



FÜRSTENTUM LIECHTENSTEIN

FÜRSTLICHES  
OBERGERICHT

ORIGINAL

Registered at the EFTA Court under N° **E-21/16-3**  
**23** day of **Dec** 2016

Aktenzeichen bitte immer anführen  
08 CG.2016.59  
ON 15

## BESCHLUSS

Das Fürstliche Obergericht, 2. Senat, hat durch den vorsitzenden Richter lic. iur. Jürgen Nagel LL.M. sowie den Beisitzer Dr. Wilhelm Ungerank LL.M. und den Oberrichter Dr. Josef Fehr als weitere Mitglieder des Senates in der

### Rechtssache

der  
klagenden Partei:

[REDACTED]  
vertreten durch Mag. Antonius Falkner  
Rechtsanwalt AG, Lettstrasse 18, Postfach 304,  
FL-9490 Vaduz,

wider die

beklagte Partei:

DAS Rechtsschutz-Versicherungs AG,  
Schweizerhofquai 2, CH-6004 Luzern,

vertreten durch Batliner Wanger Batliner  
Rechtsanwälte AG, Am Schrägen Weg 2, FL-  
9490 Vaduz

wegen: Feststellung

infolge Berufung des Klägers vom 22.09.2016 (ON 7) gegen das Urteil des Fürstlichen Landgerichtes vom 27.07.2016 (ON 6) nach Anhörung der Parteien in nicht-öffentlicher Sitzung am **20.12.2016** im Beisein der Schriftführerin Roswitha Grabher

### beschlossen:

- I. Dem EFTA-Gerichtshof in Luxemburg werden gemäss Art. 34 ÜGA folgende Fragen mit dem Ersuchen um Gutachtenserstattung vorgelegt:

1. Steht Art. 201 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der Rechtsschutzversicherung und dem Versicherten entgegen, wonach es eine Obliegenheitsverletzung des Versicherten darstellt, die zur Leistungsfreiheit der Versicherung führt, wenn der Versicherte zu einem Zeitpunkt, zu welchem er einen Anspruch gemäss Rechtsschutz-Versicherungsvertrag geltend machen kann, ohne Zustimmung der Rechtsschutz-Versicherung selbst einen Rechtsanwalt zur Wahrung seiner Interessen mandatiert?
2. Für den Fall, dass die Frage 1 verneint wird: Wann beginnt bei einem Aktivprozess das in Art. 201 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2009/138/EG erwähnte Gerichts- oder Verwaltungsverfahren, das zur freien Anwaltswahl führt? Ist blass auf dessen formellen Beginn (auf das Einlangen der Klage bei Gericht) abzustellen oder sind davon auch schon vorgängige Schritte umfasst, wenn ja welche?
3. Für den Fall, dass der EFTA-Gerichtshof die Fragen 1 und 2 nach dem 16.01.2017 beantwortet:
  - a) Hindert das in Art. 3 des EWR-Abkommens verankerte Loyalitätsgebot nationale Gerichte unter allen Umständen, die Gültigkeit von Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofes in Frage zu stellen?
  - b) Für den Fall, dass die Frage 3a verneint wird: Unter welchen Voraussetzungen darf von nationalen Gerichten die Gültigkeit von Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofes in Frage gestellt werden, sodass damit nicht gegen das Loyalitätsgebot des Art. 3 des EWR-Abkommens verstossen wird?

- II. Das Berufungsverfahren wird bis zum Einlangen des Gutachtens des EFTA-Gerichtshofes gemäss Art. 62 Abs. 1 des Gerichtsorganisationsgesetzes unterbrochen.**

## **Begründung:**

1. Sachverhalt des Ausgangsrechtsstreites:
  - 1.1 Beim Fürstlichen Obergericht in Vaduz behängt ein Berufungsverfahren, in welchem der Kläger (im Folgenden: [REDACTED] als Berufungswerber und die Beklagte (im Folgenden: DAS) als Berufungsgegnerin auftritt.
  - 1.2 Dem Verfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die DAS ist eine im Handelsregister des Kantons Luzern, Schweiz, zu Firmennummer CHE-106.111.319 eingetragene Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht mit dem Zweck des Betriebs der Rechtsschutzversicherung auf alle Gebieten.

Zu Police Nr. G1183979 besteht ein zwischen [REDACTED] und der DAS abgeschlossener Rechtsschutzversicherungsvertrag, auf welchen die Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) der DAS Anwendung finden. Diese lauten – soweit hier massgeblich – wie folgt:

„I. Kundeninformation:

Ihre Rechtsschutzversicherung im Überblick  
(...)

Wann beginnt und endet der Versicherungsschutz?  
Versicherungsschutz besteht für Schadensereignisse, die während der Vertragsdauer eingetreten und der DAS gemeldet worden sind. In einigen Fällen gilt eine Wartefrist.

Was ist im Rechtsfall zu tun?

Sie sollten der DAS

- unverzüglich jeden Rechtsfall melden, für den Sie die rechtliche Unterstützung in Anspruch nehmen wollen;
- alle mit dem Fall zusammenhängenden Auskünfte erteilen;
- alle sachdienlichen Unterlagen und Beweismittel zur Verfügung stellen;

Bitte erteilen Sie ohne vorherige Einwilligung der DAS keine direkten Aufträge (z.B. Anwälte oder Experten), sonst verlieren Sie Ihren Versicherungsschutz.

(...)

## II. Gegenstand der Versicherung:

Der Versicherungsschutz erstreckt sich wahlweise auf den Privat- und/oder Verkehrs-Rechtsschutz, der mit verschiedenen Zusatzdeckungen ergänzt werden kann. Der Umfang und die Voraussetzungen des Versicherungsschutzes werden durch die gemeinsamen und besonderen Bestimmungen zusammen umschrieben. Die gemeinsamen Bestimmungen gelten in jedem Fall, die besonderen Bestimmungen nur soweit, als sie im jeweiligen Versicherungsvertrag vereinbart sind.

## III. Privat-Rechtsschutzdeckung:

(...)

### Art. 2 – Grunddeckung

Die DAS gewährt Versicherungsdeckung in folgenden Bereichen (abschliessende Aufzählung):

#### 1. Schadenersatz

Geltendmachung ausservertraglicher  
Schadenersatzansprüche beim haftpflichtigen Dritten für  
Sach- und Personenschäden (Körperverletzung, Tötung)  
sowie unmittelbar mit ihnen zusammenhängende  
Vermögensschäden. Versicherungsschutz besteht ferner für  
das aktive Vorgehen im Strafverfahren zur Durchsetzung  
dieser Ansprüche.

(...)

6. Mietrechtliche Streitigkeit mit dem Vermieter
- des Privatdomizils, auf welches die Police lautet,
  - der Garage- und Abstellplätze an der gleichen Adresse,
  - eines Familiengartens,
  - einer Ferienunterkunft für eine Maximalmietdauer von sechs Monaten.

Durch Zusatzvereinbarung kann die Versicherungsdeckung auf weitere Mietobjekte ausgedehnt werden.

(...)

#### V. Gemeinsame Bestimmungen:

##### Art. 9 – versicherte Leistungen

1. Zusätzlich zur Interessenwahrung durch den eigenen Rechtsdienst übernimmt die DAS je nach gewählter Variante folgende Kosten (abschliessende Aufzählung).

(...)

Anwaltskosten in ortsüblichem Umfang; Honorarvereinbarungen sind für die DAS nicht bindend.

(...)

#### VI. Bedarf nach Rechtshilfe:

##### Art. 18 – Fallmeldung:

Der Versicherte muss der DAS unverzüglich jeden Rechtsfall melden, der Anlass zu einer Intervention geben kann. Er leitet ohne Verzögerung sämtliche sachdienlichen Unterlagen an die DAS weiter (Korrespondenz, Vorladungen, Entscheide und Urteile zusammen mit den entsprechenden Briefumschlägen, usw.).

##### Art. 19 – Fallführung:

1. Der Rechtsdienst der DAS klärt den Versicherten über seine Rechte auf und wahrt seine Interessen. Der Versicherte erteilt der DAS alle notwendigen Vollmachten.
2. Der Versicherte überlässt die Fallführung exklusiv der DAS. Ohne vorherige Zustimmung der DAS erteilt er keine Aufträge an Anwälte, Sachverständige, etc., leitet keine

Verfahren ein, ergreift keine Rechtsmittel und schliesst keine Vergleiche ab. Er schliesst keine Honorarvereinbarung mit dem beauftragten Anwalt ab.

(...)

4. Erweist sich infolge Interessenkollision (Vertretung mehrerer Versicherter mit gegensätzlichen Interessen) oder im Hinblick auf ein Gerichts- bzw. Verwaltungsverfahren der Bezug eines externen Rechtsanwaltes als notwendig (Anwaltsmonopol), kann der Versicherte frei einen im Gerichtskreis ansässigen Rechtsvertreter wählen, der die erforderlichen Fähigkeiten besitzt. Lehnt die DAS den gewünschten Anwalt ab, schlägt der Versicherte drei andere im Gerichtskreis ansässige Anwälte aus verschiedenen Kanzleien vor, von denen die DAS einen auswählt. Die Ablehnung des Anwaltes muss nicht begründet werden.
5. Die DAS kann die Kostengutsprache auf einzelne Rechtswahrungsmaßnahmen oder Verfahrensabschnitte einschränken.
6. Die DAS behält sich das Recht vor, die Erbringung einzelner Dienstleistungen an einen externen Rechtsvertreter zu delegieren.
7. Der Versicherte entbindet seinen Rechtsanwalt gegenüber der DAS vom Berufsgeheimnis.

(...)

Art. 22 – Verletzung vertraglicher Obliegenheiten:

Die schuldhafte Verletzung vertraglicher Obliegenheiten durch den Versicherten berechtigt die DAS, ihre Leistungen abzulehnen.“

- 1.3 [REDACTED] hatte mit Wirkung vom 01.09.2014 ein Einfamilienhaus in FL-9492 Eschen gemietet und eine Mietkaution in Höhe von CHF 1.900,– hinterlegt. Die Vermieterin kündigte das Mietverhältnis zum 30.09.2015 auf. Ab 04.03.2015 kam es zu mehrfachen telefonischen Kontakten zwischen der Ehegattin des [REDACTED] und der DAS, bei welchen es um die rechtliche Beratung in Zusammenhang mit einer von [REDACTED] behaupteten

Schimmelbildung im gegenständlichen Mietobjekt und der Kündigung des Mietverhältnisses durch die Vermieterin ging, wobei auch die Rückforderung der von [REDACTED] erlegten Kaution ein Thema war. Zwischen der DAS und der Vermieterin wurde Korrespondenz geführt. Mit Schreiben vom 09.10.2015 teilte die Vermieterin der DAS mit, dass die Kaution ausbezahlt werde, jedoch Teilbeträge (Kosten für Wasserbezug und Gemeindegebühren) abgezogen werden. Am 18.11.2015 erklärte die Ehefrau des [REDACTED] gegenüber der DAS, dass seitens der Vermieterin die Kaution abzüglich der zwei erwähnten Teilbeträge rückerstattet wurde.

Sodann erteilte [REDACTED] seinem nunmehrigen Rechtsvertreter, Herrn Falkner, einem in Liechtenstein tätigen Rechtsanwalt, Vollmacht, ohne die DAS davon in Kenntnis zu setzen. Herr Falkner wandte sich mit einem Schreiben vom 02.12.2015 an die DAS und ersuchte um Kostendeckung für ein Gerichtsverfahren: Zum einen werde die Auszahlung eines oben erwähnten, von der Vermieterin zurückbehaltenen Teilbetrages verlangt; zum anderen stehe aufgrund eines zwischenzeitlich eingeholten Gutachtens fest, dass seit Jänner 2015 starker Schimmelbefall in der Wohnung gegeben gewesen sei, weshalb nachträglich eine Mietzinsreduktion von mindestens CHF 500,-- monatlich begehrt werde.

Die DAS teilte dazu mit Schreiben vom 03.12.2015 mit, dass eine Mietzinsreduktion bis jetzt noch nie ein Thema gewesen sei. Gemäss den AVB überlasse der Versicherte die Fallführung exklusiv der DAS. Bei schuldhafter Verletzung vertraglicher Obliegenheiten sei die DAS berechtigt, ihre Leistungen abzulehnen. Auf ein neuerliches Schreiben von [REDACTED] mit welchem neuerlich um Kostendeckung für ein entsprechendes Verfahren ersucht wurde, antwortete die DAS, dass es für die Bejahung einer Obliegenheitsverletzung keine Rolle spiele, ob die DAS den Versicherungsnehmer vor gerichtlichen Behörden vertreten dürfe oder nicht. Kostengutsprache werde keine erteilt.

- 1.4 In dem daraufhin von [REDACTED] gegen die DAS beim Fürstlichen Landgericht in Vaduz angestrengten Verfahren, welches zum AZ. 08 CG.2016.59 registriert wurde, beehrte er die

Feststellung, dass ihm die DAS im Rahmen und im Ausmass des Versicherungsvertrages zur Rechtsschutzversicherung Policien-Nr. G 1183979 Versicherungsrechtsschutz für das Verfahren gegen die Vermieterin zur Geltendmachung einer zum Teil noch zurückbehaltenen Kaution und zur Geltendmachung einer Mietzinsreduktion zu gewähren hat und für diesen Rechtsfall Versicherungsdeckung im Rahmen des genannten Versicherungsvertrages besteht. Das Fürstliche Landgericht wies die Klage jedoch ab. Es begründete seine Entscheidung damit, dass das in den AVB vereinbarte exklusive Fallführungsrecht mit Art. 60 des Liechtensteinischen Versicherungsvertragsgesetzes (VersVG) vereinbar sei. Danach gelte die freie Rechtsanwaltswahl grundsätzlich nur für ein Gerichts- oder Verwaltungsverfahren. Sie greife allerdings noch nicht bei der Fallanmeldung, der Überprüfung der Sach- und Rechtslage und bei aussergerichtlichen Bemühungen ein. Diesbezüglich habe sich der Versicherungsnehmer an die AVB und das dort skizzierte Vorgehen zu halten. Man sei bisher noch nicht über die exklusive Fallführung im Sinne von Artikel 19 Abs. 2 der AVB hinausgekommen. Zudem habe [REDACTED] das Vorgehen entgegen der erwähnten Versicherungsbedingung „abgekürzt“, indem er Herrn Rechtsanwalt Falkner Vollmacht erteilt habe. Es mangle [REDACTED] somit an einem aktuellen Feststellungsinteresse.

- 1.5 Gegen dieses Urteil erhob [REDACTED] Berufung. Er brachte dazu – soweit hier massgeblich – vor, dass die DAS bereits vor Einleitung des Rechtsstreites die Versicherungsdeckung mit der Begründung abgelehnt habe, er habe eine Obliegenheitsverletzung nach den AVB zu verantworten, da er Herrn Falkner mandatiert habe. Somit bestehe sehr wohl ein rechtliches Interesse an der begehrten Feststellung.

Die DAS trat in ihrer Berufungsbeantwortung der Berufung entgegen. Sie brachte – soweit hier massgeblich – vor, dass [REDACTED] in Verletzung des der DAS zustehenden exklusiven Fallführungsrechts eigenmächtig eine Vollmacht an Herrn Falkner erteilt habe. Dadurch habe er eine vertragliche Obliegenheit verletzt, was die DAS berechtige, Leistungen abzulehnen, wie sie dies im Zusammenhang mit der Erteilung einer Kostengutsprache

für ein Gerichtsverfahren gegen die ehemalige Vermieterin getan habe. Ein Feststellungsinteresse liege somit nicht vor.

## 2. Liechtensteinisches Recht:

Der hier massgebliche Art. 60 des liechtensteinischen Versicherungsvertragsgesetzes (VersVG; LR 215.229.1; wie alle liechtensteinischen Rechtsvorschriften abrufbar unter [www.gesetze.li](http://www.gesetze.li)) lautet wie folgt:

„Freie Wahl eines Rechtsvertreters“

In jedem Rechtsschutz-Versicherungsvertrag ist ausdrücklich vorzusehen, dass

- a) wenn ein Rechtsanwalt oder eine sonstige entsprechend qualifizierte Person in Anspruch genommen wird, um in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren den Versicherten zu verteidigen, zu vertreten oder seine Interessen wahrzunehmen, es dem Versicherten frei steht, welchen Rechtsanwalt oder welche sonstige Person er wählt;
- b) die Versicherten einen Rechtsanwalt oder eine andere entsprechend qualifizierte Person frei wählen können, die ihre Interessen vertritt, wenn eine Interessenkollision entsteht.“

§ 234 Abs. 1 der liechtensteinischen Zivilprozessordnung (ZPO; LR 271.0) hat folgenden Inhalt:

„Es kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder Rechtes, auf Anerkennung der Echtheit einer Urkunde oder Feststellung der Unechtheit derselben Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass jenes Rechtsverhältnis oder Recht oder die Urkundenechtheit durch eine gerichtliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.“

3. Europäischer Rechtsrahmen:

Art. 60 lit. a VersVG setzt Art. 201 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) in nationales Recht um. Jene Bestimmung lautet wie folgt:

„Freie Wahl des Rechtsanwaltes“

- (1) In jedem Rechtsschutz-Versicherungsvertrag ist ausdrücklich vorzusehen, dass
  - a) wenn ein Rechtsanwalt oder eine sonstige nach dem nationalen Recht entsprechend qualifizierte Person in Anspruch genommen wird, um in einem Gerichts- oder Verwaltungsverfahren den Versicherten zu verteidigen, zu vertreten oder seine Interessen wahrzunehmen, es dem Versicherten frei steht, welchen Rechtsanwalt oder sonstige Person er wählt;
  - b) die Versicherten einen Rechtsanwalt oder, wenn sie es vorziehen, und soweit das nationale Recht dies zulässt, eine andere entsprechend qualifizierte Person frei wählen können, die ihre Interessen vertritt, wenn eine Interessenkollision entsteht.
- (2) Unter Rechtsanwalt ist jede Person zu verstehen, die ihre beruflichen Tätigkeiten unter einer der Bezeichnungen gemäss der Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausführung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte auszuüben berechtigt ist.“

4. Begründung der Vorlage zu den Fragen 1 und 2:

- 4.1 Das Berufsgericht hat zu beurteilen, ob [REDACTED] ein rechtliches Interesse (§ 234 Abs. 1 ZPO) an der von ihm gewünschten Feststellung hat. Dazu ist zunächst zu klären, ob [REDACTED] durch die Mandatierung von Herrn Falkner die von

der DAS behauptete Obliegenheitsverletzung begangen hat. Im Einzelnen:

- 4.2 Gemäss Art. 34 ÜGA kann der EFTA-Gerichtshof in Luxemburg um Auslegung des EWR-Abkommens (und damit auch der in den EWR übernommenen Richtlinien) ersucht werden. Anwendbar ist im vorliegenden Fall die Richtlinie 2009/138/EG, welche (soweit hier interessierend) die Richtlinie des Rates vom 22.06.1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung 87/344/EWG („Rechtsschutzversicherungs-Richtlinie“) abgelöst hat. Inhaltlich sind die im gegenständlichen Fall massgeblichen Bestimmungen (die Art. 3 und 4 der RL 87/344/EWG entsprechen den Art. 200 und 201 der RL 2009/138/EG) gleich geblieben. Der im Berufungsverfahren massgebliche Art. 60 VersVG, der Art. 201 der RL 2009/138/EG in nationales Recht umsetzt und ihm nahezu wortwörtlich entspricht, ist vom vorlegenden Gericht so auszulegen, wie der EFTA-Gerichtshof die Richtlinie auslegt.
- 4.3 Vorliegend macht die DAS unter Berufung auf Art. 19 Z. 2 der AVB ihre Leistungsfreiheit nach Art. 22 der AVB geltend. So bringt sie etwa in der Berufungsgegenschrift vor, dass [REDACTED] durch eigenmächtige Vollmachtserteilung an Herrn Falkner eine vertragliche Obliegenheit verletzt habe, was die DAS berechtige, Leistungen abzulehnen, wie sie dies im Zusammenhang mit der Erteilung der Kostengutsprache für ein Gerichtsverfahren getan habe.
- 4.4 Es stellt sich somit die Frage, wie Art. 201 Abs. 1 lit. a der Richtlinie 2009/138/EG auszulegen ist.
- 4.5 Zu fragen ist zunächst, ob die erwähnte Richtlinienbestimmung an sich einer vertraglichen Vereinbarung entgegensteht, wonach schon die blosse Mandatierung eines Rechtsanwaltes eine zur Ablehnung des Leistungsanspruches führende Obliegenheitsverletzung darstellt. Eine derartige Vertragsbestimmung kann nämlich dazu führen, dass der Versicherte etwa dann, wenn er fest entschlossen ist, eine von einer bestehenden Rechtsschutzversicherung grundsätzlich zu deckende Klage einzubringen, davon Abstand nimmt, um nicht

die Versicherungsdeckung zu verlieren, obgleich die Klagsführung aus seiner Sicht (subjektiv) schon erfolgversprechend erscheint oder aufgrund objektiver Umstände eine andere Person in der Situation des Versicherten Klage erheben würde. Erhebt er ungeachtet dessen eine Klage, wäre die Versicherung leistungsfrei. Es würde damit die erwähnte Richtlinienbestimmung, die die freie Anwaltswahl für Gerichts und Verwaltungsverfahren ja gerade garantieren soll, ihrer faktischen Wirksamkeit beraubt.

- 4.6 Für den Fall, dass die erste Frage verneint wird, ist danach zu fragen, ab wann das Tatbestandsmerkmal „um in einem Gerichtsverfahren den Versicherten zu vertreten oder seine Interessen wahrzunehmen“ erfüllt ist.
  - 4.6.1 Dass in einem Aktivprozess nicht bloss auf die Gerichtsanhängigkeit (das heisst das Einlangen der Klage bei Gericht) abgestellt werden kann, scheint klar zu sein, da diese erst durch das Einlangen des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes (der Klage) bei Gericht begründet wird und es dem Versicherten nicht zugemutet werden kann, ohne Rechtsvertretung eine Klage einzubringen, um dadurch ein Gerichtsverfahren einzuleiten, welches erst zur freien Anwaltswahl führen würde.
  - 4.6.2 Die blosse Möglichkeit, Ansprüche aus dem Vertrag geltend machen zu können (siehe dazu Art. 200 Abs. 4 der Richtlinie 2009/138/EG, der zwar hier nicht anzuwenden ist, weil das Fürstentum Liechtenstein von der Möglichkeit, das in Art. 200 Abs. 4 genannte Verfahren anzuwenden, keinen Gebrauch gemacht hat [vgl. Art. 200 Abs. 1 der Richtlinie], auf den jedoch vergleichend hinzuweisen ist), wird hingegen noch nicht als Gerichts- oder Verwaltungsverfahren zu qualifizieren sein. Der die freie Anwaltswahl begründende Zeitpunkt (Art. 201 Abs. 1 lit. a der RL) muss somit in einem Aktivprozess wohl nach dem Zeitpunkt, zu welchem der Versicherte einen Anspruch gemäss dem Rechtsschutz-Versicherungsvertrag geltend machen kann, und vor der formellen Anhängigkeit des Gerichts- oder Verwaltungsverfahren gelegen sein.

- 4.6.3 Vor Einbringung der Klage bei Gericht ist es im Regelfall erforderlich, dass es zwischen Versichertem und dem Rechtsanwalt zu einer oder mehreren Kontaktaufnahmen kommt, bei denen der relevante Sachverhalt erörtert wird, und der Rechtsanwalt daraufhin einen schriftlichen Entwurf der Klage erstellt, den er dem Versicherten vor Einbringung der Klage zustellt. Es ist somit anzunehmen, dass diese Schritte von der Formulierung „um in einem Gerichtsverfahren zu vertreten“ umfasst sind. Vergleichend sei dazu auch auf Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.03.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte („RA-Dienstleistungs-Richtlinie“) hingewiesen, in welchem ausdrücklich von „mit der Vertretung oder der Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege oder vor Behörden zusammenhängenden Tätigkeiten des Rechtsanwalts“ die Rede ist, oder auf Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde („RA-Berufsqualifikations-Richtlinie“), in welchem die „Ausübung der Tätigkeiten, die mit der Vertretung und der Verteidigung von Mandanten vor Gerichten verbunden sind“ angeführt ist – in beiden Richtlinien wird somit auch nicht bloss auf die formelle Anhängigkeit eines Verfahrens abgestellt, sondern die „Vertretung in einem Gerichtsverfahren“ weiter definiert.
- 4.6.4 Man könnte auch auf den Zeitpunkt abstellen, zu welchem der Versicherte bereits subjektiv fix zur Klagsführung entschlossen ist, oder zumindest auf den Zeitpunkt, zu welchem in derselben Situation ein Versicherter aufgrund objektiver Umstände vernünftigerweise Klage erheben würde. Denn was ist der Zweck der freien Anwaltswahl? Der Zweck ist, dass sich der Versicherungsnehmer denjenigen Anwalt aussuchen kann, zu dem entweder (z.B. aufgrund früherer Vertretungen) ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht oder der von seiner spezifischen Ausbildung oder von seiner Zulassung her („Fachanwalt“) für das konkret zu führende Verfahren die besten Voraussetzungen mit sich bringt. Es könnte somit bei Auslegung der erwähnten Richtlinienbestimmung auch auf den Zeitpunkt

abgestellt werden, zu welchem der Versicherungsnehmer objektiv über sämtliche relevanten Informationen verfügt, die es ihm ermöglichen, den geeigneten Anwalt für den zu führenden Rechtsstreit auswählen zu können. Wird dieser Zeitpunkt jedoch verpasst, so kann der Versicherungsnehmer vom Recht auf freie Anwaltswahl nicht mehr sinnvoll Gebrauch machen: Etwa, wenn rasch ein Gerichtsverfahren einzuleiten ist, da der Eintritt von Verjährung droht oder Beweismittel (aufgrund der zeitlichen Entfernung zu für die Klagsführung relevanten Ereignissen) ihr Gewicht verlieren können. Dieser spätere Zeitpunkt würde die in der erwähnten Richtlinienbestimmung verbrieftete freie Anwaltswahl ihrer vollen Wirksamkeit berauben.

- 4.6.5 In der (österreichischen) Literatur wird in diesem Zusammenhang für eine ausdehnende Auslegung des Begriffs „Gerichtsverfahren“ eingetreten (Clemens Pichler, Rechtsschutzversicherung und [un-] freie Anwaltswahl – kann die freie Anwaltswahl des Versicherungsnehmers von der Rechtsschutzversicherung beschränkt werden? AnwBl. 2008, 199 [202 li. Sp.]).
- 4.6.6 Soweit überblickbar ist die hier gegenständliche Frage in den bisher ergangenen Entscheidungen des EuGH (C-199/08 [REDACTED]; C-293/10 [REDACTED] C-442/12 [REDACTED] C-460/14 [REDACTED] und C-5/15 [REDACTED] ergangen jeweils zur inhaltlich insoweit identischen Rechtsschutzversicherungs-Richtlinie 87/344/EWG), des österreichischen OGH (11.12.2013, 7 Ob 50/13y) und des deutschen BGH 04.12.2013, IV ZR 215/12) unbeantwortet geblieben
- 4.6.7 Sollte die Auslegung durch den EFTA-Gerichtshof ergeben, dass für [REDACTED] zum Zeitpunkt der Mandatierung von Herrn Falkner bereits freie Anwaltswahl bestanden hat, so wäre dies bei der vom vorlegenden Gericht zu beurteilenden Frage, ob nach den AVB aufgrund der behaupteten Obliegenheitsverletzung überhaupt Leistungsfreiheit eintreten kann, zu berücksichtigen, und würde voraussichtlich zum Ergebnis führen, dass Leistungsfreiheit nicht eingetreten ist.

5. Zu den Vorlagefragen 3a und 3b:

Sollte der EFTA-Gerichtshof sein Gutachten erst nach dem 16.01.2017 erstatten (was wahrscheinlich ist), so stellt sich folgende Frage:

Öffentlichen Quellen ([http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/Letter\\_informing\\_Liechtenstein\\_of\\_the\\_complaint\\_concerning\\_the\\_appointment\\_of\\_a\\_judge\\_to\\_the\\_EFTA\\_Court\\_%288830353%29.pdf](http://www.eftasurv.int/media/esa-docs/physical/Letter_informing_Liechtenstein_of_the_complaint_concerning_the_appointment_of_a_judge_to_the_EFTA_Court_%288830353%29.pdf)) ist zu entnehmen, dass der Richter des EFTA-Gerichtshofes, Herr Per Christiansen, zwar mit 17.01.2017 wiedernannt wurde, jedoch bloss für eine dreijährige Funktionsperiode. Art. 30 Abs. 1 ÜGA sieht jedoch vor, dass die Richter des EFTA-Gerichtshofes von den Regierungen der EFTA-Staaten im gegenseitigen Einvernehmen auf 6 Jahre ernannt werden. Eine Abänderung dieses Übereinkommens ist zwar nach Art. 49 ÜGA auf Antrag oder nach Anhörung der EFTA-Überwachungsbehörde zulässig, jedoch ist eine solche Änderung den EFTA-Staaten zur Annahme zu unterbreiten und tritt erst nach Zustimmung aller EFTA-Staaten in Kraft. Eine Abänderung des Übereinkommens wurde im liechtensteinischen Landesgesetzblatt bis dato jedoch nicht publiziert, weshalb davon auszugehen ist, dass das Abkommen bis dato nicht geändert wurde. Es stellt sich somit dann, wenn der EFTA-Gerichtshof sein Gutachten zu den Fragen 1. und 2. erst nach dem 16.01.2017 erstattet, die Frage, ob dieses dann gemäss Art. 34 ÜGA erstattete Gutachten, welches eine Entscheidung des EFTA-Gerichtshofes darstellt, überhaupt gültig im Sinne von Art. 29 ÜGA ist. Art. 29 ÜGA, wonach Entscheidungen des Gerichtshofs nur dann gültig sind, wenn alle seine Mitglieder an den Beratungen mitgewirkt haben, ist dahingehend zu verstehen, dass mit „alle seine Mitglieder“ die unter Einhaltung der in Art. 30 ÜGA aufgestellten Erfordernisse ernannten Mitglieder gemeint sind (formelle Betrachtungsweise). Dazu kommt (materielle Betrachtungsweise), dass durch die Ernennung von Richtern für kurze Funktionsperioden die richterliche Unabhängigkeit (grundsätzlich) gefährdet ist („A judge must be appointed for life or for such a period and conditions, that the judicial independence is not endangered.“, The Universal Charter of the Judge, Art. 8, angenommen von den Delegierten des Treffens des Central Council der Internationalen

Richtervereinigung in Taipeh am 17.11.1999, abgedruckt bei Stephan Gass / Regina Kiener / Thomas Stadelmann [Eds.], *Standards on Judicial Independence* [2012], 359; vgl. auch Jorgen Aall, Requirements Concerning the Independence of the Judiciary According to Norwegian and International Law, in: Nils A. Engstad / Astrid Laerdal Froseth / Bard Tonder [Eds.], *The Independence of Judges* [2014], 35).

Nun sieht Art. 34 ÜGA nur vor, dass der EFTA-Gerichtshof Gutachten über die Auslegung des EWR-Abkommens erstellt. Dieses ist in Art. 1 lit. a ÜGA als „EWR-Hauptabkommen, dessen Protokolle und Anhänge sowie die Rechtsakte, auf die darin verwiesen wird“, definiert. Damit ist es für die nationalen Gerichte nicht möglich, dem EFTA-Gerichtshof Fragen zur Auslegung des ÜGA zu stellen, da dieses nicht zum EWR-Abkommen zählt – im Gegensatz etwa zu Art. 267 AEUV, der, weil selbst einen Teil der Verträge darstellend, zum Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens gemacht werden kann (vgl. C-614/14 Ognyanov; in diesem Sinne auch „EuGH stärkt die Stellung der vorlegenden Gerichte im Vorabentscheidungsverfahren“, ELR 4/2016, 142 [145], im Erscheinen). Das nationale Gericht – hier das Fürstliche Obergericht – hat sohin nach Vorliegen des Gutachtens des EFTA-Gerichtshofes zu den Frage 1. und 2. autonom zu beurteilen, ob das Gutachten entsprechend dem ÜGA zustandegekommen (d. h. „gültig“ im Sinne von Art. 29 ÜGA) und somit dem weiteren nationalen Verfahren zugrundezulegen ist.

Es steht jedoch das Funktionieren des EWR-Abkommens in Frage, wenn die nationalen Gerichte allfällige Verstöße gegen Art. 30 ÜGA und damit die Gültigkeit von Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofes jeweils autonom beurteilen und diese (im Falle ihrer Ungültigkeit) unbeachtet lassen können. Allerdings kann möglicherweise aus dem allgemeinen Loyalitätsgesetz des Art. 3 Abs. 1 EWRA (und dieser ist einer Auslegung durch den EFTA-Gerichtshof zugänglich) abgeleitet werden, dass nationale Gerichte das ordnungsgemäße Zustandekommen (und damit die Gültigkeit) von Entscheidungen des gemäß Art. 108 des EWR-Abkommens eingesetzten EFTA-Gerichtshofes unter keine Umständen hinterfragen dürfen, weil ansonsten die

Funktionsfähigkeit des EWR-Abkommens in Frage gestellt wäre. Somit stellt sich die Frage, ob Art. 3 EWRA nationale Gerichte daran hindert, das ordnungsgemäße Zustandekommen von Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofes, insbesondere das ordnungsgemäße Zustandekommen von Gutachten im Sinne von Art. 34 ÜGA, in Frage zu stellen. Falls nationale Gerichte daran durch das Loyalitätsgesetz nicht grundsätzlich gehindert sind, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Gültigkeit von Entscheidungen des EFTA-Gerichtshofes in Frage gestellt werden darf, ohne das damit gegen das Loyalitätsgesetz verstossen wird, d.h. welche Mängel konkret der Entscheidung des EFTA-Gerichtshofes anhaften müssen.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, dass zwar Gutachten im Sinne von Art. 34 ÜGA nach überwiegender Auffassung in den Staaten des EWR-/EFTA-Pfeilers keinerlei formelle Bindungswirkung entfalten, dass sie jedoch von den Rechtsprechungs- und Gesetzgebungsorganen der EWR-/EFTA-Staaten jeweils beachtet und ihren Entscheidungen zugrunde gelegt werden, sodass teils auch von einer „de facto-Bindungswirkung“ gesprochen wird (*Skuli Magnusson, Efficient Judicial Protection of EEA, in: The EEA and the EFTA-Court (2014), 126 ff; Georges Baur, Preliminary Rulings, in: The EEA and the EFTA-Court (2014), 179f; Thomas Christian Poulsen, Norwegian Courts, in: The Handbook of EEA Law [2015], 265 ff; Skuli Magnusson, Icelandic Courts, in: The Handbook of EEA Law [2015], 289 f; Wilhelm Ungerank, Liechtenstein Courts, in: The Handbook of EEA Law [2015], 302; Jürgen Nagel, Die Auswirkungen der EWR-Mitgliedschaft des Fürstentums Liechtenstein auf den materiell-privatrechtlichen Verbraucherschutz [2003], 30 [FN 69]; Carl Baudenbacher, Das Verhältnis des EFTA-Gerichtshofs zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, LJZ 1996, 84 [85]; Anton Schäfer, Die Prozesskostensicherheit – eine Diskriminierung? LJZ 2006, 17 [32]; Andreas Batliner, Die Anwendung des EWR-Rechts durch liechtensteinische Gerichte – Erfahrungen eines Richters, LJZ 2004, 139 [140]); ausführlich: Halvard Haukeland Fredriksen, Europäische Vorlageverfahren und Nationales Zivilprozessrecht [2009], 234 ff.*

Die Beantwortung der Fragen 3a und 3b wird benötigt, um beurteilen zu können, ob das zu den Fragen 1 und 2 seitens des EFTA-Gerichtshofes zu erstattende Gutachten überhaupt der Entscheidung des nationalen Rechtsstreites zugrunde gelegt werden kann.

6. Die Parteien des Berufungsverfahrens hatten Gelegenheit, sich zur beabsichtigten Vorlage an den EFTA-Gerichtshof zu äussern. Während [REDACTED] keine Stellungnahme eingebracht und damit keine Einwendungen erhoben hat, äusserte sich die DAS ablehnend (ON 13). Die von ihr vorgebrachten Gründe vermögen das Berufungsgericht jedoch nicht davon zu überzeugen, dass die beabsichtigte Vorlage nicht erforderlich wäre. Allerdings waren als Reaktion auf die Äusserung der DAS die Fragen neu zu fassen bzw. leicht abzuändern.
7. Die Unterbrechung des Berufungsverfahrens ist in Art. 62 Abs. 1 GOG ausdrücklich vorgesehen.

### **FÜRSTLICHES OBERGERICHT, 2. Senat**

Vaduz, am 20.12.2016

Der Vorsitzende:

lic. iur. Jürgen Nagel



Für die Richtigkeit der Ausfertigung

Roswitha Grabher

## **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss ist kein Rechtsmittel zulässig.

