

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

ZPO §§ 767 Abs. 1, 727, 731; BGB §§ 387, 242 (Cd)

- a) Hat der im Vollstreckungstitel ausgewiesene Gläubiger die titulierte Forderung auf einen Dritten übertragen, so kann die Vollstreckungsabwehrklage (auch) gegen den Dritten gerichtet werden, wenn von ihm die Vollstreckung droht.
- b) Von einem Rechtsnachfolger des im Vollstreckungstitel ausgewiesenen Gläubigers droht die Vollstreckung nur, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ihm eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden könnte.
- c) Bei einer Einzelrechtsnachfolge darf die Vollstreckungsklausel auf den Namen des neuen Anspruchsinhabers nur erteilt werden, wenn die Rechtsnachfolge im Falle eines im Klageverfahren erstrittenen Titels nach Eintritt der Rechtshängigkeit und bei sonstigen Titeln, denen keine Rechtshängigkeit des vollstreckbaren Anspruchs vorausgegangen ist, frühestens nach deren Errichtung stattgefunden hat.
- d) Der Titelgläubiger bleibt trotz Abtretung des titulierten Anspruchs aktiv legitimiert, den Anspruch im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, wenn er materiell-rechtlich aufgrund einer Einziehungsermächtigung befugt ist, weiterhin Leistung an sich zu verlangen.
- e) Behält sich der Schuldner beim Abschluß eines Vergleiches, in dem er sich zur Zahlung verpflichtet, nicht die Aufrechnung mit einer Gegenforderung vor, die er sich zu diesem Zweck beschafft hat, und gibt er auch sonstwie dem Gläubiger gegenüber nicht zu erkennen, daß er im Besitz eines aufrechenbaren Gegenanspruches ist, verstößt die später dennoch erklärte Aufrechnung gegen Treu und Glauben und ist daher unzulässig.

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VIII ZR 218/91

Verkündet am:
9. Dezember 1992
Zöller
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1992 durch den Vorsitzenden Richter Wolf und die Richter Dr. Paulusch, Groß, Dr. Hübsch und Ball

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden die Urteile des 18a Zivilsenats in Freiburg des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 3. September 1991 und der 2. Zivilkammer des Landgerichts Waldshut-Tiengen vom 26. Oktober 1989 geändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Der Zweitbeklagte war Geschäftsführer der Firma E.-M. GmbH. Für einen dieser von der Volksbank W. gewährten und mit Schreiben vom 28. Juli 1988 zum 8. August 1988 rückzahlbar gestellten Kredit hatte er sich bis zur Höhe von 100.000 DM selbstschuldnerisch verbürgt. Die GmbH kündigte das Dienstverhältnis mit dem Zweitbeklagten fristlos. Kurze Zeit danach wurde im August 1988 über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet. Sie ist im Zuge dieses Verfahrens von der Klägerin übernommen worden.

Der Zweitbeklagte strengte gegen den Konkursverwalter zwei Prozesse an, in denen er im wesentlichen die Feststellung begehrte, daß sein Dienstverhältnis mit der Gemeinschuldnerin nicht durch die fristlose Kündigung aufgelöst worden sei. Außerdem erhob er Klage gegen die Klägerin mit dem Ziel festzustellen, daß diese in das zwischen ihm und der Gemeinschuldnerin bestehende Dienstverhältnis mit allen Rechten und Pflichten eingetreten sei. Es kam zu außergerichtlichen Verhandlungen zwischen den damaligen Prozeßparteien. Mit Anwaltsschreiben vom 28. März 1989 ließ der Zweitbeklagte einen Vergleichsvorschlag unterbreiten. Rechtsanwalt N., der damals den Konkursverwalter und die Klägerin vertrat, nahm ihn mit Schreiben vom 2. Mai 1989 an. Mit Anwaltsschreiben vom 5. Mai 1989 wies die Erstbeklagte die Klägerin unter Beifügung der entsprechenden privatschriftlichen Urkunden darauf hin, daß ihr der Zweitbeklagte bereits am 23. September 1988 und 18. Januar 1989 seine Ansprüche gegen die Klägerin abgetreten habe. Gleich-

zeitig forderte sie diese auf, die im Vergleichsvorschlag vorgesehene Abfindung des Zweitbeklagten in Höhe von 70.000 DM an sie zu zahlen. Durch Schreiben vom 12. Mai 1989 erklärte die Klägerin daraufhin gegenüber der Erstbeklagten die Aufrechnung mit einer Forderung gegen den Zweitbeklagten "aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft", die ihr von der Volksbank W. abgetreten worden sei.

Am 8. Juni 1989 wurden die vom Zweitbeklagten gegen den Konkursverwalter und die Klägerin geführten Prozesse durch einen - dem im Schreiben des Zweitbeklagten vom 28. März 1989 enthaltenen Vergleichsvorschlag inhaltlich voll entsprechenden - gerichtlichen Vergleich beendet, an dem sich der Zweitbeklagte, der Konkursverwalter und die Klägerin beteiligten. Er hat folgenden Wortlaut:

"1. Die Parteien sind sich darüber einig, daß das Dienstverhältnis mit dem Kläger (= jetziger Zweitbeklagter) aufgrund betriebsbedingter ordentlicher Kündigung des Konkursverwalters über das Vermögen der Firma E., ..., zum 30.09.1988 unter Gewährung unbezahlten Urlaubs ab dem 09.08.1988 beendet worden ist.

2. Die K. M. GmbH (= jetzige Klägerin) zahlt an den Kläger eine Abfindung von 70.000,00 DM (in Worten: Deutsche Mark siebenzigtausend) für den Verlust des Arbeitsplatzes - davon 24.000,00 DM brutto = netto gemäß § 3 Nr. 9 EStG.

3. Der ... Konkursverwalter ... verpflichtet sich zur Rücknahme der Einwendungen, die er im Verfahren auf Gewährung von Konkursausfallgeld gegenüber dem Arbeitsamt L. geltend gemacht hat (insbesondere gemäß Verdienstbescheinigung vom 17.11.1988) bei gleichzeitiger Vorlage einer

korrigierten Verdienstbescheinigung gemäß Muster.

4. Ferner verpflichtet sich der ... Konkursverwalter ... zur Ausstellung einer Arbeitsbescheinigung, die die Dauer der Tätigkeit des R... K... (= jetziger Zweitbeklagter) für die Firma E. GmbH ausweist.

5. Mit der Vergleichserfüllung sind sämtliche wechselseitigen, in den Rechtsstreiten geltend gemachten Ansprüche abgegolten und erledigt.

6. Die Kosten des Rechtsstreits in allen Verfahren werden gegeneinander aufgehoben."

Mit der Behauptung, die Volksbank W. habe ihr im Februar 1989 die durch Bürgschaft des Zweitbeklagten gesicherte Kreditforderung gegen die Gemeinschuldnerin in Höhe von 100.000 DM abgetreten, mit der sie wirksam gegen den titulierten Anspruch aufgerechnet habe, hat die Klägerin gegen die Beklagten Vollstreckungsabwehrklage mit dem Antrag erhoben, die Zwangsvollstreckung aus Nr. 2 des vollstreckbaren Vergleichs vom 8. Juni 1989 für unzulässig zu erklären. Sie hat eine Urkunde vom 12. April 1989 vorgelegt, die nach ihrem Vorbringen den mündlichen Abtretungsvorgang dokumentiert und wie folgt lautet:

"1) Zur Sicherstellung aller bestehenden und künftigen Ansprüche aus Geschäftsverbindungen der Volksbank ... gegen Firma E. M. GmbH ... hat Herr R... K... (= jetziger Zweitbeklagter) ... am 21.02.1985 eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag von DM 100.000 ... übernommen.

2) Die Volksbank ... tritt ihre Ansprüche aus der vorbezeichneten Bürgschaft ab an die Firma K... M... (= jetzige Klägerin)"

Das Landgericht hat der Klage nach einer Beweisaufnahme stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgen die Beklagten ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, es sei bewiesen, daß die Volksbank W. der Klägerin eine durch die Bürgschaft des Zweitbeklagten gesicherte Teilkreditforderung in Höhe von 100.000 DM gegen die Gemeinschuldnerin abgetreten habe, obwohl in der Abtretungsurkunde nur die Bürgschaftsforderung erwähnt sei. Der Zeuge M. habe den Inhalt der Abtretungsurkunde vom 12. April 1989, das Anschreiben der Volksbank W. vom gleichen Tag und die (Abtretungs-)Annahmeerklärung vom 13. April 1989 erläutert. Er habe insbesondere angegeben, daß die Schriftstücke nicht nachträglich gefertigt worden seien. Diese Angaben des Zeugen seien glaubwürdig. Da zum damaligen Zeitpunkt zwischen dem Zweitbeklagten und der Klägerin bzw. dem Konkursverwalter bereits Verhandlungen zur vergleichswisen Erledigung der anhängigen Prozesse geführt worden seien, sei es naheliegend, daß die Klägerin und die Volksbank W., die über gute geschäftliche Beziehungen verfügt hätten, Wert darauf gelegt hätten, eine Abtretung auch schriftlich zu dokumentieren, zumal dann, wenn Hintergrund der Übertragung gewesen sei,

der Volksbank Zugriffsmöglichkeiten auf Vermögen des Zweitbeklagten zu gewähren, die sie ohne Abtretung nicht gehabt hätte. Daß derartige Überlegungen der Abtretung zugrunde gelegen hätten, ergebe sich aus dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beklagten, schon in der Gläubigerversammlung vom 10. Januar 1989 sei darüber gesprochen worden, daß die Volksbank W. erwäge, zur Aufrechnung geeignete Gegenforderungen an den Konkursverwalter abzutreten.

Die abgetretene Hauptforderung und damit auch die Bürgschaftsforderung seien spätestens im Zeitpunkt der Abtretung fällig gewesen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ergebe sich aus der Bürgschaftsurkunde kein Abtretungsverbot. Die Abtretung sei auch nicht treuwidrig gewesen. Mit der somit wirksam abgetretenen Forderung habe die Klägerin gegen die titulierte Forderung aus dem Prozeßvergleich mit Erfolg aufgerechnet. Die Aufrechnung sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil sich die Klägerin ihre Geltendmachung nicht beim Abschluß des Vergleiches vorbehalten habe. Auf die entsprechende Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs könnten sich die Beklagten unabhängig davon, ob - was das Berufungsgericht als zwischen den Parteien streitig bezeichnet - der Vergleich materiell-rechtlich bereits am 2. Mai 1989 oder erst mit der Protokollierung am 8. Juni 1989 zustande gekommen sei, nicht berufen. Letzterenfalls sei ihnen die beabsichtigte Aufrechnung durch die Erklärung der Klägerin vom 12. Mai 1989 bekannt gewesen. Im ersten Fall müsse sich der Zweitbeklagte entgegenhalten lassen, daß er dem Umstand, mit einer Gegenforderung konfrontiert zu werden, selbst keine maßgebende Bedeutung beigemessen habe. Er habe nämlich ungeachtet der am

12. Mai 1989 erklärten Aufrechnung Wert darauf gelegt, seine Rechtsstellung gegenüber der Klägerin durch die Protokollierung des Vergleiches zu verbessern, so daß es nicht treuwidrig sei, wenn die Klägerin nunmehr auf einer Aufrechnung bestehe, deretwegen schon in der Zeit zwischen Abschluß des materiell-rechtlichen Vergleichs und dessen Protokollierung gestritten worden sei. Der dem Zweitbeklagten im Vergleich für den Verlust des Arbeitsplatzes zugebilligte Abfindungsanspruch unterfalle auch nicht dem Aufrechnungsverbot des § 394 BGB. Ein solcher Abfindungsanspruch sei nach § 850 i ZPO nur unpfändbar und damit der Aufrechnung entzogen, soweit das Vollstreckungsgericht eine Pfändungsbeschränkung angeordnet habe. Daran fehle es hier. Schließlich seien die Voraussetzungen des § 406 BGB erfüllt, weil die Klägerin erst durch das Schreiben des Prozeßbevollmächtigten der Erstbeklagten vom 5. Mai 1989 erfahren habe, daß der Abfindungsanspruch des Zweitbeklagten an diese abgetreten worden sei.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung weder in entscheidenden Punkten ihrer Begründung noch im Ergebnis stand. Die von der Klägerin erhobene Vollstreckungsabwehrklage ist nicht begründet.

1. Gegenüber der Erstbeklagten scheitert sie bereits an deren fehlender Passivlegitimation. Der richtige Beklagte bei der Vollstreckungsabwehrklage ist der Vollstreckungsgläubiger. Das ist grundsätzlich der im Titel oder in der Vollstreckungsklausel als Gläubiger Benannte (vgl. Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 20. Aufl., § 767 Rdnr. 10; Baum-

bach/Hartmann, ZPO, 51. Aufl., § 767 Rdnr. 40; BGHZ 92, 347, 348). Beides trifft hier auf die Erstbeklagte nicht zu.

Allerdings kann die Vollstreckungsabwehrklage, sofern der im Titel oder in der Klausel ausgewiesene Gläubiger die titulierte Forderung auf einen Dritten übertragen hat und daher nicht mehr Inhaber derselben ist, (auch) gegen den tatsächlich Berechtigten gerichtet werden, falls von ihm die Vollstreckung droht (vgl. Stein/Jonas/Münzberg aaO; OLG Celle, Nds.Rpfl. 1963, 37). Diese Gefahr besteht indessen nur, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen ihm eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden könnte (Wieczorek, ZPO, 2. Aufl., § 767 Anm. E II a; Baumbach/Hartmann aaO; vgl. auch OLG Celle aaO). Daran fehlt es hier.

a) Da die Erstbeklagte im Wege der Einzelrechtsnachfolge Inhaberin des in dem gerichtlichen Vergleich ausgewiesenen Abfindungsanspruches geworden ist, käme die Erteilung einer Vollstreckungsklausel (§ 725 ZPO) auf ihren Namen lediglich in Anwendung der §§ 795, 727, 731 ZPO in Betracht. Danach ist eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des in dem Titel bezeichneten Gläubigers zu erteilen, wenn die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird (§§ 795, 727 ZPO) oder, wenn diese Nachweismöglichkeit nicht besteht, aufgrund eines Urteils, das auf die Klage des Gläubigers hin feststellt, daß die Klausel zu erteilen ist (§§ 795, 731 ZPO). In beiden Fällen ist jedoch Voraussetzung für den Erfolg des Begeh-

rens, daß die Rechtsnachfolge nach einem bestimmten Zeitpunkt stattgefunden hat. Ist der Vollstreckungstitel im Klageverfahren erstritten, muß der Wechsel der Anspruchsinhaberschaft nach Eintritt der Rechtshängigkeit des Anspruchs erfolgt sein. Bei Vollstreckungstiteln, etwa den vollstreckbaren Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, denen keine Rechtshängigkeit vorausgegangen ist, ist maßgebender Zeitpunkt frühestens der ihrer Errichtung (Zöllner/Stöber, ZPO, 17. Aufl., § 727 Rdnr. 19; MünchKomm-ZPO-Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 7; AK-ZPO-Deppe-Hilgenberg, § 727 Rdnr. 10). Gleiches gilt bei einem gerichtlichen Vergleich jedenfalls dann, wenn der in ihm geregelte vollstreckbare Anspruch nicht Gegenstand des Rechtsstreits war, der durch den Vergleich beendet wurde. So liegt es hier. Den Abfindungsanspruch hatte der Zweitbeklagte in keinem der drei Prozesse geltend gemacht, die durch den Vergleich ihren Abschluß gefunden haben.

b) Die Möglichkeit der Erteilung einer Vollstreckungsklausel für die Erstbeklagte und damit auch die Gefahr einer von ihr betreibbaren Vollstreckung aus dem gerichtlichen Vergleich scheiden daher aus, wenn die Erstbeklagte die Forderung schon vor der Protokollierung des gerichtlichen Vergleiches erworben hat. Das ist der Fall.

Der Rechtserwerb der Erstbeklagten aufgrund der im voraus vereinbarten Abtretung vom 23. September 1988 bzw. 18. Januar 1989 vollendete sich mit der Entstehung des Abfindungsanspruchs (vgl. BGHZ 88, 205, 206 f). Entstanden ist ein Abfindungsanspruch, der - wie hier - für den Verlust des Arbeitsplatzes gewährt wird (vgl. §§ 14 Abs. 2, 9

KSchG), sobald er durch Richterspruch oder durch vertragliche Vereinbarung zwischen dem Dienstberechtigten und -verpflichteten im Zusammenhang mit der Auflösung des Dienst-(Arbeits-)Verhältnisses begründet wird (vgl. BAG, DB 1971, 1531 und 1980, 358, 359). Das ist hier nicht erst mit dem Abschluß des gerichtlichen Vergleiches vom 8. Juni 1989, sondern bereits im Mai 1989 geschehen.

Das Berufungsgericht hat es allerdings im Tatbestand des angefochtenen Urteils als zwischen den Parteien streitig bezeichnet, ob materiell-rechtlich schon am 2. Mai 1989 eine Einigung im Sinne des späteren Prozeßvergleichs erzielt worden sei, und deshalb - als unerheblich - offengelassen, ob der Vergleich bereits zu diesem Zeitpunkt oder erst mit der Protokollierung am 8. Juni 1989 zustande gekommen ist. Das hindert das Revisionsgericht indessen nicht daran, diese Frage abschließend zu beurteilen.

aa) Bei dem, was das Berufungsgericht hier trotz der entgegenstehenden übereinstimmenden schriftsätzlichen Ausführungen der Parteien als streitig angesehen hat, handelt es sich um eine Rechtsfrage, auf die sich die Beweiskraft des Tatbestandes (§ 314 ZPO) nicht erstreckt. Die Erklärungen, welche die Beteiligten im Rahmen ihrer außergerichtlichen Verhandlungen mit dem Ziel eines Vergleichsabschlusses abgegeben haben, sind ihrerseits unstreitig. Daher kann die vom Berufungsgericht als streitig bezeichnete Erzielung einer Einigung nur noch die rechtliche Einordnung der Erklärungen und den aus ihnen zu ziehenden Rechtsfolgeschluß betreffen.

der Klägerin schon mit Schreiben vom 12. Mai 1989 erklärte Aufrechnung griff aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht durch.

Dabei kann offenbleiben, ob die Klägerin durch die in der Urkunde vom 12. April 1989 dokumentierte Abtretung überhaupt eine zur Aufrechnung geeignete Forderung gegen den Zweitbeklagten erlangt hat. Selbst wenn die Abtretungsvereinbarung entgegen ihrem Wortlaut nicht lediglich die Bürgschaftsforderung der Volksbank W. gegen den Zweitbeklagten, sondern, was das Berufungsgericht - mit allerdings nicht bedenkenfreier und von der Revision mit beachtlichen Argumenten angegriffener Begründung - bejaht hat, auch die durch die Bürgschaft gesicherte Hauptforderung gegen die Gemeinschuldnerin erfaßt haben sollte und deshalb wirksam wäre (vgl. BGHZ 115, 177, 180 m.w.Nachw.), müßte der erklärten Aufrechnung die Wirksamkeit versagt werden.

Ihr steht entgegen, daß die Klägerin sich beim Abschluß des Vergleiches im Mai 1989, in dem sie sich zur Zahlung an den Zweitbeklagten verpflichtete, die Aufrechnung mit der Gegenforderung, die sie sich zuvor von der Volksbank W. hatte abtreten lassen, nicht vorbehalten oder sonstwie zu erkennen gegeben hat, daß sie im Besitz einer Gegenforderung sei (vgl. BGH, Urteil vom 29. Mai 1980 - IX ZR 41/77 = LM § 387 BGB Nr. 63; RGZ 121, 177, 179; Palandt/Heinrichs, BGB, 51. Aufl., § 387 Rdnr. 15). Ein solches Verhalten widerspricht dem Grundsatz von Treu und Glauben und macht die im nachhinein dennoch erklärte Aufrechnung unzulässig. Das gilt hier jedenfalls deshalb, weil sich die Klägerin, wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang festgestellt

bb) Aus dem unstreitigen Tatsachenvortrag der Parteien ergibt sich, daß der später am 8. Juni 1989 protokollierte Vergleich materiell-rechtlich bereits im Mai 1989 abgeschlossen worden ist. Ein Vergleich (§ 779 BGB) kommt - wie jeder andere schuldrechtliche Vertrag - durch die uneingeschränkte Annahme eines Angebotes zustande. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Durch Anwaltsschreiben vom 28. März 1989, gerichtet an Rechtsanwalt N., der damals sowohl den Konkursverwalter als auch die Klägerin vertrat, machte der Zweitbeklagte einen Vergleichsvorschlag, der in allen Punkten inhaltlich dem später protokollierten gerichtlichen Vergleich entsprach. Nachdem der Zweitbeklagte mit Schreiben vom 12. April 1989 klargestellt hatte, daß die Abgeltungsklausel des Vergleichsvorschlags auch sämtliche Ansprüche gegen die Klägerin erfasse, nahm Rechtsanwalt N. den Vergleichsvorschlag durch Schreiben vom 2. Mai 1989 uneingeschränkt an. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß dies für beide von Rechtsanwalt N. vertretene Beteiligte geschehen ist.

2. Der Zweitbeklagte ist, obwohl er nicht mehr Inhaber des Abfindungsanspruches war, als im Titel ausgewiesener Gläubiger der richtige Beklagte.

a) Auch macht die Klägerin mit dem Einwand der Aufrechnung, auf den sie ihre Vollstreckungsabwehrklage ausdrücklich stützt, eine zulässige Einwendung im Sinne des § 767 ZPO geltend. Sie betrifft den im gerichtlichen Vergleich festgestellten Zahlungsanspruch (§ 767 Abs. 1 ZPO) und ist nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen, weil diese Vorschrift auf Vergleiche keine Anwendung findet. Die von

hat, die Gegenforderung im Zusammenwirken mit der Volksbank W. eigens zum Zwecke der Aufrechnung gegen die damals zur Diskussion stehende und später begründete Vergleichsforderung des Zweitbeklagten verschafft hat.

Das hat im Grundsatz auch das Berufungsgericht nicht verkannt. Ihm kann aber nicht gefolgt werden, soweit es trotz dieses richtigen Ansatzes die Auffassung vertreten hat, dem Zweitbeklagten sei gleichwohl die Berufung auf eine Treuwidrigkeit der Aufrechnung versagt, weil er unabhängig von der seitens der Klägerin am 12. Mai 1989 erklärten Aufrechnung Wert darauf gelegt habe, seine Rechtsstellung gegenüber der Klägerin zu verbessern und sich deshalb die im Mai begründete Forderung durch die gerichtliche Protokollierung des Vergleiches habe titulieren lassen, obwohl zwischenzeitlich über die Aufrechnung gestritten worden sei. Diese Argumentation ist nicht nachvollziehbar. War der Klägerin die Aufrechnung gegen die im Mai 1989 entstandene Vergleichsforderung verwehrt, weil sie sich damals treuwidrig verhalten hatte, so konnte sich hieran nichts mehr dadurch ändern, daß für den Zahlungsanspruch ein Titel durch Protokollierung des außergerichtlich bereits abgeschlossenen Vergleichs geschaffen wurde. Dadurch ist dem nicht infolge der erklärten Aufrechnung erloschenen und somit fortbestehenden Anspruch lediglich Vollstreckbarkeit verliehen worden. Diese - zur zwangsweisen Durchsetzung eines Anspruchs erforderliche - Vollstreckbarkeit hätte der Zweitbeklagte auch im Wege einer auf den außergerichtlichen Vergleich gestützten Zahlungsklage erreichen können. Daß auch eine solche Klage die Unzulässigkeit der bei Vergleichsabschluß treuwidrig nicht vorbehaltenen Aufrechnung mit der

streitigen Gegenforderung nicht beseitigt hätte, liegt auf der Hand.

b) Die gegen den Zweitbeklagten gerichtete Vollstreckungsabwehrklage ist auch nicht deshalb begründet, weil dieser die titulierte Forderung an die Erstbeklagte abgetreten hat. Insoweit braucht nicht entschieden zu werden, ob die Abtretung hier als im Sinne des § 767 ZPO "geltend gemachte" Einwendung berücksichtigt werden könnte, obwohl die Klägerin sie nicht zur Stützung ihres Klagebegehrens, sondern nur vorgebracht hat, um darzulegen, daß die Erstbeklagte die richtige Adressatin ihrer Aufrechnungserklärung sei. Auch wenn dies zugunsten der Klägerin bejaht würde, vermöchte die Klage keinen Erfolg zu haben. Denn durch die Abtretung hat sich nichts daran geändert, daß der Zweitbeklagte materiell berechtigt ist, die Leistung aus dem Vergleich zu verlangen. Der Titelgläubiger bleibt trotz Abtretung des titulierten Anspruchs und des damit verbundenen Verlustes der Inhaberschaft aktiv legitimiert, die Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen, wenn er materiell-rechtlich aufgrund einer Einziehungsermächtigung befugt ist, Leistung an sich zu verlangen (BGH, Urteil vom 21. April 1980 - II ZR 107/79 = NJW 1980, 2527, 2528; Brehm, JZ 1985, 342, 343; Münzberg, NJW 1992, 1867 f). Von einer solchen Sachlage ist hier auszugehen. Bei einer "stillen" Sicherungsabtretung, wie sie zwischen den beiden Beklagten vereinbart wurde, ist der Zedent in der Regel ermächtigt, die Forderung im eigenen Namen einzuziehen. Für eine hiervon abweichende Abrede ist nichts vorgetragen oder sonstwie ersichtlich. Vielmehr ist dem Zweitbeklagten in der Abtretungsurkunde vom 23. September 1988 sogar aus-

drücklich das Recht vorbehalten worden, die der Abtretung unterliegenden Ansprüche gegebenenfalls in eigenem Namen gerichtlich durchzusetzen.

Da sich somit die prozessualen und materiellen Befugnisse des im Titel als Gläubiger ausgewiesenen Zweitbeklagten decken, bleibt im Hinblick auf die Abtretung der Vergleichsforderung für § 767 ZPO kein Raum. Dem stehen die Urteile des V. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 26. Oktober 1984 (BGHZ 92, 347) und 5. Juli 1991 (V ZR 343/89 = NJW-RR 1992, 61) nicht entgegen. In diesen Entscheidungen ist die dort festgestellte Abrede zwischen Zedent und Zessionar lediglich als Vollstreckungsermächtigung gewertet und der damit gegebenen "isolierten Vollstreckungsstandschaft" - zu Recht - die Anerkennung versagt worden; von einer Einziehungsermächtigung, wie sie in dem hier zu beurteilenden Fall zu bejahen ist und auch dem oben zitierten Urteil des II. Zivilsenats vom 21. April 1980 zugrundelag, ist der V. Zivilsenat nicht ausgegangen.

Wolf

Dr. Paulusch

Groß

Dr. Hübsch

Ball