
Datum: 07.11.2012
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 20 U 28/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2012:1107.20U28.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 1 O 308/06

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten zu 1) wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels der Klägerin das am 01.12.2008 verkündete Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits einschließlich der Kosten des Revisionsverfahrens werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des nach dem Urteil vollstreckbaren Betrages abzuwenden, wenn nicht die Beklagten vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils beizutreibenden Betrages leisten.

Gründe:

I.

1

Die Klägerin, eine Genossenschaftsbank, ließ von Ende 2003 bis August 2006 Bargeld durch die Fa. W GmbH mit Sitz in W2 (im Folgenden: Fa. W) transportieren. Über deren Vermögen wurde sodann ein Insolvenzverfahren eröffnet. Die Beklagte zu 2) und die C's Versicherer C2

2

D2 Zertifikat SX #####/#####, deren Prozessstandschafter gemäß § 110 b VAG der Beklagte zu 1) ist (im Folgenden einheitlich: Beklagter zu 1)), waren Versicherer der Fa. W.

Die Klägerin begehrt Ersatz für Fehlbeträge, zu denen es nach ihrem Vortrag durch das Verhalten der Fa. W sowohl im Rahmen der Bargeldversorgung als auch der Bargeldentsorgung gekommen sein soll.

Organe der Fa. W verwendeten seit dem Jahr 2001 einen Teil der - auch für eine Vielzahl anderer Auftraggeber - transportierten Gelder zweckwidrig zur Begleichung von Verbindlichkeiten der Fa. W. Sie verschleierten dies, indem sie die dabei jeweils entstehenden Fehlbeträge durch Gelder aus den Abholungen der jeweils nächsten Tage ausglich. Jedenfalls aus Guthaben auf dem Konto der Fa. W bei der Bundesbank wurden Beträge für eigene Zwecke der Fa. W verwandt; Überweisungen an die Hausbank der Auftraggeber der Fa. W erfolgten erst später aus "neuem Guthaben". Die Geschäftsführer der Fa. W wurden später durch Urteile des Landgerichts Essen vom 07.03.2007 und 25.04.2007 (21 KLS 2/07) wegen Untreue zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt.

Am 28./29.08.2006 fand auf Anordnung der Fa. D2 GmbH, der Korrespondentin der Beklagten zu 1), bei der Fa. W eine Überprüfung durch Sachverständige der Fa. B Sachverständigen- und Beratungsgesellschaft mbH mit Sitz in Berlin (nachfolgend Fa. B) statt. Mit Beschluss vom 01.09.2006 wurde das vorläufige Insolvenzverfahren über das Vermögen der Fa. W eröffnet (Anlage B 9 = Bl. 496 f GA).

Dem am 09.02./17.02.2005 geschlossenen Geld- und Werttransportver-sicherungsvertrag zwischen der Fa. W und den Beklagten zu 1) und 2) - vermittelt durch die Fa. F Versicherungsmakler für Sicherheits- und Wertdienste GmbH mit Sitz in F2 – liegt die "Geld- und Werttransportversicherung Transport-Police #####" zugrunde, hinsichtlich deren Wortlaut auf die Anlage TW 2 zur Klageschrift (Bl. 43 ff GA) Bezug genommen wird. Die Beklagte zu 2) ist Versicherer mit einem Anteil von 30 %, der Beklagte zu 1) führender Versicherer mit einem Anteil von 70 %.

Die Klägerin erhielt eine „Versicherungsbestätigung zur Geld- und Wertpapiertransportversicherung“, wegen deren Inhalt auf Bl. 361 GA (Anlage TW 48) Bezug genommen wird.

Die Beklagten zu 1) und 2) erklärten die Anfechtung ihrer Vertragserklärung. Sie machten geltend, die Fa. W habe arglistig getäuscht, indem sie verschwiegen habe, dass bereits vor Vertragsschluss die o.g. Verschiebungen stattfanden.

Die Klägerin hat behauptet, dass die mit der Fa. W vereinbarte Geldversorgung u.a. dergestalt erfolgt sei, dass Mitarbeitern der Fa. W zu einem Konto der Klägerin bei der Deutschen Bundesbank gemeinschaftliche Verfügungsbefugnis eingeräumt worden sei. Den für die Geldversorgung der Klägerin erforderlichen Betrag hätten die Mitarbeiter der Fa. W abgehoben und in Einzelbeträgen in Automatenkassetten oder als loses Geld an die Filialen der Klägerin ausgeliefert. Hinsichtlich der Bargeldentsorgung sei vereinbart gewesen, dass das sog. DZ-Bank-Verfahren Anwendung gefunden habe, bei dem das Bargeld seitens der Fa. W auf ein Konto der DZ-Bank bei der Deutschen Bundesbank habe eingezahlt werden sollen und die DZ-Bank habe wiederum nach erfolgter Gutschrift die auf die Klägerin entfallenden Beträge auf eines ihrer, der Klägerin, Konten überweisen sollen.

Die Klägerin hat Ersatz folgender Schadenspositionen verlangt:

3

4

5

6

7

8

9

10

11

Fehlbetrag von 3.224.000,00 EUR, wobei der Betrag seitens der Fa. W am 29.08.2006 per Scheck bei der Deutschen Bundesbank vom Konto der Klägerin abgehoben worden sei; dieser Betrag sei zur Befüllung von Geldautomaten vorgesehen gewesen, jedoch der Klägerin nicht wieder zugeflossen (Bargeldversorgung);	
Fehlbetrag von 250.000,00 EUR aus einem seitens der Fa. W abgehobenen Betrag, der zunächst zur Befüllung eines Geldausgabeautomaten bestimmt gewesen sei, jedoch dann weisungswidrig nicht zurückgeflossen sei;	12
Fehlbetrag von 300.000,00 EUR aus einer der Fa. W überlassenen Bargeldreserve für Sonderbefüllungen von Geldautomaten bzw. zur Sonderversorgung von Filialen, die bei der Fa. W verwahrt und sodann nicht mehr auffindbar gewesen sei (Bargeldversorgung);	13
Fehlbetrag von 84.340,00 EUR aus seitens der Fa. W vorgenommenen Leerungen von Geldausgabeautomaten (Automatengeld), ohne dass eine Gutschrift erfolgt sei (Bargeldentsorgung);	14
Fehlbetrag von 87.425,00 EUR aus an die Fa. W übergebenen Münzgeldbeständen (Münzgelder), hinsichtlich derer keine Gutschrift erfolgt sei (Bargeldentsorgung).	15
Die Klägerin hat beantragt,	16
1.	17
den Beklagten zu 1) zu verurteilen, an sie 2.305.110,50 EUR nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29.09.2006 zu zahlen,	18
2.	19
die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an sie, die Klägerin, 987.904,50 EUR nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz seit dem 29.09.2006 zu zahlen,	20
3.	21
festzustellen, dass die Beklagten entsprechend ihrer anteilig übernommenen Haftung – der Beklagte zu 1) zu 70 % und die Beklagte zu 2) zu 30 % - verpflichtet sind, auch über den Betrag von 3.293.015,00 EUR hinaus Versicherungsschutz aus der mit der Firma W GmbH geschlossenen Geld- und Werttransportversicherung (VersicherungsNr.: #####) vom 09.02.2005 wegen Veruntreuungs-, Unterschlagungs- und/oder Diebstahlshandlungen, die von derzeitigen oder ehemaligen Mitarbeitern der Versicherungsnehmerin, von ihr selbst, ihren Repräsentanten oder von beauftragten anderen Unternehmen bzw. deren derzeitigen oder ehemaligen Mitarbeitern in dem Zeitraum 01.01.2005 bis 31.12.2006 begangen wurden, zu gewähren,	22
4.	23
hilfsweise	24
„die Beklagte zu 1) zu verurteilen, in ihrer Eigenschaft als führender Versicherer im Fall ihrer alleinigen Verurteilung in Vollziehung der im Versicherungsvertrag (#####, Versicherungsnehmer W GmbH) in Ziffer 15.3. enthaltene Führungsklausel die Beklagte zu 2) zur Leistung ihres Anteils von 30 % der Versicherungssumme zu veranlassen“.	25
	26

Die Beklagten haben beantragt,	
die Klage abzuweisen.	27
Die Beklagten haben insbesondere geltend gemacht, ein versicherter Schaden sei nicht eingetreten und erst recht nicht nachgewiesen; der Versicherungsvertrag sei aufgrund ihrer Anfechtungserklärungen nichtig, was auch der Klägerin entgegengehalten werden könne.	28
Das Landgericht hat den Beklagten zu 1) zur Zahlung von 1.974.875,00 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 29.09.2006 verurteilt und im Übrigen die Klage abgewiesen.	29
Zur Begründung hat das Landgericht im Wesentlichen wie folgt ausgeführt:	30
Die Klage gegen die Beklagte zu 2) sei unzulässig, weil sich aus Ziffer 15.4 des Versicherungsvertrages ein pactum de non petendo ergebe und deshalb allein der führende Versicherer in Höhe des auf ihn entfallenden Risikoanteils verklagt werden könne.	31
Die Klage gegen den Beklagten zu 1) sei teilweise begründet. Die Aktivlegitimation ergebe sich aus der Abtretung aufgrund der Abtretungserklärung des Insolvenzverwalters. Der Beklagte zu 1) könne sich nicht auf die Anfechtung des Versicherungsvertrages berufen, weil er im Versicherungsvertrag darauf verzichtet habe, Einwendungen gleich welcher Art aus dem Deckungsverhältnis zu erheben.	32
Die Klägerin habe vom Versicherungsschutz umfasste und durch die Fa. W verursachte Verluste in Höhe von 1.974.875,00 EUR nachgewiesen. Die Klägerin könne Ersatz von 3.224.000,00 EUR (Bargeldanforderung vom 29.08.2006) und 250.000,00 EUR (doppeltgebuchter Betrag), zusammen 3.474.000,00 EUR, verlangen.	33
Keinen Ersatz könne sie in Höhe von 300.000,00 EUR (Sonderbefüllungen), 84.340,00 EUR (nicht zurückgezahlte Restgelder) und 87.425,00 EUR (fehlende Gutschrift Münzgelder) verlangen. Auf den sich ergebenden Gesamtbetrag von 3.474.000,00 EUR seien die von der Klägerin gesicherten Bargeldbestände von 617.120,00 EUR und ebenfalls gesicherte Hartgeldbestände von 35.630,00 EUR in Abzug zu bringen. Die Klägerin brauche sich nicht auf eine vorrangige Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters verweisen lassen. Eine Leistungsfreiheit ergebe sich nicht aus seiner behaupteten Erschöpfung der Höchsthaftungssumme oder aus einem Verstoß der Klägerin gegen ihre Obliegenheitsverletzungen zur Schadensabwendung und Schadensminderung. Der Beklagte zu 1) könne sich auch nicht darauf berufen, dass die Klägerin die 120-Stunden-Frist zur Schadensanzeige habe verstreichen lassen. Die Klägerin habe diese Frist gewahrt; die Berufung auf fehlende Schadensnachweise sei treuwidrig.	34
Der Klageantrag zu 3) sei mangels Feststellungsinteresses bereits unzulässig.	35
Der Hilfsantrag zu 4) sei ebenfalls unzulässig, weil es ihm an der erforderlichen Bestimmtheit mangle.	36
Wegen der Begründung und der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird im Übrigen auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.	37
Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlichen Zahlungsanträge weiter.	38
	39

Sie steht auf dem Standpunkt, dass die Beklagte zu 2), soweit sie sich auf die Führungsklausel im Versicherungsvertrag berufe, gegen den auch im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben verstoße. Die Beklagte zu 2) verhalte sich widersprüchlich, wenn sie sich einerseits auf eine ex tunc wirkende Vernichtung des Versicherungsvertrages berufe und andererseits Vorteile aus dieser vertraglichen Regelung ableiten wolle. Hinsichtlich der seitens des Landgerichts nicht zugesprochenen Schadensbeträgen rügt die Klägerin eine unzutreffende Beweiswürdigung.

Die Beklagte zu 2) hält daran fest, dass die gegen sie gerichtete Klage unzulässig sei. Es könne der Beklagten nicht verwehrt sein, sich einerseits auf die von ihr angenommene Nichtigkeit des Vertrages zu berufen und zugleich weitere Einreden und Einwendungen vorzutragen, die dem behaupteten Anspruch auf die Versicherungsleistung entgegenstünden. 40

Der Beklagte zu 1) erstrebt mit seiner Berufung die Abweisung der Klage insgesamt. Auch er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen. Er steht auf dem Standpunkt, dass das Grundrecht der Versicherer auf freie Selbstbestimmung missachtet werde, wenn das Landgericht der ausgesprochenen Anfechtung keine Wirksamkeit gegenüber der Klägerin zuspreche. Auch habe das Landgericht verkannt, dass die vermeintlichen Schäden der Klägerin nicht unter das versicherte Risiko fielen. Unter Verkennung der Beweislast habe das Landgericht einen Versicherungsschaden der Klägerin angenommen, ohne dass dieser hinreichend dargelegt und bewiesen sei. Ebenfalls zu Unrecht habe das Landgericht den vermeintlichen Schaden nicht als sog. gedehnten Schadensfall mit einem Beginn vor dem Deckungszeitraum gewertet. Auch habe das Landgericht die Höchsthaftungssumme von 10 Mio. EUR unberücksichtigt gelassen. 41

Der Senat hat durch Urteil vom 16.07.2010 den Beklagten zu 1) zur Zahlung von 1.974.875,00 EUR und die Beklagte zu 2) zur Zahlung von 846.375,00 EUR an die Klägerin, jeweils nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 29.09.2006, verurteilt und die weitergehende Berufung der Klägerin und die Berufung des Beklagten zu 1) zurückgewiesen. 42

Zur Begründung hat der Senat ausgeführt, dass der Klägerin ein Anspruch auf Versicherungsleistung, den sie geltend zu machen berechtigt sei, gegenüber den Beklagten entsprechend ihrer Beteiligungsquoten, wegen des Fehlbetrages von 250.000 EUR und der unterbliebenen Befüllung von Geldautomaten mit 3.224.000 EUR, nicht jedoch wegen der weiteren behaupteten Schäden zustehe. 43

An die Verpflichtung aus Ziffer 15.4 der Versicherungsbedingungen, Ansprüche nur gegen den führenden Versicherer entsprechend seiner Beteiligungsquote geltend zu machen, sei die Klägerin nicht gebunden. Mit der Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung hätten die Beklagten zugleich ihre aus Ziffer 15.4 der Versicherungsbedingungen folgende Verpflichtung infrage gestellt. Nach Treu und Glauben könnten sie daher von der Klägerin nicht mehr verlangen, sich ihrerseits daran zu halten. 44

Die ursprünglich zur Befüllung eines Geldautomaten vorgesehene Geldmenge von 250.000 EUR habe nach Rückforderung durch die Klägerin im Wege der Bargeldentsorgung an diese zurückgeführt werden sollen. Daher ergebe sich ein Versicherungsfall aus drei unterschiedlichen Gründen: 45

Die nach Ziffer 3.1 der Versicherungsbedingungen versicherte Gefahr für das allein vom Versicherungsschutz umfasste Bargeld habe sich bereits durch eine von der Fa. W vorgenommene Vermischung des zu entsorgenden Geldes der Klägerin mit dem anderer 46

Auftraggeber verwirklicht, da dies ohne hinreichende Dokumentation erfolgt sei. Das sei mitursächlich für den Schaden der Klägerin und habe den vertraglichen Verpflichtungen der Fa. W widersprochen. Es habe zumindest stets klar sein müssen, mit welchem Anteil welcher Auftraggeber Bruchteilseigentümer einer bestimmten Geldmenge gewesen sei. Wegen der fehlenden Dokumentation sei es der Klägerin hingegen unmöglich, den Verbleib des an die Fa. W übergebenen Geldes nachzuweisen.	
Ein versicherter Zugriff sei auch in der Einzahlung des Bargeldes der Klägerin auf ein Konto der Fa. W bei der Deutschen Bundesbank zu sehen. Darin liege ein Verstoß gegen die Verpflichtungen aus dem Transportvertrag. Dass die Klägerin in Abweichung von dieser Vereinbarung - gegebenenfalls auch nur stillschweigend - mit einer Einzahlung auf ein Eigenkonto der Fa. W einverstanden gewesen sei, habe diese nicht annehmen dürfen.	47
Letztlich sei ein Versicherungsfall gegeben, weil davon auszugehen sei, dass die Fa. W die zu entsorgenden Gelder nicht bei der Deutschen Bundesbank eingezahlt habe. Dies stehe fest, da die Beklagten ihrer diesbezüglichen Darlegungslast nicht genügt hätten.	48
Hinsichtlich der unterbliebenen Bestückung von Geldautomaten mit einem Betrag von insgesamt 3.224.000 EUR liege ebenfalls ein Versicherungsfall vor. Diese Geldmenge sei der Fa. W am 29.08.2006 von der Deutschen Bundesbank im Auftrag der Klägerin ausgezahlt worden, eine Befüllung von Automaten sei jedoch nicht erfolgt. Wenn dieses Geld mit dem anderer Auftraggeber vermischt oder auf ein Konto der Fa. W eingezahlt worden sei, ergebe sich die Leistungspflicht der Beklagten aus den Überlegungen zur Geldentsorgung. Im Fall einer Bargeldunterschlagung durch einen Mitarbeiter der Fa. W folge die Pflicht zur Leistung unmittelbar aus den Ziffern 2.1, 2.1.1, 3.1 und 3.1.2 der Versicherungsbedingungen.	49
Vom versicherten Schaden in Höhe von insgesamt 3.474.000 EUR sei ein der Klägerin zurückgezahlter Betrag von 652.750 EUR in Abzug zu bringen, so dass ein Anspruch in Höhe von 2.821.250 EUR verbleibe. Dieser sei nicht infolge der von den Beklagten erklärten Anfechtung des Versicherungsvertrages entfallen. Mit der Geltendmachung dieses Einwands seien diese gegenüber der Klägerin aufgrund Ziffer 9.3.3 Abs. 2 der Versicherungsbedingungen ausgeschlossen.	50
Die Klägerin treffe auch kein anrechenbares Mitverschulden; Anhaltspunkte für eine grob fahrlässige Verursachung des Versicherungsfalles i.S. des § 61 VVG a.F. bestünden nicht. Die Einstandspflicht der Versicherer sei nicht durch die Vereinbarung einer Höchstsumme von 10 Mio. EUR in Ziffer 9.3.3 Abs. 2 der Versicherungsbedingungen begrenzt. Auch ein gedehnter Schadenfall liege nicht vor	51
Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof durch Urteil vom 09.11.2011 (IV ZR 172/10) das Urteil des Senats vom 16.07.2010 aufgehoben, soweit zu ihrem Nachteil entschieden worden ist. Im Umfang der Aufhebung hat der Bundesgerichtshof die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den Senat zurückverwiesen.	52
Zur Begründung hat der Bundesgerichtshof im wesentlichen Folgendes ausgeführt:	53
Die Klägerin sei infolge der erklärten Anfechtung des Versicherungsvertrages durch die Beklagten nicht an die Verpflichtung aus Ziffer 15.4 Satz 1 VB gebunden, nur gegen den führenden Versicherer Klage zu erheben.	54
	55

Auch habe der Senat einen nach Ziffer 3.1 der Versicherungsbedingungen versicherten Schaden sowohl im Zusammenhang mit der von der Fa. W geschuldeten Rückführung des ihr ursprünglich zur Befüllung eines Geldautomaten überlassenen Betrages (250.000 EUR) als auch bezüglich der unterbliebenen Befüllung von Geldautomaten (3.224.000 EUR) im Ergebnis zutreffend festgestellt.

Denn den von der Klägerin zu führenden Nachweis eines innerhalb des versicherten Zeitraums eingetretenen Versicherungsfalles habe die Klägerin für den zurückzuführenden Betrag von 250.000 EUR erbracht. Ein stofflicher Zugriff sei hier schon deshalb anzunehmen, weil die geschuldete Übergabe an die Deutsche Bundesbank nicht nach den Weisungen der Klägerin ausgeführt worden sei. Denn auf der Grundlage des Vortrags der Beklagten, den sich die Klägerin zu Eigen gemacht hat, stehe fest, dass die Fa. W das für die Klägerin zu entsorgende Bargeld letztlich vollständig auf bei der Deutschen Bundesbank unterhaltene eigene Konten eingezahlt habe, ohne dass die Klägerin einer Abweichung von den sich aus dem Wortlaut des Transportvertrages ergebenden Weisungen von vornherein zugestimmt oder diese zumindest stillschweigend geduldet hätte. 56

Darüber hinaus sei ein Versicherungsfall bezüglich des Geldbetrages von 3.224.000 EUR eingetreten, der für die Befüllung von Geldautomaten vorgesehen gewesen sei. Denn im Unterbleiben der im Rahmen des konkreten Transportauftrages geschuldeten Ablieferung der jeweiligen Geldmengen an den vorgesehenen Bestimmungsorten liege bereits ein "stofflicher" Zugriff auf das Transportgut. 57

Der Klägerin sei mithin ein versicherter Schaden in Höhe von insgesamt 3.474.000 EUR (250.000 EUR + 3.224.000 EUR) entstanden. Da sie einen Betrag von 652.750 EUR zurückerhalten habe, verbleibe eine Leistungspflicht der Beklagten in Höhe von 2.821.250 EUR. 58

Die Beklagten seien auch nicht leistungsfrei, weil die Klägerin mit Blick auf eine etwaige Kenntnis von Pflichtverletzungen die Fortsetzung der Geschäftspraktiken der Fa. W ermöglicht oder zumindest begünstigt hätte. Denn ein durchschnittlicher, juristisch nicht vorgebildeter Versicherungsnehmer einer Transportversicherung dürfe die Versicherungsbedingungen dahin verstehen, dass eine lediglich fahrlässige oder grob fahrlässige Verursachung eines Schadens den zu gewährenden Versicherungsschutz nicht beeinträchtige. Auch läge kein gedehnter Schadensfall vor. 59

Allerdings habe der Senat, so weiter der Bundesgerichtshof, die Beklagten aufgrund Ziffer 9.3.3 Abs. 2 der Versicherungsbedingungen zu Unrecht mit dem Einwand der Anfechtung des Versicherungsvertrages wegen arglistiger Täuschung i.S. von § 123 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Wie der Bundesgerichtshof bereits mit Beschluss vom 21. September 2011 (Q II IV ZR 38/09 Rn. 26 ff.) entschieden habe, sei ein vertraglicher, im Voraus erklärter Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei Vertragsschluss unwirksam, wenn die Täuschung von dem Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt worden ist, die nicht Dritter i.S. des § 123 Abs. 2 BGB sei. Dies gelte auch für das Verhältnis zwischen den Beklagten als Versicherer und den Versicherten einer Versicherung für fremde Rechnung. Es könne daher offen bleiben, ob Ziffer 9.3.3 Abs. 2 der Versicherungsbedingungen durch Auslegung ein solcher, gegenüber diesen wirkender Verzicht zu entnehmen sei. Deshalb werde der Senat der Frage nachzugehen haben, ob die Beklagten ihre Vertragserklärungen wirksam wegen arglistiger Täuschung bei Vertragsschluss angefochten hätten. 60

Nach Zurückverweisung trägt die Klägerin vor, dass die im Januar 2005 vor Abschluss des Versicherungsvertrages durchgeführten Kontrollen unzureichend gewesen seien. Bei einer ordnungsgemäß durchgeführten Revision hätten die Beklagten das Schneeballsystem aufgedeckt. Es sei ein klassischer Fall des *venire contra factum proprium*, wenn die Beklagten mittels Anfechtung so gestellt werden wollten, als hätten sie die von ihnen dilatorisch durchgeführte Revision tatsächlich ordnungsgemäß ausgeführt.

Ende Oktober und Anfang November 2005 habe Herr L als Sachverständiger bei der Fa. D GmbH den Geschäftsführer der Fa. D2 Herrn I über das Schneeballsystem und das Unterschlagen von Kundengeldern in Höhe von 7 bis 10 Mio. EUR unterrichtet. Herr I habe somit in seiner Funktion als Geschäftsführer dienstliche Kenntnis gehabt, dass bei W durchgängig Kundengelder unterschlagen worden seien. 62

Bei einer am 13.03.2006 erfolgten Prüfung habe Herr M im Auftrag der Fa. D2 festgestellt, dass es bei der Fa. W zu fortlaufenden Unterschlagungen, auch bereits im Jahr 2004 gekommen sei. Er habe hiervon die Fa. D2 unterrichtet. 63

Darüberhinaus habe ein Stillhalteabkommen zwischen den Versicherern und der Fa. W bestanden bis das Unternehmen im Rahmen eines Asset-Deals teilweise veräußert sein würde, wobei durch den Asset-Verkauf die Unterdeckung ausgeglichen werden sollte. 64

Am 29.08.2006 habe Herr u2 von der Fa. B im Auftrag der Versicherer in den Räumen der Fa. W Prüfleistungen vorgenommen. Dabei habe er nicht verhindert, dass die Fa. W den Gegenwert des am 29.08.2006 eingelösten Barschecks der Klägerin an andere Kunden ausgezahlt habe, wodurch ein Bargeldverlust von 3.224.000,00 EUR eingetreten sei. Herr u2 sei von den Beklagten beauftragt worden, deren vertragliche Pflichten nach § 278 BGB wahrzunehmen. Durch seine Nachlässigkeit sei es dazu gekommen, dass der Betrag von 3.224.000,00 EUR abhanden gekommen sei. 65

Die Anfechtungserklärungen seien schon deshalb unwirksam, weil sie von den falschen Anfechtenden erklärt worden seien. 66

Ohnehin wäre die Anfechtung nach § 144 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Denn die Beklagten hätten durch die Fa. D2 zum Ausdruck gebracht, dass sie nicht beabsichtigten, den Versicherungsvertrag trotz des bestehenden Schneeballsystems anzufechten. Nachdem den Beklagten spätestens nach der Revision am 13.03.2006 klar gewesen sei, dass die Fa. W im Jahr 2004 ein Schneeballsystem betrieben habe, hätten die Beklagten auf diese Erkenntnis mit dem Abschluss eines Stillhalteabkommens reagiert und daher der Fa. W zu verstehen gegeben, an dem Versicherungsvertrag weiter festhalten zu wollen. 67

Jedenfalls sei das Berufen auf die Anfechtung treuwidrig. Spätestens ab März 2006 hätten die Beklagten intervenieren können und müssen. Hätten die Beklagten interveniert, wäre der Klägerin ein Schaden nicht entstanden. 68

Auf die Jahresfrist des § 124 BGB könne es nicht ankommen, weil die Täuschung nicht erst nach Eintritt des Versicherungsfalles aufgefallen sei. Kenne er den Anfechtungsgrund, bevor der Versicherungsfall eingetreten sei, sei der Versicherer gehalten innerhalb angemessener Zeit zu entscheiden, ob er den Vertrag auflösen möchte. 69

Die Vereinbarung des Stillhalteabkommens und die nicht angemessene Reaktion auf die Kenntniserlangung von fortgesetzten Unterschlagungshandlungen stellten zu dem eine schwere Pflichtverletzung gegenüber der Klägerin dar. Hätte die Beklagte ihren 70

Informationspflichten genügt und die Kunden der Fa. W auf die Unterschlagungen aufmerksam gemacht, hätte kein Kunde mehr sein Geld der Fa. W anvertraut, wodurch die Verluste der Klägerin verhindert worden wären.

Die Klägerin beantragt, 71

abändernd 72

1. 73

den Beklagten zu 1) zu verurteilen, an sie, die Klägerin, weitere 330.235,50 EUR zuzüglich 8 % über dem Basiszinssatz seit dem 29.09.2006 zu zahlen. 74

2. 75

die Beklagte zu 2) zu verurteilen, an sie, die Klägerin, 987.904,50 EUR zuzüglich 8 % über dem Basiszinssatz seit dem 29.09.2006 zu zahlen. 76

Die Beklagten beantragen, 77

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen. 78

Der Beklagte zu 1) beantragt, 79

die Klage abzuweisen. 80

Die Beklagten halten die Kündigung vom 30.08.2006 für wirksam und verweisen darauf, dass sie mit Schreiben vom 04.06.2007 vorsorglich gegenüber dem Insolvenzverwalter der Fa. W die Anfechtung erklärt hätten. Diese Anfechtungserklärungen seien im Namen aller Versicherer erfolgt. Auch habe die Beklagte zu 2) am 26.09.2006 nochmals vorsorglich eine gesonderte Anfechtungserklärung abgegeben. 81

Zu keinem Zeitpunkt vor dem Vertragsschluss seien von Seiten der Fa. W Angaben zur damals bereits bestehenden Zahlungsunfähigkeit, zur Überschuldung, zum Schneeballsystem und zu Fehlbeträgen gemacht worden. Hätten die Beklagten davon Kenntnis gehabt, wäre der Versicherungsvertrag nicht geschlossen worden. Auch nach Vertragsschluss hätten die Beklagten bis zum 28./29.08.2006 keine Kenntnis von den Geldverschiebungen bei und von der Fa. W gehabt. 82

Mangels Pflichtverletzung stünden der Klägerin auch keine Schadensersatzansprüche zu. Auch Herrn u2 sei ein Fehlverhalten nicht vorzuwerfen. Im Übrigen sei die Fa. B kein Erfüllungsgehilfe der Beklagten gewesen. 83

Die Anfechtungsfrist des § 124 BGB sei eingehalten worden. Überdies reiche der bloße Verdacht, getäuscht worden zu sein, nicht aus, um den Fristenlauf in Gang zu setzen. 84

Auch eine Bestätigung nach § 144 Abs. 1 BGB sei nicht erfolgt. Weder hätten die Beklagten Kenntnis von den kriminellen Machenschaften bei und um die Fa. W gehabt noch hätten die Beklagten den Willen gehabt, den Versicherungsvertrag zu bestätigen. 85

Auch sei die Anfechtung nicht nach § 242 BGB ausgeschlossen. 86

Im Übrigen seien die Beklagten gemäß § 6 Abs. 3 VVG a.F. leistungsfrei, da die Klägerin nicht dargelegt habe, dass sie ihre behaupteten Ansprüche gegenüber der Fa. W und 87

insbesondere deren ehemaligen Geschäftsführer geltend gemacht habe. Da die Klägerin ihre Schadensersatzansprüche habe verjähren lassen, seien die Beklagten jedenfalls wegen Obliegenheitsverletzung leistungsfrei.	
Die Klägerin beantragt,	88
die Berufung des Beklagten zu 1) zurückzuweisen.	89
Wegen der Einzelheiten des zweitinstanzlichen Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst ihrer Anlagen Bezug genommen; diese sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen. Die Akten 302 Js 374/06 der Staatsanwaltschaft Essen lagen vor und waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.	90
II.	91
Die Berufung des Beklagten zu 1) hat Erfolg, während die Berufung der Klägerin unbegründet ist.	92
Denn die Beklagten haben den Versicherungsvertrag (#####) vom 09.02./17.02.2005 wirksam nach § 123 BGB angefochten, so dass dieser Vertrag nach § 142 Abs. 1 BGB als von Anfang an nichtig anzusehen ist und deshalb aus diesem Vertrag von der Klägerin keinerlei Leistungsansprüche gegen die Beklagten geltend gemacht werden können.	93
A.	94
Das Recht zur Anfechtung war nicht von vornherein ausgeschlossen. Anders als der Senat in seinem Urteil vom 16.07.2010 angenommen hat, ist der Einwand der Anfechtung nicht durch Ziffer 9.3.3. der Versicherungsbedingungen ausgeschlossen. Denn der Bundesgerichtshof hat in seinem Revisionsurteil vom 09.11.2011 für den Senat bindend entschieden, dass ein vertraglicher, im Voraus erklärter Ausschluss der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung bei Vertragsschluss unwirksam ist, wenn die Täuschung von dem Geschäftspartner selbst oder von einer Person verübt worden ist, die nicht Dritter i.S. des § 123 Abs. 2 BGB sei. Dies gilt auch für das Verhältnis zwischen den Beklagten als Versicherer und den Versicherten einer Versicherung für fremde Rechnung, also auch gegenüber der Klägerin.	95
Auch aus der Versicherungsbestätigung, die die Fa. D2 der Klägerin übersandt hat, erwachsen dieser in Bezug auf die Arglistanfechtung keine weitergehenden Rechte. Wie der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 21.09.2011 (IV ZR 38/09, Rz 33 bei juris) entschieden hat, stellen die Versicherungsbestätigungen lediglich deklaratorische Informationsschreiben dar, die dazu dienen, die Versicherten über Abschluss und Inhalt des Versicherungsvertrages zu informieren. Eine gesonderte Begründung, Stärkung und Sicherung von Rechten der Versicherten ist damit nicht verbunden (BGH a.a.O.), so dass es keiner gesonderten Anfechtung dieser Versicherungsbestätigung bedurfte (BGH a.a.O.), die hier mit Schreiben vom 18.09.2006 (Anlage B 4 = Bl. 170 GA) erfolgt ist.	96
B.	97
Die Voraussetzungen einer wirksamen Anfechtungserklärung sind erfüllt.	98
I.	99
Bereits die Anfechtungserklärung der Fa. D2, mit der Rechtsanwalt H2 mit einem an die Fa. W gerichteten Schreiben vom 30.08.2006 (Anlage B 2 = Bl. 166 GA) unter Bezugnahme auf	100

die „Z-Police-#####“ im Auftrag der D2 GmbH, diese handelnd „als Bevollmächtigte der Versicherer“, die Anfechtung der zum Abschluss der vorgenannten Police führenden Willenserklärung erklärt hat, ist wirksam.

1. 101
Anders als die Klägerin meint, bedurfte diese Anfechtungserklärung keiner weiteren Begründung. Denn der Anfechtungsgrund braucht in der Anfechtungserklärung nicht angegeben zu werden (Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., § 143 BGB Rz 3). Zwar ist erforderlich, dass für den Anfechtungsgegner erkennbar ist, auf welchen tatsächlichen Grund die Anfechtung gestützt wird (Ellenberger a.a.O.). Dem genügt die Erklärung vom 30.08.2006, weil in ihr ausdrücklich auf den Zugriff auf Kundengelder seit 2002 mit einem Schaden von 16,9 Mio. EUR Bezug genommen wird. 102
2. 103
Es kann entgegen der Auffassung der Klägerin kein Zweifel daran bestehen, dass die Anfechtungserklärung vom 30.08.2006 an keinem ihre Wirksamkeit ausschließenden Mangel leidet: 104
a) 105
Da das Insolvenzeröffnungsverfahren über das Vermögen der Fa. W durch Beschluss des AG Essen vom 01.10.2006 eröffnet wurde, lag zum Zeitpunkt des 30.08.2006 kein eröffnetes Insolvenzverfahren vor; es lag zu diesem Zeitpunkt noch nicht einmal ein Insolvenzeröffnungsverfahren vor, das am 01.09.2006 eröffnet wurde. Die Verfügungsbefugnis lag somit noch bei der Fa. W, so dass diese auch die richtige Adressatin für Anfechtungserklärungen war. 106
b) 107
Die Anfechtungserklärung vom 30.08.2006 hat Rechtsanwalt H2 ausdrücklich im Namen der Fa. D2 erklärt und dabei zugleich zum Ausdruck gebracht, dass diese wiederum als Bevollmächtigte der Versicherer handelt. 108
c) 109
Die Fa. D2 konnte wirksam für die Beklagten handeln. 110
aa) 111
Entgegen der Auffassung der Klägerin besteht keine Veranlassung, diese Anfechtungserklärung vom 30.08.2006 aus Rechtsgründen als im eigenen Namen abgegeben anzusehen. Soweit die Klägerin zur Begründung des damit offenbar gemeinten Verstoßes gegen das Offenkundigkeitsprinzip geltend gemacht hat, dass die Beklagten mittels der Fa. D2 eine intransparente Situation geschaffen hätten in Bezug auf die Identität der beteiligten Versicherer, und soweit die Klägerin dazu auf die Police TW 2 (Bl. 43 GA) und die Versicherungsbestätigung TW 24 (Bl. 101 GA) abstellt, trifft es zwar zu, dass dort die Fa. D2 als der „führende Versicherer“ bezeichnet wird. Allerdings übersieht die Klägerin, dass weder die Police noch die Versicherungsbestätigung von der Fa. D2 oder den Beklagten herrühren. Beide stammen vielmehr von dem Versicherungsmakler F, der für die Fa. W gehandelt hat. Eine vorhandene Intransparenz ist somit eine Folge des Handelns des Maklers F, das weder der Fa. D2 noch den Versicherern zugerechnet werden kann. Deshalb 112

kommt es entgegen der Auffassung der Klägerin nicht in Betracht, die Fa. D2 so zu behandeln als habe sie die Anfechtungserklärung vom 30.08.2006 im eigenen Namen abgegeben.

Der Umstand, dass die Versicherer in der Anfechtungserklärung nicht namentlich benannt sind, ist unschädlich, weil eine solche ausdrückliche Benennung nicht erforderlich ist. 113

Ausreichend ist eine Individualisierbarkeit des Vertretenen (MünchKomm/Schramm, 6. Aufl. 2012 § 164 BGB Rz 18), die hier - was die Klägerin nicht verkennt - angesichts der Umstände ohne weiteres möglich ist. An letzterer Bewertung ändert entgegen der Meinung der Klägerin auch nicht der Umstand, dass das LG Düsseldorf in dem von ihr zitierten Urteil die Fa. D2 als passivlegitimiert angesehen hat. Denn dass es sich bei der Fa. D2 nicht um einen Versicherer handeln konnte, lag schon deshalb auf der Hand, weil eine GmbH nicht Versicherer sein kann (vgl. § 7 Abs. 1 VAG). Dass schließlich der Versicherungsmakler F dies verkannt hat, ist ebenfalls ohne Bedeutung, weil es auf dessen unzutreffende Sichtweise nicht ankommt.

bb) 114

Die Vollmacht von Rechtsanwalt H2 zum Handeln für die Fa. D2 und die Vollmacht der Fa. D2 zum Handeln für die Versicherer ist gegeben. Während erstere unstreitig ist, kann auch das Vorliegen von letzterer – entgegen der Auffassung der Klägerin - festgestellt werden. 115

Wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, hat die Fa. D2 als Vertreterin der C's Versicherer bei Abschluss des Versicherungsvertrages gehandelt. Diese Vollmacht ergibt sich (auch) aus der Erklärung der „C's Versicherer C2“ vom 09.02.2005 (Anlage B 10 = Bl. 498 GA), in der die Fa. D2 als der „zeichnungsbevollmächtigte Korrespondent“ bezeichnet wird. Die Fa. D2 hatte somit Abschlussvollmacht. Zu § 45 VVG a.F. war es anerkannt, dass ein Abschlussagent auch zum Ausspruch von Anfechtungen befugt war (vgl. Bruck/Möller, 8. Aufl. § 20 VVG Anm. 10, § 22 VVG Anm. 19, § 45 VVG Anm 14). Deshalb ist der der Fa. D2 erteilten Abschlussvollmacht zugleich eine Anfechtungsvollmacht zu entnehmen. 116

Auf die Behauptung der Beklagten, dass die C's Versicherer „nach den am 28./29.08.2006 gewonnenen Erkenntnissen“ der Fa. D2 eine Anfechtungsvollmacht als Innenvollmacht erteilt haben, kommt es danach nicht mehr an. 117

Allerdings kann sich die aus der Abschlussvollmacht folgende Anfechtungsvollmacht allein auf die beteiligten C's Versicherer beziehen, denn nur diese hat die Fa. D2 bei Vertragsabschluss vertreten. Wie die Anlage TW 2 (Bl. 43 GA; ebenso Bl. 1392 GA sowie Bl. 1464 GA) zeigt, hat die Fa. D2 allein für den „führenden Versicherer“ unterschrieben und nicht für den „beteiligten Versicherer“. Vielmehr folgt aus den übereinstimmend vorgelegten Vertragsdokumenten, dass die Beklagte zu 2) bei Vertragsabschluss nicht von der Fa. D2 vertreten worden ist, sondern selbst unterschrieben hat. 118

Die Vollmacht der C's Versicherer als führender Versicherer zum Handeln auch für die beteiligten weiteren Versicherer folgt aus Ziffer 15 des Versicherungsvertrages (Bl. 74 GA). Zwar enthält die in Ziffer 15 getroffene Regelung eine solche Vollmacht nicht ausdrücklich: Ziffer 15.1. enthält eine Vollmacht, alle Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag außergerichtlich und gerichtlich für alle Versicherer geltend zu machen; Ziffer 15.3 Satz 1 erklärt alle vom führenden Versicherer getroffenen Vereinbarungen für alle Versicherer für verbindlich; in Ziffer 15.4. Satz 2 erkennen die weiteren Versicherer die in Prozessen gegen den führenden Versicherer ergangenen Entscheidungen als verbindlich an. Damit ist dem führenden Versicherer eine umfassende Vertretungsbefugnis eingeräumt, soweit es nicht um 119

die in Ziffer 15.4. Satz 3 erfasste Abänderung der Höchsthaftungssummen geht. Zwar bezieht sich diese umfassende Vertretungsbefugnis dem Wortlaut nach nicht auf die Abgabe von Willenserklärungen. Jedoch ist Ziffer 15 angesichts des offenkundig auf eine allumfassende Bevollmächtigung abzielende Regelung dahin auszulegen, dass auch insoweit eine Vollmacht des führenden Versicherers besteht. Denn wenn der führende Versicherer die Vollmacht hat, Vereinbarungen zu schließen und damit bevollmächtigt ist, Willenserklärungen auch mit Wirkung für die weiteren Versicherer abzugeben, ist damit als „minus“ auch die Vollmacht umfasst, Willenserklärungen abzugeben, die nicht auf einen Vertragsschluss zielen, sondern bereits für sich, also als einseitige Willenserklärungen, auf rechtserhebliche Folgen abzielen. Der Auffassung der Klägerin, dass eine Empfangs- und Erklärungsvollmacht hinsichtlich einseitiger Rechtsgeschäfte ausdrücklich hätte erklärt werden müssen, kann deshalb nicht gefolgt werden.

Der Umstand, dass der Anfechtungserklärung eine Vollmachtsurkunde nicht beilag, ist entgegen der Auffassung der Klägerin unerheblich, weil die Fa. W von der Möglichkeit des § 174 Satz 1 BGB keinen Gebrauch gemacht hat. 120

cc) 121

In jedem Fall wäre ein – unterstelltes – vollmachtloses Handeln der Fa. D2 für die Beklagte zu 2) nach den §§ 177 Abs. 1, 184, 180 Satz 2 BGB wirksam. 122

Der Anfechtungserklärung von Rechtsanwalt H2 hatte eine Vollmacht nicht beigelegt; eine Zurückweisung nach § 174 Satz 1 BGB ist jedoch nicht erfolgt. Damit hätte – bei unterstelltem Fehlen einer Vollmacht – die Wirksamkeit der Anfechtungserklärung nach § 180 Satz 2 BGB von einer Genehmigung der Beklagten zu 2) nach den §§ 177 Abs. 1, 184 BGB abgehangen. Diese liegt hier in der seitens des Rechtsanwalts Dr. H für die Beklagte zu 2) erklärten Anfechtungserklärung vom 26.09.2006 (Anlage BK 18 = Bl. 1663 GA), jedenfalls in dem in diesem Rechtsstreit gefertigten Klageerwiderungsschriftsatz vom 20.03.2007 (Bl. 128 GA), in welchem sich auch die Beklagte zu 2) auf die Anfechtung bezogen hat und diese damit genehmigt hätte. 123

II. 124

Auf die für die Beklagte zu 2) erklärte Anfechtungserklärung seitens des Rechtsanwalts Dr. H vom 26.09.2006 (Anlage BK 18 = Bl. 1663 GA) kommt es danach nicht mehr an. In jedem Fall liegt hierin eine für die Beklagte zu 2) wirksam erklärte Anfechtungserklärung. Zwar war zu dem Zeitpunkt ihrer Abgabe das am 01.10.2006 eröffnete Insolvenzeröffnungsverfahren noch nicht eröffnet. Es lag jedoch durch Beschluss vom 01.09.2006 ein Insolvenzeröffnungsverfahren vor, für das angeordnet war, dass Verfügungen nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind, § 21 Abs. 2 Nr. 2 2. Alt. InsO. Damit war die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergegangen (MünchKomm/Ott/Vuia § 81 Inso Rz 12 b). Damit ist diese Anfechtungserklärung der Beklagten zu 2) gegenüber dem richtigen Empfänger abgegeben worden. 125

C 126

Es ist auch ein Anfechtungsgrund nach § 123 Abs. 1 BGB gegeben. 127

Die Versicherer sind bei Abschluss des Versicherungsvertrages über die unlauteren Geschäftspraktiken der Fa. W von dieser arglistig getäuscht worden, bei deren Kenntnis sie 128

den Versicherungsvertrag nicht abgeschlossen hätten.

I.

129

Nach den Feststellungen des Landgerichts in seinen Strafurteil vom 07.03.2007 betreffend X und X2 (Anlage TW 32 = Bl. 283 ff GA) sowie in seinem Strafurteil betreffend X3 (Anlage B 8 = Bl. 456 ff GA) arbeitete die Fa. W bereits im Jahr 2001 mit einer monatlichen Unterdeckung von 100.000 bis 200.000 EUR, die seit 2002/2003 über 200.000 EUR monatlich betrug. Gegenüber Sozialversicherungsträgern, Finanzbehörden, Banken sowie Subunternehmern seien die Schulden auf mehrere Millionen Euro angestiegen. Als die Geschäftsführer spätestens Anfang 2003 endgültig festgestellt hatten, dass die finanziellen Mittel der Gesellschaften zur Begleichung der regelmäßigen Verbindlichkeiten nicht ausreichten, beschlossen sie, das von den Kunden anvertraute Geld zur Begleichung der Verbindlichkeiten des Unternehmens zu verwenden. In der Folgezeit wurden vereinnahmte Kundengelder nicht unverzüglich auf Konten der Kunden zur Einzahlung gebracht, sondern erst verspätet gutgeschrieben, wobei dafür regelmäßig das zu diesem Zeitpunkt neu abholte Geld anderer Kunden verwendet wurde. In der Zwischenzeit wurden die entnommenen Gelder auf Konten des Unternehmens überwiesen und für anderweitige, geschäftliche Verbindlichkeiten zweckwidrig verwendet. Im Zeitraum vom 14.02.2003 bis zum 13.01.2006 wurden Kundengelder in Höhe von insgesamt 12.363.419,17 EUR aus dem laufenden Geschäftsbetrieb entnommen und zur Begleichung laufender Verbindlichkeiten der W GmbH verwendet. Den Geschäftsführern war bewusst, dass es aufgrund der Geschäftslage der GmbH höchst ungewiss war, ob und ggf. in welchem Umfang es jemals gelingen würde, Fehlbestände wieder auszugleichen. Unter Berücksichtigung von insgesamt 12,1 Mio. EUR, die bestehenden Geldkreisläufen entnommen und am 28.04.2006 der Fa. Y ausgezahlt wurden, hat das Landgericht einen den Kunden entstandenen Schaden von insgesamt 24.560.770,83 EUR festgestellt.

Der Senat ist in seinem Urteil vom 16.07.2010 (Bl. 1076 R GA) davon ausgegangen, dass Organe der der Fa. W seit dem Jahr 2001 einen Teil der transportierten Gelder zweckwidrig zur Begleichung von Verbindlichkeiten der Fa. W verwendet haben, wobei sie dies dadurch verschleierten, dass sie die dabei jeweils entstehenden Fehlbeträge durch Gelder aus den Abholungen der jeweils nächsten Tage ausglich.

Der Bundesgerichtshof hat in dem Tatbestand seines Revisionsurteils vom 09.11.2011 (Bl. 1224 R GA) festgestellt, dass die Geschäftsführer der W GmbH seit dem Jahr 2001 dieser zum Transport überlassenes Bargeld zweckwidrig verwendet haben, indem sie damit unter anderem Verbindlichkeiten der W GmbH gegenüber anderen Auftraggebern beglichen.

Diese Feststellungen decken sich mit dem Inhalt des Berichtes des Insolvenzverwalters vom 27.11.2006 (Anlage B 20 = Bl. 564, 569 GA), wonach eine wirtschaftliche Schieflage liquiditätsmäßig längere Zeit dadurch ausgeglichen wurde, dass in großem Umfang Kundengelder veruntreut worden seien, wobei sich der Gesamtbetrag auf 23.556.317,35 EUR belaufe.

Diese Feststellungen kann der Senat als unstreitig seinem Urteil zugrunde legen. Die Klägerin hat weder erst- noch zweitinstanzlich das Vorliegen der Anfechtungsgründe – Überschuldung, Schneeballsystem – bestritten. Denn sie hat vorgetragen, dass sie bestreite, dass die Beklagten nicht „bereits von Anfang an die begangenen kriminellen Handlungen der W-Geschäftsführer im Zusammenhang mit Kundengeldern“ gekannt hätten (Bl. 258 GA). Dementsprechend hat die Klägerin auch bereits das Vorliegen einer Irrtumserregung bestritten (Bl. 621 GA). Die Klägerin hat sich dabei (Bl. 259 GA) auf den Standpunkt gestellt,

dass die Beklagten wegen bereits bestehender Vorkenntnis gar nicht getäuscht werden konnten.

II. 135

Entgegen der Auffassung der Klägerin traf die Fa. W die Pflicht, die Versicherer über die Verschiebung von Kundengeldern aufzuklären. 136

Denn hier kann nichts anderes gelten was der Bundesgerichtshof in seinem Beschluss vom 21.09.2011 (IV ZR 38/09 QII) in einem vergleichbaren Fall zu einem Schneeballsystem entschieden hat. (Tz 35 ff). Das Bestehen einer Aufklärungspflicht folgt daraus, dass angesichts der unlauteren Geschäftspraktiken bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses jederzeit die Entdeckung und der Zusammenbruch des Schneeballsystems droht mit der Folge, dass Auftraggeber Gelder bzw. deren Gegenwert verlieren, so dass die Versicherer durch zahlreiche Versicherte in Anspruch genommen werden können (BGH a.a.O. Rz 38 bei juris). Daher stellt allein das Betreiben eines solchen Schneeballsystems bereits eine anzeigepflichtige unmittelbare Gefährdung des Vertragszwecks der Versicherung dar. Damit ergibt sich auch hier, dass durch das Verschweigen der geschilderten Gefahren die Fa. W ihr eigenes wirtschaftliches Wagnis zum Teil auf die Versicherer verlagert hat und diese bewusst mit einem Risiko belastet hat, das über die mit dem Abschluss einer Valoren-Transport-Versicherung normalerweise verbundenen Gefahren erheblich hinausgeht. 137

Dabei ist es unerheblich, dass sich die Verantwortlichen der Fa. W bei Offenbarung ihrer Geschäftspraktiken gegenüber den Versicherern unerlaubter Handlungen hätten bezichtigen müssen. Denn aus dem strafprozessualen Privileg, sich nicht selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen, erwächst kein Anspruch darauf, ungeachtet des Verschweigens solcher Umstände dennoch private Rechte voll durchzusetzen oder sich gar versicherungsvertragliche Vorteile zu erschleichen (BGH a.a.O. Rz 39 bei juris). Die verschwiegenen Geschäftspraktiken betrafen unmittelbar das zu versichernde Risiko. Sie stellten auch keinen in der Vergangenheit abgeschlossenen Vorgang dar, sondern dauerten fort und setzten die Versicherungsnehmerin der Gefahr der Insolvenz und die Versicherer einem deutlich erhöhten Risiko der Inanspruchnahme aus (BGH a.a.O. Rz 39 f bei juris). 138

Die Klägerin kann auch eine „bewußte“ Verheimlichung des Schneeballsystems nicht mit Erfolg bestreiten (so Bl. 614 GA). Den Geschäftsführern der Fa. W war das Betreiben eines Schneeballsystems nur zu gut bekannt; sie haben es vorsätzlich installiert und vorsätzlich aufrechterhalten. Sie kannten damit die ihrer Offenbarungspflicht zugrunde liegenden Tatsachen. Dass die Geschäftsführer irrig, etwa aufgrund einer rechtlichen Falschbewertung ihrer Pflichten, davon ausgegangen wären, dass sie das Betreiben des Schneeballsystems nicht offenbaren müssten, kann nicht angenommen werden. Das Landgericht Essen hat in seinen Strafurteilen festgestellt, dass die Geschäftsführer bestrebt gewesen seien, die zweckwidrige Verwendung von Kundengeldern gegenüber den Kunden geheim zu halten. Dass unter diesen Umständen den Geschäftsführern die Gefahrerheblichkeit des betriebenen Schneeballsystems nicht bewusst gewesen sei, kann nicht angenommen und als gänzlich lebensfremd ausgeschlossen werden. 139

III. 140

Die durch Unterlassen begangenen arglistigen Täuschungen seitens der Fa. W waren auch kausal für die Entscheidung der über die maßgeblichen Umstände sich im Irrtum befindlichen Beklagten, den hier in Rede stehenden Versicherungsvertrag zu schließen. 141

142

1.

Im Ausgangspunkt trifft der Standpunkt der Klägerin zu, dass sich die Beklagten dann, wenn sie von den systematischen Verschiebungen von Kundengeldern ab 2001 Kenntnis gehabt hätten, nicht in einem Irrtum befunden hätten. Es trifft auch zu, dass es Sache des Anfechtenden, hier also der Beklagten, ist, den von ihnen behaupteten Irrtum zu beweisen (BGH Beschluss vom 21.03.2012 IV ZR 233/09 Rz 21 bei juris). 143

Der Irrtum des Erklärenden besteht, wie der BGH (a.a.O. Rz 22 bei juris) betont hat, wenn der Erklärungsgegner seine Täuschung durch Verschweigen verübt hat, in einem Nichtwissen. Will sich der Erklärende auf die Unkenntnis der verschwiegenen Umstände berufen, muss er mithin darlegen und unter Beweis stellen, er habe diese Umstände nicht gekannt. Da hierfür die Regeln über Darlegung und Beweis von Negativtatsachen gelten, genügt der Anfechtende seiner Darlegungslast zunächst mit der Behauptung, die betreffenden Umstände seien ihm vom Erklärungsgegner verschwiegen worden und auch nicht auf andere Weise zur Kenntnis gelangt. Sodann ist es Aufgabe des Gegners, Umstände darzulegen, aus denen sich das Wissen des Anfechtenden um die verschwiegenen Tatsachen ergibt. Diese in erster Linie den Erklärungsgegner, mithin die Versicherungsnehmerin (W), treffende sekundäre Darlegungslast trifft auch denjenigen Versicherten, der - wie die Klägerin - an Stelle der Versicherungsnehmerin Rechte aus dem angefochtenen Vertrag herleiten will. 144

Solche Umstände ergeben sich nicht aus dem Vortrag der Klägerin: 145

Zwar soll es nach dem Vortrag der Klägerin so gewesen sein, dass die Geschäftsführer der Fa. D2, I und I2, zuvor beim Vorversicherer I3 tätig gewesen seien und von dort aus die Fa. W als Versicherungsnehmerin betreut hätten. Als I und I2 vom Versicherer I3 zur Fa. D2 gewechselt seien, sei die Fa. W ihnen gefolgt. Die hierzu aufgestellte Behauptung der Klägerin, dass I aufgrund langjähriger Kenntnis und Betreuung der Wertpapierversicherung bei der Fa. W die dortigen „Verhältnisse“ bereits vor Vertragsschluss „umfassend bekannt“ gewesen seien, bezieht sich jedoch auf die Kenntnis der allgemeinen Verhältnisse bei Fa. W und nicht auf das dortige Betreiben eines Schneeballsystems. 146

Auch aus den sonstigen von der Klägerin vorgetragenen Umständen folgt keine Kenntnis der Beklagten vom Schneeballsystem vor Abschluss des Versicherungsvertrages. 147

2. 148

Ein Anfechtungsrecht nach § 123 BGB besteht nur dann, wenn die Täuschung für die Willenserklärung ursächlich geworden ist (vgl. Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., § 123 BGB Rz 24). Dies ist dann der Fall, wenn der Getäuschte die Willenserklärung ohne die Täuschung überhaupt nicht oder mit einem anderen Inhalt oder zu einem anderen Zeitpunkt abgegeben hätte. Kein Ursachenzusammenhang besteht hingegen, wenn der Getäuschte die Willenserklärung aufgrund eigener selbständiger Überlegungen unabhängig von der Täuschung abgegeben hat (Ellenberger a.a.O.). Für die Annahme einer arglistigen Täuschung ist es nicht erforderlich, dass für den Getäuschten bei größerer Aufmerksamkeit der Irrtum vermeidbar gewesen wäre und die Erklärung dann nicht abgegeben worden wäre. Denn auf Verschulden des Getäuschten kommt es nicht an (BGH NJW 1989, 287, 288; BGH NJW 1997, 1845, 1847). 149

Wenn die Beklagten Kenntnis von der Insolvenzsreife und dem Schneeballsystem gehabt hätten, wäre das diesbezügliche Verschweigen seitens der Fa. W nicht mehr kausal für die 150

auf Abschluss des Versicherungsvertrages gerichteten Willenserklärungen. Allerdings kann nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Kausalität des Irrtums für die Vertragserklärung im Wege des Anscheinsbeweises als erwiesen angesehen werden (vgl. Beschluss vom 21.03.2012 IV ZR 233/09 Rz 26 ff zitiert nach juris). So hat der Bundesgerichtshof ausgeführt, dass es sich von selbst versteht, dass der Versicherer einer Geldtransportfirma nicht bereit ist, Versicherungsschutz zu gewähren, der unter anderem auch die Unterschlagung von Kundengeldern durch die Versicherungsnehmerin umfassen soll, wenn er weiß, dass diese Versicherungsnehmerin bereits seit Jahren durch systematischen rechtswidrigen Zugriff auf Kundengelder Millionenschäden verursacht hat. Hier kann nach der Lebenserfahrung angenommen werden, dass die Täuschung geeignet gewesen sei, die Vertragserklärung der Versicherer zu beeinflussen. Diese Ausführungen im Q-Komplex gelten vorliegend gleichermaßen, so dass der Senat im Wege des Anscheinsbeweises davon ausgeht, dass der Irrtum der Beklagten über das Schneeballsystem kausal für ihren dem Vertragsschluss zugrunde liegenden Entschluss war.

Dieser Anscheinsbeweis ist auch nicht erschüttert durch den Vortrag der Klägerin, dass die 151
Beklagten nicht – auch nicht als sie, vertreten durch die Fa. D2, im März 2006 von bereits im Jahr 2004 erfolgten Verschiebungen erfahren haben sollen – zum Mittel der Anfechtung gegriffen und nicht darauf gedrungen hätten, die ihr bekannt gewordenen Umstände umgehend abzustellen, sondern ein Stillhalteabkommen mit der Geschäftsführung von W getroffen zu haben, wonach diese den Unternehmensteilverkauf vorantreiben und im Gegenzug keine „echten“ Prüfungen stattfinden sollen. Mit diesem Vortrag kann die Kausalität zwischen unterlassener Aufklärung und Vertragsschluss nicht in Frage gestellt werden. Denn das von der Klägerin behauptete Stillhalteabkommen zielte vortragsgemäß nicht auf ein unbegrenztes „Weitermachenkönnen“ bei der Fa. W, sondern auf die Herbeiführung eines „geordneten Endes“. Aus einer solchen behaupteten Gesinnung bei den Beklagten kann nicht geschlussfolgert werden, dass sich die Beklagten auch dann auf den Vertragsschluss mit der Fa. W eingelassen hätten, wenn sie noch vor Vertragsabschluss von dem laufenden Schneeballsystem erfahren hätten. Allein weil die Beklagten nach dem Vortrag der Klägerin versucht haben könnten, im eigenen wirtschaftlichen Interesse „schadlos“ aus dem Versicherungsverhältnis herauszukommen, kann nicht darauf geschlossen werden, dass ihnen bei Vertragsschluss alle maßgeblichen Umstände gleichgültig gewesen wären. Dies wäre nur zu erwägen, wenn ausreichende Anhaltspunkte vorliegen würden, wonach die Beklagten eine Ausweitung ihres Marktanteils buchstäblich um jeden Preis angestrebt hätten. Dafür fehlt aber jeder durchgreifende Anhaltspunkt.

D. 152

Es ist auch die Anfechtungsfrist des § 124 Abs. 1 BGB gewahrt. 153

Die Jahresfrist des § 124 BGB beginnt mit der Entdeckung der Täuschung durch den 154
Anfechtungsberechtigten zu laufen; nicht ausreichend ist ein bloßes Kennenmüssen oder ein bloßer Verdacht (BGH Urteil vom 21.09.2011 IV ZR 38/09 Rz 46 bei juris).

Der Fristlauf beginnt erst, wenn der Getäuschte die arglistige Täuschung als solche erkennt 155
und nicht bereits dann, wenn er über Erkenntnisse verfügt, aus denen sich Anhaltspunkte für die wahre Sachlage ergeben. Denn die Kenntnis muss sich nach § 124 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht nur auf die objektive Unwahrheit der Angaben, sondern auch auf die subjektive Arglist des anderen Teils beziehen (BGH Beschluss 18.01.2012 IV ZR 15/11 Rz 11 bei juris).

Die Beweislast für alle Voraussetzungen des Erlöschens des Anfechtungsrechts trägt der 156
Anfechtungsgegner; er muss daher auch beweisen, wann der Anfechtungsberechtigte von

der arglistigen Täuschung Kenntnis erlangt hat (Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., § 124 BGB Rz 5).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Q-Komplex (vgl. Beschluss vom 21.03.2012 IV ZR 152/10 Rz 33 bei juris) reicht die Kenntnis von Liquiditätslücken, Zahlungsschwierigkeiten, Geldentnahmen und Veruntreuungen nicht aus. Entscheidend ist danach, ob der Versicherer bei Abschluss der Police Kenntnis hatte von dem „Schneeballsystem, seinem Ausmaß und vor allem dem Umstand, dass Q-Verantwortliche all dies [bei Abschluss der Police] wissentlich verschwiegen hatten“. Maßgeblich ist die Kenntnis des Versicherers, dass er „bei Abschluss der Police ... über die Existenz des damals schon für Millionenschäden verantwortlichen Schneeballsystems getäuscht worden war“ (BGH a.a.O.). 157

Dies bedeutet, dass es Sache der Klägerin ist darzulegen und zu beweisen, dass die Beklagten bereits länger als ein Jahr vor ihren Anfechtungserklärungen Kenntnis von der arglistigen Täuschung hatten (vgl. BGH NJW 1992, 2346, 2347 f). 158

Nach dem Vortrag der Beklagten hatten diese vor dem 28./29.08.2006 keine Kenntnis von den Geldverschiebungen bei W. Bezogen auf diesen Zeitpunkt sind die Anfechtungserklärungen vom 30.08.2006 und 26.09.2006 innerhalb der Jahresfrist des § 124 Abs. 1 BGB abgegeben worden. 159

Auch nach Klägervortrag ist die erstmalige Kenntniserlangung seitens der Fa. D2 bezogen auf Unterschlagungen erstmals im Oktober/November 2005 erfolgt: 160

Denn soweit die Klägerin behauptet, dass der Geschäftsführer der Fa. D2 I aufgrund langjähriger Kenntnis und Betreuung der Wertpapierversicherung bei der Fa. W schon in der Zeit der Vorversicherung beim Versicherer I3 die dortigen Verhältnisse bereits vor Vertragsschluss umfassend bekannt gewesen seien, bezieht sich diese Kenntnis dem Zusammenhang nach auf die allgemeinen Verhältnisse bei der Fa. W und nicht auf das dortige Betreiben eines Schneeballsystems. Auch soweit die Klägerin behauptet, der Geschäftsführer I habe sein Wissen um nicht näher spezifizierte „Unregelmäßigkeiten“ mit zur Fa. D2 genommen, bezieht sich dies nicht auf das praktizierte Schneeballsystem und die Insolvenzreife der Fa. W. 161

Soweit die Klägerin behauptet, dass L zur Jahreswende 2004/2005 „erstmalig“ Anhaltspunkte für Zahlungsschwierigkeiten bei W erhalten habe, dass im Oktober/November 2005 L den Geschäftsführer der Fa. D2 I darüber informiert habe, dass bei der Fa. W Kundengelder in Höhe von 7 bis 10 Mio. EUR unterschlagen würden und dass im Dezember 2005 I hierüber erneut, diesmal durch Q2 (oder Q2), der wiederum von L informiert worden sei, ist dieser Vortrag bereits von seinem zeitlichen Bezugspunkt her nicht geeignet, ein Verstreichenlassen der Frist des § 124 Abs. 1 BGB darzutun. Denn selbst bei einer im Oktober/November 2005 unterstellt erfolgten Mitteilung an den Geschäftsführer der Fa. D2 I wäre die Jahresfrist weder am 30.08.2006 (Anfechtung durch Rechtsanwalt H2) noch am 26.09.2007 (Anfechtung durch Rechtsanwalt Dr. H) verstrichen gewesen. 162

Auf den weiteren Vortrag der Klägerin, im März 2006 habe Herr u von der Beklagten zu 2) dem für die Fa. D2 tätigen Sachverständigen M mitgeteilt, dass er von der Leiterin der Geldbearbeitung der Fa. W in Hamm, Frau S, erfahren habe, dass anlässlich der Prüfung durch M in 2005 Gelder aus W2 in Millionenhöhe nach Hamm zur Vertuschung eines Minussaldos geflossen seien, und dass dieser Umstand bei einer Prüfung durch M im März 2006 bestätigt worden sei, wovon M den I in Kenntnis gesetzt habe, kommt es deshalb vom 163

zeitlichen Bezugspunkt ebenso wenig an, wie auf die weitere Behauptung der Klägerin, dass L Anfang März 2006 dem M zwei Kunden genannt habe, bei denen verspätete Geldeingänge vorgekommen seien, was M dem Geschäftsführer der Fa. D2 I mitgeteilt habe.

Dies gilt auch für den Vortrag der Klägerin, dass am 06.03.2006 ein Treffen von I, S-Weg (für die Fa. D2), u (für die Beklagte zu 2)) und den Sachverständigen M2, N, L und M und den Geschäftsführern der Fa. W stattgefunden habe, wobei u.a. Thema die Hinweise auf Verschiebungen in Millionenhöhe bei W gewesen sei, dass M bei einer Revision am 13./14.03.2006 in Hamm einen Sachverhalt aus 2002 entdeckt habe, der auf Veruntreuungen schließen ließ. 164

Schließlich kommt es auf den Vortrag der Klägerin, dass die Geschäftsführer der Fa. W am 19.03.2006 beschlossen hätten, der Fa. D2 ein Stillhalteabkommen vorzuschlagen, damit man sich um einen Verkauf der Sparte Geld/Wert bemühen könne, und der Geschäftsführer der Fa. W X3 am 31.03.2006 dem I einen Fehlbetrag von 15 bis 17 Mio. EUR mitgeteilt habe und dass in Ausführung dessen bis zum 29.08.2006 mit Kaufinteressenten verhandelt worden sei, nicht an, weil auch diesbezüglich ein Verstreichen der Jahresfrist des § 124 BGB nicht in Betracht kommt. 165

Der Auffassung der Klägerin, dass § 124 BGB vorliegend überhaupt nicht zur Anwendung kommen könne, kann nicht gefolgt werden. Die Anwendbarkeit dieser Norm kann im Versicherungsvertragsrecht nicht auf den Fall beschränkt werden, dass die Täuschung erst nach Eintritt des Versicherungsfalles auffällt. Es ist nicht einsichtig, dass sich der Zweck des § 124 BGB darauf beschränken soll, dass ein Versicherer nur im vorgenannten Fall die Gelegenheit haben soll, sich zwischen Regulierung und Anfechtung zu entscheiden. Überdies würde der von der Klägerin befürwortete Wegfall des § 124 BGB dazu führen, dass die Jahresfrist entfällt und somit das Anfechtungsrecht auf unbestimmte Zeit fortbestehen würde. Eine Unverzüglichkeit, wie sie § 121 Abs. 1 BGB kennt, wäre damit nicht eingeführt. 166

E. 167

Eine Bestätigung des Versicherungsvertrages nach § 144 BGB ist nicht erfolgt. 168

Die Bestätigung nach § 144 BGB ist der Sache nach ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht (vgl. Palandt/Ellenberger § 144 BGB Rz 1). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 21.03.2012 IV ZR 233/09 Rz 6 bei juris) setzt die Bestätigung anfechtbarer Rechtsgeschäfte gemäß § 144 BGB die Kenntnis vom Anfechtungsgrund voraus. Soweit ausnahmsweise ein konkludenter Verzicht in Betracht kommt, ist dafür das Vorliegen eines Motivs für einen solchen Verzicht erforderlich. 169

Anders als die Klägerin meint kann eine Bestätigung nach § 144 BGB nicht daraus abgeleitet werden, dass die Beklagten, als ihnen vortragsgemäß spätestens durch die Revision am 13.03.2006 klar geworden sei, dass die Fa. W bereits im Jahr 2004 ein Schneeballsystem betrieben habe, auf diese Erkenntnis mit dem Abschluss eines Stillhalteabkommens reagiert hätten und damit der Fa. W zu verstehen gegeben hätten, an dem Versicherungsvertrag weiter festhalten zu wollen. Denn es liegt im Wesen eines Stillhalteabkommens, dass dieses nur für eine bestimmte Zeit Gültigkeit hat und dass sich der Stillhaltende vorbehält, nach Ablauf einer bestimmten Zeit Entscheidungen nach seinem Ermessen zu treffen, wenn ein bestimmter Erfolg in dieser Zeit ausgeblieben ist. Denn ein Stillhalteabkommen ist eine Übereinkunft zwischen Parteien, die entgegengesetzte Interessen vertreten, für einen bestimmten Zeitraum auf Auseinandersetzungen zu verzichten. Einem Stillhalteabkommen wohnt somit das Element der Zeitweiligkeit inne; es ist ein Abkommen auf Zeit und ist damit 170

nichts Endgültiges. Damit hätten die Beklagten bei unterstellter Beteiligung an einem Stillhalteabkommen ihr Anfechtungsrecht gerade nicht endgültig aufgegeben und sich nicht zur Wirksamkeit des Versicherungsvertrages bekannt. Es ist auch kein durchgreifender Gesichtspunkt erkennbar, aus dem die Beklagten – vorzeitig, aber endgültig - auf ihr Anfechtungsrecht hätten verzichten wollen. Es ist nicht erkennbar, aus welchem Grund die Beklagten an dem Vertrag hätten festhalten sollen, wenn ein Verkauf von Unternehmensteilen nicht zustande kommen würde.

F. 171

Den Beklagten ist es auch nicht nach Treu und Glauben nach § 242 BGB verwehrt, den Versicherungsvertrag anzufechten. 172

Zwar ist der Klägerin im Ausgangspunkt darin zu folgen, dass auch die Geltendmachung des Anfechtungsrechts durch den Anfechtungsberechtigten verwirkt sein kann, denn alle Rechte und Rechtspositionen unterliegen grundsätzlich der Verwirkung (Palandt/Grüneberg, 71. Aufl. § 242 BGB Rz 88). So hat der Bundesgerichtshof (BGHZ 107, 368, 375 f; vgl. Prölss/Martin, 27. Aufl., § 6 VVG Rz 131; grundsätzlich für Rechtsmissbrauch als Schranke der Anfechtbarkeit auch Römer/Langheid, 2. Aufl., § 6 VVG Rz 133) entschieden, dass die Sanktion der Leistungsfreiheit verwirkt ist, wenn sich der Versicherer in einer der arglistigen Täuschung „gleichwertigen oder gar schwerwiegenden Art und Weise“ verhält. Dies gelte, wenn der Versicherer das gegenseitige Vertrauensverhältnis grundlegend und in ausgesprochen vorwerfbarer Weise zerstöre; auch in besonders gelagerten Fällen müsse es für einen Versicherer selbstverständlich sein, sich korrekt zu verhalten. 173

Allgemein wird angenommen, dass ein Anfechtungsrecht ausnahmsweise dann durch Verwirkung ausgeschlossen ist, wenn in der Ausübung ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt (Erman/Arnold, 13. Aufl., § 242 BGB Rz 2), bzw. wenn besondere Umstände vorliegen (PWW/Ahrens, 6. Aufl., § 124 BGB Rz 1). Auch in seinen Entscheidungen NJW 1992, 2346 und NJW 1971, 1795, 1800 ist der Bundesgerichtshof grundsätzlich von der Möglichkeit einer Treuwidrigkeit einer Arglistanfechtung ausgegangen, hat dafür aber das Vorliegen ganz besonderer Umstände verlangt. 174

Allerdings erweist sich das von der Klägerin vorgetragene Verhalten der Beklagten nicht als so erheblich missbilligenswert, dass ihnen das Recht zur Anfechtung abzusprechen wäre. 175

Nach Auffassung des Senates stellt es keinen zureichenden Anknüpfungspunkt für eine zu missbilligende Widersprüchlichkeit dar, dass die Beklagten – die Richtigkeit des klägerischen Vortrags unterstellt – an dem Vertrag festgehalten haben, solange es ihnen vorteilhaft erschien, und zum Mittel der Anfechtung erst dann gegriffen haben, als sie sich von der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs der Fa. W keinen weiteren Nutzen versprochen. Denn es ist zu berücksichtigen, dass das Gesetz dem arglistig Getäuschten eine Jahresfrist für die Ausübung seines Anfechtungsrechts einräumt. Anders als der nach den §§ 119, 120 BGB Anfechtende, der sein Anfechtungsrecht nach § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB unverzüglich ausüben muss, will er es nicht verlieren, hat der arglistig Getäuschte somit eine Bedenkfrist von einem Jahr. Der Anfechtungsgegner muss den langen Zeitraum des Wahlrechts des Anfechtungsberechtigten hinnehmen, weil er – der Anfechtungsgegner – weniger schutzbedürftig ist (vgl. Staudinger/Singer, Neubearbeitung 2011, § 124 BGB Rz 1; MünchKomm/Armbrüster, 6. Aufl., 2012, § 124 BGB Rz 1). Das Durchgreifenlassen der Treuwidrigkeit führt im Ergebnis zu einer vorzeitigen Beendigung des Wahlrechts und beseitigt letztlich das Wahlrecht, weil von der Anfechtungsberechtigten ein unverzügliches Handeln nach Erkennen der Anfechtungsberechtigung verlangt wird, was grundsätzlich der 176

gesetzlichen Konzeption zuwiderläuft. Überdies ist zu berücksichtigen, dass nach der gesetzlichen Konzeption ein vorzeitiger Verlust des Anfechtungsrechts nur im Falle der Bestätigung nach § 144 BGB stattfinden soll. Hierzu ist anerkannt (vgl. Staudinger/Roth, Neubearbeitung 2011, § 144 BGB Rz 6; MünchKomm/Busche 6. Aufl., § 144 BGB Rz 6), dass an die Annahme einer Bestätigung durch konkludentes Verhalten strenge Anforderungen zu stellen sind, um das Wahlrecht nicht zu unterlaufen.

Auch im Weiteren liegen hier keine so ungewöhnliche Umstände vor, die die Annahme einer Treuwidrigkeit rechtfertigen könnten: 177

So ist schon in den Blick zu nehmen, dass die Klägerin mangels Bestehens eines Direktanspruchs (vgl. Felsch r+s 2012, 223, 224) aus abgetretenem Recht des Insolvenzverwalters vorgeht, also Ansprüche geltend macht, die ursprünglich der Fa. W gegenüber den Beklagten zustanden. Es liegt auf der Hand, dass die Annahme eines treuwidrigen Verhaltens der Beklagten gegenüber der Fa. W nicht in Betracht kommt. Denn neben dem Gesichtspunkt des Schutzes des arglistig Getäuschten vor den Machenschaften des arglistig Täuschenden tritt hier hinzu, dass es gerade die Fa. W selbst gewesen ist, die nach dem Vortrag der Klägerin der Fa. D2 ein Stillhalteabkommen angetragen hat. Die Fa. W selbst würde sich widersprüchlich verhalten, wenn sie sich darauf berufen würde, dass die Beklagten mit ihr kein Stillhalteabkommen hätten abschließen dürfen, sondern unmittelbar im März 2006 hätten anfechten müssen. 178

Der von der Klägerin angeführte Gesichtspunkt, dass die Beklagten vortragsgemäß aus Gründen des eigenen wirtschaftlichen Vorteils das Schneeballsystem der Fa. W aufrecht erhalten und es ermöglicht hätten, dass über Monate hinweg weitere Straftaten von den Verantwortlichen der Fa. W in einem beträchtlichen Umfang hätten begangen werden können, rechtfertigt ebenfalls nicht die Annahme einer Treuwidrigkeit. Dabei kann der Umstand, dass die Beklagten auf ihren eigenen wirtschaftlichen Vorteil bedacht waren, allein keinen Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit begründen. Auch muss berücksichtigt werden, dass es die Verantwortlichen der Fa. W waren, die durch ihre arglistige Täuschung die Willensfreiheit der Beklagten beeinträchtigt haben und sie allein die Verantwortung für das kriminelle Schneeballsystem tragen. Deshalb vermag allein ein passives Verhalten der Beklagten in Kenntnis des Schneeballsystems eine Treuwidrigkeit des Handelns der Beklagten nicht zu begründen. Ob anderes in Betracht gekommen wäre, wenn die Beklagten mittels der Fa. D2 durch eigenes aktives Handeln zur Aufrechterhaltung des kriminellen Schneeballsystems beigetragen hätten, kann dahin stehen. Denn ein solches aktives Verhalten seitens der Fa. D2 ist nicht gegeben, jedenfalls nicht gegenüber der Klägerin. Hinzukommt, dass es die Versicherten wie die Klägerin sind, die sich die Fa. W als Vertragspartner ausgewählt und damit auf ihr eigenes Risiko gehandelt haben, so dass es konsequent ist, die Versicherten alle Folgen des Verhaltens der Fa. W tragen zu lassen. 179

Hinzu kommt folgender Gesichtspunkt: Wenn die Beklagten dasjenige getan hätten, was die Klägerin von ihnen im Rechtsstreit verlangt, nämlich in angemessener Zeit über die Ausübung des Anfechtungsrechts zu entscheiden, wäre der Schaden im März oder April 2006 eingetreten, was der Klägerin nur dann zum Vorteil gewesen wäre, wenn sie im März/April 2006 nicht zu den dann Geschädigten gehört hätte oder einen geringeren Schaden erlitten hätte. Dies lässt sich jedoch nicht feststellen. Zwar hat die Klägerin im Zusammenhang mit ihrem Vorbringen zu einer Vertragsverletzung behauptet, dass die Verluste der Klägerin in jedem Fall verhindert worden wären. Davon kann jedoch nicht ausgegangen werden, weil die Klägerin der Fa. W fortlaufend Gelder anvertraut hat. 180

Allerdings kommt es durchaus in Betracht, dass der Versicherungsfall bei einer frühzeitigeren Anfechtungserklärung nicht bei der Klägerin, sondern bei einer anderen versicherten Person eingetreten wäre. Zwar wäre dann das Schneeballsystem zu einem früheren Zeitpunkt beendet worden, jedoch kann keineswegs ausgeschlossen werden, dass es nicht im März/April 2006 ebenfalls die Klägerin getroffen hätte, weil es nicht feststeht und auch nicht geklärt werden kann, wessen Gelder im März/April 2006 (oder zu einem anderen Zeitpunkt) verschoben worden waren. Wäre die Klägerin auch im März/April 2006 Geschädigte gewesen, könnte eine spätere Ausübung des Anfechtungsrechts ihr gegenüber nicht treuwidrig sein. Anderes käme überhaupt nur in Betracht, wenn sich der Schadensumfang (signifikant oder nur überhaupt) vergrößert hätte. Jedoch sind auch hierzu keinerlei Feststellungen möglich. Es ist noch nicht einmal ausgeschlossen, dass der Schaden Mitte März 2006 nicht sogar größer gewesen wäre; jedenfalls lässt sich nicht feststellen, dass er im März 2006 (oder zu einem anderen Zeitpunkt) kleiner gewesen wäre.

Überdies argumentiert die Klägerin unbillig, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, dass die 182
Beklagten gehalten gewesen wären, eine Schädigung anderer W-Kunden zu manifestieren; aus der Sicht der Beklagten als Versicherer waren alle versicherten Personen „gleichwertig“. Die Beklagten hatten keine Veranlassung, einige der Versicherten zu privilegieren; auch dies spricht dafür, dass sie nicht gehalten waren, zu einem bestimmten Zeitpunkt ihre Anfechtung zu erklären.

Auch soweit es die Klägerin als einen eigenständigen Gesichtspunkt des venire con-tra 183
factum proprium sieht, dass die Beklagten die im Januar 2005 vor Vertragsschluss durchgeführte Revision bei W unzureichend durchgeführt habe (Kontrollen nur für die zurückliegenden ein bis zwei Tage, Prüfung nur für die jeweilige Filiale und vorherige Ankündigung) und dass das Verhalten der Beklagten dafür spreche, dass sich die Beklagten bewusst die Ausübung ihres Anfechtungsrechts bis zum Eintritt des Versicherungsfalles in der Hinterhand halten und die Risikoprüfung nach hinten verschieben wollten, rechtfertigt dies keine andere Bewertung. Selbst wenn die Revision nur unzulänglich durchgeführt worden wäre, hätten sich die Beklagten dadurch nicht ihres Anfechtungsrechts wegen arglistiger Täuschung durch die Versicherungsnehmerin begeben. Denn die Anfechtung dient dem Schutz der Willensfreiheit; diesen Schutz verliert ein Vertragspartner nicht deshalb, weil er sich bei Vertragsanbahnung nachlässig verhalten haben sollte.

Im Übrigen besteht keine Rechtspflicht des Transportversicherers, das Geschäftsgebaren der 184
Versicherungsnehmer auf Seriosität, Redlichkeit oder nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zu überprüfen oder zu kontrollieren (Felsch r+s 2012, 223, 234).

Schließlich kommt die Annahme einer Treuwidrigkeit nicht unter dem seitens der Klägerin in 185
der mündlichen Verhandlung hierzu ergänzend angeführten Gesichtspunkt einer behaupteten Nachlässigkeit des für die Fa. B tätigen Herrn u2 in Betracht. So ist schon ein Nachlässigkeitsvorwurf gegenüber Herrn u2 ohne ausreichende Grundlage. Die Klägerin zeigt nicht auf, worin konkret eine Nachlässigkeit bestanden haben soll. Der Senat hat bereits in seinem Urteil vom 16.07.2010 (Bl. 1093 GA) darauf hingewiesen, dass drei Möglichkeiten für das „Verschwinden“ des Geldes in Betracht kommen. Konsequenterweise hat der BGH in seinem Revisionsurteil in dieser Sache (Tz 34 Bl. 1229 GA) formuliert „der Verbleib des Geldes ist ungeklärt“. Allein der Umstand, dass Herr u2 in der Filiale war, reicht nicht als Anknüpfungspunkt für einen Nachlässigkeitsvorwurf aus. Überdies kommt entscheidend hinzu, dass selbst dann, wenn ein Nachlässigkeitsvorwurf gegenüber Herrn u2 berechtigt wäre, allein das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs in Betracht gekommen wäre (falls auch die weiteren Voraussetzungen für einen hierauf gegenüber den Beklagten erhobenen

Schadensersatzanspruch gegeben wären, was jedoch nicht der Fall ist, dazu sogleich unten). An der Geltendmachung der aus den Anfechtungserklärungen vom 30.08.2006 bzw. 26.09.2006 folgenden Nichtigkeit des Versicherungsvertrages wären die Beklagten deshalb keinesfalls gehindert.

G. 186

Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagten besteht schließlich nicht. 187

I. 188

Soweit die Klägerin ihre Klageforderung hilfsweise auch auf das Vorliegen einer schweren Pflichtverletzung gestützt hat, weil die Beklagten unter Verletzung ihrer Informationspflichten die Klägerin „ins Messer“ hätten laufen lassen, übersieht die Klägerin jedoch, dass schon die Grundlage ihrer Argumentation, sie habe einen Direktanspruch gegenüber den Beklagten nicht zutrifft, weil ein solcher Direktanspruch nicht besteht (vgl. Felsch r+s 2012, 223, 224) und die Klägerin aus abgetretenem Recht des Insolvenzverwalters vorgeht. Eine Vertragsbeziehung oder eine vertragsähnliche Sonderbeziehung zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits bestand gerade nicht. Weder die Versicherungsbestätigung noch der Versicherungsvertrag enthalten ungeschriebene Mitteilungspflichten oder Pflichten, ein Fehlverhalten der Verantwortlichen der Fa. W zu unterbinden, oder die Versicherten vor einem drohenden Schaden zu warnen (BGH Urteil vom 09.01.2011 IV ZR 16/10 Rz 21 bei juris). 189

II. 190

Auch ein darauf gestützter Schadensersatzanspruch aus §§ 823, 826, 830 BGB i.V.m. §§ 246, 263, 266, 27 StGB, dass die Beklagten den Versicherungsschutz nach März 2006 weiterhin unterhalten und eine vorzeitige Vertragsbeendigung oder zumindest eine Information der Versicherten unterlassen haben, besteht nicht, weil die Beklagten keine Garantenpflicht inne hatten. Die Klägerin hat die Fa. W auf eigenes Risiko ausgewählt und mit den Beklagten keinen eigenen Vertrag geschlossen; eine besondere Schutzpflicht zugunsten der Versicherten ist im Versicherungsvertrag nicht vereinbart worden (vgl. BGH Urteil vom 09.01.2011 IV ZR 16/10 Rz 22 bei juris). 191

III. 192

Schließlich kann die Klägerin einen Schadensersatzanspruch nicht auf ihren Vortrag stützen, dass Herr u2 von der Fa. B, dessen Verhalten sich die Beklagten nach § 278 BGB zurechnen lassen müsse, den Abgang von Bargeld nicht verhindert habe und durch seine Nachlässigkeit der Betrag von 3.224.000 EUR am 29.08.2006 abhanden gekommen sei. 193

Wie bereits oben erwähnt ist schon ein Nachlässigkeitsvorwurf gegenüber Herrn u2 ohne ausreichende Grundlage, weil nicht erkennbar wird, worin konkret eine Nachlässigkeit bestanden haben soll. Allein der Umstand, dass Herr u2 in der Filiale war, reicht nicht als Anknüpfungspunkt für einen Nachlässigkeitsvorwurf aus. 194

Überdies besteht zwischen den Parteien dieses Rechtsstreits kein Vertrags- oder vertragsähnliches Schuldverhältnis, so dass für die Anwendung des § 278 BGB keine Grundlage gegeben ist. Schließlich bestand keine Garantenpflicht der Beklagten gegenüber der Klägerin, so dass die Beklagten der Klägerin nicht zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet waren. 195

III.	196
Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 91, 543 Abs. 2 Satz 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO.	197
Die Revision war nicht zuzulassen, da die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung keine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordern. Die für die Entscheidung maßgeblichen Rechtsfragen sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geklärt und solche des Einzelfalls.	198
