

ZH_OBERGERICHT LB180032 vom 12. April 2019

ZH Obergericht, 2019-04-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB180032

FR: ZH_OBERGERICHT LB180032 du 12 avril 2019

IT: ZH_OBERGERICHT LB180032 del 12 aprile 2019

Erwägungen

E. 1

C._____ wurde im Februar 2009 von D._____ am Bezirksgericht Meilen auf Zahlung von total Fr. 205'000.– verklagt. C._____ beauftragte Rechtsanwalt Professor Dr. Z._____ mit seiner Vertretung. Für die Erstattung der Klageantwort ersuchte Rechtsanwalt Z._____ um mehrere Fristerstreckungen, die bewilligt wurden. Mit Eingabe vom 11. Mai 2009 stellte er ein Gesuch um Gewährung einer zweitägigen Notfrist, das er mit einem gesundheitlichen Notfall begründete. Diese Notfrist liess er ungenutzt verstreichen. Mit Verfügung vom 26. Mai 2009 setzte das Bezirksgericht Meilen eine letzte Frist unter Androhung von Säumnisfolgen gemäss § 130 Abs. 1 ZPO/ZH an, worauf die beklagte Partei erneut säumig blieb. Mit (unbegründetem) Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 3. August 2009 wurde die Klage vollumfänglich gutgeheissen und C._____ verpflichtet, D._____ Fr. 205'000.– (davon Fr. 115'000.– in WIR-Geld) zuzüglich Zins zu bezahlen (Urk. 98 S. 2 f., Urk. 5/16, Urk. 5/17).

E. 1.1

Die Berufung wurde form- und fristgerecht erhoben. Sie richtet sich gegen einen erstinstanzlichen Endentscheid. Da die Streitwertgrenze erreicht wird, ist auf die Berufung – unter Vorbehalt hinreichender Begründung – einzutreten (Art. 308 und Art. 311 ZPO).

E. 1.2

Mit der Berufung kann eine unrichtige Rechtsanwendung und eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). Die Berufung ist zu begründen (Art. 311 Abs. 1 ZPO). Es ist hinreichend genau aufzuzeigen, inwiefern der erstinstanzliche Entscheid in den angefochtenen Punkten als fehlerhaft zu betrachten ist. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht. Es genügt nicht, lediglich auf die vor erster Instanz vorgetragenen Vorbringen zu verweisen, auf frühere Prozesshandlungen hinzuweisen oder den angefochtenen Entscheid in allgemeiner Weise zu kritisieren (BGE 138 III 374 E. 4.3.1 S. 375). Auf Rügen, die eine sachbezogene Auseinandersetzung mit den Erwägungen des angefochtenen Urteils vermissen lassen, ist nicht einzutreten. Die Parteien sind grundsätzlich gehalten, erstinstanzlich gestellte Beweisanträge, denen nicht entsprochen wurde, vor der zweiten Instanz zu wiederholen (BGE 144 III 394 E. 4.2 S. 398). Diese Begründungsanforderungen gelten sinngemäss auch für den Inhalt der Berufungsantwort (BGer 5A_660/2014 vom 17. Juni 2015, E. 4.2 m.w.Hinw.; 4A_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2).

E. 1.3

Abgesehen von offensichtlichen Mängeln hat sich das Berufungsgericht grundsätzlich auf die Beurteilung der in der Berufung und Berufungsantwort gegen das erstinstanzliche

Urteil erhobenen Beanstandungen zu beschränken. Die Rügen der Parteien geben mithin das Prüfungsprogramm der Berufungsinstanz vor; der angefochtene Entscheid ist grundsätzlich nur auf die gerügten Punkte hin zu überprüfen. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht, in Anwendung des Grundsatzes *iura novit curia*, bei dieser Prüfung jedoch weder an die Erwägungen der ersten Instanz noch an die mit den Rügen vorgetragenen Argumente der Par-

- 9 - teien gebunden. In tatsächlicher Hinsicht ist es nicht an die Feststellungen des erstinstanzlichen Gerichts gebunden, auch wenn mangels entsprechender Sachverhaltsrügen der Parteien im Berufungsverfahren der erstinstanzliche Entscheid nach dem Gesagten in der Regel als Grundlage des Rechtsmittelverfahrens dient (BGE 144 III 394 E. 4.1.4 S. 397 f. mit Hinweis auf BGE 142 III 413 E. 2.2.4 und weitere Entscheide). Das Berufungsgericht kann die Rügen der Parteien folglich auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (sog. Motivsubstitution; BGer 2C_124/2013 vom 25. November 2013, E. 2.2.2; Reetz/Hilber, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Komm., Art. 318 N 21; Seiler, Die Berufung nach ZPO, Zürich 2013, N 1507; für das Verfahren vor Bundesgericht: BGE 138 III 537 E. 2.2 S. 540; 137 III 385 E. 3 S. 386; BSK BGG-Meyer/Dor-mann, Art. 106 N 11 f.).

E. 2

Am tt. September 2009 verstarb Rechtsanwalt Z._____ (Urk. 5/18). Mit Beschluss vom 15. März 2010 wies das Bezirksgericht Meilen ein von C._____ erhobenes Gesuch um Wiederherstellung der Frist zur Erstattung der schriftlichen Klageantwort ab (Urk. 5/16). Den Erwägungen dieses Entscheids lässt sich entnehmen, dass Rechtsanwalt Z._____ am 12. Mai, vom 18. bis 28. Mai, vom 3. bis 11. Juni und vom 9. bis 10. Juli 2009 krankheitshalber hospitalisiert war, wobei ihm sowohl die Verfügung vom 26. Mai 2009 als auch das Urteil vom 3. August 2009 am 3. Juni bzw. 13. August 2009 zugestellt werden konnten (Urk. 5/16 S. 6 f., Urk. 98 S. 21 f.). Rechtsmittel gegen den Beschluss vom 15. März 2010 an das Obergericht des Kantons Zürich, das Bundesgericht und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte blieben erfolglos (Urk. 5/21, Urk. 5/23, Urk. 5/28, Urk. 98 S. 2 f.).

E. 2.1

Die Klägerin wirft der Vorinstanz zunächst vor, sie habe Sinn und Zweck des BGFA völlig ausser Acht gelassen. Ihre Auffassung, dass es grundsätzlich zulässig sei, die Versicherungsdeckung für Schäden, die auf das Verpassen von Fristen zurückzuführen seien, auszuschliessen, verletze Art. 12 lit. f BGFA. Diese Bestimmung bezwecke einen umfassenden Schutz des rechtssuchenden Publikums, der nicht im Nachhinein durch eine angeblich fehlende Deckung kleingeredet werden dürfe. Dafür spreche bereits die Regelung, dass neben der Haftpflichtversicherung auch anderweitige Sicherheiten geleistet werden könnten, die dem Berechtigten in der Regel einen direkten Zugriff erlaubten, was einem weitgehenden Einredeausschluss gleichkomme. Ein betroffener Klient müsse sich nicht auf die Auslegung bzw. Interpretation eines Versicherungsvertrags zwischen Anwalt und Versicherer einlassen. Der "beschriebene Mechanismus" solle sicherstellen, dass jeder Anwalt im Haftungsfall erfolgreich in Anspruch genommen werden könne (Urk. 97 S. 2 f.). Die Klägerin macht in diesem Zusammenhang geltend, die Vorinstanz habe zwei Entscheide der zürcherischen Aufsichtscommission über die Anwältinnen und Anwälte vom 6. Juli 2006 und 5. Juli 2007 übergangen. Sie leitet aus

diesen beiden Entscheiden ab, dass im Verhältnis zwischen dem verstorbenen Anwalt und seinem damaligen Klienten eine volle Haftung bestehe und es der Versiche-

- 10 - rung verwehrt sei, ihre Deckung einzuschränken. Die Berufshaftpflichtversicherungen seien eng in das Regelwerk gemäss Anwaltsgesetz eingebunden, indem sie einerseits eine Bestätigung über den Bestand des Versicherungsverhältnisses zuhanden der Aufsichtsbehörde auszustellen hätten und andererseits Mitteilung machen müssten, wenn eine Versicherung nicht mehr bestehe. Beide Massnahmen dienten dem Schutz der Klientenschaft, was Sinn und Zweck von Art. 12 lit. f BGFA entspreche. Der Werbung der Beklagten (Urk. 101/1) sei denn auch zu entnehmen, dass die vorgeschriebenen gesetzlichen Versicherungspflichten berücksichtigt würden und Fristversäumnisse als versicherte Pflichtverletzung gäl- ten. Vor diesem Hintergrund gewinne das von der Klägerin vorgetragene Argu- ment, dass die Beklagte eine Unklarheit zu vertreten habe, weiter an Bedeutung. Mit der Auffassung der Beklagten und der Vorinstanz werde das Problem der Fristversäumnis nicht nur "wegmarginalisiert"; vielmehr geschehe dies auch noch gegen die entsprechenden Bewerbungen der Beklagten (Urk. 97 S. 3 f.).

E. 2.2

Gemäss Art. 12 lit. f BGFA haben Anwältinnen und Anwälte nach Mass- gabe der Art und des Umfangs der Risiken, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, eine Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen, wobei die Versicherungssum- me mindestens eine Million Franken pro Jahr betragen muss; anstelle der Haft- pflichtversicherung können andere, gleichwertige Sicherheiten erbracht werden. Die Vorinstanz hat im Einzelnen dargelegt, – dass das BGFA nebst Mindestdeckung das Versicherungsobligatorium nicht näher konkretisiere; – dass es sich bei Art. 12 lit. f BGFA um eine blosser Berufspflicht und nicht um eine Voraussetzung für den Registereintrag handle, weshalb bei Nichtbeach- tung der Vorschrift bloss eine Disziplinierung und nicht ein Ausschluss von der anwaltlichen Tätigkeit drohe; – dass im Strassenverkehr das SVG im Gegensatz zum BGFA die Möglichkeit vertraglich vereinbarter Deckungsausschlüsse ausdrücklich beschränke;

- 11 - – dass Deckungsausschlüsse gemäss Lehre und Rechtsprechung auch im Be- reich der Berufshaftpflicht für Anwältinnen und Anwälte grundsätzlich üblich und zulässig seien; – dass ein Ausschluss für Schäden, deren Eintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit habe erwartet werden müssen, nach Lehre und Rechtsprechung als mögli- cher und zulässiger Deckungsausschluss gelte und auch im Bereich der Be- rufshaftpflichtversicherung für Anwältinnen und Anwälte als mög- lich und zu- lässig erachtet werde.

E. 2.3

Mit diesen Erwägungen (Urk. 98 S. 14 ff. E. 2.3.3 bis 2.3.6), auf die ver- wiesen werden kann, setzt sich die Klägerin nicht hinreichend auseinander, wenn sie sich einfach auf den Standpunkt stellt, Art. 12 lit. f BGFA diene dem Schutz des rechtssuchenden Publikums und stelle sicher, dass jeder Anwalt im Haftungs- fall erfolgreich in Anspruch genommen werden könne bzw. vollumfänglicher Ver- sicherungsschutz bestehe, solange ein Registereintrag bestehe (Urk. 97 S. 5). Im Übrigen sieht bereits das Gesetz bei absichtlicher und grobfahrlässiger Herbeifüh- rung des befürchteten Ereignisses eine Haftungsbefreiung bzw. -reduktion zu- gunsten des Versicherers vor (Art. 14 Abs. 1 und 2 VVG; vgl. Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1628). Ein umfassender versiche- rungsrechtlicher Schutz des rechtssuchenden Publikums ist bereits deshalb nicht in allen Fällen gewährleistet. Die Zulässigkeit des hier in Frage stehenden De-

ckungsausschlusses wird sodann auch von weiteren, von der Vorinstanz nicht zitierten Autoren bejaht (Nigg, Haftpflichtversicherung des Rechtsanwalts am Beispiel der AVB einer Versicherung, in: Festschrift SAV, Bern 1998, S. 511; Schnyder, Überblick über den Deckungsbereich der Berufshaftpflichtversicherung für Rechtsanwälte, Anwaltsrevue 2007, S. 154). Die Aussage der Vorinstanz, wonach es grundsätzlich zulässig sei, die Versicherungsdeckung für Fristversäumnisse auszuschliessen (Urk. 98 S. 17), muss im Zusammenhang mit Ziff. 2 Abs. 10 AVB gesehen werden. Vorliegend ist nicht ein genereller Deckungsausschluss für Fristversäumnisse zu beurteilen. Zu entscheiden ist vielmehr, ob die Haftpflicht für (aus Fristversäumnissen resultierenden) Schäden ausgeschlossen werden kann, deren Eintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste. Dies hat auch die Vorinstanz klar gesehen, führt sie doch das in der Lehre mehrfach angeführte

- 12 - Beispiel eines Anwalts an, der seinen Bürobetrieb während der Ferien schliesst, ohne Massnahmen zu treffen, damit in seiner Abwesenheit die Post besorgt wird und Fristen gewahrt werden (Urk. 98 S. 16; vgl. Nigg, a.a.O., S. 511; Luterbacher, Die Berufshaftpflichtversicherung des Rechtsanwaltes, in: Haftpflicht des Rechtsanwaltes, Zürich/St. Gallen 2006, S. 235; Fellmann, Anwaltsrecht, 2. Aufl., Bern 2017, N 1647).

E. 2.4

Aus den beiden von ihr genannten Entscheiden der Aufsichtskommission über die Anwältinnen und Anwälte vermag die Klägerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Wie die Klägerin selbst ausführt, kann dem Entscheid vom 6. Juli 2006 (gemeint wohl: ZR 105 [2006] Nr. 72) lediglich entnommen werden, dass die Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung auch für Anwältinnen und Anwälte gilt, die den Anwaltsberuf ausüben, aber dem BGFA nicht unterstehen. Im Entscheid vom 5. Juli 2007 (gemeint wohl: ZR 106 [2007] Nr. 83) war eine im Mandatsvertrag zwischen Rechtsanwalt und Klientenschaft enthaltene Haftungsbeschränkung aus anwaltsrechtlicher Sicht zu beurteilen. Die Aufsichtskommission erwog, die Bestimmungen über die Berufshaftpflicht würden einen klaren Hinweis vermitteln, in welchem Umfang ein vertraglicher Ausschluss der anwaltlichen Haftung nicht zulässig sein sollte, nämlich für einen möglichen Schaden unterhalb des gesetzlichen Mindestversicherungspflichtsumme. Es wäre – so die Aufsichtskommission weiter – mit dem gesetzgeberischen Willen nicht zu vereinbaren, dass Anwältinnen und Anwälte zwar eine gesetzliche Mindestversicherungspflicht zu erfüllen hätten, diese jedoch jederzeit durch eine vertragliche Haftungsbeschränkung unterlaufen könnten. Demgegenüber könnten quantitative Beschränkungen der anwaltlichen Haftung – im zivilrechtlich möglichen Ausmass, d.h. für leichte Fahrlässigkeit (vgl. Art. 100 OR) – im Bereich oberhalb der Mindestversicherungssumme von CHF 1 Mio. nicht als von vornherein unzulässig betrachtet werden. In diesem Bereich komme es auf die Umstände des Einzelfalles an (ZR 106 [2007] Nr. 83 S. 311 f.). Mit anderen Worten äusserte sich die Aufsichtskommission zum quantitativen Rahmen eines anwaltlichen Haftungsausschlusses aus disziplinarrechtlicher Sicht. Explizit nicht behandelt wurde "im Rahmen dieses Disziplinarverfahrens" die Frage, inwieweit die Haftung eines Anwalts (vor dem Hintergrund von Art. 100 Abs. 2 OR) gültig ausgeschlossen oder beschränkt wer-

- 13 - den kann. Überhaupt nicht beleuchtet wird im Entscheid das Verhältnis zwischen Anwalt und Versicherung und die Frage der Zulässigkeit von Deckungsausschlüssen. Art. 100 Abs. 3 OR behält im Übrigen die besonderen Vorschriften über den

Versicherungsvertrag ausdrücklich vor (vgl. BK-Weber, Art. 100 OR N 54 ff.). Dass der Anwalt und die Anwältin die Möglichkeit hat, gleichwertige Sicherheiten zu erbringen (Art. 12 lit. f BGFA), hilft der Klägerin nicht. Wie Barkautionen auf Sperrkonti, Bankgarantien, Bürgschaftskassen, Risikoausgleichskassen etc. dem Klienten einen direkten Zugriff verschaffen könnten, ist nicht ersichtlich. Solche Sicherheiten begründen zudem keinen (weitgehenden) Einredeausschluss des in Anspruch genommenen Anwalts. Auch insoweit vermag die Klägerin eine Verletzung von Art. 12 lit. f BGFA nicht aufzuzeigen.

E. 2.5

Die Klägerin macht geltend, der Deckungsausschluss für Fristversäumnisse stehe auch im Widerspruch zum Werbeauftritt der Beklagten, der Fristversäumnisse ausdrücklich unter den gedeckten Sorgfaltspflichten aufführe (Urk. 101/1). Das von ihr im bisherigen Verfahren vorgetragene Argument, dass die Beklagte eine Unklarheit zu vertreten habe, gewinne dadurch weiter an Bedeutung. Die Klägerin tut nicht dar, dass es ihr nicht möglich war, sich bereits vor Vorinstanz "auf die Werbung der Beklagten im Internet" zu berufen (Urk. 97 S. 4). Im Berufungsverfahren kann auf das verspätete Vorbringen daher nicht mehr eingetreten werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Davon abgesehen stellt die Beklagte nicht generell die Deckung für Schäden, die aus Fristversäumnissen resultieren, in Abrede. Aufgrund von Ziff. 10 Abs. 2 AVB wird die Haftpflicht für Schäden abgelehnt, "deren Eintritt vom Versicherungsnehmer [...] mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste". Was genau an dieser Bestimmung unklar sein soll, legt die Klägerin in ihrer Berufungsschrift nicht dar. Ihr pauschaler Verweis auf das "bisherige Verfahren" (Urk. 97 S. 4) ist ungenügend.

E. 2.6

Art. 33 VVG verlangt, dass gefahrsbeschränkende Abreden bestimmt und unzweideutig abzufassen sind. Zweifel über die Bestimmtheit oder Eindeutig-

- 14 - keit sollen zu Lasten des Versicherers gehen (sog. Unklarheitsregel; BSK VVG-Führer, Art. 33 N 3). Die Vorinstanz hat unter Hinweis auf Lehre und Rechtsprechung dafürgehalten, Ziff. 2 Abs. 10 AVB erfülle die Anforderungen an eine bestimmte und unzweideutige Formulierung (Urk. 98 S. 17), was von der Klägerin nicht in rechtsgenügender Weise beanstandet wird. Die Vorinstanz hat in der Folge das Verhältnis zwischen Art. 33 VVG (Umfang der Haftung) und Art. 14 Abs. 2 VVG (Kürzung des Versicherungsanspruchs bei grobfahrlässiger Herbeiführung des befürchteten Ereignisses) beleuchtet und erwogen, beim Deckungsausschluss gemäss Ziff. 2 Abs. 10 AVB müsse gerade nicht zwischen leichtem und grobem Verschulden unterschieden, sondern nur geprüft werden, ob der vertraglich umschriebene Deckungsausschluss gegeben sei (Urk. 98 S. 17). Als Anwendungsfall von Ziff. 2 Abs. 10 AVB erwähnte sie das in der Lehre angeführte Beispiel eines Anwalts, der seinen Bürobetrieb während der Ferien schliesst, ohne Massnahmen zu treffen, damit in seiner Abwesenheit die Post besorgt und Fristen gewahrt werden (Urk. 98 S. 16 f.). Die Beklagte führte in der Berufungsantwort unter Verweis auf die vorinstanzlichen Erwägungen aus, bei Vorhandensein eines Ausschlussgrundes wie demjenigen von Ziff. 2 Abs. 10 AVB reiche bereits Eventualvorsatz oder blosser Grobfahrlässigkeit als Grundlage zur Leistungsverweigerung aus (Urk. 106 S. 4 Ziff. 15). Vor Vorinstanz hatte sich die Beklagte stets auf eine grobfahrlässige Herbeiführung des versicherten Ereignisses durch Rechtsanwalt Z._____

berufen (Urk. 37 S. 37 Ziff. 265; Urk. 74 S. 11 Ziff. 62 und Ziff. 69, S. 15 f. Ziff. 100 f. und Ziff. 106). Darüber hinaus hat die Beklagte aber auch vor- gebracht, Rechtsanwalt Z. _____ habe "grob unsorgfältig, ja fast vorsätzlich ge- handelt und die elementarste Vorsicht und Sorgfalt vermissen lassen" (Urk. 37 S. 23 Ziff. 160) und den Schadenseintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit erwarten müssen (Urk. 74 S. 14 Ziff. 90, S. 16 Ziff. 102 f.). Die grob fahrlässige Herbeifüh- rung des versicherten Ereignisses wird allerdings in Art. 14 Abs. 2 VVG geregelt, der lediglich eine Kürzungsmöglichkeit vorsieht. Dies gibt Anlass, Ursprung und Zweck des vertraglich vereinbarten Deckungsausschlusses näher zu beleuchten.

E. 2.7

Zur Entstehungsgeschichte und zum Verständnis der Wahrscheinlich- keitsklausel äussert sich insbesondere Schaer (Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, S. 533 f.). Er weist darauf hin, dass nach dem Erscheinen des Kom-

- 15 - mentars von Roelli/Keller (Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bern 1968) von den Haftpflichtversicherern die Klausel "mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Schäden" im Bedingungsmerk aufgenommen wurde, und zwar deshalb, weil die schweizerische Lehre die Auffas- sung zu vertreten scheine, dass der Eventualvorsatz der Grobfahrlässigkeit (Art. 14 Abs. 2 VVG) und nicht der Absicht (Art. 14 Abs. 1 VVG) zuzuordnen sei. Auch andere Autoren erwähnen den Konnex zwischen der Zuweisung des Even- tualvorsatzes zur Grobfahrlässigkeit durch die herrschende Lehre einerseits und der Aufnahme des Haftungsausschlusses der "hohen Wahrscheinlichkeit" in die AVB andererseits (E. _____, Die schuldhaftige Herbeiführung des Versicherungs- falls, Zürich 1999, S. 46). Die "hohe Wahrscheinlichkeit" (frz. degré élevé de pro- babilité) ist für Schaer "alles andere als klar". Er legt aber überzeugend dar, dass die "hohe Wahrscheinlichkeit" bzw. "das in Kauf nehmen" nicht im Sinne einer ob- jektiven Wertung, sondern im Sinne des subjektiv verstandenen dolus eventualis konkretisiert werden muss, und kommt zum Ergebnis, dass der Ausschluss "mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwartende Schäden" sich mit der eventualvorsätzli- chen Herbeiführung des Versicherungsfalles deckt. Eine Auslegung der Aus- schlussklausel im Lichte von Art. 14 VVG und ein subjektives Verschuldensele- ment habe – so Schaer weiter – auch das Bundesgericht in seinem Urteil vom

E. 2.8

Dieses Auslegungsergebnis hilft der Klägerin allerdings nicht weiter. Auf subjektiver Seite macht die Klägerin berufsweise nämlich einzig geltend, Rechtsanwalt Z. _____ sei zufolge beeinträchtigter Urteilsfähigkeit anfangs Juni 2009 nicht mehr (voll) handlungsfähig gewesen (Urk. 97 S. 5 f.; zu diesem Ein- wand unten E. 4). Das vorinstanzliche Verdikt, dass Rechtsanwalt Z. _____ (bei gegebener Urteilsfähigkeit) eine unsorgfältige Mandatsführung, insbesondere

- 16 - Fristversäumnisse, geradezu in Kauf nahm und ein durch sein Verhalten verur- sachter Schadenseintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste (Urk. 98 S. 26), beanstandet die Klägerin demgegenüber nicht.

E. 3

Die Erbschaft von Rechtsanwalt Z. _____ wurde wegen Überschuldung ausgeschlagen und über seinen Nachlass der Konkurs eröffnet. Der Versiche-

- 4 - rungsanspruch der Masse aus der Berufshaftpflichtversicherung gegenüber der Beklagten wurde gemäss Art. 260 SchKG an C. _____ zur Geltendmachung abgetreten (Urk. 5/3).

E. 3.1

Die Klägerin argumentiert, im Zusammenhang mit der Unklarheitsregel sei auch nicht nachvollziehbar, dass die Vorinstanz ohne Kenntnis der eigentlichen Police, die nicht im Recht liege, dazu gelangt sei, überhaupt ein Urteil zu fällen. Korrekterweise hätte sie in Wahrnehmung der Fragepflicht die Beklagte auffordern müssen, die Police nachzureichen. Dabei wäre die Tatsache zu würdigen, dass die Police selbst den Deckungsausschluss nicht enthalte. Jedenfalls sei die Beklagte aber ihrer Substantiierungspflicht nicht nachgekommen, weil sie es – wohl in der Absicht, von nicht geklärten Verhältnissen zu profitieren – unterlassen habe, das Versicherungsverhältnis korrekt zu dokumentieren (Urk. 97 S. 4 f.).

E. 3.2

Zu Recht wendet die Beklagte ein, die Klägerin habe mit der Klageschrift die Allgemeinen Vertragsbedingungen zur Police Nr. 9.414.922 (Urk. 5/2) eingereicht und diese Beweisurkunde als Versicherungspolice ("Police «B. _____» Nr. 9.414.922") bezeichnet (Urk. 2 S. 2). Richtig ist auch der Hinweis, "der streitgegenständliche Wortlaut des Deckungsausschlusses" sei zwischen den Parteien unbestritten geblieben (Urk. 106 S. 5). Die Klägerin erwähnte in der Klageschrift ausdrücklich den "Deckungsausschluss in Ziff. 2-10 der vorliegenden Police" und meinte damit den in den AVB in Ziff. 2 Abs. 10 enthaltenen Deckungsausschluss (Urk. 2 S. 19 Ziff. 57). Die Klägerin zeigt nicht auf, dass sie sich vor Vorinstanz erstens auf das Fehlen der eigentlichen Versicherungspolice berief (und einen entsprechenden Editionsantrag stellte) und zweitens geltend machte, die Police enthalte den Deckungsausschluss nicht. Vielmehr ging sie von der Geltung der AVB und deren Ziff. 2 Abs. 10 aus. Die Klägerin tut auch nicht dar, weshalb der Deckungsausschluss zwingend in der Police selbst enthalten sein muss. Die Police hat zwar die Rechte und Pflichten der Parteien festzustellen (Art. 11 VVG). Es ist aber nicht notwendig, dass in der Police auch die AVB wiedergegeben werden; es genügt der Hinweis in der Police, dass dem Versicherungsnehmer die AVB übergeben worden sind (BSK VVG-Hasenböhler, Art. 11 N 24). Wie gesagt, ging die Klägerin selbst von der Geltung der von ihr eingereichten AVB (Urk. 5/2) aus.

- 17 - Eine Verletzung der gerichtlichen Fragepflicht oder der Substantiierungspflicht ist nicht ersichtlich.

E. 4

Das Schlichtungsgesuch wurde in der Folge innert erstreckter Frist eingereicht (Urk. 1, Urk. 5/4). Die Klageschrift von C. _____ mit obgenanntem Rechtsbegehren ging samt Klagebewilligung am 4. September 2013 bei der Vorinstanz ein (Urk. 1, Urk. 2). Der mit der Teilklage geltend gemachte "Befreiungsanspruch" von Rechtsanwalt Z. _____ bzw. der Konkursmasse gegenüber der Beklagten als Berufshaftpflichtversicherung setzt sich aus Anwalts- und Gerichtskosten im Zusammenhang mit den Verfahren betreffend Fristwiederherstellung, der Abtretung der Massarechte und der vorprozessualen Vorbereitung der Klage zusammen (Urk. 2 S. 12, S. 14 f.): Fristwiederherstellung Bezirksgericht Meilen Fr. 6'950.80 Fristwiederherstellung Obergericht Fr. 1'000.00 Fristwiederherstellung Bundesgericht Fr. 7'732.80 Verfahren vor dem EGMR Fr. 19'484.60

Abtretung der Massarechte durch Konkursamt Hottingen Fr. 1'745.80 Verschiedenes (Akontozahlung Prof. Z._____) Fr. 1'500.00 Vorprozessuale Kosten betr. Krankheit Prof. Z._____/Entbindung der Ärzte vom Arztgeheimnis Fr. 6'011.05 Vorprozessuale Kosten betr. Schadensdeckung B.____ Versicherungsgesellschaft Fr. 4'998.30 Eingeklagter Betrag Fr. 49'423.35

E. 4.1

Die Klägerin wirft der Vorinstanz eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs vor, weil diese ohne Abnahme der von ihr offerierten Beweise von einer vollen Urteilsfähigkeit Rechtsanwalt Z.____s ausging. Die Klägerin habe in der Replik ausgeführt, dass es nach Übernahme des Mandates zu einer fortschreitenden Verschlechterung des Gesundheitszustandes gekommen und Rechtsanwalt Z.____ als Folge dieser Verschlechterung "bezüglich Nichteinhalten der Notfrist am 3. Juni 2009" nicht mehr handlungsfähig gewesen sei (mit Verweis auf Urk. 59 S. 6). Es erscheine absurd, wenn die Vorinstanz aus dem Umstand, dass Rechtsanwalt Z.____ noch in der Lage gewesen sei, Fristerstreckungsgesuche zu stellen oder die Post abzuholen, mit Bezug auf die anwaltliche Tätigkeit wie das Abfassen einer Rechtsschrift auf volle Urteilsfähigkeit schliesse. Deshalb machten die Beweisangebote auf Einvernahme von Dr. E.____ und Dr. F.____ Sinn. Der Bericht von Dr. E.____ (Urk. 5/67) belege eine "eindrückliche Leidensgeschichte" mit einem letztlich letalen Verlauf, auch wenn eine Diagnose darin nicht gestellt werde. Die Annahme einer vollen Urteils- und Handlungsfähigkeit bei Entgegennahme der Verfügung vom 26. Mai 2009 und die Nichtabnahme anerbotener Beweismittel durch das Gericht könnten nicht nachvollzogen werden. In der Replik sei zu Recht eine erhebliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes behauptet und neben den genannten Zeugen die Einholung eines ärztlichen Gutachtens beantragt worden. Gerade mit Blick auf die gesundheitliche Verfassung zu Beginn des Monats Juni 2009 erscheine die Einvernahme von Dr. E.____ als geboten. Faktisch liege eine unzulässige antizipierte Beweiswürdigung vor, indem die Vorinstanz sich vom Gedanken leiten lasse, die angerufenen Zeugen könnten nichts zur Klärung des Sachverhaltes beitragen. Dr. F.____ habe den Patienten während eines Spitalaufenthaltes täglich betreut und sei damit in der Lage, auch die mentale Verfassung des Patienten, namentlich dessen Denkfähigkeit zu beurteilen. Dr. E.____ habe die massgebenden medizinischen Akten einsehen können und sei aufgrund seiner klinischen Erfahrung in der Lage, ergänzende Fragen zum Verlauf (wie in der Replik vorgetragen) zu beantworten (Urk. 97 S. 5 f.).

- 18 -

E. 4.2

In der Klageschrift stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, für die Zeit nach seiner letzten Spitalentlassung (28. Mai 2009) könne Rechtsanwalt Z.____ vor dem Hintergrund seines damaligen gesundheitlichen Zustands kein Verschulden zugerechnet werden (Urk. 2 S. 18 Ziff. 54, S. 19 Ziff. 56). In der Replik präzisierte die Klägerin, Rechtsanwalt Z.____ sei "bezüglich Nichteinhalten der Notfrist am 3. Juni 2009 nicht mehr handlungsfähig gewesen", doch müsse das Verhalten Rechtsanwalt Z.____s als Übernahmeverschulden im Sinne einer gewöhnlichen Fahrlässigkeit gewertet werden (Urk. 59 S. 5 Ziff. 11, S. 6 Ziff. 14, S. 18 Ziff. 26). Die Vorinstanz befand, die Leistungspflicht der Beklagten setze voraus, dass der Versicherungsnehmer haftbar sei, was sein Verschulden in objektiver und subjektiver Hinsicht voraussetze. Die subjektive Seite

bestehe in der "Vorwerfbarkeit des schuldnerischen Verhaltens, konkretisiert unter dem Gesichtspunkt der Zurechnungs- bzw. Urteilsfähigkeit" (Urk. 98 S. 18 mit Verweis auf BK-Weber, Art. 99 OR N 31 ff.). In der Folge kam sie zum Schluss, dass die Urteilsfähigkeit Rechtsanwalt Z. _____s im Zeitpunkt, in dem er die Klageantwort hätte einreichen müssen, zu bejahen sei (Urk. 98 S. 18 bis S. 25). Ein relevantes Übernahmeverschulden verneinte sie mit dem Argument, der Zeitpunkt der Mandatsübernahme sei nicht relevant (Urk. 98 S. 27).

E. 4.3

Vor diesem Hintergrund ist unklar, worauf die Klägerin hinaus will, wenn sie beanstandet, Rechtsanwalt Z. _____ müsse im Zeitpunkt, als ihm die Fristen zur Erstattung der Klageantwort angesetzt wurden, (allenfalls) als urteilsunfähig betrachtet werden. Die vorinstanzliche Erwägung, dass bei fehlender Urteilsfähigkeit keine Haftung des Anwalts und damit keine Haftung der Beklagten bestünde, stellt sie nicht in Frage. Die Klägerin zeigt mit anderen Worten nicht auf, zu welchem für sie positiven Ergebnis die Abnahme weiterer Beweismittel und die Verneinung der Urteils- bzw. Schuldfähigkeit von Rechtsanwalt Z. _____ führen würde. Die Rügen der Verweigerung des rechtlichen Gehörs und der unzulässigen antizipierten Beweiswürdigung gehen deshalb fehl.

E. 4.4

Erlaubt eine Ausnahmesituation dem Anwalt die Wahrung der objektiv gebotenen Sorgfalt nicht – so z.B. wenn ein Unfall oder eine Krankheit den Anwalt vorübergehend ausser Gefecht setzt –, stellte sich unweigerlich die Frage, inwie-

- 19 - weit der Anwalt solchen Umständen durch geeignete organisatorische Vorkehren, bspw. durch eine vorsorgliche Bestellung einer Vertretung oder konkreter Handlungsanweisungen an das Personal Rechnung tragen muss. Wird eine solche Pflicht bejaht, zieht das Unterlassen solcher Vorsichtsmassnahmen den Verschuldensvorwurf nach sich (Walter/Schmid, Unsorgfältige Führung eines Anwaltsmandats – Anwaltschaftung, in: Weber/Münch [Hrsg.], Haftung und Versicherung, 2. Aufl., Basel 2015, § 20 Rz 20.65). Die Vorinstanz stellte in dieser Hinsicht fest, indem Rechtsanwalt Z. _____ im Wissen um seine gesundheitliche Beeinträchtigung und die damit verbundenen Spitalaufenthalte keinerlei organisatorische Massnahmen getroffen habe, damit auch in einer allfälligen Abwesenheit die laufenden Fristen gewahrt würden, habe er eine unsorgfältige Mandatsführung, insbesondere allfällige Fristversäumnisse geradezu in Kauf genommen, weshalb ein durch sein Verhalten verursachter Schadenseintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden musste (Urk. 98 S. 26). Gegen diese Würdigung wendet sich die Klägerin nicht, weshalb es auch aus diesem Grund beim Deckungsausschluss bleibt. 5. Weitere Beanstandungen trägt die Klägerin nicht vor. Die Berufung ist abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen. IV. Bei diesem Verfahrensausgang ist die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Die Gerichtskosten sind auch für das zweitinstanzliche Verfahren der Klägerin aufzuerlegen. Ausserdem hat sie die Beklagte für das zweitinstanzliche Verfahren mit Fr. 2'500.– (inkl. Mehrwertsteuer) zu entschädigen (Art. 106 Abs. 1, Art. 111 Abs. 1 und 2 ZPO; § 4 in Verbindung mit § 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

- 20 - Es wird erkannt: 1. Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Bezirksgerichts Zürich, 7. Abt., vom 11. Mai 2018 wird bestätigt. 2. Die zweitinstanzliche Entscheidungsgebühr wird auf Fr. 5'500.– festgesetzt. 3. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren

werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet. 4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– zu bezahlen. 5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück. 6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 49'423.35. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 21 - Zürich, 12. April 2019 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. M. Reuss Valentini versandt am: am

E. 5

Nachdem mit Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 2. Oktober 2013 über C._____ der Konkurs eröffnet worden war, wurde das vorliegende Verfahren sistiert (Urk. 15). Der eingeklagte Anspruch wurde in der Folge nach Art. 260 SchKG an A._____ (Gläubigerin und Ehefrau von C._____) zur Fortsetzung des Prozesses abgetreten (Urk. 20), worauf A._____ mit Beschluss vom 6. Oktober 2015 als Klägerin ins Rubrum aufgenommen und der Prozess fortgesetzt wurde (Urk. 21). Für den weiteren Verlauf des Verfahrens kann auf das angefochtene Urteil verwiesen werden (Urk. 98 S. 4 f.). Mit Urteil vom 11. Mai 2018 wies die Vorinstanz die Klage ab (Urk. 98 S. 28).

- 5 -

E. 6

Gegen das ihr am 22. Juni 2018 zugestellte Urteil führt die Klägerin mit Eingabe vom 16. August 2018 (gleichentags zur Post gegeben und hierorts eingegangen am 17. August 2018) Berufung mit den obgenannten Anträgen (Urk. 92, Urk. 97). Den ihr auferlegten Kostenvorschuss von Fr. 5'500.– leistete die Klägerin rechtzeitig (Urk. 103, Urk. 104). Die Beklagte erstattete die Berufungsantwort mit Eingabe vom 15. Oktober 2018 (Urk. 106). Eine weitere Eingabe der Klägerin datiert vom 29. Oktober 2018 (Urk. 108). II. 1. Die Vorinstanz erwog, der Anspruch des versicherten Anwalts bestehe darin, dass der Versicherer ihn von berechtigten Schadenersatzforderungen befreie, indem er diese begleiche (sog. Befreiungsanspruch). Der in Art. 33 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) statuierte Grundsatz, wonach die gesamte versicherte Gefahr in umfassender Weise versichert sei, erfahre in folgenden zwei Fällen eine Einschränkung: Einerseits könne nach Art. 33 VVG die Versicherungsdeckung durch eine klare, mithin unzweideutige vertragliche Vereinbarung (wie beispielsweise durch einen Deckungsausschluss) eingeschränkt werden. Andererseits könne der Versicherer die geschuldete Leistung bei schwerem Verschulden des Versicherungsnehmers ganz oder teilweise verweigern. Der Versicherer hafte nicht, wenn der Versicherungsnehmer das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt habe (Art. 14 Abs. 1 VVG). Bei grobfahrlässiger Herbeiführung des Ereignisses sei der Versicherer berechtigt, seine Leistung zu kürzen (Art. 14 Abs. 2

VVG). Vorliegend sei unbestritten, dass das VVG zur Anwendung komme und neben der Versicherungspolice die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) Vertragsbestandteil geworden seien, wobei sich die Beklagte auf den folgenden, in Ziff. 2 Abs. 10 AVB enthaltenen Deckungsausschluss berufe (Urk. 98 S. 11 ff.): "Von der Versicherung ausgeschlossen sind: ...

E. 10

die Haftpflicht für Schäden, deren Eintritt vom Versicherungsnehmer, von seinem Vertreter oder von Personen, die mit der Leitung oder Beaufsichtigung der versicherten Tätigkeit betraut sind, mit hoher Wahrscheinlichkeit

- 6 - erwartet werden musste. Dasselbe gilt für Schäden, die im Hinblick auf die Wahl einer bestimmten Arbeitsweise zwecks Senkung der Kosten oder Beschleunigung der Arbeit in Kauf genommen wurden;" 2. Die Vorinstanz hielt dafür, dass Deckungsausschlüsse auch bei der (in Art. 12 lit. f BGFA vorgesehenen) Berufshaftpflicht für Anwältinnen und Anwälte grundsätzlich üblich und zulässig seien. Abgesehen von der Mindestdeckung von einer Million Franken konkretisiere das BGFA das Versicherungsobligatorium nicht näher. Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass ein Deckungsausschluss für Schäden, deren Eintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit habe erwartet werden müssen, den Anforderungen an eine bestimmte und unzweideutige Formulierung des ausgeschlossenen Ereignisses gemäss Art. 33 VVG genüge und auch im Bereich der Berufshaftpflichtversicherung für Anwältinnen und Anwälte möglich und zulässig sei. Entsprechend sei es entgegen der klägerischen Ansicht grundsätzlich auch zulässig, die Versicherungsdeckung für Schäden, die auf das Verpassen von Fristen zurückzuführen seien, auszuschliessen (Urk. 98 S. 15 ff.). 3. Vorab untersuchte die Vorinstanz, ob Rechtsanwalt Z._____ im massgeblichen Zeitpunkt urteilsfähig war und entsprechend für seine Handlungen verantwortlich gemacht werden kann. Sie begründete dies damit, dass die Leistungspflicht der Beklagten neben einer Versicherungsdeckung auch eine Haftpflicht des Versicherungsnehmers und damit dessen Verschulden voraussetze. Entgegen der Darstellung der Klägerin gelangte die Vorinstanz zum Ergebnis, dass Rechtsanwalt Z._____ im massgeblichen Zeitpunkt, in welchem er die Klageantwort hätte einreichen sollen, als urteils- und handlungsfähig betrachtet werden müsse. Demzufolge sei noch zu prüfen, ob sich die Beklagte zu Recht auf Ziff. 2 Abs. 10 AVB berufe, d.h. ob durch das Verhalten von Rechtsanwalt Z._____ punkto Fristversäumnis im damaligen Prozess am Bezirksgericht Meilen der Eintritt eines (allfälligen) Schadens mit hoher Wahrscheinlichkeit habe erwartet werden müssen (Urk. 98 S. 18 ff.). 4. In diesem Zusammenhang warf die Vorinstanz Rechtsanwalt Z._____ ein grobes Verschulden vor. Er habe es im Wissen um seinen gesundheitlichen Zustand und trotz seiner diversen Spitalaufenthalte versäumt, seinen Kanzleibetrieb so zu organisieren, dass im Falle einer Verhinderung, insbesondere einer krank-

- 7 - heitsbedingten Abwesenheit, die von ihm zu beachtenden Fristen gewahrt blieben. Auch habe er es offenbar unterlassen, den vormaligen Kläger über seinen Gesundheitszustand bzw. die Spitalaufenthalte zu informieren, um ihm zu ermöglichen, gegebenenfalls einen anderen Rechtsvertreter beizuziehen. Damit habe Rechtsanwalt Z._____ die von ihm als Rechtsanwalt zu beachtende Sorgfalt in erheblicher und grober Weise missachtet. Indem er trotz gesundheitlicher Probleme und Spitalaufenthalte keine organisatorischen Massnahmen getroffen habe, um im Falle einer Abwesenheit die laufenden Fristen zu wahren, habe er eine unsorgfältige Mandatsführung, insbesondere Fristversäumnisse, in Kauf genommen. Damit habe ein durch sein Verhalten verursachter

Schadenseintritt mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet werden müssen. Die Beklagte berufe sich damit zu Recht auf den Deckungsausschluss gemäss Ziff. 2 Abs. 10 AVB mit der Folge, dass der Versicherungsschutz für allfällige durch unzureichende Organisation des Kanzleibetriebs entstandene Schäden entfalle (Urk. 98 S. 25 f.). 5. Schliesslich verwarf die Vorinstanz das von der Klägerin in der Replik vorgetragene Argument, die Annahme des Mandates durch Rechtsanwalt Z._____ im März 2009 sei wegen seines schon damals angeschlagenen Gesundheitszustandes und seiner Geschäftslast als von der Haftpflichtpolice gedecktes Übernahmeverschulden zu werten, weil Rechtsanwalt Z._____ das Mandat im Wissen um seine schwere Krankheit gar nicht erst hätte annehmen oder es im "Fortverlauf" hätte ablegen müssen. Die Klägerin, welche das Übernahmeverschulden mit dem angeschlagenen Gesundheitszustand begründe, gehe zu Unrecht davon aus, dass Rechtsanwalt Z._____ nicht mehr urteilsfähig gewesen sei, als ihm am 3. Juni 2009 eine Notfrist angesetzt worden sei. Demzufolge seien die Handlungen von Rechtsanwalt Z._____ im Zeitpunkt der Ansetzung der Notfrist massgeblich und nicht jene im Zeitpunkt der Mandatsübernahme. Zur Geschäftslast mache die Klägerin keine weiteren Ausführungen. Ein versicherungs- bzw. haftpflichtrechtlich relevantes Übernahmeverschulden liege diesbezüglich nicht vor (Urk. 98 S. 26 f.).

- 8 - III.

E. 11

Dezember 2001 (BGer 4C.314/1992) gefordert, weshalb Unfälle auf einer wegen eines besonderen Belags glitschigen Strasse nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet oder in Kauf genommen seien. Im gleichen Sinn äussert sich Fellmann, der im Zusammenhang mit einer eventualvorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls auf den in den AVB stets enthaltenen Deckungsausschluss der "hohen Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts" verweist (a.a.O., N 1719 und N 1646 f.).

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