

auch der Terminsvertreter, der nur einen Vergleich protokolliert oder einen Rechtsmittelverzicht abgegeben hat (sog. Fluranwalt), seine Vergütung nach § 56 BRAGO festsetzen lassen (s.u. Rn 189).

Wird gegen den Festsetzungsbeschluss oder gegen den die Festsetzung ablehnenden Beschluss Beschwerde eingelegt, so entscheidet hierüber nach § 19 Abs. 2, Abs. 3 BRAGO das OLG, soweit es sich um eine Familiensache handelt. Eine Rechtsbeschwerde nach § 574 ZPO zum BGH ist möglich, wenn das Beschwerdegericht sie zulässt.

### XIII. Vergleichsgebühr (§ 23 BRAGO)

In sämtlichen Angelegenheiten, also bei Beratung, außergerichtlicher Tätigkeit, in gerichtlichen Verfahren und auch in der Zwangsvollstreckung kann der Anwalt eine Vergleichsgebühr nach § 23 Abs. 1 BRAGO verdienen. **32**

#### 1. Voraussetzungen

##### a) Vergleich i.S.d. § 799 BGB

Voraussetzung für die Anwendung des § 23 BRAGO ist, dass die Parteien einen **Vergleich i.S.d. § 779 BGB** geschlossen haben. Erforderlich ist danach der Abschluss eines gegenseitigen Vertrages, durch den der Streit oder die Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis im Wege des gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (§ 779 Abs. 1 BGB). Der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis steht es nach § 779 Abs. 2 BGB gleich, wenn die Verwirklichung des Anspruchs unsicher ist. **33**

##### aa) Gegenseitiger Vertrag

Eine Vergleichsgebühr entsteht nur dann, wenn zwischen den Parteien ein gegenseitiger Vertrag abgeschlossen wird. **34**

Dieser Vertrag muss nicht notwendigerweise mit der Gegenpartei geschlossen werden. Der Vergleich kann auch mit einem **Dritten** geschlossen werden, etwa, wenn die Großeltern sich verpflichten, für den Kindesunterhalt des Ehegatten aufzukommen.

Umstritten ist, ob in Verfahren über die **elterliche Sorge** und das **Umgangsrecht** eine Vergleichsgebühr anfallen kann. Die Vorschrift des § 36 BRAGO steht dem nicht entgegen, da diese Vorschrift nur für die Ehesache eine Sonderregelung aufstellt. Im Gegenteil sieht § 36 Abs. 1 S. 2 BRAGO vor, dass hinsichtlich der Folgesachen eine Vergleichsgebühr in Betracht kommen kann. Zum Teil wird aber die Auffassung vertreten, eine Vergleichsgebühr könne nicht anfallen, da die Parteien weder endgültig noch verbindlich über das Sorge- und das Umgangsrecht verfügen und somit keinen verbindlichen Vertrag hierüber schließen könnten. Es sei ihnen lediglich möglich, übereinstimmende Vorschläge zu unterbreiten, denen das Gericht folgen könne. Dies reiche aber noch nicht für einen Vergleich i.S.d. § 779 BGB aus.<sup>28</sup> Das OLG Zweibrücken<sup>29</sup> hat dagegen die Vergleichsgebühr hinsichtlich der Einigung über ein Besuchsrecht für möglich gehalten, nicht aber für die Verständigung über die elterliche Sorge. Das Gericht hat seine Rechtsprechung zwischenzeitlich jedoch aufgegeben und hält insgesamt eine Vergleichsgebühr für möglich. Die ganz h. M. gewährt dem-

28 OLG Oldenburg OLGReport 1994, 343 = Rpfleger 1995, 182; NdsRpfl 1993, 298; OLGReport 1995, 228; OLG Koblenz KostRsp. BRAGO § 23 Nr. 6 m. abl. Anm. Lappe.

29 KostRsp. BRAGO § 23 Nr. 7.

gegenüber sowohl bei einer Einigung über das Umgangs- als auch über das Sorgerecht eine Vergleichsgebühr. Auch wenn die Parteien letztlich über das Sorge- und Umgangsrecht keine verbindliche vertragliche Regelung treffen können, beseitigt eine Einigung ebenso einen gegenseitigen Streit wie ein Vergleich. Da das Gericht grundsätzlich auch nicht von dem übereinstimmenden Willen der Eltern abweichen darf, spricht alles dafür, die Bemühungen des Anwalts um eine solche Einigung entsprechend § 23 Abs. 1 BRAGO zu honorieren.<sup>30</sup> Dies gilt erst recht seit der Neufassung des § 1671 BGB. Treffend hat dies das OLG Koblenz<sup>31</sup> in einem Leitsatz wie folgt ausgedrückt:

„Durch die Neuregelung des § 1671 BGB können die Eltern unter bestimmten Voraussetzungen durchaus ‚verbindliche‘ Regelungen zum Sorgerecht treffen, von denen das Gericht in seiner danach zu treffenden Entscheidung nicht abweichen kann. Dies rechtfertigt die Zuerkennung einer Vergleichsgebühr für den Anwalt, der an der Beilegung des zuvor bestehenden Streits über das Sorgerecht mitgewirkt hat.“

Eine förmliche Protokollierung der Vereinbarung zum Umgangs- oder Sorgerecht ist nicht erforderlich.<sup>32</sup>

- 35** Der Abschluss des Vergleichs bedarf grundsätzlich keiner Form. Er ist **formfrei** möglich. Insbesondere kann der Vergleich auch mündlich oder durch schlüssiges Verhalten geschlossen werden.<sup>33</sup>

Soweit allerdings nach materiellem Recht ein **Formzwang** besteht, wird der Vergleich nur wirksam, wenn die Formvorschriften beachtet sind. Ist dies nicht der Fall, fehlt es an einem wirksamen Vergleich, so dass auch keine Vergleichsgebühr entsteht. **Formvorschriften** bestehen insbesondere nach § 311 b S. 1 BGB (Grundstücksgeschäfte), § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB (Zugewinnausgleich), § 1587 o Abs. 2 S. 1 BGB (Versorgungsausgleich), § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB (Verfügung über Anteil am Nachlass). Ist ein Vergleich danach formbedürftig, so ersetzt die **gerichtliche Protokollierung** gem. § 127 a BGB jegliche Form, so dass der Vergleich mit der Protokollierung zustande kommt.<sup>34</sup> Ist eine gesetzliche Form dagegen nicht gewahrt, so liegt auch kein wirksamer Vergleich i.S.d. § 23 BRAGO vor.

*Beispiel*

Die Parteien schließen außergerichtlich den Zugewinnausgleich aus. Wegen Verstoßes gegen § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB wird keine Vergleichsgebühr ausgelöst.

- 36** Dagegen reicht es für den Abschluss eines Vergleichs aus, wenn dieser nur materiell-rechtlich wirksam ist, jedoch keinen **Prozessvergleich** i.S.d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO darstellt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Gericht vergisst, den Vergleich vorzulesen und

30 OLG Zweibrücken EzFamR aktuell, 1996, 79 = JurBüro 1996, 419 = MDR 1996, 1195 = Rpfleger 1996, 262; OLG Schleswig SchlHA 1980, 79 = KostRsp. Nr. 11 m. Anm. *Lappe*; OLG Celle AnwBl. 1984, 624; OLG Saarbrücken JurBüro 1987, 234; OLG Frankfurt KostRsp. Nr. 43 m. Anm. *Lappe*; OLG Stuttgart MDR 1988, 508 = Justiz 1988, 211 = JurBüro 1988, 1004; LG Berlin JurBüro 1987, 1685 = Rpfleger 1988, 80; KG JurBüro 1989, 1548; OLG Bamberg JurBüro 1989, 68; OLG München FamRZ 1991, 850 = FuR 1991, 163 = JurBüro 1991, 674 = Rpfleger 1991, 268; OLG Dresden FamRZ 1987, 385; OLG Zweibrücken FamRZ 1998, 116 = JurBüro 1997, 633 = OLGReport 1997, 273; OLG Düsseldorf AGS 1997, 125; OLG Zweibrücken JurBüro 1997, 663; OLG Koblenz FamRZ 1995, 1282 = JurBüro 1995, 471 = Rpfleger 1995, 521; OLG Oldenburg JurBüro 1996, 79 = OLGReport 1996, 35 = Rpfleger 1996, 42; OLG Stuttgart FamRZ 1999, 389 = JurBüro 1998, 472 = Justiz 1998, 427; OLG Dresden FamRZ 1999, 1290 = MDR 1999, 1201.

31 JurBüro 2001, 525.

32 OLG Dresden FamRZ 1999, 1290 = MDR 1999, 1201.

33 LG Darmstadt AnwBl. 1972, 235.

34 AG Groß-Gerau JurBüro 1998, 76.