

Hans Nater\*

## Anwaltsmonopol als Sperrzone für Rechtsschutzversicherungen? – Eine Entgegnung

**Stichworte:** Anwaltliche Unabhängigkeit, Interessenkonflikt, Rechtsschutzversicherung, Anwaltsmonopol

Die Autoren *Manfred Küng* und *Niklaus Schoch* nehmen in der *Anwaltsrevue* 4/2009, S. 180 ff. die Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)<sup>1</sup> zum Anlass, um für die Unterstellung der Anwältinnen und Anwälte von Rechtsschutzversicherungen unter das Anwaltsgesetz (BGFA)<sup>2</sup> zu lobbyieren. Sie üben Kritik am Anwaltsmonopol und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur anwaltlichen Unabhängigkeit und verlangen eine Ausnahmeregelung, die es Anwältinnen und Anwälten von Rechtsschutzversicherungen erlauben würde, sich in das Anwaltsregister eintragen zu lassen und Kunden ihrer Arbeitgeberin vor Gericht zu vertreten. Dagegen ist auf der Grundlage des Anwaltsgesetzes zusammengefasst Folgendes einzuwenden: Die «Sperrzone» für Rechtsschutzversicherungsanwälte, an der sich die Autoren stören, bezieht sich auf die Parteivertretung vor Gericht<sup>3</sup>, ist verfassungsrechtlich<sup>4</sup> abgestützt und gesetzlich<sup>5</sup> verankert.

Wer bei einer Rechtsschutzversicherung angestellt ist und Versicherte vertritt, muss sich an zwei Interessen orientieren, die konfliktträchtig sind: dem Interesse der Rechtsschutzversicherung und den Interessen des Klienten bzw. Versicherten.<sup>6</sup> Typische Alltagssituationen: Der Klient und Versicherte will einen Rechtsstreit durchfechten, die Rechtsschutzversicherung will vergleichen.<sup>7</sup> Oder: Ein Prozess ist zwar aussichtsreich, im Verhältnis zum wirtschaftlichen Interesse aber unverhältnismässig teuer. In seinem *Leitentscheid*<sup>8</sup> zur Zulassung angestellter Anwälte hat das Bundesgericht das *Kriterium des Interessenkon-*

*flicts als ausschlaggebend* für die Beurteilung der (persönlichen) Voraussetzungen zur Eintragung in ein Anwaltsregister gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA bezeichnet, wonach Anwältinnen und Anwälte in der Lage sein müssen, den Anwaltsberuf unabhängig auszuüben.

Der viel zitierte *Leitentscheid* des Bundesgerichts zur Zulassung angestellter Anwälte ist deshalb wegweisend, weil er sich an der Verfassung orientiert und in subtiler Weise der Frage nachgeht,

«ob der Anwalt darlegen kann, dass angesichts der Ausgestaltung seines Anstellungsverhältnisses keine Beeinträchtigung seiner Unabhängigkeit bzw. der gewissenhaften und allein im Interesse seiner Klienten liegenden Berufsausübung droht».<sup>9</sup>

Das Bundesgericht schliesst ausdrücklich aus, dass die Unabhängigkeit angerufen werden darf, um Heimatschutz zugunsten freiberuflich tätiger Anwältinnen und Anwälte zu betreiben.<sup>10</sup> Weiter ist zu unterstreichen, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Unabhängigkeit als Eintragungsvoraussetzung bloss bedeutet, dass das Fehlen der Unabhängigkeit bei solchen Mandaten zu vermuten ist, die in irgendeinem Zusammenhang mit der Anstellung stehen, wie zum Beispiel bei der Vertretung der Kunden des Arbeitgebers. In einer Reihe von Fällen ist es angestellten Anwälten gelungen, diese Vermutung mit Bezug auf Tätigkeiten ausserhalb der Anstellung umzustossen.<sup>11</sup>

Im *Leitentscheid* bestätigt das Bundesgericht mehrmals den vor Inkrafttreten des BGFA gefällten BGE 123 I 193: In diesem Urteil schützte das Bundesgericht einen Entscheid der Aufsichtsbehörde des Kantons Luzern, in dem festgestellt worden ist, dass der Leiter einer Rechtsschutzversicherung, der einen Kunden seines Arbeitgebers in einem Strafverfahren anwaltlich vertrat, ungeachtet der arbeitsvertraglich vereinbarten Unabhängigkeitsgarantien gegen das Gebot der Unabhängigkeit versties. Im Urteil vom 3. Juni 2004 hatte sich das Bundesgericht erneut mit einem Rechtsschutzversicherungsanwalt zu beschäftigen und wurde noch deutlicher:

«Die Gefahr entsprechender Einflussnahme des Arbeitgebers kann grundsätzlich auch mit einem wie auch immer ausgestal-

\* Dr. iur., LL.M. (Harvard), Nater Dallafior Rechtsanwälte (Zürich).

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

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

3 Nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung, vgl. FELLMANN/ZINDEL, Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zürich 2005, Art. 3 N 6. Es scheint, dass kein einziger Kanton Rechtsschutzversicherungsanwälte zur Parteivertretung vor den eigenen Gerichten zulässt.

4 Vgl. u.a. BGE 130 II 87, E. 3 u. E. 4.3.2.

5 Art. 32 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG – SR 961.01) i.V.m. Art. 167 Abs. 1 der Verordnung über die Aufsicht von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO – SR 961.011); Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA.

6 Vgl. hierzu die umfassende Darstellung der Situation des bei einer Rechtsschutzversicherung angestellten Anwalts bei D. BANDLE, Das ambivalente Verhältnis zwischen Anwälten und Rechtsschutzversicherern, HAVE 2008, 2 ff.

7 Vgl. G. STOESSEL, Verhältnis Rechtsanwalt – Rechtsschutzversicherung: einige ausgewählte Fragen, *Anwaltsrevue* 6–7/2000, 4 ff. m.w.H.; Ph. REYMOND, L'avocat et l'assurance de protection juridique – Quelques questions choisies, *Anwaltsrevue* 6–7/2000, 11 ff. m.w.H.

8 BGE 130 II 87.

9 BGE 130 II 87 E. 6.1 a.E.

10 BGE 130 II 87, E. 3.

11 Vgl. u.a. Urteil des Bundesgerichts vom 13. Dezember 2003 (2A.101/2003); Urteile des Bundesgerichts vom 29. Januar 2004 (2A.109/2003, 2A.111/2003); Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juni 2004 (2A.359/2003); Urteil des Bundesgerichts vom 9. März 2005 (2A.529/2004); Urteil des Bundesgerichts vom 25. Oktober 2005 (2A.124/2005).

teten Arbeitsvertrag nicht wegbedungen werden, und die gesetzliche Vermutung für das Fehlen der Unabhängigkeit lässt sich für derartige Mandate nicht widerlegen; die Ausführungen des Beschwerdegegners über die Interessenlage von Arbeitgeber, Anwalt und Klient im Falle von Rechtsschutzversicherungen ändern an dieser Einschätzung nichts».<sup>12</sup>

An dieser Stelle sei auf zwei neue, sehr beachtenswerte Publikationen zum Anwaltsrecht hingewiesen und kurz angeführt, was darin zur behandelten Problematik ausgeführt wird: *Kaspar Schiller* kritisiert zwar die Eintragungspraxis gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. d BGFA als zu restriktiv<sup>13</sup>, spricht sich aber dezidiert gegen die Zulassung von Patentinhabern aus, die für Unternehmungen arbeiten, welche Rechtsdienstleistungen für Dritte anbieten<sup>14</sup>. Wenn der Vorgesetzte kein Anwalt sei, seien die Angestellten bei abweichenden Weisungen nicht in der Lage, das Konfliktverbot und die Schweigepflicht einzuhalten. *François Bohnet* und *Vincent Martenet* verweisen auf die bundesgerichtliche Praxis zur

Nichtzulassung von Rechtsschutzversicherungsanwälten<sup>15</sup>, machen aber gleichzeitig den freiberuflich tätigen Anwalt auf die Gefahr des Verlustes der Unabhängigkeit aufmerksam bei häufiger Vertretung von Klienten derselben Rechtsschutzversicherung und insbesondere bei pauschaler Honorierung<sup>16</sup>.

Im europäischen Vergleich ist die schweizerische Anwaltsordnung liberal. Die Schweiz gehört zu den Ländern mit einer tendenziell tiefen Regulierung der Anwaltstätigkeit. Auf die spekulative Bemerkung der Autoren *Küng* und *Schoch*, dass die Forderung nach der Abschaffung des Anwaltsmonopols «noch kühn» erscheint, ist zu entgegnen, dass es – aufgrund der sich an verfassungsmässigen Grundsätzen und dem Interesse am einwandfreien Funktionieren der Justiz orientierenden Rechtsprechung unseres höchsten Gerichts – nicht opportun erscheint, die «Sperrzone» mit Bezug auf die Parteivertretung durch Rechtsschutzversicherungsanwälte aufzuheben.

12 Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juni 2004 (2A.295/2003), E. 3.

13 KASPAR SCHILLER, Schweizerisches Anwaltsrecht. Grundlagen und Kernbereich, Zürich 2009, Rz 1069.

14 SCHILLER a.a.O., Rz 1096.

15 F. BOHNET/V. MARTENET, Droit de la profession d'avocat, Bern 2009, Rz 1361.

16 BOHNET/MARTENET a.a.O., Rz 1364.