

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.: 196046****letzte Aktualisierung: 17. März 2023****ZPO § 796c****Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleichs; Zustimmung der Parteien****I. Sachverhalt**

Im Mai 2022 haben zwei große Immobilienunternehmen, vertreten durch ihre jeweiligen Rechtsanwälte, einen schriftlichen Anwaltsvergleich gemäß § 796a ZPO über einen Zahlungsanspruch des Gläubigers (EUR 6.000.000,00) geschlossen. Der Schuldner hat zum Fälligkeitstermin nicht gezahlt. In dem Anwaltsvergleich hat sich der Schuldner hinsichtlich des Zahlungsanspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen. Ziffer 7 des Anwaltsvergleichs lautet wie folgt:

„Die Parteien erklären hiermit ihre Zustimmung zur Vollstreckbarerklärung dieses Vergleichs durch einen gem. §§ 796a, 796c ZPO zuständigen Notar.“

Der Schuldner hat seinen satzungsmäßigen Sitz in Frankfurt am Main. Mit Schreiben vom 23.11.2022 hat der Gläubiger, vertreten durch seinen Rechtsanwalt, bei der Notarin (mit Amtssitz in Frankfurt a.M.) die Inverwahrnehmung des Anwaltsvergleichs gemäß § 796c Abs. 1 ZPO und dessen Vollstreckbarerklärung beantragt. Mit jeweiligem Schreiben vom 23.11.2022 wurde beiden Parteien die Gelegenheit zur Stellungnahme jeweils binnen einer Woche gewährt. Auf Antrag des Schuldnervertreters wurde die Anhörungsfrist mit Zustimmung des Gläubigervertreters um eine Woche verlängert mit der Begründung, zwischen den Parteien fänden Vergleichsverhandlungen statt.

Nun hat der Gläubigervertreter erneut die Vollstreckbarerklärung und Zustellung des entsprechenden Beschlusses beantragt. Der Schuldnervertreter hat sofort seinen entsprechenden Widerspruch erklärt.

II. Frage

1. Kann der Beschluss zur Vollstreckbarerklärung gefasst werden oder muss dies abgelehnt werden?

Anmerkung:

Der Wortlaut des Anwaltsvergleichs (Ziffer 7) enthält nur die Zustimmung beider Parteien zur Vollstreckbarerklärung, nicht aber auch die (ausdrückliche) beidseitige Zustimmung zur Inverwahrnehmung (vgl. § 796c Abs. 1 ZPO). Oder muss/kann man Ziffer 7 des Anwaltsvergleichs so lesen, dass die Zustimmung zur Inverwahrnehmung konkludent mit erklärt ist, da anderenfalls der Abschluss des Anwaltsvergleichs im Fall der Nichtzahlung ein „stumpfes Schwert“ bliebe, was bei Vergleichsschluss nicht gewollt sein konnte?

2. Muss sich die Zustimmung beider Parteien auf einen bestimmten Notar beziehen oder genügt die Zustimmung zu einem „gem. §§ 796a, 796c ZPO zuständigen Notar“?

Wenn sich diese rechtlichen Fragen nicht eindeutig beantworten lassen:

3. Kann ein notarieller Vorbescheid erlassen werden, in dem eine bestimmte Entscheidung (Beschlussfassung oder deren Ablehnung) angekündigt wird? Wie wäre in diesem Fall das weitere Verfahren?

III. Zur Rechtslage**1. Allgemeines**

Nach §§ 796a, 796b, 796c ZPO kann ein von Rechtsanwälten im Namen und mit Vollmacht der von ihnen vertretenen Parteien abgeschlossener Vergleich auf Antrag einer Partei für vollstreckbar erklärt werden. Die Vollstreckbarerklärung durch den Notar ist in §§ 796c, 797 Abs. 6 ZPO geregelt.

Das Verfahren teilt sich in **drei Abschnitte**, nämlich die Hinterlegung des Anwaltsvergleichs zur **Verwahrung durch den Notar** (§ 796c Abs. 1 ZPO), die **Vollstreckbarerklärung** ebenfalls nach § 796c ZPO und schließlich die **Klauselerteilung** zur Vollstreckbarerklärung nach §§ 794 Abs. 1 Nr. 4b, 795, 724 ZPO (Kersten/Bühling/Wolfsteiner/Rebhan, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 20 Rn. 212).

2. Verwahrung durch den Notar

Die Hinterlegung des Anwaltsvergleichs zur Verwahrung durch den Notar ist Voraussetzung für die Vollstreckbarerklärung.

a) Zuständigkeit

Zuständig für die Verwahrung ist jeder Notar, der seinen Amtssitz (nur dieser, nicht der Amtsbereich nach § 10a BNotO oder gar der Amtsbezirk nach § 11 BNotO sind maßgebend) im Bezirk eines Amtsgerichts hat, bei dem eine der Vergleichsparteien zur Zeit des Vergleichsabschlusses ihren allgemeinen Gerichtsstand hatte (MünchKommZPO/Wolfsteiner, 6. Aufl. 2020, § 796c Rn. 3). Sofern also der Schuldner zu diesem Zeitpunkt seinen Sitz bereits in Frankfurt am Main hatte, bestehen hinsichtlich der Zuständigkeit **keine Bedenken**.

b) Zustimmung der Parteien

Fraglich ist, ob die Parteien gem. § 796c Abs. 1 S. 1 ZPO auch der Verwahrung zustimmen müssen.

Worauf sich die **Zustimmung der Parteien** i. S. d. § 796c Abs. 1 ZPO beziehen muss, ist **strittig**. Vertreten wird insoweit nahezu alles, was die Fantasie der juristischen Auslegungsmethoden zulässt. Nach *Wolfsteiner/Rebhan* (in: Kersten/Bühling, § 20 Rn. 213; ebenso MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 796c Rn. 4) und *Will* (BWNNotZ 1992, 89) hat sich die Zustimmung auf die **Verwahrung durch einen bestimmten Notar** zu beziehen. Nach *Voit* muss die Zustimmung **sowohl die Verwahrung als auch die Vollstreckbarerklärung** durch den Notar umfassen; Auf den konkreten Notar brauche sie nicht bezogen zu sein (Musielak/Voit, 19. Aufl. 2022, ZPO § 796c Rn. 2). *Kindl* verlangt die Zustimmung der Parteien, dass der Vergleich im Verfahren gem. § 796 c ZPO für vollstreckbar erklärt wird. Auf die Vollstreckbarerklärung selbst oder auf einen bestimmten Notar müsse sich die Zustimmung nicht beziehen (in: Saenger, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 796c Rn. 2). Bei dieser Ansicht bleibt unklar, ob sich die Zustimmung auch auf die Verwahrung beziehen muss. Nach *Hoffmann* muss sich die Zustimmung (**wohl nur**) **auf die Vollstreckbarerklärung durch einen Notar** beziehen, ohne dass sie einen bestimmten Notar bezeichnen müsste (BeckOK-ZPO, 46. Ed. 1.9.2022, § 796c Rn. 5). Nach *Seiler* (in: Thomas/Putzo, ZPO, 43. Aufl. 2022, § 796 c Rn. 2 und 5) setzt **nur die Verwahrung** die Zustimmung der Parteien voraus. Daraus soll sich dann „zwangsläufig“ die Befugnis des Notars ergeben, eine Vollstreckbarerklärung vorzunehmen. Diesbezügliche Rechtsprechung existiert – soweit ersichtlich – nicht; die Rechtslage ist mithin unklar. Erschwerend kommt hinzu, dass die vorgenannten Ansichten allesamt nicht näher begründet werden, was eine tiefergehende Auseinandersetzung nahezu unmöglich macht.

Dem **Wortlaut** des § 796c Abs. 1 S. 1 ZPO nach wird man eine **Zustimmung sowohl zur Verwahrung als auch zur Vollstreckbarerklärung** durch den Notar verlangen müssen. In der Regel dürfte sich eine erteilte Zustimmung aber ohnehin sowohl auf die Verwahrung als auch auf die Vollstreckbarerklärung durch den Notar beziehen, und zwar auch dann, wenn dies wie vorliegend im Wortlaut der Zustimmung nicht eindeutig zum Ausdruck kommt. **Dass ausschließlich eine Zustimmung nur zur Verwahrung oder nur zur Vollstreckbarerklärung erklärt werden sollte, wird man kaum jemals annehmen können**, denn damit wäre letztlich eine Zustimmung erteilt, die nichts wert wäre. Dass sich die Zustimmung auf einen **bestimmten** Notar beziehen muss, gibt der Wortlaut der Norm allerdings nicht her. Eine solche Einschränkung erscheint auch nicht angebracht. Wenn die Parteien die Verwahrung und Vollstreckbarerklärung durch einen beliebigen örtlich zuständigen Notar zulassen wollen, spricht nichts dagegen, ihre zivilprozessuale Dispositionsbefugnis diesbezüglich einzuschränken.

Im **Ergebnis** dürfte nach hier vertretener Auffassung die **vorliegend erteilte Zustimmung genügen**. Zu bedenken ist aber, dass die Rechtslage in der Literatur äußerst umstritten und durch die Rechtsprechung bislang nicht geklärt ist.

c) **Widerruf der Zustimmung**

Die vorliegend erteilte Zustimmung könnte jedoch **widerrufen** worden sein.

Ob die Parteien ihre Zustimmung widerrufen können, wird im Schrifttum – meist allerdings ohne nähere Begründung – unterschiedlich beurteilt (bejahend bis zur Vollstreckbarerklärung BeckOK-ZPO/Hoffmann, § 796c Rn. 5; Müller, RNotZ 2010, 167, 175; bejahend bis zur Inverwahrnehmung Kindl, § 796c Rn. 2; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 796c Rn. 5; generell verneinend

Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 43. Aufl. 2022, § 796c Rn. 2). Aus unserer Sicht spricht viel dafür, einen Widerruf ab der Inverwahrungnahme nicht mehr zuzulassen. Denn zunächst hat der Notar **vor der Vollstreckbarerklärung** ohnehin rechtliches Gehör zu gewähren, vgl. § 796b Abs. 2 ZPO (Wolfsteiner/Rebhan, in: Kersten/Bühling, § 20 Rn. 216). Soweit also der Schuldner **rechtliche Einwendungen** gegen die Vollstreckbarerklärung vortragen möchte, wird ihm hierzu ohnehin eine Möglichkeit eröffnet. Eine **freie** Widerrufsmöglichkeit durch eine der beiden Seiten würde zur praktischen Unmöglichkeit der Vollstreckbarerklärung führen, weil immer damit zu rechnen wäre, dass der Schuldner, der in Schuldnerverzug gerät oder die geforderten Summen nicht begleichen kann, spätestens infolge der Anhörung durch den Notar seine Zustimmung widerrufen wird, so dass die angestrebte Rationalisierung des Vollstreckungsverfahrens nicht erreicht würde.

Ob der „**Widerspruch**“ des **Schuldnervertreters** als wirksamer Widerruf der Zustimmung **beachtlich** ist, hängt somit u. E. davon ab, ob der Notar den Anwaltsvergleich bereits **zur Verwahrung angenommen** hat. Wie die Annahme zur Verwahrung verfahrensrechtlich abzulaufen hat, wird in der Kommentarliteratur zu § 796c ZPO meist nicht erörtert. Wolfsteiner/Rebhan führen aus, es handle sich um einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, der wohl entsprechend § 63 Abs. 1 FamFG in die Form eines **Beschlusses** zu kleiden und den Parteien zuzustellen sei (in: Kersten/Bühling, § 20 Rn. 214 mit Formulierungsvorschlag in Rn. 215). Dem ist u. E. zuzustimmen. Die Inverwahrungnahme ist kein bloßer Realakt, sondern rechtserhebliches richterliches Handeln, da darin ausweislich des § 796c ZPO die Grundlage für die spätere Vollstreckbarerklärung liegt. Deshalb wird man allein in der körperlichen Entgegennahme des Vergleichs keine Inverwahrungnahme erblicken können.

Dem Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, dass ein derartiger Beschluss bereits gefasst worden wäre. Im **Ergebnis** dürfte deshalb der **Widerruf des Schuldners noch beachtlich** sein. Wir weisen jedoch nochmals darauf hin, dass die vorstehend erörterten Fragen im Schrifttum äußerst uneinheitlich beurteilt werden. Belastbare Judikate aus der Rechtsprechung sind uns hierzu nicht bekannt.

d) **Pflicht des Notars zur Inverwahrungnahme des Anwaltsvergleichs**

Unklar ist weiterhin, ob der **Notar verpflichtet** ist, einen **Anwaltsvergleich in Verwahrung zu nehmen**. Vereinzelt wird vertreten, der Notar dürfe wegen § 15 BNotO die Verwahrung nur wegen Unzuständigkeit verweigern (Thomas/Putzo/Seiler, § 796c Rn. 3; Kindl, § 796c Rn. 2). Dass dem nicht zu folgen ist, ergibt sich aus dem Wortlaut des § 15 BNotO selbst, der von der „Urkundstätigkeit“ des Notars spricht. Mit der Vollstreckbarerklärung übernimmt der Notar jedoch eine richterliche Aufgabe; die BNotO ist nicht anwendbar (Zöller/Geimer, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 796c Rn. 2). Eine Pflicht zur Inverwahrungnahme und Vollstreckbarerklärung könnte sich daher nur aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Justizgewährungsanspruch ergeben (hierzu allg. Musielak, in: Musielak/Voit, Einl. Rn. 6 ff.). Dies wird soweit ersichtlich aber nicht diskutiert. Die wohl h.M. lehnt eine Pflicht des Notars zur Inverwahrungnahme ohne nähere Begründung ab (Geimer, § 796c Rn. 2, Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, § 19 Rn. 213; Müller, RNotZ 2010, 167, 175; so auch DNotI-Report 2007, 66, 67). Übernimmt der Notar allerdings die Verwahrung, so dürfte er folgerichtig auch zur Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung verpflichtet sein (BeckOK-

ZPO/Hoffmann, § 796c Rn. 4; Wolfsteiner/Rebhan, in: Kersten/Bühling, § 20 Rn. 212; a. A. Geimer, § 796c Rn. 2).

3. Vollstreckbarerklärung und Klauselerteilung

Das weitere Verfahren, namentlich die Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung und die Klauselerteilung, sind im Gutachten DNotI-Report 2007, 66 näher beleuchtet, auf das verwiesen wird. Hingewiesen sei zudem auf die Formulierungsvorschläge von *Wolfsteiner/Rebhan* (in: Kersten/Bühling, § 20 Rn. 210-227).

Ergänzend sei noch auf die Entscheidung des OLG Brandenburg vom 8.10.2013 (BeckRS 2013, 18886) hingewiesen. Das Gericht befasst sich insbesondere mit der Frage, welche inhaltlichen Anforderungen an einen vollstreckbaren Anwaltsvergleich zu stellen sind.

4. Vorbescheid

Einen Vorbescheid zu erlassen kommt u. E. nicht in Betracht.

Der Vorbescheid ist ein **Konstrukt des notariellen Berufs- und Beurkundungsrechts**. Durch einen Vorbescheid lassen sich zum einen nicht mehr zu beseitigende Folgen in rechtsstaatlich befriedigender Weise vermeiden, so dass der notarielle Vorbescheid damit dem Interesse eines effektiven Rechtsschutzes dient und auch dem verfassungsrechtlich gebotenen Anspruch des Einzelnen auf rechtliches Gehör. Er räumt den Beteiligten die Möglichkeit ein, die in dem Vorbescheid **angekündigte Handlung oder Unterlassung durch ein Gericht überprüfen zu lassen**. Zum anderen kann der Notar **in haftungsträchtigen Zweifelsfällen** einen Vorbescheid erlassen. Dieser befreit den Notar nämlich aus der misslichen Situation, einerseits handeln zu müssen, andererseits eine schwierige Rechtsfrage nicht rechtssicher entscheiden zu wollen oder gar zu können. Auf die Weise entgeht er zudem der Gefahr, in einem etwaigen Haftungsprozess für den aus dieser Amtspflichtverletzung resultierenden Schaden haften zu müssen (Hariefeld, RNotZ 2019, 365, 369).

All dies ist im vorliegenden Fall nicht betroffen. Zunächst handelt es sich bei der Vollstreckbarerklärung um eine **richterliche Tätigkeit**, sodass die BNotO und das BeurkG, denen der Vorbescheid der Sache nach entspringt, nicht anwendbar sind. Entscheidend kommt hinzu, dass gegen die Entscheidung des Notars über die Vollstreckbarerklärung **ohnehin zivilprozessuale Rechtsbehelfe gegeben** sind. Gegen die ablehnende Entscheidung des Notars kann gem. § 796c Abs. 2 ZPO Antrag auf richterliche Entscheidung gem. § 796b Abs. 1 ZPO gestellt werden. Die Anfechtbarkeit einer erteilten Vollstreckungsklausel folgt aus § 797 Abs. 6 und 7 ZPO (Geimer, § 796c Rn. 12). Es bedarf daher keines Vorbescheides, um den Beteiligten eine Rechtsschutzmöglichkeit zu eröffnen. Schließlich besteht auch **kein gesteigertes Haftungsrisiko** für den Notar, da für die Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung des Notars nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung und der ganz h.M. in der Literatur im Rahmen des § 796c ZPO das **Spruchrichterprivileg** des § 839 Abs. 2 S. 1 BGB gilt (BGH NJOZ 2021, 554 Rn. 26; OLG Schleswig BeckRS 2019, 35146 Rn. 19-22; OLG Schleswig NotBZ 2017, 398; Geimer, § 796c Rn. 5).

5. Abschließende Zusammenfassung

Nach hier vertretener Ansicht kann der Anwaltsvergleich für vollstreckbar erklärt werden, wenn er bereits durch Beschluss vom Notar in Verwahrung genommen wurde und die übrigen Voraussetzungen für eine Vollstreckbarerklärung vorliegen. In dem Widerspruch des

Schuldnervertreter dürfte nur dann ein beachtlicher Widerruf der Zustimmung zu sehen sein, sofern eine Inverwahrnehmung noch nicht erfolgt ist.

Sofern der Anwaltsvergleich noch nicht in Verwahrung genommen worden ist, ist es nach herrschender Ansicht im Schrifttum zulässig, die Verwahrung abzulehnen.

Für einen Vorbescheid besteht u. E. vorliegenden Fall kein Raum.