

I. Einleitung

Die Privatautonomie ermöglicht es Rechtssuchenden, frei zu entscheiden, von welchem Rechtsanwalt sie sich vertreten lassen. Mit wem Rechtssuchende einen Mandatsvertrag abschließen, liegt zivilrechtlich allein in ihrem Ermessen. Als Kehrseite dieser Freiheit müssen sich Mandanten allerdings regelmäßig zur Bezahlung eines Honorars verpflichten. Unter Berufung auf seine eigene Privatautonomie (vgl § 10 Abs 1 RAO) wird nämlich der frei gewählte Anwalt den Auftrag gewöhnlich nur gegen Entgelt annehmen. Hier kommt die Rechtsschutzversicherung ins Spiel. Will der Rechtssuchende allfällige Anwaltskosten nicht selbst übernehmen, kann er sich vorsorglich dagegen versichern. Die Rechtsschutzversicherung übernimmt im Versicherungsfall als Hauptleistung¹ die Kosten einer Rechtsverfolgung (§ 158j Abs 1 VersVG), wozu auch das Anwaltshonorar zählt (Art 6.6.1. ARB 2015). Gegen regelmäßige Prämienzahlung kann der VN so den mit der Privatautonomie einhergehenden Nachteil, das Anwaltshonorar, auf den Versicherer überwälzen. Fraglich ist aber, ob er sich damit nicht zugleich des Vorteils seiner Selbstbestimmung entledigt. Möglicherweise gewährt die Rechtsschutzversicherung nämlich (volle) Kostendeckung nur beim Einschreiten gewisser, vom Versicherer nommierter Rechtsanwälte. Wollte sich der VN diesfalls von einem anderen, autonom gewählten Anwalt vertreten lassen, müsste er die Kosten – trotz Rechtsschutzversicherung – wiederum selbst tragen. Der Versicherungszweig wirft daher die Frage auf, wie der Rechtsanwalt eines VN zu bestimmen ist, damit diesem die Rechtsschutzdeckung zusteht. Verbleibt dem VN auch in der Rechtsschutzversicherung seine „natürliche“ freie Anwaltswahl oder ist die Deckung von der Person des einschreitenden Anwaltes abhängig? Diesem Thema widmet sich die vorliegende Arbeit.

Schon 1911 taucht die Frage, wem bei einer (damals nur angedachten) Prozesskostenversicherung die Auswahl des Anwaltes zustehen soll, in der Literatur auf.² Das ist erstaunlich, weil die moderne Rechtsschutzversicherung erst deutlich später aufkam (1917 in Frankreich, 1928 in Deutschland und sogar erst 1955 in Österreich).³ Die Frage der Anwaltswahl ist daher um Jahre älter als die sie beinhaltende Versicherungssparte⁴ selbst. Darin manifestiert sich die grundlegende Bedeutung dieses (Ur-)Problems der

1 OGH 26. November 2014, 7 Ob 190/14p.

2 Vgl *Obst*, Mitteilungen für die öffentlichen Feuerversicherungs-Anstalten 1911, 605 (605); *Werner*, Rechtsschutzversicherung in Europa, 5 f.

3 Vgl *Werner*, Rechtsschutzversicherung in Europa, 9, 101 f, 164 f; *Plote*, Rechtsschutzversicherung², Rn 1 f.

4 Abgesehen davon stellt sich die Frage der Anwaltswahl auch im älteren (vgl *Baummann* in Berliner Kommentar, VVG, Vorbemerkungen zu §§ 149–158k Rn 1 ff) Ver-

Rechtsschutzversicherung, woran sich bis heute nichts geändert hat. Das Thema ist ein Dauerbrenner⁵ und vielfacher Streitpunkt in Versicherungsprozessen⁶, der auch außerhalb der Gerichtssäle heftig wie kontrovers diskutiert wird. Die auffallende Aufmerksamkeit – auch der Literatur – verdankt die Frage der Anwaltswahl in der Rechtsschutzversicherung dem brisanten Aufeinandertreffen verschiedener Interessen.

A. Interessenlage – strukturelle Interessendivergenz

Den Versicherungsfall prägt in der Rechtsschutzversicherung eine charakteristische Interessenlage zwischen VN und Versicherer. Diese kann als „**strukturelle Interessendivergenz**“ bezeichnet werden, weil die Interessen der beiden Vertragsparteien typischerweise auseinanderdriften⁷. Auf der einen Seite ist der Versicherer bestrebt, die Schadenkosten des Versicherungsfalles möglichst klein zu halten (**Kostengeringshaltungsinteresse**). Auf der anderen Seite möchte der VN sein versichertes rechtliches Interesse ohne Kostenrisiko in der Sache optimal durchsetzen (**Interesse an bestmöglicher Rechtsverfolgung**).⁸ Diese Interessenkonstellation zeigt sich bei vielen Problemen der Rechtsschutzversicherung⁹ und im Besonderen äußert sie sich bei der Frage der Anwaltswahl. Diese liegt genau im Spannungsfeld der strukturell divergierenden Interessen, die sich hier nämlich dahingehend konkretisieren, dass beide, sowohl Versicherer als auch VN, die Auswahlentscheidung jeweils für sich beanspruchen.

1. Interesse des Versicherers

Der Versicherer möchte im Rechtsschutzfall den für den VN einschreitenden Rechtsanwalt, dessen Honorar er zu tragen hat, selbst bestimmen können. Dies insbesondere deshalb, weil Rechtsschutzversicherer mit einzel-

sicherungszweig der Haftpflichtversicherung. Hier bestimmt den Rechtsanwalt regelmäßig (vgl aber § 13 KHVG) der Versicherer (vgl Art 8.1.5.1 AHVB 2005/2012; Schauer, *Versicherungsvertragsrecht*³, 407 f).

5 Vgl *Grassl-Palten*, RdW 2002, 646 (646).

6 Jüngst etwa in EuGH 07. April 2016, C-460/14 und in EuGH 07. April 2016, C-5/15.

7 AA *Wilms*, VP 1957, 133 (133 f), dem zufolge die Interessen „in der Regel parallel laufen“.

8 Ebenso *Schauer*, *Versicherungsvertragsrecht*³, 449; *Pichler*, *AnwBl* 2008, 199 (203, vgl auch 199). Insb zum Kostengeringshaltungsinteresse des Rechtsschutzversicherers siehe auch BGH 20. Februar 1961, II ZR 139/59 = NJW 1961, 1113. Vgl auch OGH 10. Mai 2011, 4 Ob 57/11b (insb das darin wiedergegebene OLG Graz als Rekursgericht); BGH 04. Dezember 2013, IV ZR 215/12 = NJW 2014, 630. Vgl ferner *Gruber* in *FS Aicher*, 211 (218).

9 Vgl bspw den Artikel „Rechtsschutzversicherer muss zahlen“ aus der Tageszeitung „Die Presse“ vom 20. Februar 2015, Seite 15.

nen Anwälten (sog Vertrags- oder **Versichereranwälte**) besondere Honorarvereinbarungen¹⁰ getroffen haben.¹¹ Darin verspricht der Versicherer den Anwälten typischerweise die Vermittlung von Mandaten seiner VN. Als Gegenleistung verzichten die Versichereranwälte für diese Causen auf einen Teil ihres üblichen, tarifmäßigen Honorars. Gewöhnliche Rabatte bewegen sich dabei in einer Höhe von 20 % des gesetzlichen Tarifs^{12, 13}. Steht nun dem Versicherer die Anwaltswahl zu, wird er einen seiner Versichereranwälte, und zwar am ehesten jenen mit dem größten Honorarnachlass, nominieren. Im Ausmaß des Rabatts senken sich daher durch die eigene Anwaltswahl des Versicherers die Schadenkosten. Insoweit verwirklicht sich sein Kostengeringshaltungsinteresse. Überdies beenden Versichereranwälte Rechtsstreitigkeiten in der Praxis angeblich früher als andere Anwälte, insbesondere im Vergleichsweg. Kürzere Verfahren verhindern das Anlaufen weiterer Kosten. Daher kann der Versicherer auch aus diesem Aspekt heraus an der eigenen Anwaltsauswahl interessiert sein.¹⁴ Ferner sind die Rechtsschutzversicherer der Meinung, ihre Anwälte seien im Prozess erfolgreicher als andere. Da bei einem Obsiegen im Zivilverfahren der Gegner anstelle des Versicherers die Prozesskosten trägt, bestünde auch insofern das Interesse des Versicherers, seinen – vermeintlich erfolgversprechenderen – Anwalt zu nominieren.¹⁵ Zuletzt sei für den Versicherer angeblich auch die Kommunikation und Korrespondenz mit Versichereranwälten spürbar weniger aufwendig, was ebenfalls zur Kostengeringshaltung

-
- 10 Dazu aus empirischer Sicht *Hommerich/Kilian*, Rechtsschutzversicherungen und Anwaltschaft, 111 ff. Siehe dazu auch *Schilasky*, Einschränkung der freien Rechtsanwaltswahl, 119 ff.
- 11 Siehe insb *Pichler*, AnwBl 2008, 199 (199); vgl auch *Grassl-Palten*, RdW 2002, 646 (648); *Kronsteiner* in ARB 2007 Polizzenklausel 12, 264; *dens* in ARB 1994 Polizzenklausel 12, 251; *dens* in VersVG § 158k Rn 15; *Hartmann*, Rechtsschutzversicherung, 411 f.
- 12 Gemeint ist der Tarif für ortsansässige Rechtsanwälte.
- 13 *Grassl-Palten*, RdW 2002, 646 (648 FN 17); siehe auch *Pichler*, AnwBl 2008, 199 (199 FN 3), der auch auf „weit“ größere Preisnachlässe hinweist; vgl auch *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201 (205), der durch die durchschnittlichen Rabatte von 20 % für Deutschland von einer kollektiven jährlichen Kostenersparnis in dreistelliger (Euro-)Millionenhöhe ausgeht.
- 14 Vgl *Grassl-Palten*, RdW 2002, 646 (649); vgl dazu *Pichler*, AnwBl 2008, 199 (203 f). Vgl ferner OGH 19. Oktober 1978, 7 Ob 59/78 (7 Ob 60/78).
- 15 Vgl *Kronsteiner* in ARB 2007 Polizzenklausel 12, 264; *dens* in ARB 1994 Polizzenklausel 12, 251; *dens* in VersVG § 158k Rn 15; *dens*, VR 1–2/2003, 36 (38); *Eidam*, Spartentrennung, 269 f inkl FN 749; *Grassl-Palten*, RdW 2002, 646 (648 f); *Schilasky*, Einschränkung der freien Rechtsanwaltswahl, 133; *Hartmann*, Rechtsschutzversicherung, 412. Vgl aber *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201 (205, 207). Vgl ferner BGH 26. Oktober 1989, I ZR 242/87 = NJW 1990, 578.

tung beitragen kann.¹⁶ Die beiden zuletzt genannten Aspekte (vermeintlicher Prozessserfolg und Kommunikationsaufwand) scheinen für das Interesse des Versicherers zwar weniger ausschlaggebend. Allein aufgrund der beiden eingangs geschilderten Gesichtspunkte (Rabatt und Verfahrenskürzung) ist aber bereits ein deutliches Interesse seinerseits an der eigenen Anwaltswahl auszumachen.

2. Interesse des Versicherungsnehmers

Diesem Interesse des Versicherers steht jenes seines VN entgegen. Der VN will seine versicherte Rechtsverfolgung bestmöglich umsetzen und benötigt zu diesem Zweck die freie Anwaltswahl in mehrfacher Hinsicht. Zunächst braucht der VN das Wahlrecht, weil die ideale Rechtswahrnehmung die Vertretung durch einen Anwalt seines Vertrauens erfordert (Vertrauensanwalt).¹⁷ Ohne – persönliches wie fachliches – Vertrauen des VN in seinen Rechtsbeistand scheint eine optimale Rechtsverfolgung nicht gewährleistet. Dies schon deshalb, weil auch der beste Anwalt auf die vertrauensvolle Unterstützung durch seinen Mandanten (etwa um den Sachverhalt einzuschätzen) angewiesen ist. Neben diesem **positiven Aspekt**, der *für* ein Wahlrecht des VN spricht, gibt es **negative Gesichtspunkte**, die aus Sicht des VN *gegen* ein Wahlrecht des Versicherers sprechen. So bestünde bei Auswahl durch den Versicherer die Gefahr, dass der Versichereranwalt zu sehr auf das Kostengeringshaltungsinteresse „seines“ Versicherers Rücksicht nimmt. Dies zeigt sich schon daran, dass Versichereranwälte ja angeblich Rechtsstreitigkeiten früher beenden als ihre versichererunabhängigen Kollegen. Ob das immer im Rechtsverwirklichungsinteresse des VN geschieht, ist fraglich.¹⁸ Außerdem steht die Befürchtung im Raum, der – günstige – Versichereranwalt könnte weniger Zeit in das Mandat investieren als ein voll bezahlter Berufskollege.¹⁹ Des Weiteren kann es im Fall eines (dem VN womöglich verborgen gebliebenen) Vertretungsfehlers des Anwaltes für den VN speziell vorteilhaft sein, keinen Versichereranwalt zu haben. Gegen einen frei gewählten Anwalt wird er nämlich eher die

16 Vgl. *Kronsteiner* in ARB 2007 Polizzenklausel 12, 264; *dens* in ARB 1994 Polizzenklausel 12, 251; *dens* in VersVG § 158k Rn 15; *Grassl-Palten*, RdW 2002, 646 (648); *Schilasky*, Einschränkung der freien Rechtsanwaltswahl, 131 ff, 262.

17 Vgl. *Pichler*, AnwBl 2008, 199 (199); *Grassl-Palten*, RdW 2002, 646 (648); BGH 26. Oktober 1989, I ZR 242/87 = NJW 1990, 578; das Arbeitsdokument der EG-Kommission vom September 1975, XV/189/75-E, 7.

18 *Pichler*, AnwBl 2008, 199 (203 f); vgl. auch *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201 (202, 206 f); *dens*, NJW 2014, 588 (590); *Hartmann*, Rechtsschutzversicherung, 413. Vgl. auch BGH 26. Oktober 1989, I ZR 242/87 = NJW 1990, 578.

19 Dem Spruch entsprechend: „Wie die Verpflegung, so die Bewegung“. Vgl. *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201 (205); *Lensing* zu OLG Bamberg 3 U 236/11, NJW 2012, 2285 (2286). Vgl. aber BGH 04. Dezember 2013, IV ZR 215/12 = NJW 2014, 630.

Unterstützung und einen Hinweis auf den Fehler von seiner Versicherung erwarten können. Und nicht zuletzt sind auch besondere Situationen denkbar, in denen die Vertretung des VN durch einen versicherernahen Anwalt nicht nur problematisch, sondern untragbar erschiene (zB bei einer Klage des VN gegen seinen eigenen Rechtsschutzversicherer).²⁰ Zusammenfassend hat der VN also ein verständliches Interesse daran, sich seinen Anwalt nicht vom Versicherer beistellen zu lassen, sondern stattdessen eine autonome Auswahlentscheidung zu treffen. Andernfalls wäre sein zentrales Ziel, die bestmögliche Rechtsverfolgung, in mehrfacher Hinsicht gefährdet.

3. Interesse der Anwälte

Außerhalb der versicherungsvertraglichen Beziehung und damit unabhängig von der dort vorherrschenden strukturellen Interessendivergenz existiert zudem noch das anwaltliche Interesse an der Frage der Anwaltswahl.²¹ Auch die Rechtsanwälte sind an einer **freien Anwaltswahl durch die VN** interessiert,²² allerdings aus anderen Gründen als diese selbst. Dem Anwalt ist für die Vertretung seiner Mandanten die Unabhängigkeit von fremden Interessen gesetzlich vorgeschrieben (vgl § 9 Abs 1 RAO).²³ Diese Vorgabe scheint bei einer Nominierung durch den Rechtsschutzversicherer, dessen Interesse von jenem des Mandanten abweicht, gefährdet. Rechtsanwälte müssen daher schon aus diesem standesrechtlichen Unabhängigkeitsaspekt heraus eine Anwaltswahl durch den VN bevorzugen.²⁴ Darüber hinaus verbindet den VN mitunter eine langjährige Mandatsbeziehung mit seinem ständigen „Haus-und-Hof-Anwalt“. Stellt der Versicherer nun aber solchen VN einen anderen Rechtsanwalt bei, führt das aus Sicht des eingessenen Anwaltes zu einem (teilweisen) Entzug seines ständigen Mandates. Und auch beim erstmals (vom VN) angesprochenen

20 Dazu später in Kapitel IV.

21 Vgl BGH 26. Oktober 1989, I ZR 242/87 = NJW 1990, 578; OLG Bamberg 20. Juni 2012, 3 U 236/11 = NJW 2012, 2282 (*Lensing*); *Karauscheck/Kaufmann*, VR 6/2014, 25 (28). Das anwaltliche Interesse an der Frage belegen auch einige Publikationen aus dieser Ecke (zB *Pichler*, AnwBl 2008, 199; *Tsorlinis*, AnwBl 2009, 327) sowie gewisse Tätigkeiten von Rechtsanwaltskammern (vgl OGH 10. Mai 2011, 4 Ob 49/11a; *Werner*, Rechtsschutzversicherung in Europa, 162 [zu einem wegen mangelnder freier Anwaltswahl von belgischen Anwaltskammern ausgesprochenen Verbot für ihre Mitglieder, für Rechtsschutzversicherer tätig zu werden], 180 FN 40; das Arbeitsdokument der EG-Kommission vom September 1975, XV/189/75-E, 7).

22 Vgl *Grassl-Palten*, RdW 2002, 646 (646).

23 Dazu näher *Scheuba* in Csoklich/Scheuba, Standesrecht², 51, 52 ff.

24 Vgl *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201 (205 ff); *dens*, NJW 2014, 588 (590); *Pichler*, AnwBl 2008, 199 (203 f); *Lensing* zu OLG Bamberg 3 U 236/11, NJW 2012, 2285 (2286).

Anwalt kann die Wahl durch den Versicherer bedeuten, dass der Anwalt sein gerade erst (vermeintlich) dazugewonnenes Mandat gleich wieder abgeben muss. Aufgrund solcher Geschäftseinbußen besteht regelmäßig (aber natürlich nicht bei Versichereranwälten)²⁵ das anwaltliche Interesse an der freien Wahl durch die VN. Die Anwaltswahl durch die Versicherer bedeutete ein Abwandern (und damit eine Konzentration²⁶) der rechtsschutzversicherten Mandate zu (bzw bei) den relativ wenigen Versichereranwälten. Die gegenüberliegende Mehrheit der versichererunabhängigen Kollegen wird daher ein Wahlrecht der VN bevorzugen. Überdies dient ein solches Wahlrecht auch dem Kollektiv der Rechtsanwälte. Da diesfalls nämlich die honorarbeschränkenden Vereinbarungen mit den Versicherern seltener Anwendung finden, erhöht sich dadurch das lukrierte Gesamthonorar der Anwaltschaft. Zusammenfassend belegen mehrere Gesichtspunkte, dass neben dem Interesse der VN auch ein (überwiegendes) Interesse der Anwälte an der freien Anwaltswahl besteht.

4. Fazit

Die Anwaltswahl in der Rechtsschutzversicherung liegt am **Knotenpunkt dreier Interessen**. Auf der einen Seite steht der Versicherer, der, seinem allgemeinen Kostengeringshaltungsinteresse entsprechend, selbst die Auswahl treffen möchte. Ihm gegenüber stehen Versicherungsnehmer und Anwaltschaft, deren verschiedenen Interessen jeweils aus mehreren Gründen heraus ein Wahlrecht des VN dienen würde. Im Spannungsfeld dieser konfligierenden, *faktischen* Interessen liegt das objektive Recht der Anwaltswahl. Welche Rolle dabei die genannten Interessensgesichtspunkte spielen, wird erst die folgende Untersuchung zeigen.

B. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung gliedert sich in zwei Teile. Im ersten, dem **Allgemeinen Teil**, wurde soeben als Einstieg die das Thema beherrschende Interessenlage aufgezeigt (Kapitel I). Die Bewertung dieser Interessen durch den Normgeber spiegelt sich in den einschlägigen Regelungen wider und prägt daher die gesamte Untersuchung. An diese Einleitung schließt sich eine Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen des Themas an (Kapi-

25 Dies gilt aber auch nur in Bezug auf die jeweils „eigene“ Rechtsschutzversicherung des Versichereranwaltes. Hinsichtlich aller anderen, „fremden“ Versicherungen, mit denen er keine Honorarvereinbarung getroffen hat, wird auch er die Wahl durch die VN (seine angestammten Klienten) bevorzugen.

26 Vgl (hinsichtlich des „aktiven Schadenmanagements“ der Rechtsschutzversicherer in Deutschland) *Cornelius-Winkler*, SVR 2013, 201 (207). Vgl auch die Wiedergabe des Berufungsgerichtes in BGH 26. Oktober 1989, I ZR 242/87 = NJW 1990, 578.

tel II). Darauf folgt das Kernstück sowohl des Allgemeinen Teils als auch der Untersuchung insgesamt. Dieses widmet sich einem Aspekt, dem mE entscheidendes Gewicht zukommt (auch wenn die bisherige Diskussion das nicht stets vermuten lässt). Es wird dort der **Zweck der einschlägigen Normen** untersucht. Diese Normen schreiben, soviel kann vorweggenommen werden, unter bestimmten Voraussetzungen die „freie Anwaltswahl“ (= ein Auswahlrecht des VN) zwingend vor. Welchem Zweck nun dieses Wahlrecht genau dienen soll, wird in den Kapiteln III bis VI erörtert. Den Ausgangspunkt bilden dabei grundlegende Anfangsüberlegungen zum Zweck der freien Anwaltswahl, die die Richtung für die weitere Untersuchung weisen (Kapitel III). Diese Überlegungen führen zunächst zu der Frage, was unter dem Begriff der „Interessenkollision“ zu verstehen ist. Die Beantwortung dieser Frage durch Kapitel IV ermöglicht es im Anschluss daran, die Wirkung gewisser Maßnahmen, insbesondere die Wirkung der freien Anwaltswahl, auf solche Interessenkollisionen beurteilen zu können (Kapitel V). Der Allgemeine Teil endet schließlich mit einer Conclusio, die die Ergebnisse der vorangegangenen Kapitel verwertet und dadurch den genauen Zweck, die Funktion der freien Anwaltswahl, bestimmen kann (Kapitel VI).

Erst nachdem diese notwendige Grundlage im Allgemeinen Teil geschaffen wurde, können konkrete Einzelfragen der Anwaltswahl beantwortet werden. Solchen widmet sich der **Besondere Teil** der Untersuchung. Darin wird die abstrakt herausgearbeitete Funktion der freien Anwaltswahl auf zwei besonders gewichtige **Einzelprobleme** angewandt. Dies soll die entscheidende Bedeutung der hinter dem freien Wahlrecht stehenden Ratio veranschaulichen. Als Erstes wird hier die Anwaltswahl bei Massenschäden erörtert (Kapitel VII). Darauf folgt eine Untersuchung vertraglicher Mechanismen, insbesondere einer speziellen Selbstbehaltsregelung, die die Anwaltswahl des VN gewissermaßen lenken (Kapitel VIII).

Eine **Zusammenfassung** schließt die Arbeit ab (Kapitel IX).