

## **ZA 72 - Lösungsvorschlag, überarbeitet von RA K. Weinholz (6/2018)**

### **Mandantenbegehren**

Der Mandant begehrt die Prüfung und die Einlegung eines Rechtsmittels gegen das gegen ihn ergangene Versäumnisurteil sowie die Durchsetzung seiner Ansprüche gegen die klagende Gegnerin.

---

*Aufbauhinweis (dieser ist **nicht** Gegenstand der Darlegungen in der Klausurlösung, vielmehr orientiert sich der Aufbau an den Eingrenzungen im Mandantenbegehren):*

*Es ist zu berücksichtigen, dass mit Versäumnisurteil vom 16.11.2017 der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen wurde. Zu prüfen sind daher zunächst die Erfolgsaussichten der Verteidigung gegen die Klage (A), sodann die Zulässigkeit und Begründetheit der Widerklage (B). Schließlich sind die Möglichkeiten des prozesstaktischen Vorgehens zu erörtern (C).*

---

#### **A. Erfolgsaussichten der Verteidigung gegen die Klage**

##### **I. Zulässigkeit der Klage**

Die Vollstreckungsabwehrklage dürfte zulässig sein. Gemäß § 767 ZPO ist dies die statthafte Klageart. Die Klägerin macht die Erfüllung der durch den Prozessvergleich vom 04.11.2016 begründeten Forderung geltend. Hierbei handelt es sich um eine rechtsvernichtende materiell-rechtliche Einwendung gegen den Prozessvergleich gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, die mit der

Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann. Auf dieser Grundlage wird die Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung begehrt.

Die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts als Prozessgericht erster Instanz dürfte sich aus den §§ 767 Abs. 1, 795 Satz 1, 794 Abs. 1 Nr. 1, 802 ZPO ergeben. Örtlich und sachlich ausschließlich zuständig ist für Vollstreckungsabwehrklagen gemäß § 767 Abs. 1 ZPO grundsätzlich das Prozessgericht des ersten Rechtszugs, also das Gericht des Verfahrens, in dem der Vollstreckungstitel geschaffen worden ist, bei Prozessvergleichen also das Gericht, bei dem der durch den Vergleich erledigte Rechtsstreit in I. Instanz anhängig war. Dies ist hier das Landgericht Frankfurt (Oder).

Das Rechtsschutzbedürfnis setzt voraus, dass ein Titel vorliegt, der zur Zwangsvollstreckung geeignet ist, und die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat oder unmittelbar bevorsteht und noch nicht als Ganzes beendet ist (vgl. Thomas/Putzo-Seiler, ZPO, 39. Auflage 2018, § 767 Rn. 14, 16). Diese Voraussetzungen dürften hier spätestens mit der Androhung der Einleitung des Zwangsvollstreckungsverfahrens seitens des Mandanten mit Schreiben vom 15.05.2017 erfüllt sein.

Dem steht Ziffer 3 des Vergleiches nicht entgegen. Grundsätzlich bleibt die Klage nach § 767 ZPO so lange zulässig, bis der Titel dem Schuldner ausgehändigt wurde, was derzeit noch nicht geschehen ist.

## **II. Begründetheit der Klage**

Die Begründetheit der Klage setzt voraus, dass der Klägerin eine materiell-rechtliche Einwendung i. S. v. § 767 Abs. 1 ZPO gegen den titulierten Anspruch zusteht, die nicht gemäß § 767 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen ist.

### **1. Erlöschen des Anspruchs des Mandanten aus Ziffer 1. des Vergleichs vom 04.11.2016 gemäß § 362 BGB**

Ein Anspruch des Mandanten auf Zahlung der Vergleichssumme gemäß Ziffer 1. des Vergleichs vom 04.11.2016 dürfte nicht (mehr) bestehen.

**a. Entstehung des Anspruchs**

Laut Ziffer 1 des Vergleichs vom 04.11.2016 war die Klägerin wirksam verpflichtet, an den Mandanten einen Betrag von 7.500,00 € zu zahlen.

**b. Erlöschen des Anspruchs**

Der durch Ziffer 1 des Vergleichs begründete Anspruch des Mandanten ist jedoch infolge der Zahlung der Klägerin vom 28.04.2017 gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen.

Mit der Zahlung hat die Klägerin die nach dem Vergleich geschuldete Leistung bewirkt.

Die Darlegungs- und ggf. Beweislast für die Erfüllung trägt der Schuldner (Palandt-Grüneberg, BGB, 77. Auflage 2018, § 362 Rn. 16, § 363 Rn. 1), hier also die Klägerin. Die Voraussetzungen der Erfüllung müssten mithin entweder unstreitig oder von der Klägerin hinreichend substantiiert dargelegt und beweisbar sein.

**(1)**

Unter Leistung im Sinne des § 362 BGB ist nicht die Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg zu verstehen. Dieser ist eingetreten, wenn der Gläubiger zur freien Verfügung über den Leistungsgegenstand berechtigt ist. Zudem muss die geschuldete Leistung im vorgenannten Sinne bewirkt sein. Der Inhalt und die Modalitäten der geschuldeten Leistung ergeben sich dabei aus dem zu erfüllenden Schuldverhältnis (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 362 Rn. 2 f.).

Nach Ziffer 1 des Vergleichs vom 04.11.2016 schuldete die Klägerin dem Mandanten die Zahlung von 7.500,00 €. Dieser Betrag ist dem Konto des Mandanten bereits im April 2017 von Seiten seiner Konto führenden Bank

endgültig gutgeschrieben worden. Da der Mandant spätestens mit der endgültigen Gutschrift die freie Verfügungsmacht über die Vergleichssumme erlangt hat, war der Leistungserfolg - jedenfalls zunächst - eingetreten.

**(2)**

Das Erlöschen der Forderung ist auch durch die vom Mandanten erklärte Annahmeverweigerung nicht verhindert worden sein.

Zwar tritt dann, wenn der Gläubiger die nach dem Inhalt der Schuld erforderliche Annahme verweigert, Erfüllung nicht ein, gleichgültig ob die Verweigerung berechtigt war oder nicht (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 362 Rn. 3)- ungeachtet eines hierdurch bedingten Annahmeverzuges des Gläubigers. Jedoch kommt es hierauf nicht an: Nach dem Inhalt der Schuld – Zahlung einer bestimmten Geldsumme – war die Annahme der Leistung durch den Mandanten nicht erforderlich. Bei einer Zahlung mittels Banküberweisung tritt Erfüllung vielmehr mit der Gutschrift auf dem Konto des Gläubigers ein, ohne dass es einer Mitteilung an den Gläubiger oder einer Annahme durch denselben bedarf (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 362 Rn. 10).

Voraussetzung ist jedoch, dass der Schuldner zur Zahlung durch Banküberweisung auch berechtigt ist. (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 362 Rn. 9). Nach den Angaben des Mandanten wurde anlässlich des Vergleichsschlusses nicht über nähere Zahlungsmodalitäten gesprochen. Gleichwohl war die Klägerin hier zur Zahlung durch Banküberweisung auch berechtigt, da bereits in der Vergangenheit Überweisungen durch sie an den Mandanten von diesem widerspruchslos hingenommen wurden. Der Mandant hat sich mithin mit der Zahlung durch Überweisung einverstanden erklärt, so dass er auch nicht durch Ausübung eines Zurückweisungsrechts den Eintritt der Erfüllung verhindern kann, § 242 BGB (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 362 Rn. 10).

**(3)**

Daran ändert auch nichts, dass der Mandant diese nach Gutschrift auf seinem Konto an die Klägerin unter Berufung darauf, dass die Leistung an ihn zu früh erfolgt sei, zurücküberwiesen hat.

Gemäß § 271 Abs. 1 BGB ist die Leistung sofort fällig, wenn eine Leistungszeit weder bestimmt noch vereinbart ist. Der Gläubiger kann die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. In Ziffer 1 des Vergleichs haben die Parteien keine Vereinbarung zum Leistungszeitpunkt für die Zahlung getroffen. Ausgehend von § 271 Abs. 1 BGB wäre die Klägerin mithin zur sofortigen Leistung berechtigt gewesen.

Allerdings haben sich die Parteien in Ziffer 3 des Vergleichs darauf geeinigt, dass die Ansprüche aus den Ziffern 1 und 2 nicht vor dem 31.12.2019 realisiert werden. Diese Regelung könnte eine Vereinbarung über die Leistungszeit i. S. d. § 271 Abs. 2 BGB beinhalten mit der Folge, dass die Klägerin nur im Zweifel zur früheren Leistung berechtigt wäre. Dazu müsste die Abrede in Ziffer 3 des Vergleichs zunächst als Stundung im Sinne eines Hinausschiebens des Fälligkeitszeitpunktes oder als andere, die Anwendung des § 271 Abs. 2 BGB auslösende Zeitbestimmung zu werten sein.

Stundung bedeutet das Hinausschieben der Fälligkeit einer Forderung bei Bestehenbleiben der Erfüllbarkeit. Sie ist abzugrenzen einerseits von einem Stillhalteabkommen, d. h. einer Abrede, die Forderung zeitweilig nicht geltend zu machen sowie andererseits von einer Vollstreckungsabrede, also dem Versprechen, zeitweilig nicht zu vollstrecken. Wie eine getroffene Vereinbarung einzuordnen ist, ist Auslegungsfrage (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 271 Rn. 13).

Ziffer 3 des Vergleiches spricht ausdrücklich von der Vollstreckung der Forderungen. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ist damit die Durchsetzung eines materiellen Anspruches, also dessen Realisierung gemeint. Ihrem Wortlaut nach könnte diese Regelung daher im Sinne eines Stillhalteabkommens bzw. sogar im Sinne einer Abrede mit ausschließlich vollstreckungsrechtlichem Inhalt zu werten sein. Bei dieser Betrachtung wäre

dann eine Leistungszeit gerade nicht vereinbart, so dass nicht § 271 Abs. 2 BGB, sondern § 271 Abs. 1 BGB einschlägig wäre. Demnach wäre die Klägerin zur sofortigen Leistung nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet gewesen.

Wäre hingegen Ziffer 3 des Vergleichs im Sinne einer Bestimmung über die Leistungszeit auszulegen, würde sich die Frage der Berechtigung der sofortigen Leistung der Klägerin nach § 271 Abs. 2 BGB stellen. Es wird hier letztlich nicht darauf ankommen, wie Ziffer 3 auszulegen ist, da die Klägerin in jedem Falle zur früheren Leistung berechtigt war. Es handelt sich im Zweifel um eine Schuldnerschutzvorschrift. Hätte der Gläubiger durch die frühere Erfüllung Nachteile oder würden seine rechtlichen Interessen hierdurch beeinträchtigt, wäre dies in die Abwägung einzubeziehen. Daran fehlt es hier allerdings. Denn die Grundschuldbestellung sollte hier nur dazu dienen, den Zahlungsanspruch zu sichern; sie verfolgte keinen weitergehenden Zweck. Mit Zahlung entfiel somit auch jegliches rechtliches Interesse an der Grundschuldbestellung.

Nach dem klaren Wortlaut des Vergleichs sollte die gemäß Ziffer 2 zu bestellende Grundschuld den in Ziffer 1 vereinbarten Zahlungsanspruch des Mandanten sichern. Mithin haben die Parteien hier eine Sicherungsgrundschuld vereinbart (Palandt-Herrler, a. a. O., § 1191, Rn. 13). Dementsprechend könnte – ungeachtet dessen, dass der Mandant mangels der neben der Einigung über die Grundschuldbestellung erforderlichen Eintragung der Grundschuld in das Grundbuch (vgl. § 873 Abs. 1 BGB) einen Anspruch aus der Grundschuld nicht erworben haben dürfte, einem möglichen Anspruch auf Eintragung/Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB das Erlöschen der zu sichernden Forderung entgegen gehalten werden.

Zwar berührt das endgültige Nichtenstehen und /oder Erlöschen der zu sichernden Forderung die dingliche Wirksamkeit der Grundschulderschaffung –im Gegensatz zur akzessorischen Hypothek- grundsätzlich nicht, macht aber den zunächst aufschiebend bedingten Rückgewähranspruch unbedingt (Palandt-Herrler, a. a. O., § 1191 Rn. 19). Auch wenn der gerichtliche Vergleich vom 04.11.2016 eine Abrede zur Rückgewähr der Grundschuld nicht enthält,

besteht ein Verwertungsrecht immanent durch den Sicherungszweck nur bis zu dessen endgültigem Fortfall (vgl. Palandt-Herrler, a. a. O., § 1191 Rn. 17 m. w. N.).

Der Mandant hat somit keinen Anspruch auf die Abgabe der Eintragungsbewilligung oder gar auf einen späteren Anspruch aus der Grundschuld. Hier ist Erfüllung eingetreten, der Anspruch des Mandanten gemäß Ziffer 1 des Vergleichs erloschen.

Die Vollstreckungsgegenklage ist nach der hier vertretenen Auffassung zu Ziffer 1 des Vergleichs begründet. Mit der Zahlung der Klägerin ist die titulierte Forderung erfüllt. Bei der Erfüllung handelt es sich um einen Grund, auf dem die Einwendung gegen die Vollstreckung beruhen kann, weil sie die titulierte Forderung selbst betrifft. Da diese nach Zustandekommen des Vergleichs eingetreten ist, stellt sich die Frage der Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO vorliegend nicht.

## **2. Erlöschen des Anspruchs auf Eintragung der Grundschuld**

Zwar ist der Anspruch auf Eintragung der Grundschuld erloschen. Es kommt jedoch nach dem Widerklageantrag des Mandanten eine andere Geldforderung in Betracht, die möglicherweise ebenfalls durch die Grundschuld eintragung zu sichern wäre. Dies setzt aber jedenfalls voraus, dass ein derartiger Anspruch überhaupt besteht.

## **3. Anspruch des Mandanten aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt BGB**

Dem Mandanten könnte ein Anspruch auf Zahlung der 7.500,- € gemäß § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB zustehen.

Die Bereicherung der Klägerin in Gestalt eines Vermögenszuwachses – Erlangung der endgültigen Verfügungsmacht über die Gutschrift der auf ihr Konto zurück überwiesenen Vergleichssumme - ist unschwer festzustellen. Diese ist durch Leistung des Mandanten eingetreten. Aus Sicht der Klägerin

stellte sich die Rücküberweisung der Vergleichssumme als zweckgerichtete Mehrung ihres Vermögens dar.

Es dürfte letztlich kein Grund zum Behaltendürfen, mithin eine rechtsgrundlose Leistung des Mandanten, vorliegen. Darlegungs- und beweispflichtig dafür ist der Mandant als Gläubiger. Es reicht allerdings aus, wenn er nachweist, dass die von der Klägerin als Schuldnerin des Bereicherungsanspruchs dargelegten Gründe nicht bestehen (Palandt-Sprau, a. a. O., § 812 Rn 76).

Soweit die Klägerin geltend machen könnte, die Rücküberweisung der Vergleichssumme durch den Mandanten als Verzicht aufgefasst zu haben, dürfte ein entsprechendes Vorbringen nicht schlüssig /hinreichend substantiiert sein.

Einen einseitigen Verzicht auf schuldrechtliche Forderungen sieht das Gesetz nicht vor. Möglich ist lediglich ein einseitiger Verzicht auf Einreden und Gestaltungsrechte (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 397 Rn. 4).

In Betracht käme allenfalls die Einwendung eines Erlasses der Schuld aus dem Vergleich nach § 397 BGB. Dazu müsste die Klägerin allerdings - mangels ausdrücklicher Einigung diesbezüglich - darlegen können, sich mit dem Mandanten stillschweigend über eine einvernehmliche Aufhebung bzw. Abänderung des Vergleichs geeinigt zu haben. Das dürfte keinen Erfolg haben. Der Erlass setzt den unmissverständlichen rechtsgeschäftlichen Willen voraus, auf die Forderung zu verzichten. Dabei sind an die Feststellung eines Willens auf Erlass einer Forderung strenge Anforderungen zu stellen. Es ist ein Erfahrungssatz, dass ein Erlass nicht zu vermuten und im Zweifel eng auszulegen ist (Palandt-Grüneberg, a. a. O., § 397 Rn. 6).

Von Seiten des Mandanten persönlich ist im Zusammenhang mit der Rücküberweisung der geleisteten Zahlung eine auf einen entsprechenden Aufhebungs- bzw. Abänderungswillen gerichtete Erklärung nicht abgegeben worden. Er hat die von der Klägerin geleistete Zahlung kommentarlos zurück überwiesen.



Eine entsprechende Erklärung dürfte auch nicht in dem Schreiben der damaligen Bevollmächtigten des Mandanten vom 28.04.2017 zu sehen sein. Danach wurde die von der Klägerin vorgenommene Zahlung der Vergleichssumme mit der Begründung zurückgewiesen, dass nach dem Vergleich die Sicherung der Forderung durch Eintragung einer Grundschuld, nicht jedoch irgendwelche Zahlungen geschuldet sei. Dieses, dem Mandanten gemäß § 164 BGB zuzurechnende Schreiben dürfte schon seinem Wortlaut nach nicht im Sinne eines Erlasses auszulegen sein (§§ 133, 157 BGB). Die Behandlung einer Erklärung als Erlass setzt denklogisch voraus, dass der Erklärende vom Bestand einer zu erlassenden Schuld ausgeht. Eine nicht existente Schuld kann und braucht nicht erlassen zu werden. Indem der Bevollmächtigte die Annahme der Zahlung zurück gewiesen hat, weil die Klägerin zu Zahlungen nicht berechtigt sei, hat er schon die Existenz einer Zahlungspflicht bzw. einer entsprechenden Zahlungsberechtigung der Klägerin in Abrede gestellt. Eine vom Gläubiger als nicht existent bezeichnete Zahlungspflicht kann jedoch nicht erlassen werden.

Die Rückforderung dürfte schließlich **nicht gemäß § 814 BGB ausgeschlossen** sein.

Der Ausschluss der Rückforderung einer Leistung wegen Kenntnis der Nichtschuld erfordert positive Kenntnis im Zeitpunkt der Leistung. Der Leistende muss also wissen, dass er nach der Rechtslage zu diesem Zeitpunkt nichts schuldet. Dafür reicht die Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich das Fehlen der rechtlichen Verpflichtung ergibt, allein nicht aus. Der Leistende muss vielmehr daraus auch die zutreffenden rechtlichen Folgerungen ziehen (Palandt-Sprau, a. a. O., § 814 Rn. 4). Nimmt der Leistende aufgrund eines Tatsachen- oder Rechtsirrtums an, zur Leistung verpflichtet zu sein, scheidet § 814 BGB indes aus. Ein Rechtsirrtum und auch der Rechtsirrtum des beratenden Anwalts steht daher regelmäßig der Anwendung des § 814 BGB entgegen (Palandt-Sprau, a. a. O., § 814 Rn. 4).

Darlegungs- und beweispflichtig dafür, dass die Leistung freiwillig in Kenntnis der Nichtschuld erbracht worden ist, der Leistende sich insbesondere nicht über das Bestehen der Verpflichtung geirrt hat, ist der Empfänger (Palandt-Sprau, a. a. O., Rn. 11).

Fraglich ist, ob dazu hinreichend substantiierter Vortrag der Klägerin zu erwarten ist. Ein Rechtsirrtum ist hier jedenfalls nicht von vornherein wegen der anwaltlichen Vertretung des Mandanten auszuschließen. Die Zurechnung anwaltlichen Wissens steht der Annahme eines Rechtsirrtums nicht von vornherein entgegen. Auch Rechtsanwälte können irren. Es existiert weder ein allgemeiner Rechtssatz, demzufolge Rechtsanwälte einem Rechtsirrtum nicht unterliegen, noch kommen der Klägerin Beweiserleichterungen bei üblicher Kenntnis in einschlägigen Kreisen zugute. Soweit der Rechtsanwalt die äußerste zumutbare Sorgfalt aufgewendet hat, um eine richtige Rechtsansicht zu gewinnen, kann auch die falsche Einschätzung der Rechtslage durch den Rechtsanwalt ohne weiteres die Annahme eines Rechtsirrtums begründen mit der Folge, dass § 814 BGB vorliegend ausscheidet.

Dem außergerichtlichen Schreiben des ehemaligen Bevollmächtigten des Mandanten vom 28.04.2017 dürfte zu entnehmen sein, dass dieser sich berechtigt fühlte, die Annahme der Zahlung der Klägerin auf den Vergleich zu verweigern, weil er nicht die Zahlung der Vergleichssumme, sondern die Eintragung einer Grundschuld als nach dem Vergleich geschuldete Leistung ansah. In Bezug auf die Berechtigung zur Annahmeverweigerung dürfte danach ein Rechtsirrtum angenommen werden können. Ausgehend von dieser Fehlvorstellung wäre die Annahme einer Berechtigung zur Rücküberweisung folgerichtig. Nachdem die Klägerin entsprechend ihrer Ankündigung die Vergleichssumme an den Mandanten trotz seiner Erklärung, Zahlungen nicht anzunehmen, überwiesen hatte, hätte seine bloße Äußerung weder den Eintritt der Erfüllungswirkung (s. o.) gehindert noch ihn von der Verpflichtung, den ihm nicht zustehenden Geldbetrag an die Klägerin zu erstatten, entbunden.

#### **4. Sicherung des Anspruchs nach § 812 BGB durch die einzutragende Grundschuld**

Der Mandant könnte, gestützt auf Ziffer 2 des Vergleichs vom 04.11.2016, einen Anspruch auf Bewilligung der Eintragung der Grundschuld zur Sicherung des fortbestehenden Anspruchs aus § 812 BGB haben, wenn die Sicherungsabrede als derart weitreichend betrachtet werden könnte.

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sichert die Grundschuld auch ohne ausdrückliche Festlegung im Sicherungsvertrag bei Nichtbestehen der zu sichernden Forderung nach dem regelmäßigen Parteiwillen auch Folgeansprüche wie solche auf Rückzahlungen aus § 812 BGB (Palandt-Herrler, § 1191 Rn. 19). Diese Rechtsprechung bezieht sich allerdings auf Fallgestaltungen, in denen das gesicherte Darlehen, wie vereinbart ausgezahlt worden, der Darlehensvertrag aber aus unterschiedlichen Gründen (wirksamer Widerruf, Anfechtung) unwirksam war. In diesen Fallgestaltungen sah der BGH die wirtschaftliche Identität der zu besichernden Forderungen, ungeachtet ihrer Herleitung aus Vertrag oder Bereicherungsrecht.

Fraglich ist jedoch, ob diese Rechtsprechung auch auf den Fall übertragbar ist, in dem der Folgeanspruch – wie hier – nicht darauf beruht, dass die nach der Sicherungsabrede zu sichernde Forderung von vornherein nicht bestanden hat, sondern darauf, dass sie infolge Bewirkens der geschuldeten Leistung erloschen und an ihre Stelle ein der Höhe nach identischer, aber ohne Zutun des Sicherungsgebers, vielmehr durch alleiniges Verhalten des Sicherungsnehmers entstandener Folgeanspruch getreten ist. Hier gibt es Diskussionspielraum, und mit entsprechender Begründung sind beide Positionen vertretbar.

Aufgrund der ursprünglich klar umgrenzten Zweckbestimmung in der Sicherungsabrede und dem Schaffen eines neuen Sachverhalts durch die Rückzahlung (gleichzusetzen mit der Neuentstehung einer Verbindlichkeit) dürfte ein Bewilligungsanspruch hier eher zu verneinen sein.

## **5. Ergebnis**

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Vollstreckungsgegenklage insgesamt begründet. Der titulierte Zahlungsanspruch ist durch Erfüllung untergegangen und damit auch der Anspruch auf Eintragung einer Grundsuld, da der allein bestehende Bereicherungsanspruch durch diese nicht gesichert wird.

## **B. Widerklage**

### **I. Zulässigkeit der Widerklage**

Die mit Schriftsatz vom 26.06.2017 erhobene Hilfs-Widerklage dürfte zulässig sein. Nach § 261 Abs. 2 ZPO kann die Widerklage im Laufe des Prozesses durch einen, den Erfordernissen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechenden Schriftsatz erhoben werden. Das Landgericht Frankfurt (Oder) ist sachlich gemäß §§ 23, 71 GVG und örtlich gemäß §§ 12, 13 ZPO zuständig. Konnexität i. S. v. § 33 ZPO liegt vor. Soweit die Widerklage unter der Bedingung erhoben wurde, dass das Landgericht von der Erfüllung des Vergleiches und damit von der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Vergleich ausgeht, stellt dies eine innerprozessuale Bedingung dar (vgl. Zöller-Hüßtege, a. a. O., § 33 Rn. 14).

### **II. Begründetheit der Widerklage**

Hier kann auf die vorherigen Ausführungen verweisen. Der Zahlungsanspruch besteht.

Die Widerklage ist zulässig und begründet.

## **C. Prozessuale Überlegungen**

Die Bearbeiter, die eine Erfüllungswirkung der Teilzahlungen der Klägerin und damit die Zulässigkeit und Begründetheit der Vollstreckungsgegenklage einerseits und einen Anspruch des Mandanten aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. BGB, also die Zulässigkeit und Begründetheit der Widerklage andererseits bejaht haben, sollten die Einlegung eines Einspruchs in Erwägung ziehen, der gemäß §§ 145, 301 ZPO zulässig auf einen abtrennbaren Teil des Versäumnisurteils, namentlich soweit die Widerklage abgewiesen wurde, beschränkt werden kann.

Die Einspruchsfrist des § 339 Abs. 1 ZPO läuft noch. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Versäumnisurteil vom 16.11.2017 wirksam an den bisherigen Prozessbevollmächtigten des Mandanten zugestellt worden ist und die Frist daher bereits läuft.

Der Mandant hatte Rechtsanwalt Maurer mit seiner anwaltlichen Vertretung in dem Rechtsstreit beauftragt. Gemäß § 172 Abs. 1 ZPO hat das Gericht danach alle Zustellungen (ausschließlich) an den für den Rechtszug bestellten Prozessbevollmächtigten vorzunehmen. Die Anzeige der Mandatsniederlegung vom 20.11.2017 führt nicht dazu, dass alle nach diesem Zeitpunkt anfallenden Zustellungen und damit auch die Zustellung des Versäumnisurteils vom 16.11.2017 an die Partei direkt vorzunehmen sind. Vielmehr verbleibt es bei der in § 172 Abs. 1 ZPO getroffenen Regelung. Denn vorliegend handelt es sich gemäß § 78 Abs. 1 ZPO um einen Anwaltsprozess. In diesem Fall bewirkt die Kündigung des Mandats durch den Mandanten zwar die Beendigung der Prozessvollmacht. Doch wird dies dem Gericht gegenüber erst dann gemäß § 87 Abs. 1 ZPO wirksam, wenn sich für die Partei ein anderer zugelassener Rechtsanwalt anstelle des bisherigen namentlich bestellt hat (Thomas/Putzo – Hüßtege, a.a.O., § 87 Rn. 5). Bis zum Zeitpunkt des Erlöschens der Vollmacht gemäß § 87 Abs. 1 ZPO können sowohl der Prozessgegner als auch das Gericht dem bisherigen Prozessbevollmächtigten gegenüber wirksam handeln. Das Gericht ist sogar gemäß § 172 Abs. 1 ZPO gehalten, an den bisherigen Rechtsanwalt zuzustellen. Erst nachdem sich ein neuer Prozessbevollmächtigter bestellt hat, kann an den bisherigen Rechtsanwalt

nicht mehr wirksam zugestellt werden (Thomas/Putzo- Hüßtege, a. a. O., § 87 Rn. 6).

Es wäre dann bis zum 10.12.2017 eine Einspruchsschrift zu fertigen und die Vertretung des Mandanten anzuzeigen. Gleichzeitig wäre der Antrag anzukündigen, das VU vom 16.11.2017 teilweise aufzuheben und die Klägerin auf die Widerklage zu verurteilen, an den Beklagten 7.500,- € nebst Zinsen von 4 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

---

Hinsichtlich der Haftung des bisherigen Prozessbevollmächtigten sollte ein kurzer Hinweis an den Mandanten genügen, dass es für eine Haftung nach §§ 675, 280 Abs. 1 BGB an einem Schadenseintritt fehlt. Zwar war das anwaltliche Rat fehlerhaft, den erhaltenen Betrag von 7.500,00 € wieder zurückzuzahlen, jedoch ist –nach oben vertretener Ansicht- hierdurch kein Forderungsverlust begründet worden

Eine Haftung kommt auch nicht in unter dem Aspekt in Betracht, dass der vormalige Prozessbevollmächtigte ein Versäumnisurteil hat ergehen lassen. Die „Flucht in die Säumnis“ als taktisches Mittel muss für den Mandanten nicht von Nachteil sein. Im Gegenteil kann das Stellen eines Antrages mit nachmaligem Prozessverlust dazu führen, dass etwaiger neuer Tatsachenvortrag nur noch in der Berufungsinstanz vorgebracht werden könnte- wo er ggf. präkludiert sein könnte.

Ausführungen hierzu müssen nicht in ein Mandantenschreiben einfließen; die Erwähnung in den taktischen Erwägungen ist –vor allem aus Zeitgründen- ausreichend.