

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20090226\_d\_be\_o\_01 vom 26. Februar 2009**

FINMA Versicherungsrecht, 2009-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20090226\\_d\\_be\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20090226_d_be_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20090226\_d\_be\_o\_01 du 26 février 2009

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20090226\_d\_be\_o\_01 del 26 febbraio 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Im Jahre 1995 schloss der Appellant mit der A.-Rechtsschutz, Rechtsvorgängerin der Appellantin, eine Verkehrsrechtsschutzversicherung ab. Am 11. April 1996 wurde die Police erneuert (vgl. Police Nr. 12.325.253, Klagebeilage [KB] 3). Beiden Verträgen liegen die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) Ausgabe 09.95 zu- grunde (vgl. KB 1).

### **E. 2**

Am 28. Juni 1996 verunfallte der Appellant auf dem Zürichsee, als das von ihm ge- lenkte Boot von einem herannahenden Boot gerammt wurde.

### **E. 3**

Mit Schreiben vom 3. Oktober 1996 anerkannte die Haftpflichtversicherung des Unfallverursachers, C., das volle Verschulden ihres Versicherungsnehmers (KB 9).

### **E. 4**

Da sich der Appellant bereits zwei Monate vor dem Bootsunfall bei einem Treppen- sturz eine Halswirbelsäulen-Distorsion sowie eine leichte traumatische Hirnverlet- zung zugezogen hatte (KB 8), bahnte sich ein Rechtsstreit zwischen dem Appella- ten und der C. (später D.) an.

### **E. 5**

Im Hinblick auf die zu erwartenden rechtlichen Auseinandersetzungen beantragte der Appellant Rechtsschutz bei der A.-Rechsschutz. Die Schadensmeldung ging am 26. Mai 1997 bei der A.-Rechtsschutz ein (pag. 121, al. 7 und 10 mit Verweisen). Obwohl sich die Meldung nicht bei den Verfahrensakten befindet, ist deren Eingang zwischen den Parteien unbestritten. So sagte der der Vertreter der Appellantin, Bruno Hühnli, anlässlich seines erstinstanzlichen Parteiverhörs aus, der Polizeirap- port habe der Schadensmeldung vom 26. Mai 1997 beigelegt (pag. 121, al. 7). Der Polizeirapport vom 2. August 1996 wurde denn auch von der Appellantin ein- gereicht (Klageantwortbeilage [KAB] 2), was belegt, dass sie ihn in ihren Akten hat- te. Er ist mit „Schiffsunfall“ überschrieben und beschreibt die Kollision zweier Mo- torschiffe. Zudem räumte der Vertreter der Appellantin ein, dass die Sachbearbeite- rin der A.-Rechtsschutz, N., gewusst habe, dass es sich um einen Bootsunfall han- delte (pag. 127, al. 4ff.).

### **E. 6**

Gestützt auf diese Schadenmeldung teilte N., damalige Mitarbeiterin der Appellan- tin, Abteilung Rechtsdienst Bern und Solothurn, dem Appellaten mit Schreiben vom 28. Mai 1997, mithin 2 Tage nach Eingang der Schadensmeldung, folgendes mit (KB 10):

„Wir haben Ihre Anzeige erhalten, mit der Sie im Zusammenhang mit dem Vorfall vom 28. Juni 1996 bei uns Rechtsschutz beanspruchen. Gerne bestätigen wir Ihnen, dass wir als Rechtsschutzversicherer Ihre Interessen wahren werden.“

#### **E. 7**

In der Folge erteilte die Appellantin, handelnd durch N., den Anwälten des Appellanten mehrmals Kostengutsprache:

- am 12. Juni 1997

KB 11 - am 1. Juni 1999

KB 12 - am 31. Januar 2001 KB 13 - am 24. Februar 2005 KB 14

Seite 7 ■ 16

Dabei ist zu beachten, dass das Schadensereignis vom 28. Juni 1996 in der Kostengutsprache vom 31. Januar 2001 wiederum explizit als „Bootsunfall“ bezeichnet wird.

#### **E. 8**

Im Jahre 2001 revidierte die Appellantin ihre Allgemeinen Vertragsbedingungen. Bestimmung A 1 wurde neu mit einer Ziffer 4 ergänzt, welche nunmehr auch Wasserverfahrzeuge in die Versicherungsdeckung einschliesst (vgl. Ausgabe 7.01, KB 6). Der Vertreter der Appellantin begründete diesen Schritt damit, dass mit der neuen Formulierung von Bestimmung A 1 eine Angleichung an die Privatrechtsschutzversicherung vorgenommen worden sei, womit man einen Vorteil gegenüber der Konkurrenz anstrebe (pag. 121 al. 1 ff). Ob diese Verbesserung des Leistungsangebotes den Versicherten ausdrücklich kommuniziert wurde, geht aus den Akten nicht hervor.

#### **E. 9**

Nach einem erneuten Gesuch um Kostengutsprache für ein medizinisches Gutachten teilte Bruno Hühnli namens der Appellantin dem damaligen Anwalt des Appellanten mit Schreiben vom 20. Juli 2005 (KB 15) mit, es sei festgestellt worden, dass die Kostengutsprache vom 1. Juni 1999 wie auch diejenigen an die vorgängigen Anwälte des Appellanten irrtümlich erfolgt seien und per sofort widerrufen würden. Gemäss AVB seien nur Lenker, Halter und Eigentümer von Fahrzeugen versichert, die für den Strassenverkehr zugelassen seien, vorliegend sei der Kläger aber als Führer eines Motorschiffes in den Unfall verwickelt gewesen. Die Versicherungsdeckung hätte bei gehöriger Prüfung bereits bei Anmeldung des Falles im Jahre 1997 verneint werden müssen.

### **IV. Beweiswürdigung und Rechtliches**

#### **A. Formelles**

##### **1. Streitwert**

Der Appellat bezifferte den Streitwert des vorliegenden Verfahrens mit CHF 205'000.00 (Garantiesumme von CHF 250'000.00 gemäss Police Nr. 12.325.253 [vgl. KB 3] abzüglich anrechenbarer Aufwendungen der Versicherung für die Interessenwahrung des Appellanten von CHF 45'531.70), währenddem die Appellantin vorinstanzlich von einem Streitwert von maximal CHF 187'000.00 ausging, da der bisherige Aufwand für die Interessenwahrung des Appellanten CHF 60'531.70 betrage.

Gemäss Art. 138 Abs. 1 ZPO ergibt sich der Streitwert grundsätzlich aus dem, was der Kläger in seinem Klagebegehren fordert.

Nachdem unstreitig ist, dass die Appellantin bis am 20. Juli 2005 jedenfalls Kostenübernahme von CHF 45'000.00 geleistet hat (vgl. pag. 63 sowie KB 4) und nachdem sich deren Parteivertreter anlässlich der oberinstanzlichen Plädoyers

Seite 8 ■ 16 nicht mehr zum Streitwert vernehmen liess, diesen mithin nicht mehr bestreitet, ist für das vorliegende Verfahren von einem Streitwert von CHF 205'000.00 auszugehen.

## 2. Klageart

In der erstinstanzlichen Hauptverhandlung wurde von der Appellantin die Frage aufgeworfen, ob das Rechtsbegehren des Appellaten gemäss Klage vom 10. April 2007 auf Leistung oder Feststellung laute (vgl. pag. 109). Die Vorinstanz hat erwo- gen, dass es nicht darum gehe, zu klären, ob der Versicherungsvertrag dem Appel- lanten je einen Anspruch auf Kostengutsprache gab, sondern darum, ob die Appel- lantin ihre Versicherungsleistung weiter zu erbringen habe oder nicht. Der maxima- le Leistungsumfang ergebe sich bereits aus dem Versicherungsvertrag. Die Klage beinhalte somit ein grundsätzlich durchsetzbares, konkretes Leistungsbegehren. Die vorinstanzliche Interpretation des klägerischen Rechtsbegehrens als Leis- tungsbegehren ist nachvollziehbar und begründet. Nachdem die Appellantin obe- rinstanzlich keine weiteren Ausführungen zur Klagenatur gemacht hat, erübrigen sich tiefergreifende Erörterungen. Das klägerische Rechtsbegehren wird deshalb auch oberinstanzlich als Leistungsbegehren entgegengenommen.

## B. Materielles

Dem Appellaten steht gegen die Appellantin ein Anspruch auf Fortführung der Leis- tungserbringung aus Police Nr. 12.325.253 zu, wenn das Schadensereignis vom 28. Juni 1996 unter den zwischen den Parteien unstreitig abgeschlossenen Rechtsschutz- versicherungsvertrag fällt oder wenn bezüglich diesem Versicherungsvertrag seitens der Appellantin jedenfalls eine Kostengutsprache erfolgt ist, welche weder durch Wider- ruf, Berufung auf einen Irrtum oder Geltendmachung eines sonstigen, zulässigen Auflö- sungsgrundes dahingefallen ist.

### 1. Anspruch aus Rechtsschutzversicherungsvertrag

Zwischen den Parteien wurde der unbestrittenermassen im Jahre 1995 abge- schlossene Verkehrs-Rechtsschutzversicherungsvertrag per 9. April 1996 verlän- gert, und zwar um rund 3 Jahre bis zum 30. April 1999 (vgl. KB 3). Diesem (erneu- erten) Vertrag liegen die AVB Ausgabe 09.95 zugrunde (vgl. KB 3, S. 2). Weder in der Police selbst noch in den AVB 09.95 wird festgehalten, dass die bei Vertrags- schluss bzw. Vertragsverlängerung geltenden AVB im Falle einer späteren Ände- rung der Allgemeinen Vertragsbedingungen durch die jeweils neu erlassenen AVB ersetzt werden. Somit sind für die Beurteilung der Versicherungsdeckung des Schadensereignisses vom 28. Juni 1996 primär die AVB 09.95 massgebend. In Bestimmung A1 lit. a 1. Lemma wird festgehalten, dass als Versicherter des Ver- trages der Versicherungsnehmer in seiner Eigenschaft als Eigentümer oder Halter von Fahrzeugen, die für den Strassenverkehr zugelassen sind, gilt. Somit sind Wasserfahrzeuge wie Boote jedenfalls gestützt auf den klaren Wortlaut der ein- schlägigen Vertragsbestimmung von der Versicherungsdeckung ausgenommen.

Seite 9 ■ 16 Anlässlich seines erstinstanzlichen Parteiverhörs führte der Appellat nun aus, dass er während seiner Studienzeit auf dem Mittelmeer fremde Boote überführt habe, die hier zur Diskussion stehende Rechtsschutzversicherung auf Empfehlung seines damaligen Versicherungsberaters gerade im Hinblick darauf abgeschlossen habe (vgl. pag. 115, al. 9 ff.). Der Vertreter der Appellantin bezweifelte aufgrund des erwähnten Wortlauts der einschlägigen Bestimmung, dass der Versicherungsberater der Rechtsvorgängerin der Appellantin dem Appellaten die Rechtsschutzversicherung für das Überführen fremder Boote angeboten hatte. Er räumte jedoch ein, dass zu dieser Zeit die Rechtsschutzprodukte sehr einfache Produkte gewesen seien. Im Wesentlichen hätten die Produkte Verkehrsrechtsschutz, Privatrechtsschutz und Rechtsschutz für den Schwerverkehr (kontrollschilderbezogen) existiert.

Durch die übereinstimmenden Willenserklärungen legen die Parteien den vereinbarten Vertragsinhalt fest und erklären einander den Willen, einen Vertrag mit diesem Inhalt abzuschliessen (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage 2008, Band I, N 329). Dass ein Vertragsschluss stattgefunden hat, ist vorliegend erstellt. Strittig ist hingegen, ob gestützt auf die Aussagen des Appellaten, sein damaliger Versicherungsberater habe ihm die Rechtsschutzversicherung gerade im Hinblick auf das Überführen von Wasserfahrzeugen angeboten, auch Fahrzeuge, die für den Wasserverkehr zugelassen sind (Boote) zum Vertragsbestandteil erhoben wurden. Oder mit anderen Worten: Bezogen sich die gegenseitigen Willenserklärungen des Appellaten und des Vertreters der Rechtsvorgängerin der Appellantin beim Vertragsschluss im Jahre 1995 auch auf die Teilnahme von Booten am Versicherungsschutz, so dass diesbezüglich Übereinstimmung herrschte? Die Vorinstanz hat diese Frage unter dem Gesichtspunkt von Art. 18 Abs. 1 OR erörtert (vgl. pag. 199, Ziff. IV. 8.). Der Appellationshof kann sich den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz (vgl. Ziff. IV. 4.1) anschliessen:

Unter Würdigung der Motivation des Appellaten zum Vertragsabschluss sowie der Tatsache, dass die verfügbaren Rechtsschutzprodukte gemäss Appellantin zum damaligen Zeitpunkt sehr eingeschränkt gewesen waren, insbesondere nur der Baustein „Lenken fremder Wasserfahrzeuge“ bestanden habe, welcher in den Privatrechtsschutz eingebaut werden können (vgl. pag. 119, al. 26 ff.), bestehen immerhin erhebliche Anzeichen, welche auf einen solchen übereinstimmenden Willen bezüglich Wasserfahrzeuge schliessen lassen. Gerade aufgrund der Beschränktheit des damaligen Angebots auf einige wenige, rudimentäre Versicherungsrechtsschutzprodukte liegt es nahe, dass genügend Raum für individuelle, nicht durch standardisierte Vertragsbedingungen vorgegebene Lösungen bestand und es üblich war, solche Lösungen anlässlich der Vertragsverhandlungen zu vereinbaren. In diesem Zusammenhang muss auch berücksichtigt werden, dass die Allgemeinen Vertragsbedingungen Version 07.01 nun explizit auch Wasserfahrzeuge, und zwar auch solche im Eigentum des Versicherungsnehmers, im Verkehrsrechtsschutz miteinschliessen (Bestimmung A1 Ziffer 4 AVB 07.01, KB 6). Unter diesen Umständen ist es doch sehr erstaunlich, dass früher nur der Baustein „Lenken fremder Wasserfahrzeuge“ bestanden haben soll, welcher darüber hinaus nur zum Einbau in den Privatrechtsschutz vorgesehen gewesen sein soll.

Seite 10 ■ 16

Es wäre Sache der Appellantin gewesen, den damals beim Abschluss des Rechtsschutzversicherungsvertrages involvierten Versicherungsvertreter vorladen zu lassen, um die aufgestellte Behauptung zu widerlegen, wonach der Versicherungsvertreter die

Versicherung auch für das Überführen von fremden Booten angeboten hatte. Ein entsprechender Beweisantrag wurde jedoch nicht gestellt.

## 2. Anspruch aus Deckungszusage bzw. Kostengutsprache

### a. Rechtsnatur der Deckungszusage / Kostengutsprache

Eine Kostengutsprache stellte eine Zusicherung des Rechtsschutzversicherers dar, allfällig später entstehende, mit der Rechtsverfolgung in einem konkreten Fall verbundene Kosten zu übernehmen (POLTERA, Der Rechtsschutzversicherungsvertrag und das Verfahren bei Meinungsverschiedenheiten in der Schadensabwicklung, Dissertation St. Gallen 1999, S. 66). Der Versicherte oder dessen Anwalt werden beim Versicherer um eine Kostengutsprache nachsuchen. Letzterer ist dem Versicherten gegenüber aus seiner Pflicht zur Rechtsschutzgewährung (Befreiungsanspruch des Versicherten) verpflichtet, eine solche abzugeben (vgl. BGE 119 II 368, 371, E. 4 und BGE 119 II 468, 470 f.).

Die Rechtsnatur einer Kostengutsprache ist in der Lehre nicht unumstritten und hängt davon ab, gegenüber wem sie kundgegeben wird. Folgt man der Lehrmeinung Fuhrers, ergibt sich Folgendes:

Die an den Versicherten gerichtete Kostengutsprache ist als interne Schuldübernahme i.S. von Art. 175 OR zu qualifizieren. Wird jedoch die Kostengutsprache direkt an den Anwalt des Versicherten geleistet, entsteht gemäss Art. 176 Abs. 2 OR ein Antrag des Versicherers an den Anwalt auf privative Schuldübernahme. Ein solcher Antrag kann gemäss Art. 176 Abs. 3 OR auch stillschweigend angenommen werden. Davon ist auszugehen, wenn der Anwalt des Versicherten aufgrund der Kostengutsprache im Sinne des Versicherten tätig wird. Durch die Bekanntgabe der Kostengutsprache an den Anwalt wird die interne Schuldübernahme in eine privative umgewandelt, womit der Versicherer zum alleinigen Schuldner des Anwalts wird. Mit der Kostengutsprache übernimmt er die aus dem Auftragsverhältnis zwischen Anwalt und Versichertem resultierende Schuld des Letzteren. Dieses Rechtsverhältnis ist vom Bestand des Versicherungsvertrages unabhängig (Art. 179 Abs. 3 OR; vgl. zum Ganzen: STEPHAN FUHRER, Die Rechtsschutzversicherung, Strassenverkehrsrechtstagung Uni FR 2006, Tagungsband, S. 75 ff.).

Demgegenüber qualifiziert Poltera die vom Versicherer gegenüber dem Anwalt des Versicherten abgegebene Kostengutsprache bzw. Deckungszusage als Schuldbeitritt, geht also von einer bloss kumulativen Schuldübernahme aus (POLTERA, a.a.O., S. 69).

Schliesslich kann auf andere Autoren verwiesen werden, welche bei der Kostengutsprache bzw. Deckungszusage von einem Vertrag zugunsten Dritter ausgehen

Seite 11 ■ 16 (so REYMOND, L'avocat et l'assurance de protection juridique – Quelques questions choisies, in Anwalts-Revue 6-7/2000, S. 11 – 21).

Gemäss Fuhrer wird in Deutschland nicht mit dem Begriff der Kostengutsprache gearbeitet (vgl. STEPHAN FUHRER, a.a.O., FN 18). Aus dieser Erläuterung ergibt sich ohne Weiteres, dass der Autor den Begriff „Kostengutsprache“ in seinen Ausführungen betreffend Rechtsnatur als Synonym für eine Deckungszusage (nämlich als erste Kostengutsprache, mit welcher über die Versicherungsdeckung als solche zumindest implizit mitentschieden wird) verwendet.

Im Folgenden wird das Schreiben der Appellantin vom 28. Mai 1997 als Deckungszusage bezeichnet, wird doch darin seitens der Appellantin die Pflicht zur Interessenswahrung

ausdrücklich anerkannt, was implizit einer Bejahung der Versicherungsdeckung für den Bootsunfall gleichkommt. Die nachfolgenden Schreiben der Appellantin vom 12. Juni 1997, 1. Juni 1999, 31. Januar 2001 und 24. Februar 2005 beziehen sich alle auf konkrete aussergerichtliche Bemühungen der involvierten Anwälte des Appellaten. Sie sind deshalb als Kostengutsprachen für die konkret angebehrten Rechtsvorkehrungen zu qualifizieren.

#### b. Widerruf der Deckungszusage / Kostengutsprachen

Vorliegend ist streitig, ob die Appellantin mit Erklärung vom 20. Juli 2005 ihre Kostengutsprachen bzw. ihre generelle Deckungszusage vom 28. Mai 1997 widerrufen konnte, so dass über dieses Datum hinaus und insbesondere für den Zivilprozess des Appellaten gegen den Haftpflichtigen keine Versicherungsleistungen mehr geschuldet sind (Die Appellantin verzichtet gemäss ihrem Schreiben vom 20. Juli 2005 auf eine Rückforderung der bisher erbrachten Leistungen, will also dem Appellaten zumindest dessen negatives Interesse belassen).

Die Vorinstanz hat ausgeführt, dass es Pflicht des Rechtsschutzversicherers sei, nach Eingang einer Anzeige dem Versicherungsnehmer innert nützlicher Frist Klarheit über die Frage der Deckung zu verschaffen (unter Verweis auf SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, § 20 N 6; BGE 119 II 368 Erw. 2b). Mit Schadensmeldung vom 26. Mai 1997 habe der Appellat gegenüber der Appellantin seinen Anspruch aus dem Verkehrsrechtsschutz-Vertrag geltend gemacht und von der Appellantin verbindlich festgestellt haben wollen, dass der Vorfall vom 28. Juni 1996 unter die Versicherungsdeckung falle. Die Appellantin habe dabei nach eigenen Angaben die zur ordentlichen Durchführung ihrer Prüfungsobliegenheit erforderlichen Unterlagen erhalten, insbesondere den Polizeirapport (AB 2), welcher prominent mit „Schiffsunfall“ überschrieben gewesen sei. Sie sei zum Schluss gelangt, dass für den Bootsunfall vom 28. Juni 1996 ihrer Ansicht nach Versicherungsschutz bestehe und habe dies gegenüber dem Appellaten in einer schriftlichen Erklärung festgehalten. Mithin habe die Appellantin den ihr gemeldeten Bootsunfall als unter die Deckung des Versicherungsvertrages fallendes Ereignis qualifiziert und sich dem Grundsatz nach zur Übernahme des Kostenrisikos verpflichtet (unter Verweis auf POLTERA, a.a.O., S. 66 f.). Die Parteien seien also spätestens am 28. Mai 1997 übereingekommen, dass der Appellat bei der Appellantin

Seite 12 ■ 16 für den angezeigten Bootsunfall versichert sei. In der Folge habe die Appellantin während 8 Jahren die Versicherteneigenschaft des Appellaten hinsichtlich dieses Ereignisses nie in Frage gestellt und wiederholt Leistungen erbracht.

Die Vorinstanz hat zutreffend gewürdigt:

Dem Versicherungsnehmer steht ein gerichtlich durchsetzbarer Feststellungsanspruch zu bezüglich der Frage, ob Deckung besteht (BGE 132 III 726, E. 2.6 und 5C.148/2000). Wie die Vorinstanz mit Verweis auf BGE 119 II 368 ff. richtig ausführt, anerkennt eine Versicherungsgesellschaft mit der Anerkennung der Leistungspflicht für das erste, aussergerichtliche Verfahren ihre Leistungspflicht auch für die nachfolgenden Verfahrensabschnitte dem Grundsatz nach. Sie kann die Kostengutsprache hingegen später verweigern, wenn die vertraglichen Voraussetzungen (v.a. betreffend Aussichtslosigkeit) für die späteren Verfahrensabschnitte nicht mehr gegeben sind. Auf die grundsätzliche Leistungspflicht kann sie nicht mehr zurückkommen.

Das Schiedsverfahren nach Art. 169 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011) und früher Art. 9 der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung (RSV-VO; AS 1992 III 2355) soll Meinungsverschiedenheiten zwischen Versicherung und Versichertem hinsichtlich der Massnahmen zur Schadenserledigung rasch und einfach beheben. Der Versicherer muss die Ablehnung einer Massnahme unverzüglich schriftlich begründen und zugleich auf das Schiedsverfahren hinweisen. Eine Rechtsschutzversicherung wäre wenig sinnvoll, wenn der Versicherte vor dem Rechtsstreit, dessen Kosten nach seiner Ansicht versichert sind, einen zusätzlichen Prozess gegen seine Versicherungsgesellschaft auf Gutsprache der Verfahrenskosten führen müsste. Hingegen handelt es sich bei den dem Schiedsverfahren unterliegenden Meinungsverschiedenheiten lediglich um Meinungsverschiedenheiten über die Art und Weise, wie der Schadensfall zu erledigen ist, nicht aber um den Streit über die Frage, ob für einen Rechtsstreit Deckung besteht (BGE 5C.148/2000, E. 4a; BGE 132 III 726, E. 2.4). Sieht der Versicherungsvertrag kein Verfahren nach Art. 169 Abs. 1 AVO vor oder unterlässt es das Versicherungsunternehmen oder das Schadenregelungsunternehmen, die versicherte Person im Zeitpunkt der Ablehnung der Leistungspflicht darüber zu informieren, so gilt das Rechtsschutzbedürfnis der versicherten Person im entsprechenden Fall als anerkannt. Mit Abgabe ihrer Deckungszusage vom 28. Mai 1997 hat die Appellantin ihre Leistungspflicht grundsätzlich anerkannt. Sie kann deshalb nicht mehr darauf zurückkommen, ob das gemeldete Schadensereignis, der Bootsunfall, überhaupt unter die einschlägigen Bestimmungen des im konkreten Fall abgeschlossenen Versicherungsvertrages fällt. Das Schreiben der Appellantin vom 20. Juli 2005, mit welchem die Versicherungsdeckung an sich bestritten wird (vgl. Abs. 1 des Schreibens), ist

Daraus ergibt sich Folgendes:

Seite 13 ■ 16 deshalb jedenfalls hinsichtlich dem vorgängig bestätigten Versicherungsumfang unbeachtlich. Hingegen kann die Appellantin Kostengutsprachen auch nach Abgabe der Deckungszusage noch verweigern, wenn die vertraglichen Voraussetzungen für die späteren Verfahrensabschnitte nicht mehr gegeben sind. Lediglich diesbezüglich könnte das besagte Schreiben der Appellantin noch Wirkungen zeitigen. Lehnt die Versicherung jedoch eine Massnahme, für die Kostengutsprache beantragt wird, ab, weil sie beispielsweise der Meinung ist, es solle aufgrund der Aussichtslosigkeit kein Prozess gegen den Haftpflichtigen geführt werden, muss sie den Versicherungsnehmer auf das Schiedsverfahren hinweisen. Vorliegend hat die Appellantin den Appellaten selbst im Zeitpunkt der nachträglichen Ablehnung ihrer Leistungspflicht, am 20. Juli 2005, nicht auf das Schiedsverfahren hingewiesen. Somit gilt das Rechtsschutzbedürfnis des Appellaten über den 20. Juli 2005 und für den Zivilprozess gegen den Haftpflichtigen ohne Weiteres als anerkannt. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid BGE 5C.148/2000 nämlich festgehalten, dass die Bestimmung von Art. 169 Abs. 3 AVO bzw. Art. 9 Abs. 3 RSV-VO sprachlich vernünftigerweise nur so verstanden werden kann, dass die Sanktion der Anerkennungsfiktion betreffend Rechtsschutzbedürfnis greift, sobald einer der beiden Tatbestände erfüllt ist. Unter diesen Umständen erübrigen sich weitergehende Ausführungen zur Aussichtslosigkeit des Zivilprozesses gegen den Haftpflichtigen.

Entgegen den Ausführungen von Fürsprecher Imobersteg beschlägt der Wegfall der vertraglichen Voraussetzungen für einen späteren Verfahrensabschnitt nicht die

Versicherungsdeckung an sich, sondern nur die einzelnen, ab diesem Zeitpunkt noch angebotenen Kostengutsprachen. Ein Rückkommen auf eine einmal abgegebene Deckungszusage (im Sinne einer grundsätzlichen Neuaburteilung) ist somit nicht möglich. Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass eine Deckungszusage unbeachtlich ihrer Qualifikation als Schuldübernahme nicht als rein obligationenrechtliches Institut angesehen werden kann, sondern vielmehr auch als Bestätigung des vorgängig abgeschlossenen Versicherungsvertrages zu werten ist (in diesem Sinne auch POLTERA, a.a.O., S. 68). In Art. 100 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) wird bezüglich Anwendung des Obligationenrechts ausdrücklich ein Vorbehalt zugunsten des VVG statuiert. Das erwähnte Schiedsverfahren bei Meinungsverschiedenheiten ist ein einziges für die Bedürfnisse der effizienten Streitbeilegung geschaffenes Prozessinstitut, welches den einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts vorgeht.

### c. Grundlagenirrtum und sonstige Auflösungsgründe

Insoweit sich die Appellantin bezüglich ihrer Deckungszusage auf einen Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR beruft, muss ihr Folgendes entgegengehalten werden: Grundsätzlich ist eine als Schuldübernahme verstandene Deckungszusage wie jeder Vertrag der Irrtumsanfechtung zugänglich. Vorliegend wurde die Deckungszusage vom 28. Mai 1997 von Frau N. als Vertreterin der Rechtsvorgängerin der Appellantin erteilt (vgl. pag. 119, al. 4 ff.). Ihr Verhalten ist demnach der Appellantin zuzurechnen. Hingegen ist es nur N. selbst möglich, auszuführen, ob sie einem Irrtum unterlegen ist, die Sachlage damals bei Abgabe ihrer Erklärung nicht erkannt oder verkannt hatte oder, im Gegenteil, das gemeldete Er-

Seite 14 ■ 16 eignis, welches ja gemäss Akten ausdrücklich als Bootsunfall gekennzeichnet war, trotz entgegenstehendem Vertragswortlaut an der Versicherungsdeckung teilhaben lassen wollte. Beweisbelastet für den behaupteten Irrtum wäre wiederum die Appellantin. Diese hat es jedoch unterlassen, einen Beweisantrag auf Zeugeneinvernahme von N. zu stellen. N. wurde denn anlässlich der erstinstanzlichen Hauptverhandlung auch nicht einvernommen. Indessen kann alleine aufgrund der Tatsache, dass eine Diskrepanz zwischen Versicherungsumfang gemäss Wortlaut der AVB 09.95 und dem Ereignis, für welches Deckungszusage erteilt wurde, besteht, nicht schon auf einen Grundlagenirrtum des Erklärenden geschlossen werden. Immerhin ging es bei der Frage der Deckung um das Kerngeschäft des Rechtsversicherers, welches N. als langjährige Sachbearbeiterin bekannt sein musste.

Weiter ist der Vorinstanz beizupflichten, dass das Beweisverfahren auch sonst keine Anzeichen für einen Irrtum der Appellantin bezüglich Versicherungsdeckung oder Leistungspflicht ergeben hat: Spätestens nach Änderung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 2001, mit welcher neu auch Wasserfahrzeuge in die Verkehrs-Rechtsschutzversicherung aufgenommen wurden, hätte N. ein allfälliger Irrtum bewusst werden müssen, zumal sie noch im selben Jahr, am 31. Januar 2001, eine Kostengutsprache erteilt hatte, in welcher ausdrücklich auf einen Bootsunfall hingewiesen wird (KB 13). Indessen gab N. im Namen der Appellantin am 24. Februar 2005 erneut eine Kostengutsprache betreffend das unzweifelhaft als Bootsunfall gemeldete Ereignis ab (KB 14).

Infolgedessen ist der geltend gemachte Irrtum als reine Behauptung zu qualifizieren. Die Folgen der Beweislosigkeit hat die Appellantin zu tragen.

Schliesslich muss auch festgehalten werden, dass unabhängig vom Vorliegen eines Irrtums dessen Geltendmachung vorliegend jedenfalls gegen Treu und Glauben im Sinne von Art. 25 Abs. 1 OR verstossen würde. Diesbezüglich kann vollumfänglich auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (pag. 195 f.).

Betreffend der vom Parteivertreter der Appellantin anlässlich seines Plädoyers geltend gemachten Kündigung des Auftrages mit dem Anwalt des Appellaten pro futuro (Art. 404 i.V.m. Art. 179 Abs. 1 OR) ist Folgendes zu beachten: Zutreffend ist, dass die Appellantin durch eine als externe, privative Schuldübernahme verstandene Deckungszusage anstelle des Appellaten in das Schuldverhältnis mit dessen Anwalt eintritt. Indessen ist wie bei der internen auch bei der externen Schuldübernahme die übernommene Schuld und nicht das gesamte Vertragsverhältnis Gegenstand der Übernahme (vgl. HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 4. Auflage Basel 2007, N 3 zu Art. 176 OR). Vorliegend würde daher die Appellantin lediglich Schuldnerin der Anwaltskosten des Appellaten. Das Auftragsverhältnis zwischen dem Appellaten und dessen Anwalt, aus welchem sich das Kündigungsrecht als Gestaltungsrecht ergibt, würde ungetrennt zwischen den gleichen Parteien weiterbestehen.

d. Fazit

Seite 15 ■ 16

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Appellaten gegen die Appellantin ein Anspruch auf Fortführung der Leistungserbringung aus Police Nr. 12.325.253 über den 20. Juli 2005 hinaus und für den Zivilprozess gegen den Haftpflichtigen zusteht und die Appellantin mit keiner ihrer Einreden (Widerruf, Irrtumsanfechtung, Kündigung) durchzudringen vermag.

V. Kosten

1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Appellantin vollständig unterlegen und wird kostenpflichtig (Art. 58 Abs. 1 ZPO). Die erstinstanzliche Kostenverlegung ist zu bestätigen.

Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 6'000.00, werden demnach der Appellantin zur Bezahlung auferlegt und ihrem erstinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Dem Appellaten sind CHF 6'000.00 an erstinstanzlich vorgeschossenen Gerichtskosten aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 10'000.00, werden ebenfalls der Appellantin zur Bezahlung auferlegt und ihrem oberinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Dem Appellaten sind CHF 10'000.00 an oberinstanzlich vorgeschossenen Gerichtskosten aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

2. Bei einem Streitwert von CHF 200'000.00 ergibt sich gemäss Art. 5 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Parteikostensatzes (Parteikostenverordnung, PKV; BSK 168.811) ein interpolierter Tarifrahmen von CHF 9'900.00 bis CHF 29'700.00. Die mittlere, interpolierte Normalgebühr beträgt CHF 19'800.00. Im vorliegenden Verfahren beträgt der Streitwert CHF 205'000.00. Beide Parteivertreter waren sich zudem anlässlich ihrer

Plädoyers einig, dass es sich um einen komplexen Fall handelt. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich die Festsetzung des erstinstanzlichen Honorars gemäss Kostennote von Fürsprecher Bader vom 24. April 2008 (pag. 141). Das oberinstanzliche Honorar von Fürsprecher Bader beträgt in Übereinstimmung mit Art. 7 lit. b PKV 50 Prozent des Honorars gemäss Art. 5 PKV. Im Übrigen (Auslagenersatz) kann auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden.

Die Appellantin ist demnach zu verurteilen, dem Appellaten dessen Parteikosten, erstinstanzlich bestimmt auf CHF 27'061.40 (CHF 25'000.00 Anwaltsgebühr; CHF 150.00 Auslagen; CHF 1'911.40 MWSt) und oberinstanzlich bestimmt auf CHF 13'545.75 (CHF 12'500.00 Anwaltsgebühr; CHF 89.00 Auslagen; CHF 956.75 MWSt), zu ersetzen.

Seite 16 ■ 16 Aus diesen Gründen wird erkannt:

1. Die Beklagte/Appellantin wird verurteilt, dem Kläger/Appellaten im Versicherungsfall Ref. 12.325.253/1 betreffend Bootsunfall vom 28.06.1996 die Leistungen gemäss Police Nr. 12.325.253 über den 20.07.2005 hinaus und für den Zivilprozess gegen den Haftpflichtigen, unter Vorbehalt der Bestimmungen über die Aussichtslosigkeit, weiterhin zu erbringen.
2. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 6'000.00, werden der Beklagten/Appellantin zur Bezahlung auferlegt und ihrem erstinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Dem Kläger/Appellaten wird der erstinstanzlich geleistete Kostenvorschuss von CHF 6'000.00 aus der Gerichtskasse zurückerstattet.
3. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf CHF 10'000.00, werden ebenfalls der Beklagten/Appellantin zur Bezahlung auferlegt und ihrem oberinstanzlich geleisteten Kostenvorschuss entnommen. Dem Kläger/Appellaten wird der oberinstanzlich geleistete Kostenvorschuss von CHF 10'000.00 aus der Gerichtskasse zurückerstattet.
4. Die Beklagte/Appellantin wird verurteilt, dem Kläger/Appellaten für das Verfahren vor beiden Instanzen die Parteikosten zu ersetzen. Diese werden erstinstanzlich bestimmt auf CHF 27'061.40 (Honorar CHF 25'000.00; Auslagen CHF 150.00; MWSt CHF 1'911.40), oberinstanzlich auf CHF 13'545.75 (Honorar CHF 12'500.00; Auslagen CHF 89.00; MWSt CHF 956.75).
5. Den Parteien, vertreten durch ihre Anwälte, zu eröffnen.

Bern, 26. Februar 2009 Namens des Appellationshofes Erwägungen erstellt am 19. März 2009 des Obergerichts des Kantons Bern

1. Zivilkammer

Die Referentin:

Oberrichterin Pfister Hadorn

Der Kammerschreiber:

Günther

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden aus den in Art. 95-97 BGG genannten Gründen.

Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und ist an folgende Adresse zu richten: Bundesgericht, 1000 Lausanne 14.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.