

Thema

AUSSERPROZESSUALE ANWALTSKOSTEN – EIN SCHADEN KOMMT SELTEN ALLEIN



Aurelia Jenny Rechtsanwältin, schadenanwaelte AG, Zürich



Nathalie Tuor Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, schadenanwaelte AG, Zürich

Stichworte: Vor- und ausserprozessuale Anwaltskosten, Parteientschädigung, Verspätungsschaden

Bekanntermassen kann die Durchsetzung versicherungsrechtlicher Ansprüche bisweilen viel Nerven, Zeit und Geld kosten. Dass Letzteres bei versicherten Personen oftmals nur beschränkt vorhanden ist und die begehrten Versicherungsleistungen eben gerade benötigt würden, um Einkommensausfälle und Geldnöte aufzufangen, gehört zu den paradoxen Aspekten bei der Rechtsdurchsetzung.

Da erscheint es umso unbefriedigender, dass die Aufwände, die benötigt werden, um die Versicherungsansprüche durchzusetzen, meist nicht gänzlich von der Anspruchsgegnerin zu entschädigen sind, die versicherte Person mithin auf ihren durch die Gegenpartei verursachten Kosten sitzen bleibt. Die Rede ist insbesondere von den Honorarkosten für anwaltliche Auskünfte und Vertretung in den meist komplexen und aufwendigen Verfahren. Des Weiteren stellt sich die Frage, wer für die Anwaltskosten aufkommen muss, wenn die Sache ohne Beschreiten des Prozessweges erledigt werden kann. Inwiefern diese Kosten bei der Einbringung von Versicherungsleistungen ebenfalls gegenüber der Anspruchsgegnerin geltend gemacht werden können, soll in diesem Beitrag näher beleuchtet werden.

I. Problemstellung

Vorliegend geht es um die Liquidierung von anwaltlichen Kosten, die bei der Durchsetzung von Versicherungsansprüchen anfallen. Hierbei gilt es – abhängig vom Verfahrensstadium – zu differenzieren zwischen prozessualen, vorprozessualen und ausserprozessualen Kosten, wobei diese Begriffe in Literatur und Praxis wohl nicht einheitlich verwendet werden. Worum es sich bei prozessualen Kosten handelt, dürfte grundsätzlich klar sein. Es sind die üblichen anwaltlichen Aufwände, die kausal auf die Interessenwahrung im betreffenden Prozess zurückzuführen sind.¹ Die gerichtlich festgesetzten Tarife² können dabei freilich von der zwischen Klientin und Anwältin geschlossenen Honorarvereinbarung abweichen, womit bereits ein Manko entstehen kann, das in aller Regel von der Klägerin getragen werden muss. Selbstredend sind die prozessualen Kosten nur in jenem Umfang durch die Gegenpartei zu ersetzen, in dem ein Obsiegen der Klägerin vorliegt.

Für die Einordnung in vor- oder ausserprozessuale Kosten ist in der Regel nach deren Wesen zu fragen. Haben diese Prozesscharakter, so gelten sie als vorprozessual, dienen also meist der Einleitung des Prozesses. Fehlt

Das Dokument "Ausserprozessuale Anwaltskosten - ein Schaden kommt selten allein" wurde von Patric Nessler, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 04.10.2022 auf der Website anwaltsrevue.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

ihnen diese thematische Nähe, liegen ausserprozessuale Kosten vor, beispielsweise bei der blossen Ausübung eines Gestaltungsrechts.³ Ausschlaggebend ist mithin der Bezug zur gerichtlichen Durchsetzung eines Anspruchs. Dabei können auch die Kosten für eine Konsultation vor Beschreiten des Prozessweges geltend gemacht werden, wenn diese notwendig und angemessen waren.⁴ Daher sind auch die vorprozessualen Kosten von der gerichtlich zugesprochenen Parteientschädigung gedeckt.⁵

Bereits hier zeigt sich aber ein erstes Problem. Die Beurteilung, welche Art von Kosten vorliegen, ergibt sich jeweils aus der Retrospektive. Dann nämlich, wenn bekannt ist, ob der Prozessweg beschritten wurde oder nicht. Im Falle des Prozesses wird dann möglicherweise strittig sein, ob ausser- oder vorprozessuale Kosten vorliegen und wie weit diese zu vergüten sind. Nachfolgend soll aufgezeigt werden, inwieweit in den verschiedenen Versicherungszweigen die vor- und ausserprozessualen Kosten bei der Gegenpartei eingefordert werden können.

II. Im Sozialversicherungsrecht

In den sozialversicherungsrechtlichen Verfahren werden die Anwaltskosten – sofern sie nicht im Rahmen einer unentgeltlichen Verbeiständung seitens des Staats übernommen werden – stiefmütterlich behandelt. Im verwaltungsinternen Verfahren werden i.d.R. keine Parteientschädigungen entrichtet.⁶ Im gerichtlichen Verfahren wird dem entscheidenden Gericht ein grosses Ermessen hinsichtlich des Parteikostenersatzes eingeräumt.⁷

Ausserhalb des strittigen Verfahrens hat die versicherte Person in gewissen Konstellationen dennoch die Möglichkeit, die angefallenen Anwaltskosten auf die Sozialversicherungsträger abzuwälzen. Dann nämlich, wenn sie beim Zusammentreffen kongruenter Versicherungsleistungen im Rahmen der Überentschädigungsberechnung zusätzlich die durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten geltend macht.⁸ Das Bundesgericht hat hierzu jedoch einschränkend festgehalten, dass es sich um jene Aufwendungen handelt, die zur Erlangung der für die Überentschädigungsberechnung massgebenden Sozialversicherungsleistungen notwendig waren. Anwaltliche Bemühungen, die für Haftpflichtversicherungsleistungen eingesetzt wurden oder durch Dritte (z.B. Rechtsschutzversicherungen) gedeckt sind, könnten hingegen nicht darunter verstanden werden. Anrechenbar sind wiederum nur die notwendigen bzw. üblicherweise zu erwartenden Aufwendungen. Dies gelte sowohl für den vorprozessualen Aufwand als auch für die Anwaltskosten in einem Gerichtsverfahren, die nur geltend gemacht werden könnten, soweit sie nicht durch eine Parteientschädigung abgegolten worden sind.⁹

III. Im Haftpflichtrecht

Im Haftpflichtrecht bilden die *ausserprozessualen* Anwaltskosten Bestandteil des Schadens. Dies aber nur insofern, als sie gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nur so weit, als sie nicht durch eine Parteientschädigung im Prozess gedeckt sind. Dabei hat das Bundesgericht verhältnismässig hohe Anforderungen an die Substantiierung dieser Voraussetzungen gestellt. Der Verweis auf eine Honorarnote in einer Klagebeilage reicht demnach nicht aus, sondern es sind Konkretisierungen und Erläuterungen derselben in der Klageschrift vorzunehmen, andernfalls die Gegenpartei die Positionen nicht substantiiert bestreiten kann. Die Klägerin hat substantiiert die Umstände zu nennen, die dafürsprechen, dass die geltend gemachten Aufwendungen nach haftpflichtrechtlichen Gesichtspunkten als Bestandteil des Schadens, mithin gerechtfertigt, notwendig und angemessen und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind.¹⁰

Für jene *vorprozessualen* Kosten, die rückblickend betrachtet als notwendig und nützlich für die Vorbereitung

oder die mögliche Verhinderung des Prozesses waren, besteht – nebst den prozessualen Kosten – Anspruch auf Ersatz unter dem Titel von [Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO](#).¹¹ Soweit diese Kosten aber durch eine – auch nach Tarifbestimmungen festgelegte – Parteientschädigung abgegolten wurden, sind sie nicht mehr Teil des haftpflichtrechtlichen Schadens.¹² Es besteht mithin keine Möglichkeit, diese anderweitig in einem gesonderten Prozess geltend zu machen. Eine separate oder nachträgliche Schadenersatzklage ist damit für alle Kosten ausgeschlossen, die gemäss [Art. 95 Abs. 3 ZPO](#) in die Prozesskosten einfließen. Dies gilt auch, wenn durch eine eidgenössische oder kantonale Regelung ausgeschlossen ist, dass diese Kosten veranlagt und verteilt werden (in [BGE 139 III 190](#) bspw. die Genfer Regelung, wonach bei mietrechtlichen Streitigkeiten keine Parteientschädigungen zu entrichten seien). Im gleichen Sinne kann die Klägerin auch nicht mittels (zusätzlicher) Schadenersatzklage die Kosten erhalten, die ihr die Prozessrichterin in Anwendung von [Art. 107 ZPO](#) nicht zugesprochen hat.¹³ Etwas anderes gilt nur ausnahmsweise, wenn die Gegenpartei wider besseres Wissen mut- und böswillig einen Prozess lostritt, von dem sie wusste oder wissen musste, dass er rechtlich aussichtslos war, lediglich in der Absicht, Kosten zu verursachen.¹⁴ Die Widerrechtlichkeit dieser Kostenverursachung muss aber durch die Klägerin eigens begründet werden.¹⁵

In Fällen, die aussergerichtlich erledigt werden, was den Regelfall bilden dürfte, gehen die ausserprozessualen Anwaltskosten zu Lasten der Schädigerin oder deren Haftpflichtversicherung, sofern der Anwaltsbeizug notwendig war.¹⁶ Da die Mehrzahl der Geschädigten keine Kenntnis über mögliche Schadenspositionen als auch deren Berechnung haben dürfte, erscheint der Anwaltsbeizug bereits bei einfachen Schadenereignissen angezeigt, sofern sich der getätigte Aufwand in einem vernünftigen («gerechtfertigt», «notwendig», «angemessen») Rahmen bewegt. Entsprechendes gilt auch für die weiterführenden oder indirekten Kosten, die beispielsweise bei der Vertretung in sozialversicherungsrechtlichen Verfahren entstehen.¹⁷ Diese sind auf das haftpflichtrechtlich relevante Ereignis zurückzuführen und durch dieses verursacht, wäre

die Geschädigte doch nicht auf Sozialversicherungsleistungen angewiesen, hätte sie nicht das schädigende Ereignis erlitten. Da auch hier von einer Laiin nicht erwartet werden kann, sich mit den Eigenheiten der einzelnen Sozialversicherungszweige auszukennen, dürfte die diesbezügliche Konsultation und nötigenfalls Vertretung durch eine Anwältin ebenfalls zum ersatzfähigen ausserprozessualen Schaden gelten.

IV. Im Privat(versicherungs)recht

Im VVG kommt das OR sinngemäss zur Anwendung, sofern Ersteres keine gesonderten Bestimmungen vorsieht.¹⁸ Demnach ist bei Leistungsverzug (bspw. Nichtbezahlung des geschuldeten Taggelds) Schadenersatz wegen verspäteter Erfüllung zu leisten.¹⁹ Die Gläubigerin ist so zu stellen, wie wenn rechtzeitig erfüllt worden wäre.²⁰ Dabei bilden die Kosten der Rechtsverfolgung Teil dieses Verspätungsschadens, soweit sie der Geschädigten nicht schon aufgrund des Prozessrechts erstattet werden.²¹ Im Falle aussergerichtlicher Fallerledigung, bei der es in der Natur der Sache liegt, dass keine prozessrechtliche Entschädigung erfolgt, können damit die ausserprozessualen Anwaltskosten unter Hinweis auf [Art. 103 Abs. 1 OR](#) unter dem Titel des Verspätungsschadens ebenfalls von der Versicherungsgesellschaft gefordert werden.

Voraussetzung für den Eintritt des Verzugs ist bekanntermassen die Fälligkeit der Forderung und die Mahnung durch die Gläubigerin, sofern nicht ein bestimmter Verfalltag verabredet ist.²² Im VVG bestimmt sich der Zeitpunkt der Fälligkeit nach Art. 41. Demnach wird die Forderung vier Wochen, nachdem die Unterlagen zur ausreichenden Leistungsprüfung seitens der versicherten Person vorgelegt wurden (bspw. ein die Arbeitsunfähigkeit bescheinigendes Arztzeugnis), fällig. Nachdem die versicherte Person das Versicherungsunternehmen zur Zahlung aufgefordert hat (Mahnung), befindet sich Letzteres im

Schuldnerverzug. Möglicherweise findet sich bereits in den AVB ein Verfalltag, mit dem auch ohne Mahnung der Verzug eintritt. Zu beachten ist weiter der Sonderfall, in dem die Versicherung den Anspruch anerkennt oder zu Unrecht bestreitet, womit die Fälligkeit und der Verzug sofort eintreten.²³

Problematisch bei der prozessualen Geltendmachung eines Verzugsschadens zufolge unberechtigter verspäteter Auszahlung von Versicherungsleistungen dürfte hingegen sein, dass das Gericht, das die versicherungsrechtliche Streitigkeit zu beurteilen hat, abhängig von der kantonalen Gerichtsorganisation keine sachlichen Zuständigkeit für die Beurteilung der zivilrechtlichen Forderung nach [Art. 103 OR](#) besitzt.²⁴ So wäre wahrscheinlich zu entscheiden, wenn der Verspätungsschaden als zusätzliche Forderung verstanden wird, welche zur ursprünglichen Forderung hinzutritt und der Gläubigerin kumulativ zusteht.²⁵

V. Im Recht der beruflichen Vorsorge

Wie im Sozialversicherungsrecht besteht auch im Bereich der beruflichen Vorsorge grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung, sofern die berufsvorsorgerechtlichen Ansprüche gerichtlich durchgesetzt werden. Der Anspruch auf Ersatz der prozessualen Anwaltskosten beruht – mangels Anwendbarkeit der (verfahrensrechtlichen) Bestimmungen des ATSG im kantonalen Berufsvorsorgerecht und zufolge Fehlens einer Parteikostenersatzregelung in [Art. 73 BVG](#) – auf kantonalem Verfahrensrecht.²⁶

In der beruflichen Vorsorge ist bekanntlich zu differenzieren zwischen der obligatorischen Berufsvorsorge nach den BVG-Minimalnormen und der weitergehenden beruflichen Vorsorge,²⁷ die ihre Normierung in den von den Vorsorgeeinrichtungen zwingend zu erlassenden reglementarischen Bestimmungen findet.²⁸ Betreibt eine Pensionskasse lediglich die obligatorische berufliche Vorsorge nach Massgabe der gesetzlich einzuhaltenden BVG-Mindestvorschriften, dürfte eine Entschädigung von ausserprozessualen Anwaltskosten bereits aufgrund des öffentlich-rechtlichen Charakters der massgebenden Rechtsbeziehungen im BVG-Obligatorium²⁹ ausser Betracht fallen. In diesem Bereich fehlt es – wie in den meisten anderen Sozialversicherungsgesetzen – an einer entsprechenden Parteikostenersatzregelung für das verwaltungsinterne Verfahren.

Anders verhält es sich im Verhältnis zu den in der Praxis vorherrschenden umhüllenden Vorsorgeeinrichtungen, die über den BVG-Mindestbereich³⁰ hinaus weitergehende Leistungen vorsehen und diese unter Einschluss der BVG-Mindestleistungen betreiben.³¹ In diesem Bereich wird das Rechtsverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und der Vorsorgenehmerin durch einen privatrechtlichen Vorsorgevertrag begründet, der rechtsdogmatisch den Innominatverträgen zuzuordnen ist und als solcher dem allgemeinen Teil des Obligationenrechts ([Art. 1–183 OR](#)) untersteht.³² Gelangen die in [Art. 97 ff. OR](#) festgelegten Regeln auf den Vorsorgevertrag zur Anwendung,³³ steht den versicherten Personen bei einer vertragswidrigen Leistungsverzögerung eine Rechtsgrundlage für den Ersatz des daraus entstandenen Schadens in Form von

(ausserprozessualen) Anwaltskosten unter dem Titel Verspätungsschaden zur Verfügung.³⁴ Voraussetzung ist freilich, dass sich die Vorsorgeeinrichtung mit der Leistung im Sinne von [Art. 102 OR](#) schuldhaft im Verzug befindet. Vorbehältlich anderslautender reglementarischer Bestimmungen werden Berufsvorsorgeleistungen mit deren Entstehung fällig.³⁵ Eine Schadenersatzpflicht der Vorsorgeeinrichtung besteht allerdings auch hier nur hinsichtlich derjenigen Aufwendungen, die zur Durchsetzung der Forderungen der versicherten Person notwendig und angemessen sind.³⁶

Der Anspruch auf Verspätungsschaden steht den versicherten Personen kumulativ neben dem ursprünglichen Leistungsanspruch zu.³⁷ Mangels einheitlicher sachlicher Zuständigkeit wäre bei einer prozessualen Geltendmachung des schadenersatzrechtlichen Anspruchs auf Ersatz des Verspätungsschadens ein gesonderter

VI. Kritische Würdigung

In der Praxis ist es schwierig bis geradezu unmöglich, antizipieren zu können, welche anwaltlichen Aufwände im Prozess als vorprozessual beurteilt werden und folglich durch die Parteientschädigung gedeckt sind und welche nicht. Des Weiteren sind die geleisteten Stunden im Falle der Parteientschädigung lediglich zu den kantonalen Tarifen zu entschädigen, die oftmals unter den vereinbarten Stundenansätzen liegen dürften. Eine gänzliche Schadloshaltung ist unter diesem Titel daher selbst im Falle des vollständigen Obsiegens schwierig zu erreichen.

Für jene anwaltlichen Aufwände, die unter dem Titel des Kostenersatzes im Prozess vergütet wurden (Parteientschädigung), besteht kein Raum für eine gesonderte Geltendmachung in einem separaten Prozess. Im Vorfeld des Prozesses dürfte es hingegen schwierig sein, abzuschätzen, welche Kosten letztlich noch als vorprozessual und daher durch die Parteientschädigung abgegolten gelten und welche nicht. Werden die anwaltlichen Aufwände unter dem Titel des ausserprozessualen Aufwands – im Rahmen des Haftpflichtprozesses als Schadensposition oder aber als eigenständiger Anspruch wegen verspäteter Leistung aus [Art. 102 ff. OR](#) – geltend gemacht, so stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an deren Substantiierung. Somit ist abzuwägen, ob der Grossteil der Aufwände zumindest als vorprozessual im Rahmen der Prozessentschädigung einzufordern ist, um nicht mit dem Vorwurf mangelnder Substantiierung konfrontiert zu sein, dies jedoch mit dem Nachteil, unter dem Titel der Parteientschädigung zufolge tiefer kantonalen Tarife nicht einen vollumfänglichen Kostenersatz zu erhalten.

Ausserhalb des Haftpflichtrechts dürfte es des Weiteren mangels identischer sachlicher Zuständigkeit des beurteilenden Gerichts nicht möglich sein, nebst der Versicherungsleistung gleichzeitig auch den Verzugsschaden gestützt auf [Art. 103 OR](#) einzufordern. Hierfür wäre ein gesonderter Prozess zu führen, der erneut mit entsprechendem Prozess- und Kostenrisiko verbunden wäre. Liegt der Streitwert im kleineren Rahmen, könnte hingegen bereits anlässlich einer Schlichtungsverhandlung mit geringem Aufwand ein Kostenersatz für anwaltliche Leistungen unter dem Titel des Verzugsschadens erwirkt werden.

¹ BSK ZPO-Rüegg/Rüegg, N 18 und 20 zu Art 95.

² [Art. 96 ZPO](#).

³ Aufforderung zur Nachbesserung im Werkvertragsrecht, vgl. BGer-Urteil [4A_692/2015](#) vom 1.3.2017 E. 6, nicht publiziert in [BGE 143 III 206](#).

⁴ [BGE 133 II 361](#) E. 4.1.

⁵ [BGE 117 II 394](#) E. 3a; Staehelin/Staehelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Basel 2019, S. 245, Rz. 17; a.M. wohl BSK ZPO-Rüegg/Rüegg N 20 zu Art. 95, die lediglich im Haftpflichtrecht eine Geltendmachung der vorprozessualen Kosten als Schaden nach Art. 41 OR für zulässig erachten.

⁶ [Art. 52 Abs. 2 ATSG](#)

⁷ [Art. 61 lit. g ATSG](#)

⁸ [Art. 69 Abs. 2 ATSG](#), gilt für das Zusammentreffen von UVG-Taggelder oder Übergangsleistungen im Sinne von [Art. 89 Abs. 1 VUV](#) mit kongruenten IV-, AHV-, MV-Renten, Taggeldern der ALV (vgl. [BGE 139 V 519](#)), obligatorische BVG-Renten sowie für unfallbedingte Taggelder nach KVG. Nicht zur Anwendung gelangt [Art. 69 ATSG](#) beim Zusammentreffen von Renten (spezifische Komplementärrenten- und Überentschädigungsregeln im UVG und BVG).

⁹ [BGE 139 V 108](#) E. 6.

¹⁰ BGer-Urteil [4A_264/2015](#) vom 10.8.2015 E. 3 und 4.2.1 f.; BGer-Urteil [4A_692/2015](#) vom 1.3.2017 E. 6.1.2, nicht publiziert in [BGE 143 III 206](#).

¹¹ Graber, Vertretung von Haftpflichtigen und Versicherungen, in: Handbücher für die Anwaltspraxis, Haftung und Versicherung, 2. Auflage, Basel 2015, Rz. 8.42 m.w.H.

¹² [BGE 133 II 361](#) E. 4.1.

- 13 [BGE 139 III 190](#) E. 4.2 und 4.4.
- 14 [BGE 117 II 394](#) E. 3b.
- 15 BGer-Urteil [4A_148/2016](#) vom 30.8.2016 E. 2.4.
- 16 Graber, a.a.O., Rz. 8.43.
- 17 Graber, a.a.O., Rz. 8.43 m.H.a. BGE 133 I 361 E. 4.1; siehe ausführlicher auch Roland Brehm, Berner Kommentar, 5. Auflage, 2021, N 91a zu Art. 41 OR.
- 18 [Art. 100 Abs. 1 VVG](#).
- 19 [Art. 103 Abs. 1 OR](#).
- 20 Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Auflage, Basel 2014.
- 21 BGer-Urteil [4C.11/2003](#) vom 19.5.2003 E. 5.
- 22 [Art. 102 Abs. 1 OR](#).
- 23 Jürg Nef, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), 2001, N 20 zu Art. 41 VVG.
- 24 [BGE 130 V 103](#) E. 1.2 e contrario.
- 25 Widmer Lüchinger/Wiegand, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Auflage, Basel 2020, N 7 zu Art. 103.
- 26 BGer-Urteil [9C_162/2013](#) vom 8.8.2013 E. 4.3.1.
- 27 Weitergehende Vorsorge als Oberbegriff der über-, unter-, vor- und ausserobligatorischen Vorsorge.
- 28 Art. [49](#) und Art. [50 Abs. 1](#) BVG.
- 29 Kaspar Saner, Das Vorsorgeverhältnis in der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge, Diss. Zürich 2012, S. 14.
- 30 [Art. 6 BVG](#).
- 31 BSK Berufliche Vorsorge-Konrad/Lauener, Art. 49 BVG N 2.
- 32 BGer-Urteil [B 120/06](#) vom 10.3.2008 E. 2.1.2.
- 33 [BGE 130 V 103](#) E. 3.3; 129 III 307 E. 2.2 m.w.H.
- 34 [Art. 103 Abs. 1 OR](#).
- 35 [Art. 75 OR](#).
- 36 BGer-Urteil [4C.11/2003](#) vom 19.5.2003 E. 5.2.
- 37 Widmer Lüchinger/Wiegand, a.a.O., N 7 zu Art. 103.
- 38 [BGE 130 V 103](#) E. 1.2 e contrario, wonach das für vorsorgerechtliche Fragen zuständige (Sozialversicherungs-)Gericht keine sachliche Zuständigkeit für die Beurteilung der schadenersatzrechtlichen Ansprüche besitzt. Dies im Unterschied zum Haftpflichtprozess, bei dem die Anwaltskosten als weitere Schadensposition im gleichen Verfahren geltend gemacht werden können.