
Datum: 09.01.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 9 U 33/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:0109.9U33.17.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 20 O 205/16

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter deren Zurückweisung im Übrigen das am 09.03.2017 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 20 O 205/16 - teilweise abgeändert und der Tenor wie folgt neu gefasst:

1. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von der mit Urteil des LG Stade (5 O 370/14) vom 01.07.2015 titulierten Forderung der A Holding GmbH in Höhe von 446.857,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.12.2014 freizustellen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von der im Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Stade (5 O 370/14) vom 14.10.2015 titulierten Forderung der A Hoplding GmbH in Höhe von 17.852,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.07.2015 freizustellen.
3. Es wird festgestellt, dass die Beklagte verpflichtet ist, die Klägerin von den an die A Hoplding GmbH zu erstattenden außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens vor dem OLG Celle - 7 U 119/15 - freizustellen;
4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 13.428,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen;

5. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin von den Vergütungsansprüchen der Rechtsanwälte B & C gemäß Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Stade (5 O 370/14) vom 20.12.2016 in Höhe von 5.041,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.08.2016 freizustellen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits beider Instanzen werden der Beklagten auferlegt.

Dieses Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin darf die Vollstreckung durch die Beklagte durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Beklagte darf die Vollstreckung durch die Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

<u>Gründe:</u>	1
I.	2
Die Klägerin begehrt von der Beklagten Entschädigungsleistungen aus der bei dieser abgeschlossenen Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung.	3
Bei der Klägerin handelt es sich um eine im Jahr 2001 u.a. von Herrn E gegründete Wirtschaftsprüfungsgesellschaft. Herr D war Steuerberater und seit 2007 zugleich Prokurist (XXX 1 AH gelb) sowie seit 2009 Gesellschafter der Klägerin. Der am 28.09.2009 geschlossene Gesellschaftsvertrag der Klägerin enthält u.a. folgende Regelungen (XXX 2 AH gelb):	4
„§ 2 Gegenstand des Unternehmens:	5
(1) Gegenstand des Unternehmens sind die für Wirtschaftsprüfungsgesellschaften gesetzlich und berufsrechtlich zulässigen Tätigkeiten gem. § 2 i.V.m. § 43 IV WPO.	6
(2) Handels- u. Bankgeschäfte sind ausgeschlossen.“	7
Am 01.04.2008 schloss die Klägerin bei der F Versicherungen, Niederlassung Deutschland, einen Versicherungsvertrag zur Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung, Nr. VBA 0xx01xx, (Vers-schein K 1 AH orange). Grundlage dieses Vertrags waren die Allgemeinen	8

und Besonderen Versicherungsbedingungen sowie Risikobeschreibungen zur Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Patentanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und vereidigte Buchprüfer gemäß Formular Nr. VSH.B 1600.ASW. 06/05 (K 2 AH orange).

Nach Übernahme des Versicherungsbestandes der F G. wurde dieser Versicherungsvertrag von der Beklagten fortgeführt. Die für den Vertrag maßgebenden Versicherungsbedingungen blieben unverändert. (K 3 AH orange) Teil 1, Ziff. 4.5 VSH.B 1600 ASW 06/05 enthält folgende Regelung: 9

„4. Ausschlüsse 10

4. Der Versicherungsschutz bezieht sich nicht auf Haftpflichtansprüche (...) 11

4.5 wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung. (...)“ 12

Im April 2012 kam die Klägerin in Kontakt mit Herrn H, der sich ihr gegenüber bemühte, von privaten Geldgebern kurzfristige Liquidität für den Ankauf von Immobilien zu erhalten, die überwiegend aus Zwangsversteigerungen erworben und alsbald wieder veräußert werden sollten. Die Abwicklung der Kredite sollte treuhänderisch über die Klägerin als Treuhandgesellschaft erfolgen. Hierzu war vorgesehen, dass die Klägerin Treuhandverträge mit den Kreditgebern und anschließend für diese Darlehensverträge mit Herrn H abschließt. 13

Am 31.05.2012 erklärte Herr H vor dem Notar Dr. I die Bestellung von je einer Grundschuld in Höhe von 125.000,- € an sechs im Grundbuch von J eingetragenen Grundstücken, Blatt 2613, 2614, 2615, 2616, 2617 und 2977, und bezeichnete sich jeweils als Eigentümer der mit den Grundschulden belasteten Grundstücken (K 7 – K 12 AH orange). Hierbei handelte es sich um die gemäß Treuhand- und Darlehensvertrag um zur Absicherung an Herrn D abzutretende notarielle Eigentümergrundschulden. 14

Unter dem 05.06.2012 schlossen die Klägerin und die A Holding GmbH einen Treuhandvertrag, worin letztere die Klägerin beauftragte, ein Kreditgeschäft mit Herrn H über 450.000,- € abzuwickeln (K 4 AH orange). Der zweiseitige Treuhandvertrag (DIN A4 Seiten) enthält folgende Vereinbarung: 15

„Vorbemerkung 16

Der Treuhänder wird vom Treugeber beauftragt, ein Kreditgeschäft über 450.000,- € abzuwickeln. Hierfür wird der Treuhänder beauftragt, einen Kreditvertrag mit dem Darlehensnehmer abzuschließen und die Zahlung abzuwickeln. 17

Der Darlehensnehmer des Kreditgeschäfts verwendet den Geldbetrag für einen Grundstückskauf. Die Modalitäten des Grundstücksankaufgeschäfts wurden dem Treuhänder vom Kreditnehmer erläutert. Der Treuhänder hat den Treugeber über diese Informationen in Kenntnis gesetzt. 18

Der Treuhänder wird im Kreditvertrag mit dem Darlehensnehmer einen pauschalen Zins in Höhe von 22.500,- € vereinbaren. 19

Das Kreditgeschäft wird am 08.06.2012 vereinbart und beginnt mit Auszahlung der Darlehenssumme an den Kreditnehmer an diesem Tag. Die Laufzeit des Darlehens endet am 20

15. September 2012 mit Rückzahlung des gesamten Betrags einschließlich Zinsen.	
Eine vorzeitige Rückzahlung soll möglich sein, jedoch ohne eine Reduzierung der pauschalen Vergütung.	21
Die Absicherung des Kreditgeschäfts erfolgt über notariell an Herrn D abgetretene Eigentümergrundschulden bzw. durch Hinterlegung von Eigentümergrundschuldbriefen beim Treuhänder in Mindesthöhe des Darlehensbetrages“.	22
Am gleichen Tag schloss die Klägerin als Treuhänderin der A Holding GmbH mit Herrn H einen Darlehensvertrag über 450.000,- €, wonach das Darlehen am 15.09.2012 zur Rückzahlung fällig sein sollte (K 5 AH orange). § 5 des Darlehensvertrags regelt folgendes:	23
„Als Sicherheit dienen notariell an Herrn D abgetretene Eigentümergrundschulden des Darlehensnehmers an verschiedenen Grundstücken in Mindesthöhe der Darlehenssumme. Der Darlehensnehmer sichert die Werthaltigkeit der Sicherheiten zu.“	24
Nachdem Herr H am 07.06.2012 zu den von ihm bestellten notariellen Grundschulden jeweils zugunsten von Herrn D notariell beurkundete Abtretungserklärungen an diesen übergeben hatte (K 13 – K 18 AH orange), zahlte die A Holding GmbH 450.000,- € auf das Geschäftskonto der Klägerin. Herr D hob das Geld bei der Bank ab und händigte den Barbetrag Herrn H aus, der den Erhalt am 12.06.2012 quittierte (K 6 AH orange).	25
Im August 2012 kurz vor der fälligen Rückzahlung eines anderen Darlehens am 31.08.2012 teilte Herr H der Klägerin mit, dass er in seinem Wohnhaus überfallen und ausgeraubt worden sei, wobei ihm ein großer Geldbetrag gestohlen worden sei. Zur Erbringung der anstehenden Darlehensrückzahlungen seien nicht geplante Grundstücksverkäufe erforderlich, die am 24.08.2012 bei einem Notar beurkundet werden sollten. Aufgrund der Erklärung des Herrn H, dass potentielle Käufer Einsicht in die gegebenen Sicherheiten verlangten, erklärte sich Herr D bereit, die entsprechenden Urkunden am 24.08.2012 zur Einsichtnahme zur Verfügung zu stellen. Herr D händigte Herrn H die Urkunden über die Grundschuldbestellungen zur Mitnahme zum Notartermin aus und wartete auf dessen Rückkehr.	26
Herr H kehrte ohne die überlassenen Unterlagen zurück und erklärte Herrn D, dass sie beim Notar bleiben müssten, aber wenige Tage nach dem Notartermin die Kaufpreise fließen sollten, woraus dann die Rückzahlung der Darlehensbeträge vorgenommen würde. Eine Darlehensrückzahlung nahm Herr H allerdings nicht vor. Auf Nachfrage beim Notar erfuhr die Klägerin, dass am 24.08.2012 keine Beurkundung von Grundstückskaufverträgen stattgefunden hatte.	27
Nachdem Herr H auch in der Folgezeit keine Zahlungen leistete und zudem eine mit einer gefälschten Unterschrift von Herrn D versehene Bestätigung über die Rückzahlung von Darlehensbeträgen über insgesamt 1.050.000,- € vorgelegt hatte, erstattete die Klägerin Strafanzeige gegen ihn.	28
Am 04.10.2012 übersandte die Klägerin der Beklagten eine vorsorgliche Schadenanzeige, deren Eingang die Beklagte bestätigte.	29
In einer nach Abwicklung der Geschäfte anberaumten Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 16.10.2012 wurde festgestellt, dass Herr H das ihm darlehensweise überlassene Geld nicht zurückzahlen konnte. Im Protokoll heißt es unter Ziff. 4 (XXX 15 AH	30

gelb):

„Die Treuhandverträge mit den Treugebern im Namen der K wurden von D (= D) mit Kenntnis v. E (= E) geschlossen. Die Durchführung/Abwicklung der Treuhandverträge wurde v. D eigenverantwortlich vorgenommen“.

In der Folgezeit zeigte die Klägerin der Beklagten an, dass sie von den Darlehensnehmern auf Schadensersatz in Anspruch genommen worden sei. Daran schloss sich ein mehr als einjähriger Schriftverkehr zwischen den Parteien an, in dem die Beklagte mehrfach sinngemäß schrieb, dass eine abschließende Beurteilung der Schadenangelegenheit in haftungs- und deckungsrechtlicher Hinsicht noch nicht möglich sei.

Nachdem die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 13.11.2014 mitgeteilt hatte, dass nach deren Sachverhaltschilderung ein Versicherungsfall nicht gegeben sei, da kein Schadensersatzanspruch eines anderen vor(liege), der gegen die Klägerin wegen einer Pflichtverletzung geltend gemacht wird (K 19 AH orange), forderte der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 03.12.2014 zur Erteilung einer Deckungszusage bis zum 13.12.2014 auf (K 20 AH orange).

Hierauf erwiderte die Beklagte mit Schreiben vom 19.12.2014, dass eine abschließende Beurteilung in haftungs- und deckungsrechtlicher Hinsicht nicht möglich sei, aber für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorläufiger Abwehrschutz erteilt werde. Außerdem wies sie darauf hin, dass damit eine Deckungszusage in der Hauptsache nicht verbunden sei, sondern eine abschließende deckungsrechtliche Prüfung vielmehr bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Haftpflichtprozesses zurückgestellt werden müsse (K 21 AH orange).

Zwischenzeitlich hatte die A Holding GmbH unter dem 18.12.2014 gegen die Klägerin Klage auf Zahlung von 450.000,- € nebst Zinsen vor dem LG Stade unter dem Az. 5 O 370/14 erhoben. Wegen des Inhalts wird auf die Anlage K 22 Anlageheft orange verwiesen. Nach Zustellung der Klage am 20.01.2015 an die Klägerin beauftragte diese die Rechtsanwälte B & C mit ihrer Vertretung vor dem LG Stade und unterrichtete die Beklagte davon.

Mit Urteil vom 01.07.2015, Az. 5 O 370/14, verurteilte das LG Stade die Klägerin zur Zahlung von 450.000,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.12.2014 an die A Holding GmbH (K 23 AH orange). Daraufhin beauftragte die Beklagte die Rechtsanwälte B & C mit der Einlegung der Berufung gegen dieses erstinstanzliche Urteil des LG Stade beim OLG Celle, die unter dem Az. 7 U 119/15 geführt wurde.

Mit Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Stade vom 14.10.2015, Az. 5 O 370/14, wurden die von der Klägerin an die A Holding GmbH zu erstattenden erstinstanzlich entstandenen Kosten mit 17.852,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.07.2015 festgesetzt (K 38 AH orange).

Am 02. und 03.11.2015 wurden der Klägerin vorläufige Zahlungsverbote zugestellt, die an die L Privat- und Geschäftskunden AG, die M AG und die N gerichtet und zuvor von der A Holding GmbH im Rahmen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus dem Kostenfestsetzungsbeschluss des Landgerichts Stade vom 14.10.2015 gemäß §§ 720 a, 845 ZPO beantragt worden waren (K 26 AG orange).

Diese Zahlungsverbote leitete die Klägerin am 10.11.2015 an die Beklagte weiter, mit der Bitte um schuldbefreiende Zahlung zur Vermeidung einer ansonsten drohenden Kontenpfändung (K 27 AH orange). Am 18.11.2015 erhielt die Klägerin eine schriftliche Aufforderung zur Zahlung des festgesetzten Betrags von 18.221,40 € mit der Ladung zur Abgabe der Vermögensauskunft auf den 15.12.2015 für den Fall nicht fristgerechter Begleichung erhalten hatte (K 26 AH orange).

Mit Schreiben vom 18.11.2015 teilte die Beklagte den Rechtsanwälten B & C mit, dass eine abschließende Prüfung der zugrunde liegenden Schadenangelegenheit in haftungs- und deckungsrechtlicher Hinsicht nicht möglich sei und die Ergreifung von Maßnahmen mit schuldbefreiender Wirkung deshalb nicht in Betracht komme (K 28 AH orange). 40

Obwohl der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 03.12.2015 zur unverzüglichen Erfüllung ihrer Verpflichtung aus § 101 III VVG unter nochmaliger Beifügung der vorläufigen Zahlungsverbote sowie der Ladung zur Abgabe der Vermögensauskunft (K 29 AH orange) aufgefordert und die Beklagte mit weiterem Anwaltsschreiben unter Hinweis auf den Termin zur Abgabe der Vermögensauskunft daran erinnert hatte (K 30 AH orange), rügte diese mit Schreiben vom 15.12.2015 nur das Fehlen von Protokollen von Geschäftsleitersitzungen aus 2012 (K 31 AH orange). Auf die der Klägerin drohende Zwangsvollstreckung reagierte sie nicht. 41

Nachdem die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 15.12.2015 zum Nachweis einer Sicherheitsleistung oder Hinterlegung zur Vermeidung weiterer Vollstreckungsmaßnahmen aufgefordert hatte (K 32 AH orange), teilte diese der Klägerin mit Schreiben vom 18.12.2015 mit, dass die „Angelegenheit“ an sich entscheidungsreif sei und sie eventuell eine für die Klägerin negative Deckungsentscheidung treffen müsse. Um die damit für die Klägerin verbundenen negativen Folgen zu vermeiden, erklärte sich die Beklagte bereit, die weitere Entwicklung der haftungsrechtlichen Situation abzuwarten unter der Voraussetzung, dass die Klägerin erkläre, aus einem Hinausschieben der deckungsrechtlichen Entscheidung keine Einwendungen abzuleiten und auf die Einrede der Verjährung hinsichtlich etwaiger Rückgriffsansprüche zu verzichten. Ziel sei der Abschluss eines für alle Beteiligten tragbaren Haftungs-/Deckungsvergleichs (K 33 AH orange). 42

Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin sagte mit Schreiben vom 21.12.2015 zu, dass Einwendungen aus einem Hinausschieben der deckungsrechtlichen Entscheidung nicht erhoben würden und verzichtete auf die Einrede der Verjährung bzgl. etwaiger Rückforderungsansprüche, unter der Bedingung, dass die Beklagte die anstehende Sicherheitsleistung oder Hinterlegung zur Abwendung der von der A Holding GmbH erbringe (K 34 AH orange). 43

Letzteres lehnte die Beklagte mit Schreiben vom 21.12.2015 mit der Begründung ab, dass darin ein Anerkenntnis der Leistungspflicht zu sehen wäre, verbunden mit der Ankündigung, die Deckung zu versagen, wenn die Klägerin zur Abgabe einer bedingungsfreien Erklärung nicht bereit sei (K 35 AH orange). 44

Mit weiterem Schreiben vom 29.12.2015 lehnte die Beklagte die Gewährung von Deckungsschutz gegenüber dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit der Begründung ab, dass die getätigten Geschäfte nicht dem Schutzbereich des mit ihr geschlossenen Versicherungsvertrags unterfielen, sie sich aber zumindest auf den Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung gemäß Ziff. 4.5 der Versicherungsbedingungen berufen könne (K 36 AH orange). 45

Mit Urteil des OLG Celle vom 06.04.2016, Az. 7 U 119/15, wurde die von der hiesigen Klägerin erhobene Berufung gegen das Urteil des LG Stade vom 01.07.2015, Az. 5 O 370/14 zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die hiesige Klägerin sich bei Vertragsschluss zu einer Besicherung des Darlehensvertrags verpflichtet habe. Der Verpflichtung, das Darlehen nur gegen die in dem Treuhandvertrag festgeschriebene Absicherung an den Darlehensnehmer auszuzahlen, sei sie nicht nachgekommen. Indem sie die 450.000,- € gegen nur vorgetäuschte Sicherheiten an den Darlehensnehmer ausgezahlt habe, habe sie ihre Pflichten aus dem Treuhandvertrag schuldhaft verletzt und zugleich die von ihr geschuldete Herausgabe des Erlangten an die Klägerin des dortigen Rechtsstreits unmöglich gemacht. Wie sich durch die Einsichtnahme in die Grundbücher durch das OLG Celle selbst herausgestellt habe, sei Herr H nicht Eigentümer der Grundstücke, an denen Eigentümergrundsschulden bestellt und zur Sicherheit abgetreten worden seien, so dass die Abtretung der vermeintlichen Eigentümergrundsschulden ins Leere gegangen seien. Aufgrund dessen stehe der A Holding GmbH ein Schadensersatzanspruch aus §§ 280 I, 283 BGB zu (K 37 AH orange).

Das OLG Celle setzte mit Kostenrechnung vom 20.04.2016 die Gerichtskosten für das Berufungsverfahren, Az. 7 U 119/15, auf 13.428,- € fest (K 39 AH orange). 47

Die Rechtsanwälte B & C rechneten für ihre Tätigkeit im Berufungsverfahren vor dem OLG Celle gegenüber der Klägerin mit Kostennote vom 29.04.2016 für die Wahrnehmung des Gerichtstermins vor dem OLG Celle am 10.03.2016 Gebühren in Höhe von 5.038,34 € ab (K 41 Bl. 90). 48

Außerdem übersendeten sie diese Schlusskostenrechnung vom 29.04.2016 sowie die Rechnung des Notars Dr. O vom 30.07.2015 für die Anforderung des Grundbuchauszugs an die Beklagte mit der Bitte um Ausgleich der jeweiligen Nettobeträge (K 40 Bl. 89). Dies lehnte die Beklagte unter Berufung auf die von ihr mit Schreiben vom 29.12.2015 erklärte Deckungsablehnung ab. Hierüber setzten die Rechtsanwälte B & C die Klägerin mit Schreiben vom 02.08.2016 in Kenntnis und baten diese um Ausgleich ihrer Kostenrechnung vom 29.04.2016 bis zum 19.08.2016 (K 42 Bl. 91). 49

Auf Antrag der Rechtsanwälte B & C vom 02.08.2016 setzte das LG Stade mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 22.12.2016, Az. 5 O 370/14, die von der Klägerin zu zahlenden Gebühren der Rechtsanwälte B & C für das Berufungsverfahren in Höhe von 5.041,84 € fest (K 46 Bl. 162 f. d.A.). 50

Das Landgericht hat durch das angefochtene Urteil vom 09.03.2017 – 20 O 205/16 -, auf das wegen der Sachverhaltsdarstellung im Übrigen und der Anträge Bezug genommen wird, die Klage abgewiesen und einen Anspruch der Klägerin aus dem bei der Beklagten abgeschlossenen Haftpflichtversicherungsvertrag trotz eingetretenen Versicherungsfalls gemäß Ziff. 1.1 AVB und bestehenden Versicherungsschutzes für die schadenstiftende Verwaltung – treuhänderische Verwaltung gem. Ziff. 9.4 BBR-W - mit der Begründung verneint, dass die Beklagte sich auf den Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung gem. Ziff. 4.5 AVB berufen könne. Es sei aufgrund der bindenden Feststellungen des Haftpflichturteils und des unstreitigen Sachverhalts davon auszugehen, dass die Klägerin die vom OLG Celle zugrunde gelegte Pflichtverletzung wissentlich begangen habe. Dabei werde weder angenommen, dass die Klägerin Kenntnis von der unterbliebenen Stellung der Sicherheiten gehabt habe, noch werde darauf abgestellt, dass die Klägerin die Werthaltigkeit gestellter Sicherheiten geprüft habe. Anknüpfungspunkt für die wissentliche Pflichtverletzung sei die fehlende Prüfung der Stellung der Sicherheiten vor Auszahlung der Darlehenssumme. 51

Nach den bindenden Feststellungen im Haftpflichturteil sei die Klägerin aufgrund des Treuhandvertrags verpflichtet gewesen, das Darlehen nur gegen die im Treuhandvertrag festgeschriebene Absicherung an den Darlehensnehmer auszuzahlen. Das Vorliegen dieser Sicherheiten, also deren Stellung vor Auszahlung des Darlehensvertrags habe die Klägerin unstreitig nicht geprüft.

Auf eine fehlende positive Kenntnis dieser Pflicht könne die Klägerin sich nicht berufen, weil der Treuhandvertrag nur zwei Seiten umfasse, von denen die erste Seite in üblicher Schriftgröße nur mit einer sechs Absätze umfassenden Vorbemerkung bedruckt sei, wobei der 6. Absatz die fragliche Pflicht enthalte. Im Verhältnis zur erheblichen Darlehenssumme handle es sich um einen übersichtlichen Vertrag. Hinsichtlich der Prüfung der Frage, ob der frühere Geschäftsführer der A Holding GmbH auf eine Absicherung des Kreditgeschäfts durch Eigentümergrundschulden verzichtet habe, gehe das OLG Celle dementsprechend von einem „eindeutigen Wortlaut der Vertragsurkunde“ aus, in dem unmissverständlich auf eine Absicherung des Kreditgeschäfts durch Eigentümergrundschulden abgestellt werde. Außerdem handle es sich angesichts der vom OLG Celle erkannten Bedeutung dieser Pflicht um eine Kardinalpflicht des streitgegenständlichen Treuhandvertrags. Nach den tragenden Feststellungen des OLG Celle zur Kausalität habe sich die A Holding GmbH gerade im Hinblick auf die verabredeten Sicherheiten auf die Bereitstellung von 450.000,- € eingelassen, um das Risiko des Ausfalls des Kapitals gering zu halten. Hätte die A Holding GmbH das Darlehen ohne Stellung von Sicherheiten – die der Klägerin bzw. ihren Mitarbeitern hätten vorliegen sollen – auszahlen wollen, hätte es eines Rückgriffs auf einen Treuhänder nicht bedurft. Von jedem Wirtschaftsprüfer könne erwartet werden, dass er die Stellung der in einem Treuhandvertrag bezeichneten Sicherheiten vor Auszahlung einer Darlehenssumme in bar prüfe. Geldauszahlungen vom Anderkonto durch den Treuhänder oder Wirtschaftsprüfer entgegen dem Wortlaut des Vertragstextes ohne höchstpersönliche Prüfung der Auszahlungsvoraussetzungen oder ohne Sicherheiten begründeten den Vorwurf einer wissentlichen Pflichtverletzung.

53

Die Klägerin könne sich auch nicht darauf berufen, eine Besicherung des Darlehensvertrags habe nicht zu ihren Pflichten gehört und sei auch nicht im Interesse der A Holding GmbH gewesen, weil diese sich bewusst und im Interesse der hohen Rendite auf Unwägbarkeiten und Risiken eingelassen habe. Ebenso wenig könne sie sich auf eine fehlende Kausalität zwischen vermeintlicher Pflichtverletzung und Schaden berufen, weil die A Holding GmbH den Vertrag auch ohne Sicherheiten unterzeichnet hätte. Denn das OLG Celle habe bindend festgestellt, dass der frühere Geschäftsführer der A Holding GmbH nicht im Nachgang zum Treuhandvertrag auf die Absicherung des Kreditgeschäfts durch Eigentümergrundschulden verzichtet habe und habe die bloße Behauptung der hiesigen Klägerin, dass die A Holding GmbH den Treuhandvertrag auch ohne jegliche Sicherheitsleistung abgeschlossen hätte, als unsubstantiiert und daher unbeachtlich eingeordnet. Nicht gefolgt werden könne der Ansicht der Klägerin, die pflichtwidrig unterlassene Einsicht in die Grundbücher sei nur fahrlässig erfolgt. Die Pflicht habe in der Auszahlung des Darlehensbetrags nur gegen vorliegende Sicherheit bestanden. Die Einsicht in die Grundbücher sei nur eine Möglichkeit zur Feststellung des Vorliegens der Sicherheiten gewesen. Offenbares Motiv für den Pflichtenverstoß sei der von Herrn H betrugstypisch aufgebaute Zeitdruck gewesen.

54

Hiergegen richtet sich die form- und fristgerecht eingelegte sowie begründete Berufung der Klägerin, mit der sie ihr erstinstanzliches Klagebegehren uneingeschränkt weiterverfolgt.

55

Die Klägerin wendet ein, der Leistungsausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung gem. Ziff. 4.5 der AVB greife vorliegend nicht ein. Es sei verkannt worden, dass sie aufgrund der

56

vom Darlehensnehmer Herrn H verübten Täuschung irrtümlich von der Erfüllung ihrer im Treuhandvertrag verankerten Pflicht zur Beschaffung von Sicherheiten ausgegangen sei. Aus der Verletzung der Pflicht, das Darlehen nur gegen vorliegende Sicherheiten auszuzahlen und der ihr gegenüber nur vorgetäuschten übergebenen Sicherheiten könne kein vorsätzlicher Pflichtverstoß ihrerseits hergeleitet werden.

Schon bei der Frage der ihr obliegenden und von ihr zu beachtenden Pflichten sei das angefochtene Urteil nicht hinreichend klar. Für die Prüfung einer wissentlichen Pflichtverletzung sei allein auf ihre mit Bindungswirkung im Urteil des OLG Celle vom 06.04.2016 festgestellte Pflicht abzustellen, das Darlehen nur gegen die im Treuhandvertrag festgeschriebene Absicherung auszuzahlen. Damit nicht zu vereinbaren sei die Annahme des Landgerichts, Anknüpfungspunkt für die wissentliche Pflichtverletzung sei die fehlende Prüfung der Stellung der Sicherheiten, zumal sich aus dem Treuhandvertrag zwischen ihr und der A Holding GmbH vom 05.06.2012 keine konkreten Prüfungspflichten ihrerseits in Bezug auf die Sicherheiten ergäben. Dort sei nur bestimmt, dass die Absicherung des Kreditgeschäfts über Eigentümergrundschulden erfolge. Damit werde ihre Pflicht zur Beschaffung der Sicherheiten vor Auszahlung des Darlehensbetrags begründet, deren Verletzung das OLG Celle mit Bindungswirkung festgestellt habe. 57

Zwar könne unterstellt werden, dass sie ihre Verpflichtung zur Auszahlung des Darlehens nur gegen Sicherheiten gekannt und insoweit auch ein Pflichtbewusstsein gehabt habe. Im Bewusstsein dieser Pflicht habe sie die im Treuhandvertrag erwähnten Sicherheiten beschafft und erst nach deren Erhalt den Darlehensbetrag ausgezahlt. Es fehle aber entgegen der Annahme des Landgerichts ein Pflichtverletzungsbewusstsein ihrerseits. Da ihr weder bekannt gewesen sei noch sie geahnt oder für möglich gehalten habe, dass es sich um vorgetäuschte Sicherheiten gehandelt habe, sei sie bei Auszahlung des Darlehens davon ausgegangen, nach Aushändigung der Grundschuldbestellungsurkunden und die Abtretungserklärungen durch Herrn H über die vorgesehenen Sicherheiten zu verfügen. Abwegig sei die Annahme, sie habe trotz Kenntnis des Erhalts vorgetäuschter Sicherheiten das Darlehen ausgezahlt. Davon sei auch das Landgericht nicht ausgegangen, so dass eine wissentliche Pflichtverletzung ausscheide. 58

Bei seinen weiteren Ausführungen auf Seite 10 f. des angefochtenen Urteils vermische das Landgericht ihre Kenntnis vom Bestehen der Pflicht zur Auszahlung des Darlehensbetrags nur gegen vorliegende Sicherheiten mit dem Pflichtverletzungsbewusstsein, das einen bewussten und gewollten Verstoß gegen diese Pflicht voraussetze. Die im angefochtenen Urteil zitierten Entscheidungen anderer Gerichte seien alle nicht vergleichbar und nicht einschlägig. 59

Mit der Annahme, sie hätte vor Weitergabe des Darlehensbetrags durch Einsichtnahme im Grundbuch abklären müssen, ob es überhaupt zur Abtretung von zur Entstehung gelangter Eigentümergrundschulden gekommen sei, habe das OLG Celle nur die angenommene Fahrlässigkeit begründet. Die verletzte Pflicht habe darin bestanden, das Darlehen nur gegen die im Treuhandvertrag genannten Sicherheiten auszuzahlen. Aber selbst wenn die Einsichtnahme im Grundbuch als eigenständige Pflicht anzusehen sei, habe sie insoweit kein Pflichtbewusstsein gehabt, da ihr nicht bewusst gewesen sei, dass sie nach Entgegennahme der Sicherheiten und vor Auszahlung des Darlehensbetrags eine Überprüfung der Sicherheiten durch Einsichtnahme in das Grundbuch hätte vornehmen müssen. Sie sei davon ausgegangen, über die vereinbarten Sicherheiten zu verfügen, mangels Kenntnis davon, dass diese in betrügerischer Absicht vorgetäuscht gewesen seien und nicht existente Sicherheiten darstellten. 60

Die Ausführungen des Landgerichts zu einem angeblichen „Motiv“ für den Verstoß seien nicht nachvollziehbar. Die zitierte Äußerung ihres Geschäftsführers im Rahmen einer Besprechung der Beklagten gemäß Aktenvermerk vom 31.05.2015 (XXX 8 S. 15) habe sich nur darauf bezogen, dass eine Prüfung der Werthaltigkeit der Grundschulden, wofür die Einholung von Sachverständigengutachten zum Beleihungswert erforderlich gewesen wäre, schon aus Zeitgründen nicht in Betracht gekommen und deshalb weder verlangt noch vereinbart worden sei.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Köln vom 09.03.2017 - 20 O 205/16 - abzuändern und

1. die Beklagte zu verurteilen, sie von der mit Urteil des LG Stade (5 O 370/14) vom 01.07.2015 titulierten Forderung der A Holding GmbH in Höhe von 450.000,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.12.2014 freizustellen;

2. die Beklagte zu verurteilen, sie von der im Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Stade (5 O 370/14) vom 14.10.2015 titulierten Forderung der A Holding GmbH in Höhe von 17.852,90 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.07.2015 sowie von angefallenen Vollstreckungskosten freizustellen;

3. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, sie von den an die A Holding GmbH zu erstattenden außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens vor dem OLG Celle 7 U 119/15 freizustellen;

4. die Beklagte zu verurteilen, an sie 13.428,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen;

5. die Beklagte zu verurteilen, sie von den Vergütungsansprüchen der Rechtsanwälte B & C gemäß Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Stade (5 O 370/14) vom 20.12.2016 in Höhe von 5.041,84 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.08.2016 freizustellen;

6. die Beklagte zu verurteilen, an sie 6.206,00 € wegen vorgerichtlicher Anwaltskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Klagezustellung zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Berufung der Klägerin unter Verteidigung des angefochtenen Urteils und Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens entgegengetreten. Wegen der Einzelheiten wird auf die Berufungserwiderung vom 24.07.2017 (Bl. 220 ff. d.A.) und den Schriftsatz vom 28.12.2017 (Bl. 302 ff. d.A.) verwiesen.

Wegen aller weiteren Einzelheiten im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist überwiegend begründet, im Übrigen ist sie unbegründet.

76

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten dem Grunde nach ein Anspruch auf Gewährung von Deckungsschutz aufgrund der bei dieser abgeschlossenen Berufshaftpflichtversicherung aus § 1 S. 1 VVG i.V.m Teil 1 Ziff. 1.1 AVB, Teil 4 Ziff. 9.4 BBR-W wegen ihrer erfolgreichen gerichtlichen Inanspruchnahme durch die A Holding GmbH auf Schadensersatz im vorangegangenen, zwischenzeitlich rechtskräftig abgeschlossenen Haftpflichtprozess vor dem LG Stade, Az. 5 O 370/14 und dem OLG Celle, Az. 7 U 119/15, zu. 77

Nach der Regelung in Teil 1 Ziff. 1.1 AVB bietet der Versicherer dem Versicherungsnehmer Versicherungsschutz (Deckung) für den Fall, dass er wegen eines bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit – von ihm selbst oder einer Person, für die er einzutreten hat - begangenen Verstoßes von einem anderen aufgrund gesetzlicher Haftungsbestimmungen privatrechtlichen Inhalts für einen Vermögensschaden verantwortlich gemacht wird. 78

a) Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die erforderliche Inanspruchnahme der Klägerin durch die A Holding GmbH aufgrund einer schadensbegründenden Pflichtverletzung bei Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit als Treuhänder ist im vorangegangenen Haftpflichtprozess durch das Urteil des OLG Celle vom 06.04.2016 rechtskräftig und mit Bindungswirkung für den vorliegenden Deckungsprozess festgestellt worden. Die A Holding GmbH hat die Klägerin zunächst vor dem LG Stade, Az. 5 O 370/14, auf Schadensersatz in Höhe von 450.000,- € wegen der Verletzung ihrer Pflichten aus dem Treuhandvertrag in Anspruch genommen. Das LG Stade hat die Klägerin antragsgemäß mit Urteil vom 01.07.2015 verurteilt, das OLG Celle hat die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Zur Begründung hat das OLG Celle ausgeführt, dass die hiesige Klägerin ihre Verpflichtung aus dem mit der A Holding GmbH geschlossenen Treuhandvertrag vom 05.06.2012 (K 4 AH orange), das von dieser gewährte Darlehen nur gegen die im Treuhandvertrag festgeschriebene Absicherung an den Darlehensnehmer Herrn H auszus zahlen, grob fahrlässig verletzt habe. Damit steht nicht nur fest, dass die Klägerin von der A Holding GmbH wegen einer Verletzung ihrer Pflicht aus dem Treuhandvertrag verantwortlich gemacht worden ist, sondern auch, dass sie diese Pflicht schuldhaft, nämlich grob fahrlässig verletzt hat. 79

Das in der Haftpflichtversicherung geltende Trennungsprinzip erfährt eine notwendige Ergänzung durch die Bindungswirkung des rechtskräftigen Haftpflichturteils für den nachfolgenden Deckungsrechtsstreit. Diese Bindungswirkung folgt mangels Beteiligung des Haftpflichtversicherers am Haftungsprozess nicht aus der Rechtskraft des Haftpflichturteils, sondern ist dem Leistungsversprechen, das der Haftpflichtversicherer dem Versicherungsnehmer im Versicherungsvertrag gegeben hat, zu entnehmen (BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 –, VersR 2001, 1103 in juris Rn. 17 m.w.N.). Sie bedeutet, dass das Ergebnis des vorangegangenen Haftpflichtprozesses für die Deckungsfrage verbindlich ist. Damit wird verhindert, dass die im Haftpflichtprozess getroffene Entscheidung und die zugrunde liegenden Feststellungen im Deckungsprozess erneut überprüft werden müssen (BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 –, VersR 2001, 1103 in juris Rn. 17 m.w.N.; BGHZ 117, 345/350; BGHZ 119, 276/278 f. m.w.N.). Es ist daher im Deckungsprozess nicht mehr möglich, eine andere schadenverursachende Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zugrunde zu legen, als dies im Haftpflichtprozess geschehen ist (BGH, Urt. v. 17.12.2014, - IV ZR 90713 -, VersR 2015, 259 ff. in juris Rn. 12 m.w.N.; BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 –, VersR 2001, 1103 in juris Rn. 17 m.w.N.). Trotz Bindungswirkung bleiben dem Versicherer im Deckungsprozess etwaige versicherungsrechtliche Einwendungen erhalten, so kann er sich auf Leistungsfreiheit wegen Obliegenheitsverletzung oder aufgrund eines Risikoausschlusses berufen. Ist eine für den Deckungsanspruch wesentliche Tat- oder 80

Rechtsfrage im Haftpflichtprozess offen geblieben, so ist sie im Deckungsprozess zu entscheiden (BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 – VersR 2001, 1103 in juris Rn. 18 m.w.N.). Das Haftpflichturteil entfaltet aber im nachfolgenden Deckungsprozess Bindungswirkung jedenfalls insoweit, als es um den Haftungstatbestand geht (BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 – VersR 2001, 1103 in juris Rn. 19 m.w.N.; BGHZ 119, 276/278). Dieser umfasst die tatsächlichen Elemente, die der Tatrichter des Haftungsprozesses der Haftung des Versicherungsnehmers zugrunde gelegt hat. Wird dem Versicherungsnehmer vorgeworfen, pflichtwidrig eine Handlung unterlassen zu haben, so gehört zum Haftungstatbestand auch, was der Versicherungsnehmer hätte tun müssen, um pflichtgemäß zu handeln (BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 –, VersR 2001, 1103 in juris Rn. 19).

b) Bei den von der Klägerin im Zusammenhang mit der Abwicklung des Treuhandvertrags mit der A Holding GmbH und des damit in sachlichen Zusammenhang stehenden Darlehensvertrags mit Herrn H erbrachten Tätigkeiten, die zum Vermögensschaden der A Holding GmbH geführt haben, handelt es sich auch um eine versicherte Tätigkeiten i.S.v. Teil 4 Ziff. 9.4 BBR-W. 81

Nach Teil 4 Ziff. 9 BBR-W umfasst der Versicherungsschutz die Erledigung beruflicher Aufgaben eines Wirtschaftsprüfers oder vereidigten Buchprüfers gem. § 2, § 43 a Abs 4 Nr. 8, § 129 WPO, wozu nach Teil 4 Ziff. 9.3.1 BBR-W die wirtschaftliche Beratung bei der Gründung, Umwandlung, Sanierung, Auflösung oder Verkauf von Unternehmen, beim Abschluss von Verträgen sowie nach Teil 4 Ziff. 9.4 BBR-W die treuhänderische Verwaltung, z.B. die Tätigkeit als gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Treuhänder gehören. 82

Die klägerseits übernommenen Abschlüsse des Treuhandvertrags mit der A Holding GmbH und des Darlehensvertrags mit Herrn H nach deren vorheriger Erstellung unterfallen dem in Teil 4 Ziff. 9.3.1 BBR-W versicherten „Abschluss von Verträgen“. Die aus dem Treuhandvertrag folgende Pflicht der Klägerin, bei Abwicklung des Darlehensvertrags die Darlehensvaluta nur gegen die vereinbarte Sicherheit auszusahlen, unterfällt der nach Teil 4 Ziff. 9.4 BBR-W versicherten treuhänderischen Verwaltung. 83

c) Die Klägerin hat mit der Abwicklung des dargestellten Geschäfts zwischen der A Holding GmbH und Herrn H auf der Grundlage der dafür geschlossenen Verträge auch kein nach § 2 II ihres Gesellschaftsvertrages verbotenes Handels- und Bankengeschäft i.S.d. § 1 I S. 2 KWG getätigt. 84

Die Klägerin hatte aufgrund des Treuhandvertrags mit der A Holding GmbH den von dieser treuhänderisch überlassenen Darlehensbetrag von 450.000,- € aufgrund deren Weisung an Herrn H in Erfüllung des mit ihm geschlossenen Darlehensvertrags auszusahlen. 85

Dies stellt kein Bankgeschäft i.S.d. § 1 I S. 2 Nr. 1 KWG (Einlagengeschäft) dar, weil die Klägerin das ihr treuhänderisch überlassene Geld nicht als Einlage entgegengenommen hat. 86

Ein Bankgeschäft i.S.d. § 1 I S. 2 Nr. 2 KWG (Kreditgeschäft) ist nicht gegeben, weil die Klägerin weder der A Holding GmbH noch Herrn H ein Darlehen gewährt hat. Die Klägerin hat lediglich als Treuhänderin für die Fa. A Holding GmbH einen Darlehensvertrag mit Herrn H geschlossen und diesen dadurch erfüllt, dass sie den ihr von der A Holding GmbH treuhänderisch überlassenen Darlehensbetrag von 450.000,- € an Herrn H ausgezahlt hat. Gegen ein Bankgeschäft spricht auch, dass die Klägerin als Treuhänderin in Ziff. 1 S. 2 des Treuhandvertrags vom 05.06.2012 von der A Holding GmbH als Treugeberin beauftragt wurde, zwar in eigenem Namen aber auf Rechnung der A Holding GmbH ein Kreditgeschäft über den treuhänderisch überlassenen Geldbetrag abzuschließen und abzuwickeln (K 4 AH 87

orange).

Für das Vorliegen eines Bankgeschäfts nach den anderen Alternativen des § 1 I S. 2 KWG bestehen schon gar keine Anhaltspunkte. 88

2. 89

Die Beklagte kann den begehrten Deckungsschutz nicht unter Berufung auf einen Risikoausschluss wegen wissentlicher Pflichtverletzung der Klägerin gemäß Teil 1, Ziff. 4.5 AVB verweigern. 90

Nach Teil 1, Ziff. 4.5 AVB bezieht sich der Versicherungsschutz nicht auf Haftpflichtansprüche wegen Schadenverursachung durch wissentliches Abweichen von Gesetz, Vorschrift, Anweisung oder Bedingung des Auftraggebers oder durch sonstige wissentliche Pflichtverletzung. 91

a) Soweit die Klägerin entsprechend den bindenden Feststellungen im Haftpflichtprozess ihre Verpflichtung aus dem Treuhandvertrag gegenüber der A Holding GmbH dadurch verletzt, dass sie das von dieser an Herrn H gewährte Darlehen ausgezahlt hat, obwohl die im Treuhandvertrag festgeschriebene Absicherung in Form von Eigentümergrundschulden mangels wirksamer Bestellung nicht erfüllt war, und sie insbesondere die wirksame Stellung der Sicherheit nicht geprüft hat, liegt darin keine wissentliche Pflichtverletzung. 92

Der Beklagten ist zwar die Berufung auf den Risikoausschluss gemäß Teil 1, Ziff. 4.5 AVB bezogen auf diese Pflichtverletzung nicht verwehrt, weil darüber im Haftpflichtprozess keine Entscheidung getroffen worden ist. 93

Das Haftpflichturteil entfaltet im nachfolgenden Deckungsprozess Bindungswirkung insoweit, als es um den Haftungstatbestand geht (BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 -, VersR 2001, 1103 ff. in juris Rn. 19 m.w.N.). Ist im Haftpflichtprozess eine für den Deckungsanspruch im Hinblick auf Risikobegrenzungen oder Ausschlüsse wesentliche Tat- oder Rechtsfrage offen geblieben, so ist sie, auch wenn ansonsten Voraussetzungsidentität bestehen würde, wie bisher im Deckungsprozess selbständig zu prüfen und zu entscheiden (BGH, Urt. v. in juris Rn. 18 m.w.N.; Prölss/Martin/Lücke, VVG, 29. Aufl. 2015, § 100 VVG Rn. 65 m.w.N.). 94

Die Voraussetzungen des Risikoausschlusses gemäß Teil 1, Ziff. 4.5 AVB sind aber nicht erfüllt. Im Rahmen des Risikoausschlusses ist neben der Frage, ob dem Versicherungsnehmer ein bestimmtes Verhalten vorgeschrieben war, wie er sich ggf. hätte verhalten müssen und ob er diese Pflicht verletzt hat, zusätzlich zu prüfen, ob dieser auch gewusst hat, wie er sich hätte verhalten müssen (Pflichtbewusstsein) und ob er wissentlich verbindliche Handlungs- und Unterlassungsanweisungen nicht beachtet hat. Ferner ist erforderlich, dass er das Pflichtverletzungsbewusstsein hatte und der Pflichtenverstoß für den Schaden kausal gewesen ist (Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, 2. Aufl. 2013, Rn. 225). 95

Zwar hat die Klägerin ihre Pflicht aus dem Treuhandvertrag objektiv verletzt, den von der A Holding GmbH zur Verfügung gestellten Darlehensbetrag Herrn H nur nach Vorliegen einer notariell an Herrn D abgetretenen Eigentümergrundschuld oder beim Treuhänder hinterlegten Eigentümergrundschuldbriefen in Mindesthöhe des Darlehensbetrags auszuzahlen. Dies steht – wie oben ausgeführt - aufgrund der Ausführungen des OLG Celle im Urteil vom 06.04.2016, Az: 7 U 119/15, mit Bindungswirkung für den vorliegenden Deckungsprozess 96

fest. Danach ist die Klägerin ihrer o.g. vertraglichen Pflicht nicht nachgekommen, weil sie den Darlehensbetrag nur scheinbar gegen Gewährung der vertraglichen abgesprochenen, tatsächlich aber nicht bestehenden Sicherheit ausgehändigt hat.

Zur Wissentlichkeit dieser Pflichtverletzung hat das OLG Celle keine Feststellungen getroffen, 97 da dies für den dort zuerkannten Schadensersatzanspruch der A Holding GmbH nicht erforderlich war. Das OLG Celle hat ein Verschulden der Klägerin bei der Verletzung der o.g. Pflicht nur in Form grober Fahrlässigkeit angenommen, weil eine Auszahlung des Darlehensbetrags nur gegen Erhalt von „echten Sicherheiten an Herrn H hätte erfolgen dürfen und die Klägerin daher vor Weitergabe des Geldes durch Einsichtnahme im Grundbuch zumindest hätte abklären müssen, ob die Abtretung von zur Entstehung gelangter Eigentümergrundschulden erfolgt ist. Anlass hierfür hätte aufgrund des Hinweises des Notars in Ziff. 5.3 der notariellen Eigentümergrundschuldbestellungen bestanden, wonach dieser den Grundbuchinhalt vor Beurkundung nicht überprüft, also ein Eigentum des Herrn H an den belasteten Grundstücken nicht festgestellt hatte.

aa) Eine wissentliche Verletzung der Pflicht der Klägerin, das Darlehen nur gegen eine 98 wirksam bestellte Eigentümergrundschuld gemäß den Vereinbarungen im Treuhandvertrag auszusahlen, scheitert daran, dass der Klägerin das erforderliche Pflichtbewusstsein fehlt und sie außerdem nicht mit dem ebenso erforderlichen Pflichtverletzungsbewusstsein gehandelt hat.

Eine wissentliche Pflichtverletzung i.S.v. Teil 1, Ziff. 4.5 AVB begeht nur der Versicherte, der 99 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 fahrlässige Unkenntnis. Es muss vielmehr feststehen, dass der Versicherte die Pflichten zutreffend gesehen hat und das Bewusstsein hatte, pflichtwidrig zu handeln (BGH, Urt. v. 17.12.2014, - IV ZR 90/13 -, VersR 2015, 259 ff. in juris Rn. 13 m.w.N., OLG München, Urt. v. 17.09.2015, - 23 U 1751/14 -, DStR 2015, 2799 f. in juris Rn. 39 m.w.N.; OLG Köln, Urt. v. 19.02.2013, - 9 U 155/12 -, in juris Rn. 46 m.w.N.). Darlegungs- und beweispflichtig für die Verwirklichung der subjektiven Tatbestandsmerkmale des Risikoausschlusses ist der Versicherer (BGH, Urt. v. 17.12.2014, - IV ZR 90/13 -, VersR 2015, 259 ff. in juris Rn. 16 m.w.N.; BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 – in juris Rn. 23; OLG München, Urt. v. 17.09.2015, - 23 U 1751/14 -, DStR 2015, 2799 f. in juris Rn. 39 m.w.N.). In diesem Rahmen muss dieser darlegen, dass der Versicherungsnehmer gewusst habe, wie er sich hätte verhalten müssen (BGH, Urt. v. 17.12.2014, - IV ZR 90/2013 -, VersR 2015, 259 ff. in juris Rn. 16). Dafür hat zunächst der Versicherer einen Sachverhalt vorzutragen, der auf eine Wissentlichkeit der Pflichtverletzung des Versicherungsnehmers zumindest hindeutet. Der Vortrag weiterer zusätzlicher Indizien ist dann entbehrlich, wenn es sich um die Verletzung elementarer beruflicher Pflichten handelt, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei jedem Berufsangehörigen vorausgesetzt werden kann. Jenseits der Fälle der Verletzung beruflicher 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. Wenn dies 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, Urt. v. 17.12.2014, - IV ZR 90/2013 -, VersR 2015, 259 ff. in juris Rn. 20 f.; OLG München, Urt. v. 17.09.2015, - 23 U 1751/14 -, DStR 2015, 2799 f. in juris Rn. 39 mw.N.). Die Beklagte kann sich zum Nachweis der subjektiven Seite des Tatbestandes („bewusst“) aber nicht auf die Regeln über den Anscheinsbeweis stützen.

Es gibt keinen Satz der Lebenserfahrung, dass jedermann in Fällen der vorliegenden Art das Bewusstsein eines Pflichtenverstoßes hat. Auch gibt es bei einem in der geistigen Individualsphäre gesteuerten Vorgang keine Erfahrungssätze i.S. eines typischen Geschehensablaufs. Zulässig ist es aber, indizielle Umstände heranzuziehen und im Rahmen der freien Beweiswürdigung gem. § 286 ZPO vom äußeren Geschehensablauf oder vom Ausmaß des objektiven Pflichtenverstoßes auf innere Vorgänge zu schließen. Der objektive Verstoß gegen eine Berufspflicht lässt z.B. den Schluss auf ein wissentliches Handeln zu, wenn die verletzte Regel zum Primitiv- oder Elementarwissen des jeweiligen Berufs gehört (OLG Hamm, Ur. v. 07.03.2007, - 20 U 132/06 – VersR 2007, 1550 f. in juris rn. 26 m.w.N.; OLG Köln, Ur. v. 19.02.2013, - 9 U 155/12-, in juris Rn. 51 f.).

Da die Klägerin den Treuhandvertrag selbst erstellt und mit der A Holding GmbH geschlossen hat, war ihr zwar die daraus folgende Verpflichtung bekannt, den Darlehensbetrag nur auszuzahlen, wenn Herrn H ihr bzw. Herrn D eine wirksam bestellte Eigentümergrundschuld notariell abgetreten hatte. 100

Diese Pflicht hätte die Klägerin in subjektiver Hinsicht bewusst und willentlich verletzt, wenn sie gewusst hätte, dass die von Herrn H notariell bestellten und an sie mit notarieller Erklärung abgetretenen Eigentümergrundschulden tatsächlich in Ermangelung des Eigentums von Herrn H an den belasteten Grundstücken nicht zur Entstehung gelangt sind, sondern dieser darüber getäuscht hatte. Eine solche Kenntnis lag bei der Klägerin aber unstreitig nicht vor und wird von der Beklagten auch nicht behauptet. Die Klägerin ist vielmehr selbst von Herrn H getäuscht worden. Sie ist davon ausgegangen, dass mit den ihr überlassenen notariellen Unterlagen (Eigentümergrundschuldbestellungen und Abtretungserklärungen) die Auszahlungsvoraussetzung für den Darlehensbetrag entsprechend dem Treuhandvertrag erfüllt war. 101

bb) Ebenso wenig liegt eine wissentliche Pflichtverletzung der Klägerin darin, dass sie vor Auszahlung des Darlehensbetrags an Herrn H nicht selbst durch Einsichtnahme in das Grundbuch überprüft hat, ob dieser eingetragener Eigentümer der belasteten Grundstücke war und die daran bestellten Eigentümergrundschulden auch wirksam entstanden bzw. wirksam gestellt worden sind. 102

Bei dieser Verpflichtung handelte es sich – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht um eine sog. elementare Pflicht, deren Kenntnis nach der Lebenserfahrung bei einem Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater, der als Treuhänder tätig wird, vorausgesetzt werden kann, insbesondere nicht angesichts der vorliegenden besonderen Fallkonstellation. 103

Soweit nach dem Treuhandvertrag die Absicherung des Kreditgeschäfts über notariell an Herrn D abgetretene Eigentümergrundschulden bzw. durch Hinterlegung von Eigentümergrundschuldbriefen beim Treuhänder – also der Klägerin – in Mindesthöhe des Darlehensbetrags erfolgen sollte, ergab sich daraus für die Klägerin nur die Verpflichtung, die ihr überlassenen notariellen Urkunden zur Absicherung des Darlehens daraufhin zu überprüfen, ob es sich dabei um die vertraglich vereinbarten Sicherheiten – hier notarielle Abtretung von Eigentümergrundschulden – gehandelt hat. Eine darüber hinaus gehende Verpflichtung, die Wirksamkeit der notariell bestellten Eigentümergrundschulden zu überprüfen, ergab sich für die Klägerin nach dem Wortlaut des Treuhandvertrags nicht. Für einen Treuhänder lag nicht auf der Hand, dass über den Wortlaut hinaus eine Verpflichtung zur Überprüfung der Wirksamkeit der vorgelegten Eigentümergrundschulden bestand. 104

Jedenfalls kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Klägerin als Treuhänderin diese Verpflichtung als elementare Pflicht bzw. sog. Kardinalpflicht bekannt war und sie über ein 105

entsprechendes Pflichtbewusstsein verfügte. Zunächst kann bei einem Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater nicht vorausgesetzt werden, dass er die für eine wirksame Bestellung einer Eigentümergrundschild erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen kennt. Abgesehen davon kann dieser in einem besonderen Fall wie dem vorliegenden, wo als Sicherheiten notariell abgetretene Eigentümergrundschilden gestellt und dem Treuhänder auch den vertraglichen Vereinbarungen entsprechende Urkunden übergeben werden, grundsätzlich davon ausgehen, dass das Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen für eine wirksame Bestellung vorab vom Notar überprüft worden ist und dies nicht zu seinen Aufgaben gehört.

Nicht gefolgt werden kann der Argumentation der Beklagten, die Klägerin als Wirtschaftsprüferin sei gerade wegen dieser aufgrund des Treuhandvertrags bestehenden elementaren Prüfungspflicht beauftragt worden, denn bei Verneinung einer solchen, hätte es für die Abwicklung des streitgegenständlichen Geschäfts keines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters bedurft. Dabei wird verkannt, dass die Klägerin im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Geschäft noch andere Verpflichtungen übernommen hat, wie die Erstellung der Darlehens- und Treuhandverträge, deren Abschluss mit den jeweiligen Vertragspartnern, die Entgegennahme der vereinbarten Darlehensbeträge – hier 450.000,- € von der A Holding GmbH – und deren Auszahlung an Herrn H nach vorheriger Entgegennahme der notariellen Urkunden über die als Sicherheit zu stellenden Eigentümergrundschilden. 106

Den im angefochtenen Urteil zur Begründung einer solchen „Kardinalpflicht“ zitierten Urteilen des OLG Hamm v. 22.09.1995 – 20 U 38/95, des LG Köln, Ur. v. 22.01.2009 – 24 O 363/08 – und des OLG München v. 17.09.2015 – 23 U 1751/14 – liegen andere, mit dem vorliegenden Sachverhalt nicht vergleichbare Sachverhalte zugrunde. 107

Im Urteil des LG Köln vom 22.01.2009 – 24 O 363/08 – betraf der Verstoß des dortigen Klägers die fundamentale Grundregel des Rechtsverkehrs, Waren nicht ohne Verlangen einer Sicherheit und ohne Lieferung Zug-um-Zug gegen Zahlung zu veräußern. Diese war nicht beachtet worden (vgl. in juris Rn. 25). Die Klägerin hat demgegenüber entsprechend der vertraglichen Regelung im Treuhandvertrag die zur Absicherung vorgesehenen Sicherheiten in Form notariell abgetretener Eigentümergrundschilden oder der Hinterlegung des Eigentümergrundschildbriefs vor Auszahlung des Darlehensbetrags der A Holding GmbH von Herrn H beschafft und sich von diesem aushändigen lassen. Es gibt weder nach dem Inhalt des Treuhandvertrags noch aufgrund sonstiger Umstände Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei der Überprüfung der wirksamen „Stellung“ dieser Sicherheiten um eine Kardinalpflicht eines Treuhänders handelt, die über seine vertraglich geregelte, auch fundamentale Pflicht hinausging, die vereinbarten Sicherheiten zu beschaffen und nach ihrem Inhalt daraufhin zu überprüfen, ob sie die vertraglichen Vorgaben erfüllen – hier Eigentümergrundschilden -. 108

Im Urteil des OLG München v. 17.09.2015 – 23 U 1751/14 – lag der Verstoß darin, dass der als Mittelverwendungskontrolleur beauftragte Wirtschaftsprüfer nicht überprüft hatte, ob das nach der Vereinbarung im Mittelverwendungskontrollvertrag einzurichtende Sonderkonto, über das die Fondsgesellschaft nur gemeinsam mit dem beauftragten Wirtschaftsprüfer verfügen können sollte, tatsächlich auch eingerichtet worden war. Eine wissentliche Pflichtverletzung wurde zum einen damit begründet, dass sich diese Prüfpflicht ausdrücklich aus dem von dem Wirtschaftsprüfer selbst erstellten und als Vertragspartner abgeschlossenen Mittelverwendungskontrollvertrag ergab. Außerdem wurde diese Prüfpflicht als Kardinalpflicht dieses Vertrags bewertet, weil von jedem Wirtschaftsprüfer erwartet werden könne, dass ihm bewusst sei, dass er die im Vertrag vorgesehene Einrichtung des 109

Sonderkontos mit zwingender Mitzeichnung zu kontrollieren hat und sich anderenfalls pflichtwidrig verhält (OLG München, Urt. v. 17.09.2015, – 23 U 1751/14 –, DStR 2015, 2799 f. in juris Rn. 43). Demgegenüber ergab sich – wie dargelegt - aus dem vorliegenden Treuhandvertrag nicht, dass die Klägerin über die Einforderung der im Treuhandvertrag genannten Sicherheiten vor Auszahlung des Darlehensbetrags diese auch noch auf ihre wirksame „Stellung“ zu überprüfen hatte. Nach der Formulierung im Treuhandvertrag durfte die Klägerin davon ausgehen, dass sie ihre vertragliche Pflicht damit erfüllt hatte, dass sie sich die notariellen Eigentümergrundschuldbestellungen nebst notariellen Abtretungserklärungen von Herrn H vor der Auszahlung des Darlehensbetrags aushändigen ließ und inhaltlich darauf überprüfte, ob es sich dabei um die im Treuhandvertrag festgelegten Absicherungen handelte.

Im Urteil des OLG Hamm v. 22.09.1995 – 20 U 38/95 – lag die wissentliche Pflichtverletzung 110 darin, dass der dortige Kläger – von Beruf Rechtsanwalt und Notar – Auszahlungen vom Anderkonto vorgenommen hat, ohne vorher persönlich zu kontrollieren, ob die von den Gläubigern bestimmten und ihm auch bekannten Auflagen erfüllt waren bzw. noch fehlten. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass die höchstpersönliche Pflicht zur Überprüfung der Auszahlungsvoraussetzungen zum Stoff der Notarusbildung gehöre (OLG Hamm, Urt. v. 22.09.1995, – 20 U 38/95 –, VersR 1996, 1006 ff. in juris Rn. 28). Vorliegend hat die Klägerin sich aber die im Treuhandvertrag genannten Sicherheiten von Herrn H zur Verfügung stellen lassen, bevor sie ihm den Darlehensbetrag übergeben hat. Nach dem Inhalt der vorgelegten Unterlagen handelt es sich auch um notariell an Herrn D abgetretene Eigentümergrundschulden.

Selbst wenn man zugunsten der Beklagten unterstellt, dass die Klägerin – wenn auch nicht in 111 Form einer elementaren Pflicht – bei der Abwicklung des Geschäfts die Wirksamkeit der Bestellung der zur Sicherheit überlassenen Eigentümergrundschulden objektiv pflichtwidrig nicht überprüft hat, fehlt es sowohl an einem für eine wissentliche Pflichtverletzung erforderlichen Pflichtbewusstsein als auch an einem Pflichtverletzungsbewusstsein der Klägerin.

Die insoweit darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat nicht vorgetragen, dass und 112 aufgrund welcher Umstände die Klägerin positiv wusste, dass sie nach Erhalt der notariellen Eigentümergrundschuldbestellungen nebst notarieller Abtretungserklärungen von Herrn H vor Auszahlung des Darlehensbetrags zunächst die Wirksamkeit der Bestellung der Eigentümergrundschulden und die dafür erforderliche Eintragung von Herrn H als Eigentümer der belasteten Grundstück durch Einsichtnahme in das betreffende Grundbuch hätte überprüfen müssen. Dies ergab sich – wie dargelegt – für die Klägerin jedenfalls nicht ersichtlich aus dem Treuhandvertrag. Aufgrund der ihr übergebenen notariellen Urkunden durfte sie vielmehr davon ausgehen, dass der Notar die für eine wirksame Bestellung der Eigentümergrundschuld erforderlichen Voraussetzungen vorab überprüft hatte.

Die Beklagte behauptet auch nicht, dass die Klägerin den Hinweis in Ziff. 5.3 der ihr 113 überlassenen notariellen Eigentümergrundschuldbestellungen zur Kenntnis genommen hat, wonach der Notar den Grundbuchinhalt vor Beurkundung nicht überprüft, also ein Eigentum des Herrn H an den belasteten Grundstücken nicht festgestellt hatte. Infolge dessen kann auch daraus kein Pflichtbewusstsein der Klägerin hinsichtlich der Überprüfungspflicht hergeleitet werden.

Zu einer Überprüfung der Eigentümerstellung des Herrn H an den belasteten Grundstücken 114 bestand für die Klägerin im Übrigen auch deswegen keine Veranlassung, weil sie vor Abschluss der streitgegenständlichen Verträge die Information erhalten hatte, dass es sich

bei Herrn H um einen finanziell solventen und seriösen Geschäftsmann handelt, der über mehrere Immobilien verfügt. Es gab klägerseits keine Anhaltspunkte dafür, dass Herr H tatsächlich betrügerische Absichten bei Abschluss der Darlehensverträge hegte, über sein tatsächlich nicht bestehendes Eigentum an den belasteten Grundstücken getäuscht und der Klägerin nicht wirksam bestellte Eigentümergrundschulden als Sicherheit abgetreten hat. Ein solches Verhalten des Herrn H lag aus ihrer Sicht auch deswegen fern, weil dieser sowohl die Bestellung der Eigentümergrundschulden als auch die anschließenden Abtretungserklärungen bei einem Notar vorgenommen hatte.

Gegen eine Kenntnis der Klägerin von der Prüfungspflicht und damit gegen ein sich daraus ergebendes Pflichtbewusstsein spricht schließlich, dass die Klägerin in ihrem Schreiben an die Beklagte vom 17.06.2013 mitgeteilt hat, dass zwischen ihr und den Treugebern weder eine Vergütung noch eine ggf. sich daraus ergebende Verpflichtung ihrerseits zur Prüfung der Sicherheiten vereinbart gewesen sei (XXX 9 AH gelb). 115

Soweit die Klägerin bei gewissenhafter Durchsicht der Eigentümergrundschuldbestellungen anhand des Hinweises in Ziffer 5.3 hätte erkennen können, dass der Notar den Grundbuchinhalt nicht überprüft hatte, dies aber übersehen hat, beruhte dies nur auf Fahrlässigkeit ihrer Mitarbeiter. Die Beklagte behauptet im Übrigen selbst nicht, dass die Klägerin diesen Hinweis in Ziff. 5.3 der notariellen Eigentümergrundbestellungen vor Überlassung des Darlehens an Herrn H gelesen und eine sich in diesem Fall aufdrängende Überprüfung der wirksamen Stellung der Sicherheiten bewusst unterlassen hat. 116

b) Nicht zu berücksichtigen sind die vermeintlich weiteren wissentlichen Pflichtverletzungen der Klägerin im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Abwicklung des Treuhandvertrags mit der A Holding GmbH, auf die sich die Beklagte zur Begründung des Risikoausschlusses gemäß Teil 1, Ziff. 4.5 AVB und ihrer daraus folgenden Leistungsfreiheit im vorliegenden Deckungsprozess berufen hat, wie unterlassene anleger- und objektgerechte Beratung der A Holding GmbH vor Abschluss des Treuhand- und des Darlehensvertrags, Verschweigen einer der Klägerin von Herrn H angeblich zugesagten Provision i.H.v. 1 % des jeweiligen Darlehensbetrags gegenüber den Anlegern, Tätigung von Bankgeschäften entgegen dem Verbot in § 2 II Gesellschaftsvertrag der Klägerin. 117

Diese weiteren Pflichtverletzungen, die nicht Gegenstand des vorangegangenen Haftpflichtprozesses vor dem LG Stade bzw. dem OLG Celle waren und dort nicht als schadensbegründende Pflichtverletzung der Klägerin festgestellt worden waren, sind im vorliegenden Deckungsprozess entgegen der Ansicht der Beklagten nach der Rechtsprechung des BGH nicht zu berücksichtigen. Dies gilt unabhängig davon, ab welchem Zeitpunkt die Beklagte von diesen Pflichtverletzungen Kenntnis erlangt hat. 118

Die Bindungswirkung an eine im Haftpflichtprozess festgestellte schadenverursachende Pflichtverletzung ist auch dann gegeben, wenn daneben noch andere Pflichtverletzungen bestehen mögen. Das Haftpflichturteil konkretisiert den schadenverursachenden Pflichtenverstoß des Versicherungsnehmers. Dabei kann aber nur ein im Haftpflichtprozess festgestellter Pflichtverstoß die Grundlage für den Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung (hier nach Teil 1, Ziff. 4.5 AVB) bilden. Dem Haftpflichtversicherer ist es nach ständiger Rechtsprechung des BGH verwehrt, sich im Deckungsprozess zur Begründung dieses Ausschlussstatbestandes auf eine andere als die festgestellte Pflichtverletzung zu berufen (BGH, Urt. v. 08.12.2010, - IV ZR 211/07 – VersR 2011, 203 ff. in juris Rn. 12 m.w.N.; BGH, Urt. v. 19.03.2003, - IV ZR 233/01 -, VersR 2003, 635 ff. in juris Rn. 10 m.w.N., BGH, Urt. v. 20.06.2001, - IV ZR 101/00 -, VersR 2001, 1103 ff. in juris Rn. 21). 119

3.	120
Da die tatbestandsbegründenden Voraussetzungen für einen versicherungsvertraglichen Deckungsanspruch der Klägerin erfüllt sind und auch kein Risikoausschussgrund vorliegt, kann die Klägerin von der Beklagten die ihr infolge der Inanspruchnahme durch die A Holding GmbH vor dem LG Stade und dem OLG Celle entstandenen und bezifferten Kosten (Klageanträge zu 2) – 5) in voller Höhe und die titulierte Schadensersatzforderung der A Holding GmbH (Klageantrag zu 1) jeweils nebst Zinsen jedenfalls überwiegend erstattet bzw. Freistellung hiervon verlangen. Nicht zu erstatten sind die im Klageantrag zu 2) enthaltenen, bislang aber noch nicht bezifferten Vollstreckungskosten.	121
Auch ein Anspruch der Klägerin auf Erstattung der mit dem Klageantrag zu 6) geltend gemachten vorgerichtlichen Anwaltskosten ihres Prozessbevollmächtigten in Höhe von 6.206,- € besteht nicht.	122
<u>a) Freistellung vom Haftpflichtbetrag i.H.v. 450.000,- € (Klageantrag zu 1):</u>	123
Ein Anspruch der Klägerin auf Freistellung hinsichtlich der im Urteil des LG Stade vom 01.07.2015, Az. 5 O 370/14, titulierten, bislang noch nicht beglichenen Schadensersatzforderung der A Holding GmbH folgt aus Teil 1 Ziff. 3.2.1 AVB, allerdings nur in Höhe von 446.857,- € nebst titulierter Zinsen.	124
Nach Teil 1 Ziff. 3.2.1 AVB umfasst der Versicherungsschutz die Befriedigung begründeter Schadensersatzansprüche. Nach Teil 1 Ziff. 3.2.2 AVB stellt die Versicherungssumme – hier 1.000.000,- € (vgl. Versicherungsschein K 1 AH orange) – den Höchstbetrag der dem Versicherer – abgesehen vom Kostenpunkt (s. Ziff. 3.2.6 AVB) – in jedem einzelnen Schadenfall obliegenden Leistung dar, und zwar mit der Maßgabe, dass nur eine einmalige Leistung der Versicherungssumme in Frage kommt (K 2 AH orange).	125
Danach ist die Beklagte bei Vorliegen der tatbestandsbegründenden Voraussetzungen verpflichtet, die Klägerin von der im Haftungsprozess titulierten Forderung der A Holding GmbH freizustellen.	126
Allerdings ist nach Regelung in Teil 1 Ziff. 3.2.4 AVB der in einem Haftpflichturteil titulierte Betrag nur in begrenztem Umfang von der Beklagten zu erstatten. Nach Teil 1 Ziff. 3.2.4 AVB ersetzt der Versicherer von der Summe, die vom Versicherungsnehmer aufgrund richterlichen Urteils zu bezahlen ist (Haftpflichtsumme), von den ersten 5.000,- € 90 %, vom Mehrbetrag bis 45.000,- € 97,5 %, vom Mehrbetrag 100 %. Danach hat die Beklagte von dem zugunsten der A Holding GmbH titulierten Betrag von 450.000,- € einen Betrag von 448.375,- € zzgl. titulierter Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 11.12.2014 zu zahlen. Der versicherte Betrag setzt sich zusammen aus 4.500,- € (= 90 % v. 5.000,- €) + 43.875,- € (97,5 % v. 45.000,- €) + 400.000,- € (restl. Mehrbetrag).	127
Außerdem ist von dieser versicherten Summe von 448.375,- € noch der im Versicherungsvertrag vereinbarte Selbstbehalt von 1.500,- € je Versicherungsfall (vgl. Teil I Ziff. 3.2.4 AVB i.V.m. der Vereinbarung im Versicherungsschein K 1 AH orange) in Abzug zu bringen, so dass eine Forderung der Klägerin von 446.857,- € zzgl. titulierter Zinsen verbleibt. Nach Teil I Ziff. 3.2.4 AVB beträgt der vom Versicherungsnehmer selbst zu tragende Schaden in jedem Fall mindestens 250,- € (Mindestselbstbehalt), höchstens jedoch 1.500,- €. Von der in Teil 4 Ziff. 4 BBR-W vorgesehenen Möglichkeit, abweichend von Teil 1 Ziff. 3.2.4 AVB einen höheren Selbstbehalt zu vereinbaren, haben die Parteien keinen Gebrauch gemacht. Sie haben im Versicherungsschein den höchsten Selbstbehalt von 1.500,- € gem.	128

<u>b) Kosten des Haftpflichtprozesses (Klageanträge zu 2) – 5)):</u>	129
Die Klageanträge zu 2) – 5) betreffen die Kosten, die die Klägerin im Zusammenhang mit dem von der A Holding GmbH geführten Haftpflichtprozess vor dem LG Stade, Az. 5 O 370/14, sowie vor dem OLG Celle, Az. 7 U 119/15, tragen musste. Insoweit begehrt sie teilweise Freistellung, teilweise Erstattung.	130
Nach der Regelung in Teil I Ziff. 3.2.6 AVB gehen die Kosten eines gegen den Versicherungsnehmer anhängig gewordenen, einen gedeckten Haftpflichtanspruch betreffenden Haftpflichtprozesses voll zu Lasten des Versicherers.	131
Gegenstand dieser Klageanträge sind folgende Kosten:	132
- Kostenerstattungsanspruch der A Holding GmbH gemäß Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Stade vom 14.10.2015, 17.852,90 € und in diesem Zusammenhang angefallene, aber noch nicht festgesetzte Vollstreckungskosten wegen des Erlasses von vorläufigen Zahlungsverboten gem. §§ 720 a, 845 ZPO auf Antrag der A Holding GmbH (Klageantrag zu 2)),	133
- außergerichtliche Kosten der A Holding GmbH im Berufungsverfahren vor dem OLG Celle, voraussichtlich 8.680,40 € (derzeit Feststellungsantrag zu 3)),	134
- angefallene Gerichtskosten im Berufungsverfahren vor dem OLG Celle, 13.428,- € (Klageantrag zu 4)),	135
- Anwaltsgebühren der für die Klägerin im Berufungsverfahren tätigen RA B & C gemäß Kostenfestsetzungsbeschluss des LG Stade vom 20.12.2016, 5.041,84 € nebst Zinsen (Klageantrag zu 5)).	136
Die vorgenannten bezifferten Kosten, die die Beklagte der Höhe nach nicht bestritten hat, hat sie gem. Teil 1 Ziff. 3.2.6 AVB in vollem Umfang zu tragen bzw. sie hat die Klägerin insoweit freizustellen.	137
Kein Erstattungs- bzw. Freistellungsanspruch der Klägerin besteht hinsichtlich der im Klageantrag zu 2) enthaltenen, bislang noch nicht bezifferten Vollstreckungskosten.	138
Diese sind dadurch entstanden, dass die A Holding GmbH aufgrund des Kostenfestsetzungsbeschlusses des LG Stade vom 14.10.2015 wegen ihres daraus folgenden Kostenerstattungsanspruchs vorläufige Zahlungsverbote beantragt hat, weil die Klägerin den festgesetzten Betrag von 18.221,40 € nicht beglichen hat.	139
Diese Kosten sind nicht nach Ziff. 3.2.6 AVB versichert, weil es sich dabei nicht um Kosten eines gegen die Klägerin als Versicherungsnehmerin anhängig gewordenen, einen gedeckten Haftpflichtanspruch betreffenden Haftpflichtprozess handelt. Diese Kosten sind in einem nachfolgenden, vom Haftpflichtprozess unabhängigen Zwangsvollstreckungsverfahren entstanden.	140
Ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten unter Verzugsgesichtspunkten gemäß § 286 I BGB scheitert daran, dass die Beklagte die Entstehung dieser Kosten nicht veranlasst hat. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin hatte die Beklagte zwar mit Schreiben vom 03.12.2014 zur Erteilung einer Deckungszusage	141

bis 13.12.2014 aufgefordert. Zum einen war zu diesem Zeitpunkt der Haftpflichtprozess vor dem Landgericht Stade noch nicht anhängig. Außerdem hatte die Beklagte mit Schreiben vom 19.12.2014 für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen vorläufigen Abwehrschutz erteilt.

Nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils des LG Stade vom 01.07.2015, Az. 5 O 370/14, und des Kostenfestsetzungsbeschlusses des LG Stade vom 14.10.2015, Az. 5 O 370/14, über die der A Holding GmbH zu erstattenden Kosten in Höhe von 17.852,90 € sind der Klägerin am 02. und 03.11.2015 aufgrund unterbliebener Begleichung dieser Kosten vorläufige Zahlungsverbote, gerichtet an die L, die M und die N zugestellt worden, die auf Antrag der A Holding GmbH erlassen worden waren. Am 18.11.2015 hat die Obergerichtsvollzieherin P der Klägerin eine Aufforderung zur Zahlung des festgesetzten Betrags von 18.221,40 € und für den Fall nicht fristgerechter Begleichung die Ladung zur Abgabe der Vermögensauskunft auf den 15.12.2015 übersandt (K 26 AH orange). 142

Von den bereits Anfang November 2015 durch den Erlass und die Zustellung der vorläufigen Zahlungsverbote entstandenen Vollstreckungskosten hat die Klägerin die Beklagte erst am 10.11.2015 durch Übersendung der Zahlungsverbote und der Bitte um schuldbefreiende Zahlung zur Vermeidung ansonsten drohender Kontenpfändung in Kenntnis gesetzt. Da zu diesem Zeitpunkt die Zahlungsverbote erlassen und dadurch die Vollstreckungskosten schon ausgelöst worden waren, war die nachfolgende Weigerung der Beklagten vom 18.11.2015 (K 28 orange), diese Kosten bedingungslos zu ersetzen, nicht kausal für deren Entstehung. Gleiches gilt auch für die zeitgleich mit diesem Ablehnungsschreiben der Beklagten entstandenen Kosten der Zahlungsaufforderung mit Ladung zur Abgabe der Vermögensauskunft vom 18.11.2015. Es hätte der Klägerin obliegen, im Hinblick auf die beabsichtigte Berufungseinlegung die anstehende Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden oder die Beklagte zeitnah nach Erhalt des Urteils des LG Stade vom 01.07.2015 und des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 14.10.2015 darüber zu informieren. Soweit dies nicht geschehen ist und die Klägerin durch die unterlassene Begleichung des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 14.10.2015 die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der A Holding GmbH eigenverantwortlich und vor Erhalt des Ablehnungsschreibens der Beklagten ausgelöst hat, kann sie die dadurch entstandenen Kosten nicht von der Beklagten erstattet verlangen. 143

c) vorgerichtliche Rechtsanwaltskosten i.H.v. 6.206,- € (Klageantrag zu 6)): 144

Der Klägerin steht gegenüber der Beklagten auch kein Erstattungsanspruch hinsichtlich der ihr durch die vorgerichtliche Einschaltung ihres Prozessbevollmächtigten entstandenen Rechtsanwaltsgebühren in Höhe von 6.206,- € aus 286 I BGB als der einzig in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage zu. 145

Diese vorgerichtlichen Anwaltskosten sind dadurch entstanden, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 03.12.2014 erfolglos zur Abgabe einer Deckungszusage in dem streitgegenständlichen Haftungsfall unter Fristsetzung bis zum 13.12.2014 aufgefordert hat (K 20 AH orange). Ein Erstattungsanspruch unter Verzugsgesichtspunkten scheitert daran, dass die Beklagte sich zu diesem Zeitpunkt noch nicht mit der von ihr geschuldeten Deckungsgewährung in Verzug befunden hat und infolge dessen diese Anwaltskosten nicht durch Verzug entstanden sind. 146

Dass die Klägerin selbst die Beklagte in verzugsbegründender Weise vor dem 03.12.2014 zur Gewährung von Deckungsschutz in der streitgegenständlichen Angelegenheit aufgefordert hat, lässt sich weder dem Vortrag der Klägerin noch der vorgelegten Korrespondenz 147

entnehmen.

Ein Verzug der Beklagten ist nicht schon dadurch eingetreten, dass sie im Rahmen der
zunächst mit der Klägerin selbst geführten Korrespondenz über deren
Deckungsschutzbegehren wegen deren Haftung gegenüber der A Holding GmbH mit
Schreiben vom 13.11.2014 mitgeteilt hat, dass „nach der Schadensschilderung der Klägerin“
ein Versicherungsfall nicht vorliege (K 19 AH orange). Darin liegt keine ernsthafte und
endgültige Ablehnung des klägerseits begehrten Deckungsschutzes aus der
Berufshaftpflichtversicherung durch die Beklagte dar, die eine verzugsbegründende Mahnung
gemäß § 286 II BGB entbehrlich machen könnte. 148

Zwar kommt der Schuldner, der die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert, ohne
Mahnung in Verzug. Durch die Erfüllungsverweigerung werden neben der Fristsetzung auch
die zur Leistung erforderlichen Mitwirkungshandlungen des Gläubigers entbehrlich
(Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, § 286 Rn. 24; BGH NJW-RR 1990, 444). An das
Vorliegen einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung sind aber strenge
Anforderungen zu stellen. Die Weigerung muss als sein letztes Wort aufzufassen sein
(Palandt/Grüneberg a.a.O. § 286 Rn. 24). Nicht ausreichend sind Äußerungen rechtlicher
Zweifel (Palandt/Grüneberg a.a.O. § 281 Rn. 14). 149

Die Beklagte hat sich in dem besagten Schreiben lediglich darauf berufen, dass „auf der
Grundlage der Sachverhaltsschilderung der Klägerin“ kein Schadensersatzanspruch eines
anderen vorliege, der ihr gegenüber wegen einer Pflichtverletzung geltend gemacht werde
und deshalb auch kein Versicherungsfall vorliege. Dies stellt lediglich eine rechtliche
Beurteilung der Sachlage anhand des klägerischen Vortrags seitens der Beklagten dar. Da
nicht ersichtlich ist, dass die Klägerin ihrerseits die Beklagte mit Schreiben vom 07.11.2014,
auf das im Schreiben vom 13.11.2014 in Bezug genommen wird, zur Gewährung von
Deckungsschutz aufgefordert hatte, konnte die Klägerin diese Erklärung der Beklagten auch
nicht als ernsthafte und endgültige Ablehnung des Deckungsschutzes auffassen. Dagegen
spricht im Übrigen auch die Mitteilung der Beklagten im späteren Schreiben vom 19.12.2014,
dass eine abschließende Beurteilung in haftungs- und deckungsrechtlicher Hinsicht nicht
möglich sei, aber für den Fall der gerichtlichen Geltendmachung von
Schadensersatzansprüchen vorläufiger Abwehrschutz erteilt werde. Außerdem hat die
Beklagte darauf hingewiesen, dass damit eine Deckungszusage in der Hauptsache nicht
verbunden sei, sondern eine abschließende deckungsrechtliche Prüfung vielmehr bis zum
rechtskräftigen Abschluss eines Haftpflichtprozesses zurückgestellt werden müsste (K 21 AH
orange). 150

Soweit die Prozessbevollmächtigten der Klägerin die Beklagte erstmals mit Schreiben vom
03.12.2014 unter Fristsetzung bis 13.12.2014 in verzugsbegründender Weise zur Erklärung
einer Deckungszusage für den streitgegenständlichen Haftungsfall aufgefordert haben,
handelt es sich um eine Erstmahnung, deren Kosten nicht nach § 286 I BGB zu ersetzen
sind. 151

Kosten der Rechtsverfolgung sind nur zu erstatten, wenn sie nach Eintritt des Verzugs aus
Sicht des Forderungsgläubigers zur Wahrnehmung und Dursetzung seiner Rechte
erforderlich und zweckmäßig waren. Dazu gehören nicht die Kosten der den Verzug
begründenden Erstmahnung, weil sie nicht durch den Verzug verursacht worden sind und die
nicht rechtzeitige Leistung nach § 280 II BGB nur unter den Voraussetzungen des Verzugs
eine Schadensersatzpflicht begründet (Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, § 286 Rn.
44). Gleiches gilt für die Kosten von Mahnschreiben, sofern die Mahnung nach Eintritt des
Verzugs erfolgt ist und eine zweckentsprechende Maßnahme der Rechtsverfolgung darstellt 152

(Palandt/Grüneberg a.a.O. § 286 Rn. 45).

Für den Senat bestand keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung aufgrund Schriftsatzes der Beklagten vom 28.12.2017, da dieser sich im Wesentlichen in der Wiederholung bereits berücksichtigter Rechtsansichten erschöpft. Im Übrigen ist dieser Schriftsatz erst nach Ablauf der vom Senat gesetzten und nicht verlängerten Frist bis zum 31.10.2017 eingegangen, deren Verlängerung die Beklagte ausdrücklich nicht beantragt hatte. 153

Die Kostenscheidung beruht auf § 92 II Nr. 1 ZPO. 154

Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 155

Es besteht kein Anlass, die Revision zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung. 156

Streitwert für das Berufungsverfahren: bis 500.000,00 € 157