

Gerhard Stoessel*

Rechtsschutzversicherung und Anwaltsmonopol – eine Entgegnung

Stichworte: Anwaltliche Unabhängigkeit, Anwaltsmonopol, freie Anwaltswahl, Rechtsschutzversicherung, Unternehmensanwalt

I. Einleitung¹

In der Anwaltsrevue 4/2009 setzen sich die Herren Kollegen Dr. Manfred Küng und lic.iur. Niklaus Schoch kritisch mit der geltenden Praxis zum Anwaltsmonopol auseinander und fordern insbesondere die Zulassung von bei Rechtsschutzversicherern (RSV) angestellten Anwälten zur Tätigkeit im Monopolbereich, explizit zur Vertretung von Versicherten der RSV in Prozessen. Sie setzen sich dabei eingehend und zu Recht mit der Frage der Unabhängigkeit des Anwalts auseinander und machen geltend, ein bei einer Rechtsschutzversicherung angestellter Anwalt könne genau so unabhängig sein wie ein freiberuflich tätiger. Diese Argumentation kann bei näherer Betrachtung nicht unwidersprochen bleiben.

II. Anwaltsmonopol

Die beiden Autoren setzen sich in einer interessanten rechtsvergleichenden Analyse mit dem Anwaltsmonopol an sich kritisch auseinander, fordern aber zumindest im Moment noch nicht dessen Abschaffung, weshalb auf diesen Punkt hier nicht eingegangen wird.

III. Tätigkeit ausserhalb des Monopolbereichs

Dass RSV ausserhalb des Monopolbereichs uneingeschränkt beraten und vertreten dürfen, ist seit jeher anerkannt² und soweit ersichtlich nie ernsthaft in Frage gestellt worden.

Das erscheint auch richtig, erlaubt doch die Handels- und Gewerbebefreiheit innert der gesetzlichen Schranken grundsätzlich jedermann, rechtliche Dienstleistungen im engeren oder weiteren Sinn zu erbringen. So beraten denn auch in vielen Bereichen «Treuhänder», «Steuerberater» und ähnliche Anbieter unter verschiedenen Bezeichnungen, ohne dass ein Nachweis beruflicher Qualifikation verlangt würde.

Rein fachlich wäre deshalb auch gegen die Zulassung von patentierten Anwälten, die im Dienste eines RSV dessen Kunden beraten und auch vertreten, kaum etwas einzuwenden. Es mag

sogar sein, dass sich Mitarbeitende von RSV dank ihrer weitgehenden Spezialisierung (die RSV klammern in den Produkten, die sich an die Mehrzahl der Kundschaft richten, verschiedene Rechtsgebiete wie Eherecht, Baurecht, Nachbarrecht, Steuerrecht völlig aus) auf wenige Bereiche konzentrieren können und dort eine Fachkompetenz erreichen, über die als Allgemeinpraktiker tätige Anwälte oft nicht verfügen.

Streitpunkt ist vielmehr in erster Linie die Frage der Unabhängigkeit des Anwalts gegenüber Dritten als zentrales *pièce de résistance* der Anwaltschaft.

IV. Unabhängigkeit des RA im Spannungsfeld zwischen Klient und RSV

1. Grundsatz

Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Anwalts und die Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten sind zentrale und weltweit anerkannte Berufspflichten des Rechtsanwalts.³ Der Rechtsanwalt hat sicherzustellen, dass sein Vorgehen und Handeln «ausschliesslich vom Interesse seines Mandanten bestimmt» ist.⁴

Der Anwalt ist ausschliesslich Beauftragter des Klienten, nicht des RSV⁵ und hat deshalb nur dem Klienten gegenüber die spezifischen aus dem Mandatsverhältnis sich ergebenden anwaltlichen Pflichten.

2. Interessenlage im Allgemeinen

Zieht ein Klient einen Anwalt bei, hat dieser, falls keine Einigung zustande kommt, grundsätzlich ein Interesse, auch einen Prozess zu führen. Handelt es sich nicht um Zivilsachen, sondern um Straf- und Administrativverfahren, häufig im Strassenverkehr, so sind Auftrag und Zielsetzung noch klarer definiert. Insofern laufen die Interessen des Klienten und des Anwalts parallel.

Beim Entscheid, ob ein Verfahren eingeleitet werden soll, werden Chancen und Risiken beurteilt und gegeneinander abgewogen. Den Klienten interessieren dabei nicht nur die Gewinn- und Verlustchancen in der Sache selbst, sondern auch die Nebenpunkte wie eigene Anwaltskosten (einschliesslich der Möglichkeit, sie von der Gegenpartei ersetzt zu bekommen),

* Dr. iur., M.B.L.-HSG, Diener + Stoessel Rechtsanwälte, Küssnacht ZH.

1 Ausgewählte Literatur: DANIEL BANDLE, Das ambivalente Verhältnis zwischen Anwälten und Rechtsschutzversicherern, HAVE 2008 S. 2–8; PHILIPPE REYMOND, L'avocat et l'assurance de protection juridique – Quelques questions choisies, Revue de l'Avocat 6–7/2000, S. 11–21; GERHARD STOESSEL, Verhältnis Rechtsanwalt – Rechtsschutzversicherung: einige ausgewählte Fragen, Anwaltsrevue 6–7/2000, S. 4–11, sowie in diesen Aufsätzen angeführte weitere Literatur.

2 BANDLE 2 mit Hinweis auf AVO 167.

3 BGFA 12b, 12c; BGE 130 II 94 E 4.1, 4.2.

4 BGE 130 II 95 E 4.2.

5 REYMOND 13 # 2174.

Verfahrenskosten sowie bei ungünstigem Ausgang die Prozessentschädigung an die Gegenpartei.

Der Anwalt hat ein eigenes, mit dem des Klienten korrelierendes Interesse, diese Chancen und Risiken objektiv zu beurteilen: Beide wollen grundsätzlich einen aussichtsreichen Prozess führen, aber keinen aussichtslosen riskieren.

Wo ein RSV grundsätzlich Deckung gewähren könnte, wird dies mit in die Beurteilung einbezogen, der Fall angemeldet und um Kostengutsprache ersucht. Der RSV seinerseits prüft die Deckung und, falls diese gegeben ist, namentlich die Prozesschancen. Hier hat der/die freiberuflich tätige Anwalt/Anwältin des Klienten die gleichen Interessen wie der Klient selbst: Beide wollen, dass der RSV die Kostengutsprache erteilt, ohne die man vielleicht den Prozess oder das Verfahren nicht einleiten wird, womit dem Anwalt das vielleicht lukrative Mandat entgehen würde.

Lehnt der RSV seine Leistungspflicht ab, weil er die Deckung verneint, er den Fall für aussichtslos oder ein anderes als das vom Anwalt des Kunden vorgeschlagene Vorgehen für geeigneter hält, besteht bereits ein latenter Interessenkonflikt zwischen dem Kunden und dem RSV. Ist nun der Anwalt des Klienten gleichzeitig Mitarbeiter des RSV, so hat er aufgrund seiner arbeits- oder gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht gegenüber dem RSV auch dessen Interessen zu wahren. Als Vertreter seines Klienten aber, der den Prozess auf Kosten des RSV führen will, hat er sich dafür einzusetzen, dass der RSV die Kostengutsprache erteilt. Der Anwalt, der vom RSV abhängig ist, wird deshalb in seiner Beratung immer auch, ob bewusst oder unbewusst, die Sicht des RSV mit berücksichtigen. Dies begründet zumindest in objektiver Hinsicht eine Interessenkollision und damit die Gefahr, dass die Interessen des Klienten gegenüber denen des RSV relativiert werden.

Auch das Bundesgericht hat eine mögliche «Gefährdung der Unabhängigkeit und der eigenverantwortlichen Berufsausübung» darin gesehen, dass das wirtschaftliche Interesse des RSV an der Begrenzung des finanziellen Aufwandes dem Interesse des Kunden an einem optimalen Rechtsschutz entgegensteht.⁶

Auch bei positivem Ausgang eines Prozesses wird nämlich der RSV in vielen Fällen erhebliche Kosten zu tragen haben, da die Prozessentschädigung (PE) in vielen Kantonen nicht einmal immer die effektiven Anwaltskosten deckt. Dazu kommen die weiteren Prozesskosten, namentlich die eigentlichen Gerichtskosten und eine bei negativem Ausgang des Prozesses der Gegenpartei zu bezahlende PE.

Ein Anwalt, der als Angestellter oder Organ des RSV dessen Standpunkt und namentlich die Kosten bei ungünstigem Ausgang im Auge hat, kann versucht sein, die Chancen eines vorgesehenen Prozesses zurückhaltender zu würdigen, diesbezügliche Einwände des RSV eher zu akzeptieren oder dem Klienten auch in Vergleichsgesprächen zu weiter gehenden Konzessionen zu raten, als wenn die Übernahme der Prozesskosten gesichert wäre.

⁶ BGE 123 I 200, mit Hinweis auf den Unterschied bei Anwälten von Verbänden etc: BGE 113 Ia 279.

3. Bei objektivem Missverhältnis zwischen Interessenwert und Kosten

Die Vertretung des Klienten durch Mitarbeitende eines RSV wird besonders problematisch, wo es um die Einleitung von Verfahren oder die Ergreifung von Rechtsmitteln geht, die juristisch zwar durchaus aussichtsreich sein mögen, aber ökonomisch nicht vertretbar sind. Das ist oft der Fall bei Anfechtung von Verkehrsbusen oder kurzen Fahrausweisentzügen, wo der Nutzen auch im Erfolgsfall in keinem vernünftigen Verhältnis zu den Kosten steht.

Der nicht versicherte und neutral beratene, rationale Klient wird aus wirtschaftlichen Überlegungen von einer Einleitung oder einem Weiterzug des Verfahrens spätestens dann absehen, wenn sein Anwalt einen realistisch bemessenen Vorschuss verlangt (etwa CHF 3 000 für Aufhebung einer Ordnungsbusse oder CHF 5 000 für die Anfechtung eines kurzen Führerausweis-Entzugs). Da solche Verfahren oder Rechtsmittel aber streng genommen selten aussichtslos sind, muss ein RSV Kostengutsprache erteilen. Die RSV soll ja gerade sicherstellen, dass der Klient zumindest die objektiv vernünftigen Schritte zur Durchsetzung seines Rechtsstandpunktes ohne Angst vor den unter Umständen enormen Kostenrisiken einleiten kann.

Gerade in solchen Konstellationen ist es wichtig, dass die Beratung durch einen Anwalt erfolgt, der nicht gleichzeitig gegenüber seinem Arbeitgeber die anfallenden Kosten zu vertreten hat.

4. Ergebnis

Nur die Beratung und Vertretung des Klienten durch vom RSV unabhängige Anwälte stellt die zweifelloste Unbefangenheit des Beraters sicher. In diesem Sinne geht es beim Erfordernis des vom RSV unabhängigen Anwalts um eine Übertragung der staatsrechtlichen Gedanken der Gewaltenteilung: Die Beratung im Hinblick auf ein Verfahren und dessen Führung muss personell und organisatorisch klar getrennt werden von Kostenüberlegungen. Andernfalls besteht die Gefahr von Interessenkollisionen.

V. Weitere Fragen

1. Rechtsschutzversicherer im Versicherungskonzern

Auf den von Küng/Schoch erwähnten Sonderfall, wo der RSV dem gleichen Konzern angehört wie ein Versicherer, gegenüber dem Ansprüche geltend gemacht werden, wird hier nicht näher eingegangen. Bei dieser Konstellation sind die RSV in der Praxis meist ohne weiteres bereit, den Kunden an einen externen Rechtsanwalt zu verweisen. Da erstens nur ein kleiner Teil der Rechtsschutzfälle überhaupt Ansprüche gegen andere Versicherer betrifft und zweitens auf dem Schweizer Markt mehrere Versicherungskonzerne tätig sind, stellt sich diese Frage nur in relativ wenigen Fällen. Weiter gehende Transparenzpflichten⁷

⁷ KÜNG/SCHOCH, Anwaltsrevue 4/2009, S. 186 rechte Spalte.

würden deshalb an der Interessenbindung und damit am Interessengegensatz auch nichts ändern.

2. Kostendruck in der Rechtsschutzversicherung

Es ist bekannt, dass die RSV unter starkem Kostendruck stehen und deshalb viele davon ausgehen, dass die Betreuung der Kunden durch interne Anwälte kostengünstiger sei als die Gewährung der freien Anwaltswahl und die Finanzierung externer Anwälte. Ob und inwieweit dies zutrifft, wenn man die gesamten Kosten mitberücksichtigt, mag hier offen bleiben. Es würde aber aus anwaltlicher Sicht nicht angehen, diese Kosten durch Einschränkung der freien Anwaltswahl oder durch Aufweichung des Grundsatzes der Unabhängigkeit und Ungebundenheit der Rechtsvertretung zu senken.

Im Sinne eines früheren Postulates des Verfassers wäre vielleicht doch einmal zu prüfen, ob die RSV nicht Selbstbehalte und Franchisen einführen sollten. Die Zahl gerade der kleineren und im Verhältnis zum Interessewert unverhältnismässig teuren Fälle dürfte doch stark zurückgehen, wenn der Kunde in jedem Rechtsfall 10% der versicherten Leistungen, mindestens die ersten CHF 1 000, selbst bezahlen müsste. Dann würde auch die freie Anwaltswahl wieder eher finanzierbar.

3. Rechtsschutzversicherung als Zusatzdeckung

Die Unabhängigkeit des Anwalts ist auch dann zentral, wenn ein Versicherer den Rechtsschutz nur als Zusatzleistung anbietet, namentlich als Rechtsschutz im Strafverfahren in der Haftpflichtversicherung. Hier erhält der Anwalt im Strafverfahren nicht selten Informationen, die der Versicherer nicht hat und auch nicht erhalten könnte und die zu einem Rechtsnachteil des Kunden gegenüber seinem Versicherer führen könnten. Das ist etwa der Fall, wenn ein Vorstrafenbericht Tatsachen enthält, die auf eine Anzeigepflichtverletzung des Kunden beim Abschluss der Versicherung hindeuten. Ein interner Anwalt des Versicherers könnte durch solche Informationen in einen zusätzlichen, oft noch gravierenderen Interessenkonflikt geraten.

4. Kündigungsrecht im Schadenfall (K/S 186)

Der Hinweis der beiden Autoren, dass die RSV eine freiwillige Versicherung ist und der Versicherte im Schadenfall von Gesetzes wegen ein Kündigungsrecht hat, ist zwar an sich richtig. Die

Unabhängigkeit des Anwalts wird für den Versicherten allerdings erst in seinem konkreten Schadenfall aktuell, und da hilft ihm das Kündigungsrecht auch nicht weiter. Für die Mehrzahl der Kunden ist nämlich ein Rechtsfall nicht derart alltäglich, dass die Aussicht auf bessere Behandlung in künftigen Fällen bei der Konkurrenz die Unzufriedenheit im ersten Fall aufwiegen könnte.

5. «Eigeninteressen» und Unterschiede zum «Firmenanwalt» (K/S 186)

Auch ohne «generelle Unterstellung an die Adresse angestellter Anwälte, primär Eigeninteressen zu verfolgen», ist es menschlich verständlich, wenn diese, sei es bewusst oder unbewusst, im Zweifel eher zu einer Lösung tendieren, die für ihren Arbeitgeber insgesamt günstiger ist. Besteht dessen Leistung in der Finanzierung eines bei negativem Ausgang sehr teuren Prozesses, dessen allenfalls positives Ergebnis nicht dem Arbeitgeber zukommt, so besteht zumindest die Versuchung, davon eher abzuraten.

Die Situation ist insofern wesentlich anders als beim Firmenanwalt, der zwar auch seinen Arbeitgeber gegenüber Dritten vertritt. Hier berät der angestellte Anwalt aber seinen Arbeitgeber wie einen Klienten, der einerseits für die gesamten Kosten selber aufkommen muss und dem andererseits auch die Vorteile aus einem erfolgreichen Vorgehen zukommen. Ein Interessengegensatz besteht hier nicht.

Besondere Kautelen in Anstellungsverträgen zwischen RSV und ihren Anwälten würden die Problematik nicht beseitigen. Auch wenn ein angestellter Anwalt die Kompetenz hat, seine Klienten frei zu beraten, wäre es eine Illusion anzunehmen, er fühle sich dabei völlig frei, denn das Verhältnis zwischen Schadenaufwand und Zahl der bearbeiteten Fälle lässt sich sehr leicht ermitteln.

VI. Zusammenfassung

Die «Sperrzone für RSV» ist bei objektiver Betrachtung zur Sicherstellung der anwaltlichen Unabhängigkeit und zur Vermeidung von Interessenkollisionen nicht nur gerechtfertigt, sondern geradezu geboten. Ihre Verankerung in AVO 167 II ist lediglich eine Konkretisierung der klaren Vorgaben von BGFA 12b und c und hat damit vor allem deklaratorische Bedeutung. ■