

Deckungsfälle Treuhanderschaft

Zum Versicherungsschutz von Anwältinnen und Anwälten bei Übernahme von Treuhandschaften

Dr. iur. Hermann Wilhelmer, Wien

Der Wunsch geht meist von den Mandantinnen aus: Anwältinnen und Anwälte sollten Treuhandschaften übernehmen, für ihre Mandanten, unter anderem auch im Rahmen einer doppel-nützigen Treuhand für beide Seiten. Die Treuhandtätigkeit gehört zum Berufsbild von Anwältinnen und Anwälten, doch sie wirft immer wieder die Frage auf, ob sie vom Versicherungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung umfasst ist. Denn anders als viele Anwältinnen und Anwälte vermuten: Nicht jede Treuhandtätigkeit ist versichert. Der Beitrag wertet die aktuelle Rechtsprechung in Deutschland und Österreich aus, um so eine Leitlinie zu entwickeln, wann der Versicherungsschutz besteht. Insbesondere wird auf einige in der Literatur und Judikatur diskutierte Abgrenzungskriterien eingegangen, die als Maßstab dafür, ob Versicherungsschutz besteht, nicht überzeugen. Schließlich wird aufgezeigt, dass ein ausreichender Rechtsbesorgungszusammenhang schon dann besteht, wenn die übernommene Treuhanderschaft einen Sicherungszweck erfüllt.

I. Einleitung: Phänomen Treuhandschaften

1. Erscheinungsformen und Berufshaftpflichtversicherung

Das Rechts- und Wirtschaftsleben ist vielfältig. Rechts- und wirtschaftsberatende Berufsträgerinnen und -träger vertreten auf genauso vielfältige Art und Weise die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen ihrer Mandanten. Eine besondere Form der Interessenvertretung kann die Übernahme einer Treuhanderschaft oder treuhändiger Aufgaben für den Mandanten oder für mehrere Treugeber sein. Der Treuhänder wird in diesem Fall auftragsgemäß mit oder ohne Übertragung eines Treuhandgutes für seine Treugeber nach bestimmten Treuhandbedingungen (auch) rechtsbesorgend tätig.

Rechtsanwälte (und Notare) sind so etwa Abwicklungstreuhande, um das Grundgeschäft (zum Beispiel den Kauf einer Immobilie) für die Treugeber sicher abzuwickeln.¹ Des Weiteren sind Rechtsanwälte verbreitet bei der Sanierung von Unternehmen als Sanierungs- und Sicherungstreuhande tätig.² Rechtsanwälte (vor allem aber Notare) können zudem Escrow-Treuhande sein, um im Rahmen eines M&A-Deals als neutrale Verwahrer von Vermögenswerten aufzutreten, sodass im Interesse der Kaufvertragsparteien und des Rechtsverkehrs rechtssichernd agiert wird.³

Angesichts der soeben beschriebenen Treuhand-Funktionen gehen Rechtsanwälte (und Notare) davon aus, dass diese als Teil ihrer befugten beruflichen Tätigkeit gelten und insofern Versicherungsschutz in ihrer Berufshaftpflichtversicherung besteht. In der Berufshaftpflichtversicherung der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer wird die rein aufsichtsführende

und kontrollierende – daher nicht geschäftsführende – Treuhanderschaft ausdrücklich in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) auch als versichert bezeichnet, ungeachtet von diesbezüglichen Abgrenzungsfragen (nach dem Grad der wirtschaftlichen Ermessensspielräume sowie der Entscheidungsbefugnisse des Treuhänders).⁴

In der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte fehlt hingegen ein ausdrücklicher Bezug zur Deckung bei Übernahme von Treuhandschaften. Eine Ungleichbehandlung von Rechtsanwälten und Steuerberatern sollte daraus nicht folgen. Warum sollten Treuhandfunktionen, die der Steuerberater übernimmt, versichert sein, Treuhandfunktionen, die der Rechtsanwalt übernimmt, hingegen nicht?⁵ Dies eingedenk dessen, dass für die Abgrenzung der Deckung bei beiden Berufsgruppen unterschiedliche Kriterien maßgeblich sind: Beim Steuerberater ist Deckungskriterium das Überschreiten der Funktion einer verwaltenden Treuhanderschaft hin zu einer geschäftsführenden Treuhanderschaft, beim Rechtsanwalt das Vorliegen eines ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhangs bei Übernahme treuhändiger Aufgaben, dies in Abgrenzung zu rein faktischen Treuhandaufgaben (und, wie unten unter IV. zu zeigen sein wird, ohne Sicherungszweck und Erfordernis zur Sicherung des Rechtsverkehrs).

2. Wann geht der Versicherungsschutz verloren?

Klar ist, dass nicht „jegliche“ Treuhandfunktion des Rechtsanwalts versichert ist beziehungsweise versichert sein kann, nur weil ein Rechtsanwalt (Notar) als Treuhänder tätig wird (Tätigkeit als Anwalt anstatt Tätigkeit des Anwalts).⁶ Es gibt sicherlich Fälle, wenngleich sie in der Praxis eher selten sind, in denen Rechtsanwälte (oder Notare) eine reine „Durchläuferposition“ einnehmen, ohne dass mit ihrer Tätigkeit ein relevanter Rechtsbesorgungszusammenhang einhergeht.⁷ Die in der Literatur und Judikatur dazu gezogenen Grenzen, ob und wann ein ausreichender Rechtsbesorgungszusammenhang vorliegt, sind „ein weites“ Feld.⁸ Wirkliche Klarheit bringen die gezogenen (zum Teil sehr kasuistischen) Grenzlinien leider nicht.

1 Urbanek, Die treuhändige Abwicklung von Liegenschaftskaufverträgen durch Notare und Rechtsanwälte (1999); *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung⁴ (2018) Rz 1694 ff.

2 Siehe *Gerlinger*, Die doppel-seitige Sanierungstreuhanderschaft in der Unternehmenskrise (2016); *Riggert/Baumert*, Doppelnützige Treuhand – Treuhand trifft auf Berufsrecht, NZI 2012, 875 ff; *Undritz*, Die doppel-nützige Treuhand in der Restrukturierungspraxis – Chancen und Risiken, ZIP 2012, 1153 ff.

3 Zur Escrow-Treuhanderschaft im Zusammenhang mit 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 2/2009, 231 ff

4 Siehe *Gräfe/Brügge/Melchers*, Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe³ [2021] E Rz 132 ff, jeweils mit der Betonung, dass Treuhandschaften dann als geschäftsführend und nicht mehr als versichert anzusehen sind, sobald dem Treuhänder ein wirtschaftlicher Ermessensspielraum und eigenständige Entscheidungsbefugnisse eingeräumt sind.

5 So in kritischer Stoßrichtung grundsätzlich nachvollziehbar und sachlich zutreffend auch *Sänger/Scheuch*, Wandel im Berufsbild: Mittelverwendungskontrolle als anwaltliche Tätigkeit?, AnwBl 2012, 497 ff.

6 BGH IV ZR 484/14 Entscheidungsgründe Rz 21, VersR 2016, 388–391.

7 Siehe dazu *Wilhelmer*, Die Grenzen des Versicherungsschutzes in der Rechtsanwalts-haftpflichtversicherung, ö AnwBl 2016, 124 ff (127–128). Diese Fallkonstellation tritt insbesondere dann auf, wenn der Rechtsanwalt ausdrücklich vereinbart, dass er keine Rechtsbesorgung schuldet. Derartige Vereinbarungen können etwa im Zuge von Sanierungstreuhandschaften getroffen werden.

8 Zur kasuistischen Judikatur s etwa s *Kohlhaas* in *Henssler/Gehrlein/Holzinger*, Handbuch der Beraterhaftung (2018) Kap 9 Rz 487 ff; *Rinkler/Pape* in *G. Fischer/VIII/D. Fischer/Pape/Chab*, Handbuch der Anwaltshaftung⁵ (2020) § 1 Rz 166–170. Literarische Stellungnahmen finden sich etwa bei *Jungk*, Der Anwalt im Grenzbereich anwaltlicher Tätigkeit, AnwBl 2004, 117 ff; *Chab*, Ansprüche gegen Anwälte aus Treuhand, AnwBl 2004, 440 ff, *Riechert*, Das Risiko der Treuhand, AnwBl 2012, 458 ff.

Zudem gibt es im Zusammenhang mit der Übernahme von Treuhandschaften immer wieder Sachaspekte, die (vor allem von Vertretern aus der Versicherungswirtschaft) vorgebracht werden, um die Treuhanddeckung für den Rechtsanwalt in Frage zu stellen (siehe dazu unter II.). Aus der Versicherungnehmerperspektive sind derartige Argumentationslinien mit Besorgnis zu verfolgen. Für rechtsberatende Berufsträger kann es nach Übernahme von Treuhandaufgaben im Versicherungsfall zu einem bösen Erwachen kommen, wenn für die ausgeübte Tätigkeit kein Versicherungsschutz besteht oder der Versicherer diesen bestreitet. Die existenzbedrohende Haftung ist in diesem Fall aber bereits begründet.⁹

Im Folgenden geht es darum, anhand einiger, vor allem jüngst ergangener höchstgerichtlicher Entscheidungen, und unter Berücksichtigung der einschlägigen Literatur zu zeigen, welche Abgrenzungskriterien für die Deckung des Rechtsanwalts tatsächlich relevant sind (siehe dazu unter II.). Ein Eingehen auf alle Fallkonstellationen einer Deckung/Nichtdeckung bei Übernahme von Treuhandschaften durch Rechtsanwälte (oder Notare) würde aber den Rahmen dieses Beitrages sprengen.

II. Abgrenzungskriterien

Die Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (oder der Notarinnen und Notare) ist eine Pflichtversicherung. Im Vordergrund der Pflichthaftpflichtversicherung steht der besondere Geschädigtenschutz.¹⁰ Richtig ist, dass dies für die anstehenden Auslegungsfragen nicht von primärer Relevanz ist. Die einschlägigen Versicherungsbedingungen sind aus sich selbst heraus auszulegen.¹¹ Schließlich ist der geschädigte Dritte nicht Vertragspartei des Versicherungsvertrages. Gleichwohl ist der Umstand, dass bei Anwaltschaft und Notariat eine Pflichtversicherung vorliegt, nach der hier vertretenen Auffassung ein Anlass dafür, im Zweifel eine weite Auslegung der AVB-Bestimmungen und Risikoumschreibung in Bezug auf Treuhandfunktionen werten zu lassen.¹² Dies entspricht auch dem anerkannten Zweifelsgrundsatz bei der Auslegung von rechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit.¹³

1. Keine versicherte berufliche Tätigkeit bei Vorliegen einer Interessenkollision?

Keine unmittelbare deckungsrechtliche Entscheidung ist jene des Bundesgerichtshofs, Urteil vom 17. September 2020 – III ZR 283/18 –,¹⁴ wonach die Übernahme einer Treuhandschaft deshalb nicht zum (engeren) Berufsbild des Rechtsanwalts zähle, weil er ansonsten gegen das Verbot des Vertretens widerstreitender Interessen verstoßen würde. Der Bundesgerichtshof hielt fest, § 43a Abs. 4 BRAO gelte nur für die berufliche Tätigkeit, nicht für sonstige Tätigkeiten des Rechtsanwalts, wie etwa Treuhandaufgaben.¹⁵ Das Argument, Treuhandschaften wären nicht versichert, weil sie infolge des Verbots der Vertretung widerstreitender Interessen nicht zum (engeren) Berufsbild des Rechtsanwalts zählen, findet sich etwa auch im Zusammenhang mit der Übernahme von Sanierungstreuhandschaften.¹⁶ Richtigerweise liegt bei Übernahme einer doppelseitigen Treuhandschaft eine Interessenkollision jedoch nicht vor.¹⁷

Die Treuhandschaft beziehungsweise besser der Treuhandvertragsvertrag lässt gerade keine Interessen (der Mandanten/Parteien) unreguliert kollidieren, sondern strukturiert und „harmonisiert“ unterschiedliche Interessen.¹⁸ Dies ist die Auf-

gabe des Treuhänders oder des abzuschließenden Treuhandvertrages. Dass diese komplexe Aufgabe des Treuhänders scheitern kann, und das potenzielle Risiko des Scheiterns und eine daraus resultierende Haftung erhöht sind, schließt das Vorliegen einer beruflichen Tätigkeit im engeren Sinn noch nicht aus. Es ist zudem sowohl in der österreichischen wie auch deutschen Literatur und Judikatur unumstritten, dass etwa ein Abwicklungstreuhänder, der zuvor einen Liegenschaftskaufvertrag errichtet hat und sodann zur Sicherung des Zug-um-Zug-Prinzips die unterschiedlichen Interessen der Kaufvertragsparteien koordinierend und harmonisierend berücksichtigt und insofern die Abwicklung des Rechtsgeschäfts als Treuhänder begleitet, als Rechtsanwalt oder Notar berufsbildlich handelt, dies auch im engeren beruflichen Sinn (mit Deckung aus der Berufshaftpflichtversicherung).¹⁹ Pauschal von Interessenkollisionen bei Treuhandaufgaben zu sprechen, und deshalb per se das Vorliegen einer beruflichen Tätigkeit auszuschließen, ist nicht sachgemäß.

Im Fall einer Sanierungstreuhandschaft gilt insofern prinzipiell nichts anderes. Auch hier wird (in einem komplexen) Treuhandvertragsvertrag die Koordinierung unterschiedlicher Interessen geregelt. Ein Rechtsanwalt, der eine derartige Treuhandschaft übernimmt, verstößt daher auch nicht gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen, wenn er zuvor anwaltlich oder rechtsdienstleistend tätig wird.²⁰ Es muss nur sichergestellt sein, dass in späterer Folge alle Treugeber in Abänderung seines bisher parteilichen Mandats einen mehrseitigen Treuhandauftrag erteilen, der zu einer neuen Pflichtenlage des Anwalts führt.²¹

Der Versicherungsschutz in der Berufshaftpflichtversicherung (des Rechtsanwaltes) kann insofern nicht deshalb versagt werden, weil mit der Übernahme einer Treuhandschaft gegen das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen verstoßen werden würde und deshalb schon grundsätzlich keine anwaltliche Tätigkeit ausgeübt würde.²² Im Gegenteil ist eine echte, interessenharmonisierende Treuhandvereinbarung berufsrechtlich für sich betrachtet unbedenklich.

9 Siehe dazu den vom OLG Frankfurt, Urteil vom 3. Dezember 2014 – 7 U 48/13 – juris entschiedenen Sachverhalt, bei dem ein Anwaltsnotar sogar auf die Rechtsanwaltskammer zugegangen ist und auch mit dem Berufshaftpflichtversicherer eine deckungsrechtliche Abstimmung zu einer übernommenen Treuhandschaft als Mittelverwendungskontrollor eines Immobilienfonds suchte. Dennoch wurde dem Anwaltsnotar in einem späteren Versicherungsfall die Deckung gerichtsförmig versagt.

10 *Gräfe/Brügge/Melchers*, Berufshaftpflichtversicherung⁵ A Rz 196 ff.

11 BGH IV ZR 484/14 Entscheidungsgründe Rz 18, VersR 2016, 388-391.

12 *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte² (2017) § 1 Rz 18.

13 *Rinkler/Pape* in *G. Fischer/VIII/D. Fischer/Pape/Chab*, Handbuch Anwaltschaft⁵ § 1 Rz 164 mwN in der Judikatur.

14 Siehe AnWB 2020, 680, Volltext AnWB Online 2020, 803; VersR 2021, 314-320.

15 Siehe zu dieser Entscheidung kritisch auch von *Falkenhausen*, Interessenkonflikt – wenn Dritte am Mandat beteiligt sind? Der neue (Kern-)Bereich anwaltlicher Tätigkeit hilft nicht weiter, AnWB Online 2021, 5-6.

16 *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte (2018) § 1 Rz 54.

17 *Baumert*, NJ 2014, 320 ff.

18 *Baumert*, NJ 2014, 323, der in diesem Zusammenhang von der „Gleichgerichtetheit“ unterschiedlicher Interessen spricht; siehe ebenso *Riggert/Baumert*, NZI 2012, 875 ff.

19 *Urbaneck*, Die treuhändige Abwicklung von Liegenschaftskaufverträgen durch Notare und Rechtsanwälte (1999), *Wilhelmer*, Aktuelle Rechtsfragen der Treuhänderdeckung, 6 AnWB 2019, 759; *Riechert*, Das Risiko aus Treuhand, AnWB 2012, 458. Deshalb ist auch die Anderkontendeckung, die bei Übernahme von Treuhandschaften eine Rolle spielt, in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte zentral verankert, s *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung A 4.3 BBR-RA Rz 1 ff.

20 *Baumert*, NJ 2014, 320 ff.; *Riggert/Baumert*, NZI 2012, 875 ff. Generell kritisch zu § 3 BORA, der ein Verbot der doppelstützigen/doppelseitigen Treuhandschaft anordnet, *Kleine-Cosack*, Kommentar zur BRAO⁸ (2020), § 3 BORA Rn. 7 ff., der die Norm für verfassungswidrig hält. Vgl. kritisch auch *Offermann-Burckart*, in: *Kilian/Offermann-Burckart/vom Stein*⁹ (2018) § 13 Rn. 76 ff.

21 *Baumert*, NJ 2014, 323 ff.

22 So in der Tendenz jedoch *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung § 1 Rz 51 ff.

2. Kein Versicherungsschutz bei Berufsrechtswidrigkeit?

Es gibt vermehrt Versicherungsbedingungen, welche die Deckung bei „Berufsrechtswidrigkeit“ ausschließen (wollen). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn auf die „rechtlich zulässige Tätigkeit“ des versicherten Berufsträgers abgestellt wird.²³ Es gibt Versicherer, die in der Schadenregulierungspraxis die Deckung auch mit dem Argument bestreiten, der versicherte Berufsträger habe nicht nur gegen Mandatspflichten, sondern auch gegen Standes- und Berufspflichten verstoßen, wie etwa mit Verweis auf das zuvor erwähnte Verbot des Vertretens widerstreitender Interessen, aber auch mit Verweis auf Berufspflichten der Unabhängigkeit.

Für die Auslegung des Begriffs „Erlaubtheit“ ist das (interne) Berufs- beziehungsweise Standesrecht der Rechtsanwälte jedoch nicht maßgeblich, auch wenn dieses (mittelbar) Schutznormen zugunsten des Mandanten enthält beziehungsweise enthalten kann.²⁴ Beim Berufs- beziehungsweise Standesrecht geht es primär um berufsständisches Selbstbeschränkungsrecht, das eine qualitativ hochwertige Berufsausübung sicherstellen soll, nicht hingegen um die Definition des Befugnisumfanges in Abgrenzung zu anderen Berufen.²⁵

Auch die Umschreibung des versicherten Risikos in den AVB nimmt von ihrem Zweck her gesehen (nur) Bezug auf den Befugnisumfang beziehungsweise auf das Berufsbild und damit auf quantitative Fragen der Grenzen der Berufsbefugnis und Berufsbildlichkeit, nicht auf qualitative Fragen der „Berufsausübung“.²⁶ Gälte anderes, würden gerade Verstöße gegen das (formelle) Doppelvertretungsverbot gemäß § 43a Abs. 4 BRAO oder gegen die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 43a Abs. 2 BRAO zum Deckungsverlust führen. Damit wäre jedoch die Versicherungsdeckung weitgehend entwertet und unzulässig verkürzt. Verstöße gegen das Berufs- beziehungsweise Standesrecht sind daher richtigerweise grundsätzlich vom Versicherungsschutz umfasst, sofern sie nicht wesentlich gesetzt werden.²⁷

3. Kein Versicherungsschutz, wenn Rechtsberatung fehlt?

a) BGH, Beschluss vom 18. März 2020 - IV ZR 43/19

In einer Entscheidung vom 18. März 2020 – IV ZR 43/19²⁸ verwehrte der Bundesgerichtshof einem Rechtsanwalt die Deckung mit dem Argument, die Übernahme einer Treuhandschaft sei keine berufliche Tätigkeit und insofern nicht versichert.²⁹ Der Rechtsanwalt war im konkreten Fall vom Mandanten mit der Kündigung eines Lebensversicherungsvertrages beauftragt. Nach Kündigung des Lebensversicherungsvertrages übernahm der Rechtsanwalt treuhändig die Auszahlungssumme aus der Lebensversicherung, berechnete den Rückkaufwert, und wickelte – ebenfalls durch den Mandanten geschäftsbesorgend beauftragt – treuhändig den weiteren Verkauf des Versicherungsguthabens an ein Unternehmen in der Schweiz ab. Das Unternehmen in der Schweiz wurde infolge Verstoßes gegen das Schweizer Bankengesetz von der Bankenaufsicht geschlossen und liquidiert. Der investierte Betrag ging damit verloren. Der vertretene Mandant (Treugeber) nahm den Rechtsanwalt erfolgreich in Regress. In der Folge begehrte der Rechtsanwalt von seinem Berufshaftpflichtversicherer Deckung.

Den Deckungsprozess gegen den Berufshaftpflichtversicherer verlor der Rechtsanwalt. Die Unterinstanzen und letztlich auch der Bundesgerichtshof hielten fest, im konkreten Fall fehle es an einer beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts ge-

mäß § 3 BRAO, weil er nicht „rechtsberatend“ tätig geworden sei.

b) BGH, Beschluss vom 27. Januar 2021 - IV ZR 349/19

In gleichgelagerter Angelegenheit urteilte der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 27. Januar 2021 zu IV ZR 349/19.³⁰ In diesem Fall kündigte der Rechtsanwalt in Vertretung und beauftragt vom Mandanten einen Bausparvertrag und schloss mit einem Unternehmen in der Schweiz vertretungsweise einen Kaufvertrag ab, der sich nachträglich, aufgrund des unzulässigen Darlehensvertragsabschlusses, als nichtig herausstellte. Weil das gesamte Geschäftsmodell des Unternehmens in der Schweiz rechtswidrig war, kollabierte es und die vom Rechtsanwalt vertretenen Mandanten büßten ihre gesamte Vermögensanlage ein. Der Rechtsanwalt schloss einen Haftungsvergleich und verklagte sodann seine Berufshaftpflichtversicherung auf Deckung. Auch in diesem Urteil bestätigte der Bundesgerichtshof die Entscheidung der Vorinstanzen, wonach keine berufliche, „rechtsberatende“ Tätigkeit im engeren Sinne des § 3 BRAO und deshalb keine Deckung vorliege.

Eine berufliche Tätigkeit könne nach Ansicht (auch) des Bundesgerichtshofs nur vorliegen, wenn der Abwicklungsvorgang „Rechtsfragen“ aufwerfen würde, wozu auch zu beraten ist. Dass der Rechtsanwalt gemäß dem von ihm abgeschlossenen Geschäftsbesorgungsvertrag (in § 2 Dienstleistungen) als Treuhänder vom Kunden beauftragt wurde, „die ... (näher bezeichneten) Vermögensanlagen zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen, die Abwicklung der gekündigten Vertragsverhältnisse vorzunehmen, das vom Kunden zu beanspruchende Guthaben entgegenzunehmen und als Treuhänder entsprechend den nachfolgenden Bestimmungen zu verwenden“, also die treuhändige Abwicklung mehrerer Rechtsgeschäfte vorzunehmen, ließ der Bundesgerichtshof als ausreichendes Rechtsbesorgungssubstrat nicht gelten. Insbesondere wohl deshalb, weil der Rechtsanwalt in der Präambel des Geschäftsbesorgungsvertrages regelte, dass die zu § 2 näher beschriebenen Dienstleistungen nicht auch die (rechtliche) Prüfung, Vermittlung und Beratung hinsichtlich der Neuordnung der bezeichneten Vermögensanlagen umfassen.

c) Zur Auslegung des § 3 BRAO

Nun mögen die beiden vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fallkonstellationen einen besonderen Einzelfall mit Malversationshintergrund abbilden. Auch war sicherlich die Aufgabenstellung des Treuhänders (durch das vorgegebene rechtliche Abwicklungsvehikel) formalisiert und eine spezifische Rechtsberatung jedenfalls zur konkreten Vermögensveranlagung nicht geschuldet. Insofern kann es auf den Einzelfall betrachtet auch sein, dass der erforderliche Rechtsbesorgungszusammenhang als derart verdünnt angesehen wird, dass man (wie die Unterinstanzen und der Bundesgerichtshof in den beiden

23 Siehe *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung 2 § 1 Rz 40a.

24 *Saria*, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe² (2012) 19 ff, die in diesem Zusammenhang von „Rahmenbedingungen“ für die Erbringung von wirtschaftsberatenden Dienstleistungen spricht; siehe auch *v. Lewinski*, Berufsrecht der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Steuerberater² (2022) Kap 5 Rz 2 (im Zusammenhang mit dem Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen).

25 *Saria*, Recht² 90 ff; *v. Lewinski*, Berufsrecht⁵ Kap Rz 40 (spricht von „regulierter Selbstregulierung“).

Fällen IV ZR 43/19 und IV ZR 349/19) Anlass hatte, am Vorliegen einer anwaltlichen Tätigkeit zu zweifeln.

Ungeachtet dessen ist es bemerkenswert, wenn die Judikatur und zum Teil die Literatur zur Treuhänderdeckung des Rechtsanwalts stets fordern, der Rechtsanwalt müsse auch „rechtsberatend“ tätig sein, um als Treuhänder Deckung zu genießen. Zu lesen ist nicht selten, eine isolierte Treuhändertätigkeit, also nur die Übernahme einer Treuhänderfunktion ohne gleichzeitiger Beratung und Abwicklung des der Treuhandschaft zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes, sei keine anwaltliche Tätigkeit (mit Anwaltsmandatzusammenhang) und deshalb nicht versichert (s. dazu jedoch anders näher unten IV).

Gemäß § 3 BRAO besteht die berufliche Tätigkeit des Rechtsanwalts nicht nur aus der Rechtsberatung, sondern auch aus der Rechtsvertretung.³¹ Rechtsberatung und Rechtsvertretung müssen hierbei nicht kumulativ vorliegen. Ein Anwalt kann in „allen Rechtsangelegenheiten“ entweder beraten oder vertreten.³² Wird einem Rechtsanwalt der Auftrag erteilt, einen Vertrag (etwa einen Mietvertrag mit klaren Kündigungsfristen) für den Mandanten zu kündigen, liegt unstrittig Rechtsvertretung vor, jedoch keine Rechtsberatung. Übersieht der Rechtsanwalt etwa Kündigungsfristen, ist er hierfür auch haftbar. Jeder verständige Versicherungsnehmer, aber auch jeder Mandant geht bei Versäumung der Kündigungsfrist und bei einem daraus resultierenden Vermögensschaden davon aus, dass der Rechtsanwalt Versicherungsschutz in seiner Berufshaftpflichtversicherung genießt.

In den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Anlassfällen wurde eine Deckung im Zusammenhang mit der Vertragskündigung und treuhändigen Abwicklung weiterer Verträge verneint. Hierbei hätte man, wollte man schon eine Form der Rechtsberatung als Deckungskriterium heranziehen, dem Rechtsanwalt die vertragliche Nebenpflicht aus der Kündigung und Abwicklung mehrerer Rechtsgeschäfte sowie daraus folgend die Warnpflicht (und damit Beratungspflicht) vor einem unzulässigen Investmentmodell zuschreiben können.

Das Erfordernis einer zusätzlichen Rechtsberatung ist, wie es immer wieder in der Judikatur und in der Literatur zur Berufshaftpflichtversicherung zu vernehmen ist,³³ keinesfalls zwingend.³⁴ Wenn bereits ausreichende Rechtsvertretung im Sinne des § 3 BRAO vorliegt, kommt es auf das weitere Erfordernis der Rechtsberatung nicht mehr an.³⁵ Dieser Grundsatz ist auch in der Literatur grundsätzlich unstrittig,³⁶ wird in der Diskussion und Analyse von Deckungsfragen aber immer wieder übersehen.

4. Kein Versicherungsschutz bei Gewerbesteuer auslösender Tätigkeit?

Der Rechtsanwalt ist Rechtsberater und Rechtsvertreter in allen zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten seiner Mandanten. Dies gilt versicherungsrechtlich auch dann, wenn der Begriff der „freiberuflichen“ Tätigkeit in der berufshaftpflichtversicherungsrechtlichen Literatur in Abgrenzung zum Gewerbeausgelegt wird. Die Abgrenzung zwischen dem Berufsbild eines freien Berufes und dem Gewerbe hat jedoch allein befugnisrechtliche Relevanz. Es geht ausschließlich darum, ob der Tätigkeitsumfang noch ein anwaltlicher ist oder die Tätigkeit eines anderen Berufes, eines anderen Gewerbes ausgeübt wird.

So darf etwa die gewerbesteuerliche Qualifizierung einer Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter³⁷ oder als Treuhänder,³⁸ aber auch die gewerbesteuerliche Qualifizierung einer Tätigkeit bei stark unternehmerisch und arbeitsteilig geprägter

Rechtsanwaltsdienstleistung³⁹ nicht dazu führen, dass damit (versicherungsschutzliche) Fragen des Versicherungsschutzes negativ präjudiziert werden.⁴⁰ Entscheidend kommt es berufshaftpflichtversicherungsrechtlich nur darauf an, ob eine allenfalls Gewerbesteuer auslösende Tätigkeit einen noch ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhang aufweist oder nicht.

5. Kein Versicherungsschutz bei Jedermannstätigkeit?

Nicht selten liest man im Zusammenhang mit der Beurteilung der Deckung in der Berufshaftpflichtversicherung, Deckung bestünde deshalb nicht, weil die konkret vorgenommene Tätigkeit keine dem Rechtsanwalt vorbehaltene Tätigkeit sei. Weil die (deckungsrechtlich) zu beurteilende Tätigkeit von Jedermann ausgeübt beziehungsweise durchgeführt werden könne, könne es sich nicht um eine anwaltliche Tätigkeit handeln und bestünde hierfür kein Versicherungsschutz.⁴¹

Diese Sichtweise ist verkürzt, zumal es anerkannt ist, dass der Begriff der Rechtsangelegenheiten in § 3 BRAO nicht deckungsgleich ist mit dem Begriff der Rechtsdienstleistung gemäß § 2 Abs. 1 RDG, sondern weiter.⁴² Gemäß § 3 BRAO wird ein Rechtsanwalt auch dann in Rechtsangelegenheiten tätig, wenn er etwa einen wissenschaftlichen Aufsatz schreibt, was jedermann tun kann.⁴³ Gleiches gilt auch für Vertretungshandlungen, bei denen es für den Mandanten keinen Anwaltszwang gibt und der Mandant vor Gericht sich von anderen Personen als Rechtsanwälten vertreten lassen kann.⁴⁴ Niemand sollte insofern annehmen, dass bei einem Vertragskündigungsauftrag an einen Rechtsanwalt kein Versicherungsschutz in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte bestehe, weil eine Vertragskündigung von Jedermann durchgeführt werden könne. Entscheidend ist, ob das Tun des Anwalts konkrete Rechtsvertretung/Rechtsbesorgung ist, nicht ob diese Vertretung von jemand anderem durchgeführt werden kann.

26 So auch *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung² § 1 Rz 40a.

27 Zutreffend *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung² § 1 Rz 40a („Für den Versicherungsschutz unerheblich ist, ob die Tätigkeit des Anwalts berufsrechtsgemäß war“).

28 NJW 2020, 2962; r+s 2020, 397.

29 Zustimmung zu dieser Entscheidung die Anmerkung von *Rolfes*, NJW 40/2020, 2966; ebenso *Fortmann*, juris-PR-VersR 7/2020 Anm 1. S auch *Chab* in *G. Fischer/VIII/D. Fischer/Pape/Chab*, Handbuch der Anwaltschaft⁵ § 18 Rz 42.

30 BGH VersR 2021, 638–641; NJW 2021, 1763–1766. Zustimmung zu dieser Entscheidung *Fortmann*, juris-PR-VersR 4/2021 Anm 1.

31 *Busse* in *Henssler/Prütting*, BRAO⁵ (2019) § 3 Rz 13.

32 *Busse* in *Henssler/Prütting*, BRAO⁵ § 3 Rz 13.

33 Siehe nur *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung § 1 Rz 46.

34 S auch BGH IV ZR 484/14 Entscheidungsgründe Rz 27, VersR 2016, 388–391.

35 BGH NJW 1999, 3042; ebenso *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung § 1 Rz 44.

36 Siehe *Gräfe/Brügge/Melchers*, Berufshaftpflichtversicherung³ B Rz 297; v. *Fintelen*, Berufshaftpflicht- und Betriebshaftpflichtversicherung, in *Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechts-Handbuch³ (2015) § 26 Rz 275; wobei lediglich bezüglich des erforderlichen Gewichts der rechtsberatenden Komponente unterschiedliche Auffassungen vertreten werden. Ebenso BGH IV ZR 484/14 Entscheidungsgründe Rz 27, VersR 2016, 388–391.

37 (BFH) mit Urteil vom 14.01.2020 (VIII R 27/17); *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung § 1 Rz 108. Gleichwohl kann die Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter eine anwaltliche Tätigkeit (eine Rechtsdienstleistung iSd § 2 RDG) sein, s dazu nur jüngst *Schumacher*, Datenschutzrecht und anwaltliches Berufsrecht. Spannungsverhältnis, Zusammenspiel und aktuelle Brennpunkte, BRAK-Mitt 2021, 353 mwN.

38 *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung § 1 Rz 45.

39 v. *Lewinski*, Berufsrecht⁶ Kap 2 Rz 7.

40 Siehe dazu zutreffend *Diller*, Berufshaftpflichtversicherung² § 1 Rz 22.

41 *Sassenbach*, Anwalts- und Notarhaftpflichtversicherung, in *Höra*, MünchKommAnwRhbuch Versicherungsrecht⁴ (2017) § 18 Rz 26.

42 *Busse* in *Henssler/Prütting*, BRAO⁵ § 3 Rz 12.

43 *Busse* in *Henssler/Prütting*, BRAO⁵ § 3 Rz 12.

44 v. *Lewinski*, Berufsrecht⁶ Kap 1 Rz 35 und Kap 17 Rz 53 ff.

III. Der Abgrenzungsmaßstab des rechtsbesorgenden Zusammenhanges

Damit sind wir bei der für den Versicherungsschutz in der Berufshaftpflichtversicherung der Rechtsanwälte (und Notare) entscheidenden Frage angelangt, ab wann bei einem gemischten Mandat, im Rahmen dessen vom Rechtsanwalt sowohl rechtlich als auch nicht rechtlich geprägte Tätigkeiten übernommen werden, noch von einem ausreichenden Rechtsbesorgungszusammenhang auszugehen ist. Hierzu gibt es in der versicherungsrechtlichen Literatur zwei Theorien, die Schwerpunkttheorie sowie die Theorie der Verwirklichung des tatsächlichen Risikos.⁴⁵

Die in der versicherungsrechtlichen Literatur eingeführte Schwerpunkttheorie blickt bei einem gemischten Mandat darauf, ob der überwiegende Anteil der gemischten (auch anwaltsfremden) Dienstleistung rechtsbesorgend ist, also ob diese noch den Schwerpunkt der Dienstleistung darstellt.⁴⁶ Ist dies der Fall, sind grundsätzlich, vorbehaltlich weiterer Risikoausschlüsse, auch die anwaltsfremden Dienstleistungsaspekte von der primären Risikoumschreibung in der Berufshaftpflichtversicherung umfasst, nicht nur die tatsächlich rechtsbesorgende Tätigkeit selbst. Nach der Theorie der Verwirklichung des versicherten Risikos⁴⁷ wird hingegen nicht darauf abgestellt, ob der Schwerpunkt des Mandats/Auftrags rechtsberatend beziehungsweise rechtsbesorgend war, sondern ob dem Rechtsanwalt der Fehler bei den spezifisch rechtlichen Elementen des Auftrags unterlaufen ist, egal ob diese gegenüber den nicht beruflichen (zum Beispiel rein wirtschaftlichen) Elementen des Auftrags im Vordergrund stehen oder untergeordnet sind.⁴⁸ In diesem Fall sind nur jene Tätigkeiten versichert, die selbst einen juristischen Konnex aufweisen. Jene Tätigkeiten, die nicht juristisch geprägt sind, sind zur Gänze (auch im Rahmen der primären Risikoumschreibung) nicht versichert.

Auch auf die Frage, ob bei der Beurteilung einer versicherten Tätigkeit auf den rechtsberatenden Schwerpunkt des Mandates abzustellen sei, ging der Bundesgerichtshof, anders als seine Unterinstanzen, in seiner Entscheidung zu IV ZR 43/19 nicht explizit ein. Die Rechtsansicht der Schwerpunkttheorie dürfte er aber implizit teilen, zumal er auf den Gesamtzusammenhang eines Mandates abstellt.⁴⁹

Obwohl der Schwerpunkttheorie gegenüber der Theorie der tatsächlichen Verwirklichung des versicherten Risikos der Vorzug zu geben ist, ist nach der vom Verfasser vertretenen Auffassung auch die Schwerpunkttheorie (noch) zu eng konzipiert.⁵⁰ Noch sachgemäßer wäre die Anerkennung der Fortführung der Judikaturlinie des Bundesgerichtshofs, wonach es nicht auf den Schwerpunkt der Rechtsbesorgung im Zuge eines Anwaltsmandats ankommt, sondern darauf, ob ein Zusammenhang mit einer rechtlicher Beistandspflicht vorliegt und Aufgaben übernommen werden, die (auch) (ob schwerpunktmäßig oder nicht) Rechtsfragen aufwerfen können, solange Rechtsberatung oder Rechtsvertretung nicht völlig unwesentlich werden.⁵¹

Diese Theorie des Rechtsbesorgungszusammenhanges kommt etwa zum Ausdruck, wenn der Bundesgerichtshof bei zum Teil anwaltsfremden Tätigkeiten des Anwalts insgesamt noch ein Anwaltsmandat mit anwaltstypischen Dienstleistungsaspekten bejaht, wenn diese anwaltsfremden Tätigkeiten in einem „engen inneren Zusammenhang mit der rechtlichen Beistandspflicht stehen und auch Rechtsfragen aufwerfen können. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Rechtsbetreuung völlig in

den Hintergrund tritt und deshalb als unwesentlich erscheint.“⁵² Diese (durchaus auch ältere) Judikaturlinie des Bundesgerichtshofs⁵³ geht nach der hier vertretenen Auffassung über die Schwerpunkttheorie hinaus und grenzt den Versicherungsschutz richtigerweise ab, indem eine rechtsbesorgende Tätigkeit im Sinne der „rechtlichen Beistandspflicht“ oder der „Rechtsbetreuung“ insgesamt noch bejaht wird, wenn diese nicht völlig unwesentlich ist.

Anhand dieser traditionsreichen Judikaturlinie könnte das Fazit gezogen werden, dass jene Meinungen, die durch Hinzunahme weiterer Kriterien (zum Beispiel keine Berufswidrigkeit) den Umfang der versicherten anwaltlichen Tätigkeit einschränken (wollen), eigentlich von der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichen. Die hier vertretene Theorie des Rechtsbesorgungszusammenhanges bei der Beurteilung des versicherten Risikos trägt zudem dem Schutzzweck des Pflichthaftpflichtversicherungsrechts besser Rechnung als eine Abgrenzung nach der Schwerpunkttheorie beziehungsweise nach der Theorie des tatsächlichen Verwirklichens des versicherten Risikos.

IV. Der Sicherungszweck der Treuhandenschaft als Form eines rechtsbesorgenden Zusammenhanges

Im Zusammenhang mit Treuhandenschaften darf nicht übersehen werden, dass der rechtsbesorgende Zusammenhang im rechtsvertretenden Sicherungszweck selbst liegt, wenn etwa ein Rechtsanwalt als Abwicklungstreuhänder oder als Escrow-Treuhand für Vertragsparteien tätig wird.⁵⁴ Dies ist im Berufsrecht der deutschen Notare ausdrücklich anerkannt, wenn für die berufsrechtlich zulässige Verwahrtätigkeit ein berechtigtes Sicherungsinteresse gemäß § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG vorliegen muss.⁵⁵ Auch in Österreich ist die Treuhandenschaft im Berufsrecht sowohl im Bereich der Rechtsanwälte (§ 10a RAO) als auch bei den Notaren (§ 109 NO) zentral verankert.⁵⁶ Der Notar soll für die Beteiligten durch seine Treuhandtätigkeit eine zusätzliche Sicherheit schaffen,⁵⁷ gerade im Zusammenhang mit der Verwahrung von Geld und der Gewährung von Sicherheiten.⁵⁸

45 Siehe dazu Diller, Berufshaftpflichtversicherung² § 1 Rz 23 ff.

46 Diller, Berufshaftpflichtversicherung² § 1 Rz 23.

47 Diller, Berufshaftpflichtversicherung² § 1 Rz 23.

48 Diese Form der Risikoabgrenzung vertreten Jungk, AnwBl 2004, 117; differenzierend Chab in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Rinkler/Chab/Pape, Handbuch der Anwaltschaft⁵ § 18 Rz 39–40, der zwar nunmehr der Schwerpunkttheorie (abweichend zur Voraufgabe) folgt, allerdings weiterhin auch auf den schadenstiftenden Verstoß abstellen möchte, sollte eine anwaltliche Tätigkeit im Rahmen eines Mandates erbracht werden, das eine anwaltliche Tätigkeit nicht zum Schwerpunkt hatte.

49 BGH v 18.3.2020 – IV ZR 43/19, NJW 2962, s dazu auch Anm. Pkt 2. von Rolfes, NJW 2020, 2965–2996.

50 Wilhelmer, ö AnwBl 2016, 127.

51 Siehe dazu Rinkler/Pape in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltschaft⁵ § 1 Rz 162–163.

52 BGH NJW 1999, 3040. Im Zusammenhang mit der Deckung für Treuhandenschaften s. auch Gräfe/Brügge/Melchers, Berufshaftpflichtversicherung³ E Rz 154–155.

53 Siehe dazu Rinkler/Pape in G. Fischer/Vill/D. Fischer/Pape/Chab, Handbuch der Anwaltschaft⁵ § 1 Rz 163.

54 Siehe dazu ausf Wilhelmer, Aktuelle Rechtsfragen der Treuhänderdeckung, ö AnwBl 2019, 759 f.

55 Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung Teil 4 Rz 1567 ff; S. Zimmermann in Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars⁴ (2018) Rz 695 ff.

56 Wilhelmer, ö AnwBl 2019, 759–761.

57 Siehe Zimmermann in Haug/Zimmermann, Die Amtshaftung des Notars⁴ Rz 695.

58 Hertel in Ganter/Hertel/Wöstmann, Handbuch der Notarhaftung⁴ Teil 4 Rz 1568.

Übernehmen Rechtsanwälte oder Notare im Zuge von Abwicklungs- beziehungsweise Sicherungstreuhandschaften treuhändig Gelder, Rechte, Urkunden etc., um sie nach bestimmten rechtsbesorgenden Handlungen (Einholung von behördlichen Genehmigungen, grundbuchsrechtlichen Sicherstellungen) und nach Eintritt bestimmter Auszahlungsbedingungen weiterzuleiten, liegt bereits selbst eine berufliche, weil rechtsbesorgende Tätigkeit vor.⁵⁹ Die Rechtsbesorgung liegt in der Sicherung des Leistungsaustausches eines Grundgeschäfts.⁶⁰ Es geht zum einen um die Wahrung des Zug-um-Zug-Prinzips beim Leistungsaustausch,⁶¹ zum anderen um die Verschaffung einer für den Fall des Eintritts bestimmter Rechtstatsachen⁶² gesicherten Zugriffsmöglichkeit auf Vermögenswerte, die dem (dann) jeweils Berechtigten aus einer Transaktion zukommen soll.⁶³

Ein rechtsbesorgender Zusammenhang besteht richtigerweise daher auch bei „einfachen“ Escrow-Treuhandschaften, bei denen der Treuhänder als neutrale Instanz Gelder in Verwahrung nimmt, um sie dann treuhandvereinbarungsgemäß bei Eintritt bestimmter Rechtstatsachen entweder an den Absender zurück zu überweisen oder oftmals nach gemeinsamer Anweisung durch die Treugeber (Vertragsparteien des Grundgeschäftes) an den dann Berechtigten weiterzuleiten.⁶⁴ Komplizierte juristische Fragen sind bei Escrow-Treuhandschaften – anders als bei klassischen Abwicklungs- und Sicherungstreuhandschaften – nicht zu lösen. Gleichwohl übernimmt der Escrow-Treuhänder eine wichtige Sicherungsfunktion, die für den Rechtsverkehr erforderlich ist.⁶⁵

Die Frage, ob im Zusammenhang mit der Ausübung einer Escrow-Funktion durch einen Treuhänder (Rechtsanwalt oder Notar) auch besondere zusätzliche Rechtsfragen verbunden sind, stellt sich insofern nicht mehr.⁶⁶ Unzutreffend ist daher die Ansicht,⁶⁷ eine anwaltliche Tätigkeit läge bei Übernahme isolierter Treuhandschaftsaufgaben ohne gleichzeitige Beratung zu den der Treuhandschaft zugrundeliegenden Grundgeschäften nicht vor.⁶⁸

So sah es jüngst auch der österreichische Oberste Gerichtshof in Wien, der in zwei Entscheidungen zu Abwicklungs- beziehungsweise Sicherungstreuhandschaften⁶⁹ die Berufsbildlichkeit der Treuhandschaft wegen ihres rechtsbesorgenden Charakters und damit den Versicherungsschutz des Rechtsanwalts weitgehend bestätigte (freilich scheiterte die Deckung in beiden entschiedenen Fällen am Vorliegen einer wesentlichen Pflichtverletzung). Wenngleich auch der Oberste Gerichtshof andeutet, dass er – in Entsprechung der einschlägigen Stellungnahmen in der Literatur – nicht jegliche Treuhandschaft als versichert ansieht, bejaht er im Sinne einer weiten Auslegung des dem Streitfall zugrundeliegenden Berufshaftpflichtversicherungsvertrages den Versicherungsschutz für Treuhandschaften, sofern der Rechtsanwalt treuhändig Geld entgegennimmt, um es nach Eintritt bestimmter Bedingungen an Dritte weiterzuleiten, und den Rechtsanwalt als Treuhänder eine Verpflichtung zur Wahrung der rechtlichen Interessen der Auftraggeber (Treugeber) trifft. Die für die Versicherungsdeckung erforderliche Interessenswahrungspflicht wurde im zu 7 Ob 161/19f entschiedenen Fall darin gesehen, 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. Auch in der Entscheidung zu 7 Ob 148/20w ging der Oberste Gerichtshof von einer rechtlichen Beistandspflicht aus, weil der Treuhänder

unter anderem die Prüfung der Bevollmächtigung eines Treugebers rechtssichernd vorzunehmen hatte.

V. Zusammenfassung

● **Erstens:** Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte übernehmen – wie andere rechts- und wirtschaftsberatende Berufsträger und -trägerinnen auch – in der Berufspraxis immer wieder Treuhandaufgaben. Treuhandschaften sind zur Sicherung der Abwicklung von Rechtsgeschäften beziehungsweise zur Sicherung von wirtschaftlichen Transaktionen oft unerlässlich, sie sind Teil der Rechtskultur.

● **Zweitens:** Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gehen davon aus, dass die Übernahme von Treuhandschaften als Teil ihrer rechtsbesorgenden beruflichen Tätigkeit angesehen wird und hierfür Versicherungsschutz in ihrer Berufshaftpflichtversicherung besteht, wie dies auch bei anderen Berufsgruppen, wie etwa in der Steuerberatung, der Fall ist. Nach der Judikatur und Literatur gibt es jedoch nicht unerhebliche Deckungsgrenzen, die bei Treuhandschaften zur Ablehnung der Versicherungsdeckung führen können. Es kann sein, dass eine Treuhandschaft eine rein faktische beziehungsweise wirtschaftliche Komponente aufweist, sodass hierfür kein Versicherungsschutz besteht. In welchen Fällen Deckung besteht, ist oft der kasuistischen Judikatur überlassen, die im Einzelfall entscheidet. Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten, die Treuhandschaften übernehmen, kann deshalb im Versicherungsfall ein böses Erwachen drohen, wenn der Versicherungsschutz versagt wird. Es ist ihnen anzuraten, eine genaue Abstimmung mit dem Versicherer zu den übernommenen treuhändigen Aufgaben vorzunehmen.

● **Drittens:** Einige in der Literatur und Judikatur gezogenen Grenzlinien beziehungsweise Abgrenzungskriterien zur Treuhänderdeckung überzeugen nicht als Maßgabe dafür, ob Versicherungsschutz besteht. Treuhandschaften sind in der Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwalts richtigerweise gedeckt, sobald ein ausreichender Rechtsbesorgungszusammenhang vorliegt. Nicht deckungsentscheidend sind hingegen das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Interessenskollisionen, Fragen der Berufsrechtswidrigkeit einer berufli-

59 *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 105 ff, 180 ff.

60 *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 96–102, 105 ff; *Bollenberger*, Drittfinanzierter Liegenschaftsverkehr: Haftung des Treuhänders gegenüber der Bank, ÖBA 1997, 139; *ders.*, Zur Treuhänderabwicklung von Bauspardarlehen, NZ 2016, 401 ff.

61 Zum Zug-um-Zug-Prinzip bei synallagmatischen Verträgen vgl statt vieler *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 120 ff.

62 ZB Eintragung/Einverleibung des Eigentumsrechts des Käufers, Eintragung/Einverleibung des Pfandrechts der kaufpreisfinanzierenden Bank im Grundbuch.

63 Zur Sicherungsfunktion des Kaufpreisleiters im Zuge einer M&A-Transaktion, um bestimmte Garantierisiken wirtschaftlich zu besichern, vgl *Mannsdoerfer*, 3/2011 HAVE/REAS, 220–221.

64 *Mannsdoerfer*, 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 *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung § 1 Rz 43, 53–54, der den Escrow-Treuhänder als nicht versichert ansieht, allerdings mit dem Argument, es liege eine unzulässige doppelzügelige Treuhänderaktivität vor. Dass der mehrseitige Treuhänder nicht gegen das Doppelvertretungsverbot verstößt, ist schon oben ausgeführt worden (s II. 1.) und ist etwa auch hm in Österreich, vgl statt vieler nur *Urbanek*, Treuhändige Abwicklung 43–51.

65 *Kuhn*, Anwaltsrevue 2/2009, 231.

66 *Wilhelmer*, ö AnwBl 2019, 759 f.

67 *Riechert*, Berufshaftpflichtversicherung § 1 Rz 45 (zur „isolierten“ Treuhandschaft).

68 *Wilhelmer*, ö AnwBl 2019, 759 f.

69 7 Ob 161/19f mit Anmerkung *Wilhelmer* ZVers 2020, 22, sowie 7 Ob 148/20w, ZVers 2021, 238.

chen Tätigkeit, das zwingende Erfordernis einer Rechtsberatung, wenn auch eine rechtsbesorgende Vertretung im Sinne des § 3 BRAO gegeben ist, der Einwand, die Treuhanderschaft sei gewerblich und deshalb gewerbsteuerpflichtig (richtigerweise sind auch gewerbsteuerpflichtige Tätigkeiten anwaltliche Tätigkeiten, wenn ein ausreichender Rechtsbesorgungszusammenhang besteht), sowie der Einwand, Deckung bestünde nur, wenn es sich um eine dem Anwalt vorbehaltene und um keine Jedermanns-Tätigkeit handle.

● **Viertens:** Der Begriff des hier vertretenen Rechtsbesorgungszusammenhangs geht entsprechend der bisherigen Judikatur des Bundesgerichtshofs und des Obersten Gerichtshofs Österreichs über die Schwerpunkttheorie hinaus. Nach der Schwerpunkttheorie ist ein gemischtes Anwaltsmandat nur dann gedeckt, wenn der Schwerpunkt der Tätigkeit im Vergleich zu anwaltsfremden Tätigkeiten ein rechtsbesorgender (rechtsberatender oder rechtsvertretender) ist. Richtigerweise kommt es auf den Schwerpunkt der Rechtsbesorgung nicht an, sondern darauf, ob ein innerer Zusammenhang mit der rechtlichen Beistandspflicht besteht. Hierzu darf die Rechtsbetreuung nur nicht völlig in den Hintergrund treten und deshalb als unwesentlich erscheinen.

● **Fünftens:** Auch einfache Treuhandschaften, wie etwa Escrow-Treuhandschaften, weisen einen rechtsbesorgenden Zusammenhang auf, wenn und soweit sie einen besonderen Sicherungszweck erfüllen. Die Übernahme von Treuhandschaften zu Sicherungszwecken ist gemäß § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG ausdrücklich im Berufsrecht der Notare anerkannt. Im österreichischen Berufsrecht der Rechtsanwälte und Notare ist die rechtssichernde Treuhanderschaft zentral verankert. In der Sicherung der Abwicklung von Rechtsgeschäften selbst liegt bereits der relevante Rechtsbesorgungszusammenhang. Auf das Erfordernis einer weiteren Rechtsberatung oder einer Abwicklung des der Treuhanderschaft auch zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes kommt es nicht an.



Dr. iur. Hermann Wilhelmer, Wien

Der Autor ist Geschäftsführer der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH mit Hauptsitz in Frechen.

Leserreaktion an anwaltsblatt@anwaltverein.de