

Stephan Weber

Ungereimtheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten

Sonderdruck aus:

Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift /
Revue Suisse d'Assurances

Jahrgang 61, Heft 1/2 1993

Verlag Peter Lang

Bern · Berlin · Frankfurt am Main · New York · Paris · Wien

Ungereimheiten und offene Fragen beim Ersatz von Anwaltskosten

STEPHAN WEBER, EGLISAU

1. Meinungsstand, Differenzierungen und Differenzen
 2. Haftpflichtrecht als Anspruchsgrundlage
 3. Kostenaufteilung nach Prozessrecht
 - 3.1 Prozessuale Kosten
 - 3.2 Vorprozessuale Kosten
 - 3.3 Ausserprozessuale Kosten
 4. Höhe des Anwaltshonorars (Honorarbemessung)
 - 4.1 Vorbemerkung: Notwendige Unterscheidung von Honorar- und Schadenersatzbemessung
 - 4.2 Üblichkeit der Verbandstarife
 - 4.3 Honorarminderung bei unsorgfältiger und unwirtschaftlicher Auftragsführung
 - 4.4 Bemessungsfaktoren beim Anwaltshonorar insbesondere
 5. Höhe des geschuldeten Ersatzes (Schadenersatzbemessung)
 - 5.1 Beschränkung auf das Notwendige, Nützliche und Angemessene als Ausfluss der Schadenminderungspflicht
 - 5.2 Haftungsquote
 6. Anwaltskosten im Strafverfahren
 7. Anwaltskosten im Sozialversicherungsverfahren
 8. Einzelfragen
 - 8.1 Beteiligung eines Rechtsschutzversicherers
 - 8.2 Nichtanwalt, Anwalt in eigener Sache und unentgeltlicher Beistand
 - 8.3 Leistung von Teilzahlungen
 9. Schematische Übersicht
-

1. Meinungsstand, Differenzierungen und Differenzen

Ein Schadenfall wirft nicht selten schwierige Rechtsfragen auf, die der Rechtsunkundige nur unter Beizug eines Anwalts bewältigen kann. «Für den Geschädigten, der von einem solchen Ereignis blitzartig getroffen wird, ist

es in der Regel schon ganz von Anfang an unmöglich, sich selber mit der Schadensdeckung nach aussen zu befassen. Es fehlen ihm nicht nur die rechtlichen Kenntnisse, sondern ausser der Gewandtheit im Umgang mit den meist erfahrenen Vertretern der Versicherungs-Gesellschaften auch die psychische Resistenz, um überhaupt an alles zu denken, was im Zusam-

menhang mit einem Haftpflichtfall geregelt werden muss». Mit diesen einfühlenden Worten hat das Zürcher Obergericht in einem Urteil vom 21. Mai 1971¹ die Ersatzwürdigkeit der Anwaltskosten begründet. Noch im gleichen Jahr hat sich auch das Bundesgericht für den Einbezug der Anwaltskosten in den Schadenersatz ausgesprochen². Heute ist – zumindest dem Grundsatz nach – kaum mehr umstritten, dass sich der Haftpflichtige an den Kosten zu beteiligen hat, die dem Geschädigten bei der Durchsetzung seiner Ansprüche erwachsen³. Nach der bundesgerichtlichen, wohl als herrschend zu bezeichnenden Rechtsauffassung muss dabei allerdings in verschiedener Hinsicht differenziert werden. Auszuklammern vom Schadenersatz sind zunächst die *prozessualen Anwaltskosten*. Deren Aufteilung richtet sich ausschliesslich nach den kantonalen Prozessordnungen. Von diesen soll auch abhängen, inwieweit *vorprozessuale Bemühungen* in die Prozessentschädigung einzubeziehen sind. Nach *haftpflichtrechtlichen Grundsätzen* sind nur die *ausserprozessualen* sowie die von den jeweiligen Prozess-

ordnungen nicht erfassten vorprozessualen Kosten zu liquidieren. Nach neuerer Rechtsprechung können auch die Anwaltskosten im *Strafverfahren* Bestandteil des Schadens sein, doch ist kein voller Ersatz geschuldet⁴. Nicht entschieden ist dagegen, ob auch die Kosten überwälzt werden können, die dem Geschädigten in der *Auseinandersetzung mit dem Sozialversicherer* erwachsen, ebenso die Frage, ob der Haftpflichtige vor der endgültigen Erledigung zu *Teilzahlungen* verpflichtet werden kann. Wie die übrigen Schadensposten unterliegen auch die Anwaltskosten den *allgemeinen Herabsetzungsgründen*⁵. Sie sind zudem vom Haftpflichtigen nur soweit zu übernehmen, als sie *notwendig und angemessen* sind⁶.

Die skizzierte Kostenaufteilung ist wie vieles im Haftpflichtrecht nicht unbestritten. So hat namentlich Peter Stein in seinem Beitrag «Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtrecht?» auf verschiedene Unzulänglichkeiten hingewiesen. Anstoss nimmt er v. a. daran, dass die Anwaltskosten nach Massgabe der Haftungsquote oder gar nach dem Prozessausgang aufgeteilt werden. Nicht zu befriedigen vermöge auch, dass die Anwaltskosten als Vermögensschäden aus dem Anwendungsbereich der Kausalhaftung des SVG herausfallen und somit nur bei einem schuldhaften Verhalten gestützt auf OR 41 zu ersetzen sind. Nach Stein lassen sich die gerügten Mängel überwinden, wenn – vergleichbar dem im Wege freier Rechtsfindung eingeführten Schadenszins – aus dem Begriff «Ersatz» in OR 41 ein *Rechtsschutzanspruch als Nebenrecht* abgeleitet wird⁷. Jäggi⁸ leitet demgegenüber die

1 ZR 70/1971 Nr. 62, S. 190, Erw. 6 und schon zuvor ZR 63/1964 Nr. 100, S. 228ff. Erw. C.

2 Urteil v. 12.10.71 i. S. Bays c. Waadt u. Zürich, BGE 97 II 267, dies nachdem es noch ein Jahr zuvor die Frage offengelassen (n. p. BGE v. 20.1.70) und im ebenfalls unveröffentlichten Urteil v. 17.1.58 i. S. Henzen c. Helvetia den gegenteiligen Standpunkt vertreten hatte.

3 BGE 113 II 340; 117 II 101; Oftinger, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I (4. A. Zürich 1975) 57; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II/2 (4. A. Zürich 1989) § 25 N 301ff.; Stark, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, Skriptum (2. A. Zürich 1988) N 154; Girsberger, Das Recht auf Ersatz der Anwaltskosten, die im Zusammenhang mit der Verfolgung begründeter oder der Abwehr unbegründeter Ansprüche entstehen, SJZ 58/1962, 350ff.; Brehm, Berner Kommentar, Bd. VI/1/3/1, Obligationenrecht, N 87ff. zu OR 41; A. Keller, Haftpflicht im Privatrecht, Bd. II (Bern 1987) 33f., 41; Schaar, Grundzüge des Zusammenwirkens von Schadenausgleichssystemen (Basel/Frankfurt am Main 1984) N 198ff.; Stein, Wer zahlt die Anwaltskosten im Haftpflichtfall? ZSR 106/1987 I 635ff.; Hütte, Schadenersatzansprüche rund um das Auto, SVZ 1987, 334ff.; Schaffhauser/Zellweger, Grundriss des schweizerischen Strassenverkehrsrechts, Bd. II (Bern 1988) N 964ff.; Zitate kantonalen Urteile in den folgenden Anmerkungen. Gleich auch die deutsche Praxis, vgl. statt vieler Geigel/Rixecker, Der Haftpflichtprozess (20. A. München 1990) Kap. 4 N 75.

4 BGE 117 II 101.

5 BGE 113 II 340 Erw. 7.

6 BGE 117 II 107 Erw. 6b; Schaar (zit. Anm. 3) N 198; A. Keller (zit. Anm. 3) 34; zu diesen, sich aus der Schadenminderungspflicht ergebenden Restriktionen nachstehend Ziff. 5.1.

7 Stein (zit. Anm. 3) 648ff. sowie in: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht, (Zürich 1991) 390. Bei Zulassung der Horizontalwirkung der Grundrechte liesse sich der Anspruch auf Vergütung der Anwaltskosten nach Stein auch aus dem in BV 4 verbrieften (Armen-)Rechtsschutzanspruch ableiten.

8 In einem Rechtsgutachten vom 24.8.62 für die Helvetia-Unfall; vgl. die Hinweise in ZR 63/1964 Nr. 100 Erw. C sowie bei Frey, Der Basler Anwaltsgebührentarif (Basel/Frankfurt am Main 1985) 121f.

Einstandspflicht für die vorprozessualen Anwaltskosten u. a. aus dem Schuldnerverzug ab, was aber voraussetzt, dass die Zahlung schuldhaft verweigert worden ist⁹.

2. Haftpflichtrecht als Anspruchsgrundlage

Es ist nicht zu leugnen, dass die getroffene Regelung der Kostenverteilung nicht in allen Punkten überzeugt. Sachgerechtere Resultate lassen sich indessen durchaus auch mit dem *herkömmlichen Haftpflichtinstrumentarium* verwirklichen¹⁰, wenn den Anwaltskosten der

richtige Platz zugewiesen und ihrer Eigenart genügend Rechnung getragen wird. Nicht zweifelhaft sollte jedenfalls sein, dass die anfallenden Anwaltskosten einen *relevanten Schadensposten* darstellen. Daran ändert nichts, wenn die Ausgaben auf dem freien Willensentschluss des Geschädigten beruhen. Zwar wird der Schaden häufig als unfreiwillige Vermögenseinbusse charakterisiert¹¹ und damit von anderweitigen Vermögensverlusten abgegrenzt. Die *Freiwilligkeit* ist indessen kein verlässliches Kriterium. Entscheidend ist einzig die Zurechnung des Vermögensnachteils nach Massgabe des Haftungsrechts¹². Man kann wohl auch, selbst wenn dem Geschädigten ein gewisser Handlungsspielraum verbleibt, kaum von einem freiwilligen Vermögensopfer sprechen, wenn dem Geschädigten der Anlass für die Aufwendungen aufgezwungen worden ist¹³. Der bestehenden Dis-

9 Dass die «Verzugstheorie» kein ausreichendes Fundament für den Ersatz der Anwaltskosten sein kann, sieht auch Jäggi; vgl. Stein (zit. Anm. 3) 648. Als Verspätungsschaden sind Anwaltskosten dagegen im Rahmen vertraglicher Erfüllungsansprüche geltend zu machen, was bei der Durchsetzung von Versicherungsansprüchen ausserhalb der Haftpflichtversicherung nicht immer beachtet wird; unzutreffend etwa SVA XVI Nr. 47 S. 287f., die Diebstahlversicherung betreffend, wo sich das Gericht auf BGE 97 II 268 beruft! Vgl. auch SVA XV Nr. 75 (Kaskoversicherung) sowie Urteil OGer AG v. 8.11.87, Casëflex-Nr. 2158 (Feuerversicherung); anders Urteil OLG Karlsruhe v. 22.12.89, DAR 1991, 117, das aber die Durchsetzung von Kaskoansprüchen im Haftpflichtfall betrifft.

10 Dies gilt auch für den Schadenszins, in dem Stein eine Parallele sieht. Dass der Geschädigte durch die Entbehrung eines Vermögenswertes einen Schaden erleiden kann, ist offensichtlich. Nicht schlüssig ist dagegen die in BGE 81 II 512/519 vertretene Ansicht, dass der Anspruchsberechtigte so zu stellen ist, wie wenn er für seine Forderung am Tage der unerlaubten Handlung befriedigt worden wäre. Ein Zins ist frühestens ab Eintritt des Schadens geschuldet (so denn auch BGE 82 II 35; vgl. auch Keller/Gabi, Haftpflichtrecht, 2. A. Basel/Frankfurt am Main 1988, 73). Bei genauer Betrachtung sind Zinsen zudem im Haftpflichtrecht nur relevant, wenn der vernichtete Vermögenswert tatsächlich zinstragend angelegt worden wäre oder wenn der Geschädigte die Restitution (vor)finanziert. Trifft dies nicht zu, wie etwa bei der Zerstörung eines Fahrzeugs, muss nicht der (ohnehin nicht realisierte) Kapitalertrag, sondern gegebenenfalls der Nutzungsausfall in Gestalt des «Mietzinses» und (wohl selten) die zwischenzeitlich eingetretene Teuerung berücksichtigt werden (Wiederbeschaffungspreis im Abrechnungszeitpunkt). Geht man davon aus, dass im Haftpflichtrecht nur ein tatsächlich vereitelter Kapitalertrag zu ersetzen ist, so ist auch offensichtlich, dass der Zinsfuss von 5% keine fixe Grösse sein kann; zweifelnd auch v. Büren, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zürich 1964) 47 Anm. 60. Im Sinne einer Vermutung ist aber gegen den vom Gesetzgeber an-

dernorts vorgesehenen Zinsfuss von 5% (OR 73 und 104) nichts einzuwenden. Wie wenig gefestigt die Vorstellungen in der Zinsproblematik sind, zeigt sich auch bei der Berechnung des Versorgerschadens. Während die Schadensberechnung grundsätzlich auf den Urteils- und Vergleichstag erfolgt, wird der Versorgerschaden auf den Todestag kapitalisiert (vgl. BGE 113 II 333 mit Nachw.). Dabei wird nicht nur die bis zum Abrechnungstag eingetretene Teuerung vernachlässigt, es wird auch verkannt, dass mit dem anzuwendenden Kapitalisierungszinsfuss von 3½% ein Zinsvorteil abgeschöpft wird, den der Geschädigte, solange er nicht über das Kapital verfügt, nicht realisieren kann. Selbst wenn ein Schadenszins von 5% zugestanden wird, erfolgt daher entgegen dem Bundesgericht (a. a. O.) kein voller Ausgleich. Das allzu «mechanisierte» Zinsdenken verstellt auch hier den Blick für sachgerechtere Lösungen dahin, dass auch beim Versorgerschaden in zwei Etappen gerechnet werden sollte (bisheriger und zukünftiger Schaden) und für den aufgelaufenen Schaden der Zins und die Teuerung konkret ermittelt werden. Auch der Einwand, dass ungewiss sei, ob der Versorger im Urteilszeitpunkt noch leben würde, überzeugt nicht, denn auch beim Invaliden besteht die Möglichkeit, dass er am Abrechnungstag nicht mehr aktiv wäre!

11 Vgl. etwa v. Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (3. A. Zürich 1979) 84.

12 So auch Oftinger (zit. Anm. 3) 54. Anders dagegen Weimar in FS Hegnauer (Bern 1986) 647ff., der der Problematik «Kind als Schaden» mit dem Freiwilligkeitskriterium beizukommen versucht.

13 So auch ZR 63/1964 Nr. 100 S. 228: «Schaden ist Vermögensminderung (...). Er kann auch in Aufwendungen bestehen, die jemand nicht gemacht hätte, wenn das (schädigende) Ereignis nicht eingetreten wäre. Das ist bei der Zuziehung eines Anwaltes nach

positionsfreiheit sind aber Schranken zu setzen, was mit der sog. *Schadenminderungspflicht* geschieht. Sie ist es letztlich auch, die hinter den Kriterien der «Notwendigkeit», «Nützlichkeit» und «Angemessenheit» steht, die beim Ersatz der Anwaltskosten durchwegs gefordert werden¹⁴.

Für die Anwaltskosten gelten aber noch weitere Besonderheiten, die bislang zu wenig herausgearbeitet worden sind. Entgegen verbreiteter Ansicht handelt es sich bei den Anwaltskosten nicht einfach um einen Vermögensschaden, sondern um einen Vermögensfolgeschaden. Die gemachte Unterscheidung hat weitreichende Konsequenzen. Als *Folgeschaden* entziehen sich die Anwaltskosten nicht nur einer gesonderten Widerrechtlichkeitsprüfung, sie werden vielmehr auch von jenen spezialgesetzlich geregelten Haftungstatbeständen¹⁵ erfasst, die entsprechend ihrer unfallrechtlichen Konzeption nur den Ersatz von Personen- und Sachschäden vorsehen. Anerkennt man als Vermögensschaden – und nur diese Deutung erlaubt eine klare Abgrenzung des Geltungsbereichs dieser Bestimmungen¹⁶ – nur jene Schäden, die nicht auf die Ver-

letzung der Person oder von Sachgütern des Geschädigten zurückführen, so müssen Anwaltskosten ohne weiteres zugelassen werden, denn Anlass und im Zentrum der Bemühungen des Anwalts stehen ja gerade Personen- oder Sachschäden. Die gegenteilige Ansicht, von der auch Stein ausgeht, sieht sich demgegenüber gezwungen, die Anwaltskosten über OR 41 zu liquidieren¹⁷. In BGE 117 II 106

lierte Schäden, für die der Begriff «reine Vermögensschäden» oder «Vermögensschäden i. e. S.» vorzuziehen ist und die mit der obigen Einteilung keineswegs deckungsgleich sind (der Versorgerschaden ist z. B. als Schadenskategorie unter die Personenschäden zu rubrizieren, stellt im hier verstandenen Sinne aber Vermögensschaden dar), weisen auf ein Zurechnungsproblem hin: Da das Vermögen durch die Rechtsordnung nur punktuell geschützt wird, muss für die Begründung der Widerrechtlichkeit die Verletzung einer entsprechenden Schutznorm nachgewiesen sein. Dass auch die in Anm. 15 aufgezählten Haftungstatbestände diese Konstellation im Visier haben, geht schon aus der sprachlichen Fassung hervor, die sich einzig über die Schadenursachen ausspricht (Tötung, Körperverletzung und Beschädigung einer Sache stellen nicht selber den Schaden dar, sondern sind Ursachen eines solchen; vgl. Oftinger a. a. O. Anm. 40). Exkludiert werden damit Schäden, die nicht von der Verletzung von Personen- oder Sachgütern herrühren. Eine weitere Ausgrenzung von Folgeschäden nach ihrer Stellung in der Kausalkette ist jedenfalls weder theoretisch noch praktisch durchführbar, wie die unfruchtbare Diskussion um die Abgrenzung von mittelbaren und unmittelbaren Schäden eindrücklich belegt. Wollte man auf die ursächliche Nähe abstellen, wäre zumindest zweifelhaft, ob nicht auch die Mietwagenkosten den Nimbus des Sachschadens verlieren würden. Vgl. zum Ganzen auch Lorandi, Haftung für reinen Vermögensschaden, recht 1990, 19ff. sowie Kramer, «Reine Vermögensschäden» als Folge von Stromkabelbeschädigungen, recht 1984, 128ff. sowie BGE 106 II 75, der ganz im Sinne der hier geäußerten Ansicht als Vermögensschäden nur solche gelten lässt, die nicht unmittelbar auf Tötung, Körperverletzung oder Sachbeschädigung beruhen und dem unmittelbar Geschädigten auch nicht in weiterer Folge aus einem so gearteten Eingriff erwachsen, die unterschiedliche Dreiteilung auf der Ebene der Haftungs begründung und jener des Schadens vermessen lässt und damit nicht völlige Klarheit schafft.

17 SJZ 81/1985 Nr. 24 S. 133 und ganz selbstverständlich davon ausgehend auch BGE 113 II 340; ferner Hütte (zit. Anm. 3) 335. Geht man mit Oftinger (zit. Anm. 3) 479ff., dem Satz *lex specialis derogat legi generali* folgend, vom Verhältnis der Exklusivität aus, müsste ein Anspruch überhaupt verneint werden. Dagegen spricht aber schon die mit der Einführung von Gefährdungshaftungen beabsichtigte Besserstellung des Geschädigten und zudem der Umstand, dass sich der Ausschluss nur auf Ansprüche

einem schädigenden Ereignis, den Rechtsverfolgungskosten, so gut der Fall wie bei der Zuziehung eines Arztes»; vgl. auch Girsberger (zit. Anm. 3) 351.

14 Einzelheiten hinten Ziff. 5.2.

15 SVG 58 I; EIG 27; RLG 33 I; EHG 1; LFG 64 I.

16 Die Verwirrungen und Missverständnisse rund um den Vermögensschadensbegriff erklären sich m. E. daraus, dass dieser in ganz unterschiedlichem Zusammenhang verwendet wird, was sich letztlich auch in der terminologischen Vielfalt bemerkbar macht (gesprochen wird – mit gleicher oder wechselnder Bedeutung – u. a. vom reinen Vermögensschaden, vom Vermögensschaden i. e. S. oder vom weiteren, sonstigen oder übrigen Schaden). Zum einen wird mit dem Vermögensschaden eine Schadenskategorie bezeichnet und zwar, anknüpfend an der Art des verletzten Rechtsgutes, derjenige Schaden, der weder Personen- noch Sachschaden ist. Treffender ist dafür die Umschreibung «sonstiger» Schaden, denn als Schaden wird per definitionem nur eine Vermögenseinbusse anerkannt; auch Tötung, Körperverletzung und Sachbeschädigungen führen zu Vermögensschäden (Oftinger, zit. Anm. 3, S. 61 Anm. 38). Während die Einteilung beim Schaden lediglich klassifikatorische Bedeutung hat, stellen sich bei der Haftungs begründung einige Besonderheiten, wenn der eingetretene Nachteil ausschliesslich das Vermögen trifft, ohne dass Personen- oder Sachgüter der gleichen Person (letztere Einschränkung ist für die sog. Reflexschäden bedeutsam) mittangiert sind. So iso-

Erw. 4 hat sich nun aber auch das Bundesgericht – allerdings mit nicht restlos überzeugender Begründung¹⁸ – für den Einbezug der Anwaltskosten in die Haftung nach SVG ausgesprochen, und im gleichen Sinne hat sich auch Stark geäußert¹⁹.

Als Folgeschaden, auch das ein Kritikpunkt von Stein, unterliegen die Anwaltskosten auch nicht zwangsläufig der gleichen Haftungsquote wie die übrigen Schadensposten, denn eine einheitliche Quotierung des Schadens ist nur dann sachgerecht, wenn der angerufene Reduktionsgrund für sämtliche Schadensposten in gleicher Weise relevant ist. Zudem ist bei den Anwaltskosten auch das Verhalten der Beteiligten bei der Schadenbehandlung in den Abwägungsprozess einzubeziehen und die Reduktionsquote entsprechend zu modifizieren²⁰.

Auf den dritten Kritikpunkt von Stein – Kostenaufteilung nach Prozessrecht – wird in der folgenden Ziffer eingegangen.

3. Kostenaufteilung nach Prozessrecht

3.1 Prozessuale Kosten

Soweit die Auseinandersetzung zwischen dem Geschädigten und dem Haftpflichtigen bzw. seinem Haftpflichtversicherer auf dem Prozessweg entschieden wird, richtet sich die Entschädigung der Anwaltskosten ausschliesslich

beziehen kann, die vom Spezialtatbestand überhaupt erfasst werden. Eine abschliessende Regelung setzt denn auch Oftinger a. a. O. voraus; vgl. dazu auch Kramer (zit. Anm. 16) 130.

18 «Die Anwaltskosten und namentlich jene aus einem Strafverfahren stellen weder Personen- noch Sachschaden dar: ihr Ersatz im Rahmen der – im Zusammenhang mit der vorliegenden Klage gegen die Haftpflichtversicherung allein in Betracht kommenden – Haftpflicht im Strassenverkehr wäre daher ausgeschlossen (...), womit sich die ganze Diskussion über die vor dem Prozess über die Verkehrshaftpflicht entstandenen Anwaltskosten erübrigte. Allerdings ist – in der Regel – auch ein Nachteil, der einem Sachschaden ähnliche Folgen nach sich zieht, als solcher und nicht als bloss wirtschaftlicher Schaden zu betrachten»; Übersetzung nach Pra 80/1991 Nr. 163 S. 734f.

19 Oftinger/Stark (zit. Anm. 3) § 25 N 301; gleich auch schon ZR 63/1964 Nr. 100 S. 228.

20 Näheres hinten Ziff. 5.2.

nach dem anwendbaren Prozessrecht. Das ist unbestritten, soweit es nur um das Schicksal der durch den Prozess entstandenen Kosten geht. Die Prozessordnungen sehen in aller Regel eine *Aufteilung der Kosten nach Massgabe des Obsiegens und Unterliegens* vor. In Schadenersatzprozessen wird zunehmend auch nach dem *Veranlassungsprinzip* verfahren, d. h. danach, ob sich der Geschädigte in guten Treuen zur Erhebung seiner Forderung berechtigt sehen durfte²¹. Damit soll den über weite Bereiche bestehenden Unsicherheitsfaktoren und namentlich dem grossen Schätzungsermessen des Richters bei der Quantifizierung des Schadens Rechnung getragen werden²².

Für die Honorierung der anwaltlichen Leistungen sind die *kantonalen Tarifordnungen* (Gerichtstarife) massgebend. Das in den Prozessordnungen vorgesehene Ermessen des Richters bei der Festsetzung der Parteientschädigung²³ wird durch die dort vorgesehenen Ansätze beschränkt. Soweit sich der Richter an die vorgegebenen Tarife und den gesetzlichen Verteilungsschlüssel hält und von keiner Partei aussergewöhnliche Umstände geltend gemacht werden, muss er den Kostenentscheid nicht begründen²⁴.

Zu den prozessualen Anwaltsbemühungen zählen nebst der Parteivertretung vor Gericht

21 Vgl. BGE 112 Ib 333 Erw. 7; SJZ 83/1987 Nr. 8 S. 50; BJM 1987, 160; dazu auch Bucher, Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 102/1983 II 293; Stein (zit. Anm. 3) 658f.; Schaffhauser/Zellweger (zit. Anm. 3) N 966 mit weiteren Nachw. Eine solche Möglichkeit sieht auch § 64 ZPO/ZH vor. Danach kann vom Proportionalitätsprinzip abgewichen werden, wenn sich die unterliegende Partei in guten Treuen zur Prozessführung veranlasst sah, oder wenn dem Kläger die genaue Bezifferung seines Anspruchs nicht zuzumuten war. Ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses können einer Partei zudem diejenigen Kosten auferlegt werden, die sie unnötigerweise verursacht hat (vgl. z. B. § 66 ZPO/ZH).

22 Nicht aber dem Umstand, dass der Prozess und die damit verbundenen Kosten eine adäquate Folge des schädigenden Ereignisses darstellen; so aber Schaffhauser/Zellweger (zit. Anm. 3) N 966. Ein solches Konglomerat von Haftpflicht- und Prozessrecht geht nicht an und widerspricht auch der von diesen Autoren vorgängig gemachten Feststellung: «Bundesrecht ist insoweit nicht anwendbar».

23 Vgl. z. B. § 69 ZPO/ZH.

24 BGE III Ia 1.

die Aufwendungen, die unmittelbar für die Einleitung und Durchführung des Prozesses notwendig sind: Instruktion, Sammlung des Prozessstoffes, Prüfung der Rechtslage und Ausarbeitung der Rechtsschriften u. ä. m. Als Prozesshandlungen gelten auch die im Hinblick auf den Prozess geführten Vergleichsverhandlungen²⁵. Sie sind, gleich wie das Aktenstudium und das Abwägen der Prozesschancen, Teil der Prozessvorbereitung²⁶. Nicht mehr erfasst sind dagegen besonders aufwendige Abklärungen²⁷ und Bemühungen, die primär mit dem Ziel einer aussergerichtlichen Erledigung unternommen worden sind.

3.2 Vorprozessuale Kosten

In Haftpflichtfällen wird der Anwalt meist nicht erst beigezogen, wenn gerichtliche Schritte erwogen werden. In aller Regel führt er vorgängig – oft über einen langen Zeitraum – Vergleichsverhandlungen mit dem Haftpflichtversicherer. Ist die Haftung nicht dem Grunde nach bestritten, werden dabei Teilansprüche definitiv abgerechnet oder Akonto-Zahlungen geleistet. In BGE 97 II 267 hat das Bundesgericht festgehalten, dass die vor der Prozesseinleitung von der Prozessentschädigung nicht erfassten Anwaltskosten grundsätzlich Bestandteil des Schadens sind²⁸. Einzelne Prozessordnungen erlauben es, auch die vor dem Prozess entstandenen Kosten in die Prozessentschädigung einzubeziehen²⁹. Alsdann bleibt nach dem Bundesgericht «für die Zusprechung einer Forderung für vorprozessuale Anwaltskosten als Schadenersatz im Sinne des Bundesrechts (. . .) kein Raum. Das Bundesrecht verlangt nicht, dass dem durch unerlaubte Handlung Geschädigten die vor-

prozessualen Anwaltskosten unabhängig davon, ob er seine Schadenersatzforderung im Prozess zu hoch bemesse oder nicht, in vollem Umfange zu ersetzen seien»³⁰.

Die Ansicht des Bundesgerichts, wonach vorprozessuale Kosten haftpflichtrechtlich nur dann Bestandteil des Schadens sind, wenn sie nicht durch die nach kantonalem Verfahrensrecht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind, vermag nicht zu befriedigen. Zu stossenden Resultaten führt diese Sichtweise dann, wenn die vorprozessualen Kosten unbesehen der Haftungsquote und der übrigen Bemessungsfaktoren im Verhältnis des Obsiegens zugesprochen werden. Wurde bereits ein Teilvergleich erzielt, kann die Honorierung überdies nicht allein am Streitwert bemessen werden und der Prozessausgang nicht Grundlage der Kostenaufteilung sein³¹. Die Verlegung auch vorprozessualer Kosten nach prozessrechtlichen Grundsätzen hat zur Folge, dass der Ersatz der Anwaltskosten je nach Kanton unterschiedlich ausfällt, was mit dem Bundesrecht nicht vereinbar ist, denn nur die Rechtspflege und nicht das materielle Zivilrecht ist den Kantonen vorbehalten³². Für die nicht spezifisch prozessualen Bemühungen besteht ein vom kantonalen Recht unabhängiger bundesrechtlicher Ersatzanspruch, der zumindest im Sinne eines Minimalstan-

25 Letzte Versuche einer gütlichen Einigung.

26 LU: LGVE 1987 I Nr. 13 S. 32; BS: BJM 1961, 236. Die kantonalen Honorarordnungen gewähren z. T. einen Tarifizuschlag, wenn ernsthafte Anstrengungen nachgewiesen sind, vgl. zum Ganzen auch Frey (zit. Anm. 8) 116f., 121ff.

27 BS: BJM 1986, 331.

28 Bestätigt in BGE 113 II 340; 117 II 104 Erw. 2.

29 ZH: ZR 72/1973 Nr. 17; 70/1971 Nr. 62 Erw. 6; 69/1970, Nr. 141 Erw. 10; 63/1964 Nr. 100 Erw. C; Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung (2. A. Zürich 1982) N 2 zu ZPO 69; BE: ZbJV 120/1984, 280/83 Erw. 7.

30 In BGE 98 II 129 n. p. Erw. III des Urteils v. 9.5.72 i. S. Tonzeller c. Zürich; vgl. auch das darauf gestützt erlassene Urteil OGer ZH v. 21.12.72, ZR 72/1973 Nr. 17; ferner BGE 117 II 395f.; SJZ 73/1977, 340 Nr. 92; BGE 112 Ib 356 die Haftung des Bundes für die mit einem Verwaltungsverfahren verbundenen Kosten betreffend.

31 Dazu eindringlich auch Stein (zit. Anm. 3) 642ff. Dass die Verlegung der Kosten nach dem Prozessausgang dann kein gangbarer Weg ist, wenn der Prozess nur noch über einen Teilanspruch (i. c. Rest des Genugtuungsanspruchs und aussergerichtliche Kosten) geführt wird, wird auch in ZR 70/1971 Nr. 62 S. 191 erkannt: «Es wäre also unbillig, wenn die Klägerin deshalb, weil sie mit Bezug auf die prozessual geltend gemachte Mehrforderung unterläge, nachdem die Beklagte, an Sachschaden und Bestattungskosten Fr. 7372.35, an Genugtuung Fr. 10000.–, an Zins Fr. 1583.– und dazu weitere Fr. 417.– anerkannte, des vollen Anspruchs auf Ersatz der ausserprozessualen Kosten verlustig ginge.»

32 Gleich auch A. Keller (zit. Anm. 3) 41; Schaffhauser/Zellweger (zit. Anm. 3) N 967; vgl. auch ZbJV 120/1984, 283.

dards durch das kantonale Recht nicht beschnitten werden darf³³.

3.3 Ausserprozessuale Kosten

Nur wenige Fälle enden vor Gericht. Regelfall bildet die vergleichsweise Erledigung der Schadenersatzansprüche. Auch wenn darüber keine Gerichtsurteile zu finden sind, was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass sich die Versicherungsgesellschaften an den Anwaltskosten regelmässig beteiligen, ist allgemein anerkannt und durch die vorstehenden Ausführungen in Ziff. 2 bestätigt, dass die Anwaltskosten auch im Falle eines aussergerichtlichen Vergleichs geschuldet sind. Für die Bemessung des geschuldeten Ersatzes gelten dabei die nachfolgenden Grundsätze.

4. Höhe des Anwaltshonorars (Honorarbemessung)

4.1 Vorbemerkung: Notwendige Unterscheidung von Honorar- und Schadenersatzbemessung

Die Frage nach der Höhe des geschuldeten Honorars ist hier nicht zu vertiefen. Aufzuzeigen sind nur die wesentlichen Faktoren, die an der Bemessung des Honoraranspruchs beteiligt sind und so die Höhe des Schadens bestimmen, und jene, die bei der Schadenersatzbemessung zum Zuge kommen und erst festlegen, wie weit sich der Haftpflichtige an den

Anwaltskosten zu beteiligen hat. Die Bemessung des Honorars und die Festsetzung des Schadenersatzes sind auseinanderzuhalten, auch wenn einzelne Kriterien in der praktischen Umsetzung ineinanderfliessen mögen. *Entscheidend ist, dass in der Diskussion um die Angemessenheit des Honorars nicht nur «tarifliche» Kriterien, sondern mit dem Filter der Schadenminderungspflicht und den übrigen Reduktionsgründen auch spezifisch haftpflichtrechtliche Bemessungselemente eine Rolle spielen.*

4.2 Üblichkeit der Verbandstarife

Ausgangspunkt der geschuldeten Kosten bildet primär das zwischen dem Anwalt und Geschädigten vereinbarte Honorar. Eine solche Abrede ist meist in der Vollmachtserklärung enthalten. Wenn dort allerdings nur global auf den Anwaltstarif verwiesen und der massgebende Ansatz nicht aufgeführt wird, können unübliche oder zumindest ungewöhnliche Tarifposten keine Geltung beanspruchen³⁴. Wurde nichts verabredet, so steht – es gilt Auftragsrecht – dem Anwalt zu, was «üblich» ist (OR 394 III)³⁵. In BGE 117 II 282 hat das BGE offengelassen, ob die von den kantonalen Anwaltsverbänden erlassenen Konventionaltarife als Ausdruck der Übung gewertet werden dürfen³⁶. Nach Guhl/Merz/Druey³⁷ erfüllen Verbandstarife nur selten das für die Anerkennung als Verkehrssitte erforderliche Mass an Üblichkeit. «Sollte dies aber für bestimmte Branchenkreise zutreffen, so braucht sich doch das allgemeine Publikum nur Übungen entgegenhalten zu lassen, die es tatsächlich kennt³⁸». Daraus lässt sich schliessen, dass namentlich Sonderzuschläge und Tarifansätze, die sachlich nicht ausgewiesen sind,

33 Die vom Bundesgericht in BGE 117 II 397 zur Haftung für prozessuales Verhalten gemachten Feststellungen, dass verschiedene Normen vermutungsweise alternativ anwendbar sind und sich der Bestand einer verfahrensrechtlichen *lex specialis* nur dort vertreten lässt, wo der Prozess und der mit ihm verbundene Aufwand mit einer anderweitigen Rechtsverfolgung in Zusammenhang steht, somit bloss eine Nebenfunktion hat, treffen gleichermaßen auch auf die vorprozessualen Kosten zu. Hier wie dort existiert neben einer allfälligen prozessrechtlichen auch eine bundesrechtliche Anspruchsgrundlage. «Diesfalls besteht grundsätzlich ein selbständiger bundesrechtlicher Ersatzanspruch, dessen Durchsetzung nicht davon abhängt, ob das massgebende Verfahrensrecht seinerseits die Möglichkeit einer Deckung gibt», BGE a. a. O.; vgl. dazu auch Casanova, Die Haftung der Parteien für prozessuales Verhalten (Diss. Freiburg 1982) 51ff. insbes. 54.

34 Fellmann, Berner Kommentar, Bd. VI/2/4, Das Obligationenrecht (Bern 1992) N 432ff. zu OR 394; Hofstetter, SPR VII/2, 60.

35 Ob die Übung auch den Umfang der Vergütung bestimmt, ist kontrovers, wird aber mehrheitlich bejaht; vgl. die Nachweise pro und contra bei Fellmann (zit. Anm. 34) N 396 zu OR 394.

36 Andeutungsweise bejaht in BGE 101 II 112ff., dagegen verneint für SIA-Normen in BGE 107 II 178.

37 Das Schweizerische Obligationenrecht (8. A. Zürich 1991) 495.

38 BGE 94 II 157, 86 II 257.

kaum in Rechnung gestellt werden können. Der Verbandstarif ist aber insofern zu beachten, als er die Maximalgrenze dessen bildet, was der Haftpflichtige schuldet, denn der Anwalt hat sich an die Tarifvorgaben der Verbände zu halten³⁹.

4.3 Honorarminderung bei unsorgfältiger und unwirtschaftlicher Auftragsführung

Grundsätzlich ist eine Vergütung auch geschuldet, wenn die Tätigkeit nicht erfolggekrönt ist. Entspricht die Auftragsbefreiung aber nicht der erforderlichen Sorgfalt, ist *kein oder nur ein reduziertes Honorar* zu entrichten⁴⁰. Nach OR 402 I sind ausserdem nur die in richtiger Ausführung des Auftrages gemachten *Auslagen und Verwendungen* zu erstatten. Nach Derendinger⁴¹ ist es angezeigt, diese Bestimmung analog auch auf die Bemessung der Vergütung *unwirtschaftlicher Auftragsführung* anzuwenden. Für einen unnötigen, sachlich nicht gerechtfertigten Mehraufwand kann demnach der Beauftragte nichts fordern.

39 Dies gilt allerdings nur für die Mitglieder der betreffenden Anwaltsverbände; vgl. Wolffers, Der Rechtsanwalt in der Schweiz (Diss. Zürich 1986) 162; Frey (zit. Anm. 8) 28f., doch sind Tarifüberschreitungen als unüblich zu taxieren und, sofern ausdrücklich vereinbart, haftpflichtrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht abzuweisen.

40 Vgl. Pra 1992 Nr. 185 S. 685; BGE 110 II 285f. Erw. 3a; Anwaltskammer LU, SJZ 8/1963, Nr. 164 S. 344; ZR 83/1984 Nr. 91 das Architektenhonorar betreffend; eingehend dazu Derendinger, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages (Z. A. Freiburg 1990) N 370ff.; ferner Weber, Praxis zum Auftragsrecht und zu den besonderen Auftragsarten (Bern 1990) 71, der eine Kürzung nach dem Äquivalenzgedanken für angebracht hält. - Zur Überprüfung der Anwaltsrechnung im Moderationsverfahren, das ausschliesslich die Tarifmässigkeit zum Gegenstand hat, BGE 112 Ia 25; ZR 88/1989 Nr. 45; Wolffers (zit. Anm. 39) 168f.

41 Zit. Anm. 40, N 424f.: «Zu vergüten sind nur (aber immerhin) diejenigen Arbeiten, die der Beauftragte 'den Umständen nach für erforderlich halten durfte'; vgl. auch BGE 117 II 285, wo im Anschluss an Derendinger festgestellt wird, dass dies bei fehlender Honorarvereinbarung bereits aus dem aus den Gesamtumständen und der allgemeinen Lebenserfahrung zu ermittelnden hypothetischen Parteiwillen folgt. Dem Beauftragten ist in der Ausführung seiner Tätigkeit allerdings ein angemessener Handlungsspielraum zuzubilligen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass bei fehlender oder nicht hinreichend spezifizierter Entgeltsvereinbarung stets zu prüfen ist, ob die Vergütung den geleisteten Diensten *objektiv angemessen* ist⁴². Nicht geschuldet ist ein unnötiger oder durch pflichtvergesene Auftragsführung verursachter Aufwand.

4.4 Bemessungsfaktoren beim Anwalts-honorar insbesondere

Da die Vereinbarung eines Erfolgshonorars⁴³ verpönt ist, verbleiben als massgebende Bemessungsfaktoren für die Verrichtungen der Anwälte primär der *Zeitaufwand* sowie die *Bedeutung des Geschäfts*. Die Honorarordnungen der Kantone und Verbände⁴⁴ sehen regelmässig eine Kombination von Wert- und Zeittarif vor⁴⁵, denn weder das eine noch das andere System vermag in reiner Durchführung zu befriedigen⁴⁶. Ausgehend von der durch den Streit- bzw. Interessenswert indizierten Bedeutung der Sache wird entweder ein bestimmter Stundenansatz oder eine Mindest- und Höchstgebühr festgesetzt, die nach dem Bemühungsaufwand auszuschöpfen ist.

Beim *Zeitaufwand* ist dabei aber nicht von der tatsächlich beanspruchten Zeit auszugehen, sondern vom *gebotenen Aufwand*. Dies folgt schon aus den einleitend dargestellten auftragsrechtlichen Grundsätzen und hat

42 BGE 117 II 284, 101 II 111.

43 Vgl. dazu Wolffers (zit. Anm. 39) 165ff.; Wegmann, Handbuch über die Berufspflichten des Rechtsanwaltes im Kanton Zürich (Zürich 1988) 152ff.; BGE 113 Ia 284f.

44 Zum Geltungsbereich und zur Abgrenzung zwischen Konventionaltarif und staatlicher Tarifordnung Frey (zit. Anm. 8) 31ff.; Wolffers (zit. Anm. 39) 161f.

45 Vgl. z. B. Art. 2 der Gebührenordnung des Vereins Zürcherischer Rechtsanwälte (Ausgabe Dezember 1991): «Grundlage für die Festsetzung des Honorars im Rahmen der nachstehenden Bestimmungen bilden:

- der nach den Umständen gebotene Zeitaufwand des Anwalts
 - die Bedeutung der Sache für den Auftraggeber
 - die mit der Sache verbundene Verantwortung».
- Gleich z. B. auch § 2 II der zürcherischen Verordnung über die Anwaltsgebühren sowie Art. 4 des bernischen Dekrets über die Anwaltsgebühren, das noch die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien erwähnt.

46 Wolffers (zit. Anm. 39) 162f.; Frey (zit. Anm. 8) 38; vgl. dazu auch Stein (zit. Anm. 3) 662.

auch in den Honorarordnungen ihren Niederschlag gefunden, indem dort nicht vom Zeitaufwand schlechthin die Rede ist, sondern vom «nach den Umständen gebotenen Zeitaufwand»⁴⁷. «Übersteigt der effektive Zeitaufwand den objektiv gebotenen, ist auf den letztern abzustellen. Unnütze Weitschweifigkeit oder sinnlose Vorkehrungen soll der Klient ebensowenig entgelten müssen wie langsame, ineffiziente Arbeitsweise des Anwalts»⁴⁸. Als Referenzperson ist auf einen fachlich ausgewiesenen, routinierten Anwalt abzustellen. Vorausgesetzt werden darf insbesondere, dass der Anwalt mit der Materie vertraut ist⁴⁹. Die Überprüfung des Zeitaufwandes verlangt freilich, wozu der Anwalt verpflichtet ist, eine hinreichende *Spezifizierung* und *Substantiierung* der Bemühungen in der *Honorarrechnung*⁵⁰.

Neben weiteren Bemessungsfaktoren, wie die besondere Schwierigkeit⁵¹ oder die wirt-

schaftlichen Verhältnisse^{52/53}, bildet der *Streit- bzw. Interessewert* die zweite wichtige Basis der Honorarbemessung. Der Streitwert ist nicht mit dem ursprünglich Geforderten gleichzusetzen, das den schliesslich zugesprochenen Betrag um ein Mehrfaches übersteigen kann, sondern höchstens mit einem realistischen, durch vertretbare Argumente ausgewiesenen Forderungsbetrag⁵⁴.

Keine angemessene Vergütung ist in Haftpflichtfällen eine ausschliesslich in Prozenten des Interessen- oder Streitwertes bemessene Honorierung⁵⁵. Bedenken weckt namentlich die z. T. praktizierte «10%-Regel», wonach sich das Honorar auf einen Zehntel der vereinbarten Entschädigung bemisst. Diese sollte nicht einmal im Sinne einer Faustregel zur Grundlage der Honorarbemessung gemacht werden⁵⁶. Pauschalsätze können zwar bei der

47 Vgl. die in Anm. 45 zit. Bestimmungen der zürcherischen Gebührenordnung und des bernischen Gebührenredekrets.

48 Vgl. Sterchi, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz (Bern 1992) 187f.

49 Nach Sterchi (zit. Anm. 48, a. a. O.) muss der Anwalt auch eine übermässige Beanspruchung durch den Klienten abwehren bzw. diesen auf die Kostenfolgen aufmerksam machen. Selbst dort, wo eine gewisse persönliche Betreuung notwendig sei, könne diesem Umstand beim gebotenen Zeitaufwand nur begrenzt Rechnung getragen werden.

50 Zu den Anforderungen ZR 89/1990 Nr. 85, wo auch zutreffend darauf hingewiesen wird, dass der Zeitaufwand neben dem Streitwert «der einzige mathematisch auswertbare» Faktor ist; vgl. auch Wegmann (zit. Anm. 43) 147f. Der Zeitaufwand ist allerdings von geringerer Bedeutung, wenn das Honorar nach auf dem Streitwert basierenden Pauschalsätzen bestimmt wird, ZR 81/1982 Nr. 9.

51 Soweit diesem Umstand nicht mit dem Faktor Zeit Rechnung getragen wird und unter der Voraussetzung, dass die Zuschläge bei aussergerichtlichen Entschädigungen ausdrücklich vereinbart worden sind (als üblich können solche Extraleistungen jedenfalls nicht eingestuft werden). Als besondere Schwierigkeit erwähnt Art. 4 der Gebührenordnung des Zürcher Anwaltsverbandes fremdsprachige Akten bzw. Verhandlungen, internationale Tatbestände und Rechtsfragen sowie die Beanspruchung von Spezialkenntnissen; vgl. auch Frey (zit. Anm. 8) 39, der den Faktor «Schwierigkeit» als schwer evaluierbares Bemessungselement bezeichnet und darauf hinweist, dass kompliziert nicht notwendigerweise auch schwierig bedeutet.

52 Nach Frey (zit. Anm. 8) 38f. ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als soziales Gebot nur bei nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten begründet; vgl. auch Sterchi (zit. Anm. 48) 189. Ob die wirtschaftlichen Verhältnisse auch dann relevant sind, wenn dem Klienten für die Anwaltskosten ein Schadenersatzanspruch zusteht, ist zweifelhaft.

53 Anspruchserhöhend wirken nach der zürcherischen Gebührenordnung auch die besondere Dringlichkeit, insbesondere die Beanspruchung ausserhalb der üblichen Bürozeiten sowie die besondere Wichtigkeit für den Auftraggeber, die allerdings bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten in der Tarifierung nach dem Streitwert aufgeht.

54 «Denn die anwaltliche Treue- und Sorgfaltspflicht gegenüber dem Klienten erfordert auch eine realistische Abschätzung der mit einiger Aussicht auf Erfolg verfechtbaren Ansprüche. Die Schlechterfüllung dieser Pflicht darf nicht durch Anwendung des höheren Tarifrahmens für den übersetzten Streitwert noch belohnt werden»; Sterchi (zit. Anm. 48) 190.

55 So auch BGE 101 II 111f., 78 II 127: «Eine Berechnung des Honorars nach Prozenten des Interessen- oder Streitwertes (sog. Prozentvergütung) ist in der Regel keine angemessene, der Billigkeit entsprechende Vergütung für Arbeit und Verantwortung (. . .), muss folglich, wenn sie nicht vereinbart ist, als Ausnahme durch besondere Umstände gerechtfertigt oder vom Gesetze, wie z. B. Provisionen für Mäkler und Agenten, ausdrücklich zugelassen sein»; vgl. dazu auch Fellmann (zit. Anm. 34) N 448 zu OR 394 mit Nachw.

56 Differenzierend auch A. Keller (zit. Anm. 3) 33, der die 10%-Regel bestenfalls als «Eselsleiter» gelten lassen will; für ein Prozenthonorar bei vergleichsweiser Erledigung aber Stein (zit. Anm. 3) 663 und Girsberger, Haftpflicht und Versicherungen: Praktische Ratschläge, Strassenverkehrsrechts-Tagung Freiburg 1982, der für Schäden unter Fr. 100 000.- 10% bis

Überprüfung der Honorarrechnung gewisse Anhaltspunkte liefern⁵⁷, sie lassen aber den tatsächlich geleisteten Aufwand unberücksichtigt. Dass die als Bemessungsbasis dienende Vergleichssumme die Vergütung zudem in die Nähe eines Erfolgshonorars rückt, darüber mag man noch hinwegsehen⁵⁸, unannehmbar ist dagegen, wenn die so ermittelte Summe dem Haftpflichtigen in Rechnung gestellt wird und damit die in Ziff. 5 dargestellten haftpflichtrechtlichen Bemessungskriterien gänzlich ignoriert werden.

Zusätzlich zum Anwaltshonorar sind die *Auslagen* des Anwalts zu entschädigen⁵⁹. Das Gebot der Notwendigkeit und Wirtschaftlich-

höchsten 15%, bei Schäden bis Fr. 500 000.- höchstens 10%, bis Fr. 1 Mio. durchschnittlich 5% und darüber 3% der Vergleichssumme für angemessen hält.

57 Vgl. BGE 117 II 108, wo die ein Mehrfaches betragenden Anwalts- und Gutachterkosten aus dem Strafverfahren auf 10% der Entschädigungssumme gekürzt wurden, vgl. dazu nachstehend Ziff. 6.

58 Immerhin kann eine erfolgsorientierte Honorierung auch Ansporn sein. Als äusserst problematisch erweist sich die kritisierte «Honorarpraxis» indes, wenn der Anwalt durch den Haftpflichtversicherer direkt entschädigt wird, was bei aussergerichtlichen Erledigungen üblich ist. Damit ist das Interesse des Anwalts bei der Schadenerledigung nicht nur darauf gerichtet, ein möglichst gutes Ergebnis für den Geschädigten auszuhandeln, sondern auch darauf, für die erbrachten Leistungen möglichst gut honoriert zu werden. Keller (zit. Anm. 3) 33f. spricht es offen aus, und seine langjährige Erfahrung lässt an der Aussage nicht zweifeln. «Die Versicherungsgesellschaften pflegen indes die Rechnungen der Rechtsanwälte auch bei geteilter Haftung voll zu übernehmen, weil eine Erledigung sehr oft nur zustande kommt, wenn der Betroffene den Entschädigungsbetrag ungeschmälert erhält.» Die Gefahr, dass der Anwalt durch eine grosszügige Honorierung auch zu einem ungünstigen Vergleich die Hand reicht, ist ebenso denkbar, wie umgekehrt, dass er ein angemessenes Angebot ausschlägt, wenn ihm die Honorierung nicht zusagt. Der bestehende Interessenkonflikt, auf den auch das Verbot des Erfolgshonorars abzielt, lässt sich nur vermeiden, wenn die Honorarfrage unabhängig und im Nachgang zu den übrigen Schadensposten ausgehandelt wird, und wenn die Honorierung nicht an der vereinbarten Summe, sondern nach den massgebenden Regeln, d. h. nach der geleisteten Mühe und der Haftungsquote bemessen wird. Dass es nur die schwarzen Schafe sind (und gemeint sind beide Seiten, die Anwälte wie die Mitarbeiter der Versicherungsgesellschaften), die sich verleiten lassen, ändert daran nichts.

59 Darunter fallen Gerichtsgebühren, Porti, Telefon-, Fax- und Reisekosten, Fotokopien usw., vgl. Sterchi (zit. Anm. 48) 190ff.

keit setzt auch hier die Grenzen⁶⁰. Die Auslagen sind bei der Rechnungslegung getrennt aufzuführen und nach Kategorien aufzuschlüsseln⁶¹.

5. Höhe des geschuldeten Ersatzes (Schadenersatzbemessung)

5.1 Beschränkung auf das Notwendige, Nützliche und Angemessene als Ausfluss der Schadenminderungspflicht

Honorarschuldner ist der Geschädigte und nicht der Haftpflichtige oder Haftpflichtversicherer. Dies gilt selbstverständlich auch dort, wo ein direktes Forderungsrecht gegen den Haftpflichtversicherer gegeben ist. Auch wenn die Haftpflichtversicherer häufig direkt mit dem Anwalt abrechnen und alsdann zunächst die in Ziff. 4 genannten Kriterien zu beachten sind, ist zwischen der Honorarbemessung und dem nach haftpflichtrechtlichen Grundsätzen geschuldeten Ersatz zu unterscheiden. Das berechnete Honorar bildet nur die Ausgangsgrösse, das Maximum dessen, was haftpflichtrechtlich geschuldet ist.

Zu übernehmen sind nach gängiger Formel nur die *Kosten, die notwendig, nützlich und angemessen sind*. Diese meist nicht näher begründeten Restriktionen ergeben sich weder aus dem Schaden⁶², noch aus der Kausalität

60 Zu Auseinandersetzungen Anlass geben oft die Kosten für Fotokopien, namentlich auch die Höhe der «Gebühren». Die Gebührenordnung des zürcherischen Anwaltsverbandes sieht einen Ansatz von Fr. 1.- vor, was Frey (zit. Anm. 8) 47 bei grösseren Auflagen für «reichlich» hält.

61 Wegmann (zit. Anm. 43) 148; Sterchi (zit. Anm. 48) 192.

62 Unser Haftungsrecht kennt keine dahingehende Einschränkung, dass nur die erforderlichen Kosten zu ersetzen sind, wie etwa BGB 249, und auch keine Klausel, wonach kein unverhältnismässiger Aufwand bei der Schadensbeseitigung betrieben werden darf (vgl. BGB 251 II). Gleichwohl stösst man in Lehre und Rechtsprechung immer wieder auf den Hinweis, dass lediglich «notwendige» Kosten zu ersetzen sind; vgl. z. B. Merz, SPR VI/1, 200, oder Stark (zit. Anm. 3) N 138, weitere Nachw. bei Schaar (zit. Anm. 3) N 315 Anm. 8. Diese Umschreibung des relevanten Schadens, die neben den Anwaltskosten v. a. bei den Mietwagen-, aber auch bei Heilungs- und Reparaturkosten üblich geworden ist, impliziert,

oder Adäquanz, sondern aus der *Schadenminderungspflicht* (OR 44 I), die dem Geschädigten auferlegt, im Rahmen des Zumutbaren ein Anwachsen des Schadens zu verhindern.

Die Pflicht zur Kleinhaltung des Schadens bedeutet zunächst, dass sich die Einschaltung eines Anwalts aufdrängen muss. Gegen die Schadenminderungspflicht verstösst der Geschädigte, wenn er einen Rechtsanwalt in Bagatellfällen bezieht, was heisst, wenn ein einfach gelagerter Sachverhalt vorliegt, die Haftung dem Grund und der Höhe nach klar ist und der Haftpflichtige seiner Zahlungspflicht unverzüglich nachkommt⁶³. *Nicht notwendig* ist die Einschaltung eines Anwalts in der Regel bei blossen Sachschäden⁶⁴. Das ist, wo keine besonderen Umstände vorliegen, auch noch für Personenschäden anzunehmen, wenn le-

diglich Heilungskosten oder eine vorübergehende Arbeitsunfähigkeit abzugelten sind und die Haftungsbeurteilung unbestritten ist. Anders verhält es sich aber bei Ansprüchen infolge Invalidität oder Tod (Versorgerschaden). Die Komplexität solcher Fälle, aber auch die psychische Situation des Geschädigten, lassen eine Schadenregulierung ohne anwaltschaftlichen Beistand nicht mehr als zumutbar erscheinen⁶⁵.

Die Schadenminderungspflicht bezieht sich sodann auf den Umfang der anwaltlichen Intervention. Ein Abzug ist dann gerechtfertigt, wenn *unnötiger Aufwand* betrieben wird, insbesondere, wenn die Vergleichsbemühungen grundlos oder durch unrealistische Forderungen strapaziert werden⁶⁶. Mit Erfolg wird man sich allerdings gegenüber solchen Mehrkosten nur zur Wehr setzen können, wenn die anerkannten Beträge überwiesen und – mit Bezug auf die streitigen – aussichtslose Verhandlungen rechtzeitig abgebrochen werden⁶⁷.

Wechselt der Geschädigte den Anwalt, sind die daraus resultierenden Mehrkosten nicht zu übernehmen, wenn der *Anwaltswechsel* ohne vertretbare Gründe erfolgt oder wenn er durch das Verhalten des Geschädigten provoziert

dass Schadenminderungskriterien bereits an der Schadensberechnung beteiligt sind (diesen Standpunkt vertritt Schaer a. a. O. insbes. N 313ff.). Für einen solchen Lösungsansatz bietet weder das Gesetz, das uneingeschränkt vom «Schaden» (OR 41), von den «entstandenen Kosten» (OR 45), vom «Ersatz der Kosten» (OR 46) oder vom «daraus entstehenden Schaden» (OR 97) spricht, noch der geltende subjektive Schadensbegriff eine Handhabe. Die Funktion des Schadens reduziert sich auf die Darstellung der finanziellen Konsequenzen der anderweitig, durch die Haftungselemente vorgegebenen Risikoverteilung. Anders verhält es sich nur bei der Schadensschätzung im Rahmen von OR 42 II, wo die Schadenminderungspflicht als Berechnungsbasis antizipiert werden muss. Bei den Anwaltskosten drückt sich der erlittene Nachteil dagegen direkt in Gestalt eines bestimmten Geldbetrages aus, womit zugleich Existenz und Umfang des Schadens feststehen.

63 In diesem Sinne auch Schaffhauser/Zellweger (zit. Anm. 3) N 967; Stein (zit. Anm. 3) 661, der die erwähnten Voraussetzungen namentlich bei Sachschäden bejaht, dagegen bei Personenschäden, soweit nicht eine Bagatellverletzung vorliegt, grundsätzlich ablehnt; ähnlich auch Oftinger/Stark (zit. Anm. 3) § 25 N 301; zur deutschen Praxis Geigel/Rixecker (zit. Anm. 3) Kap. 4 N 73; zu weitgehend Wussow/Küppersbusch, Ersatzansprüche bei Personenschäden (4. A. München 1986) N 357, für die ein Verstoss bei Personenschäden «praktisch nicht denkbar» ist (in der aktuellen, 5. Auflage [1990] ist die Thematik nicht mehr aufgenommen). Zu pauschal auch ZR 70/1971 Nr. 62, wo die Nützlichkeit und Angemessenheit einer Vertretung für Verkehrsunfälle grundsätzlich bejaht wird.

64 Etwa bei Meinungsdivergenzen über Reparaturkosten oder den Wrackwert: Trib. Cantonal VS 7.12.77, Casellex-Nr. 1512; auch Expertisekosten sind hier meist abzulehnen.

65 ZR 70/1971 Nr. 62, S. 190.

66 Ein solches Vorgehen rechtfertigt i. d. R. auch eine Honorarminderung (vgl. vorstehend Ziff. 4.3). Es kann daher offen bleiben, ob der Geschädigte solche Handlungen des Anwalts überhaupt zu vertreten hat. Die Frage, inwieweit der Geschädigte im Rahmen der ihn treffenden Schadenminderungspflicht für Dritte verantwortlich ist, wird in der schweizerischen Literatur kaum erörtert (vgl. immerhin Spiro, Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984, § 118/19). In Deutschland wird der Anwalt, nach allerdings umstrittener Ansicht, nicht als «Erfüllungsgehilfe» betrachtet, sondern gleich wie etwa der Arzt oder eine Reparaturwerkstatt als blosser «Wiederherstellungsgelhilfe» (vgl. dazu Lange, Schadensersatz, 2. A. Tübingen 1990, 590ff., insbes. 596f.). Aus der Befugnis sowie der Notwendigkeit, Wiederherstellungshandlungen Dritten zu übertragen, wird gefolgert, dass die daraus entstehenden Risiken nicht dem Geschädigten zugerechnet werden können. Unter dem Gesichtspunkt der Schadenminderungspflicht hat der Geschädigte nur gerade für die Auswahl, Instruktion und allenfalls die Überwachung des «Gehilfen» geradezustehen, nicht aber für jene Bereiche, die mangels eigener Kenntnisse nicht überblickt und beeinflusst werden können.

67 So die zutreffende Feststellung in ZR 70/1971 Nr. 62 S. 191.

ist⁶⁸. Liegt der Grund in der unsorgfältigen Mandatsführung, kann das Honorar des ersten Anwalts reduziert werden oder gänzlich entfallen⁶⁹.

Liegt ein Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht vor, ist der Anspruch nach OR 44 I angemessen zu kürzen und bei groben Verstößen⁷⁰ gänzlich abzulehnen. Die Einzelheiten sind im Zusammenhang mit den übrigen Reduktionsgründen aufzuzeigen.

5.2 Haftungsquote

Die Anwaltskosten unterliegen nach BGE 113 II 340 den *allgemeinen Reduktionsgründen*, d. h. sie sind lediglich im Umfange der Haftungsquote geschuldet. Entgegen Stein⁷¹ entbehrt es keineswegs der Logik, dass der Geschädigte, der das Schadenereignis mitzuv vertreten hat, auch einen Teil der Anwaltskosten tragen muss. Dass er bei der Geltendmachung seines Anspruchs «goldrichtig» vorgegangen ist, vermag ihn auch bei den Anwaltskosten nicht zu entlasten, jedenfalls dann nicht, wenn er für den Eintritt des schädigenden Ereignisses mitverantwortlich ist, denn alsdann ist er an der Existenz dieser Aufwendungen ebenso beteiligt, wie an den übrigen Schadensposten. Aber auch jene Reduktionsgründe, die für eine Schonung des Haftpflichtigen sprechen, wie namentlich das leichte Verschulden nach OR 43, beanspruchen bei den Anwaltskosten in gleicher Weise Geltung. Die Besonderheit der Anwaltskosten besteht jedoch darin, dass ihr Umfang entscheidend vom Verhalten der Beteiligten bei der Schadenerledigung abhängt, so dass hinsichtlich der Schadensposition «Anwaltskosten» nicht selten eine von der Haftungsgrundquote abweichende Aufteilung gewählt werden muss⁷². Das ist aber

nichts Aussergewöhnliches, denn eine einheitliche, auf den Gesamtschaden bezogene Haftungsquote ist nur dann sachgerecht, wenn sich der Reduktionsgrund bei sämtlichen Schadensposten in gleicher Weise auswirkt oder die gleiche Wertung erfordert. So darf eine Reduktion infolge konstitutioneller Prädisposition selbstverständlich ebensowenig auf die Anwaltskosten übertragen werden wie auf den Sachschaden, der durch den Gesundheitszustand ebenfalls nicht in Mitleidenschaft gezogen wird⁷³.

Die *Höhe der Anwaltskosten* wird nicht nur vom Geschädigten beeinflusst, wie dies für die meisten anderen Folgeschäden zutrifft, sondern auch durch den Ersatzpflichtigen oder seinen Versicherer. Wird der Anspruch etwa zu Unrecht bestritten, so sind die dadurch entstandenen Mehrkosten vom Haftpflichtigen zu tragen. Umgekehrt ist eine Mehrbelastung indiziert, wenn die Kosten auf das uneinsichtige Beharren des Geschädigten zurückzuführen sind oder ein anderweitiger Verstoß gegen die Schadenminderungspflicht gegeben ist.

Die *Aufteilung der Anwaltskosten* folgt daher keineswegs zwingend der Haftungsquote. Nebst dem Umstand, dass die Reduktionsgründe nicht immer sämtliche Schadenspositionen betreffen, ist auch das Verhalten der Parteien einzubeziehen und die Haftungsquote dementsprechend zu erhöhen oder zu ermässigen. Die in Verletzung der Schadenminderungspflicht entstandenen Mehrkosten sind dabei vorgängig abzuziehen und der verbleibende Restbetrag nach Massgabe der relevanten Haftungsquote aufzuteilen. Umgekehrt ist der durch den Haftpflichtigen oder seinen Versicherer verursachte Mehraufwand nicht nur im Umfange der Haftungsquote geschuldet, sondern dem Geschädigten vollumfänglich zuzuschlagen.

68 Vgl. n. p. Urteil OGer ZH v. 14.12.79.

69 Vgl. dazu auch Hütte (zit. Anm. 3) 335f.; Stein (zit. Anm. 3) 639.

70 Insbes. beim Beizug eines Anwalts in Bagatellfällen.

71 Zit. Anm. 3, 647.

72 In diesem Sinne auch Oftinger/Stark (zit. Anm. 3) § 25 N 302, 549; vgl. auch Medicus, Staudingers Komm. zum BGB (12. A. Berlin 1983) N 114 zu BGB 254, der allerdings die Haftungsquote gänzlich beiseite schieben will. Wie das Bundesgericht, also Ersatz im Umfange der Haftungsquote, dagegen A. Keller (zit. Anm. 3) 33.

73 Die Ansicht von Stein (zit. Anm. 3) 647, dass die Anwaltskosten nach der «Schadenersatztheorie» allen Reduktionsgründen unterliegt, auch jenem der Krankheitsdisposition, trifft daher nicht zu. Zu einer differenzierten Betrachtung zwingt schon das Erfordernis der Kausalität, das auf der Seite des Geschädigten ebenso erfüllt sein muss.

6. Anwaltskosten im Strafverfahren

In *BGE 117 II 101*⁷⁴ hat das Bundesgericht die Kontroverse⁷⁵ um den Ersatz der Anwaltskosten im Strafverfahren dahin entschieden, dass auch solche *Bestandteil des Schadens* sind, wenn der Geschädigte am Prozess teilnimmt, um seine zivilrechtlichen Ansprüche zu wahren. Auf der anderen Seite dürfen nach dem Bundesgericht aber auch jene Kosten nicht schlechthin ausgeschlossen werden, die dem Geschädigten in der Rolle des Angeklagten erwachsen. Auch in diesem Falle könne das Strafverfahren dazu dienen, Fragen im Zusammenhang mit der Haftpflicht oder dem Schaden zu klären. Da die Einschaltung des Anwalts aber primär der Verteidigung diene, seien solchermaßen verursachte Auslagen *nur teilweise geschuldet*. Grundvoraussetzung sei auch bei den Kosten des Strafverfahrens, dass sie nicht im Prozess⁷⁶ erhältlich gemacht werden könnten, und dass die Vertretung durch einen Anwalt gerechtfertigt, notwendig und angemessen sei.

Diese Voraussetzungen waren nach dem Bundesgericht im zugrundeliegenden Fall erfüllt, da nur mit Hilfe eines Anwalts sowie eines Gutachtens eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung abgewendet werden konnte und erst dadurch der Weg für die haftpflichtrechtlichen Begehren geebnet war. «Aberdings haben vorliegend die dem Kläger erwachsenen Verteidigungs- und Begutachtungskosten in erster Linie dazu gedient, eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung zu verhindern. Dass sie sich dann auch zivilrechtlich nützlich erwiesen haben, ist bloss eine indirekte Folge davon. Es wäre des weiteren (...) unverhältnismässig, Fr. 38 520.- Anwalts- und Gutachtenkosten aufzuwenden, um eine Schadenersatzklage für ungefähr Fr. 36 000.- (entsprechend dem hier ohne die beiden streitigen Positionen eingeklagten Betrag) einzureichen, die dann nur für den Teilbetrag von Fr. 16 496.- gutgeheissen wird. Be-

rücksichtigt man diese Umstände und vor allem, dass die Schadenersatzklage ungefähr zur Hälfte (nämlich Fr. 16 000.- von den eingeklagten Fr. 36 000.-) gutgeheissen worden ist, erscheint die von der Beklagten anerkannte und ungefähr 10% des gerichtlich zugesprochenen Schadenersatzes entsprechende Entschädigung von Fr. 1649.60 angemessen»⁷⁷.

Das Urteil überzeugt, soweit es für den Ersatz der Anwaltskosten im Strafverfahren nicht die Parteistellung im Strafverfahren für relevant hält, sondern die bestehende *Interdependenz von Straf- und Haftpflichtrecht*. Nicht mehr als eine Verlegenheitslösung ist dagegen die zur Bemessung des Ersatzes herangezogene 10%-Regel, die jedenfalls die massgebenden Kriterien nicht aufzeigen kann. Wie erwähnt will diese auch Keller, auf den sich das Bundesgericht beruft, höchstens als Faustregel gelten lassen⁷⁸ und zwar für die Honorar- und nicht für die Schadenersatzbemessung! Mit dem Bemessungsvorschlag kann wohl auch nicht gemeint sein, dass der Geschädigte, der seine Zivilansprüche auf dem Umweg über ein Strafverfahren verfolgt, gleichwohl nur (aber immerhin) das «Normalhonorar» fordern kann, denn das verträgt sich nicht mit der Feststellung, dass nur jener Teil überwälzt werden kann, der zur Wahrung der zivilrechtlichen Interessen notwendig ist.

Im dunkeln bleiben aber auch die Motive, die den *Ausschluss der anderweitigen, nicht dem Haftpflichtanspruch dienlichen anwaltlichen Bemühungen* zu rechtfertigen vermögen. Nicht stichhaltig ist der viel gehörte Einwand, diese Kosten seien durch den Schädiger gar nicht verursacht worden⁷⁹. Ohne den Haftpflichtigen bzw. das Unfallereignis wären die Funktionäre ja nicht auf den Plan gerufen worden, so dass weder an der Kausalität noch an der Adäquanz – das Eingreifen der Behörden ist erfahrungsgemäss auch nichts Aussergewöhnliches – gezweifelt werden kann. Richtig ist an dieser Ansicht nur, dass es sich um

74 Pra 80/1991 Nr. 163, Originaltext ital.

75 Der Meinungsstand ist in Erw. 3 ausführlich dargestellt und hier nicht zu wiederholen.

76 Im Strafverfahren oder im anschliessenden Zivilprozess.

77 Erw. 6c, zit. nach Pra 80/1991 Nr. 163 S. 736.

78 Vgl. vorn Ziff. 4.4.

79 So Brehm N 91 zu OR 41; ähnlich auch Girsberger 353 und A. Keller 41 (alle zit. in Anm. 3), der einen adäquaten Zusammenhang voraussetzt.

ein Zurechnungs- und nicht um ein Schadensproblem⁸⁰ handelt und diesem auch nicht mit der Schadenminderungspflicht beizukommen ist. Die überzeugendste Erklärung liefert hier m. E. der Hinweis auf das *allgemeine Lebensrisiko*. Das Risiko, (auch unschuldig) in ein strafrechtliches Verfahren verwickelt zu werden, ist nämlich «ein allgemeiner, stets gegenwärtiger Bestandteil des Lebens in einer staatlichen Ordnung. Hiermit muss der einzelne selbst dann rechnen, wenn kein haftungs begründendes Ereignis dem Tätigwerden der zuständigen Behörden vorausgegangen ist»⁸¹. Dass es nicht Sinn und Zweck des Haftpflichtrechts sein kann, dem Geschädigten auch jene Risiken abzunehmen, denen jedermann im täglichen Leben ausgesetzt ist, sollte auch akzeptieren, wer nicht bereit ist, darin das Fundament einer Zurechnungstheorie zu sehen, die erst noch die Lehre von der Adäquanz von ihrem Sockel stossen will. Von einem allgemeinen Lebensrisiko kann freilich dann nicht mehr gesprochen werden, wenn sich durch das Verhalten des Haftpflichtigen die Verdachtsmomente gezielt gegen den Geschädigten richten, namentlich, wenn er durch falsche Angaben belastet wird.

Verfolgt der *Geschädigte im Strafverfahren* unmittelbar oder mittelbar auch seine Haftpflichtansprüche, liegt die Schwierigkeit freilich darin, jenen Teil der Bemühungen zu extrahieren, der sich für die zivilrechtliche Beurteilung als unumgänglich erweist. Der Rückgriff auf die «10%-Regel» kann dazu, wie gesagt, keinen hilfreichen Beitrag leisten. Nimmt der *Geschädigte als Zivilpartei* am Strafverfahren teil, wird man für die über die unmittelbare zivilrechtliche Interessenwahrung hinausgehenden Aktivitäten verlangen können, dass das Verfahren durch die Intervention massgeblich beeinflusst worden ist oder zumindest für den Zivilpunkt bedeutsame Fakten beigesteuert hat. Befindet sich der Geschädigte nicht in einem Beweisnotstand oder können die Erhebungen auch im Zivilprozess gemacht werden, besteht für eine

Beteiligung am Strafprozess kein Anlass⁸². Eine Entschädigung ist aber auch dann nicht gänzlich auszuschliessen, sondern nur im Umfange der verursachten Mehrkosten. *Abklärungen, die als Anspruchsfundament so oder anders getroffen werden müssen, sind grundsätzlich zu entschädigen*. Die nicht immer leicht zu ziehende Grenze ergibt sich aus dem nach der Schadenminderungspflicht gebotenen Kriterium der Nützlichkeit.

Im *Strafverfahren gegen den Geschädigten* liegt das Hauptinteresse in aller Regel in der Verhinderung der Verurteilung, was nicht Gegenstand eines Haftpflichtanspruchs sein kann. Selbst bei einem Freispruch ist zu fordern, dass die Haftung und nicht nur das Strafverfahren ohne den anwaltlichen Beistand anders beurteilt worden wäre. Das Strafverfahren muss einen bedeutenden Beitrag zur Aufhellung des Sachverhaltes leisten. Geht es um rein strafrechtliche Aspekte, insbesondere lediglich um die Strafzumessung, ist eine Kostenbeteiligung abzulehnen.

Dass der Zivilrichter nicht an das Strafurteil gebunden ist, steht in OR 53, dass die Beteiligten ihren Entscheid nicht selten davon abhängig machen, auf einem anderen Blatt! Auch das gilt es zu berücksichtigen.

7. Anwaltskosten im Sozialversicherungsverfahren

Mit dem Einbezug der Kosten aus dem Strafverfahren gewinnt freilich auch die Frage an Aktualität, inwieweit auch jene Anwaltsbemühungen zu entschädigen sind, die aus der Tätigkeit gegenüber dem Sozialversicherer

82 AGVE 1974, 42; vgl. auch plädoyer 3/1989, 69; ZR 69/1970 Nr. 141; 63/1964 Nr. 100; SJZ 86/1990, 127 Nr. 28; 77/1981, 27 Nr. 4; 46/1950 III Nr. 41; SVA VI Nr. 138. Allgemein ist zu beachten, dass der Geschädigte im Strafverfahren nur marginale Mitwirkungsmöglichkeiten hat und die Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche regelmässig auf den Zivilweg verwiesen werden. Eine bessere Parteistellung wird dem Geschädigten nun allerdings durch das Opferhilfegesetz (OHG) v. 4.10.91 (i. K. seit 1.1.93) eingeräumt, u. a. durch die Möglichkeit, den Gerichtsentscheid anzufechten, soweit davon die Zivilansprüche betroffen sind (OHG 8f.; vgl. Botsch. zum OGH, BBl 1990 II 985ff.).

80 So aber Schaer (zit. Anm. 3) N 199f.

81 Mädrich, Das allgemeine Lebensrisiko (Berlin 1980) 51.

entstanden sind⁸³. Dies um so mehr, als im Sozialversicherungsverfahren keine oder keine volle Entschädigung erhältlich gemacht werden kann⁸⁴.

Da sich der Geschädigte zwangsläufig mit dem Sozialversicherer auseinandersetzen hat, sich primär sogar an ihn halten und für die Direktansprüche dessen Entscheid abwarten muss, ist eine Beteiligung des Haftpflichtigen zumindest soweit gerechtfertigt, als die Bemühungen Abklärungen betreffen, die auch für die Bestimmung des Haftpflichtanspruchs gemacht werden müssen⁸⁵. Wie im Strafverfahren ist darauf abzustellen, ob die unternommenen Anstrengungen gleichzeitig auch Grundlage für die Haftungsbeurteilung sind («Ohnehin-Aufwand»). Des weiteren wird man höchstens danach differenzieren können, ob rein sozialversicherungsspezifische Probleme zur Debatte stehen und – unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit und Nützlichkeit – ob mit der Intervention tatsäch-

lich eine Besserstellung des Geschädigten verbunden ist. Wenn es nur um die Aufteilung zwischen Sozialversicherungs- und Haftpflichtleistungen geht, nicht aber um eine effektive Besserstellung des Geschädigten, wird man die Nützlichkeit eher verneinen können⁸⁶. Auch das Sozialversicherungsrecht ist zudem von der Officialmaxime beherrscht, was die Arbeit des Anwalts in vielen Fällen erleichtert, werden doch wichtige Fakten bereits von Amtes wegen erhoben⁸⁷.

8. Einzelfragen

8.1 Beteiligung eines Rechtsschutzversicherers

Nach dem Bundesgericht besteht, an sich selbstverständlich, ein Anspruch auf Prozessentschädigung auch dann, wenn die obsiegende Partei rechtsschutzversichert ist⁸⁸. Einzig bei der Bemessung der Höhe könne allenfalls dem Umstand Rechnung getragen werden, dass der beigezogene Anwalt nicht freiberuflich tätig war⁸⁹. Das gleiche muss auch für die vorprozessualen⁹⁰ und ausserprozessualen Kosten gelten⁹¹. Werden solche Kosten vom Rechtsschutzversicherer übernommen, steht

83 Dafür Stein (zit. Anm. 3) 665f.; Leuzinger-Naef, Bundesrechtliche Verfahrensbedingungen betreffend Verfahrenskosten, Parteientschädigung und unentgeltlichen Rechtsbeistand im Sozialversicherungsrecht, SZS 1991, 191ff.; ablehnend BezGer SG 30.8.90 i. S. Ristic c. Zürich (CaseTex-Nr. 2472), das sich allerdings nicht grundsätzlich mit der Problematik befasst, sondern nur mit der Auslegung einer Honorarvereinbarung, für die unklar war, ob sie auch die Bemühungen gegenüber den Sozialversicherern einschliesst. Brehm (zit. Anm. 3) N 89 zu OR 41 betrachtet gleichzeitige Demarchen beim Sozialversicherer als Reduktionsgrund, geht offenbar aber davon aus, dass sie grundsätzlich zum Schaden zählen.

84 Im Sozialversicherungsverfahren werden im Einspracheentscheid keine Anwaltskosten vergütet (vgl. BGE 117 V 401, der die Gesetzeskonformität von UVV 130 II klar bejaht) und im nachfolgenden Beschwerdeverfahren häufig nur unzureichende Entschädigungen zugesprochen (eine Parteientschädigung ist in AHVG 85 II lit. f, UVG 108 I lit. g, IVG 69, MVG 56 I lit. c, nicht aber im KVG und BVG bundesrechtlich vorgeschrieben). Da im Verfügungsverfahren kein Entschädigungsanspruch besteht, werden vorprozessuale Bemühungen nicht abgegolten, was jene Anwälte benachteiligt, die bereits in dieser Phase mitwirken; vgl. dazu Leuzinger-Naef (zit. Anm. 83) 180ff.

85 Das trifft insbesondere für die anwaltschaftlichen Bemühungen zur Ermittlung des Invaliditätsgrades zu, die weitestgehend den gleichen Kriterien folgt (Einkommensvergleichsmethode), aber auch für Vorzustandsfragen, die auch für die Schadensbeurteilung präjudiziell sein können.

86 Das ist etwa zu verneinen, wenn die Bemühungen auf eine Erhöhung der Integritätsentschädigung abzielen, obwohl der Betrag dann wieder von der offerierten höheren Genugtungssumme abzuziehen ist; Beispiel von Stein (zit. Anm. 3) 666. Da die Renten der Teuerung (UVG) und z. T. auch an den Lohnindex (AHV/IV) angepasst werden, hat der Geschädigte nach Stein aber an möglichst hohen Rentenleistungen ein Interesse.

87 Ärztliche Abklärungen, berufliche Wiedereingliederung usw.; vgl. dazu auch VersGer BE v. 9.12.88, Erw. 6 (CaseTex-Nr. 1236). In einfach gelagerten Fällen ist anwaltschaftlicher Beistand erst gar nicht nötig, was wohl auch den Intentionen der Verfahrenserleichterungen (man denke auch an die erweiterte Kognitionsbefugnis des EVG) entspricht: «Der Beschwerdeführer kann sich darauf verlassen, dass der Versicherungsrichter von sich aus zum Rechten schaut. Es gibt keine 'Fallstricke' formeller Art»; so – etwas gar blauäugig – die Wegleitung der SUVA (3. A. 1990) 128.

88 BGE 117 Ia 296.

89 Was unter dem Gesichtspunkt der Allgemeinkosten, die in der Anwaltsentschädigung eingeschlossen sind, wohl zutreffend ist, aber nur den Fall betrifft, dass kein freiberuflicher Anwalt das Mandat führt.

90 Sofern von der Prozessentschädigung nicht erfasst. 91 Vgl. SVA XV Nr. 79.

diesem im Rahmen von VVG 72 und ergänzend nach OR 51 II ein Regressanspruch gegenüber dem Haftpflichtigen zu⁹². Da der Rechtsschutzversicherer aus Vertrag «haftet», ist ein Rückgriff nur auf diejenigen möglich, der den Schaden aus unerlaubter Handlung verursacht hat. Aus diesem Grunde sehen einzelne Rechtsschutzversicherer in ihren Versicherungsbedingungen Subsidiärklauseln vor, welche die Leistungen auf Schadenspositionen beschränken, für die kein Schadenersatzanspruch besteht⁹³.

8.2 Nichtanwalt, Anwalt in eigener Sache und unentgeltlicher Beistand

Eine Entschädigung ist für einen *Nichtanwalt* nur dann in Betracht zu ziehen, wenn ein ausserordentlicher Einsatz und qualifizierte, d. h. mit der Tätigkeit eines Anwalts vergleichbare Arbeit, geleistet wird⁹⁴. Man wird hier einen Mittelweg zwischen den nicht entschädigungsberechtigten Umtrieben des Geschädigten⁹⁵ und seiner Möglichkeit, einen Anwalt beizuziehen und dafür Ersatz zu verlangen, finden müssen. Bei der Entschädigung ist dabei von einem *deutlich tieferen Ansatz* auszugehen, da keine Allgemeinkosten (Bürounkosten) zu vergüten sind und auch die übernommene Verantwortung nicht mit jener eines Anwalts vergleichbar ist.

In diesem Sinne ist auch zu verfahren, wenn der *Ehegatte* Anwalt ist⁹⁶ oder ein *Anwalt in eigener Sache* tätig wird⁹⁷.

Ähnliches gilt wohl auch bei einer *unentgeltlichen Vertretung*, sei es durch einen Anwalt, eine Behindertenorganisation oder den «Beobachter». Das EVG hat in diesen Fällen einen Anspruch auf Parteientschädigung verneint⁹⁸. Soweit die Rechtsschutzgarantie durch Mitgliederbeiträge erworben wird, kann von Unentgeltlichkeit ohnehin keine Rede sein⁹⁹. Hier muss das gleiche gelten wie beim rechtsschutzversicherten Geschädigten. Im übrigen hat man sich im Haftpflichtrecht an die «Vorteilsanrechnungslehre» zu erinnern, wonach unentgeltliche Zuwendungen Dritter nicht angerechnet werden, wenn der Geschädigte und nicht der Haftpflichtige begünstigt werden soll.

8.3 Leistung von Teilzahlungen

Die Gerichte hatten sich bis anhin noch nie mit der Frage zu befassen, ob vom Haftpflichtversicherer vor der endgültigen Erledigung des Falles die bereits aufgelaufenen Anwaltskosten verlangt werden können. Solche Teilzahlungen, aber auch Vorschusszahlungen, sind durchaus üblich und standesrechtlich, jedenfalls im forensischen Bereich, u. U. gar geboten¹⁰⁰. Nebst der Sicherstellung der Ansprüche wird dies mit der notwendigen Unabhängigkeit des Anwalts sowie der prozesshemmenden Wirkung begründet. Letzteres würde freilich ins Gegenteil verkehrt, wenn der Geschädigte die Honorarkosten ohne weiteres auf den Haftpflichtigen abwälzen könnte. Dem Befreiungsanspruch des Geschä-

92 Vgl. dazu Brehm, Rechtsschutzversicherung, SJK 570 (Ersatzkarte, Genf 1965) 7f.; Süsskind, Die Rechtsschutzversicherung, plädoyer 3/1992, 40.

93 Sind die Kosten vom Versicherer vorgeschossen worden, kann sie der Rechtsschutzversicherer nach der Vergütung durch den Haftpflichtigen entweder aufgrund einer entsprechenden Vertragsklausel oder gestützt auf OR 62 zurückfordern; Brehm (zit. Anm. 92) 8. Zwischen einzelnen Rechtsschutz- und Haftpflichtversicherern bestehen Vereinbarungen, die die endgültige Kostentragung abweichend von der Rechtslage regeln.

94 In ZR 79/1980 Nr. 105 hat das Gericht dabei einen Ansatz von Fr. 20.- für zu niedrig befunden; vgl. auch die Erwägungen in BGE 101 II 109 betr. Honorierung einer gutachterlichen Tätigkeit.

95 Nach dem Motto «Freizeitverlust ist kein Schaden».

96 Anspruch, da eheliche Beistandspflicht, abgelehnt im Sozialversicherungsverfahren: ZAK 1985, 467.

97 Vgl. BGE 110 V 132, wonach im Verfahren vor EVG eine Entschädigung nur bei Vorliegen besonderer Verhältnisse geschuldet ist: komplizierte Sache mit hohem Streitwert, hoher Arbeitsaufwand, vernünftiges Verhältnis zwischen betriebenem Aufwand und Ergebnis.

98 Vgl. (noch) n.p. Urteil vom 16.1.92 i.S. Roth c. SUVA; BGE 108 V 272 Erw. 3; Pra 80/1991 Nr. 238; LGVE 1990 II Nr. 29 S. 190.

99 BGE 108 V 272 Erw. 3: Übernahme der Kosten eines frei praktizierenden Rechtsanwalts durch Gewerkschaft.

100 Vgl. Wolffers (zit. Anm. 39) 167f.

digten steht das legitime Interesse des Haftpflichtigen gegenüber, nicht über Gebühr in Anspruch genommen zu werden.

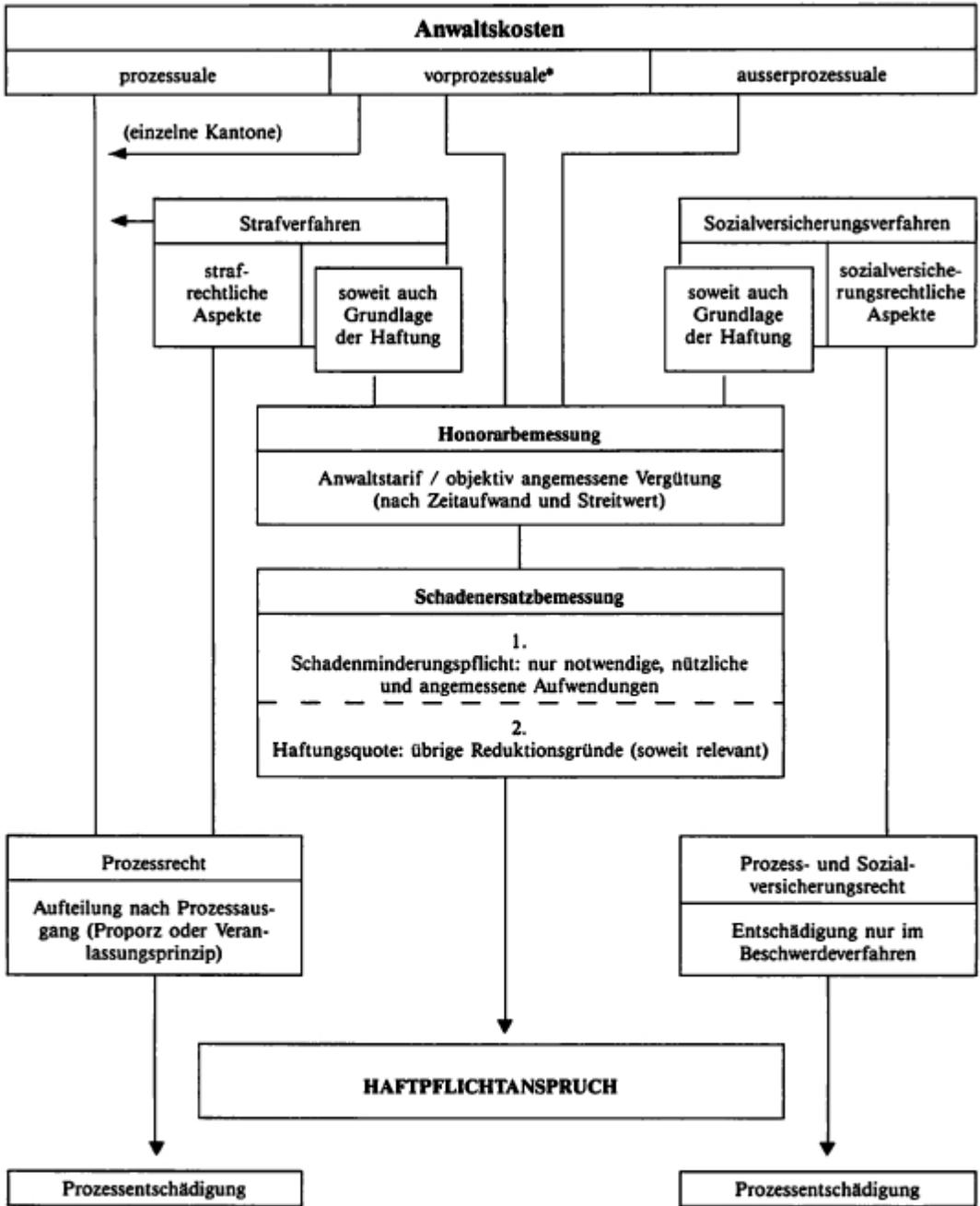
Der bestehende *Interessenkonflikt* ist dahin zu lösen, dass Teilzahlungen nur in Frage kommen, wenn die Haftung sowie die Haftungsquote ausser Streit liegt und einzelne Ansprüche definitiv erledigt oder wenigstens bis auf wenige nicht strittige Punkte¹⁰¹ fixiert sind. Die Verhandlungen müssen sich zudem über einen längeren Zeitraum erstrecken. Ist

über die Haftung oder das Quantitativ dagegen noch keine Einigung erzielt worden, kann der Umfang der geschuldeten Anwaltskosten noch nicht bestimmt werden; der Schaden ist «illiquid»¹⁰².

102 Zu beachten ist auch, dass, wie in Ziff. 3.2 ausgeführt, einzelne Prozessordnungen auch die vorprozessualen Kosten der Parteientschädigung zuschlagen, so dass, wenigstens wenn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gefolgt wird, bei einem allfälligen späteren Prozess die Kostenverteilung nicht haftpflichtrechtlichen Grundsätzen folgt. Auch können bei einem Anwaltswechsel die verursachten Mehrkosten u.U. nicht mehr eingewendet werden.

101 Z. B. Höhe der Sozialversicherungsleistungen.

9. Schematische Übersicht



* Nach bundesgerichtlicher, hier kritischer Auffassung (vgl. vorne Ziff. 3.2) nach Prozessrecht, soweit Gegenstand der Parteientschädigung.