

3.3. Die Treuhandvereinbarung zwischen dem Treugeber und dem Rechtsanwalt enthält zum einen die anlässlich des Telefonats vom 23. 3. 2012 getroffene besondere Treuhandbedingung, wonach die Freigabe des Treuhanderlags erst nach Übertragung des SICAV auf die Käuferin erfolgen darf. Die Beurteilung, ob die Bedingung eingetreten ist, ist naturgemäß nur durch eine Überprüfung durch den Treuhänder dahin möglich, ob diese Übertragung auch tatsächlich erfolgt ist. Weiters sieht die vom Rechtsanwalt errichtete und durch Unterfertigung am 26. 3. 2012 zustande gekommene (schriftliche) Treuhandvereinbarung ausdrücklich eine persönliche (schriftliche) Anweisung des Treugebers über den Treuhanderlag vor. Am 29. 3. 2012 veranlasste der Rechtsanwalt über Auftrag des PCvH die Überweisung eines Großteils des am Treuhandkonto erliegenden Betrags an 11 verschiedene Empfänger (und nicht an die Käuferin), dies noch dazu, ohne Kontakt zum Treugeber aufzunehmen, und ohne jegliche Überprüfung, ob die Errichtung und Übertragung des SICAV auch tatsächlich erfolgt war.

3.4. Bereits aus diesen festgestellten Gesamtumständen folgt der wissentliche Verstoß des Rechtsanwalts gegen die Bedingungen und Anweisungen des Treugebers. Er kannte den Inhalt der anlässlich der Telefonkonferenz getroffenen Vereinbarung und der von ihm selbst verfassten schriftlichen Treuhandvereinbarung. Gegen diesen Treuhandauftrag verstieß er wissentlich, indem er den Treuhanderlag – nur Tage später – ohne Anweisung des Treugebers und ohne zu überprüfen, ob der SICAV übertragen worden war, freigab.

Soweit die Klägerin meint, der Rechtsanwalt habe die Auszahlung auf „Basis des Telefongesprächs“ vorgenommen, übergeht sie, dass dort eine Auszahlung allein aufgrund der Zustimmung von PCvH und vor Errichtung und Übertragung des SICAV nach den Feststellungen gerade nicht mit dem Treugeber vereinbart war. Selbst wenn der Rechtsanwalt bei der Freigabe gedacht haben sollte, dass der SICAV bereits übertragen war, so war ihm dennoch bewusst, dass er die naturgemäß und dem Treuhandauftrag entsprechende Überprüfung dieses Umstands nicht vornahm. Inwieweit die zwischen dem Rechtsanwalt und dem Treugeber nur Tage vor der veranlassten Auszahlung ausdrücklich getroffenen Anweisungen durch zeitlich vorgelagerte Verträge, an denen der Rechtsanwalt gar nicht beteiligt war, außer Kraft gesetzt werden sollten, lässt sich bereits aus dem Vorbringen nicht erkennen.

3.5. Zusammengefasst folgt, dass die Deckungspflicht der Beklagten aufgrund des Ausschlusses nach Art 4.1.3 AVBV 1999 iVm Art B.7.1 der Besonderen Bedingungen nicht gegeben ist. Soweit das Zahlungsbegehren auch einen – an die Klägerin behauptetermaßen abgetretenen – Schadensersatzanspruch des Rechtsanwalts (eigene Kosten der Kreditaufnahme und Verpfändung) enthält, fehlt es an Anhaltspunkten für ein – eine Schadenersatzpflicht der Beklagten – begründendes rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten.

4. Der Revision war im Ergebnis nicht Folge zu geben. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41 und 50 ZPO. Da die Beklagte ihren Sitz in Deutschland hat, ist lediglich die in Deutschland zu entrichtende Umsatzsteuer (19 %) zuzusprechen (RIS-Justiz RS0114955 [T12]).

Anmerkung:

Die vorliegende OGH-Entscheidung klärt eine für Rechtsanwälte (und Notare) wichtige berufsrechtliche (berufsbildliche) wie auch deckungsrechtliche Fragestellung zur zentralen Dienstleistung als Treuhänder im Rechtsverkehr. Übernehmen Rechtsan-

wälte (bzw Notare) Treuhandschaften,¹ ist es nach Ansicht des OGH für das Vorliegen einer in der Berufshaftpflichtversicherung gedeckten Treuhandtschaft zutreffenderweise nicht erforderlich, dass der Rechtsanwalt als Treuhänder auch zum Grundgeschäft der Treuhandtschaft (zB zu einem Liegenschafts Kaufvertrag) berät bzw die Vertragsgestaltung zu diesem Grundgeschäft vornimmt.² Für eine in der Berufshaftpflichtversicherung gedeckte Tätigkeit ist nach Ansicht des OGH die bloße Übernahme und Abwicklung einer Treuhandtschaft ohne das Erfordernis einer zusätzlichen rechtsberatenden Tätigkeit ausreichend, sofern die Treuhandtschaft eine Interessenwahrnehmungspflicht beinhaltet.³ Die Klärung dieser deckungsrechtlichen Frage ist von großer Relevanz, weil Rechtsanwälte und Notare in der Praxis (auf Wunsch der Mandanten bzw Treugeber) nicht selten reine Treuhandschaften ohne weiteren Rechtsbesorgungszusammenhang übernehmen. Rechtsanwälte und Notare erwarten sich für diesen, so auch der OGH, „Kernbereich“ beruflicher „Vertrauensanforderungen“⁴ einen entsprechenden Versicherungsschutz. Wenngleich der OGH andeutet, dass er – in Entsprechung der einschlägigen Stellungnahmen in der Literatur – nicht jegliche Treuhandtschaft als versichert ansieht,⁵ bejaht er (im Sinne einer weiten Auslegung des dem Streitfall zugrunde liegenden Berufshaftpflichtversicherungsvertrages) den Versicherungsschutz für Treuhandschaften, sofern der Rechtsanwalt treuhändig Geld entgegennimmt, um es nach bestimmten Bedingungen an Dritte weiterzuleiten, und den Rechtsanwalt als Treuhänder eine Verpflichtung zur Wahrung der rechtlichen Interessen der Auftraggeber (Treugeber) trifft.⁶ Diese für die Versicherungsdeckung erforderliche Interessenwahrungspflicht (der Glossator hat hierzu den Begriff „Rechtsbesorgungszusammenhang“ in die Diskussion eingebracht)⁷ bejahte der OGH im konkreten Fall damit, dass der Rechtsanwalt als Treuhänder vor Weiterleitung des Treuhandgeldes die Pflicht hatte, zu überprüfen, ob eine Übertragung des kaufgegenständlichen SICAV-Fonds an die Käuferin des Fonds (und letztlich an den geschädigten Investor) auch tatsächlich stattgefunden hat.

Über den vom OGH entschiedenen Sachverhalt hinaus wird eine versicherte Treuhandtätigkeit auch dann anzunehmen sein, wenn Treuhandschaften übernommen werden, bei denen der Treuhänder als neutrale, von den Treugeberparteien unabhängige Instanz agiert, gleichwohl ausgestattet mit einer Sicherungsfunktion (Verwahrungsfunktion), sodass nach Eintritt der vereinbarten Auszahlungsbedingungen das beim Treuhänder erlegte Treuhandgut an die in der Treuhandvereinbarung definierten Treugeberparteien (Kaufvertragsparteien) auszufolgen ist (Escrow-Treuhandtschaft). Auch der Escrow-Treuhänder, worauf der OGH mangels Sachverhaltssubstrat nicht eingegangen ist, übernimmt eine wichtige Sicherungsfunktion im Rechtsverkehr,⁸ etwa im Bereich von M&A-Deals, und damit eine zentrale Interessenwahrungspflicht, sodass von einer versicherten Tätigkeit auszugehen ist.

¹ Vgl S. Urbanek, Die treuhändige Abwicklung von Liegenschafts Kaufverträgen durch Notare und Rechtsanwälte (1999).

² Siehe dazu auch ausführlich Wilhelmer, Aktuelle Rechtsfragen der Treuhänderdeckung, AnwBl 2019, 757 (758 bis 761); derselbe, Die Grenzen des Versicherungsschutzes in der Rechtsanwaltshaftpflichtversicherung, AnwBl 2016, 124 (127).

³ Siehe dazu noch ausführlicher Wilhelmer, AnwBl 2019, 758 bis 561.

⁴ Punkt 2.3. der Entscheidungsgründe des OGH.

⁵ Punkt 2.2.3. der Entscheidungsgründe des OGH.

⁶ Punkt 2.3. der Entscheidungsgründe des OGH.

⁷ Wilhelmer, AnwBl 2019, 761 bis 761; derselbe, AnwBl 2016, 127; derselbe, Der Rechtsanwalt als Buchhalter, Lohnverrechner und Bilanzierer, ecoloex 2016, 952.

⁸ Wilhelmer, AnwBl 2019, 761.

Der OGH verneint unter anderem bei treuhandbedingter Weiterleitung von Geld weiters die Maßgeblichkeit des Risikoausschlusses gemäß Art 4.1.4 AVBV 1999.⁹ Dem (etwas konstruierten) Argument der Beklagten (dem sich die Unterinstanzen überraschenderweise angeschlossen haben), wonach es sich bei der Annahme und Weiterleitung von Treuhandgeld um ein Geldgeschäft im Sinne des Art 4.1.4 AVBV 1999 handle, wurde damit ein Riegel vorgeschoben.¹⁰ Der Risikoausschluss des Art 4.1.4 AVBV 1999, der in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte (und Notare) für die Tätigkeit als Treuhänder (wie auch für andere Funktionen, wie etwa für jene des Insolvenzverwalters) bereits weitgehend durch Besondere Bedingungen aufgehoben ist (im vorliegenden Fall der Anwaltsdeckung war dies allerdings nur partiell der Fall), nimmt andere Fälle der wirtschaftlichen Tätigkeit, die etwa im Zusammenhang mit der Ausübung wirtschaftlicher Ermessensspielräume entfaltet werden kann,¹¹ von der Versicherungsdeckung (des Rechtsanwalts) aus.

Auf weitere Deckungsfragen, die von den unterinstanzlichen Gerichten als deckungsrelevant beurteilt wurden, wie etwa das Vorliegen eines nicht versicherten Erfüllungsanspruchs sowie die (aufgrund der Annahme einer nicht versicherten Tätigkeit) Nichtmaßgeblichkeit der (im Entscheidungsfall in den AVB vereinbarten) Anderkontendeckung, ist der OGH nicht weiter eingegangen, weil er die Deckung schon an der Feststellung einer nicht versicherten wissentlichen Pflichtverletzung gemäß Art 4.1.3 AVBV 1999 scheitern ließ.¹² Das Abweichen des Rechtsanwalts von der von ihm selbst erstellten Treuhandvereinbarung, die vor Verfügung über das Treuhandgeld eine vorherige schriftliche Anweisung des Treugebers als Auszahlungsvoraussetzung festlegte, beurteilte der OGH (durchaus nachvollziehbar) als wissentlichen Pflichtenverstoß. Etwas Verwirrung stiftet der OGH im Zusammenhang mit der an sich zutreffenden Auslegung des in Art 4.1.3 AVBV 1999 normierten Risikoausschlusses, indem er in einem Nebensatz auf RIS-Justiz RS0081984 verweist, wonach bedingter Vorsatz (in Bezug worauf: auf die Kenntnis des Pflichtenverstoßes oder die Herbeiführung des Schadenseintritts?) genüge. Dem Kriterium der Wissentlichkeit (im Sinne eines *dolus directus* gemäß § 5 StGB) entspricht (in der Literatur mittlerweile unstrittig) das Vorliegen eines *dolus eventualis*, also das Kriterium einer bloß vorsätzlichen Pflichtverletzung, nicht.¹³ Für die Anwendung der Pflichtwidrigkeitsklausel kommt es auch nicht darauf an, ob ein Schaden in Kauf genommen wurde. Insofern muss sich die Wissentlichkeit oder ein sonstiger Vorsatz auch nicht auf die kausale Ursächlichkeit des Pflichtenverstoßes beziehen.¹⁴ Der Glossator geht davon aus, dass der OGH dies ebenso sieht.

Zusammenfassend ist die vorliegende OGH-Entscheidung zu begrüßen, weil sie zu einer wichtigen deckungsrechtlichen Klarstellung für ein zentrales berufliches Tätigkeitsfeld der Rechtsanwälte und Notare führt. Zu bedauern ist, dass der OGH den vorlie-

genden Fall nicht dazu genutzt hat, um eine von ihm selbst ausgelöste erhebliche Deckungsunsicherheit im Zusammenhang mit Fehlverfügungen über bzw Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Treuhandgeldern klarzustellen. Der OGH hat Berufsträgern (einem Rechtsanwalt¹⁵ und in einem anderen Fall einem Steuerberater),¹⁶ die auf Rückzahlung von Treuhandgeld in Anspruch genommen wurden, die Deckung mit dem Argument versagt, es läge ein nicht versicherter Erfüllungsanspruch bzw ein nicht versicherter, weil auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses abzielender Schadenersatzanspruch vor. Diese Deckungsfrage ist für viele Rechtsanwälte und Notare (unabhängig von der Möglichkeit, sich durch entsprechende Klauseln in den Versicherungsverträgen abzusichern) weiterhin offen. Wie einige Stimmen in der Literatur bereits vorgebracht haben, besteht auch bei Fehlverfügungen über bzw Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit Treuhandgeld ungeachtet des Erfüllungsausschlusses Versicherungsdeckung.¹⁷ Dies rührt daher, dass in diesen Fällen konkurrierend sowohl ein Erfüllungsanspruch als auch ein Schadenersatzanspruch geltend gemacht werden können, wobei im Falle des Schadenersatzanspruchs nicht nur auf das Erfüllungsinteresse abgezielt wird, sondern (gleichzeitig) ein über das Erfüllungsinteresse (zwischen Treuhänder und Treugeber) hinausgehender Mangelfolgeschaden eintritt, der insofern nach Ansicht des Glossators (auch ohne Vereinbarung einer Anderkonten- oder Fehlverfügungsklausel), anknüpfend an die frühere Judikatur des OGH,¹⁸ schon dem Grunde nach in der Berufshaftpflichtversicherung gedeckt ist.

Hermann Wilhelmer

Dr. Hermann Wilhelmer ist Haftpflicht- und Versicherungsrechtsspezialist für rechts- und wirtschaftsberatende Berufe und Geschäftsführer der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH.

Versicherungsforderungen in der Insolvenz des Versicherungsunternehmens

Art 268 Abs 1 lit g, Art 274 Abs 2 und Art 275 Abs 1 lit a der Richtlinie 2009/138/EG

EFTA-Gerichtshof 10. 3. 2020, Rs E-3/19, *Gable Insurance Company AG in Konkurs*

1. Ansprüche auf Versicherungsleistungen stellen Versicherungsforderungen im Sinne von Art 275 Abs 1 lit a der Richtlinie 2009/138/EG dar, wenn das versicherte Ereignis während der Gültigkeit des Versicherungsvertrages (aber nicht notwendig vor Eröffnung des Liquidationsverfahrens) eingetreten sind.

2. Ansprüche auf Prämienrückerstattungen zählen nur dann zu den Versicherungsforderungen, wenn sie aus einer Vertragsbeendigung oder einem Nichtzustandekommen des Vertrages vor Eröffnung des Liquidationsverfahrens resultieren.

Dem vorliegenden Gericht zufolge handelte es sich bei G. Insurance um ein liechtensteinisches Direktversicherungsunternehmen, das über eine Bewilligung der liechtensteinischen FMA verfügte. Diese Bewilligung erlaubte G. Insurance die Tätigkeit als Schadensversicherung („*Non-Life*“). G. Insurance übte das Schadenversicherungsgeschäft in mehreren

⁹ Punkte 2.5.1. und 2.5.2. der Entscheidungsgründe des OGH.

¹⁰ Zur Kritik daran schon Wilhelmer, AnwBl 2019, 763 f.

¹¹ Haberer/Wilhelmer, Aktuelle UWG-rechtliche und versicherungsrechtliche Fragen in der Rechtsanwaltschaftspflichtversicherung, ZFR 2013, 54 (57 f); Wilhelmer, AnwBl 2016, 128; Gräfe/Brügge, Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung² (2013) Kap E Rz 105 ff; Diller, Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte² (2017) A 4.2 BBR-RA Rz 1 ff.

¹² Punkte 3.1. bis 3.5. der Entscheidungsgründe des OGH.

¹³ Vgl dazu schon Wilhelmer, Der Schein trägt: Zur Abgrenzung von Pflichtwidrigkeits- und Vorsatzklausel in der Haftpflichtversicherung, ecolex 2006, 642; ebenso Ramharter, Der Pflichtwidrigkeitsausschluss in der D&O-Versicherung, ZFR 2018, 386 (393 bis 395); derselbe, D&O-Versicherung (2018) Rz 5/55 bis 5/62.

¹⁴ Siehe auch Ramharter, ZFR 2018, 393 bis 395; derselbe, D&O-Versicherung Rz 5/55 bis 5/62.

¹⁵ OGH 12. 3. 2015, 7 Ob 230/14w; dazu Reisinger, Haftpflichtjudikatur 2015/2016 des OGH, in Gisch/Koban/Ratka, Haftpflicht- und D&O-Versicherung 2016 (2017) 1 (20 f).

¹⁶ OGH 21. 9. 2017, 7 Ob 127/17b.

¹⁷ Rubin, Vergebliche Rückforderung der Treuhandvaluta durch den Treugeber – keine Deckung in der Haftpflichtversicherung des Treuhänders? NZ 2016, 47 (55); Wilhelmer, AnwBl 2019, 765 bis 768.

¹⁸ OGH 19. 10. 1994, 7 Ob 27/90, ecolex 1995, 620 (Fenyves).