

## Vorprozessuale Anwaltskosten – aus Sicht der Berner Geschädigtenvertretung

Monika Friedli\*/Peter Kaufmann\*\*

Wie den vorherigen HAVE-Ausgaben entnommen werden konnte, haben insbesondere die vorprozessualen Anwaltskosten und deren Substanziierung im Bereich des Haftpflichtrechts zu neuen Diskussionen Anlass gegeben. Insbesondere seitens eines Vertreters der Zürich Versicherungsgesellschaft wurde die Forderung postuliert, dass die vorprozessualen Kosten mittels detaillierter und substanzierter Honorarnote auszuweisen seien<sup>1</sup>. Mit den Beiträgen von JAN HERRMANN und BRUNO HÄFLIGER wurde zu dieser Forderung aus Sicht der Geschädigtenvertretung umfassend Stellung genommen<sup>2</sup>.

Aufgrund der bernischen Besonderheiten wird nachfolgend ebenfalls zu den vorprozessualen Anwaltskosten und deren Substanziierung aus Sicht der Berner Geschädigtenvertreter Stellung genommen.

### I. Einleitung

Von der Rechtsprechung und Praxis anerkannt und seit längerer Zeit grundsätzlich unbestritten ist die Tatsache, dass die vor Prozesseinleitung entstandenen und von der Prozessentschädigung nach kantonalem Recht nicht erfassten Anwaltskosten als Bestandteil des zu ersetzenden Schadens zu qualifizieren und zu ersetzen sind. Vorprozessuale Anwaltskosten sind haftpflichtrechtlich ein Bestandteil des Gesamtschadens und sind vom Haftpflichtversicherer zu übernehmen<sup>3</sup>.

Als vorprozessuale Anwaltskosten gelten die Bemühungen des Anwalts im Haftpflichtfall, bevor es zu einem Prozess kommt. Wie bereits im Aufsatz von HERRMANN erläutert, können sich Fälle dabei oft über Jahre hinziehen. Insbesondere bei komplexen Körper-

schäden muss ein Anwalt, selbst bei Anerkennung der Haftung seitens der Versicherung, mit dieser lang andauernde Verhandlungen führen, bevor eine Schadenregulierung überhaupt erst in Betracht gezogen werden kann. Zudem ist bei Körperschäden fast immer eine Auseinandersetzung mit den Sozialversicherern und die Teilnahme am Strafprozess gegen den Schädiger zur Klärung der Haftungsfrage und Unfallumstände gefordert<sup>4</sup>. Die Annahme, dass die im Zusammenhang mit der Regulierung von Personenschäden entstandenen anwaltlichen Aufwände stets nur der direkten Prozessvorbereitung zu dienen haben, wäre damit verfehlt. Ein grosser Bestandteil dieser Aufwendungen liegen unter anderem im Zusammenhang mit vorprozessualen Vergleichsgesprächen mit der involvierten Haftpflichtversicherung sowie der Betreuung des Betroffenen. Infolge der besonderen Situation des Geschädigten wird der Anwalt oftmals zur letzten Stütze und Vertrauensperson, was dazu führt, dass sich die Arbeit des Geschädigtenvertreters häufig nicht einzig auf rein rechtliche Probleme bezieht<sup>5</sup>. Oftmals muss der Anwalt dabei auch eine Funktion im Bereich des Case Managements einnehmen, was mit Verweis auf die Ausführungen von ERIC BLINDENBACHER sehr anspruchsvoll und zeitintensiv ist<sup>6</sup>.

In mehreren Entscheiden hat das Bundesgericht ausgeführt, dass vorprozessuale Kosten einen haftpflichtrechtlichen Bestandteil des Schadens bilden, soweit sie nicht durch die nach kantonalem Verfahrensrecht zuzusprechende Parteientschädigung gedeckt sind. Im letzteren Fall könnten diese Kosten nicht mehr in einem späteren Haftpflichtprozess geltend gemacht werden. Weist das kantonale Recht bezüglich der Tragung der vorprozessualen Anwaltskosten keine Regelung auf, so gelten diese Kosten als Bestandteil des Schadens. Vom Gericht werden sie sodann im Sinne von Art. 41 ff. OR als selbständiger Schadensposten zugesprochen<sup>7</sup>.

Wie bereits ausgeführt, wird nachfolgend eine mögliche Bemessung der vorprozessualen Anwaltskosten sowie deren Substanziierung anhand der kantonalen bernischen Besonderheiten aufgezeigt.

\* Rechtsanwältin, Frei Kaufmann Rechtsanwälte, Bern.

\*\* Rechtsanwalt/Partner, Frei Kaufmann Rechtsanwälte, Bern.  
Ein besonderer Dank für die Prüfung dieses Beitrages gilt Rechtsanwalt JÜRGE FRIEDLI, Präsident des Bernischen Anwaltsverbandes.

<sup>1</sup> MARKUS BORLE, Vorprozessuale Anwaltskosten - es führt kein Weg an der Substanziierung vorbei, HAVE 2012, 1 ff.

<sup>2</sup> JAN HERRMANN, Vorprozessuale Anwaltskosten – Substanziieren? Wann, was und vor wem überhaupt? HAVE 2012, 100 ff. sowie BRUNO HÄFLIGER, Vorprozessuale Anwaltskosten und Substanziierung: Ein Instrument des Haftpflichtversicherers zur Schadenreduktion?, HAVE 2012, 225 ff.

<sup>3</sup> DANIEL SIEGRIST, Die Deckung von aussergerichtlichen Anwaltskosten durch Rechtsschutzversicherung in Haftpflichtfällen, HAVE 2003, 215 ff.

<sup>4</sup> MAX B. BERGER, Der Geschädigte hat ein Recht auf Ersatz seiner Anwaltskosten, HAVE 2003, 131 ff.

<sup>5</sup> HÄFLIGER (Fn. 2), 227.

<sup>6</sup> ERIC BLINDENBACHER, Der Weg zum wirksamen Case Management führt über den Anwalt, HAVE 2010, 69.

<sup>7</sup> HANS BÄTTIG/CHRISTOPH GRABER/ANTON K. SCHNYDER, Vertretung von Haftpflichtigen und Versicherungen, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, Basel/Genf/München 1999, Rz 8.64 ff.

## II. Gesetzliche Regelung

### A. Kantonales Anwaltsgesetz

Die eidgenössische Zivilprozessordnung beinhaltet keine Regelung bezüglich vorprozessualer Anwaltskosten. Vielmehr wird in Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO betreffend Prozesskosten und Parteientschädigung auf das kantonale Recht verwiesen, womit letztendlich und damit auch im Fall des Kantons Bern die Anwaltsgesetzgebung anzuwenden ist<sup>8</sup>.

Grundlage für Berner Anwälte und Anwältinnen ist, gestützt auf Art. 14 und 34 des Bundesgesetzes über Freizügigkeit der Anwälte, das kantonale Anwaltsgesetz (KAG). Das kantonale Anwaltsgesetz äussert sich zur Honorarstellung und zum Parteikostenersatz dahingehend, dass in erster Linie die Vereinbarung mit dem Auftraggeber massgebend ist. Im Falle ihres Fehlens wird auf die Tarifordnung in Art. 41 KAG verwiesen<sup>9</sup>. Gemäss Art. 41 KAG regelt der Regierungsrat durch Verordnung die Tarifordnung für die Bemessung des Parteikostenersatzes durch die Gerichte und Verwaltungsjustizbehörden. In der anwendbaren Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes (PKV) werden in Art. 5 Tarifrähmen für das Zivilverfahren aufgeführt, wobei beim Zivilprozess der Streitwert als massgebender Wert heranzuziehen ist<sup>10</sup>. Nach Art. 41 Abs. 2 KAG bemisst sich das Honorar innerhalb des bestimmten Tarifrähmens, anschliessend anhand der bekannten Bemessungsparameter «gebotener Aufwand», «Bedeutung der Streitsache» und «Schwierigkeit des Prozesses»<sup>11</sup>.

Bezüglich der Anwendbarkeit der Parteikostenverordnung wurde seitens der Versicherungen wiederholt beanstandet, dass diese für die Regulierung vorprozessualer Anwaltskosten nicht relevant sei, da gegenwärtig kein gerichtliches Verfahren vorliege. Hierbei muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass in der Verordnung Normen enthalten sind, welche eine Reduktion der Parteientschädigung vorsehen, wenn das Verfahren ohne Urteil infolge eines Vergleichs erledigt werden kann. Da weiter keine andere gesetzliche Regelung zur Bemessung der geschuldeten Parteikosten besteht und eine explizite Norm zur Kostenregulierung ohne Urteil vorliegt, ist die Parteikostenverordnung auch bei aussergerichtlicher Regulierung anzuwenden. Auch im Sinne der Rechtssicherheit wäre es nicht zu vertreten, im Prozess auf die Verordnung zur Bestimmung der vorprozessualen Kosten zurückzugreifen, welche für

den gleichen Sachverhalt aussergerichtlich nicht angewendet werden dürfte. Hinzu kommt, dass gemäss Mustervollmacht des BAV/AAB bezüglich Honorar und Auslagen auf die Bestimmungen des kantonalen Anwaltsgesetzes und der Parteikostenverordnung verwiesen wird. Mithin wird hierdurch die Anwendung der entsprechenden Honorargrundlage vereinbart<sup>12</sup>.

Infolge der Anwendbarkeit der Tarifverordnung zur Bemessung der vorprozessualen Anwaltskosten werden nachfolgend einige Ausführungen zu deren Auslegung getätigt.

### B. Parteikostenverordnung

#### 1. Allgemeines

Wie erwähnt, handelt es sich bei der in Art. 41 KAG genannten Verordnung um diejenige über die Bemessung des Parteikostenersatzes, welche in Art. 5 ff. die Ausführungen zur Bemessung des Tarifrähmens in Zivilsachen enthält. Der jeweilige Tarifrähmen wird mit einer Minimal- und Maximalgebühr eingegrenzt, innerhalb derer sich die Normalgebühr anhand der Faktoren des gebotenen Aufwandes, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses ermitteln lässt<sup>13</sup>.

#### 2. Tarifrähmen

Gemäss Art. 5 PKV werden die Tarifrähmen im erstinstanzlichen Zivilverfahren mithilfe des Streitwertes, sofern bestimmbar, ermittelt. Dabei wird ersichtlich, dass der Streitwert, zu dessen Bestimmung die nachfolgenden Erläuterungen dienen, einen breiten Rahmen innerhalb der Minimal- und Maximalgebühr ergibt. In erster Linie soll damit dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Einzelfälle mit zwar gleichem Streitwert sehr unterschiedlich verlaufen können, womit naturgemäss auch der Arbeitsaufwand des Anwaltes erheblich abweichen kann. Die dabei ermittelten Tarifrähmen sind zwingend zu beachten und dürfen nur unter der Voraussetzung von Art. 8 und Art. 9 PKV abgeändert werden.

#### 3. Streitwert

Der Streitwert, welcher zur Bestimmung des Tarifrähmens massgebend ist, wird gemäss Art. 3 PKV nach den Regeln der Art. 91 bis 94 ZPO ermittelt, sofern der Streitgegenstand in Geld abschätzbar ist<sup>14</sup>.

Der Streitwert wird im Zivilverfahren durch die Rechtsbegehren bestimmt, das heisst je nachdem, was gemäss klägerischer Ansicht geschuldet ist<sup>15</sup>. Jeder zwischen den Parteien zu irgendeinem Zeitpunkt der Mandatsführung gegenüber einem Dritten geltend

<sup>8</sup> Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte (Anwaltsgesetz, BGFA) vom 23. Juni 2000, SR 935.61.

<sup>9</sup> Kantonales Anwaltsgesetz (KAG) vom 28. März 2006, Erlass-Nr. 168.11.

<sup>10</sup> Verordnung über die Bemessung des Parteikostenersatzes (Parteikostenverordnung, PKV), vom 17. Mai 2006, Erlass-Nr. 168.881.

<sup>11</sup> Vgl. Art. 41 KAG (Fn. 9).

<sup>12</sup> Vgl. <[www.bav-aab.ch/de/publikationen/downloads](http://www.bav-aab.ch/de/publikationen/downloads)>.

<sup>13</sup> Vgl. Art. 5 ff. PKV (Fn. 10).

<sup>14</sup> Vgl. Art. 3 PKV (Fn. 10).

<sup>15</sup> PETER DIGGELMANN, DIKE-Komm-ZPO, Art. 91 N 9 ff.

gemachte Anspruch bildet demnach Grundlage des für die Honorarbemessung anwendbaren Streitwertes. Überforderungen des Streitwertes führen damit auf klägerischer Seite zur Anwendung eines tieferen und damit realistischeren Streitwertes, wenn die zu hohe Streitsumme nicht in guten Treuen, das heisst nicht mit vertretbaren Argumenten, begründet werden kann. Die anwaltlichen Treue- und Sorgfaltspflichten gegenüber der Klientschaft verlangen ebenfalls eine realistische Abschätzung der mit einiger Aussicht auf Erfolg verfechtbaren Ansprüche<sup>16</sup>. Der Anwalt ist somit verpflichtet, realistische Streitwerteingaben vorzunehmen, womit kein Raum besteht, diese im Hinblick auf die Honorarbemessung künstlich aufzublasen.

Im Bereich des Haftpflichtrechts muss jedoch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es dem Anwalt und seinem Mandanten schwer fällt, den Schaden mathematisch präzise zu berechnen. Zudem hat der Anwalt als Ausfluss seiner Treue- und Sorgfaltspflichten alle dem Geschädigten nützlichen Hypothesen und Argumente vorzubringen, welche vertretbar sind. Liegt das Geforderte im Rahmen des noch Vertretbaren, d.h. liegt die Forderung, insbesondere in Relation zum ursächlichen Ereignis, in einem nachvollziehbaren Rahmen, ist daher dieser Streitwert als massgebend heranzuziehen<sup>17</sup>. Dabei ist jedoch nicht auf den nach dem durchgeführten Beweisverfahren noch aufrechterhaltenen Anspruch abzustützen, sondern auf das zu Beginn der Auseinandersetzung Geforderte, sofern der Streitwert gemäss den obigen Ausführungen vertretbar ist<sup>18</sup>.

#### a. Sozialleistungen

Strittig ist dabei vielfach auch, ob allfällige Sozialleistungen in den Streitwert einzufließen haben. Es wird diesbezüglich auf den Entscheid der Berner Anwaltskammer vom 14. September 1998 verwiesen, wonach für die Ermittlung des Streitwertes nicht nur die haftpflicht-, sondern auch die unfallversicherungsrechtlich erbrachten Leistungen in Betracht zu ziehen sind. Diese Betrachtung rechtfertigt sich insbesondere unter dem Punkt, dass zur Ermittlung des Streitwertes auf die Beträge abgestellt wird, welche zu irgendeinem Zeitpunkt der Mandatsführung gegenüber einem Dritten geltend gemacht worden sind<sup>19</sup>. Da die Leistungen der Sozialversicherer für die Regulierung des Direktschadens bekannt sein müssen und die anwaltlichen Aufwendungen in diesem Zusammenhang zu überneh-

men sind, rechtfertigt sich somit auch der Einbezug der Sozialleistungen bei der Streitwertbestimmung.

#### 4. Ausschöpfung Tarifrahmen nach Art. 5 PKV

Nach Festlegung des massgebenden Streitwertes kann die entsprechende Minimal- und Maximalgebühr festgelegt werden, innerhalb derer sich die Normalgebühr und damit das geschuldete Honorar anhand der nachfolgend genannten Bemessungsparameter ermitteln lässt<sup>20</sup>.

Die Ausschöpfung des Tarifr Rahmens anhand der drei in Art. 41 Abs. 3 KAG genannten Kriterien hat dabei nach pflichtgemässen Ermessen zu erfolgen. Dabei kann eine schematische Bemessung höchstens für Verfahren, die hinsichtlich aller massgeblichen Kriterien als durchschnittlich einzustufen sind, taugen. Die Kriterien des gebotenen Zeitaufwandes, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses sind dabei grundsätzlich gleichrangig, wobei sie in Berücksichtigung der gesamten Mandatsumstände zu gewichten sind. Es kann daher vorkommen, dass ein Kriterium in einem Fall schwerer wiegt als in einem anderen<sup>21</sup>.

Da es sich auch hier wieder um auslegungsbedürftige Bestimmungen handelt, werden nachfolgend einige Ausführungen dazu getätigt.

#### a. Gebotener Zeitaufwand

An erster Stelle ist festzuhalten, dass der objektiv gebotene Zeitaufwand nicht dem tatsächlich erbrachten Zeitaufwand entspricht und sich freilich auch nicht notwendigerweise damit decken muss. Als gebotener Aufwand gilt dabei derjenige Aufwand, den ein fachlich ausgewiesener und gewissenhafter Anwalt unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und des Schwierigkeitsgrades der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse für die korrekte Erledigung des Geschäftes benötigt. Unbestritten ist, dass unnütze Vorkehrungen u.a. nicht zum gebotenen Aufwand gehören. Ebenfalls muss sich der Geschädigte eine langsame, ineffiziente Arbeitsweise des Anwaltes nicht entgegenhalten lassen. Hat dabei der Klient den übermässigen Zeitaufwand selber veranlasst, besteht auch damit noch keine Subsumierung unter den gebotenen Aufwand. Hier ist der Anwalt gehalten, in Ausübung seiner Berufspflicht, den Klienten von nutzlosen Vorkehrungen abzuhalten resp. davor zu bewahren. Wird der Anwalt durch den Klienten in nicht mehr angemessener Weise in Beschlag genommen, hat der Anwalt die Pflicht, ihn auf die damit verbundene Kostenfolge oder im Zusammenhang mit einem Haftpflichtfall auf die damit ver-

<sup>16</sup> Vgl. MARTIN STERCHI, Kommentar zum bernischen Fürsprecher-Gesetz: das Gesetz vom 6. Februar 1984 über die Fürsprecher des Kantons Bern, Bern 1992, 190.

<sup>17</sup> BERGER (Fn. 4), 136 f.

<sup>18</sup> Urteil des OGer BE vom 16. März 2006, AWK 05 59, Ziff. 10.

<sup>19</sup> Urteil Anwaltskammer des Kantons Bern vom 14. September 1998, Nr. 3690, IV 2.

<sup>20</sup> Vgl. Art. 5 PKV (Fn. 10).

<sup>21</sup> Vgl. STERCHI (Fn. 16), 187.



bundene Schadenminderungspflicht aufmerksam zu machen<sup>22</sup>.

Laut Kreisschreiben Nr. 15 des Obergerichts des Kantons Bern, Ziffer 1.1 betreffend Entschädigung amtlich bestellter Anwälte, setzt die Bestimmung des gebotenen Aufwandes in der Regel die Bekanntgabe des von der *amtlichen* Anwältin oder vom *amtlichen* Anwalt tatsächlich geleisteten Zeitaufwandes voraus (Hervorhebung durch Autoren). Der dem Gericht mitgeteilte tatsächliche Aufwand dient dabei jedoch lediglich als Hilfsgrösse. Auch das Gericht legt die geschuldete Entschädigung und damit den gebotenen Zeitaufwand fest, indem es darauf abstützt, was ein fachlich ausgewiesener, gewissenhafter Anwalt, unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse und des Aktenumfangs für die korrekte Erledigung des Auftrages benötigen würde<sup>23</sup>.

Da somit selbst im Gerichtsverfahren der tatsächliche Aufwand nur als Hilfsgrösse dient und zudem nur bei amtlichen Mandaten, das heisst bei denjenigen, welche in erster Linie durch den Kanton im Rahmen der unentgeltlichen Rechtspflege finanziert werden, auszuweisen ist, kann einer analogen Anwendung für die vorprozessualen Kosten im Bereich des Haftpflichtrechts, wie seitens einiger Versicherungen vertreten wird, nicht gefolgt werden. Zudem wurde anlässlich der Aussprache zwischen dem Bernischen Anwaltsverband und dem Obergericht des Kantons Bern präzisiert, dass seitens des Obergerichts nicht der Ausdruck des «Timesheets» für den Nachweis des anwaltlichen Aufwandes verlangt wird, sondern eine Aufführung der vorgenommenen Arbeiten analog einer «Musterkostennote» den Anforderungen genügt<sup>24</sup>. Bei dieser werden die Tätigkeiten ab Mandatsübernahme bis zu dessen Abschluss grob gegliedert aufgelistet, wobei die einzelnen Tätigkeiten wie bspw. Aktenstudium, diverse Korrespondenz mit Klientschaft, Abklärungen Judikatur etc. nur cursorisch erwähnt werden. Nach Festlegung des Streitwertes in der jeweiligen Sache wird dieser ebenfalls anhand der drei genannte Kriterien gewichtet und damit das geschuldete Honorar ermittelt<sup>25</sup>.

Bezüglich weitergehende Informationen hinsichtlich einer postulierten Substanziierungspflicht seitens der Versicherer wird auf die Ausführungen von HERRMANN und HÄFLIGER verwiesen<sup>26</sup>.

#### b. Schwierigkeit

Die mit dem Mandat verbundene Schwierigkeit ist insbesondere im Hinblick auf die objektive Tragweite des erteilten Auftrages zu bemessen. Dabei hat ATILAY ILERI bereits vor Jahren ausgeführt, dass die Vertretung von Geschädigten vor allem im Personenschadenbereich immer mehr zu einer riskanten und verantwortungsvollen Tätigkeit wird. Unter anderem durch den Ausbau der Sozialversicherungen wurde das Schadenausgleichssystem derart kompliziert, dass schon alleine die Übersicht über die rechtliche Struktur des Schadenersatzrechtes vertiefte Kenntnisse des Haftpflicht- und Sozialversicherungsrechts voraussetzt. Dabei reicht es als Geschädigtenanwalt nicht aus, dass er über reines Rechtswissen verfügt; er muss sich beim Personenschaden zusätzlich ein grosses Fachwissen im Medizinalbereich aneignen, da jeder Personenschadenberechnung eine medizinische Beurteilung der Beeinträchtigung des Wertschöpfungspotenzials des Geschädigten zugrunde liegt<sup>27</sup>.

Die Schadenregulierungspraxis hat sich seither markant verschlechtert und verkompliziert; abgesehen davon, dass sich auch die Durchsetzung der sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche erschwert hat. Hinzu kommt der Umstand, dass in den letzten Jahren die Substanziierungspflicht zugenommen hat. Es ist in aller Regel daher bei Personenschäden von einer überdurchschnittlichen Schwierigkeit auszugehen, im Vergleich zu «normalen» zivilrechtlichen Streitigkeiten.

#### c. Bedeutung der Streitsache

Auch die Bedeutung der Sache ist grundsätzlich nach objektiven Massstäben zu bewerten, wobei aber zusätzlich die Wichtigkeit, welche die Angelegenheit für den Klienten hat, mit zu berücksichtigen ist. Dabei ist nicht nur die wirtschaftliche, sondern auch die moralische Bedeutung für die Klientschaft zu bewerten<sup>28</sup>. Zumal es bei Personenschäden in der Regel um die finanzielle Existenzsicherung des Geschädigten geht. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Bedeutung dieser Streitsache für den Betroffenen als sehr hoch zu bewerten ist.

#### d. Zusammenfassung

Ausgehend vom Streitwert ist der Tarifrahmen nach Art. 5 PKV zu bestimmen, wobei dessen Ausschöpfung anhand der drei Kriterien, «in der Sache gebotener Zeitaufwand», «Bedeutung der Streitsache» und «Schwierigkeit des Prozesses», vorzunehmen ist. Somit kann das geschuldete Honorar für einen als durchschnittlich

<sup>22</sup> Vgl. STERCHI (Fn. 16), 188 ff.

<sup>23</sup> Vgl. Kreisschreiben Nr. 15 des OGer BE vom 2. September 2011.

<sup>24</sup> Vgl. In Dubio 1\_12, Aktennotiz Aussprache mit dem Obergericht, 25.

<sup>25</sup> Vgl. In Dubio 4\_06, Entwürfe von Musterkostennoten Straf- und Zivilverfahren, 176 ff.

<sup>26</sup> Vgl. HERRMANN (Fn. 2), 100 ff., HÄFLIGER (Fn. 2), 225 ff.

<sup>27</sup> ATILAY ILERI, Vertretung von Geschädigten, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. V, Basel/Genf/München 1999, Rz 7.1 f.

<sup>28</sup> Vgl. STERCHI, (Fn. 16), 188.

einzustufenden Schadensfall ermittelt werden, wobei anschliessend beim Vorliegen der Voraussetzungen nach Art. 8 und Art. 9 PKV Zuschläge und Reduktionen vorzunehmen sind, um dem Aufwand des Einzelfalls gerecht zu werden.

## 5. Durchschnittliches Verfahren

Mit Verweis auf den juristischen Artikel im «in dubio 2006», in welchem die obgenannten Kriterien explizit in unter-, durchschnittlich und überdurchschnittlich unterteilt werden, stellt sich damit konsequenterweise die Frage, wie die Unterteilung in der Praxis zu erfolgen hat<sup>29</sup>. Gemäss Kommentar zum bernischen Fürsprechergesetz besteht ein durchschnittliches Zivilverfahren in der Regel aus Instruktion, Prüfung der Rechtslage, Kontaktaufnahme mit Gegenpartei, Aussöhnungsversuch, Schriftenwechsel, Gerichtstermin, Studium Urteil und Prüfung allfälliger Rechtsmittel<sup>30</sup>. Mit Ausschöpfung des ordentlichen Tarifr Rahmens nach Art. 5 PKV wollte der Verordnungsgeber damit eine Berechnungsgrundlage für die Aufwände eines herkömmlichen, durchschnittlichen Zivilverfahrens bereitstellen.

Damit wurde jedoch die Frage noch nicht geklärt, was unter einem durchschnittlichen Verfahren zu verstehen ist. Haftpflichtfälle, bei welchen klare und unproblematische Verhältnisse sowie nur ein temporärer Schaden vorliegen bzw. diese problemlos abgewickelt werden können, die Sachverhaltslage dabei einfach und unbestritten ist, eine volle Haftung seitens des Versicherers anerkannt wurde und von einer kurzen zeitlichen Mandatsdauer auszugehen ist, werden nach Ansicht der Schreibenden in der Regel unter ein herkömmliches, durchschnittliches Verfahren zu subsumieren sein, womit deren Abgeltung unproblematisch durch Ausschöpfung des Tarifr Rahmens, in der Regel ohne Geltendmachung eines Zuschlages nach Art. 9 PKV erfolgen kann.

Im Umkehrschluss kann somit beim Vorliegen eines komplexen Haftpflichtfalls nicht mehr von einem durchschnittlichen Verfahren ausgegangen werden, in welchem mit Instruktion, Prüfung der Rechtslage etc. der erforderlichen Sorgfaltspflicht Genüge getan wird. Vielfach bedarf es dabei oft zusätzlich der Teilnahme am Strafverfahren und der Auseinandersetzung mit Sozial- und Privatversicherern wie bspw. Insassenleistungen und Lebensversicherungen. Zudem geht es für die Geschädigten dabei oftmals um existenzielle Fragen, welche mit entsprechender anwaltlicher Verantwortung verbunden sind. Wie HERRMANN bereits treffend ausgeführt hat, kann selbst bei einem Personenschaden

mit keiner oder nur kurzen Arbeitsunfähigkeit nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass sich daraus keine schwierigen rechtlichen Fragen ergeben<sup>31</sup>.

Mit Verweis auf die Ausführungen, was unter einem durchschnittlichen Verfahren zu verstehen ist, wird klar, dass diese Bestimmungen nicht auf Haftpflichtfälle mit Personenschaden zugeschnitten worden sind. Vielmehr umfassen die als erforderlich bezeichneten Vorkehrungen die klassischen Handlungen eines (einfachen) zivilrechtlichen Verfahrens. Daraus folgt, dass bei einem durchschnittlichen Haftpflichtverfahren keinesfalls von einer durchschnittlichen Ausschöpfung der Kriterien nach Art. 41 Abs. 3 KAG ausgegangen werden kann. In der Regel führt eine korrekte Ausschöpfung der drei Kriterien in solchen Verfahren regelmässig zu einer Ausschöpfung am oberen oder obersten Rand des Tarifr Rahmens. In komplexeren Haftpflichtverfahren kann eine angemessene Entschädigung somit häufig erst unter Berücksichtigung des Zuschlages nach Art. 9 PKV gewährleistet werden.

### a. Zuschlag nach Art. 9 PKV

Gemäss Art. 9 PKV ist ein Zuschlag bei Verfahren zulässig, welche besonders viel Zeit und Arbeit beanspruchen, namentlich bei schwieriger und zeitraubender Sammlung oder Zusammenstellung des Beweismaterials, bei grossem Aktenmaterial etc. und bei besonders komplexen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen<sup>32</sup>. So wurde in einem Moderationsverfahren der gebotene Aufwand des Anwaltes mit 60 Stunden beziffert. Da die zugrunde liegende Haftpflichtsache vergleichsweise reguliert wurde, hätte in konkreter Anwendung von Art. 8 PKV eine Reduktion vorgenommen werden müssen. Da gleichzeitig ein gleich hoher Zuschlag von 25 Prozent angezeigt gewesen war, haben sich die Kürzung und die Erhöhung im vorliegenden Fall ausgeglichen. In erwähnten Moderationsverfahren betrug der Streitwert CHF 250 000.00, wobei bei einem gebotenen Aufwand von 60 Stunden ein Honorar von CHF 28 500.00 zugesprochen wurde<sup>33</sup>.

Zusammenfassend ist, gestützt auf diesen Entscheid, bei einem Streitwert von CHF 250 000.00 und einem Stundenaufwand von rund 60 Stunden davon auszugehen, dass selbst mit voller Ausschöpfung des ordentlichen Tarifr Rahmens keine angemessene Entschädigung mehr erreicht werden kann und ein Zuschlag von 25 Prozent als angemessen gilt.

<sup>29</sup> Vgl. In Dubio (Fn. 25), 178.

<sup>30</sup> Vgl. STERCHI (Fn. 16), 196.

<sup>31</sup> Vgl. HERRMANN (Fn. 2), 101.

<sup>32</sup> Vgl. Art. 9 PKV (Fn. 10).

<sup>33</sup> Urteil OGer BE (Fn. 18), bestätigt durch Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Bern vom 23. März 2007, 22678 U.

*b. Kürzung infolge Vergleich nach Art. 8 PKV*

Bei Erledigung des Rechtsstreits ohne Urteil beträgt das Honorar gemäss Art. 8 PKV 25 bis 100 Prozent des Honorars, welches anhand des Tarifrähmens ermittelt worden ist, wobei gemäss Wortlaut der Norm nur die Möglichkeit einer Kürzung besteht, diese somit nicht zwingend ist<sup>34</sup>.

Das Ausmass der Reduktion hängt gemäss STERCHI im Wesentlichen davon ab, welcher Anteil an der vom Anwalt bei vollständiger Erfüllung des Mandates zu erbringenden Arbeit entfallen ist. Es wird daher zu überlegen sein, welche Normalgebühr für den ganzen Auftrag unter Berücksichtigung des mutmasslichen Prozessverlaufes entstanden wäre, allenfalls mit Zuschlägen nach Art. 9 PKV, um hiervon einen prozessualen Abzug zu tätigen<sup>35</sup>.

Nach Praxis der Berner Anwaltskammer hat der Anwalt mit der Instruktion der Streitsache und Einreichung einer Rechtsschrift (Klage oder Antwort) rund die Hälfte des bis zum Prozessabschluss zu erbringenden Aufwandes geleistet<sup>36</sup>. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass es sich bei Personenschäden eben gerade nicht um «gewöhnliche» Gerichtsfälle handelt, womit diese Feststellung bei Haftpflichtfällen nur bedingt zu greifen vermag. Vorliegend wird somit zu bedenken sein, welcher Aufwand für die Erledigung des ganzen Auftrages entstanden wäre, wobei bei Haftpflichtfällen die vergleichsweise Erledigung des Falles in der Regel erst nach intensiven Abklärungen und aussergerichtlichen Bemühungen vorgenommen werden kann, was den Aufwand für die Rechtsvertretung entsprechend erhöht. Hinzukommend ist oftmals die Durchführung weiterer Verfahren, insbesondere im Bereich der Sozial- und Privatversicherungen bis hin zum definitiven Abschluss. Damit wird aufgezeigt, dass die schematische Praxis der Anwaltskammer nicht auf Haftpflichtfälle zugeschnitten ist, womit die Vornahme einer Reduktion jeweils im Einzelfall zu prüfen sein wird.

*c. Kürzung bei Haftungsquote?*

Nur kurz wird auf die Diskussion eingegangen, dass bei einer allfälligen Haftungsquote infolge Mitverschulden des Geschädigten seitens der Versicherungen deren Berücksichtigung auch beim Anwaltshonorar verlangt wird, womit die vorprozessualen Anwaltskosten lediglich im Umfang der Quote geschuldet wären<sup>37</sup>. Diesbezüglich hat das Obergericht des Kantons Bern entschieden, dass nicht die Kürzung durch die Quote zu erfolgen habe, sondern dass hierbei nicht die volle

Schadenssumme zur Festlegung des Anwaltshonorars eingesetzt werden darf. Die Reduktion infolge Mitverschulden wird somit durch die entsprechende Reduktion des Streitwertes berücksichtigt<sup>38</sup>.

**C. Berechnungshilfe**

Der Bernische Anwaltsverband hat auf seiner Homepage eine Berechnungshilfe der Kostennote nach der Parteikostenverordnung aufgeschaltet, worin die relevanten Bemessungsfaktoren direkt berücksichtigt werden können. Anhand dieser Faktoren wird die Ausschöpfung des Tarifrähmens in Prozenten ermittelt, wovon in einem weiteren Schritt ein Zuschlag und/oder eine Reduktion vorgenommen werden kann. Für weiter gehende Ausführungen wird auf die Berechnungshilfe verwiesen<sup>39</sup>.

**III. Exkurs**

Ursächlich für diesen Beitrag war der Aufsatz von MARKUS BORLE, welcher die Meinung vertritt, dass die Haftpflichtversicherung im Einzelfall seitens des Rechtsvertreters die Darlegung und Konkretisierung der tatsächlichen Aufwendungen verlangen kann, um deren Notwendigkeit und Angemessenheit zu überprüfen. Dabei soll aus der detaillierten Abrechnung insbesondere ersichtlich sein, an welchem Datum welche Aufwendungen mit welchem Zeitaufwand angefallen sind und zu welchem Stundenansatz diese verrechnet wurden<sup>40</sup>. Wie bereits eingehend ausgeführt wurde, besteht entgegen der Annahme der Vertretung der Versicherung keine Pflicht, den tatsächlichen Aufwand auszuweisen. Mit einer entsprechenden Forderung würde zudem in das Anwaltsgeheimnis eingegriffen werden. Die Aushändigung einer derart detaillierten Kostennote würde Rückschlüsse auf das Verhalten des Klienten und das taktische Vorgehen des Anwaltes zulassen, was unter keinen Umständen angehen kann. Das Obergericht des Kantons Bern verlangt deshalb, und auch dies nur bei amtlichen Mandaten, eine Bekanntgabe der insgesamt aufgewendeten Stunden. Eine solch detaillierte Auflistung der Aufwendungen, wie sie von MARKUS BORLE in seinem Beitrag verlangt wird, rechtfertigt sich unter keinem Gesichtspunkt<sup>41</sup>. BRUNO HÄFLIGER hat hierzu treffend ausgeführt, dass es zu vermeiden gilt, dass Geschädigte und ihre Anwälte ans Gängelband des Haftpflichtversicherers genommen werden können<sup>42</sup>.

Zusammenfassend wird festgehalten, dass es Ziel der Geschädigtenvertretung ist, sämtliche Schadensposi-

<sup>34</sup> Art. 8 PKV (Fn. 10).

<sup>35</sup> Vgl. STERCHI (Fn. 16), 200 f.

<sup>36</sup> Urteil Appellationshof des Kantons Bern vom 15. April 2009, APH 09 87, E. 6.

<sup>37</sup> BORLE, (Fn. 1), 10.

<sup>38</sup> Urteil AWK 05 59 (Fn. 18), E. 10.

<sup>39</sup> Vgl. <[www.bav-aab.ch/de/berechnungshilfe-kostennote](http://www.bav-aab.ch/de/berechnungshilfe-kostennote)>.

<sup>40</sup> BORLE (Fn. 1), 9.

<sup>41</sup> BORLE (Fn. 1), 1 ff.

<sup>42</sup> HÄFLIGER (Fn. 2), 228.



tionen aus einem Haftpflichtfall fair und korrekt zu regulieren. Die bernischen Parameter ermöglichen hierbei eine einzelfallbezogene und angemessene Festsetzung des Anwaltshonorars.

## Das Quotenvorrecht des Versicherungsnehmers in der Transportversicherung

### Der Fall M

**Vesna Polić Foglar\***

*Mit der Unterzeichnung der (üblichen und meistens vorgedruckten) Quittung und Rechtsabtretung gegenüber seinen Versicherer bestätigt der Versicherungsnehmer, dass er für seine gesamte Forderung entschädigt wurde. Dies tut er meistens auch in dem Fall, wo ihm der vertragliche Selbstbehalt abgezogen wurde und seine Bestätigung somit der Wahrheit nicht entspricht.*

*Wenn der Haftpflichtbetrag die ganze Forderung nicht deckt, kann der Geschädigte den nicht gedeckten Teil vom haftpflichtigen Frachtführer einfordern. Dem Versicherer steht ein Regressanspruch nur im Rahmen des danach noch verbleibenden Haftpflichtanspruchs zu.*

*Die Autorin regt an, für Fälle eines vereinbarten Selbstbehalts die Formulierung des Art. 27 ABVT und der üblichen Quittung und des Rechtsabtretungsformular zu ändern.*

### Fallbeschreibung

Der Kunde M hat eine übliche ABVT<sup>1</sup> Pauschalpolice für seine Handelsware abgeschlossen. Die Police sieht einen Selbstbehalt von CHF 20'000.– Fr. pro Schadenfall vor.

In der Nacht von Sonntag, den 23.5.2010 auf Montag, den 24.5.2010 wurde in Spanien auf dem Weg zum Bestimmungsort ein Teil einer Sendung Schuhe, im Wert von 47'664.– US-Dollar, gestohlen. Der Fahrer des LKW hielt in der Nacht an einer Raststätte und legte sich schlafen. Die Ware wurde zwischen 23 und 9 Uhr entwendet. Bruttogewicht 1075 kg.

\* Dr. iur., Zürich.

<sup>1</sup> Allgemeine Bedingungen für die Versicherung von Gütertransporten (ABVT 2006) des Schweizerischen Versicherungsverbandes (SVV)

Am 22.7.2010 hat der Transportversicherer folgende Erledigung vorgenommen

Forderung	USD 47'664.–
./. Selbstbehalt	USD 19'200.–
Entschädigung	USD 28'464.–

und dem Kunden eine Quittung und Rechtsabtretung gesandt. Nach einigen Mahnungen hat der Kunde am 9.9.2010 das unterschriebene Formular retourniert und somit bestätigt:

*With our signature we confirm that*

- the above mentioned amount (USD 28'464.00) has been paid by A. Insurance Company Ltd.*
- with this payment we are indemnified in full for this claim and all rights for the full amount, against third parties in respect to the damage/loss regarding the above mentioned claim, are assigned to A. Insurance Company Ltd.*

Am 27.10.2010 hat der Transportversicherer ein Regressbüro beauftragt, einen Regress gegen den luxemburgischen Frachtführer K einzuleiten. Der Frachtführer hat jedoch mitgeteilt, dass er die Forderung schon im Betrag von EUR 10'325,99. (die CMR Haftungsbeschränkung, = USD 14'725.89) gegenüber dem Kunden geregelt habe. Gemäss der unterzeichneten Schadenquittung und Abfindungserklärung seien alle Ansprüche gegen den Frachtführer somit endgültig abgegolten. Der beigelegten Quittung vom 23.12.2010 ist Folgendes zu entnehmen:

*Mit der Zahlung des vorstehenden Betrages (10'325,99 Eur) sind unsere Ansprüche endgültig abgegolten.*

*By payment of the aforementioned amount our claim has become finally settled.*

### Regressmöglichkeiten – Haftpflicht des schadensverursachenden Frachtführers

Angenommen, der Schaden sei grobfahrlässig verursacht worden (Übernachten an einem unbewachten Parkplatz u.Ä.) kann der Transportversicherer den ganzen ausbezahlten Betrag zurückfordern. Mit der Schadensquittung hat der Kunde M nämlich nur bestätigt, dass seine, und nicht die gesamten, Ansprüche abgegolten worden sind. Praktisch wird es jedoch äusserst schwierig sein, die Grobfahrlässigkeit zu beweisen und den Frachtführer dazu zu bewegen, nochmals einen Regressbetrag zu entrichten.

Geht man von einer beschränkten CMR-Haftung aus, hat der Frachtführer mit der Zahlung an den Kunden M seine Haftung vollumfänglich getilgt.

Es stellt sich die Frage, wer in der gegebenen Situation, in welcher der Haftpflichtbetrag die ganze Forderung nicht deckt, die Regressforderung gegen den Frachtführer überhaupt hätte stellen dürfen.