

# Aktuelle Rechtsfragen der Treuhänderdeckung



**HERMANN  
WILHELME**

Der Autor ist Geschäftsführer einer Versicherungsmakler GmbH und ist spezialisiert auf Berufshaftpflichtversicherungen von rechts- und wirtschaftsberatenden Berufen.

2019/311

Im Fokus dieses Beitrags stehen Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften von Rechtsanwälten und Notaren und die damit verbundenen Deckungsfragen in der Berufshaftpflichtversicherung für typische Treuhänder-Haftungsrisiken. In der Praxis sind vermehrt Deckungseinwendungen bzw. Deckungsstreitigkeiten iZm der Treuhänder-Deckung festzustellen, die zu existenziellen Deckungslücken führen können, sollten die Deckungseinwendungen zutreffen. Hinzu kommt eine bedenkliche Judikaturentwicklung, die der OGH zu „erfüllungsnahen“ Ersatzansprüchen iZm Fehlverfügungen des Treuhänders über das Treuhandgut bzw. iZm sonstigen Treuepflichtverletzungen, die zum Verlust des Treuhandgutes führen, eingeschlagen hat. Der Beitrag geht auf die kontroversen Deckungsfragen ein und zeigt auf, worauf es bei der Treuhänder-Deckung tatsächlich ankommt.

## I. EINLEITUNG

Die Übernahme von Treuhandschaften durch Rechtsanwälte und Notare ist in Österreich weit verbreitet.<sup>1</sup> Die zentrale Stellung der Treuhandschaft zeigt sich auch im Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare (vgl. II.3).<sup>2</sup> Insb. die Übernahme von Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften<sup>3</sup> iZm Immobilien- und Unternehmenstransaktionen<sup>4</sup> gehört zum „Tagesgeschäft“<sup>5</sup> von Rechtsanwälten und Notaren. Die typischen Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften reichen hierbei von Treuhandschaften mit einer Vielzahl von wahrzunehmenden Abwicklungsschritten, die ua die Sicherstellung grundbuchsrechtlicher Eintragungen, die Einholung diverser Genehmigungen und Bestätigungen sowie letztlich die Überweisung der (oftmals kreditfinanzierten) Kaufpreise an den berechtigten Treugeber (berechtigte Vertragspartei des Grundgeschäftes) umfassen, bis hin zu „einfachen“ Treuhandschaften, bei denen der Treuhänder nur eine neutrale, von den Treugeberparteien unabhängige Instanz<sup>6</sup> einnimmt und eine Sicherungsfunktion (Verwahrungsfunktion) wahrnimmt, sodass nach Eintritt von Auszahlungsbedingungen das beim Treuhänder erlegte Treuhandgut an die in der Treuhandvereinbarung definierten Treugeberparteien (Kaufvertragsparteien) auszufolgen ist (Escrow-Treuhandschaft).<sup>7</sup>

Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften durch Rechtsanwälte und Notare sind seit jeher risikoträchtig. Dies zeigen die vielfach vorliegenden Haftungsurteile und Haftungsfälle in der Praxis sowie die damit verbundenen komplexen Anspruchsinhalte und Anspruchgrundlagen, die gegen Treuhänder erhoben bzw. geltend gemacht werden können.<sup>8</sup> Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften sind idR auch mehrseitige Treuhandschaften,<sup>9</sup> sodass

der Treuhänder – berufsrechtlich zulässig<sup>10</sup> – mehrseitige Interessen der Treugeber wahrzunehmen hat. Naturgemäß steht der Treuhänder bei Konflikten zwischen den Treugebern, insbesondere wenn es zur Anpassung bzw. Anfechtung/Wandlung des Grundgeschäfts wegen Irrtums oder Gewährleistung kommt.<sup>11</sup> IZM der Erfüllung von Treuhandbedingungen, insbesondere bei Verfügungen über das Treuhandgut (idR über die Treuhandvaluta) kommt es in der Praxis auch immer wieder zu Fehldispositionen und Pflichtverletzungen, sei es, weil die Treuhandvaluta an unberechtigte Personen oder mit überhöhten Beträgen an berechtigte Personen überwiesen wird, sei es, weil die Auszahlungsvoraussetzungen<sup>12</sup> rechtsirrtümlich falsch beurteilt und deshalb Fehlverfügungen „zur Unzeit“ infolge fehler-

<sup>1</sup> Allein in Wien sind seit der Einführung des elektronischen anwaltlichen Treuhandbuches im Juli 2000 bis 9. 1. 2019 rund 165.100 Treuhandschaften mit einem Gesamtvolumen von rund 67,9 Milliarden Euro (Auskunftsquelle RAK Wien, <https://www.rakwien.at/?seite= klienten&bereich=treuhandbuch> [abgefragt am 31. 10. 2019]), das sind durchschnittlich 3,57 Milliarden Euro pro Jahr, über dieses abgewickelt worden. Hierzu kommen schließlich noch die treuhandschaftlichen Abwicklungen der Notare (s hierzu *Urbanek*, Die treuhändige Abwicklung von Liegenschaftskaufverträgen durch Notare und Rechtsanwälte [1999] 3). *Urbanek* führt aus, dass das Umsatzvolumen der Notaranderkonten etwa schon im Jahr 1999 rund ATS 30 Milliarden pro Jahr betrug.

<sup>2</sup> Der vorliegende Beitrag befasst sich mit Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften, die von Rechtsanwälten und Notaren übernommen werden, obwohl grds auch andere wirtschaftsberatende Berufe (wie zB Steuerberater oder Wirtschaftsprüfer) zulässigerweise Treuhandschaften übernehmen dürfen. Allerdings müsste hierzu auf die befugnisweiternden Kompetenzen in § 79 WTBG 2017 Bezug genommen werden, weil die Funktion des Treuhänders in den §§ 2, 3 WTBG 2017 nicht (ausdr) erwähnt ist. Dass die Übernahme von Treuhandschaften durch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer auch branchenüblich und deckungsrechtlich als grds befugte Tätigkeit angesehen wird, lässt sich der Deckung des Großschaden-Kammervorganges der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (KSW) entnehmen, wo es in Pkt 2.1 II Haftpflichtversicherung (Stand 1. 1. 2018) klarstellend heißt, „dass auch Tätigkeiten als Treuhänder, beispielsweise bei Ausübung der Gesellschafter- oder Aktionärsrechte in Kapitalgesellschaften und im Rahmen der Verfahrenshilfe (s § 77 FinstrG, § 292 BAO) als versichert gelten“.

<sup>3</sup> Der hier verwendete Begriff Sicherungstreuhand meint nicht eine Sicherungstreuhand, bei welcher der Treuhänder zur Sicherung Eigentum am Treuhandgut erwirbt (vgl dazu *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 177 [rdb.at, 1. 3. 2017]), sondern eine Treuhandschaft, die auf die Sicherung des Leistungsaustauschs aus einem Grundgeschäft samt Annexgeschäften iS des Zug-um-Zug-Prinzips abzielt (zum Zug-um-Zug-Prinzip s unten FN 15).

<sup>4</sup> *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 1; *Rabl*, Haftungserklärungen des Notars in Treuhandvereinbarungen, NZ 2015, 41 ff (42). Zum Begriff Abwicklungstreuhandschaft vgl auch *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 171 ff.

<sup>5</sup> *König*, Treuhand und Liegenschafts Kauf im Konkurs, JBl 1995, 38.

<sup>6</sup> Der Treuhänder ist weder Stellvertreter noch Erfüllungsgehilfe der Kaufvertragsparteien, vgl *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung, 120 ff; zust *Apathy*, JBl 2001, 402.

<sup>7</sup> Zur Escrow-Treuhandschaft iZm M&A-Transaktionen vgl *Mannsdorfer*, W&I-Versicherung. Versicherung von im Unternehmenskaufvertrag gewährten Sicherungen und Garantien, 3/2011 HAVE/REAS, 213 ff (220–221); *Kuhn*, Der Anwalt als Escrow Agent, Anwaltsrevue 2009, 231 ff.

<sup>8</sup> Vgl statt vieler nur *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 140 ff; *Bollenberger*, Drittfinanzierter Liegenschaftsverkehr: Haftung des Treuhänders gegenüber der Bank, ÖBA 1997, 139; *ders*, Zur Treuhandabwicklung von Bauspardarlehen, NZ 2016, 401 ff; *Rabl*, NZ 2015, 41 ff.

<sup>9</sup> Zum Begriff der mehrseitigen Treuhandschaft vgl *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 165.

<sup>10</sup> *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 43 ff.

<sup>11</sup> *Mutz*, Haftungsfragen bei Treuhandabwicklungen durch den Notariatsubstituten, NZ 1999, 357 ff.

<sup>12</sup> Vgl dazu umfassend *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 105 ff.

hafter tatsächlicher oder juristischer Erwägungen vorgenommen werden.

Begeht der Treuhänder eine Pflichtverletzung, insbesondere eine Fehlverfügung über das Treuhandgut, erwarten sich nicht nur Rechtsanwälte und Notare als Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhänder, sondern *va* (auch) deren Treugeber (Mandanten) eine entsprechende Versicherungsdeckung aus der Berufshaftpflichtversicherung. Da es bei Treuhandschaften nicht selten um hohe Transaktionsvolumina geht, bei Liegenschaftskäufen durch Konsumenten sogar oft um lebensentscheidende (einmalige) Investitionen, ist das Greifen des Versicherungsschutzes in der Berufshaftpflichtversicherung des jeweiligen Treuhänders (Rechtsanwalts und Notars) besonders wichtig. Zudem ist die Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare eine Pflichthaftpflichtversicherung, im Rahmen derer ein besonderer Geschädigtenschutz normiert ist.<sup>13</sup> Die geschädigten Dritten sollten daher (möglichst) nicht durch Deckungsablehnungen bzw. Deckungsstreitigkeiten zu Leidtragenden einer strittigen (oder versagten) Treuhänder-Deckung werden. Jüngste Deckungsdiskussionen in der Praxis, (gerichtlich ausgetragene) Deckungsstreitigkeiten zwischen Versicherern und Versicherungsnehmern sowie auch die Rsp des OGH<sup>14</sup> zeigen, dass sich weder Treuhänder noch Treugeber (Mandanten) der Deckung in der Berufshaftpflichtversicherung (insbesondere der Rechtsanwälte) sicher sein dürfen.

Auf die wichtigsten Deckungsfragen, die in der Praxis strittig sind, soll im Folgenden eingegangen werden. Es werden sechs Deckungsablehnungsgründe zur Treuhänder-Deckung erörtert: 1. der Einwand des Vorliegens einer nicht beruflichen und daher nicht versicherten Tätigkeit (II.), 2. der Einwand einer nicht versicherten (rein) wirtschaftlichen Tätigkeit (III.), 3. der Einwand eines nicht versicherten Verstoßes beim Zahlungsakt (IV.), 4. der Einwand eines nicht versicherten Erfüllungsanspruchs oder Erfüllungsersatzanspruchs, insbesondere wenn die „Rückzahlung“ der Treuhandvaluta begehrt wird (V.), 5. der Einwand der fehlenden Deckung über die Anderkontenklausel (VI.) sowie schließlich 6. der Einwand einer nicht versicherten wissentlichen Pflichtverletzung (VII.). Die Ergebnisse der Deckungsanalyse werden abschließend zusammengefasst (VIII.).

## II. BERUFLICHE TÄTIGKEIT – VERSICHERTES RISIKO

### 1. Allgemeines

Die Deckung für Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften kann *ua* mit dem Argument abgelehnt/bestritten werden, in der Übernahme einer bloßen Treuhandschaft liege (noch) keine berufliche und damit versicherte Tätigkeit, *va* wenn zur Übernahme einer Treuhandschaft kein weiterer Rechtsberatungs- bzw. Rechtsbesorgungszusammenhang hinzutritt.

Dieses Argument muss naturgemäß bei allen Rechtsanwälten und Notaren Besorgnis hervorrufen. Wie bereits ausgeführt, übernehmen Rechtsanwälte und Notare tagtäglich für ihre Treugeber (Mandanten) Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandschaften zu enormen Vermögenswerten und leisten zur Sicherung der Vertragsinteressen der Treugeber, insbesondere zur Sicherung des Zug-um-Zug-Prinzips bei synallagmatischen Verträgen,<sup>15</sup> einen erheblichen Beitrag zur Rechtssicherheit. Rechtsanwälte und Notare gehen davon aus, dass dieses Tun eine berufliche und damit versicherte Tätigkeit ist, dass es also deckungsrechtlich keinen Unterschied macht, ob nur eine Treuhandschaft übernommen wird oder ob zur Treuhandschaft auch eine Rechtsberatung bzw. Rechtsbesorgung (Rechtsgestaltung) zum (des der Treuhandschaft zugrunde liegenden) Grundgeschäft (etwa als Vertragserrichter) hinzutritt.

Der Einwand, dass die Übernahme einer bloßen Treuhandschaft allein keine berufliche Tätigkeit sei, kommt daher, dass manche primäre Risikoumschreibungen in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung (der Rechtsanwälte) Treuhandschaften (nur) insofern als versichert bezeichnen, als diese auf einem „Anwaltsmandat“ beruhen.<sup>16</sup> Aber auch andere primäre Risikoumschreibungen in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte stellen auf eine berufliche Tätigkeit bzw. auf einen Rechtsbesorgungszusammenhang ab,<sup>17</sup> mögen manche AVB in einschlägigen Tätigkeitskatalogen die Funktion des Treuhänders auch *ausdr* als versichert bezeichnen.

Grds ist es richtig, dass in der Berufshaftpflichtversicherung eines Rechtsanwalts oder Notars Deckungsvoraussetzung sein muss, dass eine rechtsanwaltliche oder notarielle Tätigkeit ausgeübt wird. Obwohl Berufshaftpflichtversicherungen hinsichtlich des Berufsrisikos eine All-Risk-Deckung bieten, gibt es auch Tätigkeiten, die nicht beruflicher Natur sind, die sodann auch in der Berufshaftpflichtversicherung nicht gedeckt sind.<sup>18</sup> Von einer rechtsanwaltlichen oder notariellen Tätigkeit ist (in Abgrenzung zu sonstigen

<sup>13</sup> Zu den Pflichthaftpflichtversicherungsbestimmungen in den Berufsordnungen der Rechtsanwälte und Notare vgl § 21 a RAO bzw § 30 NO. Zum besonderen Geschädigtenschutz in der Pflichthaftpflichtversicherung vgl *Rubin* in *Fenyves/Schauer*, *VersVG* (2014) Vor §§ 158 b – 158 i Rz 3.

<sup>14</sup> Prominent sind hierbei die E des OGH 7 Ob 230/14 w *VersE* 2542; 7 Ob 127/17 b *RdW* 2/2018, 94 zum nicht versicherten Ersatzanspruch bei Fehlverfügungen eines Treuhänders (Rechtsanwalts, Steuerberaters).

<sup>15</sup> Zum Zug-um-Zug-Prinzip bei synallagmatischen Verträgen vgl statt vieler *Urbanek*, *Treuhandige Abwicklung* 120 ff; *Apathy/Perner* in *KBB*<sup>5</sup> (2017) § 1052 Rz 1; *Welser/Zöchling-Jud*, *Bürgerliches Recht* II<sup>14</sup> (2015) Rz 180 ff.

<sup>16</sup> So heißt es *ua*: „Versichert ist die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt, insbesondere als Treuhänder, soweit die Tätigkeit im Rahmen eines Anwaltsmandates erfolgt.“

<sup>17</sup> So heißt es *ua*: „Versichert ist die gesetzliche Haftpflicht des Versicherungsnehmers aus der beruflichen Tätigkeit als Rechtsanwalt sowie aus allen mit der Ausübung der Rechtsanwaltschaft verbundenen erlaubten Tätigkeiten.“ Der Rechtsbesorgungszusammenhang ergibt sich aus der Wendung, dass die versicherte Tätigkeit „mit der Ausübung der Rechtsanwaltschaft“ „verbunden“ sein muss; vgl zu diesem Zusammenhang *Wilhelmer*, *Die Grenzen des Versicherungsschutzes in der Rechtsanwaltschaftpflichtversicherung*, *öAnwBl* 3/2016, 124 ff (127 – 128). Für Notare gilt grds nichts anderes, da auch sie einen Rechtsberuf ausüben, womit eine versicherte „notarielle Treuhandschaft“ (nur) dann vorliegt, wenn ein entsprechender Rechtsbesorgungszusammenhang nachweisbar ist.

<sup>18</sup> Zu den Grenzlinien des Versicherungsschutzes mit Blick auf die berufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts vgl zB *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 127 – 135.

Tätigkeiten) daher dann zu sprechen, wenn diese Tätigkeiten einen Rechtsbesorgungszusammenhang aufweisen.<sup>19</sup> Erst mit dem Vorliegen eines Rechtsbesorgungszusammenhangs wird eine allgemeine Tätigkeit zu einer beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts und Notars und damit zu einer versicherten Tätigkeit in der Berufshaftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Notaren. Das Kriterium des Rechtsbesorgungszusammenhangs ist geeignet, die Abgrenzung zu nicht versicherten Tätigkeiten zu leisten, ua die Abgrenzung zu rein wirtschaftlichen Tätigkeiten, die nicht mehr als berufliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts und eines Notars anzusehen sind. Derartige rein wirtschaftliche Tätigkeiten liegen etwa vor, wenn Rechtsanwälte und Notare als reine Strohmann-Treuhänder,<sup>20</sup> als reine Mittelverwendungskontrolloren (Rechnungskontrolloren)<sup>21</sup> iZm Kapitalanlage- bzw Vermögensanlagemodellen oder im Rahmen sonstiger rein geschäftsführender Treuhandschaften<sup>22</sup> (ua als Sanierungstreuhänder)<sup>23</sup> tätig werden.

Die Übernahme von Abwicklungs- bzw Sicherungstreuhandschaften ist dagegen gerade nicht wirtschaftlich, sondern idR (ausschließlich) juristisch geprägt. Mag es auch eine Vielzahl an unterschiedlichen Formen von Treuhandschaften und Treuhandschaftsverhältnissen im Rechtsverkehr geben,<sup>24</sup> ist die Übernahme von Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften auf die Sicherung des Zug-um-Zug-Prinzips iZm dem Leistungsaustausch aus einem Grundgeschäft gerichtet und, wie noch zu zeigen sein wird, per se als rechtsbesorgend und daher als versicherte Tätigkeit zu qualifizieren. Auf das Erfordernis eines weiteren Rechtsbesorgungszusammenhangs, der zusätzlich zu einer Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft hinzutreten muss, kommt es richtigerweise deckungsrechtlich nicht mehr an.

## 2. Maßgebliches Recht

Die Frage, ob die Übernahme von Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften durch ö Rechtsanwälte und ö Notare bereits rechtsbesorgend und (deckungsrechtlich) als versicherte Tätigkeit (iS der maßgeblichen AVB) einzustufen ist, richtet sich nach ö Recht bzw nach ö Berufsbranchenverständnis. Ist der Versicherungsvertrag mit einem inländischen (ö) Versicherer abgeschlossen, gilt dies mangels eines Auslandsbezugs schon grds (dh auch ohne explizite Rechtswahlklausel). Aber auch dann, wenn Rechtsanwälte und Notare zu ihrer Berufshaftpflichtversicherung mit einem ausländischen Versicherer kontrahieren, gilt infolge der (häufig) in den AVB vereinbarten Rechtswahlklausel<sup>25</sup> bzw bei Pflichthaftpflichtversicherungen (sollte eine Rechtswahlklausel in den AVB nicht vereinbart sein) aufgrund des maßgeblichen IPR-Rechts<sup>26</sup> (idR) ö Recht.

Für die Beurteilung des Umfangs einer Berufsbefugnis bzw eines Berufsbilds sind somit das lokale (hier in Ö geltende) Recht und das lokale (ö) Berufsbildverständnis maßgeblich. Dies gilt auch für die Frage, ob Abwicklungs- und

Sicherungstreuhandschaften einen ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhang aufweisen. Der Blick auf allfällige d Lit und Rsp zur Frage, ob eine Treuhandtätigkeit eines Rechtsanwalts oder Notars als versicherte (berufliche) Tätigkeit zu qualifizieren ist, ist daher nicht von Bedeutung.<sup>27</sup> Deutsche Rsp und Lit können dagegen hilfreich sein, wenn es darum geht abzugrenzen, ab welcher rechtlichen Qualität eine allgemeine Tätigkeit eines Rechtsanwalts einen ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhang aufweist<sup>28</sup> (s unten II.4).

## 3. Berufliche Kerntätigkeit bei Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften

Die Tatsache, dass zur Beurteilung der beruflichen Tätigkeit und damit des versicherten Risikos eines ö Rechtsanwalts oder Notars das ö Recht maßgeblich ist, ist gerade mit Blick auf Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften im Vergleich zum d Recht entscheidend. Zu Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften zeigt sich ein deutlicher Unterschied zwischen dem ö Berufsrecht und ö Branchenverständnis und dem d Berufsrecht und d Berufsbranchenverständnis.

Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften sind nach dem ö Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare –

<sup>19</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127–128.

<sup>20</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 133–134; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> (2017) § 1 Rz 36.

<sup>21</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127–128. Vgl dazu auch *Saenger/Scheuer*, Wandel im Berufsbild: Mittelverwendungskontrolle als anwaltliche Tätigkeit? dAnwBl 2012, 497 ff, 500 f. Neuerdings häufen sich Anfragen, ob die Übernahme einer Treuhandsfunktion gem § 19 Abs 3 Z 3 AIFMG, nämlich als Verwahrstelle Vermögenswerte von und für alternative Investmentfonds zu halten, von der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare umfasst ist. Obwohl mit der Treuhandsfunktion gem AIFMG auch eine Sicherungsfunktion einhergeht, liegt die Sicherungsfunktion des Treuhänders in diesem Fall nicht darin, das Zug-um-Zug-Prinzip iZm dem Leistungsaustausch aus einem Grundgeschäft abzusichern, sondern analog einer Depotbank eines Wertpapierfonds den Anleger vor Unregelmäßigkeiten bzw „Malversationen“ (sein Vermögen betreffend) zu schützen. Die Übernahme einer „Depotbankfunktion“ ist vom Berufsbild des Rechtsanwalts und Notars allerdings (schon) weit entfernt. Zu Bejahung einer Versicherungsdeckung wäre diesfalls (infolge der starken wirtschaftlichen Prägung der AIFMG-Treuhandschaft) (wohl) das Vorliegen eines (auch) ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhangs nachzuweisen.

<sup>22</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 133–134.

<sup>23</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127–128. Vgl zum Sanierungstreuhänder und dem Erfordernis einer individuellen Gestaltung des Versicherungsschutzes *Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger*, Sanierungstreuhänder und Sanierungsprivileg, *ecolex* 2017, 777 (779).

<sup>24</sup> Vgl zu den unterschiedlichen Formen der Treuhandschaft *Apathy* (Hrsg), Die Treuhandschaft (1995).

<sup>25</sup> So heißt es in AVB mit ausländischen Versicherern zB: „Für Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag gilt die Anwendung österreichischen Rechts sowie als Gerichtsstand Wien vereinbart.“

<sup>26</sup> Art 7 Abs 4 lit a Rom I ist eine zwingende Norm, die unabhängig vom maßgeblichen Vertragsstatut zur Anwendung gelangt (*Perner in Fenyves/Schauer*, VersVG Anhang, Rz 35; *ders*, Das Internationale Versicherungsvertragsrecht nach Rom I, IPRax 2009, 221; *ders*, Neues IPR-Recht für Versicherungsverträge, *ecolex* 2009, 19 ff). Insofern gilt das ö Pflichthaftpflichtversicherungsrecht (§§ 158 b ff VersVG) auch dann, wenn im Pflichthaftpflichtversicherungsvertrag eines in Ö zu versichernden Risikos die Anwendung ausländischen Rechts vereinbart sein sollte, das den VN im Vergleich zum ö Pflichthaftpflichtversicherungsrecht schlechter stellt.

<sup>27</sup> Zur umfangreichen (auch kasuistischen) Rsp des BGH, ab wann die Übernahme eines Treuhandsmandats eine anwaltliche Tätigkeit ist, vgl *Rinkler in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch der Anwaltschaft<sup>4</sup> (2015) § 1 Rz 164–168.

<sup>28</sup> Vgl *Rinkler in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 1 Rz 160–161, insbesondere Rz 164–168; *Wilhelmer*, AnwBl 2016, 127.



anders als in D<sup>29</sup> – ganz zentral geregelte berufliche Tätigkeiten. Dies zeigt sich schon an den Berufsordnungen der Rechtsanwälte (§ 10a RAO, der ausdr die anwaltliche Treuhandtschaft normiert) und der Notare (§ 109a NO, der die „notarielle Treuhandtschaft“ regelt) und setzt sich im einschlägigen Richtlinienrecht der Berufskammern fort. So heißt es ua in den Treuhandstatuten der ö RAK: „Unter vertraglich übernommene Treuhandschaften (. . .) werden alle entgeltlichen oder unentgeltlichen Mandatsverträge verstanden, in deren Rahmen der RA den ausdrücklichen schriftlichen Auftrag zur Verwahrung und späteren Ausfolgung eines bei ihm hinterlegten Geldbetrages für den Fall des Eintrittes einer oder mehrerer vorher bestimmter Bedingungen an einen oder mehrere ihm als Begünstigte genannte Dritte übernimmt.“<sup>30</sup> Gleiches findet sich in Pkt 1.1 THR 1999 idF 2019, der die notarielle Treuhandtschaft regelt: „Eine notarielle Treuhand ist ein offenes, zwei- oder mehrseitiges Rechtsverhältnis, bei welchem ein Notar aufgrund einer Treuhandvereinbarung Vermögenswerte (Geld, Geldwerte), Rechte oder Urkunden übernimmt, und der Notar dabei als Treuhänder gegenüber einem, zwei, oder mehreren Treugebern unter seiner notariellen Berufsverantwortung die Verpflichtung übernimmt, die in der Treuhandvereinbarung festgelegten Rechtsfolgen herbeizuführen und Bedingungen zu erfüllen und der Notar als Treuhänder im eigenen Namen oder im Auftrag, im Interesse und für Rechnung des oder der Treugeber handelt.“<sup>31</sup> In den von den Berufskammern empfohlenen Treuhandbedingungen heißt es ua bei Verfügungen über Treuhandgelder: „Der Treuhänder darf Treuhandgelder mangels abweichender schriftlicher Vereinbarung nur dann ausfolgen oder sich zu einer Ausfolgung verpflichten, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung des Treuhandauftrages aufgrund der ihm vorliegenden Urkunden sichergestellt ist.“<sup>32</sup>

In Ö ist – anders als in D – auch der Begriff des „Treuhandmandates“ anerkannt und geläufig.<sup>33</sup> Zwischen einem Treuhandmandat (mit entsprechendem Sicherungsinteresse) und einem „Anwaltsmandat“ besteht nach ö Berufsrecht und Branchenverständnis infolge der zentralen Stellung der Treuhandtschaft im Berufsrecht der Rechtsanwälte kein Unterschied. Für Notare gilt mit dem Begriff der „notariellen Treuhandtschaft“ in § 109a NO Gleiches.

Bei Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften liegt auch eine ausreichende Abgrenzung zu rein wirtschaftlich geprägten Treuhandschaften, wie etwa zu reinen Strohmann-Treuhandschaften, „treuhändigen“ Mittelverwendungskontrollen oder sonstigen geschäftsführenden Treuhandschaften vor (vgl schon oben II.1.), sodass der Versicherungsschutz nicht uferlos zu werden droht.

Übernehmen Rechtsanwälte oder Notare daher im Zuge von Abwicklungs- bzw Sicherungstreuhandschaften treuhändig Gelder, Rechte, Urkunden etc, um sie nach bestimmten rechtsbesorgenden Handlungen (Einholung von behördlichen Genehmigungen, grundbuchsrechtlichen Sicherstellungen) und nach Eintritt bestimmter Auszahlungs-

bedingungen weiterzuleiten,<sup>34</sup> liegt schon eine berufliche, weil rechtsbesorgende Tätigkeit vor. Die Rechtsbesorgung liegt in der Sicherung des Leistungsaustauschs eines Grundgeschäfts.<sup>35</sup> Es geht zum einen um die Wahrung des Zugum-Zug-Prinzips beim Leistungsaustausch,<sup>36</sup> zum anderen um die Verschaffung einer für den Fall des Eintritts bestimmter Rechtstatsachen<sup>37</sup> gesicherten Zugriffsmöglichkeit auf Vermögenswerte, die dem (dann) jeweils Berechtigten aus einer Transaktion zukommen sollen.<sup>38</sup> Ein rechtsbesorgender Zusammenhang besteht auch bei „einfachen“ Escrow-Treuhandschaften, bei denen der Treuhänder (nur) als neutrale Instanz Gelder in Verwahrung nimmt, um sie dann (treuhandvereinbarungsgemäß) bei Eintritt bestimmter Rechtstatsachen entweder an den Absender zurückzuüberweisen oder (oftmals) nach gemeinsamer Anweisung durch die Treugeber (Vertragsparteien des Grundgeschäftes) an den (dann) Berechtigten weiterzuleiten.<sup>39</sup> Komplizierte juristische Fragen sind bei Escrow-Treuhandschaften – anders als bei klassischen Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften – nicht zu lösen. Gleichwohl übernimmt auch der Escrow-Treuhänder eine wichtige Sicherungsfunktion, die für den Rechtsverkehr erforderlich ist.<sup>40</sup>

Wird bei Treuhandschaften daher insgesamt eine Zugum-Zug-Sicherungsfunktion oder Vermögens-Sicherungsfunktion übernommen, kann ein rechtsbesorgender Zusammenhang nicht bestritten und ein rein wirtschaftlich geprägtes (nicht berufliches) Tun nicht (einfach) behauptet werden. Auch der OGH hat in seiner bisherigen (deckungs-

<sup>29</sup> Die Treuhandtschaft ist in der BRAO nicht ausdr geregelt, sondern vom BGH als zT anwaltliche Tätigkeit anerkannt, vgl *Rinkler in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab, Handbuch*<sup>4</sup> § 1 Rz 164.

<sup>30</sup> Vgl dazu ausf *Thurner, Treuhand- und Fremdgeldverwaltung unter besonderer Berücksichtigung der standesrechtlichen Verpflichtungen für Rechtsanwältinnen* (2004) 33 ff (insbesondere Pkt 1.1 des Treuhandstatuts der RAK Wien 93); vgl zB auch Pkt 5.3. der aktuellen Fassung des Treuhandstatuts der RAK Wien v 30. 4. 2019 (<https://www.rakwien.at/?seite=klienten&bereich=treuhandbuch> [abgefragt am 31. 10. 2019]).

<sup>31</sup> Vgl Pkt 1.1 VHR 1999 idF v 25. 4. 2019 NZ 6/2019, 234 (239).

<sup>32</sup> Vgl Pkt 4 der Allgemeinen Bedingungen für die treuhändige Abwicklung von Immobilientransaktionen (Anhang zu § 43 Abs 5 RL-BA in *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO*<sup>9</sup> [2015] 763 [764]). Ähnlich auch Pkt 9 THR 1999 idF 2019 (NZ 2019, 234 ff): „Der Notar darf das Treuhandgut nur ausfolgen, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung des Treuhandauftrages aufgrund der ihn treffenden Berufspflichten und Pflichten aus der Treuhandvereinbarung zu erwarten ist.“

<sup>33</sup> Vgl OGH 1 Ob 26/71 EvBl 1972/19; 3 Ob 558/79 EvBl 1980/162; 7 Ob 13/90 VersE 1473; RS0010415.

<sup>34</sup> *Urbanek, Treuhändige Abwicklung* 105 ff, 180 ff.

<sup>35</sup> *Urbanek, Treuhändige Abwicklung* 96–102, 105 ff; *Bollenberger, ÖBA* 1997, 139; *ders, NZ* 2016, 401 ff.

<sup>36</sup> Vgl bereits oben FN 15.

<sup>37</sup> ZB Einverleibung des Eigentumsrechts des Käufers, Einverleibung des Pfandrechts der kaufpreisfinanzierenden Bank im Grundbuch.

<sup>38</sup> Zur Sicherungsfunktion des Kaufpreisteilerlags im Zuge einer M&A-Transaktion, um bestimmte Garantierisiken wirtschaftlich zu besichern, vgl *Mannsdorfer, 3/2011 HAVE/REAS*, 220–221.

<sup>39</sup> *Mannsdorfer, 3/2011 HAVE/REAS*, 221, wonach der Treuhänder das Treuhandgut entweder auf Basis einer gemeinsamen schriftlichen Anweisung der Treugeber oder auf Basis eines rechtskräftigen Gerichtsurteils auszufolgen hat. AA (und nur für die dBerufshaftpflichtversicherung relevant) *Riechert, Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte* (2018) § 1 Rz 43, 53–54, der den Escrow-Treuhänder als nicht versichert ansieht, allerdings mit dem Argument, es liege eine unzulässige doppelnutzige Treuhandtätigkeit vor. Dass der mehrseitige Treuhänder nicht gegen das Doppelvertragsverbot verstößt, ist aber in Ö hM; vgl statt vieler nur *Urbanek, Treuhändige Abwicklung* 43–51.

<sup>40</sup> *Kuhn, Anwaltsrevue* 2009, 231.

rechtlichen) Rsp die Übernahme von juristisch und sicherungstechnisch geprägten Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften in Ö unzweifelhaft als berufsbildlich und damit als versicherte Tätigkeit qualifiziert.<sup>41</sup> Kommt es zur Verfügung über Vermögenswerte im Zuge von Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften (die Verfügung über Vermögenswerte ist, wie bereits ausgeführt, ein zentraler Bestandteil der von den Berufskammern definierten Treuhandaufträge), gilt nichts anderes.<sup>42</sup> Wie noch zu zeigen sein wird, liegt in der Verfügung über Vermögenswerte, die eine Annex-tätigkeit zur Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft bedeutet, auch keine (nicht versicherte) rein wirtschaftliche Tätigkeit. Allenfalls der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ kann für die Deckung des Treuhänders eine Rolle spielen (vgl unten IV.).

Weil Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften, welche die beschriebenen Sicherungsfunktionen erfüllen, per se rechtsbesorgend und als versicherte Tätigkeit zu qualifizieren sind, kommt es auf einen weiteren rechtsbesorgenden Zusammenhang, etwa auf eine Rechtsberatung oder Vertragsgestaltung iZm dem einer Treuhandschaft zugrundeliegenden Rechtsgeschäft, auf die Gestaltung und Beratung zu sonstigen Rechtsfragen, die sich iZm einer Treuhandschaft stellen können, etwa die Formulierung einer Treuhandvereinbarung, die Gestaltung von Gerichtsstands- bzw Schiedsgerichtsklauseln, nicht (mehr) an (vgl zum Kriterium des Rechtsbesorgungszusammenhangs im Detail II.4.). Auch die zitierten Treuhandschaftsrichtlinien der Berufskammern in Österreich setzen einen zusätzlichen rechtsbesorgenden Zusammenhang zur Tätigkeit als Treuhänder nicht voraus, etwa dass der Treuhänder zum Grundgeschäft auch noch beraten müsse oder dieses als Vertragserrichter zu gestalten habe. Einige AVB in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte regeln diesen (nicht erforderlichen) weiteren Rechtsbesorgungszusammenhang (mittlerweile) auch ausdrücklich.<sup>43</sup>

#### 4. Kriterien des Rechtsbesorgungszusammenhangs

Auch wenn Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften nach ö Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare per se als rechtsbesorgend zu betrachten und daher als versichert zu bejahen sind, ist dennoch der Frage nachzugehen, ab welcher Rechtsqualität weitere (andere) Tätigkeiten eines Rechtsanwalts oder Notars versichert bzw nicht versichert sind, dh, ab wann eine Tätigkeit den für die Versicherungsdeckung erforderlichen „Rechtsbesorgungszusammenhang“ aufweist, weil in der Deckungspraxis diese Frage im Zuge von Treuhandschaften thematisiert wird.

Wichtig ist zunächst festzuhalten, dass es für das Vorliegen eines Rechtsbesorgungszusammenhangs nicht darauf ankommt, ob die zu beurteilende Tätigkeit „schwerpunktmäßig“ rechtsberatend bzw rechtsbesorgend erbracht wird/wurde.<sup>44</sup> Diese (in D verbreitete) Schwerpunkttheorie baut

mE zu hohe Hürden auf, um ein grds versichertes Risiko zu bejahen. Würde zB eine rein rechtliche Fehlbeurteilung in einem nicht schwerpunktmäßig rechtlich geprägten Mandatsverhältnis zu einer Haftung führen, bestünde nach der Schwerpunkttheorie keine Deckung, obwohl sich gerade das Risiko einer juristischen Fehlberatung verwirklicht. Andererseits ist es auch nicht sachgerecht, die Abgrenzung des versicherten Risikos danach vorzunehmen, welches Risiko sich verwirklicht.<sup>45</sup> Bei dieser Betrachtungsweise wird nicht darauf abgestellt, ob der Schwerpunkt des Mandats/Auftrags rechtsberatend bzw rechtsbesorgend war, sondern ob dem Rechtsanwalt oder Notar der Fehler bei den spezifisch rechtlichen Elementen des Auftrags unterlaufen ist, egal ob diese gegenüber den nicht beruflichen (zB rein wirtschaftlichen) Elementen des Auftrags im Vordergrund stehen oder untergeordnet sind.<sup>46</sup> In diesem Fall sind nur jene Tätigkeiten versichert, die einen juristischen Konnex aufweisen. Jene Tätigkeiten, die nicht juristisch geprägt sind, sind zur Gänze (auch im Rahmen der primären Risikoumschreibung) nicht versichert. Bei diesem zweiten, sehr engen Verständnis des versicherten Risikos würden Risikoausschlüsse, wie etwa der Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“, in Art 4 I 4 AVBV nur deklaratorisch wirken<sup>47</sup> und damit – abgesehen von seiner Warnfunktion<sup>48</sup> – inhaltslos sein. Eine derartige ausschließlich klarstellende (und damit funktionslose) Wirkung von Risikoausschlüssen kann den AVB-Verwendern mE aber nicht unterstellt werden. Richtigerweise ist von einer überwiegend konstitutiven Wirkung der Risikoausschlüsse in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare auszugehen.<sup>49</sup> Diese Sichtweise teilt auch der OGH,<sup>50</sup> der mE insofern (implizit) der Theorie des Rechtsbesorgungszusammenhangs (des BGH) folgt.

<sup>41</sup> Vgl OGH 7 Ob 6/88 VersE 1379; 7 Ob 27/94 VersE 1621; 7 Ob 2263/96m VersE 1715; 7 Ob 119/05h VersE 2120; 7 Ob 7 Ob 121/05b VersE 2122; 7 Ob 70/14s VersE 2511.

<sup>42</sup> Vgl 7 Ob 6/88 VersE 1379 („Daß die treuhändige Verwahrung eines erst später zur Auszahlung zu bringenden Kaufpreisteiles im Rahmen einer anwaltlichen Tätigkeit üblich ist, bestreitet auch die Beklagte nicht“).

<sup>43</sup> So heißt es etwa: „Als anwaltliche Tätigkeit gilt auch die Prüfung und der Vollzug von Auszahlungsbedingungen im Rahmen von Treuhandmandaten, unabhängig davon, ob das der Treuhandschaft zugrunde liegende Rechtsgeschäft bzw die Treuhandvereinbarung selbst rechtlich gestaltet wurde“; vgl dazu auch *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127.

<sup>44</sup> Vgl *Wilhelmer*, 2016, 127; aA *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 23 ff.

<sup>45</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 23.

<sup>46</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 23. Diese Form der Risikoabgrenzung vertreten *Jungk*, Der Anwalt im Grenzbereich anwaltlicher Tätigkeit, dAnwBl 2004, 117; *Chab* in *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 18 Rz 37.

<sup>47</sup> So etwa *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> (2013) E Rz 81, die den in Art 4 I 4 der ö AVBV vergleichbaren Risikoabschluss zB in d Teil B BBR S (Risikobeschreibung für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Steuerberatern) als deklaratorisch bezeichnen, da bei Empfehlung, Vermittlung oder Durchführung wirtschaftlicher Geschäfte der Bereich der versicherten Tätigkeit schon auf der Ebene der primären Risikoumschreibung verlassen wird.

<sup>48</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 6.

<sup>49</sup> *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 136; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 6.

<sup>50</sup> Dies zeigt mE die Rsp des OGH zur Deckung des Insolvenzverwalters und Sachwalters, vgl 7 Ob 224/69v JBl 1970, 531; vgl öAnwBl 2016, 139 FN 160. Eine Differenzierung zwischen versicherter juristischer Tätigkeit und nicht versicherter wirtschaftlicher Tätigkeit nimmt der OGH auch in seiner E 7 Ob 2163/96f ausdr vor, vgl *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 139.

Für das Vorliegen einer versicherten beruflichen Tätigkeit reicht es daher, wenn zwischen der berufstypischen und weniger berufstypischen Tätigkeit ein enger Zusammenhang mit rechtlicher Beistandspflicht besteht und auch die berufsuntypischen Aufgaben Rechtsfragen aufwerfen.<sup>51</sup> Erst dann, wenn ein „Rechtsfragen besogender Zusammenhang“ in einem Mandat völlig fehlt bzw. „völlig in den Hintergrund“ tritt und deshalb unwesentlich wird oder wenn die berufsfremde Tätigkeit von der rechtsanwaltlichen Tätigkeit „isoliert“ beauftragt (zB reine Anlageberatung, Kreditvermittlung) wird,<sup>52</sup> ist die Grenze des versicherten Risikos in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare überschritten.

Für die Beurteilung der Frage, ob ein rechtsbesogender Zusammenhang vorliegt, ist zur Vorbeugung von allzu raschen Deckungsablehnungen grds, va im Zweifel, ein weites Verständnis von rechtsbesogenden Tätigkeiten geboten. Ein weites Verständnis des versicherten Risikos ist der Haftpflichtversicherung generell inhärent und gilt auch in der Betriebshaftpflichtversicherung. Versichert soll alles das sein, was zur Führung eines Betriebs dazugehört.<sup>53</sup> Das Betriebshaftpflichtrisiko ist nach Ansicht des OGH nicht nur auf typische Betriebsgefahren beschränkt, sondern es ist jede Tätigkeit der Betriebshaftpflichtversicherung zuzurechnen, die für den Betrieb erfolgt oder in einem ursächlichen Zusammenhang mit dem Betrieb steht.<sup>54</sup> Im Zweifel ist, insbesondere wenn dem Versicherten die Überschreitung seiner Berufsbefugnis nicht bewusst ist, der Versicherungsnehmer durch Annahme einer Deckung geschützt.<sup>55</sup> In der Berufshaftpflichtversicherung (der Rechtsanwälte und Notare) kann insofern nichts anderes gelten. Wird ein Rechtsanwalt oder Notar als solcher tätig, ist die Erwartungshaltung der Mandanten regelmäßig auch darauf gerichtet, dass dieser rechtsbesorgend die Interessen der Mandanten wahrnimmt.<sup>56</sup> Ein zu enges Differenzieren zwischen beruflicher Tätigkeit und sonstigen Tätigkeiten, die im Rahmen eines Mandats miterledigt werden, wäre dem (auch pflichthaftpflichtversicherungsgeschützten) Klienten (Dritten) schwer vermittelbar.<sup>57</sup>

Liegen mehrere separat erteilte Mandate vor, die isoliert betrachtet nicht versichert wären, sind diese Mandate, wenn sie eine Verbindung aufweisen, als „Einheit“ zu sehen, womit bei einer Gesamtbetrachtung die Summe der Teiltätigkeiten wieder als versichert gelten.<sup>58</sup> Dies ist insbesondere iZm mehrseitigen Treuhandschaften (also bei Vorliegen mehrerer Treuhandaufträgen von mehreren Treugebern) von Bedeutung. Für das Verhältnis von Treuhandschaft und dem der Treuhandschaft zugrunde liegenden Grundgeschäft gilt Gleiches. Bei der Abwicklung von Grundgeschäften hat der Treuhänder auch andere Rechtsgrundlagen als jene von Treuhandaufträgen (nämlich ua jene des Grundgeschäfts) zu prüfen und zu berücksichtigen. Abwicklungstreuhandschaften und Grundgeschäft stehen in einem unauflösbaren Zusammenhang und sind nach hM als Einheit zu sehen.<sup>59</sup> Eine (juristische) Trennung in eine versicherte

Tätigkeit als Vertragserrichter des Grundgeschäfts und in eine nicht versicherte Tätigkeit einer reinen Treuhandschaft zur Abwicklung des Grundgeschäfts wäre daher verfehlt.

Ähnliches gilt, wenn deckungsrechtlich auf einen direkten (expliziten) Mandatszusammenhang zum geschädigten Dritten abgestellt wird. Insbesondere bei mehrseitigen Treuhandschaften muss nicht immer ein expliziter Auftragszusammenhang gegeben sein.<sup>60</sup> Kann sich der geschädigte Dritte (etwa als Begünstigter aus einer Treuhandschaft) auf eine berufliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts oder Notars stützen, und zwar entweder auf einen Vertrag zugunsten Dritter<sup>61</sup> oder auf einen Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter,<sup>62</sup> ist dieses Vertragsverhältnis Grundlage der beruflichen Tätigkeit gegenüber dem geschädigten Dritten, sodass für daraus resultierende Haftpflichtansprüche der Versicherungsschutz in der Berufshaftpflichtversicherung nicht abgelehnt werden kann. Es wäre unzutreffend zu meinen, es läge bei einer Abwicklungs- bzw. Sicherungstreuhandtschaft keine berufliche (rechtsanwaltliche oder notarielle) Tätigkeit vor, nur weil gegenüber dem Treugeber nicht explizit ein Treuhandauftrag oder eine sonstige direkte Mandatsbeziehung bestehe.<sup>63</sup>

## 5. Abgrenzung zu den Risikoausschlüssen

Durch den richtigerweise weit anzunehmenden Maßstab des Rechtsbesorgungszusammenhangs in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare kann es dazu kommen, dass neben der rechtsbesogenden Tätigkeit der Rechtsanwälte oder Notare auch berufsfremde Tätigkei-

<sup>51</sup> Diese Abgrenzung der berufsbildlichen Rechtsanwaltstätigkeit nimmt der dBGH nach seiner nunmehr neueren Rsp vor; vgl mwN *Rinkler* in *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 1 Rz 160–161. Dieser Form der Abgrenzung bereits folgend *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127.

<sup>52</sup> *Borgmann/Jungk/Schwaiger*, Anwaltschaft<sup>2</sup> (2014) Rz 14 und 18; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 127–128.

<sup>53</sup> *Maitz*, Kommentar zu den AHVB/EHVB (2018) 14.

<sup>54</sup> Vgl OGH 7 Ob 79/00v VersE 1884; 7 Ob 1032/91 RS0080538; *Reisinger* in *Hartjes/Janker/Reisinger*, Die Haftpflichtversicherung (2017) 12ff; *Maitz*, AHVB/EHVB 1415.

<sup>55</sup> *Maitz*, AHVB/EHVB 14.

<sup>56</sup> *Rinkler* in *Zugehör/Fischer/Vill/Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 1 Rz 162; *Saenger/Scheuch*, dAnwBl 2012, 500–501.

<sup>57</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 28; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 129.

<sup>58</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 30; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 128.

<sup>59</sup> Zum Zusammenhang von Grundgeschäft und Treuhandschaft vgl ua *Mutz*, NZ 1999, 357 ff.

<sup>60</sup> Vgl zur mehrseitigen Treuhandschaft *Lehner*, Die notarielle Treuhandschaft aus berufsrechtlicher Sicht, in *Apathy*, Treuhandschaft 287. Zu Fragen der unterschiedlichen Treugebereigenschaft, insbesondere mit Blick auf die kaufpreisfinanzierende Bank oder auf die Bank des Hypothekargläubigers bei einer Treuhandschaft, vgl auch *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 140ff, 165ff.

<sup>61</sup> Zu Treuhandverträgen als Vertrag zugunsten Dritter vgl *D. Fischer* in *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 9 Rz 8–9ff.

<sup>62</sup> Als weitere Anspruchsgrundlage der Dritthaftung gilt ua jene der Verletzung objektiv-rechtlicher Sorgfaltpflichten.

<sup>63</sup> Die berechtigten Deckungserwartungen der VN wären nicht erfüllt, würden Haftpflichtansprüche nur des unmittelbaren Auftraggebers (Vertragspartners des VN) und nicht auch Drittansprüche (im Wege der zunehmenden Dritthaftung von rechts- und wirtschaftsberatenden Berufssträgern) gedeckt sein; so auch richtig *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 16, B BBR-RA Rz 2.



ten zum Gegenstand des versicherten Risikos in der Berufshaftpflichtversicherung werden. Als Korrektiv der Risikoabgrenzung kommen deshalb die (überwiegend deckungsausschließenden) Risikoausschlüsse ins Blickfeld, wie etwa der Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ gem Art 4 I 4 AVBV<sup>64</sup> oder der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ gem Art 4 I 6 AVBV.<sup>65</sup>

Werden im Rahmen eines Mandats neben einer juristischen Beratung/Rechtsbesorgung (Beratung, Erstellung von Urkunden, Eingaben bei Gericht) gleichzeitig auch wirtschaftliche Tätigkeiten entfaltet, ist bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhangs auf der Stufe des versicherten Risikos grds Deckung gegeben, und erst auf der Stufe des „Wirtschaftsausschlusses“, dh für das mit der wirtschaftlichen Tätigkeit verbundene Fehlgestaltungs- bzw Fehlentscheidungsrisiko, die Deckung ausgeschlossen. Gleiches gilt für geldmanipulative Risiken wegen des Risikoausschlusses „Verstoß beim Zahlungsakt“. Unter III. und IV. ist daher der Frage nachzugehen, ob und inwieweit diesen Risikoausschlüssen bei Abwicklungs- bzw Sicherungstreuhandschaften (heute noch) eine deckungsversagende Rolle zukommt.

## 6. Abgrenzung zu anderen Berufen

Bevor auf die Risikoabgrenzung durch Risikoausschlüsse eingegangen wird, ist noch ein weiterer Deckungseinwand zu erwähnen, der sich darauf richtet, dass eine berufliche Tätigkeit deshalb nicht vorliege, weil die gleiche Tätigkeit auch von anderen Berufen ausgeübt werden könne. Das, was von anderen Berufen, etwa von Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern, Unternehmensberatern, erledigt werden könnte, sei, so das Argument, eben noch keine rechtsanwaltliche oder notarielle Tätigkeit.<sup>66</sup>

Dieser Deckungseinwand ist unzutreffend, zum einen mit Blick auf den sehr weiten Befugnisumfang etwa der Rechtsanwälte. Rechtsanwälte dürfen befugnisrechtlich (bei entsprechendem Rechtsbesorgungszusammenhang) auch Dienstleistungen (wie etwa Steuerrechtsberatung, Lohnverrechnung und Buchhaltung bei Vorliegen eines ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhangs) erbringen, die auch andere wirtschaftsberatende Berufe erbringen.<sup>67</sup> Eine Überschneidung von Berufskompetenzen ist daher noch kein (zwingender) Auslegungsparameter für die Beurteilung des versicherten Risikos, außer es handelt sich um (exklusive) Vorbehaltsaufgaben eines bestimmten Berufs, womit andere Berufsgruppen von einer bestimmten Tätigkeit ausgeschlossen sind.<sup>68</sup> Zum anderen stimmt die Prämisse auch im umgekehrten Sinn nicht, dass nämlich Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Unternehmensberater genauso wie Rechtsanwälte oder Notare ohne Weiteres Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften übernehmen dürfen. Befugnisrechtlich liegt eine zulässige „Rechtsbesorgung“ durch einen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Unternehmensberater nur dann vor, wenn diese

in einem unmittelbaren beruflichen Zusammenhang mit ihrer eigenen beruflichen Tätigkeit steht.<sup>69</sup> Zudem darf sich die Rechtsdienstleistung grds nur auf die Rechtsberatung (Beratung in Rechtsangelegenheiten) beziehen, sodass „rechtsbesorgende Handlungen“ von dieser Erweiterungskompetenz grds nicht umfasst sind.<sup>70</sup> Die Übernahme einer reinen Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft erscheint daher vom Befugnisumfang des Steuerberaters (zumindest mit Blick auf die Befugnisregelungen des 1. Hauptstücks des WTBG) nicht umfasst.

## III. RISIKOAUSSCHLUSS WIRTSCHAFTLICHE TÄTIGKEIT

Ist die übernommene Treuhandschaft auf eine einfache Sicherungsfunktion reduziert (wie es etwa bei der Übernahme von Escrow-Treuhandschaften vorkommen kann), wird in der Praxis der Deckungseinwand ins Treffen geführt, es handle sich bei der Treuhandabwicklung um eine rein wirtschaftliche Tätigkeit, die dem Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ gem Art 4 I 4 AVBV<sup>71</sup> unterliege.<sup>72</sup> Der Versicherungsschutz würde deshalb bei uneingeschränkter Geltung dieses Risikoausschlusses gar nicht<sup>73</sup> oder bei Abänderung dieses Risikoausschlusses nur partiell bestehen.<sup>74</sup>

<sup>64</sup> Vgl *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 139–140.

<sup>65</sup> Vgl *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 145–146.

<sup>66</sup> Zu diesem Argument vgl ua *Chab*, *Der Rechtsanwalt im Grenzbereich der versicherten Tätigkeit – Haftungsfragen und Deckungsprobleme*, *PHI* 6/2013, 216 (218).

<sup>67</sup> Vgl dazu ausf *Wilhelmer*, *Der Rechtsanwalt als Buchhalter, Lohnverrechner und Bilanzierer*, *ecolex* 2016, 952ff.

<sup>68</sup> *Wilhelmer*, *ecolex* 2016, 953955.

<sup>69</sup> Grds zur Abgrenzung von zulässiger und unzulässiger Rechtsberatung durch Wirtschaftstreuhänder iZm ihrer eigenen beruflichen Tätigkeit vgl *Jud*, *Rechtsberatung durch Wirtschaftstreuhänder und mögliche Haftungsfolgen*, *öAnwBl* 2008, 433ff; *Walter*, *Der Umfang der Berechtigung von Wirtschaftstreuhändern zur Beratung in Rechtsangelegenheiten*, *NZ* 1983, 33ff.

<sup>70</sup> *Jud*, *öAnwBl* 2008, 433ff; *Walter*, *NZ* 1983, 33ff.

<sup>71</sup> Der in den üblichen AVB vereinbarte Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ schließt Haftpflichtansprüche aus der entgeltlichen oder unentgeltlichen Vermittlung oder der kaufmännischen Durchführung von wirtschaftlichen Geschäften, insbesondere von Geld-, Lagerhaus- und Grundstücksgeschäften, von der Versicherungsdeckung aus. Vgl zu diesem Risikoausschluss *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 139141; *Vökl/Vökl*, *Beraterhaftung*<sup>2</sup> Rz 6/70ff.

<sup>72</sup> Dieser Einwand wird ua auf das missverständliche Judikat des OGH zu 4 Ob 165/11k VersE 2374 gestützt, in welchem der OGH anlässlich einer UWG-rechtlichen Auseinandersetzung mit dem Deckungsvergleich eines Versicherungsmaklers die Auslegung, wonach die Übernahme der Treuhandschaft durch Rechtsanwälte „immer“ eine „wirtschaftliche Tätigkeit“ sei, als für überzeugend (vertretbar) hielt. Der OGH übergeht in dieser Entscheidung jedoch die Differenzierung von primärer und sekundärer Risikorechtsprechung in der Haftpflichtversicherung und seine in versicherungsrechtlichen Entscheidungen anerkannte, eigene Differenzierung zwischen der juristischen Tätigkeit des Rechtsanwalts und der wirtschaftlichen Tätigkeit im Rahmen einer anwaltlichen Tätigkeit; vgl dazu krit schon *Haberer/Wilhelmer*, *Aktuelle UWG-rechtliche und versicherungsrechtliche Fragen in der Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung*, *ZFR* 2013, 54ff (57–58); *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016 FN 160.

<sup>73</sup> Schon allein die Konsequenz aus der Annahme einer rein wirtschaftlichen Tätigkeit bei der Übernahme von Treuhandschaften, nämlich der gänzlich fehlende Versicherungsschutz infolge der vollen Maßgeblichkeit des Risikoausschlusses „wirtschaftliche Tätigkeit“ (gem Art 4 I 4 AVBV), zeigt, dass die Annahme eines rein wirtschaftlichen Charakters der Treuhandschaft nicht richtig (und jedenfalls wegen gröblicher Benachteiligung des Versicherungsnehmers gem § 879 Abs 3 ABGB nicht wirksam vereinbart) sein kann. <sup>74</sup> Die Frage, ob bei partieller Streichung des Risikoausschlusses „wirtschaftliche Tätigkeit“ Deckungsschutz für die Übernahme einer Treuhandschaft besteht, stellt sich ua bei AVB, die wie folgt lauten: „Versicherungsschutz bei Treuhandschaften: Unter Ausschluss von Art 4 I Z 4 AVBV ist die wirtschaftliche Tätigkeit als Treuhänder mitversichert, sofern die Tätigkeit im

Obwohl dieser Risikoausschluss in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte oder Notare für die Funktion des Treuhänders schon seit Jahrzehnten gestrichen bzw. eingeschränkt ist<sup>75</sup> und daher als Deckungseinwand nicht mehr zur Verfügung steht, ist er auch für die Deckungsbeurteilung bei Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften schon dem Grunde nach nicht relevant. Die Verfügung über das Treuhandgut (Überweisung einer Treuhandvaluta) ist Teil der Treuhandabwicklungsfunktion und keine wirtschaftliche Tätigkeit, insbesondere kein deckungsausschließendes „Geldgeschäft“. Der Treuhänder ist nur „Abwickler“ für die Treugeber.<sup>76</sup> Der Treuhänder ist nicht Vertragspartei, zB eines Liegenschaftskaufs. Auch die Kaufpreiszahlung durch den Käufer ist kein Geldgeschäft, sondern die Gegenleistung für den Erhalt des Kaufgegenstands. Der Treuhänder nimmt auch nicht die Position einer kaufpreisfinanzierenden Bank ein, sondern ist nur ihr Treuhänder iZm der pfandrechtlichen Besicherung des zur Finanzierung des Rechtsgeschäfts ausgereichten Kredits. Ein „Geldgeschäft“ iS des „Wirtschaftsausschlusses“ würde ein Treuhänder dagegen dann tätigen, wenn er zB selbst einen Kredit vergeben (oder vermitteln) würde.<sup>77</sup> Ein „Geldgeschäft“ würde auch vorliegen, wenn der Treuhänder mit der Treuhänderbank (ungünstige) Zinsvereinbarungen für das erlegte Treuhandgeld trifft.

Die Durchführung eines wirtschaftlichen Geschäfts iS des zitierten Risikoausschlusses kann im Weiteren auch dann vorliegen, wenn der Treuhänder (über die Gewährung und Vermittlung von Krediten hinaus) wesentliche unternehmerische Entscheidungen fällt, etwa iZm Anlageentscheidungen, Kreditgewährungen bzw. bei Ausübung wirtschaftlicher Ermessensspielräume.<sup>78</sup> Der Abwicklungs- und Sicherungstreuhänder übt derartige wirtschaftliche Aufgaben aber gerade nicht aus, sondern er nimmt nur konkrete Abwicklungs- und Sicherungshandlungen vor. Der Abwicklungstreuhänder darf nach den Richtliniendefinitionen zur Treuhandschaft über das ihm anvertraute Treuhandgut nur nach den in der Treuhandvereinbarung definierten Bedingungen verfügen. Dem Abwicklungs- und Sicherungstreuhänder ist anders als dem geschäftsführenden Treuhänder kein Ermessensspielraum eingeräumt, der darüber entscheiden könnte, ob, wann und wie er über das Treuhandgut verfügt. Folgerichtig hat der OGH nach bisheriger Rsp<sup>79</sup> die Deckung bei Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften unter Bezugnahme auf den Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ des Art 4 I 4 AVBV auch noch nicht scheitern lassen.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die juristisch geprägten Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften per se keine wirtschaftliche Tätigkeit iS des Risikoausschlusses „wirtschaftliche Tätigkeit“ darstellen. Für die dbzgl. Treuhänderdeckung kommt es auch nicht darauf an, ob dieser Risikoausschluss in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung von Rechtsanwälten und Notaren eliminiert oder (nur) partiell eingeschränkt ist. Verstößt der Treuhänder

mit seiner Verfügung über das Treuhandgut fahrlässig gegen die vereinbarten Auszahlungsbedingungen, besteht ungeachtet des „Wirtschaftsausschlusses“ Versicherungsdeckung.

#### IV. RISIKOAUSSCHLUSSVERSTOß BEIM ZAHLUNGSAKT

Kommt es im Rahmen einer Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft zur Fehlverfügung über das anvertraute Treuhandgut (Treuhandgeld), etwa indem das Treuhandgeld an die falsche Person oder in falscher Höhe ausbezahlt wird, kann der Tatbestand des in Art 4 I 6 AVBV normierten Risikoausschlusses „Verstoß beim Zahlungsakt“ erfüllt sein.<sup>80</sup> Derartige iZm reiner „Geldmanipulation“ einhergehende Pflichtverletzungen sind nach den ursprünglich konzipierten AVB in der Berufshaftpflichtversicherung lange Zeit nicht gedeckt gewesen.<sup>81</sup> Ist der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ in den AVB noch aufrecht vereinbart, besteht bei Fehlverfügungen hinsichtlich der Höhe des Geldbetrags oder hinsichtlich des Empfängers tatsächlich (auch) für den Treuhänder heute kein Versicherungsschutz.

Da der (elektronische) Zahlungsverkehr für Rechtsanwälte und Notare im Rahmen ihrer Berufstätigkeit nicht nur unvermeidlich, sondern mittlerweile auch weit verbreitet und mit einem großen Haftungsrisiko verbunden ist, ist der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte und Notare für Treuhänder und Insolvenzverwalter schon seit Jahrzehnten aufgehoben,<sup>82</sup> durch weitere Einschränkungen des Risikoausschlusses auf bestimmte berufliche Funktionen begrenzt sowie und schließlich durch Einführung der Anderkontenklausele in das ö AVB-Recht für die gesamte berufliche Tätigkeit eliminiert.<sup>83</sup> Verfügen Rechts-

Rahmen eines Anwaltsmandates erfolgt und es sich um Tätigkeiten bei „Abwicklungstreuhandschaften“ (Prüfung und Vollzug von Treuhandbedingungen) zB im Zuge von Liegenschaftstransaktionen (auch als Treuhänder nach Bauträgervertragsgesetz) oder um Abwicklungstreuhandschaften im Zuge von M&A Prozessen handelt. Mitversichert sind in diesem Rahmen auch verwaltende/aufsichtsführende Treuhandschaften (zB die treuhändige Ausübung/Verwaltung von Gesellschafterrechten). Nicht versichert sind rein wirtschaftliche Tätigkeiten als Treuhänder im Zusammenhang mit Kapitalanlagemodellen/Vermögensanlagemodellen beziehungsweise geschäftsführende Treuhandschaften“. Die Frage des Versicherungsschutzes stellt sich diesfalls insbesondere dann, wenn eine Treuhandschaft mit wirtschaftlichen Handlungspflichten iZm Kapitalanlagemodellen/Vermögensanlagemodellen übernommen wird.

<sup>75</sup> Vgl. dazu *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 6/73 (Praxistipp); *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 140.

<sup>76</sup> Der mehrseitige Treuhänder ist von den Parteien (unwiderruflich) beauftragt, einzelne Leistungsschritte „anstatt“ der jeweiligen Vertragspartei treuhändig „abzuwickeln“; vgl. dazu *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 112, 121. *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 128.

<sup>77</sup> *Haberer/Wilhelmer*, ZFR 2013, 57–58; *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 128; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 105ff; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.2 BBR-RA Rz 1ff.

<sup>78</sup> Vgl. FN 41.

<sup>79</sup> Zu diesem Risikoausschluss vgl. *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> 237 bzw. Rz 6/76ff.

<sup>80</sup> Vgl. *Völkl/Völkl*, Die Rechtsprechung zu den Bedingungen der Haftpflichtversicherung von Vermögensschäden für die rechtsberatenden Berufe, *ÖJZ* 2008, 47; für die d. Rechtslage vgl. *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 41.

<sup>81</sup> Vgl. *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> 237; *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 145.

<sup>82</sup> *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 145–146.



anwälte und Notare über aktualisierte Versicherungsbedingungen, droht ihnen von diesem Risikoausschluss daher kein Ungemach mehr.

Abgrenzungsschwierigkeiten iZm dem Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ gibt es in der Praxis bei der Unterscheidung von geldmanipulativen Fehlverfügungen und Fehlverfügungen, die aus einer rechtsirrtümlichen Beurteilung der Treuhandbedingungen resultieren. Kommt es zur Fehlverfügung, weil zB die Auszahlungsvoraussetzungen formell oder materiell falsch geprüft werden und deshalb verfrüht über das Treuhandgut verfügt wird, liegt kein Verstoß beim Zahlungsakt, sondern ein Verstoß auf Basis juristischer Erwägungen vor.<sup>84</sup> Der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ greift diesfalls nicht. Dies wird auch nach stRsp vom OGH judiziert.<sup>85</sup> Gleiches gilt, sollte „infolge falscher juristischer Erwägungen“ das Treuhandgeld an eine unberechtigte Person ausbezahlt werden. Da der OGH nach stRsp die Abgrenzung zwischen „Verstoß beim Zahlungsakt“ und Fehlverfügungen aufgrund juristischer Fehlerwägungen korrekt vornimmt, ist das Rekurren auf den Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ bei Fehlverfügungen infolge rechtsirrtümlicher Beurteilung der Treuhandbedingungen verfehlt.

## V. ERFÜLLUNGSANSPRUCH UND SCHADENERSATZANSPRUCH

### 1. Allgemeines

Bei Fehlverfügungen des Treuhänders über das Treuhandgut ist die Deckung aus der Berufshaftpflichtversicherung an der Schnittstelle zwischen Vertragserfüllung und Schadenersatz strittig. Bekanntermaßen deckt die Berufshaftpflichtversicherung (des Rechtsanwalts, Notars) wie jede andere Haftpflichtversicherung auch<sup>86</sup> Haftpflichtansprüche, nicht jedoch reine Erfüllungsansprüche oder Ersatzansprüche (sog Erfüllungssurrogate), die auf die Vertragserfüllung gerichtet sind.<sup>87</sup> Kommt es zu einer Fehlverfügung des Treuhänders und damit zum „Verlust“ des Treuhandguts, wird der Treuhänder naturgemäß von seinen Treugebern, sei es von den Vertragsparteien des Grundgeschäfts (Käufer, Verkäufer), sei es von den sonstigen Treugebern (häufig von der kaufpreisfinanzierenden Bank) auf Ersatz bzw Rückerstattung des Treuhandguts in Anspruch genommen.<sup>88</sup> Dieses Risiko, auf Ersatz/Rückerstattung des Treuhandguts in Anspruch genommen zu werden, ist eines der wesentlichen Treuhänder-Haftungsrisiken überhaupt. Wäre dieses Risiko infolge des Erfüllungseinwands nicht versichert, bliebe von der „Treuhanddeckung“ in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare in der Praxis nicht viel übrig.

### 2. Judikaturwende

Für den OGH war die Inanspruchnahme von Treuhändern wegen Fehlverfügung über das Treuhandgut (Treuhandva-

luta) über Jahrzehnte auch kein Deckungsproblem. In seiner E 7 Ob 27/94<sup>89</sup> hat er die unterinstanzlichen Gerichte, die beim Anspruch der kaufpreisfinanzierenden Bank gegen den Treuhänder infolge einer fehlverfügten Treuhandvaluta einen nicht versicherten Erfüllungsanspruch angenommen haben, ausdr korrigiert und festgehalten, es liege eine positive Vertragsverletzung vor, die zu einem Schadenersatz berechtige.<sup>90</sup> Der OGH hat die Deckung in 7 Ob 27/94 nicht mangels eines gedeckten Schadenersatzanspruchs, sondern wegen eines Verstoßes beim Zahlungsakt scheitern lassen (der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ war in dem Streitgegenständlichen Fall noch nicht abbedungen). Die Annahme eines nicht versicherten Erfüllungsanspruchs bei Ersatzforderungen infolge einer Fehlverfügung wurde vom OGH ausdr abgelehnt. In der Schadenabwicklungspraxis (der Versicherer) sind Ansprüche gegen den Treuhänder auf Rückzahlung bzw Ersatz der Treuhandvaluta daher auch immer als versicherte Schadensfälle abgewickelt worden, sofern nicht der Versicherungsschutz infolge Vorliegens andere Risikoausschlüsse, wie etwa wegen wissentlicher Pflichtverletzung (vgl dazu unten VII.) oder wegen eines Verstoßes beim Zahlungsakt (vgl dazu oben III.), zu versagen war.

Erst im Jahr 2015 vollzog der OGH in seiner E 7 Ob 230/14w<sup>91</sup> eine (überraschende) Judikaturwende,<sup>92</sup> indem er den Anspruch des Mandanten eines Rechtsanwalts auf Rückzahlung der Grunderwerbsteuer als einen nicht versicherten Erfüllungsanspruch qualifizierte. Obwohl vom Anspruchsteller im Haftpflichtprozess ausdr auch Schadenersatz begehrt wurde, prüfte der OGH das (alternative) Vorliegen eines gedeckten Schadenersatzanspruchs nicht, wie er dies über viele Jahre, insb in seiner E 7 Ob 27/94, zuvor getan hatte. Diese mit 7 Ob 230/14w begonnene Judikaturwende wurde vom OGH in 7 Ob 127/17b<sup>93</sup> fortgesetzt. Dort beurteilte der OGH den „schadenersatzrechtlichen“

<sup>84</sup> OGH 7 Ob 301/97h VersE 1762; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 145; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 50.

<sup>85</sup> OGH 7 Ob 27/94 VersE 1621; 7 Ob 3/92 VersE 1528; OGH VersR 1995, 1215; OGH 7 Ob 301/97h VersE 1762; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 145. Zum Begriff des Verstoßes beim Zahlungsakt vgl auch *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 46.

<sup>86</sup> Vgl dazu nur *Fenyves*, Gewährleistungsklausel, Erfüllungsklausel und „Nachbesserungsbegleitkosten“ in der Haftpflichtversicherung, NZ 2001, 246 ff; *Zankl*, Haftpflichtversicherung, Gewährleistung und Schadenersatz, *ecolex* 1990, 278 ff.

<sup>87</sup> Vgl *Chab*, Abgrenzung zwischen Erfüllungsansprüchen und Haftpflichtansprüchen, dAnwBl 2012, 922 ff; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 71 ff; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 92 ff; vgl nur jüngst OGH 7 Ob 31/16h VersE 2599.

<sup>88</sup> VersE 1621 = *ecolex* 1995, 620 (*Fenyves*).

<sup>89</sup> *ecolex* 1995, 620 (*Fenyves*).

<sup>90</sup> *ecolex* 1995, 620 (*Fenyves*).

<sup>91</sup> VersE 2542 = *ecolex* 2015, 854; *Reisinger*, Haftpflichtjudikatur 2015/2016, in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflicht- und D&O-Versicherung 2016 (2017) 1 (21–23).

<sup>92</sup> Der OGH vollzog den Judikaturwandel auch, ohne die Tatsache zu würdigen, dass durch Abbedingung des Risikoausschlusses „Verstoß beim Zahlungsakt“ in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung gerade das Haftungsrisiko aus einer (zumindest manipulativen) Fehlverfügung (Treuhandverletzung) als versichert vereinbart sein sollte. Warum hätte der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ gestrichen werden sollen, wenn nach neuerer Ansicht des OGH aufgrund des Erfüllungsausschlusses (ohnehin) keine Deckung besteht?

<sup>93</sup> RdW 2018, 94 (Berufshaftpflichtversicherung: Herausgabeanspruch gegen den Steuerberater) = ZFR 2018, 88.

Rückzahlungsanspruch des Mandanten eines Steuerberaters<sup>94</sup> als nicht versichertes Erfüllungssurrogat. Infolge dieser Judikaturwende droht dem Treuhänder nunmehr die Nichtdeckung eines wesentlichen Haftungsrisikos, nämlich wegen einer Treuepflichtverletzung (Fehlverfügung) über das Treuhandgut/Treuhandvaluta auf Rückzahlung bzw. Schadenersatz in Anspruch genommen zu werden.

### 3. Überschneidung von Erfüllungsanspruch und Schadenersatzanspruch

Stellt man die beiden Judikaturlinien des OGH in 7 Ob 27/94 sowie in 7 Ob 230/14 w bzw 7 Ob 127/17b gegenüber, ist festzustellen, dass sie sich gar nicht widersprechen. Beide Judikaturlinien des OGH sind in ihrer deckungsrechtlichen Beurteilung zugleich richtig. Bei einer Fehlverfügung kann der Anspruch gegen den Treuhänder auf Rückerstattung des Treuhandguts bzw Rückzahlung der Treuhandvaluta tatsächlich sowohl erfüllungsvertraglich als auch (zugleich) schadenersatzrechtlich begründet sein. Im Fall einer Fehlverfügung kann zugleich „Erfüllung“ (durch die Treugeber) verlangt werden und damit beim Treuhänder ein Erfüllungsaufwand (Erfüllungsschaden) entstehen und (!) gleichzeitig ein „Folgeschaden“ beim Treugeber eintreten (s dazu im Detail unten V.4.). Auch die bereits in der Lit aus vorgenommene Analyse der Treuhänderhaftung gegenüber der kaufpreisfinanzierenden Bank unterscheidet ein vom Treuhänder zu ersetzendes Hypothekeninteresse und ein vom Treuhänder zu ersetzendes Rückzahlungsinteresse, wobei sich Hypothekeninteresse und Rückzahlungsinteresse (also Erfüllungsanspruch auf Herausgabe des Treuhandguts/der Treuhandvaluta mit dem ebenfalls darauf gerichteten Schadenersatz) überschneiden können.<sup>95</sup>

Diese Janusköpfigkeit im Bereich der Anspruchsgrundlagen (Erfüllung/Schadenersatz) sowie im Bereich der eintretenden Schäden (Hypothekenschaden/Rückzahlungsschaden bzw sonstiger Folgeschäden) ergibt sich schon aus dem (für die Treuhandschaft maßgeblichen) Auftragsrecht. Die Rückforderung oder der Ersatz des Treuhandguts kann sowohl auf Erfüllung gem § 1009 ABGB<sup>96</sup> als auch auf Schadenersatz gem § 1012 ABGB gestützt werden.<sup>97</sup> Auch das Rechtsinstitut der Treuhandschaft ist janusköpfig,<sup>98</sup> indem – wie bei der fiduziarischen Treuhand – „der Treuhänder nach außen hin unbeschränkter Eigentümer (Vollberechtigter), jedoch im Innenverhältnis dem Treugeber obligatorisch verpflichtet“ ist.<sup>99</sup> Der schuldrechtliche Teil dieser Rechtsposition gibt dem Treugeber einen Erfüllungsanspruch gegen den Treuhänder.<sup>100</sup> Der dingliche Teil der Rechtsposition des Treugebers führt dazu, dass der Treugeber über ein (dinglich wirkendes) Exszindierungsrecht (§ 37 EO) sowie ein Aussonderungsrecht (§ 44 Abs 1 IO) verfügt, wenn sich der treuhändig übergebene Geldbetrag auf einem Rechtsanwaltsanderkonto befindet.<sup>101</sup> Führt eine Fehlverfügung des Treuhänders dazu, dass das Geld auf dem Rechts-

anwaltsanderkonto nicht mehr vorhanden ist, wird nicht nur in die schuldrechtliche Position des Treugebers, sondern auch in seine dingliche Rechtsposition eingegriffen bzw diese vernichtet.<sup>102</sup> Die Vernichtung einer Rechtsposition führt im Ergebnis auch zu einem Vermögensfolgeschaden (vgl auch die weiterführenden Ausführungen unten unter V.4).

Zum gleichen Ergebnis kommt man, wenn ein Schritt weitergedacht wird, dass nämlich bei Treuepflichtverletzungen/Fehlverfügungen über das Treuhandgut (über die Treuhandvaluta) der Treuhänder das Treuhandgut/die Treuhandvaluta gar nicht zurückstellen kann, weil er über das Treuhandgut/die Treuhandvaluta bereits fehlerverfügt hat (oder aufgrund einer anderweitigen Pflichtverletzung) gar nicht mehr im Besitz des Treuhandguts oder der Treuhandvaluta ist, weshalb nach allgemeinem Schuldrecht Unmöglichkeit der Leistung eintritt. Tritt Unmöglichkeit der Leistung ein, führt dies idR zum Untergang des Erfüllungsanspruchs gem § 1447 ABGB.<sup>103</sup> An dessen Stelle tritt ein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung gem § 921 ABGB (Nichterfüllungsschaden).<sup>104</sup> Die hM und stRsp lässt

<sup>94</sup> Im Vorprozess gegen den Steuerberater begehrt der Dritte ausdr auch Schadenersatz, was hg in 9 Ob 53/15 g festgestellt wurde. Ungeachtet dessen verneinte der OGH eine Bindungswirkung der Feststellungen im Vorprozess für den Deckungsprozess, was insofern zutr ist, als nur entscheidungswesentliche Feststellungen im (Haftpflicht-)Vorprozess die Gerichte auch im Deckungsprozess binden (OGH 7 Ob 5/83 VersE 1159; *Haslwanter*, Der Deckungsanspruch aus der Haftpflichtversicherung [2019] 9596); vgl auch aus d Sicht *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 3 Rz 34ff; zu weiteren Details im Lichte der d Rsp auch *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> A Rz 150–163). Deckungsrechtliche Einwendungen (hier das Qualifizieren eines Schadenersatzanspruchs als nicht versichertes Erfüllungssurrogat) sind im Deckungsprozess weiterhin möglich.

<sup>95</sup> Grundlegend *Bollenberger*, ÖBA 1997, 139ff (141).

<sup>96</sup> *Bollenberger*, ÖBA 1997, 140, 142ff.

<sup>97</sup> *Bollenberger*, ÖBA 1997, 140ff. Schuldhaftige Verletzungen auftragsrechtlicher Pflichten lösen nach § 1012 ABGB Ansprüche des Auftraggebers auf Ersatz erlittener Schäden (Folgeschäden) aus; vgl nur *P. Bydlinski* in *KBB*<sup>5</sup> § 1012 Rz 1ff; *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1012 Rz 1ff.

<sup>98</sup> So ausdr *Rubin*, Vergebliche Rückforderung der Treuhandvaluta durch den Treugeber – keine Deckung in der Haftpflichtversicherung des Treuhänders? Besprechung von OGH 7 Ob 230/14w, NZ 2/2016, 47ff (55).

<sup>99</sup> *Rubin*, NZ 2016, 55.

<sup>100</sup> *Rubin*, NZ 2016, 55.

<sup>101</sup> *Rubin*, NZ 2016, 55–56; *ders* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 111 mwN in Rsp und Lit.

<sup>102</sup> *Rubin* in NZ 2/2016, 56.

<sup>103</sup> Gem § 1447 Satz 1 ABGB hebt der zufällige Untergang einer bestimmten Sache auch „alle“ sonstigen Verbindlichkeiten eines Schuldverhältnisses auf (vgl *Rabl*, Gefahrtragung beim Kauf [2002] 7; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1447 Rz 1) und erstreckt sich somit auch auf jene Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit oder die Zahlung einer Schuld durch einen anderen Zufall unmöglich wird (*Rabl*, Gefahrtragung 7). § 1447 ABGB geht inhaltlich über die Regelung des Risikos bei Untergang konkreter Sachen hinaus (*Rabl*, Gefahrtragung 7; *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1447 Rz 1). Vorausgesetzt für die Anwendung des § 1447 Satz 1 ABGB ist, dass die Treuhandvaluta keine Gattungsschuld (mehr) darstellt (sodass der Grundsatz „genus non perit“ nicht mehr zur Anwendung gelangt), sondern eine Speziesschuld vorliegt (andernfalls würde der Mangel an Geldmitteln grds keine Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Geldschuldner zur Folge haben, da dieser späterhin immer die Möglichkeit hat, zu Geld zu kommen; vgl *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 159ff; *Rubin*, NZ 2016, 55). ME ist die Treuhandvaluta kraft Vereinbarung bereits eine Speziesschuld (*Rabl*, Gefahrtragung 339–342, 388; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 119), die sich aus der Treuhandabrede und der damit verbundenen besonderen Widmung der Treuhandvaluta als Sondervermögen ableitet.

<sup>104</sup> Vgl *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1002 Rz 190. Der gem §§ 920, 921 ABGB zustehende „Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung“ geht über den Austausch- und Differenzanspruch, der sich auf das Wertverhältnis zwischen schuldrechtlicher Leistung und Gegenleistung (hier Geschäftsbesorgung gegen Entgelt) bezieht, hinaus (vgl dazu *Rabl*, Schadenersatz wegen Nichterfüllung [1998] 13ff [18]; *Rubin*, NZ 2/2016, 52 FN 37).

den Treuhänder jedoch weiterhin erfüllungsvertraglich auf Rückzahlung der Treuhandvaluta „haften“, obwohl er wegen einer Treuepflichtverletzung nicht mehr über die Treuhandvaluta verfügt.<sup>105</sup> Dadurch kommt es zum Sonderfall einer Überschneidung von Erfüllungs- und Schadenersatzansprüchen.

In Summe sind bei Rückzahlungs- bzw Ersatzansprüchen gegen den Treuhänder infolge einer Fehlverfügung Schadenersatzansprüche wie auch Erfüllungsansprüche gleichermaßen möglich. Dies führt zu einer „deckungsrechtlichen“ Anspruchskonkurrenz. Werden nämlich versicherte Ansprüche geltend gemacht (wie etwa bei einer versicherten Verschuldenshaftung), die auf den gleichen Anspruchsinhalt gerichtet sind wie nicht versicherte Ansprüche (wie zB bei einer verschuldensunabhängigen Haftung infolge einer abgegebenen Garantie),<sup>106</sup> besteht nach hM in Lit und Rsp Deckung.<sup>107</sup> Es reicht für die Versicherungsdeckung, wenn insgesamt ein in den Versicherungsschutz fallender Anspruch geltend gemacht wird. Dies ist im Fall der Anspruchskonkurrenz von Erfüllungsschaden und Schaden (Folgeschaden), die aus einer Treuepflichtverletzung resultieren, gegeben.

Zusammenfassend ist die Rsp des OGH zu 7 Ob 27/94 und zu 7 Ob 230/14w bzw 7 Ob 127/17b mE richtig, zu 7 Ob 230/14w bzw 7 Ob 127/17b zugleich aber einseitig bzw unvollständig und deshalb im Ergebnis unzutreffend.<sup>108</sup> Der OGH ging in 7 Ob 230/14w und 7 Ob 127/17b auf das Vorliegen einer Anspruchskonkurrenz zwischen Erfüllungsschaden und Folgeschaden nicht ein, sondern ließ die Deckung – abweichend von 7 Ob 27/94 – bereits auf der Ebene des Erfüllungsanspruchs bzw des Erfüllungssurrogats scheitern. Gegen diese einseitige (weil unvollständige) (und in Abkehr von 7 Ob 27/94 stehende) Sichtweise des OGH ist die instruktive, zivilrechtliche wie auch deckungsrechtliche, Kritik *Rubins* gerichtet.<sup>109</sup> Auch nach *Rubin* machte im Entscheidungsfall zu 7 Ob 230/14w der Mandant des Rechtsanwalts einen versicherten Schadenersatzanspruch geltend, weil durch eine Treuepflichtverletzung ein gedeckter Schaden verursacht wurde, der über das nicht versicherte Erfüllungssurrogat hinausgeht und bereits versicherter Folgeschaden ist.<sup>110</sup> *Rubin* kommt infolge der Annahme einer deckungsrechtlichen Anspruchskonkurrenz bei Überschneidung von Erfüllungs- und Schadenersatzanspruch ebenfalls zu einer Versicherungsdeckung in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare.<sup>111</sup>

Zusammenfassend darf dem Treuhänder infolge einer Fehlverfügung über das Treuhandgut/die Treuhandvaluta Deckung in der Berufshaftpflichtversicherung nicht wegen des Erfüllungseinwands verwehrt werden, nur weil der Rückzahlungsanspruch auch erfüllungsvertraglich begründet werden kann. Für die Deckung reicht es, wenn infolge einer Treuepflichtverletzung (positive Vertragsverletzung) gleichzeitig (auch) ein Schaden eintritt, wofür Schadenersatz gefordert werden kann. Ändert der OGH seine Rsp in

diesem Sinne nicht, ist die von ihm seit 2015 eingeschlagene Judikaturlinie für alle jene Rechtsanwälte und Notare existenzbedrohend, wenn Versicherungsschutz nur auf Basis allgemeiner AVB ohne Anderkontenklausele vereinbart ist (vgl zur Anderkontenklausele unten VI.). Da ua den Darlegungen und den Ausführungen *Rubins* zu folgen ist, wäre es für den Versicherungsschutz der Rechtsanwälte wichtig, wenn der OGH diese Kritik zum Anlass nehmen würde, seine neue Judikaturlinie im Lichte seiner eigenen E 7 Ob 27/94 nochmals zu überprüfen. Bejaht auch der OGH im Ergebnis (zumindest) eine Anspruchskonkurrenz zwischen Erfüllungsanspruch und Schadenersatz, würde diese Korrektur Deckungssicherheit für ein wesentliches Haftungsrisiko des Treuhänders schaffen.

#### 4. Vermögensfolgeschaden bei Fehlverfügungen

Bei Fehlverfügungen über das Treuhandgut sind zwei weitere Deckungsversagungsargumente zu prüfen. Zum einen kann argumentiert werden, bei aufrechten erfüllungsvertraglichen Rückzahlungspflichten des Treuhänders trete beim Treugeber kein Schaden ein, da eben noch erfüllt werden müsse.<sup>112</sup> Zum anderen kann argumentiert werden, bei dem eingetretenen Schaden handle es sich um keinen versicherten Schaden, weil kein Folgeschaden, sondern um ein bloß nicht versichertes Erfüllungssurrogat, das deckungsrechtlich dem Erfüllungsanspruch gleichgestellt sei.<sup>113</sup>

Beide Argumente sind zu entkräften: Der Einwand, solange erfüllt werden könne, trete kein Schaden ein, übersieht, dass der Treuhänder das Treuhandgut/die Treuhandvaluta (jedenfalls schuldrechtlich) nicht für sich hält, sondern für den Treugeber. Während einer Treuhandchaft hält der Treuhänder je nach Abwicklungsstadium des

und „umfasst“ auch *Folgeschäden* (§ 1012 ABGB), also „sämtliche“ durch die nicht gehörige Vertragserfüllung/mangelhafte Vertragsleistung (vgl *Welsler/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 419; *Rubin*, aaO, OGH 7 Ob 46/13k mit Glosse *Ertl*, *ecolx* 2013, 397) verursachte Schäden (zB auch „Verspätungsschäden“ gem § 918 ABGB, die von den Leistungs- und Erfüllungspflichten zu unterscheiden sind; vgl *Rabl*, *Schadenersatz* 14–15; *Rubin*, NZ 2016, 51).

<sup>105</sup> Nach hM besteht die Rückstellungs- bzw Rückzahlungspflicht des Auftragnehmers (Treuhänders) gegenüber dem Auftraggeber (Bank) gem § 1009 ABGB nämlich auch dann, wenn das „Erlangte“ (also die Treuhandvaluta) beim Treuhänder infolge einer Treuhandpflichtverletzung nicht mehr vorhanden und die Herausgabe in diesem Fall (Dauerhaftigkeit unterstellt) nicht mehr möglich ist. Erstmals findet sich diese Rsp des OGH in 6 Ob 509/96 (mit Verweis auf die Kommentierung *Strassers* in *Rummel*<sup>2</sup> § 1009 ABGB § 1009 Rz 23), später wiederholend in 2 Ob 87/00m, zuletzt auch in 3 Ob 40/16b; zustimmend zu 6 Ob 509/96 auch *Bollenberger*, ÖBA, 1997, 142 ff (142); dem OGH und *Bollenberger* folgend *Rubin* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1-02</sup> § 1009 Rz 20; *ders*, NZ 2016, 54; *Apathy* in *Schwimann/Kodek*<sup>4</sup> § 1009 Rz 17; *ders*, Grundlagen und Grundsätze des Treuhandrechtes, in FS *Reischauer* (2015) 35 ff (52); weiterhin auch *Strasser* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1009 Rz 23; *Mutz*, NZ 1999, 357 ff; *Völkl/Völkl*, *Beraterhaftung*<sup>2</sup> Rz 2/284.

<sup>106</sup> OGH 7 Ob 301/97h VersE 1762.

<sup>107</sup> OGH 7 Ob 301/97h VersE 1762; *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 1 Rz 77; *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung (2014) § 8 Rz 5; BGH VersR 2007, 200; OLG Celle VersR 2009, 1257 (1258).

<sup>108</sup> Zustimmend dagegen *Reisinger* in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflicht- und D&O-Versicherung 21–22.

<sup>109</sup> *Rubin*, NZ 2016, 47 ff.

<sup>110</sup> *Rubin*, NZ 2016, 56.

<sup>111</sup> *Rubin*, NZ 2016, 56.

<sup>112</sup> Zu diesem Argument s ua *Bollenberger*, ÖBA 1997, 145.

<sup>113</sup> So der OGH in 7 Ob 127/17b (vgl oben FN 93 u 94).



Grundgeschäfts (etwa eines Liegenschafts Kaufvertrags) (zur Sicherung des Zug-um-Zug-Prinzips) das Treuhandgut/die Treuhandvaluta entweder für den Käufer (oder für die kaufpreisfinanzierende Bank) oder für den Verkäufer, die jeweils Treugeber sind (mehrseitige Treuhand).<sup>114</sup> Das Treuhandgut ist daher der (jedenfalls schuldrechtlichen) Rechtsposition eines der beteiligten Treugeber zugeordnet. Diese Rechtsposition der Treugeber ist durch spezifische Treugeber-Interventionsrechte noch zusätzlich dinglich abgesichert.<sup>115</sup> Kommt es zu einer Fehlfürverfügung, wird in die (relative wie absolute) Rechtsposition des Treugebers eingriffen. Diese Verletzung bzw Vernichtung der Rechtsposition des Treugebers hat eine ungünstigere Vermögensposition zur Folge, die als Schaden zu qualifizieren ist.<sup>116</sup> Daran ändert sich nichts, sollte nach der hM der Treuhänder bei vertretbaren Sachen (also einer Treuhandvaluta) erfüllungsvertraglich zur Rückzahlung der Treuhandvaluta weiterhin verpflichtet bleiben, obwohl er über die Treuhandvaluta nicht mehr verfügt.

Auch der Erfüllungssurrogatseinwand ist zu entkräften. Tritt in Folge einer Fehlfürverfügung (Treupflichtverletzung) ein Schaden ein, führt also die Treupflichtverletzung zu einem Verlust der Rechtsposition eines Treugebers, ist der Verlust der Rechtsposition bereits „Folge“ der Pflichtverletzung des Treuhänders. Der Schaden, der aus dieser Pflichtverletzung folgt, ist ein „Mangelfolgeschaden“.<sup>117</sup> Mangelfolgeschäden sind in der Haftpflichtversicherung unstrittig gedeckt.<sup>118</sup> Die Beeinträchtigung der Rechtsposition des Treugebers und der darauf gerichtete Anspruch auf Ausgleich der negativen Wirkungen dieses Eingriffs in die Rechtsposition kann daher mit Bezugnahme auf das gleichzeitig vorliegende Erfüllungssurrogat zulässigerweise nicht (durch Erhebung des Erfüllungseinwands) als nicht versichert angesehen werden, sondern es muss Deckung infolge des konkurrierenden Vorliegens (auch) eines Folgeschadens (in Summe) bejaht werden.

## VI. ANDERKONTENKLAUSEL

Gerade wegen der komplexen Abgrenzung zwischen Vertragserfüllung und Schadenersatz hat sich schon seit längerem in den ö AVB eine (aus D kommende)<sup>119</sup> „Anderkonten- und Fehlfürverfügungsklausel“ in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare durchgesetzt.<sup>120</sup> Die Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel soll (nach hM in D) den Einwand verunmöglichen, mit dem Ersatzanspruch bei Fehlfürverfügung über das Treuhandgut werde ein (nicht versicherter) Erfüllungs- bzw Erfüllungserersatzanspruch begehrt.<sup>121</sup> Diese Deckungswirkung wird von den Versicherern und unterinstanzlichen Gerichten in Ö bis dato (auch) einhellig geteilt. Ist die Anderkonten- und Fehlfürverfügungsklausel in den AVB vereinbart, kommt es mit Blick auf die Ausführungen oben zu V.3. bei Fehlfürverfügungen über das Treuhandgut auf die Unterscheidung von Erfüllungsansprüchen bzw Erfüllungserersatzansprüchen

und Mangelfolgeschäden und auf die damit einhergehende (deckungsrechtliche) Anspruchskonkurrenz nicht mehr an, weil mit diesen Klauseln Versicherungsschutz jedenfalls (klargestellt) besteht. Die Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel entfaltet daher mE im Wesentlichen nur eine deklaratorische (deckungsklarstellende) Deckungswirkung. Zur Anderkonten- und Fehlfürverfügungsklausel gibt es allerdings noch keine hg ö Rsp, sodass in der Praxis Unsicherheiten über deren Deckungsinhalt bestehen, die Raum für Deckungseinwendungen geben.

Bestritten wird die Deckung über die Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel (abgesehen von der grds Frage einer gedeckten beruflichen Tätigkeit, die Voraussetzung für die Anwendung der Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel ist) zum einen mit dem Argument, bei einer Fehlfürverfügung liege bereits keine Fahrlässigkeit, sondern schon ein absichtliches Tun und damit (deckungsausschließender) Vorsatz vor. Eingewendet wird zum anderen, die Anderkonten- bzw Fehlfürverfügungsklausel decke „nur“ manipulative Fehlfürverfügungen, nicht aber Fehlfürverfügungen aufgrund juristischer Fehleinschätzung/Fehlbeurteilung (der Auszahlungsvoraussetzungen).

Der erste Einwand, eine Fehlfürverfügung könne nur absichtlich bzw wissentlich erfolgen, weshalb der Risikoabschluss der wissentlichen Pflichtverletzung erfüllt sei, geht schon deshalb ins Leere, weil nicht ausreichend zwischen dem „Umstand“ der bewussten Verfügung und dem unbewussten „Grund“ der Verfügung unterschieden wird. Richtigerweise kommt es für die Deckung nur darauf an, dass der Grund, der zur Fehlfürverfügung führt, fahrlässig falsch

<sup>114</sup> Vgl dazu *Rabl*, NZ 2015, 41 (42). Diese Frage stellt sich insbesondere iZm der Frage, wer das Veruntreuungsrisko trägt, wenn der Treuhänder die Treuhandvaluta veruntreut; vgl dazu *Urbanek*, Treuhändiger Abwicklung 169ff.

<sup>115</sup> *Rubin*, NZ 2016, 56 (*Rubin* spricht von „ausschließlich“ zugewiesener Rechtsposition bzw von einer mit „absoluten Wirkungen“ der Rechtsposition des Treugebers).

<sup>116</sup> *Rubin*, NZ 2016, 56. Von einem verschuldeten Schaden geht auch *Bollenberger*, ÖBA 1997, 140–141, aus, weil in die Rechtspositionen der Treugeber eingriffen wird (etwa in die Rechtsposition der kaufpreisfinanzierenden Bank, wenn die Treuhandvaluta vor Einverleibung des Pfandrechts an den Verkäufer ausbezahlt wird). Durch die vorzeitige Auszahlung wird ein Schaden in Höhe der ausbezahlten Treuhandvaluta verursacht (*Bollenberger*, ÖBA 1997, 141). *Bollenberger* spricht diesfalls vom Treuhandvalutainteresse der Bank. Einen Schaden erleidet die Bank auch, wenn ihr Pfandrecht nicht im entsprechend vereinbarten Pfandrang einverleibt wird. *Bollenberger* spricht in diesem Fall vom Hypothekeninteresse der Bank als Schaden (der in der Nichtbedeckung der Sachsicherung im Fall eines Kreditausfalls, etwa im Fall einer Insolvenz des Kreditnehmers, liegt) (*ders*, ÖBA 1997, 141).

<sup>117</sup> Mangelfolgeschäden entstehen durch mangelhafte Vertragsleistung (also durch „positive Vertrags- oder Forderungsverletzungen“) oder durch Verletzung von Schutz- und Sorgfaltspflichten „im Zuge“ der ordnungsgemäßen Vertragsleistung (Begleitschäden); vgl *Welsler/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 417–418.

<sup>118</sup> *Fenyves*, NZ 2001, 246ff mwN (251); *Zankl*, *ecolex* 1990, 278; *Rubin*, NZ 2016, 52; OGH 7 Ob 46/13k VersE 2471 = *ecolex* 2013, 982.

<sup>119</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 1ff. In der d Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte wird von Anderkonten-klausel gesprochen (vgl *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> B Rz 201205), in der d Berufshaftpflichtversicherung der Notare von Fehlfürverfügungsklausel (vgl *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> B Rz 235). Deckungsrechtlich geregelt ist jeweils das Gleiche.

<sup>120</sup> Vgl *Wilhelmer*, *öAnwBl* 2016, 145–146. Zur Definition einer üblichen Anderkonten-klausel s unten FN 128.

<sup>121</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 2; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> B Rz 106; *Chab* in *G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab*, Handbuch<sup>4</sup> § 18 Rz 75.

eingeschätzt sein muss, und nicht darauf, ob der Akt der Verfügung bewusst erfolgt.<sup>122</sup> Andernfalls würde die Anderkonten- bzw Fehlv Verfügungsklausel ins Leere laufen, weil jede Verfügung nur bewusst erfolgen kann<sup>123</sup> (und somit stets eine nicht versicherte bewusste bzw wissentliche Pflichtverletzung vorliegen würde).

Der zweite Einwand, durch die Anderkontenklausel seien nur Verstöße beim Zahlungsakt versichert, nicht jedoch Fehlv Verfügung infolge rechtsirrtümlicher Erwägungen, ist ebenfalls unzutreffend.<sup>124</sup> Schon der Begriff „Fehlv Verfügung“ ist in beiden Klauseln offen formuliert. Aus dem Wortlaut „Fehlv Verfügung“ lässt sich eine Differenzierung in gedeckte und nicht gedeckte Fehlv Verfügungen daher gerade nicht entnehmen. Warum die Anderkonten- bzw Fehlv Verfügungsklausel auf Verstöße beim Zahlungsakt (iSd hM und Rsp)<sup>125</sup> beschränkt sein soll, erschließt sich nicht. Richtigerweise müssen vom Schutzzweck der Anderkonten- und Fehlv Verfügungsklausel „alle“ fahrlässigen Fehlv Verfügungen erfasst sein, selbstverständlich auch der Fall, dass der Treuhänder fälschlich der Meinung ist, zur Auszahlung berechtigt zu sein,<sup>126</sup> und deshalb den richtigen Betrag an die richtige Person ausbezahlt, allerdings zur Unzeit (also verfrüht). Bei der rechtsirrtümlichen Fehlv Verfügung wird eine Pflichtverletzung gegenüber anderen Treugebern genauso begangen wie bei bloß manipulativ bedingten Fehlv Verfügungen. Warum die Anderkontenklausel einschränkend Deckung nur für Verstöße beim Zahlungsakt bieten soll, erschließt sich nicht (die Treuhänderdeckung würde hinsichtlich eines der wichtigsten Treuhänderhaftungsrisiken, nämlich wegen einer rechtsirrtümlichen Fehlv Verfügung über das Treuhandgut in Anspruch genommen zu werden, nur konterkariert werden).

Nichts anderes gilt, sollte eine Anderkontenklausel ausdrücklich auf den Verstoß beim Zahlungsakt Bezug nehmen.<sup>127</sup> Die Herstellung eines textlichen Zusammenhangs zwischen der Anderkontenklausel und dem Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ bedeutet nicht, dass „nur“ Verstöße beim Zahlungsakt von der Anderkontenklausel umfasst sein sollen. Die Anderkontenklausel stellt einen eigenen Deckungsbaustein dar, der einen eigenständigen Zweck erfüllt,<sup>128</sup> nämlich den Deckungseinwand der Erfüllung bzw des Erfüllungssurrogats abzuschneiden. Der Zweck der Anderkonten- und Fehlv Verfügungsklausel geht über die Deckung des Risikos des Verstoßes beim Zahlungsakt hinaus. Eine „Erweiterung des Versicherungsschutzes“ (durch die Anderkontenklausel) kann iZm der Nennung eines Risikoausschlusses daher sachlich nicht als Einschränkung der insofern grds eigenständigen Anderkontendeckung interpretiert werden.

Auch der in der Anderkontenklausel oftmals geregelte „unmittelbare“ Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit ändert an dem Befund der Treuhänder-Deckung für alle Formen der Fehlv Verfügungen über ein Treuhandgut nichts (dies zumindest für die Berufshaftpflichtversicherung in Ö). Zum einen bezieht sich das Kriterium des (unmittel-

baren) Zusammenhangs auf unterschiedliche Vorgänge bei der (unmittelbaren/mittelbaren) Geldannahme,<sup>129</sup> zum anderen ist die Verfügung über Treuhandgut iZm Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften in Ö – anders als etwa in D<sup>130</sup> – gerade eine berufliche Kerntätigkeit des Rechtsanwalts und Notars (s dazu bereits oben II.3).

Es ist daher zusammenzufassen, dass alle Fehlv Verfügungen im Zuge einer Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaft, also sowohl die falsche Auszahlung eines Treuhandbetrags der Höhe nach, als auch die Auszahlung an einen falschen Empfänger oder die Auszahlung zwar an einen richtigen Empfänger (mit richtigem Geldbetrag), aber aufgrund Fehlbeurteilung der Auszahlungsvoraussetzungen zur Unzeit (verfrüht), gleichermaßen von der Anderkonten- bzw Fehlv Verfügungsklausel umfasst sind.

## VII. WISSENTLICHE PFLICHTVERLETZUNG

Den Versicherern verbleibt bei Pflichtverletzungen des Treuhänders, insbesondere bei Fehlv Verfügungen über das Treuhandgut, letztlich der Einwand der wissentlichen Pflichtverletzung. Der Risikoausschluss der wissentlichen Pflichtverletzung<sup>131</sup> ist in allen üblichen AVB der Berufs-

<sup>122</sup> Zutr *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 13.

<sup>123</sup> Siehe auch *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 13.

<sup>124</sup> Dieser Deckungseinwand könnte sich ua auf *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A.4.3 BBR-RA Rz 13 stützen, der zwei Fälle einer Fehlv Verfügung anführt, nämlich die Fehlv Verfügung hinsichtlich der Höhe des Betrags sowie hinsichtlich des Adressaten. Bei beiden Fehlv Verfügungen handelt es sich richtigerweise um „Verstöße beim Zahlungsakt“. Damit ist aber nicht gesagt, dass nach *Diller* nur diese beiden Fallvarianten einer Fehlv Verfügung von der Anderkontenklausel umfasst sein sollen. Interessanterweise will *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung A Rz 119, die Anderkontendeckung gerade nicht für Verstöße beim Zahlungsakt, sondern nur Deckung für Fehlv Verfügungen infolge rechtsirrtümlicher juristischer Erwägungen bejahen. Diese beiden sich widersprechenden Sichtweisen sind ein Beleg dafür, dass die Annahme einer Deckung für nur bestimmte selektive Fehlv Verfügungsarten am Sinn und Zweck der Anderkontenklausel vorbeigeht und schon dem Grunde nach sachlich willkürlich erscheint.

<sup>125</sup> Siehe dazu oben FN 84 u 85.

<sup>126</sup> Dazu richtig *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung A Rz 119.

<sup>127</sup> Dies ist etwa bei folgenden AVB der Fall: „Versicherungsschutz wird auch für den Fall gewährt, dass ein Versicherter wegen einer fahrlässigen Verfügung über Beträge, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer versicherten Tätigkeit auf ein (Sammel-)Anderkonto eingezahlt sind, von Berechtigten in Anspruch genommen wird. Das gleiche gilt für die Inanspruchnahme eines Versicherten aus fahrlässigen Verfügungen über fremde Gelder, die zur alsbaldigen Anlage auf ein (Sammel-)Anderkonto in Verwahrung genommen und ordnungsgemäß verbucht wurden. Der Teil der Ausschlüsse des Art 4 I Ziff 6 AVBV „durch Verstöße beim Zahlungsakt“ gilt nicht für diese Erweiterung des Versicherungsschutzes“ (Hervorhebung d Autors).

<sup>128</sup> Siehe FN 121. In der zu FN 127 zitierten AVB-Klausel heißt es auch ausdr, dass die Anderkontenklausel „in Erweiterung des Versicherungsschutzes“ regelt, dass für diese Erweiterung des Versicherungsschutzes der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ gem Art 4.1.6 AVBV nicht gelten soll. Die Anderkontenklausel regelt damit wesentlich mehr als nur die Streichung eines Risikoausschlusses, sondern begründet einen eigenen Deckungsbaustein.

<sup>129</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 79.

<sup>130</sup> Hier spielt die Unterscheidung zwischen anwaltlicher Tätigkeit (im engeren Sinn) und einer sonstigen versicherten Tätigkeit, auch aufgrund des ausdr Bezugs in der Fassung der Anderkontenklausel auf einen Zusammenhang mit einer Rechtsanwalts-tätigkeit, eine wesentliche Rolle; vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> A 4.3 BBR-RA Rz 11. Um Missverständnisse zu vermeiden, stellen die ö Fassungen von Anderkontenklauseln dagegen (ganz bewusst) nicht auf einen Zusammenhang zu einer Rechtsanwalts-tätigkeit, sondern einen Zusammenhang zu einer „versicherten“ Tätigkeit (iS der primären Risikoumschreibung) ab.

<sup>131</sup> Vgl *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 136138; *ders*, Der Schein trügt: Zur Abgrenzung von Pflichtwidrigkeits- und Vorsatzklausel in der Haftpflichtversicherung, *ecolx* 2006, 642 ff; *Ramharter*, Der Pflichtwidrigkeitsausschluss in der D&O-Versicherung, *ZFR* 2018, 386 ff.

haftpflichtversicherung (der Rechtsanwälte<sup>132</sup> oder Notare<sup>133</sup>) enthalten, sofern er nicht (partiell) (wieder) abbedungen ist.<sup>134</sup> Der Risikoausschluss der „wissentlichen Pflichtverletzung“ ist nicht nur in der Berufshaftpflichtversicherung ein zentraler Risikoausschluss, sondern auch in anderen Haftpflichtversicherungen.<sup>135</sup>

iZm Fehlverfügungen über das Treuhandgut kann versichererseitig argumentiert werden, die Pflichtverletzung, also der Grund der Fehlverfügung, sei nicht bloß fahrlässig, sondern wissentlich begangen worden. Der Deckungseinspruch der wissentlichen Pflichtverletzung spielt in der Praxis je nach Sachverhaltskonstellation und/oder Umfang des Schadens in unterschiedlicher Gewichtung (mal mehr implizit, mal mehr explizit) auch eine nicht unwichtige Rolle.<sup>136</sup>

Eine (grds nicht versicherte) wissentliche Pflichtverletzung ist von einer (versicherten) fahrlässigen Pflichtverletzung streng abzugrenzen.<sup>137</sup> Um eine wissentliche Pflichtverletzung zu bejahen, müssen einige Voraussetzungen vorliegen, die anhand folgender Fragen präzisiert werden können: 1. Bestand eine Pflicht? 2. Hat der Versicherungsnehmer gewusst, dass es diese Pflicht gibt? 3. Liegt ein Pflichtverletzungsbewusstsein vor? 4. War die wissentliche Pflichtverletzung kausal für den Schadenseintritt?<sup>138</sup> Diese Abgrenzungslinien haben Versicherer nicht immer im Blick, sodass sie geneigt sind, das Vorliegen einer nicht versicherten wissentlichen Pflichtverletzung rasch zu behaupten bzw Deckungseinwendungen zu erheben.

Ohne auf die einzelnen Voraussetzungen des Risikoausschlusses der „wissentlichen“ Pflichtverletzung einzugehen<sup>139</sup> (für deren Vorliegen trägt der Versicherer im Übrigen die Beweislast), ist mit Blick auf eine irrtümliche Fehlverfügung über das Treuhandgut durch den Rechtsanwalt oder Notar die Voraussetzung 3. regelmäßig nicht erfüllt. Irrt sich ein Rechtsanwalt oder Notar über das Bestehen einer Rechtspflicht oder über deren Inhalt, handelt er nicht wissentlich pflichtwidrig. Nach unstrittiger Meinung in Lit und Rsp schließt mangelndes Pflichtbewusstsein bzw Pflichtverletzungsbewusstsein einen Deckungsverlust wegen wissentlicher Pflichtverletzung aus.<sup>140</sup> Der Rechtsirrtum wirkt nicht deckungsverneinend.<sup>141</sup> Gleiches gilt, wenn ein Rechtsanwalt die verletzte Pflicht zwar kannte (was bei Bedingungen der Treuhandschaft regelmäßig der Fall ist, da diese entweder vom Rechtsanwalt oder Notar selbst bei der Errichtung der Treuhandvereinbarung formuliert wurden und die Treuhandvereinbarung den zentralen Pflichtenkreis des Treuhänders umschreibt, sodass er sich auf die Nichtkenntnis dieser Pflichten nicht wirksam berufen wird können; Kenntnis von Grundwissen wird widerleglich unterstellt), er jedoch der Ansicht ist, dass durch sein Handeln (durch die Fehlverfügung) die ihm bekannte Pflicht nicht verletzt wird.

Etwas anderes gilt, wenn ein Rechtsanwalt oder Notar bewusst „ins Risiko geht“, ohne einen Schaden in Kauf zu nehmen, weil er zB über die Treuhandvaluta schon zu ei-

nem Zeitpunkt verfügt, in welchem noch nicht alle Urkunden (zB Unbedenklichkeitsbestätigungen), die für die Treuhandabwicklung erforderlich sind, im Akt aufliegen.<sup>142</sup> In diesem Fall liegt eine wissentliche Pflichtverletzung vor. Der Rechtsanwalt oder Notar hat diesfalls für einen dadurch kausal verursachten Schaden grds keinen Deckungsschutz.<sup>143</sup>

## VIII. ZUSAMMENFASSUNG

In der Praxis mehren sich Deckungsablehnungen und Deckungsprozesse iZm der Treuhänderdeckung (insb von Rechtsanwälten). Die Treuhänderdeckung in der Berufshaftpflichtversicherung ist angesichts enormer Treuhänderhaftungsrisiken von existenzieller Bedeutung. Die Übernahme von Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften durch Rechtsanwälte und Notare stellt ein zentrales berufliches Tun dieser Berufsgruppen dar und ist als versichertes Risiko in der Berufshaftpflichtversicherung zu betrachten. Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften sind juristisch geprägt, insofern greift auch der in den AVB der Berufshaftpflichtversicherung übliche Risikoausschluss „wirtschaftliche Tätigkeit“ nicht. Der Risikoausschluss „Verstoß beim Zahlungsakt“ kann dagegen eine deckungsverneinende Rolle spielen, ist im AVB-Recht der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare aber kaum noch in Geltung und daher in der Praxis heute kaum noch von Relevanz.

Ersatzansprüche der Treugeber gegen den Treuhänder infolge Fehlverfügung über das Treuhandgut können sowohl auf Vertragserfüllung als auch auf Schadenersatz gestützt werden. Es liegt in diesem Fall nicht nur zivilrechtlich, sondern auch deckungsrechtlich Anspruchskonkurrenz vor, weil bei einer Fehlverfügung sowohl ein Erfüllungsanspruch/Erfüllungssurrogat als auch ein Folgevermögensschaden (Mangelfolgeschaden) eintritt, sodass – entgegen der jüngeren Rsp des OGH – bei Ersatzansprüchen infolge einer Fehlverfügung (richtigerweise) (auch ohne Vereinbarung einer „Anderkonten- bzw Fehlverfügungsklausel“) Deckung besteht. Die in den

<sup>132</sup> Art 4 I 3 AVBV; Art 8 Z 3.2 ABHV (idF 2018).

<sup>133</sup> Art 4 I 3 AVBV.

<sup>134</sup> Vgl dazu *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 138.

<sup>135</sup> Für die Betriebshaftpflichtversicherung *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1995) 396 f; *Fenyves*, Das bewusste Zuwiderhandeln gegen Vorschriften in der Betriebshaftpflichtversicherung, in *Gisch/Koban/Ratka*, Haftpflichtversicherung, D&O-Versicherung und Manager-Rechtsschutz (2016) 25 ff. Für die D&O Versicherung *Ihlas*, D&O Directors & Officers Liability<sup>2</sup> (2009) 458 ff; *Gruber/Mitterlechner/Wax*, D&O Versicherung mit internationalen Bezügen (2012) § 7 Rz 44 ff.

<sup>136</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 38; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 216.

<sup>137</sup> *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 38.

<sup>138</sup> Vgl *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung<sup>2</sup> § 4 Rz 45; *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 225.

<sup>139</sup> Vgl dazu im Detail die in FN 131 zitierte Lit.

<sup>140</sup> *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 231–232 mwN

<sup>141</sup> *Gräfe/Brügge*, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung<sup>2</sup> E Rz 232.

<sup>142</sup> OGH 7 Ob 121/05b VersE 2122; 7 Ob 119/05h VersE 2120; *Wilhelmer*, öAnwBl 2016, 136.

<sup>143</sup> Anderes gilt, wenn die wissentliche Pflichtverletzung ausdr mitversichert ist, vgl dazu bereits oben FN 134.



AVB der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte und Notare mittlerweile übliche Anderkonten- und Fehlverfügungsklausel schützt den Treuhänder gerade vor dem Einwand des Erfüllungs- bzw Erfüllungssurrogatsausschlusses. Zur Anderkonten- und Fehlverfügungsklausel gibt es noch kaum gh Rsp, weshalb über ihren Deckungsinhalt Unsicherheiten bestehen. Die Anderkonten- und

Fehlverfügungsklausel deckt richtigerweise alle Formen der Fehlverfügung, also auch rechtsirrtümliche Fehlverfügungen, nicht nur Verstöße beim Zahlungsakt. Letztlich kann vom Versicherer der Einwand einer wissentlichen Pflichtverletzung erhoben werden. Dieser Deckungsausschluss liegt im Fall einer rechtsirrtümlichen Fehlverfügung über das Treuhandgut jedoch nicht vor.



## Eine Menge neu im WGG!

2019. XXIV, 518 Seiten.  
Geb. EUR 108,-  
ISBN 978-3-214-02082-8

Dieses Werk ist auch online erhältlich:  
[manz.at/wgg](http://manz.at/wgg)

Mit  
WGG-Nov  
2019

Prader · Pittl

### WGG

Kurzkommentar

Die Autoren kommentieren umfassend die **wohnzivil-** wie auch **gebarungsrechtlichen Vorschriften** und geben eine erste Bewertung der Neuerungen durch die WGG-Nov 2019.

Diese betreffen unter anderem:

- Mietkauf bereits nach 5 bis 20 Jahren möglich
- Konkretisierungen der „Erhaltungsarbeiten“ (Klarstellung „Sanierung größeren Umbaus“)
- Adaptierungen zur Verbesserung der sozialen Infrastruktur im Rahmen der Wohnbauförderung leichter möglich
- Forcierung von Maßnahmen zum Ausbau erneuerbarer Energieträger

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH  
TEL +43 1 531 61 100 FAX +43 1 531 61 455 [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at) Kohlmarkt 16 · 1010 Wien [www.manz.at](http://www.manz.at)

MANZ 