

# infobrief 15/05

Freitag, 1. April 2005 MK

---

## Stichwörter

Privatgutachten, Rechenservice, Kosten der Rechtsverfolgung

## A Sachverhalt

Die Einschaltung der Verbraucherzentralen zur Nachrechnung von Vorfälligkeitsentschädigungen bei vorzeitiger Ablösung von Darlehen oder zur Prüfung von Zinsanpassungen etwa bei Variodarlehen ist in vielen Fällen mit Gebühren für die Berechnung verbunden. Weist das im Rechenservice erstellte Gutachten nur einen verhältnismäßig geringen Schaden aus, dann ist es oft so, dass die Gebühren höher sind als der Ersatzanspruch. Insbesondere dann aber auch sonst stellt sich die Frage, ob nicht die Bank, die letztlich doch falsch gerechnet hat, die Kosten für die Erstellung des Privatgutachtens mit zu tragen hat und der Kunde sie daher mit in Rechnung stellen kann. Geht man davon aus, so dürfte der Rechenservice der Verbraucherzentralen erheblich größere Akzeptanz erhalten und damit seine Rolle als Überprüfungsinstanz für fehlerhafte Bankberechnungen etablieren können. Nachfolgend werden die rechtlichen Grundlagen eines solchen Anspruch aufgezeigt.

## B Stellungnahme

Die Kosten für Privatgutachten stellen sog. Rechtsverfolgungskosten dar, die in bestimmten Fällen erstattungsfähig sind. Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen eines Kostenerstattungsanspruchs. Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem sog. prozessualen und dem materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch (vgl. hierzu Baumbach/ Lauterbach- *Hartmann*, ZPO, 60.A. 2002, Übers § 91 Rn 32; *Anders/ Gehle*, Das Assessorexamen im Zivilrecht, 7.A. 2002, Rn 160).

Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch ergibt sich allein aus § 91 ff. ZPO, während der sachrechtliche Erstattungsanspruch seine Grundlage im materiellen Recht findet. Trotz möglicher Überschneidungen trennt die herrschende Meinung klar zwischen beiden Anspruchsgrundlagen (*BGH NJW* 1988, 2032; *Anders/ Gehle*, a.a.O.). Im Folgenden wird daher zwischen der Situation, in der der Verbraucher eine gerichtliche Klärung einleitet (hierzu unter B.I.) und dem Fall einer außergerichtlichen Klärung (hierzu unter B.II.) unterschieden.

### B.I Prozessualer Kostenerstattungsanspruch

Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch entsteht als aufschiebend bedingter Anspruch mit der Rechtshängigkeit. Seine Voraussetzungen regelt § 91 Abs. 1 ZPO:

„Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.“

Zu den Kosten des Rechtsstreits gehören dabei auch die *außergerichtlichen* Kosten, wenn sie direkt auf den Prozess bezogen sind und seiner Vorbereitung dienen (*Hartmann*, a.a.O., Rn 270), wie dies bei den Gutachten des Rechenservice der Fall ist. *Notwendig* im Sinne der zitierten Vorschrift sind die Kosten immer dann, wenn man sie in der konkreten Lage vernünftigerweise als sachdienlich ansehen darf und muss (*Hartmann*, a.a.O., Rn 28), wenn also die Kosten zur Rechtsverfolgung *erforderlich* waren. Die Erstellung eines Privatgutachtens durch den Rechenservice ist für Verbraucher erforderlich in diesem Sinne. Sie können ohne sachkundige Hilfe in der Regel nicht beurteilen, ob überhaupt ein Schaden vorliegt. Ihnen fehlt zudem der für die Bezifferung eines Schadens erforderliche Sachverstand. Ohne ein vorprozessuales Gutachten wäre es ihnen daher unmöglich, im Prozess ausreichend sachlich vorzutragen; eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung ist ohne Gutachten unmöglich.

Über die Erforderlichkeit hinaus verlangt die Rechtsprechung, dass die Rechtsverfolgungskosten in einem vernünftigen Verhältnis zur Sache stehen, d.h. *angemessen* sein sollen (*BPatG GRUR 80, 987*), und die Kosten möglichst niedrig zu halten sind (*Hartmann*, a.a.O., Rn 29).

Relevant wird diese Frage insbesondere in den Fällen, in denen die Kosten des Gutachtens ein Vielfaches des errechneten Schadens betragen. Zu berücksichtigen ist hierbei aber nicht allein das Verhältnis der Schadensermittlungskosten zur Höhe des Schadens, sondern auch der grundrechtliche Schutz des betroffenen Verbrauchers. Die Grundrechte entfalten nämlich über die Auslegung des in § 91 Abs. 1 ZPO enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffs der „*Notwendigkeit*“ mittelbare Drittwirkung. Nähme ein Gericht dem Verbraucher in Fällen eines vergleichsweise geringen Schadens die Möglichkeit, sich die Kosten der gutachterlichen Prüfung erstatten zu lassen, so wäre ihm faktisch die Möglichkeit eines wirtschaftlichen Ausgleichs seines erlittenen Schadens versagt, da er auf den Gutachterkosten sitzen bliebe. Er könnte daher kleine Schäden letztlich nicht geltend machen. Ohne das hier zu vertiefen, stellte eine solche Praxis einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in die Grundrechte des betroffenen Verbrauchers dar. Zudem wäre eine solche Praxis systemwidrig: die Verfahrensordnungen kennen zwar Sondervorschriften bei Verfahren mit geringen Streitwerten. Kostenrechtlich hat dies allerdings keine Auswirkungen (für das Verfahren nach § 495a ZPO vgl. *Hartmann*, a.a.O., § 495 a ZPO Rn 56).

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass auch in Fällen eines verhältnismäßig kleinen Schadens die vorprozessualen Kosten, die durch die Beauftragung einer Verbraucherzentrale entstehen, als Kosten des Rechtsstreits dem Verbraucher nach § 91 Abs. 1 ZPO zu erstatten sind.

## **B.II Materieil- rechtlicher Kostenerstattungsanspruch**

Gelangt die Aktivität des Verbrauchers zur Rechtsverfolgung nicht über den vorprozessualen Bereich hinaus, so kann § 91 ZPO nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen werden. Einschlägig ist vielmehr das materielle Recht.

Unterschieden werden muss hier zunächst zwischen sog. *selbständigen* und sog. *unselbständigen* Kostenerstattungsansprüchen (dazu ausführlich *Siebert*, Die Prinzipien des Kostenerstattungsrechts und die Erstattungsfähigkeit vorgerichtlicher Kosten des Rechtsstreits, 1985, S. 53ff.)

Der unselbständige Kostenerstattungsanspruch tritt in Folge eines bereits bejahten materiell-rechtlichen Schadensersatzanspruches auf; er ist keine Frage der Haftungsbegründung, sondern der Haftungsausfüllung nach §§ 249ff. BGB. Gibt das Recht dem Verbraucher daher einen Schadensersatzanspruch, etwa aus positiver Forderungsverletzung nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB, dann fließen die Kosten eines notwendigen Privatgutachtens über § 249 BGB in die Schadensberechnung mit ein, wenn dessen Voraussetzungen vorliegen (Palandt-*Heinrichs*, BGB, 63.A. 2004, Rn 40). Anspruchsgrundlage für die Kostenerstattung ist somit die für den eigentlichen Schaden herangezogene Anspruchsgrundlage.

Daneben sind aber auch Fälle denkbar, in denen die Erstellung eines Privatgutachtens auch ohne einen zugrunde liegenden Schaden zur Rechtsverfolgung notwendig ist: Zu denken ist hier vor allem an die Fälle von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen, auf die § 249 BGB keine Anwendung findet. Hat, um ein Beispiel zu nennen, die Bank aufgrund ihrer falschen Berechnung zu viel Vorfälligkeitsentschädigung verlangt und der Verbraucher daher eine zu hohe Ablösesumme bezahlt, so steht dem Verbraucher lediglich ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf den überzahlten Betrag zu. Er hat ja keinen Schaden (als unfreiwilliges Vermögensopfer) erlitten, sondern vielmehr das Vermögen der Bank zweckgerichtet, wenn auch ohne rechtlichen Grund, vermehrt. In dieser Fallkonstellation ist ein sog. selbständiger Kostenersatzanspruch denkbar, wenn neben den für den Hauptanspruch maßgeblichen Rechtsgrund (z.B. § 812 I 1 1. Alt. BGB) Umstände hinzutreten, die selbständig von diesem Haftungsgrund nicht nur die haftungsausfüllenden, sondern auch die haftungsbegründenden Voraussetzungen eines eigenständigen Schadensersatzanspruches auf die Erstattung der Rechtsverfolgungskosten erfüllen. Dies ist in den hier genannten Fällen der Falschberechnung von Vorfälligkeiten bzw. der Falschanpassung von Variokrediten regelmäßig der Fall, weil die korrekte Vertragsabrechnung eine vertragliche Nebenleistungspflicht der Bank darstellt, die bei Verletzung dieser Pflicht nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haftet. Die Pflichtverletzung ist –haftungsbegründend- kausal für die Beauftragung der Verbraucherzentralen als Gutachter und den hierdurch entstehenden Schaden. Zur Haftungsausfüllung ist auch in dieser Konstellation § 249 BGB heranzuziehen.

Die Voraussetzungen für die Einbeziehung von Kosten als Schaden, sowohl bei selbständigen als auch bei unselbständigen materiell-rechtlichen Schadensersatzansprüchen, regelt § 249 BGB: Danach muss der Schaden äquivalent und adäquat kausal durch die Pflichtverletzung verursacht worden sein und auch vom Schutzzweck der haftungsbegründenden Norm gedeckt sein. Zunächst einmal sind die Kosten der Beauftragung eines Sachverständigen als Schaden, d.h. als ein unfreiwilliges Vermögensopfer zu werten. Zwar beruhen die Rechtsverfolgungskosten vordergründig auf einem freien Willensentschluss des Geschädigten, aber eigentlich sind Betroffene aufgrund der Unkenntnis finanzmathematischer Zusammenhänge faktisch gezwungen, ein Sachverständigengutachten in Auftrag zu geben, wollen sie Klarheit über die Schadenshöhe erhalten (vgl. *Siebert*, a.a.O., S. 54f.).

Was die Frage der Kausalität und der Adäquanz betrifft, stellt die Rechtsprechung bei Sachverständigengutachten, ähnlich wie beim prozessualen Kostenerstattungsanspruch auch beim materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch darauf ab, ob sie zu einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind (Palandt-*Heinrichs*, § 249 Rn 40). Hierzu kann auf das oben unter B.I. gesagte verwiesen werden. Auch eine Angemessenheitsprüfung wird teilweise verlangt (*AG Hagen*, NZV 03, 144); auch hierzu gilt das oben gesagte entsprechend. Fraglich ist schließlich der Schutzzweck der Norm: soll die vertragliche Verpflichtung der Banken, Konten richtig abzurechnen bzw. Vorfälligkeiten korrekt zu berechnen, die Verbraucher auch vor Kosten für ein Privatgutachten schützen? Da, wie bereits besprochen, die Geltendmachung eines Schadens (beim unselbständigen Kostenersatzanspruch) bzw. eines anderen Rechts (beim selbständigen Kostenersatzanspruch) ohne Gutachten schlechthin nicht denkbar ist, kann es gar nicht anders sein, als dass der Schutzzweck der verletzten Pflicht auch gerade die Kosten mit umfasst, die zur Begründung des eigentlichen Anspruchs erforderlich sind.

### **B.III Ergebnis**

Die Kosten für die Beauftragung des Rechenservices zur Bestimmung und Bezifferung eines Schadens bzw. eines bereicherungsrechtlichen Anspruches hat, wenn ein solcher Anspruch besteht, die Bank zu tragen, soweit die Bank bei der Berechnung nicht mit den Vorgaben der Rechtsprechung übereinstimmt und ihr damit eine Rechtsverletzung vorzuwerfen ist. Diese Verpflichtung ergibt sich nach Rechtshängigkeit unmittelbar aus § 91 ZPO, anderenfalls bei Bestehen eines Hauptschadensersatzanspruchs aus diesem in Verbindung mit § 249 BGB; bei anderen Ansprüchen aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 249 BGB. Die Schadensersatzpflicht der Bank ist dabei unabhängig von der Höhe des Schadens. Es empfiehlt sich daher, den Verbrauchern auch bei relativ kleinen errechneten Schäden anzuraten, die Kosten für Privatgutachten von den Banken ersetzt zu verlangen. Sollten die Banken dies ablehnen, ist an ein Schiedsverfahren zu denken, letztlich müsste der materiell-rechtliche Kostenersatzanspruch über eine Leistungsklage geltend gemacht werden.