

GEBÜHRENRECHT

RA Dr. Kai Mediger

Die Erstattung von Rechtsanwaltskosten bei Honorarvereinbarung

Der Anspruch auf Schadensersatz umfasst i.d.R. auch die Aufwendungen für einen Rechtsanwalt. Zu der Streitfrage, ob dieser Anspruch stets auf die Höhe der gesetzlichen Gebühren begrenzt ist, hat der BGH zuletzt im Jahre 2015 (BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, MDR 2015, 1002) Stellung genommen. Danach bleibt es grundsätzlich bei der Erstattung der gesetzlichen Gebühren. In besonderen Fällen kann der Geschädigte aber auch höhere Aufwendungen aus einer Honorarvereinbarung geltend machen. Der Autor entwickelt Kriterien für die Beurteilung derartiger Ausnahmefälle und untersucht verfahrensrechtliche Probleme bei der Durchsetzung eines solchen Anspruchs. Nach Ansicht des Autors ist eine behutsame Annäherung des Schadensersatzrechts an die durch zunehmende Honorarvereinbarungen gekennzeichnete Marktrealität geboten.

I. Erstattungsfähigkeit „dem Grunde nach“

1. Gesetzliche Vorgaben

Im prozessualen Kostenerstattungsverfahren werden gem. § 91 Abs. 2 ZPO die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei erstattet. Angesichts des klaren Wortlauts der Vorschrift dürften vereinzelte Stimmen in der Literatur, die für eine Erweiterung eintreten,¹ kaum Aussicht auf Erfolg haben.² Nach traditioneller Auffassung ist darüber hinaus auch der Anspruch des Geschädigten auf Ersatz von Rechtsanwaltskosten nach materiellem Recht auf die Höhe der gesetzlichen Gebühren begrenzt.³ Diese Ansicht hat auch heute noch gewichtige Anhänger.⁴

2. Tendenzen in der BGH-Rechtsprechung

Mehrere Entscheidungen von Oberlandesgerichten⁵ und zunehmende Stimmen in der Literatur⁶ treten jedoch dafür ein, in Ausnahmefällen auch die Erstattung von Honorarvereinbarungen über die Grenze der gesetzlichen Gebühren hinaus zuzulassen. Zentrale Bedeutung für die hier diskutierte Rechtsfrage haben zwei Urteile des BGH aus den Jahren 2003 und 2015.

a) Erweiterung im Rahmen des Amtshaftungsfalls (BGH v. 23.10.2003 – III ZR 9/03)

Mit Urteil v. 23.10.2003 hat der 3. Senat des BGH in einem Verfahren wegen Schadensersatz aufgrund einer schuldhaften Amtspflichtverletzung der Klage auf Ersatz der Kosten aus einer Honorarvereinbarung stattgegeben, auch soweit sie die gesetzlichen Gebühren übersteigen.⁷

Gegen eine allgemeine Anwendung dieses Urteils könnte der Einwand erhoben werden, dass es sich um eine spezielle Rechtsprechung zu Amtshaftungsfällen handele. Dafür bietet die Entscheidung jedoch keine Anhaltspunkte. Eventuelle Zweifel werden durch die Entscheidung des 9. Senats des BGH v. 16.7.2015 beseitigt,⁸ bei der es nicht um Amtshaftung, sondern um eine schuldhaftige Vertragsverletzung geht. Der BGH zitiert das o.g. Urteil v. 23.10.2003 und entwickelt folgenden Gedankengang:

Der Schädiger habe nach der ständigen Rechtsprechung des BGH nicht alle durch das Schadensereignis adäquat verursachten Rechtsanwaltskosten zu ersetzen, sondern nur solche, die aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte erforderlich und zweckmäßig waren. § 3a RVG gehe davon aus, dass im Regelfall der gegnerischen Partei nicht mehr als die gesetzlichen Gebühren zu erstatten seien. Andernfalls hätte der vorgeschriebene Hinweis an den Mandanten in der Honorarvereinbarung

▷ Der Autor ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Leinemann & Partner Rechtsanwälte mbB in Hamburg. Der Beitrag stellt ausschließlich seine persönliche Rechtsauffassung dar.

1 Krüger/Raap, MDR 2010, 422 (424 f.); Mayer in Gerold/Schmidt, RVG, 22. Aufl. 2015, § 3a Rz. 75.

2 Knott/Gottschalk/Ohl, AnwBl. 2010, 749 f.; Saenger/Uphoff, NJW 2014, 1412 f.; OLG Dresden v. 14.7.2005 – 1 AR 120/04, juris – Rz. 11; offen gelassen in BGH v. 13.11.2014 – VII ZB 46/12 – Rz. 18 f., MDR 2015, 184 = juris.

3 LG Hamburg v. 28.4.1967 – 6 O 62/67, VersR 1968, 263; LG Frankfurt/M. v. 21.9.1971 – 2/16 S 94/71, VersR 1972, 180 f.; LG Köln v. 4.5.1973 – 11 S 296/72, VersR 1974, 705; Mertens in Soergel/BGB, 1990, § 254 Rz. 84 (anders jetzt Ekkengal/Kuntz in Soergel/Arnold, BGB, 13. Aufl. 2014, § 254 Rz. 114).

4 Ebert in Erman/BGB, 14. Aufl. 2014, § 249 Rz. 97; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 74. Aufl. 2016, Übers. vor § 91 Rz. 60; Gierl in Hk/ZPO, 7. Aufl. 2017, § 91 Rz. 41; VGH München v. 19.7.2013 – 3 ZB 08.2979, BayVBl 2014, 661 f.

5 OLG München v. 10.3.2005 – 1 U 4947/04, juris; v. 21.7.2010 – 7 U 1879, AnwBl. 2010, 719; OLG Koblenz v. 29.5.2008 – 2 U 1620/06, NJW 2009, 1153 f.

6 Schlosser, NJW 2009, 2413 = NJOZ 2009, 2376 (2381 ff.); Krüger/Raap, MDR 2010, 422 (424 f.); Knott/Gottschalk/Ohl, AnwBl. 2010, 749 (752 ff.); Bauerschmidt, JuS 2011, 601 (605); Saenger/Uphoff, NJW 2014, 1412 (1417); Fölsch, MDR 2016, 133 (137); Mayer in Gerold/Schmidt, RVG, 22. Aufl. 2015, § 3a Rz. 75; Schubert in Bamberger/Roth, BGB, 3. Aufl. 2012, § 249 Rz. 81; Teubel in Mayer/Kroiß, RVG, 6. Aufl. 2013, § 3a Rz. 48; Jaspersen/Wache in Vorwerk/Wolf, BeckOK/ZPO, 23. Edition Stand 1.12.2016, § 91 Rz. 39; Herget in Zöller/ZPO, 31. Aufl. 2016, vor § 91 Rz. 11; a.A. Hau, JZ 2011, 1047 (1052).

7 BGH v. 23.10.2003 – III ZR 9/03, MDR 2004, 211 = NJW 2003, 3693 (3697 f.).

8 BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, MDR 2015, 1002 = NJW 2015, 3447 (3450 f.).

Gebührenrecht

barung keinen Sinn. Allerdings könne der Schuldner in besonderen Fällen auch verpflichtet sein, höhere Aufwendungen aus einer Honorarvereinbarung zu erstatten, wenn der Geschädigte auch diese Aufwendungen wegen der besonderen Lage des Falles für erforderlich und zweckmäßig halten dürfte.

b) Begrenzung auf Höhe der gesetzlichen Gebühren und Auslagen (BGH v. 23.1.2014 – III ZR 37/13)

In eine andere Richtung scheint das Urteil des 3. Zivilsenats des BGH v. 23.1.2014⁹ zu deuten. Dort finden sich folgende Aussagen: Die Entschädigungspflicht sei auf die Höhe der gesetzlichen Gebühren und Auslagen begrenzt. Das entspreche einem Grundsatz, der in mehreren Verfahrensordnungen zum Ausdruck gekommen sei (vgl. § 91 Abs. 2 ZPO, § 464a Abs. 2 Nr. 2 StPO, § 193 Abs. 3 SGG, § 139 Abs. 3 FGO). Der Abschluss einer Honorarvereinbarung und deren Höhe fielen allein in den Verantwortungs- und Risikobereich dessen, der anwaltlichen Rat und anwaltliche Hilfe in Anspruch nehme. Der Schutzbereich der zur Entschädigung verpflichtenden Norm reiche nicht so weit, dass er auch die Entschädigung für höhere als die gesetzlichen Gebühren eines Rechtsanwalts einschließen würde.

Mit dieser Argumentation wird den für die prozessuale Kostenerstattung maßgeblichen Normen (§ 91 ZPO etc.) eine Ausstrahlung auf den materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruch zugeordnet. Die Frage, ob eine Honorarvereinbarung erforderlich und zweckmäßig war, wird für den jeweiligen Einzelfall gar nicht mehr untersucht, sondern pauschal im Hinblick auf die prozessualen Kostenregeln negativ entschieden. Diese erhalten damit gegenüber den materiell-rechtlichen Schadensersatzvorschriften den Charakter von Spezialgesetzen, welche die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249 ff. BGB verdrängen.

In dieser generalisierenden Form steht das Urteil v. 23.1.2014 nicht nur im Widerspruch zu den oben zitierten Entscheidungen v. 23.10.2003¹⁰ und 16.7.2015,¹¹ sondern auch zur sonstigen Rechtsprechung des BGH. Danach sind die §§ 91 ff. ZPO gerade nicht *leges speciales* zum allgemeinen Schadensrecht.¹² Der BGH¹³ hat bereits 1990 dargelegt: Zwar könne der gesetzlichen Beschränkung der prozessualen Kostenerstattung eine auch auf das Schadensersatzrecht herüberwirkende Zurechnungsgrenze zu entnehmen sein. Das Gesetz müsse jedoch hinreichend deutlich erkennen lassen, dass es sich um eine die prozessuale Kostenerstattung und den Ersatz auf materiell-rechtlicher Grundlage gleichermaßen betreffende Grundentscheidung handle. In ähnlicher Weise hat sich der BGH in weiteren Urteilen geäußert.¹⁴

Vor diesem Hintergrund hätte der 3. Senat in seinem Urteil v. 23.1.2014 prüfen und begründen müssen, warum die im prozessualen Kostenerstattungsrecht vorgesehene Begrenzung auf die gesetzlichen Gebühren nach RVG auch den materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruch ohne Ausnahme begrenzen soll. Eine solche Analyse fehlt. Der BGH verweist lediglich auf ein Urteil aus dem Jahr 1976, das zu § 7 StrEG ergangen ist.¹⁵ Dazu ist jedoch anzumerken, dass sich § 7 StrEG (Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen) von den sonstigen Anspruchsgrundlagen für Schadensersatz unterscheidet, da diese Vorschrift kein Verschulden voraussetzt. Das gleiche gilt für den Anspruch aus § 198 Abs. 1 GVG, der dem Urteil des BGH v. 23.1.2014 zugrunde lag. § 198 GVG regelt die „angemessene“ Entschädigung für jemanden, der durch eine unangemessen lange Verfahrensdauer Nachteile erleidet. Auch insoweit kommt es nicht auf Verschulden an.

c) Eingeschränkte Erweiterung (BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14)

Deshalb bietet es sich an, die Urteile zu § 7 StrEG und zu § 198 GVG auf den Schutzbereich dieser speziellen Normen zu beschränken¹⁶ und sich im Übrigen an dem bereits dargestellten jüngsten Urteil des 9. Zivilsenats des BGH v. 16.7.2015¹⁷ zu orientieren, das sich in drei Punkten zusammenfassen lässt:

▷ Rechtsverfolgungskosten werden im Wege des Schadensersatzes nur dann und nur so weit erstattet, wie sie sich aus der Sicht des Geschädigten zur Wahrnehmung seiner Rechte als erforderlich und zweckmäßig darstellen.

Hinweis: Dieser Ausgangspunkt entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH. Er ist mit dem Grundsatz der Totalreparation gem. § 249 BGB vereinbar und folglich dogmatisch gut begründbar, da Rechtsverfolgungskosten durch autonome Handlungen des Geschädigten ausgelöst werden, so dass es gerechtfertigt ist, die Beurteilung des adäquat verursachten Schadenseintritts an dem Maßstab der Erforderlichkeit und Zweckmäßigkeit auszurichten.

▷ Im Regelfall sind der Gegenpartei nicht mehr als die gesetzlichen Gebühren zu erstatten.

Hinweis: Ein solches „Leitbild“ ist den prozessualen Kostenerstattungsregeln zu entnehmen. Sie sollen im „Normalfall“ die Kostenerstattung für Rechtsanwaltskosten sicherstellen. Es wäre nicht ökonomisch, wenn parallel oder nachgeschaltet zu dem Hauptprozess stets noch eine gesonderte Auseinandersetzung zu den Kosten stattfinden müsste. § 3a RVG enthält die Verpflichtung, bei Honorarvereinbarungen darauf hinzuweisen, dass die Gegenpartei regelmäßig nur die gesetzlichen Gebühren zu erstatten hat. Dieser Hinweis wäre sinnlos, wenn sich das oben beschriebene Leitbild nicht auch auf den materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruch auswirken würde.

▷ Der Schädiger kann aber in besonderen Fällen auch verpflichtet sein, höhere Aufwendungen aus einer Honorarvereinbarung zu erstatten, wenn der Geschädigte auch diese Aufwendungen wegen der besonderen Lage des Falles für erforderlich und zweckmäßig halten dürfte.

Hinweis: Es handelt sich bei den gesetzlichen Kostenerstattungsregeln nur um ein „Leitbild“ und nicht um *leges speciales*, die das materielle Recht verdrängen. Auch § 3a RVG geht nicht davon aus, dass in allen Fällen immer nur die gesetzliche Gebühr zu erstatten ist, denn der Begriff „regelmäßig“ lässt Ausnahmen zu.¹⁸ Kriterium ist die aus dem allgemeinen Schadensersatzrecht stammende Formel der Erforder-

9 BGH v. 23.1.2014 – III ZR 37/13, MDR 2014, 341 = NJW 2014, 939 (942).

10 BGH v. 23.10.2003, s. Fn. 7.

11 BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, MDR 2015, 1002 = NJW 2015, 3447 (3450 f.).

12 Schlosser, NJOZ 2009, 2376 (2381).

13 BGH v. 24.4.1990 – VI ZR 110/89, MDR 1990, 1099 = NJW 1990, 2060 (2062).

14 BGH v. 22.11.2001 – VII ZR 405/00, MDR 2002, 473 f. = NJW 2002, 680 f.; v. 18.4.2013 – III ZR 156/12, MDR 2013, 814 f. = NJW 2013, 2201 f.

15 BGH v. 11.11.1976 – III ZR 17/76, MDR 1977, 563 f. = NJW 1977, 957 (960).

16 Vgl. OLG München v. 10.3.2005 – 1 U 4947/04, juris – Rz. 66 zum StrEG.

17 BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, MDR 2015, 1002 = NJW 2015, 3447 (3450 f.).

18 Schlosser, NJOZ 2009, 2376 (2378); Hau, JZ 2011, 1047 (1051); Krüger/Raap, MDR 2010, 422 (424); Saenger/Uphoff, NJW 2014, 1412 (1414).

Gebührenrecht

lichkeit und Zweckmäßigkeit aus der Sicht des Geschädigten.

Die hier in Anlehnung an das Urteil des BGH v. 16.7.2015 beschriebene Position stimmt mit den einschlägigen Gesetzen überein, fügt sich in die Gesamtheit der BGH-Rechtsprechung ein, entspricht der Linie mehrerer neuer OLG-Urteile und gewinnt in der Literatur immer mehr Anhänger. Deshalb kann man die Aussage wagen, dass die traditionelle Auffassung, nach der Rechtsanwaltskosten ausnahmslos nur bis zur Höhe der gesetzlichen Gebühren zu erstatten sind, nicht mehr der h.M. entspricht.

Bezeichnend dafür ist die geänderte Kommentierung im „Palandt“, dem Seismographen für neue Entwicklungen im Zivilrecht. Während bis zur 74. Aufl. die Begrenzung der Erstattung von Zeithonoraren auf die gesetzlichen Gebühren noch als „h.M.“ bezeichnet wurde, verweisen die 75. und 76. Aufl. auf das Urteil des BGH v. 16.7.2015, nach dem diese Begrenzung nur noch „i.d.R.“ gelten soll.¹⁹ Damit wendet sich das Interesse nunmehr der Frage zu, unter welchen Voraussetzungen ein Ausnahmefall im Sinne der BGH-Rechtsprechung vorliegt.

II. Die einzelnen Kriterien für die Erstattungs-fähigkeit

Dem Schädiger kann nur dann und nur soweit der Ersatz von Kosten aus einer Honorarvereinbarung zugemutet werden, wie dies für eine sachgerechte Rechtsverfolgung seitens des Geschädigten erforderlich und zweckmäßig ist. Der BGH konkretisiert diesen Obersatz wie folgt:²⁰

„Dies kann anzunehmen sein, wenn ein zur Vertretung bereiter und geeigneter Rechtsanwalt zu den gesetzlichen Gebühren, etwa wegen der Aufwendigkeit des Rechtsstreits und des geringen Streitwerts, oder wenn ein erforderlicher spezialisierter Anwalt zu den gesetzlichen Gebühren nicht gefunden werden kann.“

Aus der Formulierung des BGH („etwa“) ergibt sich, dass der BGH hier Beispielfälle nennt, die den Obersatz („erforderlich und zweckmäßig“) erläutern, ihn aber nicht abschließend ausfüllen, sondern Raum lassen für weitere Gesichtspunkte. Andere Gerichte sprechen von einem „komplexen und schwierigen Fall“²¹ oder prüfen die Angemessenheit der Vergütung.²² Das KG erwägt die Zulässigkeit des Ersatzes einer Honorarvereinbarung, „wenn es sich um einen außergewöhnlich komplexen und schwierigen Fall handelt oder aufgrund eines verhältnismäßig geringen Streitwerts die Gefahr besteht, dass der Anwalt bei Anwendung der gesetzlichen Gebühr nicht die erforderliche Sorgfalt aufwendet“,²³ lässt die Frage aber offen, weil diese Voraussetzungen im konkreten Fall nicht vorlagen.

Eine endgültige und abschließende Definition für die nähere Konkretisierung der Begriffe „erforderlich und zweckmäßig“ hat sich in der Rechtsprechung also noch

nicht herausgebildet. Immerhin sind aber als Indikatoren erkennbar das Bedürfnis nach einem „spezialisierten Anwalt“ bzw. das Vorliegen eines „komplexen und schwierigen Falles“.

1. Spezielles Rechtsgebiet

In der jüngeren Vergangenheit hat sich in der Rechtspflege eine Tendenz zur Spezialisierung herausgebildet. Nach einer Mitteilung der Bundesrechtsanwaltskammer v. 19.6.2015²⁴ betrug der Anteil der Fachanwälte an der Gesamtzahl aller Anwälte 25,5 %. Diese können aufgrund ihrer Konzentration auf ein bestimmtes Aufgabengebiet den Aufwand der Einarbeitung in das jeweilige Rechtsgebiet vermeiden und damit sowohl hinsichtlich der Effizienz als auch hinsichtlich der Zuverlässigkeit ihrer Beratungsleistung dem Rechtsschutzsuchenden Vorteile bieten. Zugleich sehen sie sich besonderen Erwartungen ihrer Mandanten an die Sachkunde ausgesetzt, was Anstrengungen hinsichtlich zeitnaher Information über jede neue Entwicklung, Beschaffung und Lektüre einschlägiger Literatur, Teilnahme an Fortbildungsseminaren etc. erfordert.

Fachanwälte und Anwälte, die sich in vergleichbarer Weise spezialisiert haben, sind in der Regel in größeren und mittleren Kanzleien anzutreffen, wo sich mehrere Berufsträger gegenseitig unterstützen und fachlich ergänzen können. Solche Organisationsformen erfordern ein beträchtliches Maß an Fixkosten – Räumlichkeiten, Personal, digitale Infrastruktur –, die in planbarer und einigermaßen regelmäßiger Weise zu erwirtschaften sind. Das lässt sich am sichersten durch ein Vergütungsmodell erreichen, das sich am eigenen Aufwand orientiert (inputbasiertes Vergütungsmodell).²⁵ Deshalb kalkulieren derartige Beratungsunternehmen typischerweise ihre Finanzplanung auf der Basis der verfügbaren Zeit je Berufsträger und Jahr, multipliziert mit dem jeweiligen Stundensatz.²⁶ Das gilt übrigens in gleicher Weise für ähnliche Berufsgruppen wie z.B. Steuerberater und Wirtschaftsprüfer.²⁷

Dieser Befund führt dazu, dass spezialisierte Anwälte in der Regel ohne Honorarvereinbarung nach Stundensätzen nicht zu gewinnen sind. Nach einer 2009 veröffentlichten Erhebung des Soldan-Instituts haben 60 % der befragten Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gelegentlich, häufig oder immer Zeithonorare vereinbart. Der Anteil der Anwälte, die diese Vergütungsform einsetzen, ist also noch deutlich höher als der Anteil der Fachanwälte (25,5 %, s. oben). Seit 2009 wird sich diese Tendenz vermutlich eher noch intensiviert haben.

Für unser Thema ergibt sich daraus folgende Konsequenz: Zwar ist längst nicht jeder Fall so komplex und schwierig, dass unbedingt ein spezialisierter Anwalt auf der Basis einer Honorarvereinbarung eingeschaltet werden muss. Auf der anderen Seite ist aber nicht zu bestreiten, dass es Sachverhalte gibt, die ohne Mandatierung von Spezialisten und damit ohne Honorarvereinbarung nicht zu regeln sind. Aus dieser Entwicklung der Rechtspflege und den aktuellen Marktrealitäten ergibt sich, dass zwischen der Spezialisierung von Anwälten und deren Tendenz, möglichst weitgehend auf der Basis von Honorarvereinbarungen tätig zu werden, eine enge Korrelation besteht. Wer einen Spezialisten braucht, kommt meist um die Honorarvereinbarung nicht herum.

Der primäre Indikator für die Notwendigkeit, einen spezialisierten Anwalt zu betrauen, ist das jeweils einschlägige Rechtsgebiet. Es gibt Rechtsgebiete, bei denen anwaltlicher Rat ausschließlich gegen Honorarvereinbarung zu erlangen ist, so z.B. nach Einschätzung des OLG München auf dem Gebiet des Aktien- und Gesellschaftsrechts.²⁸ Auf spezielle Rechtsgebiete stellen auch das OLG Koblenz (Erbschaftsrecht und Steuerrecht)²⁹ und

19 Vgl. Grüneberg in Palandt, BGB, 74. Aufl. 2015, § 249 Rz. 57 im Gegensatz zur 75. Aufl. 2016 und 76. Aufl. 2017, jeweils § 249 Rz. 57.

20 BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, MDR 2015, 1002 = NJW 2015, 3447 (3451); ähnlich OLG Brandenburg v. 18.2.2016 – 12 U 222/14, NJW-RR 2016, 653 (655).

21 OLG Koblenz v. 29.5.2008 – 2 U 1620/06, NJW 2009, 1153 f.; LG Wiesbaden v. 21.9.2010 – 9 T 9/10, BeckRS 2011, 24955.

22 OLG München v. 10.3.2005 – 1 U 4947/04, juris – Rz. 68.

23 KG v. 2.12.2014 – 7 U 23/14, MDR 2015, 756 f.

24 <http://www.brak.de/zur-rechtspolitik/newsletter/nachrichten-aus-berlin/2015/ausgabe-11-2015-v-19062015.news.html#hl59749>.

25 Hommerich/Kilian, BRAK 2009, 223 f.

26 Knott/Gottschalk/Ohl, AnwBl. 2010, 749 f.

27 Knott/Gottschalk/Ohl, AnwBl. 2010, 749 (752 f.).

28 OLG München v. 21.7.2010 – 7 U 1879/10, juris.

29 OLG Koblenz v. 29.5.2008 – 2 U 1620/06, NJW 2009, 1153 f.

Gebührenrecht

das OLG München in einem weiteren Urteil (Waffenrecht)³⁰ ab. *Saenger/Uphoff* weisen darauf hin, dass etwa im Gesellschaftsrecht, gewerblichen Rechtsschutz oder Kartellrecht Honorarvereinbarungen die Regel sind.³¹ Zu ergänzen ist insbesondere das Baurecht, zumindest im Bereich der gewerblichen Bauten, bei denen das Vergaberecht mit seinen EU-rechtlichen Komponenten, das öffentliche Bauordnungsrecht und das Werkvertragsrecht – ggf. in der speziellen Ausprägung der VOB – zu beachten sind.

2. Komplexer und schwieriger Fall

Zwar kann die besondere Art des Rechtsgebiets die Notwendigkeit einer Honorarvereinbarung indizieren; in der Regel dürfte das allein jedoch noch nicht ausreichen. So hat der BGH in einem Schadensersatzprozess, der eine Pflichtverletzung in einer aktienrechtlichen Angelegenheit betraf, die Erforderlichkeit einer Honorarvereinbarung in Frage gestellt, weil die entscheidende aktienrechtliche Thematik bereits in einem Vorprozess geklärt worden war.³² Der Kläger hätte nach Auffassung des BGH darlegen müssen, warum auch der anschließende Schadensersatzprozess besondere Anforderungen an den Anwalt des Klägers stellte. Der Geschädigte sollte deshalb in jedem Fall zusätzlich vortragen, aus welchen Gründen es sich um einen komplexen und schwierigen Sachverhalt handelt. Ein solcher Vortrag kann sich z.B. auf die Anzahl und die wechselseitige Abhängigkeit der Streitpunkte, auf die besondere Schwierigkeit der zu klärenden Rechtsfragen, auf den Umfang des Schriftverkehrs und ähnliche Gesichtspunkte stützen.

3. Kein Verstoß gegen § 254 BGB

Ist die Mandatierung eines spezialisierten Anwalts durch Honorarvereinbarung „erforderlich und zweckmäßig“, kann dies dem Geschädigten nicht als Verletzung seiner Schadensminderungspflicht i.S.d. § 254 Abs. 2 BGB vorgehalten werden. Aus dieser Vorschrift lässt sich daher ein Ausschluss des Ersatzes von Zeithonoraren nicht ableiten.

4. Keine Erforderlichkeit von Vergleichsangeboten

Die bereits zitierte Formulierung des BGH, nach der eine Honorarvereinbarung ausnahmsweise erforderlich sein kann, „wenn ein zur Vertretung bereiter und geeigneter Rechtsanwalt zu den gesetzlichen Gebühren ... nicht gefunden werden kann“, könnte darauf hindeuten, dass der Geschädigte zunächst nach einem solchen Anwalt suchen und die vergebliche Suche ggf. auch nachweisen muss, z.B. durch Vergleichsangebote. Diese Auffassung wird von *Fölsch* vertreten.³³ Eine solche Interpretation des Urteils ist jedoch nicht zwingend, denn dass ein geeigneter Anwalt für die gesetzlichen Gebühren „nicht gefunden werden kann“, lässt sich auch aus den gesamten Umständen des Falles ableiten, ohne dass dafür eine explizite „Suche“ notwendig wäre. Für diese Auslegung des BGH-Urteils spricht auch, dass der BGH seine klagabweisende Entscheidung in dem konkreten Fall nicht mit einer fehlenden Suche begründet hat, sondern damit, dass die besonderen Umstände des Sachverhalts keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Honorarvereinbarung ergeben hätten.³⁴

Alle bisher bekannt gewordenen Entscheidungen, in denen dem Geschädigten der Ersatz von Kosten aufgrund eines Zeithonorars zugesprochen wurde, enthalten keinen Hinweis auf Aktivitäten des Geschädigten, vor Abschluss der Honorarvereinbarung einen Anwalt zu suchen, der bereit war, für die gesetzlichen Gebühren zu arbeiten.³⁵ Teilweise haben die beklagten Schädiger den fehlenden Nachweis einer solchen Suche gerügt, ohne dass das Ge-

richt dem gefolgt ist.³⁶ Daraus lässt sich entnehmen, dass eine solche vergebliche Suche nicht zu den Tatbestandsvoraussetzungen des Anspruchs auf Ersatz von Zeithonorarkosten gehört. Das OLG München³⁷ hat sogar ausdrücklich eine Verpflichtung des Geschädigten abgelehnt, nach einem Anwalt zu suchen, der gewillt gewesen wäre, nach den gesetzlichen Gebühren tätig zu werden.³⁸

Jede andere Sichtweise würde im Übrigen auf große praktische Schwierigkeiten stoßen. Es genügt ja nicht, dass irgendeiner der ca. 160.000 Anwälte in Deutschland bereit wäre, das Mandat für die gesetzlichen Gebühren zu übernehmen. Er muss vor allem „geeignet“ sein und das Vertrauen des Rechtssuchenden genießen. Auf welche Weise soll das Gericht diesen Punkt überprüfen? Wie viele vergebliche Anfragen muss der Mandant vorlegen, um eine ernsthafte Suche zu beweisen?

Bei Unternehmen, die häufiger rechtlichen Beistand in Anspruch nehmen, liegt es nahe, dass sie ihre „Hauskanzlei“ mandatieren,³⁹ die das Unternehmen und die Branche kennt und zu der eine Vertrauensbeziehung besteht. Das ist legitim, weil von dem Geschädigten nicht erwartet werden kann, dass er die Art der Rechtsverfolgung, die er in eigenen Angelegenheiten für erforderlich und zweckmäßig hält, im Prozess gegen den Schädiger durch die Mandatierung eines fremden Dritten ersetzt.

5. Begrenzung der Erstattungsfähigkeit der Höhe nach

Wird die Erstattungsfähigkeit der Honorarvereinbarung dem Grunde nach anerkannt, ist zu prüfen, ob sie auch in dem geltend gemachten Umfang erforderlich und zweckmäßig ist. Bei Zeithonoraren wird die Höhe definiert durch den Stundensatz und die Anzahl der berechneten Stunden. Der Stundensatz ist in der Regel das geringere Problem. Die Rechtsprechung akzeptiert – jedenfalls bei spezialisierten Kanzleien, um die es hier fast immer geht – Stundensätze in der Größenordnung von 250 €. ⁴⁰ In der Literatur werden in besonderen Fällen Stundensätze bis zu 500 € für möglich gehalten.⁴¹ Das hängt von den Marktverhältnissen am jeweiligen Ort ab, die meist als gerichtsbekannt gelten dürfen.

Schwieriger und streitanfälliger ist die Bemessung der Stundenzahl. Hier stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen an den Nachweis, dass die behauptete Zahl der Stunden auch tatsächlich angefallen ist.⁴² Pauschale Angaben genügen nicht. Vielmehr muss jeweils dargelegt werden, zu welchem Thema Telefonate geführt, zu welcher Rechtsfrage Literaturrecherchen geleistet, welche Akten studiert, welcher Schriftsatz konzipiert wurde.⁴³ Darüber hinaus begnügt sich die Rechtsprechung nicht

30 OLG München v. 10.3.2005 – 1 U 4947/04, juris – Rz. 68.

31 *Saenger/Uphoff*, NJW 2014, 1412 (1415).

32 BGH v. 16.7.2015 – IX ZR 197/14, MDR 2015, 1002 = NJW 2015, 3447 (3451).

33 *Fölsch*, MDR 2016, 133 (137).

34 Hoher Streitwert (2 Mio. €) bei relativ unkomplizierter Rechtslage, da der entscheidende Punkt schon in einem Vorprozess geklärt worden war.

35 BGH v. 12.1.1959 – III ZR 197/57 – Rz. 17, NJW 1959, 768 f. = juris; v. 14.5.1962 – III ZR 39/61 – Rz. 10 bis 12, MDR 1962, 641 = juris; v. 23.10.2003 – III ZR 9/03, MDR 2004, 211 = NJW 2003, 3693 (3697); OLG München v. 10.3.2005 – 1 U 4947/04, juris; OLG Koblenz v. 29.5.2008 – 2 U 1620/06, NJW 2009, 1153; OLG München v. 21.7.2010 – 7 U 1879/10, juris.

36 BGH v. 14.5.1962 – III ZR 39/61 – Rz. 12, MDR 1962, 641 = juris.

37 OLG München v. 10.3.2005 – 1 U 4947/04, juris – Rz. 68.

38 Ebenso *Saenger/Uphoff*, NJW 2014, 1412 (1414).

39 *Saenger/Uphoff*, NJW 2014, 1412 (1415).

40 OLG Koblenz v. 29.5.2008 – 2 U 1620/06, NJW 2009, 1153 f.; *Knott/Gottschalk/Ohl*, AnwBl. 2010, 749 (753); *Schlosser*, NJOZ 2009, 2376 f.

41 *Knott/Gottschalk/Ohl*, AnwBl. 2010, 749 (753).

42 OLG München v. 21.7.2010 – 7 U 1879/10, juris.

43 *Knott/Gottschalk/Ohl*, AnwBl. 2010, 749 (754).

Gebührenrecht

mit der formalen Exaktheit der Buchführung. Sie prüft darüber hinaus, ob die betreffende Stundenzahl angesichts des konkreten Falles auch inhaltlich angemessen und plausibel ist.⁴⁴ Beim Nachweis der Stundenzahl ist also erhebliche Sorgfalt erforderlich.

III. Die prozessuale Situation

Die Koexistenz von prozessualen Kostenerstattungsanspruch und materiell-rechtlichem Anspruch auf Schadensersatz kann zu Problemen führen, weil gewährleistet werden muss, dass der Geschädigte nicht „doppelt“ Ersatz erhält.⁴⁵

1. Schadensersatz für einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt

a) Vermeidung der doppelten Entschädigung

Klagt der Geschädigte den Anspruch auf materiell-rechtlichen Schadensersatz im Hinblick auf einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt ein, lässt sich die Gefahr der doppelten Entschädigung leicht vermeiden. Das ist der Fall, wenn Schadensersatz gefordert wird für Anwaltskosten, die in einem vorangegangenen Gerichtsverfahren entstanden sind⁴⁶ oder die bei der außergerichtlichen Regelung eines Rechtsstreits anfielen.⁴⁷ In solchen Fällen wird der Betrag, den der Geschädigte im Vorprozess oder im Rahmen der außergerichtlichen Regelung zur Entschädigung für seine Anwaltskosten erlangt hat, von dem Bruttobetrag der Honorarvereinbarung abgezogen,⁴⁸ so dass im nachfolgenden Schadensersatzprozess nur der verbleibende überschüssige Betrag eingefordert wird.

b) Rechtsschutzbedürfnis

Bei den sog. „Vorbereitungskosten“,⁴⁹ also den Aufwendungen, die im Hinblick auf einen bevorstehenden Prozess getätigt werden, hat die Rechtsprechung die Einbeziehung solcher Aufwendungen in das Festsetzungsverfahren nach §§ 103 ff. ZPO aus Gründen der Prozesswirtschaftlichkeit großzügig zugelassen.⁵⁰ In Fällen dieser Art bestehen also Ansprüche im prozessualen Kostenerstattungsverfahren und materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche neben einander. Soweit sich beide Ansprüche decken und das Kostenfestsetzungsverfahren noch nicht ausgeschöpft ist, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für eine Klage zur Durchsetzung des materiellen Schadensersatzanspruchs, weil der Weg über das Kostenfest-

setzungsverfahren regelmäßig weniger aufwendig ist.⁵¹ Das Rechtsschutzbedürfnis entfällt jedoch nur dann, wenn die Erstattungsfähigkeit im prozessualen Kostenfestsetzungsverfahren zweifelsfrei feststeht. Ergeben sich insoweit Unsicherheiten, bleibt das Rechtsschutzbedürfnis für die klageweise Durchsetzung des materiellen Schadensersatzanspruchs unberührt. Der Geschädigte kann in einer solchen Situation wählen, auf welchem Weg er seinen Erstattungsanspruch durchsetzen möchte.⁵²

2. Schadensersatzklage im Rahmen des Hauptsacheverfahrens

a) Zahlungsklage auf Ersatz bereits entstandener Anwaltskosten

Sind dem Geschädigten Anwaltskosten aus der Honorarvereinbarung entstanden, kann er nach Rechnungstellung und Bezahlung deren Ersatz verlangen. Das gilt auf jeden Fall für außergerichtliche Kosten im Vorfeld des Prozesses, mit dem der zu verfolgende Hauptanspruch eingeklagt wird. Bisher ist die Frage in der Rechtsprechung noch nicht entschieden, ob auch die erst im Hauptprozess selbst entstandenen und bezahlten Rechnungen – z.B. für die Erstellung der Klagschrift, weitere Schriftsätze, Teilnahme an Gerichtsterminen etc. – als Teil des Schadens in die Klage mit einbezogen werden können.⁵³

Das ist deshalb nicht zweifelsfrei, weil sich die Diskussion über materiell-rechtliche Erstattungsansprüche in Literatur und Rechtsprechung vielfach auf die oben (III.1.b) bereits erwähnten „Vorbereitungskosten“ konzentriert. Daraus könnte man im Umkehrschluss entnehmen, dass Kosten, die durch die Einleitung und Führung eines Prozesses ausgelöst werden, in eben diesem Prozess nicht als Gegenstand der Klage eingebracht werden können.

Materiell-rechtlich ist der Ersatzanspruch spätestens mit der Bezahlung der Anwaltsrechnung entstanden. Das spricht dafür, einen Klagantrag auf Ersatz dieses bereits existenten Rechtsverfolgungsschadens im Rahmen des Prozesses über die Hauptsache zuzulassen. Nach Auffassung von *Becker-Eberhard* fehlt für einen solchen Klagantrag das Rechtsschutzbedürfnis.⁵⁴ Das wäre aber nur dann der Fall, wenn der Geschädigte im prozessualen Kostenfestsetzungsverfahren das gleiche Rechtsschutzziel verfolgen könnte wie im Rahmen eines materiell-rechtlich begründeten Klagantrags. Nur wenn feststeht, dass der Geschädigte im Rahmen der prozessualen Kostenentscheidung in vollem Umfang Ersatz erhalten wird, stellt dies den einfacheren Weg dar, so dass in einem solchen Fall das Rechtsschutzbedürfnis für eine materiell-rechtliche Schadensersatzklage entfällt.⁵⁵ Wird hingegen die prozessuale Kostenentscheidung für einen vollständigen Schadensausgleich voraussichtlich nicht ausreichen, so muss dem Geschädigten das Wahlrecht eingeräumt werden, schon im Hauptprozess seinen materiell-rechtlichen Anspruch auf Schadensersatz geltend zu machen.⁵⁶ Da das prozessuale Kostenfestsetzungsverfahren gem. § 91 Abs. 2 ZPO für den Ersatz von Anwaltskosten an die Grenze der gesetzlichen Gebühren gebunden ist, besteht das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage auf Ersatz der Aufwendungen aus einem Honorarvertrag.

Als Klageart bietet sich die Zahlungsklage an. Die alternativ in Betracht kommende Feststellungsklage⁵⁷ hat den Nachteil, dass die obsiegende Partei damit keinen vollstreckbaren Zahlungstitel erhält.

b) Feststellungsklage auf Ersatz künftig entstehender Anwaltskosten

Zu dem Zeitpunkt, in dem der o.g. Zahlungsantrag gestellt wird, können nur die bis dahin entstandenen Honoraransprüche beziffert werden. Es ist aber davon auszugehen, dass im laufenden Prozess weitere Tätigkeiten des

44 KG v. 2.12.2014 – 7 U 23/14, MDR 2015, 756 f.

45 *Schlosser*, NJOZ 2009, 2376 (2390).

46 BGH v. 23.10.2003, s. Fn. 7.

47 OLG Koblenz v. 29.5.2008 – 2 U 1620/06, NJW 2009, 1153 f.

48 BGH v. 23.10.2003, s. Fn. 7.

49 BGH v. 11.12.1986 – III ZR 268/85, WM 1987, 247 (249) III.3.a); *Jaspersen/Wache* in BeckOK/ZPO, 23. Edition, Stand 1.12.2016, § 91 Rz. 40.1; *Hergel* in Zöller/ZPO, 31. Aufl. 2016, vor § 91 Rz. 12.

50 BGH v. 11.12.1986 – III ZR 268/85, WM 1987, 247 (249) III.3.a).

51 St.Rspr., vgl. BGH v. 24.4.1990 – VI ZR 110/89, MDR 1990, 1099 = NJW 1990, 2060 f. m.w.N.; *Flockenhaus* in Musielak/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 91 Rz. 16; a.A. OLG Nürnberg v. 28.4.1977 – 8 U 37/76, MDR 1977, 936.

52 *Hergel* in Zöller/ZPO, 31. Aufl. 2016, vor § 91 Rz. 12; vgl. zum Wahlrecht auch *Schneider*, MDR 1981, 353 (355); *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, Bielefeld 1985, S. 332 f., 340 ff., 410 ff.; *Schlosser*, NJOZ 2009, 2376 (2386 f.).

53 Vgl. dazu ausführlich *Schlosser*, NJOZ 2009, 2376 (2383 f. und 2385 ff.).

54 *Becker-Eberhard*, s. Fn. 52, S. 406-408.

55 BGH v. 21.7.2011 – IX ZR 151/10 – Rz. 16, MDR 2011, 1139 ff. = NJW 2011, 2966 f.

56 *Schlosser*, NJOZ 2009, 2376 (2386 f.).

57 Vgl. *Flockenhaus* in Musielak/Voit, 13. Aufl. 2016, vor § 91 Rz. 15.

Gebührenrecht

Anwalts erforderlich werden, die zu zusätzlichen Kosten führen. Diese können nur durch einen Feststellungsantrag erfasst werden, der sich auf die Feststellung richtet, dass der Schädiger verpflichtet ist, alle künftig ab einem bestimmten Datum anfallenden Rechtsverfolgungskosten aus dem laufenden Verfahren zu erstatten. Eine solche Formulierung hat den Nachteil, dass sie nicht bezifferbar ist, so dass späterer Streit über die Höhe der zu erstattenden Kosten nicht ausgeschlossen werden kann. In den meisten Fällen wird sich aber aus den Entscheidungen des Gerichts zu dem für die Vergangenheit bezifferten Zahlungsantrag entnehmen lassen, nach welchen Grundsätzen das Gericht die Höhe der Honorare für akzeptabel hält, so dass auf dieser Basis eine Einigung über die Höhe des erstattungspflichtigen Betrags unter den Parteien auch für die nach dem Stichtag erwachsenen Honorare ohne erneuten Prozess möglich sein dürfte.

c) Formulierung der Anträge mit dem Ziel der Vermeidung von Doppelerstattungen

Die Doppelerstattung kann entweder dadurch vermieden werden, dass bei der prozessualen Kostenentscheidung die Erstattung der Anwaltskosten ausgeschlossen wird oder dadurch, dass bei der Bezifferung des Zahlungsantrags die künftige Kostenentscheidung antizipiert und der dort zu erwartende Betrag von der Schadensersatzforderung abgezogen wird. Für beide Lösungen sind in der Literatur Formulierungsvorschläge entwickelt worden.

Bei Anwendung der ersten Variante könnte nach Schlosser⁵⁸ die prozessuale Kostenentscheidung um den Satz ergänzt werden: *„Der Beklagte ist aber nicht verpflichtet, im Rahmen der Kostenfestsetzung nach §§ 103 ff. die dem Kläger durch Beauftragung eines Rechtsanwalts entstandenen Kosten zu erstatten.“*

Für die zweite Variante schlägt Schlosser⁵⁹ vor, den Zahlungsantrag nach folgender Formel zu berechnen: *„Stundenzahl mal Stundensatz minus prozessual erstattungsfähiger Teil der Rechtsanwaltskosten“*.

Knott/Gottschalk/Ohl⁶⁰ haben sich dem angeschlossen und halten ebenfalls beide Varianten für möglich.

Im Ergebnis ist entscheidend, dass der Geschädigte nicht mehr erhält als ihm zusteht. Dieses Ziel erreichen beide Varianten. Rechtlich sind beide Lösungen zulässig. Aus der Sicht des Geschädigten hat allerdings die zweite Variante beträchtliche Risiken. Er muss nämlich dort seinen Zahlungsantrag um die voraussichtliche prozessuale Kostenerstattung mindern. Wenn er glaubwürdig bleiben will, wird er zu unterstellen haben, dass er in vollem Umfang obsiegt und danach die Höhe der künftigen prozessualen Kostenerstattung bemessen. Damit gerät er in die Gefahr, einen zu hohen Abzugsbetrag zu seinen Lasten zu berücksichtigen, wenn nämlich die tatsächliche prozessuale Kostenentscheidung für ihn ungünstiger ausfällt als erwartet. Aus diesem Dilemma kann man den Geschädigten nur befreien, wenn man ihm im Wege eines Wahlrechts die Möglichkeit einräumt, sich für den materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruch zu entscheiden mit der Folge, dass das Gericht – wenn es einen solchen Anspruch akzeptiert – die prozessuale Kostenerstattung für Anwaltskosten in der Kostenentscheidung ausschließt.

d) Klagehäufung, Klageänderung

Es empfiehlt sich für den Geschädigten, bereits mit Einreichung der Klage in der Hauptsache auch den Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten aus der Honorarver-

einbarung in die Klage einzubeziehen, soweit bis dahin Anwaltskosten entstanden sind. Dabei handelt es sich um eine gem. § 260 ZPO zulässige Klagehäufung. Wenn später zusätzliche Anwaltskosten geltend gemacht werden sollen, können diese ohne Probleme im Rahmen einer Klageerweiterung in den Prozess eingeführt werden. Nach § 264 Nr. 2 ZPO stellt eine solche quantitative Erweiterung des Klagantrags keine Klageänderung i.S.d. § 263 ZPO dar, so dass weder eine Zustimmung des Beklagten noch eine Entscheidung des Gerichts über die Sachdienlichkeit erforderlich ist.

Falls die Klage entgegen der obigen Empfehlung zunächst noch keinen Antrag hinsichtlich der Anwaltskosten enthält, kann ein solcher Antrag auch noch nachträglich gestellt werden. Dann ist dieser ergänzende Antrag allerdings als Klageänderung i.S.d. § 263 ZPO zu qualifizieren.⁶¹ Das Gericht dürfte einen derartigen Antrag in aller Regel für sachdienlich halten und damit zulassen, weil auf diese Weise ein späterer gesonderter Prozess über die Honorarvereinbarung vermieden werden kann.

IV. Fazit

Wer gem. §§ 249 ff. BGB Anspruch auf Ersatz von Rechtsverfolgungskosten hat, kann i. d. R. die Erstattung von Anwaltskosten nur bis zur Höhe der gesetzlichen Gebühren verlangen. Der Schädiger ist aber in Ausnahmefällen verpflichtet, höhere Aufwendungen aus einer Honorarvereinbarung zu ersetzen, wenn der Geschädigte auch diese Aufwendungen wegen der besonderen Lage des Falles für erforderlich und zweckmäßig halten durfte.

Erforderlich und zweckmäßig ist eine Honorarvereinbarung, wenn auf andere Weise angemessener Rechtsschutz nicht erreicht werden kann. Indikatoren für eine solche Situation sind insbesondere die Notwendigkeit, einen spezialisierten Anwalt zu gewinnen und die Komplexität sowie die Schwierigkeit des zu bearbeitenden Rechtsstreits. Die Marktbeobachtung zeigt, dass geeignete Anwälte für derartige Mandate zunehmend auf der Basis von Honorarvereinbarungen tätig werden. Für den Einsatz eines spezialisierten Anwalts kann das besondere Rechtsgebiet sprechen, das spezifische Anforderungen an die kompetente Rechtsberatung begründet. Dazu kommen muss aber stets, dass gerade der konkrete Fall aufgrund seiner Komplexität innerhalb des gesetzlichen Gebührenrahmens nicht angemessen betreut werden kann.

Im Prozess kann der Geschädigte den Ersatz seiner Anwaltskosten im Rahmen des prozessualen Kostenerstattungsverfahrens verfolgen. Damit entfällt i. d. R. das Rechtsschutzbedürfnis für eine gesonderte Zahlungsklage. Wenn jedoch die Aufwendungen aus einer – nach den oben genannten Kriterien erstattungsfähigen – Honorarvereinbarung die gesetzlichen Gebühren übersteigen, steht fest, dass der Geschädigte im prozessualen Kostenerstattungsverfahren keinen vollen Ersatz erhalten wird. In einer solchen Lage hat der Geschädigte das Recht, anstelle der prozessualen Kostenerstattung die ihm bereits entstandenen Anwaltskosten im Hauptsacheverfahren als Teil der Zahlungsklage und die künftig entstehenden Anwaltskosten im Wege der Feststellungsklage geltend zu machen. Zur Vermeidung von Doppelerstattungen sind dann die Rechtsanwaltskosten in der Kostenentscheidung gem. §§ 103 ff. ZPO ausdrücklich zu eliminieren.

⁵⁸ Schlosser, NJOZ 2009, 2376 (2390).

⁵⁹ Schlosser, NJOZ 2009, 2376 (2390 f.).

⁶⁰ Knott/Gottschalk/Ohl, AnwBl. 2010, 749 (754).

⁶¹ Flockenhaus in Musielak/Voit, 13. Aufl. 2016, vor § 91 Rz. 15.