

Zeitschrift	BauR - Baurecht
Autor	Dr. Peter Sohn
Rubrik	Aufsätze
Referenz	BauR 2014, 1699 - 1712 (Heft 10)
Verlag	Werner Verlag

Sohn, BauR 2014, 1699 Der Vergleich in Bausachen

von Rechtsanwalt Dr. Peter Sohn, Hamm

Gerade in Bausachen werden zahlreiche Prozesse nicht durch Urteil, sondern durch Vergleich beendet. Das beruht nicht zuletzt auf der Erkenntnis der Beteiligten, dass die Aufklärung des Sachverhalts im Wege einer umfangreichen Beweisaufnahme unangemessen viel Zeit in Anspruch nehmen und hohe Kosten verursachen würde. Am Ende eines solchen jahrelangen mühsamen Prozesses ist das wirtschaftliche Ergebnis auch für den Kläger häufig nicht mehr von Interesse.

Im Hinblick auf das für Bauprozesse typische Mehrpersonenverhältnis verlangt der Abschluss eines Vergleiches von den Beteiligten und ihren Anwälten besondere Umsicht. Nachfolgend sollen sowohl die Grundstrukturen als auch spezielle Probleme auf dem Weg zu einem interessengerechten Vergleichsabschluss erörtert werden.

A. Formen und Grundlagen des Vergleichs

I. Der außergerichtliche Vergleich

Die Legaldefinition findet sich in [§ 779 Abs. 1 BGB](#). Danach ist der Vergleich ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird. Gem. [§ 779 Abs. 2 BGB](#) steht der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis die Unsicherheit über die Verwirklichung des Anspruches gleich.

Der außergerichtliche Vergleich ist an keine bestimmte Form gebunden, es sei denn, es besteht ein entsprechendes materiell rechtliches Erfordernis (z.B. bei Grundstücksgeschäften aus [§ 311b BGB](#)). Daher kann ein außergerichtlicher Vergleich auch durch konkludentes Handeln abgeschlossen werden kann. Nach der Rechtsprechung des BGH,¹ soll in der Einlösung eines Schecks die Annahme eines zuvor entsprechend formulierten Vergleichsangebotes liegen können.

Gleichwohl ist beim außergerichtlichen Vergleich die Schriftform in der Praxis üblich und zu empfehlen; dies sowohl aus Gründen der Dokumentation als auch zur Erleichterung der Durchsetzbarkeit der auf diesem Wege begründeten Ansprüche. Sofern die Voraussetzungen der [§§ 592 ff. ZPO](#) erfüllt sind, kann im Wege der Urkundsklage vorgegangen werden, falls der Schuldner den Vergleich später nicht erfüllt.

II. Der Anwaltsvergleich gem. [§ 796a ZPO](#)

Die Zivilprozessordnung sieht in [§ 796a ZPO](#) die weitgehend unbekannte Möglichkeit vor, dass ein zwischen Anwälten mit Vollmacht abgeschlossener Vergleich auf Antrag einer Partei für vollstreckbar erklärt wird.

Voraussetzungen sind:

- auf beiden Seiten müssen bevollmächtigte Anwälte beteiligt sein (die Prozessvollmacht ermächtigt gem. [§ 81 ZPO](#) zum Vergleichsabschluss),
- der Schuldner muss sich im Vergleich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben;
- der Vergleich muss bei dem gesetzlich bestimmten Amtsgericht niedergelegt worden sein.

Auf Antrag einer Partei kann der Vergleich für vollstreckbar erklärt werden, so dass daraus dann die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Gegen den Antrag können von Seiten des Schuldners sämtliche Wirksamkeitseinwendungen erhoben werden.² Zuständig für den Vollstreckbarkeitsantrag ist das in [§ 796b ZPO](#) bestimmte Gericht.

Die Verfahrensweise ist kompliziert und nicht zuletzt im Hinblick auf die erforderliche Vollstreckungsunterwerfungserklärung in der Praxis nicht beliebt.

III. Der gerichtliche Vergleich

1. Die Güteverhandlung gem. [§ 278 Abs. 2 ZPO](#)

Nach der Regelung des [§ 278 Abs. 2 ZPO](#) hat der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits grundsätzlich eine Güteverhandlung voranzugehen, es sei denn, es hat bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden oder die Güteverhandlung erscheint erkennbar aussichtslos.

Wesentliche Vorteile bietet diese Regelung im Verhältnis zu den klassischen Vergleichsgesprächen in der mündlichen Verhandlung nach meiner Erfahrung nicht. Das Gericht muss den Parteien zunächst einmal durch eine ausführliche Darlegung des Sachverhalts zu erkennen geben, dass der entscheidungserhebliche Sachverhalt vollständig zur Kenntnis genommen worden ist. Sodann wird in aller Regel eine vorläufige Bewertung der Rechtslage folgen. All dies kann auch in der mündlichen Verhandlung erfolgen. Sie bietet gegenüber der Güteverhandlung überdies den Vorteil, dass die Parteien zunächst einmal die Anträge gestellt haben, womit entsprechende prozessuale Konsequenzen verbunden sind.

Erfahrene Richter werden die Güteverhandlung in schwierigen Bauprozessen kurz fassen und die Vergleichsbemühungen erst intensivieren, nachdem die Sach- und Rechtslage in der Verhandlung bereits im Einzelnen erörtert worden ist.

2. Der Vergleich gem. [§ 278 Abs. 6 ZPO](#)

Hier sind zwei Fallgestaltungen zu unterscheiden. In der Praxis sehr gebräuchlich ist die Möglichkeit, dass die Parteien sich während des laufenden Prozesses einigen, dies dem Gericht schriftsätzlich anzeigen und beantragen, den Abschluss des Vergleichs durch Beschluss gem. [§ 278 Abs. 6 ZPO](#) feststellen zu lassen. Hierdurch entsteht der Vollstreckungstitel gem. [§ 794 ZPO](#).

Alternativ dazu besteht die Möglichkeit, dass das Gericht während des laufenden Prozesses einen Vergleichsvorschlag unterbreitet, der dann von beiden Parteien angenommen wird. Auch hier ergeht auf Antrag die Feststellung des Vergleichsabschlusses durch Beschluss gem. [§ 278 Abs. 6 ZPO](#). Dieser stellt wiederum den Vollstreckungstitel dar.

Die Möglichkeiten des Vergleichsabschlusses gem. [§ 278 Abs. 6 ZPO](#) werden in der Praxis häufig genutzt.

3. Der Vergleich in der mündlichen Verhandlung

a) Die Vorbereitung des Vergleichs durch das Gericht

Um erfolgreiche Vergleichsgespräche zu führen, die letztlich im Interesse aller Beteiligten sind, ist eine entsprechende Verfahrensvorbereitung durch das Gericht erforderlich. Dazu zählt insbesondere die Einhaltung folgender Grundvoraussetzungen:

- Die Ladung der Parteien gem. [§ 141 Abs. 3 ZPO](#) ;
- Detaillierte Kenntnis des Akteninhalts;
- Die ausführliche Anhörung der Parteien im Termin;
- Die rechtliche Erörterung mit den beteiligten Anwälten (ohne missionarische Anwandlungen);
- Die Begründung des Vergleichsvorschlags;
- Eine Terminunterbrechung, um den Anwälten die Möglichkeit zu geben, das Für und Wider des Vorschlags intern mit der eigenen Partei zu erörtern.

b) Die Anwaltpflichten vor Abschluss eines Vergleichs

Aber nicht nur an das Gericht, sondern auch und gerade an die beteiligten Anwälte sind vor Abschluss eines Vergleichs hohe Anforderungen zu stellen. Der Weg zu einem im Interesse des Mandanten abgeschlossenen guten Vergleich ist schwierig und verlangt Umsicht.

aa) Als Interessenvertreter seiner Partei hat der Anwalt auch gerichtliche Vergleichsvorschläge kritisch zu prüfen und nicht etwa automatisch abzusegnen. Das verlangt neben einer detaillierten Sachverhaltskenntnis auch die juristische Qualifikation, die Rechtslage zutreffend beurteilen zu können. Vergleichselemente, die zum Nachteil der eigenen Partei gehen (und die gibt es bei einem Vergleich naturgemäß immer), sind nur dann zu akzeptieren, wenn damit Gefahren und Risiken, die mit einer Fortsetzung des streitigen Verfahrens verbunden wären, aus dem Weg geräumt werden.

Dabei muss sozusagen in einem ersten Schritt, der mit dem Vergleichsvorschlag verbundene Nachteil zutreffend erfasst werden (der Klage- oder Klageabweisungsantrag hat angesichts des Vergleichsvorschlags nur teilweise Erfolg). Sodann muss in einem zweiten Schritt – und hierin besteht die eigentliche Schwierigkeit – der weitere Prozessverlauf in seinen Verästelungen weiter gedacht, das Ergebnis einer Beweisaufnahme realistisch prognostiziert und die damit verbundenen Chancen und Risiken mit dem Mandanten erörtert werden (sogenannte Urteilsprognose). Auf Einzelheiten werde ich später noch näher eingehen.

bb) Es empfiehlt sich, mit dem Mandanten Vergleichsüberlegungen bereits vor dem Termin in der Anwaltskanzlei zu erörtern. Bei bestimmten Konstellationen bietet sich das geradezu an. Das hat zum einen den Vorteil, dass der

Mandant von entsprechenden Überlegungen in der mündlichen Verhandlung nicht überrascht wird. Zum anderen besteht dann in einem vorbereitenden Gespräch ausreichend Gelegenheit, dass der Mandant noch einmal seine Sicht der Dinge und die ihm wichtigen Punkte darlegen kann.

cc) Ist der Mandant haftpflichtversichert, bedürfen Vergleichsüberlegungen rechtzeitig der Rücksprache mit dem zuständigen Haftpflichtversicherer.

c) Die Parteien des Vergleichs

aa) Den Prozessvergleich schließen die Parteien des Verfahrens. Ein Dritter, beispielsweise ein Streitverkündeter, kann dem Prozess zum Zwecke des Vergleichsabschlusses beitreten.³ Wirkt er sodann an diesem Vergleichsabschluss mit, kann auf diesem Wege ein Vollstreckungstitel für und gegen ihn geschaffen werden.

Beispiel:

Beispiel: Bauherr B verlangt von dem Unternehmer U Schadensersatz wegen eines Ausführungsfehlers. U hat seinem Subunternehmer S den Streit verkündet. S tritt dem Rechtsstreit auf Seiten des U bei. S verpflichtet sich, zur Abgeltung der Ansprüche des B gegen U im Vergleichswege Schadensersatz i.H.v. 10 000,- € zu zahlen.

bb) Möglich ist auch ein Vergleichsschluss zwischen den Parteien des Verfahrens zugunsten eines Dritten, der dem Vergleichsschluss nicht beitrifft. Über die Frage, ob in diesem Fall der Prozessvergleich Vollstreckungstitel für den dem Vergleich nicht beigetretenen Dritten ist, besteht Streit. Die wohl herrschende Meinung⁴ verneint die Frage. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass [§ 794 I Nr. 1 ZPO](#) für die Vollstreckbarkeit einen zwischen den Parteien und einem Dritten „abgeschlossenen“ Vergleich voraussetzt. Deshalb sei es nicht möglich, dem Dritten, ohne dessen förmlichen Beitritt die Stellung einer Partei im Zwangsvollstreckungsverfahren zu verschaffen.

d) Rechtsnatur des Prozessvergleichs

Die Begriffsbestimmung des Prozessvergleichs enthält [§ 794 I Nr. 1 ZPO](#) . Danach findet die Zwangsvollstreckung statt

Hinweis:

„aus Vergleichen, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder im Betreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht (...) abgeschlossen sind“.

Die Rechtsnatur des Prozessvergleichs ist umstritten. Die herrschende Meinung geht von der „Doppelnatur“ des Prozessvergleichs aus.⁵ Er ist Prozesshandlung, weil er den Rechtsstreit beendet und privatrechtliches Rechtsgeschäft, weil er die von ihm erfassten Ansprüche und Verbindlichkeiten der Parteien regelt. Prozesshandlung und Rechtsgeschäft stehen aber nicht getrennt nebeneinander. Vielmehr bildet der Prozessvergleich eine Einheit, die eine gegenseitige Abhängigkeit der prozessualen Wirkungen und der materiell-rechtlichen Regelungen herstellt. Daher ist ein Prozessvergleich grundsätzlich nur wirksam, wenn sowohl die materiellrechtlichen Voraussetzungen für den Vergleich als auch die prozessualen Anforderungen erfüllt sind, die an eine wirksame Prozesshandlung zu stellen sind.

Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen. Nicht immer beseitigt die prozessrechtliche Unwirksamkeit eines Vergleichs die materiell-rechtliche Verpflichtung der Parteien.⁶ Kommt wegen formeller Mängel ein Prozessvergleich nicht zustande, so führt das nicht ohne Weiteres auch zur Unwirksamkeit der materiell-rechtlichen Vereinbarung.

Es muss jeweils durch Auslegung ermittelt werden, ob der Verfahrensmangel auch zur Nichtigkeit der materiell-rechtlichen Abrede führt oder ob die Parteien den Vergleich bei Kenntnis seiner Unwirksamkeit jedenfalls als außergerichtlichen Vergleich hätten gelten lassen wollen; das erinnert an [§ 139 BGB](#). Wenn anzunehmen ist, dass beide Parteien die regelungsbedürftigen Fragen verbindlich regeln wollten, sollte nach ihrem mutmaßlichen Willen die Vereinbarung jedenfalls als materiell-rechtlicher Vertrag wirksam und verbindlich bleiben.⁷ Ist demgegenüber der materiell-rechtliche Teil des Vergleichs unwirksam (dazu später mehr), dann ist er auch als Prozesshandlung unwirksam und hat keine verfahrensbeendende Wirkung.

e) Der unwirksame Prozessvergleich

Besteht zwischen den Parteien Streit über die Wirksamkeit des Prozessvergleichs und damit auch über die prozessbeendende Wirkung, ist das Ursprungsverfahren auf Antrag einer der Parteien fortzusetzen. Wird jedoch die Unwirksamkeit von keiner Partei gerügt, wird über den Vergleichsinhalt später in einem neuen Verfahren gestritten. Dann ist diese neue Klage zulässig. Die Rüge der Unwirksamkeit des Vergleichs muss rechtzeitig gem. [§ 282 Abs. 3 ZPO](#) erhoben werden.⁸ In der Berufungsinstanz ist diese Rüge gem. [§§ 529](#), [531](#), [532 ZPO](#) nicht nachholbar.

Neben den formalen Mängeln des Prozessvergleichs kommen auch materiell-rechtliche Gründe, die zur Unwirksamkeit der Prozesshandlung führen, in Betracht.

Als solche Gründe hat der Bundesgerichtshof⁹ Umstände anerkannt, die den Abschluss des Vergleiches als Prozesshandlung berühren. So ist in weitgehender Übereinstimmung mit dem Schrifttum angenommen worden, dass dann, wenn der Vergleich aus materiell-rechtlichen Gründen nichtig oder anfechtbar ist, ihm auch seine verfahrensrechtliche Grundlage entzogen wird.¹⁰

Während die materiell-rechtliche Unwirksamkeit eines Vergleichs in der Regel auf die prozessuale Wirksamkeit „durchschlägt“, also auch zur Unwirksamkeit der Prozesshandlung führt, gilt dies für den umgekehrten Fall nicht zwingend.

aa) Als Beispiel für formelle Mängel sei genannt:: Fehlerhafte Protokollierung eines Nachbesserungsvergleichs.

bb) Zugleich als Beispiel für einen materiell-rechtlichen Mangel des Vergleichs sei folgendes ausgeführt: Gem. [§ 779 Abs. 1 BGB](#) ist der abgeschlossene Vergleich unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrages als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht.

Beispiel:

Beispiel: Der Bauherr B verklagt den Unternehmer U auf Schadenersatz wegen einer mangelhaften Kellerabdichtung. Der Mangel ist zwischen den Parteien unstrittig. Streit herrscht lediglich über die Höhe der Mängelbeseitigungskosten. Der vom Gericht beauftragte Sachverständige errechnet hierfür einen Betrag i.H.v. 30 000,- €. U wendet Sowieso-Kosten i.H.v. 5000,- € ein. Die Parteien einigen sich im Vergleichswege darauf, dass U an B 25 000,- € zahlt.

Später stellt sich heraus, dass die Kellerabdichtung entgegen der übereinstimmenden Auffassung der Parteien mangelfrei ist. Das eingedrungene Wasser stammt vielmehr aus einer Leckage der Fußbodenheizung.

Voraussetzung für die Unwirksamkeit gem. [§ 779 Abs. 1 BGB](#) ist, wie sich bereits aus dem Wortlaut der Regelung ergibt, dass die Parteien einer Fehlvorstellung hinsichtlich des als feststehend zugrunde gelegten Sachverhalts erlegen sind. Das war hier der Fall. Etwas anderes gilt, wenn sich der Irrtum der Parteien auf einen Punkt bezieht, der zwischen ihnen im Streit war und durch den Vergleich gerade beigelegt werden sollte.

Beispiel:

Beispiel: B verklagt U auf Zahlung von Schadenersatz i.H.v. 30 000,- € wegen der mangelhaften Kellerabdichtung. U bestreitet den Mangel und die behaupteten Nachbesserungskosten auch der Höhe nach. Hierüber wird ein Sachverständigengutachten eingeholt. Der Sachverständige gelangt zu dem Ergebnis, dass Mängelbeseitigungskosten i.H.v. 30 000,- € anfallen. U verpflichtet sich im Vergleichswege zur Zahlung von 25 000,- €. Nachträglich stellt sich heraus, dass die Beseitigung des Mangels einschließlich der Folgekosten (Wiederherstellung des Gartens) 40 000,- € kostet.

Hier besteht für den B keine Möglichkeit, über [§ 779 BGB](#) die getroffene Regelung anzugreifen.

Eine weitere Möglichkeit, den abgeschlossenen Prozessvergleich nachträglich auch bezüglich der materiell-rechtlichen Einigung erfolgreich anzugreifen, folgt aus den allgemeinen Regelungen wie z.B. [§ 123 Abs. 1 BGB](#) mit der Konsequenz der Nichtigkeit gem. [§ 142 BGB](#) für den Fall der arglistigen Täuschung.

f) Der auf Nacherfüllung gerichtete Vergleich

Beispiel:

Beispiel: Bauherr B verlangt von dem Unternehmer U Vorschuss zur Mängelbeseitigung. Die Parteien einigen sich auf Vorschlag des Gerichts darauf, dass U bestimmte Mängel durch Nacherfüllung zu beseitigen hat.

aa) Von diesem Vergleichsabschluss halte ich offen gestanden nicht sehr viel.

Anders als beim Zahlungsvergleich ist es von vornherein schwierig, einen auf Nacherfüllung gerichteten Vergleich mit der erforderlichen inhaltlichen Bestimmtheit zu protokollieren. Kommt der Schuldner, der im Vergleichswege übernommenen Verpflichtung später nicht nach, ergeben sich unter Beachtung der [§§ 887 , 890 ZPO](#) erhebliche vollstreckungsrechtliche Probleme, auf die ich hier nicht im Einzelnen eingehen kann.

bb) Sollten Sie in die Verlegenheit geraten, einen solchen Vergleich in die engere Wahl ziehen zu müssen, sollte neben der inhaltlichen Bestimmtheit der titulierten Nacherfüllungspflicht auf die entsprechenden Formalien geachtet werden.

Verpflichtet sich eine Partei in einem solchen Vergleich zur Beseitigung der zuvor durch ein Gutachten festgestellten Mängel, dann muss entweder das gesamte Gutachten oder aber jedenfalls die Textpassagen aus dem Gutachten, in denen die zu beseitigenden Mängel aufgeführt sind, dem Vergleichsprotokoll beigefügt werden, wie sich aus § 160 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. Abs. 5 ZPO und [§ 162 Abs. 1 ZPO](#) ergibt. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Parteien durch den Vergleich auf eine bestimmte Form der Nachbesserung – entsprechend dem Inhalt des Gutachtens einigen wollen.

Beispiel:

Beispiel: Der Besteller B nimmt den Unternehmer U auf Zahlung von Vorschuss in Anspruch. Das Gericht holt über die behaupteten Mängel ein Sachverständigengutachten ein, das den Vortrag des B bestätigt. Weil U kein Geld und B ein weiches Herz hat, einigen sich die Parteien darauf, dass U die im Gutachten beschriebenen Mängel entsprechend den Vorgaben des Sachverständigen beseitigt.

In diesem Fall ergeben sich sowohl die zu beseitigenden Mängel als auch die Art der Nachbesserung erst aus dem Gutachten und nicht aus dem Vergleichstext selbst. Hier ist es nach der bisher herrschenden Meinung notwendig, wie oben beschrieben, das Gutachten insgesamt oder zumindest die maßgeblichen Auszüge daraus dem Protokoll beizufügen. Anderenfalls soll der Vergleich formell unwirksam und nicht vollstreckungsfähig sein.¹¹ Der BGH hat diese Frage in einer jüngsten Entscheidung zu diesem Problemkreis jedoch offen gelassen.¹²

Unabhängig von der Frage der formellen Unwirksamkeit ist der materiell-rechtliche Teil des Vergleichs wirksam. Das Einverständnis des U mit dem Abschluss des Vergleichs enthält ein Anerkenntnis der Mängel.¹³

g) Der Widerrufsvergleich

aa) Nicht selten schließen die Parteien einen Widerrufsvergleich, weil der Anwalt oder seine Partei sich außerstande sieht, in der Situation der mündlichen Verhandlung bereits abschließend über eine Vergleichsregelung entscheiden zu können. Dies gilt insbesondere dann, falls Versicherer im Hintergrund noch ihre Zustimmung zu erteilen haben.

Entscheidet man sich für den Widerrufsvergleich, sollte man auf eine eindeutige Formulierung der Widerrufsfrist Wert legen.

Beispiel:

Beispiel: Beide Parteien behalten sich vor, den Vergleich innerhalb einer Frist von 14 Tagen gerechnet *ab Zustellung* des Protokolls zu widerrufen.

Bestimmt man stattdessen für den Ablauf der Widerrufsfrist einen Kalendertag dann besteht das Risiko, dass das Protokoll zu dem Zeitpunkt, da die Frist bereits endet, noch nicht vorliegt. Das ist bei hoffnungslos überlasteten Kammern nicht selten der Fall.

Unzulänglich, weil unklar, ist bei Abschluss eines Widerrufsvergleichs folgende Formulierung:

Hinweis:

„Die Parteien behalten sich den Widerruf des Vergleichs durch schriftliche Anzeige *zu den Gerichtsakten* innerhalb einer Frist von zwei Wochen nach Zustellung des Vergleichsprotokolls vor.“

Der Widerruf ist gegenüber dem Gericht zu erklären. Wann der Schriftsatz zu den Gerichtsakten gelangt, liegt nicht im Einflussbereich der Parteien. Da der Anwalt verpflichtet ist, den sichersten Weg zu gehen, sollten solche Unklarheiten bei der Vergleichsformulierung vermieden werden. Vorschlag:

Hinweis:

„Beide Parteien behalten sich den Widerruf des Vergleichs durch schriftliche Anzeige bei Gericht innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Vergleichsprotokolls vor.“

bb) Zu beachten ist, dass nach ständiger Rechtsprechung¹⁴ eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Widerrufsfrist nicht in Betracht kommt. Hier lauert eine nicht ungefährliche Haftungsfalle, da der Vergleich gegen den Willen des Mandanten bestandskräftig wird. Der sicherste Weg, diese Haftungsfalle zu vermeiden, ist die Nachfrage bei Gericht, ob der Schriftsatz, der den Widerruf enthält, auch dort eingegangen ist.

h) Der Ratenzahlungsvergleich

Nicht selten wird ein Vergleich auch deshalb abgeschlossen, weil erhebliche Zweifel an der Bonität des Schuldners bestehen. Dann ist ein Vergleich zu empfehlen, bei dem eine höhere Summe oder gegebenenfalls sogar die volle Klageforderung tituliert wird, aber im Fall der Einhaltung bestimmter Zahlungsziele auf den Restbetrag verzichtet wird.

Beispiel:

Beispiel: Der Unternehmer U verlangt von dem Bauträger B der am Wirtschaftsleben in der Rechtsform einer GmbH teilnimmt, Restwerklohn i.H.v. 100 000,- €. B beruft sich im Laufe des Prozesses darauf, dass er einer Insolvenz nur entgehen könne, wenn sich die Liquiditätsbelastung für ihn in Grenzen hält. Lässt sich dieser Einwand auf Gläubigerseite verifizieren, hat sich folgende Formulierung bewährt:

„Die U GmbH verpflichtet sich an den B die Klageforderung i.H.v. 100 000,- € nebst 8 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 01.10.2013 zu zahlen.

Der U GmbH wird gestattet, diesen Betrag in monatlichen Raten i.H.v. 5000,- € beginnend mit dem 01.04.2014 zu zahlen.

Kommt der Schuldner mit einer Rate mehr als zwei Wochen in Rückstand, wird der gesamte Restbetrag nebst Zinsen sofort fällig.

Zahlt die B GmbH auf diesem Wege 50 000,- €, ohne dass Verfall eingetreten ist, verzichtet der U bereits jetzt auf die Restforderung. Die B GmbH nimmt diesen Verzicht an.“

Bei nur geringfügiger Überschreitung einer Zahlungsfrist soll die Gesamtfälligkeit gem. [§ 242 BGB](#) nicht eintreten.¹⁵

i) Die Kostenklauseln

aa) Nicht selten beruft sich der Anwalt der überwiegend unterliegt, bezüglich der Vergleichskosten auf [§ 98 ZPO](#), wonach die Vergleichskosten im Zweifel gegeneinander aufzuheben sind. Das ist ein schwaches Argument. Ob der Gläubiger sich darauf einlassen sollte, bedarf hier keiner Diskussion, sondern ist Frage des Einzelfalles.

Wichtig erscheint mir der Hinweis, dass in jeden Vergleich eine klare Kostenregelung aufgenommen werden sollte. Alternativ dazu kann man an eine Kostenentscheidung durch das Gericht gem. [§ 91a ZPO](#) denken. Hier ist man allerdings vor Überraschungen durch die Richterbank nicht sicher.

Berücksichtigt werden muss, dass der Kostenbeschluss – auch wenn auf eine Begründung verzichtet wird – entsprechende Gerichtskosten auslöst.

bb) Probleme gibt es immer wieder bei den Kosten des Streithelfers im Zusammenhang mit einem Prozessvergleich. Kommt es in einem Rechtsstreit, an dem ein Streithelfer beteiligt ist, zum Abschluss eines Vergleichs, sollte man der Kostenquote daher besondere Beachtung schenken.

Beteiligt sich der Streithelfer an diesem Vergleich, so wird es eine ausdrückliche Vereinbarung hinsichtlich der Kosten geben. Hier ergeben sich regelmäßig keine Probleme.

Was aber geschieht mit den Kosten des Streithelfers, wenn sich die Hauptparteien über seinen Kopf hinweg einigen? Für den Fall, dass die Parteien eine Quote bestimmen, greift [§ 101 ZPO](#). Das bedeutet, es wird so verfahren, als wäre die vereinbarte Kostenquote durch eine streitige Gerichtsentscheidung bestimmt worden. Der Streithelfer wird also auch hier an den Kosten der Nebenintervention mit der Quote beteiligt, die die unterstützte Hauptpartei hinsichtlich der Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Die restlichen Kosten der Nebenintervention trägt die gegnerische Partei; (nur) insoweit besteht gemäß [§ 101 ZPO](#) ein Kostenerstattungsanspruch. Dies gilt auch, wenn sich die Parteien auf eine *hälftige Kostenteilung* einigen.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie im Falle der vereinbarten *Kostenaufhebung* zu entscheiden ist. Zur Erinnerung: wenn die Parteien keine Kostenregelung treffen, gelten gemäß [§ 98 ZPO](#) die Kosten als gegeneinander aufgehoben. Es ist lange diskutiert worden, ob dieser Fall wie die hälftige Kostenteilung zu behandeln ist oder der Nebenintervenient ebenso wie jede Hauptpartei die eigenen Kosten selbst zu tragen hat.

Der Bundesgerichtshof hat bereits im Jahr 2003 entschieden, dass der Streithelfer seine Kosten im Falle der Kostenaufhebung selbst zu tragen hat.¹⁶ Dies begründete er mit dem Grundsatz der Kostenparallelität: Wenn die Hauptparteien vergleichsweise vereinbaren, dass jede Seite ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen hat, dann müsse dies über [§ 101 ZPO](#) auch für den Streithelfer gelten. Der Streithelfer teile nach seinem Beitritt das prozessuale Schicksal der Hauptpartei.

Als Anwalt der nicht von einem Streithelfer unterstützten Partei sollte man daher, die Kosten im Vergleich *gegeneinander aufheben* statt die Kosten zu teilen, um nicht Gefahr zu laufen, dass der Streithelfer die Hälfte der ihm entstandenen Kosten ersetzt verlangt.

Beispiel:

Beispiel: Der Bauherr B verklagt den Unternehmer U auf Schadenersatz wegen eines Ausführungsfehlers i.H.v. 100 000,- €. Gleichzeitig verkündet B seinem Architekten A den Streit, für den Fall, dass diesem ein Planungsfehler vorzuwerfen ist. Der A tritt dem Rechtsstreit auf Seiten des B bei. Auf Vorschlag des Gerichts wird ein Vergleich geschlossen, wonach U zur Abgeltung der Klageforderung an B 50 000,- € zahlt.

Wenn der Anwalt des U nicht aufpasst, gerät er in Regress, weil er nicht darauf besteht, dass die Kosten des Rechtsstreits und des Vergleichs *gegeneinander aufgehoben* werden – womit B einverstanden gewesen wäre –, sondern eine Kostenteilung akzeptiert. In diesem Fall hat A, der dem Rechtsstreit auf Seiten des B beigetreten ist, einen Anspruch auf hälftige Kostenerstattung gegen U.¹⁷

j) Das Architektenhonorar

Hier ist zu beachten, dass ein Vergleich während eines noch nicht beendeten Architektenvertrages den Anforderungen des [§ 4 Abs. 4 HOAI](#) a.F. oder des [§ 7 Abs. 3 HOAI](#) n.F. genügen muss. Eine Unterschreitung der Mindestsätze führt also zur Unwirksamkeit des Vergleichs.

Um Probleme in diesem Zusammenhang auszuschließen, empfehle ich folgende Formulierung voranzustellen:

Hinweis:

„Die Parteien erklären übereinstimmend, dass das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis beendet ist.“

B. Spezielle Problemstellungen

I. Der vollstreckungsfähige Inhalt

Einen tauglichen Vollstreckungstitel bildet der Prozessvergleich nur dann, wenn er einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat. Der Titel muss inhaltlich hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Dies ist durch Auslegung zu klären. Dabei kommt es auf den protokollierten Inhalt, also den Vergleichswortlaut und den daraus ableitbaren Sinnzusammenhang an. Andere, außerhalb der Urkunde liegende tatsächliche oder rechtliche Umstände sind unerheblich, da das zuständige Vollstreckungsorgan diese nicht kennt.

II. Der Vergleichsabschluss nach Vorliegen eines Vollstreckungstitels

Bei Abschluss eines Prozessvergleichs nach Vorliegen eines Titels (z.B. in Form eines Vollstreckungsbescheides, Versäumnisurteils oder Vorbehaltsurteils oder eines streitigen Urteils aus erster Instanz) ist zu beachten, dass dieser Titel infolge des nachträglich geschlossenen Prozessvergleichs (Novation) entfallen kann. Das Problem wird an folgendem Fall deutlich:

Beispiel:

Beispiel: Der Kläger hat in I. Instanz ein obsiegenderes Urteil auf Zahlung von 100 000,- € errungen. Im Wege der Zwangsvollstreckung hat er auf dem Grundstück des Beklagten eine Zwangshypothek über diese Summe nebst Nebenforderungen eintragen lassen. Der Schuldner ist in die Berufung gegangen. In II. Instanz wird ein Vergleich geschlossen. Danach hat der Beklagte an den Kläger nur 50 000,- € zu zahlen. Die Kosten werden gegeneinander aufgehoben. Nun verlangt der Beklagte vom Kläger die Löschungsbewilligung. Der Kläger erklärt, diese werde er nur gegen Zahlung von 50 000,- € erteilen.

Mit dieser Argumentation hat er keinen Erfolg, denn durch den Vergleich ist der alte Vollstreckungstitel jedenfalls bei dieser Konstellation entfallen (Novation). Der Vergleich stellt zwar den neuen Vollstreckungstitel dar. Die alte Vollstreckungsmaßnahme ist jedoch durch den Wegfall des Titels aufzuheben, deren rangwahrende Wirkung entfällt. Kritisch ist dies insbesondere dann, wenn der Schuldner inzwischen insolvent geworden ist. Deshalb ist der Vergleich so abzufassen, dass das Urteil des Landgerichts in Höhe eines Betrages von 50 000,- € aufrecht erhalten wird und die Parteien im Übrigen daraus keine wechselseitigen Ansprüche mehr herleiten. Dann bleibt der alte Vollstreckungstitel aufrecht erhalten und der Kläger kann weiterhin die Vollstreckung fortsetzen.

Entsprechendes ist zu beachten, wenn durch eine Bürgschaft die Erfüllung eines bestimmten Titels gesichert wird, der durch den Vergleichsabschluss entfällt.

III. Der Einwendungsausschluss

Bei Abschluss eines Prozessvergleichs ist weiter zu beachten, dass die Regelung des [§ 767 Abs. 2 ZPO](#) (Präklusion) nicht gilt.

Ein Einwendungsausschluss kann also nur im Wege der Auslegung aus dem Vergleichstext hergeleitet werden. Wer einen Vergleich schließt, kann sich nach herrschender Meinung der vereinbarten Zahlung nicht durch Aufrechnung mit solchen Ansprüchen entziehen, die ihm schon bei Vergleichsabschluss bekannt waren.¹⁸

Abgesehen davon, dass solche Auslegungsbemühungen anstrengend, schmerzhaft und nicht immer von Erfolg gekrönt sind, bleibt dem „kreativen“ Schuldner die Möglichkeit, sich nach Abschluss des Vergleichs auf Umstände zu berufen, die ihm – angeblich – noch nicht bekannt waren, als der Vergleich geschlossen wurde:

Beispiel:

Beispiel: Der Beklagte behauptet nach Abschluss des Vergleichs bei einem Baustellenbesuch, weitere Mängel entdeckt zu haben. Mit den daraus resultierenden Mängelbeseitigungskosten wird nunmehr gegenüber der Vergleichsforderung aufgerechnet.

Das ist weder materiell-rechtlich noch prozessual zu beanstanden. Der Gläubiger kann zwar aus dem Vergleich vollstrecken. Dem Schuldner bleibt aber die Möglichkeit, diesen Einwand der Aufrechnung im Wege der Vollstreckungsabwehrklage gem. [§ 767 Abs. 1 ZPO](#) geltend zu machen und zugleich Antrag auf einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich zu stellen.

Dies ist insbesondere deshalb „ärgerlich“, weil mancher Vergleich vor dem Hintergrund geschlossen worden ist, dass auf diesem Wege schnell ein Vollstreckungstitel geschaffen wird.

Es empfiehlt sich daher, in den Vergleich folgende Formulierung aufzunehmen:

Hinweis:

„Die Zahlung hat aufrechnungs- und einredfrei zu erfolgen.“

IV. Der Umfang der Abgeltungsklausel

Fast immer sind in einem Bauprozess sowohl Fragen der Vergütungsebene als auch der Gewährleistungsebene streitig.

Beispiel:

Beispiel: Unternehmer U verlangt vom Bauherrn B noch Restwerklohn i.H.v. 50 000,- €. B wendet ein, dass die Forderung überhöht sei und rechnet hilfsweise mit Schadensersatzansprüchen auf.

Der gerichtliche Vergleichsvorschlag lautet: „B zahlt an U noch 20 000,- €. Damit sind alle wechselseitigen Ansprüche erledigt.“

Die Abgeltungsklausel ist zu weit geraten. Es muss klargestellt werden, dass davon nur die Klageforderung (Werklohnansprüche) und die im Rechtsstreit zur Aufrechnung gestellten Gewährleistungsansprüche erfasst sind. Möglicherweise weitere nicht verjährte Gewährleistungsansprüche dürfen durch die Abgeltungsklausel nicht erfasst werden. Die hier gewählte Formulierung birgt das Risiko des vollständigen Verzichts auf Gewährleistung.

V. Der Vergleich mit Gesamtschuldnern

Besondere Probleme bereitet ein Prozessvergleich mit einem von mehreren Gesamtschuldnern. Hier stellt sich die Frage, welche Auswirkungen der Prozessvergleich auf das Rechtsverhältnis zu anderen Gesamtschuldner hat.

Beispiel:

Beispiel: Der Bauherr B verlangt von dem Unternehmer U wegen eines Ausführungsfehlers Schadensersatz i.H.v. 100 000,- €. Die Parteien einigen sich auf Vorschlag des Gerichts auf Zahlung von 60 000,- €. Nachträglich nimmt B den Architekten A auf Schadensersatz i.H.v. 40 000,- € wegen eines Überwachungsfehlers in Anspruch, weil er den Ausführungsfehler des U nicht rechtzeitig erkannt hat.

Grundsätzlich entfaltet der Vergleich zwischen dem Gläubiger und einem von mehreren Gesamtschuldnern keine Gesamtwirkung.¹⁹ Gem. [§ 423 BGB](#) entfaltet der dem Vergleich innewohnende Erlass Wirkung für die übrigen Schuldner nur dann, wenn die Vertragsschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten. Für die Feststellung dieses Willens der Vertragsschließenden müssen ausreichende Anhaltspunkte im Vergleich enthalten sein.²⁰ Die objektive Alleinverantwortlichkeit im Innenverhältnis der Gesamtschuldner reicht für eine solche Auslegung des Vergleichs nicht aus. Vielmehr kommt es auf die Vorstellungen der Parteien bei Abschluss des Vergleichs an. Nur wenn diese auch von einer im Innenverhältnis allein bestehenden Verantwortlichkeit des in Anspruch Genommenen ausgehen, kommt dem Vergleich Gesamtwirkung zu.²¹

Der VII. Zivilsenat hat zu dieser Problematik u.a. in den sogenannten „Tierarzt“-Entscheidungen²² ausgeführt, dass

Hinweis:

„ein Gesamtschuldner mit dem Gläubiger gemäß [§ 423 BGB](#) zugunsten eines anderen Gesamtschuldners vereinbaren kann, dass dessen Inanspruchnahme ausgeschlossen ist, soweit dieser sich im Wege des Gesamtschuldnerausgleichs bei dem die Vereinbarung schließenden Gesamtschuldner schadlos halten könnte²³. Insoweit kommt ein Vertrag zugunsten des am Vergleich nicht beteiligten

Hinweis:

Gesamtschuldners in Betracht²⁴; dieser ist kraft der gesetzlichen Anordnung des [§ 423 BGB](#) nicht dadurch ausgeschlossen, dass ansonsten gemäß [§ 328 BGB](#) ein Erlassvertrag zugunsten Dritter nicht möglich ist²⁵. Es bedarf also weiterer Feststellungen dazu, ob die Parteien eine solche Wirkung beabsichtigten oder nicht. Allein der Umstand, dass der Vergleichspartner im Innenverhältnis allein haftet, reicht insoweit nicht aus.²⁶ Es kommt auf den Willen der Parteien an, ihn auch von dem Risiko zu befreien, dass der Vergleich durch einen Gesamtschuldnerausgleich ganz oder teilweise wertlos wird. Ohne weitere Anhaltspunkte aus dem Vergleich oder den ihm zugrunde liegenden Verhandlungen kann von einem solchen Willen nicht ausgegangen werden²⁷.“

Vor diesem Hintergrund könnte der Bauherr B den Architekten A also wegen des Überwachungsfehlers nach wie vor auf Zahlung von 40 000,- € in Anspruch nehmen, weil nicht festgestellt werden kann, dass der zwischen B und U zuvor abgeschlossene Vergleich Gesamtwirkung i.S. von [§ 423 BGB](#) haben sollte. Als Zwischenergebnis wäre also festzuhalten, dass B letztlich die nach Abschluss des Vergleichs noch „fehlenden“ 40 000,- € von A verlangen könnte.

Entwickelt man den Fall weiter, stellt sich die Frage, ob A nunmehr gegen U über [§ 426 Abs. 1 BGB](#) Regress nehmen könnte. Das ist ebenfalls zu bejahen. Somit bestünde für U trotz des Vergleichsabschlusses das Risiko der vollen Inanspruchnahme, obwohl er glaubte, über den Abschluss des Vergleichs jedenfalls i.H.v. 40 000,- € „obsiegt“ zu haben. Diesem sogenannten „Vergleichskreisel“ lässt sich durch eine entsprechende Formulierung im Vergleich entgehen.

Dazu folgende Überlegungen:

Sofern das Problem überhaupt erkannt wird, findet sich gelegentlich die Formulierung:

Hinweis:

„Der Kläger verpflichtet sich, den Beklagten von etwaigen Gesamtschuldnerausgleichsansprüchen des Architekten wegen der streitgegenständlichen Mängel des Gebäudes freizustellen.“

Bei näherer Betrachtung hat eine solche Freistellungsverpflichtung den Nachteil, dass damit das diesbezügliche Insolvenzrisiko dem Beklagten überbürdet wird. Nimmt der B den A gleichwohl in Anspruch und führt der Architekt daraufhin den Regressanspruch gegen U durch, könnte dieser zwar bei dem Bauherrn B im Hinblick auf die Freistellungsverpflichtung Regress nehmen. Das Insolvenzrisiko läge allerdings bei U.

Stattdessen ist zu empfehlen, entsprechend der Regelung in [§ 423 BGB](#), in den Vergleichstext aufzunehmen:

Hinweis:

„Der dem Vergleich inne wohnende Erlass soll auch gegenüber allen weiteren Gesamtschuldnern gelten.“

VI. Anerkenntnisse im Rahmen von Vergleichsverhandlungen

Immer wieder führt insbesondere das Scheitern von Vergleichsverhandlungen zu der Frage, ob die in solchen Gesprächen abgegebene Erklärungen zum Grund oder Höhe des geltend gemachten Anspruchs als Anerkenntnis zu werten sind.

Hierzu hat der BGH bereits 1997 entschieden, dass Äußerungen zu Bestand und Höhe eines Anspruchs, die im Rahmen von Vergleichsverhandlungen abgegeben werden, den Erklärenden in der Regel nicht binden, wenn der Vergleich später nicht zustande kommt.²⁸ Allerdings kann in einem Vergleichsangebot ein Anerkenntnis liegen, das gem. [§ 212 BGB](#) zur Verjährungsunterbrechung führt.²⁹

VII. Die versicherungsrechtlichen Probleme

Aus Ziff. 5.2 AHB folgt die Prozessführungsbefugnis des Haftpflichtversicherers, so dass ein Vergleich grundsätzlich nur mit dessen Zustimmung geschlossen werden sollte. Der Versicherungsnehmer ist zwar nach der Neufassung des [§ 105 VVG](#) und der entsprechenden Regelung in der AHB, (Ziff. 5.1 Abs. 2 Satz 2 AHB 2008), grundsätzlich auch berechtigt, den Anspruch ganz oder teilweise anzuerkennen. Ein Anerkenntnis stellt also keine Obliegenheitsverletzung mehr mit der Folge dar, dass der Versicherer insgesamt leistungsfrei würde.

Jedoch bindet das dem Vergleich inne wohnende Anerkenntnis des Versicherungsnehmers nicht den Versicherer wohl aber den Versicherungsnehmer.

Es empfiehlt sich daher nach wie vor dringend, in den Vergleichstext einen Widerrufsvorbehalt aufzunehmen und den Vergleichsinhalt innerhalb der Widerrufsfrist mit dem Versicherer abzustimmen.

VIII. Die fehlende Interventionswirkung

Gerade in Bauprozessen werden häufig Streitverkündungen ausgebracht. Bei einem Prozessvergleich ist zu beachten, dass dieser keine Interventionswirkung entfaltet.³⁰ Dies gilt auch, wenn der Vergleich in der höheren Instanz geschlossen wird³¹ und sogar dann, wenn dieser Vergleich denselben Inhalt wie das erstinstanzliche Urteil hat.³² Nur wenn der Vergleich darin besteht, dass die Parteien ihre wechselseitig eingelegten Rechtsmittel vergleichsweise zurücknehmen, bleibt eine bis dahin begründete Interventionswirkung bestehen, da auch das durch eine Rechtsmittellrücknahme rechtskräftig gewordene Ersturteil inhaltlich bestehen bleiben würde.³³

Ziel sollte also sein, den oder die Streitverkündeten am Vergleichsschluss zu beteiligen. Die Vertretung eines Streithelfers durch einen bereits am Prozess beteiligten Anwalt scheidet aus Gründen der Interessenkollision aus.

Beispiel:

Beispiel: Wird zwischen dem Bauherren B und dem Unternehmer U auf Empfehlung des Gerichts ein Vergleich geschlossen und will der Unternehmer dann im Folgeverfahren den Subunternehmer SU in Regress nehmen, ist es dem SU unbenommen vorzutragen, dass der Abschluss des Vergleichs völlig überflüssig war, weil die von dem Bauherren B geltend gemachte Forderung sowohl dem Grunde als der Höhe nach nicht bestehe.

Einen solchen Vergleich mit der Konsequenz des Verlustes der Interventionswirkung dennoch abzuschließen, verlangt Überblick. Er wird z.B. dann in Betracht kommen, wenn dem Regressanspruch gegen den Streitverkündungsempfänger aus wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen ohnehin keine große Bedeutung mehr zukommt.

Zu beachten ist, dass sechs Monate nach Abschluss des Vergleichs gem. [§ 204 Abs. 2 BGB](#) die Verjährungsfrist für den Regressanspruch weiterläuft.

C. Die Voraussetzungen der Anwaltshaftung

I. Die Pflichtverletzung

Es gehört zu den Hauptleistungspflichten ([§ 241 Abs. 1 BGB](#)) des Anwaltes, den Mandanten umfassend zu beraten und seine Interessen zu vertreten.³⁴

Im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Vergleichs hängt Umfang und Inhalt der anwaltlichen Beratung von den Besonderheiten des Einzelfalles ab. Maßgebliche Faktoren werden dabei die Person des Mandanten und die Komplexität der Sach- und Rechtslage sein. Risiken und Chancen müssen zutreffend erläutert werden, damit der Mandant eine ausreichende Entscheidungsgrundlage hat.³⁵

Für die Behauptung der Pflichtverletzung ist der Mandant darlegungs- und beweispflichtig.³⁶

Beispiel:

Beispiel: Der Bauherr (B) nimmt den Unternehmer (U GmbH) wegen eines Ausführungsfehlers bei der Gebäudeabdichtung auf Schadenersatz i.H.v. 50 000,- € in Anspruch. Die U GmbH beruft sich u.a. auf die Einrede der Verjährung. Die Parteien schließen auf Vorschlag des Gerichts einen Vergleich, wonach die U GmbH an B zur Abgeltung der in diesem Rechtsstreit geltend gemachten Gewährleistungsansprüche 30 000,- € zahlt. Das Gericht hat zur Begründung erklärt, das genaue Abnahmedatum lasse sich nur im Wege einer langwierigen Beweisaufnahme klären.

B nimmt seinen Anwalt R nachträglich auf Schadensersatz in Höhe der Differenz zwischen der Vergleichsforderung und der Klageforderung (20 000,- €) in Anspruch mit der Begründung, die Einrede der Verjährung sei von der Beklagten U GmbH völlig zu Unrecht erhoben worden. Im Fall der Fortsetzung des Rechtsstreits hätte B in voller Höhe obsiegen müssen. Der R beruft sich demgegenüber darauf, dass er die Risiken im Falle einer Fortsetzung des streitigen Verfahrens im Einzelnen mit R besprochen habe. Dieser habe dem Vergleichsabschluss nach Beratung in einer Terminspause zugestimmt.

Dieser Beispielfall entspricht einer typischen Konstellation für den Abschluss eines Prozessvergleichs. Die herrschende Meinung ist zwar der Auffassung, dass die Pflichtverletzung vom Mandanten darzulegen und zu beweisen sei. Entscheidend ist jedoch, dass der Anwalt der entsprechenden Behauptung des Mandanten substantiiert entgegentreten muss (sekundäre Darlegungslast). Dabei wird zwar nicht verlangt, dass der Anwalt das Gespräch mit dem Mandanten, das dem Abschluss des Vergleichs vorangegangen ist, in allen Einzelheiten wiedergeben muss. Darlegen muss der auf Schadensersatz in Anspruch genommene Anwalt aber die maßgeblichen Punkte seiner Beratungstätigkeit. Im vorliegenden Beispielfall hätte der R seinem Mandanten B also zum Einen erläutern müssen, welche Nachteile für ihn mit dem Abschluss des Vergleichs verbunden sind (gegenüber der Klageforderung i.H.v. 50 000,- € verzichtet er auf 20 000,- € und übernimmt eine entsprechende Kostenquote). Zum Anderen hätte R dem U die Chancen und Risiken darlegen müssen, die mit einer Fortsetzung des Verfahrens verbunden gewesen wären. Dazu zählt hier insbesondere eine Darstellung, aus welchen Gründen die Gewährleistungsansprüche verjährt sein könnten und welche Beweisrisiken zum Thema der Abnahme bestehen.

Hat R in dieser Weise beraten und trägt das im Regressprozess vor, wird der Mandant mit seiner Klage keinen Erfolg haben.

Im Hinblick auf die Notwendigkeit zur substantiierten Darlegung der erbrachten Beratung empfehle ich – obwohl es für Anwälte keine diesbezügliche Dokumentationspflicht gibt – insbesondere nach Abschluss eines Vergleichs einen Terminsbericht zu fertigen, aus dem sich der Inhalt der Beratung später nachvollziehen lässt. Das gerichtliche Termins- und Vergleichsprotokoll stellt selbstverständlich kein Äquivalent zu einem anwaltlichen Terminsbericht dar, weil der Inhalt der außerhalb des Gerichtssaals stattgefundenen Beratung während einer Terminspause keinen Eingang in das gerichtliche Protokoll findet.

Ganz abgesehen davon hilft der Terminsbericht dem Anwalt später Erinnerungslücken zu schließen, die im Regressprozess unangenehm sein können. Zudem wird der Mandant, dem dieses Terminsprotokoll zeitnah zugegangen ist, schwerlich behaupten können, er sei im Zusammenhang mit dem Abschluss des Vergleichs unrichtig beraten worden.

II. Rechtswidrigkeit und Verschulden

Wird die Pflichtverletzung bejaht, weil die Beratung des Anwaltes im Zusammenhang mit dem Vergleichsabschlusses falsch oder in einem relevanten Umfang unvollständig war, wird die Rechtswidrigkeit indiziert. Das Verschulden wird gem. [§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB](#) gesetzlich vermutet. Die haftungsbegründende Kausalität folgt aus der Vermutung des beratungsgerechten Verhaltens.

III. Haftungsausfüllende Kausalität und Schaden

1. Entschließt sich der Mandant infolge der unrichtigen oder unvollständigen Beratung zum Abschluss eines Vergleichs, dann muss aus dem Abschluss dieses Vergleichs ein Schaden entstanden sein, um einen Haftungsfall bejahen zu können. Das setzt die Gegenüberstellung des tatsächlichen mit dem fiktiven Geschehensablauf voraus. Es muss also überprüft werden, ob für den Mandanten im Falle einer streitigen Fortsetzung des Rechtsstreits ein günstigeres Ergebnis erzielt worden wäre. Die durch den Vergleichsabschluss zunächst vermiedene Fortsetzung des Gewährleistungsprozesses muss also im Regressprozess gegen den Anwalt nachgeholt werden.[37](#)

Bei dieser fiktiven Fortführung des Ursprungsprozesses kommt es auf die zutreffende Anwendung des Rechts zum damaligen Zeitpunkt an. Irrelevant ist, wie der amtierende Richter seinerzeit entschieden hätte. Gegen die unrichtige Rechtsanwendung durch das Gericht im Ausgangsprozess hätte der Anwalt gegebenenfalls mit der Berufung vorgehen müssen.[38](#)

2. Die unrichtige Beratung durch den Anwalt kann auch darin bestehen, eine Vergleichsmöglichkeit nicht zu nutzen (insbesondere einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag voreilig abzulehnen). Entscheidend ist bei dieser Konstellation folgendes:

Der Anwalt muss die Sach- und Rechtslage zutreffend erläutern. Ergeht ein Vergleichsvorschlag zur Vermeidung von Risiken, die sowohl die eine wie die andere Partei treffen könnten, dann muss hier letzten Endes eine wirtschaftliche Entscheidung getroffen werden, die allein dem Mandanten obliegt. Aufgabe des Anwaltes ist die Erläuterung der Prozesssituation und die realistische Darstellung der Chancen und Risiken. Werden diese Vorgaben eingehalten, fehlt es bereits an einer Pflichtverletzung.

Beispiel:

Beispiel: Der Mandant lehnt nach Beratung durch den Anwalt über die Prozesslage einen Vergleichsvorschlag ab, weil der Mandant das Beweisergebnis (Zeugenaussage oder Sachverständigengutachten) mit großem Optimismus prognostiziert. Tatsächlich verläuft die Beweisaufnahme negativ.

IV. Der gerichtliche Vergleichsvorschlag

Der Umstand, dass im laufenden Prozess ein bestimmter Vergleichsvorschlag von einem Kollegialgericht unterbreitet wird, entbindet den Anwalt nicht von einer selbstständigen und kritischen Überprüfung der angedachten Regelung. Die Tatsache, dass es sich um einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag handelt, mindert die Beratungspflichten, die den Anwalt treffen, nicht. Ein Haftungsprivileg ergibt sich daraus nicht.[39](#)

Die vorstehenden Grundsätze werden bei Vergleichsvorschlägen in der Berufungsinstanz nach meiner Auffassung teilweise zu revidieren sein, auch wenn das in der einschlägigen Literatur zur Anwaltshaftung bislang nur unzureichend Niederschlag gefunden hat. Lässt das Berufungsgericht in einer Bausache eine bestimmte Entscheidungstendenz erkennen, dann wird der Anwalt zunächst einmal darum bemüht sein müssen, das Gericht von der für seine Partei negativen Rechtsauffassung abzubringen. Gelingt dies jedoch nicht, dann wird der den Mandanten auf die begrenzte Anfechtungsmöglichkeit des drohenden Urteils mit der Nichtzulassungsbeschwerde (vgl. insbesondere [§ 543 Abs. 2 ZPO](#)) hinweisen müssen.

V. Der Abfindungsvergleich

Nach der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH ist bei Abschluss von Abfindungsvergleichen eine besondere Überprüfung und Beratung durch den Anwalt angezeigt.[40](#)

Diese gesteigerten Pflichten resultieren letztlich aus der Tatsache, dass mit einem solchen Vergleich Ansprüche abgegolten werden, die entweder überhaupt noch nicht bekannt sind, oder jedenfalls noch nicht Gegenstand einer ausführlichen Erörterung und Überprüfung waren. Hier muss dem Mandanten über eine entsprechende Beratung insbesondere erklärt werden, auf welche Zukunftsrisiken er sich einlässt.

Beispiel:

Beispiel: Der Bauherr (B) verzichtet im Vergleich gegen Zahlung von 50 000,- € auf sämtliche Gewährleistungsansprüche gegen den Unternehmer (U GmbH) aus dem Werkvertrag vom 01.04.2013 auch soweit sie noch nicht Gegenstand des Verfahrens waren.

Stellen sich später Gewährleistungsansprüche heraus, die den Vergleichsbetrag übersteigen, trägt dieses Risiko der B. Regressansprüche gegen den Anwalt R bestehen dann, wenn er B auf dieses Risiko nicht ausreichend hingewiesen hat.

D. Besondere versicherungsrechtliche Aspekte

Dem Haftpflichtversicherer steht im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Annahme eines Vergleichsangebots ein Regulierungsermessen zu. Wird dieses allerdings überschritten, weil z.B. bestimmte Risiken, die mit einer Fortsetzung des Verfahrens verbunden sind, nicht oder unrichtig gesehen werden, dann kann darin eine Verletzung des Versicherungsvertrages liegen. Wird also z.B. ein gerichtlicher Vergleichsvorschlag vom Versicherer abgelehnt und kommt es später nach Fortsetzung der Beweisaufnahme zu einer Verurteilung des Versicherungsnehmers, die erheblich über dem Vergleichsvorschlag liegt, dann könnte dies zu einem Schadensersatzanspruch gegen den Versicherer führen, für den die vertraglich vereinbarten Deckungsgrenzen nicht maßgeblich sind.

E. Zusammenfassung der Risiken

Der Abschluss eines Vergleichs verlangt von den beteiligten Anwälten die Kenntnis des entscheidungserheblichen Sachverhalts sowie der Rechtslage. Um die letztlich vom Mandanten zu treffende Entscheidung vorzubereiten, bedarf es neben psychologischem Einfühlungsvermögen einer praktischen Darstellung der entscheidungserheblichen Faktoren durch den Anwalt. Der Mandant muss durch die Beratung in die Lage versetzt werden, die Chancen und Risiken zu erfassen und darauf aufbauend die Entscheidung für oder gegen den Abschluss des Vergleichs zu treffen.

Die maßgeblichen Anwaltsfehler, die beim Abschluss von Vergleichen zu beobachten sind, fasse ich wie folgt zusammen:

1. Fehler in der Form

Beispiel:

- . *Beispiel:* Der Titel hat keinen vollstreckungsfähigen Inhalt,

2. Unrichtige Beratung zum Anspruchsgrund Die getroffene Regelung beruht auf einer unrichtigen Beurteilung der Sach- und Rechtslage (insbesondere, weil bestimmte Aspekte nicht Gegenstand der schriftsätzlichen oder mündlichen Diskussion waren und daher übersehen wurden),

Beispiel:

- . *Beispiele:*
 - fehlende Aktiv- oder Passivlegitimation (es fehlt z.B. an einer geschlossenen Abtretungskette).
 - Die Ansprüche sind verjährt.

3. Falsche Berechnung der maßgeblichen Forderungen

Beispiel:

Beispiele:

- . Bei der Ermittlung der Höhe des Vergleichsbetrages sind bestimmte Aspekte übersehen worden; z.B.
 - Mehrwertsteuer(ausweis);
 - Sowiesokosten.

4. Nichtbeachtung von Drittbeziehungen.

Beispiel:

- . *Beispiele:*
 - Der Vergleich wird mit einem Gesamtschuldner abgeschlossen ohne [§ 423 BGB](#) zu beachten.
 - Der Abschluss des Vergleichs führt zur Aufgabe von Sicherheiten.

- ¹ [BGH, Urteil v. 06.02.1990 – X ZR 39/89](#) –; anders unter Umständen bei krassem Missverhältnis zwischen Schuld und Einlösungsbetrag OLG München, Urteil v. 03.04.1998 – 21 U 1793/98 –.
- ² Zöller/Geimer, 29. Aufl., § 796a ZPO Rdnr. 22.
- ³ [BGH, Urteil v. 16.12.1982 – VII ZR 55/82](#) –.
- ⁴ BGH, FamRZ 1980, 342; OLG Celle, NJW 1966, 1367.
- ⁵ [BGHZ 16, 388](#); [Urteil v. 30.09.2005 – V ZR 275/04](#) –; BGH, Urteil v. 21.11.2013 – VII 48/12 – (BGH, Baur 2014, 578 ff.).
- ⁶ OLG Schleswig (Urteil v. 15.06.2007 – 1 O 164/06 –), [BauR 2009, 851](#); OLG Oldenburg (Urteil v. 14.05.2007 – 12 O 5/07 –).
- ⁷ BGH, Beschluss v. 23.10.2008 – VII ZR 132/07 –; BGH v. 14.02.2008 – VII ZR 123/07 –.
- ⁸ BGH, [BauR 2014, 578 ff.](#)
- ⁹ [BGHZ 16, 388, 390](#); [28, 171, 172](#) .
- ¹ BGH, NJW 1972, 159-160 [\[BGH 03.11.1971 - VIII ZR 52/70\]](#) .
⁰
- ¹ Vgl. OLG Schleswig, a.a.O.; OLG Zweibrücken, MDR 1993, 84; OLG Hamm, MDR 2000, 350, BGH, [BauR 2014, 578 ff.](#)
¹
- ¹ BGH, [BauR 2014, 578 ff.](#)
²
- ¹ OLG Hamm, Urteil v. 21.12.1999 – 24 U 48/99 –, [BauR 2000, 1231](#); [OLG Schleswig, Urteil v. 15.06.2007 – 1 U 164/06](#) –; BGH – VII ZR
³ 132/07 –, IBR 2009, 1008.
- ¹ BGH, NJW 1995, 521 [\[BGH 01.12.1994 - IX ZR 131/94\]](#) .
⁴
- ¹ [OLG Frankfurt, Urteil v. 22.01.2008 – 3 U 83/06](#) –; BGH, BauR 2003, 1384.
⁵
- ¹ BGH, NJW 2003, 1948, [\[BGH 03.04.2003 - V ZB 44/02\]](#) IBR 2003, 394, [\[BGH 03.04.2003 - V ZB 44/02\]](#) mit Anm. Saerbeck; vgl. auch
⁶ BGH, [BauR 2014, 584 f.](#)
- ¹ So auch OLG Düsseldorf bei einer Kostenquote von 75 %, Beschluss v. 16.10.2012 – 5 U 108/11 –, IBR 2013, 1282 (nur online). Zur
⁷ Entscheidung über die Kosten des Streithelfers, der nur im OH-Verfahren beigetreten ist, BGH, [BauR 2014, 584 f.](#)

1 OLG Düsseldorf, Urteil v. 17.06.2004 – 5 O 126/03 –.
8

1 BGH, Urteil v. 22.04.1963 – 7 ZR 237/62 –; [BGH, Urteil v. 21.03.2000 – IX ZR 39/99](#) –. Kniffka, [BauR 2005, 274, 282 ff.](#); OLG Dresden,
9 [BauR 2005, 1754 f.](#) OLG Celle, [BauR 2008, 1489 ff.](#); BGH, Beschluss v. 29.01.2009 – VII ZR 112/08 –.

2 OLG Köln, [BauR 1993, 744](#); OLG Hamm, [BauR 1990, 560](#) .
0

2 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil v. 28.12.2006 – 21 O 41/06 – Rdnr. 30.
1

2 Vgl. [BGH, Urteil v. 22.03.2012 – VII ZR 129/11](#) –; [BGH, Urteil v. 22.12.2011 – VII ZR 7/11](#) –.
2

2 Vgl. [BGH, Urteil v. 21.03.2000 – IX ZR 39/99](#) –, NJW 2000, 1942; OLG Köln, NJW-RR 1992, 1398; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 601;
3 OLG Hamm, [BauR 1997, 1056](#); Kniffka, [BauR 2005, 274, 282 ff.](#)

2 [BGH, Urteil v. 21.03.2000 – IX ZR 39/99](#) –, a.a.O.; [Urteil v. 09.03.1972 – VII ZR 178/70](#) –, [BGHZ 58, 216, 220](#) .
4

2 Vgl. [BGH, Urteil v. 21.06.1994 – XI ZR 183/93](#) –, [BGHZ 126, 261, 266](#) .
5

2 Vgl. [BGH Urteil v. 22.03.2012 – VII ZR 129/11](#) –.
6

2 BGH, a.a.O.; [BGH, Urteil v. 22.12.2011 – VII ZR 7/11](#) –.
7

2 [BGH Urteil v. 09.10.1997 – IX ZR 269/96](#) –, NJW 1998, 306.
8

2 BGH, [BauR 2014, 578, 580](#) .
9

3 [BGH, Urteil v. 24.05.2005 – IX ZR 276/03](#) –.
0

3 Vgl. BGH, WM 1967, 198
1

3 Thomas/Putzo, § 68 Rdnr. 4.
2

3 BGH, NJW 1969, 1480 [\[BGH 21.05.1969 - VIII ZR 141/67\]](#) .

3

3 Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, die Haftung des Rechtsanwalts, 8. Aufl. Rdnr. 397 f.

4

3 [OLG Karlsruhe, Urteil v. 16.05.2013 – 9 U 33/11](#) –, WM 2013, 1759.

5

3 Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Rdnr. 684.

6

3 Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Rdnr. 741 m.w.N.

7

3 [BGH, Urteil v. 11.04.2013 – IX ZR 94/10](#) –.

8

3 Fahrendorf/Mennemeyer/Terbille, Rdnr. 2031 m.w.N.

9

4 [BGH, Urteil v. 26.11.2012 – IX ZR 222/11](#) –.

0