

Handbücher für die Anwaltspraxis

Haftung und Versicherung

Beraten und Prozessieren
im Haftpflicht- und Versicherungsrecht

2., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage

herausgegeben von

Stephan Weber

CEO der Leonardo Productions AG
Handelsrichter, Dozent am IRP-IISG

Peter Münch

Professor an der Zürcher Hochschule für
Angewandte Wissenschaften, Rechtsanwalt

Helbing Lichtenhahn Verlag

§ 8 Vertretung von Haftpflichtigen und Versicherungen

Christoph K. Graber*

I.	Übersicht	360
II.	Vertretung von Haftpflichtigen ohne Haftpflichtversicherung	362
	1. Auftragserteilung und Mandatsführung	362
	2. Anwalts- und Prozesskosten	362
III.	Vertretung von Haftpflichtigen mit Haftpflichtversicherung	363
	1. Direkte Schadenregulierung durch den Versicherer	363
	2. Beauftragung eines Anwalts	364
	a) Einleitung eines Haftpflichtprozesses	364
	b) Mandatierung des Anwalts	365
	aa) Problemstellung	365
	bb) Rechtliche Qualifikation	366
	c) Entbindung vom Anwaltsgeheimnis	368
	d) Kostenvorschuss und Honorar	368
	e) Instruktion des Anwalts	369
	f) Abschluss eines Vergleichs	370
	g) Entzug des Mandates	371
	3. Verhältnis zwischen (haftpflichtigem) Versicherungsnehmer und Versicherung	372
	4. Doppelvertretung im Falle der «action directe»	373
	5. Anwaltskosten	375
	a) Anspruch auf Kostenersatz im Haftpflichtprozess	375
	b) Anspruch des Haftpflichtigen auf Ersatz seiner Anwaltskosten	376
IV.	Vertretung von Haftpflichtigen gegen die Versicherung	377
	1. Deckungsprozess	377
	2. Mandatsführung	378
V.	Interessenkollisionen	378
	1. Verbot der Doppelvertretung?	378
	2. Interessenkongruenz zwischen Versicherung und Versichertem	378
	3. Deckungseinwände der Versicherung	379

* Dieser Beitrag ist eine Überarbeitung des entsprechenden Kapitels in der 1. Auflage dieses Buches, an welchem die Herren Dr. Hans Bättig und Prof. Dr. Anton K. Schnyder als Co-Autoren mitgewirkt haben.

4. Angst vor Imageverlust	380
5. Das Dilemma des Anwalts	382
6. Spezialfälle	383
VI. Weitere Aspekte	385
1. Rechtsschutzversicherung	385
a) Rechtsschutzversicherung des Geschädigten	385
b) Rechtsschutzversicherung von Haftpflichtigen	386
2. Regress des Haftpflichtversicherers	387
3. Haftpflichtige im Strafverfahren	387
a) Strafrechtliches Verschulden und zivilrechtliche Haftung	387
b) Anwaltskosten des Haftpflichtigen	387
c) Anwaltskosten des Geschädigten im Strafverfahren gegen den Haftpflichtigen	388
d) Anwaltskosten des Geschädigten im Strafverfahren gegen sich selbst	388
4. Handlungsunfähigkeit von Geschädigten oder Schädigern	389
a) Beistandschaft	389
b) Geschäftsführung ohne Auftrag	389
c) Beauftragung eines Anwalts durch den Ehegatten	389
5. Internationale Haftpflichtfälle	390
VII. Checklisten	391
1. Mandatierung	391
2. Mandatsführung	391
3. Kosten	392
4. Interessenkollisionen	392

Literaturauswahl

FELLMANN WALTER, *Anwaltsrecht*. Bern 2010; GAUCH PETER, Der Deliktanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, *recht* 1994, 189 ff.; GRABER CHRISTOPH K./CASANOVA GION CHRISTIAN, In Erwartung der Revision. Zum Regress des Haftpflichtversicherers, in: Fuhrer Stephan/Chappuis Christine (Hrsg.), *Liber amicorum Roland Brehm*, Bern 2012, 157 ff.; SCHILLER KASPAR, *Schweizerisches Anwaltsrecht*, Zürich 2009; STECK DANIEL, Massnahmen von Gesetzes wegen für urteilsunfähige Personen: Vertretung durch den Ehegatten, die eingetragene Partnerin oder den eingetragenen Partner, *FamPra.ch* 2013, 933 ff.; TERCIER PIERRE, L'indemnisation des frais d'avocat et l'assurance de protection juridique, *Journées du droit de la circulation routière* 1994, 29 ff.; WOLFFERS FELIX, *Der Rechtsanwalt in der Schweiz*, Zürich 1986.

I. Übersicht

- 8.1 Eine Haftung kann sich aus unterschiedlichsten (privat- oder öffentlichrechtlichen) Rechtsgründen ergeben und Haftpflichtversicherungen gehören wohl zu den wichtigsten Versicherungsprodukten überhaupt. Es kann sich um Privathaftpflicht, Berufshaftpflicht, Betriebshaftpflicht, Organhaftpflicht, Motorfahrzeug-

haftpflicht, Werkeigentümerhaftpflicht oder andere Arten von Haftpflichtversicherungen handeln. Im Kern geht es immer um dasselbe: den Schutz der versicherten Person gegen die finanziellen Folgen ihrer Haftung gegenüber einem geschädigten Dritten. Im Folgenden werden Fragen und Probleme anwaltlicher Vertretung von Haftpflichtigen und Versicherungen thematisiert. Dabei ist bei der Vertretung (potenziell) haftpflichtiger Personen danach zu unterscheiden, ob sie über eine Haftpflichtversicherung – und darüber hinaus: über eine ausreichende – verfügen oder nicht. In beiden Fällen kommt es nicht selten zu Konflikten zwischen Versicherungen und Haftpflichtigen, die aus anwaltlicher Sicht zu Interessenkollisionen führen können. Diesen letzteren soll daher ein besonderes Augenmerk gelten. Die unproblematischeren Fälle sind diejenigen, in denen der Anwalt einen (präsumptiv) Haftpflichtigen vertritt, der von vornherein keinen Versicherungsschutz beanspruchen kann, also weder eine Haftpflichtversicherung noch eine Rechtsschutzversicherung abgeschlossen hat. Ebenso klar und deshalb relativ konfliktfrei ist die Situation des Anwalts, der vom Haftpflichtigen mandatiert wird, um gegen die leistungsunwillige Versicherung einen Deckungsstreit zu führen, oder der umgekehrt von der Versicherung mandatiert wird, um den Deckungsanspruch des Versicherten abzuwehren. Schwieriger ist die Situation des Anwalts dann, wenn er von der Versicherung oder direkt vom Versicherten mit der Abwehr der gegen den Versicherten geltend gemachten Haftpflichtansprüche betraut wird. Hier stellen sich in der Praxis regelmässig eine Anzahl von Fragen (angefangen mit der Frage, zwischen wem eigentlich eine Mandatsbeziehung zustande gekommen ist), auf welche im Folgenden kurz eingegangen werden soll. Schliesslich ist der Fall anzusprechen, in welchem der Anwalt sowohl den Haftpflichtigen, wie auch den Haftpflichtversicherer vertritt und sich damit das klassische Problem der Doppelvertretung stellt.

Versicherungen verfügen zur Erledigung von Haftpflicht- und anderen Schadenfällen über *eigene* interne Juristinnen und Juristen. Mit zunehmender Berufserfahrung spezialisieren sich diese in einzelnen oder mehreren Bereichen des Haftpflichtrechts. Auch wenn sie daher häufig zu Experten ihres Faches werden, darf andererseits nicht unberücksichtigt bleiben, dass sie arbeitsvertraglich in Diensten einer Versicherung stehen. Diese Tatsache kann besondere Herausforderungen für externe Anwälte mit sich bringen, denen im Interesse der Klientschaft mit Umsicht und Sachverstand zu begegnen ist. Auf solche und weitere Einzelfragen soll nachstehend ebenfalls kurz eingegangen werden. 8.2

II. Vertretung von Haftpflichtigen ohne Haftpflichtversicherung

1. Auftragserteilung und Mandatsführung

- 8.3 Nach dem vorstehend Ausgeführten kann sich für eine Person aus den unterschiedlichsten Anspruchsgrundlagen eine (mögliche) Haftpflicht¹ ergeben. Dabei ist zunächst auf den Fall einzugehen, dass der potenziell Ersatzpflichtige über *keine Haftpflichtversicherung* verfügt – sei es, dass er den Abschluss einer solchen (absichtlich oder «fahrlässig») unterlassen hat, sei es, dass keine Versicherungsdeckung zu erlangen war.
- 8.4 In Bezug auf die anwaltliche Vertretung im Fall einer fehlenden Haftpflichtversicherung ergeben sich keine Besonderheiten; es liegt die übliche *Zweierbeziehung Klient/Anwalt* in einem Forderungsstreit gegen einen Dritten vor. Die Anwältin oder der Anwalt vertritt die haftpflichtige Person, hat ausschliesslich deren Interessen zu wahren und ist nur ihr zur Rechenschaft verpflichtet. Das heisst konkret:
- Der Anwalt lässt sich von seinem Klienten instruieren und stimmt die eigene Position gegenüber dem Geschädigten sowohl in inhaltlicher wie auch in taktischer Hinsicht mit dem Klienten ab. Dabei hängt die Kommunikation mit dem Klienten massgeblich davon ab, bis zu welchem Grad dieser den rechtlichen und taktischen Erwägungen des Anwalts zu folgen und sie also zu erörtern, zu billigen oder allenfalls auch zu verwerfen vermag.
 - Der Anwalt führt die Verhandlungen mit der Gegenpartei, in der Regel also mit der geschädigten Person bzw., wenn diese ihrerseits anwaltlich vertreten ist, mit deren Rechtsvertreter.
 - Gegebenenfalls vertritt der Anwalt seinen Klienten im Haftpflichtprozess vor Gericht.

2. Anwalts- und Prozesskosten

- 8.5 Der Haftpflichtige ohne Haftpflichtversicherung trägt das volle finanzielle Risiko der Auseinandersetzung mit dem Geschädigten. Dazu gehört neben den Schadener-

¹ Unter Haftpflicht wird das Entstehenmüssen für eine widerrechtlich zugefügte Schädigung oder immaterielle Unbill verstanden (Art. 41, 47 und 49 OR). Die herrschende Definition in der Schweiz erfasst dabei in der Regel nur die *ausservertragliche Haftung* und nicht auch die vertragliche, also nicht die Haftung aus Vertragsverletzung (HONSEL/ISENRING/KESSELER, § 1 N2). Das Haftpflichtversicherungsrecht fasst den Begriff dagegen weiter und schliesst vertragliche Haftung mit ein. Zu denken ist etwa an die Berufshaftpflicht des Arztes (s. dazu Rz 19.1 ff.) oder des Anwalts (s. dazu Rz 20.1 ff.). Diese Beispiele zeigen auch, dass vertragliche und ausservertragliche Haftung sich nicht ausschliessen, sondern im Gegenteil häufig nebeneinander bestehen. Der Arzt, der einen Kunstfehler begeht, haftet seinem Patienten sowohl aus Vertrag (Schlechterfüllung) als auch aus unerlaubter Handlung, also ausservertraglich (fahrlässige Körperverletzung). In diesem weiteren Sinne ist Haftpflicht das Entstehenmüssen für eine Schädigung oder immaterielle Unbill, welche Auswirkung eines rechtlich relevanten Verhaltens oder Ereignisses ist.

satz- oder Genugtuungsansprüchen des Geschädigten auch das gesamte *Kostenrisiko*.

Zunächst trägt der Haftpflichtige die eigenen Anwaltskosten. Der Anwalt tut gut 8.6 daran, die Frage der Entschädigung (Stundenansatz, Art der Rechnungsstellung etc.) am Anfang des Mandates mit seiner Klientschaft zu besprechen und sich hierüber zu verständigen. Ausserdem wird der Anwalt, jedenfalls wenn es sich um eine neue Klientenbeziehung handelt, regelmässig einen Kostenvorschuss verlangen.

Kommt es zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Geschädigten, so 8.7 trägt der Haftpflichtige das Kostenrisiko im Prozess. Im Falle seines vollständigen Unterliegens hat er die Gerichtskosten zu tragen, dem Geschädigten, jedenfalls dann, wenn dieser auch anwallich vertreten ist, eine Prozessentschädigung auszurichten², und er hat selbstverständlich auch den eigenen prozessualen Aufwand zu tragen. Der Anwalt hat seinen Klienten auf das Kostenrisiko aufmerksam zu machen, so dass der Klient dieses in seinen Überlegungen, ob er den Prozess riskieren oder allenfalls einer vergleichsweisen Zahlung an den Geschädigten zustimmen soll, gebührend berücksichtigen kann. Dies ist im Haftpflichtprozess nicht anders als in bzw. vor jeder anderen gerichtlichen Auseinandersetzung.

Besondere Erwähnung verdienen die *vorprozessualen Anwaltskosten*³. Soweit die 8.8 Kosten der notwendigen vorprozessualen Vertretung durch einen Anwalt in der Prozessentschädigung nicht inbegriffen sind, können sie nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴ als *separater Schadensposten* geltend gemacht werden. Wie andere Schadensposten unterliegen sie einer möglichen Herabsetzung nach Massgabe von Art. 43 und 44 OR⁵.

III. Vertretung von Haftpflichtigen mit Haftpflichtversicherung

1. Direkte Schadenregulierung durch den Versicherer

Zumindest im Konsumentenbereich sehen die Allgemeinen Versicherungsbedin- 8.9 gungen (AVB) in der Regel vor, dass der Versicherer *im Namen des Versicherten oder im eigenen Namen* die Verhandlungen mit dem Geschädigten führt⁶. Der versicherte Haftpflichtige ist dabei verpflichtet, die Versicherung bei der Ermittlung des Sachverhaltes zu unterstützen und sich jeder selbständigen Stellungnahme zu den

² Art. 106 Abs 1 ZPO.

³ Vgl. dazu unten Rz 8.41 ff.

⁴ BGE 139 III 190 ff.; 117 II 394 ff.; 97 II 259 ff.; s. dazu grundlegend GAUCH PETER, Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten, recht 1994, 189 ff., m.w.H.

⁵ BGE 113 II 323, 340 E. 7; 117 II 101 ff.; vgl. auch BGer 4C-11/2003 vom 19. Mai 2003, E. 5.1; BÜHLER ALFRED, Art. 118 ZPO N 109, in: Güngerich Andreas (Koord.), Berner Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Bd. I: Art. 1–149 ZPO, Bern 2012.

⁶ Im Grossrisikobereich behalten sich die Versicherer dieses Recht zumindest ausdrücklich vor.

Ansprüchen des Geschädigten zu enthalten. Insbesondere darf er weder Haftpflichtansprüche anerkennen noch Zahlungen an den Geschädigten leisten.

- 8.10 Umgekehrt ist die Liquidation der Ansprüche des Geschädigten durch die Versicherung für die versicherte Person nach Massgabe des Versicherungsvertrages verbindlich. Dies ist in der Regel⁷ dann kein Problem, wenn die Entschädigungsleistung ganz vom Versicherer übernommen wird. In vielen Fällen hat der Versicherte jedoch einen *Selbstbehalt* oder – in der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung – einen *Bonusverlust* zu tragen. Hier kann es für die versicherte Person von unmittelbarer Bedeutung sein, wie die Versicherung ihren Anspruch erledigt⁸. Ist der Versicherte mit der Behandlung des vom Geschädigten gestellten Anspruchs durch seine Versicherung nicht einverstanden, so muss er gegen diese – allenfalls auf dem Klageweg – vorgehen⁹.

2. Beauftragung eines Anwalts

a) Einleitung eines Haftpflichtprozesses

- 8.11 Kann die Versicherung den Anspruch des Geschädigten nicht gütlich erledigen – was bei weitem die Ausnahme ist¹⁰ –, kommt es zum Prozess. Dieser wird in den meisten Fällen von der geschädigten Person gegen den Haftpflichtigen oder – im Falle eines direkten Forderungsrechts, also namentlich im Bereich der Motorfahrzeughaftung¹¹ – gegen den Versicherer eingeleitet. Diesbezüglich sehen die AVB in der Regel vor, dass der versicherte Haftpflichtige die *Führung des Zivilprozesses dem Versicherer zu überlassen* hat. Abgesehen von kleineren Fällen, insbesondere bei Verhandlungen vor Friedensrichtern und vor erstinstanzlichen Gerichten nach Strassenverkehrsunfällen, betrauen die Versicherer normalerweise einen Anwalt mit der Führung des Prozesses. Die meisten Versicherungsgesellschaften verfügen dabei über ein Netz ausgewiesener Haftpflichtrechtler.
- 8.12 Grössere Unternehmen (als Versicherungsnehmer) haben vielfach ihre *eigenen Anwälte*, die sie auch in einem Haftpflichtfall beziehen möchten. Aufgrund der guten Kundenbeziehung wird die Versicherungsgesellschaft dem Wunsch der Unternehmung zumeist nachkommen, sofern keine triftigen Gründe dagegen sprechen. Handelt es sich z.B. beim gewünschten Anwalt nicht um einen Experten des Haftpflichtrechts, ist er notorisch überlastet oder verfügt die Versicherungsgesellschaft über eine ausgewiesenerere Fachperson, wird sie dem Kunden ihren Anwalt zur Seite geben – wie dies in den AVB vorgesehen ist. Ausnahmsweise vereinbaren die Par-

7 S. aber unten 8.37 ff.

8 Zu möglichen Interessenkonflikten s. unten Rz 8.54 ff.

9 Zum Deckungsprozess s. unten Rz 8.51 f.

10 Gemäss STEIN (Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall?, ZSR 1987 I, 641) werden nur Promille der Haftpflichtstreitigkeiten dem Richter unterbreitet. OFFINGER/STARK, Bd. I, § 12 Fn 24, halten fest, dass die weitaus grösste Zahl der Haftpflichtfälle durch einen Vergleich und weniger als 1‰ der Fälle, an denen Haftpflichtversicherer beteiligt sind, durch Prozess erledigt werden. Es ist nicht anzunehmen, dass eine aktuelle Erhebung ein wesentlich anderes Bild ergeben würde.

11 Art. 65 Abs 1 SVG; s. auch unten Rz 8.38 f.

teilen in einem Versicherungsvertrag zum vornherein, welche Anwälte in einem Haftpflichtfall beigezogen werden sollen.

Namentlich im Grossrisiko- und Industrieversicherungsbereich sowie bei komplexen Sachverhalten mit Auslandbezug ziehen die Versicherer auch Anwälte bei, ohne dass ein Prozess bereits eingeleitet worden wäre. In diesen Situationen stellen sich jedoch im Wesentlichen die gleichen Probleme wie in einer prozessualen Auseinandersetzung, weshalb darauf nicht speziell eingegangen werden muss. 8.13

b) Mandatierung des Anwalts

aa) Problemstellung

Wird der Haftpflichtige von der geschädigten Person gerichtlich belangt und besteht kein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherungsunternehmen, so ist einzig der Haftpflichtige passivlegitimiert. Während sich die Versicherungen in ihren AVB regelmässig das Recht zur Auswahl des Anwalts vorbehalten, muss dieser formell vom Versicherungsnehmer mandatiert werden¹². Es ergibt sich ein *Dreiparteienverhältnis* mit dem Anwalt, dem Haftpflichtigen, den er im Prozess gegen den Geschädigten vertritt, und der Versicherung, die den Anwalt aufgrund des Versicherungsvertrages mit dem Haftpflichtigen entschädigt. Es stellt sich aus der Sicht des Anwalts die Frage, wessen Anwalt er eigentlich ist: Jener der Versicherung, die ihn ausgewählt hat, die ihn bezahlt und in deren Auftrag er Leistungen zu Gunsten eines Dritten, nämlich des Versicherungsnehmers, erbringt? Oder jener des Haftpflichtigen, der ihn durch Unterzeichnung der Anwaltsvollmacht formell mandatiert hat und dessen Interessen er im Prozess gegen den Geschädigten vertritt? Oder gar Rechtsvertreter sowohl der Versicherung als auch des Versicherungsnehmers, deren Interessen er in einem solchen Fall also gleichermassen zu wahren hätte? Die Frage mag zunächst eher theoretisch erscheinen. Und sie bleibt in der Tat solange ein abstraktes Problem, als die Interessen von Versicherung und Versichertem deckungsgleich sind. Sie erlangt aber eine grosse praktische Bedeutung, wenn sich diese Interessen nicht mehr decken, wenn es also zu einer Interessenkollision zwischen der Versicherungsgesellschaft und ihrem Versicherungsnehmer kommt¹³. 8.14

Die Praxis zeigt, dass Versicherungen regelmässig davon ausgehen, dass sie dem Anwalt ein Mandat erteilt haben und dass dieser gemäss ihren Instruktionen arbeite. Die Versicherungen betrachten mithin den Anwalt primär als *ihren* Auftragnehmer. Sie versuchen zu bestimmen, wie der Anwalt die Leistung zu Gunsten des Versicherten zu erbringen habe, nehmen also ein entsprechendes Weisungsrecht in Anspruch. Schliesslich bezahlen sie im Ergebnis zumeist das Anwaltshonorar, erbringen also die hauptsächliche Leistung des Auftraggebers. 8.15

12 Vgl. etwa die AVB der Zürich Versicherungs-Gesellschaft (AVB für Haushaltversicherungen, Ausgabe 03/2014, Art. 12.5.2): «Die versicherte Person hat folgende Pflichten zu erfüllen: sie hat im Falle eines Zivilprozesses dem von Zürich bezeichneten Anwalt die nötige Vollmacht zu erteilen.»

13 S. dazu unten Rz 8.54 ff.

bb) Rechtliche Qualifikation

- 8.16** Will man die Mandatierung des Anwalts rechtlich genauer betrachten und insbesondere die berechtigten und verpflichteten Parteien bestimmen, sind folgende mögliche Konstellationen zu unterscheiden:
- Abschluss eines Vertrages *zwischen Anwalt und Versicherung*: dabei kann vereinbarungsgemäss gelten:
 1. Der Anwalt verpflichtet sich ausschliesslich gegenüber der Versicherung; dem Versicherungsnehmer und allfälligen anderen versicherten Personen kommen aus dem Auftrag keine Rechte zu.
 2. Wie bei Ziff. 1 sind Vertragsparteien der Anwalt und die Versicherung; hingegen sollen die Leistungen des Anwalts dem Versicherungsnehmer zugutekommen (Art. 112 Abs. 1 OR: unechter Vertrag zu Gunsten eines Dritten).
 3. Gleiche Ausgangskonstellation wie unter Ziff. 2, jedoch mit dem Unterschied, dass der Versicherungsnehmer «selbständig die Erfüllung [aus dem Auftrag] fordern» kann (Art. 112 Abs. 2 OR: echter Vertrag zu Gunsten eines Dritten).
 4. Sonderfall zu Ziff. 2 oder 3: Die Erfüllung des Auftrages durch den Anwalt gegenüber der Versicherung besteht im Abschluss eines (zweiten) Auftrages zwischen Anwalt und Versicherungsnehmer.
 - Abschluss eines Vertrages *zwischen Anwalt und Versicherungsnehmer*, ohne dass die Versicherung gegenüber dem Anwalt berechtigt oder verpflichtet würde¹⁴.
- 8.17** Was im Einzelfall vereinbart wurde, ist nach den üblichen Auslegungsregeln zu ermitteln. Neben der «direkten» Vertragskonstellation Anwalt/Versicherung kommt es recht häufig vor, dass eine Versicherung «ihren» Anwalt kontaktiert und sich von diesem versprechen lässt, den Versicherungsnehmer in einem konkreten Fall zu vertreten. Hierbei dürfte es sich dann um einen Vertrag zu Gunsten Dritter (Art. 112 OR) handeln. Der Anwalt hat sich in einem solchen Fall gegenüber der Versicherung verpflichtet, ein Mandatsverhältnis gegenüber einem Dritten, dem Versicherungsnehmer, zu erfüllen. Im Gegenzug hat sich die Versicherung gegenüber dem Anwalt zur *Kostenübernahme* verpflichtet. Die Versicherung und wohl auch der Versicherungsnehmer können vom Anwalt die Erfüllung des Auftrags verlangen.
- 8.18** Möglich ist aber auch – und davon werden Anwälte trotz Involvierung einer Versicherung regelmässig ausgehen –, dass ein Mandatsverhältnis nur zwischen Anwalt und Versicherungsnehmer entsteht. Dies dürfte namentlich dort zutreffen, wo ein versichertes Unternehmen seinen eigenen Anwalt direkt beauftragt, oder wenn eine solche Lösung bereits im Versicherungsvertrag vorgesehen ist. In diesem Fall ist nur die in Anspruch genommene Person (der Haltpflichtige) als Mandantin zu betrachten; ihr gegenüber wird der Anwalt als Schuldner verpflichtet (und nicht gegenüber der Versicherung). Bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung des Auftrages entstehen etwaige Schadenersatzansprüche nur für den auftraggebenden Versicherten, während bei einem (echten) Vertrag zu Gunsten Dritter solche so-

¹⁴ Es sei denn, es liege eine Kostengutsprache vor; vgl. unten Rz.8.20.

wohl dem Promissar (Versicherung) als auch dem Dritten (ins Recht gefasster Haftpflichtiger, Versicherungsnehmer) zustehen¹⁵.

Entsteht das Mandat zwischen Anwalt und haftpflichtiger Person, so kann sich immerhin die Frage stellen, ob daneben die Versicherungsgesellschaft ihrerseits in einem (selbständigen) Mandatsverhältnis zum Anwalt steht. Letzterer hätte in diesem Fall zwei Klienten. Eine solche Konstellation ist jedoch eher zu verneinen. Der Anwalt vertritt einen tatsächlich oder vermeintlich Haftpflichtigen in einem Schadenersatz- oder Genugtuungsprozess gegen den Geschädigten. Aufgrund einer separaten Vereinbarung zwischen dem Haftpflichtigen und einem Dritten (der Versicherungsgesellschaft) mag dieser Dritte die Anwaltskosten des Haftpflichtigen zu übernehmen und dem Haftpflichtigen im Falle seines Unterliegens im Prozess dessen weiteren Aufwand (Schadenersatz- oder Genugtuungszahlung an den Geschädigten, Gerichtskosten, Prozessentschädigung an den Geschädigten) zu ersetzen haben. Diese separate Vereinbarung betreffend Schadloshaltung (Haftpflichtversicherungsvertrag) ändert jedoch nichts am Mandatsverhältnis zwischen Anwalt und Haftpflichtigem und begründet v.a. kein separates Mandatsverhältnis zwischen Anwalt und Versicherung. Wenn in der Praxis der Anwalt seine Handlungen mit der Haftpflichtversicherung des Mandanten abstimmt, tut er dies, weil ihn sein Mandant entsprechend instruiert hat. Und dieser wiederum hat einen Anwalt deshalb so instruiert, weil ihn der Versicherungsvertrag dazu verpflichtet.

Eine rechtliche Verknüpfung der beiden separaten Vertragsbeziehungen – Anwalt/Mandant, Versicherung/Versicherungsnehmer – findet dann statt, wenn sich die Anwältin oder der Anwalt von der Versicherung eine *Kostengutsprache* geben lässt. Darin verpflichtet sich die Versicherung (einseitig), das Honorar des Anwalts zu bezahlen. Es dürfte sich hierbei in der Regel um eine *kumulative Schuldübernahme* durch die Versicherung handeln.

In jedem Fall tut der Anwalt gut daran, *diese Fragen am Anfang seiner Tätigkeit zu klären*. Ist er der Auffassung, er stehe nur mit dem Haftpflichtigen in einem Mandatsverhältnis und sei nur diesem gegenüber weisungs- und rechenschaftspflichtig, so sollte er dies der Versicherung gegenüber frühzeitig kommunizieren. Ein klares Verständnis der Parteien bezüglich der getroffenen Vereinbarung(en) erleichtert die Auftrags Erfüllung und schafft Klarheit für mögliche spätere Interessenkollisionen.

In der Praxis wird die Frage der rechtlichen Qualifikation der Vertragsbeziehung häufig offen gelassen bzw. gar nicht thematisiert. Hingegen wird die *Art und Weise der Zusammenarbeit* – und das ist entscheidend – durchaus geregelt. Wenn beispielsweise der Anwalt A. von der Versicherung V. angefragt wird, ob er bereit ist, den Haftpflichtigen H. im Haftpflichtprozess gegen den geschädigten Dritten zu vertreten, so werden in der Regel weder A. noch V. rechtstheoretische Überlegungen zur Frage anstellen, ob sich A. nun (auch) mit V. in einem Vertragsverhältnis befindet. Es stellen sich andere Fragen: Wer instruiert den Anwalt? Braucht A.

15 Vgl. GAUCH PETER/SCHLUEP-WALTER R./EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., Zürich 2014, Rz 3895.

jeweils die Zustimmung von V. und H., wenn es darum geht, eine prozessuale Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen? Ist V. in sämtliche Korrespondenz zwischen A. und H. einzukopieren? Und: Wer ist A.'s Rechnungsadressat¹⁶? Schliesslich ist es auch nicht falsch, bereits zu Beginn des Mandates die Möglichkeit eines späteren Interessenkonflikts anzusprechen. Wenn A. von V. gebeten wird, auf deren Kosten den Versicherungsnehmer H. zu vertreten, dann dürfte dem in der Regel eine positive Deckungsprüfung durch V. vorausgegangen sein. Dennoch ist nicht auszuschliessen, dass es in einem späteren Zeitpunkt – z.B. aufgrund erst im Zuge des Haftpflichtprozesses erlangter Informationen – zu einem Deckungsstreit kommt. A. tut gut daran, diesen Fall zu Beginn seiner Tätigkeit sowohl mit V. als auch mit H. zu besprechen und, wenn möglich, zu vereinbaren, was in diesem Fall gelten solle.

c) *Entbindung vom Anwaltsgeheimnis*

- 8.23 Wie zuvor ausgeführt, nimmt der Anwalt des Haftpflichtigen in der Praxis häufig mit der Haftpflichtversicherung Rücksprache. Bei diesen Konsultationen werden zwangsläufig Informationen preisgegeben, welche vom Anwaltsgeheimnis geschützt sind. Auch wenn dies in der Praxis häufig nicht so gehandhabt wird, empfiehlt es sich für den Anwalt, dass er sich von seinem Klienten der Versicherung gegenüber vom Anwaltsgeheimnis entbinden lässt. Er schützt sich damit gegen Vorwürfe in einer möglichen späteren Auseinandersetzung mit dem Klienten. Dies ist besonders dann ratsam, wenn die Anwältin oder der Anwalt davon auszugehen hat, der Vertrag sei mit dem Versicherungsnehmer und nicht mit der Versicherung zustande gekommen.

d) *Kostenvorschuss und Honorar*

- 8.24 Schliesst der Anwalt den Vertrag mit dem Versicherungsnehmer, so ist grundsätzlich dieser der Schuldner des Anwalts honorars. Gemäss dem Versicherungsvertrag ist aber die Versicherung verpflichtet, für diese Kosten aufzukommen. In der Praxis nimmt daher der Anwalt in der Regel mit der Versicherungsgesellschaft Kontakt auf und bespricht die Honorarfrage mit ihr, namentlich die Höhe des Honorars und die Modalitäten der Rechnungsstellung. Regelmässig verpflichtet sich dabei die Versicherung, für das Honorar des Anwalts aufzukommen. Damit entsteht ein *direkter Anspruch des Anwalts gegenüber der Versicherung*¹⁷. Dies geschieht entweder bereits vor der Mandatierung des Anwalts durch den Haftpflichtigen, oder die Kostengutsprache der Versicherung erfolgt erst nach der Mandatierung. Fehlt es dagegen an einer Honorarvereinbarung zwischen Anwalt und Versicherung, ist der einzige Schuldner des Anwalts sein Klient, also der Haftpflichtige.
- 8.25 Da die Versicherung das Mandat zwischen Anwalt und Versicherungsnehmer nicht vorzeitig beenden kann, wird sie die Kostengutsprache regelmässig bis zum Abschluss des Verfahrens vor erster Instanz oder auf einen anderen Zeitpunkt hin be-

16 Häufig wird H. der Adressat der Honorarnote sein, wobei diese jedoch direkt an V. geschickt und von dieser direkt beglichen wird.

17 Vgl. oben Rz 8.20.

fristen. In diesem Fall tut der Anwalt gut daran, sich rechtzeitig mit der Versicherung über eine Verlängerung der Kostengutsprache zu verständigen.

Hinsichtlich der Höhe des Honorars ist zu beachten, dass bei fehlender Vereinbarung die kantonalen Anwaltstarife gelten. Massgebend ist der Kanton, in dem der Prozess stattfindet, oder der Sitzkanton des Anwalts. **8.26**

Während der Anwalt von einem nicht versicherten Haftpflichtigen in der Regel einen Kostenvorschuss verlangen wird¹⁸, wird er gegenüber Versicherungen ebenso regelmässig darauf verzichten – selbst dann, wenn das anwendbare Landesrecht ihm dies eigentlich vorschreiben würde. Der Verzicht auf den Kostenvorschuss ist sinnvoll. Zum einen hat der Anwalt kaum zu fürchten, dass er von der Versicherung nicht bezahlt wird, jedenfalls dann nicht, wenn er sich eine Kostengutsprache hat geben lassen und über Höhe und Art der Rechnungslegung gesprochen worden ist. Zum andern bezweckt die in manchen Anwaltsgesetzen vorgeschriebene Kostenvorschusspflicht auch, dem prozessfreudigen Klienten vor Augen zu führen, dass sein Anwalt nicht gratis arbeitet. Auf diesen erzieherischen Effekt kann bei Versicherungsgesellschaften verzichtet werden. **8.27**

Bei längeren Prozessen stellt sich die Frage, ob periodisch – beispielsweise alle drei oder sechs Monate – Zwischenrechnungen zu unterbreiten seien. Dies dürfte unter normalen Umständen sinnvoll sein, ist aber letztlich auch Gegenstand der Vereinbarung zwischen Anwalt und Versicherung. Dasselbe gilt für den Informationsgehalt der Honorarnote, also für die Frage, wie detailliert abzurechnen sei. Die Erfahrung zeigt, dass die Versicherungsgesellschaften detaillierte Abrechnungen verlangen. **8.28**

e) *Instruktion des Anwalts*

Die grösseren Versicherungen beschäftigen eigene Juristen/Rechtsanwälte, die sich im Haftpflichtrecht auskennen. Bevor nun ein Haftpflichtfall einem externen Anwalt übertragen wird, wird er in den meisten Versicherungsgesellschaften von einem Versicherungsjuristen geprüft. Dieser ist es dann auch, der den externen Anwalt über den Fall instruiert und letzteren bei der Prozessführung begleitet. Versicherungsjurist und externer Anwalt bilden ein Team und führen den Prozess gemeinsam, wobei nach aussen der Anwalt als Vertreter des Haftpflichtigen auftritt. Eine Arbeitsteilung kann insofern stattfinden, als sich der Versicherungsjurist schwergewichtig um das materielle Recht kümmert, während sich der Anwalt mehr mit der Prozessstrategie und prozessrechtlichen Fragen auseinandersetzt. Der Anwalt arbeitet die Rechtsschriften aus, unterbreitet sie dem Versicherungsjuristen und bespricht sie mit ihm. Der Versicherungsjurist begleitet den Anwalt an die Gerichtsverhandlung und unterstützt ihn, v.a. dann, wenn es um den Abschluss eines Vergleiches geht. **8.29**

Denkbar ist aber auch, dass die Versicherung überhaupt *nicht gegen aussen auftreten will*. Namentlich in den Bereichen, in denen kein Versicherungsobligatorium be-

¹⁸ Vgl. oben Rz 8.6.

steht, kann es aus der Sicht des Haftpflichtversicherers sinnvoll sein, die Tatsache des Bestehens einer Haftpflichtversicherung und jedenfalls die Höhe der Deckungssumme geheim zu halten, um beim Anspruchsteller nicht (zusätzliche) Begehrlichkeiten zu wecken, um mithin dem Streben nach «deep pockets» entgegenzuwirken. In diesem Fall wird der Anwalt bei gerichtlichen Vertragsverhandlungen nicht durch den Versicherungsjuristen, sondern «nur» durch den Haftpflichtigen (den Beklagten) begleitet. Wichtig ist in dieser Situation, dass sich der Anwalt vorgängig mit der Versicherung darüber abspricht, in welchem Umfang (bis zu welchem Betrag) er einem Vergleich zustimmen kann. Ausserdem ist es natürlich sinnvoll, wenn der instruierende Versicherungsjurist während der Dauer der Vergleichsverhandlung telefonisch erreichbar ist, damit allenfalls eine kurzfristige Beurteilung des Vergleichsrahmens – z.B. aufgrund einer für den Anwalt und die Versicherung überraschenden Beurteilung der Rechtsfrage durch die Gerichtsdelegation – vorgenommen werden kann.

- 8.31 Wird der Anwalt direkt vom Versicherungsnehmer mandatiert, so ist grundsätzlich der Versicherte und nicht das Versicherungsunternehmen gegenüber dem Anwalt weisungsberechtigt. Und wenn sich der Anwalt direkt von der Versicherungsgesellschaft bzw. von deren Rechtsdienst instruieren lässt, so setzt dies das Einverständnis des Versicherten¹⁹ voraus.
- 8.32 Der Anwalt hat das Mandat mit der üblichen Sorgfalt zu führen. Angaben und Hinweise der Versicherung hat er innerhalb vernünftiger Grenzen auf deren Richtigkeit hin zu prüfen. Will die Versicherung auf einem falschen Standpunkt beharren, so hat der Anwalt abzumahnern. Trotz der erwähnten Arbeitsteilung haftet der Anwalt für eine richtige und korrekte Mandatsführung. Die Frage der Haftung aus unsorgfältiger Mandatsführung ist hier nicht zu erörtern (s. dazu Rz 20.1 ff). Auf die konkrete Konstellation der Vertragsbeziehung kommt es jedoch auch in dieser Frage entscheidend an. Im Verhältnis zwischen Versicherung und Anwalt muss sich jene gegebenenfalls ein Selbstverschulden anrechnen lassen, was zu einer Reduktion des Schadenersatzes oder sogar zu einer Haftungsbefreiung des Anwalts führen kann. Dasselbe gilt im Verhältnis zum Haftpflichtigen, soweit sich dieser das Verhalten seines Versicherers gegenüber dem Anwalt anrechnen lassen muss.

f) Abschluss eines Vergleichs

- 8.33 Aufgrund der Anwaltsvollmacht ist der Anwalt ohne weiteres berechtigt, für seinen Klienten einen Vergleich abzuschliessen. Zu beachten ist aber, dass sich der Versicherte im Versicherungsvertrag dazu verpflichtet haben dürfte, keinen Vergleich ohne vorherige Zustimmung des Versicherers einzugehen²⁰. Um seinem Klienten Schwierigkeiten mit der Haftpflichtversicherung zu ersparen und sich selber vor

¹⁹ In der Regel wohl basierend auf einer entsprechenden Bestimmung in den ABV.

²⁰ Die entsprechende Klausel in den AVB zur Haushaltversicherung der «Zürich» Versicherungs-Gesellschaft (Art. 12.5.2) lautet etwa: «Die versicherte Person hat folgende Pflichten zu erfüllen: Sie ist nicht berechtigt, ohne vorgängige Zustimmung von Zurich irgendwelche Entschädigungsansprüche des Geschädigten anzuerkennen oder abzufinden.» (Ausgabe 03/2014).

Vorwürfen mangelhafter Beratung zu schützen, tut der Anwalt gut daran, die Versicherung vor dem Abschluss des Vergleiches zu orientieren und deren Einverständnis zum Vergleich einzuholen²¹. Je nach Ausgestaltung des Zustimmungserfordernisses der Versicherung in den AVB kann ein Vergleichsabschluss ohne Zustimmung des Versicherers zu einem vollständigen Deckungsverlust führen. Dies gilt namentlich dann, wenn die Zustimmung des Versicherers als sog. «condition precedent» ausgestaltet ist²².

g) *Entzug des Mandates*

Wenn – Variante 1 und wohl der Regelfall²³ – ein Mandatsverhältnis nur zwischen Anwalt und Haftpflichtigem besteht, kann das Mandat auch nur von einer dieser beiden Parteien beendet werden. Die Versicherung kann also dem Anwalt das Mandat nicht entziehen. Von praktischer Bedeutung ist dies dann, wenn die Versicherung, nicht aber der Haftpflichtige, einen Anwaltswechsel wünscht. Es stellt sich in einem solchen Fall die Frage, ob die Versicherung dennoch für die in Zukunft anfallenden Anwaltskosten aufkommen muss oder ob sie diese Leistung unter Hinweis auf die AVB, wonach die Versicherung nur die Kosten «des von ihr bestellten Anwaltes»²⁴ trägt, verweigern darf. Letztlich geht es um die Frage der *Leistungspflicht unter dem Versicherungsvertrag*. Für den Anwalt ist entscheidend, dass er solange mandatiert ist, bis er selber oder sein Klient, also der Haftpflichtige, das Mandat beendet hat. Dass die Versicherung, wenn sie den Anwalt nicht mehr will, gegebenenfalls auf ihren Versicherten erheblichen Druck ausüben und ihn damit zu einem Entzug des Mandates veranlassen kann, ist ein anderes Thema. 8.34

Wird – Variante 2 und eher die Ausnahme – der Anwalt von der Versicherung beauftragt, kann diese das Mandat jederzeit widerrufen. Wenn der Versicherungsnehmer die Dienste des Anwalts weiterhin in Anspruch nehmen will, muss er ihn neu mandatieren. Unter diesem neuen Mandat ist der Versicherungsnehmer der Honorarschuldner des Anwalts. Standesrechtlich hat der Anwalt kein Problem, dieses Mandat zu führen, jedoch darf er nicht gegen die Interessen der Versicherung handeln, also namentlich keinen Deckungsprozess führen. Darüber hat er den Versicherungsnehmer bei der Mandatsannahme aufzuklären. Gleichzeitig muss er ihn auf das Kostenrisiko hinweisen. Beauftragt die Versicherung in der Folge einen neuen Anwalt, so kann dieser zwar das Mandat annehmen, ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers diesen aber nicht im Haftpflichtprozess vertreten. Wenn aber der Versicherungsnehmer seine Zustimmung tatsächlich verweigert, so stellt dies eine Obliegenheitsverletzung dar und kann unter Umständen zum ganzen oder teilweisen Verlust der Versicherungsleistungen führen. 8.35

²¹ Zu möglichen Interessenkollisionen s. unten Rz 8.54 ff.

²² Gemäss BGER 4A_349/2010 vom 29. September 2010 ist davon auszugehen, dass «conditions precedent» nach Schweizer Recht gültig vereinbart werden können. S. dazu GRABER CHRISTOPH K., Validity of conditions precedent confirmed by Supreme Court, in: Guide to the World's Leading Insurance and Reinsurance Lawyers, 2011; kritisch FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz 10.51 ff.; DERS., HAVE 2011, 41 f.

²³ S. oben Rz 8.18.

²⁴ Vgl. oben Rz 8.11 ff.

- 8.36 Das zwischen Versicherung und Anwalt bestehende Mandatsverhältnis kann durch den Versicherungsnehmer nicht beendet werden. Will er die Dienste des von der Versicherung bestellten Anwalts nicht weiter in Anspruch nehmen und hat er gewichtige Gründe dafür, so wird die Versicherungsgesellschaft allenfalls von sich aus einem Anwaltswechsel zustimmen. Dem Versicherungsnehmer steht es in jedem Fall frei, einen eigenen Anwalt mit seiner Interessenwahrung zu beauftragen. In diesem Falle trägt er jedoch das Kostenrisiko. Beauftragt er den neuen Anwalt mit seiner Vertretung im Haftpflichtprozess, so wird die Prozessvollmacht des von der Versicherung beauftragten Anwalts dahinfallen. Auch hier riskiert der Versicherungsnehmer, dass die Versicherung wegen einer Obliegenheitsverletzung die Leistungen aus dem Versicherungsvertrag nicht erbringen wird.

3. Verhältnis zwischen (haftpflichtigem) Versicherungsnehmer und Versicherung

- 8.37 Beauftragt ein ins Recht gefasster Versicherungsnehmer einen Anwalt, ohne dem Versicherungsunternehmen die Ausübung seines Bestimmungsrechts zu ermöglichen, verstösst er gegen die entsprechenden Bestimmungen der AVB. Ein solcher Verstoß stellt eine Obliegenheitsverletzung dar²⁵. Die meisten AVB sehen für einen solchen Fall vor, dass der Versicherer keine – oder keine höheren – Leistungen zu erbringen hat, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass bei Beachten der Obliegenheiten ein Schaden nicht oder nur in geringerem Umfang entstanden wäre²⁶. Beim eigenmächtigen Beizug eines Anwalts durch den Versicherungsnehmer kann es namentlich zu folgenden Leistungsstörungen und damit zu einem *Leistungsverweigerungsrecht* des Versicherers kommen:
- Der Versicherer kann belegen, dass er den Anspruch des Geschädigten ohne Beizug eines Anwalts befriedigt oder aber abgelehnt hätte.
 - Der Versicherer hätte einen ausgewieseneren und erfahreneren Anwalt beauftragt, der zu günstigeren Konditionen das Mandat geführt hätte, weil er regelmässig für die Versicherung arbeitet²⁷.
 - Der Versicherungsnehmer zieht mehrere Anwälte bei²⁸.
 - Der Versicherer hat schon einen eigenen Anwalt mit der Mandatsführung beauftragt.

25 Vgl. eingehend SCHAER ROLAND, Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten. Bern 1972; s. auch FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz 21.13.

26 Aber auch die Verwirkung jeglichen Leistungsanspruchs unter dem Versicherungsvertrag kann grundsätzlich vereinbart werden; s. oben Fn 23.

27 In der Praxis kommt dies nicht selten in den USA vor, wo in Produkthaftpflichtfällen Schweizer Unternehmen einen in diesem Bereich nicht besonders qualifizierten Anwalt beauftragen, während die Versicherungsgesellschaft über ein Netz von ausgewiesenen Anwälten verfügt, die zu besonderen Tarifen arbeiten.

28 Beispiel: In einem Produkthaftpflichtfall in den USA beauftragt das Unternehmen neben dem Anwalt in den Vereinigten Staaten auch einen in der Schweiz. In diesem Fall wird die Versicherung die Übernahme der Kosten des Schweizer Anwalts möglicherweise mit dem Argument ablehnen, die Mandatierung des Schweizer Anwalts sei unnötig, weil die Versicherung selber in der Lage gewesen wäre, den Anwalt in den USA auszuwählen und die Koordination mit dem Unternehmen sicherzustellen.

- Der Versicherer hätte ein erstinstanzliches Urteil anerkannt und nicht weitergezogen (dem vom Versicherungsnehmer eingelegten Rechtsmittel bleibt der Erfolg versagt).
- Der Versicherer will dem Anwalt des Versicherten das Mandat entziehen.

4. Doppelvertretung im Falle der «action directe»

Im Bereich der obligatorischen Haftpflichtversicherung kann der Geschädigte in der Regel ein *direktes Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer* des Schädigers haben. In der Praxis am wichtigsten ist die Motorfahrzeughaftpflicht²⁹. Dabei ist denkbar, dass der Geschädigte sowohl den Schädiger, wie auch dessen Versicherung ins Recht fasst, und es stellt sich die Frage, ob beide beklagten Parteien vom selben Anwalt vertreten werden können. Es geht mit anderen Worten um die Frage der Zulässigkeit der Doppelvertretung. Die Frage beurteilt sich nach Massgabe von Art. 12 BGFA, wonach Anwältinnen und Anwälte «jeden Konflikt zwischen den Interessen ihrer Klientschaft und den Personen, mit denen sie geschäftlich oder privat in Beziehung stehen», zu meiden haben. Sie ist in der Literatur in den letzten Jahren intensiv diskutiert worden. Anlass war ein Fall, in welchem der in einem Strassenverkehrsunfall geschädigte Beifahrer sowohl den Lenker des eigenen Fahrzeuges wie auch den (alkoholisierten) Lenker eines in die Kollision verwickelten zweiten Fahrzeuges sowie die beiden Motorfahrzeughaftpflichtversicherungen gerichtlich belangte. Anwalt X. vertrat in diesem Haftpflichtprozess sowohl einen der Lenker wie auch dessen Haftpflichtversicherung, was ihm eine Anzeige vor der zuständigen kantonalen Aufsichtskommission wegen unzulässiger Doppelvertretung einbrachte. Die Aufsichtskommission erkannte tatsächlich auf unzulässige Doppelvertretung und belegte den Anwalt mit einem Verweis. Mit Urteil vom 30. April 2008 hob das Bundesgericht diesen Beschluss auf³⁰. In der Urteilsbegründung wies das Bundesgericht darauf hin, dass die Interessen von Versicherer und Versichertem in der Regel unbestrittenermassen deckungsgleich seien und «sich daher gewöhnlich gleichzeitig von ein und demselben Rechtsanwalt wahrnehmen» liessen. Allerdings – so das Bundesgericht weiter – «ist eine gleichzeitige Vertretung von Versicherer und Versichertem durch einen einzigen Rechtsanwalt mangels gleichgerichteter Interessen dann ausgeschlossen, wenn Differenzen zwischen den Parteien des Versicherungsvertrages bestehen – sei es weil der Deckungsumfang der Versicherung streitig ist, der Versicherer dem Versicherten eine Verletzung seiner Anzeigepflicht vorwirft [...], die Versicherungsprämien (trotz Mahnung) nicht bezahlt worden sind [...] oder allenfalls das Vorliegen eines Kürzungsgrundes (etwa ein Selbstverschulden) in Frage steht [...]. Ist ein derartiger Konflikt bereits bei der ersten Kontaktaufnahme mit dem Rechtsanwalt absehbar, so darf dieser nur entweder die Versicherung oder den Versicherten als Klienten akzeptieren. Treten die Differenzen erst nach der Mandatierung des Rechtsanwalts zutage, so hat dieser beide Mandate

²⁹ Art. 65 Abs. 1 SVG: «Der Geschädigte hat im Rahmen der vertraglichen Versicherungsdeckung ein Forderungsrecht unmittelbar gegen den Versicherer.» – S. auch Art. 37 RLG, Art. 33 BSG, Art. 19 KHG und Art. 16 SSG.

³⁰ BGE 134 II 108 ff.

niederzulegen [...] und darf künftig in Fragen, welche mit dem betreffenden Versicherungsfall in einem Zusammenhang stehen, weder die Versicherung noch den Versicherten vertreten»³¹. Das Bundesgericht hat weiter klargestellt, dass «die blosse abstrakte Möglichkeit des Auftretens von Differenzen zwischen den Vertragsparteien nicht ausreichen, um auf eine unzulässige Doppelvertretung zu schliessen»³². Allerdings müsse sich der Anwalt «stets bewusst sein», dass es zwischen seinen Mandanten «jederzeit zu Unstimmigkeiten mit gegensätzlichen Standpunkten kommen kann. Er hat deshalb alles zu unterlassen, was in einem allfälligen späteren Konflikt die Stellung eines Mandanten zum Vorteil des anderen schwächen könnte»³³. Für die grundsätzliche Zulässigkeit der Doppelvertretung sprechen nach Auffassung des Bundesgerichts auch «Gründe der Prozessökonomie, der Wirtschaftlichkeit und der Waffengleichheit»³⁴. Namentlich kommt der versicherte Haftpflichtige auf diese Weise in den Genuss einer kostenlosen anwaltlichen Vertretung.

- 8.39 Im zu beurteilenden Fall wurde kein konkreter Interessenkonflikt zwischen dem versicherten Haftpflichtigen und seinem Versicherer festgestellt. Entsprechend war die Doppelvertretung nach Massgabe von Art. 12 lit. c BGFA zulässig.
- 8.40 Wie erwähnt wurde dieser Entscheid in der Literatur lebhaft diskutiert und ist zu recht auf breite Zustimmung gestossen³⁵. In der Tat ist eine Doppelvertretung nicht per se unzulässig, sondern in vielen Fällen und unter verschiedenen Gesichtspunkten durchaus sinnvoll. Ein potenzieller Interessenkonflikt, also die Möglichkeit, dass in der Zukunft ein Interessenkonflikt entstehen *kann*, spricht nicht gegen die Zulässigkeit der Doppelvertretung. Der Anwalt muss sich dieser Möglichkeit bewusst sein und sich entsprechend vor- und umsichtig verhalten, was letztlich nichts anderes ist als Ausfluss des Gebotes, den Beruf i.S.v. Art. 12 lit. a BGFA «sorgfältig und gewissenhaft» auszuüben³⁶. Erst wenn tatsächlich ein Interessenkonflikt besteht, ist die Doppelvertretung ausgeschlossen und der Anwalt hat sich entsprechend zu verhalten: Ist der Konflikt schon am Anfang erkennbar, wird er nur einen Klienten annehmen; tritt der Konflikt während der Dauer des (Doppel-)Mandates auf, wird er beide Mandate niederlegen müssen³⁷.

31 BGE 134 II 108, 111 f. E. 4.2.1.

32 BGE 134 II 108, 112 E. 4.2.2.

33 BGE 134 II 108, 112 f. E. 4.2.3.

34 BGE 134 II 108, 113 E. 4.2.4.

35 S. u.a. FELLMANN WALTER, Kommentar zum Anwaltsgesetz, 2. Aufl., 2011, Art. 12 N 106d ff.; NATER HANS, Anwaltsrecht, in: Fellmann Walter et al. (Hrsg.), Aktuelle Anwaltspraxis 2009, 1385 ff.; SCHILLER, Rz 873; MEIER ISAAC, Schweizerisches Zivilprozessrecht – Eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, 563 f.; HEIERLI CHRISTIAN/VASELLA DAVID/WLBER STEPHAN/SCHNYDER ANTON K., Haftpflicht- und Privatversicherungsrecht, Bern 2009, 164 ff.; HÄBERLI THOMAS, Neues zur Disziplinaraufsicht über die Rechtsanwälte, ZBJV 2008/144, 892 f.

36 Vgl. BGE 134 II 108, 113 E. 4.2.3.

37 S. dazu unten Rz 8.54.

5. Anwaltskosten

Unter dem Titel «Anwaltskosten» sind zwei Aspekte anzusprechen, zum einen der Anspruch auf Kostenersatz im Haftpflichtprozess zwischen dem Geschädigten und dem Haftpflichtigen, zum andern der versicherungsrechtliche Anspruch des Haftpflichtigen auf Ersatz seiner Anwaltskosten. 8.41

a) Anspruch auf Kostenersatz im Haftpflichtprozess

In der Auseinandersetzung des Haftpflichtigen mit dem Geschädigten stellt sich regelmässig die Frage, ob und wie weit auch dessen Anwaltskosten zum ersatzfähigen Schaden gehören. Dabei ist zwischen vorprozessualen und prozessualen Anwaltskosten zu unterscheiden. Der Anspruch auf Kostenersatz für letztere ist in Art. 95 Abs. 3 ZPO abschliessend geregelt. Er wird qua Parteientschädigung befriedigt und erstreckt sich auf den Ersatz notwendiger Auslagen³⁸ und die Kosten einer berufsmässigen Vertretung³⁹, ausnahmsweise auch auf eine Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist⁴⁰. Zu den Kosten für die berufsmässige Vertretung gehören nicht nur die Kosten der Vertretung im Prozess, sondern auch «die Kosten, die unmittelbar im Hinblick auf die Einleitung des Prozesses entstanden und für die Interessenwahrung notwendig sind»⁴¹. Als Vertretungskosten gelten damit auch die vorprozessualen Kosten, welche «im Zeitpunkt des Endentscheids, retrospektiv betrachtet, notwendig oder nützlich waren für die Vorbereitung des Prozesses oder dessen mögliche Verhinderung»⁴². 8.42

Ausserprozessuale Anwaltskosten bilden, soweit sie nicht Bestandteil der Parteientschädigung sind, haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens⁴³. Im Falle eines Vergleichs oder einer Anerkennung der Haftpflicht gehen diese zu Lasten des Schädigers bzw. seiner Haftpflichtversicherung. Voraussetzung ist jedoch, dass der Beizug eines Anwalts notwendig oder doch nützlich und angemessen war. 8.43

Die *Notwendigkeit* des Beizugs eines Anwalts beurteilt sich nach den konkreten Umständen, insbesondere nach den Lebensumständen und den Kenntnissen der geschädigten Person im massgebenden Zeitpunkt. Sie ist nach Lehre und Rechtspre- 8.44

³⁸ Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO.

³⁹ Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO.

⁴⁰ Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO.

⁴¹ SUTER BENEDIKT A./VON HOLZEN CRISTINA, ART. 95 ZPO N 38, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013.

⁴² SUTER BENEDIKT A./VON HOLZEN CRISTINA, ART. 95 ZPO N 38, in: Sutter-Somm Thomas/Hasenböhler Franz/Leuenberger Christoph (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Zürich 2013, mit zahlreichen weiteren Hinweisen; KOTTMANN ANDREA, Schadensberechnung und Schadensschätzung bei Körperverletzung und Tötung – Notwendigkeit der Bildung von Regeln, Bern 2012, Rz 60; a.M. BSK ZPO-RÜEGG, Art. 95 N 20, der namentlich die Aufwendungen für das Schlichtungsverfahren und für vorprozessuale Vergleichsverhandlungen von den prozessualen Vertretungskosten ausnehmen will.

⁴³ BGE 133 II 361, 363 E. 4.1.; 117 II 394, 396 E. 3.a; BGE 4A_127/2011 vom 12.7.2011, E. 12.2.

chung nicht leichtthin zu verneinen – selbst dann nicht, wenn die Ansprüche des Geschädigten anzuerkennen sind⁴⁴.

- 8.45 Die Versicherungen gehen in der Regel davon aus, dass der Beizug eines Anwalts bei *einfachen Sachverhalten* – sog. reine Inkassomandate, klare Haftung bei unbestrittenem Sachverhalt, keine Körperverletzungen, geringer Reparaturaufwand usw. – nicht notwendig ist und in solchen Fällen entstandene Anwaltskosten keinen haftpflichtrechtlichen Schaden darstellen, vom Versicherer mithin nicht zu decken sind.
- 8.46 Geschädigte erhalten ihren Schaden im Übrigen oft nicht nur von Haftpflichtigen und deren Privatversicherern ersetzt; häufig werden Leistungen auch durch Träger der *Sozialversicherung* erbracht. Dabei stellt sich die Frage, wen in solchen Fällen bei Beizug eines Anwalts die Kostentragungspflicht trifft.
- 8.47 Selbst wenn einige Erlasse zur Sozialversicherung Bestimmungen hinsichtlich der Entschädigung von Anwälten enthalten, zeigt es sich doch, dass solche Entschädigungen häufig unzureichend sind. Einzelne Gesetze sehen sodann überhaupt keine Entschädigung vor⁴⁵. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob *der Haftpflichtige* nach Bundesprivatrecht für diese Anwaltskosten aufkommen muss. Die Frage ist kontrovers⁴⁶. Gegen den Einbezug solcher Kosten in die Schadenersatzpflicht spricht der Umstand, dass diesbezüglich wohl keine Widerrechtlichkeit gegeben ist⁴⁷. Haftpflichtversicherungen werden allerdings häufig ebenfalls diese Kosten übernehmen, sofern sie im Zusammenhang mit dem Haftpflichtfall stehen und einen angemessenen Rahmen nicht sprengen.

b) *Anspruch des Haftpflichtigen auf Ersatz seiner Anwaltskosten*

- 8.48 Neben dem Entschädigungsanspruch des Versicherten, also dem Anspruch auf Übernahme des an den geschädigten Dritten zu leistenden Schadenersatzes, besteht unter einem Haftpflichtversicherungsvertrag in aller Regel auch ein *Rechtsschutzanspruch*, indem sich der Haftpflichtversicherer entweder verpflichtet, die Abwehr unbegründeter Ansprüche zu finanzieren, oder indem er diese Abwehr selber übernimmt.
- 8.49 Dabei ist einerseits zu beachten, dass nur *notwendige und vom Versicherer genehmigte Abwehrkosten* gedeckt sind. Tatsächlich behalten sich die Haftpflichtversiche-

44 Vgl. ZR 1971 Nr. 62; GAUCH, recht 1994, 192; eher kritisch BORLE MARKUS, Vorprozessuale Anwaltskosten – es führt kein Weg an der Substantiierung vorbei, HAVE 2012, 3.

45 So z.B. Art. 105 Abs. 1 UVG.

46 S. WEBER STEPHAN, Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, SVZ 1993, 2 ff.; GAUCH, recht 1994, 198.

47 Für GAUCH ist die Widerrechtlichkeit jedoch zumindest im Fall einer Körperverletzung gegeben, da der Grund für die Auseinandersetzung mit dem Sozialversicherer eine Körperverletzung sei und der Beizug eines Anwalts sich zwanglos als Folgeschaden der Verletzung begreifen lasse. Im Fall einer Tötung bleibe indessen das Problem ungelöst, weil die Kosten der Hinterbliebenen für den Anwalt ein Reflexschaden der Tötung sei, der weder zum *Versorgerschaden* gehöre, noch durch eine sonstige Gesetzesbestimmung gedeckt sei; GAUCH, recht 1994, 198.

rungen in aller Regel vor, die Mandatierung eines Anwalts, aber auch die konkreten Aktionen des mandatierten Anwalts vorgängig zu prüfen und zu genehmigen. Nur dann hat der versicherte Haftpflichtige Anspruch auf Kostenersatz. Der Anwalt des Haftpflichtigen tut also in jedem Fall gut daran, sowohl prozessuale wie auch ausserprozessuale Massnahmen vorgängig mit dem Versicherer zu besprechen. Falls dieser einen ihm unterbreiteten Vorschlag für unnötig oder nicht zielführend einstuft, besteht immer noch die Möglichkeit, dass der versicherte Haftpflichtige sich bereit erklärt, den entsprechenden Aufwand selber zu tragen.

Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die *Verjährung*. Während der Entschädigungsanspruch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts an dem Tag zu laufen beginnt, an welchem die Haftpflicht des Versicherten gerichtlich festgestellt wird oder der Haftpflichtige seine Leistungspflicht gerichtlich oder aussergerichtlich anerkannt hat⁴⁸, ist der Beginn der Verjährungsfrist für den Rechtsschutzanspruch in analoger Anwendung der vom Bundesgericht entwickelten Praxis zur Rechtsschutzversicherung⁴⁹ auf den Tag festzulegen, an welchem beim Versicherten das *Bedürfnis nach Rechtsschutz* entsteht, spätestens also dann, wenn er einen Anwalt mit der Wahrung seiner Interessen gegenüber dem geschädigten Dritten beauftragt⁵⁰. Damit kann der Rechtsschutzanspruch deutlich früher verjähren als der Entschädigungsanspruch. Der Anwalt des Haftpflichtigen ist deshalb gut beraten, die Verjährung gegenüber der Versicherung rechtzeitig zu thematisieren und um einen Verjährungsverzicht zu ersuchen. 8.50

IV. Vertretung von Haftpflichtigen gegen die Versicherung

1. Deckungsprozess

Zu einer Auseinandersetzung zwischen dem Haftpflichtigen und seiner Haftpflichtversicherung kann es dann kommen, wenn die Versicherungsgesellschaft ihre Leistungspflicht ganz oder teilweise bestreitet, wenn also das Schadenereignis nach Auffassung der Versicherung nicht gedeckt ist. In diesem Fall verlangt der Haftpflichtige eine Zahlung oder andere Leistungen der Versicherungsgesellschaft unter dem Versicherungsvertrag, und die Versicherungsgesellschaft verweigert diese ganz oder teilweise. 8.51

Der Anwalt des Haftpflichtigen, also des Versicherungsnehmers, sieht sich in diesen Fällen unter Umständen in einer heiklen Lage. Es stellt sich die Frage, ob er das Mandat weiterführen und im Extremfall einen Deckungsprozess gegen die Versicherung anstrengen darf. Auf diese Problematik wird im Abschnitt über die Interessenkollisionen näher eingegangen⁵¹. 8.52

48 S. die Hinweise bei BSK VVG Nachf.Bd.-GRABER, Art. 46 N 6–18.

49 BGer 4A_609/2010 vom 7. Februar 2011, E 1.2.1; s. auch BGE 126 III 278, 280 E. 7.

50 BSK VVG Nachf.Bd.-GRABER, Art. 46 N 6–18; gl.M. FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz 15.15 und 20.9.

51 S. unten Rz 8.54 ff.

2. Mandatsführung

- 8.53 Die Besonderheit bei der Vertretung von Haftpflichtigen gegen die Versicherung besteht also in der Frage, *ob der Anwalt überhaupt in der Lage ist, das Mandat zu übernehmen*. Wenn er es übernehmen kann, so bestehen für die Mandatsführung keine Besonderheiten. Der Anwalt vertritt einen Klienten in einem Forderungsstreit um einen vermeintlichen Anspruch aus Vertrag (dem Versicherungsvertrag). Der Klient instruiert ihn, der Klient trägt das volle Kostenrisiko; der Anwalt vertritt die Interessen seines Mandanten und hat auf niemanden sonst Rücksicht zu nehmen. Zu beachten ist lediglich, dass Gegenstand der Auseinandersetzung eine Materie ist, mit der der eigene Klient in der Regel schlecht, die Gegenpartei, also die Versicherung, dagegen bestens vertraut ist. Dies ist aber letztlich immer der Fall, wenn ein Konsument gegen einen professionellen Anbieter bestimmter Güter oder Dienstleistungen vorgeht. Der Bauherr, der gegen den Architekten oder das Bauunternehmen wegen Schlechterfüllung des Architekten- oder Gesamtunternehmervertrages klagt, ist in der gleichen Situation. Für den Anwalt bedeutet dies nur (aber immerhin), dass er sich mit den versicherungsspezifischen Fragen soweit als nötig vertraut macht bzw., wenn er von der Materie schlicht zu wenig versteht, das Mandat nicht annimmt oder niederlegt.

V. Interessenkollisionen

1. Verbot der Doppelvertretung?

- 8.54 Grundsätzlich gilt für Anwälte standesrechtlich das Verbot der Doppelvertretung, also der Vertretung zweier verschiedener an der gleichen Rechtssache beteiligter Parteien. Nur wenn die Interessen dieser Parteien völlig gleichgerichtet sind, ist eine Doppelvertretung möglich und in der Praxis auch nicht selten. Zu denken ist an die Vertretung mehrerer Erben in einer Erbschaftsangelegenheit oder verschiedener Angeklagter in einem Strafprozess⁵². Sobald jedoch zwischen den Klienten Meinungsverschiedenheiten entstehen, also plötzlich unterschiedliche Interessen im Spiel sind, hat der Anwalt alle Mandate niederzulegen⁵³. Dies ist Ausfluss der *Treuepflicht des Anwalts* gegenüber seinen (allen!) Klienten.

2. Interessenskongruenz zwischen Versicherung und Versichertem

- 8.55 Im Haftpflichtprozess steht auf der einen Seite der Geschädigte als Kläger, auf der anderen Seite befindet sich der vermeintlich Haftpflichtige als Beklagter. Hinter dem Haftpflichtigen steht die Haftpflichtversicherung, die im Rahmen des Versicherungsvertrages verpflichtet ist, ihren Versicherungsnehmer schadlos zu halten. Und irgendwo zwischen Haftpflichtigem und Versicherung steht der Anwalt. Wenn es überhaupt zu einer Auseinandersetzung, gar zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung mit dem Geschädigten kommt, dann in der Regel deshalb, weil Versicherung

52. SCHILLER, Rz 884 ff.; FELLMANN, Rz 329 ff.; WOLFFERS, 141 f.

53. FELLMANN, Rz 349; vgl. auch oben Rz 8.40.

und Versicherter der Auffassung sind, dass ein Haftpflichtanspruch der geschädigten Person nicht oder nur teilweise besteht. Die Interessen des Haftpflichtigen und der Versicherung laufen deshalb grundsätzlich parallel. Beide wollen Ansprüche des Geschädigten abwehren. Der Versicherungsnehmer will kein Urteil, das ihm ein Fehlverhalten bescheinigt, und die Versicherung will gegebenenfalls nicht zahlen. Diese Interessenkongruenz kann aber gestört werden, wobei zwei mögliche Szenarien im Vordergrund stehen: Deckungseinwände der Versicherung und die Furcht der Versicherung und/oder des Versicherungsnehmers vor einem Imageverlust.

3. Deckungseinwände der Versicherung

Die häufigsten Fälle von Interessenkollisionen bilden Deckungseinwände der Versicherung. Diese führen zu einer vollständigen oder teilweisen Verweigerung bzw. Einstellung der Leistungen des Versicherers. Die Versicherung erbringt etwa in folgenden Fällen keine Leistungen: 8.56

- Die haftpflichtige Person hat das Ereignis absichtlich herbeigeführt (Art. 14 Abs. 1 VVG).
- Der Versicherungsnehmer hat die Prämie nicht bezahlt und wurde deswegen erfolglos gemahnt (Art. 20 VVG).
- Der Schadenfall fällt in zeitlicher Hinsicht nicht in den Anwendungsbereich der Police, z.B. aufgrund der Vereinbarung eines sog. *Retroactive Date*.
- Der vermeintliche Haftpflichtanspruch entpuppt sich in Tat und Wahrheit als vertraglicher Erfüllungsanspruch⁵⁴.
- Es kommt ein genereller Ausschluss im Versicherungsvertrag (meistens in den AVB enthalten) zur Anwendung.
- Die Versicherung macht geltend, der Versicherungsnehmer habe beim Abschluss des Vertrages seine Anzeigepflicht verletzt, kündigt gestützt auf Art. 6 VVG den Vertrag und erklärt ihre Leistungspflicht für erloschen.

Beruft sich die Versicherung auf einen Grund für einen *gänzlichen Deckungsausschluss*, so wird sie dies dem Versicherungsnehmer in einem frühen Stadium mitteilen. In solchen Fällen ist es alleinige Sache des Versicherungsnehmers, den Anspruch des Geschädigten abzuwehren. Er tut dies auf eigene Kosten und ist deshalb natürlich auch frei in der Wahl seines Anwalts. Zu beachten ist immerhin, dass der Geschädigte die versicherungsvertraglichen Obliegenheiten weiterhin zu beachten hat, auch wenn er die Deckungsablehnung nicht akzeptiert, er also (weiterhin) der Meinung ist, dass die Versicherung für den zur Diskussion stehenden Schadenfall leistungspflichtig sei. So hat er beispielsweise die Versicherung zu begrüssen, bevor er seine Haftpflicht anerkennt oder mit dem Geschädigten einen 8.57

⁵⁴ Vgl. BGer 4C.413/2005 vom 24. April 2006 und HGer ZH vom 24. Januar 2006, ZR 105 (2006) Nr. 23; s. dazu GRABER CHRISTOPH K./ZAUGG MARTIN, *Swiss banking and insurance: when a PI policy should not respond*, in: IBA Legal Practice Division-Newsletter, 2010.

Vergleich abschliesst⁵⁵. Andernfalls setzt er möglicherweise einen (zusätzlichen) Grund, weshalb die Versicherung die Leistung verweigern kann.

- 8.58 Ist der Geschädigte mit dem Deckungseinwand der Versicherung nicht einverstanden, kann er einen Deckungsprozess anstrengen, auch dies auf eigene Kosten und mit dem Anwalt seiner Wahl. Für die Anwältin oder den Anwalt ergeben sich keine besonderen Probleme: Die Versicherung ist eine «gewöhnliche» Gegenpartei, auf deren Interessen der Anwalt in keinerlei Beziehung Rücksicht zu nehmen braucht⁵⁶. Heikler sind die Fälle der nur *teilweisen Deckung*, z.B. folgende:
- Der Haftpflichtige verfügt über eine Haftpflichtversicherung mit einer *begrenzten* Versicherungssumme, und der geltend gemachte Anspruch übersteigt diese Deckungssumme.
 - Der Haftpflichtige hat *grob fahrlässig* gehandelt, was die Versicherungsgesellschaft nach Art. 14 Abs. 2 VVG zur Kürzung der Versicherungsleistungen berechtigt.
 - Einzelne Teile der Ansprüche des Geschädigten sind in der Versicherung ausdrücklich ausgeschlossen; so z.B. Schadenspositionen mit Strafcharakter⁵⁷.
- 8.59 Nicht zu den Deckungsausschlüssen im eigentlichen Sinn gehört der *Selbstbehalt* des Versicherungsnehmers, wonach dieser einen ersten Teil des Schadens selber zu tragen hat. Dennoch enthält der Selbstbehalt ein Konfliktpotential, das um so grösser wird, je höher der Selbstbehalt ist, und sich v.a. dann akzentuiert, wenn die Frage umstritten ist, ob es sich bei vermeintlich mehreren Schadenfällen um einen Serienschaden handelt, bei dem der Selbstbehalt nur einmal in Abzug zu bringen ist (aber allenfalls auch nur eine statt mehrere Garantiesummen zur Verfügung steht).
- 8.60 In allen diesen Fällen hat der den Geschädigten vertretende Anwalt noch stärker als bei der vollständigen Deckungsablehnung darauf zu achten, dass sein Klient die Obliegenheiten unter dem Versicherungsvertrag einhält.

4. Angst vor Imageverlust

- 8.61 Auch dann, wenn über die Deckung eines bestimmten Haftpflichtfalles an sich keine Meinungsverschiedenheiten bestehen, kann es in der konkreten *Schadenbehandlung* zu Interessenkollisionen kommen. Beispielsweise mag der Versicherungsnehmer daran interessiert sein, dass ein von ihm geschädigter Kunde, den er auch in Zukunft als Kunden behalten möchte, schnell, unbürokratisch und grosszügig entschädigt wird. Wenn nun die Versicherung dem Geschädigten ein Selbstverschulden vorwirft und mit dieser Begründung die Schadenersatzleistung reduziert, so liegt dies unter Umständen nicht im Interesse des Versicherungsnehmers.

⁵⁵ Vgl. oben Rz 8.33.

⁵⁶ Zum Spezialfall, dass der Anwalt bereits geschäftliche Beziehungen zur Versicherung unterhält, s. unten Rz 8.72.

⁵⁷ Von Bedeutung sind v.a. die «punitive» oder «exemplary damages» in den USA.

Je nach konkreter Situation können die Bedürfnisse des Haftpflichtigen sehr unterschiedlich sein. Nehmen wir als Beispiel die Produkthaftpflicht. In einem konkreten Haftpflichtfall geht es zunächst einmal um die Befriedigung gerechtfertigter Ansprüche der Geschädigten bzw. um die Abwehr ungerechtfertigter Ansprüche. Darüber hinaus steht aber immer auch der Name des Produktes und des Produzenten auf dem Spiel. Der Haftpflichtige wird deshalb die Angelegenheit nicht einfach seiner Versicherung überlassen, sondern aktiv eine Lösung anstreben, die seinen Bedürfnissen entspricht. 8.62

Beispiel 1 Ein Pharmakonzern produziert und vertreibt ein Medikament. Ein Konsument behauptet bestimmte Nebenwirkungen, aufgrund derer er mehrere Monate arbeitsunfähig gewesen sei. Er droht eine Schadenersatz- und Genugtuungsklage an. Der Pharmakonzern ist überzeugt, dass sein Produkt nicht fehlerhaft und die Klage somit unbegründet sei. Da aber ein Prozess dem Image des Konzerns schaden würde, ist dieser daran interessiert, die Angelegenheit aussergerichtlich in einem Vergleich (mit einer rigorosen Geheimhaltungsverpflichtung des Geschädigten) zu erledigen. Die Haftpflichtversicherung weigert sich jedoch, die vergleichsweise offerierte Summe zu bezahlen, da sie die Prozessaussichten als sehr gut einschätzt.

Beispiel 2 Gleicher Sachverhalt wie Beispiel 1 mit dem Unterschied, dass der Geschädigte die Klage bereits eingereicht hat und die Sache publik geworden ist. Die Versicherung gelangt zum Schluss, dass ein gewisses Prozessrisiko bestehe, und strebt eine vergleichsweise Erledigung an. Der Pharmakonzern dagegen fürchtet wiederum um sein Image und um dasjenige seines Medikamentes. Ein Vergleich würde den Vorwurf der Mangelhaftigkeit des Medikamentes nicht beseitigen, und es wäre ein Umsatzrückgang zu befürchten. Der Produzent will deshalb ein Urteil, das die Ansprüche des Geschädigten abweist und bestätigt, dass es die behaupteten Mängel nicht gegeben hat.

Der Anwalt des Geschädigten gerät in solchen Fällen in ein gewisses Dilemma, und zwar selbst dann, wenn sein Klient ausschliesslich der Haftpflichtige ist. Immerhin bezahlt der Versicherer sein Honorar. Auf dieses Dilemma wird im folgenden Kapitel sogleich näher einzugehen sein. 8.63

In der Praxis ist die Versicherung in derartigen Fällen, jedenfalls wenn es sich beim Versicherungsnehmer um ein Grossunternehmen handelt, eher bereit, den Versicherungsnehmer entgegen dem, was in den AVB vorgesehen ist, seinen eigenen Anwalt wählen zu lassen. Bezüglich der Kostentragung wird die Versicherung aber allenfalls Vorbehalte anbringen, d.h. nur bestimmte Teile der Verteidigungskosten übernehmen⁵⁸. Der Anwalt, der das Mandat vom Unternehmen erhalten hat, wird sich im eigenen Interesse zu Beginn seiner Tätigkeit mit der Versicherung in Verbindung setzen, um die Frage der Kostentragung zu klären. Das Problem der Interessenkollision hat er damit allerdings noch nicht gelöst. 8.64

⁵⁸ In einem Produkthaftpflichtfall hatte ein Grossunternehmen prophylaktisch die Dienste der grössten Anwaltskanzleien für sich sichern lassen, damit die Gegner diese nicht beauftragen konnten. Die Versicherung war nicht bereit, für sämtliche Anwaltskosten aufzukommen. Schliesslich einigte man sich auf einen prozentualen Abschlag der gesamten Anwaltskosten.

5. Das Dilemma des Anwalts

- 8.65 Wie zuvor ausgeführt⁵⁹, darf der Anwalt nicht sich widersprechende Interessen vertreten. Das tut er vordergründig jedenfalls dann nicht, wenn er nur einen Klienten hat, nämlich den haftpflichtigen Versicherungsnehmer. Ganz so einfach ist die Sache freilich nicht. Auch wenn der Anwalt vom Versicherungsnehmer und nicht von der Versicherung mandatiert wurde, der Versicherungsnehmer also alleiniger Klient ist, arbeitet der Anwalt normalerweise doch eng mit der Versicherungsgesellschaft zusammen. Er lässt sich von ihr instruieren, er legt ihr die Entwürfe seiner Rechtschriften vor und bespricht sie mit ihr, er involviert sie in allfällige Vergleichsverhandlungen und – für den Anwalt nicht der unwesentlichste Aspekt – er stellt ihr Rechnung⁶⁰. Dies alles macht die Versicherung nicht zur Klientin; ein besonderes Verhältnis zwischen Versicherung und Anwalt besteht aber allemal. Dieses führt dazu, dass der Anwalt zwar nicht verpflichtet ist, auch die Interessen der Versicherung zu wahren, dass er in praxi aber in der Regel nichts tun wird, was diesen Interessen klar zuwiderläuft.
- 8.66 Eine mögliche (und keineswegs seltene) Interessenkollision zwischen Haftpflichtversicherer und seinem Versicherten wurde in Rz 8.62 hiervoor aufgezeigt. Hier noch ein *Beispiel*: Der Anwalt vertritt im Haftpflichtprozess den Versicherungsnehmer. Die Versicherung hat Kostengutsprache geleistet, und der Anwalt arbeitet eng mit den Spezialisten der Versicherung zusammen. Nach einem doppelten Schriftwechsel kommt es zu einer Vergleichsverhandlung⁶¹, an der auf der Beklagtenseite der Anwalt, sein Klient (der Versicherungsnehmer) und ein Vertreter der Versicherungsgesellschaft teilnehmen. Es werden Vergleichsverhandlungen geführt. Der Vertreter der Versicherung schätzt die Prozesschancen als eher schlecht ein und will aus Kostenüberlegungen einen Vergleich abschliessen. Der Versicherungsnehmer dagegen besteht darauf, keine Pflichtverletzung begangen zu haben und deshalb nicht haftpflichtig zu sein. Er ist an einem Vergleich nicht interessiert, sondern will ein ihn entlastendes Urteil. Der Versicherungsnehmer verweigert also den Vergleichsabschluss, und der Prozess geht weiter. Die Versicherung stellt sich auf den Standpunkt, für die nach dem Abbruch der Vergleichsverhandlungen anfallenden Prozess-, insbesondere Anwaltskosten nicht mehr leistungspflichtig zu sein und im Falle eines negativ ausgehenden Prozesses nicht mehr zahlen zu müssen als sie nach dem nicht zustande gekommenen Vergleich gezahlt hätte. Sie teilt dies dem Versicherungsnehmer und seinem Anwalt mit. Der Versicherungsnehmer ist damit nicht einverstanden und verlangt von seinem Anwalt, nötigenfalls gerichtlich feststellen zu lassen, dass die Versicherung weiterhin leistungspflichtig sei und den Versicherungsnehmer für alle Ansprüche bis zur Höhe der vereinbarten Versicherungssumme schadlos zu halten habe.
- 8.67 Wie soll sich der Anwalt in dieser Situation verhalten? Sicher ist, dass er nichts tun darf, was den Interessen seines Klienten zuwiderläuft. Sicher unzulässig wäre es

⁵⁹ S. oben Rz 8.54.

⁶⁰ Wobei die Honorarnote in der Praxis häufig an den Geschädigten adressiert, aber zur direkten Bezahlung an die Versicherung geschickt wird.

⁶¹ Vgl. Art. 226 Abs. 2 ZPO.

deshalb, das Mandat niederzulegen und anschliessend die Versicherung gegen ihren Versicherungsnehmer zu vertreten.

Darf aber der Anwalt das Umgekehrte tun und in letzter Konsequenz gegen die Versicherung einen Deckungsprozess führen? – Das Anwaltsgesetz verbietet dem Anwalt m.E. nicht, gegen die Versicherung vorzugehen, selbst dann nicht, wenn die Zusammenarbeit zwischen Anwalt und Versicherung eine sehr intensive war, und auch dann nicht, wenn der Anwalt ursprünglich nicht vom Versicherungsnehmer, sondern direkt von der Versicherung kontaktiert worden war. Wenn in praxi die meisten Anwälte dennoch davor zurückschrecken, gegen die Versicherung vorzugehen, dann nicht, weil dies nicht zulässig wäre, sondern ganz einfach, um das Verhältnis mit der Versicherung nicht zu trüben. Gerade ein Anwalt, der in der Vergangenheit schon des Öfteren von einer Versicherung ein Mandat erhalten hat, wird sich der Versicherung gegenüber einerseits (nicht rechtlich, aber «moralisch») verpflichtet fühlen und sich andererseits die Möglichkeit zukünftiger Mandatierungen nicht verbauen wollen. In aller Regel wird also der Anwalt seinem Klienten in obgenanntem Beispiel mitteilen, er werde ihn gerne weiterhin (nun auf Kosten des Klienten selber) im Prozess gegen den Geschädigten vertreten, könne aber ein Mandat gegen die Versicherung nicht annehmen. 8.68

War der Anwalt dagegen (auch) der Anwalt der Versicherung, so verbieten ihm Anwaltsgesetz⁶² und Standesregeln⁶³, einen Deckungsprozess gegen seine ehemalige Klientin zu führen. Der Versicherungsnehmer hat in diesem Fall zwingend einen neuen Anwalt zu beauftragen. 8.69

6. Spezialfälle

Namentlich in der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung kommt es relativ häufig vor, dass *Schädiger und Geschädigter beim selben Unternehmen versichert* sind. Vielfach tragen auch beide Parteien ein Verschulden am Unfall. Wegen des drohenden Bonusverlustes hat jede Partei ein grosses Interesse daran, dass ihr Verschulden als möglichst klein betrachtet wird. Die Versicherung ihrerseits kann ein Interesse daran haben, dass beiden Unfallbeteiligten ein eher grösseres Selbstverschulden zugeschrieben wird, weil sie dann ihre Leistungen kürzen kann. Es kann in einem solchen Fall also zu einer Vielzahl von Interessenkonflikten kommen. Für den Anwalt ist die Sache jedoch im Grunde unproblematisch: Er vertritt die Interessen seines Klienten und nur diese. Ist sein Klient die Versicherung, so wird diese wegen des direkten Forderungsrechts in der Regel in eigenem Namen handeln, und die Frage einer Interessenkollision stellt sich nicht. Ist der Anwalt der Vertreter des Haftpflichtigen, hat er allerdings sicherzustellen, dass allfälligen versicherungsvertraglichen Obliegenheiten nachgekommen wird, andernfalls sein Klient Leistungsreduktionen der Versicherung zu gewärtigen hat. In dieser Konstellation dürfte es sich allerdings verbieten, dass der Anwalt den Haftpflichtigen *und* seine Versicherung vertritt, da ein Interessenkonflikt nicht nur denkbar ist, sondern tatsächlich besteht. 8.70

62 Art. 12 lit. c BGFA.

63 Art. 12 Abs. 2 Standesregeln SAV.

- 8.71 Es kann sein, dass der Anwalt des Haftpflichtigen sich veranlasst sieht, *auf einen Dritten zu regressieren, der bei der Haftpflichtversicherung seines Klienten versichert ist*. Es stellt sich die Frage, ob der Anwalt das Regressmandat selber führen darf. Anwalts- und standesrechtlich sehe ich dann kein Problem, wenn das Mandatsverhältnis direkt mit dem Versicherungsnehmer besteht. Wiederum ist entscheidend, dass der Anwalt nur *einen* Klienten hat und diesen ohne weiteres auch gegen jemanden vertreten darf, der zufällig beim selben Unternehmen versichert ist wie der Klient. Gegenüber der Versicherung ist aus rechtlicher Sicht ebenfalls keine Rücksichtnahme geboten. Die Probleme sind anderer Art. Der Anwalt ist durch den Versicherungsvertrag seines Klienten verpflichtet, seine Mandatsführung, seine taktischen Überlegungen, den Inhalt seiner Rechtsschriften etc. mit der Versicherung abzusprechen. Dies kann er aber dann nicht tun, wenn die Versicherung auch der Haftpflichtversicherer des Prozessgegners ist und ihrerseits mit diesem alle Schritte absprechen wird. Allerdings wird dieses Problem nicht dadurch aus der Welt geschafft, dass ein anderer Anwalt das Regressmandat führt. Es bleibt in diesen Konstellationen wohl nichts anderes übrig als die Problematik offen anzusprechen und gemeinsam nach praktikablen Lösungen zu suchen.
- 8.72 Darf ein Anwalt ein Mandat gegen eine Versicherung annehmen, während er ein oder mehrere Haftpflichtmandate führt, die er von eben dieser Versicherung erhalten hat? – Er darf dies sicher dann, wenn er in keinem Mandatsverhältnis zur Versicherung steht und bisher auch in keinem Mandatsverhältnis zur Versicherung stand. Wurde er bei früheren Gelegenheiten von der Versicherung direkt beauftragt und hat der aktuelle Fall nichts mit den früheren Mandaten zu tun, dürfte für den Anwalt aus rechtlicher Sicht ebenfalls kein Problem bestehen. Auch dürfte die Versicherung in diesem Fall gegen die Mandatierung des Anwalts oder der Anwältin nichts einzuwenden haben. Dass der Anwalt im Hinblick auf eine weitere Zusammenarbeit mit der Versicherung eher davon absieht, das Mandat anzunehmen, hat andere als rechtliche Gründe⁶⁴.

⁶⁴ In dem bereits mehrfach zitierten BGE 134 II 108 ff. hatte das Bundesgericht neben der Frage der Doppelvertretung (s. oben Rz 8.38) auch die Situation zu beurteilen, dass der Anwalt den einen Fahrzeuglenker und dessen Haftpflichtversicherung – die AXA Versicherungen AG – vertrat, obwohl er in einem anderen hängigen Gerichtsverfahren die Haftpflichtversicherung des anderen Fahrzeuglenkers, die Schweizerische Mobiliar Versicherungsgesellschaft, vertrat. Die kantonale Aufsichtskommission hatte dem Anwalt auch in diesem Punkt unzulässige Doppelvertretung vorgeworfen. Wenn er im anderen Prozess die Mobiliar vertrete, so vermöge er «objektiv keine Gewähr dafür zu bieten, dass im interessierenden Haftpflichtprozess alle seine Handlungen nur von den Interessen seiner Mandantin [der Axa Winterthur] bestimmt seien» (BGE 134 II 108, 115 E. 5.1.). Das Bundesgericht bestätigte das grundsätzliche Verbot, gegen einen gegenwärtigen Klienten gerichtlich vorzugehen, stellte aber zu recht fest, dass in casu der Anwalt *nicht* gegen die Mobiliar vorgehe. Allein der Umstand, dass eine geringere Haftungsquote des einen Lenkers und seiner Haftpflichtversicherung (Axa Winterthur) zu einer grösseren Haftungsquote des anderen Lenkers und dessen Haftpflichtversicherung (Mobiliar) führen würde, vermochte keine unzulässige Interessenskollision zu begründen, da der Haftpflichtprozess gegen den Geschädigten eine allfällige spätere Auseinandersetzung zwischen den betroffenen Haftpflichtversicherungen nicht zu präjudizieren vermöchte (BGE 134 II 108, 116 E. 5.3.).

Der Vollständigkeit halber sei noch einmal auf die Möglichkeit hingewiesen, dass der Anwalt des Haftpflichtigen auch der Anwalt der Versicherung ist. Es ist denkbar, dass eine Versicherung einen Anwalt als ihren eigenen Berater hat und diesen Anwalt mitunter bittet, einen Versicherungsnehmer in einem Haftpflichtprozess zu vertreten. In einem solchen Fall muss jede Kollision der Interessen von Versicherungsgesellschaft und Versicherungsnehmer dazu führen, dass der Anwalt das Mandat des Versicherungsnehmers unverzüglich niederlegt, aber selbstverständlich auch die Versicherung in dieser Sache nicht mehr berät⁶⁵. Ersteres gilt unter Umständen auch dann, wenn das Mandat mit der Versicherung im Zeitpunkt des Auftretens der Interessenkollision nicht mehr besteht⁶⁶.

VI. Weitere Aspekte

1. Rechtsschutzversicherung

Sowohl der *Geschädigte* als auch der *Schädiger* können über eine Rechtsschutzversicherung verfügen. Gemäss Art. 161 AVO verpflichtet sich die Rechtsschutzversicherung gegen Bezahlung einer Prämie, «durch rechtliche Angelegenheiten verursachte Kosten zu vergüten oder in solchen Angelegenheiten Dienste zu erbringen». Dabei hat gemäss Art. 167 AVO der Versicherte das Recht, seinen Rechtsvertreter frei zu wählen. Die AVB können allerdings vorsehen, dass der Versicherer den Gewählten ablehnen kann, in welchem Fall der Versicherte das Recht hat, eine Dreierliste vorzulegen, aus welcher der Versicherer sodann auswählen muss⁶⁷.

a) Rechtsschutzversicherung des Geschädigten

Hier stellt sich zunächst die Frage nach der Tragung von *Anwaltskosten*. Gelangt eine geschädigte Person an ihre eigene Rechtsschutzversicherung, so kann diese entweder dem Versicherten einen unabhängigen Anwalt vorschlagen und für dessen Kosten einstehen oder aber durch eigene Angestellte die Interessen des Geschädigten wahren. Im ersteren Fall stellt sich einzig die Frage, ob die Rechtsschutzversicherung, welche die Anwaltskosten bezahlt hat, auf den *Haftpflichtigen* bzw. dessen Versicherung regressieren kann. Grundsätzlich ist hier Art. 72 VVG anwendbar. Gemäss dieser Bestimmung geht der Ersatzanspruch, der dem An-

⁶⁵ S. oben Rz 8.54.

⁶⁶ Ein Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin darf keine Mandate führen, die mit früher begründeten Verpflichtungen unvereinbar sind. Die Treuepflicht gegenüber dem Klienten, die auch nach Mandatsbeendigung in gewisser Weise weiter wirkt, hat zur Folge, dass sich der Anwalt beim Auftreten gegen einen früheren Klienten äusserste Zurückhaltung aufzuerlegen hat. Das Auftreten gegen einen früheren Klienten hat immer dann zu unterbleiben, wenn Kenntnisse aus dem ehemaligen Mandatsverhältnis bewusst oder unbewusst verwendet werden könnten. Im Zweifel hat der Anwalt das Mandat abzulehnen bzw. niederzulegen. Vgl. FELLMANN, Rz 362 ff.; SCHILLER, Rz 892 ff.; WEGMANN PAUL, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich, Zürich 1988, 136; WOLFFERS, 143.

⁶⁷ Vgl. dazu FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz 21.11 ff.; s. auch unten Rz 8.78.

spruchsberechtigten gegenüber Dritten zusteht, insoweit auf den Versicherer über, als dieser Entschädigung geleistet hat. Art. 72 VVG ist allerdings nur anwendbar bei Ersatzansprüchen «aus unerlaubter Handlung» (Abs. 1), wobei nach herrschender Lehre und Rechtsprechung darunter lediglich Ansprüche aus deliktischer *Verschuldenshaftung* zu verstehen sind⁶⁸. Gehen in diesem Rahmen Ansprüche auf einen Rechtsschutzversicherer über, stehen ihm alsdann nicht mehr Rechte zu, als die geschädigte Person selber gegenüber dem Haftpflichtigen hat.

- 8.76 Neben Art. 72 VVG kann dem Rechtsschutzversicherer unter gewissen Umständen Art. 51 OR als Regressgrundlage dienen. Dabei gilt aber nach der mit der Entscheidung «Gini-Durlemann»⁶⁹ begründeten bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass ein Regress nach Art. 51 OR auf einen aus Vertrag Haftenden nur dann möglich ist, wenn dieser mindestens grobfahrlässig gehandelt hat. Auf eine nur aus Kausalhaftung verpflichtete Person kann kein Rückgriff genommen werden⁷⁰.
- 8.77 In Bezug auf *Dienstleistungen* gilt, dass solche häufig durch die Rechtsschutzversicherung und ihre Angestellten erbracht werden. Kann dafür auf die haftpflichtige Partei Regress genommen werden? – Nein. Dienstleistungen sind kein Ersatz von Schaden. Es handelt sich somit nicht um Entschädigungen i.S.v. Art. 72 VVG; auch sind sie nicht Gegenstand einer Haftung im Rahmen von Art. 51 OR⁷¹. Entsprechend steht dem Rechtsschutzversicherer kein Regressrecht zu.

b) Rechtsschutzversicherung von Haftpflichtigen

- 8.78 Es kann auch vorkommen, dass *der Haftpflichtige* über eine Rechtsschutzversicherung verfügt. Für die Anwaltskosten hat er in diesem Fall einen Kostenträger bei der Haftpflicht- und bei der Rechtsschutzversicherung. Wie oben ausgeführt wurde, ist der Haftpflichtige gemäss seinem Vertrag mit dem Haftpflichtversicherer möglicherweise nicht frei in der Wahl der Anwältin oder des Anwalts. Demgegenüber schlagen die meisten Rechtsschutzversicherer ihren Versicherten mehrere Anwälte vor, aus denen einer ausgewählt werden muss⁷². Vertritt nun ein Anwalt einen Haftpflichtigen, der zudem rechtsschutzversichert ist, empfiehlt es sich, dass er mit beiden Versicherern Kontakt aufnimmt und sich das Mandat bestätigen lässt. Unterlässt er dies, kann es sein, dass sowohl der Haftpflicht- als auch der Rechtsschutzversicherer die Übernahme der Anwaltskosten wegen Obliegenheitsverletzungen ablehnen werden.

68 BSK VVG Nachf.Bd.-GRABER, Art. 72 N 6 f. mit weiteren Hinweisen; kritisch TERCIER, I ff.

69 BGE 80 II 247, 255 f.

70 Vgl. BSK OR-SCHNYDER, Art. 51 N 20; TERCIER, 29 ff.; BSK VVG Nachf.Bd.-GRABER, Art. 72 N 6 f.; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz 12.35.

71 Diese Interpretation wird von GAUCH, recht 1994, 201, kritisiert. Sie führe zu einer Diskriminierung von Versicherern, die dem Anspruchsberechtigten Dienste (z.B. auch ärztliche Dienste) leisten würden, statt Dienstleistungskosten zu entschädigen. Da sich eine derartige Schlechterstellung unter sachlichen Gesichtspunkten kaum rechtfertigen lässt, müsse überlegt werden, ob nicht eine Gesetzeslücke vorliege.

72 Vgl. Art. 167 Abs. 2 AVO.

2. Regress des Haftpflichtversicherers

Es gilt grundsätzlich das hievorige zum Rechtsschutzversicherer Ausgeführte⁷³. Der Haftpflichtversicherer ist in der gleichen Situation, weil er aus Vertrag «haftet» und damit nach der vom Bundesgericht entwickelten Haftungskaskade nur gegen mindestens grobfahrlässig aus Vertrag Haftende oder gegen ausservertraglich Verschuldenshaftende regressieren kann. 8.79

Im Übrigen ist zu unterscheiden zwischen dem Regress bei Anspruchskonkurrenz und dem Regress gegen einen Dritten. 8.80

- Im ersten Fall – Regress bei Anspruchskonkurrenz (also Regress des Versicherers gegen den zusammen mit dem Versicherten für den gleichen Schaden Haftenden) – subrogiert der Haftpflichtversicherer in den Regressanspruch des Versicherten (des Verkäufers). Die «Gini-Durlemann»-Praxis gilt hier nicht⁷⁴. Dafür hat der Versicherte dafür zu sorgen, dass er den Regressanspruch des Haftpflichtversicherers nicht vereitelt, indem er ihn beispielsweise verjähren lässt. Dies würde nach Art. 72 Abs. 2 VVG eine Schadenersatzpflicht des Versicherten gegenüber seinem Versicherer auslösen.
- Im zweiten Fall – Rückgriff gegen einen Dritten (z.B. Rückgriff des Haftpflichtversicherers des haftpflichtigen Verkäufers eines mangelhaften Produkts auf den seinerseits haftpflichtigen Zulieferer) – handelt es sich um einen selbständigen Regress nach Art. 51 OR. Hier ist nach der Praxis des Bundesgerichts davon auszugehen, dass der Haftpflichtversicherer nur dann erfolgreich regressieren kann, wenn er dem seinem Versicherten gegenüber haftpflichtigen Dritten grobes Verschulden nachweisen kann⁷⁵.

3. Haftpflichtige im Strafverfahren

a) Strafrechtliches Verschulden und zivilrechtliche Haftung

Gemäss Art. 53 OR ist der Zivilrichter bei der Beurteilung der Schuld oder Nichtschuld, Urteilsfähigkeit oder Urteilsunfähigkeit nicht an die Bestimmungen über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit oder an einen Freispruch durch das Strafgericht gebunden. Da sich in der Praxis aber der Zivilrichter ungern vom Strafurteil distanziiert, strengen viele Geschädigte im Rahmen von Antragsdelikten gegen den Schädiger ein Strafverfahren an, um so auf ihn Druck auszuüben, damit er seine Versicherung zur Anerkennung der Haftpflicht drängt. Die Versicherungen lassen sich davon aber zumeist nicht beeinflussen. 8.81

b) Anwaltskosten des Haftpflichtigen

Wenn der Haftpflichtige im Strafverfahren zu seiner Verteidigung einen Anwalt bezieht, tut er dies auf eigene Kosten, sofern nicht durch den Haftpflichtversicherungsvertrag der Rechtsschutz in Strafverfahren gedeckt ist. Allenfalls liegt eine se- 8.82

73 Oben Rz 8.75 ff.

74 BSK VVG Nachf.Bd.-GRABER, Art. 72 N 12; ausführlich dazu GRABER/CASANOVA, 158 ff.

75 BSK VVG Nachf.Bd.-GRABER, Art. 72 N 12; ausführlich dazu GRABER/CASANOVA, 162 ff.

parate Strafrechtsschutzversicherung vor⁷⁶. Ist der Versicherer jedoch am Ausgang des Strafverfahrens interessiert, so ist es möglich, dass er sich an den Kosten des Strafverteidigers beteiligt oder diese ganz übernimmt. In jedem Fall hat sich der Anwalt des Haftpflichtigen mit dessen Versicherung im Vorfeld des Mandates darüber zu einigen, ob und in welchem Umfang die Versicherung die Kosten der Strafverteidigung übernimmt.

c) *Anwaltskosten des Geschädigten im Strafverfahren gegen den Haftpflichtigen*

- 8.83 Es kommt vor, dass sich der Geschädigte am Strafverfahren gegen den Haftpflichtigen beteiligt, um das *Verschulden des Haftpflichtigen* zu beweisen oder zumindest zu verdeutlichen. Meistens spricht der Strafrichter dem intervenierenden Geschädigten zu Lasten des Angeschuldigten eine bescheidene Prozessentschädigung zu, welche die Aufwendungen aber nicht zu decken vermag. Diese Kosten müssen grundsätzlich ebenfalls als adäquat verursachter Schaden im Sinne des Haftpflichtrechts beurteilt werden. In dessen ist der Kostenentscheid im Strafverfahren für alle in diesem Zusammenhang gemachten Aufwendungen nach herrschender Auffassung auch dann abschliessend, wenn die zugesprochene Entschädigung die Kosten des Geschädigten nicht voll deckt⁷⁷.
- 8.84 Die dem Geschädigten im Strafverfahren gegen den Schädiger zugesprochene Entschädigung ist in der Regel durch die Haftpflichtversicherungen gedeckt, ausser die Deckung wurde ausdrücklich ausgeschlossen.
- 8.85 Keine Besonderheiten ergeben sich, wenn der Geschädigte seine Haftpflichtansprüche im Strafverfahren gegen den Schädiger *adhäsionsweise* geltend macht. Entscheidet der Strafrichter über die Zivilansprüche, so wird er zur gesamten Kostenfrage wie in einem ordentlichen Zivilprozess Stellung nehmen. Falls im Strafverfahren nur über die Frage der grundsätzlichen Haftung entschieden wird, ist mit dem Kostenentscheid des Strafrichters in der Regel auch die Frage der geschuldeten Anwaltskosten erledigt. In einem anschliessenden Vergleich über die Höhe des zu ersetzenden Schadens können nur noch die damit in Zusammenhang stehenden Aufwendungen zur Diskussion stehen. Verweist der Strafrichter hingegen die gesamten Haftpflichtansprüche auf den Zivilweg, werden für die Geltendmachung der Haftpflichtforderungen im Strafverfahren in der Regel keine Anwaltskosten zugesprochen, so dass darüber in den Vergleichsverhandlungen oder in einem nachfolgenden Zivilprozess zu befinden ist.

d) *Anwaltskosten des Geschädigten im Strafverfahren gegen sich selbst*

- 8.86 Wird ein Geschädigter wegen desselben Ereignisses, für welches er den Schädiger belangen will, selber *als Angeschuldigter* in ein Strafverfahren verwickelt, so sind die ihm deswegen erwachsenden Vertretungskosten nicht durch den Schädiger verursacht. Dies gilt auch im Falle eines Freispruchs des Geschädigten. Die adäquate

76 Bspw. versichert die ORION Rechtsschutzversicherung gemäss AVB für die Privat- und Verkehrs-Rechtsschutzversicherung (Ausgabe 01/2011) die «Rechtswahrung in einem gegen den Versicherten gerichteten Strafverfahren wegen der Anschuldigung fahrlässiger Verletzung von Vorschriften des Strafgesetzbuches» (Art. B2.4).

77 Vgl. BGE 117 II 106: a.M. GAUCH, recht 1994, 197, mit weiteren Hinweisen.

Ursache bildet hier das Verhalten der Strafverfolgungsbehörde, die nach ihrem pflichtgemässen Ermessen zu entscheiden hat, gegen wen sie ein Strafverfahren eröffnet⁷⁸. In der Haftpflichtversicherung fehlt für eine solche Leistung zudem die Deckung, weil es sich hier nicht um die Abwehr unbegründeter Ansprüche des Haftpflichtigen handelt.

4. Handlungsunfähigkeit von Geschädigten oder Schädigern

Infolge einer schädigenden Handlung können sowohl der Geschädigte als auch der Schädiger *handlungsunfähig* werden. Dies ist relevant für die Bestellung von Anwälten und bei der Entbindung vom Arztgeheimnis **8.87**

a) *Beistandschaft*

Gemäss *Art. 390 Abs. 1 ZGB* ernennt die Erwachsenenschutzbehörde einen Beistand, wenn eine (volljährige) Person «wegen einer geistigen Behinderung, einer psychischen Störung oder eines ähnlichen in der Person liegenden Schwächezustands ihre Angelegenheiten nur teilweise oder gar nicht besorgen kann» (Ziff. 1) oder wenn sie «wegen vorübergehender Urteilsunfähigkeit oder Abwesenheit in Angelegenheiten, die erledigt werden müssen, weder selber handeln kann noch eine zur Stellvertretung berechnete Person bezeichnet hat» (Ziff. 2). Ist also jemand wegen eines Unfalles – sei er nun Geschädigter oder Schädiger – nicht mehr in der Lage, selbst zu handeln oder einen Stellvertreter zu bezeichnen, dürften die Voraussetzungen für die Bestellung eines Beistandes erfüllt sein. Beim Handeln von Ehegatten können allerdings Interessenkollisionen auftreten⁷⁹. **8.88**

b) *Geschäftsführung ohne Auftrag*

Beispiel Der unverletzt gebliebene Bergsteiger bestellt nach einem Unfall die «Rega» für den Abtransport des Gehirngeschädigten Kollegen. **8.89**

Es handelt sich um einen Fall von Art. 419 OR.

c) *Beauftragung eines Anwalts durch den Ehegatten*

Beispiel Die verheiratete Patientin wird zur Operation ins Spital eingewiesen und erwacht infolge eines behaupteten Kunstfehlers nicht mehr aus dem Koma. Der Ehegatte beauftragt einen Anwalt mit der Abklärung der Haftung. **8.90**

Für seine Ansprüche (Genugtuung und Haushaltführungsschaden) kann er den Anwalt aus eigenem Recht beauftragen. Für die Ansprüche der Ehefrau stellt sich jedoch die Frage, ob der Ehemann rechtsgenügend einen Anwalt für seine Frau beauftragen kann. Gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB schulden die Ehegatten einander

⁷⁸ BGE 117 II 106f.; zum selben Ergebnis, aber mit abweichender Begründung kommt GAUCH (rech 1994, 197), der argumentiert, die Strafverteidigungskosten seien nicht Folge eines Körper- oder Sachschadens, sondern reiner Vermögensschaden, weshalb ein deliktischer Ersatzanspruch des Geschädigten schon am fehlenden Tatbestandsmerkmal der Widerrechtlichkeit scheitert.

⁷⁹ S. unten Rz. 8.91 ff.

Treue und Beistand. Ausserdem räumt Art. 374 ZGB dem Ehegatten unter bestimmten Voraussetzungen ein gesetzliches Vertretungsrecht ein⁸⁰. Bei der ausserordentlichen Vermögensverwaltung (zu der auch die Prozessführung um vermögensrechtliche Fragen gehört⁸¹) ist vorgängig die Zustimmung der Erwachsenenschutzbehörde einzuholen (Art. 374 Abs. 3 ZGB). Demzufolge sollte der Ehepartner – allenfalls nach erfolgter Zustimmung durch die Erwachsenenschutzbehörde – legitimiert sein, einen Anwalt für die Ansprüche seines handlungsunfähigen Ehepartners zu bestellen. Die meisten Versicherungsgesellschaften anerkennen in den Verhandlungen grundsätzlich eine solche *Vollmacht des Ehegatten*⁸².

- 8.91 Der Ehegatte hat dabei die Interessen seines handlungsunfähigen Ehepartners (und nicht etwa seine eigenen Interessen!) zu wahren. Verstösst er gegen diese Pflicht, macht er sich – abgesehen von möglichen strafrechtlichen Konsequenzen – gemäss Art. 374 ZGB haftbar. Für den Anwalt ist entscheidend, für wen er tätig ist. Ist er gleichzeitig für beide Ehegatten tätig, muss jeder Konflikt zwischen den Interessen der beiden Ehegatten dazu führen, dass er beide Mandate niederlegt.

5. Internationale Haftpflichtfälle

- 8.92 Bei *grenzüberschreitenden Sachverhalten* akzentuieren sich die materiell- und verfahrensrechtlichen Rechtsprobleme. Entsprechend komplexer und aufwendiger wird die Vertretung von haftpflichtigen Personen und Versicherungen. Zu den üblichen haftpflicht- und versicherungsrechtlichen Fragen treten im internationalen Verhältnis namentlich folgende besondere Aspekte⁸³:

- Die Frage der *internationalen Zuständigkeit* schweizerischer und ausländischer Gerichte und sonstiger Behörden. Massgebend sind die einschlägigen Staatsverträge⁸⁴, das IPRG sowie – für ausländische Instanzen – die entsprechenden ausländischen Rechtsquellen.
- Die Bestimmung des – insbesondere auf Haftung, Versicherungsverträge und Regressansprüche – *anwendbaren materiellen Rechts*, zu bestimmen nach den staatsvertraglichen oder den autonomen Kollisionsnormen des angerufenen Gerichts.
- Die Zustellung gerichtlicher und aussergerichtlicher Dokumente ins Ausland und vom Ausland in die Schweiz sowie andere Fragen der *internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen* (wie etwa Beweisaufnahmen)⁸⁵.
- Die *Anerkennung und Vollstreckung* ausländischer Entscheide in der Schweiz.

80 Vgl. dazu BSK Erwachsenenschutz-REUSSER, Art. 374 ZGB N 2 ff.; STECK, FamPra.ch 2013, 936 ff.

81 BSK Erwachsenenschutz-REUSSER, Art. 374 ZGB N 52; STECK, FamPra.ch 2013, 947.

82 Sollte ein Gericht die vom Ehegatten unterzeichnete Vollmacht nicht anerkennen, könnte immer noch die Erwachsenenschutzbehörde zwecks Bestellung eines *Beistandes* gemäss Art. 390 ff. ZGB angerufen werden.

83 Ausführlich zum internationalen Haftungsrecht unten Rz 31.1 ff.

84 Insb. das Lugano-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (LugÜ II), SR 0.275.11.

85 Diese ist sehr stark durch Staatsverträge geregelt; vgl. die Zusammenstellung bei BUCHER ANDREAS (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Bundesgesetz- und Staatsverträge, 9. Aufl., Basel 2014.

VII. Checklisten

1. Mandatierung

- Welches Rechtsverhältnis besteht zwischen Anwalt und Versicherung bzw. zwischen Anwalt und Versicherungsnehmer? 8.93
- Wer ist der Mandant des Anwalts⁸⁶?
- Falls die Versicherung den Anwalt beauftragt hat:
 - Ist die Versicherung damit einverstanden, dass der Anwalt ausschliesslich die Interessen des Versicherungsnehmers vertritt⁸⁷?
 - Ist sich andernfalls der Klient bewusst, dass der Anwalt zwei Mandanten hat und somit im Falle eines Interessenkonfliktes nicht gegen die Interessen der Versicherung handeln darf⁸⁸?
- Falls der Haftpflichtige den Anwalt direkt beauftragt hat:
 - Was sagt der Versicherungsvertrag zur Frage der Mandatierung eines Anwalts⁸⁹?
 - Ist die Versicherung mit der Mandatserteilung einverstanden?
 - Hat allenfalls die Versicherung ihrerseits bereits einen eigenen Anwalt mandatiert⁹⁰?

2. Mandatsführung

- Welches sind die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers gemäss Versicherungsvertrag in Bezug auf die Führung des Haftpflichtprozesses⁹¹? 8.94
- Ist die Verjährung unter Kontrolle⁹²?
- Hat der Haftpflichtige allenfalls eine weitere Versicherung, welche leistungspflichtig sein könnte (z.B. eine Rechtsschutzversicherung)?
- Welche Obliegenheiten sind unter dieser Versicherung zu beachten⁹³?
- Hat der Versicherungsnehmer den Anwalt vom Anwaltsgeheimnis gegenüber der Versicherung entbunden⁹⁴?
- Im Falle einer gütlichen Erledigung der Auseinandersetzung mit dem Geschädigten: Ist die Versicherung mit dem Abschluss des Vergleiches einverstanden⁹⁵?
- Im Urteilsfall:
 - Will die Versicherung das Urteil akzeptieren oder anfechten?
 - Ist sie bereit, ein Rechtsmittelverfahren zu finanzieren⁹⁶?

86 Oben Rz.8.16.

87 Oben Rz.8.21.

88 Oben Rz.8.54.

89 Oben Rz.8.37.

90 Oben Rz.8.37.

91 Oben Rz.8.37.

92 Oben Rz.8.50.

93 Oben Rz.8.77.

94 Oben Rz.8.23.

95 Oben Rz.8.33.

96 Oben Rz.8.37.

3. Kosten

- 8.95 Besteht eine Vereinbarung mit der Versicherung über deren Kostentragungspflicht und über die Höhe der Anwaltskosten (Kostengutsprache)⁹⁷?
- Falls die Versicherung die Kostentragungspflicht ganz oder teilweise ablehnt:* Ist sich der Versicherungsnehmer bewusst, dass er die Anwaltskosten selber zu tragen hat⁹⁸?
- Ausser-, namentlich vorprozessuale Anwaltskosten:* Wurden diese Kosten als separate Schadensposition im Prozess geltend gemacht⁹⁹?
- Falls gegen den Haftpflichtigen ein Strafverfahren eingeleitet wurde:* Ist die Versicherung bereit, die diesbezüglichen Anwaltskosten (auch) zu tragen¹⁰⁰?

4. Interessenkollisionen

- 8.96 Macht die Haftpflichtversicherung Deckungseinwände geltend¹⁰¹?
- Übersteigt der geltend gemachte Schaden die Versicherungssumme¹⁰²? *Wenn ja:* Besteht Klarheit darüber, in welchem Umfang die Versicherung die Kosten trägt?
- Generell und laufend:* Besteht Interessenkongruenz zwischen Versicherungsnehmer und Versicherung¹⁰³?
- Bei Interessenkollision:* Welches ist das korrekte Verhalten des Anwalts gegenüber seinem/seinen Klienten?

97 Oben Rz.8.25.

98 Oben Rz.8.44, 8.49 und 8.53.

99 Oben Rz.8.43.

100 Oben Rz.8.82.

101 Oben Rz.8.56 ff.

102 Oben Rz.8.58.

103 Oben Rz.8.55.