

V ZR 191/57

2388 035

Verkündet
am 6. Mai 1959
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Fritz M [REDACTED] in M [REDACTED], O [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die B [REDACTED] V [REDACTED] in M [REDACTED], Ka [REDACTED] Fa [REDACTED]
Straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den Vorstand:
Dr. Wilhelm Bi [REDACTED], Wilhelm Tom D [REDACTED], Albin H [REDACTED],
Jürgen v [REDACTED] K [REDACTED], Dr. Werner Tr [REDACTED], Dr. Franz Ste [REDACTED],
Dr. Werner Te [REDACTED], Dr. Hans Christoph und Frhr. v [REDACTED]
T [REDACTED]

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 6. Mai 1959 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Freitag, Dr. Mattern
und Offerdinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts München vom 9. Okto-
ber 1957 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kaufmann Otto Ernst St[REDACTED] und der Dipl.-Ingenieur Helmut Sch[REDACTED] waren Miteigentümer des Hauses Nr. [REDACTED] an der Vi[REDACTED] Sc[REDACTED]-Straße in Mü[REDACTED]. Auf dem Dreiviertelanteil des St[REDACTED] war zugunsten des Klägers eine Zwangshypothek zu 23 510 DM eingetragen.

Mit notariellem Vertrag vom 9. Februar 1956 kaufte der Kläger von St[REDACTED] und Sch[REDACTED] das vorbezeichnete Anwesen zum Kaufpreis von 231 927 DM. Er übernahm in Anrechnung auf den Kaufpreis als alleiniger, persönlicher und dinglich haftender Schuldner die offenen Forderungen aus einer Tilgungshypothek der Städtischen Sparkasse Mü[REDACTED] zu 95 000 DM, einer Tilgungshypothek der Bayerischen Landesbodenkreditanstalt in Mü[REDACTED] zu 65 000 DM und einer Buchgrundschuld der B[REDACTED] V[REDACTED] (der Beklagten) in Mü[REDACTED] zu 60 000 DM (offene Kreditschuld 49 000 DM) mit zusammen 203 229,63 DM sowie die aus den beiden Tilgungshypotheken rückständigen Zinsen von 5 187,37 DM mit der Erklärung, daß ihm die Zins- und Zahlungsbestimmungen der übernommenen Forderungen bekannt seien. Gegen den Restkaufpreis von 23 510 DM rechnete er mit seiner Forderung aus der Zwangshypothek in gleicher Höhe auf.

Der Kläger schrieb unterm 28. Juni 1956 der Beklagten:

"Betrifft: Anwesen Vi[REDACTED] Sc[REDACTED]-Straße [REDACTED]"

Ich habe obiges Anwesen von den Herren Sch[REDACTED] und St[REDACTED] mit einer Grundschuld der B[REDACTED] V[REDACTED] in Höhe von DM 49 000 übernommen.

Nachdem Sie Herrn St[REDACTED] jetzt mit der Rückführung sehr drängen, möchte ich Ihnen den Vorschlag machen, daß ich Ihnen diese Schuld mit monatlich 5 000 DM, zahlbar jeweils am 1. des Monats, zurückzahlen werde. Wenn Sie mit meinem Vorschlag einverstanden sind, bitte ich um Ihre schriftliche Mitteilung."

- 3 -

Die Beklagte nahm mit Schreiben vom 21. Juli 1956 dieses Angebot an.

Als der Kläger keine Zahlung leistete, erhob die Beklagte im August 1956 Klage zum Landgericht München I (6 HK O 178/56) auf Zahlung eines Betrages von 10 000 DM als fällige Teilforderung der übernommenen Schuld. Der jetzige Kläger begehrte Klageabweisung und machte geltend: Die Schuldübernahme im Kaufvertrag vom 9. Februar 1956 setze nach Auffassung der Beteiligten voraus, daß er tatsächlich Eigentümer des Grundstücks Vi[REDACTED] Sc[REDACTED]-Straße werde. Nur als solcher hätte er Veranlassung, die Schulden des Grundstücks zu übernehmen und zu bezahlen. Er sei aber bis heute wegen der Schwierigkeiten hinsichtlich der Grunderwerbsteuerbefreiung nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen worden. Die Beklagte könne deshalb den Anspruch aus der Schuldübernahme erst geltend machen, wenn der Kläger als Eigentümer eingetragen sei. Mit dem auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 30. Oktober 1956 erlassenen Urteil vom 20. November 1956 verurteilte das Landgericht München I den jetzigen Kläger zur Zahlung von 10 000 DM nebst 8,5 % Zinsen seit 9. August 1956. In den Gründen des rechtskräftig gewordenen Urteils ist ausgeführt, die Schuldübernahme (§ 414 BGB) sei, wie sich aus den Urkunden ergebe, unter keinerlei Bedingungen erfolgt.

Inzwischen hatten die Beklagte mit Antrag vom 16. August 1956 die Zwangsversteigerung des Anwesens Vi[REDACTED] Sc[REDACTED]-Straße beantragt. Am 3. Dezember 1956 kam es zwischen den Parteien zu einer weiteren Vereinbarung hinsichtlich der übernommenen Schuld. Der Kläger, der inzwischen 3 000 DM bezahlt hatte, verpflichtete sich, auf die übernommene Schuld bis 5. Dezember 1956 weitere 7 000 DM



zu bezahlen. Diese Zahlung ist erfolgt. Zwischen den Parteien besteht Einigkeit darüber, daß die hiermit bezahlten 10 000 DM nicht auf die Urteilssumme, sondern auf den nicht titulierten Teil der Forderung der Beklagten anzurechnen sind. Für die Restforderung wurden monatliche Teilzahlungen ab 15. Januar 1957 vereinbart. Die Beklagte bewilligte die einstweilige Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens.

Der Kläger wurde in der Folgezeit nicht als Eigentümer des von ihm gekauften Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Das Grundstück wurde auf Betreiben der Stadtsparkasse München, die dem Zwangsversteigerungsverfahren wegen ihrer Forderung aus ihrer Tilgungshypothek beigetreten war, am 9. Januar 1957 den Eheleuten S. zu geschlagen. Die Beklagte ist mit ihrer Grundschuld nur teilweise zum Zuge gekommen. Nach dem Teilungsplan vom 13. März 1957 soll sie 6 741,24 DM auf ihre Forderung erhalten.

Der Kläger hat mit der zum Landgericht München I erhobenen Klage beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil des Landgerichts München I vom 20. November 1956 für unzulässig zu erklären.

Zur Begründung hat er insbesondere ausgeführt, durch die Zwangsvollstreckung sei die Erfüllung des Kaufvertrags vom 9. Februar 1956 unmöglich geworden, die Schuldübernahme daher gar nicht wirksam oder doch hinfällig geworden. Zudem hätten die Zusicherungen der Verkäufer, die Einnahmen des Grundstücks deckten die Ausgaben, den Tatsachen nicht entsprochen. Ihm sei auch verschwiegen worden, daß das Anwesen unter Schwammverdacht stehe. Mit Schreiben

vom 16. Februar 1957 sei er daher vom Kaufvertrag berechtigterweise zurückgetreten. Zumindest habe er einen Anspruch auf Rückzahlung von 10 000 DM aus ungerechtfertigter Bereicherung gegen die Beklagte.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt mit der Begründung, es handele sich teilweise um Einwendungen, die nach § 767 Abs. 2 ZPO unzulässig seien, im übrigen liege aber jedenfalls eine wirksame unbedingte Schuldübernahme vor, die auch ihre Kraft nicht nachträglich verloren habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt er seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht führt aus:

1. Mit dem Einwand, die von der Beklagten erteilte Genehmigung der Schuldübernahme sei nicht wirksam geworden, weil sie an die Bedingung geknüpft gewesen sei, daß der Kläger als Grundeigentümer eingetragen worden sei, sei der Kläger wegen § 767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen; denn auf den mangelnden Eintritt der Bedingung habe er sich im Vorprozeß berufen. Der Unterschied im Sachverhalt liege nur darin, daß nun die behauptete Bedingung überhaupt nicht mehr eintreten könne. Dadurch werde aber die rechthemmende Einwendung keine neue, nach der damaligen letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozeß entstandene.

2. Selbst wenn die genannte Einwendung aber zulässig wäre, würde sie nicht durchschlagen, da nach der höchst-richterlichen Rechtsprechung die Genehmigung der Schuld-übernahme nur im Zweifel durch Eintragung des Übernehmers als Eigentümer des Grundstücks, das für die Forderung haf-tet, bedingt sei. Hier habe aber der Kläger offensichtlich, um die Beklagte zu bewegen, mit ihrer Forderung stillzuhal-ten und die Zwangsversteigerung des Anwesens nicht zu be-treiben, Zahlungsvorschläge als neuer Schuldner übermittelt, obwohl er noch nicht als Eigentümer eingetragen gewesen sei, und habe sogar unwiderruflich den Auftrag erteilt, die Schuld zu Lasten seines Kontos bei der Beklagten abzu-decken, was freilich mangels Deckung nicht habe durchgeführt werden können. Auch in der Zahlungsvereinbarung vom 3. De-zember 1956 habe die Beklagte neue Zugeständnisse gemacht, und der Kläger habe auf Grund dieser Vereinbarung 10 000 DM bezahlt, obwohl er gewußt habe, daß er noch nicht Eigentümer sei. Selbst wenn die Genehmigung vom 21. Juli 1956 noch bedingt gewesen wäre, müßte in der neuen Vereinbarung vom Dezember 1957 nach der gerichtlichen Aufwerfung der Frage, ob die Wirksamkeit der Schuldübernahme von der Eintragung des Klägers als Grundstückseigentümer abhängig sei, eine Einigung dahin erblickt werden, daß die Genehmigung be-dingungslos erteilt sein solle.

3. Selbst wenn aber die Bedingung bestanden hätte, erwägt das Berufungsgericht weiter, könne sich der Kläger auf den Ausfall der Bedingung nicht berufen (§ 162 Abs. 1 BGB), da er im Kaufvertrag erklärt habe, die Zins- und Zahlungsbestimmungen der übernommenen Forderungen seien ihm bekannt und er daher mit der Behauptung, das sei nicht richtig, nicht gehört werden könne. Außerdem habe er auch selbst vorgetragen, daß ihm die Haus- und damit Bankunter-lagen schon am 27. Februar 1956 übergeben worden seien.

Er hätte also nur die aus rückständigen und fällig werden-
den Annuitäten zu bezahlen brauchen um eine Kündigung des
Kapitals zu vermeiden. Ob die Städtische Sparkasse die Ge-
nehmigung der Schuldübernahme von der Rückzahlung eines
Teils des Kapitals abhängig gemacht habe, wie der Kläger
behauptete, sei belanglos, weil die Verweigerung der Schuld-
übernahme er nicht schlechter gestellt gewesen wäre. Er
habe es also zu vertreten, wenn durch seinen Zahlungsver-
zug der Eintritt der Bedingung vereitelt worden sei, indem
die Sparkasse das Grundstück zur Zwangsversteigerung ge-
bracht habe.

4. Auch der Einwand des Klägers, sein Rücktritt vom
Vertrag habe die Schuldübernahme hinfällig gemacht, greife
nicht durch. Aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegen-
den Rechtsverhältnis zwischen dem Schuldübernehmer und dem
bisherigen Schuldner könne der Übernehmer dem Gläubiger
gegenüber grundsätzlich Einwendungen nicht herleiten. Die
nachträgliche Unmöglichkeit des Eigentumsübergangs lasse
den Kaufvertrag gültig bestehen, es sei lediglich der Käu-
fer zum Rücktritt nach § 325 BGB berechtigt. Der Kläger
sei aber gar nicht berechtigt gewesen, vom Vertrage zurück-
zutreten. Die Verkäufer hätten nämlich im Kaufvertrag die
Auflassung erklärt und alle zur Eintragung des Klägers er-
forderliche Erklärungen abgegeben. Der Kläger dagegen sei
seiner aus dem Kaufvertrag fließenden Pflicht, die der
neuen Sparkasse geschuldeten Leistungen kraft Erfüllungs-
übernahme (§ 415 Abs. 3 BGB) zu erbringen, nicht nachgekom-
men und habe daher die Unmöglichkeit der Übereignung zu
vertreten, während für einen Rücktritt eine von den Ver-
käufern verschuldete Unmöglichkeit notwendig gewesen wäre.
Auch ein Rücktrittsgrund aus § 242 BGB sei nicht ersicht-
lich.

Anfechtung des Kaufvertrages würde allerdings bei Annahme eines untrennbaren Zusammenhangs zwischen Grundgeschäft und Schuldübernahme bei Grundstücksverkäufen auch zur Vernichtung der Schuldübernahme führen müssen (§ 139 BGB). Der Kläger habe aber einen etwaigen Irrtum oder eine arglistige Täuschung, die ihn zur Anfechtung berechtigen würden, schon vor der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses gekannt. Das allein als Rücktritt in Frage kommende Schreiben des Klägers an die Verkäufer vom 16. Februar 1957 liege allerdings erst nach dieser Verhandlung. Für den Ausschluß der Einwendung im Verfahren auf Vollstreckungsgegenklage genüge es jedoch, daß zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung schon die Möglichkeit der Anfechtung bestanden habe, selbst wenn sie dem Schuldner noch nicht bekannt gewesen sei.

5. Da die Schuldübernahme zu Recht bestehe, könne der Kläger gegen die Beklagte auch keine Bereicherungsansprüche nach § 812 BGB geltend machen

II.

Die Revision bekämpft die Ausführungen des Berufungsgerichts als rechtsirrig und auf Prozeßverstoß beruhend. Die Würdigung der Revisionsangriffe ergibt:

1. Bei der Vollstreckungsgegenklage sind Einwendungen, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch betreffen, nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluß der mündlichen Verhandlung entstanden sind, in der sie nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung spätestens hätten geltend gemacht werden müssen. Hier ist der maßgebende Zeitpunkt die dem Urteil des Landgerichts München I vom 20. November 1956 zugrunde

liegende mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1956.

Die Revision erkennt an, daß die genannte Gesetzesvorschrift es dem Kläger verwehrt, im gegenwärtigen Rechtsstreit den Einwand vorzubringen, die Schuldübernahme sei nur unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Klägers als Grundstückseigentümers zustande gekommen. Sie hält jedoch den Einwand der auflösenden Bedingung für zulässig dahingehend, daß die Schuldübernahme habe wirkungslos werden sollen, wenn sich infolge der Zwangsversteigerung des Kaufgrundstücks endgültig herausgestellt habe, daß der Kläger nicht mehr Eigentümer des Grundstücks werden könne. In der Tat steht insoweit § 767 Abs. 2 ZPO nicht im Wege, ebensowenig die Rechtskraft des Urteils vom 20. November 1956. Die auflösende Bedingung ist erst nach dem maßgebenden Zeitpunkt eingetreten, nämlich mit dem Zuschlag vom 9. Januar 1957. Daß die entsprechende Vereinbarung vor jener mündlichen Verhandlung läge, ist ohne Bedeutung; denn den Einwand der auflösenden Bedingung konnte der Kläger im Vorprozeß nicht mit Erfolg geltend machen.

Wie die Revisionsbeantwortung richtig ausführt, scheitert jedoch die Rüge der Revision schon daran, daß es sich bei der Behauptung der auflösenden Bedingung, die das Berufungsgericht zu Unrecht nicht berücksichtigt haben soll, um eine erst in der Revisionsinstanz gebrachte neue Behauptung handelt (§ 561 ZPO).

Der Kläger setzt sich mit dieser Behauptung noch in Widerspruch zu seiner Vorbringung im Vorprozeß, die dahin ging, die Schuldübernahme sei nicht wirksam, weil noch ungewiß sei, ob er wirklich Eigentümer werde, war als Einwand einer aufschiebenden Bedingung zu deuten war.

Aber auch wenn man dem Vorbringen des Klägers in der Tatsacheninstanz etwa seiner Berufung auf den Rücktritt als einen Umstand, der die Verpflichtung des Klägers auch gegenüber der Beklagten beende, eine entsprechende tatsächliche Behauptung entnehmen wollte, wäre die Revisionsrüge doch nicht begründet.

Das Berufungsgericht hat - insofern irrt die Revision - nicht verkannt, daß in der Regel ein enger Zusammenhang zwischen der Übernahme einer durch Grundpfandrecht an einem Grundstück gesicherten Forderung und dem Erwerb dieses Grundstücks besteht (RGZ 58, 385, 386; RG HRR 1933 Nr. 1415). Es legt jedoch mit eingehender Begründung dar, warum die Genehmigung der Beklagten zur Schuldübernahme nicht als durch die Eintragung des Klägers als Eigentümer bedingt erteilt worden sei, sondern unbedingt. Das Berufungsgericht stellt dabei insbesondere fest, daß die Beklagte für die Verpflichtung des Klägers, die Schuld zu übernehmen und bestimmte Zahlungen darauf zu leisten, dem Kläger als neuem Schuldner Stundung gewährt habe. Bei dieser Sachlage kann nicht angenommen werden, daß die getroffene Regelung durch eine auflösende Bedingung sollte überhaupt rückgängig gemacht werden können. Die Abmachung zwischen dem Kläger und der Beklagten war als ein bedingungsfreier Vertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten zu deuten, der unabhängig von der Schuldübernahme zwischen den Verkäufern und dem Kläger Geltung haben sollten. Von einer Schuldübernahme dieser Art (§ 414 BGB) ist auch das Gericht im Vorprozeß ausgegangen. Bei einer solchen Schuldübernahme berührt die Entwicklung der schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem alten und dem neuen Schuldner die Wirksamkeit des Vertrags zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner nicht, ohne daß auf § 417 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden müßte.

2. Der Kläger hat im ersten Rechtszug dieses Prozesses - Schriftsatz vom 6. April 1957 S. 5 - erklärt, die Beklagte sei hinsichtlich der bereits gezahlten 10 000 DM ungerechtfertigt bereichert und zur Herausgabe dieses Betrages an ihn nach § 812 BGB verpflichtet. Im zweiten Rechtszug - Schriftsatz vom 13. Juni 1957 S. 6 - hat der Kläger seine Ausführungen im ersten Rechtszug durch Bezugnahme wiederholt. Die Revision ist der Meinung, die Berufung des Klägers auf seine Zahlungen enthalte die Aufrechnung mit seinem Anspruch auf Rückzahlung des Betrages von 10 000 DM gegenüber dem im Urteil des Vorprozesses zuerkannten Anspruch. Für den Fall, daß keine Aufrechnung vorgelegen habe, rügt die Revision Verletzung des § 139 ZPO, auf Grund dessen das Berufungsgericht insoweit bestehende Zweifel hätte aufklären müssen.

Die angeführten Erklärungen des Klägers enthalten keine Aufrechnung. Diese muß zwar nicht ausdrücklich erklärt werden, aber angesichts der damaligen Prozeßlage kann bei einem Rechtskundigen aus derart unbestimmter Ausdrucksweise auf Aufrechnung nicht geschlossen werden. Es wäre vielmehr, wenn ein entsprechender Wille vorhanden war, eine klare Formulierung zu erwarten gewesen. Die Frage, ob das Berufungsgericht nach § 139 ZPO auf eine derartige materielle Wirkung und auslösende Willenserklärung hätte hinwirken müssen, kann offenbleiben, weil die Aufrechnung nicht geeignet gewesen wäre, der Klage zum Erfolg zu verhelfen.

In der Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Beklagten vom 3. Dezember 1956 ist die Beklagte dem Kläger insbesondere durch Verzicht auf Aufrechnung in bestimmtem Umfang und durch Bewilligung der Einstellung der Zwangsversteigerung entgegengekommen. Bei der Zahlung der 7 000 DM

auf Grund dieser Vereinbarung war das auf der Annahme unbedingter Schuldübernahme beruhende Urteil im Vorprozeß ergangen. Zutreffend hat unter diesen Umständen das Berufungsgericht eine bedingte Genehmigung der Schuldübernahme verneint. Es handelte sich vielmehr sogar um einen endgültigen Schuldübernahmevertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten, der von dem Vollzug des Grundstücksverkaufs und seiner Wirksamkeit unabhängig sein sollte. Die ganze Formulierung der im Schreiben der Beklagten vom 3. Dezember 1956 wiedergegebenen Vereinbarung schließt die rechtliche Möglichkeit, die Beklagte sollte zur Rückzahlung geleisteter Raten des Klägers verpflichtet sein, wenn sich die Unmöglichkeit, das Grundstück zu erwerben, für diesen herausstellen sollte, schlechterdings aus.

3. Da eine bloß bedingte Schuldübernahme nach dem oben Gesagten nicht vorliegt, kann dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des Berufungsgerichts rechtlich einwandfrei ist, der Kläger könne sich auf den Ausfall einer etwaigen Bedingung überdies nicht berufen, weil er die Zwangsversteigerung durch Verletzung seiner Pflicht, die auf dem Grundstück ruhenden Verpflichtungen zu erfüllen, herbeigeführt habe.

4. Soweit aus einem Sachverhalt gegen einen Anspruch eine Einwendung erhoben werden kann, jedoch erst auf Grund einer Willenserklärung wie etwa im Fall der Aufrechnung oder Anfechtung, ist es streitig, ob diese Einwendung für die Vollstreckungsgegenklage schon dann ausgeschlossen ist, wenn der Sachverhalt gegeben war, der zu der Willenserklärung berechtigte (so das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung RGZ 64, 228; JW 1913, 103 = WarnRspr 1913 Nr. 31 und öfter), eine Auffassung, der für die Aufrechnung auch der Bundesgerichtshof beigetreten ist (BGHZ 3, 97, 98),

oder ob es auf den Zeitpunkt der Willenserklärung ankommt derart, daß eine erst nach der maßgebenden Tatsachenverhandlung abgegebene Willenserklärung die Vollstreckungsgegenklage eröffnet (Wieczorek, ZPO § 767 D III b 2, 3; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 7. Aufl. § 183 III 2 a S. 922). Das Berufungsgericht folgt einer Mittelmeinung, die für den Ausschluß wenigstens die vor der letzten mündlichen Verhandlung liegenden Kenntnis des Vollstreckungsschuldners von dem Aufrechnungs- oder Anfechtungstatbestand für den Ausschluß im Verfahren der Vollstreckungsgegenklage fordert (Stein/Jonas/Schönke, ZPO 18. Aufl. § 767 II 2 c; OLG Stuttgart NJW 1955, 1562).

Zu der Streitfrage braucht jedoch nicht Stellung genommen zu werden, da, wie dargetan, zwischen dem Kläger und der Beklagten ein Schuldübernahmevertrag nach § 414 BGB vorliegt und die Anfechtung nur dazu führen könnte, die Schuldübernahmevereinbarung des Klägers und der Verkäufer unmittelbar oder über § 139 BGB als durch Anfechtung nichtig geworden anzusehen.

5. Fehl geht endlich auch der Angriff der Revision, der im Zwangsversteigerungsverfahren auf die Grundschuld der Beklagten zugeteilte Betrag hätte vom Berufungsgericht nach § 366 BGB auf die hier streitige Urteilssumme verrechnet werden müssen, da diese Forderung der Beklagten dem Kläger lästiger gewesen seien. Auf diesen Umstand (größere Lästigkeit) kommt es für die Reihenfolge des § 366 BGB erst an, wenn die in Frage kommenden Forderungen dem Gläubiger gleiche Sicherheit bieten. Das ist hier nicht der Fall, da die nicht rechtskräftig zuerkannte Forderung dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet.

Sie verjährt früher (BGH Urteil vom 27. Mai 1957 - II ZR 319/55 -, NJW 1957, 1314).

III.

Nach alledem erweisen sich die Angriffe der Revision als unbegründet. Das Rechtsmittel war, da auch im übrigen sachlich-rechtliche Irrtümer des Berufungsgerichts nicht ersichtlich sind, mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Schuster

Bundesrichter Dr. Freitag
ist, weil beurlaubt und
ortsabwesend, an der Unter-
schrift verhindert.

Dr. Augustin

Dr. Mattern

Offterdinger