

Der Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten

Ein klassisches Thema aus dem Deliktsrecht¹

Prof. Dr. Peter Gauch
Universität Freiburg/Schweiz

Publiziert in: *recht* 1994, S. 189 ff. Die Seitenzahlen dieser Publikation sind im nachfolgenden Text in eckiger Klammer eingefügt.

Literatur: BREHM, Berner Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1990; BUCHER, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 102 (1983), 2. Halbband, S. 293 f.; CASANOVA, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Diss. Freiburg 1982, AISUF 57, S. 65 ff.; GIRSBERGER, Das Recht auf Ersatz der Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit der Verfolgung begründeter oder der Abwehr unbegründeter Ansprüche entstehen, in SJZ 58 (1962) S. 350 ff.; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979; HÜTTE, Schadenersatzansprüche rund um das Auto, Schweizerische Versicherungszeitschrift, Bern 1987, S. 334 ff.; JÄGGI, Rechtsgutachten betreffend vorprozessuale Vertretungskosten, erstattet der Helvetia-Unfall Schweiz. Versicherungsgesellschaft, Zürich, Freiburg 24. August 1962 (nicht publiziert); KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band 1, 5. Auflage, Bern 1993; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band 11, 1. Auflage, Bern 1987; LANGE, Schadensersatz, 2. Auflage, Tübingen 1990; OFTINGER, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage, Zürich 1975; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband, Zürich 1987; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Zweiter Teilband, Zürich 1989; OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Dritter Teilband, Zürich 1991; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band 11, Bern 1988; SCHAEER, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel und Frankfurt 1984; STARK, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Auflage, Zürich 1988; STEIN, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall?, ZSR 106 (1987), 1. Halbband, S. 635 ff.; STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982; SÜSSKIND, Die Rechtsschutzversicherung, plädoyer 3 (1992) S. 34 ff.; TERCIER, L'indemnisation des frais d'avocat et l'assurance de protection juridique, Journées du droit de la circulation routière 1994, S. 1 ff., Fribourg 1994; VOGEL, Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, 3. Auflage, Bern 1992; WEBER S., Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten, Schweizerische Versicherungszeitschrift, Bern 1993, S. 2 ff. (zit. Weber, Ungereimtheiten); WEBER W. C., Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990 (zit. WEBER, Prozessentschädigung).

I. Einleitung

1. [189] Dass der Geschädigte sich zur **Durchsetzung seines Deliktsanspruchs** und damit zur Rechtsverfolgung häufig eines Anwaltes bedient, ist eine bekannte Tatsache. Ebenso bekannt ist, dass die daraus resultierenden Anwaltskosten (Honorar- und andere Kosten) ganz erheblich sein können. Nach GIRSBERGER² ist es sogar «eine landläufige Klage, dass die Kosten der Rechtsverfolgung den schliesslich errungenen Erfolg oft zu einem grossen Teil aufzehren». Schon mit Rücksicht darauf fragt es sich, ob der Haftpflichtige allenfalls verpflichtet ist, dem Geschädigten auch die Anwaltskosten zu ersetzen. Die gleiche Frage

¹ Der vorliegende Beitrag enthält die leicht überarbeitete Fassung einer Vortragsunterlage, die den Teilnehmern der *Freiburger Strassenverkehrsrechts-Tagung 1994* abgegeben wurde (veröffentlicht in der deutschsprachigen Tagungsunterlage). Die Sammlung des «Stoffes» hatte lic.iur. ANDRES BÜSSER besorgt, dem der Verfasser auch für die übrige Mithilfe herzlich dankt.

² GIRSBERGER, SJZ 58 (1962), S. 350.

stellt sich für das Gebiet der vertraglichen Schadenersatzhaftung, das nachfolgend aber ausgeklammert bleibt.

2. Die Frage, ob und inwieweit der Geschädigte gegenüber dem Haftpflichtigen Anspruch auf Ersatz seiner Anwaltskosten hat, wird in der Schweiz seit geraumer Zeit diskutiert. Die wichtigsten Beiträge der einschlägigen Lehre finden sich in der vorangestellten Literaturangabe. Den grössten Einfluss auf die schweizerische Lehre und Praxis hatte das Rechtsgutachten von PETER JÄGGI (24. August 1962, erstattet der Helvetia-Unfall Zürich), das in unzähligen Fotokopien landesweit gestreut wurde. Was die Gerichtspraxis betrifft, so sind publizierte Entscheide zwar selten. Dennoch rechtfertigt es sich, die Rechtsprechung des Bundesgerichts an den Anfang der Abhandlung zu stellen.

II. Die Kategorien des Bundesgerichts

1. Der heutige Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist, was das Grundsätzliche angeht³, in **BGE 117 II 394 ff.** zusammengefasst. Darin unterscheidet das Bundesgericht die folgenden Kategorien:

a. **Kosten des Schadensanwalts**⁴. Es sind Anwaltskosten, die ein Geschädigter zur [190] Geltendmachung (Regulierung) seines Schadenersatzanspruches aufwendet. Von diesen anwaltsbezogenen Regulierungskosten, die (zusammen mit anderen Kosten) zum Rechtsverfolgungsaufwand des Geschädigten gehören, handelt mein Beitrag. Das Bundesgericht differenziert:

- *Die vorprozessualen Anwaltskosten* (BGE 117 II 395 f.). Sie gehören zu den vorprozessualen Parteikosten. Diese aber «bilden ... haftpflichtrechtlich Bestandteil des Schadens, soweit sie nicht durch die nach kantonalem Verfahrensrecht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind⁵. Im letzteren Fall können diese Kosten nicht mehr in einem späteren Haftpflichtprozess geltend gemacht werden...»⁶
- *Die prozessualen Anwaltskosten* (BGE 117 II 396). Sie gehören zu den prozessualen Parteikosten, «die im Verlaufe oder bei der Einleitung des Prozesses entstehen und auf diesen zurückzuführen sind». Deren Verteilung wird «ausschliesslich vom anwendbaren Verfahrensrecht geregelt...»⁷. Ob im Sinne vereinzelter Lehrmeinungen⁸ auch hier ein

³ Zu einzelnen Problemfällen siehe unten IV.

⁴ Terminologie des Verfassers.

⁵ Bestätigung der neueren Rechtsprechung, namentlich auch von BGE 117 II 106 E. 5. Zur *Entwicklung der Rechtsprechung*, was folgt:

«Im unveröffentlichten Urteil vom 17. Januar 1958 i.S. der Versicherungsgesellschaft H. gegen H. ... hat das Bg festgehalten, dass die vorprozessualen Anwaltskosten nicht Bestandteil des Schadens nach OR 41 ff. sind. In einem späteren, ebenfalls nicht veröffentlichten Urteil vom 20. Januar 1970 ... blieb diese Frage offen. Im veröffentlichten Urteil BGE 97 II 267 hat das Bundesgericht dann aber eingeräumt, dass die auf den vor Prozesseinleitung notwendigen Beizug eines Rechtsanwaltes zurückzuführenden und von der Prozessentschädigung nach kantonalem Recht nicht erfassten Kosten grundsätzlich Bestandteil des Schadens sind. Dieser Grundsatz wurde in BGE 113 II 340 ... bestätigt und dahingehend präzisiert, dass die vorprozessualen Anwaltskosten wie die übrigen Schadensposten der allgemeinen Herabsetzung unterliegen» (Pra 1991 S. 733 = BGE 117 II 104).

⁶ Zitiert: BGE 112 Ib 355 E. 3, 97 II 267 E. III. 5; BREHM, N. 89 zu Art. 41 OR; OFTINGER, S. 57; KELLER, Bd. II, 1. Aufl., S. 33 und 41.

⁷ Zitiert: BGE 112 Ib 356 mit Hinweisen.

⁸ Zitiert: OFTINGER, S. 57; STEIN, ZSR 1987 I S. 649 f. und 660.

zusätzlicher bundesrechtlicher Anspruch auf Ersatz besteht, braucht im vorliegenden Fall nicht geprüft zu werden».

b. **Anwaltskosten infolge widerrechtlichen Prozessverhaltens** (BGE 117 II 396 f.). Diese Kosten erwachsen einer Partei aus dem widerrechtlichen Prozessverhalten der Gegenpartei. Die widerrechtliche Handlung ist somit *das Prozessverhalten selbst*, nicht das im Prozess zu beurteilende Ereignis. Das aber ändert nichts an der Tatsache, dass eine bundesprivatrechtliche Deliktshaftung auch für solche Kosten eingreifen kann⁹. Soweit dies zutrifft, hat der Kosten-Geschädigte einen selbständigen Deliktsanspruch¹⁰, «dessen Durchsetzung nicht davon abhängt, ob das massgebende Prozessrecht seinerseits die Möglichkeit einer Deckung gibt». Denn:

«Der Bestand einer verfahrensrechtlichen *lex specialis*», die den bundesrechtlichen Deliktsanspruch verdrängt, «lässt sich nur dort vertreten, wo der Prozess und der mit ihm verbundene Aufwand mit einer anderweitigen Rechtsverfolgung im Zusammenhang steht, somit bloss eine Nebenfunktion hat». Liegt der Haftungsgrund jedoch im widerrechtlichen Prozessverhalten des Schädigers, konkurriert der Deliktsanspruch des Geschädigten mit seinem prozessualen Anspruch auf Parteientschädigung¹¹. Dafür spricht unter anderem auch der Grundsatz, dass verschiedene Normen vermutungsweise alternativ anwendbar sind, wenn die gesetzliche Ordnung für die gleichen Sachverhalte mehrere Rechtsbehelfe vorsieht¹².

2. In der Lehre finden die dargestellten «Haftungsgrundsätze» des Bundesgerichtes **keine ungeteilte Zustimmung**. Ein profilierter Kritiker ist PETER STEIN¹³, der zu den Kosten des Schadensanwaltes (II 1 a) namentlich die folgenden Thesen vertritt:

- Die schlichte Zweiteilung der Anwaltskosten in prozessuale und vorprozessuale Kosten trägt den differenzierten Kostenverhältnissen nur ungenügend Rechnung. Zu unterscheiden sind nach STEIN prozessuale¹⁴, vorprozessuale, nachprozessuale¹⁵, nebenprozessuale¹⁶, [191] ausserprozessuale und mittelbare¹⁷ Anwaltskosten¹⁸. Die ausserprozes-

⁹ Als Beispiele zitiert: BGE 93 II 183 und 88 II 278 (Haftung für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen); BGE 113 Ia 107 und 112 Ib 135 (Haftung für missbräuchliche, böswillige oder treuwidrige Ausübung verwaltungsrechtlicher oder zivilprozessualer Verfahrensrechte).

¹⁰ Insoweit übereinstimmend: CASANOVA, S. 54, und STRÄULI/MESSMER N. 1 zu § 68 ZPO. Anders z.B. OFTINGER/STARK II/1, S. 53, die zwar eine deliktische Haftung für widerrechtliches Prozessverhalten als möglich anerkennen, indes die Meinung vertreten, eine «Parteientschädigungspflicht» falle «unter dem Gesichtspunkt des Haftpflichtrechts» ausser Betracht.

¹¹ Zitiert: CASANOVA, S. 54.

¹² Zitiert: BGE 114 II 136 mit Hinweisen.

¹³ STEIN, ZSR 1987 I S. 637 ff.

¹⁴ Zu den *prozessualen Anwaltskosten*, die im «normalen Prozesshonorar» begriffen sind, gehören nach STEIN: die erforderlichen Aufwendungen des Anwalts für die Einleitung des Prozesses, namentlich solche für Instruktion durch den Klienten, Sammlung des Prozessstoffs, Vorverhandlungen (zwecks Abklärung, ob ein Prozess nötig ist), Parteivertretung von der Klageeinreichung bis zur Mitteilung des rechtskräftigen Urteils sowie einfachste Inkassi erstrittener Guthaben.

¹⁵ Als *nachprozessuale Anwaltskosten* kommen (nach STEIN) Beratungskosten des Anwaltes für die Anlage erstrittener Summen, Anwaltskosten für Steuerberatung, für die Geltendmachung von Rückfällen und für Spätfolgen in Betracht.

¹⁶ *Nebenprozessuale Anwaltskosten* entstehen (nach STEIN), wenn der Anwalt dem Geschädigten deswegen beizustehen hat, weil die Säumnis des Schädigers den Geschädigten in Bedrängnis bringt. Zum Beispiel müssen «Gläubiger ... getröstet» oder «Garanten für die Prozesskosten gesucht und orientiert werden».

¹⁷ Zu den *mittelbaren Anwaltskosten* gehören (nach STEIN) «die Kosten des Anwalts, die entstehen, weil er den Klienten zwar unmittelbar gegenüber einer andern Partei vertritt, als dem zahlungspflichtigen

sualen Anwaltskosten bilden nach STEIN die wichtigste Kostenart, «werden doch die allermeisten Haftpflichtansprüche ausserprozessual erledigt».

- Der Ersatzanspruch des Geschädigten für vorprozessuale Anwaltskosten, die «wegen Art und Umfang nicht im Prozesshonorar inbegriffen sind», beruht «in jedem Fall auf materiellem Bundesrecht ... und nicht auf dem kantonalen Prozessrecht. Es handelt sich (nach STEIN) um einen selbständigen Anspruch, dessen Schicksal vom Ausgang des nachfolgenden Prozesses nur insofern abhängig ist, als bei der Verneinung einer Haftung des Beklagten auch kein Anspruch auf Vergütung der Anwaltskosten besteht».
- Der bundesprivatrechtliche Anspruch des Geschädigten auf Ersatz von Anwaltskosten ist ein «selbständiges Nebenrecht», das sich aus richterlicher Rechtsfortbildung (Art. 1 Abs. 2 ZGB) ergibt.

III. Stellungnahme

Die Frage, ob und inwieweit der für einen Schaden Haftbare verpflichtet ist, dem Geschädigten auch noch die Kosten des beigezogenen Schadensanwaltes zu ersetzen, bedarf einer differenzierten **Prüfung**, die **über verschiedene Stufen** verläuft. Bei dieser Prüfung halte ich mich an das klassische Konzept des Deliktsrechts, namentlich an die heutzutage noch herrschende Lehre vom Schaden und von der Widerrechtlichkeit¹⁹.

1. Auf der ersten Stufe fragt sich, ob die Anwaltskosten des Geschädigten ihrerseits einen Schadensposten darstellen, indem auch sie die **Merkmale des (klassischen) Schadensbegriffs** («Unfreiwillige Vermögensverminderung»)²⁰ erfüllen.

a. Sicher zu bejahen ist diese Frage, soweit es um das *Merkmal der Vermögensminderung* geht²¹. Die Verpflichtung des Geschädigten, die berechtigten Forderungen des beauftragten Anwaltes zu begleichen, erhöht die Passiven seines Vermögens; die tatsächliche Bezahlung der Anwaltsforderung reduziert die Aktiven des Geschädigten. Auf die eine und andere Weise vermindert sich dessen Vermögen.

Haftpflichtigen oder seiner Versicherung, diese Tätigkeit aber eine mittelbare Auswirkung auf den Haftpflichtanspruch hat». Beispiele: Tätigkeiten im Strafprozess, gegenüber dem Sozialversicherer, gegenüber der Vormundschaftsbehörde oder einer Rechtsschutzversicherung.

¹⁸ Diese «lineare» Aufzählung verschiedener Anwaltskosten ist einerseits zwar instruktiv, weil sie den Leser auf die vielfältigen Erscheinungsformen der Anwaltskosten hinweist. Andererseits aber vernachlässigt sie es, die aufgezählten Kosten sachlogisch einzuteilen. Im Sinne einer Klarstellung ist daher beizufügen:

Die Kosten des Schadensanwaltes sind entweder «prozessuale» oder «ausserprozessuale» (nicht-prozessuale) Anwaltskosten. Diese Zweiteilung bildet die Haupteinteilung, die weitere Differenzierungen zulässt. So können die «ausserprozessualen» Anwaltskosten «vorprozessuale» oder nicht-prozessuale Kosten anderer Art sein.

¹⁹ Vgl. Fn. 20 und Fn. 38.

²⁰ Pro memoria: Der Begriff des Schadens ist ein Rechtsbegriff. Schaden ist (nach geläufiger Formel) die unfreiwillige Verminderung des Reinvermögens; er kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 104 II 199; 115 II 481).

Dieser (klassische) Schadensbegriff wird für den vorliegenden Beitrag unkritisch (gewissermassen als Konstante) übernommen, wenn auch im Bewusstsein, dass schon der Begriff des Schadens zu den «kritischen» Punkten des modernen Haftpflichtrechts gehört.

²¹ Vgl. ZR 63 (1964) 228.

b. Wie aber verhält es sich mit dem *Merkmal der Unfreiwilligkeit*? Ist auch dieses (zweite) Merkmal des Schadensbegriffs erfüllt, obwohl die Zuziehung des Schadensanwaltes auf der eigenen Entschliessung des Geschädigten beruht? Die Antwort lautet positiv, soweit die Beauftragung des beigezogenen Anwaltes (nach Grundsatz und Umfang) notwendig²² und demzufolge eine «gebotene Massnahme»²³ war, um den Schadenersatzanspruch des Geschädigten zweckmässig zu verfolgen. *Insoweit dies zutrifft*, sind die konnexen Anwaltskosten «unfreiwillig» im Sinne des Schadensbegriffes. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um prozessuale oder nicht-prozessuale Anwaltskosten handelt. Im einzelnen ist zu merken:

- Die Frage, ob und inwieweit die Beauftragung des beigezogenen Rechtsanwaltes notwendig war, beurteilt sich nach Massgabe der konkreten Umstände, namentlich auch nach den Lebensumständen und den Kenntnissen des Geschädigten. Worauf es ankommt, ist, ob der Geschädigte *nach den damaligen Umständen* besorgt sein musste, seine Rechte ohne den Beistand des Anwaltes nicht sachgemäss wahrnehmen zu können²⁴.

Dieses Kriterium relativiert die vorausgesetzte Notwendigkeit der Beauftragung. Ausserdem wird klargestellt, dass es nicht angeht, die Frage der Notwendigkeit [192] gewissermassen rückschauend, vom Ergebnis eines Prozesses oder einer Vergleichsverhandlung her, zu beurteilen²⁵. Auch wenn ein Haftpflichtiger oder dessen Versicherer die Ansprüche des Geschädigten im Ergebnis anerkennt, «lässt sich nicht ohne weiteres der Schluss ziehen, die Sachlage sei so einfach gewesen, dass es der Zuziehung eines Rechtsanwaltes nicht bedurft habe»²⁶.

- Die Notwendigkeit, sich bei der Wahrung deliktischer Schadenersatzansprüche durch einen fachkundigen Rechtsanwalt beraten und vertreten zu lassen, ist *nicht leichthin zu verneinen*. Schon die zweckmässige Abklärung des Sachverhaltes, die richtige Fragestellung, die Abschätzung des Ersatzanspruches und die korrekte Formulierung der Ersatzbegehren setzen Kenntnisse und Fertigkeiten voraus, welche den Geschädigten auch bei guter Allgemeinbildung rasch überfordern.

Das soeben Gesagte gilt für alle Schadenskategorien²⁷ und auch dann, wenn die Rechtslage für den Eingeweihten «einfach» ist²⁸. Nicht die Sicht des Eingeweihten, sondern die Lage des konkret Geschädigten entscheidet über die Notwendigkeit eines rechtlichen Beistandes. Aus dieser Lage heraus kann der Beizug eines Anwaltes auch dann noch notwendig sein, wenn der Haftpflichtige oder dessen Versicherung keine Einwände gegen die selbstformulierten Ansprüche des Geschädigten erhoben hat²⁹.

- Die «*notwendige*» Beauftragung eines Anwaltes ist immer auch «*gerechtfertigt*» und «*angemessen*». Das Bundesgericht reiht alle drei Kriterien aneinander, indem es festhält: «Condizione essenziale per il risarcimento è che l'assistenza legale sia

²² Vgl. LGVE 1987 I, Nr. 13, S. 32 f.

²³ AppGr. BS, BJM 1987 161.

²⁴ LANGE, S. 386, unter Hinweis auf BGHZ 30, 154, S. 157 ff. Zum Fall, dass der Geschädigte selber ein Anwalt ist, der einen fremden Anwalt beizieht, siehe IV 5

²⁵ BGHZ 30, 154, S. 158.

²⁶ BGHZ 30, 154, S. 158.

²⁷ Das ist zu betonen gegenüber WEBER (Ungereimtheiten, 12), der glaubt, dass die Einschaltung eines Rechtsanwaltes in der Regel nicht notwendig sei, wenn es lediglich um Sachschäden, um Heilungskosten oder um den Schaden aus vorübergehender Arbeitsunfähigkeit gehe.

²⁸ Die Behauptung, wonach dem Geschädigten kein Anspruch auf Ersatz der Anwaltskosten zustehe, «wenn die Rechtslage einfach» sei (OFTINGER/STARK II/2, S. 130), ist daher mit Vorsicht aufzunehmen.

²⁹ Vgl. demgegenüber: OFTINGER/STARK II/2, S. 130.

giustificata, necessaria e appropriata» (BGE 117 II 107)³⁰. Nach einer andern Meinung³¹ haben die erwähnten Kriterien mit der Feststellung des Schadens überhaupt nichts zu tun, sondern finden ihre Berücksichtigung erst bei der Schadensminderungspflicht (Art. 44 OR).

Wieder eine andere Meinung lässt es genügen, dass die Beauftragung des Anwaltes «nützlich» war³², womit aber die Ersatzpflicht schon unter dem Gesichtspunkt des Schadensbegriffs überdehnt wird. Vorausgesetzt ist und bleibt die *Notwendigkeit* der Beauftragung.

c. Soweit die Anwaltskosten, die dem Geschädigten aus der Durchsetzung seines Schadenersatzanspruches erwachsen, die Merkmale des Schadensbegriffs erfüllen, sind sie ihrerseits ein Schadensposten. Sie treten als «Kosten-Schaden»³³ zum Schaden hinzu, um dessen Ersatz der beauftragte Anwalt sich bemüht. Diesen Schaden, der zur Beauftragung des Anwaltes geführt hat, bezeichne ich im folgenden als «*Grundscha-*den», im Unterschied zum zusätzlichen «Kosten-Schaden», der sich erst aus dem Beizug des Schadensanwaltes ergibt.

2. Auf der zweiten Stufe fragt es sich, ob **die bundesprivatrechtliche Haftpflicht** des Ersatzpflichtigen auch die Anwaltskosten des Geschädigten als Teil seines Rechtsverfolgungsaufwandes deckt³⁴. Das ist grundsätzlich zu bejahen, soweit es sich bei den betreffenden Kosten um Schaden («Kosten-Schaden») handelt und die folgenden Erfordernisse erfüllt sind:

a. Das *Erfordernis des adäquaten Kausalzusammenhanges*. Daran dürfte die Ersatzpflicht des Haftbaren für den anwaltsbedingten «Kosten-Schaden» des Geschädigten kaum je scheitern³⁵. Dass ein Geschädigter sich zur Wahrung seiner Schadenersatzrechte eines Rechtsanwaltes bedient, gehört heutzutage zum normalen Lauf der Dinge, liegt jedenfalls aber nicht ausserhalb jeglicher Wahrscheinlichkeit. Auch vermag der bereits früher erwähnte Umstand, dass die Beiziehung des Anwaltes auf eigener Entschliessung des Geschädigten beruht, den adäquaten Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen³⁶. Für die Vorsatz- und die Gefährdungsdelikte ist überhaupt zweifelhaft, ob das Kriterium der Adäquanz einen Sinn macht³⁷.

³⁰ Auch JÄGGI (Gutachten, S. 5) spricht von «notwendig oder angemessen».

³¹ WEBER, Ungereimtheiten, S. 5 und S. 11 f.

³² Vgl. z.B. ZR 63 (1964) 229.

³³ Terminologie des Verfassers.

³⁴ Diese Frage setzt voraus, dass der Haftpflichtanspruch des Geschädigten sich auf Bundesprivatrecht stützt, wie es dem Normalfall entspricht.

Für den *Sonderfall einer Staatshaftung* beurteilt sich die Frage, ob die Haftpflicht des Ersatzpflichtigen auch die Anwaltskosten des Geschädigten deckt, nach dem anwendbaren Verantwortlichkeitsgesetz, das vielfach auf das Bundesprivatrecht verweist.

³⁵ Vgl. ZivGr. BS, BJM 1986 332; JÄGGI, Gutachten, S. 5; TERCIER S. 15 f.

³⁶ BGHZ 30, 154, 156.

³⁷ Vgl. z.B. LANGE, S. 97 und 99.

b. [193] Das *Erfordernis der Widerrechtlichkeit*³⁸. Entgegen anderer Meinung³⁹ ist der anwaltsbedingte «Kosten-Schaden» nicht in jedem Fall ein reiner Vermögensschaden. Vielmehr ist er seinerseits ein *Körper- oder Sachschaden*, sofern sich schon der Grundschaten, mit dessen Regulierung der Anwalt beauftragt wurde, als Körper oder Sachschaden (allenfalls auch als Versorgerschaden) qualifiziert⁴⁰. Insofern bildet das Erfordernis der Widerrechtlichkeit kein Hindernis für die Ersatzpflicht des Verantwortlichen. Und was Art. 58 SVG im besondern angeht, so umfasst der dort gedeckte Personen- und Sachschaden auch den für die Schadensregulierung erforderlichen Aufwand an Anwaltskosten⁴¹.

Handelt es sich dagegen beim Grundschaten um einen *reinen Vermögensschaden*, so gehört der entsprechende «Kosten-Schaden» zwar ebenfalls in diese Schadenskategorie. In aller Regel aber dürfte die Schutznormverletzung, die eine Widerrechtlichkeit für die primäre Schädigung begründet, auch die Zufügung des anwaltsbedingten «Kosten-Schadens» widerrechtlich machen. Fehlt es hingegen an der Widerrechtlichkeit schon der primären Schädigung, so entfällt die hier behandelte Frage, weil es mit der fehlenden Widerrechtlichkeit auch an einem Haftpflichtigen für den Grundschaten fehlt.

3. Auf der dritten Stufe stellt sich die Frage, ob es **besondere Ausschlussgründe** gibt, die eine bundesrechtliche Haftung für den anwaltsbedingten «Kosten-Schaden» beseitigen. In Frage kommen:

a. Eine *Gesetzesbestimmung*, die den Anspruch des Verletzten auf Ersatz des «Kosten-Schadens» überhaupt oder bei bestimmten Schadensarten ausschliessen würde. Eine derartige Bestimmung enthält das allgemeine Deliktsrecht nicht, auch nicht für den Körperschaten. Insbesondere enthalten die Art. 45 und 46 OR keine abschliessende Aufzählung der Schadensposten, die unter dem Gesichtspunkt der Tötung oder sonstigen Körperverletzung ersatzfähig sind⁴². Vorbehalten bleiben Sonderbestimmungen in Spezialgesetzen, die den ersatzfähigen Schaden beschränken können⁴³.

b. Der Gedanke eines «*allgemeinen Lebensrisikos*», für das jeder selber einzustehen hat⁴⁴. Auch wenn man diesen Gedanken als eigenständiges und taugliches Prinzip für eine generelle Haftungsbegrenzung anerkennt, dürfte er im vorliegenden Zusammenhang zu keinem Haftungsausschluss führen. Denn das Risiko, einen Anwalt beiziehen und bezahlen zu müssen, ist noch nicht so verbreitet, dass man es geradezu als «allgemeines Lebensrisiko» bewerten könnte.

³⁸ Pro memoria: Das Bundesgericht folgt nach wie vor der *objektiven Widerrechtlichkeitstheorie* (BGE 119 II 128 f.). Danach ist die Schadenszufügung widerrechtlich im Sinne des Deliktsrechts, wenn sie gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst, sei es, dass ein absolutes Gut des Geschädigten verletzt (Erfolgsunrecht) oder eine reine Vermögensschädigung durch Verstoß gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht).

Diese objektive Widerrechtlichkeitstheorie bildet eine *Arbeitshypothese auch für den vorliegenden Beitrag*. Zwar weist sie verschiedene Schwachpunkte auf, was aber als Grundsatzproblem einer gesonderten Auseinandersetzung bedarf (kritisch z.B. GAUCH/SWEET, in FS Keller, S. 120 ff.).

³⁹ Z.B. STEIN, ZSR 1987 I 647; WEBER, Prozessentschädigung, S. 127 f.; OGr BL SJZ 81, 1985 133.

⁴⁰ Ebenso: JÄGGI, Gutachten, S. 7; OFTINGER/STARK II/2, S. 129 f.; TERCIER, S. 16.

⁴¹ OFTINGER/STARK II/2, S. 129 f.; WEBER, Ungereimtheiten, S. 5 f.; anders die in Fn. 39 Zitierten.

⁴² Vgl. BGE 112 II 128 und 222 f.

⁴³ Beispiele: Art. 51 PVG, Art. 27 Abs. 2 EIG, Art. 12 EHG. Zur umstrittenen Auslegung des Art. 12 EHG, der die Ersatzpflicht für die Beschädigung, Zerstörung oder den Verlust von Gegenständen auf den «wirklichen Wert» beschränkt, vgl. OFTINGER/STARK II/3, S. 83 f.; KELLER, S. 54.

⁴⁴ Vgl. LANGE, S. 47; JÄGGI, Gutachten, S. 5.

4. Auf der vierten Stufe geht es um **das Mass der Haftung**. Hat der Haftpflichtige, der dem Geschädigten den anwaltsbedingten «Kosten-Schaden» ersetzen muss, sämtliche Anwaltskosten zu ersetzen? Die Antwort ergibt sich (erstens) aus dem bereits Gesagten und (zweitens) aus den Bestimmungen der Art. 43 und 44 OR.

a. Erstens beschränkt sich die Ersatzpflicht des Haftbaren von vornherein auf Anwaltskosten, die überhaupt einen *Schaden im Rechtssinne* darstellen, weil sie dem Geschädigten aus einer notwendigen Beauftragung des Anwaltes entstanden sind⁴⁵. Die «Festsetzung» dieses Schadens untersteht der Beweisregel des Art 42 OR, die es dem Richter in Abs. 2 gestattet, den nicht ziffernmässig nachweisbaren Schaden nach seinem Ermessen abzuschätzen.

b. Zweitens bemisst sich der Ersatzanspruch des Geschädigten für den nach Art. 42 OR festgestellten «Kosten-Schaden» nach Massgabe der Art. 43 und 44 OR⁴⁶ oder entsprechender Sonderbestimmungen, mag es auch zutreffen, dass Versicherungen im Vergleichsfall die vollen Anwaltskosten zu übernehmen pflegen⁴⁷.

Ein Grund, warum es sich rechtfertigen sollte, den Anspruch auf Ersatz des «Kosten-Schadens» dem Anwendungsbereich der Art. 43 und 44 OR oder einer entsprechenden [194] Sonderbestimmung (etwa der Bestimmung des Art. 59 Abs. 2 SVG)⁴⁸ zu entziehen, ist nicht ersichtlich⁴⁹. Von einem Teil der Lehre wird die Anwendbarkeit der Reduktionsgründe indes als «Nachteil» empfunden⁵⁰ und abgelehnt⁵¹. Richtig ist jedoch bloss, dass die Anwaltskosten «nicht zwangsläufig der gleichen Haftungsquote» unterliegen «wie die übrigen Schadensposten», da eine «einheitliche Quotierung des Schadens» sich nur dann rechtfertigt, wenn der angerufene Reduktionsgrund für sämtliche Schadensposten in gleicher Weise relevant ist⁵².

5. Kommt es zu einem Prozess zwischen dem Geschädigten und seinem Haftpflichtigen, und nur dann, stellt sich (auf der fünften Stufe) die Frage nach dem **Einfluss der prozessrechtlichen Parteientschädigung**. Zu dieser Frage hat sich im Laufe der Zeit eine herrschende Meinung herausgebildet.

a. Die *herrschende Meinung* folgt der *Prozesskostentheorie*. Danach wird «das Schicksal der *prozessualen* Anwaltskosten⁵³ für die Schadenersatzklage» ausschliesslich und abschliessend «von der anwendbaren Zivilprozessordnung» geregelt⁵⁴; dasselbe gilt für *vor-*

⁴⁵ Siehe oben im Text III 1.

⁴⁶ Zutreffend: BGE 113 II 340, wonach die vorprozessualen Anwaltskosten wie die übrigen Schadensposten der allgemeinen Herabsetzung unterliegen (bestätigt durch BGE 117 II 104).

⁴⁷ BGE 113 II 340.

⁴⁸ Vgl. BGE 113 II 340.

⁴⁹ Gleicher Meinung: WEBER, Ungereimtheiten, S. 12; TERCIER, S. 20.

⁵⁰ Vgl. z. B. STEIN, ZSR 1987 I 647 f.; WEBER, Prozessentschädigung, S. 127 f.

⁵¹ Vgl. z. B. OFTINGER/STARK II/2, S. 130.

⁵² WEBER, Ungereimtheiten, S. 6 und 13.

⁵³ «Prozessual» gehören sie zu den «Parteikosten».

⁵⁴ BREHM, N. 88 zu Art. 41 OR; des weitern: BGE 117 II 396; JÄGGI, Gutachten, S. 13; WEBER, Ungereimtheiten, S. 3 und 6, mit Hinweisen. BGE 117 II 396 ist allerdings widersprüchlich (oder zumindest missverständlich) formuliert. Zunächst hält er fest, dass «die Verteilung der prozessualen Parteikosten ausschliesslich vom anwendbaren Verfahrensrecht geregelt» werde; dann aber lässt er die Frage offen, «ob auch hier ein zusätzlicher bundesrechtlicher Anspruch auf Ersatz» bestehe.

prozessuale Anwaltskosten, soweit der Richter sie nach Massgabe der anwendbaren ZPO den prozessualen Kosten zuschlägt^{55,56}. Das aber bedeutet:

Bleiben prozessuale oder vorprozessuale Anwaltskosten einer Partei aufgrund eines einschlägigen Kostenentscheides, «der in Anwendung des Prozessrechts ergangen ist, ganz oder teilweise ungedeckt, so kann diese Partei ... die Kosten nicht etwa gestützt auf einen allgemeinen Rechtsgrund des Privatrechts ersetzt verlangen (beispielsweise als Schaden im Sinne von Art. 41 OR, wenn eine ausservertragliche Schadenersatzforderung eingeklagt war und zugesprochen wird)»⁵⁷.

b. Diese *herrschende Meinung vermag nicht zu überzeugen*. Unbehagen weckt schon der Umstand, dass es in Wirklichkeit keine klare Abgrenzung zwischen «prozessualen», «vor-» und andern «ausserprozessualen» Anwaltskosten gibt⁵⁸. Vor allem aber melden sich die folgenden Bedenken:

- Die anwendbaren Prozessordnungen «verteilen» die Parteikosten in aller Regel nach *Massgabe des Obsiegens und Unterliegens*⁵⁹, wobei die zusprechbaren Anwaltskosten sich aufgrund einschlägiger Gebührenordnungen bestimmen⁶⁰. Diese «prozessorientierte» Kostenverteilung löst die Kostenfrage *nur unter dem Gesichtspunkt des Verfahrens*⁶¹; sie beruht auf einem rein prozessualen Ansatz, weshalb sie für sich allein gar nicht ausreichen kann, um auch den Sonderfall zu regeln, da die Anwaltskosten Bestandteil schon des im Prozess umstrittenen Anspruches sind⁶². Demzufolge ist, unausweichlich, dass die herrschende Meinung zu unangemessenen Ergebnissen führt⁶³. Die zunehmende Tendenz, dem Geschädigten nach Massgabe des sogenannten «Veranlassungsprinzips» ein gewisses «Überklagen» nachzusehen⁶⁴, vermag daran nichts zu ändern.
- Die *Differenzierung der Entschädigungslage* je nachdem, ob der Schadensfall prozessual oder ausserprozessual erledigt wird, entbehrt eines sachlichen Grundes. Geradezu paradox mutet es an, bestimmte Anwaltskosten einem plötzlichen «Regimewechsel» zu unterwerfen, wenn sie als Folge einer Klageerhebung zu vorprozessualen Kosten werden⁶⁵. Was als «Kosten-Schaden» zunächst den ordentlichen Entschädigungsregeln des [195] Bundesprivatrechts unterstand, soll, kaum ist der Prozess eröffnet, ausschliesslich

⁵⁵ In prinzipieller Hinsicht hält JÄGGI fest: «Die Zuständigkeit der Kantone, die Prozesskostenentschädigung zu regeln, ... erstreckt sich auch auf die vorprozessualen Vertretungskosten, soweit diese Kosten den nachher im Prozess geltend gemachten Anspruch betreffen» (Gutachten, S. 15).

⁵⁶ Statt vieler: BGE 117 II 396; LGVE 1987 I, Nr. 13, S. 32 f.; ZR 69 (1970) 381; BREHM, Nr. 89 zu Art. 41 OR; JÄGGI, Gutachten, S. 18; WEBER, Ungereimtheiten, S. 3, mit Hinweisen.

⁵⁷ So: JÄGGI, Gutachten, S. 13 f. und 18 (für die vorprozessualen Kosten).

⁵⁸ WEBER, Prozessentschädigung, S. 113 ff.; vgl. z.B. auch LGVE 1987 I, Nr. 13, S. 32 f.

⁵⁹ GULDENER, S. 406; vgl. BGE 113 II 342; ZR 69 (1970) 381.

⁶⁰ GULDENER, S. 643; VOGEL, S. 264.

⁶¹ Das zeigt sich unter anderem auch darin, dass sie dem Grundsatz nach für jede Art von Prozessen gilt.

⁶² Zwar ist durchaus richtig, dass die Prozessentschädigung unter anderem auch in schadenersatzrechtlichem Denken wurzelt (WEBER, Prozessentschädigung, S. 8 f.). Auf was sie abzielt, ist aber nicht der Ersatz für das im Prozess zu beurteilende Schadensereignis, weshalb die verfahrensrechtlichen Bestimmungen über die Parteientschädigung auch auf andere als Schadensprozesse zur Anwendung kommen.

⁶³ Eindrücklich für die vorprozessualen Kosten: WEBER, Ungereimtheiten, S. 7 f.; WEBER, Prozessentschädigung, S. 120 ff.; STEIN, ZSR 1987 I 641 ff.

⁶⁴ Vgl. AppGr. BS, BJM 1987 161; OGr BL, SJZ 83 (1987) 50; BUCHER, ZSR 1983 II 293.

⁶⁵ Zutreffend: STEIN, ZSR 1987 I 643 f.

über die ganz anderen Regeln der prozessualen Kostenverteilung abgewickelt werden!⁶⁶ Hiefür gibt es keine Argumente, die überzeugen.

c. In *Abweichung von der herrschenden Meinung* vertrete ich den Standpunkt, dass der bundesprivatrechtliche Deliktsanspruch des Geschädigten auf Ersatz des «Kosten-Schadens» mit seinem prozessualen Anspruch auf Parteientschädigung konkurriert⁶⁷. Es verhält sich diesbezüglich nicht anders als im Fall, da die zu ersetzenden Anwaltskosten durch das widerrechtliche Prozessverhalten der Gegenpartei entstanden sind⁶⁸. Dass der bundesrechtliche Deliktsanspruch auf Kostenersatz durch eine verfahrensrechtliche *lex specialis* verdrängt wird, lässt sich für die Kosten des Schadensanwaltes noch viel weniger vertreten wie für die Anwaltskosten infolge widerrechtlichen Prozessverhaltens⁶⁹. Daraus folgt:

Der bundesprivatrechtliche Anspruch des Geschädigten auf Ersatz des anwaltsbedingten «Kosten-Schadens» bleibt bestehen, soweit die prozessuale Kostengutsprache nicht ausreicht, um ihn zu decken. Bedeutsam ist diese Rechtslage unter anderem auch dann, wenn der Geschädigte seinem Anwalt ein «übertarifliches» Honorar schuldet, während die Kostengutsprache des Richters auf den anwendbaren «Tarif» abstellt. In einem solchen Fall stellt sich allerdings die Frage, ob der Geschädigte bei der Auswahl des Anwalts oder bei der Honorarabrede seine Schadensminderungspflicht (Art. 44 OR) erfüllt hat.

6. Die *Rekapitulation* des Gesagten führt, wenn ich mich auf die Kernsätze beschränke, zu folgendem Ergebnis:

a. Anwaltskosten, die der Geschädigte für die notwendige Beauftragung eines Schadensanwaltes aufwenden muss, sind ein (zusätzlicher) *Schadensposten*, der zum *bestehenden Schaden* (Grundscha-den) *hinzutritt*. Grundsätzlich hat der für den Grundscha-den Haftbare, gestützt auf die einschlägige Haftungsnorm des Bundesprivatrechts (z.B. Art. 41 oder 55 OR/Art. 58 SVG), auch für diesen «Kosten-Schaden» einzustehen, wobei sich der Umfang der Ersatzpflicht nach Art. 43/44 OR oder entsprechenden Sonderbestimmungen (z.B. Art. 59 Abs. 2 SVG) richtet. Kommt es zum Schadensprozess, so ist die verfahrensrechtliche Zusprache von Anwaltskosten auf den Ersatzanspruch anzurechnen.

b. Diese Konzeption mag als «*absolute Schadenstheorie*» bezeichnet werden. Sie weicht ab von verschiedenen Auffassungen, die man in Lehre und Rechtsprechung findet. Dazu gehören:

- *Die Negation des Schadenscharakters*. Diese frühere Auffassung hat den Schadenscharakter der Anwaltskosten, namentlich auch der vorprozessualen Kosten⁷⁰, schlechterdings verneint. Die Auffassung ist überholt⁷¹.
- *Die Prozesskostentheorie*⁷². Sie setzt einen Schadensprozess voraus und besagt für den Prozessfall: Das anwendbare Prozessrecht regelt abschliessend nicht nur die Entschädi-

⁶⁶ Notabene: Regeln, die unter anderem auch darauf abzielen, ein leichtfertiges oder aussichtsloses Prozessieren zu vermeiden (WEBER, Prozessentschädigung, S. 11).

⁶⁷ Gleicher Meinung: TERCIER, S. 17 f.

⁶⁸ Vgl. oben III b; BGE 117 II 397.

⁶⁹ Im eingangs (unter Ziff. II) zitierten BGE 117 II 394 ff. betont das Bundesgericht zwar die unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle, ohne aber Gründe zu nennen, die den Unterschied sachlich rechtfertigen könnten.

⁷⁰ BGE 23, S. 1718; BGr. 17. 1. 1958 (i. S. «Henzem»).

⁷¹ Vgl. z.B. BGE 117 II 394 ff.; 117 II 104; 97 II 267; JÄGGI, Gutachten, S. 4 f.; OFTINGER, S. 57; SCHAFFHAUSER/ZELLWEGER, S. 64.

⁷² Vgl. oben III 5.

gung der prozessualen, sondern auch der vorprozessualen Anwaltskosten, soweit das Prozessrecht sich damit befasst. Mit dieser Theorie, die ich ablehne, habe ich mich bereits unter Ziffer III 5 auseinandergesetzt.

- Die verlängerte *Prozesskostentheorie* von JÄGGI⁷³. Sie postuliert «in freier Rechtsfindung», die vorprozessualen Anwaltskosten sogar dann nach den Regeln des Prozessrechts zu entschädigen, wenn das allgemeine Privatrecht zur Anwendung kommt. «Schon aus rein praktischen Gründen»⁷⁴ ist es nach JÄGGI angezeigt, «die vorprozessualen Kosten nach den gleichen Gesichtspunkten und im gleichen Umfang zu entschädigen ... wie die prozessualen Kosten», was bedeutet, dass sie «auch nach allgemeinem Privatrecht grundsätzlich von der unterliegenden Partei zu tragen» sind⁷⁵. Das Anliegen JÄGGIS, bei der Entschädigung von Anwaltskosten unpraktikable Differenzierungen zu vermeiden, ist zwar richtig. Dieses Ergebnis wird aber auch durch die «absolute Schadenstheorie» erreicht, ohne dass es nötig ist, den bundesrechtlichen Deliktsanspruch auf Kostenersatz nach den sachfremden Regeln des Prozessrechts abzuwickeln. Dass die «prozessorientierte» Kostenverteilung nach Massgabe des Unterliegens auch im Anwendungsbereich des allgemeinen Deliktsrechts zu angemessenen Lösungen führt, [196] wird von JÄGGI zwar unterstellt⁷⁶, trifft aber keineswegs zu.
- *Die Verzugstheorie*. Nach dieser Theorie beruht der bundesprivatrechtliche Anspruch des Geschädigten auf Ersatz seiner Anwaltskosten auf Verzugsrecht. Der «Kosten-Schaden» wird im Rahmen und unter den Voraussetzungen des Art. 103 OR als Verspätungsschaden ersetzt⁷⁷. Richtig ist, dass der verschuldete Verzug mit der Erfüllung einer Schadenersatzforderung den Haftpflichtigen zum Ersatz des Verspätungsschadens verpflichtet (Art. 103/106 Abs. 1 OR), der auch Anwaltskosten des Verzugsgläubigers umfassen kann. Diese Ersatzpflicht aber ändert nichts an einem deliktischen Anspruch des Geschädigten auf Ersatz des «Kosten-Schadens», mit dem sie konkurriert. Gerät der Haftpflichtige mit der geschuldeten Vergütung des «Kosten-Schadens» in Verzug, so hat er auch hierfür Verzugszins (Art. 104 OR) zu leisten.
- *Die Nebenrechtstheorie* von STEIN⁷⁸. Diese (bereits erwähnte) Theorie gründet den bundesprivatrechtlichen Anspruch des Geschädigten auf ein richterliches «Nebenrecht», das sich (wie der Anspruch auf Schadenszins) aus dem Begriff «Ersatz» (Art. 41 OR) ergebe. Dadurch werde es möglich, *verschiedene Anliegen zu erfüllen*, nämlich: «die vorprozessualen oder die ausserprozessualen Anwaltskosten auch dann dem Haftpflichtigen voll oder zum grössten Teil aufzuerlegen, wenn sich der Geschädigte überklagt; wenn der Geschädigte keinen Anspruch auf vollen Schadenersatz hat⁷⁹; wenn der Schädiger sich nicht im Verzug befindet oder daran keine Schuld trägt; wenn der Schädiger für blossen Vermögensschaden nicht haftet.⁸⁰»⁸¹

⁷³ JÄGGI, Gutachten, S. 20 ff.

⁷⁴ JÄGGI, a.a.O., S. 20.

⁷⁵ JÄGGI, a.a.O., S. 30.

⁷⁶ JÄGGI, a.a.O., S. 20 ff.

⁷⁷ Vgl. z.B. JÄGGI, a.a.O., S. 9 f./11, der unter anderem auch diese Anspruchsgrundlage in Betracht zieht.

⁷⁸ STEIN, ZSR 1987 I 648 ff.

⁷⁹ In diesem Anliegen äussert sich das Postulat, die haftpflichtrechtlichen Reduktionsgründe vom Ersatz des anwaltsbedingten «Kosten-Schadens» fernzuhalten; dafür aber gibt es keine einsichtige Begründung (vgl. oben im Text III 4).

⁸⁰ Die «Nebenkostentheorie» soll dem Geschädigten also auch dann einen Ersatzanspruch für die Kosten seines Schadensanwaltes verschaffen, «wenn der Schädiger für blossen Vermögensschaden nicht haf-

Soweit die erwähnten Anliegen berechtigt sind⁸², werden sie auch mit der «absoluten Schadenstheorie» erfüllt. Damit aber entfällt das Erfordernis, eine Gesetzeslücke (Art. 1 Abs. 2 ZGB) zu konstruieren, um sie durch ein neu erfundenes «Nebenrecht» zu schliessen.

IV. Einzelne Problemfälle

Nachdem der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der Anwaltskosten in den Grundzügen behandelt wurde, gilt es nun, einzelne Problemfälle herauszugreifen. Sie betreffen:

1. Die Haftpflicht des Motorfahrzeughalters. Nach SVG haften der Motorfahrzeughalter (Art. 58) und dessen Versicherung (Art. 65) für Körper- und Sachschaden (Art. 58 Abs. 1). Entgegen anderer Ansicht umfasst dieser Körper- und Sachschaden auch den konnexen «Kosten-Schaden», der dem Geschädigten aus der notwendigen Beauftragung eines Schadensanwaltes entsteht. Das wurde zwar bereits gesagt⁸³, ist aber mit Rücksicht auf die Häufigkeit einschlägiger Haftpflichtfälle besonders hervorzuheben. Ergänzend ist ausserdem beizufügen, dass der Geschädigte (nicht etwa der Anwalt des Geschädigten!) ein unmittelbares Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer des Halters (Art. 65 Abs. 1 SVG) auch für den gedeckten «Kosten-Schaden» hat.

2. Die Schadenserledigung durch Vergleich. Für diesen (häufigsten) Fall der Schadensregulierung soll umstritten sein, ob der Geschädigte überhaupt einen Anspruch auf Ersatz seiner Anwaltskosten habe⁸⁴. Zwar ist richtig, dass es sich bei den fraglichen Anwaltskosten immer nur um aussergerichtliche Kosten handelt, wenn der Vergleich noch vor der Prozessanhebung abgeschlossen wird. Das aber bildet keinen Grund, den bundesprivatrechtlichen Anspruch des Geschädigten auf Ersatz seines anwaltsbedingten «Kosten-Schadens» zu streichen, sobald es zu einem Vergleich kommt. In aller Regel gehört der «Kosten-Schaden» denn auch zu den Punkten, die von den Parteien in den Vergleich einbezogen werden.

[197] In der Vergleichspraxis der Motorfahrzeughaftpflicht-Versicherer, die mit einem Direktanspruch des Geschädigten belastet sind, werden die Kosten des verhandelnden Anwalts sogar mit einer gewissen Grosszügigkeit behandelt. Dagegen ist nichts einzuwenden, solange die legitimen Interessen des Geschädigten, für den der Anwalt die Vergleichsverhandlungen führt, gewahrt bleiben. Anrühlich hingegen ist der Abschluss eines Separatvergleiches über die Anwaltskosten, der es dem beteiligten Anwalt ermöglichen soll, den di-

tet». Für die Verwirklichung dieses Anliegens aber ist die «Nebenkostentheorie» teils überflüssig, teils untauglich:

Überflüssig ist die Theorie, wenn der anwaltsbedingte «Kosten-Schaden» des Geschädigten kein reiner Vermögensschaden ist. Stein selber hat zwar die Meinung, dass es sich beim «Kosten-Schaden» in jedem Fall um reinen Vermögensschaden handle (S. 647), was indessen nicht zutrifft (vgl. oben im Text III 2 b).

Ist der «Kosten-Schaden» im Einzelfall aber doch ein reiner Vermögensschaden, so hat der Geschädigte hierfür keinen Ersatzanspruch, «wenn der Schädiger für blossen Vermögensschaden nicht haftet». Daran vermag auch die «Nebenkostentheorie» nichts zu ändern. Warum dies anders sein soll, wird von Stein jedenfalls nicht nachgewiesen. Stein bemüht zwar die Analogie zum Schadenszins (S. 649), der aber seinerseits nur als Bestandteil eines ersatzfähigen Schadens ersatzfähig ist.

⁸¹ STEIN, a.a.O., S. 650.

⁸² Beachte aber Fn. 79 und Fn. 80.

⁸³ Vgl. oben im Text III 2 b.

⁸⁴ So: STARK, Skriptum, Nr. 154; gerade anders aber: WEBER, Ungereimtheiten, S. 8.

rekt einkassierten Honorarbetrag gegenüber seinem Klienten zu verheimlichen. Der Anwalt ist in jedem Fall verpflichtet, seinem Klienten Auskunft über einkassierte Honorarbeiträge zu geben (Art. 400 OR).

3. Die Anwaltskosten im Strafverfahren. Auch solche Kosten des Geschädigten können ein Schadensposten sein, für den der Haftpflichtige nach Bundesprivatrecht einstehen muss. Zu unterscheiden sind zwei Fälle:

a. Fall 1: Der Geschädigte beteiligt sich mit seinem Anwalt an einem *Strafprozess gegen den Haftpflichtigen*, um seine zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche adhäsionsweise geltend zu machen oder sonstwie zu wahren. Soweit dies zur Wahrung der Schadenersatzrechte erforderlich und die Beauftragung des Anwaltes notwendig ist, handelt es sich bei den konnexen Anwaltskosten des Geschädigten um «Kosten-Schaden», für den der Haftpflichtige nach Bundesprivatrecht aufzukommen hat⁸⁵. Die deliktische Haftungsnorm, welche die Haftpflicht für den Grundschaten begründet, macht den Haftpflichtigen auch für den betreffenden «Kosten-Schaden» haftbar. Qualifiziert sich der Grundschaten als Körper- oder Sachschaden, so gilt das gleiche für den entsprechenden «Kosten-Schaden»⁸⁶. Strafprozessuale Bestimmungen über die Entschädigung von Anwaltskosten⁸⁷ haben keinen abschliessenden Charakter⁸⁸, sowenig wie die entsprechenden Bestimmungen des Zivilprozessrechts.

b. Fall 2: Das Opfer eines Verkehrsunfalles wird (allenfalls schuldlos) in ein Strafverfahren verwickelt. Die *Anwaltskosten, die der Angeklagte für seine Strafverteidigung aufwenden muss*, erfüllen zwar ohne Zweifel die Merkmale des (klassischen) Schadensbegriffs. Hat aber der Haftpflichtige, der für den Unfall verantwortlich ist, auch für derartige Strafverteidigungskosten einzustehen?⁸⁹

- Die Beantwortung der Frage hängt davon ab, wo man *die Grenzen der deliktischen Haftung* ziehen will. So hat der deutsche Bundesgerichtshof einen deliktischen Anspruch auf Ersatz der Strafverteidigungskosten mit der Begründung abgelehnt, dass die Gefahr des Unfallopfers, in ein Strafverfahren verwickelt zu werden, im Rahmen des allgemeinen Lebensrisikos liege, das jeden Staatsbürger treffe⁹⁰.

PETER JÄGGI lässt den Ersatzanspruch sogar am Erfordernis des adäquaten Ursachenzusammenhangs scheitern⁹¹, was kaum überzeugt. Sicher hingegen ist, dass die Strafverteidigungskosten, um die es *vorliegend* geht, nicht die Folge einer Körperverletzung oder Sachbeschädigung, sondern *reiner Vermögensschaden* sind⁹². Dementsprechend scheitert ein deliktischer Ersatzanspruch des Opfers schon am vorausgesetzten Tatbe-

⁸⁵ BGE 117 II 107; TC Vaud, SJZ 77 (1981) 28; BREHM, N. 90 zu Art. 41 OR; TERCIER, S. 22.

⁸⁶ Vgl. sinngemäss oben im Text III 2 b.

⁸⁷ Vgl. z.B. KassGr. ZH, SJZ 85 (1989) 232.

⁸⁸ Anders die wohl herrschende Meinung, z.B. BGE 117 II 106 und JÄGGI, Gutachten, S. 24. Nach JÄGGI ist die «strafprozessrechtliche Regelung (der Parteikosten) ... grundsätzlich als abschliessend zu betrachten, und zwar auch dann, wenn die Kosten des Geschädigten durch den Kostenentscheid nicht voll gedeckt oder ... überhaupt nicht entschädigt werden. Denn alsdann ist es eben der Wille des Gesetzgebers, der den Sondertatbestand «Strafprozess» regelt, dass der Geschädigte seine Kosten ganz oder teilweise selber trage».

⁸⁹ Zum Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung: BGE 117 II 104 f.

⁹⁰ BGHZ 27, 137, 141.

⁹¹ «Denn die adäquate Ursache» bilde «hier das Verhalten der Strafverfolgungsbehörde, die nach ihrem pflichtgemässen Ermessen zu entscheiden hat, gegen wen ein Strafverfahren zu eröffnen ist». «Für diesen Entscheid» sei «das Verhalten des Schädigers auf keinen Fall adäquate Ursache, sondern nur Bedingung» (JÄGGI, Gutachten, S. 23).

⁹² In diesem Zusammenhang richtig: BGE 117 II 106.

standselement der Widerrechtlichkeit, sofern sich keine einschlägige Schutznormverletzung konstruieren lässt. Jedenfalls aber fällt eine SVG-Haftung von vornherein ausser Betracht, da sie nach Art. 58 Abs.1 SVG einen Körper oder Sachschaden voraussetzt, die hier behandelten Verteidigungskosten aber nicht unter diese Schadenskategorien fallen.

- Auch *das Bundesgericht* scheint einen deliktischen Anspruch des Unfallopfers auf Ersatz seiner Verteidigungskosten grundsätzlich zu verneinen⁹³. Soweit allerdings die Strafverteidigung dazu beiträgt, Fragen der privatrechtlichen Haftpflicht und des Schadens («questioni attinenti alla responsabilità e al danno») zu klären, ist das Bundesgericht⁹⁴ gewillt, die zur Strafverteidigung aufgewendeten Anwaltskosten in gewissem Umfang doch in die [198] deliktsrechtliche Haftung des Haftpflichtigen, ja sogar in die SVG-Haftung des Halters, einzubeziehen⁹⁵.

Bei kritischer Lektüre hinterlässt der Entscheid ein eher ungutes Gefühl. Dass die Strafverteidigung des Angeklagten einen günstigen Nebeneffekt auf seine zivilrechtliche Auseinandersetzung mit dem Schädiger haben kann, ist zwar unbestritten. Ihrem Wesen nach aber dient die Strafverteidigung, die dem Angeklagten behördlich aufgezwungen wird, ganz andern Zwecken als der Durchsetzung ziviler Schadenersatzansprüche, deren Bestand sie nicht einmal voraussetzt. Wie aber kann es dann sein, dass die Kosten dieser Strafverteidigung, die *unabhängig von einem Körper- oder Sachschaden des Verkehrsoffers* entstehen (!), sogar in den Deckungsbereich des Art. 58 SVG fallen?

Das Bundesgericht öffnet den Weg zur SVG-Haftung mit dem erstaunlichen Satz, dass Nachteile, die sich normalerweise ähnlich auswirken wie Sachschäden, in der Regel als Sachschäden, nicht als reine Vermögensschäden zu behandeln seien⁹⁶. Wäre der Satz richtig, so müssten alle Schäden als Sachschäden behandelt werden, weil sich jeder Schaden als Vermögensverminderung und somit in gleicher Weise wie ein Sachschaden auswirkt.

4. Anwaltskosten im Sozialversicherungsverfahren. In vielen Fällen muss der Geschädigte sich «zwangsläufig mit dem Sozialversicherer auseinandersetzen, sich primär sogar an ihn halten und für die Direktansprüche dessen Entscheid abwarten»⁹⁷. Anwaltskosten hingegen werden in den Beschwerdeverfahren häufig nur unzureichend und im Einspracheverfahren nach UVG (Art. 105 Abs. 1 UVG) überhaupt nicht entschädigt (Art. 130 Abs. 2 UVV)⁹⁸.

⁹³ BGE 117 II 107.

⁹⁴ BGE 117 II 107 f.; zustimmend offenbar TERCIER, S. 22.

⁹⁵ In BGE 117 II 107 f. wurden die Verteidigungskosten als ersatzfähiger Schadensposten anerkannt, weil «der Verletzte nur dank seiner Verteidigung durch einen Anwalt und durch das von ihm eingeholte Gutachten seine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung verhindern» konnte (Pra 1991, S. 736). Andernfalls wäre (wie das Bundesgericht unter Bezugnahme auf Art. 61 Abs. 2 SVG festhält) die zivilrechtliche Schadenersatzklage des Verletzten an dessen Verschulden gescheitert. Mit Rücksicht auf den primären Zweck der Strafverteidigung (Verhinderung einer strafrechtlichen Verurteilung) erhielt der Verletzte jedoch nur einen Teil der Kosten (nämlich Fr. 1649.60 von Fr. 38520.-) ersetzt.

⁹⁶ BGE 117 II 106: «Tuttavia un pregiudizio che provoca normalmente conseguenze analoghe ad un danno materiale deve essere considerato – di regola – in quanto tale e non come danno puramente economico».

⁹⁷ WEBER, Ungereimtheiten, S. 16.

⁹⁸ WEBER, Ungereimtheiten, a.a.O. Nach Art. 85 Abs. 2 lit. f des AHVG, worauf auch das IVG verweist (Art. 69 IVG), hat der im kantonalen Rekursverfahren obsiegende Beschwerdeführer immerhin Anspruch auf «Ersatz der Kosten der Prozessführung und Vertretung nach gerichtlicher Festsetzung». Für Beschwerdeverfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht gilt Art. 159 OG.

a. Diese Situation, die für den Sozialversicherten unerfreulich ist, führt begreiflicherweise zur *Frage*, ob es sich bei den erwähnten Anwaltskosten allenfalls um einen Schadensposten handelt, für den der Haftpflichtige nach Bundesprivatrecht einzustehen hat. Die Frage ist bekanntlich umstritten⁹⁹. Das *Hauptproblem* liegt – wie bei den strafrechtlichen Verteidigungskosten – auf der Ebene der Widerrechtlichkeit. Denn wie die Strafverteidigung des Geschädigten, so ist auch das Sozialversicherungsverfahren nicht darauf gerichtet, zivilrechtliche Schadenersatzansprüche des Betroffenen durchzusetzen.

b. Und doch gibt es einen *Unterschied zur Strafverteidigung!* Bei der Sozialversicherung besteht der Grund, weshalb der Geschädigte sich mit dem (allenfalls intransigenten) Sozialversicherer auseinandersetzen muss, in der Körperverletzung des Geschädigten oder in der Tötung eines Angehörigen. *Im ersten Fall* (eigene Körperverletzung des Geschädigten) lassen sich die Kosten für den notwendigen Beizug eines Sozialversicherungs-Anwaltes zwanglos als Folgeschaden der Verletzung begreifen und dem selbst erlittenen Körperschaden zuordnen, womit sich das Problem der Widerrechtlichkeit erledigt. *Im zweiten Fall* hingegen (Tötung eines Angehörigen) bleibt das Problem ungelöst, weil die Kosten der Hinterbliebenen für den notwendigen Beizug des Sozialversicherungs-Anwaltes ein Reflexschaden der Tötung sind, der weder zum Versorgerschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) gehört¹⁰⁰ noch durch eine sonstige Gesetzesbestimmung geschützt ist. Diese Differenzierung widerspiegelt die herrschende Widerrechtlichkeitstheorie, die ich meinem Beitrag als Arbeitshypothese zugrunde lege¹⁰¹. Im Ergebnis aber ist sie so unbefriedigend, dass sich die Frage stellt, ob die erwähnten Kosten der Hinterbliebenen nicht analog zu den Anwaltskosten zu behandeln sind, die aus der Durchsetzung eines Versorgerschadens entstehen¹⁰².

5. Weitere Problemfälle. Neben den bereits aufgezählten gibt es eine ganze Reihe weiterer Problemfälle. Eine Auswahl davon präsentiere ich unter den folgenden Stichworten:

- *Der Anwalt als Geschädigter.* Ist der Geschädigte selber Anwalt und kümmert er sich [199] persönlich um die Durchsetzung seines Schadenersatzanspruches, so gilt, was folgt: Die von ihm aufgewendete Arbeitszeit ist kein Schaden, der nach Bundeszivilrecht einen zusätzlichen Schadenersatzanspruch begründet; wohl aber kann ein zusätzlicher Schaden sich daraus ergeben, dass der Anwalt auf die gewinnbringende Erledigung ordentlicher Mandate verzichten muss, weil er seine Anwaltskenntnisse auf den eigenen Fall verwendet¹⁰³. Möglich (und häufig) ist nun aber auch, dass der geschädigte Anwalt einen andern Anwalt mit der Durchsetzung seines Schadenersatzanspruches beauftragt. Soweit die Beauftragung des Fremdanwaltes notwendig ist, sind daraus resultierende Kosten des Auftraggebers ein ersatzfähiger «Kosten-Schaden». Es verhält sich diesbezüglich nicht anders als in allen übrigen Fällen. Schwierigkeiten bereitet höchstens die Frage, ob sich die Notwendigkeit der Fremdbeauftragung mit dem Hinweis bestreiten lässt, der geschädigte Anwalt habe selber über die zur Rechtswahrung erforderlichen Spezialkenntnisse verfügt. Diese Frage ist für den Normalfall zu verneinen, da die Erfahrung lehrt, dass Anwälte oftmals ausserstande sind, sich selber optimal zu vertreten.

⁹⁹ Vgl. dazu WEBER, Ungereimtheiten, a.a.O.

¹⁰⁰ Zum Versorgerschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) gehört er deswegen nicht, weil es im Sozialversicherungsverfahren der Hinterbliebenen nicht um den Ersatz dieses Schadens geht.

¹⁰¹ Vgl. oben Fn. 38.

¹⁰² So: TERCIER, S. 22 f.

¹⁰³ In der Praxis allerdings geht man einfachere Wege, indem man kurzerhand auf den «Tarifwert» der vom Anwalt aufgewendeten Arbeit abzustellen pflegt.

Mit Rücksicht darauf darf auch bei vorhandenen Spezialkenntnissen nicht erwartet werden, dass geschädigte Anwälte vom Beizug eines Fremdanwaltes absehen¹⁰⁴.

- *Rechtswahrung durch Nicht-Anwälte* (z.B. durch beauftragte Treuhänder oder vormalige Mitarbeiter von Versicherungen). Daraus entstehende Kosten des Geschädigten sind deliktsrechtlich gleich zu behandeln wie die Kosten eines beigezogenen Schadensanwaltes¹⁰⁵. Zweifelhaft hingegen ist die Erstattungsfähigkeit von Kosten, die dem Geschädigten daraus entstehen, dass er zur Durchsetzung seiner Ansprüche bezahltes Eigenpersonal (z.B. das Personal einer eigenen Rechtsabteilung) einsetzt. In Deutschland, wo die Frage kontrovers diskutiert wird, lehnt die bisher herrschende Rechtsprechung eine Haftung des Schädigers für derartige Kosten ab¹⁰⁶. Eine rechtslogische Begründung für diese Rechtsprechung gibt es nicht; wohl aber kann es rechtspolitische Gründe geben, die für eine solche Begrenzung des ersatzfähigen Schadens sprechen.
- *Anwaltskosten des Zessionars*¹⁰⁷. Wer einen fremden Schadenersatzanspruch durch rechtsgeschäftliche Abtretung oder durch Legalzession (Subrogation) erwirbt, wird zwar berechtigt, den erworbenen Anspruch gegenüber dem Haftpflichtigen geltend zu machen. Hingegen hat er keinen deliktischen Schadenersatzanspruch für Anwaltskosten, die er für die Durchsetzung des erworbenen Anspruchs aufwendet. Somit muss der Zessionar die Kosten seines eigenen Anwaltes selber tragen, es sei denn, der Haftpflichtige habe für die Kosten nach den Regeln über den Schuldnerverzug (Art. 103 OR) oder nach anwendbarem Prozessrecht einzustehen. Vorbehalten bleibt ein möglicher Ersatzanspruch aus einem widerrechtlichen Prozessverhalten des Haftpflichtigen (II 1 b).
- *Genugtuungsansprüche* (Art. 47/49 OR). Sie richten sich auf den Ausgleich seelischer Unbill («tort moral»), nicht auf Ersatz von Schaden. Damit steht fest, dass Anwaltskosten des Verletzten von vorneherein keinen Genugtuungsanspruch begründen, da sie ja offensichtlich nicht Bestandteil der seelischen Unbill sind. Das gilt für alle Anwaltskosten, auch für solche, die dem Verletzten gerade und nur aus der Durchsetzung seines Genugtuungsanspruchs erwachsen. Unter dem Titel der Genugtuung lassen sich auch derartige Kosten nicht geltend machen. Doch hat der Verletzte für den «Kosten-Schaden», den er aus dem notwendigen Beizug des Anwaltes erleidet, einen deliktischen Schadenersatzanspruch, der zum Genugtuungsanspruch hinzutritt¹⁰⁸. Das Unrecht, das dem Genugtuungsanspruch zugrundeliegt, reicht jedenfalls aus, um auch die Widerrechtlichkeit der diesbezüglichen Schädigung zu begründen.
- *Staatshaftung statt Zivilhaftung*. Ist der Haftpflichtige ein Gemeinwesen, das für den geltend gemachten Schaden nach öffentlichem Recht einzustehen hat, so entfällt ein zivilrechtlicher Haftpflichtanspruch des Geschädigten für die aufgewendeten Anwaltskosten. [200] In einem solchen Fall beurteilt sich die Frage, ob die Haftpflicht des Ersatzpflichtigen auch die Anwaltskosten des Geschädigten deckt, nach dem anwendbaren

¹⁰⁴ Im Ergebnis gleich: LANGE, S. 686, wonach der geschädigte Anwalt «seine speziellen Kenntnisse nicht in den Dienst des Ersatzpflichtigen zu stellen» braucht.

¹⁰⁵ Soweit die betreffenden Kosten allerdings höher sind als entsprechende Anwaltskosten, muss der Geschädigte sich eine Herabsetzung des Ersatzanspruches (Art. 44 OR) gefallen lassen.

¹⁰⁶ Vgl. LANGE, S. 387 ff. mit einer Übersicht über den Stand der Diskussion.

¹⁰⁷ Vgl. RIEDL, Zur Erstattungsfähigkeit von Anwaltskosten des Zessionars für die Regulierung eines Schadens aus Verkehrsunfall, Versicherungsrecht (Deutschland) 1994, S. 151 ff.

¹⁰⁸ Diese Lösung liegt auf der Hand, während die Nebenrechtstheorie von STEIN versagt, soweit der beigezogene Anwalt mit der Durchsetzung von Genugtuungsansprüchen betraut war.

(öffentlichen) Verantwortlichkeitsrecht, das vielfach auf das Bundesprivatrecht verweist¹⁰⁹.

V. Der Einbezug der Rechtsschutzversicherungen

1. Rechtsschutzversicherungen übernehmen «gegen Bezahlung einer Prämie das Risiko..., durch rechtliche Angelegenheiten verursachte Kosten decken oder in solchen Angelegenheiten Dienste leisten zu müssen». So lautet die Legaldefinition, die Art. 1 der bundesrätlichen Verordnung über die Rechtsschutzversicherung (vom 18. November 1992) enthält. Diese **Definition** bringt zum Ausdruck, dass die Rechtsschutzversicherung sowohl eine Geld- als auch eine Naturalleistungskomponente umfasst. Die Versicherung verpflichtet sich zur Übernahme von Gerichts- und Anwaltskosten, aber auch zu Dienstleistungen wie Rechtsberatung und Rechtsvertretung¹¹⁰. Bei den Verkehrs- (Motorfahrzeug-) Rechtsschutzversicherungen gehören zu den gedeckten Risiken der versicherten Personen unter anderem auch der Streit um Schadenersatzansprüche nach einem Verkehrsunfall sowie die Verteidigung in Straf- und Administrativverfahren.

2. Dass Rechtsschutzversicherungen zu vielen Fragen Anlass geben, ist notorisch¹¹¹. Im vorliegenden Zusammenhang geht es nun aber einzig und allein um **die Regressfrage**, die sich stellt, wenn die Rechtsschutzversicherung in Erfüllung ihres Versicherungsvertrages die Anwaltskosten des Geschädigten übernommen oder den Geschädigten bei der Wahrung der Schadenersatzansprüche durch eigene Dienstleistungen unterstützt hat. Ist die Versicherung in diesen Fällen berechtigt, gegen den Haftpflichtigen zu regressieren?

Nachfolgend befasse ich mich zunächst (Ziff. 3) mit dem (einfacheren) Fall der übernommenen Anwaltskosten, um dann am Schluss (in Ziff. 4) auf die erbrachten Dienstleistungen zurückzukommen. Publierte Rechtsprechung gibt es (meines Wissens) weder zum einen noch zum andern Fall.

3. Die aufgeworfene Regressfrage beschlägt **das Gebiet der Art. 72 VVG und 51 OR**¹¹². Die beiden Bestimmungen hängen zusammen, sind aber getrennt zu betrachten.

a. Nach Art. 72 Abs. 1 VVG geht auf den Versicherer, «insoweit, als er Entschädigung geleistet hat, der Ersatzanspruch über, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht». Der schlichte Wortlaut dieser Bestimmung verschleiert die zahlreichen Kontroversen, die sich zu deren Anwendungsbereich und Tragweite herausgebildet haben¹¹³. Sicher allerdings ist, dass die Rechtsschutzversicherung von ihrem Charakter her in den Anwendungsbereich des Art. 72 (nicht des Art. 96) VVG fällt. Aber auch sonst gibt es grundsätzlich nichts, das es dem Rechtsschutzversicherer verwehren würde, im Rahmen des Art. 72 VVG (beachte auch Abs. 3!) auf den Haftpflichtigen zurückzugreifen. Hervorzuheben sind indes die folgenden Einschränkungen:

- Auf den Versicherer gehen selbstverständlich *nicht mehr Rechte* über, als dem Anspruchsberechtigten (Geschädigten) gegenüber dem Haftpflichtigen zustehen. Auch

¹⁰⁹ Vgl. bereits Fn. 34.

¹¹⁰ Vgl. SÜSSKIND, S. 34.

¹¹¹ Zum Problem der Versicherungsdauer vgl. z.B. GAUCH, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Automobilbranche, Strassenverkehrsrechts-Tagung, Freiburg 1992, S. 19 f.

¹¹² Vgl. darüber (statt vieler): SCHAER, Grundzüge, S. 287 ff.

¹¹³ Vgl. darüber GAUCH, Das VVG – Alt und Revisionsbedürftig, Strassenverkehrsrechts-Tagung, Freiburg 1990, S. 7 ff. mit zugehöriger Beilage 3 (Überblick und Zusammenstellung von HANSUELI BRUNNER).

wenn der Versicherer sämtliche Anwaltskosten des Geschädigten bezahlt, kann er nur insoweit auf den Haftpflichtigen regressieren, als dieser für die Anwaltskosten haftet.

- Auf den Versicherer gehen *nur Ersatzansprüche aus «unerlaubter Handlung»* über. Ein Regress des Versicherers nach Art. 72 VVG ist also nur insoweit möglich, als der Haftpflichtige die Anwaltskosten des Geschädigten aus «unerlaubter Handlung» zu ersetzen hat. Entscheidend für den Rückgriff des Versicherers ist somit, wie der Begriff der «unerlaubten Handlung» in Art. 72 Abs.1 VVG zu verstehen ist.

Die herrschende Meinung¹¹⁴ versteht den Begriff im engen Sinne von deliktischer Verschuldenshaftung¹¹⁵, wenn auch unter Einschluss von Kausalhaftungen mit zusätzlichem Verschulden des Haftpflichtigen¹¹⁶. Soweit der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der Anwaltskosten nur und gerade auf Prozessrecht [201] beruht, ist er jedenfalls nicht «subrogationsfähig».

- b. Die Bestimmung des Art. 51 OR wird für den Rechtsschutzversicherer erst dann aktuell, wenn sein Regress an den Voraussetzungen des Art. 72 Abs.1 VVG scheitert. Nach herrschender Meinung greift Art. 51 OR ergänzend ein, soweit Art. 72 Abs. 1 VVG aus dem Spiele bleibt¹¹⁷. Das jedoch führt geradewegs zur Frage, wie die Regress-Rangfolge des Art. 51 Abs. 2 OR auszulegen¹¹⁸ und wie sie auf den Versicherer anzuwenden ist. Bei unkritischer Anwendung könnte der Rechtsschutzversicherer auch nach dieser Rangordnung (Art. 51 Abs. 2 OR) nicht auf den Kausal-Haftpflichtigen zurückgreifen¹¹⁹, es sei denn, den Haftpflichtigen treffe ein zusätzliches Verschulden¹²⁰. Die heute noch gültige Rechtsprechung stellt sich jedenfalls auf den Standpunkt, dass von der Rangordnung des Art. 51 Abs. 2 OR nur «mit grosser Zurückhaltung» abgewichen werden darf¹²¹.

In der neueren Lehre gerät nun aber die privilegierte Stellung, die der Kausal-Haftpflichtige in der Rangordnung des Art. 51 Abs. 2 OR genießt, unter immer stärkeren Beschuss¹²². Die zunehmende Kritik ist berechtigt. Eine zweckbezogene Auslegung des Art. 51 OR muss das ergebnisorientierte Ermessen des Richters (Art. 51 Abs. 1/50 Abs. 2 OR) über den starren «Regressvorschlag» des Gesetzgebers (Art. 51 Abs. 2 OR) stellen. Bei einer derartigen Auslegung aber ist nicht ausgeschlossen, dass der Rechtsschutzversicherer auch auf einen Haftpflichtigen regressieren kann, der für die Anwaltskosten des Geschädigten (z.B. nach Art. 58 Abs. 1 SVG) ohne eigenes Verschulden deliktisch haftet¹²³.

- c. Für beide Bestimmungen (Art. 72 VVG und Art. 51 OR) gilt, dass sich die Rechtsschutzversicherung im Rahmen eines bestehenden Regressanspruchs *direkt an den Haftpflichtversicherer* des Haftbaren halten kann, sofern auch der Geschädigte ein direktes Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer hat. Bedeutsam ist dieser «Durchgriff» insbesondere auch im Gebiet der Motorfahrzeughaftpflicht (vgl. Art. 65 SVG).

¹¹⁴ Die herrschende Meinung wird hier nur referiert, ohne eigene Stellungnahme. Kritisch z.B. TERCIER, S. 28 f.

¹¹⁵ Vgl. BREHM, N. 61 zu Art. 51 OR, und SCHAER, Grundzüge, S. 311, beide mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁶ Vgl. BGE 107 II 496.

¹¹⁷ Vgl. BREHM, N. 62 zu Art. 51 OR mit Zitaten.

¹¹⁸ Vgl. SCHAER, Grundzüge, S. 293 ff.

¹¹⁹ Vgl. sinngemäss BGE 115 II 25 ff.

¹²⁰ Vgl. sinngemäss BGE 107 II 496.

¹²¹ Nachweise bei GAUCH/AEPLI/CASANOVA, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 3. Aufl., S. 149.

¹²² Vgl. z.B. SCHAER, Grundzüge, S. 305; TERCIER, S. 29 ff.

¹²³ Vgl. TERCIER, S. 33 f.

4. Zu beantworten bleibt schliesslich die schwierige Frage, ob dem Rechtsschutzversicherer im Rahmen der Art. 72 VVG/51 OR ein Regressrecht auf den Haftpflichtigen (oder dessen Versicherung) auch insoweit zustehen kann, als er den Geschädigten bei der Durchsetzung der Schadenersatzforderung selber (durch eigene Mitarbeiter oder selbstbeauftragte Dritte) beraten oder vertreten hat. Gewiss handelt es sich bei derartigen **Dienstleistungen des Rechtsschutzversicherers** um Versicherungsleistungen. Wie aber verhält es sich mit der «Regressfähigkeit» der erbrachten Dienstleistungen? Zu dieser Frage gibt es zunächst eine «formelle» Antwort:

a. Die Dienstleistungen der Rechtsschutzversicherung sind *keine Ersatzleistungen für entstandenen Schaden*; vielmehr befreien sie den Versicherten vom notwendigen Beizug eines Anwaltes, womit sie verhindern, dass dem Versicherten ein anwaltsbedingter «Kosten-Schaden» (und damit ein zusätzlicher Ersatzanspruch gegenüber dem Haftpflichtigen) überhaupt entsteht. Demzufolge handelt es sich bei den betreffenden Dienstleistungen weder um eine «Entschädigung» im Sinn des Art. 72 Abs. 1 VVG, noch bilden diese Leistungen Gegenstand einer Schadenshaftung im Sinne des Art. 51 OR. Das aber bedeutet, dass der Rechtsschutzversicherer sich weder auf die eine noch auf die andere Bestimmung stützen kann, um für die Dienstleistungen, die er dem Geschädigten erbracht hat, auf den Haftpflichtigen zu regressieren.

b. Vom Ergebnis her vermag die gegebene Antwort nicht zu befriedigen¹²⁴. Sie führt, wenn man die Lösung verallgemeinert, zu einer *Diskriminierung von Versicherern*, die dem Anspruchsberechtigten *Dienste* (z.B. auch ärztliche Dienste) leisten, statt *Dienstleistungskosten* zu entschädigen. Da sich eine derartige Schlechterstellung unter sachlichen Gesichtspunkten kaum rechtfertigt, muss ohne Rücksicht auf die Interessen betroffener Berufskreise überlegt werden, ob nicht eine Gesetzeslücke vorliegt, die es in analoger Anwendung der einschlägigen Regressbestimmungen (Art. 72 VVG/51 OR) zu schliessen gilt. Dass die Regressordnung des Gesetzes analogiefähig ist, hat das Bundesgericht schon in anderem Zusammenhang demonstriert¹²⁵.

Korr.: MD, 21.02.2005

¹²⁴ Unentschieden: TERCIER, S. 34.

¹²⁵ Vgl. z. B. BGE 119 II 127 ff.; 95 II 338.