

Hochschulstrasse 17
Postfach
3001 Bern
Telefon +41 31 635 48 03
Fax +41 31 634 50 53
handelsgericht.bern@justice.be.ch
www.justice.be.ch/obergericht

Entscheid

HG 23 50

Bern, 6. März 2024

Besetzung

Oberrichter Josi (Präsident), Handelsrichter Kocher und Handels-
richter Bangerter
Gerichtsschreiberin Zwahlen

Verfahrensbeteiligte

A._____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Klägerin

gegen

C._____ **AG**
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. D. _____
Beklagte

Gegenstand

Klage vom 27. April 2023



Regeste

Art. 103a VVG; Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020

Das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG (in Kraft seit dem 1. Januar 2022) fällt in den Geltungsbereich der Übergangsbestimmung von Art. 103a VVG. Da von einem qualifizierten Schweigen auszugehen ist, finden die Übergangsbestimmungen des SchIT ZGB keine Anwendung (E. 19).

Erwägungen:

I.

1. Am 6. Februar 2014 liess sich die Klägerin von Prof. Dr. med. E._____ wegen Schmerzen an der rechten Hand untersuchen (Klagebeilage [KB] 1). Aufgrund der in diesem Rahmen gestellten Diagnose unterzog sie sich am 26. Februar 2014 im _____ (Klinik) einer handchirurgischen Operation bei Prof. Dr. med. E._____ (KB 2).
2. Am 28. Februar 2014 trat die Klägerin aus der Klinik aus. Im Austrittsbericht wurde verzeichnet, dass der postoperative Verlauf «am ersten Tag durch stärkste Schmerzhaftigkeit geprägt» war (KB 5). In den folgenden Jahren kam es zu weiteren Untersuchungen, Gutachten und Operationen.
3. Mit Klage vom 27. April 2023 (pag. 1 ff.) machte die Klägerin Ansprüche wegen unsorgfältiger ärztlicher Behandlung durch Prof. Dr. med. E._____ gegen dessen Haftpflichtversicherung, die Beklagte, geltend. Sie stellte die folgenden Rechtsbegehren:
 1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin CHF 35'000.00 als Genugtuung aus der Operation vom 26. Februar 2014 zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % seit 26. Februar 2014.
 2. Es sei festzustellen, dass es sich bei der Klage um eine Teilklage handelt und sich die Klägerin vorbehält, weitergehende Schadenersatzansprüche in einem weiteren Verfahren geltend zu machen.
 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.
4. Mit Schreiben vom 16. Mai 2023 (pag. 57 ff.) stellte die Beklagte den Antrag, das Verfahren einstweilen auf die Frage der Passivlegitimation der Beklagten zu beschränken.
5. Mit Schreiben vom 30. Mai 2023 (pag. 66 f.) erklärte sich die Klägerin mit dem Antrag auf Verfahrensbeschränkung einverstanden. In der Folge beschränkte der Instruktionsrichter das Verfahren i.S.v. Art. 125 Bst. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) auf die Frage der Passivlegitimation der Beklagten (pag. 69 f.).

6. In ihrer Klageantwort im beschränkten Verfahren vom 5. Juli 2023 (pag. 71 ff.) stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:
 1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Klägerin.
7. Am 18. September 2023 reichte die Klägerin ihre Replik im beschränkten Verfahren ein (pag. 101 ff.).
8. Am 9. November 2023 reichte die Beklagte ihre Duplik im beschränkten Verfahren ein (pag. 115 ff.).
9. Mit Schreiben vom 27. November 2023 (pag. 133) und vom 30. November 2023 (pag. 135) teilten die Parteien dem Gericht mit, dass sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichten.
10. Am 1. Dezember 2023 verfügte der Instruktionsrichter, dass ein schriftlicher Entscheid ergeht (pag. 137 f.).
11. Die Parteien reichten am 15. Februar 2024 ihre Kostennoten ein (pag. 149 ff.).

II.

12. Das Gericht tritt auf eine Klage ein, sofern die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 59 Abs. 1 ZPO). Ob dies der Fall ist, wird von Amtes wegen geprüft (vgl. Art. 60 ZPO).
13. Gemäss Art. 10 Abs. 1 Bst. b ZPO ist für Klagen gegen eine juristische Person das Gericht an deren Sitz zuständig. Die Beklagte hat ihren Sitz in Bern, womit das Handelsgericht des Kantons Bern örtlich zuständig ist.
14. Handelsrechtliche Streitigkeiten werden im Kanton Bern durch das Handelsgericht als einzige kantonale Instanz beurteilt (Art. 6 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Zivilprozessordnung, zur Strafprozessordnung und zur Jugendstrafprozessordnung [EG ZSJ; BSG 271.1]).
 - 14.1 Eine Streitigkeit gilt als handelsrechtlich, wenn die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen ist, gegen den Entscheid die Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht offensteht und die Parteien im schweizerischen Handelsregister oder einem vergleichbaren ausländischen Register eingetragen sind (Art. 6 Abs. 2 ZPO).
 - 14.2 Vorliegend ist nur die Beklagte im schweizerischen Handelsregister eingetragen, die Klägerin ruft in Ausübung ihres Wahlrechts nach Art. 6 Abs. 3 ZPO das Handelsgericht an. Der Streitwert beträgt CHF 35'000.00 (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO), womit die Streitwertgrenze von Art. 6 Abs. 2 Bst. b ZPO i.V.m. Art. 74 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) erreicht ist. Weil die Streitigkeit die Geschäftstätigkeit der Beklagten betrifft, ist auch die Voraussetzung nach Art. 6

Abs. 2 Bst. a ZPO erfüllt. Das Handelsgericht ist für die Klage somit auch sachlich zuständig.

15. Das Verfahren wurde i.S.v. Art. 125 Bst. a ZPO vorerst auf die Frage der Passivlegitimation der Beklagten beschränkt. Voraussetzung für eine Verfahrensbeschränkung ist grundsätzlich, dass der Entscheid über diese Frage die Herbeiführung eines Endentscheides oder zumindest eines Zwischenentscheides, gegen den ebenfalls ein Rechtsmittel ergriffen werden kann (Art. 237 ZPO), erlaubt und somit gegebenenfalls über diese Frage auch im Rechtsmittelverfahren ein Entscheid herbeigeführt werden kann (vgl. GSCHWEND, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017, Art. 125 N 5). Würde vorliegend die Passivlegitimation der Beklagten verneint, würde dies zu einem Endentscheid (Abweisung der Klage) führen. Würde die Passivlegitimation dagegen bejaht, so würde eine abweichende Beurteilung des Bundesgerichts zur Abweisung der Klage führen. Der angebliche ärztliche Kunstfehler kann ohne ein medizinisches Gutachten nicht beurteilt werden. Ein solches nimmt erfahrungsgemäss sehr viel Zeit in Anspruch und ist mit sehr hohen Kosten verbunden (Art. 93 Abs. 1 Bst. b BGG).
16. Die übrigen Prozessvoraussetzungen geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Klage wird im Rahmen des beschränkten Verfahrens eingetreten.
17. Die Urteile des Handelsgerichts des Kantons Bern werden durch drei Richterinnen oder Richter gefällt, davon zwei Fachrichterinnen oder Fachrichter (Art. 3 ZPO i.V.m. Art. 45 Abs. 2 des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

III.

18. Strittig ist, ob sich die Klägerin als Geschädigte gestützt auf Art. 60 Abs. 1^{bis} des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) direkt an die Beklagte als Versicherungsunternehmen des angeblichen Schädigers (Prof. Dr. med. E. _____) halten kann.
- 18.1 Nach dieser Bestimmung steht dem geschädigten Dritten oder dessen Rechtsnachfolger im Rahmen einer allfällig bestehenden Versicherungsdeckung und unter Vorbehalt der Einwendungen und Einreden, die ihm das Versicherungsunternehmen aufgrund des Gesetzes oder des Vertrags entgegenhalten kann, ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherungsunternehmen zu. Die Bestimmung ist erst am 1. Januar 2022 in Kraft getreten, womit sich die Frage stellt, ob sie sich auch auf Versicherungsverträge bzw. Schadensereignisse erstrecken kann, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen worden bzw. eingetreten sind. Der Gesetzgeber hat für die recht umfangreiche Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes nur eine einzige Übergangsbestimmung erlassen. Gemäss Art. 103a VVG gelten für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind, die Formvorschriften und das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b.

- 18.2 Die Klägerin als geschädigte Dritte räumt ein, dass sowohl der Abschluss des Versicherungsvertrags zwischen der Beklagten und Prof. Dr. med. E. _____ als auch das schädigende Ereignis (Operation vom 26. Februar 2014) vor Inkrafttreten dieser neuen Gesetzesbestimmung am 1. Januar 2022 stattgefunden hätten. Das hier zugrundeliegende Rechtsverhältnis sei aber gemäss Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 des Schlusstitels (SchlT) des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) rückwirkend nach dem neuen Recht zu beurteilen. Art. 103a VVG begründe keine spezialgesetzliche Ausnahme hierzu (Rz. 10 ff. der Klage, pag. 4 f.; Rz. 6 ff. der Replik, pag. 104 ff.).
- 18.3 Die Beklagte hält dagegen, dass Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG aus intertemporalrechtlichen Gründen vorliegend nicht anwendbar sei. Der Gesetzgeber habe mit Art. 103a VVG die Rückwirkung der per 1. Januar 2022 neu in Kraft tretenden Bestimmungen des VVG abschliessend geregelt. Die Rückwirkung umfasse indes das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG nicht (Rz. 35 ff. der Klageantwort, pag. 81 ff.; Rz. 7 ff. der Duplik, pag. 117 ff.). Weiter sei eine Rückwirkung auch gemäss Art. 1 ff. SchlT ZGB ausgeschlossen, da es sich beim Versicherungsvertrag – dessen Bestand Voraussetzung für das direkte Forderungsrecht bilde – gerade nicht um ein vom Willen der Beteiligten unabhängiges Rechtsverhältnis handle (Rz. 51 ff. der Klageantwort, pag. 86 ff.). Art. 2 und Art. 3 SchlT ZGB seien hierbei nicht einschlägig (Rz. 12 ff. der Duplik, pag. 120 ff.). Im Ergebnis gelange Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG nur auf nach dem 1. Januar 2022 eingetretene Schadenereignisse zur Anwendung und die Beklagte sei vorliegend nicht passivlegitimiert (vgl. Rz. 20 der Duplik, pag. 124 f.).
19. Zunächst ist zu prüfen, ob Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG in den Geltungsbereich der Übergangsbestimmung von Art. 103a VVG fällt.
- 19.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 ZGB findet das Gesetz auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Ziel jeder Auslegung ist es den wirklichen Sinn einer Gesetzesbestimmung (Normsinn) zu ermitteln. Ausgangspunkt ist dabei der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalisches Element). Weiter hat das Gericht den Willen des Gesetzgebers, wie er sich namentlich aus den Gesetzesmaterialien ergibt (historisches Element) und den Kontext, in welchem eine Norm zu anderen Gesetzesvorschriften steht (systematisches Element), zu berücksichtigen. Überdies gilt es, nach dem Normzweck, also den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (teleologisches Element). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Gesetzesnormen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es ab, die einzelnen Auslegungselemente einer Prioritätsordnung zu unterstellen (BGE 145 III 324 E. 6.6 S. 334 m.w.H.; BGE 134 V 1 E. 7.2 S. 5 m.w.H.; zum Ganzen HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2019, § 2 Rz. 17 ff.; EMME-NEGGER/TSCHECHTER, in: Hausheer/Walter [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, 2012, Art. 1 N 166 ff. [nachfolgend: BK ZGB-AUTORIN]).

19.2 Das *grammatikalische Element* hat den Wortlaut des Gesetzestexts (inkl. Überschriften, Titel, Marginalien, usw.) zum Gegenstand. Der Wortsinn ist nach dem jeweiligen Sprachgebrauch und anhand der drei, grundsätzlich gleichwertigen Amtssprachen (Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt [PublG, SR 170.512]) zu ermitteln. Dem Element kommt insbesondere Bedeutung zu, wenn die drei sprachlichen Versionen nicht vollständig übereinstimmen oder sich widersprechen (HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 17 ff. und Rz. 69 ff.; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 206 ff.).

19.2.1 Art. 103a VVG mit dem Randtitel «Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2020» lautet in der deutschen Fassung wie folgt:

Für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind, gelten folgende Bestimmungen des neuen Rechts:

- a. die Formvorschriften;
- b. das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b.

Die französische Fassung hat folgenden Wortlaut:

Les dispositions suivantes du nouveau droit s'appliquent aux contrats qui ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la modification du 19 juin 2020:

- a. les prescriptions en matière de forme;
- b. le droit de résiliation au sens des art. 35a et 35b.

Die italienische Fassung lautet:

Ai contratti conclusi prima dell'entrata in vigore della modifica del 19 giugno 2020 si applicano le seguenti disposizioni del nuovo diritto:

- a. le prescrizioni di forma;
- b. il diritto di recesso secondo gli articoli 35a e 35b.

19.2.2 In der Literatur wird die Meinung vertreten, dass Art. 103a VVG ausdrücklich nur die Formvorschriften und das Kündigungsrecht für sofort anwendbar erkläre, nicht aber andere Bestimmungen. *E contrario* seien alle anderen Bestimmungen der Teilrevision erst mit dem Abschluss eines neuen Versicherungsvertrags ab dem 1. Januar 2022 anwendbar (KLETT/KUZMANOVIC, Das Übergangsrecht des revidierten VVG mit Fokus auf Vorschriften mit Auswirkungen auf Dritte, HAVE 1/2022 S. 28).

19.2.3 Der wohl überwiegende Teil der Lehre vertritt dagegen die Ansicht, dass sich Art. 103a VVG dem Wortlaut nach ausdrücklich auf «Verträge» beziehe und deshalb lediglich das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer umfasse. Das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG gründe jedoch unmittelbar auf dem Gesetz und unterliege demnach nicht dem Wortlaut der Übergangsbestimmung (FREY/SPINNER, in: Grolimund/Loacker/Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. 2023, Art. 60 N 114 [nachfolgend: BSK VVG-AUTORIN]; BSK VVG-SPECOGNA, Art. 103a N 13 ff.; MORENO/WENDEL-SPIESS, Der Regress im neuen VVG, HAVE 3/2021 S. 245 f.; VON ZEDT-WITZ/MAISANO, Rückgriff des Privatversicherers gemäss Art. 95c rev. VVG – ab wann?, Jusletter 1. März 2021 Rz. 10 f.).

- 19.2.4 Dem Wortlaut nach bezieht sich Art. 103a VVG auf «Verträge» («für Verträge gelten», «s'appliquent aux contrats», «ai contratti si applicano»); alles andere wird darin nicht geregelt. Damit ist aber nicht gesagt, was unter «Verträgen» zu verstehen ist. Die Beklagte möchte darunter sämtliche Rechtsverhältnisse und rechtlichen Pflichten verstanden wissen, deren Bestand von einem Versicherungsvertrag abhängt, wozu folglich auch das direkte Forderungsrecht gehören würde (vgl. KLETT/KUZMANOVIC, HAVE 1/2022 S. 28). Aus dem Wortlaut lässt sich dies nicht direkt herleiten. Als «Vertrag» gilt sowohl nach rechtlichem als auch nach allgemeinem Sprachgebrauch jede rechtlich verbindliche Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Parteien (vgl. www.duden.de/rechtschreibung/Vertrag). Aus dem Wortlaut ist zu schliessen, dass das Rechtsverhältnis zwischen den am Vertrag beteiligten Parteien angesprochen ist.
- 19.2.5 Fraglich und in der Lehre umstritten ist, ob sich ein anderes Auslegungsergebnis auch aus dem Wortlaut ergeben könnte, oder nur gestützt auf die übrigen Auslegungselemente (vgl. PEDERGNANA/ELM, Der neue Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG im Lichte des intertemporalen Rechts: Ein direktes Forderungsrecht für neue und alte Versicherungsverträge?, HAVE 2/2022 S. 117, wonach der Wortlaut verschiedene Interpretationen zulasse). Aus dem Wortlaut lässt sich positiv schliessen, dass die genannten neuen Bestimmungen betreffend Kündigung und Form auch auf altrechtliche Verträge anwendbar sind. Der negative Umkehrschluss, dass damit «e contrario» alle anderen Bestimmungen des neuen Rechts nicht anwendbar sind, ist nicht zwingend. Aus der Aussage «die Sonne scheint am Samstag und am Sonntag» ergibt sich nicht eindeutig, dass die Sonne am Montag nicht scheint. Um dies sicher sagen zu können, müssten die Gründe ermittelt werden, aus denen die Aussage abgegeben wird (geht es um das Wetter der ganzen Woche oder nur um das Wochenende?). Im vorliegenden Zusammenhang verhält es sich nicht anders. Sprachlogisch ist nicht ausgeschlossen, dass auch andere Bestimmungen des neuen Rechts auf altrechtliche Verhältnisse anwendbar sind, allerdings aus Gründen, die im Normtext nicht direkt angesprochen werden. Ebenso wenig ist aber ausgeschlossen, dass die übrigen Bestimmungen des neuen Rechts gerade keine Anwendung finden sollen und ein qualifiziertes Schweigen vorliegt, das durch Nichterwähnen zum Ausdruck gebracht wird: Diejenigen Bestimmungen, die auf altrechtliche Sachverhalte anwendbar sein sollen, werden erwähnt und die restlichen Bestimmungen sind Teil eines negativen Katalogs, der bewusst keine Erwähnung findet.
- 19.2.6 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Ergebnis der Wortauslegung zu keinem eindeutigen Resultat führt.
- 19.3 Das *systematische Element* beschäftigt sich mit dem inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer widerspruchsfreien Einheit verknüpfen soll. Mit anderen Worten darf eine Gesetzesbestimmung nicht isoliert für sich allein betrachtet werden, sondern muss im Zusammenhang mit den sie umschliessenden Normen, Titeln und Randtiteln sowie der gesamten Rechtsordnung verstanden werden (HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 77 ff.; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 245 ff.).

- 19.3.1 (Auch) unter dem Stichwort der systematischen Auslegung befasst sich die Literatur mit der Frage, ob dem direkten Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG Vertrags- oder Gesetzescharakter zukommt. Während ein Teil der Lehre hauptsächlich ausgehend vom Wortlaut von Art. 103a VVG auf Letzteres schliesst (BSK VVG-FREY/SPINNER, Art. 60 N 114; BSK VVG-SPECOGNA, Art. 103a N 13; MORENO/WENDELSPIESS, HAVE 3/2021 S. 245 f.; VON ZEDTWITZ/MAISANO, Jusletter 1. März 2021 Rz. 9 f.), hält eine Minderheitsmeinung dagegen, dass die Gesetzeshistorie keinen Hinweis auf eine solche Unterscheidung liefere; ein laufender Versicherungsvertrag sei stets vorausgesetzt (KLETT/KUZMANOVIC, HAVE 1/2022 S. 28). Die Autoren PEDERGNANA/ELM kommen im Rahmen einer Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehrmeinungen zum Schluss, dass sich grundsätzlich «jede Rechtfertigung, wonach ein Schwerpunkt auf die vertragliche oder gesetzliche Komponente zu legen sei», vertreten liesse (PEDERGNANA/ELM, HAVE 2/2022 S. 117 f. m.w.H.).
- 19.3.2 Was zunächst den Zusammenhang der einzelnen Elemente der Bestimmung selbst betrifft, so deuten die Begriffe «Kündigungsrechte» und «Formvorschriften» darauf hin, dass die Bestimmung einzig Vorschriften betreffend Verträge erfasst. Die Vorschriften von Art. 35a und 35b VVG umschreiben denn auch die Voraussetzungen für die ordentliche und die ausserordentliche Kündigung des Versicherungsvertrags, betreffen somit nur das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien. Die neuen Formvorschriften erleichtern den elektronischen Geschäftsverkehr, indem sie neben der Schriftlichkeit den Nachweis durch Text genügen lassen (BSK VVG-SPECOGNA, Art. 103a N 19). In der Norm sind somit nur Bestimmungen angesprochen, die das Verhältnis unter den ursprünglichen Vertragsparteien betreffen, was gegen ein weiteres Verständnis der Norm sprechen könnte.
- 19.3.3 Bei der Vorschrift handelt es sich um eine Übergangsbestimmung. Zu beachten ist in dieser Hinsicht, dass das Gesetz mit der Ordnung von Art. 1 bis 4 SchIT ZGB bereits allgemeine Übergangsbestimmungen aufstellt, die stets zur Anwendung kommen, wenn das Spezialgesetz keine eigenen Bestimmungen vorsieht (Art. 1 Abs. 3 SchIT ZGB). Dabei kann vorausgesetzt werden, dass spezialgesetzliche Übergangsbestimmungen sich widerspruchsfrei in diese allgemeine Ordnung einfügen. Sie können diese einerseits mit Bezug auf spezialgesetzliche Eigenheiten präzisieren und andererseits Ausnahmen dazu vorsehen, wie dies Art. 1 Abs. 3 SchIT ZGB ausdrücklich vorbehält (vgl. VISCHER, in: Geiser/Wolf [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, 7. Aufl. 2023, Art. 1 SchIT N 12 [nachfolgend: BSK ZGB II-AUTORIN]). Mit Art. 1 Abs. 1 SchIT ZGB stellt das Gesetz den allgemeinen Grundsatz der Nichtrückwirkung auf. Danach werden die rechtlichen Wirkungen von Tatsachen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten sind, auch nachher gemäss den Bestimmungen des eidgenössischen oder kantonalen Rechts beurteilt, die zur Zeit des Eintritts dieser Tatsachen gegolten haben. Eine spezialgesetzliche Bestimmung, welche diesen Grundsatz explizit ebenfalls festhält, ist somit entbehrlich. Daraus kann abgeleitet werden, dass Art. 103a VVG eine Ausnahme von diesem allgemeinen Grundsatz aufstellt, indem er ausgewählte Bestimmungen des neuen Rechts auch für vergangene Sachverhalte für anwendbar erklärt. Im Übrigen sollte es aber wohl bei der Grundregel der Nichtrückwirkung bleiben und im Geltungsbereich von Art. 103a VVG sollen mit Ausnahme der Form- und Kündigungsvorschrif-

ten keine neurechtlichen Bestimmungen auf altrechtliche Rechtsverhältnisse zur Anwendung gelangen (vgl. BSK VVG-SPECOGNA, Art. 103a N 23).

- 19.3.4 In systematischer Hinsicht ist weiter zu berücksichtigen, dass das Versicherungsvertragsgesetz nicht nur den Versicherungsvertrag im engeren Sinn, verstanden als Vereinbarung zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Versicherungsnehmer, regelt, sondern auch die damit zusammenhängenden Rechtsverhältnisse mit Dritten, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen. Diese sind im weiteren Sinne ebenfalls versicherungsvertraglicher Natur, weil sie einen Versicherungsvertrag voraussetzen. Es ist daher naheliegend, unter dem Begriff «Verträge», wie er in Art. 103a VVG enthalten ist, sämtliche versicherungsvertragsrechtlichen Rechtsverhältnisse zu verstehen, die auf dem Versicherungsvertragsgesetz beruhen. Unter diesem Gesichtspunkt enthält somit Art. 103a VVG nicht nur Übergangsbestimmungen für die im engeren Sinn vertragsrechtlichen Bestimmungen, sondern für das gesamte neurechtliche Versicherungsvertragsrecht. Wenn aber von den *gesamten* Bestimmungen des neuen Rechts nur die in der Übergangsbestimmung genannten Vorschriften auf altrechtliche Verträge für anwendbar erklärt werden, so ergibt sich daraus der Umkehrschluss, dass alle anderen neurechtlichen Bestimmungen nicht zurückwirken.
- 19.3.5 Im Ergebnis führt die systematische Auslegung eher zum Schluss, dass der Grundsatz in Art. 1 SchlT ZGB derogiert wurde, indem er mit der übergangsrechtlichen Spezialnorm von Art. 103a VVG die neurechtlichen Form- und Kündigungsvorschriften für bestehende Verträge anwendbar erklärt. Es wurde bewusst eine Übergangsregelung aufgenommen, so dass gerade nicht die allgemeinen übergangsrechtlichen Regelungen und Grundsätze der SchlT ZGB herangezogen werden müssen. Es wurde explizit festgehalten, welche neuen Bestimmungen rückwirkend anwendbar sein sollen. Hätte man die Rückwirkung noch für weitere Bestimmungen vorsehen wollen, hätten diese wohl Eingang in die Aufzählung von Art. 103a VVG gefunden, was für ein qualifiziertes Schweigen hinsichtlich der nicht genannten neuen Bestimmungen des VVG spricht.
- 19.4 Das *teleologische Auslegungselement* dient der Ermittlung des Zwecks einer Gesetzesbestimmung. Das Gericht hat nach den dem Text zu Grunde liegenden Wertungen zu forschen, namentlich nach dem durch die Norm geschützten Interesse (HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 103 ff.; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 290 ff.). Unter diesem Gesichtspunkt können auch die Auswirkungen einer Norm berücksichtigt werden. In der Lehre wird vertreten (KLETT/KUZMANOVIC, HAVE 1/2022 S. 28 f.), dass auch unter diesem Gesichtspunkt eine Rückwirkung von Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG abzulehnen sei. Die Teilrevision des VVG habe die Position der Versicherungsnehmer als schwächere Vertragspartei stärken sollen und es hätten, mit Ausnahme der Formvorschriften und des Kündigungsrechts, die meisten vorteilhafteren Bestimmungen erst auf neu abgeschlossene Verträge Anwendung finden sollen. Es überzeuge deshalb nicht, wenn vertragsfremde Dritte mit einer für sie günstigeren Übergangsregelung privilegiert würden. Darüber hinaus erfordere die Einführung eines direkten Forderungsrechts die Anpassung diverser Klauseln eines Versicherungsvertrags, etwa in der Form strengerer Mitwirkungspflichten des Versicherungsnehmers. Schlussendlich müsse

dann auch mit praktischen Problemen im Rahmen der vorvertraglichen Informationspflicht nach Art. 3 VVG und bei der Durchsetzung des direkten Forderungsrechts ausserhalb der obligatorischen Haftpflichtversicherung, wo sich Versicherungsnehmer weigern könnten, ihre Haftpflichtversicherung bekannt zu geben, gerechnet werden.

- 19.4.1 Tatsächlich hat der Gesetzgeber in seinen Beratungen insbesondere dem Konsumentenschutz Rechnung tragen wollen (vgl. bspw. Votum Birrer-Heimo AB 2019 N 730). Zum Spannungsfeld zwischen den Interessen der Versicherten und den geschädigten Dritten äusserte sich der Gesetzgeber in seiner Beratung zu Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG (vgl. insb. Votum Schmid, AB 2019 S 770: «Es geht um die Frage des Geschädigten, des Versicherungsnehmers und der Versicherung. Interessant ist ja bei dieser Konstellation, dass Sie sich in diesem Sinne eigentlich zwischen dem Versicherten und dem Geschädigten entscheiden müssen. Hier geht es eben nicht mehr um den Konsumentenschutz.»; vgl. auch VON ZEDTWITZ/MAISANO, Jusletter 1. März 2021 Rz. 12 betreffend Art. 95c Abs. 2 VVG). Gerade was dies betrifft, entschied sich das Parlament letztlich auch für eine Ausweitung des direkten Forderungsrechts zugunsten des geschädigten Dritten, ohne die im Gesetzesentwurf vorgesehene Einschränkungen (vgl. Art. 60 Abs. 1^{bis} Bst. a und b E-VVG in: BBl 2017 5149 f.).
- 19.4.2 Von einem Teil der Lehre wird auf die fehlende Stärkung der Position des Geschädigten verwiesen, weil das bisherige Recht aufgrund der Laufzeit der bestehenden Verträge noch lange anwendbar wäre (vgl. PEDERGNANA/ELM, HAVE 2/2022 S. 120 f.; VON ZEDTWITZ/MAISANO, Jusletter 1. März 2021 Rz. 12 betreffend Art. 95c Abs. 2 VVG; BSK VVG-FREY/SPINNER, Art. 60 N 115). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Regelung nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG in vielen Bereichen bereits der heutigen Praxis entspricht, indem sich das Versicherungsunternehmen in Haftpflichtversicherungsverträgen regelmässig vorbehält, mit dem Geschädigten zu verhandeln und ungerechtfertigte Ansprüche abzuwehren bzw. entsprechende Rechtsstreitigkeiten auszutragen, während dem Versicherungsnehmer geradezu untersagt wird, irgendwelche Ansprüche anzuerkennen oder Ersatzleistungen direkt zu erbringen (vgl. MORENO/WENDELSPIESS, HAVE 3/2021 S. 246; KLETT/KUZMANOVIC, HAVE 1/2022 S. 29).
- 19.4.3 Insgesamt ergeben sich aus dem Sinn und Zweck, soweit erkennbar, keine eindeutigen Rückschlüsse für die Auslegung der Bestimmung.
- 19.5 Das *historische Element* hat den Willen des Gesetzgebers unter Heranziehung aller verfügbaren Gesetzesmaterialien zum Gegenstand. Diese sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 92 ff.; BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 N 309 ff.; BGE 134 V 1 E. 7.2 S. 5; BGE 134 V 170 E. 4.1 S. 174 f.).
- 19.5.1 Erneut gehen die Lehrmeinungen auseinander. Die Minderheitsmeinung ist der Ansicht, dass sich die Mehrheit der Ratsmitglieder für eine massvolle Einführung des neuen VVG ausgesprochen und die neue Übergangsnorm begrüsst hätten. Eine Erweiterung des Katalogs von Art. 103a VVG sei im Parlament nicht verlangt

worden, weshalb nicht von einem gesetzgeberischen Versehen bzw. einer Lücke ausgegangen werden könne (KLETT/KUZMANOVIC, HAVE 1/2022 S. 28). Im Übrigen spricht sich die Lehre überwiegend dafür aus, dass der Gesetzgeber mit Art. 103a VVG lediglich die Auswirkungen der VVG-Revision im Verhältnis zu den am Versicherungsvertrag Beteiligten ordnen wollte (BSK VVG-SPECOGNA, Art. 103a N 22 ff.; PEDERGNANA/ELM, HAVE 2/2022 S. 120; VON ZEDTWITZ/MAISANO, Jusletter 1. März 2021 Rz. 10 f.; wohl auch MORENO/WENDELSPIESS, HAVE 3/2021 S. 245 f.).

- 19.5.2 Bereits im Jahr 2011 war eine Totalrevision des VVG geplant. Im Entwurf für die gescheiterte Revision war das direkte Forderungsrecht in Art. 91 Abs. 1 geregelt. Auch der damalige Entwurf enthielt eine Übergangsregelung (vgl. Art. 91 Abs. 1 und Art. 130 E-VVG 2011, in: BBI 2011 7844 und 7855). Übergangsrechtlich war folgendes vorgesehen:

Art. 130 Abs. 3

Auf die beim Inkrafttreten des Gesetzes bestehenden Verträge sind ab diesem Zeitpunkt folgende Bestimmungen anwendbar: die Artikel 1, 3, 6, 7, 8, 10 Absatz 2, 27, 28, 30, 31–36, 38–51, 53–55, 57–64, 73–85, 88, 89, 91–102, 104–109 Absätze 2 und 3, 110–113, 116–128.

In der Botschaft zur gescheiterten Totalrevision wurde im Zusammenhang mit der Übergangsbestimmung in Art. 130 festgehalten (vgl. BBI 2011 7807):

Absatz 3 nennt die Bestimmungen, die – vorwiegend aus Gründen des Versichertenschutzes – auch auf Verträge anwendbar sein sollen, die bereits vor Inkrafttreten des revidierten Gesetzes abgeschlossen wurden.

In dem damaligen Gesetzesentwurf wurde das bereits dort vorgesehene direkte Forderungsrecht der geschädigten Person gegen das Versicherungsunternehmen auf bereits bestehende Verträge anwendbar erklärt. Es war sowohl im Entwurf als auch in der Botschaft von «Verträgen» die Rede. Dabei wurde keine Unterscheidung zwischen versicherungsvertraglichen Bestimmungen und solchen mit Drittwirkung gemacht. Das direkte Forderungsrecht des Geschädigten sollte auf die beim Inkrafttreten des Gesetzes «bestehenden Verträge» anwendbar sein. In der damaligen Übergangsbestimmung sollten somit nicht nur die Auswirkungen der VVG-Revision im Verhältnis Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer geordnet werden. Es ging darum, die zeitliche Geltung der neuen Bestimmungen festzulegen, ob diese rückwirkend auch bei Vorliegen eines altrechtlichen Vertrages anwendbar sind oder erst bei Abschluss eines neuen Vertrages. Dabei sollte es aber gerade nicht darauf ankommen, wer sich auf die neue Bestimmung stützen kann, ob der Versicherungsnehmer oder der am Vertragsverhältnis nicht beteiligte Geschädigte.

- 19.5.3 Im Gegensatz dazu enthielt der Vorentwurf des VVG aus dem Jahr 2016 keine Übergangsregelung mehr (Eidgenössisches Finanzdepartement [EFD], Erläutern des Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 6. Juli 2016, Ziff. 2.4 betr. Art. 102):

Der Revisionsvorentwurf enthält bewusst keine Übergangsregelung, so dass die allgemeinen übergangsrechtlichen Regelungen und Grundsätze zur Anwendung kommen. Das neue Recht soll ab Inkrafttreten auch für bestehende Verträge gelten, es sei denn, das neue Recht beziehe sich auf Sachverhalte, die sich im Rahmen bestehender Verträge bereits abschliessend verwirklicht haben. [...]

Der Vorentwurf sah mit anderen Worten zwar die Anwendung des neuen Rechts auf bestehende Verträge vor, hielt im Übrigen aber am Grundsatz fest, dass neues Recht nicht zur Anwendung kommen kann, wenn es um die Beurteilung von Sachverhalten geht, die sich bereits abschliessend unter altem Recht verwirklicht haben. Mit anderen Worten stand nie zur Diskussion, einen bestehenden Vertrag zum Anlass zu nehmen, das neue Recht auf ein Schadensereignis anzuwenden, das sich noch unter der Geltung des alten Rechts verwirklicht hatte.

- 19.5.4 Im Vernehmlassungsverfahren wurde «im Sinne der Rechtssicherheit» eine explizite Übergangsregelung wiederum gewünscht. Dabei wurde auf die in der gescheiterten Totalrevision des VVG von 2011 vorgeschlagene Regelung verwiesen (vgl. Eidgenössisches Finanzdepartement [EFD], Vernehmlassungsverfahren zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes [VVG], Ergebnisbericht vom 28. Juni 2017, Ziff. 4.1.1 betr. Art. 102). Als Folge wurde die hier auszulegende Übergangsbestimmung, dazumal noch als Art. 104 E-VVG, in den Gesetzesentwurf eingefügt, und wie folgt ausgestaltet (BBI 2017 5141 ff.):

Für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom ... abgeschlossen worden sind, gelten folgende Bestimmungen des neuen Rechts:

- a. die Formvorschriften;
- b. das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b.

Die Botschaft hielt dazu Folgendes fest (BBI 2017 5136):

Mit Blick auf eine verhältnismässige Regelung für bereits laufende Versicherungsverträge gelten für diese nur die Formvorschriften und das Kündigungsrecht ab Inkrafttreten des Gesetzes; alle anderen Bestimmungen gelten lediglich für neu abgeschlossene Verträge.

Die Botschaft nimmt zwar ausdrücklich auf «bereits laufende Versicherungsverträge» Bezug und erläutert, dass «für diese» nur die Formvorschriften und das Kündigungsrecht sofort gelten sollen. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass nach der Vorstellung des Bundesrats mit der Übergangsbestimmung nur das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien selbst geregelt werden sollte (BSK VVG-SPECOGNA, Art. 103a N 13). Denn auch im Entwurf von 2011 war mit fast gleicher Formulierung allein von Verträgen, die vor Inkrafttreten des revidierten Gesetzes abgeschlossen wurde, die Rede. Trotzdem sollte die Bestimmung zum direkten Forderungsrecht, die gerade nicht vertraglicher Natur war, auf altrechtliche Verträge angewendet werden. Die Übergangsbestimmung bezog sich somit trotz ihres Wortlauts nicht nur auf Verträge, sondern auch auf andere versicherungsvertragsrechtliche Bestimmungen. Nachdem sie der hier strittigen Übergangsbestimmung Pate gestanden hat, sind keine Gründe ersichtlich, diese anders auszulegen. Dafür spricht auch der Zweck der Übergangsbestimmung, wie er sich aus dem Vernehmlassungsverfahren und den parlamentarischen Beratungen ergibt: Es ging darum, Rechtssicherheit zu schaffen. Dazu wäre eine Übergangsbestimmung nicht geeignet, die für einzelne Bestimmungen eine klare Regelung enthält, für die übrigen Bestimmungen aber die anwendbare Lösung offenlässt. Mit Blick auf den Vorentwurf und die Botschaft von 2011 ist davon auszugehen, dass mit der vorliegend strittigen Bestimmung keine solche Unterscheidung gewollt war und wie BBI 2017 5136 ausdrücklich festhält, alle anderen Bestimmungen lediglich für neu abge-

schlossene Verträge gelten und somit von einem qualifizierten Schweigen ausgegangen werden kann.

- 19.5.5 Etwas Anderes kann auch der parlamentarischen Debatte nicht entnommen werden. Die neu eingeführte Übergangsbestimmung wurde thematisiert, weil ein Minderheitsantrag auf die gänzliche Löschung der Übergangsbestimmung abzielte, und zwar mit der Begründung, dass eine Rückwirkung nicht mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit vereinbar sei (vgl. Votum Amaudruz AB 2019 N 769). Verlangt wurde somit ein gänzlicher Verzicht auf die Rückwirkung. Dieser Antrag wurde letztlich abgelehnt, ohne jedoch ausführlich über die Auswirkungen der Übergangsbestimmungen beraten zu haben (vgl. Votum Flach AB 2019 N 766 f.). Den Materialien lässt sich immerhin das folgende, in der Literatur verschiedentlich aufgegriffene Votum von Nationalrätin Schneeberger entnehmen (AB 2019 N 770; vgl. BSK VVG-SPECOGNA, Art. 103a N 13; PEDERGNANA/ELM, HAVE 2/2022 S. 120; VON ZEDTWITZ/MAISANO, Jusletter 1. März 2021 Rz. 10):

Zu Artikel 104, Übergangsbestimmung: Die Minderheit Amaudruz, die von Herrn Aeschi vertreten wurde, will die Aufhebung dieses Artikels. Die Mehrheit der Kommission folgt der Argumentation, dass bei einer verhältnismässigen Regelung für bereits laufende Versicherungsverträge für diese nur die Formvorschriften und das Kündigungsrecht ab Inkrafttreten des Gesetzes gelten; alle anderen Bestimmungen gelten lediglich für neu abgeschlossene Verträge. Laufende Verträge können also gemäss neuem Kündigungsrecht gekündigt werden. Das ist für beide Seiten vorteilhaft. Es gelten auch einfachere Formvorschriften, die E-Commerce erlauben. Man könnte also dann auch bei laufenden Verträgen auf E-Commerce umschalten. Das sind Vorteile, die wegfielen, wenn man diesen Artikel aufheben würde. [...]

Auch in der kurzen Debatte zur Übergangsbestimmung ist von Verträgen die Rede. Dies stimmt jedoch mit dem Botschaftstext überein. Und es wird wiederholt, dass alle anderen Bestimmungen lediglich für neu abgeschlossene Verträge gelten sollen. Eine Unterscheidung zwischen den am Vertragsverhältnis Beteiligten und dem Geschädigten erfolgte nicht. Der Minderheitsantrag, der sich gegen eine Rückwirkung des geltenden Rechts aussprach, wurde abgelehnt (vgl. Votum Amaudruz AB 2019 N 769: «La minorité Amaudruz ne souhaite pas de modification rétroactive du droit en vigueur.»). Dass weitere Bestimmungen rückwirkend gelten sollten, wurde nicht gesagt und ist auch nicht anzunehmen, nachdem der Minderheitsantrag die Rückwirkung der neuen Bestimmungen gerade vollumfänglich ausschliessen wollte. Das Votum Schneeberger streicht allein die Vorteile einer beschränkten, in ihren Worten «verhältnismässigen», Rückwirkung hervor. Wäre nach Auffassung der Mehrheit die Rückwirkung anderer Bestimmungen nicht auszuschliessen gewesen, so wäre dies zweifellos als Reaktion auf den Minderheitsantrag gesagt worden. Eine Erweiterung des Katalogs von Art. 103a VVG nach dem Vorbild der Revisionsvorlage von 2011 hatte das Parlament aber nicht verlangt (KLETT/KUZMANOVIC, HAVE 1/2022 S. 28). Es sollten im Sinne einer verhältnismässigen Regelung für bereits bestehende Verträge nur die Formvorschriften und das Kündigungsrecht rückwirkend gelten.

- 19.6 Im Ergebnis ist Art. 103a VVG auch auf das direkte Forderungsrecht nach Art. 60 Abs. 1^{bis} VVG anwendbar. Insbesondere dem gesetzgeberischen Willen folgend bezieht sich die Übergangsbestimmung nicht nur auf das Verhältnis zwischen den

am Versicherungsvertrag Beteiligten, sondern auch auf Bestimmungen mit Drittwirkung. Das direkte Forderungsrecht sollte nicht zum Gegenstand gesonderter übergangsrechtlicher Bestimmungen gemacht werden. Da von einem qualifizierten Schweigen auszugehen ist, finden die Übergangsbestimmungen des SchlT ZGB keine Anwendung. Damit ist auch die Anwendung von Art. 3 SchlT ZGB ausgeschlossen. In diesem Zusammenhang ist immerhin darauf hinzuweisen, dass auch Art. 3 SchlT ZGB, der die Anwendung neuen Rechts auf *bestehende* gesetzliche Rechtsverhältnisse regelt, keine Grundlage dafür bietet, ein *neues* gesetzliches Rechtsverhältnis auf Sachverhalte anzuwenden, die sich vor Inkrafttreten des neuen Rechts abschliessend verwirklicht haben. Aus dem Vernehmlassungsverfahren zur Totalrevision von 2016 kann zudem geschlossen werden, dass selbst bei Anwendung des neuen Rechts auf altrechtliche Verträge nie die Absicht bestand, das neue Recht auf altrechtliche Sachverhalte anzuwenden (vgl. E. 19.5.3 hiervor). Das würde es auch ausschliessen, das direkte Forderungsrecht auf ein Schadensereignis anzuwenden, das – wie hier – vor Inkrafttreten des neuen Rechts bereits eingetreten war.

20. Demzufolge steht der Klägerin somit kein direktes Forderungsrecht gegenüber der Beklagte zu. Die Klage ist mangels Passivlegitimation der Beklagten abzuweisen.

IV.

21. Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Im vorliegenden Fall ist die Klägerin mit ihren Begehren nicht durchgedrungen. In Anbetracht des Prozessausgangs sind die Prozesskosten vollumfänglich der Klägerin aufzuerlegen. Die Prozesskosten setzen sich aus den Gerichtskosten und der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO).
22. Die Gerichtskosten beschränken sich im vorliegenden Fall auf die Pauschale für den Entscheid (Entscheidunggebühren; Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO). Diese bemisst sich anhand des Streitwerts und richtet sich nach den kantonalen Tarifen (Art. 91 Abs. 1 und Art. 96 ZPO und Art. 42 Abs. 1 des Verfahrenskostendekrets [VKD; BSG 161.12]).
- 22.1 Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 35'000.00. Die Pauschalen für den Entscheid bewegen sich bei einem Streitwert von weniger als CHF 50'000.00 gemäss Art. 42 Abs. 1 Bst. a VKD zwischen CHF 1'000.00 und CHF 15'000.00. Innerhalb dieses Rahmens bemessen sich die Gebühren gemäss Art. 5 VKD anhand des gesamten Zeit- und Arbeitsaufwands, der Bedeutung des Geschäfts und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Parteien. Erhöhungs- oder Reduktionsgründe i.S.v. Art. 6 und 7 VKD liegen keine vor. Weist ein Fall keine nennenswerten Besonderheiten auf, ist er mithin weder als unter- noch als überdurchschnittlich einzustufen. Unter Berücksichtigung des Umstands, dass keine mündliche Parteiverhandlung stattgefunden hat, sind Zeit- und Arbeitsaufwand vorliegend als (leicht) unterdurchschnittlich einzustufen. Dagegen erweist sich die Bedeutung des Ge-

schäfts als überdurchschnittlich. Die mutmassliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Parteien ist als durchschnittlich zu betrachten.

- 22.2 Die Gerichtskosten (Art. 95 Abs. 2 Bst. b ZPO) werden in Anbetracht des vorangehend Gesagten auf CHF 7'200.00 festgesetzt. Sie werden vollumfänglich der Klägerin auferlegt und dem Gerichtskostenvorschuss der Klägerin von CHF 7'200.00 entnommen (Art. 111 Abs. 1 ZPO).
23. Weiter sind die von der Klägerin der Beklagten zu ersetzenden Parteikosten zu bestimmen. Der Parteikostenersatz besteht aus dem Honorar und den notwendigen Auslagen (Art. 2 der Parteikostenverordnung [PKV; BSG 168.811]).
- 23.1 Die Höhe der Parteienschädigung ist dabei unter Beachtung von Art. 5 Abs. 1 PKV festzusetzen. Bei einem Streitwert zwischen CHF 20'000.00 bis CHF 50'000.00 sieht Art. 5 Abs. 1 PKV für ordentliche Verfahren eine Bandbreite des Honorars zwischen CHF 3'200.00 und CHF 15'700.00 vor. Innerhalb des Rahmentarifs bemisst sich der Parteikostenersatz nach dem in der Sache gebotenen Zeitaufwand, der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses (Art. 41 Abs. 3 des kantonalen Anwaltsgesetzes [KAG; BSG 168.11]). Der gebotene Zeitaufwand ist vorliegend als durchschnittlich zu bemessen. Dagegen sind die Bedeutung der Streitsache und die Schwierigkeit des Prozesses als überdurchschnittlich zu werten, dies aufgrund der grundlegenden Bedeutung der Streitsache für die Parteien und der komplexen rechtlichen Fragestellung.
- 23.2 Die Beklagte macht ein Honorar von CHF 15'700.00 geltend (vgl. Honorarnote, pag. 150 f.). Dies entspricht einer Ausschöpfung des Tarifr Rahmens von 100%. Nach dem Gesagten und insbesondere aufgrund der überdurchschnittlichen Bedeutung der Streitsache erscheint eine vollständige Ausschöpfung des Rahmentarifs als sachgerecht und angemessen. Dazu kommen die Auslagen von insgesamt CHF 171.15.
- 23.3 Nicht zu berücksichtigen ist die Mehrwertsteuer. Die Beklagte hat zwar ihrem Rechtsvertreter eine Mehrwertsteuer auf den von ihm erbrachten Leistungen zu entrichten. Doch kann sie diese, da sie selber auch mehrwertsteuerpflichtig ist (vgl. Art. 10 MWSTG e contrario), wiederum als Vorsteuer in Abzug bringen (Art. 28 MWSTG). Wirtschaftlich betrachtet bleibt diese Mehrwertsteuerzahlung also nicht an der Beklagten hängen, es entstehen ihr dadurch keine effektiven Ausgaben. Entsprechend erübrigt sich ein Ersatz der Mehrwertsteuer (so die Praxisfestlegung gemäss Beschluss der Zivilabteilung des Obergerichts Bern vom 13. November 2014; ebenso das Verwaltungsgericht des Kantons Bern in E. 6.2 ff. seines Urteils 100.2013.137U vom 26. Mai 2014, abgedruckt in BVR 2014, 484 ff.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).
- 23.4 Damit hat die Klägerin der Beklagten CHF 15'871.15 (inkl. Auslagen, ohne Mehrwertsteuer) als Parteienschädigung zu entrichten.

Das Handelsgericht entscheidet:

1. Die Klage wird **abgewiesen**.
2. Die **Gerichtskosten**, bestimmt auf **CHF 7'200.00**, werden der Klägerin zur Bezahlung auferlegt. Sie werden mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 7'200.00 verrechnet.
3. Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten eine **Parteientschädigung** von **CHF 15'871.15** (inkl. Auslagen, ohne Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Zu eröffnen (Einschreiben):
 - den Parteien

Bern, 6. März 2024

Im Namen des Handelsgerichts

Der Präsident:

Oberrichter Josi

Die Gerichtsschreiberin:

Zwahlen

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Av. du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 39 ff., 72 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG; SR 173.110) geführt werden. Die Beschwerde muss den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt mehr als CHF 30'000.00.

Hinweis: Die Beschwerde beim Bundesgericht wurde abgewiesen (Urteil 4A_189/2024 vom 27. Januar 2025).