
Datum: 13.12.2006
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 61/06
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2006:1213.2U61.06.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 2 O 141/03

Tenor:

Die Klägerin ist des mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2005 eingelegten Rechtsmittels der Berufung gegen das am 20. Oktober 2005 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 2 O 141/03 –, nachdem sie das Rechtsmittel insoweit in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 8. November 2006 zurückgenommen hat, verlustig, soweit das Landgericht die gegen die Beklagte zu 2) gerichtete Klage abgewiesen hat.

Im Übrigen wird die Berufung der Klägerin gegen das am 20. Oktober 2005 verkündete Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Köln – 2 O 141/03 – einschließlich der im Berufungsrechtszug gestellten Anträge zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils beizutreibenden Betrages leisten.

G r ü n d e

I.

- (Anstelle von Tatbestand und Entscheidungsgründen gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 ZPO). 2
- Die Klägerin wendet sich der Vollstreckungsgegenklage und weiteren, zum Teil erst im Berufungsverfahren gestellten, Anträgen gegen die Zwangsvollstreckung auf der Grundlage von Vollstreckungstiteln, die in dem Vorprozess 2 O 40/99 LG Köln = 11 U 51/00 OLG Köln ergangen sind: die Urteile des Landgerichts Köln vom 11. November 1999 und des Oberlandesgerichts Köln vom 23. Dezember 2002 sowie den Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Köln vom 20. Oktober 2003. 3
- In dem Vorprozess hatte der jetzige Beklagte zu 1) die Klägerin auf Zahlung eines (Haupt-)Betrages i. H. v. 383.468,91 € (= 750.000,00 DM) in Anspruch genommen. Während das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, verurteilte der 11. Zivilsenat des Oberlandesgerichts die Klägerin zur Zahlung des Hauptbetrages nebst 4 % Zinsen seit dem 14. September 2000. Der Verurteilung der Klägerin liegt folgender Sachverhalt zugrunde, wobei wegen der weiteren Einzelheiten ergänzend auf das Urteil des 11. Zivilsenats vom 23. Dezember 2002 – 11 U 51/00 – Bezug genommen wird. 4
- Unter dem 16. August 1995 verkaufte und übertrug Herr C seinen Gesamt-Geschäftsanteil an der B Werkzeugbau GmbH in B2 (im Folgenden B) zu einem Kaufpreis i. H. v. 4 Mio. DM an die Klägerin (vgl. Bl. 59 bis 63 des Anlagenheftes), deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer zum damaligen Zeitpunkt Herr C selbst war. Durch weiteren Notarvertrag vom 28. August 1995 (vgl. Bl. 64 bis 66 des Anlagenheftes) trat Herr C an den Beklagten zu 1) zum einen die ihm gegen die Klägerin zustehende Kaufpreisforderung und zum anderen - in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Klägerin - den B-Geschäftsanteil ab. In dem Vertrag heißt es unter Ziffer 2., dass die Abtretung der Kaufpreisforderung zum Zwecke der Durchführung eines Konsolidierungsplanes erfolge. Durch Vertrag vom ebenfalls 28. August 1995 (vgl. Bl. 67 bis 69 des Anlagenheftes) trafen Herr C und der Beklagte zu 1) eine Treuhandvereinbarung. Hiernach sollte der Beklagte zu 1) die Kaufpreisforderung für C treuhänderisch mit dem Auftrag innehaben, den Geschäftsanteil weiter zu veräußern und aus dem Erlös bestimmte Verbindlichkeiten Cs zu tilgen. Durch Schreiben vom 15. Januar 1996 (vgl. Bl. 70 f. des Anlagenheftes) kündigte der Beklagte zu 1) den Treuhandvertrag mit Wirkung zum 31. Januar 1996. Im Anschluss hieran kam es zu Vereinbarungen u. a. auch zwischen dem Beklagten zu 1) und Herrn C, die jedoch – so zumindest die Auffassung des 11. Zivilsenats im Vorprozess - nichts daran änderten, dass der Beklagte zu 1) weiter Inhaber der Kaufpreisforderung gegen die Klägerin blieb. Der Beklagte zu 1) sollte lediglich wegen der Beendigung des Treuhandverhältnisses zur Rückabtretung der Kaufpreisforderung an Herrn C verpflichtet sein (vgl. Seite 10 f. der Urteilsausfertigung des Urteils des 11. Zivilsenates des Oberlandesgerichts Köln vom 23. Dezember 2002, Bl. 20 f. des Anlagenheftes). Auf eine Rückabtretung hatte Herr C zu diesem Zeitpunkt noch nicht verzichtet. Unstreitig ist zwischen den Parteien, dass der Beklagte zu 1) im Zusammenhang mit der Kündigung des Treuhandvertrages an Herrn C Wechsel i. H. v. 600.000,00 DM übergeben hat, die dieser über Verwandte einlöste. In dem gegen Herrn C im November 1996 eröffneten Konkursverfahren fand am 13. September 2000 der Schlusstermin bei dem Amtsgericht Hamm statt. Durch Beschluss vom selben Tage (Az.: 22 N 34/96) hat das Amtsgericht Hamm das Konkursverfahren aufgehoben (vgl. Bl. 55 der Beiakten 85 O 268/00 = 11 U 144/01). Der Antrag des Herrn C auf Erteilung der Restschuldbefreiung vom 25. Juli 2000 (vgl. Bl. 111 f. des Anlagenheftes) ist durch das Amtsgericht Dortmund durch Beschluss vom 12. Oktober 2000 – 255 IK 71/00 - (vgl. Bl. 115 ff. des Anlagenheftes) zurückgewiesen worden. 5

Durch Schreiben vom 14. September 2000 (vgl. Bl. 88 f. des Anlagenheftes) verlangte Herr C von der Klägerin unter Hinweis auf die Einstellung des Konkursverfahrens Zahlung des noch offenstehenden Kaufpreises. Den Kaufpreis bezifferte er auf einen Betrag i. H. v. 8 Mio. DM. Ein Betrag von 750.000,00 DM sei bereits von dem Konkursverwalter an den Beklagten zu 1) freigegeben worden. Durch weiteres Schreiben vom 27. September 2000 (vgl. Bl. 90 des Anlagenheftes) setzte Herr C der Klägerin "zur Zahlung des Kaufpreises aus der Urkunde 396/95 vom 16.08.1995 über DM 4,0 Mio. abzüglich eines Teilbetrages von DM 750.000,00 eine letzte Frist bis zum 6. Oktober 2000". 6

Die Klägerin ist wegen des in dem o.g. Kaufvertrag vom 16. August 1995 aufgeführten Kaufpreises in Höhe von insgesamt 4 Mio DM in zwei getrennten Prozessen – jeweils aus abgetretenem Recht - in Anspruch genommen worden. Den überwiegende Teil der Kaufpreisforderung, nämlich 3,25 Mio DM, klagte die Ehefrau des Herrn C, Frau C, vor dem Landgericht Köln (85 O 268/00) ein und stützte sich auf ein Abtretung ihres Ehemannes an sie vom 20. November 2000 (vgl. Bl. 91 f. des Anlagenheftes = Anlage K19). Während das Landgericht die Klage der Frau C abwies (vgl. Bl. 118 ff. des Anlagenheftes), verurteilte der 11. Zivilsenat die jetzige Klägerin durch Urteil vom 23. Dezember 2002 - 11 U 144/01 - antragsgemäß zur Zahlung (vgl. Bl. 118 ff. des Anlagenheftes). 7

Hinsichtlich des restlichen Kaufpreises in Höhe von 750.000,00 DM (= 383.468,91 €) zuzüglich Zinsen nahm der jetzige Beklagte zu 1) die Klägerin in dem hier in Rede stehenden Vorprozess vor dem Landgericht Köln – 2 O 40/99 – in Anspruch. Während das Landgericht auch in diesem Verfahren die Klage abwies (vgl. Bl. 1 ff. des Anlagenheftes), gab der 11. Zivilsenat durch Urteil vom 23. Dezember 2002 - 11 U 51/00 - der Teilkaufpreisklage aus abgetretenem Recht des Beklagten zu 1) statt (vgl. Bl. 11 ff. des Anlagenheftes). Herr C hatte – ergänzend zu den o.g. Schreiben vom 14. und 27. September 2000 - durch an das Oberlandesgericht gerichtetes Schreiben vom 19. Dezember 2001 (vgl. Bl. 148 ff. des Anlagenheftes) mitgeteilt, dass er damit einverstanden sei, dass dem Beklagten zu 1) der Kaufpreisanspruch i. H. v. 750.000,00 DM nebst Zinsen zur alleinigen Verwendung zustehe. Hinsichtlich der Frage, ob der damalige Kläger und nunmehrige Beklagte zu 1) befugt sei, die eingeklagte Teilforderung des Kaufpreises für eigene Rechnung geltend zu machen, hat der 11. Zivilsenat in dem Urteil vom 23. Dezember 2002 – die letzte mündliche Verhandlung fand am 9. Oktober 2002 statt – wörtlich folgendes ausgeführt: 8

„Der Kläger ist befugt, die eingeklagte Teilforderung für eigene Rechnung geltend zu machen, allerdings erst, nachdem der Zeuge C ihn nach der Aufhebung seines Konkursverfahrens im September 2000 dazu ermächtigt oder richtiger die bereits erhobene Klage gebilligt hat. Aus den Schreiben Cs an die Beklagte (ergänze: hiesige Klägerin) vom 14. und 27.09.2000 geht hervor, dass er von der Klage wusste und auf den eingeklagten Forderungsteil selbst keinen Anspruch erhob. Bei allen Vorbehalten gegenüber seiner Zeugenaussage ist der Senat auch davon überzeugt, dass die Rückabtretung der Kaufpreisforderung an seine Ehefrau statt an ihn selbst am 20.11.2000 abzüglich des Betrages von 750.000,00 DM mit seinem Einverständnis erfolgt ist, dass er also auf die Rückabtretung der vom Kläger für sich in Anspruch genommenen Teilforderung mit Rücksicht auf die früheren Leistungen des Klägers an ihn verzichtet hat“. 9

Die Klägerin hat gegen beide Verurteilungen Vollstreckungsgegenklage erhoben. Hinsichtlich der Verurteilung gegenüber Frau C wurde ihre Klage zunächst von dem Landgericht Köln abgewiesen (- 85 O 64/03 -, vgl. Bl. 582 ff. d.A.). Diese Urteil hob der 11. Zivilsenat in dem Verfahren 11 U 108/03 auf (vgl. Bl. 1188 ff. d.A.) und verwies die Sache an das Landgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück. Nachdem das Landgericht die Klage 10

erneut abgewiesen hatte, hat der 11. Zivilsenat durch Urteil vom 10. Mai 2006 – 11 U 145/05 – unter entsprechender Abänderung des Urteils des Landgerichts die Zwangsvollstreckung aus dem Urteil vom 23. Dezember 2002 – 11 U 144/01 - für unzulässig erklärt (vgl. Bl. 1169 ff. d.A.).

Die vorliegend zur Entscheidung stehende Klage der Klägerin richtet sich gegen die zu Gunsten des Beklagten zu 1) erfolgte Verurteilung in Höhe eines Betrages von 750.000,00 DM = 383.468,91 €. Zur Begründung hat die Klägerin darauf hingewiesen, dass sie am 10. Februar 2003 (vgl. Bl. 50 des Anlagenheftes) gegen die titulierte Forderung die *Aufrechnung* erklärt habe. Sie habe nämlich am 10. Februar 2003 von der Q GmbH in F Forderungen gegen den Schuldner C aus dessen Darlehenskontoverbindung mit der M-Bank in C2 erworben. Die Q GmbH habe die Forderung ihrerseits von der M-Bank erworben. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, sie könne mit der Darlehensforderung der M-Bank nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen des sog. Aufrechnungsdurchgriffes auch gegen die Kaufpreisforderung des Beklagten zu 1) aufrechnen. Unabhängig davon sei zumindest die unentgeltliche Freigabe der Forderung von C an den Beklagten zu 1) im September 2000 eine *anfechtbare Rechtshandlung*. Zumindest deshalb sei der Beklagte zu 1) verpflichtet, die Kaufpreisforderung für die Vollstreckung der Forderung aus den Titeln der M-Bank zur Verfügung zu stellen. Sie – die Klägerin – verfüge auch über entsprechende Vollstreckungstitel der M-Bank gegen Herrn C, die auf sie – die Klägerin umgeschrieben worden seien. Insoweit verweist die Klägerin u.a. auf eine notarielle Urkunde vom 13. März 2003 (s. Bl. 56 d.A.). Hierin hat das Bankhaus M & Co. an die Klägerin die zu ihren Gunsten eingetragene Briefschuld i. H. v. 6 Mio. DM mit allen Nebenrechten sowie allen sonstigen Rechten und Ansprüchen aus der Grundschuldbestellungsurkunde vom 13. Mai 1994 (vgl. Bl. 476 d.A.) abgetreten. Ausweislich der Abtretungsurkunde sind auch „etwaige Ansprüche aus einer persönlichen Haftung für die Zahlung eines Gesamtgeldbetrages in Höhe des Grundschuldbetrages nebst Zinsen“ abgetreten worden (vgl. Bl. 479 d. A.). Auf der Grundlage dieser Abtretungserklärung hat der zuständige Notar unter dem 24. April 2003 (vgl. Bl. 480 der Hauptakte) der Klägerin eine vollstreckbare Ausfertigung der notariellen Urkunde vom 13. Mai 1994 erteilt (vgl. Bl. 480 d. A.). In der Vollstreckungsklausel wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Ausfertigung „zum Zwecke der Zwangsvollstreckung in persönlicher und dinglicher Hinsicht“ erteilt wird (vgl. erneut Bl. 480 d. A.). Ausweislich der von der Klägerin vorgelegten Unterlagen wurde die vollstreckbare Ausfertigung Herrn C am 8. November 2003 zugestellt (vgl. Bl. 481, 483 d. A.). Auch die übrigen Anfechtungsvoraussetzungen lägen vor. Zudem werde die Vollstreckungsgegenklage auch auf die §§ 826, 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 288 StGB gestützt (vgl. Bl. 275 d.A.).

11

Ursprünglich hatte sich die Klägerin mit ihrer Vollstreckungsgegenklage nur gegen die Urteile im Vorprozess gewandt (Urteil des Landgerichts vom 11. November 1999 – 2 O 40/99 und Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 23. Dezember 2002 – 11 U 51/00). Während des Rechtsstreits ist in dem Vorprozess darüber hinaus unter dem 20. Oktober 2003 zu Lasten der Klägerin ein Kostenfestsetzungsbeschluss in Höhe eines Betrages von 63.979,53 € ergangen (vgl. Bl. 325 f. d. A.). Dieser Kostenfestsetzungsbeschluss ist nicht nur zu Gunsten des Beklagten zu 1), sondern auch zu Gunsten der Beklagten zu 2) ergangen, die ebenfalls an dem Rechtsstreit des Vorprozesses beteiligt war. Daraufhin hat die Klägerin ihre Vollstreckungsgegenklage auf den Kostenfestsetzungsbeschluss vom 20. Oktober 2003 erweitert und insoweit auch Vollstreckungsgegenklage gegen die Beklagte zu 2) betreffend den Kostenfestsetzungsbeschluss erhoben. Auf Antrag der Klägerin hat das Landgericht mit Beschluss vom 9. April 2003 (vgl. Bl. 73 d. A.) die Zwangsvollstreckung aus den Urteilen des Landgerichts vom 11. November 1999 sowie des Oberlandesgerichts vom 23. Dezember 2002 einstweilen gegen Sicherheitsleistung i. H. v. 110 % des aus den Urteilen

12

vollstreckbaren Betrages eingestellt. Daraufhin hat die Klägerin dem Beklagten zu 1) eine Bankbürgschaft der D – Filiale D2 - über 481.582,44 € gestellt (vgl. Bl. 130, 513 d. A.). Nachdem das Landgericht durch weiteren Beschluss vom 12. Dezember 2003 (vgl. Bl. 405 f. d. A.) seinen Einstellungsbeschluss wieder aufgehoben hatte, verlangte der Beklagte zu 1) von der D als Bürgin Zahlung aus der Bürgschaft. Am 7. April 2004 zahlte die D aus der Bürgschaft insgesamt einen Betrag i. H. v. 440.699,80 € (vgl. Bl. 564 d. A.). Hiervon erhielten der Beklagte zu 1) einen Betrag i. H. v. 406.224,01 € und auf seine Weisung die Rechtsanwälte M2 und Partner - die früheren und jetzigen Prozessbevollmächtigten des Beklagten zu 1) - einen Betrag i. H. v. 24.475,79 €.

Die Klägerin nahm diese Zahlung zum Anlass, ihre Klage weiter dahingehend zu erweitern, dass nunmehr der Beklagte zu 1) zur Rückzahlung des genannten Gesamtbetrages i. H. v. 440.699,80 € an die D verurteilt werden möge. Nachdem das Landgericht durch Beschluss vom 17. November 2004 (vgl. Bl. 676 f. d. A.) die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Köln vom 20. Oktober 2003 gegen Sicherheitsleistung i. H. v. 55 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages eingestellt hatte, stellte die Klägerin dem Beklagten zu 1) eine weitere Bürgschaft der D – Filiale D2 - vom 22. Dezember 2004 (URK.-Nr. CHEAV xx35xx0x2) über 21.101,28 € (vgl. Bl. 707 d. A.). Ausweislich der Bürgschaftsurkunde erlischt die Bürgschaft automatisch, „wenn die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss in dem vorgenannten Verfahren (LG Köln AZ 2 O 141/03) für unzulässig erklärt wird“. Aufgrund der Bürgschaftsgestellung hat die Klägerin von dem Beklagten zu 1) zusätzlich die Herausgabe der Bürgschaftsurkunde beansprucht. 13

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug zuletzt noch beantragt, 14

1. den Beklagten zu 1) zur Rückzahlung von 440.699,80 € an die D, Postfach 1xx 0xx, E, zuzüglich gesetzlicher Zinsen seit dem 8. April 2004 zu verurteilen, 15

2. die Zwangsvollstreckung des Beklagten zu 1) aus den Urteilen des Landgerichts Köln 2 O 40/99 vom 11.11.1999 und des Oberlandesgerichts Köln 11 U 51/00 vom 23.12.2002 für unzulässig zu erklären, 16

3. die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Köln 2 O 40/99 vom 20.10.2003 für unzulässig zu erklären, 17

4. den Beklagten zu 1) zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde der D vom 22.12.2004 Nr. CHEAV xx35xx0x2 zu verurteilen. 18

Die Beklagten haben beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Sie haben die Ansicht vertreten, dass die Grundsätze des sog. Aufrechnungsdurchgriffes vorliegend nicht einschlägig seien, weil die Treuhandbindung zwischen C und dem Beklagten zu 1) auf der Grundlage der Ausführungen des Oberlandesgerichts in seinem Urteil vom 23. Dezember 2002 – 11 U 51/00 – nicht mehr bestehe. Hiernach sei der Beklagte zu 1) spätestens ab dem 14. September 2000 auch wirtschaftlich Inhaber der Kaufpreisforderung gegen die Klägerin geworden. Der Klägerin stehe auch ein Anfechtungsrecht nicht zu. 21

Durch das angegriffene Urteil hat das Landgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Zur Begründung hat es darauf hingewiesen, dass die Klägerin gegenüber dem Anspruch des 22

Beklagten zu 1) auf Kaufpreiszahlung nicht aufrechnen könne. Die Voraussetzungen für einen sog. Aufrechnungsdurchgriff seien nicht gegeben, weil nach den Ausführungen des Oberlandesgerichts in dem zwischen den Parteien geführten Vorprozess 11 U 51/00 feststehe, dass im Zeitpunkt des hier in Rede stehenden Forderungserwerbs am 10. April 2003 der Beklagte zu 1) nicht bloß eine Treuhandstellung eingenommen habe. Aus den Schreiben Cs an die Klägerin vom 14. und 27. September 2000 gehe hervor, dass er auf den eingeklagten Forderungsteil selbst keinen Anspruch erhebe. Auf die Rückabtretung der vom Beklagten zu 1) für sich in Anspruch genommenen Teilforderung habe C mit Rücksicht auf die früheren Leistungen des Beklagten zu 1) an ihn verzichtet.

Die Klägerin könne sich auch nicht mit Erfolg auf eine Gläubigeranfechtung gegenüber dem Beklagten zu 1) berufen. Sie sei nicht schutzbedürftig. Sie habe nämlich nach ihrem eigenen Vortrag die Forderung der Mbank mit der Absicht erworben, mit der gekauften Forderung aufzurechnen. Das Missverhältnis des Einsatzes der Klägerin, die die Forderung von der Mbank billig erworben habe, um sich der Gegenforderung zu erwehren, müsse bei der Beurteilung Berücksichtigung finden. Es sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Aufrechnung unter bestimmten Voraussetzungen rechtsmissbräuchlich sein könne, und zwar auch, wenn eine Aufrechnungslage nachträglich „künstlich durch einen Forderungserwerb und dann auch noch einen Erwerb unter Preis geschaffen werde“. Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 288 StGB bzw. aus § 826 BGB sei von der Klägerin nicht hinreichend substantiiert dargelegt worden. 23

Soweit es um die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss vom 20. Oktober 2003 gehe, könne sich die Klägerin schon deshalb nicht auf eine Gläubigeranfechtung berufen, weil es sich bei diesem Anspruch um einen rein prozessualen Anspruch der Beklagten handle, der hier mit einer möglichen Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des C in keinem Zusammenhang stehe. 24

Gegen dieses der Klägerin am 27. Oktober 2005 zugestellte Urteil (vgl. Bl. 798 d. A.) hat sie durch einen am 14. November 2005 (vgl. Bl. 799 d. A.) beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt. Als Gegner ist hierbei lediglich „H“ als Beklagter und Berufungsbeklagter bezeichnet worden. Durch einen am 23. Dezember 2005 (vgl. Bl. 818 ff. d. A.) beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz hat die Klägerin auch die Beklagte zu 2) als „Berufungsbeklagte zu 2.“ bezeichnet und die Nichterwähnung in der Berufungsschrift als „irrtümlich“ bezeichnet. Die Klägerin nimmt es hin, dass das Landgericht die Aufrechnung nicht als durchgreifend erachtet habe, weil der Beklagte zu 1) nicht mehr treuhänderisch an C gebunden gewesen sei. Insofern werde das landgerichtliche Urteil nicht angegriffen. Das Landgericht habe aber zu Unrecht die Anfechtungseinrede als treuwidrig angesehen. Die von dem Landgericht zitierten Urteile seien nicht einschlägig. 25

Hilfsweise erklärt die Klägerin die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe eines Betrages von 444.162,15 €. Nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht seien ihr weitere Informationen zugegangen, die sie in die Lage versetzen würden, den Beklagten zu 1) im Hinblick auf das Parallelverfahren 85 O 268/00 LG Köln (= 11 U 144/01 OLG Köln) Prozessbetrug nachzuweisen. Dieser Prozessbetrug sei auch gelungen, denn das Oberlandesgericht habe in seinem Urteil vom 23. Dezember 2002 die Klägerin verurteilt, den Betrag von 3.250.000,00 DM bzw. den Gegenwert in Euro auf das Notaranderkonto des Notars Dr. Dr. M3 auszuzahlen in der klaren Erwartung des Senats, dass diese Gelder von dort aus den Gläubigern des C zufließen würden. Dies sei indessen nicht der Fall gewesen. Wegen der weiteren Darlegung des von der Klägerin behaupteten Schadensersatzanspruches wird auf ihre Ausführungen in der Berufungsbegründung (Bl. 830 26

ff. d. A.) sowie der ergänzenden Schriftsätze der Klägerin, insbesondere des Schriftsatzes vom 13. Oktober 2006 (vgl. Bl. 1423 ff. d. A.) Bezug genommen.

Unabhängig davon erweise sich der Zahlungsanspruch des Beklagten zu 1) als treuwidrig, weil die Klägerin den Herausgabeanspruch des C gegen den Beklagten zu 1) zur Herausgabe der Kaufpreisforderung gepfändet und sich habe übertragen lassen. Durch weiteren Schriftsatz vom 31. August 2006 hat die Klägerin gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts vom 20. Oktober 2003 mit ihrem aufgrund des hiesigen Prozesses „bereits jetzt aufschiebend bedingten Kostenerstattungsanspruch“ die Aufrechnung erklärt. Der der Klägerin im hiesigen Verfahren entstehende Betrag aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss sei höher als der aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts vom 20. Oktober 2003. 27

Die Klägerin hat zunächst angekündigt zu beantragen (Nummerierung der Anträge durch den Senat), 28

unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils vom 20. Oktober 2005, zugestellt am 27. Oktober 2005, 29

1. den Beklagten zur Rückzahlung von 440.699,80 € an die D, Postfach 1xx 0xx, E, zuzüglich gesetzlicher Zinsen seit 08.04.2004, zu verurteilen, 30

2. die Zwangsvollstreckung des Beklagten aus den Urteilen des LG Köln – 2 O 40/99 – vom 11.11.1999 und des OLG Köln – 11 U 51/00 – vom 23.12.2002 für unzulässig zu erklären, 31

3. die Zwangsvollstreckung aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Köln Az. 2 O 40/99 vom 20.10.2003 für unzulässig zu erklären 32

4. den Beklagten zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde der D vom 22.12.2004 Nr. CHEAVxx35xx00x2 zu verurteilen. 33

Nachdem der Senat die Klägerin durch Beschluss vom 21. August 2006 (Bl. 1282 f. d.A.) darauf hingewiesen hatte, dass sie mit dem Klageantrag zu 1) ein fremdes Recht in eigenem Namen geltend mache und zudem die Voraussetzungen des § 2 Abs.1 AnfG näher darzulegen seien, hat sie zunächst durch Schriftsatz vom 7. September 2006 (Bl. 1410 ff. d.A.) zu der von ihr behaupteten Vermögenslosigkeit des Herrn C vorgetragen und ein Schreiben der D vom 31. August 2006 vorgelegt, wonach die D alle Ansprüche gegen den Beklagten zu 1), die der D wegen unberechtigter Inanspruchnahme der Bürgschaft entstanden sind, an die Klägerin abgetreten hat (vgl. Bl. 1415 d. A.). Mit Schriftsatz vom 13. Oktober 2006 (Bl. 1423 ff. d.A.) hat die Klägerin mitgeteilt, dass sie am 27. September 2006 auf den Anspruch des Beklagten zu 1) aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts vom 20. Oktober 2003 einen Betrag in Höhe von 42.869,22 € gezahlt habe. Der ihr zustehende Zahlungsbetrag belaufe sich deshalb auf eine Gesamtsumme in Höhe von 483.568,80 € und setze sich zusammen aus den bereits erstinstanzlich gezahlten 440.699,80 € sowie dem nunmehr gezahlten Betrag, wobei die Klägerin insoweit allerdings lediglich 42.869,00 € in Ansatz bringt. 34

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 8. November 2006 hat die Klägerin die Berufung, soweit sie sich gegen die Beklagte zu 2) richtet, zurückgenommen. Die Parteien haben darüber hinaus übereinstimmend mitgeteilt, dass zwischenzeitlich über das Vermögen des Herrn C im Jahre 2006 ein Nachtragskonkursverfahren eröffnet worden sei. Ausweislich des von der Klägerin nach der mündlichen Verhandlung zu den Akten gereichten 35

Beschlusses des Amtsgerichts Hamm vom 22. Juni 2006 – 22 M 34/96 – (vgl. Bl. 1608 f. d.A.) wird als Massegegenstand, der nachträglich zu verteilen ist, u.a. ein „Anspruch – ggfls. nach Anfechtung der Abtretung an Frau C – gegen Herrn Rechtsanwalt H auf Rückabtretung der Kaufpreisforderung aus dem Verkauf des Anteils des Gemeinschuldners an der B Werkzeugbau GmbH gemäß Vertrag vom 16. August 1995 (UR-Nr. 396/95 des Notars Dr. H in I)“ aufgeführt. Die Vollziehung der Nachtragsverteilung ist Frau Rechtsanwältin Dr. N aus E2 übertragen worden. Der Senat hat daraufhin die mündliche Verhandlung durch Beschluss vom 27. November 2006 wieder eröffnet und den Parteien Hinweise erteilt (vgl. Bl. 1624 f. d.A.). Die Klägerin hat hierzu im Schriftsatz vom 6. Dezember 2006 Stellung genommen und mitgeteilt, durch Schriftsatz vom gleichen Tage Klage gegen die Konkursverwalterin mit den Anträgen erhoben zu haben, festzustellen, dass die Kaufpreisforderung des Beklagten gegen die Klägerin nicht zur Konkursmasse gehöre bzw. hilfsweise, die Konkursverwalterin Frau N dazu zu verurteilen, die Kaufpreisforderung von RA G. H an die Konkursmasse zu ziehen und das zu Erlangende an die Klägerin herauszugeben bzw. den von der Klägerin an den Beklagten gezahlten Kaufpreis von dem Beklagten herauszugeben und als Masseschuld an die Klägerin herauszugeben. Durch Schriftsatz vom 25.10.2006 habe sie bei dem Landgericht Dortmund gegen den Beschluss des Amtsgerichts Hamm vom 22. Juni 2006 (22 N 34/96) Beschwerde mit dem Antrag eingelegt, den Beschluss insofern aufzuheben, als die Konkursverwalterin Ansprüche, insbesondere Anfechtungsprozesse gegen die Klägerin verfolgen soll oder deren Durchführung prüfen soll.

In verfahrenrechtlicher Hinsicht beantragt die Klägerin,	36
das Verfahren auszusetzen, bis eine rechtskräftige Entscheidung des LG Dortmund über das bereits anhängige Klageverfahren der Klägerin gegen Frau N vorliegt und	37
bis zur Entscheidung des LG Dortmund über die Beschwerde der Klägerin vom 25.10.2006,	38
hilfsweise,	39
durch Zwischenurteil festzustellen, dass die Aktivlegitimation der Klägerin nicht entfallen ist, und zwar mangels Anwendbarkeit des § 17 AnfG.	40
In der Sache beantragt die Klägerin (Nummerierung der Anträge durch den Senat),	41
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 20. Oktober 2005	42
1. den Beklagten zu 1) zur Zahlung von 483.568,80 € an die Klägerin zu verurteilen, zuzüglich gesetzlicher Zinsen in Höhe von 4% aus 440.699,80 € seit dem 08.04.2004 und aus 42.869,00 € seit 28. September 2006,	43
2. die Zwangsvollstreckung des Beklagten zu 1) aus den Urteilen LG Köln 2 O 40/99 vom 11.11.1999 und OLG Köln 11 U 51/00 vom 23.12.2002 für unzulässig zu erklären,	44
3. den Beklagten zu 1) zur Herausgabe der Bürgschaftsurkunde der D vom 22.12.2004 CHEA V xx35xx0x2 zur verurteilen.	45
Der Beklagte zu 1) beantragt,	46
die verfahrensrechtlichen Anträge der Klägerin gemäß Schriftsatz vom 6. Dezember 2006 abzulehnen und	47
die Berufung zurückzuweisen.	48

Der Beklagte zu 1) verteidigt das angegriffene Urteil. Die Klägerin könne sich schon deshalb nicht auf eine Anfechtung berufen, weil sie mit diesem Einwand präkludiert sei (§ 767 Abs. 2 ZPO). Sie könne sich nicht nachträglich in eine Gläubigerstellung „einkaufen“ und damit den maßgeblichen Zeitpunkt für die Präklusionswirkung bei der Vollstreckungsgegenklage beliebig nach hinten, nämlich zeitlich hinter das Urteil im Vorprozess schieben. Unabhängig davon fehle es an der Anfechtungsberechtigung der Klägerin im Sinne des § 2 AnfG. Die Klägerin habe entgegen der Auflage in dem Senatsbeschluss vom 21. August 2006 nicht nachgewiesen, warum derzeit Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner C keinen Erfolg versprechen. Auch mit dem Aufrechnungseinwand sei die Klägerin präkludiert. Unabhängig davon stünden der Klägerin die von ihr geltend gemachten Schadensersatzansprüche nicht zu.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze und die zu den Akten gereichten Unterlagen Bezug genommen. Es lagen dem Senat folgende Akten vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung: 2 O 40/99, Landgericht Köln (= 11 U 51/00, OLG Köln), 85 O 268/00, LG Köln (= 11 U 144/01, OLG Köln) sowie 85 O 64/03, LG Köln (= 11 U 108/03 und 11 U 145/05, OLG Köln). Ferner war Gegenstand der mündlichen Verhandlung auch der Anlagenhefter AH (grüner Hefter Landgericht Köln Anlagen zur Klage vom 18. Februar 2003).

II.

Soweit die Klägerin die Berufung zurückgenommen hat, ist sie des Rechtsmittels gemäß § 516 Abs. 3 ZPO für verlustig zu erklären. Im Übrigen hat ihre in formeller Hinsicht bedenkenfreie Berufung keinen Erfolg. Ihr stehen gegen den Beklagten zu 1) die mit der Klage bzw. die erstmalig im Berufungsrechtszug geltend gemachten Ansprüche nicht zu. Eine Aussetzung des Berufungsverfahrens ist nicht angezeigt. Da die Sache entscheidungsreif ist, kommt auch der von der Klägerin hilfsweise beantragte Erlass eines Zwischenurteils nicht in Betracht.

1. Die von der Klägerin im Berufungsrechtszug vorgenommenen Antragsmodifizierungen unterliegen keinen Bedenken. Soweit die Klägerin aufgrund der unstreitig am 27. September 2006 erfolgten Zahlung in Höhe von 42.869,22 € auch im Hinblick auf den Kostenfestsetzungsbeschluss von der Vollstreckungsgegenklage auf die Bereicherungsklage übergegangen ist, handelt es sich um eine gemäß § 264 Nr. 3 ZPO zulässige Antragsänderung, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der der Senat folgt, von vorneherein nicht von der Vorschrift des § 533 ZPO erfasst wird (vgl. BGH, NJW 2004, 2152). Auch soweit die Klägerin vor dem Hintergrund der vorgelegten Abtretungserklärung der D nunmehr nicht mehr Zahlung an die D sondern Zahlung an sich verlangt, bestehen gegen diese Antragsumstellung keine Bedenken (§ 533 Nr. 1 und 2 ZPO i.V.m. mit § 267 ZPO).

2. Gegenstand der Klage ist zunächst ein Zahlungsanspruch in Höhe eines Betrages von 440.699,80 €, der in dem nunmehr mit dem *Klageantrag zu 1)* geltend gemachten Gesamtbetrag in Höhe von 483.568,80 € enthalten und von der Klägerin auch bereits erstinstanzlich beansprucht worden ist. Erstinstanzlich hat die Klägerin insoweit allerdings noch Zahlung an die D beantragt. Ein auf § 812 Abs. 1 S. 1 BGB (Leistungskondition) gestützter Bereicherungsanspruch der Klägerin käme nur in Betracht, wenn eine Vollstreckungsgegenklage in der Sache Erfolg gehabt hätte, d.h. begründet gewesen wäre. In diesem Falle hätte der Beklagte zu 1) die aufgrund des Urteils des Oberlandesgerichts vom 23. Dezember 2002 – 11 U 51/00 – erfolgte Zahlung ohne Rechtsgrund erlangt und müsste

sie an die Klägerin herausgeben (vgl. zu den Voraussetzungen einer sog. verlängerten Vollstreckungsgegenklage allgemein nur BGHZ 83, 278 ff.). Die Klägerin vermag jedoch mit den von ihr gegen den titulierten Anspruch erhobenen materiellrechtlichen Einwendungen nicht durchzudringen.

a) Da die Klägerin gegen den Beklagten zu 1) unstreitig keine Forderung hat, sondern nur gegen den Schuldner C, käme eine Aufrechnung mit gegen Herrn C erworbenen Forderungen gegen die Forderung des Beklagten zu 1) nur unter den Voraussetzungen eines so genannten Aufrechnungsdurchgriffes in Betracht. Dies würde wiederum voraussetzen, dass der Beklagte zu 1) im Zeitpunkt des Forderungserwerbs der Klägerin am 10. Februar 2003 noch die Stellung als Treuhänder inne gehabt hätte. Dies ist indessen aufgrund der überzeugenden Ausführungen des Landgerichts in dem angefochtenen Urteil nicht der Fall. Unter Berücksichtigung der Feststellungen des 11. Zivilsenats in dem Vorprozess (11 U 51/00) ist die Treuhänderstellung des Beklagten zu 1) bezüglich der Kaufpreisforderung im September 2000 und damit vor dem Forderungserwerb beendet worden. Dies nimmt auch die Klägerin im Berufungsverfahren hin. 55

b) Die Klägerin kann sich auch nicht mit Erfolg auf die Anfechtungseinrede gemäß § 9 AnfG berufen. 56

aa) Allerdings kann es entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht als treuwidrig im Sinne des § 242 BGB angesehen werden, dass die Klägerin sich vorliegend auf die Anfechtbarkeit des von Herrn C erklärten Verzichts auf die Rückabtretung des Kaufpreisanspruchs beruft. Zutreffend ist lediglich, dass die Klägerin sich die Forderungen und die Vollstreckungstitel gegen Herrn C mit dem erklärten Ziel besorgt hat, gegen die titulierte Kaufpreisforderung des Beklagten zu 1) im Wege der Vollstreckungsgegenklage Einwendungen erheben zu können. Dass die Klägerin diese Rechtspositionen relativ günstig erhalten hat, macht ihr Verhalten nicht per sé treuwidrig. Insoweit kann nach Auffassung des Senats nichts anderes gelten als das, was der 11. Senat in dem Parallelverfahren 11 U 145/05 in seinem den Parteien bekannten Urteil vom 10. Mai 2006 ausgeführt hat. Ebenso wenig wie die Schaffung einer Aufrechnungsklage durch Forderungserwerb ist auch die Schaffung einer Anfechtungsmöglichkeit rechtlich zu beanstanden. Wie der 11. Zivilsenat zutreffend dargelegt hat, muss der Gläubiger einer Forderung ohne weiteres damit rechnen, dass ihm eigene Verbindlichkeiten im Wege der Aufrechnung bzw. hier: der Anfechtung entgegen gehalten werden. Auch die Präklusionsvorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO steht dem Anfechtungseinwand nicht entgegen. Dass die Klägerin die Forderungen und die Vollstreckungstitel gegen den Schuldner bereits vor Schluss der letzten mündlichen Verhandlung vor dem 11. Zivilsenat (9. Oktober 2002) hätte erwerben können, genügt für die Anwendbarkeit des § 767 Abs. 2 ZPO nicht. Der Bundesgerichtshof hat in einer jüngeren Entscheidung (vgl. BGHZ 163, 339 ff.), der der Senat folgt, ausdrücklich festgestellt, dass der auf eine Aufrechnung gestützte Einwand der Erfüllung nicht deshalb gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert ist, weil die Aufrechnungslage hätte geschaffen werden können. Für den hier in Rede stehenden Anfechtungseinwand kann nichts anderes gelten. 57

bb) Die Klägerin ist aber deshalb nicht (mehr) zur Geltendmachung der Anfechtungseinrede befugt, weil ein etwaiges Anfechtungsrecht aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts Hamm vom 22. Juni 2006 (22 M 34/09) nunmehr der Konkursverwalterin des Nachtragsverteilungsverfahrens zusteht. Hierauf hat der Senat die Parteien durch Beschluss vom 27. November 2006 (vgl. Bl. 1624 f. d.A.) hingewiesen und deshalb die mündliche Verhandlung wieder eröffnet. 58

(1) Als anfechtbare Rechtshandlung wertet die Klägerin vorrangig den im September 2000 von Herrn C zu Gunsten des Beklagten zu 1) erklärten Verzicht auf die Rückabtretung des Kaufpreisanspruchs. Ausweislich des Beschlusses des Amtsgerichts Hamm von 22. Juni 2006 soll aber der Anspruch des Herrn C auf Rückabtretung des Kaufpreisanspruches gegen den Beklagten zu 1) von der Nachtragsverteilung erfasst werden. Der Beschluss ist weit gefasst, so dass die Konkursverwalterin in die Lage versetzt werden soll, sämtliche Maßnahmen zu ergreifen, die zur Vollziehung der Nachtragsverteilung erforderlich sind. Hierzu gehört auch eine u.U. erforderliche Anfechtung gegenüber dem Beklagten zu 1). Ausweislich des den Parteien übersandten Schriftsatzes der Rechtsanwälte N & Partner vom 13. November 2006 versteht auch die Konkursverwalterin den Beschluss in diesem Sinne. Entgegen der von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 6. Dezember 2006 vertretenen Auffassung steht die Vorschrift des § 319 ZPO der hier vorgenommenen **Auslegung** des Beschlusses des Amtsgerichts Hamm nicht entgegen. Um eine in der genannten Vorschrift vorgesehene Berichtigung des Beschlussinhaltes, für die in der Tat nur das Amtsgerichts Hamm selbst zuständig wäre, geht es vorliegend nicht.

(2) Aufgrund des o.g. Beschlusses des Amtsgerichts Hamm hat die Klägerin die Befugnis, die Anfechtbarkeit des Verzichts auf die Rückabtretung geltend zu machen, in gleicher Weise verloren, wie wenn über das Vermögen des Schuldners – des Herrn C - das Insolvenzverfahren eröffnet worden wäre. Ob der Beschluss des Amtsgerichts zu Recht ergangen ist oder nicht, wie die Klägerin geltend macht, ist rechtlich unerheblich. Da der Beschluss jedenfalls nicht nichtig ist, hat der Senat ihn so lange zu beachten, wie er nicht im Wege eines Rechtsmittelverfahrens wieder aufgehoben wird. Auch im „Normalfall“ der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners kann sich ein Gläubiger zur Begründung seines angeblich fortbestehenden Rechts zur Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz nicht darauf berufen, dass das Insolvenzverfahren nicht hätte eröffnet werden dürfen. Vielmehr ist gemäß § 16 Abs. 1 AnfG ausschließlich der Insolvenzverwalter bzw. hier der Konkursverwalter berechtigt, Anfechtungsansprüche zu verfolgen. In konstruktiver Hinsicht erlischt der Anfechtungsanspruch (§ 11 Abs. 1 AnfG) des die Anfechtung erklärenden Gläubigers (vgl. BGHZ 109, 240 [249]), allerdings unter der auflösenden Bedingung der Beendigung des Insolvenzverfahrens (vgl. Huber, AnfG, 10. Aufl. 2006, § 16 Rdn. 9) bzw. hier der Beendigung des Nachtragsverteilungsverfahrens. Wenn der Klägerin aber – zumindest derzeit – kein Anfechtungsanspruch i.S.d. § 11 Abs. 1 AnfG zusteht, kann sie dies dem Beklagten zu 1) auch nicht im Wege der Einrede gemäß § 9 AnfG entgegen halten. Ob eine etwaige Anfechtungsklage der Konkursverwalterin in der Sache erfolgreich wäre, hat der Senat nicht zu entscheiden. (Auch) diese Frage hat der Senat mit den Parteien in der letzten mündlichen Verhandlung am 13. Dezember 2006 ausführlich erörtert.

(3) Zu einer Unterbrechung des Berufungsverfahrens hat der Beschluss des Amtsgerichts Hamm entgegen der von der Konkursverwalterin in dem Schriftsatz vom 13. November 2006 (vgl. Bl. 1612 f. d.A.) vertretenen Auffassung nicht geführt. Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 AnfG, wonach ein Verfahren, das über den Anfechtungsanspruch im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch rechtshängig ist, unterbrochen wird, ist nicht einschlägig. Wenn – wie hier – der Anfechtungsanspruch lediglich im Wege der Einrede und nicht im Wege der Anfechtungsklage in den Prozess eingeführt wird, fehlt es an der für die Anwendung des § 17 Abs. 1 AnfG vorausgesetzten Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs (vgl. hierzu nur Huber, a.a.O., § 17 Rdn. 3).

cc) Unabhängig davon hat die Klägerin aber auch die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AnfG nicht hinreichend dargelegt. Sie verfügt zwar über zumindest einen – urkundlich

nachgewiesenen - Vollstreckungstitel in Höhe eines Betrages von 6 Mio. DM. Die notarielle Urkunde vom 13. Mai 1994, in der Herr C auch die persönliche Haftung in Höhe des Grundschuldbetrages von 6 Mio DM übernommen und sich der Zwangsvollstreckung unterworfen hatte, ist am 24. April 2003 auf die Klägerin umgeschrieben und anschließend dem Schuldner C auch zugestellt worden. Wegen der Subsidiarität der Anfechtung gegenüber der Inanspruchnahme des Schuldners setzt § 2 AnfG aber darüber hinaus voraus, dass eine Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu einer vollständigen Befriedigung der Klägerin führen würde. Hiervon kann indessen nicht ausgegangen werden.

Der Senat hat die Klägerin bereits durch Beschluss vom 21. August 2006 (vgl. Bl. 1282 f. d. A.) darauf hingewiesen, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die vom § 2 AnfG geforderte Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung sei und es deshalb der näheren Darlegung bedürfe, warum *derzeit* Vollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner C keinen Erfolg versprechen. Der Umstand, dass im Jahre 2000 das Konkursverfahren über das Vermögen des Herrn C beendet worden ist und zum damaligen Zeitpunkt beträchtliche Forderungen gegen den Schuldner bestanden, genügt insoweit nicht. Seit der Beendigung des Konkursverfahrens sind mehr als 6 Jahre vergangen, so dass es näherer Darlegungen zur jetzigen Vermögenssituation des Schuldners bedurft hätte. Insoweit sind die Ausführungen der Klägerin jedoch unzureichend. Sie hat in ihrem Stellungnahmeschriftsatz zu dem Hinweis des Senats – lediglich – ausgeführt, dass der Schuldner C in einem Verfahren vor dem Landgericht Düsseldorf Prozesskostenhilfe beantragt und der Rechtsberater des Schuldners ihr – der Klägerin – die Vermögenslosigkeit des Herrn C anwaltlich bestätigt habe. Nähere Informationen zu den Vermögensverhältnissen des Herrn C oder das Ergebnis etwaiger Vollstreckungsversuche hat die Klägerin nicht mitgeteilt. Der von ihr gestellte Antrag auf Vernehmung des Prozessbevollmächtigten des Schuldners sowie des Schuldners selbst und die Beiziehung der Akten des Landgerichts Düsseldorf, in dem der Prozesskostenhilfeantrag gestellt worden sei, liefe auf eine unzulässige Ausforschung hinaus. 63

Auf den im Schriftsatz vom 2. November 2006 von dem Beklagten zu 1) erhobenen Einwand, Herr C verfüge über erhebliche Vermögenswerte u.a. auf N2 und in der T, hat sich die Klägerin im Wesentlichen darauf beschränkt, das Bestehen etwaiger Vermögensgegenstände zu bestreiten bzw. den Vortrag des Beklagten zu 1) als verspätet zu rügen. Dies genügt jedoch nicht, um davon ausgehen zu können, dass Vollstreckungsbemühungen auch insoweit von vorneherein keinen Erfolg versprechen. Hierauf musste der Senat auch nicht – erneut – hinweisen. Das Darlegungserfordernis war der Klägerin aufgrund des Hinweisbeschluss vom 21. August 2006 bekannt. In der mündlichen Verhandlung am 8. November 2006 ist mit den Parteien zum einen – insoweit protokolliert - erörtert worden, dass das Vorbringen des Beklagten zu 1) in dem Schriftsatz vom 2. November 2006 verspätet sein könnte. Gegenstand der Erörterungen war aber auch, dass der Vortrag der Klägerin zu den Voraussetzungen des § 2 AnfG eher „dünn“ sei. Ihr wurde auf Ihren Antrag Schriftsatznachlass gewährt, um – u.a. - zu dem neuen Vorbringen des Beklagten zu 1) in dem Schriftsatz vom 2. November 2006 Stellung nehmen zu können. Erst dann konnte entschieden werden, ob der Vortrag des Beklagten zu 1) in dem Schriftsatz vom 2. November 2006 zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen würde. Von einer Protokollierung des – erneuten – Hinweises an die Klägerin auf die Ergänzungsbedürftigkeit ihres Vortrages hat der Senat abgesehen, weil er als selbstverständlich vorausgesetzt hat, dass dies der Klägerin aufgrund der Erörterungen in der mündlichen Verhandlung auch ohne förmliche Protokollierung bewusst war, zumal sie eben hierzu Schriftsatznachlass beantragt und erhalten hat. 64

dd) Die Voraussetzungen für die von der Klägerin in dem Schriftsatz vom 6. Dezember 2006 beantragte Aussetzung (§ 148 ZPO) des Berufungsverfahrens bis zur Entscheidung über die von ihr gegen den Beschluss des Amtsgerichts Hamm eingelegte Beschwerde bzw. bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die nunmehr bei dem Landgericht Dortmund gegen die Konkursverwalterin erhobene Klage liegen – wie mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 13. Dezember 2006 ausführlich erörtert worden ist -, nicht vor. Dies folgt zunächst bereits aus dem Umstand, dass die Klägerin mit ihrer Anfechtungseinrede - jedenfalls auch - deshalb nicht durchdringt, weil sie – ungeachtet der Anfechtungsberechtigung – die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 AnfG nicht hinreichend dargelegt hat. Die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreits ist deshalb von den von der Klägerin angestrebten Verfahren nicht abhängig i.S.d. § 148 ZPO.

Unabhängig davon scheidet eine Vorgreiflichkeit des von der Klägerin angestrebten Beschwerdeverfahrens auch deshalb aus, weil dieses Rechtsmittel voraussichtlich keinen Erfolg haben wird. Dass im Rahmen der dem Gericht gemäß § 148 ZPO eingeräumten Ermessensentscheidung auch die voraussichtlichen Erfolgsaussichten des vorgreiflichen Verfahrens – hier zugunsten der Klägerin unterstellt – berücksichtigt werden können, ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt (vgl. nur Zöller/Greger, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 148 Rdn. 7 m.w.Nw.). Vorliegend ist das Rechtsmittel der Klägerin jedoch nach Auffassung des Senats unzulässig, da der Beschluss, durch den eine Nachtragsverteilung angeordnet wird, nur durch den insoweit beschwerten Schuldner angefochten werden kann, nicht jedoch durch Gläubiger des Schuldners. Insoweit kann nichts anderes gelten als hinsichtlich der Anfechtbarkeit eines Eröffnungsbeschlusses. Auch dieser kann nur von dem Schuldner angefochten werden (vgl. § 109 KO und jetzt § 34 Abs. 2 InsO). In § 204 Abs. 2 Satz 2 InsO ist nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass gegen einen die Nachtragsverteilung anordnenden Beschluss (nur) der Schuldner sofortige Beschwerde einlegen kann (vgl. hierzu etwa Kuhn/Uhlenbruck, InsO, 12. Aufl. 2003, § 204 Rdn. 4).

66

Dass möglicherweise auch im Rahmen der Entscheidung über die von der Klägerin gegen die Konkursverwalterin erhobene Feststellungsklage zu klären ist, ob der Kaufpreisanspruch des Beklagten zu 1) von der Nachtragsverteilung erfasst wird, vermag eine Vorgreiflichkeit i.S.d. § 148 ZPO ebenfalls nicht zu begründen. Eine irgendwie geartete Bindungswirkung einer Entscheidung für das vorliegende Verfahren besteht nicht.

67

ee) Ein Zwischenurteil (§ 302 ZPO), dessen Erlass die Klägerin hilfsweise mit der Feststellung begehrt, dass ihre Aktivlegitimation nicht entfallen sei, kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil die Hauptsache zur Entscheidung reif ist. Unabhängig davon ergibt sich aus den obigen Ausführungen, dass die Klägerin derzeit nicht zur Geltendmachung der Anfechtungseinrede befugt ist.

68

c) Die Klägerin kann den Beklagten zu 1) auch nicht die mit einer Forderung in Höhe eines Betrages von 444.162,15 € erstmalig im Berufungsrechtszug erklärte Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch wegen Prozessbetruges in dem Parallelverfahren 2 O 268/00 LG Köln = 11 U 144/01 OLG Köln entgegen halten.

69

aa) Zunächst fehlt es bereits an den Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 533 ZPO: Nach dieser Vorschrift ist eine (erstmalige) Aufrechnungserklärung in der Berufungsinstanz nur zulässig, wenn 1. der Gegner einwilligt oder das Gericht dies für sachdienlich hält und 2. die Aufrechnung auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung über die Berufung ohnehin gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Es kann offen bleiben, ob – wie die Klägerin geltend macht – die nunmehr in den Prozess eingeführten Tatsachen nicht auch schon vor dem Landgericht hätten vorgetragen werden

70

können und deshalb gemäß den §§ 529 Abs. 1 Nr. 2, 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind. Es fehlt jedenfalls an der in § 533 Nr. 1 ZPO normierten Voraussetzung der Einwilligung des Gegners oder der Sachdienlichkeit. Der Beklagte zu 1) hat der Aufrechnung jedenfalls dadurch konkludent widersprochen, dass er in der Berufungserwiderung vom 2. März 2006 (Bl. 1102 d.A.), auf die er gemäß § 137 Abs. 3 ZPO in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat Bezug genommen hat, die Aufrechnung als präkludiert bezeichnet hat, die nicht mehr zu berücksichtigen sei. Soweit er – zusätzlich – zu dem der Aufrechnung zugrunde liegenden Schadensersatzanspruch in der Sache Stellung genommen hat, handelt es sich lediglich um Hilferwägungen, die der Annahme eines Widerspruchs gegen die Zulassung der Aufrechnung nicht entgegenstehen. Aus diesem Grunde greift auch die Einwilligungsfiktion des § 267 ZPO nicht ein. Der Senat hält die Aufrechnung auch nicht für sachdienlich, da sich der Schadensersatzanspruch, dessen sich die Klägerin gegen den Beklagten zu 1) berührt, auf Umstände bezieht, die ihre Grundlage in dem – vorliegend nur mittelbar relevanten - Parallelverfahren 2 O 268/00 LG Köln = 11 U 144/01 OLG Köln haben.

bb) Unabhängig davon ist Klägerin mit dem Aufrechnungseinwand auch gemäß § 767 Abs. 2 ZPO präkludiert. Der von ihr nunmehr geschilderte Sachverhalt, der einen Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1) begründen soll, bestand *objektiv* bereits vor Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem 11. Zivilsenat in dem Parallelverfahren 11 U 144/01. Dass die Klägerin bestimmte Tatsachen erst nach der mündlichen Verhandlung *erfahren* hat, steht der Anwendung des § 767 Abs. 2 ZPO nicht entgegen. Die Präklusionswirkung tritt vielmehr bereits dann ein, wenn – wie hier – die Aufrechnungslage bereits im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bestand und die Einwendung deshalb objektiv hätte geltend gemacht werden können (vgl. hierzu nur BGHZ 163, 339 ff.). Ob die Voraussetzungen für die Zulassung neuen Vorbringens i.S.d. § 531 Abs. 2 ZPO vorliegen, ist für die Frage der Präklusion gemäß § 767 Abs. 2 ZPO unerheblich. 71

d) Schließlich kann die Klägerin dem Zahlungsanspruch des Beklagten zu 1) auch nicht die Arglistenrede gemäß § 242 BGB mit der Begründung entgegen halten, sie – die Klägerin – habe sich den Herausgabeanspruch des Schuldners C gegen den Beklagten zu 1) pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen, wie sich aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss vom 20. November 2003 ergebe. Da der Schuldner C auf seinen Rückabtretungsanspruch bereits im Jahre 2000 verzichtet hatte, ging die Pfändung der Klägerin ins Leere. Hierauf hat auch der Beklagte zu 1) in der Berufungserwiderung zu Recht hingewiesen. Eine mögliche Anfechtbarkeit dieses Verzichts nach den Regeln des Anfechtungsgesetzes hat nicht etwa die Nichtigkeit des Verzichts zur Folge, vielmehr bleibt die Wirksamkeit des Verzichts zunächst von einer möglichen Anfechtbarkeit unberührt. 72

3. Da der Klägerin entsprechend den obigen Ausführungen keine zu berücksichtigende Einwendungen im Sinne des § 767 Abs. 1 ZPO zustehen, ist auch ihre mit dem weiteren *Klageantrag zu 2)* gegen die Urteile des Landgerichts von 11. November 1999 und des Oberlandesgerichts vom 23. Dezember 2003 aufrecht erhaltene Vollstreckungsgegenklage unbegründet. 73

4. Die Klägerin kann von dem Beklagten zu 1) auch nicht Rückzahlung des auf den Kostenfestsetzungsbeschluss gezahlten Betrages verlangen. Insoweit beansprucht die Klägerin von dem Zahlungsbetrag von 42.869, 22 € einen - abgerundeten - Betrag in Höhe von 42.869,00 €, der als weiterer Bestandteil in dem mit dem *Klageantrag zu 1)* geltend gemachten Gesamtbetrag in Höhe von 483.568,80 € enthalten ist. Einem Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 BGB steht entgegen, dass eine gegen den Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts vom 20. Oktober 2003 gerichtete 74

Vollstreckungsgegenklage (§§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 2, 795 ZPO) nicht begründet gewesen wäre. Deshalb kann auch eine verlängerte Vollstreckungsgegenklage keinen Erfolg haben.

a) Bedenken an der Aktivlegitimation des Beklagten zu 1) bestehen nicht. Zwar hatte der Beklagte zu 1) seine Ansprüche aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss zunächst an Rechtsanwalt Klingbeil abgetreten. Aufgrund dieses Sachverhalts hatte der Senat die Zwangsvollstreckung des Beklagten zu 1) insoweit durch Beschluss vom 6. Juni 2006 (Bl. 1223 ff. d.A.) vorläufig eingestellt. Die Parteien haben jedoch *nach* Erlass des Einstellungsbeschlusses unstreitig gestellt, dass es bereits im Jahre 2004 zu einer Rückabtretung der Ansprüche an den Beklagten zu 1) gekommen ist. 75

b) Soweit der Beklagte zu 1) auch gegenüber dem Kostenfestsetzungsbeschluss die Anfechtungseinrede erhebt, scheitert dies bereits an einer anfechtbaren Rechtshandlung des Schuldners, wie auch das Landgericht in dem angegriffenen Urteil zutreffend ausgeführt hat. Bei dem Kostenerstattungsanspruch handelt es sich um einen rein prozessualen Anspruch der Beklagten bzw. des Beklagten zu 1), der mit einer möglichen Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des Schuldners in keinem Zusammenhang steht. 76

c) Auch der von der Klägerin erstmalig durch Schriftsatz vom 31. August 2006 (vgl. Bl. 1333) mit ihrem aufgrund des hiesigen Prozesses „bereits jetzt aufschiebend bedingten Kostenerstattungsanspruch“ erklärte Aufrechnung greift nicht durch. Da bislang noch keine Kostengrundentscheidung zu Gunsten der Klägerin ergangen ist, kommt nach allgemeiner Auffassung eine Aufrechnung nicht in Betracht (vgl. nur Thomas/Putzo/Hüßtege, ZPO, 27. Aufl. 2005, Vor § 91 Rdn. 9; Zöller/Herget, ZPO, 26. Auflage 2007, Vor § 91 Rdn. 10). 77

d) Schließlich kann sich die Klägerin auch nicht auf eine Aufrechnung mit den von ihr geltend gemachten Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 1) wegen Prozessbetruges in dem Parallelverfahren berufen. Zwar greift die Präklusionsvorschrift des § 767 Abs. 2 ZPO bei Kostenfestsetzungsbeschlüssen wegen der fehlenden Rechtskraftwirkung nicht ein (vgl. nur Zöller/Stöber, a.a.O., § 795 Rdn. 1 und Zöller/Herget, a.a.O., § 767 Rdn. 20 m.w.Nw.). Es fehlt jedoch zumindest an den Voraussetzungen des § 533 Nr. 1 ZPO. Die obigen Ausführungen zu der Aufrechnung gegenüber dem titulierten Hauptsacheanspruch gelten entsprechend. 78

5. Keinen Erfolg hat auch der *Klageantrag zu 3)*. Da weder eine Vollstreckungsgegenklage noch eine verlängerte Vollstreckungsgegenklage (Bereicherungsanspruch) der Klägerin im Zusammenhang mit dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts vom 20. Oktober 2003 begründet ist, hat sie auch keinen Anspruch entsprechend § 371 BGB auf Herausgabe der Bürgschaftsurkunde. 79

6. a) Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 Abs. 1, 516 Abs. 3 (Kosten) sowie den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO (vorläufige Vollstreckbarkeit). 80

b) Die Voraussetzungen der Zulassung der Revision (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO) sind nicht erfüllt. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch bedarf es einer Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Die Beurteilung des Streitfalles beruht nur auf einer Würdigung der tatsächlichen Umstände des vorliegenden konkreten Einzelfalles. 81

Berufungsstreitwert: 488.568,80 € 82

83

Zu dem Zahlungsantrag in Höhe von 483.568,80 € sind 5.000,00 € zu addieren. Auf diesen Betrag schätzt der Senat das Interesse der Klägerin an den weiteren Klageanträgen zu 2) und 3).

Demgegenüber führt die von der Klägerin erklärte Hilfsaufrechnung mit einem Anspruch in Höhe von 444.162,15 € nicht zu einer Streitwerterhöhung, weil der Senat wegen des Fehlens der Voraussetzungen des § 533 Nr. 1 ZPO bzw. der Präklusion eine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidung über diesen Anspruch nicht trifft (vgl. § 45 Abs. 3 GKG). 84