

Rechtsprechung

Wegfall der Leistungspflicht aus Rechtsschutzversicherung infolge ungenügender Prozessaussichten?

Schiedsgerichtsurteil i.S. Peter C. gegen Versicherungsgesellschaft Z. AG

PROF. DR. IUR. ALFRED KOLLER, HOCHSCHULE ST. GALLEN

A. Ausgangslage

1. Die Leistungspflicht aus Rechtsschutzversicherung bildete in den letzten Jahren mehrfach Gegenstand von Gerichtsurteilen. Allein das Bundesgericht hatte sich zweimal mit dieser Problematik zu befassen (BGE 119 II 468 ff. = Urteil vom 20. August 1993 i.S. Versicherungsgesellschaft X. gegen Y. und BGE 119 II 368 ff. = Urteil vom 1. Juli 1993 i.S. Versicherungsgesellschaft D. gegen R.F.). BGE 119 II 468 ff. betraf die Verjährung von Ansprüchen aus Rechtsschutzversicherung, in BGE 119 II 368 ff. ging es schweremässig um die Frage, ob die an sich gegebene Deckung infolge ungenügender Prozessaussichten ausgeschlossen sei. Um diese letztere Problematik geht es auch im nachstehend wiedergegebenen Schiedsgerichtsurteil i.S. Peter C. gegen Versicherungsgesellschaft Z. AG. Allerdings präsentierte sich die rechtliche Ausgangslage in den beiden Fällen unterschiedlich, zum einen wegen unterschiedlicher AVB der beteiligten Rechtsschutzversicherer (während gemäss den AVB der Versicherungsgesellschaft Z. AG die Deckung für ein Gerichtsverfahren von «hinreichender Aussicht auf Erfolg» abhängig ist, wird sie in den AVB der Versicherungsgesellschaft D. davon abhängig gemacht, dass die D. den Prozess nicht als «aussichtslos betrachtet»), zum andern deshalb, weil sich die Parteien des Schiedsgerichtsverfahrens an Art. 9 der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung vom 18. November 1992 zu halten hatten, während dies für die Parteien des bundesge-

richtlichen Verfahrens nicht zutrif. Das mag erklären, weshalb sich das Bundesgericht mit dem erwähnten Artikel nicht befasst hat, obwohl die Verordnung kurz vor Ergehen des Entscheids in Kraft getreten ist (am 1. Januar 1993). Art. 9 der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung sieht ein spezielles Verfahren vor, falls eine Rechtsschutzversicherung die Deckung wegen ungenügender Prozessaussichten ablehnt. Er bestimmt was folgt:

«1 Der Versicherungsvertrag sieht ein Verfahren vor, um jede Meinungsverschiedenheit zu entscheiden, die zwischen der Versicherungseinrichtung oder dem Schadenregelungsunternehmen und dem Versicherten hinsichtlich der zur Regelung des Schadenfalles zu ergreifenden Massnahmen auftritt. Dieses Verfahren muss vergleichbare Garantien für die Objektivität wie ein Schiedsgerichtsverfahren bieten.

2 Lehnt die Versicherungseinrichtung oder das Schadenregelungsunternehmen eine Leistung für eine Massnahme wegen Aussichtslosigkeit ab, so ist die von ihr vorgeschlagene Lösung unverzüglich schriftlich zu begründen und der Versicherte auf die Möglichkeit des Verfahrens nach Absatz 1 hinzuweisen.

3 [...]

4 [...]

(Abs. 3 und 4 sind vorliegend nicht von Interesse.)

2. Gegenstand des zwischen den Parteien des Schiedsgerichtsverfahrens entstandenen Rechtsstreits bildete ein Kaufvertrag über ein

luxuriöses Auto. Der Käufer berief sich auf Nichtigkeit wegen Verstosses gegen die gesetzlichen Erfordernisse über den Vorauszahlungsvertrag. Die Versicherungsgesellschaft Z. AG machte geltend, der Vertrag sei klarerweise gültig, weshalb in einem allfälligen Prozess der Käufer unterliegen müsse; gemäss ihren AVB sei daher keine Deckung gegeben (s. oben Ziff. 1).

Der Schiedsrichter hat die Deckung bejaht. Versicherungsrechtlich interessant sind unmittelbar nur die Entscheiderwägungen I und III, wo zu Art. 9 der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung sowie zu Art. 8 der AVB der Versicherungsgesellschaft Z. AG Stellung bezogen wird. Erwägung II betrifft unmittelbar Kaufrecht (Art. 227a ff. OR), ist jedoch versicherungsrechtlich immerhin insofern von Bedeutung, als darin die Frage der genügenden Prozessaussichten am konkreten Fall abgehandelt wird. Erwägung II wird daher ebenfalls publiziert. Im übrigen sei darauf hingewiesen, dass die Entscheiderwägungen kurz gehalten sind, was im Sinne von Art. 9 der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung liegen dürfte (vgl. Entscheiderwägung I/4 am Ende). In dogmatischer Hinsicht liesse sich vieles ergänzen und präzisieren. Auch so hofft jedoch der Schreibende, dass der Entscheid zur Beantwortung der im Titel aufgeworfenen Frage einen (Diskussions-)Beitrag zu leisten vermag.

B. Der Entscheid

Der von den Parteien im Verfahren nach Art. 9 der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung bestimmte Schiedsrichter zieht

in Erwägung:

I.

1. Am 23. Februar 1990 schloss Peter C. mit Roland A. in Pruntrut einen Kaufvertrag über ein Auto der Marke Lamborghini ab. Als Kaufpreis wurde der Katalogpreis im Zeitpunkt der Lieferung festgesetzt. Die Lieferung sollte in der Zeit von September 1994 bis April 1995 stattfinden. Kurz nach Vertragsabschluss

hat der Käufer eine Anzahlung von Fr. 60 000.- geleistet. Als der Verkäufer im Jahre 1993 lieferbereit war, verweigerte der Käufer die Annahme mit der Begründung, es fehle an der Erfüllbarkeit der Schuld. Später machte er geltend, der Kaufvertrag sei nichtig, da er den gesetzlichen Erfordernissen über den Vorauszahlungsvertrag nicht entspreche, und verlangte die Rückerstattung der geleisteten Anzahlung. Der Verkäufer erklärte sich hierzu nicht bereit. Mit Schreiben vom 6. 12. 1994 forderte er den Käufer auf, den Wagen innert 10 Tagen abzunehmen gegen Bezahlung von Fr. 300 000.- (Fr. 360 000.- Kaufpreis ./ Fr. 60 000.- Anzahlung). Mit Schreiben vom 14. 12. 1994 teilte er dem Käufer sodann mit, er setze ihm eine letzte Frist bis 27. 12. zur Abnahme des Wagens an, andernfalls er diesen weiterverkaufe und die Differenz zwischen Verkaufspreis ./ Anzahlung (Fr. 300 000.-) und Weiterverkaufspreis (Fr. 240 000.-) er setzt verlange. Nach unbenutztem Fristablauf stellte der Verkäufer Rechnung in Höhe von Fr. 65 000.- (Fr. 60 000.- + Fr. 5 000.- Kosten und Zins) und leitete für diesen Betrag im Januar 1995 Betreibung ein.

2. Der Käufer hat sich zwecks Finanzierung eines allfälligen Prozesses um Rückerstattung der Anzahlung von Fr. 60 000.- an die Z. AG gewandt, bei welcher er rechtsschutzversichert ist. Die Versicherung hat nie bestritten, dass der zwischen Verkäufer und Käufer bestehende Streit um die Rückzahlung der Fr. 60 000.- unter die Versicherungsdeckung fällt. Sie hat sich denn auch bereit erklärt, aussergerichtliche Schritte zur Rückerlangung der fraglichen Summe zu finanzieren. Umstritten ist hingegen, ob die Z. AG auch gehalten ist, einen allfälligen vom Käufer angestrebten Rückforderungsprozess zu finanzieren. Die Z. AG verneint die Versicherungsdeckung mit dem Argument, es würden keine hinreichenden Aussichten auf ein günstiges Prozessergebnis im Sinne ihrer Versicherungsbedingungen bestehen. Der Käufer ist unter Hinweis auf BGE 98 Ia 348 ff. anderer Meinung.

Die Z. AG hat mit Schreiben vom 5. Oktober 1994 die Finanzierung eines Forderungs-

prozesses auf Rückzahlung der Fr. 60 000.– formell abgelehnt, ihren Entscheid begründet und den Versicherten auf das Verfahren nach Art. 9 der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung vom 18. November 1992 (im folgenden einfach VO genannt) hingewiesen. In der Folge einigten sich die Parteien auf den Unterzeichneten als Schiedsrichter. In der Stellungnahme der Z. AG zu Händen des Schiedsrichters vom 5. 1. 1995 ist lediglich von einem möglichen Aktivprozess des Käufers die Rede. Dessen Rechtsvertreter hat jedoch in seiner Stellungnahme vom 25. 1. 1995 darauf hingewiesen, dass zwischenzeitlich über die Finanzierung eines allfälligen Passivprozesses verhandelt worden sei. Die Versicherung sei gemäss Schreiben vom 9. 1. 1995 grundsätzlich zur Kostenübernahme bereit, jedoch nur insoweit, als mehr als Fr. 12 000.– eingeklagt würden. Im erwähnten Schreiben hält die Versicherung fest: «Sollte hingegen der Kaufvertrag vom 23. Februar 1990 als nichtig qualifiziert werden, so werden wir Ihnen selbstverständlich vollumfänglich Kostengutsprache erteilen. Zur Frage der Kostengutsprache können wir definitiv erst nach Vorliegen des Entscheides von Prof. Dr. Koller Stellung nehmen.» Die Versicherung ist somit bereit, auch einen Passivprozess vollumfänglich zu finanzieren, sofern das vorliegende Verfahren betr. Aktivprozess zugunsten des Versicherten ausgeht. Da dies, wie noch zu zeigen ist, zutrifft, braucht im vorliegenden Verfahren über die Versicherungdeckung betr. Passivprozess nicht entschieden zu werden. Präzisierend ist beizufügen: Die Deckungszusage der Versicherung bezieht sich nach Treu und Glauben auch auf den Fall, da der Käufer einen Aktivprozess anstrebt und der Beklagte widerklageweise die behauptete Forderung über Fr. 65 000.– geltend machen sollte. Sie bezieht sich hingegen nicht auf den Fall, da der Käufer den Aktivprozess verliert, weil das Gericht Vertragsgültigkeit annimmt, und der Verkäufer in der Folge die (angebliche) Restforderung geltend macht. Sollte sich dieser Sachverhalt ergeben, wird eine neue Deckungszusage nötig sein. Lehnt das Gericht diese ab, kann erneut das Verfahren nach Art. 9 VO eingeleitet werden.

3. Die Z. AG hat in ihrer Stellungnahme zu Händen des Schiedsrichters vom 5. 1. 1995 geltend gemacht, sie könne gemäss Art. 8 Abs. 7 ihrer AVB «die Einleitung eines gerichtlichen Forderungsverfahrens ablehnen, wenn keine hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht». Sie sei somit in weitergehendem Umfang zur Leistungsverweigerung befugt als beispielsweise die DAS Rechtsschutzversicherung, welche die Erteilung einer Kostengutsprache nur im Falle von Aussichtslosigkeit verweigern dürfe. Sinngemäss macht sie weiter geltend, BGE 119 II 371, welcher die Aussichtslosigkeit im Sinne der DAS-AVB betreffe, sei im vorliegenden Fall nicht relevant.

Es steht grundsätzlich jeder Rechtsschutzversicherung frei, ihre Leistungspflicht unter bestimmten Voraussetzungen einzuschränken. Insbesondere steht nichts im Wege, dass eine Versicherung ihre Deckung in weitergehendem Umfang ausschliesst als etwa die DAS. Das ergibt sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit, der auch durch die VO nicht eingeschränkt ist und im übrigen in dieser VO mangels Kompetenz des Bundesrates wohl auch gar nicht hätte eingeschränkt werden dürfen. Wie weit die Leistungspflicht einer Versicherung geht, beurteilt sich nach allgemeinem Vertragsrecht. Soweit AVB in Frage stehen, sind die speziellen Grundsätze der Geltungs- und Inhaltskontrolle betr. AGB zu beachten (insb. Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel, Restriktionsprinzip, Art. 8 UWG). Soweit ein Deckungsausschluss zu beurteilen ist, ist zusätzlich Art. 33 VVG zu berücksichtigen. Diese Bestimmung ist eine Konkretisierung der gesetzlich sonst nicht geregelten Unklarheitenregel, dies freilich mit besonderer Ausprägung. Sie betrifft den Fall, da die grundsätzlich gegebene Deckung eingeschränkt wird. Ein solcher Deckungsausschluss verlangt eine bestimmte, unzweideutige Fassung («termes absolument nets de façon à éliminer tout doute», SVA XIV, S. 174). Daraus folgt, dass der Versicherungsnehmer grundsätzlich nicht gehalten ist, langwierige Abklärungen über die Tragweite einer Ausschlussklausel vorzunehmen. Vielmehr darf er sich grundsätzlich mit einer Wortinterpretation begnügen (so dem Sinne nach BGE

115 II 269 und ausdrücklich Koller, Das Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag, im Tagungsband der St. Galler Baurechtstagung 1994, St. Gallen 1994, Nr. 225¹).

Art. 2 der AVB der Z. AG («Welche Leistungen sind versichert?») umschreibt die grundsätzliche Versicherungsdeckung (Abs. 1) und schränkt diese in Abs. 2 ein («Nicht versichert sind...»). Dass eine weitere Einschränkung der Versicherungsdeckung in Art. 8 («Wie wickeln wir die Rechtsfälle ab?») folgt (Abs. 7), muss vom Versicherungsnehmer nach Treu und Glauben nicht erwartet werden. Daher dürfte die Klausel, wonach die Versicherung nur zu leisten hat, falls «hinreichende Aussicht auf Erfolg besteht», schon vor der Ungewöhnlichkeitsregel kaum standhalten. Zudem dürfte auch Art. 8 UWG zum Zuge kommen (zur «Kumulation» von Ungewöhnlichkeitsregel und Art. 8 UWG vgl. BGE 119 II 443 ff. und Guhl/Merz/Koller, S. 112). Zu keinem anderen Ergebnis gelangt man über Art. 33 VVG (BGE 119 II 372 will freilich diese Bestimmung in Fällen wie dem vorliegenden nicht zur Anwendung bringen).

Nach dem Gesagten kann Art. 8 Abs. 7 der AVB keine deckungseinschränkende Bedeutung beigemessen werden. Damit ist freilich nicht gesagt, dass die Z. AG jeden nur möglichen Prozess finanzieren müsste. Nach Treu und Glauben muss nämlich der Versicherungsnehmer – auch ohne entsprechende Anordnung im Vertrag – annehmen, dass aussichtslöse Prozesse von der Versicherung nicht finanziert werden müssen. AVB, welche die Deckung bei aussichtslosen Fällen ablehnen, halten daher eine bloss Selbstverständlichkeit fest. Vor diesem Hintergrund ist in der Frage der Aussichtslosigkeit auf den erwähnten BGE 119 II 368 ff. abzustellen. Nach diesem Entscheid deckt sich der versicherungsrechtliche Begriff der Aussichtslosigkeit mit demjenigen bei der Prüfung eines Begehrens um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Ein Prozess muss demgemäss dann als aussichtslos bezeichnet werden, wenn die Ge-

winnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Mit andern Worten ist ein Prozess dann aussichtslos, wenn «eine vermögende Partei» ihn «auf eigene Kosten vernünftigerweise nicht unternehmen würde» (BGE 119 II 371). Dabei lässt sich freilich nicht generell angeben, was eine vermögende Person vernünftigerweise tut. Es gibt nicht die vernünftige Person schlechthin. Vernünftige Personen können wagemutig oder weniger wagemutig sein, prozessfreudig oder weniger prozessfreudig. Hier wie andernorts (etwa im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 ZGB) ist auf einen Durchschnittsmaßstab abzustellen.

Die Frage braucht jedoch nicht ins letzte vertieft zu werden, denn im konkreten Fall liegt kein Grenzfall vor. Man wird sogar annehmen dürfen, dass ein Aktivprozess durchaus «hinreichende» Erfolgsaussichten im Sinne von Art. 8 der AVB der Z. AG hat.

4. Damit ist die Frage noch nicht entschieden, wie weit der nach Art. 9 VO amende Schiedsrichter Abklärungen treffen muss, um die Frage der Aussichtslosigkeit abzuklären. Muss er beispielsweise auch Zeugen einvernehmen oder Expertisen einholen, um die materielle Rechtslage abzuklären? Darf oder muss er Amtsberichte einholen? ... usw. Die VO schweigt sich über diese Fragen aus. Auch lässt sie die Frage unberührt, nach welchen prozessualen Grundsätzen der Schiedsrichter vorzugehen hat. Es scheint jedoch nahezuliegen, diese (Gesetzes-)Lücken ebenfalls in Anlehnung an die Praxis bei der Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege zu füllen. Hier ist es unüblich, dass der Richter (in der Frage der Aussichtslosigkeit) Beweise abnimmt. Dies gilt jedenfalls für die Einvernahme von Zeugen und die Einholung von Expertisen. Die Erhebung dieser Beweise ist im eigentlichen Prozess vorzunehmen, nicht bei Abklärung der Frage, ob die unentgeltliche Rechtspflege gewährt werden kann. Aussichtslosigkeit ist daher in der Regel dort zu verneinen, wo der Ausgang des Verfahrens von Zeugeneinvernahmen usw. abhängig ist.

Die Beweisabnahme auf ein Minimum (namentlich die Abnahme schriftlicher Beweise)

¹ In der zweiten Auflage des «Nachbesserungsrechts» (Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995) findet sich der einschlägige Hinweis in Nr. 231.

zu beschränken, drängt sich um so mehr auf, wenn man bedenkt, dass mit der Revision der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung das Verfahren zur Abklärung der Aussichtslosigkeit vereinfacht und beschleunigt werden sollte. Vor Erlass des neuen Art. 9 VO musste der Versicherte bei Ablehnung der Versicherungsdeckung den ordentlichen Prozessweg beschreiten. Dies war unter Umständen sehr zeitintensiv, vor allem dann, wenn auch die vorhandenen Rechtsmittelmöglichkeiten ausgeschöpft wurden, wie dies in dem in BGE 119 II 368 ff. beurteilten Fall zutraf. Das hat sich als unbefriedigend erwiesen. Der Versicherte soll innert vernünftiger Frist über die Versicherungsdeckung Bescheid haben können. Das Schiedsverfahren i.S. von Art. 9 der VO ist daher als einfaches und schnelles Verfahren auszugestalten. Dies wird nicht ausdrücklich gesagt, ist jedoch gestützt auf Art. 1 ZGB in die VO «hineinzuzinterpretieren».

II.

1. Im folgenden ist zu klären, ob der zwischen Peter C. und Roland A. geschlossene Kaufvertrag an einem Formmangel i.S. von Art. 227a Abs. 2 OR leidet. Dabei steht ausser Frage, dass die Formerfordernisse dieser Bestimmung nicht eingehalten sind, jedenfalls nicht vollständig (s. etwa Ziff. 6–8 jenes Artikels). Fraglich ist hingegen, ob die Bestimmung überhaupt Anwendung findet. Das trifft dann zu, wenn es sich beim Kaufvertrag um einen Vorauszahlungsvertrag i.S. von Art. 227a Abs. 1 OR handelt oder wenn zwar kein solcher Vertrag vorliegt, jedoch ein Umgehungsgeschäft anzunehmen ist und es deshalb rechtlich zu halten ist, wie wenn ein Vorauszahlungsvertrag vorliegen würde (Art. 226m analog, unten lit. b, vorderhand Botschaft zum Konsumkreditgesetz, BBl 1978 I, S. 501). Zudem ist erforderlich, dass Art. 227i OR nicht zum Zuge kommt (dazu unten Ziff. 3).

a) Beim Vorauszahlungsvertrag handelt es sich um einen «Kauf mit ratenweiser Vorauszahlung» (Art. 227a Abs. 1 OR). Wie viele Raten der Vorauszahlungsvertrag begrifflich voraussetzt, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich.

Typisch sind mehrere Raten (vgl. etwa Ziff. 4 und 5 von Art. 227a OR), genügend jedoch unter Umständen auch lediglich zwei. So jedenfalls Hellmut Stofer, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2. Aufl. Basel 1972, S. 172 f. Dieser Autor unterscheidet zwischen überjährigem und unterjährigem Vertrag. Beim überjährigem Vertrag sei schon «die Vereinbarung von zwei Vorauszahlungen als unter die neuen Bestimmungen fallend zu betrachten», und er fährt fort: «Hiebei kann es keine Rolle spielen, ob die zweite Teilzahlung nach der Abmachung der Parteien vor oder Zug um Zug oder kurz nach der Lieferung erfolgt... Es wäre daher unangemessen, Verträge, welche vorsehen, dass die zweite Rate Zug um Zug mit der Lieferung der Ware zu begleichen ist, nicht den Art. 227a ff. zu unterstellen, da die Abwicklung gleich erfolgt wie bei der Abmachung von zwei vor der Lieferung zu entrichtenden Vorauszahlungen, also wirtschaftlich kein Unterschied besteht.»

b) In BGE 98 Ia 348 ff. hatte das Bundesgericht einen Möbelkauf zu beurteilen, bei welchem die Verkäuferin sich zur Lieferung von Möbeln drei Jahre nach Vertragsschluss und die Käuferin zur Bezahlung des (gesamten) Kaufpreises bei der Lieferung verpflichtet hatte. Es lag somit ein Barkauf vor, dessen Besonderheit darin bestand, dass der Erfüllungszeitpunkt (beidseitig) hinausgeschoben war. Der erstinstanzliche Richter nahm an, der Kauf «sei wirtschaftlich ein Vorauszahlungsvertrag und daher als Umgehungsgeschäft nichtig» (S. 349 des zit. BGE). Das Bundesgericht hat dieser Auffassung beigegeben, jedenfalls im Ergebnis: «Es ist daher gerechtfertigt», schreibt das Bundesgericht (S. 352), «den Kaufvertrag 1965 als Vorauszahlungsvertrag zu betrachten». Diese Formulierung erweckt den Eindruck, das Bundesgericht habe die Art. 227a OR *unmittelbar* zur Anwendung gebracht, also nicht bloss über die Annahme eines Umgehungsgeschäftes. Ganz eindeutig ist dies jedoch nicht. Spätere Passagen könnten im Gegenteil den Eindruck erwecken, es liege lediglich ein Umgehungsgeschäft vor, so etwa der Satz, die Käuferin be-

dürfte «des gleichen Schutzes wie der *eigentliche* Vorauszahlungskäufer». Ebenfalls unklar bleibt, unter welchen Voraussetzungen ein Umgehungsgeschäft anzunehmen ist: Nach dem zweiten Absatz von S. 352 scheint zu genügen, dass ein Barkäufer gleich schutzwürdig ist wie «der *eigentliche* Vorauszahlungskäufer». Der dritte Absatz auf S. 352 erweckt hingegen den Eindruck, dass zusätzlich gewisse subjektive Erfordernisse auf seiten des Verkäufers vorliegen müssen: «Auch ein Barkauf kann ein Umgehungsgeschäft sein, wenn von vorneherein den Parteien, insbesondere dem Verkäufer offenkundig ist, dass der Käufer nach seiner wirtschaftlichen Lage nicht bar zahlen kann bzw. bei Fälligkeit nicht bar wird zahlen können und deshalb mit ratenweiser Begleichung des Kaufpreises zu rechnen ist. ... Die Beschwerdeführerin [Verkäuferin] musste bei Abschluss des Kaufvertrages 1965 die finanziellen Verhältnisse der Beschwerdegegnerin kennen und wissen, dass es dieser nur mit grösster Anstrengung überhaupt möglich sein könnte, den Vertrag zu erfüllen.» Bei solchen Sachverhalten kann nach Ansicht des Gerichts auch eine Umgehung des Rechts über den Abzahlungskauf angenommen werden. Ebenso Stofer, a.a.O., S. 214 («Wo der Verkäufer mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht eine Barzahlung bei der Lieferung erwarten kann, ist jenen zu erwägen, ob die Umgehung der Vorschriften über den Abzahlungsvertrag bezweckt wird, da bei hablosen Käufern nicht mit einer Zahlung Zug um Zug mit der Übergabe der Waren, sondern mit einem Abzahlungskauf zu rechnen ist.»).

Die Lehre hat BGE 98 Ia 348 ff., soweit ersichtlich, nirgendwo eingehend besprochen, jedoch durchwegs gebilligt (z. B. Guhl/Merz/Koller, S. 340, Tercier, La partie spéciale du Code des obligations, 2. Aufl. Zürich 1995, Nr. 1016), und zwar unter dem Gesichtspunkt der Gleichstellung von Vorauszahlungsvertrag und Umgehungsgeschäft.

2. Vorliegend hat der Käufer eine Anzahlung von Fr. 60 000.– geleistet. Über die Bezahlung des Restkaufpreises wurde nichts Spezielles vereinbart, insoweit sollte an der gesetzlichen Regelung (Zahlung bei Lieferung [Zug um

Zug], Art. 184 Abs. 2 OR, 82 OR) nichts geändert werden. Der Vertrag wurde 1990 geschlossen, die Lieferung sollte jedoch erst 4–5 Jahre später erfolgen. Es lag somit ein Barkauf mit teilweiser Vorauszahlungspflicht des Käufers und aufgeschobenem Lieferungszeitpunkt vor. Wertet man diesen Sachverhalt im Lichte der vorstehenden Ausführungen, so ergibt sich folgendes:

a) Vorab ist nicht auszuschliessen, dass ein Gericht der Auffassung Stofers folgen und «schlicht» einen (überjährigen) Vorauszahlungsvertrag annehmen würde. Sodann ist nicht auszuschliessen, dass ein Gericht ein Umgehungsgeschäft annähme, und zwar ohne irgendwie auf die Bewusstseinslage des Verkäufers abzustellen. Ein Aktivprozess um Rückzahlung der Preisanzahlung kann daher nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Anders verhielte es sich vielleicht dann, wenn die Auffassung von Bundesgericht und Stofer offensichtlich irrig wäre. Das trifft jedoch nicht zu. Immerhin wird BGE 98 Ia 348 ff. in der Literatur, wie bereits erwähnt, durchwegs gebilligt. Auch Stofers Auffassung scheint nicht abwegig, wie gleich zu zeigen ist. Im übrigen ist Stofer *der* massgebliche Kommentator des Vorauszahlungsvertrags (Giger beschränkt sich im Basler Kurzkomentar auf «das Wesentliche», N 4 zu Art. 227a OR, aus der Erwägung, dass der Vorauszahlungsvertrag praktisch jede Bedeutung eingebüsst hat).

Der typische Vorauszahlungsvertrag i.S. von Art. 227a ff. OR ist eine Mischung aus reinem Praenumerandokauf und reinem Barkauf. Beim reinen Praenumerandokauf bezahlt der Käufer den ganzen Kaufpreis vor Erhalt der Ware. Beim reinen Barkauf sind Ware und Kaufpreis Zug um Zug auszutauschen. Beide Kaufarten sind grundsätzlich unproblematisch. Das gilt vor allem für den Barkauf. Problematisch wird dieser jedoch dann, wenn die Erfüllung erst lange nach Vertragsabschluss stattfinden soll. Denn inzwischen können sich die Bedürfnisse des Käufers geändert haben, er muss also u.U. eine Sache abnehmen, an der er inzwischen gar nicht mehr interessiert ist. Das ist besonders für den «hablosen» (Stofer, S. 173) Käufer problematisch. Dieser ist dann gezwungen, für eine nunmehr unerwünschte

Sache Geld auf die Seite zu legen, Geld, das er für wichtigere Dinge (etwa für den Gesundheitsbereich) nötig hätte. Beim (reinen) Praenumerandokauf besteht für den Käufer generell ein gewisses Kreditrisiko. Dieses akzentuiert sich, wenn die Lieferung des Kaufgegenstandes erst längere Zeit nach der Preiszahlung erfolgen soll. Hier besteht die erhebliche Gefahr, dass der Käufer schliesslich und endlich weder den Kaufgegenstand erlangt noch den Kaufpreis zurückerhält. Nach dem OR sind sowohl problematische reine Barkäufe wie auch problematische reine Praenumerandokäufe grundsätzlich zulässig und unterstehen keinen besonderen Schutzvorschriften zugunsten des Käufers. Der Gesetzgeber hat nur für den Fall eingegriffen, dass eine Verkopplung von problematischem Praenumberando- und problematischem Barkauf stattfindet. Das ist dann der Fall, wenn ein Teil des Preises praenumberando zu bezahlen ist (Kreditrisiko des Käufers), aber auch nur ein Teil (Risiko, dass künftige Ersparnisse für Kaufsache statt für wichtigere Lebensbedürfnisse verwendet werden müssen). Ganz besonders kritisch sind solche Verträge dann, wenn sich die Vertragsabwicklung über eine längere Zeit erstrecken soll. Dem hat der Gesetzgeber mit besonderen Schutzbestimmungen bei überjährigen Vorauszahlungsverträgen Rechnung getragen (vgl. etwa Art. 227b und d OR). Es ist nicht zu verkennen, dass der zur Diskussion stehende Kaufvertrag vor dem Hintergrund des Gesagten nicht unproblematisch ist.

b) Sollte ein Gericht BGE 98 Ia 348 ff. dahin interpretieren, dass ein Umgehungsgeschäft nur dann vorliegt, wenn der Verkäufer den Sparzwang des Käufers erkennt oder erkennen muss, so wäre vorliegend zu prüfen, ob A. die finanziellen Verhältnisse von C. kannte und erkennen musste, dass jener das Auto ohne Sparübungen nicht würde bezahlen können. Dass es sich so verhalten habe, wird zwar in der Eingabe des Käufers vom 25. 1. 1995 behauptet, jedoch werden keine Beweismittel angeboten. Dies schadet dem Käufer jedoch schon deshalb nicht, weil angesichts der vorstehenden Erwägung (lit. a) ohnehin nicht gesagt werden kann, ein Aktivprozess von X. sei aussichtslos.

3. Dabei wird unterstellt, dass Art. 227i OR nicht zum Zuge kommt. Nach dieser Bestimmung finden die Art. 227a – 227h «keine Anwendung, wenn der Käufer als Firma oder als Zeichnungsberechtigter einer Einzelfirma oder einer Handelsgesellschaft im Handelsregister eingetragen ist oder wenn sich der Kauf auf Gegenstände bezieht, die nach ihrer Beschaffenheit vorwiegend für einen Gewerbebetrieb oder vorwiegend für berufliche Zwecke bestimmt sind». Letzteres trifft offensichtlich nicht zu. Ob Peter C. im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit Roland A. als Firma oder als Zeichnungsberechtigter im Handelsregister eingetragen war, lässt sich den Akten nicht entnehmen. Die Z. AG, welche insoweit beweispflichtig ist, hat keine entsprechenden Beweisanträge gestellt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Tatbestand von Art. 227i OR auch in dieser Hinsicht nicht erfüllt ist.

4. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Standpunkt des Käufers, der zur Diskussion stehende Kaufvertrag sei nach Art. 227a OR formnichtig, nicht von vornherein verfehlt ist. Damit kann eine allfällige Klage auf Rückerstattung der geleisteten Anzahlung im Betrag von Fr. 60 000.– nicht als aussichtslos bezeichnet werden. Die Versicherungsdeckung ist daher zu bejahen. Für den Fall, dass der Käufer auf weitere Zahlungen (Schadenersatz, Konventionalstrafe) verklagt wird, ist Versicherungsdeckung ebenfalls zu bejahen. Das braucht freilich nicht gerichtlich festgestellt zu werden, sondern ergibt sich daraus, dass die Z. AG eine entsprechende Deckungszusage gemacht hat (oben I/2).

III.

1. Die VO äussert sich nicht zur Frage, ob und wie der Schiedsspruch angefochten werden kann. Daraus darf nicht im Sinne eines qualifizierten Schweigens geschlossen werden, es sei kein Rechtsmittel gegeben. Zwar trifft es sicher zu, dass mit der Revision der Verordnung über die Rechtsschutzversicherung das Verfahren zur Feststellung der Versicherungsdeckung beschleunigt werden sollte. Ohne

ausdrückliche Anordnung in der VO rechtfertigt sich aber die Annahme eines Rechtsmittelausschlusses nicht (zu den Gründen vgl. Walder, Das schweizerische Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit, Zürich 1982, S. 26 ff.).

Der Kanton St. Gallen ist dem erwähnten Konkordat beigetreten. Es steht somit die Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 36 des Konkordates offen. Die Beschwerde ist beim Kantonsgericht St. Gallen einzureichen (Art. 31 V.m. Art. 36 des Konkordates). «binnen 30 Tagen nach der Zustellung des Schiedsspruches» (Art. 37 des Konkordates).

Die Nichtigkeitsbeschwerde hat den Anforderungen an eine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 237 ff. Zivilprozessgesetz des Kantons St. Gallen) zu genügen.

2. Der Rechtsvertreter des Käufers hat einen Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung gestellt. Diesem Anspruch ist stattzugeben. Mangels einer einschlägigen Regelung in der VO ist der Gebührentarif für Anwälte und Rechtsagenten des Kantons St. Gallen anzuwenden. Dabei rechtfertigt es sich freilich nicht, den Tarif gemäss Art. 12 auszuschöpfen. Zwar fällt das vorliegende Verfahren bei wörtlicher Interpretation nicht unter den Reduktionsgrund von Art. 13 des Tarifs, es gebietet sich jedoch, die Bestimmung analog anzuwenden. Dies mit Rücksicht darauf, dass die Bemühungen im vorliegenden Verfahren dem Käufer auch im Prozess gegen den Verkäufer zugute kommen werden. Das gilt nicht nur für die Bemühungen des Käufers selbst, sondern auch für diejenigen des Schiedsrichters. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Prozessaufwand in einem Verfahren wie dem vorliegenden naturgemäss geringer ist als bei einem ordentlichen Zivilprozess.

Der Streitwert ist nicht identisch mit der allfälligen Klagesumme in einem Prozess zwischen den Kaufvertragsparteien, im Streit sind vielmehr nur die (bedeutend tieferen) gerichtlichen und aussergerichtlichen Kosten eines solchen Prozesses.

Die Parteientschädigung wird auf Fr. 1500.– festgesetzt. Bei der Festsetzung dieses Betrages wurde auch dem Umstand Rechnung

getragen, dass der Antrag des Käufers auf Finanzierung eines allfälligen Passivprozesses letztlich unnötig war.

Demgemäss entscheidet der Schiedsrichter:

1. Es wird festgestellt, dass aus dem Rechtsschutzversicherungsvertrag zwischen Peter C. und der Z. AG für die Geltendmachung eines allfälligen Anspruchs auf Rückzahlung der Anzahlung von Fr. 60 000.– aus dem mit Roland A. abgeschlossenen Kaufvertrag über ein Auto der Marke Lamborghini für das erstinstanzliche Gerichtsverfahren, unabhängig von dessen Ausgang, Kostendeckung in der im Versicherungsvertrag vorgesehenen Höhe besteht.

2. Die Kosten dieses Verfahrens, bestehend aus einer Schiedsgebühr von Fr. 4300.– und weiteren Kosten (Schreibgebühren, Zustellungskosten, Telefon, Porti, Fotokopien etc.) von Fr. 350.–, werden der Z. AG auferlegt und aus den geleisteten Kauttionen bezogen. Der nicht verbrauchte Kauttionsbetrag von Fr. 350.– wird Peter C. zurückerstattet.

3. Peter C. wird das Recht eingeräumt, für die aus seiner Kauttion zur Deckung der Schiedsrichterkosten benötigten Summe von Fr. 2150.– auf die Z. AG Rückgriff zu nehmen.

4. Die Z. AG wird verpflichtet, Peter C. für das Schiedsgerichtsverfahren mit Fr. 1500.– ausseramtlich zu entschädigen.

5. Mitteilung an die Parteien eingeschrieben mit Rückschein. Der Entscheid wird dem BPV zur allfälligen Publikation in der SVA zugeestellt.

6. Gegen den vorliegenden Schiedsspruch kann innert 30 Tagen nach dessen Zustellung beim Kantonsgericht St. Gallen Nichtigkeitsbeschwerde gemäss Art. 36 des Konkordates über die Schiedsgerichtsbarkeit erhoben werden.

St. Gallen, 16. Februar 1995

*Der Einzelschiedsrichter:
Prof. Dr. iur. Alfred Koller*