
Datum: 18.02.2022
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 341/20
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2022:0218.4U341.20.00

Tenor:

Die Berufungen der Klägerin und des Drittwiderbeklagten gegen das Urteil der 9. Zivilkammer des LG Düsseldorf – Einzelrichterin – vom 02.10.2020 werden zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens sowie die Kosten der Beklagten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin zu 96,5 Prozent und der Drittwiderbeklagte zu 3,5 Prozent. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

Das Urteil und das angefochtene Urteil sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar. Der Kläger und der Drittwiderbeklagte dürfen die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 120 Prozent des insgesamt vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn die Beklagte nicht vor der Zwangsvollstreckung Sicherheit in Höhe von 120 Prozent des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

A.

Die Klägerin macht Ansprüche gegen die Beklagte aus einer D&O-Versicherung geltend; die Beklagte verlangt mit der Drittwiderklage vom Drittwiderbeklagten die Rückzahlung verauslagter Rechtsanwalts- und Gerichtskosten.

Die Klägerin ist ein metallverarbeitendes Unternehmen. Sie bezieht Metallgranulate von unterschiedlichen Lieferanten zwecks Weiterverarbeitung, u.a. regelmäßig früher auch von

1

2

3

4

der K. Kabelzerlegebetrieb und Metallhandel GmbH (im Folgenden: K.). Die geschäftsführende Gesellschafterin der Klägerin ist ihre Komplementärin, die S. J. GmbH, deren einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer der am 21.12.2021 verstorbene Drittwiderbeklagte war. Am 31.03.2011 legte der Drittwiderbeklagte sein Amt nieder, was am 20.04.2011 im Handelsregister eingetragen wurde. Der Drittwiderbeklagte war für das Kupfer-Geschäft seit Jahrzehnten alleine verantwortlich. Er schloss seit Jahren Liefergeschäfte mit der K. ab, die bis 2011 problemlos abgewickelt wurden.

Die Klägerin vereinbarte beginnend zum 04.10.2010 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten eine D&O-Versicherung. Der Drittwiderbeklagte war versicherte Person. Für den hier streitgegenständlichen Versicherungsfall galten der Versicherungsschein vom 08.07.2013 (Anlage B1 im Anlagenband Beklagte) sowie die Versicherungsbedingungen Chubb OLA 2011 PrimeLine (Anlage B2 im Anlagenband Beklagte, im Folgenden: OLA 2011). Letztgenannte bestimmten unter anderem folgendes:

5

„7.1.1 [...] Vom Versicherungsschutz unter 1.1.1 ausgeschlossen sind Haftpflicht-Versicherungsfälle wegen Inanspruchnahmen für Schadensersatzansprüche, die auf einer wissentlichen Pflichtverletzung (dolus directus) der in Anspruch genommenen versicherte Person beruhen. Unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens liegt eine wissentliche Pflichtverletzung nicht vor, wenn die betreffende versicherte Person bei einer Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. [...]

6

7.1.3 [...] Im Zweifel über das Vorliegen einer wissentlichen Pflichtverletzung gemäß 7.1.1 [...] wird der Versicherer vorläufige Verteidigungskosten gewähren. [...] Steht das Vorliegen des Ausschlusstatbestandes fest, entfällt der Versicherungsschutz. Vom Versicherer bereits geleistete Verteidigungskosten sind zurückzuerstatten. Als Feststellung gilt eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung, oder ein Eingeständnis der versicherten Person, aus der/dem sich die Tatsachen ergeben, welche die wissentliche oder vorsätzliche Pflichtverletzung belegen.“

7

Am 13.01.2011 bestellte der Drittwiderbeklagte bei der K. 1200 Tonnen Kupfergranulat, das aus Kupferkabelschrott hergestellt werden sollte, den die K. von der D. T. AG kaufen sollte. Unter dem 18.03.2011 bestätigte der Drittwiderbeklagte den Kauf, wobei als Zusatzvereinbarung aufgenommen war (Bl. 29 f. Beiakte 21 O 21/16 LG Hagen = 8 U 90/17 OLG Hamm, im Folgenden: BA):

8

„zu Gunsten der Firma K. werden wir eine Bankgarantie in Höhe von 3 Mio. € erstellen. Sofern unsererseits die Vertragsvereinbarungen nicht erfüllt werden, dient diese Garantie dazu, der Firma T. die daraus entstehenden Schäden gegenüber abzudecken.“

9

Anstelle dieser Zusatzvereinbarung kam der Drittwiderbeklagte mit der K. indes dann überein, dass die Klägerin der K. einen Betrag in Höhe von 1,5 Millionen Euro zahlen solle. Diese Vereinbarung wurde schriftlich unter dem 13./14.04.2011 unter der Überschrift „Sicherheitsleistung“ sodann wie folgt festgehalten (Bl. 31 f. BA):

10

„1. Die Firma S. J. hat heute, 13.04.2011, eine Akontozahlung in Höhe von € 1.500.000,00 [...] überwiesen. Diese Zahlung dient als Sicherheitsleistung für die D. T. für die Lieferung des o.g. Materials gegen unseren Einkauf E516/11. [...]

11

2. Dieser Betrag wird am Vertragsende von der Fa. K. an die Fa. S. J. zurück überwiesen, beziehungsweise in Abstimmung mit der Fa. S. J., voraussichtlich aber November 2011,

12

gegen Warenanlieferungen verrechnet. Der Betrag wird mit 4,0 % per annum verzinst. Die Zinsbelastung wird, wie in der Vergangenheit, zum Monatsende gesondert berechnet und von K. bezahlt.

3. Zur Absicherung der Vorauszahlung tritt die Fa. K. an die Fa. S.. J. die Menge Cu-Kabelschrott ab, welche wertmäßig der Vorauszahlung entspricht, alternativ tritt die Fa. K. an die Fa. S. J. die aus dem Weiterverkauf des Cu-Granulats entstehenden Forderungen gegenüber Dritten bis zu einer Höhe von 1,5 Millionen Euro ab.“ 13

Diese Vereinbarung wurde für die Klägerin auf Veranlassung des Drittwiderbeklagten von dessen Nachfolgern unterzeichnet. 14

Nach dem Haftpflichturteil des LG Hagen missachtete der Drittwiderbeklagte bei dem Abschluss der Vereinbarung die gebotene Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns. Er versäumte die wirksame Einräumung einer Sicherheit, schätzte die wirtschaftliche Lage der K. falsch ein und holte keine aktuellen Auskünfte zu deren wirtschaftlicher Situation ein. Seit 2004 war es mehrfach zum Abschluss solcher Geschäfte gekommen, bei denen der Drittwiderbeklagte keine wirksame Sicherheitsleistung vereinbarte und auf eine mündliche Zusicherung von K. vertraute, ohne dass es zu Problemen gekommen war. 15

K. verwendete das nunmehr gezahlte Geld aber nicht zum Ankauf des Rohmaterials, sondern verpfändete es Altgläubigern. K. lieferte lediglich 350 Tonnen Kupfergranulat, das von der Klägerin separat bezahlt wurde. Am 28.06.2012 wurde über das Vermögen der K. das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Klägerin meldete eine Forderung in Höhe von 1,5 Millionen Euro nebst Zinsen zur Insolvenztabelle an, erhielt aber keine Zahlungen. 16

Die Klägerin nahm den Drittwiderbeklagten deshalb unter dem 06.12.2013 schriftlich wegen der fahrlässigen Vorauszahlung / Darlehenshingabe in Anspruch. Die Beklagte erteilte dem Drittwiderbeklagten unter dem 20.02.2014 Abwehrdeckung für die außergerichtliche Verteidigung (Anlagenkonvolut B7, Bl. 122 f. GA). Der Drittwiderbeklagte wurde in der Folge vor dem Landgericht Hagen von der Klägerin in Anspruch genommen (21 O 21/16), wofür die Beklagte unter dem 23.12.2015 Abwehrdeckung erteilte (Anlagenkonvolut B7, Bl. 124 GA). Das Landgericht Hagen hörte den Drittwiderbeklagte in seiner Sitzung vom 23.05.2017 persönlich an (Bl. 373 ff. BA) und verurteilte den Drittwiderbeklagten unter dem 29.06.2017 zur Zahlung von 1,5 Millionen Euro, Zug-um-Zug gegen Abtretung einer Teilforderung in dieser Höhe aus der Insolvenzforderung der Klägerin gegen die K., sowie Zahlung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 8291,90 Euro (Bl. 387 ff. BA = Anlage K1 im Anlagenband Klägerin). Für die dagegen gerichtete Berufung des Drittwiderbeklagten sagte die Beklagte unter dem 27.07.2017 Deckung zu (Anlagenkonvolut B7, Bl. 125 GA). Mit Urteil vom 09.05.2018 wies das Oberlandesgericht Hamm die Berufung weit überwiegend zurück und änderte das Urteil des Landgerichts Hagen vom 29.06.2017 dahingehend ab, dass der Drittwiderbeklagte zur Zahlung von 1.475.500 Euro Zug-um-Zug gegen Abtretung der Insolvenzforderung der Klägerin und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe von 8096,90 Euro verurteilt wurde (Bl. 537 ff. BA = Anlage K2 im Anlagenband Klägerin). Dabei stellte das Oberlandesgericht Hamm fest, dass dem Drittwiderbeklagten im Sinne von § 43 Abs. 1 GmbHG vorzuwerfen sei, dass er die Zahlungen an die K. ohne Sicherheiten und ohne eine vorherige Bonitätsprüfung veranlasst habe. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen unter II. 1. a) bb) (1) ?) des Urteils verwiesen. Aufgrund des Kostenfestsetzungsbeschlusses des Landgerichts Hagen vom 02.07.2018 hat der Drittwiderbeklagte der Klägerin 50.338,45 Euro nebst Zinsen zu erstatten (Anlage K12 im Anlagenband Klägerin). 17

Die Klägerin ließ den Befreiungsanspruch des Drittwiderbeklagten gegen die Beklagte aus der D&O-Versicherung mit Pfändungs- und Überweisungsbeschluss des Amtsgerichts Schwelm vom 31.08.2018 (41 M 1299/18) pfänden und sich zur Einziehung überweisen; der Beschluss wurde der Beklagten am 13.09.2018 und dem Drittwiderbeklagten am 17.09.2018 zugestellt (Anlagenkonvolut K11 im Anlagenband Klägerin). Die Klägerin bot dem Drittwiderbeklagten ihre Gegenleistung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise an; der Drittwiderbeklagte nahm die Abtretung an.

Die Beklagte wandte insgesamt 55.401,98 Euro an Rechtsanwalts- und Gerichtskosten für die Anspruchsabwehr des Drittwiderbeklagten auf. 19

Mit an den seinerzeitigen Prozessbevollmächtigten des Drittwiderbeklagten gerichteter E-Mail vom 29.08.2018 lehnte die Beklagte Versicherungsschutz für den Drittwiderbeklagten wegen wissentlicher Pflichtverletzung ab und forderte zur Rückzahlung der Abwehrkosten auf (Anlage B3 im Anlagenband Beklagte). 20

Die Klägerin bestreitet eine wissentliche Pflichtverletzung des Drittwiderbeklagten. Dieser habe im guten Glauben gehandelt und sei davon ausgegangen, im Rahmen seiner Befugnisse und zum Wohle der Klägerin zu handeln. Dies werde aus seiner Erklärung im Haftpflichtprozess deutlich, die so zu verstehen gewesen sei, wie er es in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 10.07.2018 (Anlage K3 im Anlagenband Klägerin) ausgeführt habe. Ihm sei zwar bewusst gewesen, dass er ein gewisses Risiko eingegangen sei, er habe die Wahrscheinlichkeit der Realisierung des Risikos aber für gering und vertretbar gehalten. Ihm sei auch nicht bewusst gewesen, dass er nicht auf der Basis angemessener Informationen handelte, da er den irrigen Glaube gehabt habe, aufgrund der langjährigen erfolgreichen Geschäftsbeziehung zu K. und seiner persönlichen Verbundenheit zur Eigentümerfamilie die wirtschaftliche Situation besonders gut einschätzen zu können, zumal K. und die verantwortlichen Personen seit vielen Jahren als sehr zuverlässige und bewährte Geschäftspartner bekannt gewesen seien. Der Drittwiderbeklagte habe auch keine Kardinalpflicht verletzt, indem er keine Sicherheit für die Rückzahlung vereinbarte. Denn es bestehe ein weiter Handlungsspielraum, der das bewusste Eingehen geschäftlicher Risiken erlaube, und hier stehe eine Vorleistung an ein bekanntes und renommiertes Unternehmen in Rede, mit dem seit Jahren erfolgreiche Geschäfte getätigt worden seien und dessen Inhabern der Drittwiderbeklagte persönlich bekannt und freundschaftlich verbunden gewesen sei, zumal es – unstreitig – keine ausdrückliche Vorgabe gegeben habe, wonach Vorleistungen nicht oder nur nach Einholung von aktueller Bonitätsauskunft und nur bei hinreichender Besicherung vorgenommen werden dürfen. Darüber hinaus sei es hier nicht um ein normales Darlehen gegangen, sondern um eine Verrechnung mit künftigen Forderungen, also eine Anzahlung bzw. Vorauszahlung zugunsten eines langjährig bekannten Lieferanten. Daher sei nicht die künftige Zahlungsfähigkeit, sondern künftige Lieferfähigkeit entscheidend gewesen, die aber durch die Vorauszahlung nach Ansicht des Drittwiderbeklagten gerade sichergestellt gewesen sei. Zusammengefasst sei der Drittwiderbeklagte subjektiv davon ausgegangen, das Geschäft so vereinbaren zu dürfen, weil er sich zur Risikoeinschätzung befugt, aufgrund seiner persönlichen Verbundenheit und seinen positiven Erfahrungen in der Vergangenheit zur Risikoeinschätzung für ausreichend informiert und die Lieferfähigkeit von K. für sichergestellt gehalten habe. 21

Der Drittwiderbeklagte hat sich den Ausführungen der Klägerin angeschlossen. 22

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie 23

• 1. 1.475.500,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.12.2015 zu zahlen;	25
• 2. weitere 8096,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.12.2015 zu zahlen;	26
• 3. weitere 50.338,45 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.08.2017 aus 32.922,05 Euro und seit dem 01.06.2018 aus weiteren 17.416,40 Euro zu zahlen;	27
• 4. zur Erstattung angefallener Zwangsvollstreckungskosten weitere 2133,51 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.	28
Die Beklagte hat beantragt,	29
die Klage abzuweisen	30
und widerklagend	31
den Drittwiderbeklagten zu verurteilen, an sie 55.401,98 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.09.2018 zu zahlen.	32
Der Drittwiderbeklagte hat beantragt,	33
die Widerklage abzuweisen.	34
Die Beklagte hat behauptet, der Drittwiderbeklagte habe die vom Oberlandesgericht Hamm festgestellten Pflichtverletzungen wissentlich begangen. Dies ergebe sich bereits aus den bindenden Feststellungen des Haftpflichturteils, wonach bindend festgestellt sei, dass der Drittwiderbeklagte die Zahlung ohne Sicherheit und ohne Bonitätsprüfung veranlasst und keine Risikobegrenzungsmaßnahmen angestrengt habe, wegen seiner persönlicher Verbundenheit ein höheres Risiko eingegangen sei und die Klägerin davon keine Kenntnis gehabt und auch keinen entsprechenden Ermessensspielraum eingeräumt habe. Außerdem folge die Wissentlichkeit des Pflichtenverstosses aus der Einlassung des Drittwiderbeklagten vor dem Landgericht Hagen, wohingegen die Erklärung in seiner eidesstattlicher Versicherung für seine entgegenstehenden Angaben lebensfremd und unglaublich sei. Jedenfalls habe der Drittwiderbeklagte mit der ungesicherten Hingabe des Darlehens bzw. der Vorauszahlung eine Kardinalpflicht verletzt.	35
Wegen der weiteren Einzelheiten des beiderseitigen erstinstanzlichen Vortrags wird gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 02.10.2020 und die in den Entscheidungsgründen enthaltenen tatsächlichen Feststellungen Bezug genommen (Bl. 155 ff. GA).	36
Das Landgericht hat den Drittwiderbeklagten in der Sitzung vom 31.08.2020 persönlich angehört; wegen des Ergebnisses wird auf das Sitzungsprotokoll (Bl. 147 ff. GA) verwiesen. Mit dem angefochtenen Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und den Drittwiderbeklagten zur Zahlung von 55.401,98 Euro nebst Zinsen verurteilt. Der Drittwiderbeklagte habe die im Haftpflichtprozess bindend festgestellten Pflichtverletzungen wissentlich mit direktem Vorsatz begangen, da nach der Anhörung des Drittwiderbeklagten auch in eigener Wertung festgestellt werden könne, dass der Drittwiderbeklagte die	37

Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Geschäftsmannes kannte und subjektiv das Bewusstsein hatte, pflichtwidrig zu handeln. Er habe die Pflicht gekannt, grundsätzlich Risikobegrenzungsmaßnahmen bei der Kreditierung anstreben zu müssen und ihm sei bewusst gewesen, von dieser Pflicht abzuweichen, ohne dass er Gründe für ein solches riskantes Vorgehen plausibel gemacht habe. Der Drittwiderbeklagte habe schon nicht dargetan, dass das Geschäft mit K. zwingend bzw. alternativlos gewesen sei. Auch habe er keine Risikolosigkeit des Geschäftes behauptet; soweit er aufgrund eines über Jahrzehnte aufgebauten Vertrauens zum Unternehmen und zur Eignerfamilie sowie aufgrund des beanstandungsfreien Ablaufs vorhergehender ähnlicher Geschäfte ein nur geringes Risiko gesehen habe, fehle es an einer geeigneten Grundlage: So sei es kurz zuvor durch die Übernahme der Unternehmensleitung durch den Sohn der Familie Sch. zu einer Zäsur gekommen. Zum Privatvermögen der Eignerfamilie habe er auch keine Kenntnisse gehabt. Zudem sei zuvor eine Bankgarantie gescheitert, was der Anlass für K. gewesen sei, die Klägerin um die Vorleistung zu bitten – schon deshalb sei dem Drittwiderbeklagten bewusst gewesen, dass es um die finanzielle Situation von K. nicht besonders gut bestellt gewesen sein könne. Es habe auf der Hand gelegen, dass eine derartige Kreditierung einer Sicherung bedurft habe. Aus den Angaben des Drittwiderbeklagten vor dem Landgericht Hagen folge, dass er bei dem Geschäft ein höheres Risiko gesehen habe; seine Erklärung dafür in seiner eidesstattlichen Versicherung sei demgegenüber nicht plausibel. Ohnehin habe der Drittwiderbeklagte bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht Düsseldorf die Angaben seiner ersten persönlichen Anhörung im Wesentlichen bestätigt. Der von ihm dabei geschilderte Umstand, dass die K. wohl nicht in der Lage gewesen sei, eine entsprechende Bankgarantie selbst zu stellen, weil ihre Bonität nicht ausreichend gewesen sei, sei ein gewichtiges Alarmsignal gewesen. Dass er sich keine zusätzlichen Gedanken gemacht habe, überzeuge nicht. Hinzukomme, dass jegliche Risikobegrenzungsmaßnahmen fehlten sowie der Umstand, dass der Drittwiderbeklagte die neuen Geschäftsführer nicht einbezogen habe. Der Drittwiderbeklagte habe auch nicht erläutert, warum es erforderlich gewesen sein sollte, ein solches Risiko einzugehen. Vielmehr habe er eingeräumt, dass die Klägerin von dem riskanten Vorgehen keine Kenntnis gehabt und ihm daher auch keinen entsprechenden Ermessensspielraum eingeräumt habe.

Mit ihrer gegen das landgerichtliche Urteil gerichteten form- und fristgerechten Berufung wiederholt und vertieft die Klägerin ihr erstinstanzliches Vorbringen. Insbesondere habe das Landgericht verkannt, dass der Drittwiderbeklagte und K. nicht über eine von K. beizubringende Bürgschaft, sondern eine von ihr, der Klägerin, beizubringende Bürgschaft verhandelt hätten, so dass das Scheitern dieser Bürgschaftslösung gerade kein Indiz für eine mangelnde Bonität von K. gewesen sei. Tatsächlich sei es auch so gewesen, dass die Bonität von K. gut gewesen sei. Schließlich habe das Landgericht nicht berücksichtigt, dass sehr wohl Sicherungsmittel hinsichtlich der Teil-Vorauszahlung vereinbart worden seien. Der Drittwiderbeklagte macht sich die Ausführungen der Klägerin zu eigen. 38

Die Klägerin beantragt unter „Aufhebung“ des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 02.10.2020, die Beklagte zu verurteilen, an sie 39

- 1. 1.475.500,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.12.2015 zu zahlen; 401
- 2. weitere 8096,90 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13.12.2015 zu zahlen; 403

• 3. weitere 50.338,45 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 07.08.2017 aus 32.922,05 Euro und seit dem 01.06.2018 aus weiteren 17.416,40 Euro zu zahlen;	44
• 4. zur Erstattung angefallener Zwangsvollstreckungskosten weitere 2133,51 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen;	45
der Drittwiderbeklagte beantragt unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom 02.10.2020,	46
die Widerklage abzuweisen.	47
Die Beklagte beantragt,	48
die Berufungen zurückzuweisen.	49
Auch die Beklagte wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen.	50
Die Akte des LG Hagen 21 O 21/16 war Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 25.01.2022.	51
B.	52
Die zulässigen Berufungen der Klägerin und des Drittwiderbeklagten sind nicht begründet.	53
I.	
Die Berufungen sind zulässig. Der Drittwiderbeklagte hat zwar in seiner Berufungsbegründung angekündigt, die Abweisung der Klage zu beantragen, jedoch ist offenkundig, dass er damit die Widerklage gemeint hat. Soweit die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung lediglich den Antrag angekündigt hat, der Klage unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils stattzugeben, ist ausreichend deutlich zum Ausdruck gekommen, dass die Klägerin auch im Berufungsrechtszug jedenfalls ihr erstinstanzliches Klagebegehren weiterverfolgen will (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 13. November 1991 – VIII ZB 33/91 –, Rn. 4, juris).	54
Durch das zwischenzeitliche Ableben des Drittwiderbeklagten ist das Verfahren gemäß § 246 Abs. 1 ZPO nicht unterbrochen worden.	55
II.	
Die Beklagte ist gemäß 7.1.1 OLA 2011 leistungsfrei, weil die vom Oberlandesgericht Hamm festgestellten Pflichtverletzungen des Drittwiderbeklagten von diesem wissentlich mit dolus directus begangen worden sind.	56

1.

- Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass hinsichtlich der zum Schadensersatzanspruch führenden Pflichtverletzung eine Bindungswirkung an das rechtskräftige Haftpflichturteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 09.05.2018 und die dort getroffenen Feststellungen besteht. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die zu Grunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut in Frage gestellt werden können (BGH NZI 2015, 271; NJW 2011, 610; NJW-RR 2007, 827; Senat, Urteil vom 20. Juli 2018 – I-4 U 93/16 –, Rn. 67, juris). 57
- Das Oberlandesgericht Hamm hat zu den Pflichtverletzungen des Drittwiderbeklagten folgendes ausgeführt: 58
- „ß) Gemessen an diesen Maßstäben ist dem Beklagten i.S.v. § 43 Abs. 1 GmbHG vorzuwerfen, dass er die Zahlung an die K. ohne Sicherheiten und ohne eine vorherige Bonitätsprüfung veranlasst hat. 59
- Der insoweit darlegungspflichtige Beklagte hat nicht vorgetragen, dass und welche Risikoermittlungen er in Bezug auf eine möglicherweise nicht (mehr) gegebene Bonität unternommen hat. Dazu hätte auch unter Berücksichtigung der langjährigen, beanstandungsfreien Geschäftsbeziehung zu diesem Unternehmen Anlass bestanden, weil seit dem Wechsel der Geschäftsführung im Februar 2010 eine relevante Zäsur eingetreten war, die den Beklagten zu besonderer Vorsicht hätte veranlassen müssen. Dazu, wie die Firma von dem Sohn der Gründerfamilie, M. J. Sch., [geführt werden würde,] lagen dem Beklagten keine Erfahrungswerte vor. Er konnte nicht ohne weiteres annehmen, dass die bisherig geübte Praxis, Verträge mit „Handschlag“ auszuhandeln und auf Grundlage des gegenseitig entwickelten Vertrauens auch ohne formalrechtliche Absicherung abzuwickeln, auch weiterhin Gültigkeit hatte. 60
- Zudem ergibt sich aus dem übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien, dass der Beklagte keinerlei Maßnahmen ergriffen hat, um für eine Besicherung der Zahlung zu sorgen. In Betracht gekommen wären beispielsweise die Einzahlung auf ein Und-Konto, auf das die K. nicht ohne Zustimmung der Klägerin hätte zugreifen können, oder die Verpfändung des Kontoguthabens an die D., die die Zahlung als Sicherheit dienen sollte. Demnach steht fest, dass der Beklagte von vornherein keine Risikobegrenzungsmaßnahmen angestrebt hat. In seiner Anhörung vor dem Landgericht hat er dies auch selbst eingeräumt und angegeben, wegen seiner persönlichen Verbundenheit mit der Familie Sch. bewusst ein höheres Risiko als bei anderen Geschäftspartnern eingegangen zu sein. Die zugrundeliegende Annahme, dass objektiv kein Insolvenzrisiko bestanden habe, beruhte auf der Fehleinschätzung, dass die Familie Sch. - ggfls. privat - über Grundbesitz verfügt habe und für alle Geschäfte mit der K. persönlich haftbar sei, die dem Beklagten schon per se, jedenfalls aber deshalb anzulasten ist, er ihr ohne eine vorherige Prüfung erlegen ist. 61
- Daran ändert auch der vom Beklagten in diesem Zusammenhang ins Feld geführte Umstand nichts, dass es der Klägerin zum Zeitpunkt der Abwicklung des Geschäfts wirtschaftlich gut ging und es sich angesichts ihrer Liquidität und der Größe des Geschäftsvolumens um ein kalkulierbares Risiko gehandelt habe. Abgesehen davon, dass davon bei einer Überweisung in Höhe von 1,5 Mio. Euro auch unter Berücksichtigung der Liquidität der Klägerin, wie sie sich aus den vom Beklagten vorgelegten Geschäftszahlen für die Jahre 2010 und 2011 ergibt, keine Rede sein kann, ergibt sich unter diesem Gesichtspunkt allein kein Rechtfertigungsgrund für besonders riskantes Vorgehen. Wie der Beklagte im Rahmen seiner 62

persönlichen Anhörung in erster Instanz selbst angegeben hat, hatte die Klägerin davon keine Kenntnis und ihm daher auch keinen entsprechenden Ermessensspielraum eingeräumt.

Auch das weitere Argument, dass in der Vergangenheit bereits mehrfach entsprechend verfahren worden ist, ist nicht geeignet, die Pflichtverletzung zu rechtfertigen. Die Argumentation nach dem Motto: „Was einmal gut geht, wird schon auch beim nächsten Mal nicht schiefgehen“, trägt nicht und lässt sich auch nicht auf den Gesichtspunkt des erlaubten Risikos bei unternehmerischen Entscheidungen stützen, zumal das Geschäft nicht davon abhängig war, dass die Klägerin die Zahlung ohne Sicherheit erbracht hat. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, hätte sich die K. auch mit einer Zahlung auf ein Treuhandkonto einverstanden erklärt bzw. erklären müssen, bei der die Gefahr einer Veruntreuung nicht bestanden hätte. Warum es erforderlich gewesen sein soll, durch die von ihm initiierte Vorgehensweise ein besonders hohes Risiko einzugehen, hat der Beklagte auch im Berufungsrechtszug nicht erläutert.“ 63

Ausweislich der Entscheidungsgründe des Urteils des Oberlandesgerichts Hamm steht daher für den Senat bindend fest, dass der Drittwiderbeklagte die Zahlung an die K. pflichtwidrig ohne Sicherheiten und ohne eine vorherige Bonitätsprüfung veranlasst hat und sein Vertrauen in das Unternehmen weder aufgrund seiner persönlichen Verbundenheit mit den dahinterstehenden Personen noch aufgrund der erfolgreichen Geschäftsabwicklungen in der Vergangenheit objektiv sein risikoreiches Handeln gerechtfertigt hat. 64

Ferner steht für den Senat der durch das pflichtwidrige Handeln des Drittwiderbeklagten entstandene Schaden bindend fest, wobei die Parteien darüber ohnehin nicht weiter streiten. 65

2.

Hinsichtlich der Frage der Wissenslichkeit der somit maßgeblichen Pflichtverletzungen besteht, wovon auch das Landgericht ausgegangen ist, allerdings keine Bindungswirkung. Dieser Ausschlussgrund ist vielmehr im Deckungsprozess selbstständig zu prüfen (BGH NZI 2015, 271; NJW-RR 2007, 827; NJW 2006, 289); jedenfalls dann, wenn – wie hier – das Gericht des Haftpflichtprozesses keine Feststellung hierzu treffen musste oder getroffen hat (vergl. BGH-RR 2007, 827). Denn die Bindungswirkung geht nicht weiter, als eine für die Entscheidung im Deckungsprozess maßgebliche Frage sich auch im Haftpflichtprozess nach dem vom Haftpflichtgericht gewählten rechtlichen Begründungsansatz bei objektiv zutreffender rechtlicher Würdigung als entscheidungserheblich erweist, also Voraussetzungsidentität vorliegt. Nur dann ist es gerechtfertigt anzunehmen, eine Feststellung sei Grundlage für die Entscheidung im Haftpflichtprozess. Die Begrenzung der Bindungswirkung auf die Fälle der Voraussetzungsidentität ist insbesondere deshalb geboten, weil der Versicherungsnehmer und der Versicherer keinen Einfluss darauf haben, dass der Haftpflichtrichter „überschießende“, nicht entscheidungserhebliche Feststellungen trifft oder nicht entscheidungserhebliche Rechtsausführungen macht (BGH, Urteile vom 24. Januar 2007 - IV ZR 208/03, VersR 2007, 641 und vom 18. Februar 2004 - IV ZR 126/02, VersR 2004, 590; BGH, Urteil vom 08. Dezember 2010 – IV ZR 211/07 –, Rn. 11, juris; Senat, Urteil vom 30. November 2018 – I-4 U 5/18 –, Rn. 32, juris). 66

Aufgrund dessen folgt aus den Feststellungen im Haftpflichtprozess, wie sie das Oberlandesgericht Hamm rechtskräftig getroffen hat, nicht per se die Wissenslichkeit der Pflichtverletzung. Abgesehen davon, dass das Oberlandesgericht Hamm strenggenommen 67

schon keine Feststellungen dazu getroffen hat, inwieweit dem Drittwiderbeklagten bewusst war, dass er gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verstoßen hat, hat es eine Verurteilung des Drittwiderbeklagten auf § 43 Abs. 1 GmbHG gestützt, dessen Haftung lediglich zumindest (leichte) Fahrlässigkeit voraussetzt (Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 43 GmbHG, Rn. 38). Feststellungen zum wissentlichen Handeln des Drittwiderbeklagten wären daher überschießend gewesen.

3.

Für einen wissentlichen Pflichtenverstoß reicht es nicht aus, dass der Handelnde diesen nur für möglich gehalten hat (BGH VersR 1991, 176; 1986, 647). Vielmehr muss immer eine positive Kenntnis beim Handelnden vorliegen. Mit anderen Worten muss für eine Wissentlichkeit zumindest ein dolus directus zweiten Grades vorliegen; ein dolus eventualis ist hingegen nicht ausreichend (BGH VersR 1991, 176 ; 1986, 647; OLG Saarbrücken VersR 1992, 994 ; OLG München vom 14.12.1999 - 25 U 2854/99 - VersR 2000, 1490 L; OLG Köln vom 29.8.2000 - 9 U 4/00 -; Senat - 4 U 138/00 - VersR 2002, 748 ; OLG Karlsruhe vom 20.2.2003 - 12 U 202/02). Wissentlich handelt nur derjenige Versicherte, der die verletzten Pflichten positiv kennt. Bedingter Vorsatz, bei dem er die in Rede stehende Verpflichtung nur für möglich hält, reicht dafür ebenso wenig aus wie eine fahrlässige Unkenntnis. Es muss vielmehr feststehen, dass der Versicherte die Pflichten zutreffend gesehen hat (BGH NZI 2015, 271; NJW 2006, 289). Für den Ausschlussgrund der wissentlichen Pflichtverletzung kommt es dabei allein auf die Kenntnis der verletzten Pflicht an. Nur hierauf muss sich der Vorsatz beziehen. Dabei muss sich die Wissentlichkeit nur auf die Pflichtverletzung und nicht etwa auch auf einen Schadenseintritt erstrecken. Der Handelnde muss in diesem Fall die jeweilige Pflicht positiv kennen; es reicht also nicht aus, wenn er die Pflicht nur für möglich erachtet hat. 68

Darlegungs- und beweisbelastet für den Risikoausschluss ist der Versicherer (BGH, VersR 2001, 1103; 1986, 746). Dabei folgt aus der grundsätzlichen Darlegungs- und Beweislast des Versicherers, dass dieser zunächst einen Sachverhalt vorzutragen hat, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zumindest hindeutet. Dabei ist der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien dann entbehrlich, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann, so wie dies etwa in einem vom OLG Köln entschiedenen Fall gewesen ist (Pflicht des Rechtsanwalts zur Wahrnehmung von Gerichtsterminen, kein Versäumnisurteil gegen sich ergehen zu lassen und den Mandanten über den Verfahrensstand zu unterrichten; OLG Köln, VersR 2012, 560). Jenseits der Fälle der Verletzung von beruflichen Kardinalpflichten, in denen vom äußeren Geschehensablauf und dem Ausmaß des objektiven Pflichtverstoßes auf innere Vorgänge geschlossen werden kann, ist es aber Aufgabe des beweispflichtigen Versicherers, Anknüpfungstatsachen vorzutragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können. Erst wenn dieses geschehen ist, obliegt es dem Versicherungsnehmer im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast, Umstände aufzuzeigen, warum die vorgetragenen Indizien den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung nicht zulassen (BGH, VersR 2015, 181; Senat, Urteil vom 30. November 2018 – I-4 U 5/18 –, Rn. 39 - 40, juris). 69

4.

Die Beklagte hat durch die Bezugnahme auf die vom Oberlandesgericht Hamm rechtskräftig festgestellten objektiven Pflichtverletzungen jedenfalls solche Umstände vorgetragen, die als schlüssige Indizien für eine wissentliche Pflichtverletzung betrachtet werden können, so dass nun die Klägerin und der Drittwiderbeklagte hätten aufzeigen müssen, warum diese nicht den Schluss auf eine wissentliche Pflichtverletzung zulassen. Denn aus den Feststellungen des Oberlandesgerichts Hamm und auch aus dem Sachvortrag der Klägerin und der Einlassung des Drittwiderbeklagten bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Landgericht Düsseldorf ergibt sich, dass dem Drittwiderbeklagten bewusst war, dass er den Betrag von 1,5 Millionen ohne Sicherheiten auskehren ließ, die an sich grundsätzlich erforderlich gewesen wären. Er wusste, dass er keine Maßnahmen ergriffen hatte, um für eine Besicherung der Zahlung zu sorgen, und er wusste, dass er keine vorherige Bonitätsprüfung veranlasst hatte. Es liegt bei einer solchen Fallgestaltung auf der Hand, dass eine derartige ungesicherte Auszahlung pflichtwidrig ist. 70

Deshalb braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob der Drittwiderbeklagte sogar eine Kardinalpflicht verletzt hat. Die festgestellte Pflichtverletzung, nämlich die Auszahlung an die K. ohne Erhalt von Sicherheiten und ohne vorhergehende Bonitätsprüfung, ist grundsätzlich vergleichbar mit Fallgestaltungen, die in der Rechtsprechung als Verstoß gegen Kardinalpflichten angesehen werden, wie die fundamentale Grundregel des Rechtsverkehrs, Waren nicht ohne Verlangen einer Sicherheit und ohne Lieferung Zug-um-Zug gegen Zahlung zu veräußern (OLG Köln, Urteil vom 09. Januar 2018 – I-9 U 33/17 –, Rn. 103, juris, unter Hinweis auf LG Köln vom 22.01.2009 - 24 O 363/08), die fehlende Überprüfung, ob ein einzurichtendes Sonderkonto tatsächlich auch eingerichtet worden war (OLG München, Urteil vom 17. September 2015 – 23 U 1751/14 –, juris) oder die Vornahme von Auszahlungen von einem Anderkonto, ohne vorher persönlich zu kontrollieren, ob die von den Gläubigern bestimmten und auch bekannten Auflagen erfüllt waren bzw. noch fehlten (OLG Hamm, Urteil vom 22. September 1995 – 20 U 38/95 –, juris). Hier hat der Drittwiderbeklagte veranlasst, einen siebenstelligen Betrag an einen – wenn auch langjährigen – Geschäftspartner auszuzahlen, sei es als Darlehen oder sei es als Vorauszahlung auf einen noch nicht fälligen Kaufpreis, ohne diesen Betrag bzw. dessen bestimmungsgemäße Verwendung wirksam abzusichern. Es liegt für jeden Kaufmann auf der Hand, dass ein solches Vorgehen ähnlich wie die vorgenannten Fallgestaltungen grundlegend pflichtwidrig ist. 71

5.

Die Erklärungen des Drittwiderbeklagten für sein Verhalten, die sich die Klägerin zu Eigen gemacht hat, überzeugen nicht. Seine Angaben bei seinen mehrfachen persönlichen Anhörungen und in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 10.07.2018 (Anlage K3 im Anlagenband Klägerin) lassen nur den Schluss zu, dass dem Drittwiderbeklagten subjektiv bewusst war, dass er auch in Bezug auf die Vereinbarung der ungesicherten Auszahlung von 1,5 Millionen Euro an die K. verpflichtet war, für eine Besicherung des Auszahlungsbetrages zu sorgen und zuvor eine Bonitätsprüfung der K. durchzuführen bzw. zu veranlassen, und dass ihm außerdem bewusst war, gegen diese Pflicht zu verstoßen. Aus den Angaben des Drittwiderbeklagten folgt, dass er wusste, dass grundsätzlich solche Darlehen / Vorauszahlungen abzusichern und nur nach vorheriger Bonitätsprüfung zu vereinbaren sind – alles andere wäre angesichts der langen Geschäftserfahrung des Drittwiderbeklagten auch lebensfremd. Er hat lediglich erklärt, dass er in dem besonderen Fall des mit der K. vereinbarten Geschäftes aufgrund von ihm geltend gemachter Besonderheiten guten Glaubens der Meinung gewesen sei, das Geschäft auch ohne das in „normalen“ Fällen 72

erforderliche Vorgehen abschließen und auf das bloße Wort der K. vertrauen zu dürfen – dies ist indes nicht glaubhaft. Dem Drittwiderbeklagten kann zwar ohne weiteres abgenommen werden, dass er den Eintritt eines Schadens für ausgeschlossen hielt. Aus dieser subjektiven Risikoeinschätzung hinsichtlich des Schadens, auf den sich die Wissentlichkeit der Pflichtverletzung gerade nicht beziehen muss, kann hier aber nicht der Rückschluss gezogen werden, dass der Drittwiderbeklagte zugleich dachte, dieses Verhalten sei auch erlaubt und pflichtgemäß gewesen. Ebenso wie ein Fußgänger weiß, dass er pflichtwidrig handelt, wenn er trotz roter Ampel eine Straße ohne jeglichen Verkehr überquert, wusste der Drittwiderbeklagte, dass die vom Oberlandesgericht Hamm bindend festgestellten Pflichten bestanden und er sie verletzte. Er glaubte lediglich, dass daraus kein Schaden entstehen würde.

a)

Der Drittwiderbeklagte hat schon keine Erklärung dafür gegeben, warum er gedacht haben will, dass er eine Bonitätsprüfung der K. unterlassen dürfe. Er hat sich lediglich dahingehend eingelassen, dass er von einer positiven Bonität der K. sowie der dahinterstehenden Familie ausgegangen sei. Dabei hat er schon nicht angegeben, konkrete Kenntnisse der Vermögenssituation gehabt zu haben, sondern lediglich von „Ländereien im Hintergrund“ gesprochen (Bl. 373R BA), bzw. von großen Grundstücken im „Speckgürtel von München“, ein 5-Sterne-Hotel in München, ein Anwesen am Chiemsee und ein Grundstück im Zentrum von Nürnberg (Bl. 151 GA). Es ist bereits lebensfremd, dass der Drittwiderbeklagte geglaubt hat, bei einer derart unkonkreten und vagen Kenntnislage, die schon nicht seine Vertragspartnerin betrafen, sondern lediglich die „dahinterstehende“ Familie, und ohne Kenntnisse hinsichtlich der Belastungen der Grundstücke konkrete Angaben der K. zu ihrer Vermögenslage für obsolet halten zu dürfen – zumal der Drittwiderbeklagte ausdrücklich eingeräumt hat, dass sowohl bei der Familie Sch. als auch bei K. Liquidität fehlte (Bl. 151 GA). Einen Grund, warum er eine Überprüfung dieser Annahme nicht veranlasst hat, hat er ohnehin bereits nicht angegeben, insbesondere hat der Drittwiderbeklagte nicht nachvollziehbar erklärt, dass und warum er mit einer solchen Sicherheit von einer guten Bonität der K. ausgegangen sein will, dass eine Überprüfung der Bonität unter jeglichem Gesichtspunkt überflüssig gewesen wäre. Der Drittwiderbeklagte hat lediglich seinen aus der problemlosen Geschäftsabwicklung in der Vergangenheit resultierenden guten Glauben an die Bonität der K. angeführt – dass es ein solcher bloßer guter Glaube, der jedenfalls bei der vom Drittwiderbeklagten skizzierten Kenntnislage, die sich gerade nicht auf die K. als juristische Person, sondern allein auf die dahinterstehende Familie mit ihren vielen Ungewissheiten bezog, nicht mehr als eine bloße Hoffnung war, jedenfalls dann nicht rechtfertigt, von einer Überprüfung abzusehen, wenn ein Betrag von 1,5 Millionen Euro in Rede steht, wusste auch der geschäftserfahrene Drittwiderbeklagte; alles andere wäre lebensfremd.

73

b)

Der Drittwiderbeklagte wusste auch, dass die fehlende Absicherung des Darlehens bzw. der Vorauszahlung pflichtwidrig war. Der Drittwiderbeklagte wusste, dass er ein höheres Risiko eingeht, als er es bei anderen Geschäftspartnern eingegangen wäre, wie er bei seiner mündlichen Anhörung vor dem Landgericht Hagen anschaulich angegeben hat (Bl. 374 f.

74

BA): Im normalen Rohstoffgeschäft sei es üblich, dass die Ware gezahlt werde, sobald sie auf dem Hof sei – davon wich der Drittwiderbeklagte hier eklatant ab. Die Einschätzung, dass der Drittwiderbeklagte ein höheres Risiko als sonst üblich eingegangen war, liegt auch auf der Hand.

Die Erklärung des Drittwiderbeklagten dafür, dass er dachte, dieses höhere Risiko sei erlaubterweise von ihm eingegangen worden, ist indes lebensfremd. Der Drittwiderbeklagte hat sich auf die persönliche Verbundenheit zur „Familie Sch.“ und insbesondere Frau Sch. sowie die langjährige, beanstandungsfreie Geschäftsbeziehung zu dem Unternehmen berufen. Das Oberlandesgericht Hamm hat dazu festgestellt, dass dies eine Pflichtverletzung in objektiver Hinsicht nicht ausschließt, da seit dem Wechsel der Geschäftsführung im Februar 2011 (vgl. Anlage K13, Bl. 146 BA) eine Zäsur eingetreten sei, die den Drittwiderbeklagten zu besonderer Vorsicht hätte veranlassen müssen. Dieser – mit Bindungswirkung für den Senat rechtskräftig festgestellte Umstand – ist auch in subjektiver Hinsicht bedeutsam: Der Drittwiderbeklagte mag zwar gutgläubig hinsichtlich eines von ihm nicht erwarteten Schadens gewesen sein, er wusste aber, dass sich die Grundlage für sein Vertrauen zur K. geändert hatte. Dies gilt umso mehr, als es um die Vorauszahlung eines hohen Betrages von 1,5 Millionen Euro ging, bei dem ebenso auf der Hand liegt, dass das Absehen von Absicherungsmaßnahmen pflichtwidrig ist – zumal solche auch mit einem äußerst geringen Aufwand möglich gewesen wären, wie beispielsweise die Einrichtung eines „Und-Kontos“ bzw. die Rück-Verpfändung des Guthabens, die den Abschluss und die ordnungsgemäße Abwicklung des Geschäfts auch in keiner Weise gefährdet hätten. Warum solch einfache Maßnahmen nicht ergriffen – und nach dem insoweit bindenden Urteil des Oberlandesgerichts Hamm von vorneherein nicht angestrebt worden sind – ist vom Drittwiderbeklagten weder erklärt worden, noch sonst ersichtlich.

75

c)

Hinzu kommt, dass der Drittwiderbeklagte nach seinen Angaben vor dem Landgericht Düsseldorf wusste, dass die für die Klägerin deutlich sicherere Alternative, nämlich die Stellung einer Bankgarantie gegenüber der D. T. AG durch die K., mangels ausreichender finanzieller Möglichkeiten der K. nicht in Betracht kam. Der Drittwiderbeklagte hat ausdrücklich angegeben, dass die K. auf die Klägerin zugekommen sei, weil sie eine Bankgarantie gegenüber der D. T. AG nicht habe stellen können (Bl. 149 f. GA). Dem Drittwiderbeklagte war damit klar, dass die ungesicherte Hingabe der 1,5 Millionen Euro mit einem erheblichen Risiko verbunden war, weil die K. jedenfalls nicht in der Lage war, eine alternativ möglich Bankgarantie zu stellen. Dass der Drittwiderbeklagte dies für ein erlaubtes Risiko gehalten hat, ist lebensfremd, zumal er, wie er gegenüber dem Landgericht Hagen angegeben hat, die Eigentümer der Klägerin darüber nicht informiert hat. Der Drittwiderbeklagte mag das Risiko für sich für tragbar gehalten haben, weil er daran geglaubt hat, dass es sich nicht realisieren würde – dass er als äußerst geschäftserfahrener insoweit alleinverantwortlicher Geschäftsführer indes nicht wusste, dass er damit gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verstößt, ist lebensfremd. Der Drittwiderbeklagte mag zwar davon ausgegangen sein, dass man sich auf ein Wort noch verlassen konnte (vgl. Bl. 374 BA). Dass er davon ausging, dass er dies – jedenfalls bei derart hohen Beträgen – auch durfte und damit allein aufgrund des Umstands, dass es doch immer gutgegangen sei, ihm im Verhältnis zur Klägerin erlaubt gewesen sei, auf Sicherheiten zu verzichten, kann ihm der Senat nicht abnehmen.

76

77

Dagegen sprechen auch nicht die Ausführungen in der Berufungsbegründung. Soweit dort geltend gemacht wird, dem Drittwiderbeklagten sei bei seiner Anhörung vor dem Landgericht Düsseldorf nicht mehr Erinnerung gewesen, dass die Bankgarantie gar nicht von der K., sondern von der Klägerin hätte gestellt werden sollen, so dass er vor einem völlig falschen Hintergrund lediglich spekuliert habe, hat der Drittwiderbeklagte bei seiner Anhörung eine solche Erinnerungslücke schon nicht deutlich gemacht. Zwar ist es zutreffend, dass zunächst zwischen der Klägerin und K. vereinbart war, dass die Klägerin eine Bürgschaft stellen sollte und dass davon aus Gründen, die von der Klägerin hier im Rechtsstreit – anders als noch im Haftpflichtprozess (Bl. 8 BA), dazu sogleich – nicht dargetan worden sind, dann abgewichen wurde. Daraus ist aber nicht zu schließen, dass nicht auch zunächst im Verhältnis der K. zur D. T. ebenfalls eine Bankbürgschaft erbracht werden sollte, und dass sich der Drittwiderbeklagte bei seiner Anhörung vor dem Landgericht Düsseldorf auf diesen Vorgang bezogen hat. Vielmehr hat der Drittwiderbeklagte ausdrücklich auf gerichtliche Nachfrage bestätigt, dass die Bonität der K. für eine Bankgarantie nicht ausreichend gewesen sei und dass „die K. nicht stark genug“ gewesen sei, „um die finanzielle Seite zu meistern“ (Bl. 150 GA). Dies passt auch genau in das Bild, das ihm vor Augen stand, nämlich dass die K. unstreitig auf die finanzielle Unterstützung durch die Klägerin angewiesen war, um das Geschäft mit der D. T. AG abschließen und abwickeln zu können.

Selbst wenn sich die Angaben des Drittwiderbeklagten vor dem Landgericht Düsseldorf indes auf die zunächst vereinbarte Bankgarantie der Klägerin zugunsten der K. in Höhe von drei Millionen Euro bezogen haben sollten und er in der Folge lediglich spekuliert haben sollte, ohne diese bloße Spekulation insbesondere bei der Nachfrage des Gerichts deutlich zu machen, ergibt sich aus dem Vortrag der Klägerin im Haftpflichtprozess, dass dem Drittwiderbeklagten bewusst war, dass die finanzielle Lage der K. zumindest derart angespannt war, dass sie auf Leistungen der Klägerin angewiesen war und das Geschäft mit der D. T. AG nicht mit eigenen Mitteln stemmen konnte: In der dortigen Klageschrift hat die Klägerin ausdrücklich vorgetragen, dass es wenige Tage nach der Bestellung zu Nachverhandlungen gekommen sei, bei denen seitens der K. erklärt worden sei, dass die D. T. AG auf einer Vorauszahlung oder der Gewährung einer Vertragserfüllungssicherheit durch die K. bestehe, die diese aber aus finanziellen Gründen nicht erbringen könne (Bl. 8 BA). Dem ist der Drittwiderbeklagte im Haftungsprozess nicht nur nicht entgegen getreten. Er hat vielmehr ausdrücklich eingeräumt, dass die K. aus finanziellen Gründen nicht in der Lage gewesen war, der D. T. AG Sicherheiten in ausreichendem Maße zu leisten – und zwar über Jahre hinweg (Bl. 95 BA). Abgesehen davon, dass dies die von der Klägerin in der Berufungsbegründung vorgetragene Erinnerungslücke des Drittwiderbeklagten bei seiner Anhörung vor dem Landgericht Düsseldorf widerlegt, folgt daraus, dass der Drittwiderbeklagte wusste, dass die K. nicht in der Lage war, ihre Verpflichtungen aus Beschaffungsgeschäften in ausreichender Weise besichern zu lassen. Für den Drittwiderbeklagten war damit völlig klar, dass es ein dringendes Sicherheitsbedürfnis hinsichtlich der Zahlung der Klägerin gab. Hinzu kommt, dass die K. bei diesem Geschäft gerade nicht auf die finanziellen Ressourcen der dahinterstehenden Eigentümerfamilie zurückgegriffen hat, wie der Drittwiderbeklagte wusste, und dass er ebenso wusste, dass die Familie nicht über liquide Mittel verfügte (Bl. 151 GA). Dass der Drittwiderbeklagte bei einer solchen Sachlage glaubte, seinerseits auf die Besicherung einer Vorauszahlung bzw. eines Darlehens in siebenstelliger Höhe und auf die Einholung aktueller Auskünfte zur wirtschaftlicher Situation der K. verzichten zu dürfen, ist lebensfremd.

d)

Dass der Drittwiderbeklagte das Geschäft auch selbst nicht für risikofrei gehalten hat, belegt der fehlgeschlagene Versuch einer Absicherung in Nr. 3 der schriftlichen Vereinbarung vom 14.04.2011 (Bl. 31 f. BA). Diese Regelung belegt, dass der Drittwiderbeklagte einen Absicherungsbedarf gesehen und mithin selbst eine ungesicherte Vorleistung für pflichtwidrig gehalten hat – eine andere Erklärung für diese Klausel ist weder vorgetragen noch ersichtlich. Dem stehen die bindenden Feststellungen des Oberlandesgerichts Hamm auch deshalb nicht entgegen, weil die in der Klausel vereinbarte Abtretung mangels Bestimmtheit unwirksam war, so dass die Zahlung tatsächlich ohne Sicherheit veranlasst wurde. Damit, dass er gedacht habe, diese Abrede sei eine ausreichende Sicherheit, hat sich der Drittwiderbeklagte gerade nicht verteidigt, der vielmehr allein darauf abgestellt hat, eine Absicherung aufgrund des persönlichen Vertrauens zur K. und der dahinterstehenden Familie sowie der erfolgreichen Geschäfte in der Vergangenheit nicht für erforderlich gehalten zu haben. 79

Erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin eingewandt, dass der Drittwiderbeklagte nicht gewusst habe, dass die Abtretung in Nr. 3 der Vereinbarung vom 13./14.04.2011 juristisch nicht wirksam gewesen sei. Abgesehen davon, dass dies schon deshalb nicht glaubhaft ist, weil weder die Klägerin noch der Drittwiderbeklagte solches bislang in zwei Prozessen vorgetragen haben, ist es gerade für einen langjährigen äußerst geschäftserfahrenen Geschäftsführer wie den Drittwiderbeklagten zum einen offensichtlich, dass die Vereinbarung nicht bestimmt genug ist. Zum anderen war ebenso offensichtlich, dass diese Vereinbarung nur dann eine Sicherungswirkung haben kann, wenn die K. in den Besitz des Kabelschrotts gelangte. Eine Absicherung für den Fall, dass die K. die Vorauszahlung für andere Zwecke als den Vertrag mit der Klägerin verwenden würde – oder Drittgläubiger auf das Vermögen zugreifen – war die Vereinbarung daher auch in tatsächlicher Hinsicht nicht. 80

Darüber hinaus hat der Drittwiderbeklagte selbst im Haftpflichtprozess vorgetragen, dass er sich regelmäßig von der Bank habe bestätigen lassen, dass der Betrag von 1,5 Millionen Euro auf dem separaten Konto der K. „unangetastet vorhanden“ gewesen sei (Bl. 96 BA, vgl. auch Bl. 149 GA). Auch diese – erfolglose – Rückversicherung ist nur damit zu erklären, dass der Drittwiderbeklagte erkannt hat, dass ein reales Risiko hinsichtlich einer Fehlverwendung der Vorauszahlung bestand. Warum sonst hätte er eine regelmäßige Bankbestätigung sonst für erforderlich gehalten? Dann ist es aber lebensfremd anzunehmen, dass der Drittwiderbeklagte eine ungesicherte Vorauszahlung eines derart hohen Betrages für erlaubt hielt. 81

Schließlich hat der Drittwiderbeklagte bei seiner Anhörung vor dem Landgericht Hagen angegeben, „immer wieder“ versucht zu haben, weitere Sicherheiten von der K. etwa in Form einer Bankgarantie zu erhalten (Bl. 373R GA) – auch dies zeigt, dass der Drittwiderbeklagte einen entsprechenden Sicherungsbedarf gesehen hat, anderenfalls solche Versuche überflüssig gewesen wären, zumal die Versuche auch noch erfolglos waren. 82

e)

Dafür spricht auch der Umstand, dass der Drittwiderbeklagte das Geschäft noch unbedingt selbst aushandeln wollte. Seine Erklärung dafür, das Risiko für seine Nachfolger gering zu halten (Bl. 374 BA), überzeugt nicht. Denn diese haben die schriftliche Vereinbarung vom 13./14.04.2011 ja schließlich gerade auf sein Drängen hin unterschreiben müssen und sich damit noch mehr in die Hände des Drittwiderbeklagten begeben, als wenn sie die 83

Vereinbarung selber ausgehandelt hätten. Auch die fehlende „Verbindung zum Markt“ seiner Nachfolger (Bl. 150 GA) ist offenbar vorgeschoben – wenn der Drittwiderbeklagte davon ausgegangen wäre, dass sein Geschäftsgebaren den Anforderungen an das Handeln eines ordentlichen Kaufmanns entspricht, hätte es für ihn ein Leichtes sein müssen, dies seinen Nachfolgern zu erläutern und klarzumachen, zumal nichts dafür vorgetragen ist, dass dies das letzte Geschäft der Klägerin mit der K. sein sollte. Vielmehr spricht dieser Vorgang dafür, dass dem Drittwiderbeklagten bewusst war, dass ein solches Geschäft gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns verstößt und von seinen Nachfolgern so nicht vereinbart worden wäre, wenn er sie in die Verhandlungen und den Abschluss inhaltlich vollumfassend einbezogen hätte.

Soweit die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Kontrollfrage aufgeworfen hat, ob der Drittwiderbeklagte davon ausgehen durfte, dass die Gesellschafter der Klägerin dem Geschäft zugestimmt hätten, wenn er sie danach gefragt hätte, ist diese Frage dahingehend zu präzisieren, ob die Gesellschafter zugestimmt hätten, eine Vorauszahlung in Höhe von 1,5 Millionen Euro ohne wirksame Absicherung und ohne vorherige Prüfung der Bonität der K. zu leisten. Dass dem zugestimmt worden wäre, ist vor dem Hintergrund des Haftpflichtprozesses lebensfremd anzunehmen.

84

f)

Dagegen sprechen auch nicht die Angaben des Drittwiderbeklagten in seiner eidesstattlichen Versicherung vom 10.07.2018 (Anlage K3 im Anlagenband Klägerin). Sie stehen letztlich nicht im Gegensatz zu seinen Angaben bei seinen persönlichen Anhörungen, sondern verdeutlichen nur die Erklärungen des Drittwiderbeklagten für seine Handlung bzw. Unterlassung. Sie sind dem Drittwiderbeklagten insoweit abzunehmen, als er gedacht haben mag, dass ein Schaden schon nicht eintreten werde – sie stehen der Feststellung, dass der Drittwiderbeklagte wusste, gegen die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu verstoßen, nicht entgegen. Der Drittwiderbeklagte führt letztlich lediglich ausführlicher als bei seinen Anhörungen aus, dass er aufgrund seiner Verbindung zur Eigentümerfamilie der K. und der erfolgreichen Abwicklung von Geschäften in der Vergangenheit darauf vertraut habe, dass auch das hier streitgegenständliche Geschäft im Ergebnis problemlos durchgeführt würde. Seine Ausführungen begründen aber nicht die Feststellung, dass der Drittwiderbeklagte seinerzeit nicht wusste, dass seine Verfahrensweise pflichtwidrig war. Seine – zu seinen Gunsten als zutreffend unterstellte – Überzeugung, dass das Geschäft ordnungsgemäß abgewickelt werden und sich das ihm immanente Risiko nicht realisieren werde, erklärt nicht, warum er dann auch auf einfache und kostengünstige Sicherungsmaßnahmen wie beispielsweise die Einrichtung eines „Und-Kontos“ verzichtet hat und begründet auch nicht die Annahme, dass und warum der Drittwiderbeklagte davon ausging, auf solche Maßnahmen verzichten zu dürfen. Eine nachvollziehbare und stimmige Erklärung dafür, dass der Drittwiderbeklagte dachte, aufgrund der (nur) von ihm für niedrig gehaltenen Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadensfalls auf jegliche wirksame Sicherungsmaßnahmen verzichten zu dürfen, gibt er nicht.

85

g)

86

Etwas anderes gilt auch nicht im Hinblick auf die sogenannte Business Judgement Rule. In objektiver Hinsicht steht aufgrund der Bindungswirkung des Haftpflichturteils bereits fest, dass der Drittwiderbeklagte gerade keine Entscheidung entsprechend der Business Judgement Rule getroffen hat. Dass ihm dies auch bewusst war, folgt aus den vorstehenden Ausführungen.

Entsprechendes gilt auch, soweit die Klägerin geltend macht, der Drittwiderbeklagte habe sich im Rahmen seines Ermessensspielraums und seiner Entscheidungskompetenz bewegt. Aus den Angaben des Drittwiderbeklagten folgt, dass ihm hinsichtlich des streitgegenständlichen Geschäfts keine Vorgaben gemacht worden seien. Abgesehen davon, dass das Geschäft damit auch nicht gebilligt wurde, ist es – auch für den Drittwiderbeklagten – selbstverständlich, dass sein Ermessensspielraum immer und auch ohne konkrete Vorgaben durch die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns begrenzt wird. Anhaltspunkte dafür, dass ihm seitens der Klägerin erlaubt wurde, von diese Pflichten abzuweichen, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich und wären hinsichtlich der objektiven Pflichtverletzung des Drittwiderbeklagten angesichts der Bindungswirkung des Haftpflichturteils auch unerheblich. Dass er in subjektiver Hinsicht geglaubt hat, von diesen selbstverständlichen Grenzen seines Ermessensspielraums freigestellt zu sein, ergibt sich aus den Angaben des Drittwiderbeklagten gerade nicht, zumal er ohnehin geltend macht, einen Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns nicht erkannt zu haben. 87

h)

Unerheblich ist eine seinerzeitige Bonität der K.. Aufgrund der bindenden Feststellungen des Urteils des Oberlandesgerichts Hamm steht fest, dass der Drittwiderbeklagte gerade keine Bonitätsprüfung durchgeführt hat und dies mitkausal für den entstandenen Schaden war. 88

i)

Ins Leere geht der Einwand der Klägerin, für die damalige Risikobeurteilung sei nicht entscheidend gewesen, ob mit einer Rückzahlung der ungesichert hingegebenen 1,5 Millionen Euro zu rechnen gewesen sei, sondern ob die K. ihr Lieferversprechen habe einhalten können. Abgesehen davon, dass die Vereinbarung vom 13./14.04.2011 jedenfalls auch als Darlehen ausgestaltet war, ändert auch eine Qualifizierung als Vorauszahlung nichts daran, dass die bestimmungsgemäße Verwendung des Geldes gerade nicht abgesichert war und damit auch die Lieferung der vorab bezahlten Menge Kabelschrott nicht gesichert war. Entsprechendes gilt für die fehlende Bonitätsprüfung der K. durch den Drittwiderbeklagten, die offenkundig auch für die Abwicklung des An- und Verkaufsgeschäfts der K. von Bedeutung war. Etwas anderes hätte sich lediglich dann ergeben, wenn durch die Hingabe des Geldes tatsächlich die Lieferung der Ware sichergestellt gewesen wäre – das war aber gerade nicht der Fall, da der Drittwiderbeklagte entsprechende Sicherungsmaßnahmen wissentlich und pflichtwidrig unterlassen hatte. 89

III.

Aus der Leistungsfreiheit der Beklagten gemäß 7.1.1 OLA 2011 folgt zugleich die Rückzahlungsverpflichtung des Drittwiderbeklagten für bereits geleistete Verteidigungskosten gemäß 7.1.3 Abs. 2 Satz 2 OLA 2011. Diese betragen unstreitig 55.401,98 Euro. 90

IV.

Der nicht nachgelassene Schriftsatz der Klägerin vom 26.01.2022 gibt keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Keineswegs indiziert das Abstreiten einer objektiven Pflichtverletzung im Haftpflichtprozess ein fehlendes Pflichtverletzungsbewusstsein. Vielmehr ist solches ein übliches prozessuales Vorgehen im Haftpflichtprozess, wie der seit Jahren speziell mit Versicherungssachen und dabei auch D&O-Versicherungen befasste Senat aus seinen Erfahrungen mit vergleichbaren Fallgestaltungen weiß. Zutreffend ist demgegenüber zwar der Einwand der Klägerin, dass allein von einer objektiven Pflichtverletzung nicht bereits grundsätzlich auf das subjektive Pflichtverletzungsbewusstsein des Versicherten geschlossen werden kann. So liegt der Fall hier aber nicht, da – wie vorstehend ausgeführt – hier besondere weitere Umstände vorliegen, aus denen auf das Pflichtverletzungsbewusstsein des Drittwiderbeklagten geschlossen werden kann. Inwiefern der Drittwiderbeklagte im guten Glauben davon ausgegangen sei, eine rechtlich wirksame Sicherungsabrede getroffen zu haben, hat die Klägerin nicht dargetan; solches wäre angesichts der besonderen Geschäftserfahrung des Drittwiderbeklagten und der offenkundigen Unwirksamkeit und Ungeeignetheit von Nr. 3 der Vereinbarung vom 13./14.04.2011 auch lebensfremd. Nicht erforderlich war, dass der Drittwiderbeklagte mit einem Betrug der K. rechnete; vielmehr genügte sein – unstreitiges – Bewusstsein, keinerlei aktuelle Informationen über die Bonität der K. eingeholt zu haben und sein Wissen, einen abredewidrigen Zugriff der K. bzw. Dritter auf das Geld nicht abgesichert zu haben. Inwiefern der Drittwiderbeklagte gedacht haben sollte, im Hinblick auf die von ihm initiierte Vorauszahlung / Darlehenshingabe keinen Pflichten mehr in Bezug auf die Klägerin zu unterliegen, ist nicht ersichtlich und wäre auch lebensfremd, zumal der Drittwiderbeklagte nach dem Vortrag der Klägerin im Haftpflichtprozess seine Geschäftsführertätigkeit auf der Basis eines Anstellungs- bzw. Beratervertrages „kraft seiner faktischen Autorität im Unternehmen noch mindestens bis Mitte 2013 in Art und Umfang vollkommen unverändert“ fortführte (Bl. 9 BA). Zu der hier im konkreten Einzelfall aufgrund der bindend festgestellten massiven Pflichtverletzungen des Drittwiderbeklagten geltenden Verteilung der Darlegungs- und gegebenenfalls Beweislast hat der Senat bereits vorstehend Ausführungen gemacht. 91

C. 92

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1, 100 Abs. 2 ZPO. 93

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 94

Ein Grund zur Zulassung der Revision besteht nicht. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Zutreffend hat die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausgeführt, dass hier gerade die besonderen Umstände des Einzelfalls von Bedeutung sind. Diese sind allein vom Tatrichter zu beurteilen. 95

Der Streitwert beträgt bis 1,6 Millionen Euro. 96

