben häufigen Fall, daß ein Betrag als darlehensweise geschuldet anerkannt werde, obwohl überhaupt keine Darlehensgewährung erfolgt sei, liege ein selbständiges Schuldanerkenntnis vor, das unabhängig von dem bestehenden Schuldgrund eine neue selbständige Verpflichtung schaffe, und durch das alle Einreden für die Zukunft ausgeschlossen würden (Palandt, BGB 21. Aufl. § 781 Anm. 2, 4). Es sei daher davon auszugehen, daß der Hypothek im Zeitpunkt der Bestellung eine Forderung in der in der Urkunde anerkannten Höhe zugrunde gelegen habe, die Hypothek also voll valuiert gewesen sei.

Da der Beklagte als Gläubiger nur den rangletzten Teilbetrag von 6 000 DM an den Kläger abgetreten habe (Eintragung 9. Januar 1957), könne es sich sonach nur noch darum handeln, ob die dem Beklagten verbliebene bis zur Versteigerung im Grundbuch eingetragen gewesene erstrangige Teilhypothek zu 6 000 DM ihm weiter zugestanden oder ob die Forderung hierfür erloschen sei.

Der Kläger habe sich für das Erlöschen der Forderung ohne jede nähere Darlegung, auf welche Weise das Erlöschen eingetreten sei, auf das Zeugnis des Rechtsanwalts Dr. Y. [REDACTED] berufen. Dieses Vorbringen sei nicht schlüssig. Der überreichte Schriftwechsel des Rechtsanwalts Dr. Y. [REDACTED] (grüne Mappe) ergebe für einen Ausgleich der Ansprüche zwischen Magel und dem Beklagten nichts, vielmehr habe im Schriftwechsel der Beklagte die Behauptung des Klägers über das Erlöschen der Hypothekenforderung bestritten und Löschungsbewilligung für den eingetragenen gebliebenen erstrangigen Teilbetrag zu erteilen abgelehnt. Die Behauptung des Klägers, der Beklagte sei wegen des ihm verbliebenen erstrangigen Teilbetrages der Hypothek durch die Verwertung von Warenvorräten der Herstellerin der Zahnbürsten, Firma Sa. [REDACTED]-C. [REDACTED], befriedigt worden, sei bereits durch die im ersten Rechtszug durchgeführte Beweisaufnahme widerlegt. Auch habe der Kläger gar nicht schlüssig vorgetragen, inwiefern durch die behauptete Befriedigung aus den Mitteln der Firma die persönliche Schuld des M. [REDACTED] erloschen sein solle. Es fehle auch an bestimmten Behauptungen des Klägers über die Art und die Höhe und das Zufließen solcher Werte an den Beklagten.

II.

Die Würdigung der Rügen der Revision und die von Amts wegen gebotene Prüfung des Berufungsurteils auf richtige Anwendung des sachlichen Rechts ergeben:

A. Das Berufungsgericht hat, weil es das Fortbestehen des Gläubigerrechts des Beklagten bejaht hat, die vom Landgericht erörterte Widerspruchsberechtigung des Klägers nicht erörtert. Da jedoch, wie noch zu zeigen, die Beurteilung des Berufungsgerichts nicht frei von Rechtsirrtum ist, muß auf

die Berechtigung des Klägers zum Widerspruch eingegangen werden. Widerspruchsberechtigt nach § 115 ZVG ist nur ein Beteiligter im Sinne des § 9 ZVG (Dassler/Schiffhauer, ZVG 9. Aufl. § 115 A 2 d). Der Kläger scheint nach § 9 Nr. 1 insofern Beteiligter zu sein, als er für den rangschlechteren Teil der streitigen Hypothek in Höhe von 6 000 DM seit 9. Januar 1957 als Gläubiger im Grundbuch eingetragen ist. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat (LG Urteil S. 8), ist jedoch nach dem eigenen Vortrag des Klägers die Hypothek III Nr. 7 zu 12 000 DM von vornherein nur zur Hälfte valutiert gewesen, wäre also hinsichtlich des auf den Kläger eingetragenen rangschlechteren Teils Eigentümergrundschild gewesen, über die nicht der Beklagte, sondern allein M. verfügen konnte (§ 1163 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Kläger kann demgemäß auf Grund der von dem Beklagten vorgenommenen Abtretung kein Recht erworben haben, da wegen seiner Kenntnis von der Nichtvalutierung der öffentliche Glaube des Grundbuchs ihm beim Erwerb nicht zur Seite stand. Auch die Abtretung des Zeugen M. an den Kläger mit notarieller Urkunde vom 26. Februar 1954 ließ, wie das Landgericht gleichfalls zutreffend darlegt, die darin genannte Eigentümergrundschild von 9 000 DM nicht auf den Kläger übergehen, da es nicht zu der hierfür nötigen Briefübergabe kam (§ 1154 BGB). Allerdings hatte, wie das Landgericht weiter ausführt, der Kläger auf Grund der Urkunde vom 26. Februar 1954 einen Anspruch auf Übergabe eines Teilbriefs, welcher Anspruch sich (RGZ 65, 62) nach Erlöschen des Grundpfandrechts (§ 91 ZVG) gegenüber dem Zeugen M. in einen Anspruch darauf verwandelte, daß M. ihm den auf den abgetretenen Teil entfallenden Betrag des Versteigerungserlöses übereignete oder duldete, daß der Kläger statt seiner als Liquidant auftrat. Dieser schuldrechtliche Anspruch machte aber den Kläger noch nicht zum Beteiligten, da zwar ein schuldrechtlicher Anspruch den

Widerspruch rechtfertigen kann, wenn der an sich dinglich Berechtigte schuldrechtlich sich verpflichtet, den auf sein Recht entfallenden Erlösanteil zu überlassen, aber der Widersprechende und Begünstigte vorher schon ein Recht am Erlös haben muß, das nur wegen der nicht ausreichenden Höhe des Erlöses nicht zum Zuge kommt (Steiner/Riedel, ZVG 6. Aufl. § 115 A 3 A - aa und cc). Hier ist jedoch zu beachten, daß mit der nicht vollendeten Abtretung der Zeuge M. dasselbe Ziel erstrebte wie der Beklagte mit der Abtretung des rangschlechteren Teils der Hypothek an den Kläger, nämlich den Übergang dieses Teilgrundpfandrechts auf den Kläger. Es liegt daher die in erster Linie dem Tatrichter obliegende Auslegung der Abtretung M. nahe, daß M. damit zugleich in etwaige Verfügungen von Nichtberechtigten einwilligte (§ 185 BGB), die zu dem auch von ihm angestrebten Ergebnis führten, wodurch die Hypothekabtretung des Beklagten als Abtretung der etwaigen Eigentümergrundschild wirksam würde. Außerdem hat aber in dem der Klage zugrundeliegenden Widerspruch vom 8. Oktober 1957 in den bereits im ersten Rechtszug zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemachten (LG Urteil S. 7) Zwangsversteigerungsakten des Notariats Bruchsal (Bl. 175) Rechtsanwalt Dr. Y. als Vertreter des Klägers ausgeführt, daß M. seine Ansprüche bezüglich der Eigentümergrundschild an den Kläger abgetreten habe, worin die vor Erlöschen des Grundpfandrechts nicht zulässige (RGZ 70, 278; 125, 367) Abtretung der Ansprüche des Zeugen M. auf den für die Grundschild bestimmten Erlösanteil läge. Dem ist der Beklagte nicht entgegengetreten. Der Kläger ist daher als Rechtsnachfolger des Beklagten Beteiligter (Steiner/Riedel, ZVG 6. Aufl. § 115 A 3 a - aa; Dassler/Schiffhauer, ZVG § 115 A 2 d; JW 1930, 725). Die Vorschrift des § 115 Abs. 3 ZVG steht dem nicht im Wege. Nach ihr kann allerdings der Vollstreckungsschuldner selbst den Widerspruch, wenn wie

hier ein Vollstreckungstitel gegen ihn vorliegt - hier vollstreckbare Urkunde - nur in der Form der Vollstreckungsgegenklage erheben. Allein es ist zwar anerkannt, daß die Zwangsvollstreckungsgegenklage auch dem zusteht, gegen den die Vollstreckungsklausel umgeschrieben worden ist (§§ 727, 795 ZPO; Baumbach/Lauterbach, ZPO 26. Aufl. § 767 Anm. 3 B). Das trifft aber hier nicht zu. Außerdem ist für das Verteilungsverfahren die Vollstreckungsgegenklage hauptsächlich insofern von Bedeutung, als der einfache Widerspruch des Schuldners nicht ausreicht, um das Verteilungsverfahren zu seinen Gunsten zu hemmen, es vielmehr einer Anordnung nach §§ 769, 795 ZPO bedarf (Reinhard-Müller, Zwangsversteigerungsgesetz - Großer Kommentar 3./4. Aufl. § 115 III 3 b). Die bedingte Verteilung hat hier aber schon über die Einstellung entschieden, und die Widerspruchsklage durch einen Dritten ähnelt der Vollstreckungsgegenklage so weitgehend (Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses 9. Aufl. § 196 IV 3; Stein/Jonas/Schönke/Pohle, ZPO 18. Aufl. § 767 I 3; Wieczorek, ZPO § 767 E I b), daß ihre Erhebung im vorliegenden Fall auf jeden Fall ausreicht, zumal da die Vollstreckungsgegenklage im selben Gerichtsstand zu erheben wäre (§ 797 Abs. 5, § 800 Abs. 1 ZPO) und § 767 Abs. 2 ZPO auf den hier vorliegenden Vollstreckungstitel nicht anwendbar ist (§ 797 Abs. IV ZPO).

Widerspruchsberechtigt ist der Kläger allerdings nur insoweit, als er den dem Beklagten im Verteilungsverfahren zugeteilten Betrag für sich in Anspruch nimmt; denn der Widersprechende muß ein eigenes, wenn auch nur mittelbares Interesse an der Planänderung haben (Dassler/Schiffhauer, ZVG § 115 A 2 a). Die Revision ist daher, ohne daß es weiterer Prüfung bedürfte, insoweit unbegründet, als der Kläger einen höheren Betrag als 7 424,13 DM anders zugeteilt haben will. Insoweit war das Rechtsmittel zurückzuweisen.

B. Die Revision erhebt Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, bei dem in der Hypothekenbestellungsurkunde vom 16. November 1953 enthaltenen Schuldanerkenntnis über 12 000 DM Darlehen handle es sich um ein selbständiges (abstraktes) Schuldanerkenntnis, durch das alle Einreden für die Zukunft ausgeschlossen seien. Der Revision ist zuzugeben, daß die Ausführungen des Berufungsgerichts nicht durchweg frei von Rechtsirrtum sind. Allerdings schließt die Angabe eines nur allgemein bezeichneten Schuldgrunds - Darlehen - die Annahme eines selbständigen Schuldanerkenntnisses nicht aus (RGZ 71, 187; 75, 301; BGB RGRK 11. Aufl. § 780 Anm. 4; Palandt, BGB 21. Aufl. § 781 Anm. 2). Nach § 812 Abs. 2 kann jedoch dem Schuldanerkenntnis die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegengehalten werden, wenn es sich um ein abstraktes Schuldanerkenntnis handelt, wie der Berufsrichter im vorliegenden Fall es für gegeben erachtet (Palandt aaO § 812 Anm. 2; RGZ 154, 389; BGB RGRK 11. Aufl. § 812 Anm. 65). Der Bereicherungsanspruch ist in solchem Fall nicht nur gegeben, wenn der Rechtsgrund für das Schuldanerkenntnis hinsichtlich seiner ganzen Höhe fehlt, sondern auch, wenn er zum Teil fehlt.

Beim Bestehen eines - vom Kläger zu beweisenden - Bereicherungsanspruchs wäre die Behauptung zu prüfen, die Hypothek habe nur zur Sicherung des im Zusammenhang mit dem Schuldanerkenntnis des Klägers vom 21. Mai 1953 dem Zeugen Magel vom Beklagten gegebenen Darlehens (5 500 DM) dienen sollen, das unstreitig schon zurückgezahlt ist (I 41, 149, 93, 356). Die Bestimmung des § 812 Abs. 2 BGB untersteht allerdings auch der Parteidisposition. Das Anerkenntnis kann so gemeint sein, daß die Schuld anerkannt werden sollte ohne Rücksicht darauf, ob sie bestehe oder nicht; dann ist auch wenn sie nicht besteht, die Kondiktion ausgeschlossen (RGR 1915 Nr. 2267;

BGB RGRK 11. Aufl. § 812 Anm. 66; § 781 Anm. 4). In gleicher Weise kann beim Vereinbarungsdarlehen (§ 607 Abs. 2 BGB) die frühere Schuld durch eine neue selbständige Verpflichtung ersetzt worden (Palandt aaO 21. Aufl. § 607 Anm. 2 c; BGB RGRK 11. Aufl. § 607 Anm. 39, 40). Hier gilt das Entsprechende für die Einwendung, daß die umgeschaffene Schuld ganz oder teilweise nicht bestanden habe. Ob diese weitgehende, den Bereicherungseinwand ausschließende Wirkung des selbständigen Schuldanerkenntnisses gewollt ist, muß durch Auslegung ermittelt werden. Das Berufungsgericht möchte einen allgemeinen Satz aufstellen, daß, wenn im Geschäftsleben ein Betrag als darlehensweise geschuldet anerkannt werde, obwohl eine Darlehensgewährung nicht erfolgt sei, die geschaffene selbständige neue Verpflichtung alle Einreden ausschließe, so daß im vorliegenden Fall davon ausgegangen werden könne, daß eine Forderung in voller Höhe von 12 000 DM dem Beklagten zugestanden habe, nämlich aus dem früheren Schuldgrund umgewandelt und soweit ein solcher nicht bestanden habe, kraft der neuen Verpflichtung aus der Hypothekenbestellungsurkunde allein. Ein derartiger Satz läßt sich jedoch nicht aufstellen, ist auch der bei Palandt, BGB 21. Aufl. § 781 Anm. 2 erwähnten Reichsgerichtsentscheidung (RGZ 152, 165) nicht zu entnehmen. Es bedarf demnach der Ermittlung des Willens des Beklagten und des Zeugen M. beim Abschluß des Schuldanerkenntnisses, um seine Tragweite im oben dargelegten Sinn festzustellen. Daran fehlt es in den Ausführungen des Berufungsgerichts infolge der irrigen Annahme einer allgemeinen Regel. Der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, von dem aus es ohne weitere Prüfung lediglich glaubt untersuchen zu müssen, ob der als bestehend angenommene rangbessere Teilbetrag von 6 000 DM erloschen sei, ist mithin rechtlich nicht einwandfrei. Inwiefern der Vortrag des Klägers über die Bedeutung der Hypothekenbestellung nach Meinung des Berufsrichters unschlüssig

sei, kann dem Berufungsurteil mangels näherer Darlegung (Berufungsurteil S. 5 Mitte) nicht entnommen werden und ist auch sonst nicht ersichtlich. Das Berufungsurteil kann schon deswegen nicht bestehen bleiben. Die Sache muß vielmehr zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Die Zurückverweisung wird dem Kläger Gelegenheit geben, die Fassung des Klageantrags dem bereits jetzt erkennbaren Sinn anzupassen, daß keine anderweitige Auszahlung des Erlöses begehrt wird, sondern mangels Entrichtung des Bargebots eine andere Zuteilung der Forderung gegen den Ersteher (§ 118 ZVG).

2. Unzutreffend ist die mit der vorhergehenden in Zusammenhang stehende Rüge der Revision, der Berufungsrichter habe im Widerspruch zu seiner Annahme einer Hypothek von 12 000 DM später selbst festgestellt, daß die ursprüngliche Forderung von 12 000 DM im Zeitpunkt der Versteigerung nicht mehr in dieser Höhe bestanden habe. Hier handelt es sich lediglich um die Abtretung des rangschlechteren Betrages von 6 000 DM an den Kläger.

C. 1. Zu den weiteren Revisionsrügen mag noch bemerkt werden: Eine Verletzung des § 286 ZPO war es nicht, wenn das Berufungsgericht den vom Kläger als Zeugen benannten Rechtsanwalt Dr. Y. nicht darauf vernommen hat, daß der Beklagte bei einer Besprechung zwischen den Parteien ausdrücklich zugegeben habe, daß die Hypothekenbestellung sich nur auf die Darlehensschuld vom Mai 1953 bezogen habe. Denn dieses bereits im ersten Rechtszug gemachte Beweisangebot war in der Berufungsinstanz nicht ausdrücklich wiederholt worden (Schriftsatz des Klägers vom 30. April 1958, I 178, und 2. November 1959 S. 17, II 49; BGHZ 35, 303). Schon deswegen liegt auch keine Verkennung der Beweislast vor, die durch das behaup-

tote außergerichtliche Geständnis, das nur ein Beweisanzeichen wäre, ohnedies nicht verändert worden wäre (Baumbach/Lauterbach, ZPO 26. Aufl. vor § 288).

2. Vom Standpunkt des Berufungsrichters aus war die von der Revision vermißte Auseinandersetzung mit der Aussage des Zeugen M■■■■, daß er auf die Hypothek selbst keine Gegenleistung erhalten habe, nicht erforderlich. Das Landgericht hat die Angabe des Zeugen als nicht zuverlässig erachtet (Urteil des Landgerichts S. 10, 11, 1, 408, 409). Das Berufungsgericht wird gegebenenfalls die Beweiswürdigung seinerseits vorzunehmen haben. Gleiches gilt für das vom Landgericht (Berufungsurteil S. 10) gewürdigte Schreiben des Rechtsanwalts Dr. Sch■■■■ vom 7. Januar 1954 (I 87 ff) an die D■■■■ GmbH, in dem der Rechtsanwalt als Bevollmächtigter des Beklagten einen Betrag von 4 179 DM angemeldet hatte, ohne, obwohl das Schreiben an die D■■■■ GmbH zu Händen des M■■■■ gerichtet war, die Hypothek zu erwähnen. Das Gesagte gilt auch für die Abtretungsurkunde vom 26. Februar 1954 - Abtretung einer angeblichen Eigentümergrundschuld von 9 000 DM aus der Hypothek an den Kläger durch M■■■■ - mit dem Bemerkten, daß dem Beklagten höchstens ein Betrag von 3 000 DM noch zustehen könne.

3. Kein Rechtsverstoß des Berufungsgerichts war es, daß es auf die Aussage des Zeugen M■■■■ vom 26. Januar 1959 (I 357 GA) nicht eingegangen ist, er habe erst zwei Jahre nach der Hypothekenbestellung dem Beklagten vorgeschlagen, sich wegen der Restforderung gegen die D■■■■ GmbH aus der Hypothek in Höhe von 2 800 bis 3 000 DM zu befriedigen. Auf diesen Vorgang hat das Berufungsgericht seine Entscheidung nicht gestützt, so daß die Frage der "Forderungsauswechslung" in diesem Zusammenhang unerörtert bleiben konnte.

4. Die Frage, ob und in welcher Form (als Bürgschaft, Schuldbeitritt) der Zeuge M. eine Schuld der D. GmbH mit übernommen hat, wird vom Berufungsrichter zu prüfen sein, wenn er die Begründung eines durch den Bereicherungseinwand nicht zu erschütternden selbständigen Schuldanerkenntnisses nicht feststellen kann. Der Umstand, daß nach dem Schriftsatz des Beklagten vom 15. Januar 1960 S. 9 ff (II 83 ff) die Zeugen M. und Ba. sich schon so aufgeführt haben, als ob sie persönlich Schuldner wären, schließt nicht aus, daß M. eine solche Verpflichtung mit der Hypothekenbestellung zugleich wirklich übernahm. Die Übernahme einer persönlichen Verpflichtung war in diesem Schriftsatz des Beklagten S. 16 (II 97) überdies behauptet worden.

5. Welche Bedeutung für die Höhe der Forderungen, die im Zwangsversteigerungsverfahren vom Beklagten geltend gemacht werden können, dem Umstand beizumessen ist, daß Rechtsanwalt Dr. Sch., der damalige Bevollmächtigte des Beklagten, der D. GmbH nur von einer Forderung von 4 179 DM geschrieben hat, wird der Berufungsrichter je nach dem Ergebnis seiner Auslegung gleichfalls noch zu prüfen haben. Dem Schuldanerkenntnis gegenüber gehen allerdings Zweifel über die Höhe der anerkannten Forderung grundsätzlich entgegen der Meinung der Revision zu Lasten des Schuldners, so daß sie sich der Kläger entgegenhalten lassen müßte.

Daß der Kläger eine Vernehmung des Beklagten als Partei im Berufungsverfahren beantragt hätte, ist im Berufungsurteil nicht festgestellt, da eine persönliche Vernehmung (S. 7) auch von Amts wegen erfolgen kann (§ 448 ZPO). Im übrigen gibt die Zurückverweisung dem Kläger Gelegenheit, den Antrag auf Parteivernehmung zu stellen und die nach seiner Ansicht

noch zu erhebenden Beweise, deren Nichterhebung die Revision ohne nähere Angabe rügt, noch zu bezeichnen.

III.

Unter entsprechender Aufhebung des Berufungsurteils war daher in der Hauptsache zu erkennen wie geschehen, wobei dem Berufungsgericht auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Hückinghaus

Schuster

Dr. Piepenbrock

Dr. Mattern

Offterdinger