

Das Seminar für Privatrecht der Rechtsfakultät der Universität Freiburg

in Zusammenarbeit mit dem  
Automobilclub der Schweiz (ACS) und  
der Schweizerischen Vereinigung  
der Haftpflicht- und Motorfahrzeug-Versicherer (UMV)

# Strassen- verkehrsrechts- Tagung 1994

FREIBURG, 10./11. MÄRZ 1994

Prof. Dr. iur. Peter GAUCH, Universität Freiburg

Peter BECK, Fürsprecher bei einer schweizerischen Versicherungsgesellschaft, Bern

Prof. Dr. iur. Anton K. SCHNYDER, Universität Basel

Dr. iur. Martin SCHUBARTH, Bundesrichter, Lausanne

Prof. Dr. iur. Erwin MURER, Universität Freiburg

Prof. Dr. iur. Peter HÄNNI, Universität Freiburg

**STRASSENVERKEHRSRECHTS - TAGUNG  
JOURNEES DU DROIT DE LA CIRCULATION ROUTIERE**

Freiburg 1994

**Der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der Anwaltskosten**

Prof. Dr. Peter Gauch

**Inhaltsverzeichnis**

**I. Einleitung**

**II. Die Kategorien des Bundesgerichts**

1. Der Stand der Rechtsprechung
2. Kritik der Lehre

**III. Stellungnahme**

1. Die Anwaltskosten als Schadensposten
2. Bundesprivatrechtliche Haftpflicht des Ersatzpflichtigen
3. Keine besonderen Ausschlussgründe
4. Das Mass der Haftung
5. Der Einfluss der prozessrechtlichen Parteientschädigung
6. Rekapitulation - Absolute Schadenstheorie und abweichende Theorien

**IV. Einzelne Problemfälle**

1. Die Haftpflicht des Motorfahrzeughalters
2. Die Schadenserledigung durch Vergleich
3. Die Anwaltskosten im Strafverfahren
4. Die Anwaltskosten im Sozialsicherungsverfahren
5. Weitere Problemfälle

**V. Einbezug des Rechtsschutzversicherers**

1. Der Begriff der Rechtsschutzversicherung
2. Die Regressfrage
3. Die Anwendung der Art. 72 VVG und 51 OR
4. Regress auch für erbrachte Dienstleistungen?

## LITERATURVERZEICHNIS

- BREHM R.**, Berner Kommentar, Band VI, Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 1990.
- BUCHER E.**, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 102/1983, 2. Halbband, S. 293 f.
- CASANOVA H.**, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten, Diss. Freiburg 1982, AISUF 57, S. 65 ff.
- GAUCH P./AEPLI V./CASANOVA H.**, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 3. Auflage, Zürich 1992.
- GIRSBERGER A.**, 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 M.**, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979.
- HÜTTE K.**, Schadenersatzansprüche rund um das Auto, Schweizerische Versicherungszeitschrift, Bern 1987, S. 334 ff.
- JÄGGI P.**, Rechtsgutachten betreffend vorprozessuale Vertretungskosten, erstattet der HELVETIA-UNFALL Schweiz. Versicherungsgesellschaft, Zürich, Freiburg 24. August 1962 (nicht publiziert).
- KELLER A.**, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 5. Auflage, Bern 1993.
- KELLER A.**, Haftpflicht im Privatrecht, Band II, 1. Auflage, Bern 1987.
- LANGHE H.**, Schadensersatz, 2. Auflage, Tübingen 1990.
- OFTINGER K.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage, Zürich 1975.
- OFTINGER K./STARK E.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband, Zürich 1987.
- OFTINGER K./STARK E.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zweiter Band: Besonderer Teil, Zweiter Teilband, Zürich 1989.

- SCHAUFFHAUSER R./  
ZELLWEGER J.,** Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Band II, Bern 1988.
- SCHAER R.,** Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen, Basel und Frankfurt 1984.
- STARK E.,** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum, 2. Auflage, Zürich 1988.
- STEIN P.,** Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall ?, ZSR 106/1987, 1. Halbband, S. 635 ff.
- STRÄULI H./MESSMER G.,** Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Zürich 1982.
- SÜSSKIND M.,** Die Rechtsschutzversicherung, plädoyer 3/92, S. 34 ff.
- VOGEL O.,** 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.
- WEBER W. C.,** Die Prozessentschädigung mit besonderem Bezug auf ihre Ausgestaltung im zürcherischen Zivilprozess, Diss. Zürich 1990.

# DER ANSPRUCH DES GESCHÄDIGTEN AUF ERSATZ DER ANWALTSKOSTEN

Ein klassisches Thema aus dem Deliktsrecht

**Professor Peter Gauch\***  
Universität Freiburg/Schweiz

## I. Einleitung

1. 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 entstehenden Anwaltskosten (Honorar- und andere Kosten) ganz erheblich sein können. Nach Girsberger<sup>1</sup> 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 stellt sich für das Gebiet der vertraglichen Schadenersatzhaftung, die 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 Literaturangabe. Den grössten Einfluss auf die schweizerische Lehre und Praxis hatte das luzide Rechtsgutachten des Freiburger Professors *Peter Jäggi* vom 24. August 1962 (erstattet der HELVETIA-UNFALL, Zürich), das zwar nie gedruckt, aber in unzähligen Fotokopien landesweit gestreut wurde.

3. Nachdem der moderne Strassenverkehr mit seinen täglichen Unfällen zu den "schädlichsten" Erfindungen der Neuzeit gehört, versteht sich von selbst, dass die Anwaltskosten des Geschädigten eine wichtige Rolle auch **im Gebiete der SVG-Haftung** (Art. 58 ff. SVG) spielen. Das ist der Grund, weshalb wir das Thema an der diesjährigen Strassenverkehrsrechts-Tagung zur Sprache bringen. Weil es sich ausserdem um ein eminent praktisches Thema handelt, ist es zweckmässig, sogleich mit der Praxis des Bundesgerichtes zu beginnen.

---

\* Für die Mithilfe bei der Stoffsammlung und für die geleistete Korrekturarbeit danke ich meinem Assistenten lic. iur. Andres Büsser.

1 Girsberger, SJZ 58, 1962, S. 350.

## II. Die Kategorien des Bundesgerichts

1. Der heutige **Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung** ist, was das Grundsätzliche angeht<sup>2</sup>, in **BGE 117 II 394 ff.** zusammengefasst. Darin unterscheidet das Bundesgericht die folgenden Kategorien:

a. **Kosten des Schadensanwalts.** Es sind Anwaltskosten, die ein Geschädigter zur Durchsetzung (Regulierung) seines Schadenersatzanspruches aufwendet. Von diesen anwaltsbezogenen Regulierungskosten, die (zusammen mit anderen Kosten) zum Rechtsverfolgungsaufwand des Geschädigten gehören, handelt mein Vortrag. 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 sind."<sup>3</sup> Im letzteren Fall können diese Kosten nicht mehr in einem späteren Haftpflichtprozess geltend gemacht werden...<sup>4</sup>.
- 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 ...."<sup>5</sup>. Ob im Sinne vereinzelter Lehrmeinungen<sup>6</sup> auch hier ein 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*

---

<sup>2</sup> Zu einzelnen Problemfällen siehe unten IV.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Zitiert: BGE 112 Ib 356 mit Hinweisen.

<sup>6</sup> Zitiert: Oftinger, S. 57; Stein, ZSR 1987, I, S. 649 f. und S. 660.

*selbst*, nicht das im Prozess zu beurteilende Ereignis. Das aber ändert nichts an der Tatsache, dass eine bundesprivatrechtliche Deliktshaftung auch für solche Kosten eingreifen kann.<sup>7</sup> Soweit dies zutrifft, hat der Kosten-Geschädigte einen selbständigen Deliktsanspruch<sup>8</sup>, "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 Parteientschädigung.<sup>9</sup> Dafür spricht unter anderem auch der Grundsatz, dass verschiedene Normen vermutungsweise alternativ anwendbar sind, wenn die gesetzliche Ordnung für die gleichen Sachverhalte mehrere Rechtsbehelfe vorsieht<sup>10</sup>.

2. In der **Lehre** finden die dargestellten "Haftungsgrundsätze" des Bundesgerichtes keine ungeteilte Zustimmung. Ein profiliertes Kritiker ist **Peter Stein**<sup>11</sup>, der zu den Kosten des Schadensanwaltes (II/1/a) namentlich die folgenden Thesen vertritt:

- a. Die schlichte Zweiteilung der Anwaltskosten in prozessuale und vorprozessuale Kosten trägt den differenzierten Kostenverhältnissen nur ungenügend Rechnung. Zu unterscheiden sind: prozessuale<sup>12</sup>, vorprozessuale, nachprozessuale<sup>13</sup>, nebenprozessuale<sup>14</sup>, ausserprozessuale und mittelbare<sup>15</sup> Anwaltskosten. Die

<sup>7</sup> Als Beispiele zitiert: BGE 93 II 183 und 88 II 278 (Haftung für ungerechtfertigte vorsorgliche Massnahmen); BGE 113 Ia 107 und 112 II 35 (Haftung für missbräuchliche, böswillige oder treuwidrige Ausübung verwaltungsrechtlicher oder zivilprozessualer Verfahrensrechte).

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Zitiert: Casanova, S. 54.

<sup>10</sup> Zitiert: BGE 114 II 136 mit Hinweisen.

<sup>11</sup> Stein, ZSR 1987, I, S. 637 ff.

<sup>12</sup> Zu den *prozessualen Anwaltskosten*, die im "normalen Prozesshonorar" inbegriffen 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.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> *Nebenprozessuale Anwaltskosten* entstehen (nach Stein), wenn der Anwalt dem Geschädigten deswegen beizustehen hat, weil die Säumnis des Schädigers den Geschädigten in



ausserprozessualen Anwaltskosten bilden nach *Stein* die wichtigste Kostenart, "werden doch die allermeisten Haftpflichtansprüche ausserprozessual erledigt".

- b. 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 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".
- c. 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 Widerrechtlichkeit.<sup>16</sup>

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"<sup>17</sup>) erfüllen.

---

Bedrängnis bringt. Zum Beispiel müssen "Gläubiger ... vertröstet" oder "Garanten für die Prozesskosten gesucht und orientiert werden".

<sup>15</sup> 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 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.

<sup>16</sup> Vgl. Anm. 17 und Anm. 33.

<sup>17</sup> 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.



- a. Sicher zu bejahen ist diese Frage, soweit es um das Merkmal der Vermögensminderung geht.<sup>18</sup> 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.
- 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) notwendig und demzufolge eine "gebotene Massnahme"<sup>19</sup> 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 (vor- oder ausserprozessuale) 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 können.<sup>20</sup>

Dieses Kriterium relativiert die vorausgesetzte Notwendigkeit der Beauftragung. Ausserdem wird klargestellt, dass es nicht angeht, die Frage der Notwendigkeit gewissermassen rückschauend, vom Ergebnis eines Prozesses oder einer Vergleichsverhandlung her, zu beurteilen.<sup>21</sup> 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".<sup>22</sup>

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.

---

18 Vgl. ZR 63, 1964, S. 228.

19 AppGr. BS, BJM 1987, S. 161.

20 Lange, S. 386, unter Hinweis auf BGHZ 30, 154, 157 ff.

21 BGHZ 30, 154, 158.

22 BGHZ 30, 154, 158.

Das soeben Gesagte gilt für alle Schadenskategorien<sup>23</sup> und auch dann, wenn die Rechtslage für den Eingeweihten "einfach" ist.<sup>24</sup> 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 hat.<sup>25</sup>

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 giustificata, necessaria e appropriata" (BGE 117 II 107).<sup>26</sup> Nach einer andern Meinung<sup>27</sup> 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" war<sup>28</sup>, 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" 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-Scha-  
den", 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 deckt.<sup>29</sup> Das ist grundsätzlich zu bejahen, soweit es sich bei den

---

23 Das ist zu betonen gegenüber Weber (Ungereimtheiten, S. 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.

24 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.

25 Vgl. demgegenüber: Oftinger/Stark II/2, S. 130.

26 Auch Jäggi (Gutachten, S. 5) spricht von "notwendig oder angemessen".

27 Weber, Ungereimtheiten, S. 5 und 11 f.

28 Vgl. z.B. ZR 63, 1964, S. 229.

29 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.

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 scheitern<sup>30</sup>. 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 unterbrechen.<sup>31</sup> Für die Vorsatz- und die Gefährdungsdelikte ist überhaupt zweifelhaft, ob das Kriterium der Adäquanz einen Sinn macht.<sup>32</sup>
- b. Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit.<sup>33</sup> Entgegen anderer Meinung<sup>34</sup> 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) qualifiziert.<sup>35</sup> 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 Anwaltskosten<sup>36</sup>.

Handelt es sich dagegen beim Grundschaten um einen *reinen Vermögensschaden*, so gehört der entsprechende "Kosten-Schaden" zwar ebenfalls in diese Schadenskatgorie. 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 be-

---

30 Vgl. ZivGr. BS, BJM 1986, S. 332; Jäggi, Gutachten, S. 5.

31 BGHZ 30, 154, 156.

32 Vgl. z.B. Lange, S. 97 und 99.

33 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.).

34 Z.B. Stein, ZSR 1987, I, S. 647; Weber, Prozessentschädigung, S. 127 f.; OGr BL SJZ 81, 1985, S. 133.

35 Ebenso: Jäggi, Gutachten, S. 7; Oftinger/Stark II/2, S. 129 f.

36 Oftinger/Stark II/2, S. 129 f.; Weber, Ungereimtheiten, S. 5 f.; anders die in Anm. 34 Zitierten.

handelte 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 geltende Deliktsrecht nicht, auch nicht für den Körperschaden. Insbesondere enthalten die Art. 45 und 46 OR keine abschliessende Aufzählung der Schadensposten, die unter dem Gesichtspunkt der Tötung oder sonstigen Körperverletzung ersatzfähig sind.<sup>37</sup>
- b. Der Gedanke eines "allgemeinen Lebensrisikos", für das jeder selber einzustehen hat<sup>38</sup>. 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.

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 vorneherein auf Anwaltskosten, die überhaupt einen Schaden im Rechtssinne darstellen, weil sie dem Geschädigten aus einer notwendigen Beauftragung des Anwaltes entstanden sind.<sup>39</sup> 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 OR<sup>40</sup> oder entsprechender Sonderbestimmungen, mag es auch zutreffen, dass Versicherungen im Vergleichsfall die vollen Anwaltskosten zu übernehmen pflegen.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Vgl. BGE 112 II 128 und 222 f.

<sup>38</sup> Vgl. Lange, S. 147; Jäggi, Gutachten, S. 5.

<sup>39</sup> Siehe oben im Text III/1.

<sup>40</sup> Zutreffend: BGE 113 II 340, wonach die vorprozessualen Anwaltskosten wie die übrigen Schadensposten der allgemeinen Herabsetzung unterliegen (bestätigt durch BGE 117 II 104).

<sup>41</sup> BGE 113 II 340.

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 Sonderbestimmung (etwa der Bestimmung des Art. 59 Abs. 2 SVG<sup>42</sup>) zu entziehen, ist nicht ersichtlich.<sup>43</sup> Von einem Teil der Lehre wird die Anwendbarkeit der Reduktionsgründe indes als "Nachteil" empfunden<sup>44</sup> und abgelehnt.<sup>45</sup> Richtig ist hingegen nur, 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 ist".<sup>46</sup>

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* Anwaltskosten<sup>47</sup> für die Schadenersatzklage" ausschliesslich und abschliessend "von der anwendbaren Zivilprozessordnung" geregelt<sup>48</sup>; dasselbe gilt für *vorprozessuale* Anwaltskosten, soweit der Richter sie nach Massgabe der anwendbaren ZPO den prozessualen Kosten zuschlägt<sup>49,50</sup>. Das aber bedeutet:

Bleiben prozessuale oder vorprozessuale Anwaltskosten einer Partei auf Grund 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

---

42 Vgl. BGE 113 II 340.

43 Gleicher Meinung: Weber, Ungereimtheiten, S. 12.

44 Vgl. z.B. Stein, ZSR 1987, I, S. 647 f.; Weber, Prozessentschädigung, S. 127 f.

45 Vgl. z.B. Oftinger/Stark, II/2, S. 130.

46 Weber, Ungereimtheiten, S. 6 und S. 13.

47 "Prozessual" gehören sie zu den "Parteikosten".

48 Brehm, N 88 zu Art. 41 OR; des weitern: BGE 117 II 396; Jäggi, Gutachten, S. 13; Weber, Ungereimtheiten, S. 3 und S. 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.

49 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).

50 Statt vieler: BGE 117 II 396; ZR 69, 1970, S. 381; Brehm, N 89 zu Art. 41 OR; Jäggi, Gutachten, S. 18; Weber, Ungereimtheiten, S. 3, mit Hinweisen.



ausservertragliche Schadenersatzforderung eingeklagt war und zugesprochen wird)".<sup>51</sup>

- b. Diese herrschende Meinung vermag nicht zu überzeugen. Unbehagen weckt schon der Umstand, dass es in Wirklichkeit keine klare Abgrenzung zwischen "prozessualen", "vor-" und "ausserprozessualen" Anwaltskosten gibt.<sup>52</sup> Vor allem aber melden sich die folgenden Bedenken:

Die anwendbaren Prozessordnungen "verteilen" die Parteikosten in aller Regel nach *Massgabe des Obsiegens und Unterliegens*<sup>53</sup>, wobei die zusprechbaren Anwaltskosten sich aufgrund einschlägiger Gebührenordnungen bestimmen.<sup>54</sup> Diese "prozessorientierte" Kostenverteilung löst die Kostenfrage *nur unter dem Gesichtspunkt des Verfahrens*<sup>55</sup>; 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 sind<sup>56</sup>. Demzufolge ist unausweichlich, dass die herrschende Meinung zu unangemessenen Ergebnissen führt.<sup>57</sup> Die zunehmende Tendenz, dem Geschädigten nach Massgabe des sogenannten "Veranlassungsprinzips" ein gewisses "Überklagen" nachzusehen<sup>58</sup>, 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 werden.<sup>59</sup> Was als "Kosten-Schaden" zunächst den ordentlichen Entschädigungsregeln des Bundesprivatrechts unterstand, soll, kaum ist der Prozess eröffnet, nur noch über die ganz anderen

---

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

52 Vgl. Weber, Prozessentschädigung, S. 113 ff.

53 Guldener, S. 406; vgl. BGE 113 II 342; ZR 69, 1970, S. 381.

54 Guldener, S. 643; Vogel, S. 264.

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

56 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.

57 Eindrücklich für die vorprozessualen Kosten: Weber, Ungereimtheiten, S. 7 f.; Weber, Prozessentschädigung, S. 120 ff.; Stein, ZSR 1987, I, S. 641 ff.

58 Vgl. AppGr. BS, BJM 1987, S. 161; OGr BL, SJZ 83, 1987, S. 50; Bucher, ZSR 1983, II, S. 293.

59 Zutreffend: Stein, ZSR 1987, I, S. 643 f.

Regeln der prozessualen Kostenverteilung abgewickelt werden!<sup>60</sup> 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 konkurriert. Es verhält sich diesbezüglich nicht anders als im Fall, da die zu ersetzenden Anwaltskosten durch das widerrechtliche Prozessverhalten der Gegenpartei entstanden sind.<sup>61</sup> 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 Prozessverhaltens.<sup>62</sup> 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-Scha-den" 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 Scha-densprozess, 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 in Lehre und Rechtsprechung vertreten werden. Dazu gehören:

---

<sup>60</sup> Notabene: Regeln, die unter anderem auch darauf abzielen, ein leichtfertiges oder aus-sichtsloses Prozessieren zu vermeiden (Weber, Prozessentschädigung, S. 11).

<sup>61</sup> Vgl. oben II/1/b; BGE 117 II 397.

<sup>62</sup> 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 Un-terschied sachlich rechtfertigen könnten.



*Die Negation des Schadenscharakters.* Diese frühere Auffassung hat den Schadenscharakter der Anwaltskosten, namentlich auch der vorprozessualen Kosten<sup>63</sup>, schlechterdings verneint. Die Auffassung ist überholt.<sup>64</sup>

*Die Prozesskostentheorie.*<sup>65</sup> Sie setzt einen Schadensprozess voraus und besagt für den Prozessfall: Das anwendbare Prozessrecht regelt abschliessend nicht nur die Entschädigung der prozessualen, sondern auch der vorprozessualen Anwaltskosten, soweit das Prozessrecht sich damit befasst. Mit dieser Theorie, die ich ablehne, habe ich mich bereits auseinandergesetzt.

*Die verlängerte Prozesskostentheorie von Jäggi.*<sup>66</sup> 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"<sup>67</sup> 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" sind.<sup>68</sup>

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, wird von *Jäggi* zwar unterstellt<sup>69</sup>, 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 ersetzt.<sup>70</sup>

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

---

<sup>63</sup> BGE 23, S. 1718; BGr. 17. 1. 1958 (i.S. "Henzen").

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> Vgl. oben III/5.

<sup>66</sup> Jäggi, Gutachten, S. 20 ff.

<sup>67</sup> Jäggi, a.a.O., S. 20.

<sup>68</sup> Jäggi, a.a.O., S. 30.

<sup>69</sup> Jäggi, a.a.O., S. 20 ff.

<sup>70</sup> Vgl. z.B. Jäggi, a.a.O., S. 9 f./11., der unter anderem auch diese Anspruchsgrundlage in Betracht zieht.

"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 Stein.*<sup>71</sup> 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 hat<sup>72</sup>; wenn der Schädiger sich nicht im Verzug befindet oder daran keine Schuld trägt; wenn der Schädiger für blossen Vermögensschaden nicht haftet<sup>73</sup>".<sup>74</sup>

Soweit die erwähnten Anliegen berechtigt sind<sup>75</sup>, 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 umfassen:

**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

<sup>71</sup> Stein, ZSR 1987, I, S. 648 ff.

<sup>72</sup> 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).

<sup>73</sup> Die "Nebenkostentheorie" soll dem Geschädigten also auch dann einen Ersatzanspruch für die Kosten seines Schadensanwaltes verschaffen, "wenn der Schädiger für blossen Vermögensschaden nicht haftet". 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.

<sup>74</sup> Stein, a.a.O., S. 650.

<sup>75</sup> Beachte aber Anm. 72 und Anm. 73.

den konnexen "Kosten-Schaden", der dem Geschädigten aus der notwendigen Beauftragung eines Schadensanwaltes entsteht. Das wurde zwar bereits gesagt<sup>76</sup>, ist aber aus aktuellem Anlass (Strassenverkehrsrechts-Tagung) erneut hervorzuheben und dahingehend zu ergänzen, dass der Geschädigte (nicht etwa der Anwalt des Geschädigten!)<sup>77</sup> ein unmittelbares Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer (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 habe.<sup>78</sup> 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. Ob und in welchem Umfang allerdings der "Kosten-Schaden" ersetzt wird, ergibt sich im konkreten Fall aus dem Inhalt des abgeschlossenen Vergleichsvertrages, wobei die folgenden Besonderheiten hervorzuheben sind:

- a. In der Vergleichspraxis der Motorfahrzeughaftpflicht-Versicherer ist es eine Selbstverständlichkeit, dass Anwaltskosten des Geschädigten "vergütet" werden. Dieser Vergleichsposten soll sogar mit einer gewissen Grosszügigkeit geregelt werden, was schon auf Kritik gestossen ist.
- b. Einige Versicherer bezahlen den Anwalt direkt, wogegen nichts einzuwenden ist, solange die legitimen Interessen des Geschädigten gewahrt bleiben. Anrücklich ist hingegen der Abschluss eines Separatvergleiches über die Anwaltskosten, der es dem Anwalt ermöglichen soll, den einkassierten Betrag gegenüber seinem Klienten zu verheimlichen. Der Anwalt bleibt in jedem Fall verpflichtet, seinem Klienten Auskunft über einkassierte Honorar beträge 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 eintreten 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 adhäsiionsweise 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

---

<sup>76</sup> Vgl. oben im Text III/2/b.

<sup>77</sup> Dass der Anwalt des Geschädigten keine eigenen Ersatzansprüche gegenüber dem Haftpflichtversicherer des Schädigers hat, scheint zwar selbstverständlich zu sein, ist aber (wie die Praxis lehrt) nicht für alle Anwälte klar.

<sup>78</sup> So: Stark, Skriptum, Nr. 154; gerade anders aber: Weber, Ungereimtheiten, S. 8.

aufzukommen hat.<sup>79</sup> Die deliktische Haftungsnorm, welche die Haftpflicht für den Grundscha­den begründet, macht den Haftpflichtigen auch für den betref­fenden "Kosten-Scha­den" haftbar. Qualifiziert sich der Grundscha­den als Körper- oder Sachschaden, so gilt das gleiche für den entsprechenden "Kosten-Scha­den".<sup>80</sup> Strafprozessuale Bestimmungen über die Entschädigung von Anwaltskos­ten<sup>81</sup> haben keinen abschliessenden Charakter<sup>82</sup>, so wenig 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?<sup>83</sup>

- Die Frage lässt sich nicht "logisch" beantworten, selbst wenn es zu einem Freispruch des Angeklagten kommt. Vielmehr hängt die Beantwortung der Frage 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 treffe.<sup>84</sup>

Professor *Jäggi* lässt den Ersatzanspruch sogar am Erfordernis des ad­äquaten Ursachenzusammenhanges scheitern<sup>85</sup>, was kaum überzeugt. Si­cher hingegen ist, dass die Strafverteidigungskosten, um die es *vorliegend* geht, nicht die Folge einer Körperverletzung oder Sachbeschädigung, sondern *reiner Vermögensschaden* sind.<sup>86</sup> Dementsprechend scheitert ein delikti­scher Ersatzanspruch des Opfers schon am vorausgesetzten Tatbestands­element der Widerrechtlichkeit, sofern sich keine einschlägige Schutznorm­verletzung konstruieren lässt. Jedenfalls aber fällt eine SVG-Haftung von

---

79 BGE 117 II 107; TC Vaud, SJZ 77, 1981, S. 28; Brehm, N 90 zu Art. 41 OR.

80 Vgl. sinngemäss oben im Text III/2/b.

81 Vgl. z.B. KassGr. ZH, SJZ 85, 1989, S. 232.

82 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".

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

84 BGHZ 27, 137, 141.

85 "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).

86 In diesem Zusammenhang richtig: BGE 117 II 106.

vornherein ausser Betracht, da sie nach Art. 58 Abs. 1 SVG einen Körper- oder Sachschaden voraussetzt, die vorliegend behandelten Verteidigungskosten aber nicht unter diese Schadenskategorien fallen.

Auch *das Bundesgericht* scheint einen deliktischen Anspruch des Unfall- opfers auf Ersatz seiner Verteidigungskosten grundsätzlich zu verneinen.<sup>87</sup> Soweit allerdings die Strafverteidigung dazu beiträgt, Fragen der privatrechtlichen Haftpflicht und des Schadens ("questioni attinenti alla responsabilità e al danno") zu klären, ist das Bundesgericht gewillt, die zur Strafverteidigung aufgewendeten Anwaltskosten in gewissem Umfang doch in die delikt- rechtliche Haftung des Haftpflichtigen, ja sogar in die SVG-Haftung des Hal- ters, einzubeziehen.<sup>88</sup>

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 Verkehrsopfers entstehen* (!), sogar in den Deckungsbereich des Art. 58 SVG fallen?

Das Bundesgericht öffnet den Weg zur SVG-Haftung, mit dem erstaun- lichen Satz, dass Nachteile, die sich normalerweise ähnlich auswirken wie Sachschäden in der Regel als Sachschäden, nicht als reine Vermögensschä- den zu behandeln seien.<sup>89</sup> Wäre der Satz richtig, so müssten alle Schäden als Sachschäden behandelt werden, weil sich jeder Schaden als Vermögen- verminderung und somit in gleicher Weise wie ein Sachschaden auswirkt.

**4. Anwaltskosten im Sozialversicherungsverfahren.** In vielen Fällen muss der Ge- schädigte sich "zwangsläufig mit dem Sozialversicherer auseinandersetzen, sich pri- mär sogar an ihn halten und für die Direktansprüche dessen Entscheid abwarten".<sup>90</sup> Anwaltskosten hingegen werden in den Beschwerdeverfahren häufig nur unzurei-

---

<sup>87</sup> BGE 117 II 107.

<sup>88</sup> 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. 38'520.-) ersetzt.

<sup>89</sup> BGE 117 II 106: "Tuttavia und pregiudizio che provoca normalmente conseguenze ana- loghe ad un danno materiale deve essere considerato - di regola - in quanto tale e non come danno puramente economico".

<sup>90</sup> Weber, Ungereimtheiten, S. 16.



chend und im Einspracheverfahren nach UVG (Art. 105 Abs. 1 UVG) überhaupt nicht entschädigt (Art. 130 Abs. 2 UVV).<sup>91</sup>

- 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 umstritten.<sup>92</sup> 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) gehört<sup>93</sup> noch durch eine sonstige Gesetzesbestimmung geschützt ist. Diese Differenzierung reflektiert die herrschende Widerrechtlichkeitstheorie, die ich meinem Beitrag als Arbeitshypothese zugrunde lege.<sup>94</sup> Im Ergebnis aber ist sie unbefriedigend, weshalb sich die Frage stellt, ob die erwähnten Kosten der Hinterbliebenen nicht analog zu den Anwaltskosten zu behandeln sind, die aus der Durchsetzung eines Versorgerschadens entstehen.

**5. Weitere Problemfälle.** Neben den bereits aufgezählten Fällen gibt es eine ganze Reihe weiterer Problemfälle. Sie lassen sich mit folgenden Stichworten umschreiben:

Der Anwalt als Geschädigter. Hat er Anspruch auf Kostenersatz, wenn er einen andern Anwalt mit der Wahrung seiner Interessen betraut oder in eigener Sache tätig<sup>95</sup> ist?

---

<sup>91</sup> 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 Eidg. Versicherungsgericht gilt Art. 159 OG.

<sup>92</sup> Vgl. dazu Weber, Ungereimtheiten, a.a.O.

<sup>93</sup> Zum Versorgerschaden (Art. 45 Abs. 3 OR) gehört er deswegen nicht, weil es im Sozialversicherungsverfahren der Hinterbliebenen nicht um den Ersatz dieses Schadens geht.

<sup>94</sup> Vgl. oben Anm. 33.

<sup>95</sup> Vgl. dazu Hütte, SVZ 1987, S. 336; Lange, S. 386.

Rechtswahrung durch Nicht-Anwälte (z.B. durch Treuhänder, Mitarbeiter von Versicherungen).

Rechtswahrung durch eigenes Personal (z.B. durch Personal einer eigenen Rechtsabteilung).<sup>96</sup>

Verletzte "Pflicht" zur Schadensminderung. Anwendung des Art. 44 OR, z.B. bei inadäquat hohen Anwaltskosten?

Mehrkosten infolge Anwaltswechsels.<sup>97</sup>

Anwaltstätigkeit für Genugtuungsansprüche.

Anwaltskosten für erfolglose Vorprozesse.<sup>98</sup>

Anwaltskosten als einziger Schadensposten.

Widerrechtliches Prozessverhalten des ohnehin Ersatzpflichtigen.

Nach- und nebenprozessuale Anwaltskosten.

Anwaltskosten des Zessionars bei abgetretenen oder durch Legalzession erworbenen Schadenersatzansprüchen.<sup>99</sup>

Staatshaftung statt bundesprivatrechtlicher Zivilhaftung.<sup>100</sup>

## 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 Rechtsvertretung.<sup>101</sup> Bei den Verkehrs- (Motorfahrzeug-) Rechtsschutzversicherungen gehören zu den gedeckten Risiken der versicherten Personen unter anderem auch:

der Streit um Schadenersatzansprüche nach einem Verkehrsunfall,  
die Verteidigung in Straf- und Administrativverfahren.

2. Dass Rechtsschutzversicherungen zu vielen Fragen Anlass geben, ist notorisch.<sup>102</sup> An der diesjährigen Tagung geht es nun aber einzig und allein um **die Regressfrage**, die sich stellt, wenn die Rechtsschutzversicherung in Erfüllung ihres Versicherungs-

---

<sup>96</sup> Vgl. Lange, S. 387 ff., mit zahlreichen Hinweisen auch auf die Rechtsprechung in Deutschland, die einen Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der betreffenden Personalkosten ablehnt.

<sup>97</sup> Vgl. dazu Hütte, SVZ 1987, S. 335; Stein, ZSR 1987, I, S. 639.

<sup>98</sup> Vgl. Lange, S. 140 f., und die dortigen Hinweise.

<sup>99</sup> Vgl. Lange, S. 386, und die dortigen Hinweise.

<sup>100</sup> Vgl. oben Anm. 29.

<sup>101</sup> Vgl. Süsskind, S. 34.

<sup>102</sup> Zum Problem der Versicherungsdauer vgl. z.B. Gauch, Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Automobilbranche, Strassenverkehrsrechts-Tagung, Freiburg 1992, S. 19 f.



vertrages 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 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.**<sup>103</sup> 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 haben.<sup>104</sup> 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 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 Meinung<sup>105</sup> versteht den Begriff im engen Sinne von deliktischer Verschuldenshaftung<sup>106</sup>, wenn auch unter Einschluss von Kau-

---

<sup>103</sup> Vgl. darüber (statt vieler): Schaer, Grundzüge, S. 287 ff.

<sup>104</sup> Vgl. darüber Gauch, Das VVG - Alt und Revisionsbedürftig, Strassenverkehrsrechts-Tagung, Freiburg 1990, S. 7 mit zugehöriger Beilage 3 (Überblick und Zusammenstellung von Hansueli Brunner).

<sup>105</sup> Die herrschende Meinung wird hier nur referiert, ohne eigene Stellungnahme.

<sup>106</sup> Vgl. Brehm, N 61 zu Art. 51 OR, und Schaer, Grundzüge, S. 311, beide mit weiteren Hinweisen.

salhaftungen mit zusätzlichem Verschulden des Haftpflichtigen<sup>107</sup>. Soweit der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der Anwaltskosten nur und gerade auf Prozessrecht 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 bleibt.<sup>108</sup> Das jedoch führt geradewegs zur Frage, wie die Regress-Rangfolge des Art. 51 Abs. 2 OR auszulegen<sup>109</sup> 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 zurückgreifen<sup>110</sup>, es sei denn, den Haftpflichtigen treffe ein zusätzliches Verschulden.<sup>111</sup> 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 darf.<sup>112</sup>

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 Beschuss.<sup>113</sup> 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 haftet.

- 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).

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

---

107 Vgl. BGE 107 II 496.

108 Vgl. Brehm, N 62 zu Art. 51 OR mit Zitaten.

109 Vgl. Schaer, Grundzüge, S. 293 ff.

110 Vgl. sinngemäss BGE 115 II 25 ff.

111 Vgl. sinngemäss BGE 107 II 496.

112 Nachweise bei Gauch/Aeppli/Casanova, OR Allgemeiner Teil, Rechtsprechung des Bundesgerichts, 3. Aufl., S. 149.

113 Vgl. z.B. Schaer, Grundzüge, S. 305.

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 befriedigen. 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 demonstriert.<sup>114</sup>

---

<sup>114</sup> Vgl. z.B. BGE 119 II 127 ff.; 95 II 338.