
Datum: 11.12.2008
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 18. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 18 U 190/05
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2008:1211.18U190.05.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 87 O 109/99

Tenor:

Auf die Restitutionsklage der Beklagten wird das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2004 (Az. II ZR 299/02) aufgehoben.

Unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 29.09.2000 (Az. 87 O 109/99) wird die Klage des Klägers abgewiesen und auch die Anschlussberufung des Klägers zurückgewiesen.

Der Kläger wird verurteilt, an die Beklagte 610.952,37 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem 06.10.2005 zu zahlen. Wegen des weitergehenden Zinsanspruchs wird die auf Erstattung gemäß § 717 Abs. 3 ZPO analog gerichtete (Wider-) Klage der Beklagten abgewiesen.

Die Kosten des gesamten Rechtsstreits einschließlich des Vorprozesses, des Wiederaufnahmeverfahrens und des Erstattungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt, der auch die außergerichtlichen Kosten der Streit-helfer zu 1. und 2. trägt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger darf die Zwangsvollstreckung jeweils gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte bzw. die Streithelferin zu 1.

bzw. der Streithelfer zu 2. als Vollstreckungsgläubiger zuvor Sicherheit in Höhe von 120 % des jeweils von dem jeweiligen Vollstreckungsgläubiger zu vollstreckenden Betrages leisten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

- I. 2
- Die Beklagte begehrt im Wiederaufnahmeverfahren die Aufhebung des rechtskräftigen Urteils des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2004 (Az. II ZR 299/02). 3
- Der Kläger hat in dem Rechtsstreit Landgericht Köln, Az. 87 O 109/00, Oberlandesgericht Köln, Az. 21 U 21/00 bzw. Bundesgerichtshof, Az. II ZR 299/02 (im folgenden: Vorprozess), die Beklagte aus abgetretenem Recht der 1998 in Konkurs gefallenen C. Unterhaltungselektronik GmbH (im folgenden: Gemeinschuldnerin) mit einer Teilforderung in Höhe von 800.000 DM in Anspruch genommen; hilfsweise hat er Zahlung an den Konkursverwalter beantragt. Das Landgericht hatte der Klage mit Urteil vom 29.09.2000 stattgegeben. Die Berufung der Beklagten führte zur Klageabweisung durch das Oberlandesgericht mit Urteil vom 05.09.2002. Auf die Revision des Klägers hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 15.11.2004 das landgerichtliche Urteil wieder hergestellt. Wegen der Einzelheiten des Vorprozesses und des in diesem zu beurteilenden Sachverhaltes wird auf die genannten Urteile sowie auf den Tatbestandsberichtigungsbeschluss des Oberlandesgerichts vom 25.11.2002 Bezug genommen. 4
- Am 03.02.2005 zahlte die Beklagte auf ein Anderkonto des Prozessbevollmächtigten des Klägers im Hinblick auf die rechtskräftige Entscheidung 559.273,69 €, und zwar 409.033,50 € (= 800.000,00 DM) auf die Hauptforderung, Vollstreckungskosten in Höhe von 1.170,20 € und im übrigen Zinsen auf die Hauptforderung (149.069,99 €). Auf die Kostenrechnung des Bundesgerichtshofs vom 04.01.2005 zahlte die Beklagte am 31.01.2005 einen Betrag von 7.518,00 €. Der von der Beklagten hinsichtlich der Kostenrechnung der Gerichtskasse Köln ausgestellte Scheck über 7.700,06 € für Gerichtskosten wurde am 23.05.2005 eingelöst. Aufgrund des Kostenfestsetzungsbeschlusses des Landgerichts Köln vom 26.07.2005 wurden dem Kläger Kosten nebst Zinsen in einer Gesamthöhe von 36.460,62 € erstattet. Der diesbezüglich von der Beklagten hingebene Scheck wurde am 25.08.2005 eingelöst. 5
- Auf vergleichbarer Grundlage wie im Vorprozess und im hiesigen Rechtsstreit hatte der Kläger in dem Rechtsstreit Landgericht Köln, Az. 87 O 32/01, Berufungsverfahren vor dem erkennenden Senat, Az. 18 U 53/06 bzw. Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren des Bundesgerichtshofs, Az. II ZR 127/07 (im folgenden: Parallelverfahren) weitere Zahlungsansprüche in Höhe von 6.228.350,65 € geltend gemacht und darüber hinaus die Feststellung begehrt, dass die Beklagte zur Auffüllung der Konkursmasse der Gemeinschuldnerin verpflichtet sei. Wegen des Sach- und Streitstandes wird auf das klageabweisende Urteil des Landgerichts Köln vom 10.02.2006 (Az. 87 O 32/01) sowie den dieses Urteil berichtigenden Beschluss des Landgerichts vom 30.06.2006 (Az. 87 O 32/01), das die Berufung des Klägers mit dem Hauptantrag zurückweisende und mit dem Hilfsantrag als unzulässig verwerfende Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 24.05.2007 (Az. 18 U 6

53/06), den eine Tatbestandsberichtigung zurückweisenden Beschluss des Oberlandesgerichts vom 26.07.2007 (Az. 18 U 53/06) und den die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision zurückweisenden Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 28.04.2008 (II ZR 127/07) Bezug genommen.

Der Rechtsverfolgung durch den Kläger liegt folgendes zu Grunde: 7

Am 10. und 14.09.1998 errichteten der Kläger und der seinerzeitige Konkursverwalter der Gemeinschuldnerin, der inzwischen verstorbene Rechtsanwalt Dr. D., die nachfolgend wiedergegebene Urkunde (Bl. 626 f. d.A.): 8

"Sehr geehrter Herr Kollege Dr. D., 9

die zwischen Ihnen und mir getroffene Vereinbarung halte ich wie folgt schriftlich fest: 10

1. Die C. Unterhaltungselektronik GmbH tritt mir alle Ansprüche, die ihr aus irgendeinem Rechtsgrund gegen die L. Elektronik Holding GmbH in M., die L. Elektronik GmbH in N., die S. Unterhaltungselektronik ZNL der S. Zentralfinanz eG sowie gegen sonstige Mitglieder der S.-Gruppe zustehen, treuhänderisch ab.

2. Ich verpflichte mich, diese Ansprüche gegen die genannten Mitglieder der S.-Gruppe in eigenen Namen und auf eigene Kosten zu verfolgen. Es bleibt mir unbenommen, zunächst angemessene Teilforderungen geltend zu machen.

3. Die erzielten Erlöse werden zwischen mir und der C. Unterhaltungselektronik GmbH hälftig geteilt.

Vor der Teilung sind die von mir aufgewendeten Anwalts- und Gerichtskosten von dem zu teilenden Betrag abzusetzen, höchstens jedoch in Höhe von 15 % des zu teilenden Betrages.

Ich verpflichte mich, sämtliche etwa eingehenden Beträge direkt auf ein zugunsten von mir und der C. Unterhaltungselektronik GmbH einzurichtendes Gemeinschaftskonto, über das beide Parteien gemeinschaftlich verfügungsberechtigt sind, zu leisten.

4. Ich verpflichte mich ferner, die C. Unterhaltungselektronik GmbH unverzüglich über alle eingeleiteten Schritte zu unterrichten, ihr Kopien sämtlicher in dieser Sache gewechselten Schriftstücke zuzuleiten und sie über den Inhalt aller etwa geführten Besprechungen mit der Gegenseite zu informieren.

Ein Verstoß gegen diese Informationspflicht berechtigt die C. Unterhaltungselektronik GmbH zum sofortigen Rücktritt von den getroffenen Vereinbarungen. Aufwendungsersatzansprüche in irgendwelcher Art stehen mir im Falle dieses Rücktritts nicht zu.

Zum Zeichen Ihres Einverständnisses bitte ich Sie darum, das beigefügte Doppel dieses Schreibens unterzeichnet an mich zurückzugeben. 18

Mit freundlichen kollegialen Grüßen 19

gez. I. 20

Einverstanden 21

E., 14/09/98 22

23

gez. Dr. D."

Diese Vereinbarung hat der Kläger als Anlage 13 zu seinem Schriftsatz vom 23.08.2005 im Parallelverfahren in erster Instanz vorgelegt, nachdem die neuen Prozessbevollmächtigten der Beklagten mit Schriftsatz vom 01.07.2005 im Parallelverfahren vorgetragen hatten, auf die Abtretung eines Anspruchs aus §§ 30, 31 GmbHG könne sich der Kläger nicht stützen, da er nicht darlegen könne, dass der Konkursmasse für den an ihn abgetretenen Anspruch ein angemessener Gegenwert zugeflossen sei. Der Schriftsatz vom 23.08.2005 nebst Anlagen ging den Prozessbevollmächtigten der Beklagten im Parallelverfahren am 30.08.2005 zu. 24

Der Konkursverwalter Dr. D. erklärte mit Schreiben vom 14.09.1998 an den Kläger (vorgelegt von dem Kläger im Vorprozess mit der Klageschrift als Anlage K 2): 25

"Sehr geehrter Herr Kollege I., 26

in Erfüllung unserer Vereinbarung trete ich in meiner Eigenschaft als Konkursverwalter über das Vermögen der C. Unterhaltungselektronik GmbH alle Ansprüche, die der Gemeinschuldnerin aus irgendeinem Rechtsgrund gegen die L. Elektronik Holding GmbH in M., die L. Elektronik GmbH in N., die S. Unterhaltungselektronik ZNL der S. Zentralfinanz e.G. sowie gegen sonstige Mitglieder der S.-Gruppe zustehen, an Sie ab." 27

Auch dieses Schreiben ist unterzeichnet, zunächst von dem Konkursverwalter und dann mit "Einverstanden" und seiner Unterschrift durch den Kläger, ohne dass dieser noch ein Datum dazu gesetzt hat. 28

Unter dem 02.09.1998 hatte der damalige Konkursverwalter Dr. D. seinen Bericht gemäß § 131 KO erstellt. Darin heißt es unter anderem auf S. 10, dass möglicherweise Ansprüche gegen die S.-Gruppe bestünden. Dieser Problemkreis sei "höchst komplex, kompliziert und undurchsichtig". Es bestünden erhebliche wechselseitige Forderungen mit einer zu der S.-Gruppe gehörenden L. Elektronik Holding GmbH (im folgenden: LEH). Ein ähnlicher Sachverhalt solle im Verhältnis zwischen der S. Gruppe und der Firma Radio U., X. vorgelegen haben, wobei letztere ihre Ansprüche gegen S. geltendgemacht und sich vorteilhaft verglichen haben solle. Die Gemeinschuldnerin habe daraufhin mit der U. Gruppe "eine Vereinbarung abgeschlossen, die im Kern besagt, dass U. die Ansprüche der Gemeinschuldnerin gegen die S. Gruppe auf eigene Kosten geltend macht und dass der daraus resultierende Erlös hälftig geteilt wird. Ich sehe weder eine Möglichkeit noch einen Anlass, mich von dieser Vereinbarung zu lösen, und habe sie durch ein Schreiben an die U. Gruppe klargestellt und modifiziert." Da die Masse auch nicht über die Mittel zur Durchsetzung der Ansprüche gegen die S. Gruppe besitze, erscheine ihm das zwischen U. und der Gemeinschuldnerin getroffene Abkommen vorteilhaft. Es bleibe abzuwarten, was die zu erwartende Auseinandersetzung erbringe, wobei die U. Gruppe voller Zuversicht sei, mehrere Millionen erstreiten zu können. In den Konkursstatus habe er vorerst einmal 200.000 DM eingestellt (S. 10 und 11 des Berichtes vom 02.09.1998, Anlage RKL 11, Bl. 1375 ff., 1384 f. d.A.). 29

Vor der am 28.05.1999 erfolgten Einreichung der Klage im Vorprozess und auch vor der Einleitung des Parallelverfahrens im Dezember 2000 schrieb der spätere Prozessbevollmächtigte des Klägers an den seinerzeit für die Beklagte tätigen Rechtsanwalt Dr. Y., den nunmehrigen Streithelfer zu 2. der Beklagten, am 13.10.1998: 30

"Zur Sache C. ./ LEH: In dieser Sache liegt inzwischen eine Vereinbarung mit dem Konkursverwalter Dr. D. aus E. vor, die zum Inhalt hat, dass der Rechtsanwalt F. I. die 31

Ansprüche der Firma C. gegen die S.-Firmen treuhänderisch im eigenen Namen geltend macht und insoweit von mir vertreten wird. Ich bitte Sie, mir mitzuteilen, ob Sie insoweit noch legitimierende Äußerungen der Herren Dr. D. und I. brauchen, damit diese solche etwa gewünschten Erklärungen abgeben."

Wegen der Einzelheiten des Schreibens vom 13.10.1998, welches im Vorprozess nicht zu den Akten gereicht oder in Bezug genommen wurde, wird auf die Anlage RB 1 (Bl. 775 f. d.A.) Bezug genommen. 32

Durch Urteil des Amtsgerichts Köln vom 17.11.1999 (Az. 126 C 605/98), das durch Rücknahme der Berufung seitens der Beklagten am 13.04.2000 rechtskräftig wurde, wurde die S. Unterhaltungselektronik, Zweigniederlassung der S. Zentralfinanz e.G., die Beklagte des vorliegenden Verfahrens, verurteilt, ein Kaufangebot der Frau G. V. betreffend 25 % der Geschäftsanteile an der Gemeinschuldnerin anzunehmen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ablichtungen des vorgenannten Urteils (Bl. 666 ff. d.A.) sowie des Protokolls der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Köln vom 13.04.2000 (Bl. 673 f. d.A.) verwiesen. 33

Am 29.09.2005 ging bei dem Oberlandesgericht die vorliegende Restitutionsklage der Beklagten entsprechend ihrem Schriftsatz vom gleichen Tag ein. 34

Die Beklagte ist der Auffassung, die Urkunde vom 10. und 14.09.1998 sei für sie im Vorprozess unbenutzbar gewesen, ohne dass sie dies verschuldet hätte. Weder aus der dinglichen Abtretungserklärung vom 14.09.1998 noch aus dem Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 13.10.1998 habe sich ergeben, dass eine Urkunde über das Kausalgeschäft existierte. Eine Kenntnis von der Existenz der Urkunde und damit ein Verschulden im Vorprozess ergebe sich auch nicht aus dem Schreiben vom 13.10.1998, das sie mehr als sieben Monate vor Klageerhebung des Vorprozesses erhalten habe. 35

Der Inhalt der Urkunde vom 10. und 14.09.1998 beweise die Unwirksamkeit der im Vorprozess geltend gemachten Abtretung, so dass die ursprüngliche Klage wegen fehlender Aktivlegitimation des Klägers abzuweisen sei. Die Unwirksamkeit der Abtretung ergebe sich daraus, dass die letztlich zugesprochenen Ansprüche aus §§ 30, 31 GmbHG nur gegen vollwertige Gegenleistung abgetreten werden könnten, was ausweislich der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 nicht geschehen sei. Zudem habe der Konkursverwalter durch die Abtretung gegen den Konkurszweck verstoßen. Die Vereinbarung enthalte auch eine unzulässige quota-litis-Abrede und sei deswegen gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 49b Abs. 2 BRAGO unwirksam. Schließlich ergebe sich eine Nichtigkeit aus § 138 BGB. Zudem behauptet die Beklagte, die Gemeinschuldnerin habe die von dem Kläger verfolgten etwaigen Ansprüche bereits zuvor an die Firma Radio U. abgetreten. 36

Die mittlerweile eingetretene Rechtskraft des Parallelverfahrens habe, so die weitere Ansicht der Beklagten, die Auswirkung, dass sowohl Haupt- als auch Hilfsantrag des Klägers in der Sache nunmehr abzuweisen seien. Im Parallelverfahren seien Haupt- und Hilfsantrag durch Sachurteil abgewiesen worden, der Hilfsantrag jedenfalls unter Berücksichtigung des im Parallelverfahren ergangenen Beschlusses des Landgerichts Köln vom 30.06.2006. Hieraus folge bereits ohne weiteres, dass die Abtretung auch in Bezug auf die hier verlangte Teilforderung nichtig und deren Geltendmachung auch im Wege der gewillkürten Prozessstandschaft nicht möglich sei. Die Entscheidung im Parallelverfahren führe wegen Rechtskrafterstreckung bereits zu einer Unzulässigkeit der hiesigen Klage. 37

Im Hinblick auf den Hilfsantrag fehle es jedenfalls an dem rechtlichen Interesse des Klägers für die Geltendmachung eines angeblichen Zahlungsanspruchs des Konkursverwalters.

Der Gemeinschuldnerin stünden bereits deshalb keine Ansprüche gegen die Beklagte bzw. gegen ihre vormalige Gesellschafterin LEH aus §§ 30, 31 GmbHG zu, weil Herr Z. eine Patronatserklärung in Ziffer VI. des Geschäftsanteils- und Abtretungsvertrages abgegeben habe. Es sei gemäß Ziffer VII. dieses Vertrages eine Garantie der H. Bank vom 27.02.1996 über 2 Mio DM (Bl. 1298 f. d.A.) beigebracht worden. Der Gemeinschuldnerin seien Kredite in einer Gesamtgrößenordnung von 5 Mio DM gewährt worden. Hieraus würde sich das Fehlen des erforderlichen Merkmals der Kreditunwürdigkeit ergeben. 39

Seitens des Konkursverwalters letztlich erhaltene Teile ihrer Zahlungen aufgrund des Vorprozesses stünden der gesamten Rückforderung von dem Kläger nicht entgegen. Die Rückabwicklung von an den Konkursverwalter gelangten Zahlungen müsste bei einer Verurteilung des Klägers im hiesigen Restitutionsverfahren im Verhältnis zwischen dem Kläger und dem Konkursverwalter erfolgen. Eine erneute Verurteilung der Beklagten zur Zahlung käme jedenfalls nicht in Betracht, denn sie habe auf das mit der Restitutionsklage angefochtene Urteil 409.033,50 € an den Kläger mit Erfüllungswirkung geleistet. 40

Inzwischen erhebt die Beklagte auch die Verjährungseinrede gegenüber der Klageforderung. 41

Die Beklagte beantragt, 42

das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2004 (Az. II ZR 299/02) aufzuheben, 43

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 29.09.2000 (Az. 87 O 109/99) die Klage abzuweisen sowie die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen, 44

den Kläger zu verurteilen, an sie 610.952,37 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz aus 7.518,- € seit dem 01.02.2005, aus 559.237,69 € seit dem 04.02.2005, aus 7.700,06 € seit dem 24.05.2005 sowie aus 36.460,62 € seit dem 26.08.2005 zu zahlen. 45

Die Streithelfer zu 1. und 2. sind dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten als Nebenintervenienten beigetreten und beantragen jeweils, 46

dem Kläger die durch die Nebenintervention verursachten Kosten aufzuerlegen. 47

Der Kläger beantragt, 48

die Restitutionsklage abzuweisen, 49

im Falle der Zulässigkeit der Restitutionsklage die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger 409.033,50 € (entsprechend 800.000,00 DM) nebst 5% Zinsen ab dem 26.02.1996 zu zahlen, 50

hilfsweise, die Beklagte zu verurteilen, 409.033,50 € (entsprechend 800.000 DM) nebst 5 % Zinsen seit dem 26.02.1996 an den Konkursverwalter über das Vermögen der C. Unterhaltungselektronik GmbH zu zahlen. 51

Der Kläger ist der Auffassung, die vor dem Oberlandesgericht erhobene Restitutionsklage sei unzulässig, weil der mit dem Vorprozess befasste Bundesgerichtshof aufgrund von § 584 Abs. 1 ZPO zuständig sei. Auch liege ein Restitutionsgrund nicht vor, weil der Beklagten aufgrund des Schreibens vom 13.10.1998 die Existenz der Urkunde vom 10. und 14.09.1998 52

bekannt gewesen sei. Zudem, so behauptet der Kläger, seien sowohl er als auch der Konkursverwalter jederzeit bereit gewesen, die Urkunde vorzulegen. Er ist der Ansicht, die Beklagte habe des Weiteren einen Anspruch auf Vorlage der Urkunde gehabt, so dass die Nichtbenutzbarkeit der Urkunde im Vorprozess allein auf ein Verschulden der Beklagten zurückzuführen sei. Der Anspruch auf Vorlage ergebe sich aus § 810 BGB und – vor dem Hintergrund des Erwerbs von Geschäftsanteilen der Gemeinschuldnerin durch die Beklagte aufgrund des Urteils des Amtsgerichts Köln vom 17.11.1999 – aus § 51a GmbHG. Die Restitutionsklage sei auch deswegen unbegründet, weil die aufgefundene Urkunde nicht für den Ausgang des Rechtsstreits im Vorprozess kausal gewesen sei.

Der Kläger meint, die am 14.09.1998 erklärte Abtretung sei auch unter Berücksichtigung der in der Urkunde vom 10. und 14.09.1998 enthaltenen Erklärungen wirksam. Der Konkursverwalter habe bereits eine vollwertige Gegenleistung erhalten. Der Kläger hat hierzu etwa mit Schriftsatz vom 14.08.2008 ausgeführt, er habe zum einen am 28.02.2005 als Teil der Gegenleistung an den Konkursverwalter 237.193,98 € bezahlt. Zum anderen habe er, der Kläger, – als zumindest hälftig anzusetzende Gegenleistung - bei der treuhänderischen Verfolgung weiterer Ansprüche über 300.000,- € an Gerichtskosten und über 500.000,- € an Anwaltskosten gezahlt bzw. noch zu zahlen. Diese Kosten hätte der Konkursverwalter seinerseits übernehmen müssen, wenn er selbst die 2. Teilklage durch die Instanzen verfolgt hätte. Die Hälfte des Aufwandes, also mehr als 400.000,- € sei dem Konkursverwalter als Gegenleistung des Klägers zuzurechnen. 53

Der Erhalt einer vollwertigen Gegenleistung für die Gesellschaft sei zudem bei der Abwicklung einer in Konkurs gegangenen Gesellschaft durch den Konkursverwalter nicht erforderlich. Auch stehe der Abtretung der Konkurszweck nicht entgegen. Dies ergebe sich schon daraus, dass die Abtretung nur treuhänderisch erfolgt sei. Die Gläubigerversammlung habe der Vorgehensweise des Konkursverwalters zugestimmt, dies auch schon deshalb, da nach den Feststellungen des Konkursverwalters die Masse die Mittel zur Durchsetzung etwaiger Forderungen gegen die S.-Gruppe nicht gehabt habe. Dem Einwand der Beklagten, der Konkursverwalter habe die Möglichkeit gehabt, Prozesskostenhilfe zu beantragen, tritt der Kläger entgegen. Der Kläger weist darauf hin, dass aussichtslose Prozesse nicht über Prozesskostenhilfe finanziert würden. Nach Auffassung der Beklagten handele es sich indes um einen solchen aussichtslosen Prozess. Es bleibe zudem unklar, wer die Klageschrift hätte fertigen und die Kosten dafür aufwenden sollen. Gleiches gelte dafür, wie und mit welchem Kostenaufwand der Konkursverwalter sich das für die Prozesse notwendige Vergangenheitswissen bei bereits ausgeschiedenen Gesellschaftern und Geschäftsführern hätte verschaffen sollen. 54

Im Übrigen, so der weitere Vortrag des Klägers, handele es sich um eine treuhänderische Abtretung in Form der Inkassozession. Dieser stünden auch weitere Einwendungen nicht entgegen. Eine Schenkung könne in der Abtretung nicht gesehen werden, da es an der erforderlichen Einigung über die Unentgeltlichkeit fehle. Der Wirksamkeit der Abtretung an ihn stehe auch nicht eine frühere hälftige Abtretung von Ansprüchen an die Firma Radio U. entgegen. Die sogenannte U.-Abtretung sei, so der Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 04.06.2008, in der Urkunde vom 10.03.1997 niedergelegt. Wegen deren Inhalt wird auf die Anlage RB11 (Bl. 1634 d.A.) verwiesen. Ausweislich dieser Urkunde wurden 50 % von allen Herrn Z. bzw. der Gemeinschuldnerin zustehenden Rechten gegen die LEH, gegen die Beklagte, gegen Banken und andere aus den in der Präambel der Urkunde erwähnten Verträgen, also aus den Notarverträgen vom 02. und 21.02.1996, mithin dem Geschäftsanteilsübertragungs- und Abtretungsvertrag zwischen der Veräußerin LEH und dem Erwerber Z. über die Gemeinschuldnerin (Anlagen K8 und K9), für 1,- DM an die Firma 55

U. GmbH veräußert. Der Kläger ist der Ansicht, die sogenannte U.-Abtretung sei unwirksam. Bereits zum Zeitpunkt der Abtretung an die Firma Radio U. sei die Gemeinschuldnerin, so sein Vortrag, überschuldet gewesen, so dass das Vollwertigkeitsprinzip betroffen sei. Die Gesellschaft, die spätere Gemeinschuldnerin habe von der Firma Radio U. keine vollwertige Gegenleistung erhalten. Der Kläger führt des Weiteren aus, dass die U.-Abtretung wegen Unbestimmtheit unwirksam sei. Die "hälftige" Abtretung aller Forderungen lasse nicht erkennen, welche Forderungen davon in welcher Höhe erfasst sein sollen. Im Übrigen umfasse die U.-Abtretung überhaupt nicht den hier in Rede stehenden Anspruch aus §§ 30, 31 GmbHG des Klägers bzw. Konkursverwalters gegen die Beklagte.

Die Voraussetzungen für einen Verstoß der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 im Hinblick auf eine angebliche quota-litis-Vereinbarung lägen nicht vor. Davon sei schon deshalb auszugehen, weil der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 15.11.2004 keine Zweifel an der Abtretung gehabt habe, obwohl ihm der quota-litis-Einwand aus der Akte bekannt gewesen sei. Im Übrigen habe er, der Kläger, diese Vereinbarung als Privatperson mit dem Konkursverwalter getroffen, auch wenn die Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 auf Kanzleipapier festgehalten sei. 56

Der Kläger behauptet ferner, er sei Geschäftsführer, Gesellschafter und Gläubiger der J.-Unternehmensverwaltungs- und Service-Gesellschaft mbH (im folgenden: J.). Zum Beleg für seine Position bei der J. legt er einen Handelsregisterauszug, die Handelsregistermitteilung vom 17.11.2005, die Gesellschafterliste und einen Auszug aus einer Summen- und Saldenliste der J. per Oktober 2006 vor. Wegen der Einzelheiten wird auf das Anlagenkonvolut RB 6 (Bl. 874 ff. d.A.) Bezug genommen. 57

Die J. habe, so weitere Behauptungen des Klägers, mit Vertrag vom 04.05.2005 bzw. 29.04.2005 von der K. Technik GmbH & Co KG (im folgenden: K.) die dieser gegen die Gemeinschuldnerin zustehenden und angemeldeten Ansprüche erworben, wozu der Kläger die Vereinbarung in Kopie vorlegt. Wegen der Einzelheiten wird auf die vorgelegte Kopie dieser Vereinbarung (Anlage RB 4, Bl. 828, 829 d.A.) Bezug genommen. Ferner legt der Kläger eine Vereinbarung mit Datum vom 22.03.2005 zwischen der J. und Herrn O. vor. Darin heißt es, dass Herr O. alle Ansprüche gegen die in Konkurs geratene Firma C. und insbesondere auch gegen S. an die J. abtrete. Wegen der Einzelheiten wird auf die vorgelegte Kopie dieser Vereinbarung (Anlage RB 8, Bl. 1325 d.A.) verwiesen. Der Kläger behauptet weiter gestützt auf zwei notarielle Angebote auf Abschluss eines Kauf- und Abtretungsvertrages, er habe das Recht, zum Kaufpreis von insgesamt 2,- € nahezu das gesamte Gesellschaftskapital der J. übernehmen zu können. Wegen der Einzelheiten wird auf die Anlagen RB 9 (Bl. 1326 ff. d.A.) und RB 10 (Bl. 1336 ff. d.A.) Bezug genommen. 58

Zu diesen Ansprüchen der J., die die Beklagte bestritten hat und die sie für nur unsubstantiiert vorgetragen hält, hat die Beklagte geltend gemacht, sie hätten eigenkapitalersetzenden Charakter. 59

Des Weiteren behauptet der Kläger inzwischen, dass nunmehr er selbst Inhaber der vorgenannten, zunächst der J. zustehenden geltend gemachten Ansprüche gegen die Konkursmasse sei. Er legt hierzu eine notarielle Urkunde vom 11.08.2008 (Anlage RB16, Bl. 1708-1716 d.A.) vor, nach welcher er gehandelt hat in eigenem Namen und zugleich für die J.. Inhalt dieser notariellen Urkunde ist, dass der Kläger persönlich für einen Kaufpreis von 150.000,- € von der J., bezahlt durch Aufrechnung mit dem Kläger gegen die J. zustehenden Forderungen, die oben beschriebenen, vormals der K. bzw. Herrn O. zustehenden Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin gekauft und abgetreten erhalten hat. Der Kläger macht geltend, dass der Konkursverwalter diese Forderungen weder nach Grund noch Höhe 60

bestreite. Gleiches gelte für die Abtretung vom 11.08.2008.

Der Kläger ist zudem der Ansicht, dass ihm auch deshalb die Prozessführungsbefugnis 61
zustehe, weil er und der Konkursverwalter das bestehende Treuhandverhältnis dahin
modifiziert hätten, dass der Kläger ermächtigt sei, hinsichtlich der ihm treuhänderisch
abgetretenen Beträge auch Zahlung direkt an den Konkursverwalter und nicht auf ein
Gemeinschaftskonto zu begehren. Ohnehin seien ihm, so die Behauptung des Klägers, durch
den Konkursverwalter von Anfang an, also bereits vor der Klageerhebung die
Prozessführungsbefugnis und Einziehungsermächtigung für die Stellung des Hilfsantrages
erteilt worden. Der Kläger verweist insoweit auch auf das Schreiben des nunmehrigen
Konkursverwalters der Gemeinschuldnerin Dr. Q. vom 21.11.2005 mit einem Betreff
"Rechtsstreit I. ./ S." (Anlage RB2, Bl. 777 d.A.):

"Sehr geehrter Herr Kollege T., 62

gerne bestätige ich Ihnen, dass Herr I. seitens der Konkursverwaltung ermächtigt war und 63
ermächtigt ist, hinsichtlich der Herrn I. treuhänderisch abgetretenen Beträge auch Zahlung
direkt an den Konkursverwalter zu begehren, wie schon zu gerichtlichem Protokoll vom
17.03.2000 in der Sache 87 O 109/99 erklärt.

Vorsorglich werden alle von Herrn I. gestellten Klageanträge genehmigt. 64

Mit freundlichen kollegialen Grüßen 65

gez. Dr. P. Q. 66

Konkursverwalter" 67

Der Kläger hat vorsorglich gegen die seitens der Beklagten im Restitutionsverfahren geltend 68
gemachten Rückzahlungsansprüche mit Schriftsatz vom 06.07.2007 die Aufrechnung erklärt
mit einem behaupteten Anspruch des Klägers gegen die Beklagte. Dieser Anspruch des
Klägers ergebe sich daraus, so seine Ansicht, dass die Beklagte sich ihm gegenüber im
Hinblick auf ihre Zahlung an diesen auf eine Erfüllungswirkung gegenüber dem
Konkursverwalter berufe, gleichzeitig aber diese Zahlung vom Zahlungsempfänger
zurückfordere. Die Beklagte wäre, so der Kläger weiter, im Falle einer tatsächlichen
Rückforderungsberechtigung danach ohne Leistung und ohne Rechtsgrund von einer
Zahlungsverpflichtung dem Konkursverwalter gegenüber befreit. Ein solches Ergebnis sei
nicht gerechtfertigt.

Im Übrigen hat der Kläger gegen die seitens der Beklagten im Restitutionsverfahren geltend 69
gemachten Rückzahlungsansprüche mit Schriftsatz vom 04.06.2008 die Aufrechnung mit
Ansprüchen erklärt, die ihm, dem Kläger, von dem Konkursverwalter abgetreten worden sein
sollen. Der Konkursverwalter habe für diese Abtretung bereits eine vollwertige Gegenleistung
erhalten, weil er aus dem Teilungsabkommen vom 10. bzw. 14.09.1998 am 28.02.2005 eine
Zahlung von 237.193,98 € erhalten und in Höhe des Differenzbetrages zu den von der
Beklagten verlangten Rückzahlungsansprüchen von seinen Verbindlichkeiten gegenüber dem
Kläger wegen dessen Prozesskostenaufwand befreit worden sei. Dass der Kläger gegen den
Konkursverwalter einen solchen Befreiungs- oder Erstattungsanspruch habe, falls die
Abtretung des Konkursverwalters an den Kläger unwirksam gewesen sein sollte, könne, so
die Ansicht des Klägers, kaum einem Zweifel unterliegen.

Seine Prozessführungsbefugnis ergebe sich zudem auch daraus, dass ihm Regress- und andere Ansprüche gegen den Konkursverwalter zuständen. Sollte er, der Kläger, im vorliegendem Verfahren zu einer Rückzahlung verurteilt werden, stünden ihm gegen die Konkursmasse Ansprüche von 237.193,98 € (nebst Zinsen) zu, um die diese nach einer Aufhebung des Urteils des Bundesgerichtshofs im Vorprozess dann grundlos bereichert sei. Zudem hafte der Konkursverwalter ihm, dem Kläger, nach dem Inhalt der Vereinbarungen vom 10. bzw. 14.09.1998 für den Bestand der abgetretenen Forderung.

In der Sache selbst macht der Kläger geltend, die Beklagte habe der Gemeinschuldnerin verbotswidrig Liquidität in Höhe von mehr als 6 Mio € entzogen. Der Konkursmasse hätten die entsprechenden Ansprüche mit den Beträgen des Parallelverfahrens bzw. des Vorprozesses / nunmehrigen Verfahrens zugestanden. 71

Mit Schriftsatz vom 29.09.2008 trägt der Kläger vor, gegenüber dem Rückzahlungsbegehren der Beklagten hinsichtlich eines Teilbetrages von 237.193,98 € nicht passiv legitimiert zu sein. Die Beklagte habe die Zahlungen aufgrund des Urteils des Bundesgerichtshofs im Vorprozess nicht auf ein Konto des Klägers geleistet, sondern auf ein Anderkonto des Prozessbevollmächtigten des Klägers zu Gunsten des Konkursverwalters *und* des Klägers. 237.193,98 € seien nie im Besitz des Klägers gewesen, sondern von diesem Konto des Prozessbevollmächtigten an den Konkursverwalter gegangen. Die entsprechende Leistungsverpflichtung aus dem Urteil des Bundesgerichtshofs des Vorprozesses gegen den Kläger sei in dieser Höhe nicht erfüllt worden. 72

Zudem behauptet der Kläger in dem Schriftsatz vom 29.09.2008, der Konkursverwalter Dr. Q. habe ihm mit Abtretungsvertrag vom 25.09.2008 (Anlage RB17, Bl. 1770 d.A.) auf §§ 30, 31 GmbHG gestützte Erstattungsansprüche gegen die Beklagte in Höhe von 237.193,98 € abgetreten, wobei dies über den Vorprozess und das hiesige Verfahren hinausgehende näher bezeichnete Zahlungsteile bzw. Zahlungen betreffe. Dies soll sich nach dem von ihm vorgelegten Vertrag vom 25.09.2008 zunächst auf die Zahlung vom 29.02.1996 hinsichtlich des über 800.000,- DM hinausgehenden Teils von 230.081,35 € (= 450.000,- DM, 1.250.000,- Mio DM minus 800.000,- DM) beziehen und des Weiteren auf eine in Höhe von 843.856,46 DM geleistete Zahlung vom 30.09.2006 (Datum im Schriftsatz) bzw. vom 30.09.2008 (Datum im Abtretungsvertrag vom 25.09.2008 - Zutreffend 30.09.1996, vgl. S. 6 der UA des Urteils des Bundesgerichtshofs im Vorprozess) mit einem erstrangigen Teil von 7.112,63 €. Der Kläger meint, diese Abtretung vom 25.09.2008 sei wirksam, insbesondere in Ansehung der erhaltenen Vorwegzahlung desselben Betrages durch den Kläger im Februar 2005 in gleicher Höhe liege Vollwertigkeit vor. 73

Der alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der Firma U. habe, so die weitere Behauptung des Klägers, die Abtretung vom 25.09.2008 ausdrücklich genehmigt. Vorsorglich hätten die Firma U. und der Konkursverwalter unter dem 25.09.2008 einen Aufhebungsvertrag betreffend früherer Forderungskauf- und Abtretungsverträge geschlossen (Anlage RB21, Bl. 1784 d.A.), in dem der Vertrag vom 10.03.1997 und sämtliche sonst seitens der Gemeinschuldnerin mit der Firma U. abgeschlossenen Forderungskauf- und Abtretungsverträge gegen insbesondere die LEH und die Beklagte mit Rückwirkung auf den jeweiligen Vertragsschluss aufgehoben worden seien. 74

Mit der ihm nach seiner Ansicht zustehenden, am 25.09.2008 von dem Konkursverwalter abgetretenen Forderung hat der Kläger in dem genannten Schriftsatz vom 29.09.2008 hilfsweise die Aufrechnung gegen die Rückzahlungsforderung der Beklagten erklärt. 75

Die dem Kläger von dem Konkursverwalter am 25.09.2008 abgetretene Forderung sei, so der Kläger in dem Schriftsatz vom 29.09.2008 weiter, auch nicht verjährt. Diesbezüglich verweist der Kläger auf die Vereinbarungen vom 10. und 14.09.1998 sowie die Erklärung des Konkursverwalters vom 21.11.2005. Die von dem Kläger erhobenen Klagen hätten die Verjährung unterbrochen bzw. gehemmt, selbst wenn ihm das für die gewillkürte Prozessstandschaft erforderliche eigene Rechtsschutzinteresse fehlen sollte. Der Kläger verweist darauf, dass er im Vorprozess bereits im Termin am 17.03.2000 den Hilfsantrag auf Zahlung an den Konkursverwalter und im Parallelverfahren am 29.12.2004 den Feststellungsauftrag auf Auffüllung der Konkursmasse in gewillkürter Prozessstandschaft gestellt hat. Dies habe, so seine Ansicht, zur Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung geführt. Der Kläger beruft sich für seine Ansicht auch auf Rechtsprechung, bei der einer in gewillkürter Prozessstandschaft vorgehenden Klagepartei eine nur materiell rechtlich wirksame Ermächtigung zur Seite stand. Mit Schriftsatz vom 29.09.2008 hat der Kläger weiter behauptet, der Beklagten sei bei der seinerzeitigen Entgegennahme der Zahlungen eine bössliche Handlungsweise zu unterstellen. Hierzu hat der Kläger seinen Vortrag aus dem Parallelverfahren teilweise wiederholt. Die Beklagte selbst habe ihre Absicht, das Stammkapital mittels der Verträge vom 02./21.02.1996 "auf Null" bringen zu wollen, in einer Beweisaufnahme kund getan. Diese Tatsache verstoße für sich genommen schon gegen das gesetzliche Verbot. Danach auch noch weitere Auszahlungen an sich zu betreiben, erfülle hinreichend den Tatbestand des Vorsatzes, zumal sich die Beklagte an den Verlusten des Kalenderjahres 1996 bis zum Übergabestichtag 01.03.1996 nur noch habe beteiligen wollen, also bewusst in Kauf genommen habe, dass das Stammkapital auf "unter Null" reduziert würde. Die fatale wirtschaftliche Situation der Gemeinschuldnerin sei der Beklagten bekannt gewesen. Die Tatbestände zur vorsätzlichen Belastung der überschuldeten Gesellschaft durch Vereinbarung von Zahlungen zu Gunsten der Beklagten und zu Lasten des nicht wiederhergestellten Stammkapitals würden sich bereits in den Verträgen (vom 02./21.02.1996) finden. Dass die Beklagte nie beabsichtigt habe, das Stammkapital der Gesellschaft wieder herzustellen, habe sie bereits mehrfach deutlich gemacht. Sie habe nicht vorgehabt, der Gemeinschuldnerin das versprochene Darlehen zu gewähren, weswegen sie Herrn Z. den von ihr längst erklärten und auch ohne Kenntnis der Verhandlungsführer bindenden Rangrücktritt bei Abschluss der Verträge nicht offenbart habe. Spätestens im März 1996 hätte die Beklagte ihren Vertragspartner Z. über die "aufgefundene" Rangrücktrittserklärung informieren müssen, damit dieser sich wenigstens mit der Frage hätte beschäftigen können, ob er weitere Zahlungen zu Lasten des Kapitals der GmbH an die Beklagte hätte bewirken dürfen. Die Beklagte müsse deshalb nun beweisen, dass sie weder positiv wusste noch grob fahrlässig verkannt habe, dass die an sie vorgenommenen Auszahlungen eine Unterbilanz herbeiführten.

Zudem hat der Kläger in dem Schriftsatz vom 29.09.2008 die Ansicht vertreten, die Frage der 77
Vollwertigkeit der Gegenleistung und eines etwaigen Verstoßes gegen den Konkurszweck könne erst nach Abschluss aller Verfahren beantwortet werden, insbesondere wegen der von dem Kläger aufgewandten und aufzuwendenden Prozesskosten. Es habe Einigkeit zwischen ihm und dem Konkursverwalter bestanden, dass Verzugschäden und Rechtsverfolgungskosten der Konkursmasse ungeschmälert zufließen sollten. Der Kläger bezieht sich insoweit auf eine Klarstellungsvereinbarung vom 18.09.2008 zwischen ihm und dem Konkursverwalter (Anlage RB20, Bl. 1783 d.A.), in der dies beschrieben ist sowie ausgeführt wird, der Verzögerungsschadensersatzanspruch sei mit dem Feststellungsantrag im Parallelverfahren geltend gemacht worden. Der Kläger meint, sein Interesse an einer Prozessführung in gewillkürter Prozessstandschaft würde sich selbst bei Nichtigkeit der treuhänderischen Abtretung aus Gründen rechtlicher Missbilligung dann aus einem anzunehmenden faktischen Treueverhältnis ergeben. Er sei selbst bei Nichtigkeit der

Abtretungen strafbewehrt zur Durchsetzung der abgetretenen Forderung als Prozessstandschafter verpflichtet.

Die Beklagte trägt mit Schriftsatz vom 09.10.2008 unter anderem vor, dass der Konkursverwalter die von ihr bestrittenen Forderungen, deren sich der Kläger nunmehr nach mehrfachen Abtretungen berühme, nicht anerkannt habe. Diese seien auch weder von dem Kläger noch von früheren angeblichen Inhabern klageweise verfolgt, sondern nur mehr als sieben Jahre nach Konkurseröffnung zur Tabelle angemeldet worden. Der gesamte Vortrag des Klägers zum Bestand der angeblichen Forderungen und Abtretungen werde bestritten, zumal der Kläger es versäumt habe, diese zu substantiieren. Die Abtretungserklärungen, auf die sich der Kläger stütze, seien unwirksam. Es fehle zudem Vortrag dazu, dass die Konkursmasse durch die vom Kläger geforderten Zahlungen derart aufgefüllt werde, dass die angeblichen Ansprüche befriedigt würden. Auch deswegen fehle das für eine gewillkürte Prozessstandschaft notwendige Eigeninteresse. Die Klageforderung sei verjährt. Weder der Kläger noch der Konkursverwalter hätten ein schutzwürdiges Interesse für eine Klage des Klägers in gewillkürter Prozessstandschaft. Die im Vorprozess von ihr, der Beklagten, geleistete Zahlung habe im Verhältnis zur Gemeinschuldnerin Erfüllungswirkung. Wegen der sogenannten U.-Abtretung, bei der es sich nach dem Bericht des Konkursverwalters vom 02.09.1998 und der dort geschilderten Modifizierung nicht um den Vertrag vom 10.03.1997 handeln könne, sei zudem auch der Konkursverwalter bzw. die Gemeinschuldnerin nicht aktivlegitimiert.

78

Mit Schriftsatz vom 22.10.2008 wendet sich die Beklagte gegen die Berücksichtigung neuen Tatsachenvortrags im Schriftsatz des Klägers vom 29.09.2008.

79

Der Kläger führt mit Schriftsatz vom 03.11.2008 u.a. aus, dass sein Vorbringen im Schriftsatz vom 29.09.2008 zu berücksichtigen sei.

80

Die Streithelfer halten die Restitutionsklage für zulässig und begründet. Sie sind der Ansicht, der Kläger hätte das in seinen Händen befindliche Schreiben vom 10.09.1998 im Vorprozess von sich aus vorlegen müssen. Stattdessen habe er im Vorprozess wahrheitswidrig behauptet, als Privatperson und nicht als Rechtsanwalt zu klagen, und unzutreffend vorgetragen, dass es keine unerlaubte Erfolgshonorarvereinbarung und keine unerlaubte Inkassotätigkeit gebe.

81

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird ergänzend auf die im Vorprozess und im Restitutionsverfahren zwischen ihnen gewechselten Schriftsätze samt Anlagen Bezug genommen.

82

Die Akten des Parallelverfahrens Landgericht Köln, Az. 87 O 32/01 = Oberlandesgericht Köln, Az. 18 U 53/06 = Bundesgerichtshof, Az. II ZR 127/07 lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

83

II.

84

Die Restitutionsklage ist zulässig und – da ein Wiederaufnahmegrund vorliegt – auch begründet, so dass das rechtskräftige Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2004 aufzuheben war (vgl. BGHZ 161, 1, Rdn. 13 bei juris). Nach Neuverhandlung der Hauptsache war entsprechend der Berufung der Beklagten die Klage unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Köln vom 29.09.2000 abzuweisen und die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

85

86

A.

Die Restitutionsklage ist zulässig. Sie richtet sich gegen das rechtskräftige Endurteil (§ 578 Abs. 1 ZPO) des Bundesgerichtshofs vom 15.11.2004. Die Monatsfrist des § 586 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 ZPO ist unter Berücksichtigung von § 167 ZPO durch die am 29.09.2005 eingegangene und am 06.10.2005 dem Kläger zugestellte Restitutionsklage gewahrt. Die Beklagte hat durch Vorlage des Anschreibens des Landgerichts Köln vom 25.08.2005, mit dem ihren Prozessbevollmächtigten der Schriftsatz der Gegenseite im Parallelverfahren vom 23.08.2005 nebst Anlagen übersandt wurde und das den Eingangsstempel ihrer Prozessbevollmächtigten vom 30.08.2005 trägt, gemäß § 589 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht, dass ihr die diesem Schriftsatz als Anlage 13 beigefügte Urkunde vom 10. und 14.09.1998 erstmals am 30.08.2005 zugänglich war. 87

Auch die formalen Voraussetzungen der Restitutionsklageschrift (§ 588 ZPO) sind beachtet. Im vorliegenden Fall ist es ausreichend, dass der Restitutionsklageschrift eine Abschrift der – im Parallelverfahren von der Gegenseite vorgelegten – Urkunde beigefügt war. 88

Das Oberlandesgericht ist entgegen der Auffassung des Klägers als Berufungsgericht des Vorprozesses gemäß § 584 Abs. 1 ZPO zuständig, weil die gegen ein in der Revisionsinstanz erlassenes Urteil gerichtete Restitutionsklage auf § 580 Nr. 7b ZPO gestützt wird. Zwar wird von dieser Bestimmung auf Grund einer "berichtigenden Auslegung" eine Ausnahme für den Fall gemacht, dass vom Revisionsgericht getroffene tatsächliche Feststellungen durch die Restitutionsklage angegriffen werden (vgl. Musielak, ZPO, 4. Aufl., § 584 Rdn. 6 m.w.N.). Eine solche Fallkonstellation liegt indes nicht vor. Das Revisionsgericht hat im Vorprozess keine tatsächliche Feststellungen getroffen. Seine Entscheidung gründet sich vielmehr ausdrücklich auf die im Berufungsurteil bzw. in dem Tatbestandsberichtigungsbeschluss des Oberlandesgerichts vom 25.11.2002 getroffenen und vom Bundesgerichtshof als solche nicht beanstandeten Feststellungen (S. 5 der Urteilsgründe). Entgegen dem Vorbringen des Klägers ist insbesondere die Feststellung der Zahlung vom 29.02.1996 in Höhe von 1,25 Mio. DM seitens der Gemeinschuldnerin an die LEH, auf welche der Bundesgerichtshof seine Entscheidung maßgeblich gestützt hat, bereits vom Berufungsgericht getroffen worden, und zwar in dem Tatbestandsberichtigungsbeschluss (dort Ziffer 3). Auch zur Abtretung hat der Bundesgerichtshof keine neuen Feststellungen getroffen. Diese war bereits als Tatsachenvortrag Grundlage des Urteils des Oberlandesgerichts vom 05.09.2002 (erster Satz des Tatbestandes: "aus abgetretenem Recht"). 89

B. 90

Die Restitutionsklage ist auch begründet, da ein Restitutionsgrund gegeben und kein Ausschluss nach § 582 ZPO anzunehmen ist. 91

1. 92

Die Beklagte kann sich auf eine Urkunde im Sinne von § 580 Nr. 7 b) ZPO stützen, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozess (24.06.2002 vor dem Oberlandesgericht, 15.11.2004 vor dem Bundesgerichtshof) bereits errichtet war (vgl. Zöller-Greger, 26 Aufl., § 580 ZPO Rdn. 16, 16a m.w.N.). Auch sollen durch die Urkunde nicht nur neue Zeugen oder Sachverständige in den Prozess eingeführt werden (vgl. Zöller-Greger, 26 Aufl., § 580 ZPO Rdn. 16, 16a m.w.N.). 93

2. 94

Die Urkunde war für die Beklagte im Vorprozess unbenutzbar, weil der Beklagten die Urkunde unbekannt war (vgl. Zöller-Greger, 26 Aufl., § 580 ZPO Rdn. 23).

3. 96

Die Urkunde ist auf der Basis des Tatsachenvortrages und der rechtlichen Würdigung des Vorprozesses auch geeignet, ein der Beklagten günstigeres Prozessergebnis herbeizuführen (vgl. Zöller-Greger, 26 Aufl., § 580 ZPO Rdn. 26). Das Landgericht, dessen Urteil der Bundesgerichtshof im Ergebnis wieder hergestellt hat, hat im ihm allein vorliegenden Wortlaut der Abtretungserklärung vom 14.09.1998 keinen Grund für die von der Beklagten angeführte Unwirksamkeit der Abtretung zu erkennen vermocht. Diese rechtliche Beurteilung der Frage der Nichtigkeit ändert sich auf der Grundlage des nunmehr vorliegenden Textes des zu Grunde liegenden Kausalgeschäfts vom 10. und 14.09.1998, jedenfalls ist solches nicht ausgeschlossen. Die Frage der Wirksamkeit der Abtretung vom 10. und 14.09.1998 ist auch für den Rechtsstreit entscheidend, da bei Fehlen der Aktivlegitimation des Klägers die im Vorprozess erfolgreiche Klage mit dem Hauptantrag abgewiesen werden müsste. 97

Ohne Erfolg macht der Kläger mit Schriftsatz vom 04.06.2008 geltend, die sogenannte U.-Abtretung stünde auf der Grundlage einer von ihm nicht geteilten Rechtsauffassung, nach der sie als Vorabtretung die Abtretung vom 10. und 14.09.1998 wirksam ausschließe, ohnehin der Aktivlegitimation des Klägers und der Gläubigerstellung des Konkursverwalters entgegen, so dass die Urkunde vom 10. und 14.09.1998 nicht kausal für den Ausgang des Rechtsstreits sein könne. Erst im Restitutionsverfahren wurde die Vorabtretung umfangreich thematisiert und zwar mit neuem Sachvortrag. So legte der Kläger im Restitutionsverfahren die Urkunde vom 10.03.1997 vor. Die Frage einer sog. U.-Abtretung als Vorabtretung war in den gerichtlichen Entscheidungen des Vorprozesses nicht von entscheidender Bedeutung. Der Sach- und Streitstand im Restitutionsverfahren ist insoweit ein anderer als im Vorprozess. 98

Vergleichbares gilt für die Frage der Vollwertigkeit. Aufgrund der mangelnden Kenntnis der Beklagten von den einzelnen Umständen der Abtretung hatte die Beklagte Angriffe gegen die Abtretung im Vorprozess zwar erstinstanzlich unternommen, indes nur als Vermutungen ohne genügende greifbare Anhaltspunkte. Deswegen waren sie nicht beachtlich, wie das Landgericht im Urteil des Vorprozesses vom 29.09.2000 ausgeführt hat. Konkrete Anhaltspunkte, die gegen eine Vollwertigkeit der Abtretung sprachen, kannte die Beklagte seinerzeit nicht, vielmehr nur der Kläger. Ein entsprechender seinerzeitiger Angriff der Beklagten im Vorprozess gegen die Vollwertigkeit wäre daher nur "ins Blaue hinein" gewesen. Damit gereicht es der Beklagten nicht zum Nachteil, seinerzeit nicht mit diesem Argument die vorgelegte Abtretung vom 14.09.1998 (Anlage K2) angegriffen zu haben. 99

4. 100

Die Unkenntnis der Beklagten von der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 beruht nicht auf einem Verschulden der Beklagten, § 582 ZPO. 101

Abgesehen von den - im vorliegenden Fall unstreitig nicht gegebenen - in § 582 ZPO ausdrücklich aufgeführten Umständen liegt Verschulden vor, wenn die Partei eine während des Rechtsstreits in ihrem Gewahrsam befindliche Urkunde wegen Unordnung oder unterlassener Nachforschung nicht auffindet, wenn die Urkunde – wie etwa öffentliche Register – allgemein zugänglich war oder im Vorprozess die Möglichkeit eines Vorgehens etwa nach §§ 421 ff. ZPO bestand (vgl. RGZ 79, 5; Zöller-Greger, 26 Aufl., § 582 ZPO Rdn. 6; Wieczorek/Schütze-Borck, 3. Aufl., § 582 ZPO Rdn. 72 ff.; Baumbach/Lauterbach u.a.-Hartmann, 64. Aufl., § 582 ZPO Rdn. 3; Münchener Kommentar-Braun, 2. Aufl., § 582 ZPO 102

Rdn. 7; Stein/Jonas-Grunsky, 21. Aufl., § 582 ZPO Rdn. 2, 4, 5). Der Restitutionskläger muss deshalb substantiiert und plausibel darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass er im Vorprozess keine Kenntnis von der Urkunde hatte oder dass er zwar Kenntnis von ihrer Existenz hatte, sie aber gleichwohl noch nicht vorlegen konnte (Wieczorek/Schütze-Borck, 3. Aufl., § 582 ZPO Rdn. 72).

Die Beklagte hatte im Vorprozess weder Kenntnis von der Urkunde noch konnte sie sie vorlegen. Die Urkunde war nicht in ihrem Besitz. Sie hatte auch keinen Anspruch auf Herausgabe derselben gegen den Kläger. 103

a) 104

Bis zur Vorlage der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 im Parallelverfahren im August 2005 durch den Kläger hatte die Beklagte von der Existenz dieser Urkunde keine Kenntnis. Zwar wusste sie, dass es überhaupt eine Vereinbarung gegeben hatte. Dazu heißt es in der Abtretungsvereinbarung vom 14.09.1998, dass der Konkursverwalter "in Erfüllung unserer Vereinbarung" die Abtretungserklärung abgibt. Dies steht zwischen den Parteien auch nicht im Streit. Dass sich aber für die Beklagte daraus die Existenz einer Urkunde über eine solche Vereinbarung ergeben hat oder ergeben musste, kann nicht angenommen werden. 105

aa) 106

Dies gilt zunächst für die Formulierung in der Abtretungserklärung vom 14.09.1998. Wenn der Konkursverwalter dort "in Erfüllung unserer Vereinbarung" die Abtretung erklärt, deutet dies auf eine mündliche oder fernmündliche Vereinbarung zwischen ihm und dem Kläger hin. Es ist zwar nicht zwingend, das Verfügungs- und das Verpflichtungsgeschäft in dieselbe Urkunde aufzunehmen. Es liegt aber im Falle der schriftlichen Niederlegung beider Rechtsgeschäfte nahe, dies in derselben Urkunde vorzunehmen. Da in der Abtretungserklärung vom 14.09.1998 auch sonst kein Hinweis auf die schriftliche Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 gegeben ist, hatte die Beklagte keinen Anlass, aus der Abtretungserklärung auf die Existenz einer Urkunde über das Verpflichtungsgeschäft zu schließen. 107

bb) 108

Etwas anderes ergibt sich ebenfalls nicht aus dem vor Klageerhebung im Vorprozess an den damaligen Bevollmächtigten der Beklagten, den nunmehrigen Streithelfer zu 2), gesandten Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 13.10.1998. Dies gilt insbesondere auch nicht angesichts der Formulierung, dass eine Vereinbarung vorliege. Zwar kann der Begriff "vorliegen" dafür sprechen, dass ein körperlicher Gegenstand vorhanden ist, also im tatsächlichen Sinne vor dem Besitzer liegt. Die Bedeutung des Begriffes "vorliegen" ist damit jedoch nicht erschöpft. Das Wort "vorliegen" wird vielmehr - gerade auch im Rahmen juristischer Erörterungen - für unterschiedliche Sachverhalte gebraucht. Spricht man etwa von dem "vorliegenden Fall", so ist damit der gerade behandelte Fall gemeint, nicht aber ein körperlicher Gegenstand. Auch - so zu Recht die Beklagte - "liegen" Tatbestandsvoraussetzungen "vor". Weiterhin kann eine bestimmte Situation in dem Sinne "vorliegen", dass man sich gerade darin befindet. Zieht man den Duden zu den sinn- und sachverwandten Wörtern heran, verweist dieser bei "vorliegen" auf "unerledigt sein", "anstehen", "etwas steht im Raum". Die Thesaurus-Funktion der Software Microsoft Word eröffnet einem die folgenden Begriffe: "vorhanden sein, vorkommen, anfallen, bestehen, existieren, sich finden". Daraus lässt sich aber nur ableiten, dass bei "vorliegen" einer Vereinbarung diese tatsächlich existiert. Gesagt ist damit jedoch genauso wenig wie aufgrund 109

der Formulierung in der Abtretungsurkunde, dass sie in schriftlicher Form vorliegt.

Gerade die von dem Prozessbevollmächtigten des Klägers im Schreiben vom 13.10.1998 im 110
Gesamtzusammenhang gewählten Formulierungen führen nicht dazu, dass von einer
schriftlichen Vereinbarung auszugehen ist, sondern weisen auf eine nur mündliche Abrede
hin. Selbst wenn man wegen der Verwendung des Wortes "vorliegen" im Hinblick auf die
angesprochene Vereinbarung im ersten Satz ("In dieser Sache liegt inzwischen eine
Vereinbarung mit dem Konkursverwalter Dr. D. aus E. vor, die zum Inhalt hat, dass der
Rechtsanwalt F. I. die Ansprüche der Firma C. gegen die S.-Firmen treuhänderisch im
eigenen Namen geltend macht und insoweit von mir vertreten wird.") der Auffassung des
Klägers folgen und davon ausgehen wollte, dass dies auf die körperliche Existenz der
Vereinbarung, mithin auf eine Urkunde, hinweist, spricht die Wortwahl im zweiten Satz ("Ich
bitte Sie, mir mitzuteilen, ob Sie insoweit noch legitimierende Äußerungen der Herren Dr. D.
und I. brauchen, damit diese solche etwa gewünschten Erklärungen abgeben.") mit
deutlichem Gewicht dagegen. Denn aus diesem Wortlaut folgt bei lebensnaher Interpretation,
dass es derartige verkörperte Erklärungen im Zeitpunkt der Abfassung des Schreibens vom
13.10.1998 noch nicht gab, diese vielmehr in Zukunft von dem Konkursverwalter und dem
Kläger abgegeben würden, wobei auch hier offen bleibt, ob dies schriftlich oder mündlich
geschehen soll.

Anders wäre dies nur dann zu sehen, wenn sich der Prozessbevollmächtigte des Klägers 111
konkret auf die Urkunde bezogen hätte, indem er etwa wie folgt formuliert hätte: "Ich bitte Sie,
mir mitzuteilen, ob Sie insoweit zur Legitimation der Herren Dr. D. und I. eine Kopie der
Vereinbarung benötigen.". Eine solche Formulierung hat er jedoch nicht gewählt. Im
Gegenteil hat der Prozessbevollmächtigte des Klägers mitgeteilt, dass zu
Legitimationszwecken gegebenenfalls noch Erklärungen abgegeben werden könnten. Nach
dem objektiven Empfängerhorizont ist dieses Schreiben so zu verstehen, dass eine
schriftliche Vereinbarung nicht existiert, da eine solche noch abzugebende Erklärungen
überflüssig machen würde.

b) 112

Ein Verschulden der Beklagten scheidet auch deswegen aus, weil ihr kein Anspruch auf 113
Vorlage oder Herausgabe der Vereinbarung zugestanden hätte.

aa) 114

Für einen Antrag auf Vorlage der Urkunde nach §§ 421 ff. ZPO ist schon zweifelhaft, ob ein 115
Vorbringen der Beklagten, wonach der Kläger im Besitz einer solchen Urkunde sein sollte, auf
der Grundlage des Streitstoffs im Vorprozess hinreichend substantiiert und damit taugliche
Grundlage für einen Antrag gemäß §§ 421 ff. ZPO gewesen wäre. Eine Ausforschung des
Gegners gestatten nämlich auch diese Vorschriften nicht (vgl. Baumbach/Lauterbach u.a.-
Hartmann, 64. Aufl., § 424 ZPO Rdn. 2). Denn nach der – entgegen ihrem Wortlaut ("soll")
zwingenden (vgl. Hartmann a.a.O. Rdn. 4) – Vorschrift des § 424 ZPO ist die Urkunde so
genau zu bezeichnen, dass ihre Nämlichkeit nach Aussteller und Datum feststeht (vgl.
Hartmann a.a.O. Rdn. 5 m.N.). Jedenfalls letzteres war der Beklagten nicht möglich. Daraus
folgt, dass ohne sichere Kenntnis von der Existenz einer bestimmten, näher spezifizierbaren
Urkunde ein Antrag nach §§ 421 ff. ZPO nicht erfolgreich sein kann. Soweit die Beklagte
aufgrund der spärlichen ihr zur Verfügung stehenden Informationen nicht wenigstens
vorsorglich einen entsprechenden Antrag gestellt hat, vermag das ihr Verschulden im Sinne
von § 582 ZPO nicht zu begründen. Diese Vorschrift will die Partei nicht dazu nötigen,
aussichtslose Beweisanträge zu stellen, um sich damit vor späteren Nachteilen zu schützen

(vgl. Braun a.a.O. Rdn. 8). Folgerichtig gehen die Kommentierungen letztlich davon aus, dass ohne Kenntnis der Partei von dem Restitutionsgrund vor dem maßgeblichen Zeitpunkt in der Regel kein Verschulden anzunehmen ist (vgl. Braun a.a.O. Rdn. 7; Hartmann a.a.O. Rdn. 3; Grunsky a.a.O. Rdn. 4; Borck a.a.O. Rdn. 72).

bb) 116

Entsprechend § 422 ZPO wäre ein Anspruch der Beklagten auf Herausgabe oder Vorlegung nach bürgerlichem Recht erforderlich. Ein solcher ist nicht gegeben. 117

(1) 118

Entgegen der Auffassung des Klägers greift § 810 BGB nicht ein; keine der drei in § 810 BGB geregelten Varianten liegt vor. Die Urkunde ist zunächst nicht im Interesse der Beklagten errichtet, da sie nicht dazu bestimmt ist, der Beklagten als Beweismittel zu dienen oder doch ihre rechtlichen Beziehungen zu fördern (vgl. Münchener Kommentar-Hüffer, 4. Aufl., § 810 BGB Rdn. 5). Vielmehr ist sie im – vermeintlichen - Interesse des Konkursverwalters und gegebenenfalls der Konkursgläubiger sowie im Interesse des Klägers errichtet worden. 119

Hierin ist kein zwischen der Beklagten und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet. Zwar soll für diese zweite Variante von § 810 BGB ausreichen, dass der beurkundete Vorgang zu dem fraglichen Rechtsverhältnis in unmittelbarer rechtlicher Beziehung steht (vgl. Hüffer, a.a.O. Rdn. 7). Die Urkunde enthält jedoch lediglich die Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen dem Kläger und dem Konkursverwalter. Damit ist allenfalls eine mittelbare Beziehung zwischen den Ansprüchen der Gemeinschuldnerin und der Beklagten gegeben. Eine unmittelbare Beziehung hat der Bundesgerichtshof in der dazu auch von Hüffer (a.a.O.) zitierten Entscheidung BGHZ 55, 101, angenommen, weil die dortige Klägerin auf die Einsichtnahme in die Handelsbücher angewiesen war, um ihren eigenen Provisionsanspruch errechnen zu können. Die von dem Kläger mit der Klage verfolgten Ansprüche *als solche* werden jedoch im vorliegenden Fall durch die Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 überhaupt nicht geregelt; sie werden in der Vereinbarung noch nicht einmal im einzelnen genannt. Auch sind in der Urkunde keine Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft zwischen der Beklagten und einem anderen oder einem gemeinsamen Vermittler enthalten. 120

(2) 121

§ 51a GmbH-Gesetz hilft dem Kläger ebenfalls nicht weiter. Zu Recht verweist die Beklagte darauf, dass insbesondere nach der vom Kläger zitierten Entscheidung des OLG Hamm (NJW-RR 2002, 1396) das Informationsrecht des Gesellschafters auf die Angelegenheiten der Gesellschaft beschränkt ist. Das Informationsrecht gewährt ihm gerade nicht Einsicht in die Unterlagen eines Konkurs- oder eines Insolvenzverwalters. Um derartige Unterlagen handelt es sich indes bei dem hier streitgegenständlichen Schreiben vom 10.09.1998. 122

(3) 123

Der Verweis des Klägers auf § 410 BGB geht ins Leere. Die Vorschrift bezieht sich auf die Abtretungsurkunde, nicht aber auf den zu Grunde liegenden schuldrechtlichen Vertrag. 124

c) 125

Mangels eines Anspruchs auf Herausgabe oder Vorlage einer Urkunde konnte der Beklagten nicht zugemutet werden, dennoch im Vorprozess die Herausgabe oder Vorlage zu verlangen. 126

Vor diesem Hintergrund kann die Argumentation des Klägers keinen Erfolg haben, dass der Konkursverwalter die Urkunde sofort herausgegeben hätte. Auch spricht das prozessuale Verhalten des Klägers im Vorprozess gegen seine Behauptung, dass er selbst, der Kläger, die Urkunde sofort herausgegeben hätte. Denn obwohl die Beklagte in der ersten Instanz mehrfach gerügt hat, dass die Abtretung aufgrund des zu Grunde liegenden Verpflichtungsgeschäftes zwischen dem Kläger und dem Konkursverwalter nichtig sei, hat der Kläger die Urkunde nicht vorgelegt, sondern ist ausgewichen. So hatte die Beklagte mit Schriftsatz vom 04.10.1999 die Aktivlegitimation des Klägers bestritten unter Hinweis auf den Wortlaut, dass die Abtretung nach dem Schreiben vom 14.09.1998 (Anlage K2) "in Erfüllung unserer Vereinbarung" erfolgt sei. Die Beklagte hatte eine unerlaubte Erfolgshonorarvereinbarung des Klägers bzw. eine Vereinbarung über eine dem Kläger nicht erlaubte Inkassotätigkeit vermutet. Der Kläger hatte mit Schriftsatz vom 03.11.1999 unter Beweisantritt des Zeugnisses des Konkursverwalters erwidert, er klage nicht als Rechtsanwalt, sondern als Privatperson; es gebe keine unerlaubte Erfolgshonorarvereinbarung und keine unerlaubte Inkassotätigkeit; die wirksame Forderungsabtretung sei mit dem Gläubigerausschuss abgestimmt und solle im Ergebnis zu einer befriedigenden Durchführung des Konkursverfahrens führen. Die Beklagte hatte sodann mit Schriftsatz vom 14.03.2000 dazu Stellung genommen, indem sie die Aktivlegitimation des Klägers nach wie vor bestritten hat. Sie hat geltend gemacht, es bleibe unklar, in Erfüllung welcher Vereinbarung die Abtretung vom 14.10.1998 erfolgt sei. Wenn die Forderungsabtretung "im Ergebnis zu einer befriedigenden Durchführung des Konkursverfahrens führen soll", handele es sich um eine unzulässige Prozessstandschaft, der Kläger könne dann nicht Zahlung an sich verlangen. Der Kläger antwortete hierauf mit Schriftsatz vom 15.03.2000, in dem er sich darauf bezog, dass er unter Beweisantritt vorgetragen hatte, dass ihm die geltend gemachte Forderung abgetreten worden sei; damit sei die dingliche Rechtsänderung eingetreten. Er - der Kläger - sei Inhaber der Forderung und könne sie einklagen; die causa für die wirksame Abtretung habe entgegen der Meinung der Beklagten außer Betracht zu bleiben. Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 11.08.2000, nachdem der Kläger hilfsweise Zahlung an den Konkursverwalter beantragt hatte, erneut die aus ihrer Sicht fehlende Aktivlegitimation thematisiert. Die causa für die Abtretung, so die Beklagte, habe nicht außer Betracht zu bleiben, weil die dingliche Rechtsänderung nach §§ 134, 138, 139 BGB nichtig sei. Bereits nach dem Vortrag des Klägers der im Ergebnis befriedigenden Durchführung des Konkursverfahrens liege eine ihm nicht erlaubte Inkassotätigkeit vor, hinsichtlich des Hilfsantrages handele es sich um eine unzulässige Prozessstandschaft. Hierauf ist der Kläger dann erstinstanzlich nicht weiter eingegangen und das Landgericht hat in seinem Urteil des Vorprozesses vom 29.09.2000 unter Bezugnahme auf die Anlage K2 die Angriffe der Beklagten gegen die Wirksamkeit der schriftlichen Abtretungserklärung als erfolglos angesehen, weil diese nach dem Wortlaut der Abtretungserklärung (K2) ohne greifbare Anhaltspunkte erfolgt seien. In der Berufungsinstanz des Vorprozesses wurde die Wirksamkeit der Abtretung dann nicht weiter diskutiert.

Ein Restitutionskläger hat darzulegen und notfalls zu beweisen, dass er daran gehindert war, 127 bereits im Vorprozess die betreffende Urkunde vorzulegen. Das Geltendmachen eines Restitutionsgrundes im Vorprozess kann von der Partei aber nur erwartet werden, wenn nach den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls eine begründete Aussicht auf Erfolg bestand (Musielak, 5. Aufl., § 582 ZPO Rdn. 3). Davon konnte die Beklagte mangels Anspruchs auf Vorlage oder Herausgabe der Urkunde jedoch nicht ausgehen, da eine ausdrückliche Bezugnahme auf die Urkunde oder gar ein ausdrückliches Angebot zur Vorlage der Urkunde dem klägerischen Vortrag im Vorprozess gerade nicht zu entnehmen ist.

Aufgrund der Neuverhandlung des alten Rechtsstreits ist die Klage des Klägers abzuweisen. Dies gilt sowohl hinsichtlich des auf Zahlung an den Kläger gerichteten Hauptantrags als auch hinsichtlich des auf Zahlung an den Konkursverwalter gerichteten Hilfsantrags.	129
Gemäß § 590 Abs. 1 ZPO wird die Hauptsache erneut verhandelt, soweit sie von dem Anfechtungsgrund betroffen ist. Da die Aktivlegitimation des Klägers und die dies begründenden Tatsachen den Anfechtungsgrund darstellen, ist die frühere Verhandlung insgesamt fortzusetzen, als wäre das Endurteil nicht ergangen (vgl. Stein/Jonas-Grunsky, 21. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 4-6; Zöller-Greger, 26. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 14; Münchener Kommentar-Braun, 2. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 4). Erneut zu verhandeln ist vor diesem Hintergrund auch über den Hilfsantrag, über den im Vorprozess nicht entschieden werden musste.	130
1.	131
Entgegen der Ansicht der Beklagten ist die Klage allerdings nicht bereits wegen Rechtskrafterstreckung (§ 322 ZPO) aufgrund des mittlerweile rechtskräftig entschiedenen, einen anderen Teil der Forderung betreffenden Parallelverfahrens unzulässig. Eine solche Rechtskrafterstreckung bei mit einer Teilklage verlangten Teilforderungen ist vielmehr abzulehnen (vgl. BGH NJW 1997, 1990; BGH NJW 1997, 3019; Zöller-Vollkommer, 26. Aufl., § 322 ZPO Rdn. 47 ff.; Thomas/Putzo-Reichold, 27. Aufl., § 322 ZPO Rdn. 26). Im Parallelverfahren war Streitgegenstand und Umfang der gerichtlichen Entscheidungen gerade nicht der im Vorprozess und nunmehrigen Verfahren geltend gemachte Anspruch auf 409.033,50 € (= 800.000,- DM), sondern nur darüber hinausgehende Forderungen bzw. Teile von Forderungen.	132
2.	133
Der Hauptantrag des Klägers auf Zahlung an sich selbst ist unbegründet. Dem Kläger fehlt bereits die für den geltend gemachten Anspruch – erster Teil in Höhe von 800.000,- DM wegen der aus Sicht des Klägers gegen §§ 30, 31 GmbHG verstoßenden Auszahlung von 1,25 Mio DM vom 29.02.1996 - erforderliche Aktivlegitimation. Die Abtretung aufgrund der dieser zugrunde liegenden Vereinbarung vom 10. bzw. 14.09.1998, aus der der Kläger seine für den mit dem Hauptantrag geltend gemachten Zahlungsanspruch erforderliche Aktivlegitimation herleitet, ist nichtig, § 134 BGB.	134
a)	135
Die Nichtigkeit der Abtretung gilt für die von dem Kläger auf die Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften entsprechend §§ 30, 31 GmbHG gestützten Erstattungsansprüche.	136
Wegen der Einzelheiten der Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die entsprechenden Ausführungen des Senats im Urteil des Parallelverfahrens, Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 24.05.2007 (Az. 18 U 53/06, S. 10 bis 14 UA unter II.A.1.a) bis c) Bezug genommen. Der Senat hat dort ausgeführt:	137
"1. Die Unwirksamkeit der Abtretung und damit das Fehlen der Aktivlegitimation des Klägers gilt zunächst und insbesondere im Hinblick auf die vom Kläger auf die Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften in §§ 30, 31 GmbH-Gesetz gestützten Erstattungsansprüche.	138
	139

a) Die Abtretung eines Anspruchs aus §§ 30, 31 GmbH-Gesetz setzt voraus, dass die Gesellschaft dafür eine vollwertige Gegenleistung erhält oder der Zessionar Inhaber eines gegen die Gesellschaft gerichteten, tatsächlich bestehenden und fälligen Anspruchs ist, der durch die Abtretung erfüllt wird (grundlegend BGHZ 69, 274; ebenso: BGH NJW 1995, 326; OLG Karlsruhe, BB 1991, 1728 f.; Mayer / Fronhöfer, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 2003, § 51 Rn. 58; H. P. Westermann, in: Scholz, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 31 Rn. 9; Ensthaler, in: Achilles u.a., GmbHG, 2005, § 31 Rn. 4; Altmeppen, in: Roth u.a., GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 31 Rn. 8; Hueck / Fastrich, in: Baumbach / Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Auflage 2006, § 31 Rn. 6; Lutter / Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16. Auflage 2004, § 31 Rn. 3).

Eine Einschränkung des Erfordernisses einer vollwertigen Gegenleistung ergibt sich - im Anschluss an die grundlegende Entscheidung des BGH (BGHZ 69, 274) – für den Fall, dass der Abtretungsempfänger ein gesellschaftsfremder Dritter ist, dem eine Forderung gegen die Gesellschaft zusteht, die nur wegen der Zahlungsschwierigkeiten der Gesellschaft nicht vollwertig ist. Nach Auffassung des BGH ist hier eine Ausnahme vom Erfordernis der vollwertigen Gegenleistung zu machen. Bereits die Frage, ob dies für Gläubiger, die zugleich Gesellschafter sind, ebenso gelten soll, ist jedoch umstritten. In jedem Fall werden Ausnahmen aber nur für den Fall zugelassen, dass der Zessionar *Gläubiger* der Gesellschaft ist. Gläubiger der Gesellschaft ist der Kläger jedoch unstreitig nicht, was er selbst in der Berufungsbegründung vom 15. Mai 2006 nochmals hervorgehoben hat. 140

Soweit in den Kommentierungen insofern missverständliche Formulierungen vorkommen (vgl. etwa Pentz, in: Rowedder / Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 31 Rn. 4; Goerdeler / Müller, in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 31 Rn. 15), fußen die entsprechenden Ausführungen sämtlich auf der Entscheidung BGHZ 69, 274. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass auch diese Kommentierungen lediglich Konstellationen betreffen, in denen der Anspruch dem Zessionar zur Erfüllung einer diesem gegen die Gesellschaft zustehenden Forderung abgetreten wird. So halten es Goerdeler/Müller (in: Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 31 Rn. 15) unter Hinweis auf § 62 Abs. 2 AktG für entscheidend, dass die Forderung des Gläubigers, die zur Abtretung geführt habe, bestehe und fällig sei. Das Entgelt, das die Gesellschaft erhalte, bestehe darin, dass sie in Höhe des abgetretenen Anspruchs von ihrer Verbindlichkeit gegenüber dem Gläubiger frei werde. Diese Begründung trägt nur, wenn der Zessionar auch gleichzeitig Gesellschaftsgläubiger ist. Der Kläger ist jedoch unstreitig keine Gesellschaftsgläubiger. 141

Damit bleibt es bei der vom BGH in der Entscheidung BGHZ 69, 274, begründeten und auch später bestätigten Rechtsprechung (vergleiche BGH NJW 1995, 326), dass zwar die Abtretung eines Erstattungsanspruchs aus § 31 Abs. 1 GmbHG nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Ihre Wirksamkeit setzt jedoch voraus, dass die Gesellschaft dafür eine vollwertige Gegenleistung erhält *oder* der Abtretungsempfänger Inhaber eines gegen die Gesellschaft gerichteten, bestehenden und fälligen An-spruchs ist, der durch die Abtretung erfüllt wird. 142

Im Gegensatz zu der Auffassung des Klägers ist insbesondere nicht erkennbar, dass §§ 30, 31 GmbHG allein die Gleichbehandlung der Gläubiger der Gesellschaft im Konkurs bezweckten und das Verbot der Abtretung ohne Gegenleistung sich nur auf Gläubiger beschränkt. Zweck der genannten Vorschriften ist in erster Linie die Erhaltung des Stammkapitals (vergleiche BGHZ 69, 274). Die ganz oder teilweise unentgeltliche Abtretung an einen außenstehenden Nichtgläubiger führt im Ergebnis genau so zu einem Verlust an Stammkapital wie der ausdrücklich von § 31 Abs. 4 GmbHG untersagte Erlass der 143

entsprechenden Forderung.

Deshalb vermag die Bezugnahme des Klägers auf die Entscheidung des BGH (BGHZ 69, 274) seine Position nicht zu stützen. Soweit der Kläger ferner in seinem Schriftsatz vom 2. Mai 2007 auf die Kommentierung von Musielak, ZPO, 5. Aufl., § 851, Rn 6, verweist, ergibt sich nichts anderes. Denn die dort kommentierte Problematik betrifft wiederum einen Gläubiger der Gesellschaft, hier bezüglich der Frage der Pfändung. 144

b) Dass die Abtretung an den Kläger vorliegend nicht gegen volle Gegenleistung erfolgt ist, ist aufgrund der gewählten vertraglichen Konstruktion offenbar: Dabei kann dahinstehen, ob und inwieweit die vom Kläger angeführte Übernahme des Prozessrisikos als Gegenleistung angesehen werden kann. Ferner kann offen bleiben, ob und inwieweit die abgetretene Forderung objektiv oder aus Sicht der an der Abtretung Beteiligten werthaltig war. Denn die Frage, welche Gegenleistung der Kläger schuldet, wurde durch die Vereinbarung ausdrücklich in Beziehung zu der sich tatsächlich ergebenden Werthaltigkeit gesetzt. Von dem sich – nach Abzug der von ihm aufgewendeten Anwalts- und Gerichtskosten – ergebenden und realisierbaren Wert der Forderung sollte der Kläger die Hälfte für sich behalten dürfen. Selbst wenn man also eine Gegenleistung als vollwertig ansehen und damit ausreichen lassen würde, die dem von den Parteien angenommenen tatsächlichen Wert der Forderung zum Zeitpunkt der Abtretungsvereinbarung entspricht, reicht dies nicht aus, denn der Kläger sollte hiervon nur die Hälfte an die Masse zahlen. 145

c) Dabei verkennt der Senat nicht, dass nach Eintritt des Konkurses oder der Insolvenz Zweifel daran bestehen können, ob die durch die Kapitalerhaltungsvorschriften bezweckte Erhaltung des Stammkapitals für die Zukunft mangels weiterer gewerblicher Tätigkeit der GmbH noch erforderlich sein wird. 146

Zum einen lässt sich dies jedoch nicht generell sagen, da die Praxis bei der Durchführung von Insolvenzverfahren in den letzten Jahren zunehmend zeigt, dass damit nicht zwingend das Ende sondern die Fortführung des betroffenen Unternehmens das Ziel ist. In diesem Falle bleibt die Erhaltung des Kapitals für die Zukunft von maßgeblicher Bedeutung. 147

Vor allem aber spricht für ein Festhalten an den Kapitalerhaltungsregeln auch im Konkurs die gleiche Wertung im Rahmen von § 19 GmbH-Gesetz. Auch § 19 GmbH-Gesetz dient mit seinen Regelungen über die Leistung der Stammeinlage in gleicher Weise wie §§ 30, 31 GmbH-Gesetz dem Gläubigerschutz durch Ausprägung des Grundsatzes der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals (vergleiche Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18 Aufl., § 19 Rn. 1 mit weiteren Nachweisen). Der BGH betont ausdrücklich den funktionalen Zusammenhang zwischen § 19 Abs. 2 GmbH-Gesetz und § 31 Abs. 1 GmbH-Gesetz. Für die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Forderung aus § 31 GmbH-Gesetz hat der BGH ausgeführt, dass dieser enge funktionale Zusammenhang zwischen Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung es gebiete, die Regelung des § 19 Abs. 2 S. 2 GmbH-Gesetz in erweiternder Auslegung auch auf den Anspruch aus § 31 Abs. 1 GmbH-Gesetz zu erstrecken (vergleiche BGH NJW 2001, 830, Rn. 10 nach juris). Es ist aber anerkannt, dass die Kapitalbindung von § 19 Abs. 2 bis 5 GmbH-Gesetz grundsätzlich auch in der Insolvenz der GmbH gilt und somit auch der Insolvenzverwalter vollumfänglich an die Vorschriften des §§ 19 Abs. 2 bis 5 GmbH-Gesetz gebunden ist, er insbesondere also das Vollwertigkeitsprinzip zu beachten hat (vergleiche Lutter/Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16 Aufl., § 19 Rn. 49; so auch BGH NJW 2000, 2577, Rn. 33 nach juris, ausdrücklich für den Fall der Überschuldung einer GmbH). 148

Damit war und ist auch im vorliegenden Fall der Konkursverwalter an das Vollwertigkeitsprinzip gebunden. Daran ändert auch die – bestrittene – Zustimmung der Insolvenzgläubiger zu der Abtretung an den Kläger nichts. Denn ob und inwieweit die Forderungen der Gläubiger aus der Konkursmasse noch befriedigt werden könnten, war zurzeit der Abtretungserklärung im September 1998 noch nicht geklärt. Schon aus dem Bericht des früheren Konkursverwalters Dr. D. ergibt sich, dass dieser allein die an den Kläger abgetretenen Ansprüche gegen die Beklagte mit mindestens 200.000 DM bewertet hat. Der Kläger selbst schätzt die ihm abgetretenen Ansprüche ersichtlich mindestens in Höhe der Klageforderung von über 6 Millionen EUR ein. Angesichts dieser Sachlage ist an der Geltung der Kapitalerhaltungsvorschriften einschließlich des Vollwertigkeitsprinzips bis zum Abschluss des Konkursverfahrens festzuhalten.

Die Situation ändert sich erst im Falle der Liquidation, wenn alle Gläubiger befriedigt sind oder zustimmen (vergleiche Lutter/Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 16 Aufl., § 19 Rn. 50; Hueck/Fastrich in: Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18 Aufl., § 19 Rn. 47 mit weiteren Nachweisen). So hat der BGH zur Zulässigkeit der Pfändung entschieden, dass im Liquidationsstadium eine Einlageforderung unabhängig von ihrer Werthaltigkeit gepfändet werden kann, wenn die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb eingestellt hat und ihr Vermögen sich in der Einlageforderung erschöpft und wenn außerdem entweder keine weiteren Gläubiger vorhanden sind oder diese ihre Ansprüche nicht weiter verfolgen und die Gesellschaft die Mittel für einen Prozess gegen den Einlageschuldner weder besitzt noch von einem dieser Gläubiger vorgeschossen erhält (vergleiche BGH NJW 1992, 2229). Dies ist - trotz der von dem Kläger vorgetragenen Zustimmung der Gläubigerversammlung - nicht mit dem vorliegenden Fall zu vergleichen. Die Liquidation ist bis heute nicht eingeleitet. Die Gläubiger sind nicht befriedigt, aber auch auf der Grundlage des Vortrags des Klägers nach wie vor an der Durchsetzung ihrer Ansprüche interessiert. Denn andernfalls hätten sie dem Kläger die Ansprüche auch vollständig und nicht "nur" zur Hälfte übertragen können. Die Frage, ob und inwieweit noch Forderungen der Gemeinschuldnerin realisiert werden könnten, war im Zeitpunkt der Abtretung gerade noch nicht geklärt. Andernfalls hätte das Konkursverfahren beendet und in die Liquidation eingetreten werden können." 150

Der Senat bleibt auch in Ansehung der Kritik und weiteren Ausführungen des Klägers, der weiterhin von Vollwertigkeit ausgeht, bei der in dem Parallelverfahren geäußerten Rechtsauffassung. In dem Parallelverfahren ging es u.a. um einen Anspruch in Höhe von 450.000,- DM hinsichtlich der Auszahlung vom 29.02.1996, welche insgesamt 1.250.000,- DM betrug. Der erste Teil dieser Auszahlung vom 29.02.1996 in Höhe von 800.000,- DM bestimmt den Streitgegenstand des Vorprozesses und des Restitutionsverfahrens. 151

Das von dem Kläger für die Vollwertigkeit vorgebrachte Argument, der Konkursverwalter habe in einer Größenordnung von über 800.000,- € Gerichts- und Anwaltskosten des Parallelverfahrens erspart, was zur Hälfte ihm als Gegenleistung anzurechnen sei, verfängt nicht. Die Argumentation des Klägers beachtet nicht, dass die ihn treffenden entsprechenden Kosten des Parallelverfahrens nicht etwa deswegen angefallen sind, weil dort Ansprüche des Konkursverwalters gegen die Beklagte aus §§ 30, 31 GmbHG verneint wurden. Tragende Gründe der Klageabweisung im Parallelverfahren waren die nicht gegebene Aktivlegitimation des Klägers und die unzulässige Berufung hinsichtlich des Hilfsantrages. Die Kosten des Parallelverfahrens wurden somit allein durch die Entscheidung des Klägers verursacht, das Parallelverfahren als Klagepartei in der durchgeführten Art und Weise der Prozessführung zu führen. Dies gilt auch für die Kosten des Vorprozesses und des Restitutionsverfahrens. Für die Frage der Vollwertigkeit kommt es mithin nicht darauf an, welche Kosten insgesamt aus den Verfahren auf den Kläger zukommen. 152

Auch in Ansehung des neuen Vortrages im Schriftsatz vom 29.09.2008, nach dem 153
Verzugsschäden ungeschmälert der Konkursmasse zukommen sollten und nicht zum Teil
dem Kläger, ändert sich an dem Ergebnis der fehlenden Vollwertigkeit nichts. Dem Kläger
sollten nach den Vereinbarungen vom 10. bzw. 14.09.1998 selbst unter Berücksichtigung des
Inhalts der Klarstellungsvereinbarung vom 25.09.2008 derartig große Anteile der Forderung
zustehen, dass keine Vollwertigkeit gegeben ist.

b) 154

Zudem hindert der Konkurszweck, die Abtretung in der Vereinbarung vom 10. und 155
14.09.1998 als wirksam anzusehen. Denn offenbar dem Konkurszweck zuwiderlaufende
Handlungen werden von der Rechtsordnung nicht gebilligt. Es wird zur Vermeidung von
Wiederholungen auf die nachfolgend wiedergegebenen Ausführungen im Parallelverfahren,
Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 24.05.2007 (Az. 18 U 53/06, S. 14 bis 17 UA unter
II.A.2.a) bis d)) verwiesen:

"2. Der Wirksamkeit der Abtretung steht des Weiteren der Konkurszweck entgegen. 156
Handlungen, die dem Konkurszweck offenbar zuwiderlaufen, sind verboten (vergleiche
Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, § 6 Rn. 37; Jaeger, KO, 9. Aufl. 1997, § 6 Rn. 150; K.
Schmidt, Insolvenzgesetze, 17. Aufl. 1997, § 6 KO Anm. 4a).

a) Insbesondere sind Schenkungen aus der Masse unwirksam (vergleiche Uhlenbruck a.a.O. 157
mit Nachweisen aus der reichsgerichtlichen Rechtsprechung). Zwar widerspricht es im
Ausgangspunkt nicht zwingend dem Konkurszweck, wenn eine Forderung, deren
Realisierung unsicher ist, für einen Teilbetrag ihres Nennwertes veräußert wird. Die
Ausübung des Ermessens des Konkursverwalters kann ergeben, dass in einem solchen Fall
der erlöste Teilbetrag im Verhältnis zu ggf. ersparten Aufwendungen bei der
Rechtsverfolgung steht. Wird allerdings – wie hier – von vornherein ausdrücklich auf einen
erheblichen Teil (die Hälfte!) des realisierbaren Wertes der Forderung verzichtet, liegt
jedenfalls eine gemischte Schenkung und damit ein Verstoß gegen den Konkurszweck vor.

Das gegen die Annahme einer Schenkung angeführte Argument, es müssten dazu beide 158
Vertragspartner eine – hier nach der Behauptung des Klägers nicht getroffene – Einigung
über die Unentgeltlichkeit erzielen, da auch der Freundschaftspreis bereits ein Entgelt
darstelle, hilft dem Kläger nicht. Würde man dieser Argumentation des Klägers folgen, wäre
auch bei einer objektiv unentgeltlichen Vermögensübertragung nicht von einer Schenkung
auszugehen, wenn die Beteiligten sich nur dahingehend geeinigt hätten. Dass diese
Auffassung nicht zutrifft, liegt auf der Hand. Das Schenkungssteuerrecht würde leer laufen
und könnte ohne weiteres abgeschafft werden. Zwar trifft zu, dass gemäß § 516 Abs. 1
Halbs. 2 BGB tatbestandliche Voraussetzung der Schenkung die Einigung der Parteien ist,
dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll. Maßgeblich ist jedoch allein die objektive
Sachlage, so dass eine objektiv unentgeltliche Leistung nicht durch den Parteiwillen zu einer
entgeltlichen gemacht werden kann, indem man etwa äußerlich die Form eines entgeltlichen
oder sonstigen Vertrages wählt (so genannte verschleierte Schenkungen). In diesem Falle ist
das äußerlich gewählte Geschäft nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig und finden gemäß § 117
Abs. 2 BGB die Vorschriften über das Schenkungsrecht Anwendung (vergleiche Kolhossler in:
Münchener Kommentar zum BGB, 4 Aufl. 2004, § 516 Rn. 28 mit weiteren Nachweisen). Mit
einem "Freundschaftspreis" hat die hälftige Zuwendung von potentiellen - nach Auffassung
des Klägers auch werthaltigen - Forderungen in Millionenhöhe nichts zu tun.

b) Die Übereinstimmung mit dem Konkurszweck kann auch nicht damit begründet werden, es 159
habe sich um die einzige Möglichkeit der Prozessfinanzierung gehandelt. Denn im Falle der

Unzulänglichkeit der Masse kann der Konkursverwalter Vorschüsse der Gläubiger einfordern oder Prozesskostenhilfe beantragen. Jedenfalls auf der Grundlage des Klägervortrages sind die Voraussetzungen für die Gewährung von Prozesskostenhilfe in materieller Hinsicht gegeben, da nach dem Vortrag des Klägers hinreichende Erfolgsaussicht im Sinne von § 114 ZPO bestanden hat. Hinreichende Erfolgsaussicht in diesem Sinne liegt vor, wenn der von einem Kläger vertretene Rechtsstandpunkt zumindest vertretbar erscheint und in tatsächlicher Hinsicht die Möglichkeit einer Beweisführung besteht (vergleiche BGH NJW 1994, 1160 mit weiteren Nachweisen). Diese Voraussetzungen waren gegeben, wie der Prozessverlauf im Vorprozess zeigt. Auch hätte der Konkursverwalter nicht das Problem der fehlenden Aktivlegitimation gehabt, wenn er anstelle des Klägers Klage erhoben hätte. Die Weggabe eines Teils der realisierbaren Masse ist nicht erforderlich gewesen. Daran ändert nichts, dass unter Umständen Konkursgläubiger gemäß § 116 ZPO zur Finanzierung heranzuziehen gewesen wären. Im Erfolgsfall der geltend gemachten Zahlungsklage über 6 Millionen EUR ist auch von einer erheblichen Verbesserung der Quote auszugehen. Mit dem Einwand, dass aussichtslose Prozesse nicht finanziert würden, kann der Kläger somit nicht gehört werden. Die Zusammenstellung der notwendigen Informationen der Forderungen gehört sowieso unabhängig von der Frage, ob ein Prozess geführt wird, zu den grundlegenden Aufgaben des Konkursverwalters, so dass auch der diesbezügliche Einwand des Klägers ohne Wirkung bleibt.

c) Zudem hat sich der Konkursverwalter durch die Ausgestaltung der Vereinbarung mit dem Kläger vom 10. und 14. September 1998 jeglicher Einflussnahme auf die Durchsetzung der Ansprüche begeben. Im Ergebnis blieb dem Kläger nach dem Wortlaut der Vereinbarung freigestellt, welche Ansprüche in welcher Höhe er geltend macht. Daran ändert die Auffassung des Klägers nichts, dass nach dem Wortlaut sämtliche Ansprüche von dem Kläger durchzusetzen seien. Es bleibt nach der Regelung und auch sonst völlig offen, welche Ansprüche zu "sämtlichen" Ansprüchen gehören. Dazu folgt aus der Vereinbarung selbst und auch aus der Abtretungsvereinbarung schon nichts. Insbesondere ist nicht geregelt, wessen Ansicht maßgeblich ist, wenn Uneinigkeit besteht, ob es sich um einen von der Abtretung umfassten Anspruch handelt und dieser vom Kläger geltend zu machen ist oder nicht, ob also etwa der Konkursverwalter einen Anspruch auf die Geltendmachung bestimmter Ansprüche gegen die Beklagte hat. Hinzu kommt, dass dem Kläger ausdrücklich erlaubt ist, Teilforderungen geltend zu machen. Daher kann er sich – etwa im Falle nur teilweiser Werthaltigkeit einzelner Forderungen – auf den, nach seiner Auffassung risikoärmeren Teil der abgetretenen Forderung beschränken. Insgesamt kann der Kläger auf dieser Grundlage selbst bestimmen, ob und in welchem Umfang er die Verfolgung für aussichtsreich hält und entsprechend Ansprüche geltend machen. 160

Im übrigen stellt sich auch die Frage, welche Konsequenzen es hätte, wenn der Kläger entgegen der Vereinbarung nicht sämtliche Ansprüche verfolgen würde. Ein Rücktrittsrecht ist nur für einen Verstoß gegen die Informationspflicht aus Nr. 4 der Vereinbarung geregelt, nicht aber für den Fall der Nichtverfolgung durch den Kläger. Daraus lässt sich ableiten, dass die Parteien ein Rücktrittsrecht nur für eine Verletzung der Informationspflicht regeln wollten, sonst aber nicht. Selbst wenn man aber ein Recht zur Beendigung der Vereinbarung durch den Konkursverwalter annehmen wollte, verbliebe ihm das Rückforderungsrecht nur hinsichtlich bislang nicht durchgesetzter Ansprüche. Dass auch eine Rückabwicklung im Hinblick auf gegebenenfalls bereits durchgesetzte Ansprüche und aufgeteilte Erlöse gegeben wäre, ergibt sich aus der Vereinbarung jedenfalls nicht. Selbst wenn man einen Anspruch auf Rückabwicklung annehmen wollte, könnte der Kläger seinen Anspruch auf die von ihm verauslagten Kosten entgegenhalten, den aber die Konkursmasse - wiederum auf der Grundlage des Vortrages des Klägers – mangels ausreichender Mittel nicht erfüllen könnte. 161

Nach allem ergibt sich, dass der Kläger nach den getroffenen Absprachen gefahrlos allein die nach seiner Einschätzung lohnenden Ansprüche geltendmachen konnte. Damit hat jedoch der Konkursverwalter die Verwertung der abgetretenen Ansprüche unter Verstoß gegen den Konkurszweck aus der Hand gegeben. 162

d) Nach Maßgabe der vorstehenden Erwägungen ist der Verstoß offensichtlich, so dass sowohl Verpflichtungs- als auch Erfüllungsgeschäft unwirksam sind." 163

Der Senat hält auch zu dieser Frage trotz der Kritik und weiteren Ausführungen des Klägers die im Parallelverfahren vertretene Rechtsauffassung für zutreffend. Insbesondere bleibt es bei der Beurteilung, dass die Regelungen vom 10. bzw. 14.09.1998 eine gemischte, verschleierte Schenkung darstellen. Dies ergibt sich aus dem ganz erheblichen, aus der Konkursmasse nach dem Inhalt der Vereinbarungen zu Gunsten des Klägers wegzugebenden Teils realisierter Ansprüche. Diese Regelungen verstoßen wegen ihres für die Konkursmasse deutlich nachteiligen Inhaltes auch in Ansehung dessen, dass es grundsätzlich im pflichtgemäßen Interesse des Konkursverwalters liegt, wie er die Masse verwertet, offenbar gegen den Konkurszweck. 164

c) 165

Auch weitere Einwände des Klägers können die Wirksamkeit der Abtretung und damit seine Aktivlegitimation nicht begründen. 166

aa) 167

Der Arglisteinwand des Klägers ist nicht begründet. Wegen der Einzelheiten wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die nachstehenden Ausführungen des Senats im Parallelverfahren, Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 24.05.2007 (Az. 18 U 53/06, S. 19 f. UA unter II.A.4.a)) Bezug genommen: 168

"a) Der Kläger kann der Beklagten nicht den Einwand entgegen halten, die Beklagte handele arglistig, weil sie den Konkurs der Gemeinschuldnerin verursacht habe und sich nun auf eben diesen berufe – unabhängig davon, ob der gegen die Beklagte gerichtete Vorwurf in der Sache zutrifft. Die Beklagte kann sich nämlich mit diesem Argument nicht der Inanspruchnahme überhaupt entziehen, sondern nur derjenigen auf der Grundlage der vom Konkursverwalter und dem Kläger konkret getroffenen (Abtretungs-) Vereinbarung. Die Beklagte hat daran auch ein handfestes eigenes Interesse: als Gesellschafterin der Gemeinschuldnerin (vergleiche dazu das vom Kläger als Anlage K 17 vorgelegte Urteil des Amtsgerichts Köln vom 17. November 1999) stehen ihr Anteile an einem ggf. verbleibenden Überschuss zu. Diese würden geschmälert, wenn der Kläger zur Hälfte an einem von ihr zu befriedigenden Anspruch partizipierte." 169

bb) 170

Soweit der Kläger ausführt, es liege eine Inkassozeession vor, kann von einer solchen nicht ausgegangen werden. Zur Begründung verweist der Senat auf die entsprechenden Überlegungen im Urteil des Senats im Parallelverfahren vom 24.05.2007 (Az. 18 U 53/06, S. 20 f. UA unter II.A.4.b) in den ersten drei Absätzen), soweit sie nachfolgend zitiert werden: 171

"b) Der Kläger kann auch nicht zu seinen Gunsten anführen, es liege eine Inkassozeession vor. Schon aufgrund der der Abtretung zu Grunde liegenden Absprache vom 10. und 14. September 1998 scheidet vielmehr die Annahme einer Inkassozeession aus. Entgegen der 172

Darstellung des Klägers in der Berufungserwiderung kann bei einer Abrede, bei der die Schuldnerin auch im Falle der vollständigen Realisierung der Forderung im Höchstfall nur die Hälfte erlangen kann, nicht davon ausgegangen werden, dass diese Abtretung mehr dem Interesse der Zedentin als dem des Zessionars gedient haben soll.

Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die vom Kläger betonte treuhänderische Übertragung der Forderungen nach dem Inhalt der Vereinbarung nicht gegeben war. Unabhängig davon, dass die Abtretungsvereinbarung vom 14. September 1998 (Anlage 2) selbst keinen Hinweis auf eine Treuhand enthält, erfüllen die getroffenen Abreden nicht die Voraussetzungen der Treuhand. Treuhandverhältnisse sind dadurch gekennzeichnet, dass die dem Treuhänder nach außen eingeräumte Rechtsmacht im Innenverhältnis zum Treugeber durch eine schuldrechtliche Treuhandabrede beschränkt ist. In Fällen so genannter fiduziarischer Treuhand verliert der Treugeber mit der Vollrechtsübertragung zwar seine Verfügungsmacht, der Treuhänder bleibt aber schuldrechtlich gebunden, das übertragene Recht nur nach Maßgabe der Treuhandvereinbarung auszuüben, und ist nach Erledigung des Treuhandzwecks zur Rückübertragung des Treuguts verpflichtet (BGH NJW 2004, 1382 mit weiteren Nachweisen). Insbesondere an Letzterem fehlt es. So hat der BGH für die von ihm in der zitierten Entscheidung behandelten stiftungszweckgebundenen Vermögenszuwendungen ausdrücklich entschieden, dass ein Treuhandverhältnis anstelle etwa einer Schenkung unter Auflage nur in Betracht zu ziehen ist, wenn das Treugut am Ende des Auftrags nicht beim Beauftragten verbleibt, sondern an den Auftraggeber oder andere der herauszugeben ist (BGH NJW 2004, 1382). Eine Verpflichtung zur Rückübertragung der Forderungen bzw. des Erlöses nach ihrer Geltendmachung kann für den vorliegenden Fall, dass der Kläger die Hälfte des Erlöses behalten darf und zusätzlich noch bis zu weiteren 15% des Erlöses an ihm entstandenen Kosten abziehen darf, nicht mehr angenommen werden. Die Konkursmasse erhält die weggegebenen Forderungen bzw. ihren Gegenwert nur zu einem (kleineren) Teil zurück und der Kläger behält mindestens die Hälfte.

173

Im Übrigen handelt es sich bei der Inkassozession um eine vollwertige Abtretung (vergleiche etwa BGH NJW 1980, 991), so dass hier wegen §§ 30, 31 GmbH-Gesetz ebenfalls das Gebot der Gleichwertigkeit der Gegenleistung gilt."

174

cc)

175

Es bleibt auch bei den im Parallelverfahren angestellten Überlegungen, dass sich an der Wichtigkeit der Abtretung nichts unter dem Gesichtspunkt ändert, dass der Bundesgerichtshof sie in seinem im Vorprozess ergangenen Urteil vom 15.11.2004 (Az. II ZR 299/02) nicht aufgegriffen hat. Es wird auf die Begründung in dem Parallelverfahren, Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 24.05.2007 (Az. 18 U 53/06, S. 21 f. UA unter II.A.4.c)) Bezug genommen:

176

"c) An der Unwirksamkeit der Abtretung ändert schließlich auch nichts, dass der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 15. November 2004, Aktenzeichen II ZR 299/02, die Frage der Wirksamkeit der Abtretung nicht aufgegriffen hat. Dazu bestand für den Bundesgerichtshof und auch schon für den 21. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Köln im Vorprozess kein Anlass. Denn nachdem die Beklagte im Vorprozess die Aktivlegitimation des Klägers in erster Instanz lediglich mit der Vermutung bestritten hatte, die der Forderungsabtretung zu Grunde liegende Vereinbarung sei unzulässig, da die im hiesigen Rechtsstreit eingeführte Vereinbarung vom 10. und 14. September 1998 zwischen dem Kläger und dem Konkursverwalter dort nicht vorlag, hatte das Landgericht in seinem Urteil vom 29. September 2000 entschieden, dass die Einwände der Beklagten keine ausreichenden Anhaltspunkte böten, um von der Unwirksamkeit der Abtretung und damit

177

gegebenenfalls von der fehlenden Aktivlegitimation ausgehen zu können. Im nachfolgenden Berufungsverfahren vor dem 21. Zivilsenat und auch im Revisionsverfahren vor dem Bundesgerichtshof ist diese Frage dann von keiner der Parteien mehr aufgegriffen worden. Sowohl das Oberlandesgericht als auch der Bundesgerichtshof konnten und mussten vor diesem Hintergrund davon ausgehen, dass die Wirksamkeit der Abtretung aufgrund der zu Grunde liegenden unstreitigen Tatsachenbasis nicht (mehr) angegriffen wurde. Zwar ist dem Kläger zuzustimmen, dass die Aktivlegitimation oder Prozessführungsbefugnis von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens zu überprüfen ist. Allein maßgeblich Basis für diese Prüfung sind jedoch die von den Parteien – wenn auch ggf. erst in der jeweiligen Instanz – vorgetragenen Tatsachen (vergleiche BGH NJW 2000, 738). Vor diesem Hintergrund bestand für eine Prüfung in der Berufung und der Revision im Vorprozess kein Anlass."

dd) 178

Im übrigen kann in Ansehung des nunmehrigen Sach- und Streitsstandes des Restitutionsverfahrens eine Wirksamkeit der Abtretung vom 10. bzw. 14.09.1998 auch im Hinblick auf eine zwischen den Parteien diskutierte, vorhergehende sogenannte U.-Abtretung im Ergebnis nicht angenommen werden. 179

Zunächst kann auf das in dem Parallelverfahren, Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 24.05.2007 (Az. 18 U 53/06, S. 17 -19 UA unter II.A.3.) Ausgeführte Bezug genommen werden, wo es wie folgt heißt: 180

"3. Des weiteren steht der Wirksamkeit der Abtretungsvereinbarung des Klägers mit dem Konkursverwalter vom 14. September 1998 entgegen, dass die Gemeinschuldnerin ihre möglicherweise bestehenden Ansprüche gegen die S.-Gruppe bereits an eine Firma Radio U. in X. abgetreten hatte. 181

Diese Abtretung bestreitet der Kläger nicht. Soweit er - nach den Hinweisen des Senats im Termin vom 26. April 2007 - im Schriftsatz vom 2. Mai 2007 ausführt, die Abtretung sei ohnehin obsolet geworden und mangels Vollwertigkeit der Gegenleistung im Hinblick auf §§ 30, 31 GmbH-Gesetz auch unwirksam, führt dies nicht zu einer anderen Beurteilung. Zwar trifft zu, dass für den Fall, dass durch die Abtretung das Stammkapital der Gemeinschuldnerin angegriffen worden sein sollte, aus den oben genannten Gründen Bedenken gegen die Wirksamkeit der Abtretung im Hinblick auf §§ 30, 31 GmbH-Gesetz bestehen. 182

Nach dem Vortrag des Klägers bleibt jedoch schon völlig offen, ob ein Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften im Zeitpunkt der Abtretung durch die Gemeinschuldnerin gegeben war. Weder aus dem Bericht des Konkursverwalters vom 2. September 1998 noch aus dem Vortrag des Klägers oder sonst ergibt sich nämlich, wann die Abtretung durch die Gemeinschuldnerin erfolgt ist und ob zu diesem Zeitpunkt dadurch tatsächlich das Stammkapital angegriffen war. Im Schriftsatz vom 2. Mai 2007 hat der Kläger lediglich mitgeteilt, dass die Abtretung "weit vor Konkurseröffnung vorgenommen worden" sei. 183

Vor allem aber scheitert die Abtretung durch den Konkursverwalter an den Kläger mit der Erklärung vom 14. September 1998 weil er zuvor, wie seinem Bericht vom 2. September 1998 zu entnehmen ist, an der Abtretung sämtlicher Ansprüche der Gemeinschuldnerin gegen die S. Gruppe an die Firma Radio U. festgehalten hat. Auf Blatt 11 des Berichts vom 2. September 1998 schreibt der Konkursverwalter dazu ausdrücklich, dass er "weder eine Möglichkeit noch einen Anlaß" dazu sah, sich "von dieser Vereinbarung zu lösen". Vielmehr hatte er die Vereinbarung mit Radio U. "klargestellt und modifiziert" und somit kurz vor der Vereinbarung mit Kläger bestätigt. Da aber an die Firma U. "die Ansprüche der 184

Gemeinschuldnerin gegen die S. Gruppe" (Blatt 10 des Berichtes des Konkursverwalters vom 2. September 1998, Blatt 458 der Akte), also alle denkbaren Ansprüche, abgetreten worden sind, konnten am 14. September 1998 keine Ansprüche der Gemeinschuldnerin mehr auf den Kläger übertragen werden.

Dies erläutert der Kläger nicht. Insbesondere ergibt sich keine andere Wertung aus seinem Einwand, dass die "weit vor Konkurseröffnung" vorgenommene Abtretung an die Firma Radio U. mangels Vollwertigkeit der Gegenleistung wegen §§ 30, 31 GmbH-Gesetz verstoßen könnte und das Erfordernis der Vollwertigkeit der Gegenleistung nach Eintritt des Konkurses möglicherweise anders bewertet wird. Denn auch auf der Grundlage des Vortrags des Klägers ist von einer Bestätigung der Abtretung an Radio U. durch den Konkursverwalter nach Eröffnung des Konkursverfahrens auszugehen. Dann aber ist der gleiche Maßstab an die Wirksamkeit dieser Abtretung wie an diejenige an den Kläger anzulegen. 185

Daran ändert sich nichts, falls die Ansprüche nur hälftig abgetreten worden sein sollten, worauf der Kläger in seinem Schriftsatz vom 2. Mai 2007 eingeht, ohne dass er allerdings erläutert, weshalb lediglich eine hälftige Abtretung derselben Ansprüche an die Firma U. hätte erfolgen sollen. Der nur hälftigen Abtretung steht der eindeutige Wortlaut aus dem Bericht des Konkursverwalters vom 2. September 1998 entgegen, wonach sämtliche Ansprüche abgetreten worden sind. Selbst wenn aber nur die Hälfte aller Ansprüche abgetreten worden wäre, wäre eine wirksame Abtretung an den Kläger nicht erfolgt. Denn aus der Abtretungserklärung vom 14. September 1998 ergibt sich nicht, welche "Hälfte" der angeblichen Ansprüche der Gemeinschuldnerin abgetreten worden sind bzw. welche Ansprüche noch bei der Firma Radio U. sind. Die Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderungen ist aber Voraussetzung für die Wirksamkeit der Abtretung (vergleiche BGH NJW 1995, 1668; BGH NJW 2000, 276). Bei Abtretung einer Forderungsmehrheit wird von der Rechtsprechung die Bestimmbarkeit bejaht, wenn alle Forderungen aus einer bestimmten Art von Rechtsgeschäft abgetreten werden. Unwirksam ist aber die Abtretung mehrerer Forderungen in Höhe eines Teilbetrages, wenn nicht erkennbar ist, auf welche Forderungen oder Teilforderungen sich die Abtretung in welcher Höhe bezieht (OLG Köln, VersR 1998, 1269, Rn. 50 nach juris, mit weiteren Nachweisen). Da bei der "hälftigen Abtretung" nicht bestimmbar ist, welche Ansprüche der Kläger (teilweise) erworben haben könnte, ist die Abtretung auch auf der Grundlage des Vortrages zur "hälftigen Abtretung" unwirksam." 186

Hinzu kommt, dass der Senat auch nach dem derzeitigen Sach- und Streitsstand im Restitutionsverfahren nicht sicher genug davon ausgehen kann, dass die von dem Kläger im Restitutionsverfahren mittlerweile vorgelegte Urkunde vom 10.03.1997 (Bl. 1634 d.A.) den zu dem Zeitpunkt 10. bzw. 14.09.1998 aktuellen Inhalt der sogenannten U.-Abtretung wiedergibt. Der Kläger hat sich nicht genügend damit auseinandergesetzt, dass der Konkursverwalter in seinem Bericht vom 02.09.1998 (Seite 11, Bl. 1385 d.A.) ausgeführt hat, die Vereinbarung durch ein Schreiben an die U.-Gruppe klargestellt und modifiziert zu haben. In dem Bericht heißt es auch, der Anwalt dieser Gruppe, Herr T. in X., habe die Annahme seines, des Konkursverwalters, Vorschlags telefonisch in Aussicht gestellt; das zwischen U. und der Gemeinschuldnerin getroffene Abkommen erscheine ihm, dem Konkursverwalter, deshalb auch für den Konkurs vorteilhaft. Wodurch und mit welchem Inhalt genau die sogenannte U.-Abtretung insoweit im September 1998 modifiziert wurde, ist seitens des Klägers nicht hinreichend vorgetragen worden. Eine Modifizierung ist eine inhaltliche Änderung und daher ein neues Rechtsgeschäft, welches nunmehr in erster Linie auf seine Wirksamkeit zu überprüfen ist. Erst in zweiter Linie kommt es je nach dem Ergebnis der Überprüfung des neuen Rechtsgeschäfts weiter unter Umständen auf das vorherige Rechtsgeschäft an. Entgegen der Auffassung des Klägers ist in den von dem Konkursverwalter beschriebenen, 187

letztlich dem Gericht nicht bekannten Erklärungen Anfang September 1998 nicht einfach eine rechtlich irrelevante "Bestätigung" zu sehen.

Deshalb kann, auch wenn manches für eine Unwirksamkeit der Vorabtretung, also der sogenannten U.-Abtretung selbst in der Form der Abänderung Anfang September 1998 sprechen mag, diese Frage letztlich nach dem aktuellen Sach- und Streitstand durch den Senat nicht beantwortet werden. Entgegen dem Vortrag des Klägers ist auch nicht davon auszugehen, dass die sogenannte U.-Abtretung keine Ansprüche nach §§ 30, 31 GmbHG umfasst. Aus dem weit gefassten Wortlaut der Urkunde vom 10.03.1997 ergibt sich keine solche Einschränkung: "Rechte vertraglicher, vorvertraglicher, deliktischer, bereicherungsrechtlicher, dinglicher und sonstiger Art". Der Wortlaut umfasst vielmehr alle übertragbaren Ansprüche, damit prinzipiell auch solche aus §§ 30, 31 GmbHG. Streitgegenständlich im Vorprozess und im Restitutionsverfahren ist eine Forderung der Gemeinschuldnerin gegen die LEH wegen einer früheren Auszahlung, nämlich vom 29.02.1996. Selbst das Argument der Vorabtretung vor Konkurseröffnung verfährt schon deshalb nicht, weil noch durch den Konkursverwalter und Rechtsanwalt T. Anfang September 1998 diese sog. U.-Abtretung modifiziert worden sein soll. Hat es aber eine die verfolgten Ansprüche überschneidende Vorabtretung gegeben und trägt der Kläger deren Inhalt nicht hinreichend vor, so dass deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit letztlich nicht sicher genug von Seiten des Gerichts beantwortet werden kann, kann der Kläger bereits deshalb seine Ansprüche nicht auf die zeitlich nachgehende Abtretung vom 10. bzw. 14.09.1998 stützen. Die bestehenden Zweifel durch die Vorabtretung, die sog. U.-Abtretung, gereichen dem Kläger zum Nachteil.

Soweit der Kläger eine Genehmigung der Abtretungen der Forderungen des Konkursverwalters an ihn durch die Firma U. behauptet bzw. vorträgt, die sogenannte U.-Abtretung sei durch den Aufhebungsvertrag vom 25.09.2008 aufgehoben worden, führt dies nicht zu einem für den Kläger günstigeren Ergebnis. Eine von dem Aufhebungsvertrag vom 25.09.2008 unabhängige, frühere Genehmigung, § 185 BGB, durch den Geschäftsführer der Firma U. hat der Kläger nicht substantiiert vorgetragen, insbesondere in zeitlicher Hinsicht völlig unkonkret. Eine solche Genehmigung wie auch diejenige Genehmigung vom 25.09.2008 genügt jedenfalls deswegen nicht, weil zwar die Genehmigung einer durch einen Nichtberechtigten erfolgten Zweitabtretung durch den aus der Erstabtretung Berechtigten rückwirkt, § 184 BGB. Diese Rückwirkung gilt indes nicht uneingeschränkt. Wenn die Forderung verjährt ist, ist nur von einer ex nunc Wirkung auszugehen (vgl. Palandt-Heinrichs, 66. Aufl., § 184 BGB Rdn. 2 m.w.N.). Am 25.09.2008 war aber Verjährung hinsichtlich der in 1996 erfolgten Auszahlung bereits eingetreten, der 25.09.2008 liegt sogar außerhalb des 10-Jahres-Zeitraumes von § 31 Abs. 5 GmbHG (siehe unten II.C.3.d)). Dass eine Genehmigung seitens der Firma U. in unverjährter Zeit für die Forderungsabtretungen seitens des Konkursverwalters an den Kläger vorgenommen wurde, kann in Ermangelung hierfür hinreichend substantiierten Vortrags des Klägers nicht angenommen werden.

d) 190

Insgesamt fehlt es dem Kläger mithin an der Aktivlegitimation für die mit dem Hauptantrag verfolgten Klage. 191

3. 192

Die Klage ist auch mit dem Hilfsantrag der Zahlung an den Konkursverwalter nicht erfolgreich. 193

194

Die Voraussetzungen der gewillkürten Prozessstandschaft liegen nicht vor.

Für die von dem Kläger verfolgte hilfsweise Zahlung an den Konkursverwalter und die dazu erforderliche gewillkürte Prozessstandschaft fehlt es an der Darlegung des erforderlichen eigenen rechtlichen Interesses des Klägers. Ein aner kennenswertes Interesse des Konkursverwalters ist gleichfalls nicht anzunehmen. 195

a) 196

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann jemand ein fremdes Recht auf Grund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Ermächtigung im eigenen Namen und auf eigene Rechnung im Prozess verfolgen, sofern er hieran ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat (vgl. BGH NJW 1986, 850; BGH, NJW 2000, 738; BGH NJW 2002, 1578; OLG Köln, NJW-RR 2001, 532). Ausreichend kann auch ein wirtschaftliches Eigeninteresse sein (vgl. BGH NJW 1988, 1210; BGH, NJW 1995, 3186; BGH NJW 2002, 1578; BGH, Urteil vom 27.03.2008, IX ZR 65/06, Rdn. 9, nach juris). Dafür kann es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügen, wenn dem Prozessstandschafter eine Beteiligung an den Erlösen aus den in gewillkürter Prozessstandschaft geltend gemachten Ansprüchen (vgl. BGH NJW 1988, 1210; BGH NJW-RR 2003, 1490) oder der vollständige Erlös (vgl. BGH NJW 2002, 1578) zufließen soll. 197

Die finanzielle Beteiligung in einer Größenordnung von bis zu 50% der Erlöse, die der Kläger von dem Konkursverwalter entsprechend der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 erhalten soll und im Vorprozess als dessen Folge auch erhalten hat, vermag gleichwohl kein aner kennenswertes Interesse des Ermächtigten – und auch kein aner kennenswertes Interesse des Ermächtigenden - für eine gewillkürte Prozessstandschaft zu begründen. Die Abrede, dass der Kläger einen Teil des Erlöses behalten soll, ist wie ausgeführt wegen Verstoßes gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften aus §§ 30, 31 GmbH-Gesetz und Verstoßes gegen den Konkurszweck nichtig, so dass der Kläger somit nicht aus eigenem Recht vorgehen kann. Könnte er nunmehr entsprechend seinem Hilfsvorgehen dieselben Ansprüche als Prozessstandschafter geltend machen, würde dies eine Umgehung insbesondere der Schranken der Kapitalerhaltungsvorschriften darstellen. Denn im Ergebnis bliebe dieselbe wirtschaftliche Situation für die Gemeinschuldnerin bestehen wie im Falle der wirksamen Abtretung auf der Grundlage der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998. Besteht ein Abtretungsverbot und umfasst es nach seinem Sinn und Zweck auch die Befugnis zur gerichtlichen Geltendmachung, da andernfalls das Abtretungsverbot durch eine gerichtliche Geltendmachung praktisch unterlaufen würde, ist eine gewillkürte Prozessstandschaft unzulässig (vgl. BGH NJW-RR 2004, 595; NJW 1971, 1750; Stein/Jonas-Bork, 22. Aufl., Vor § 50 ZPO Rdn. 61 m.w.N.; Musielak-Weth, 5. Aufl., § 51 ZPO Rdn. 30). 198

Dass der Kläger und der Konkursverwalter auch für den Fall der gewillkürten Prozessstandschaft des Klägers im Außen- und jedenfalls im Innenverhältnis an der Fortgeltung dieser Vereinbarung festhalten, ist nach dem Vortrag der Parteien anzunehmen. Der Kläger und nach seinem Vortrag in hiesigem Verfahren auch der Konkursverwalter bleiben dabei, dass dem Kläger jedenfalls im Innenverhältnis zum Konkursverwalter erhebliche Teile aus den dem Konkursverwalter bzw. dem Kläger gegen die Beklagte angeblich zustehenden und im Vorprozess zugesprochenen Ansprüchen zukommen sollen. Dem entsprechenden Vortrag der Beklagten ist der Kläger nicht entgegengetreten. Für ein Festhalten an diesen Regelungen im Innenverhältnis spricht das Schreiben des Konkursverwalters vom 21.11.2005 (RB2, Bl. 777 d.A.). Eine neue Vereinbarung zwischen Kläger und Konkursverwalter über andere Modalitäten der Rechtsverfolgung durch den Kläger und eine andere Erlösverteilung wurde nicht vorgetragen. Auch die von dem Kläger 199

vorgelegte Klarstellungsvereinbarung vom 25.09.2008 nimmt von dieser Erlösverteilung keinen Abstand, verhält sich vielmehr nur zu Verzugsschäden / Rechtsverfolgungskosten. Aus dem Vortrag des Klägers ergibt sich insgesamt gerade nichts dafür, dass die Tätigkeit des Klägers als Prozessstandschafter vom Konkursverwalter im Außen- und jedenfalls im Innenverhältnis grundlegend anders und gegebenenfalls aufgrund welcher wirksamer Vereinbarungen wie abgegolten würde, als dies in der Vereinbarung zur Abtretung vom 10. und 14.09.1998 ausgemacht worden war. Die Klarstellungsvereinbarung vom 25.09.2008 bezieht sich allenfalls auf Randbereiche und ändert nichts an der rechtlichen Beurteilung. Der Kläger vertritt auch wie bislang den Standpunkt, dass die mit dem Konkursverwalter getroffenen Regelungen nach Leistung und Gegenleistung vollwertig seien.

Für ein Festhalten an den inhaltlichen Regelungen der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 200
jedenfalls im Innenverhältnis spricht zudem, dass der jetzige Konkursverwalter, Rechtsanwalt Dr. Q., noch mit der Erklärung vom 21.11.2005 die treuhänderische Abtretung und ferner bestätigt hat, dass der Kläger "ermächtigt war und ermächtigt ist", auch Zahlung an den Konkursverwalter direkt zu begehren (Anlage RB 2, Bl. 777 d.A.). Vergleichbares enthält auch die Klarstellungsvereinbarung vom 25.09.2008 (Bl. 1783).

Es ist nichts dafür ersichtlich, dass der Kläger die Kosten und das Risiko der 201
Geltendmachung der Forderungen nunmehr ohne einen Ausgleich durch den Konkursverwalter oder ohne zu großen Vorteil für sich auf sich nehmen würde, so dass dies wirksam wäre. Es wäre im Übrigen auch ungewöhnlich, derartige Leistungen etwa unentgeltlich zu erbringen. Nach allem ist davon auszugehen, dass der Kläger und der Konkursverwalter intern weiterhin an der Regelung vom 10. und 14.09.1998 festhalten, gegebenenfalls in der Fassung vom 25.09.2008. Dem entsprechen im Übrigen die aktuell von dem Kläger verfolgten Anträge, welche er auch in Ansehung des Ausgangs des Parallelverfahrens nicht geändert hat.

Die Nichtigkeit der Vereinbarungen vom 10. bzw. 14.09.1998 erfasst nicht nur die Abtretung 202
und das zugrundeliegende Rechtsgeschäft der internen Verteilung von Erlösen, sondern auch die hiermit womöglich konkludent erteilte Ermächtigung des Konkursverwalters an den Kläger zur Rechtsverfolgung in gewillkürter Prozessstandschaft. Rechtsmissbräuchliche Ermächtigungen sind nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist derjenige der Erteilung. Die Nichtigkeit der Vereinbarungen vom 10. und 14.09.1998 aus den oben geschilderten Gründen erfasst den gesamten Inhalt des Rechtsgeschäfts, auch eine seinerzeit erteilte Ermächtigung. Die Nichtigkeit gilt in vorliegendem Fall zudem auch für später eventuell durch den Konkursverwalter erteilte Ermächtigungen. Es ist zwar davon auszugehen, dass die Erteilung einer Ermächtigung an einen Prozessstandschafter auch während eines Prozesses grundsätzlich möglich ist (vgl. Zöller-Vollkommer, 26. Aufl., Vor § 50 ZPO Rdn. 45 m.w.N.). Da der Kläger und der Konkursverwalter indes an der Erlösteilungsvereinbarung festhalten wollen, sind auch später erteilte Ermächtigungen aus den gleichen Gründen nichtig, wie eine mit den Vereinbarungen vom 10. und 14.09.1998 erteilte Ermächtigung.

b) 203

Der Kläger hat im Übrigen auch nicht ausreichend dargelegt, dass es in seinem 204
wirtschaftlichen Interesse steht, die hier streitgegenständlichen Ansprüche gegen die Beklagte geltend zu machen, insbesondere nicht durch später abgeschlossene Vereinbarungen mit Dritten.

aa) 205

Dazu kann der Kläger sich insbesondere nicht mit Erfolg darauf berufen, sein schutzwürdiges Interesse bestehe, weil er Geschäftsführer, Gesellschafter und Großgläubiger der J. sei. Unabhängig davon, dass dies die Beklagte im einzelnen und in erheblicher Weise bestritten hat, steht dem zunächst bereits entgegen, dass nach seinem Vortrag jedenfalls vor dem 11.08.2008 nicht der Kläger, sondern die J. angebliche Forderungen gegen die Gemeinschuldnerin erworben hatte. 206

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei dem Gesellschafter einer GmbH ein Rechtsschutzinteresse für die Geltendmachung von Ansprüchen der GmbH grundsätzlich dann zu bejahen, wenn er an der Gesellschaft in einem Maße beteiligt ist, dass er an der Durchsetzung ihrer Rechte in nahezu demselben Maße interessiert ist wie diese selbst (vgl. BGH, NJW-RR 1995, 358; BGH, NJW 1965, 1962, dort entschieden für eine Beteiligung von 98 %). In der Entscheidung BGH NJW-RR 1987, 57 hat der Bundesgerichtshof eine derartige Beteiligung an der Gläubiger-GmbH bei einer Beteiligung am Stammkapital von 2 Mio DM mit 1.995.000 DM unmittelbar und mit 5.000 DM mittelbar über einen Treuhänder als schlüssig dargelegt angesehen. 207

Diese Anforderungen sind jedoch auch auf der Grundlage des Klägervortrages nicht erfüllt. Ausweislich der von ihm mit Schriftsatz vom 13.12.2006 überreichten Gesellschafterliste ist er nur als Minderheitsgesellschafter der J. mit einem Anteil von 8.600,00 € an insgesamt 520.000,00 € Stammkapital beteiligt. Daran ändert nichts, dass der Kläger nach seinem Vortrag nach den von ihm vorgelegten Kaufoptionen offenbar 90 % der Gesellschaftsanteile der J. erwerben kann. Denn der Kläger lässt offen, ob er die zeitlich befristeten Optionen jemals wahrnehmen wird, er also tatsächlich in die Position des Mehrheitsgesellschafters einrückt, bzw. von welchen Umständen die Ausübung der Option abhängt. Jedenfalls solange er nicht die Optionen ausübt, kann nicht angenommen werden, dass der Kläger an der Durchsetzung der Rechte der J. "in nahezu demselben Maße interessiert ist wie diese selbst" (vgl. BGH NJW-RR 1995, 358). 208

Hinsichtlich der eventuell zukünftigen Position des Klägers als Mehrheitsgesellschafters der J. würde diese zudem jedenfalls zunächst nur dazu führen, dass er in nahezu demselben Maße an einer Durchsetzung der Forderung interessiert ist wie die J.. Aber auch der J. kommt eine durchgesetzte Forderung nicht ohne weiteres zu, sondern nur mittelbar über die Verteilung (§§ 149 ff., 166 KO) der Masse bzw. Einzelzwangsvollstreckung gegen die Gemeinschuldnerin (§ 164 KO). Dies könnte daher allenfalls ein mittelbares oder indirektes wirtschaftliches Interesse des Klägers am hiesigen Verfahrensausgang begründen, dessen Größenordnung nicht bekannt ist. Eine wirtschaftliche oder rechtliche Nähebeziehung des Klägers zu der Gemeinschuldnerin bzw. deren verfolgter Forderung unmittelbar liegt hierdurch noch nicht vor. Dass der Kläger oder die J. an einer Durchsetzung der Rechte des Konkursverwalters der Gemeinschuldnerin in nahezu demselben wirtschaftlichen Maße interessiert ist wie der Konkursverwalter selbst kann nicht angenommen werden. 209

bb) 210

Soweit der Kläger vorgetragen hat, durch die Urkunde vom 11.08.2008 sei er selbst nunmehr Inhaber der soeben für das wirtschaftliche Interesse herangezogenen Forderungen der J. gegen die Konkursmasse geworden, führt dies nicht zu einer dem Kläger günstigeren Situation. Der Kläger legt mit solchen Vorgehensweisen nur ein wirtschaftliches Interesse dar, welches aus den geschilderten Gründen des bloß mittelbaren Interesses nicht genügt und welches er erst zu einem Zeitpunkt herbeigeführt hat, als die Klageforderung bereits verjährt war und die Beklagte sich hierauf berufen hatte. Ein solches Interesse ist indes nicht als für eine gewillkürte Prozessstandschaft ausreichend anzuerkennen. 211

Davon ausgehend, dass die Vereinbarung vom 10. bzw. 14.09.1998 sowohl hinsichtlich der Abtretung, als auch betreffend dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft und einer eventuell konkludent erteilten Ermächtigung zu einer gewillkürten Prozessstandschaft nichtig ist, wovon nach den obigen Darlegungen auszugehen ist, war der Kläger zunächst im Vorprozess seitens des Konkursverwalters weder prozessual noch materiell rechtlich wirksam ermächtigt worden, diesen als Prozessstandschafter zu führen. Soweit ein eigenes Interesse erst im Laufe des Restitutionsverfahrens geschaffen wurde, kommt der mittlerweile durch die Beklagte erhobenen Verjährungseinrede Bedeutung zu. Denn grundsätzlich unterbricht nach § 209 BGB a.F. i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB nur die Klage eines jedenfalls materiell Berechtigten die Verjährung, gleiches gilt für die Hemmung durch Klageerhebung nach § 204 BGB n.F.. Die Ansprüche des Konkursverwalters aus §§ 30, 31 GmbHG beruhen auf einer Zahlung vom 29.02.1996, die mit einem ersten Teil von 800.000,- DM im Vorprozess streitgegenständlich war und auch im Restitutionsverfahren nunmehr ist. Die mit der Auszahlung am 29.02.1996 begonnene Verjährungsfrist beträgt entsprechend § 31 Abs. 5 GmbHG a.F. grundsätzlich fünf Jahre (vgl. Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, 18. Aufl., § 31 GmbHG Rdn. 27), bei bösslicher Handlungsweise, § 31 Abs. 5 S. 2 GmbHG a.F. zehn Jahre nach der jeweils verbotenen Zahlung. Zum Zeitpunkt der Urkunde vom 11.08.2008 wäre selbst bei einer bösslichen Handlungsweise der Beklagten die Forderung bereits verjährt.

cc) 213

Ein ausreichendes Interesse des Klägers zur Begründung einer Prozessstandschaft besteht auch nicht wegen etwaiger Regress- oder sonstiger Ansprüche des Klägers gegen den Konkursverwalter, denn von solchen Ansprüchen kann nicht ausgegangen werden. Eine Haftung des Konkursverwalters aus § 437 BGB a. F., auf die sich der Kläger beruft, ist nicht gegeben. Für eine Haftung des Konkursverwalters aus § 437 BGB a.F. ist nicht entscheidend, ob der Kläger subjektiv von der Durchsetzbarkeit solcher Ansprüche in erheblicher Höhe überzeugt war. Die Haftung nach § 437 BGB a.F. ist abdingbar, wobei bei einer dem Käufer bekannten Zweifelhafteit des Rechts ein stillschweigender Haftungsausschluss vorliegen kann (vgl. Palandt-Putzo, 61. Aufl., § 437 BGB Rdn. 3). Nach den gesamten Umständen ist hier aber von einem solchen Haftungsausschluss auszugehen. Die Vereinbarungen vom 10. und 14.09.1998 sehen eine Verfolgung eines aus Sicht des Konkursverwalters nicht sicheren, sondern zweifelhaften Anspruchs auf Kosten und wirtschaftliches Risiko des Klägers vor. Die von dem Konkursverwalter angenommene Zweifelhafteit ergibt sich aus dessen Ausführungen vom 02.09.1998 und der dort angeführten ähnlichen Vorgehensweise in einer früheren Angelegenheit zwischen der S.-Gruppe und der Firma Radio U. sowie dem aus Sicht des Konkursverwalters vorteilhaften Vergleichsabschluss der Firma Radio U.. Nach den gesamten Umständen, bereits die inhaltlichen Regelungen der Vereinbarung vom 10. bzw. 14.09.1998 sprechen deutlich für ein Risikogeschäft, kann weder angenommen werden, dass der Konkursverwalter Dr. D. für den Bestand der Forderung eintreten wollte, noch dass der Kläger davon ausgehen konnte, der Konkursverwalter wolle solches.

dd) 215

Der Bejahung einer Prozessstandschaft steht auch entgegen, dass es an der Voraussetzung fehlt, dass das Interesse des Ermächtigten stark und schutzwürdig sein muss (vgl. Stein/Jonas-Bork, 22. Aufl., vor § 50 ZPO Rdn. 57); das an sich verständliche Streben, sich eine günstigere prozessuale Situation zu schaffen oder den Ermächtigenden aus einer ungünstigen prozessuale Lage zu befreien, reicht allein nicht aus (vgl. Bork, a.a.O. Rdn. 57). Ein in diesem Sinne starkes und schutzwürdiges Interesse des Klägers ist nicht gegeben.

Wie die Prozessgeschichte des Vorprozesses und des Parallelverfahrens sowie des nunmehrigen Restitutionsverfahrens und die zeitlichen Verhältnisse zeigen, schuf sich der Kläger vielmehr - unter Nutzung etwa der J. - erst im Hinblick auf die prozessuale Situation insbesondere im Parallelverfahren "sein" wirtschaftliches Interesse bzw. versuchte solches. Als im Parallelverfahren, in dem mit einer Klageforderung von über 6 Millionen € ein Vielfaches des hiesigen Streitgegenstandes im Streit stand, die Beklagte mit Schriftsatz vom 22.03.2005 erneut - nach den eher beiläufigen Angriffen in erster Instanz im Schriftsatz vom 11.08.2000 (dort Bl. 2, 198 d.BA - Parallelverfahren) - die Aktivlegitimation gerügt hatte, war dies ersichtlich Anlass für den Versuch, die Aktivlegitimation des Klägers zu begründen. Denn nur kurze Zeit später, nämlich unter dem Datum des 04.05.2005 (Anlage RB 4), erfolgte die Abtretung der - angeblichen - Ansprüche der K. an die J.. In dieser (Abtretungs-) Vereinbarung haben die Vertragsparteien in der Vorbemerkung zum Hintergrund der Abtretung ausdrücklich aufgeführt, dass die Abtretung deshalb erfolge, weil der Kläger "daran interessiert (ist), sämtliche Forderungen gegen S. in seiner Person, bzw. bei der mit ihm verbundenen J. zu bündeln". Ferner ist dort aufgeführt, dass Herr O. "nicht bereit bzw. nicht in der Lage" sei, ein Streitiges Verfahren gegen die S. durchzuführen, während dies der Kläger bereits im Zusammenhang mit dem Streitgegenständlichen Sachverhaltskomplex vornehme. Dazu passend gibt es die von dem Kläger als Anlage RB 8 vorgelegte Vereinbarung der J. und des Herrn O., in der diese sich über die Abtretung von angeblichen Ansprüchen des Herrn O. gegen S. an die J. - und damit nach eigener Sichtweise des Klägers wirtschaftlich an diesen selbst - geeinigt haben, die dasselbe Datum trägt wie der Schriftsatz der Beklagten im Parallelverfahren, nämlich vom 22.03.2005.

Damit wurde das behauptete Interesse des Klägers erst gezielt herbeigeführt, und zwar mit Forderungen, deren Grundlage mit der Person des Klägers und seinen Verhältnissen oder auch nur der J. vom Ansatz zunächst nichts gemein haben. Diese Verfahrensweisen haben sodann in der notariellen Urkunde vom 11.08.2008 ihre Fortsetzung gefunden. Diese wurde vor der mündlichen Verhandlung vom 21.08.2008 errichtet, auch nach dem Vortrag des Klägers, um die nach Ansicht des Senats auch in Ansehung der früheren Vereinbarungen der Beteiligten O., K. und J. vorliegenden prozessualen Hindernisse zu überwinden, nachdem der Senat auf diese Probleme in der Sitzung vom 08.02.2007 hingewiesen hatte. Ein Eigeninteresse, das stark und schutzwürdig genug ist, um hier eine gewillkürte Prozessstandschaft zuzulassen, kann vor diesem Hintergrund nicht angenommen werden. 217

Vergleichbares gilt für den Vortrag des Klägers, bei Annahme einer Nichtigkeit der Vereinbarungen mit dem Konkursverwalter bestehe ein faktisches Treueverhältnis, welches ihn strafbewehrt zur Anspruchsverfolgung anhalte. Die Nichtigkeit der Vereinbarungen vom 10. bzw. 14.09.1998 und ein eventuelles faktisches Treueverhältnis beruht auf Gründen ihrer rechtlicher Missbilligung. Dementsprechend ist das Interesse des Klägers auch unter dem Aspekt eines faktischen Treueverhältnisses nicht schutzwürdig. Andernfalls würde das Merkmal der Schutzwürdigkeit des Interesses gerade in den Fällen, in denen eine Vorgehensweise rechtlich nicht anerkannt wird, praktisch keine Bedeutung haben. 218

ee) 219

Dieses Umgehungsargument gilt auch für die von dem Kläger auf Bereicherungsrecht gestützte Ansprüche gegen den Konkursverwalter im Hinblick auf die in dem Urteil ausgesprochene Verurteilung nach § 717 Abs. 3 ZPO und auf den Erhalt von 239.193,98 € durch den Konkursverwalter. Die entsprechende Verurteilung des Klägers gemäß § 717 Abs. 3 ZPO wie der Gelderhalt des Konkursverwalters sind ebenso Folge der unwirksamen Abtretung und unzulässigen Prozessstandschaft, der Nichtoffenlegung der hierfür 220

maßgeblichen Umstände durch den Kläger im Vorprozess und dessen hierauf gründenden Ergebnisses. Es führt aus vergleichbaren Erwägungen wie oben (a) und b)dd)) nicht zur Bejahung eines aner kennenswerten Interesses des Klägers an eigener Prozessführung.

c) 221

Hinzu kommt, dass auch ein genügend starkes und schutzwürdiges Interesse des Konkursverwalters an der Rechtsverfolgung der Klageforderung durch den Kläger fehlt. Nicht nur der Ermächtigte, auch der Ermächtigende, der Rechtsinhaber, muss ein rechtliches Interesse an der Prozessführung durch den Dritten haben (vgl. Zöller-Vollkommer, 26. Aufl., Vor § 50 ZPO Rdn. 44; Musielak-Weth, 5. Aufl., § 51 ZPO Rdn. 26 ff. je m.w.N.). Die Vereinbarungen vom 10. bzw. 14.09.1998 sind nichtig, so dass sie ein solches schutzwürdiges Interesse des Konkursverwalters nicht begründen können. Ein schützenswertes Interesse des Konkursverwalters an einer Rechtsverfolgung durch einen Dritten gegen ganz erhebliche Leistungen der Hauptforderung an diesen Dritten statt an die Konkursmasse ist nicht gegeben. Die gleichen Gründe, die zu der Nichtigkeit der Zession und deren causa führen, haben das fehlende rechtlich aner kennenswerte Interesse des Konkursverwalters an einer gegen erhebliche Gegenleistungen beeinhaltenden Prozessführung durch einen gewillkürten Prozesstandschafter zur Folge. Bei anderer Sicht würde in der Zulassung der gewillkürten Prozesstandschaft eine Umgehung von §§ 30, 31 GmbHG und des Konkurszwecks liegen. 222

d) 223

Im Übrigen spricht – ohne dass es entscheidungserheblich ist - ein weiteres Argument dagegen, die Ermächtigung in dem Schreiben des Konkursverwalters Dr. Q. vom 21.11.2005 oder andere, insbesondere spätere Ermächtigungen als hinreichende Grundlage für die Zulässigkeit einer gewillkürten Prozesstandschaft des Klägers anzusehen. Es ist von ähnlichen Überlegungen auszugehen wie oben (b)bb)) bei der Schaffung des eigenen wirtschaftlichen Interesses erst nach Verjährungseintritt. 224

Bei dem Schreiben vom 21.11.2005 handelt es sich bereits nicht primär um eine eigenständige Ermächtigung, sondern zunächst nur um eine Bestätigung einer früher, also mangels konkreten anderslautenden Vortrages einer in den Vereinbarungen vom 10. bzw. 14.09.1998 getroffenen Ermächtigung. Soweit allerdings in dem Schreiben in zweiter Linie auch eine vorsorgliche Genehmigung erteilt wird, ist davon auszugehen, dass hierin eine schlüssige erneute Ermächtigungserteilung liegt, ohne dass hierbei betreffend die Erlösverteilung neues geregelt wird. 225

Davon ausgehend, dass die Vereinbarung vom 10. bzw. 14.09.1998 sowohl betreffend der Abtretung, als auch dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft und einer gegebenenfalls konkludent erteilten Ermächtigung nichtig sind, war der Kläger indes zunächst im Vorprozess nicht seitens des Konkursverwalters wirksam ermächtigt worden, diesen als Prozesstandschafter zu führen. Soweit eine Ermächtigung erst im Laufe des nunmehrigen Restitutionsverfahrens geschaffen wurde, kommt im Übrigen auch der mittlerweile durch die Beklagte erhobenen Verjährungseinrede Bedeutung zu. Denn grundsätzlich unterbricht nach § 209 BGB a.F. i.V.m. Art. 229 § 6 Abs. 2 EGBGB nur die Klage eines Berechtigten die Verjährung, gleiches gilt für die Hemmung durch Klageerhebung nach § 204 BGB n.F.. Wenn ein Berechtigter die Klageerhebung durch einen Nichtberechtigten genehmigt, wird eine Verjährung nur ex nunc gehemmt (vgl. Palandt-Heinrichs, 66. Aufl., § 204 BGB Rdn. 11 m.w.N.). 226

Die streitgegenständlichen Ansprüche des Konkursverwalters aus §§ 30, 31 GmbHG beruhen auf einer Zahlung vom 29.02.1996, die den Klagebetrag überstiegen hat und mit einem ersten Teil von 800.000,- DM im Vorprozess streitgegenständlich war und im nunmehrigen Restitutionsverfahren Streitgegenstand ist. Die Verjährungsfrist beträgt entsprechend § 31 Abs. 5 GmbHG a.F. grundsätzlich fünf Jahre (vgl. Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, 18. Aufl., § 31 GmbHG Rdn. 27), bei bösslicher Handlungsweise, § 31 Abs. 5 S. 2 GmbHG a.F., zehn Jahre nach der Leistung der jeweils verbotenen Zahlung.

Der Kläger hat nicht hinreichend vorgetragen, dass die Beklagte bei der fraglichen Zahlung bösslich gehandelt hatte. Für eine Bösslichkeit im Sinne von § 31 Abs. 5 S. 2 GmbHG a.F. reicht eine Entgegennahme in Kenntnis der Unzulässigkeit aus (vgl. Baumbach/Hueck-Hueck/Fastrich, 18. Aufl., § 31 GmbHG Rdn. 27 m.w.N. in FN 92). Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung hat der Kläger hierzu letztlich nicht Genügendes vorgetragen. Auch der Vortrag im Schriftsatz vom 29.09.2008 reicht nicht. Der Kläger beschränkt seinen Vortrag im wesentlichen auf eine Bezugnahme auf früheren Vortrag aus dem Parallelverfahren sowie eine erstinstanzliche Beweisaufnahme im Vorprozess in Verbindung mit dem Argument, die Beklagte habe 1996 das Stammkapital der Gemeinschuldnerin auf Null bringen bzw. wegen nur teilweiser Verlustbeteiligung bis zum 01.03.1996 darunter absenken und gerade nicht das Stammkapital auffüllen wollen. Dieser Vortrag ist angesichts der 1996 getroffenen komplexen vertraglichen Regelungen mit den dort geregelten mehrseitigen Verpflichtungen insbesondere denen des Erwerbers zu unsubstantiiert, um Bösslichkeit anzunehmen. Der Erwerber Z. übernahm eine Patronatserklärung gemäß Ziffer VI. des Geschäftsanteilsübertragungs- und Abtretungsvertrages (Anlage K8) und brachte entsprechend VII. dieses Vertrages eine Bankgarantie von 2 Mio. DM bei. Im Vorprozess ist die Beklagte auch nur aus der Anspruchsgrundlage §§ 30, 31 GmbHG verurteilt worden, während andere Anspruchsgrundlagen durch das Oberlandesgericht verneint wurden. Abgelehnt wurde eine Verpflichtung der Beklagten auch aus deliktischen und solchen Anspruchsgrundlagen, mit denen die Unwirksamkeit der Verträge vom 02./21.02.1996 klägerseits darauf gestützt worden waren, die LEH habe die Gemeinschuldnerin "ausgeplündert" und diese sei von Anfang an "dem Untergang geweiht gewesen". Die Verneinung auf einen solchen Vortrag gestützter Ansprüche ist auch vom Bundesgerichtshof im Vorprozess nicht beanstandet worden.

e) 229

Der Geltendmachung der Forderung durch den Kläger als Prozesstandschafter steht des weiteren auch der Umstand entgegen, dass nicht angenommen werden kann, dass zum Zeitpunkt der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 der Konkursverwalter Gläubiger oder Berechtigter der Forderung war, die eingeklagt wird. 230

Wegen des Sach- und Streitstandes zur Problematik der sogenannten U.-Abtretung ist nicht nur entsprechend der obigen Darlegungen (C.2.c) dd)) davon auszugehen, dass die Abtretung an den Kläger mit der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 wegen einer solchen Vorabtretung nicht den Klageanspruch umfasst und der Kläger insofern nicht Gläubiger wurde. Vielmehr kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass zum Zeitpunkt der Vereinbarung vom 10. und 14.09.1998 der Konkursverwalter überhaupt noch Gläubiger der Klageforderung war, da diese möglicherweise eben schon der Firma Radio U. zustand. Auch dies steht einer Geltendmachung dieser Forderung durch den Kläger als Prozesstandschafter entgegen. 231

Oben wurde dargestellt, dass nach dem Vortrag des Klägers anzunehmen ist, dass die Abtretung vom 10. bzw. 14.09.1998 bereits deswegen nicht für ihn zu einem günstigen 232

Ergebnis führt, weil der Kläger nicht genug vorgetragen hat, um die Bedenken aus der unstreitig stattgefundenen, nach Umfang und Wirksamkeit unterschiedlich angesehenen und wohl im September 1998 abgeänderten Vorabtretung an die Firma Radio U. auszuräumen. Vergleichbares gilt dann im Verhältnis des Konkursverwalters zu der Beklagten. Zwar obliegt es in dem Verhältnis zum Konkursverwalter grundsätzlich der Beklagten, die eine Gläubigerstellung des Konkursverwalters beseitigende Vorabtretung darzulegen. Angesichts des Vortrages des Klägers, der von ihm vorgelegten Urkunde vom 10.03.1997 und den Ausführungen des Konkursverwalters im Bericht vom 02.09.1998 zu den Modifizierungen mit der Firma U. bzw. Rechtsanwalt T. wäre es indes jedenfalls im Rahmen einer sekundären Darlegungslast auch hier Sache des Klägers, die aus der U.-Abtretung resultierenden Bedenken auszuräumen. Denn es geht um Umstände, von denen die Beklagte keine Kenntnis hat, der Kläger und sein Prozessbevollmächtigter oder jedenfalls der Konkursverwalter als der den Kläger Ermächtigenden hingegen schon. Dieser - hier sekundären - Darlegungslast wegen in der in den Wahrnehmungsbereich der letztgenannten Personen fallenden Umstände (vgl. Zöller-Greger, 26. Aufl., Vor § 284 ZPO Rdn. 34 ff.) ist der Kläger nicht hinreichend nachgekommen, auch nicht mit den Schriftsätzen nach dem Termin der letzten mündlichen Verhandlung, in dem der Senat auf die Problematik hingewiesen hat.

4. 233

Auch die Anschlussberufung, mit der der Kläger seinen weitergehenden, erstinstanzlich abgesprochenen Zinsanspruch verfolgt, ist dementsprechend unbegründet. 234

5. 235

Der Beklagten steht gegen den Kläger der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung von insgesamt 610.952,37 € zu. Die unstreitigen Zahlungen können von einem Restitutionskläger analog § 717 Abs. 3 ZPO verfolgt werden (vgl. Zöller-Greger, 26. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 15; - Herget, § 717 ZPO Rdn. 17, 13; Münchener Kommentar-Braun, 2. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 9; Wieczorek/Schütze-Borck, 3. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 53 m.N.; Stein/Jonas-Grunsky, 21. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 15; im Ergebnis auch Baumbach/Lauterbach u.a.-Hartmann, 64. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 9), und zwar als Widerklage gegen die Klage des Vorprozesses (Wieczorek/Schütze-Borck, 3. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 53; Thomas/Putzo-Putzo, 27. Aufl., § 717 ZPO Rdn. 15, jeweils m.N.). 236

Entsprechend § 717 Abs. 3 S. 2 ZPO ist "der Kläger auf Antrag des Beklagten zur Erstattung des von diesem auf Grund des Urteils Gezahlten oder Geleisteten zu verurteilen." Davon sind ohne weiteres die auf Hauptforderung und Kosten geleisteten Zahlungen in Höhe von insgesamt 610.952,37 € umfasst. Durchgreifende Einwände dagegen sind von dem Kläger nicht vorgebracht worden und auch sonst nicht ersichtlich. 237

Insbesondere ist dem Kläger auch eine Berufung auf einen Wegfall der Bereicherung nicht möglich. Der Umfang des Anspruchs ergibt sich zwar aus § 818 BGB, dessen Abs. 3 (Wegfall der Bereicherung) aber nicht zur Anwendung kommt (vgl. Zöller-Herget, 26. Aufl., § 717 ZPO Rdn. 17; Thomas/Putzo-Hüßtege, 28. Aufl., § 717 ZPO Rdn. 21). Wegen § 818 Abs. 3 S. 4 BGB haftet der Gläubiger nämlich von der Vollstreckung oder Leistung an verschärft, § 818 Abs. 4 BGB (vgl. Musielak-Lackmann, 5. Aufl., § 717 ZPO Rdn. 16 m.w.N.). 238

Der Kläger kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass aufgrund der im Schriftsatz vom 29.09.2008 vorgetragenen Umstände hinsichtlich eines Teilbetrages von 237.193,98 € seine Passivlegitimation nicht bestehe. Es handelt sich um neuen Vortrag, der im Gegensatz 239

zum früheren Vortrag des Klägers steht. Bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung hatte die Beklagte entsprechende Leistungen an den Kläger vorgetragen und der Kläger hierauf – bis auf die oben erörterte Problematik einer Entreicherung - nichts erwidert, § 138 Abs. 3 ZPO. Der Kläger selbst hatte vielmehr auch vorgetragen, am 28.02.2005 an den Konkursverwalter 237.193,98 € bezahlt zu haben, etwa noch mit Schriftsatz vom 14.08.2008.

Zudem ist der neue Einwand des Klägers gemäß § 242 BGB als treuwidrig und nicht beachtlich anzusehen. Im Vorprozess wurde von dem Kläger und dem Bundesgerichtshof die Abtretung von September 1998 als wirksam angesehen. Nach dem Inhalt der Vereinbarung vom 10. bzw. 14.09.1998 Ziffer 3. am Ende sollten Leistungen gerade auf ein Und-Konto erfolgen, wie es die Beklagte nach dem Vortrag aus dem Schriftsatz vom 29.09.2008 unternommen hat, und zwar mit einer Zahlung auf ein Anderkonto des Prozessbevollmächtigten des Klägers. Nach dem Schreiben des Konkursverwalters Dr. Q. vom 21.11.2005, auf welches sich der Kläger beruft, waren ihm Beträge treuhänderisch abgetreten und der Kläger war und ist ermächtigt "auch" Zahlung direkt an den Konkursverwalter zu begehren. Zudem hat der Kläger über Jahre eine teilweise Nichterfüllung des Urteils des Bundesgerichtshofs durch die Beklagte nicht beanstandet, vielmehr die Erfüllung in vorliegendem Verfahren durch sein prozessuales Verhalten bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung zugestanden.

Den nunmehrigen Vortrag des Klägers von der fehlenden Passivlegitimation wegen angeblichen Nichterhalts der 237.193,98 € hält der Senat daher jedenfalls unter Berücksichtigung von § 242 BGB für unbeachtlich. Denn die Beklagte hat so gezahlt, wie sie nach der von dem Kläger für maßgeblich gehaltenen Vereinbarung vom 10. bzw. 14.09.1998 sollte. Dass der neue Vortrag des Klägers erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt ist, § 296a ZPO, und dem Kläger entgegen seiner Ansicht nicht völlig neues Vorbringen innerhalb der gewährten Stellungnahmefrist nachgelassen war, ist zusätzlich als Grund für die Unbeachtlichkeit anzuführen. Eine Stellungnahmefrist erhielt der Kläger nur zu der Erörterung und den Hinweisen im Termin vom 21.08.2008, wozu der hier diskutierte Vortrag nicht gehört. Im Schriftsatz vom 03.11.2008 stellt der Kläger den in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweis auf neuen Vortrag (S. 2, 1. Absatz des Protokolls vom 21.08.2008) sinnentstellend dar, in dem er ihn aus dem Zusammenhang reißt. Den Parteien war nicht nach Schluss der mündlichen Verhandlung allgemein jeder neue Vortrag in der gesetzten Frist nachgelassen. Vielmehr hat der Senat aus dem Zusammenhang eindeutig zu erkennen mit dem "neuen Vortrag" nur nochmals darauf hingewiesen, dass bei zulässiger und begründeter Restitutionsklage die Sachprüfung auch mit neuem Vortrag des hiesigen Verfahrens und nicht nur mit dem Sachvortrag des Vorprozesses erfolgt, wie schon in den früheren Terminen des Restitutionsverfahrens mit den Parteien erörtert wurde.

Die Aufrechnungserklärungen des Klägers führen sämtlich nicht zu einem für ihn günstigen Ergebnis. Die Aufrechnung gegen die der Beklagten zustehenden Erstattungsansprüche entsprechend § 717 Abs. 3 ZPO ist bereits nicht zulässig (vgl. Zöller-Greger, 26. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 15; RGZ 34, 354). Soweit für besondere Fälle hiervon Ausnahmen gemacht werden, etwa für eine Aufrechnung mit einer unbestrittenen Gegenforderung, liegt eine solche aner kennenswerte Ausnahmekonstellation in Bezug auf sämtliche zur Aufrechnung gestellten Forderungen nicht vor. Die Aufrechnungserklärung in dem Schriftsatz vom 29.09.2008 ist zudem bereits deswegen nicht zu berücksichtigen, weil sie erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt ist und nicht vom Umfang der Stellungnahmemöglichkeit umfasst war.

Den Zinsanspruch kann die Beklagte nach § 717 Abs. 3 ZPO hingegen nur insoweit geltend machen, als sie Prozesszinsen nach §§ 288, 291 BGB verlangen kann (Zöller-Herget, 26. Aufl., § 717 ZPO Rdn. 17, 13). Der Antrag ist dem Kläger am 06.10.2005 zugestellt worden, so dass der geltend gemachte Zinsanspruch ab diesem Zeitpunkt begründet ist.

Im Übrigen scheidet ein Zuspruch hinsichtlich der Zinsen zwar nicht generell, aber im vorliegenden Verfahren aus. Im nunmehrigen Verfahren ist der Antrag auf weitergehende Zinsen nicht statthaft, also als unzulässig abzuweisen, ohne dass auf ihre Begründetheit einzugehen wäre. Zwar sieht § 717 Abs. 2 S. 2 ZPO im Rahmen der Erstattung nach der Vollstreckung von für vorläufig vollstreckbar erklärten Entscheidungen einen Zinsanspruch vor. Die analoge Anwendbarkeit dieser Vorschrift für die Restitutionsklage wird allerdings abgelehnt (vgl. Baumbach/Lauterbach u.a.-Hartmann, 64. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 9; Wieczorek/Schütze-Borck, 3. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 51-58; Zöller-Greger, 26. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 15). Der Zinsanspruch muss demgemäß in einem eigenen Verfahren verfolgt werden (Wieczorek/Schütze-Borck, 3. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 51; Baumbach/Lauterbach u.a.-Hartmann, 64. Aufl., § 590 ZPO Rdn. 9, 51; zur Unanwendbarkeit von § 717 Abs. 2 und 3 ZPO auf Zinsansprüche schon RGZ 91, 195; 99, 169). 244

III. 245

Die Kostenfolge ergibt sich aus §§ 91, 92 Abs. 2, 97 Abs. 1, 101 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit hat ihre Rechtsgrundlage in den §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsätze erforderten nicht die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, § 156 ZPO. 246

IV. 247

Der Senat hat von einer Zulassung der Revision abgesehen. Weder kommt der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zu noch erfordern Belange der Rechtsfortbildung oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (§ 543 Abs. 2 ZPO). Es handelt sich vielmehr um eine an den tatsächlichen Gegebenheiten orientierte Einzelfallentscheidung. 248

V. 249

Der Gegenstandswert des Restitutionsverfahrens wird auf 409.033,50 € festgesetzt (vgl. Zöller-Herget, 26. Aufl., § 3 ZPO Rdn. 16 "Restitutionsklage"; Thomas-Putzo-Hüßtege, 28. Aufl., § 3 ZPO Rdn. 130a). Die Anträge der Parteien betreffen denselben Streitgegenstand im Sinne von §§ 39 Abs. 1, 45 Abs. 1 S. 3 GKG. Es geht jeweils um den ersten Teil in Höhe von 800.000,- DM hinsichtlich einer Auszahlung vom 29.02.1996. 250

Über die Hilfsaufrechnungen des Klägers gegen die Zahlungsanträge der Beklagten ergeht keine Entscheidung in der Sache nach § 45 Abs. 3 GKG, sie sind bereits unzulässig. 251