



Weiterbildung Recht

Rechtsschutzversicherung und Anwalt



WALTER FELLMANN



Stämpfli Verlag



Weiterbildung Recht

Walter Fellmann
(Herausgeber)

Rechtsschutzversicherung und Anwalt

Tagung vom 4. April 2017 in Luzern



Weiterbildung Recht

Rechtsschutzversicherung und Anwalt

Tagung vom 4. April 2017 in Luzern

Beiträge von

Christoph Arnet
Walter Fellmann
Stephan Fuhrer
Ueli Kieser
Frédéric Krauskopf
Thierry Luterbacher
Raphael Märki



Stämpfli Verlag

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2017
www.staempfliverlag.com

ISBN 978-3-7272-3237-4

Über unsere Online-Buchhandlung www.staempflishop.com sind zudem folgende Ausgaben erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-5969-2

Judocu ISBN 978-3-0354-1386-1

printed in
switzerland



Juristische Dienstleistungen des Rechtsschutzversicherers

Rechtliche Grundlage und Haftung

FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/RAPHAEL MÄRKI

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	136
II.	Rechtliche Grundlagen und Begriff	137
	A. Rechtliche Grundlagen	137
	1. VAG und AVO	137
	2. VVG	140
	3. OR	140
	4. Vertrag und Allgemeine Versicherungsbedingungen	141
	B. Begriff	142
III.	Rechtsdienstleistungen des Rechtsschutzversicherers	143
	A. Allgemeines	143
	B. Vertragsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer	144
	C. Haftung	146
	1. Die Haftung des Versicherers für ungetreue oder unsorgfältige Ausführung	146
	2. Wegbedingung der Haftung	149
	D. Anwendung von Art. 404 OR?	154
IV.	Beizug eines Anwalts	156
	A. Allgemeines	156
	B. Qualifikation der Rechtsverhältnisse	161
	1. Beauftragung des Anwalts durch den Versicherten	161
	a) Kostengutsprache	163
	b) Anweisungen des Versicherers bei der Mandatsführung	169
	2. Beauftragung des Anwalts durch den Versicherer	170
	a) Der Versicherer macht den Anwalt zu seinem Beauftragten	171
	b) Vertrag zugunsten Dritter	174
	c) Der Versicherer handelt bei der Mandatierung des Anwalts als direkter Stellvertreter des Versicherten	177
V.	Verjährung	177

I. Einleitung

Die Rechtsschutzversicherung ist ein florierender Markt und die meisten Rechtsschutzversicherer verzeichnen von Jahr zu Jahr bemerkenswerte Zuwachsraten.¹ Die Rechtsschutzversicherung ist längst nicht mehr nur eine Versicherung zur Deckung des Kostenrisikos im aktiven und passiven Rechtsschutz, sondern der Rechtsschutzversicherer tritt auch als Rechtsberater und -vertreter auf und erbringt juristische Dienstleistungen, die klassische Dienstleistungen von Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten sind. Der Rechtsschutzversicherer ist mithin als wichtiger Akteur des Rechtsberatungs- und Rechtsvertretungsmarktes zu betrachten, der anderen Regeln der Wirtschaftlichkeit unterworfen ist als die klassischen juristischen Dienstleistungserbringer: Im Vordergrund steht die der Versicherungsbranche eigene, hauptsächlich an Prämien (Ertrag) einerseits und Versicherungsleistungen sowie Verwaltungsaufwand (Aufwand) andererseits orientierte Rechnung, während die finanziellen Mittel der Kundschaft und die (begrenzten) Möglichkeiten der Erfolgsbeteiligung grundsätzlich keine Rolle spielen. In einem Punkt sind sich jedoch alle Erbringer von juristischen Dienstleistungen ähnlich: Sie wollen Gewinn erwirtschaften.

Im Unterschied zu den Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gelten Rechtsschutzversicherungen nicht als «*Organe der Rechtspflege*»² und sie unterstehen auch nicht den gesetzlichen und standesrechtlichen Berufsregeln der Anwältinnen und Anwälte. Sie unterstehen dagegen den versicherungsrechtlichen Gesetzen und in ihrer Rolle als Dienstleister auch dem (freilich fast durchwegs dispositiven) gesetzlichen Vertragsrecht. Im vorliegenden Beitrag geht es um die rechtlichen Grundlagen, um die rechtlichen Pflichten und um die Haftung des Rechtsschutzversicherers als Erbringer juristischer Dienstleistungen. Ein besonderes Augenmerk ist dabei auch auf die Konstellationen zu richten, in welchen im Rahmen der Rechtsschutzversicherung eine Rechtsanwältin oder ein Rechtsanwalt mit der Interessenwahrung der Versiche-

¹ Dahingehende Informationen sind den Berichten der Rechtsschutzversicherungen, die im Internet zu lesen sind, und einschlägigen Fachportalen wie <<http://www.rechtsschutz-versicherungen.ch>> zu entnehmen; vgl. auch die Angaben bei Hiltbrunner Fabrice, *Aspects économiques et juridiques de l'assurance de protection juridique*, in: Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), *Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées. Colloque du droit de la responsabilité civile* 2015, Bern 2016, S. 175 ff.; Dähler Manfred, *Umgang mit Rechtsschutzversicherungen*, in: *Anwaltsrevue* 2015, S. 482 ff.

² Das Bundesgericht bezeichnet den Anwalt «*als Diener des Rechts und als Mitarbeiter der Rechtspflege*» (BGE 103 Ia 426 E. 4b S. 431), der allerdings «*nicht staatliches Organ*» ist und «*auch nicht (Gehilfe des Richters), sondern Verfechter von Parteiinteressen und als solcher einseitig für seinen jeweiligen Mandanten tätig*» (BGE 106 Ia 100 E. 6b S. 105).

rungsnehmerin oder des Versicherungsnehmers oder anderer versicherter Personen beauftragt wird. Der Leserlichkeit halber wird im Folgenden für natürliche Personen stets nur die männliche *oder* weibliche Form verwendet; gemeint sind jeweils beide Geschlechter.

II. Rechtliche Grundlagen und Begriff

A. Rechtliche Grundlagen

Die rechtlichen Grundlagen betreffend den Rechtsschutzversicherungsvertrag finden sich zum einen im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)³ und der Aufsichtsverordnung (AVO)⁴ und zum anderen im Versicherungsvertragsgesetz (VVG)⁵. Ausserdem beansprucht das Vertragsrecht des Obligationenrechts (OR)⁶ Geltung, wobei dieses Recht von einigen Ausnahmen zwingender Normen abgesehen dispositiver Art ist. Von Bedeutung sind einerseits die Gesetzesnormen des einfachen Auftrags (Art. 394 ff. OR) und andererseits die gesetzlichen Regeln des allgemeinen Vertragsrechts im Allgemeinen Teil des OR wie beispielsweise die Konsensregeln (Art. 1 ff. OR), die Inhaltschranken (Art. 19 f. OR), die Regeln über Willensmängel (Art. 23 ff. OR) und die Freizeichnungsschranken (Art. 100 f. OR).

1. VAG und AVO

Das VAG regelt gemäss seinem Art. 1 Abs. 1 die *«Aufsicht des Bundes über Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittlerinnen und Versicherungsvermittler»* und bezweckt nach Abs. 2 *«insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen»*. Art. 32 Abs. 1 VAG nennt die Voraussetzungen für Versicherungsunternehmen, welche die Rechtsschutzversicherung gleichzeitig mit anderen Versicherungszweigen betreiben wollen. Abs. 2 dieser Bestimmung gibt dem Bundesrat die Kompetenz, weitere Vorschriften, auch betreffend den Rechtsschutzversicherungsvertrag, zu erlassen. Solche Bestimmungen finden sich in Art. 161 ff. AVO und sind sowohl aufsichtsrechtlicher als auch

³ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01).

⁴ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (SR 961.011).

⁵ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1).

⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

privatrechtlicher Natur. Die Bestimmungen, welche das Vertragsverhältnis zwischen Rechtsschutzversicherer und Versicherungsnehmer betreffen, sind durchwegs zwingender Natur und dürfen zumindest nicht zuungunsten der Versicherten vertraglich abgeändert werden:

- a. *Art. 163 AVO* statuiert die Pflicht des leistungspflichtigen Rechtsschutzversicherers, der die Rechtsschutzversicherung gleichzeitig mit anderen Versicherungszweigen betreibt (sogenannter Komposit-Versicherer) und die Erledigung von Schadenfällen nicht einem rechtlich selbständigen Unternehmen übertragen hat, die versicherte Person über ihr Wahlrecht nach Art. 32 Abs. 1 lit. b VAG mittels eingeschriebener Briefsendung zu informieren.
- b. *Art. 166 Abs. 1 AVO* regelt ein Zweifaches. Einerseits wiederholt er, was bereits Art. 11 Abs. 1 VVG vorschreibt: Der Versicherer ist gehalten, dem Versicherungsnehmer eine Police auszuhändigen, welche die Rechte und Pflichten der Parteien feststellt. Das gilt für jeden Rechtsschutzversicherer. Andererseits schreibt er vor, dass die «*Rechtsschutzgarantie [...] Gegenstand eines von den anderen Versicherungszweigen gesonderten Vertrages oder eines gesonderten Kapitels einer Police mit Angabe des Inhalts der Rechtsschutzgarantie und der entsprechenden Prämie sein [muss]*». Diese Vorschrift betrifft den sog. «*Bündelungsvertrag*», in welchem die Rechtsschutzversicherung mit anderen rechtlich selbständigen Versicherungsverträgen, die andere Versicherungszweige (z.B. Haftpflichtversicherung) betreffen, zusammengefasst wird.⁷
- c. *Art. 166 Abs. 2 und 3 AVO* enthalten Vorgaben an die Form und den Inhalt der Rechtsschutzversicherungsverträge mit Bezug auf die nach Art. 32 Abs. 1 VAG vorgeschriebene Behandlung von Schadenfällen durch ein rechtlich selbständiges Schadenregelungsunternehmen oder durch einen unabhängigen Anwalt. Ihrem Regelungsgegenstand nach betreffen diese beiden Absätze nur den Komposit-Versicherer.
- d. *Art. 167 und 168 AVO* regeln Fragen des vertraglichen Verhältnisses des Versicherers zum Versicherten betreffend den Rechtsanwalt, der dem Versicherten bereits gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. b VAG zusteht. Es gibt gute Gründe, diese beiden Verordnungsbestimmungen auf alle Rechtsschutzversicherer zur Anwendung zu bringen, auch auf den reinen Rechtsschutzversicherer, der neben der Rechtsschutzversicherung keine weiteren Versicherungszweige betreibt. Denn auch bei diesem dient es der Vermeidung möglicher Interessenkonflikte, wenn der Versicherte das Recht hat, über den Beizug eines Rechtsvertreters seiner Wahl zu entscheiden (Art. 167 Abs. 1 lit. b AVO) und wenn sich der Rechtsvertreter gegenüber dem Versicherer im Falle eines Interessenkonflikts in jedem

⁷ BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 24.

Fall auf sein Berufsgeheimnis berufen kann (Art. 168 AVO).⁸ In der einschlägigen Literatur wird in diesem Zusammenhang denn auch als Schulbuchbeispiel der Interessenkonflikt genannt, der dann entsteht, wenn der Versicherte unter Inanspruchnahme seiner Rechtsschutzversicherung einen Anspruch direkt oder indirekt gegen eine Schwestergesellschaft des Rechtsschutzversicherers durchsetzen will.⁹

- e. *Art. 169 AVO* regelt das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten zwischen der versicherten Person und dem Versicherungsunternehmen oder dem Schadenregelungsunternehmen hinsichtlich der Massnahmen zur Schadenerledigung. Diese Verordnungsbestimmung gilt richtigerweise für jeden Rechtsschutzversicherer.
- f. *Art. 170 AVO* untersagt es dem Versicherer, sich einen Anteil an einem allfälligen Erfolg der versicherten Person versprechen zu lassen. *Art. 170 AVO* hat ebenfalls für sämtliche Rechtsschutzversicherer, mithin auch für den reinen Rechtsschutzversicherer zu gelten.

Dass die Aufsichtsverordnung Vorschriften mit materiell vertragsrechtlichem Charakter (vorstehend lit. a–f) enthält, ist aus systematischen Gründen nicht sachgerecht.¹⁰ Mit der Totalrevision des VVG hätten diese Normen deshalb in das VVG überführt werden sollen.¹¹ Sowohl der Nationalrat als auch der Ständerat wiesen jedoch die der Botschaft zugrunde liegende Totalrevision des VVG an den Bundesrat zurück. Der Bundesrat wurde beauftragt, eine Teilrevision des VVG vorzunehmen. Die entsprechende Gesetzesvorlage ging letztes Jahr (bis 27. Oktober 2016) in die Vernehmlassung;¹² sie enthält keine Überführung der vertragsrechtlichen AVO-Bestimmungen in das VVG mehr.¹³

⁸ Dass Interessenkonflikte selbst beim rechtlich und wirtschaftlich selbständigen Rechtsschutzversicherer auftreten können, liegt auf der Hand. Beispiel: Zwei beim selben Rechtsschutzversicherer aufgrund verschiedener Verträge versicherte Personen liegen miteinander im Rechtsstreit (vgl. Dutoit Anne-Marie, Ordonnance sur l'assurance de la protection juridique du 18 novembre 1992, Commentaire, in: SVZ 1994, Rz. 102).

⁹ Vgl. statt mancher BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 36 und 58; vgl. auch Urteil des VerwGer BE vom 2. November 2010 in BVR 2011 306, S. 311 f.

¹⁰ BBl 2011 7705, S. 7792; BSK VAG-Fuhrer, Art. 32 N 1.

¹¹ BBl 2011 7705, S. 7792.

¹² <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-62552.html>> (besucht am 1. März 2017).

¹³ Vernehmlassungsvorlage:

<<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/44786.pdf>> (besucht am 1. März 2017); Erläuternder Bericht: <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/44769.pdf>> (besucht am 1. März 2017).

2. VVG

Die Rechtsschutzversicherung untersteht in ihren vertraglichen Beziehungen zu den Versicherungsnehmern dem VVG, dessen Geltungsbereich sich nicht nach einer autonomen Definition des Versicherungsvertrages bestimmt, sondern an das Aufsichtsrecht anknüpft: Nach Art. 101 Abs. 1 Ziff. 2 VVG *e contrario* findet das VVG auf Verträge Anwendung, die von Versicherern abgeschlossen werden, welche der Versicherungsaufsicht unterstellt sind. Im Grundsatz gilt auch für Versicherungsverträge die Vertragsfreiheit. Mit den Art. 97 und 98 VVG erfährt diese aber empfindliche Einschränkungen: Art. 97 VVG nennt absolut zwingende Bestimmungen, welche nicht abgeändert werden dürfen. Dagegen enthält Art. 98 VVG relativ zwingende Bestimmungen, welche nicht zuungunsten des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten abgeändert werden dürfen. Das VVG regelt die Versicherungsverträge nicht vollumfänglich. Enthält das Gesetz keine Vorschriften, so finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des Obligationenrechts Anwendung (Art. 100 Abs. 1 VVG). Es gilt somit das Vertragsrecht des OR, insbesondere das Auftragsrecht zu beachten.

3. OR

Neben den soeben erwähnten versicherungsrechtlichen Erlassen sind für den Rechtsschutzversicherungsvertrag auch die vertraglichen Bestimmungen des OR von Bedeutung. Im Vordergrund stehen die Gesetzesbestimmungen über den einfachen Auftrag, welche vor allem dann zu beachten sind, wenn der Rechtsschutzversicherer gestützt auf den Versicherungsvertrag juristische Dienstleistungen erbringt (Art. 398 OR).¹⁴ Bei den Gesetzesnormen des OR handelt es sich entweder um zwingendes Recht (z.B. Art. 19 f. oder 23 ff. OR), welche unbedingte Geltung beanspruchen, oder um dispositives Recht (alles, was nicht zwingendes Recht ist). Vom dispositiven Recht können die Vertragsparteien durch Vertragsabrede abweichen, wobei dieser Vertragsfreiheit nicht selten gewisse Schranken gesetzt sind. So erlaubt es das Gesetz zwar grundsätzlich, die gesetzliche Vertragshaftung durch Freizeichnung zum Voraus zu beschränken oder zu beseitigen; es stellt in Art. 100 und 101 OR indessen Regeln auf, die der Freizeichnung Grenzen setzen.

¹⁴ Vgl. LUTERBACHER THIERRY, Rechtsschutzversicherung, in: Weber Stephan/Münch Peter (Hrsg.), Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, Rz. 27.34.

4. Vertrag und Allgemeine Versicherungsbedingungen

Eine bedeutende rechtliche Grundlage des Rechtsschutzversicherungsvertrages ist der Versicherungsvertrag (die «Versicherungspolice») selbst, der in der Praxis stets schriftlich daherkommt (Art. 16 OR). Zum Versicherungsvertrag gehören die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), die von den Rechtsschutzversicherern stammen und (systematisch) durch rechtsgeschäftliche Abrede zum Bestandteil des Vertrages werden.¹⁵ In diesen AVB werden die Versicherungsprodukte in ihren Einzelheiten umschrieben.¹⁶ Sie enthalten Bestimmungen über die versicherten Rechtsfälle sowie die Ausschlüsse, die versicherten Leistungen und die Versicherungssumme, den örtlichen und zeitlichen Geltungsbereich, die Vertragsdauer, das konkrete Vorgehen im Schadenfall, Obliegenheiten des Versicherten etc. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit für AVB geht sehr weit – es gilt der Grundsatz der Privatautonomie –; sie erfährt aber in verschiedener Hinsicht Einschränkungen.

Gemäss Art. 3 Abs. 2 VVG müssen die AVB dem Versicherungsnehmer vor Abschluss des Versicherungsvertrages vorliegen. Von einer Vollübernahme ist nur dann auszugehen, wenn der Versicherungsnehmer die AVB tatsächlich gelesen und verstanden hat.¹⁷ Nimmt er die AVB aber nicht zur Kenntnis oder versteht er deren Inhalt nicht, handelt es sich um eine Globalübernahme. Von einer solchen globalen Zustimmung des Versicherungsnehmers werden kraft Rechtsprechung alle ungewöhnlichen Klauseln – mit denen er nicht rechnet und vernünftigerweise auch nicht rechnen musste – ausgenommen, auf deren Vorhandensein er nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist.¹⁸ Ausserdem praktiziert die Rechtsprechung auch die sogenannte Unklarheitsregel: Lässt eine Bestimmung nach Treu und Glauben mehrere Deutungen zu, ist die für den Versicherungsnehmer günstigste Auslegung anzunehmen.¹⁹ Art. 33 VVG konkretisiert die Unklarheitsregel für Deckungsausschlüsse.²⁰

¹⁵ SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2016, N 2600.

¹⁶ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 15), N 2600.

¹⁷ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 15), N 2602; GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER/SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2 Bände, 10. Aufl., Zürich 2014 (Band I = GAUCH/SCHLUEP/SCHMID; Band II = GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER), GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1128c.

¹⁸ Urteil des BGer 5C.53/2002 vom 6. Juni 2002, E. 3.1 (betreffend die Auslegung einer Deckungsausschlussklausel in AVB). Vgl. zur Ungewöhnlichkeitsregel die Rechtsprechung und Literatur: BGE 140 V 50 E. 2.2 und 2.3 S. 51 f.; 109 II 452 E. 4 und 5 S. 456 ff.; 109 II 213 E. 2a S. 217; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 15), N 2602; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 17), N 1136 ff. m.w.H.

¹⁹ BGE 119 II 368 E. 4 S. 371 ff. (Rechtsschutzversicherung); 122 III 118 E. 2a S. 121; 115 II 264 E. 5a S. 268; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 15), N 2602.

²⁰ BGE 115 II 264 E. 5a S. 269; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 15), N 2602.

Ausschlüsse müssen danach in bestimmter, unzweideutiger Fassung erfolgen. In aufsichtsrechtlicher Hinsicht ist zudem Art. 117 Abs. 1 lit. c AVO zu beachten, wonach die Verwendung von Vertragsbestimmungen, welche eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen, als Missbrauch gilt. Die FINMA hat die Aufgabe, die Versicherten gegen solche Missbräuche der Versicherer zu schützen (Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG). Schliesslich ist auf Art. 8 UWG²¹ hinzuweisen, welcher auf Verträge mit Konsumenten beschränkt ist.²²

B. Begriff

Art. 161 AVO umschreibt den Gegenstand der Rechtsschutzversicherung wie folgt: *«Durch den Rechtsschutzversicherungsvertrag verpflichtet sich das Versicherungsunternehmen gegen Bezahlung einer Prämie, durch rechtliche Angelegenheiten verursachte Kosten zu vergüten oder in solchen Angelegenheiten Dienste zu erbringen.»*

Der Rechtsschutzversicherer erbringt also entweder selbst juristische Dienstleistungen oder übernimmt die Kosten für die rechtlichen Angelegenheiten (z.B. Gerichtskosten und Kosten des Rechtsvertreters). Die Rechtsschutzversicherung ist mithin nicht eine reine Prozesskostenversicherung, sondern auch (und mit Blick auf die Praxis: vor allem) eine Dienstleistungserbringerin für versicherte Personen.²³ Beispielsweise heisst es in den Kundeninformationen und Allgemeinen Bedingungen, Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen eines Rechtsschutzversicherers:

«Die Rechtsschutzversicherung übernimmt für Sie in einem Schadenfall:

- *Die juristische Beratung und Interessenvertretung durch unseren Rechtsdienst.*
- *Falls es für die Wahrung Ihrer Rechte notwendig ist, übernehmen wir die Anwalts-, Gerichts- und Expertisekosten für das Führen eines Prozesses, die Kosten für eine Mediation und in einem Strafverfahren vorschussweise die Kaution.»*²⁴

²¹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241).

²² SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 15), N 2604. Zum Spannungsverhältnis zwischen einer kundenfeindlichen Auslegung (um potentiell missbräuchliche Klauseln in AVB zu identifizieren) und einer kundenfreundlichen Auslegung (etwa im Zuge der Anwendung der Unklarheitsregel) vgl. RUSCH ARNOLD F., Bitte recht feindlich – zur Auslegung allgemeiner Geschäftsbedingungen, in: AJP 2/2014 203, S. 204 ff.

²³ LUTERBACHER, (Fn. 14), Rz. 27.9 und 27.37.

²⁴ Protokta, Kundeninformationen und Allgemeine Bedingungen, Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, RSP Ausgabe 04.2013, Ziff. 3.

III. Rechtsdienstleistungen des Rechtsschutzversicherers

A. Allgemeines

Die Leistung, die der Versicherer im Versicherungsfall schuldet, besteht in einer Geldleistung oder einer eigenen Dienstleistung (Art. 161 AVO). Von Gesetzes wegen kann der Rechtsschutzversicherer die Rechtsdienstleistungen durch eigene Angestellte erbringen, ausser es läge ein Fall von Art. 167 Abs. 1 AVO vor, wo der versicherten Person zwingend die freie Wahl einer rechtlichen Vertretung eingeräumt werden muss (Einzelheiten dazu S. 156 unten). Eine weitere verbindliche Vorgabe bezüglich der geschuldeten Versicherungsdienstleistung ergibt sich aus Art. 32 Abs. 1 lit. b VAG, wonach Komposit-Versicherer, welche über kein unabhängiges Schadenregulierungsunternehmen verfügen, der versicherten Person das Recht zugestehen müssen, von Beginn weg einen unabhängigen Anwalt ihrer Wahl beizuziehen (dazu schon S. 138 oben).²⁵

Juristische Dienstleistungen des Rechtsschutzversicherers sind namentlich Beratungsgespräche, Rechtsauskünfte oder das Führen von aussergerichtlichen Vergleichsverhandlungen.²⁶ Die Vornahme der juristischen Dienstleistungen durch die Rechtsschutzversicherung erfolgt durch angestellte Juristen und Anwälte. Dabei ist zu beachten, dass der angestellte («interne») Anwalt gegenüber dem Versicherer weisungsgebunden ist und nicht ausschliesslich im Interesse der Versicherten handelt. Problematisch ist dies dann, wenn die Interessen von Versicherer und Versichertem gegenläufig sind.²⁷

²⁵ Mit Bezug auf den Rechtsschutzversicherer als Tochtergesellschaft eines Konzerns enthält die AVO keine Vorschriften. Soweit sich im schweizerischen Schrifttum diesbezüglich überhaupt eine Meinung herausdestillieren lässt, geht sie dahin, dass der Rechtsschutzversicherer eines Konzerns, der über weitere Tochtergesellschaften auch andere Zweige der Schadensversicherungen betreibt (sog. Komposit-Versicherungskonzern), nicht von Art. 32 VAG und Art. 163 ff. AVO erfasst wird (vgl. LUTERBACHER THIERRY, Aspekte der Rechtsschutzversicherung in der Schweiz, in: Fellmann Walter/Weber Stephan (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, S. 215 ff., S. 258; ebenso, wenn auch kritisch, BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 23, für welchen sich dieser Umstand offenbar nur *de lege ferenda* ändern lässt).

²⁶ GROLIMUND PASCAL, Die Rechtsschutzversicherung in der Schweiz – eine Tour d’Horizon, in: Dörig Rolf et al. (Hrsg.), Versicherungsbranche im Wandel, Chancen und Risiken einer Neubesinnung, Liber amicorum für Moritz W. Kuhn zum 65. Geburtstag, S. 339 ff., S. 342 und 348.

²⁷ Siehe dazu GROLIMUND PASCAL, Lücken und Tücken bei Rechtsschutzversicherungen, in: HAVE 2015, S. 119 ff., S. 130 ff.; vgl. auch BANDLE DANIEL, Das ambivalente Verhältnis zwischen Anwälten und Rechtsschutzversicherern, in: HAVE 2008, S. 2 ff.

Soweit der Rechtsschutzversicherer selber juristische Dienstleistungen erbringen will, müssen diese im Versicherungsvertrag auch aufgeführt sein.²⁸ Die juristischen Dienstleistungen der einzelnen Versicherer auf dem Markt reichen unterschiedlich weit. Gewisse Versicherungen leisten Beratungen und Rechtsauskünfte sowohl in gedeckten als auch in ungedeckten Fällen, in letzteren Fällen freilich nur aus Kulanz. Beispiele:

- Dextra, AVB 2017 – Privatpersonen, 3,s) :*«JUSupport: Die Anwälte und Juristen der Dextra Rechtsschutz AG leisten zudem ohne Rechtspflicht, nach bestem Wissen und im Rahmen ihrer personellen und fachlichen Möglichkeiten juristische Unterstützung/Beratung in allen Lebenslagen, auch in nicht/nur teilweise gedeckten Rechtsgebieten wie insbesondere den Folgenden: [...]»*. Bemerkens- und erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist der Haftungsausschluss in den AVB der Dextra: Dextra, AVB 2017 – Privatpersonen, Ziff. 7, bst. f: *«Die Dextra Rechtsschutz AG lehnt jede Haftung für Beratungen, für die keine Rechtspflicht besteht, soweit gesetzlich zulässig ab.»*
- Protekta, Kundeninformationen und Allgemeine Bedingungen, Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, RSP Ausgabe 04.2013, Ziff. 3: *«Die Rechtsschutzversicherung übernimmt für Sie in einem Schadenfall: Die juristische Beratung und Interessenvertretung durch unseren Rechtsdienst. Falls es für die Wahrung Ihrer Rechte notwendig ist, übernehmen wir die Anwalts-, Gerichts- und Expertisekosten für das Führen eines Prozesses, die Kosten für eine Mediation und in einem Strafverfahren vorschussweise die Kautions.»* Ziff. 5: *«Welches sind die Leistungen der JurLine? Sie erhalten kostenlose telefonische Rechtsauskünfte.»*
- AXA-ARAG, Allgemeine Vertragsbedingungen Rechtsschutzversicherung BASIC/OPTIMA, Ausgabe 10.2016, A4 Ziff. 1: *«Versicherte Dienstleistungen: (Ziff. 11) das Bearbeiten des Rechtsfalls und die Vertretung durch die AXA-ARAG. (Ziff. 12) die Rechtsberatung: das Erteilen von Rechtsauskünften in allen versicherten Rechtsgebieten und die präventive Beratung im Zusammenhang mit Verträgen. Die Rechtsberatung erfolgt ausschliesslich durch die AXA-ARAG.»*

B. Vertragsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer

Art. 166 Abs. 1 AVO kann entnommen werden, dass die Rechtsschutzgarantie Gegenstand eines Versicherungsvertrages sein muss (s. S. 138 oben); es besteht somit ein Versicherungsvertrag zwischen Versicherer und Versiche-

²⁸ LUTERBACHER, (Fn. 14), Rz. 27.76.

rungsnehmer. Auf diesen Vertrag finden sowohl der Allgemeine Teil des VVG (Art. 1–47) als auch die Bestimmungen über die Schadensversicherung (Art. 48–72) Anwendung.²⁹ Ausserdem gilt es, die vertragsrechtlichen Bestimmungen der AVO (s. S. 137 ff. oben) zu beachten. Die Bestimmungen des Obligationenrechts sind in Art. 100 Abs. 1 VVG ausdrücklich vorbehalten.

Werden juristische Dienstleistungen durch den Rechtsschutzversicherer selbst erbracht (S. 140 oben), so finden die auftragsrechtlichen Bestimmungen und die Regeln der Stellvertretung Anwendung.³⁰ Im Innenverhältnis ist der Versicherer Beauftragter und im Aussenverhältnis – soweit entsprechende Vollmachten bestehen – Bevollmächtigter des Versicherten (Art. 396 OR).³¹ In der Literatur gibt es unterschiedliche Auffassungen darüber, ob der Versicherer wie ein Anwalt dem Auftragsrecht untersteht oder ob die auftragsrechtlichen Bestimmungen nur analog und subsidiär zur Anwendung kommen (wobei fraglich ist, inwiefern diese Unterscheidung im Ergebnis relevant ist):

- FUHRER führt hierzu Folgendes aus: «Reguliert der Versicherer den Fall des Versicherten durch eigene Mitarbeiter, so unterstehen diese Dienstleistungen dem Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR). Dies bedeutet, dass der Rechtsschutzversicherer in gleicher Weise wie ein Anwalt für Sorgfaltspflichtverletzungen haftpflichtrechtlich einzustehen hat (Art. 398 OR)».³²
- Auch POLTERA führt aus, dass für den Versicherer die gleichen auftragsrechtlichen Sorgfaltspflichten (z.B. Informations-, Geheimhaltungs- und Treuepflichten) und der gleiche Sorgfaltsmassstab gilt wie für einen freischaffenden Anwalt. Es gebe keinen Grund, anderes Recht oder einen milderen Massstab anzuwenden, als für die vergleichbare anwaltliche Dienstleistungserbringung. Zwischen Versicherer und Versichertem bestehe ein auftragsähnliches Rechtsverhältnis, falls der Versicherer die erforderlichen juristischen Dienstleistungen selbst erbringe.³³
- Gemäss LUTERBACHER sind die Bestimmungen des Auftragsrechts und des allgemeinen Stellvertretungsrechts nur *subsidiär und analog* anwendbar. Eine generelle Übernahme des Auftragsrechts wie es bei freiberuflichen Anwälten zum Zuge komme, würde den Besonderheiten des Versi-

²⁹ LUTERBACHER (Fn. 25), S. 267; FUHRER STEPHAN, Die Rechtsschutzversicherung, in: Stöckli Hubert/Werro Franz (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 16.–17. März 2006, S. 70 ff., S. 74.

³⁰ BSK OR I-WEBER, Art. 394 N 9; GROLIMUND (Fn. 26), S. 342 und 348; FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, Rz. 21.10.

³¹ POLTERA DURI, Der Rechtsschutzversicherungsvertrag und das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten in der Schadenabwicklung, Diss. St. Gallen 1999, S. 76.

³² FUHRER (Fn. 30), Rz. 21.10; ebenso BOHNET FRANÇOIS/ECKLIN MICHAEL, Avocat et assurance de la protection juridique, in: Carron Blaise/Müller Christoph (Hrsg.), 2^e Journée des droits de la consommation et de la distribution, Basel 2016, S. 37 ff., S. 59 f., m.w.H.

³³ POLTERA (Fn. 31), S. 77.

cherungsvertrages zu wenig Rechnung tragen.³⁴ Auch für GUYAZ gilt, dass das gesetzliche Auftragsrecht «*ne s'appliquent ici que par analogie*».³⁵

C. Haftung

1. Die Haftung des Versicherers für ungetreue oder unsorgfältige Ausführung

Das gesetzliche Versicherungsvertragsrecht enthält keine Regeln betreffend die allgemeine Sorgfalt des Rechtsschutzversicherers bei der Erbringung der vertraglich versprochenen Dienstleistungen.³⁶ Diesbezüglich ist mithin auf das Auftragsrecht zurückzugreifen.³⁷ Insgesamt ist vom Rechtsschutzversicherer, der durch seine Angestellten vertragliche juristische oder anwaltliche Dienstleistungen erbringt, zu verlangen, dass er in der Mandatsführung grundsätzlich dieselbe Sorgfalt walten lässt, wie sie von unabhängigen Juristen und Anwälten verlangt wird. In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Anwaltssorgfalt ist auch vom Rechtsschutzversicherer zu verlangen, dass er im Rahmen der von ihm selbst erbrachten Dienstleistungen nur in den Rechtsgebieten tätig ist, «*in denen er sich auskennt oder in denen er sich die erforderlichen Kenntnisse rechtzeitig aneignen kann*».³⁸ Zur korrekten Ausführung der juristischen Dienstleistungen durch den Rechtsschutzversicherer gehört nebst der Abklärung des Sachverhalts auch die Prüfung der Rechtslage. Dem Rechtsschutzversicherer obliegt auch das Fristenmanagement: Er hat die einschlägigen materiell-rechtlichen Fristen (z.B. Verjährungsfristen) und prozessualen Fristen (z.B. Klage- und Anfechtungsfristen) zu kennen und für deren Einhaltung besorgt zu sein.³⁹ Die sorgfältige Beratung umfasst ausserdem auch die Aufklärung über die Prozesschancen und -risiken, selbst wenn

³⁴ Luterbacher (Fn. 14), Rz. 27.43 und 27.153.

³⁵ GUYAZ ALEXANDRE, L'assurance de protection juridique dans les dossiers de responsabilité civile, in: Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées. Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, Bern 2016, S. 131 ff., S. 151.

³⁶ LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.152.

³⁷ LUTERBACHER (Fn. 25), S. 268; DERS. (Fn. 14), Rz. 27.43; FUHRER (Fn. 29), S. 73.

³⁸ Urteil des BGR 4C.80/2005 vom 11. August 2005, E. 2.2.1. Zur hinreichenden Rechtskenntnis (des Anwalts) führt das Bundesgericht im erwähnten Entscheid zudem aus, dass dem Anwalt die einschlägigen Gesetze und die höchstrichterliche Rechtsprechung bekannt sein und er sich in den gängigen Kommentaren und Monographien auskennen müsse. Die publizierte kantonale Rechtsprechung habe der Anwalt jedenfalls in seinem örtlichen Wirkungskreis zu konsultieren.

³⁹ Vgl. auch REYMOND PHILIPPE, L'avocat et l'assurance de protection juridique – Quelques questions choisies, in: Anwaltsrevue 6-7/2000, S. 11 ff., insb. S. 12 f.

das Kostenrisiko wegen des Bestehens der Rechtsschutzversicherung für die versicherte Person überschaubar oder gering ist.

In der Literatur werden die Beratungspflichten des Rechtsschutzversicherers teilweise sehr umfassend verstanden. So schreibt beispielsweise GUYAZ mit Bezug auf den Fall, in welchem der Rechtsschutzversicherer für einen Versicherten tätig wird, welcher einen Schadenfall gemeldet hat und haftpflichtrechtliche Ansprüche gegen einen Dritten erhebt: «*L'assureur de protection juridique qui a choisi d'assister lui-même son assuré devra ainsi par exemple l'informer en détail sur ses droits et procéder à une analyse complète et objective de l'offre formulée par la partie adverse. [...] Bien au contraire, il doit lui indiquer quels en sont les avantages et les inconvénients, et l'informer sur les alternatives qui s'offrent à lui*». ⁴⁰ Aus der Sorgfaltspflicht des Rechtsschutzversicherers leitet GUYAZ auch ab, dass dieser seine Beratung nicht auf den Rechtsstreit beschränken darf, den der Versicherte gemeldet hat. Vielmehr muss der Versicherer von sich aus auch die anderen Rechte des Versicherten (z.B. gegenüber Sozialversicherungen oder anderen Privatversicherungen) abklären, die sich aus dem gemeldeten Schadenfall ergeben können. ⁴¹ Stellen sich in einem Versicherungsfall (z.B. betreffend die Schadensberechnung) komplexe Fragen, so muss der Rechtsschutzversicherer auf speziell geschultes Personal zurückgreifen. ⁴² Dieser Ansicht ist beizupflichten: Der Versicherer kann erst nach einer sorgfältigen tatsächlichen und rechtlichen Fallprüfung den Versicherten vertragsgemäss über die Versicherungsdeckung und über die Begründetheit der vom Versicherten vertretenen Rechtsposition aufklären und entsprechend beraten. ⁴³ Nicht zuletzt entscheidet der Versicherer aufgrund der Fallprüfung, ob er von seinem oft in den AVB vorgesehenen Recht Gebrauch macht, den Versicherungsfall mittels Zahlung an den Versicherten zu erledigen («*Auskauf*»), oder ob er wegen Aussichtslosigkeit seine Leistungen verweigert.

Aus der vertraglichen Treuepflicht lässt sich auch die Pflicht des Rechtsschutzversicherers ableiten, die ihm gemeldeten Rechtsfälle vertraulich zu behandeln. Soweit der Versicherer durch angestellte Anwälte rechtliche Beratung und Vertretung der Versicherten wahrnimmt, rechtfertigt es sich, das anwaltliche Berufsgeheimnis als einschlägig zu erachten (Art. 13 BGFA ⁴⁴) und Verstösse dagegen als strafbares Verhalten nach Art. 321 StGB ⁴⁵ zu be-

⁴⁰ GUYAZ (Fn. 35), S. 152.

⁴¹ GUYAZ (Fn. 35), S. 152.

⁴² GUYAZ (Fn. 35), S. 152.

⁴³ Vgl. REICHENBACH JÜRIG, Der Interessenkonflikt des Haftpflichtversicherers bei der Forderungsabwehr, in: AJP 2010 1239, S. 1241.

⁴⁴ Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte vom 23. Juni 2000 (SR 935.61).

⁴⁵ Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311).

handeln.⁴⁶ Des Weiteren können teilweise auch die in Art. 12 BGFA zur Konkretisierung der Vertragspflichten des Versicherers, dessen angestellte Anwälte vertragliche Beratungs- und Interessenwahrnehmungsdienstleistungen erbringen, herangezogen werden.

Zu den vertraglichen Pflichten des Rechtsschutzversicherers gehört schliesslich auch die Einhaltung und Verwirklichung der gesetzlichen Vorgaben in Art. 168–170 AVO (dazu schon S. 138 f. oben), die vertraglich nicht zuungunsten des Versicherten abgeändert werden dürfen.

Verletzt der Rechtsschutzversicherer im Rahmen seiner juristischen Dienstleistungen vertragliche Pflichten, kann er dafür haftbar gemacht werden, wenn die Voraussetzungen einer auftragsrechtlichen Vertragshaftung erfüllt sind (Art. 97 und Art. 398 OR). Allerdings liegt im blossen Ausbleiben des (von der versicherten Person gewünschten) Erfolgs weder eine Vertragsverletzung noch die Vermutung einer Vertragshaftung. Der Versicherer trägt auch nicht die Verantwortung für die spezifischen Risiken, die mit der Bildung und Durchsetzung einer Rechtsauffassung an sich verbunden sind.⁴⁷ Erst wenn der Rechtsschutzversicherer, welcher sich das Verhalten seiner Angestellten nach Massgabe von Art. 101 Abs. 1 OR anrechnen lassen muss,⁴⁸ seine vertragliche Pflicht zur *«getreuen und sorgfältigen»* Ausführung der Dienstleistung verletzt, setzt er sich einer Vertragshaftung aus (Art. 398 Abs. 2 OR). Das ist beispielsweise der Fall, wenn er verjährungsunterbrechende Massnahmen unterlässt und Forderungen der versicherten Person verjähren lässt.⁴⁹ Haftungsauslösend können auch Verstösse gegen das Gebot der sicheren und gefahrlosen Rechtsdurchsetzung⁵⁰ oder offensichtliche Fehler in der Sachverhaltsabklärung oder Einschätzung der Rechtslage sein.⁵¹

⁴⁶ Dagegen BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 61; GUYAZ (Fn. 35), S. 151; REYMOND (Fn. 39), S. 13.

⁴⁷ Das Bundesgericht spricht im Zusammenhang mit der anwaltlichen Tätigkeit von einer *«risikogeneigten Tätigkeit [...] der auch haftpflichtrechtlich Rechnung zu tragen ist»* (BGE 127 III 357 E. 1b S. 359).

⁴⁸ Die Geltung von Art. 101 Abs. 1 OR ergibt sich (auch) aus dem Verweis auf das OR in Art. 100 Abs. 1 VVG. Zur Hilfspersonenhaftung nach Art. 101 Abs. 1 OR vgl. WIDMER PIERRE/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *Privatrechtliche Haftung*, in: Weber Stephan/Münch Peter (Hrsg.), *Haftung und Versicherung*, 2. Aufl., Basel 2015, Rz. 2.34.

⁴⁹ Vgl. Urteil des BGer 4A_103/2009 vom 27. April 2009, E. 2.2; dazu auch die Urteilsbesprechung von KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, *Die Verjährung von Schadenersatzforderungen bei Haftung aus positiver Vertragsverletzung*, in: HAVE, 3/2009, S. 273 ff.

⁵⁰ Illustrativ: Urteil des BGer 4A_329/2009 vom 1. Dezember 2010, E. 3.3 (betreffend das Fristenmanagement): *«En cas d'incertitude en matière de délai, l'avocat doit agir de sorte à éviter toute discussion ultérieure»*.

⁵¹ BGE 117 II 563 E. 3 S. 568 f. (Haftung des Anwalts für die Unterlassung, einen klar erkennbaren Irrtum in den Instruktionen zur Eintragung eines Bauhandwerkerpfandrechts zu berichtigen).

Schliesslich verletzt der Versicherer seine vertragliche Treuepflicht, wenn er die Aufklärung über die Schwierigkeit und die Risiken der konkreten Geschäftsbesorgung unterlässt oder nicht über die finanziellen Risiken und Auswirkungen informiert.⁵²

Die Haftung des Rechtsschutzversicherers für die Verletzung von vertraglichen Treue- oder Sorgfaltspflichten besteht gegenüber der geschädigten versicherten Person. Ist diese Person zugleich die Versicherungsnehmerin, d.h. jene Person, welche den Rechtsschutzversicherungsvertrag mit dem Versicherer abgeschlossen hat, so ergeben sich deren Rechte aus dem Vertrag und den einschlägigen Gesetzen. Handelt es sich bei der geschädigten Person dagegen nicht um die Versicherungsnehmerin, sondern um eine andere Person, welche kraft Rechtsschutzversicherungsvertrages Versicherungsschutz genießt und Anspruch auf die Versicherungsleistung hat, erlangt sie aufgrund ihrer Stellung als vertraglich begünstigte Dritte⁵³ einen eigenen Anspruch auf Schadenshaltung.⁵⁴

Einen interessanten Ansatz liefert REYMOND, wonach der Verlust des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Versicherer und dem Versicherten infolge einer Pflichtverletzung des Versicherers eine Situation schafft, die mit einer Interessenkollision i.S. des Art. 167 Abs. 1 lit. b AVO vergleichbar ist und dem Versicherten das Recht auf einen frei gewählten unabhängigen Anwalt verleiht.⁵⁵

2. Wegbedingung der Haftung

Art. 100 OR regelt die vertragliche Wegbedingung der Haftung für das eigene Verhalten. Nach Art. 100 Abs. 1 OR ist eine Haftungsbeschränkung für rechtswidrige Absicht oder grobe Fahrlässigkeit nichtig. Eine Haftungsbeschränkung ist daher nur für mittlere oder leichte Fahrlässigkeit zulässig. Weitere Freizeichnungsschranken enthält Art. 100 Abs. 2 OR: Das Gericht

⁵² Vgl. BGE 127 III 357 E. 1d S. 360.

⁵³ Es handelt sich dabei nach herrschender Auffassung um einen echten Vertrag zugunsten Dritter: Vgl. BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 47; FUHRER (Fn. 30), Rz. 4.19, 4.21, 4.26; DERS. (Fn. 29), S. 83; KRAUSKOPF PATRICK, Der Vertrag zugunsten Dritter, Diss. Freiburg i.Ue. 2000, N 420 m.w.H.; differenzierend BSK VVG-HASENBÖHLER, Art. 16 N 17; wohl dagegen MAURER ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 315; für einen Vertrag zugunsten Dritter sui generis; IMSENG RAOUL, Die Rechtsstellung des Versicherten in der Versicherung für fremde Rechnung, Diss. Bern 1964, S. 24 f.

⁵⁴ Der Dritte hat beim echten Vertrag zugunsten Dritter einen selbständigen Schadenersatzanspruch gegenüber dem Promittenten: KRAUSKOPF (Fn. 53), N 1543 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3895; BK-WEBER, Art. 112 OR N 126.

⁵⁵ REYMOND (Fn. 39), S. 13; zustimmend BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 61.

kann nach seinem Ermessen⁵⁶ einen zum Voraus erklärten Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden als nichtig betrachten, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.⁵⁷ Gemäss Art. 101 Abs. 2 OR kann die Hilfspersonenhaftung von Art. 101 Abs. 1 OR durch eine zum Voraus getroffene Verabredung ohne Rücksicht auf die Schwere des Verschuldens der Hilfspersonen beschränkt oder aufgehoben werden.⁵⁸ Wie Art. 100 Abs. 2 OR sieht Art. 101 Abs. 3 OR eine Freizeichnungsbeschränkung vor, wenn der Verzichtende im Dienst des andern steht oder die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt. Dann darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden. Die Lehre gibt sich mit den in Art. 100 und 101 OR enthaltenen Freizeichnungsschranken nicht zufrieden und versucht immer wieder, der vertraglichen Freizeichnung noch weitergehende Grenzen zu setzen.⁵⁹

In der Rechtsschutzversicherungspraxis finden sich in den AVB der Versicherer – jedenfalls im schweizerischen Markt – kaum je Klauseln, die darauf abzielen, die Haftung des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer oder anderen versicherten Personen einzuschränken. Das ist ein sehr positiver Befund. Solche Klauseln sind nämlich problematisch und stossen an Grenzen:

- a. Zunächst ist bei allgemein formulierten Freizeichnungsklauseln zweifelhaft, ob damit ein gültiger Haftungsausschluss für das Verhalten und Handeln der angestellten Juristinnen und Juristen, die Hilfspersonen des Versicherers im Sinne von Art. 101 Abs. 2 OR sind, vorliegt. Weil die Klausel insoweit unklar ist bzw. mit ihr nicht klar erklärt wird, dass der Versicherer die Haftung für Hilfspersonen, die er zur Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen beizieht, ausschliesse, rechtfertigt sich eine restriktive Auslegung der Freizeichnungsklausel, welche im Zweifel die Hilfspersonenhaftung nicht mitumfasst.⁶⁰
- b. Sodann ist fraglich, ob vertragliche Freizeichnungsklauseln auch die Haftung des Rechtsschutzversicherers aus anderen Rechtsgründen – insbe-

⁵⁶ Zum Ermessen des Gerichts vgl. Urteil des BGer 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 3.1 und 3.2.

⁵⁷ Damit wird eine gerechte Zuweisung von Vertragsrisiken unter Verschuldensgesichtspunkten, namentlich zum Schutz der schwächeren Vertragspartei, bezweckt (Urteil des BGer 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 3.1).

⁵⁸ Urteil des BGer 4A_88/2008 vom 25. August 2008, E. 5.1; BGE 91 I 223 E. III/2c S. 232.

⁵⁹ Vgl. z.B. RUSCH ARNOLD F./BORNHAUSER PHILIP R., Korrektiv zur Freizeichnung von der Hilfspersonenhaftung, in: AJP 10/2010 1228, S. 1229 ff.

⁶⁰ In diesem Sinne BGE 124 III 155 E. 3c S. 165; vgl. auch Urteil des BGer 4A_351/2007 vom 15. Januar 2008, E. 2.3.5; Urteil des AppGer BS vom 7. März 1978 in BJM 1978 305, S. 306 f.

sondere aufgrund eines gesetzlichen Haftungstatbestands ausserhalb des Vertragsrechts – erfasst oder nicht. Mehrheitlich scheint die Lehre die Wirkung einer vertraglichen Freizeichnung für die deliktische Haftung nach Art. 41 OR zu bejahen.⁶¹ Auch das Bundesgericht scheint die Wegbedingung zulassen zu wollen.⁶² Den vertraglichen Freizeichnungen unterliegen dagegen nicht die Haftungen nach Spezialgesetzen, in denen die Haftungsbeschränkung ausdrücklich verboten wird.⁶³ Weil die Geschäftsherrenhaftung nach Art. 55 Abs. 1 OR eine Haftung für eigene Pflichtverletzung des Geschäftsherren – nämlich die Verletzung einer *cura* oder mehrerer *curae* des Geschäftsherren – ist, bestehen für die Freizeichnung die Schranken des Art. 100 OR.⁶⁴ Das ändert aber nichts daran, dass Art. 55 Abs. 1 OR von vornherein nur dort greift, wo ein deliktisches Verhalten zum Schaden geführt hat und Geschäftsherr und Hilfsperson in einem Subordinationsverhältnis zueinander stehen.

- c. Werden im Rahmen eines Auftrages die Dienstleistungen von Angestellten des Beauftragten erbracht, so geht das Bundesgericht davon aus, dass ihn eine vertragliche Organisationspflicht als Teil der auftragsrechtlich geschuldeten Sorgfalt (Art. 398 Abs. 2 OR) trifft.⁶⁵ In der Lehre wird die Organisationspflicht als vertragliche Nebenpflicht qualifiziert, die sich aus dem Gebot von Treu und Glauben ableitet. Die Rechtsschutzversicherung trifft eine solche Organisationspflicht. Sie muss ihre internen Abläufe inklusive integrierter Kontrollen so organisieren und mittels Weisungen konkretisieren, dass ihre Angestellten daran gehindert werden, gegenüber dem Versicherungsnehmer und den versicherten Personen Vertragsverletzungen zu begehen.⁶⁶ Für Verletzungen der Organisationspflicht kann sich der Rechtsschutzversicherer zum Voraus nur in den Grenzen des Art. 100 OR freizeichnen.
- d. Im kauf- und werkvertraglichen Gewährleistungsrecht besteht die Rechtsprechungspraxis des Bundesgerichts, dass eine allgemeine Freizeichnungsklausel die Haftung des Verkäufers oder Unternehmers für zugesi-

⁶¹ Vgl. die Nachweise und die gründliche Auseinandersetzung mit den einschlägigen Argumenten und Gegenargumenten bei ZIRLICK BEAT, Freizeichnung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und -ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Diss. Bern 2003, S. 42 ff.

⁶² Vgl. BGE 120 II 58 E. 3a S. 61; 107 II 161 E. 8b S. 168.

⁶³ Diese gesetzlichen Haftungen knüpfen allerdings an Risiken von Betrieben an, die dem Rechtsschutzversicherer fremd sind (vgl. Art. 40e Abs. 1 EBG, Art. 8 Abs. 1 KHG, Art. 16 Abs. 1 PauRG, Art. 44 PBG, Art. 8 PrHG und Art. 87 Abs. 1 SVG).

⁶⁴ Richtig RUSCH/BORNHAUSER (Fn. 59), S. 1231 ff.

⁶⁵ BGE 124 III 155 E. 3 S. 161 f.; vgl. auch schon BGE 93 II 345 E. 5 S. 353; ebenfalls Urteil des BGER 2P.224/2005 vom 18. April 2006, E. 4.2.3 (Organisationshaftung eines Spitals).

⁶⁶ Vgl. RUSCH/BORNHAUSER (Fn. 59), S. 1233 ff., m.w.H. in Fn. 49 (v.a. die Organisationspflicht der Bank betreffend).

cherte Eigenschaften⁶⁷ der Kaufsache oder des Werks nicht ausschliesst, weil die Käuferin oder die Bestellerin trotz einer solchen Klausel auf Zusicherungen des Verkäufers oder Unternehmers vertrauen darf, soweit der Verkäufer oder der Unternehmer im Vertrag nicht unmissverständlich zum Ausdruck bringt, dass er sich bei seinen Angaben nicht behaften lassen will.⁶⁸ Auf das Auftragsrecht *mutatis mutandis* angewendet, bedeutet diese Rechtsprechung, dass ausdrückliche Zusicherungen des Beauftragten allgemein formulierte Freizeichnungsklauseln im Umfang des Zugesehenen verdrängen.⁶⁹

- e. Geht es um die Haftung eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes, so stellen Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR strenge(re) Freizeichnungsschranken auf (s. S. 150 oben). Das Bundesgericht dehnt den Begriff des «*obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes*» und damit den Anwendungsbereich der beiden genannten Gesetzesnormen in konstanter Rechtsprechung auf die einer Bewilligung im Sinne von Art. 3 BankG⁷⁰ unterliegenden Banken aus.⁷¹ Für das Bundesgericht bestehen nämlich gute Gründe, den Betrieb einer Bank in Übereinstimmung mit der Mehrheit der Lehre der Ausübung eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes gleichzusetzen.⁷² Die Lehre will den Anwendungsbereich des Artikels auch auf andere Träger von Polizeibewilligungen ausdehnen.⁷³ Die Rechtsschutzversicherung bedarf als Schadensversicherung einer Bewilligung der FINMA (Art. 6 VAG; Anhang 1, B17, AVO). Wird die Rechtsschutzversicherung einem obrigkeitlich konzessionierten Gewerbe

⁶⁷ Als Zusicherung gilt jede Erklärung, wonach eine Sache oder ein Werk eine bestimmte, objektiv feststellbare Eigenschaft aufweist, wenn der Käufer oder Besteller nach Treu und Glauben auf diese Angabe vertrauen darf (Urteil des BGer 4A_538/2013 vom 19. März 2014, E. 4.1).

⁶⁸ Vgl. Urteil des BGer 4A_353/2014 vom 19. November 2014, E. 1.3.1; 4C.119/2005 vom 25. August 2005, E. 2.3.

⁶⁹ BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 35.

⁷⁰ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (SR 952.0).

⁷¹ BGE 132 III 449 E. 2 S. 452; 112 II 450 E. 3a S. 455; Urteil des BGer 4A_386/2016 vom 5. Dezember 2016, E. 2.2.4; 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 2.2; 4C.81/2002 vom 1. Juli 2002, E. 2 und 3.

⁷² Urteil des BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 2.1, m.w.H.

⁷³ KUONI ANINA, Haftungsbegrenzung im schweizerischen, deutschen und englischen Recht, Diss. Basel, Zürich 2015, Rz. 147; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3091; SCHMID JÖRG, Freizeichnungsklauseln, in: Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts, Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 313 f.; kritisch BK-WEBER, Art. 100 N 116; SCHWENZER INGEBORG, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 24.06; NOSETTI PASCAL, Die Haftung bei geführten Sportangeboten mit erhöhtem Risiko, Schweizerisches, neuseeländisches und australisches Recht, Diss. Luzern, Zürich 2012, Rz. 641 ff.

i.S. des Art. 100 Abs. 2 und Art. 101 Abs. 3 OR gleichgestellt,⁷⁴ so sind auch die in diesen Gesetzesnormen gezogenen Freizeichnungsgrenzen einschlägig.

- f. Das Bundesgericht hat bis heute die in der Lehre umstrittene Frage offen gelassen, ob im Auftragsrecht ein Haftungsausschluss bereits dem Grundsatz nach unwirksam ist, weil er der im Gesetz statuierten Haftung des Beauftragten für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes widerspricht.⁷⁵ Dazu wird in der Lehre ausgeführt, auch ein Haftungsausschluss für mittlere oder leichte Fahrlässigkeit könne ungültig sein, wenn er der Natur des Geschäftes widerspreche, was insbesondere bei Auftragsverhältnissen zutreffen könne.⁷⁶ Die Mehrheit der Autoren geht aber davon aus, dass die Wegbedingung der Haftung im Rahmen der gesetzlichen Schranken auch im Auftragsrecht möglich sei.⁷⁷
- g. Es ist schliesslich in Erinnerung zu rufen, dass Freizeichnungsklauseln in AVB im Zweifel eng und zuungunsten des Verfassers auszulegen sind.⁷⁸

Hervorzuheben ist an dieser Stelle die Freizeichnungsklausel in den AVB 2017 – Privatpersonen der Dextra, Ziff. 7, bst. f: *«Die Dextra Rechtsschutz AG lehnt jede Haftung für Beratungen, für die keine Rechtspflicht besteht, soweit gesetzlich zulässig ab.»* Mit Bezug auf den vertraglichen Haftungsausschluss für Beratungen des Rechtsschutzversicherers kann auf die vorstehenden Punkte a. bis g. verwiesen werden. Fraglich ist indessen, was unter *«Beratungen, für die keine Rechtspflicht besteht»*, gemeint ist. Handelt es sich dabei um Kulanzleistungen (Gefälligkeiten) des Versicherers in von der Versicherung nicht gedeckten Fällen, die allenfalls unter dem Gesichtspunkt der Vertrauens- oder Deliktshaftung ein Thema sein können?

⁷⁴ Für FUHRER (Fn. 30), Rz. 7.42, betreibt der Versicherer ein obrigkeitlich konzessioniertes Gewerbe.

⁷⁵ Vgl. BGE 124 III 155 E. 3c S. 165; Urteil des BGer 4C.158/2006 vom 10. November 2006, E. 2.3.

⁷⁶ Vgl. GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3096; BSK OR I-WIEGAND, Art. 100 N 6; dazu neuerdings RUSCH ARNOLD F./MAISEN EVA, Schweizerisches Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_369/2015 vom 25. April 2016, A. Ltd. gegen Banque B., Auftrag und Informationspflichten, in: AJP 2016 1395, S. 1403.

⁷⁷ Vgl. BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 34, m.w.H.; BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 513 ff.; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3096.

⁷⁸ BGE 115 II 474 E. 2d S. 479; 118 II 142 E. 1a S. 145; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (Fn. 17), N 1230a; SCHWENZER (Fn. 73), N 24.02.

D. Anwendung von Art. 404 OR?

Gemäss Art. 404 Abs. 1 OR kann der Auftrag von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden. Erfolgt der Widerruf oder die Kündigung zu Unzeit, so ist der zurücktretende Teil zum Ersatze des dem anderen verursachten Schadens verpflichtet (Art. 404 Abs. 2 OR). Die Bestimmung ist nach bundesgerichtlicher Auffassung zwingend.⁷⁹ *«Die Rechtfertigung dieser Regel ist darin zu erblicken, dass der Beauftragte regelmässig eine ausgesprochene Vertrauensstellung einnimmt, es aber keinen Sinn hat, den Vertrag noch aufrechterhalten zu wollen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien zerstört ist.»*⁸⁰ Fraglich ist, ob die Bestimmung auch für den Rechtsschutzversicherungsvertrag gilt. LUTERBACHER will Art. 404 Abs. 1 OR in dem Sinne zur Anwendung bringen, dass der Versicherte *«beim Vorliegen besonderer Umstände»* verlangen kann, dass ihm ein anderer angestellter Anwalt zugewiesen wird.⁸¹ Für diese Auffassung mögen von der Sache her gute Argumente sprechen; ob sie sich mit dem (direkt oder analog angewendeten) Art. 404 Abs. 1 OR, der für das Kündigungsrecht keine *«besonderen Umstände»* voraussetzt, begründen lässt, ist allerdings eine andere Frage. Im Einzelnen:

Der Rechtsschutzversicherungsvertrag, der im Versicherungsfall (auch) eigene juristische Dienstleistungen des Versicherers vorsieht – d.h. den *«Rechtsfall selbst reguliert»*⁸² –, enthält auftragsrechtliche Elemente, die es rechtfertigen, das Auftragsrecht in dem Umfang (mindestens sinngemäss) zur Anwendung zu bringen, als es der Sache nach richtig ist (z.B. Art. 398 Abs. 2 OR betreffend die Sorgfaltshaftung). Gemäss Bundesgericht ist Art. 404 OR auch auf Aufträge mit einer festen Dauer zur Anwendung zu bringen, und diese Gesetzesnorm soll sowohl für reine Auftragsverhältnisse als auch für gemischte Verträge gelten, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien Art. 404 OR als sachgerecht erscheint.⁸³ Ungeachtet der juristischen Qualifikation des Versicherungsvertrages ist die sinngemässe Anwendung der auftragsrechtlichen Kündigungsnorm angezeigt, soweit es um Dienstleistungen i.S. des Art. 394 Abs. 1 OR geht, die der Versicherer im Versicherungs-

⁷⁹ BGE 115 II 464 E. 2a/dd S. 467 f.; vgl. auch Urteil des BGer 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2; zur Vertragskündigung zur Unzeit vgl. Urteil des BGer 4A_152/2016 vom 26. August 2016, E. 6 (Versicherungsmaklervertrag); 4A_601/2015 vom 19. April 2016, E. 1.2 und 2 (Unterrichtsvertrag).

⁸⁰ BGE 104 II 108 E. 4 S. 115 f.

⁸¹ LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.201; vgl. auch POLTERA (Fn. 31), S. 202.

⁸² LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.43.

⁸³ Urteil des BGer 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, E. 3.5.1; 4A_141/2011 vom 6. Juli 2011, E. 2.2, je m.w.H. Zur Anwendung des Bundesgerichts von Art. 404 OR auf Dauerverträge vgl. GAUCH PETER, Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: SJZ 101/2005, S. 520 ff.

fall erbringt, und sofern diese Dienstleistungen gegenüber den anderen vertraglichen Versicherungsleistungen nicht bloss nebensächlich sind.⁸⁴ In diesem Fall steht der versicherten Person in sinngemässer Anwendung von Art. 404 Abs. 1 OR das Recht zu, jederzeit auf die Dienstleistungen zu verzichten und für den versicherten Fall anderweitig – freilich auf eigene Kosten – juristische Beratung einzuholen.⁸⁵ Der Verzicht auf juristische Dienstleistungen des Versicherers bedeutet keine Kündigung des Rechtsschutzversicherungsvertrages, weswegen er auch keine Auswirkungen auf die Pflicht des Versicherungsnehmers zur Leistung fälliger Prämien hat. Für die Kündigung des Rechtsschutzversicherungsvertrages, die grundsätzlich dem Versicherungsnehmer vorbehalten bleibt, ist Art. 404 OR nicht einschlägig.⁸⁶ Vielmehr richtet sie sich nach den einschlägigen vertraglichen Klauseln, wobei die Kündigung aus wichtigen Gründen stets möglich und zulässig sein muss.⁸⁷ Jenseits des Verzichts hat die versicherte Person auch das Recht, die juristischen Dienstleistungen des Versicherers abzulehnen, wenn er aufgrund des Gesetzes oder seines Versicherungsvertrages einen Anspruch hat, auf Kosten des Versicherers einen unabhängigen Anwalt zu konsultieren (dazu S. 156 ff. unten).

Das Recht der versicherten Person, im Versicherungsfall auf die vertraglich vorgesehenen juristischen Leistungen des Versicherers zu verzichten, befreit den Versicherer von der Erbringung dieser Leistungen. Der Verzicht darf von Vertrages wegen nicht zur Vertragsverletzung gemacht werden (z.B. indem die Annahme und Duldung der juristischen Dienstleistungen des Versicherers und die Unterlassung eigener Rechtshandlungen zur vertraglichen Pflicht der versicherten Personen erhoben werden) und auch sonst keine nachteiligen Folgen für die versicherte Person haben, welche das Recht auf Leistungsverzicht vereiteln würden (z.B. Konventionalstrafen). Ob die versicherte Person das Recht hat, vom Versicherer zu verlangen, dass er ihr für die Erbringung der juristischen Dienstleistungen einen anderen als den vorgesehenen (angestellten) Juristen oder Anwalt stellt, hängt zunächst vom Versicherungsvertrag ab. Mit LUTERBACHER ist davon auszugehen, dass die versicherte Person – wohl aufgrund der vertraglichen Treuepflicht des Versicherers – *«beim Vorliegen besonderer Umstände»* fordern darf, dass ihm ein anderer angestellter Anwalt oder Jurist zugewiesen wird.⁸⁸

⁸⁴ Solche nebensächlichen Dienstleistungen sind beispielsweise die juristische Beratung, die ein Haftpflichtversicherer im Rahmen der Abwehr als unbegründet erachteter Ansprüche Dritter gegen den Versicherten erbringt.

⁸⁵ Soweit dem Rechtsschutzversicherer Vollmachten erteilt worden sind, können diese ebenfalls jederzeit widerrufen werden (Art. 34 Abs. 1 OR).

⁸⁶ Vgl. statt mancher BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 60.

⁸⁷ Vgl. statt vieler BGE 138 III 304 E. 7 S. 319, m.w.H.

⁸⁸ LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.201; vgl. auch POLTERA (Fn. 31), S. 202.

Kontrovers behandelt wird die Frage, ob sich der Versicherte auf das jederzeitige Kündigungsrecht nach Art. 404 OR berufen kann.⁸⁹ Gemäss LUTERBACHER soll dieses Recht auch dem Versicherten zustehen, weil *«auch der Versicherte in eine Lage kommen kann, wonach die Weiterführung der geschuldeten Dienstleistung für ihn unzumutbar ist. Dem Versicherten ist daher ebenso wie dem Versicherten das jederzeitige Widerrufsrecht nach Art. 404 OR zu gewähren»*.⁹⁰ Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Die Vertragskündigung aus wichtigen Gründen ist gemäss der (richtigen) Rechtsprechung des Bundesgerichts stets möglich, wenn die Fortsetzung des Vertrages bzw. die Bindung an den Vertrag für die kündigende Partei unzumutbar geworden ist.⁹¹ Dafür braucht es Art. 404 OR, welcher für die Kündigung keine materiellen Anforderungen (wie Unzumutbarkeit der Vertragserfüllung) stellt, nicht. Zweitens passt das Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR auf den Rechtsschutzversicherungsvertrag nicht. Das ergibt sich schon aus dem VVG, welcher die Vertragskündigung i.S. von Kündigungsgründen, -beschränkungen und -verboten in mehreren Bestimmungen regelt (vgl. z.B. Art. 3a, 6, 8, 21, 42, 47 und 54 Abs. 3 VVG). Alle diese gesetzlichen Kündigungsregeln wären überflüssig, wenn Art. 404 OR mit seiner jederzeitigen, fristlosen und ohne Vorliegen besonderer Gründe erlaubten Kündigung auf den Versicherungsvertrag zur Anwendung gebracht werden würde.

IV. Beizug eines Anwalts

A. Allgemeines

Von Gesetzes wegen kann der Rechtsschutzversicherer die vertraglich geschuldeten Rechtsdienstleistungen durch eigene Angestellte erbringen, ausser das Gesetz schreibe vor, dass der versicherten Person zwingend die freie Wahl einer rechtlichen Vertretung eingeräumt werden muss. Einschlägig sind dafür zwei zwingende Gesetzesbestimmungen:

- a. Gemäss Art. 32 VAG muss der Komposit-Versicherer (S. 138 und 143 oben), der die Erledigung von Schadenfällen nicht einem rechtlich selbständigen Unternehmen (Schadenregelungsunternehmen) übertragen hat, den Versicherten das Recht zugestehen, die Verteidigung ihrer Interessen, sobald sie das Tätigwerden des Versicherungsunternehmens auf Grund des Versicherungsvertrags verlangen können, einem unabhängigen Rechtsanwalt oder einer unabhängigen Rechtsanwältin ihrer Wahl oder, soweit

⁸⁹ Verneinend FUHRER (Fn. 29), S. 73 und REYMOND (Fn. 39), S. 13.

⁹⁰ LUTERBACHER (Fn. 25), S. 268.

⁹¹ Vgl. statt vieler BGE 138 III 304 E. 7 S. 319, m.w.H.

der anwendbare Verfahrenserlass es gestattet, einer anderen Person zu übertragen, welche die vom erwähnten Erlass geforderte Qualifikation erfüllt.⁹² Mit anderen Worten stellt Art. 32 Abs. 1 VAG den Komposit-Versicherer bezüglich der Rechtsschutzversicherung vor die Wahl: entweder die Schadenregulierung auszulagern oder den Rechtsschutzversicherten die freie Anwaltswahl zu gewährleisten. Damit bezweckt der Gesetzgeber «*die Ausschaltung von Interessenkonflikten, denen der Rechtsschutzversicherer bei der Erledigung von Rechtsfällen, zu deren Deckung er sich mit dem Versicherungsvertrag verpflichtet hat, ausgesetzt sein kann. Interessenkonflikte können insbesondere dann auftreten, wenn zwischen der Rechtsschutzversicherung und anderen Versicherungszweigen ein widerrechtlicher Austausch von Versicherungsdaten stattfindet*».⁹³

- b. Art. 167 Abs. 1 AVO, der nicht nur für Komposit-Versicherer, sondern für jeden Rechtsschutzversicherer gilt,⁹⁴ ordnet an, dass der Rechtsschutzversicherungsvertrag der versicherten Person in zwei Fällen die freie Wahl einer rechtlichen Vertretung, welche die Qualifikation des auf das Verfahren anwendbaren Rechts erfüllt, eingeräumt werden muss, nämlich a) wenn im Hinblick auf ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren ein Rechtsvertreter oder eine Rechtsvertreterin eingesetzt werden muss (Anwaltsmonopol⁹⁵) oder b) im Falle von Interessenkollisionen.⁹⁶ Gemäss Art. 167 Abs. 3 AVO muss der Rechtsschutzversicherer (oder das Schadenregelungsunternehmen) die versicherte Person im Falle einer Interessenkollision auf ihr Recht auf freie Wahl eines Anwalts hinweisen. Von einer Interessenkollision ist beispielsweise dann auszugehen, wenn der Rechtsschutzversicherer in Streitigkeiten ihrer Versicherten gegen ein

⁹² Zur Frage der Anwendung von Art. 31 Abs. 1 VAG auf den im Komposit-Versicherungskonzern vollintegrierten Rechtsschutzversicherer vgl. Fn. 25 oben.

⁹³ BBl 2003 3789, S. 3823.

⁹⁴ Gemeint sind sowohl der rechtlich, strukturell und wirtschaftlich selbständige (reine) Rechtsschutzversicherer als auch der rechtlich zwar selbständige, aber wirtschaftlich abhängige Rechtsschutzversicherer als Tochtergesellschaft eines Komposit-Versicherungskonzerns, welcher über weitere Tochtergesellschaften auch andere Zweige der Schadensversicherungen betreibt (in diesem Sinne wohl auch BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 36 und 58 (mit den Beispielen eines zwischen Rechtsschutzversicherer und Mutter- oder Schwestergesellschaft möglichen Interessenkonflikts).

⁹⁵ Dazu BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 61 ff. und 66 ff.

⁹⁶ Sehr ausführlich zum Begriff des Interessenkonflikts des Versicherers, welcher vertraglich zur Interessenwahrung des Versicherten in einem Schadenfall verpflichtet ist, vgl. CHAPPUIS BENOIT, Les conflits d'intérêts de l'assureur, en particulier lors de la représentation de l'assuré dans la résolution d'un sinistre, in: Werro Franz/Pichonnaz Pascal (Hrsg.), Les relations entre la responsabilité civile et les assurances privées. Colloque du droit de la responsabilité civile 2015, Bern 2016, S. 1 ff.; vgl. auch GUYAZ (Fn. 35), S. 155 ff.

anderes Versicherungsunternehmen desselben Konzerns Leistungen erbringen muss.⁹⁷

Nur in diesen Fällen, in denen von Gesetzes wegen ein Anwalt beigezogen werden muss, gewährt das Gesetz dem Versicherten auch das Recht, diesen frei auszuwählen. Die freie Anwaltswahl wird aber in Art. 167 Abs. 2 AVO eingeschränkt: Der Versicherungsvertrag kann vorsehen, dass der Versicherer die vom Versicherten gewählte Person ablehnen darf. Der Versicherte hat dann das Recht, dem Versicherer drei andere Rechtsvertreter vorzuschlagen, von denen der Versicherer einen akzeptieren muss. Die Möglichkeit, das Vorschlagsrecht des Versicherten einzuschränken, ist im Gesetz nicht vorgesehen. Trotzdem finden sich in verschiedenen Versicherungsbedingungen Einschränkungen betreffend die Wahl, z.B., dass die drei Anwälte im betreffenden Gerichtskreis tätig sein müssen oder dass sie nicht in derselben Kanzlei tätig sein dürfen:

- CAP Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft AG, Allgemeine Bedingungen (AB) privaLex Global-Rechtsschutz, Ausgabe 06.2016, Art. 11: *«Wenn die CAP den vorgeschlagenen Rechtsvertreter nicht akzeptiert, hat der Versicherte das Recht, drei andere Rechtsvertreter aus verschiedenen Anwaltskanzleien vorzuschlagen, von welchen einer durch die CAP angenommen werden muss.»*
- AXA-ARAG, Allgemeine Vertragsbedingungen Rechtsschutzversicherung BASIC/OPTIMA, Ausgabe 10.2016, A11 Ziff. 43: *«Kann keine Einigung über den beizuziehenden Rechtsvertreter erzielt werden, wählt die AXA-ARAG einen von drei Rechtsvertretern aus, welche die versicherte Person vorschlägt. Diese dürfen nicht derselben Anwaltskanzlei bzw. -gemeinschaft angehören oder in anderer Weise untereinander verbunden sein.»*
- DAS, Rechtsschutz für Privatpersonen, AVB P 2015, Art. 16 Z 5: *«Sie haben das Recht, einen Anwalt zu wählen bei einer Interessenkollision oder falls im Hinblick auf ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren ein Anwalt eingesetzt werden muss. Lehnen wir diesen ab, können Sie drei andere Anwälte aus verschiedenen Kanzleien vorschlagen, von denen wir*

⁹⁷ Urteil des VerwGer BE vom 2. November 2010 in BVR 2011 306, S. 312, E. 3.4.2. Vgl. aber auch die zutreffende Erwägung im Urteil des OGer TG vom 4. Mai 2010 in RBOG 2010 154, S. 157, E. 4: *«Allein in der Tatsache, dass eine Rechtsschutzversicherung den Interessen des Versicherten institutionell gegenläufige Interessen hat, kann demnach vor dem Hintergrund von Art. 161 AVO keine Interessenkollision liegen, welche zur freien Wahl eines Vertreters berechtigt. Vielmehr muss nach Abs. 3 zu dieser vorbestehenden Interessenkollision eine anders gelagerte, konkretere Interessenkollision hinzutreten, wie dies etwa der Fall ist, wenn in einen Schadenfall mehrere Personen verwickelt sind, die gleichzeitig durch verschiedene Policen bei der gleichen Rechtsschutzversicherung versichert sind.»*

einen auswählen. Wir empfehlen Ihnen gerne auch einen geeigneten Spezialisten. Wünschen Sie einen Anwalt ausserhalb des Gerichtskreises, gehen die Mehrkosten zu Ihren Lasten.»

Ob solche Einschränkungen mit Art. 167 AVO vereinbar sind, ist umstritten. Die Zulässigkeit der Beschränkung auf einen Gerichtskreis wird in der Literatur mehrheitlich verneint.⁹⁸ Dagegen erachtet es eine Vielzahl von Autoren als zulässig zu verlangen, dass die drei gewählten Personen einerseits nicht derselben Kanzlei angehören dürfen und andererseits nicht der gleichen Kanzlei wie der vom Versicherer abgelehnten Person angehören dürfen.⁹⁹ Unklar äussert sich in diesem Zusammenhang FUHRER, der einerseits ausführt: *«Im Rahmen von Art. 167 AVO kann das freie Wahlrecht des Versicherten bei der Zusammenstellung der Dreierliste (z.B. auf Anwälte, die nicht der gleichen Kanzlei wie der vom Versicherer abgelehnte angehören oder die im gleichen Gerichtsbezirk tätig sind) nicht eingeschränkt werden.»*¹⁰⁰ Und andererseits: *«Der Vertrag sollte deshalb vorsehen können, dass der Versicherte drei Anwälte vorschlägt, die weder in der gleichen Kanzlei noch in jener des zuerst vom Versicherer abgelehnten Anwalts tätig sind.»*¹⁰¹

Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 32 VAG und Art. 167 AVO richtet sich die Frage, ob ein Anwalt hinzugezogen wird und wer diesen auswählt, nach dem einzelnen Versicherungsvertrag und subsidiär nach dem Gesetz (Art. 398 f. OR). So kann der Entscheid, ob ein Anwalt zu beauftragen ist, in das Ermessen des Versicherers gestellt werden. Zudem können die AVB vorsehen, dass der Versicherer den Anwalt selbst wählt.¹⁰² Von gewissen Autoren wird gefordert, die freie Anwaltswahl nicht auf die Fälle in Art. 167 Abs. 1 AVO zu beschränken, sondern in jedem Fall zu gewähren, in welchem ein Anwalt zu bezeichnen ist.¹⁰³ Vgl. z.B.:

- AXA-ARAG, Allgemeine Vertragsbedingungen Rechtsschutzversicherung BASIC/OPTIMA, Ausgabe 10.2016, A11 Ziff. 3: *«Beizug eines Anwalts: Die AXA-ARAG entscheidet, ob es notwendig ist, einen Anwalt beizuziehen.»* Ziff. 31: *«Die AXA-ARAG schlägt der versicherten Person einen geeigneten Anwalt vor.»* Zu beachten in diesem Zusammenhang ist A11 Ziff. 11: *«[...]die AXA-ARAG haftet in keiner Art und Weise für die Auswahl und Beauftragung eines Anwalts oder Dolmetschers sowie für die rechtzeitige Übermittlung von Informationen oder Geldzahlungen.»*

⁹⁸ LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.190; BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 43.

⁹⁹ GROLIMUND (Fn. 26), S. 349; a.M. POLTERA (Fn. 31), S. 202.

¹⁰⁰ FUHRER (Fn. 30), Rz. 21.12.

¹⁰¹ BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 43.

¹⁰² LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.194; FUHRER (Fn. 30), Rz. 21.13; GROLIMUND (Fn. 27), S. 133.

¹⁰³ Vgl. dazu BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 30.

- Dextra, AVB 2017 – Privatpersonen, Ziff. 7, c): *«Die Dextra Rechtsschutz AG berät die versicherte Person und leitet im Einvernehmen mit ihr die geeigneten Massnahmen ein. Sofern damit keine Mehrkosten verursacht werden, kann die versicherte Person der Dextra Rechtsschutz AG jederzeit ihre eigene Vertretung vorschlagen. Der Rechtsvertreter ist vom Berufsgeheimnis zu entbinden.»*
- Fortuna, AVB, für die Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, Ausgabe 2016, C1, Art. 2: *«Nach Anmeldung eines Schadenfalls bespricht Fortuna mit der versicherten Person das weitere Vorgehen. Fortuna behält sich in jedem Fall vor, aussergerichtliche Verhandlungen durch ihren eigenen Rechtsdienst zu führen, bevor ein externer Anwalt beigezogen wird. Fortuna ist berechtigt, hierzu auch andere Vertreter zu bevollmächtigen.»*
- ORIONPRIVATE, AVB, D5, Ziff. 2: *«Orion bestimmt das zugunsten des Versicherten einzuschlagende Vorgehen.[...]. Sie entscheidet über den Beizug eines Anwaltes oder Mediators sowie über die Erstellung von Gutachten. Sie kann die Kostengutsprache inhaltlich und betraglich beschränken. Der Versicherte verpflichtet sich, keinen Vertreter zu beauftragen, ohne vorgängig von Orion eine schriftliche Zustimmungserklärung erhalten zu haben [...].»*

In der Praxis führen alle Rechtsschutzversicherer Listen von Anwälten, die sie für die Interessenwahrung der Versicherten in den versicherten Fällen bevorzugen. Diese Anwälte werden oft als Partneranwälte bezeichnet.¹⁰⁴ Solange die Versicherer ihre Versicherten auf das Recht, den Anwalt nach Massgabe von Art. 167 AVO frei wählen zu können, hinweisen und ihnen erlauben, von der eigenen Anwaltsempfehlung abzuweichen, ist gegen diese Praxis nichts einzuwenden.¹⁰⁵ Im Gegenteil: Häufig dürften Versicherte keine Kenntnisse des Anwaltsmarktes haben und auch nicht im Bilde darüber sein, welcher Anwalt für ihre Bedürfnis geeignet ist, während die Versicherer über ausgedehnte Kontakte und Erfahrungen mit Anwälten verschiedener Spezialisierungen verfügen. Empfiehlt der Versicherer dem Versicherten Partneranwälte, so trifft ihn selbstverständlich die vertragliche Pflicht, nur solche zu empfehlen, die für die Interessenwahrung im konkreten Mandat geeignet sind. Problematisch an dieser Praxis ist nur, dass nicht wenige Anwälte, die von den Rechtsschutzversicherern regelmässig Mandate «erhalten», diesen Versicherern wirtschaftlich verfallen sind und deswegen ihnen gegenüber ihre Unabhängigkeit bis zu einem gewissen Grad einbüssen. Mit der vertraglichen Treuepflicht unvereinbar scheint es auch, wenn der Versicherer im Anwendungsbereich von Art. 167 AVO den vom Versicherten vorgeschlagenen

¹⁰⁴ Illustrativ: Urteil des BGH IV ZR 215/12 vom 4. Dezember 2013 in NJW 2014, 630 ff.

¹⁰⁵ Kritischer BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 71 ff.

Anwalt allein deswegen ablehnt, weil dieser Anwalt nicht auf der Liste seiner «Partneranwälte» aufgeführt ist.

B. Qualifikation der Rechtsverhältnisse

Für die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zum Anwalt ist massgebend, wer den Anwalt in wessen Namen beauftragt. Das Gesetzesrecht enthält diesbezüglich weder verbindliche Vorgaben noch dispositive Regeln und auch die meisten AVB schaffen diesbezüglich keine Klarheit. Im Zuge der Totalrevision des VVG sollte in Art. 97 Abs. 3 des Gesetzesentwurfs klargestellt werden, «*dass die Beauftragung der Rechtsvertretung künftig nur noch durch die versicherte Person erfolgen kann*». ¹⁰⁶ Damit sollte «*die jahrelange Unsicherheit darüber, wer Vertragspartner der Anwältin oder des Anwalts ist, beseitigt und insbesondere dem Umstand Rechnung getragen [werden], dass beim anwaltlichen Mandatsverhältnis das Vertrauen zwischen Anwältin oder Anwalt und Klientschaft im Mittelpunkt steht*». ¹⁰⁷ Mit dem Scheitern der Totalrevision gilt *de lege lata* folglich weiterhin, dass die Beauftragung des Anwalts sowohl durch den Versicherer als auch durch den Versicherten selbst möglich ist. Die für die Vornahme von Rechtshandlungen im Namen des Versicherten erforderliche Vollmacht ist grundsätzlich immer beim Versicherten einzuholen. ¹⁰⁸

Früher schrieben offenbar die meisten Rechtsschutzversicherer in ihren AVB vor, dass die Mandatierung eines Anwalts dem Versicherer vorbehalten ist. ¹⁰⁹ Heute zeigt sich ein anderes Bild: Eine Analyse der AVB mehrerer Rechtsschutzversicherer offenbart, dass in nicht wenigen AVB die Beauftragung des Rechtsvertreters durch den Versicherten selbst vorgesehen ist (dazu sogleich). Andere Versicherungen sehen in ihren AVB weiterhin vor, dass allein der Rechtsschutzversicherer den Anwalt beauftragt (dazu S. 170 ff. unten). Teilweise wird die Frage, wer den Anwalt beauftragt, in den AVB gewisser Versicherer überhaupt nicht geregelt. Im Einzelnen:

1. Beauftragung des Anwalts durch den Versicherten

Die AVB gewisser Versicherer sehen ausdrücklich vor, dass der Anwalt durch den Versicherten mandatiert wird:

¹⁰⁶ BBl. 2011 7705, S. 7795.

¹⁰⁷ BBl. 2011 7705, S. 7795.

¹⁰⁸ GROLIMUND (Fn. 26), S. 350.

¹⁰⁹ LUTERBACHER (Fn. 25), S. 311; FUHRER (Fn. 29), S. 99; BBl. 2011 7705, S. 7794.

- AXA-ARAG, Allgemeine Vertragsbedingungen Rechtsschutzversicherung BASIC/OPTIMA, Ausgabe 10.2016, A11 Ziff. 32: *«Die versicherte Person mandatiert und bevollmächtigt den Anwalt.»*
- Basler Versicherung, Kombiversicherung für den Privathaushalt, Produktinformation und Vertragsbedingungen, Ausgabe 2015, S13: *«Freie Wahl des Anwaltes: Wenn der Versicherte es verlangt, so kann er, nach entsprechender Meldung an die Assista, einen örtlich zuständigen Anwalt frei wählen und beauftragen, sofern der Beizug eines Anwaltes für die Interessenwahrung des Versicherten zu diesem Zeitpunkt notwendig ist.»*

Beauftragt der Versicherte den Anwalt, so entsteht zwischen ihm und dem Anwalt ein Auftrag gemäss Art. 394 ff. OR (Anwaltsvertrag). Auftraggeber ist somit einzig der Versicherte. Zwischen Versicherer und Anwalt entsteht kein vertragliches Verhältnis. Nur der Versicherte wird somit Schuldner des Honorars.¹¹⁰ Fraglich ist nur, ob der Versicherer aufgrund einer Kostengutsprache (auch oder ausschliesslich) zum Schuldner des Honorars wird (dazu sogleich).

Da nur der Versicherte Auftraggeber des Anwalts ist, ist auch nur er befugt, dem Anwalt Weisungen zu erteilen. Die Verfahrenshoheit liegt zumindest insofern beim Versicherten, als dass dem Versicherer gegenüber dem Anwalt kein direktes Weisungsrecht zukommt. Der Versicherte wird aber einerseits aufgrund der Schadensminderungspflicht, die ihm obliegt (Art. 61 VVG), und andererseits durch die AVB des Rechtsschutzversicherers in seiner Verfahrenshoheit zumindest *de facto* deutlich eingeschränkt. AVB können Genehmigungsvorbehalte des Versicherers und verfahrensleitende Kompetenzzuweisungen vorsehen. Kommt der Versicherte diesen Obliegenheiten nicht nach, kann dies zu einer Kürzung oder Streichung der Versicherungsleistung (oft: der Kostendeckung) führen (dazu auch S. 166 ff. unten).¹¹¹

- CAP Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft AG, Allgemeine Bedingungen (AB) privaLex Global-Rechtsschutz, Ausgabe 06.2016, Ziff. 10 c): *«Der Versicherte verpflichtet sich, keinen Rechtsvertreter zu beauftragen, kein Verfahren einzuleiten, keinen Vergleich abzuschliessen, kein Rechtsmittel zu ergreifen ohne die Zustimmung der CAP eingeholt zu haben sowie der CAP alle den Schadenfall betreffenden Unterlagen zu übermitteln. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, kann die CAP ihre Leistungen verweigern, sofern die Verletzung den Umständen nach nicht unverschuldet ist.»*
- Protekta, Kundeninformationen und Allgemeine Bedingungen, Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, RSP Ausgabe 04.2013, Ziff. 29.4: *«Wird einem Anwalt das Mandat erteilt oder entzogen, werden Rechts-*

¹¹⁰ FUHRER (Fn. 29), S. 74.

¹¹¹ FUHRER (Fn. 29), S. 100; LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.202.

massnahmen getroffen oder erfolgt ein Weiterzug, bevor die Protokta ihre Genehmigung erteilt hat, so kann sie den Kostenersatz vollumfänglich ablehnen.»

a) Kostengutsprache

Im Versicherungsfall vergütet der Versicherer Geldleistungen in rechtlichen Angelegenheiten für den Versicherten nach Massgabe des Vertrages (Art. 161 Abs. 1 AVO). Von Gesetzes wegen zwar nicht vorgesehen, aber durchaus praktiziert wird die sogenannte Kostengutsprache, mit welcher der Versicherer gegenüber dem Versicherten erklärt, die versicherten Kosten in einem konkreten Fall zu übernehmen.¹¹² Ob ein Anspruch auf Abgabe einer Kostengutsprache besteht, hängt gemäss Bundesgericht vom konkreten Versicherungsvertrag ab. Es muss im Einzelfall zuerst geklärt werden, ob der Versicherungsvertrag überhaupt einen Anspruch darauf gibt, im Vorfeld eines Prozesses eine Kostengutsprache zu erhalten, oder ob die Versicherung nur verpflichtet ist, im Nachhinein die Kosten zu tragen. Falls ein Anspruch auch auf Kostengutsprache dem Grundsatz nach besteht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob dessen Voraussetzungen im Einzelnen erfüllt sind oder nicht.¹¹³ Sieht der Versicherungsvertrag vor, dass der Versicherte vor Beauftragung des Anwaltes die Zustimmung sowie eine Kostengutsprache des Versicherers einzuholen hat,¹¹⁴ besteht ein Anspruch des Versicherten auf Kostengutsprache, wenn die vertraglichen Voraussetzungen für den Bezug eines Anwalts gegeben sind. Nach zutreffender Auffassung hat der Versicherer aber auch in Fällen, in denen der Versicherungsvertrag keine Regelung der Kostengutsprache enthält, die Pflicht, innert nützlicher Frist die Deckungszusage zu erteilen oder die Deckung abzulehnen.¹¹⁵ Bezüglich der Frage der Deckung besteht nach bundesgerichtlicher Auffassung nämlich ein gerichtlich durchsetzbarer Feststellungsanspruch des Versicherten.¹¹⁶

Die Kostengutsprache stellt eine Zusicherung des Rechtsschutzversicherers dar, allfällig später entstehende, mit der Rechtsverfolgung in einem konkreten Fall verbundene Kosten zu übernehmen.¹¹⁷ Ihre rechtliche Natur wird in der Lehre kontrovers behandelt. Richtet sich die Kostengutsprache des Versicherers *nur an den Versicherten*, handelt es sich um eine interne Schuldüber-

¹¹² POLTERA (Fn. 31), S. 66.

¹¹³ BGE 119 II 368 E. 3 S. 371.

¹¹⁴ So z.B. in Ziff. D2 der AVB vom August 2016 des Beobachter Rechtsschutzes.

¹¹⁵ Vgl. z.B. GUYAZ (Fn. 35), S. 163.

¹¹⁶ So auch BGE 132 III 726 E. 2.6 S. 729.

¹¹⁷ POLTERA (Fn. 31), S. 66.

nahme nach Art. 175 OR.¹¹⁸ Der Versicherer verspricht dem Versicherten, die Schuld zu übernehmen. Der Gläubiger, also der Anwalt, ist davon nicht betroffen.¹¹⁹ Dem externen Anwalt entsteht folglich kein Anspruch gegenüber dem Versicherer.¹²⁰ Umstritten ist, ob es sich um eine externe Schuldübernahme nach Art. 176 OR oder um eine kumulative Schuldübernahme (Schuldbeitritt) handelt, wenn der Versicherer – was in der Praxis oft der Fall ist – die *Kostengutsprache an den Anwalt abgibt oder akzeptiert, dass der Versicherte dem Anwalt von der Kostengutsprache Mitteilung macht*. Die Rechtsfolgen sind für den Anwalt von grosser Bedeutung: Ist von einer externen Schuldübernahme auszugehen, kann der Anwalt seinen Anspruch nur gegenüber dem Versicherer geltend machen, bei der Annahme einer kumulativen Schuldübernahme haften Versicherer und Versicherter dem Anwalt solidarisch.

- a. FUHRER vertritt die Meinung, dass die an den Anwalt gerichtete Kostengutsprache als Antrag des Versicherers an den Anwalt auf externe Schuldübernahme i.S.v. Art. 176 Abs. 2 OR zu qualifizieren sei. Der Anwalt nehme diesen Antrag nach Art. 176 Abs. 3 OR durch die Tätigkeit im Interesse des Versicherten zumindest konkludent an. Die interne Schuldübernahme wandle sich daher durch die Bekanntgabe an den Anwalt in eine externe um. Der Versicherer werde somit im Rahmen der Begrenzung der Kostengutsprache zum alleinigen Schuldner des Anwalts.¹²¹ Diese Rechtsfolge könne der Versicherer nur verhindern, indem er bei der Mitteilung der internen Schuldübernahme an den Anwalt einen entsprechenden Vorbehalt anbringe oder auf andere Weise den Beweis führe, dass der Anwalt gemäss Vertrauensprinzip von einem solchen Willen ausgehen müsse.¹²²
- b. Andere Autoren qualifizieren die Kostengutsprache als kumulative Schuldübernahme. So führt GROLIMUND aus, es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Anwalt mit Entgegennahme der Kostengutsprache seinen Klienten aus der Haftung für das Honorar entlassen wolle.¹²³ Für GUYAZ ist in jedem Fall durch Auslegung der Absprache zwischen Versicherer und Anwalt zu ermitteln, ob eine Schuldübernahme oder ein Schuldbeitritt beabsichtigt war, wobei folgende Zweifelsfallregel gelten sollte: *«Dans le doute, en ce qui concerne l'assurance de protec-*

¹¹⁸ Vgl. LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.171; BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 68 und 71.

¹¹⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3567.

¹²⁰ FUHRER (Fn. 29), S. 75; BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 68 und 71.

¹²¹ FUHRER (Fn. 30), Rz. 21.16; DERS. (Fn. 29), S. 77; auch BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 72; wohl auch LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.177.

¹²² FUHRER (Fn. 29), S. 77, Fn. 25.

¹²³ GROLIMUND (Fn. 26), S. 350.

*tion juridique, c'est donc une présomption en faveur de la reprise de dette cumulative qui doit prévaloir».*¹²⁴

- c. REYMOND erblickt schliesslich in der Kostengutsprache ein Schuldversprechen des Versicherers gegenüber dem Versicherten zugunsten des Anwalts i.S. des Art. 112 Abs. 2 OR (echter Vertrag zugunsten Dritter), wobei auch dort der Versicherte weiterhin – und fortan solidarisch mit dem Versicherer – verpflichtet bleibt.¹²⁵

Die Frage ist vom Bundesgericht soweit ersichtlich bisher noch nicht entschieden worden. In einem Entscheid vom 9. April 2015 befasste sich das Obergericht des Kantons Zürich mit der Qualifikation der Kostengutsprache. Die dem Entscheid zugrunde liegende Kostengutsprache des Versicherers an den Anwalt qualifizierte das Obergericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz als private Schuldübernahme.¹²⁶ Der Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich wurde an das Bundesgericht weitergezogen, wobei die Frage der Qualifikation der Kostengutsprache im Entscheid offen blieb.¹²⁷

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang sind die AVB der AXA-ARAG, welche zur Kostengutsprache folgende Klausel enthalten: «*Kostengutsprache: Die AXA-ARAG kann ihre Kostengutsprache für Leistungen gemäss A4.2 und A4.3 befristen, mit Bedingungen oder Auflagen versehen sowie auf einen Verfahrensabschnitt oder einen bestimmten Betrag beschränken. Die Mitteilung der versicherten Person an den Anwalt, dass Kostengutsprache erfolgt ist, begründet keinen Antrag auf Schuldübernahme.*»

Zulässig ist es, die Kostengutsprache zu befristen oder zu beschränken, beispielsweise auf die vereinbarte Versicherungssumme, auf bestimmte Handlungen (z.B. auf aussergerichtliche Vergleichsverhandlungen) oder Verfahren (z.B. auf den erstinstanzlichen Prozess).¹²⁸ Mit der Kostengutsprache anerkennt der Versicherer seine Leistungspflicht, was die Verjährung der entsprechenden Ansprüche des Versicherten gegen den Versicherer unterbricht (Art. 135 Ziff. 1 OR).¹²⁹ Umstritten ist, ob der Versicherer in seiner Kosten-

¹²⁴ GUYAZ (Fn. 35), S. 166.

¹²⁵ BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 82 ff.; REYMOND (Fn. 39), S. 16 f.

¹²⁶ Urteil des OG ZH vom 9. April 2015 (Geschäfts-Nr.: NP140016), E. 6 S. 15.

¹²⁷ Im Urteil des BGer 4A_224/2015 vom 24. August 2015, E. 2, erhob der Beschwerdeführer die Frage nach der Rechtsnatur der Kostengutsprache und legte dar, Kostengutsprachen von Rechtsschutzversicherungen seien grundsätzlich als kumulative Schuldübernahmen zu qualifizieren. Weil der notwendige Streitwert nicht erreicht wurde und sich auch keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellte, trat das Bundesgericht indessen auf die Beschwerde in Zivilsachen nicht ein.

¹²⁸ BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 73; GUYAZ (Fn. 35), S. 163.

¹²⁹ Das gilt grundsätzlich auch für die auf einzelne Verfahren oder Verfahrensschritte beschränkte Kostengutsprachen (BGE 119 II 368 E. 7 S. 376 ff.): «*Die Gutsprache für die Kosten der aussergerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs unterbricht*

gutsprache auch Begrenzungen betreffend die Höhe der Honorarsätze oder für einzelne Verfahren oder Verfahrensschritte eine Maximalpauschale vorsehen darf.¹³⁰ Nach zutreffender Auffassung verletzt der Rechtsschutzversicherer jedenfalls dann seine vertraglichen Pflichten, wenn er seine Kostengutsprache summenmässig so beschränkt, dass es dem Anwalt nicht möglich ist, unter Einhaltung der Kostenvorgabe seinen Auftrag sorgfältig auszuführen.¹³¹ Ausserhalb der Kostengutsprache bleibt nämlich der Versicherte Honorarschuldner.¹³² Das ist aber nicht der Fall, wenn die in der Kostengutsprache aufgeführte Summe keine Deckungsobergrenze darstellt, sondern bloss ein Mittel des Versicherers, um die Kosten zu kontrollieren, indem der Anwalt zu informieren hat, sobald seine Kosten die Summe der Kostengutsprache erreicht. Eine solche Kostenkontrolle ist nicht nur zulässig, sondern gehört auch zu den Vertragspflichten des Versicherers gegenüber dem Versicherten, weil der Versicherer von vornherein nur im Umfang der vertraglichen Versicherungsdeckung leistet und der Versicherte ein Interesse daran hat, dass der Versicherer nur gerechtfertigte Anwaltskosten deckt. Ausserdem kann der Versicherer in dem Rahmen, in welchem er nicht aus Vertrag, sondern aus Kulanz Leistungen erbringt, über den Umfang und die Grenzen dieser Leistungen grundsätzlich frei entscheiden.

Problematisch sind AVB-Klauseln, die dem Versicherer das Recht verleihen, die Deckung von bereits aufgelaufenen Anwaltskosten zu kürzen oder zu verweigern, wenn der Versicherte bereits einen Anwalt beauftragt und der Versicherer der Anwaltswahl noch nicht zugestimmt hat. Im Anwendungsbereich von Art. 167 Abs. 1 AVO vertragen sich solche Klauseln schlecht mit Art. 167 Abs. 2 AVO.¹³³ Ausserdem sind solche Klauseln – um mit BOHNET und ECKLIN zu sprechen – *«contraire à la nature même de l'assurance de la protection juridique en vertu de laquelle, dès la réalisation du risque, soit dès la survenance du besoin d'assistance juridique, l'assuré peut prétendre à une garantie de couverture dans les limites prévues par la police»*.¹³⁴

auch die Verjährung für den Anspruch auf Übernahme der Prozesskosten, wenn aussergerichtlich keine Einigung zustande kommt.»

¹³⁰ Kritisch GUYAZ (Fn. 35), S. 163 f.

¹³¹ Ähnlich LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.162.

¹³² BSK VAG-FUHRER, Art. 32 N 73; FUHRER (Fn. 30), Rz. 21.16; DERS. (Fn. 29), S. 78.

¹³³ Zulässig ist es dagegen, wenn der Versicherer den bereits beauftragten Anwalt ablehnt, die bis dahin aufgelaufenen Anwaltskosten deckt und nach Massgabe von Art. 167 Abs. 2 OR vorgeht. Für die Mehrkosten, die durch den Anwaltswechsel entstehen, hat der Versicherer jedenfalls einzustehen, wenn er den ersten Anwalt deswegen abgelehnt hat, weil dieser nicht zu seinen bevorzugten «Partneranwälten» (S. 160 f. oben) gehört.

¹³⁴ BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 71, mit Verweis auf DIDISHEIM RAYMOND, *L'avocat et l'assurance de protection juridique*, in: Chaudet François/Rodondi Olivier (Hrsg.), *L'avocat moderne*, Basel/Genf/Zürich 1998, S.118 ff.

- Fortuna, AVB, für die Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, Ausgabe 2016, C2, Art. 1: *«Die versicherte Person verpflichtet sich, selbst keinen Rechtsvertreter zu beauftragen, keine juristischen Schritte einzuleiten, Einsprachen einzulegen oder andere Rechtsmittel zu ergreifen, bevor Fortuna hierzu schriftlich ihr Einverständnis erteilt hat. Ansonsten kann Fortuna die Übernahme der Mehrkosten verweigern und ihre weiteren Leistungen kürzen oder ablehnen.»*
- Protekta, Kundeninformationen und Allgemeine Bedingungen, Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, RSP Ausgabe 04.2013, Ziff. 29.4: *«Wird einem Anwalt das Mandat erteilt oder entzogen, werden Rechtsmassnahmen getroffen oder erfolgt ein Weiterzug, bevor die Protekta ihre Genehmigung erteilt hat, so kann sie den Kostenersatz vollumfänglich ablehnen.»*
- CAP Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft AG, Allgemeine Bedingungen (AB) privaLex Global-Rechtsschutz, Ausgabe 06.2016, Art. 8c: *«Der Versicherte verpflichtet sich, keinen Rechtsvertreter zu beauftragen, kein Verfahren einzuleiten, keinen Vergleich abzuschliessen, kein Rechtsmittel zu ergreifen ohne die Zustimmung der CAP eingeholt zu haben sowie der CAP alle den Schadenfall betreffenden Unterlagen zu übermitteln. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, kann die CAP ihre Leistungen verweigern, sofern die Verletzung den Umständen nach nicht unverschuldet ist.»*

Grundsätzlich unbedenklich sind AVB-Klauseln, die *«Anwalts honorare zu den ortsüblichen Tarifen, unter Ausschluss von Erfolgshonoraren»* vorsehen,¹³⁵ wobei klargestellt sei, dass sich die Ortsüblichkeit von Anwaltstarifen nicht nach den gesetzlichen Tarifen für Prozessentschädigungen richtet, sondern nach den Honoraransätzen, die auf dem Anwaltsmarkt tatsächlich praktiziert werden.¹³⁶ Zur Illustration einige AVB-Klauseln über die Kostengutsprache:

- Dextra, AVB 2017 – Privatpersonen, 7.,e) *«Berät und unterstützt die Dextra Rechtsschutz AG den Versicherten vorbehaltlos, ist dies nicht als Deckungszusage zu verstehen.»*
- Fortuna, AVB, für die Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, Ausgabe 2016, C2, Art. 4: *«Fortuna kann eine Kostengutsprache befristen, mit Auflagen oder Bedingungen versehen sowie auf einzelne Rechtsangelegenheiten oder Verfahrensabschnitte beschränken.»*
- AXA-ARAG, Allgemeine Vertragsbedingungen Rechtsschutzversicherung BASIC/OPTIMA, Ausgabe 10.2016, A4 Ziff. 2 Versicherte Kosten: Ziff. 21: *«Anwaltskosten für einen Rechtsvertreter, der mit Zustimmung*

¹³⁵ Dextra, AVB 2017 – Privatpersonen, 4., b).

¹³⁶ In diesem Sinne auch BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 89.

der AXA-ARAG beauftragt und dessen Honorarvereinbarung von ihr genehmigt wurde». A11 Ziff. 5: «Kostengutsprache: Die AXA-ARAG kann ihre Kostengutsprache für Leistungen gemäss A4.2 und A4.3 befristen, mit Bedingungen oder Auflagen versehen sowie auf einen Verfahrensabschnitt oder einen bestimmten Betrag beschränken. Die Mitteilung der versicherten Person an den Anwalt, dass Kostengutsprache erfolgt ist, begründet keinen Antrag auf Schuldübernahme.»

- Smile direct, AVB zur Rechtsschutzversicherung, smile.legal – LEG 1.0, Ziff. 19: *«Vorgehen im Schadenfall a) Abwicklung eines Rechtsschutzfalles: Coop Rechtsschutz ergreift nach Rücksprache mit dem Versicherten die zu seiner Interessenwahrung gebotenen Massnahmen. Wenn sich der Beizug eines Rechtsanwaltes als notwendig erweist, insbesondere bei Gerichts- oder Verwaltungsverfahren oder bei Interessenkollision, kann der Versicherte diesen frei wählen. Stimmt Coop Rechtsschutz dieser Wahl nicht zu, hat der Versicherte die Möglichkeit, drei weitere vorzuschlagen, von denen einer akzeptiert werden muss. Vor Beauftragung des Anwaltes ist die Zustimmung sowie eine Kostengutsprache der Coop Rechtsschutz einzuholen. Bestehen für einen Anwaltswechsel keine triftigen Gründe, hat der Versicherte die dadurch entstehenden Kosten zu übernehmen.»*

Versicherer schliessen z.T. mit dem Anwalt einen sogenannten Kostengutsprachevertrag (mit allgemeinen Geschäftsbedingungen) ab. Die Unklarheiten, welche sich bei der Qualifikation und den Folgen der Kostengutsprache ergeben, entfallen damit gemäss LUTERBACHER weitgehend.¹³⁷ LUTERBACHER schreibt dazu Folgendes: *«Auch wenn die Versicherung dem Anwalt direkt eine Kostengutsprache abgibt und mit dem «Kostengutsprachevertrag» Schuldnerin des Honorars wird, bleibt auch der Versicherte weiterhin Honorarschuldner, wenn der Anwalt diesen nicht ausdrücklich aus der Schuld entlässt. Insofern liegt ein Schuldbeitritt und nicht generell eine externe Schuldübernahme des Versicherers vor [...]. Es ist nämlich nicht automatisch anzunehmen, dass der Anwalt mit Entgegennahme der Kostengutsprache seinen Klienten aus der Haftung für das Honorar entlassen will».*¹³⁸ Ein solcher Kostengutsprachevertrag wirft besondere Fragen auf, insbesondere auch, was die Unabhängigkeit des Anwalts anbelangt. Nach der hier vertretenen Meinung ist der Versicherer verpflichtet, die Existenz und den Inhalt eines solchen Vertrages gegenüber der versicherten Person, welche vom Anwalt vertreten wird, offenzulegen. Darüber hinaus ändert dieser Vertrag nichts an den Pflichten des Versicherers, die Anwaltskosten nach Massgabe des Rechtsschutzversicherungsvertrages zu decken: Wenn der Kostengutsprachevertrag mit dem Anwalt eine Kostenübernahme vorsieht, welche sich unterhalb der rechtsschutzversicherungsvertraglichen Verpflichtung des Versicherers zur

¹³⁷ LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.180.

¹³⁸ LUTERBACHER (Fn. 25), S. 308 f.

Kostendeckung bewegt oder andere Bestimmungen enthält, welche die anwaltliche Unabhängigkeit vereiteln können, verletzt der Versicherer damit auch seine vertraglichen Leistungs- und Treuepflichten gegenüber dem Versicherten.

b) Anweisungen des Versicherers bei der Mandatsführung

Da nur der Versicherte Auftraggeber des Anwalts ist, ist auch nur er befugt, dem Anwalt Weisungen zu erteilen. Die Verfahrenshoheit liegt zumindest insofern beim Versicherten, als dass dem Versicherer gegenüber dem Anwalt kein direktes Weisungsrecht zukommt. Der Versicherte wird aber einerseits aufgrund der Schadensminderungspflicht, die ihm obliegt (Art. 61 VVG), und andererseits durch die AVB des Rechtsschutzversicherers in seiner Verfahrenshoheit zumindest *de facto* deutlich eingeschränkt. AVB enthalten beispielsweise regelmässig Genehmigungsvorbehalte des Versicherers. Kommt der Versicherte diesen Obliegenheiten nicht nach, kann dies zu einer Kürzung oder Streichung der Versicherungsleistung (oft: der Kostendeckung) führen.¹³⁹

- CAP Rechtsschutz-Versicherungsgesellschaft AG, Allgemeine Bedingungen (AB) privaLex Global-Rechtsschutz, Ausgabe 06.2016, Ziff. 10 c): *«Der Versicherte verpflichtet sich, keinen Rechtsvertreter zu beauftragen, kein Verfahren einzuleiten, keinen Vergleich abzuschliessen, kein Rechtsmittel zu ergreifen ohne die Zustimmung der CAP eingeholt zu haben sowie der CAP alle den Schadenfall betreffenden Unterlagen zu übermitteln. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, kann die CAP ihre Leistungen verweigern, sofern die Verletzung den Umständen nach nicht unverschuldet ist.»*
- Protekta, Kundeninformationen und Allgemeine Bedingungen, Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, RSP Ausgabe 04.2013, Ziff. 29.4: *«Wird einem Anwalt das Mandat erteilt oder entzogen, werden Rechtsmassnahmen getroffen oder erfolgt ein Weiterzug, bevor die Protekta ihre Genehmigung erteilt hat, so kann sie den Kostenersatz vollumfänglich ablehnen.»* Ziff. 29.5: *«Gegenüber der Protekta entbinden Sie Ihren Anwalt von seinem Berufsgeheimnis. Vor Abschluss eines Vergleiches haben Sie, bzw. Ihr Anwalt, die Zustimmung der Protekta einzuholen.»*
- Fortuna, AVB für die Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, Ausgabe 2016, C1, Art. 6: *«Vergleiche, die Verpflichtungen zulasten von Fortuna beinhalten, dürfen von der versicherten Person oder deren Rechtsvertreter nur mit schriftlicher Zustimmung von Fortuna abge-*

¹³⁹ FUHRER (Fn. 29), S. 100; LUTERBACHER (Fn. 14), Rz. 27.202.

schlossen werden. Wird diese Zustimmung nicht eingeholt, kann Fortuna die Übernahme der von der versicherten Person übernommenen Verpflichtungen ablehnen.»

Hat der Versicherte bzw. sein Anwalt ohne die vertraglich vorgeschriebene Zustimmung des Rechtsschutzversicherers ein Verfahren eingeleitet, rechtliche Handlungen vorgenommen oder die Rechtsstreitigkeit verglichen, so darf der Versicherer nach der hier vertretenen Meinung seine Leistungen nicht in jedem Fall kürzen oder streichen, sondern nur dann, wenn er die Kürzung oder Streichung sachlich (z.B. mit unnötigen Mehrkosten) begründen kann.

2. Beauftragung des Anwalts durch den Versicherer

Einige AVB von Versicherer sehen vor, dass der Anwalt durch den Versicherer beauftragt wird. Das ist namentlich der Fall in den AVB der Protekta und der Fortuna:

- Protekta, Kundeninformationen und Allgemeine Bedingungen, Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, RSP Ausgabe 04.2013, Ziff. 29.3: *«Ist der Beizug eines Anwaltes erforderlich oder besteht eine Interessenskollision, haben Sie das Recht, einen Anwalt mit Sitz im Gebiet des für die Beurteilung des Rechtsstreites zuständigen Gerichtes frei zu wählen und vorzuschlagen. Die eigentliche Beauftragung des Anwaltes erfolgt durch die Protekta. Lehnt die Protekta den von Ihnen vorgeschlagenen Anwalt ab, haben Sie das Recht, drei andere Vertreter aus unterschiedlichen Anwaltskanzleien vorzuschlagen, von denen die Protekta einen akzeptieren muss.»*
- Fortuna, AVB für die Rechtsschutzversicherung für Privatpersonen, Ausgabe 2016, C2, Art. 1: *«Fortuna ist allein berechtigt, Mandate an Rechtsvertreter zu erteilen. Die versicherte Person verpflichtet sich, selbst keinen Rechtsvertreter zu beauftragen, keine juristischen Schritte einzuleiten, Einsprachen einzulegen oder andere Rechtsmittel zu ergreifen, bevor Fortuna hierzu schriftlich ihr Einverständnis erteilt hat. Ansonsten kann Fortuna die Übernahme der Mehrkosten verweigern und ihre weiteren Leistungen kürzen oder ablehnen.»*

Darüber hinaus sehen die AVB der Rechtsschutzversicherer regelmässig vor, dass der Versicherer die Interessenwahrung des Versicherten einem Anwalt übertragen kann, auch wenn die Voraussetzungen, unter denen eine Beauftragung eines Anwalts von Gesetzes wegen vorgeschrieben ist (Art. 32 Abs. 1 VAG; Art. 167 Abs. 1 AVO; S. 156 ff. oben), nicht erfüllt sind (dazu schon S. 159 f. oben).

In jedem Fall, in welchem der Versicherer einen Anwalt beauftragt, ist die Qualifikation des Rechtsverhältnisses der Beteiligten zu untersuchen. Eine Lehrmeinung geht davon aus, der Versicherer handle bei der Mandatierung des Anwalts als direkter Stellvertreter des Versicherten. Andere Autoren sehen im Vertrag zwischen Versicherer und Anwalt einen echten oder unechten Vertrag zugunsten des Versicherten. Macht der Versicherer den Anwalt zu seinem Beauftragten, ist er als Substitut oder als Hilfsperson des Versicherers zu qualifizieren. Im Einzelnen:

a) Der Versicherer macht den Anwalt zu seinem Beauftragten

Es ist fraglich, ob der Versicherer den Anwalt zu seinem eigenen Beauftragten machen kann und der Anwalt dann zum Substituten oder zur Hilfsperson des Versicherers wird. Nach Art. 398 Abs. 3 OR hat der Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen, ausser wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. In Abgrenzung dazu ist der Beizug eines Erfüllungsgehilfen in der Regel ohne weiteres zulässig.¹⁴⁰ Bei einer befugten Übertragung an einen Substituten haftet der Beauftragte nach Art. 399 Abs. 2 OR nur für die gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten (eine Freizeichnung dieser Haftung ist innerhalb der Schranken von Art. 100 OR möglich).¹⁴¹ Diese privilegierte Stellung kommt dem Beauftragten nicht zu, wenn der Dritte ein Erfüllungsgehilfe ist. In diesem Fall richtet sich die Haftung nach Art. 101 Abs. 1 OR. Das Verhalten der Hilfsperson wird dem Beauftragten zugerechnet.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang Ziff. 11 der Allgemeinen Vertragsbedingungen Rechtsschutzversicherung BASIC/OPTIMA, Ausgabe 10.2016, der AXA-ARAG:

«[...] Die AXA-ARAG haftet in keiner Art und Weise für die Auswahl und Beauftragung eines Anwalts oder Dolmetschers sowie für die rechtzeitige Übermittlung von Informationen oder Geldzahlungen.»

Diese Klausel stösst freilich an Freizeichnungsschranken – namentlich an jene des Art. 100 Abs. 1 OR –, wenn der Versicherer selbst den Anwalt beauftragt oder wenn er dem Versicherten einen solchen empfiehlt (S. 160 ff. oben).

Das Bundesgericht stellt bezüglich der Frage, ob ein vom Beauftragten im Rahmen der Auftrags Erfüllung beigezogener Dritter als Hilfsperson oder als

¹⁴⁰ BSK OR I-WEBER, Art. 398 N 3.

¹⁴¹ BK-FELLMANN, Art. 399 OR N 81 ff.

Substitut zu qualifizieren sei, hauptsächlich darauf ab, ob der Dritte die ihm übertragene Aufgabe selbständig erfüllt.¹⁴² In der Lehre besteht ausserdem die Meinung, dass eine Interessenabwägung vorgenommen werden müsse, weil das Haftungsprivileg des Art. 399 Abs. 2 OR nur dann gerechtfertigt sei, wenn die Substitution ausschliesslich oder zumindest überwiegend im Interesse des Auftragsgebers geschehe, was nicht der Fall sei, wenn sie etwa zur Arbeitsentlastung des Beauftragten erfolge.¹⁴³ Dies entspricht der Rechtsprechung, wonach sich die beschränkte Haftung gemäss Art. 399 Abs. 2 OR nur rechtfertigt, wenn die Substitution im Interesse des Auftraggebers erfolgt, was namentlich dann zutrifft, wenn der Beauftragte einen Spezialisten beizieht.¹⁴⁴

Nach der hier vertretenen Meinung ist zu unterscheiden, ob der Versicherer zum Beizug eines Anwalts verpflichtet ist oder nicht. Ist der Versicherer nach Art. 167 AVO dazu verpflichtet, könnte von vornherein ohnehin nur von einer Substitution ausgegangen werden (s. aber S. 173 f. unten). Der Zweck der Übertragung des Geschäfts besteht gerade darin, dass – z.B. wegen einer Interessenkollision – ein unabhängiger Anwalt den Rechtsfall behandelt. Es würde dem Sinn von Art. 167 AVO widersprechen, wenn der Anwalt gegenüber dem Versicherer wie eine Hilfsperson untergeordnet wäre. Erfolgt der Beizug des Anwalts aber ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 167 AVO, ist nichts daran auszusetzen, wenn der externe Anwalt unter Weisung und Aufsicht des Versicherers steht. Auch ist nicht auszuschliessen, dass der Beizug des Dritten im Interesse des Versicherers liegt, z.B. weil intern nicht genügend Juristen vorhanden sind. Beides spricht für die Qualifikation des Dritten als Hilfsperson. Andererseits können auch ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 167 AVO die Voraussetzungen für eine Substitution erfüllt sein.

Wird ein Anwalt in der Funktion eines Substituten beauftragt, ist danach zu fragen, ob die Substitution zulässig ist oder nicht. Nach Art. 398 Abs. 3 OR hat der Beauftragte das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, er ist zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt, oder wenn eine Vertretung Übungsgemäss als zulässig betrachtet wird. Die Ermächtigung kann sich aus den AVB ergeben. FUHRER stellt aber in Frage, ob eine Substitutionsvollmacht im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen gültig vereinbart werden kann.¹⁴⁵

FUHRER führt hierzu Folgendes aus: *«Die Annahme einer Substitution führt zu unbefriedigenden Ergebnissen. Wenn [...] bereits die Beauftragung des*

¹⁴² BGE 117 II 563 E. 3a S. 568; 103 II 59 E. 1a S. 61 f.

¹⁴³ BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 574; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3061.

¹⁴⁴ Urteil des BGER 4A_407/2007 vom 14. März 2008, E. 2.3, m.w.H.

¹⁴⁵ FUHRER (Fn. 30), Rz. 21.15.

Anwalts durch einen unechten Vertrag zugunsten Dritter als unzulässig anzusehen ist, so darf a fortiori nicht davon ausgegangen werden, dass der VN mit seiner Zustimmung zu den AVB auch einer Substitutionsbefugnis zugestimmt hat. Eine Substitution schmälert die Rechte des Versicherten in einer Weise, die noch weiter geht als dies beim unechten Vertrag zugunsten Dritter der Fall ist [FN: Namentlich durch den Umstand, dass der Anwalt durch den Versicherer zu instruieren ist und dessen Dienstleistungspflicht aufrecht erhalten bleibt]».¹⁴⁶

Zwischen dem Substituten und dem Auftraggeber besteht kein Vertragsverhältnis. Infolgedessen können die beiden Parteien gegeneinander auch keine vertraglichen Ansprüche geltend machen.¹⁴⁷ Zu beachten ist aber, dass nach Art. 399 Abs. 3 OR der Auftraggeber die Ansprüche, die dem Beauftragten gegen den Dritten zustehen, unmittelbar gegen diesen geltend machen kann. Die Bestimmung begründet einseitig zugunsten des Auftraggebers ein direktes Forderungsrecht.¹⁴⁸ Zum Direktanspruch gemäss Art. 399 Abs. 3 OR gehören nebst dem Anspruch auf Ausführung des Auftrages insbesondere auch das Weisungsrecht und der Rechenschaftsanspruch.¹⁴⁹ Das Bundesgericht führt dazu aus, der Hauptauftraggeber sei gegenüber dem Substituten weisungsbe-rechtigt und die Nichtbefolgung dieser Weisungen führe zur Schadenersatzpflicht des Substituten.¹⁵⁰ Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung umfasst Art. 399 Abs. 3 OR auch das Widerrufsrecht nach Art. 404 OR.¹⁵¹

Die Substitution hat im Ergebnis ähnliche Wirkungen wie ein Vertrag zugunsten Dritter. HONSELL führt aus: «Wenn man so will, ist Art. 399 III ein Anwendungsfall des Vertrages zugunsten Dritter».¹⁵² Gewisse Autoren setzen den Substitutionsauftrag dem Vertrag zugunsten Dritter gleich.¹⁵³ FELLMANN entgegnet dem, dass im Gegensatz zum Vertrag zugunsten Dritter der Beauftragte im Unterauftragsverhältnis auch eigene Forderungen geltend machen kann.¹⁵⁴ Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beauftragten und dem Substituten ist i.d.R. ein Auftragsverhältnis. Nach diesem ist der Substitut verpflichtet, die Interessen des Beauftragten wahrzunehmen. Der Substitut hat daher

¹⁴⁶ FUHRER (Fn. 29), S. 82.

¹⁴⁷ BK-FELLMANN, Art. 399 OR N 92; FUHRER (Fn. 29), S. 82.

¹⁴⁸ BK-FELLMANN, Art. 399 OR N 95.

¹⁴⁹ BK-FELLMANN, Art. 399 OR N 101.

¹⁵⁰ BGE 121 III 310 E. 4 a) S. 315 i.f.; 110 II 183 E. 2b S. 186 f.

¹⁵¹ A.M. BK-FELLMANN, Art. 399 OR N 103 [Hinweise auf Literatur und Rechtsprechung].

¹⁵² HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 9 Aufl., Bern 2010, S. 326; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF (Fn. 15), N 1943.

¹⁵³ BK-FELLMANN, Art. 399 OR N 100 m.w.H.

¹⁵⁴ BK-FELLMANN, Art. 399 OR N 100.

auch die Weisungen des Beauftragten zu befolgen.¹⁵⁵ Dieser wird ihn aber in der Regel zur Wahrung der Interessen des Hauptauftraggebers verpflichtet.¹⁵⁶

Beauftragt der Versicherer den Anwalt und hat er eine Substitutionsvollmacht, so führt das auftragsrechtliche Substitutionsrecht zu folgender Rechtslage: Der Anwalt kann seinen Honoraranspruch nur gegenüber dem Versicherer geltend machen, was im Interesse des Versicherten ist. Der Versicherte hat nach Art. 399 Abs. 3 OR ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Anwalt und ist auch weisungsbefugt. Problematisch ist jedoch, dass auch der Versicherer, welcher mit dem Anwalt in einem Vertragsverhältnis steht, weisungsbefugt bleibt, was mit Sinn und Zweck von Art. 167 AVO nicht vereinbar ist. Die Interessen des Versicherers und des Versicherten können gegenläufig sein, dies insbesondere im Falle eines Interessenkonflikts. Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 167 AVO steht einer Qualifikation des Anwalts als Substitut aber nichts entgegen.

b) Vertrag zugunsten Dritter

Nach einer anderen Lehrmeinung handelt es sich beim Vertrag zwischen Anwalt und Versicherer um einen Vertrag zugunsten Dritter.¹⁵⁷ Dabei verpflichtet sich der Promittent (Schuldner/Anwalt) gegenüber dem Promissar (Gläubiger/Versicherer) zur Leistung an einen Dritten (den Versicherten). In Abgrenzung zur Stellvertretung handelt der Versicherer dabei in eigenem Namen und nicht als Stellvertreter im Namen des Dritten.¹⁵⁸ Unterschieden wird zwischen dem echten und unechten Vertrag zugunsten Dritter. Nur beim echten Vertrag zugunsten Dritter kann der Versicherte (Dritte) die Erfüllung selbständig fordern (Art. 112 Abs. 2 OR) und wenn erforderlich einklagen.¹⁵⁹ Es stehen ihm alle Befugnisse zu, welche einem Forderungsgläubiger zustehen.¹⁶⁰ Der Dritte wird zum Gläubiger, ist aber nicht Partei des Vertrages.¹⁶¹ Auch hat der Versicherte (Dritte) nur beim echten Vertrag zugunsten Dritter ein auftragsrechtliches Weisungsrecht (z.T. umstritten).¹⁶² Beim un-

¹⁵⁵ BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 592.

¹⁵⁶ BK-FELLMANN, Art. 398 OR N 594.

¹⁵⁷ FUHRER (Fn. 29), S. 80 und Fn. 38 m.w.H.; vgl. auch GRABER CHRISTOPH, Vertretung von Haftpflichtigen und Versicherungen, in: Weber Stephan/Münch Peter (Hrsg.), Haftung und Versicherung, Basel 2015, Rz. 8.16 (betreffend die Vertretung eines Haftpflichtigen in einem Haftpflichtprozess).

¹⁵⁸ FUHRER (Fn. 29), S. 86; BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 4; GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3876 und 3902.

¹⁵⁹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3887.

¹⁶⁰ BK-REETZ/GRABER, Art. 112 OR N 31.

¹⁶¹ GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER (Fn. 17), N 3887.

¹⁶² FUHRER (Fn. 29), S. 86 und 88 Fn. 76; BK-FELLMANN, Art. 397 OR N 43.

echten Vertrag zugunsten Dritter steht nur dem Versicherer (Gläubiger) ein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten zu (Art. 112 Abs. 1 OR).

Ob dem Dritten ein Forderungsrecht zusteht, bestimmt sich primär nach dem Willen der Vertragsparteien, also des Versicherers und des Anwalts, wobei die Umstände und Interessenlage des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.¹⁶³

Auf den Willen des begünstigten Dritten (Versicherter) kommt es dagegen in der Regel¹⁶⁴ nicht an.¹⁶⁵ Nebst der Willensmeinung verweist Art. 112 Abs. 2 OR auf die Übung, welche ein selbständiges Forderungsrecht begründen kann. Obwohl in Art. 112 Abs. 2 OR nicht erwähnt, kann auch der Zweck und die Natur des Vertrages ein selbständiges Forderungsrecht begründen.¹⁶⁶

Ein echter Vertrag zugunsten Dritter kann sich zudem aus dem Gesetz ergeben.¹⁶⁷ Fraglich ist, ob die Beauftragung des Anwalts von der Versicherung ein echter oder ein unechter Vertrag zugunsten Dritter ist.

- BREHM führt diesbezüglich aus, es handle sich um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter. Der Versicherte erwerbe kein persönliches Recht gegenüber dem Anwalt, weil die AVB in der Regel dem Versicherer das Recht vorbehalten, das Verfahren selbst zu bestimmen. Es sei deshalb nicht die Absicht der Parteien, dem Versicherten ein direktes Recht auf freie Bestimmung über das Schicksal des Auftrags zu gewähren.¹⁶⁸
- FUHRER lässt die Frage der Qualifikation des Auftrags zugunsten des Versicherten offen. Eine andere Frage sei aber, ob der Versicherer mit dem Abschluss des Vertrages zugunsten des Versicherten seinen Pflichten aus dem Versicherungsvertrag nachkomme.¹⁶⁹ Dies könne nur mit einem echten Vertrag zugunsten Dritter der Fall sein. *«Es widerspräche der rechtlichen Natur des Rechtsschutzvertrages, wenn der Versicherte dem Anwalt gegenüber nicht weisungsberechtigt wird, ja nicht einmal ein eigenes Forderungsrecht erwirbt.»*¹⁷⁰
- HOWALD geht von einem echten Vertrag zugunsten eines Dritten aus. Diese Art von Beauftragung müsse aber in den AVB ausdrücklich so vorgesehen sein.¹⁷¹

¹⁶³ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 9.

¹⁶⁴ Zu den Ausnahmen KRAUSKOPF (Fn. 53), N 923 ff.

¹⁶⁵ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 9; FUHRER (Fn. 29), S. 88.

¹⁶⁶ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 10.

¹⁶⁷ BSK OR I-ZELLWEGER-GUTKNECHT, Art. 112 N 11.

¹⁶⁸ BREHM ROLAND, Rechtsschutzversicherung I und II, SJK 570 und 570a, Genf 2000, N 42.

¹⁶⁹ FUHRER (Fn. 29), S. 89.

¹⁷⁰ FUHRER (Fn. 29), S. 89.

¹⁷¹ HOWALD PATRICK, Vortrag vor dem Zürcher Anwaltsverband vom 17. März 2015, Das Verhältnis zwischen Rechtsschutzversicherer, Anwalt und Mandat, 12.

Nach der hier vertretenen Auffassung muss dem Versicherten in Fällen, in denen Art. 167 AVO ihm die freie Wahl eines Anwalts einräumt, ein selbständiges Forderungs- und Weisungsrecht zukommen, weshalb von vornherein nur ein echter Vertrag zugunsten Dritter in Frage käme (s. aber den nächsten Absatz). Ausserhalb des Anwendungsbereichs von Art. 167 AVO ist auch ein unechter Vertrag zugunsten Dritter denkbar. Doch auch ein echter Vertrag zugunsten Dritter schränkt die Rechte des Versicherten (im Vergleich zu einer Beauftragung durch den Versicherer selbst) ein. Nach Art. 112 Abs. 3 OR kann der Gläubiger den Schuldner nicht mehr entbinden, sobald der Dritte dem Letzteren erklärt hat, von seinem Rechte Gebrauch machen zu wollen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Forderungsrecht des Dritten vom Deckungsverhältnis abhängig ist.¹⁷² Die Beendigung des Vertrages zugunsten Dritter führt daher grundsätzlich¹⁷³ zur Aufhebung des Forderungsrechts des Dritten.¹⁷⁴ So hat es der Versicherer in der Hand, den Vertrag mit dem Anwalt zugunsten des Versicherten nach Art. 404 Abs. 1 OR zu widerrufen oder zu kündigen mit der Folge, dass der Versicherte sein Forderungsrecht verliert.¹⁷⁵ Ausserdem bleibt der Versicherer als Auftraggeber auch im Interessenwahrungsvertrag zugunsten des Versicherten gegenüber dem Anwalt stets weisungsbefugt, selbst wenn die Interessen des Versicherers mit denen des Versicherten im Spannungsverhältnis stehen.¹⁷⁶ Genau das will Art. 167 AVO in seinem Anwendungsbereich verhindern (vgl. auch Art. 168 OR).

Wegen der soeben beschriebenen Rechtslage ist in den von Art. 167 Abs. 1 AVO geregelten Fällen der Interessenwahrungsvertrag zwischen Versicherer und Anwalt zugunsten des Versicherten keine zulässige Option. BOHNET und ECKLIN verdienen volle Zustimmung, wenn sie festhalten: *«Il faut [...] admettre que le mandat lie l'avocat et l'assuré. Ce n'est que dans ce modèle que l'avocat jouit de sa pleine, entière et nécessaire indépendance, climat propice à une conduite sereine des intérêts confiés. C'est donc exclusivement l'assuré qui mandate l'avocat qu'il a choisi après avoir obtenu l'approbation de l'assureur.»*¹⁷⁷

¹⁷² FUHRER (Fn. 29), S. 87; KRAUSKOPF (Fn. 53), N 1243.

¹⁷³ Ausnahmen bei KRAUSKOPF (Fn. 53), N 1261 ff.

¹⁷⁴ KRAUSKOPF (Fn. 53), N 1245.

¹⁷⁵ KRAUSKOPF (Fn. 53), N 1251 und 1253 ff.

¹⁷⁶ BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 77 f.

¹⁷⁷ BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 78.

c) Der Versicherer handelt bei der Mandatierung des Anwalts als direkter Stellvertreter des Versicherten

In der Lehre wird vertreten, der Versicherer handle bei der Mandatierung des Anwalts als direkter Stellvertreter des Versicherten.¹⁷⁸ Vorausgesetzt dafür ist allerdings, dass der Versicherte dem Versicherer die Vollmacht erteilt hat, einen Anwalt zu beauftragen (und zu bevollmächtigen). Die Vollmachtserteilung kann in den AVB vorgesehen sein.¹⁷⁹ In der Regel wird in den AVB lediglich darauf hingewiesen, dass der Versicherer den Anwalt beauftragt, nicht jedoch, dass er dies im Namen des Versicherten tut.¹⁸⁰ Ausdrücklich vorgesehen ist dies nur ausnahmsweise, so beispielsweise in den allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung (ARB 2009) des Gesamtverbandes der Versicherungswirtschaft, § 17 (2): *«Wenn der Versicherungsnehmer den Rechtsanwalt nicht bereits selbst beauftragt hat, wird dieser vom Versicherer im Namen des Versicherungsnehmers beauftragt. Für die Tätigkeit des Rechtsanwaltes ist der Versicherer nicht verantwortlich.»* Eine weitere Voraussetzung der Stellvertretung ist, dass der Ermächtigte (der Versicherer) dem Dritten (dem Anwalt) gegenüber in fremdem Namen handelt, weil nicht anzunehmen ist, dem Anwalt sei es gleichgültig, mit wem er den Auftrag abschliesst (Art. 32 Abs. 2 OR).

Die Rechtsfolge der gehörigen Stellvertretung ist, dass nach Art. 32 Abs. 1 OR der Vertretene (der Versicherte) und nicht der Vertreter (der Versicherer) berechtigt und verpflichtet wird. Diese Variante führt im Ergebnis zur gleichen Rechtslage, wie wenn der Versicherte den Anwalt selbst beauftragt und unterscheidet sich somit massgeblich von den beiden anderen Varianten.¹⁸¹ Der Versicherte wird zum Honorarschuldner.¹⁸² Eine Kostengutsprache hat aber dieselben Folgen, wie wenn der Versicherte den Anwalt beauftragt (siehe oben).¹⁸³ Aus all diesen Gründen spricht sich FUHRER im Ergebnis für das Vorliegen einer direkten Stellvertretung aus.¹⁸⁴

V. Verjährung

Gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag innert zwei Jahren nach Eintritt einer Tatsache, welche die Leis-

¹⁷⁸ FUHRER (Fn. 29), S. 79 mit Hinweisen auf weitere Autoren in Fn. 37.

¹⁷⁹ FUHRER (Fn. 29), S. 81.

¹⁸⁰ BOHNET/ECKLIN (Fn. 32), S. 76; FUHRER (Fn. 29), S. 81 Fn. 48.

¹⁸¹ FUHRER (Fn. 29), S. 82 und 91.

¹⁸² LUTERBACHER (Fn. 25), S. 305.

¹⁸³ FUHRER (Fn. 30), Rz. 21.16; FUHRER (Fn. 29), S. 83.

¹⁸⁴ FUHRER (Fn. 29), S. 91; FUHRER (Fn. 30), Rz. 21.15.

tungspflicht begründet. Art. 46 Abs. 2 VVG erklärt Abs. 1 für relativ zwingend: Vertragsabreden, die den Anspruch gegen den Versicherer einer kürzeren Verjährung oder einer zeitliche kürzeren Beschränkung unterwerfen, sind ungültig. Im Übrigen gelangen die Verjährungsbestimmungen des OR (Art. 127–142 OR) zur Anwendung (Art. 100 Abs. 1 VVG).¹⁸⁵ Nach herrschender Lehre gilt Art. 46 Abs. 1 VVG für sämtliche vertraglichen Ansprüche zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer beziehungsweise Anspruchsberechtigtem.¹⁸⁶ Im Einzelnen bestehen jedoch Unklarheiten, ob auf Forderungen, die mit einem Versicherungsvertrag im Zusammenhang stehen, die Verjährungsregeln des OR oder des VVG massgebend sind.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Illustrativ: BGE 139 III 263 E. 2 S. 268 ff.; vgl. auch Urteil des BGer 4A_228/2016 vom 16. Januar 2017, E. 2.1; 4A_644/2014 vom 27. April 2015, E. 2.3; betreffend Art. 132 ff. OR: Urteil des BGer 5C.226/2002 vom 16. Januar 2003, E. 1.3; betreffend Art. 142 OR: Urteil des BGer 4C.314/1992 vom 11. Dezember 2001, E. 2. Entgegen einer in der Literatur anzutreffenden Meinung (vgl. z.B. LUTERBACHER [Fn. 14], Rz. 27.30) ist auch Art. 141 Abs. 1 OR auf die Verjährungsfristen des Art. 46 Abs. 1 VVG anwendbar (BGE 132 III 226 S. 238 ff. E. 3.3.7).

¹⁸⁶ Urteil des BGer 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006, E. 2.4.: «Diese Regelung [Art. 46 Abs. 1 VVG] geht der allgemeinen Bestimmung von Art. 127 OR vor und gilt für alle vertraglichen Ansprüche zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer.»; BSK VVG-GRABER, Art. 46 N 3: «Art. 46 Abs. 1 VVG gilt für [...] sämtliche vertraglichen Ansprüche zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer bzw. Anspruchsberechtigtem. Die beiden Hauptanwendungsfälle sind die Forderung des Anspruchsberechtigten auf die Versicherungsleistung und die Forderung des Versicherers auf Prämienzahlung. Ansprüche, welche zwar mit dem Versicherungsverhältnis im Zusammenhang stehen, jedoch nicht vertragliche Ansprüche aus dem Versicherungsverhältnis sind, unterliegen nicht der Verjährungsfrist von Art. 46 VVG»; MAURER (Fn. 53), S. 399: «Art. 46 Abs. 1 Satz 1 VVG ist nicht auf den Versicherungsanspruch beschränkt, er gilt generell für Forderungen aus dem Versicherungsvertrag, also auch Prämienforderungen usw.»

¹⁸⁷ So z.B. betreffend die Verjährung einer Rückforderung nach Art. 40 VVG: Urteil des BGer 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006, dazu FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, in: HAVE 2006 244, S. 246. Oder betreffend die Verjährung des Stammrechts: Urteil des BGer 5C.168/2004 vom 9. November 2004, E. 3.1: «Für die Verjährung ist zwischen dem Stammrecht, d.h. dem Recht, die (in der Regel monatlich ausgerichteten) Leistungen zu erhalten, und diesen einzelnen Rentenleistungen zu unterscheiden. Das Stammrecht ist keine eigentliche Forderung, sondern ein Schuldverhältnis, aus dem in wiederkehrenden Zeitabständen Forderungen entstehen [...]. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 46 Abs. 1 VVG unterliegen nur Forderungen und damit lediglich die einzelnen Rentenforderungen der zweijährigen Verjährungsfrist, nicht aber das Schuldverhältnis; für dieses gelangt vielmehr die zehnjährige Frist von Art. 127 OR analog zur Anwendung (BGE 111 II 501; THALMANN, a.a.O., S. 123; PETERMANN, a.a.O., S. 309 f.)» und FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidendes Bundesgerichts (21) – Urteil des Bundesgerichts 4A_532/2009 vom 5. März 2010, in: HAVE 2010, S. 262 ff.; DERS. (Fn. 30), Rz. 15.39, welcher auf die uneinheitliche Praxis des Bundesgerichts aufmerksam macht; BGE 139 III 263.

Was den Rechtsschutzversicherungsvertrag anbelangt, so verjährt das Recht auf Dienstleistungen des Rechtsschutzversicherers (dazu S. 143 ff. oben) nach Art. 46 VVG.¹⁸⁸ Gemäss dem Bundesgericht beginnt die Verjährung bei der Rechtsschutzversicherung mit dem Bedarf des Versicherten nach Rechtsschutz zu laufen, «*was in der Regel dann der Fall ist, wenn sich der Rechtsstreit zwischen dem Versicherten und dem Dritten konkret abzeichnet*»¹⁸⁹, und nicht mit dem Beginn der prozessualen Auseinandersetzungen zwischen dem Dritten und dem Versicherten.¹⁹⁰

Fraglich ist, ob vertragliche Schadenersatzforderungen gegen den Versicherer, z.B. aus einer Sorgfaltspflichtverletzung (dazu S. 146 ff. oben), nach Art. 46 Abs. 1 VVG oder Art. 127 OR verjähren. In der Literatur wird die Meinung vertreten, die Verjährungsregel nach VVG sei auch auf vertragliche Schadenersatzforderungen anwendbar. Die Autoren beziehen sich dabei jedoch auf Normen des VVG, welche bei gegebenen Voraussetzungen einen Anspruch auf Schadenersatz gewähren (z.B. Art. 36 Abs. 4 oder Art. 37 Abs. 4 VVG).¹⁹¹ Im Gegensatz dazu ist bei einer Sorgfaltspflichtverletzung des Versicherers die Anspruchsgrundlage für den Schadenersatzanspruch nicht im VVG, sondern im OR zu finden (Art. 97 und Art. 398 OR, dazu S. 148 f. oben), was dafür spricht, diesbezüglich der längeren Verjährungsfrist des Art. 127 OR den Vorrang zu geben.¹⁹² Dafür spricht ausserdem auch, dass Art. 46 Abs. 1 VVG auf vertragliche Schadenersatzforderungen gar nicht zugeschnitten ist. Gemäss Bundesgericht lässt Art. 46 Abs. 1 VVG bezüglich des Beginns der zweijährigen Verjährungsfrist die Berücksichtigung subjektiver Momente wie der Kenntnis des Schadens nicht zu.¹⁹³ Die Anwendung

¹⁸⁸ FUHRER (Fn. 29), S. 73; LUTERBACHER, (Fn. 14), Rz. 27.30.

¹⁸⁹ Urteil des BGer 5C.250/2000 vom 23. Januar 2001, E. 2.b; BGE 127 III 268 E. 2b S. 271; 119 II 468 E. 2c S. 470; LUTERBACHER, (Fn. 14), Rz. 27.30; BSK VVG-GRABER (Nachführungsband), Art. 46 ad N 6-18.

¹⁹⁰ Urteil des BGer 4A_609/2010 vom 7. Februar 2011, E. 1.2.1; BSK VVG-GRABER (Nachführungsband), Art. 46 ad N 6-18.

¹⁹¹ KELLER MAX/ROELLI HANS, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. I, Die allgemeinen Bestimmungen, 2. Aufl., Bern 1968, S. 665; THALMANN ERNST A., Die Verjährung im Privatversicherungsrecht, Diss. Zürich 1940, S. 76, 145 und 209.

¹⁹² In diese Richtung geht Urteil des BGer 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006, E. 2.4: «*Fragen kann man sich noch, ob ein Teil der Forderung der Beklagten – namentlich soweit es um Ersatz von Kosten für die Schadensermittlung geht – auf dem Schadenersatzrecht nach Art. 97 OR gründet und damit für diesen die entsprechende zehnjährige Verjährungsfrist Anwendung findet.*»

¹⁹³ «*Gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. ... je nach Versicherungsart und Leistungsanspruch [wird] auf unterschiedliche fristauslösende Ereignisse abgestellt, die später als der Versicherungsfall eintreten können. Dabei wird in der Regel der Zeitpunkt, in dem die leistungsbegründenden Tatsachelemente feststehen, als fristauslösend angesehen;*

dieser Gesetzesbestimmung auf Schadenersatzsprüche aus dem Versicherungsvertrag hätte zur Folge, dass diese Ansprüche verjähren könnten, bevor der geschädigte Versicherte überhaupt seinen Schaden kennt oder kennen könnte. Das wäre insbesondere wegen der Kürze der Frist nicht angemessen.

Die zweijährige Verjährungsregel des VVG bezweckt, den Bedürfnissen des Versicherungsgeschäfts Rechnung zu tragen. Der Versicherer müsse in der Lage sein, über den Stand des Vermögens, seiner Verpflichtungen und über die erforderlichen Rückstellungen jederzeit Klarheit zu haben. Zudem sei die kurze Verjährungsfrist gerechtfertigt, weil die mit dem Zeitablauf verbundene Verdunkelungsgefahr im Versicherungsbereich besonders gross sei.¹⁹⁴ Das alles gilt nicht für Schadenersatzansprüche, die wegen der Verletzung des Versicherungsvertrages entstehen. Diese verjähren – wie die Ansprüche gegen den Anwalt aus unsorgfältiger Mandatsführung – nach richtiger Auffassung nach Art. 127 OR, wobei die Verjährung frühestens mit der Vertragsverletzung zu laufen beginnt.¹⁹⁵

belanglos ist hingegen, wann der Betroffene von diesen Tatsachen Kenntnis erhält»
(Urteil des BGer 5C.185/2003 vom 23. Dezember 2003, E. 2).

¹⁹⁴ KOLLER ALFRED, Verjährung von Versicherungsansprüchen, in: Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1993 1, S. 7; BSK VVG-GRABER, Art. 46 N 1; Botschaft zum VVG, S. 268.

¹⁹⁵ BGE 137 III 16 E. 2 S. 18 ff.; vgl. aber auch die Revision dieses Urteils (wegen der Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK) in BGE 142 I 42 ff.