



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

XII ZB 153/10

vom

3. August 2011

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 127 a; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 1

- a) Ein Anspruch auf Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nach § 127 a BGB besteht lediglich insoweit, als die Prozessparteien den Streitgegenstand des Verfahrens teilweise oder abschließend regeln.
- b) Soweit die Einigung der Parteien darüber hinausgeht, aber noch in einem inneren Zusammenhang mit dem Streitgegenstand steht, liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob und in welchem Umfang es die Einigung als gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127 a BGB protokolliert.

BGH, Beschluss vom 3. August 2011 - XII ZB 153/10 - OLG Hamburg
AG Hamburg-Barmbek

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 3. August 2011 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Hahne und die Richter Dose, Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Günter

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 2. Familiensenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 29. März 2010 wird auf Kosten des Antragstellers zurückgewiesen.

Beschwerdewert: bis 300 €

Gründe:

I.

- 1 Der Antragsteller begehrt die gerichtliche Protokollierung einer Auflassungserklärung im Rahmen eines Scheidungsfolgenvergleichs.
- 2 Im Rahmen ihres Scheidungsverbundverfahrens legten die Parteien den Entwurf einer Scheidungsfolgenvereinbarung vom 3. Dezember 2009 vor, in der ihre Einigung über die Vermögensauseinandersetzung, Unterhaltsansprüche und die Kosten des Scheidungsverfahrens niedergelegt war. Im Rahmen der Vermögensauseinandersetzung wurde auf eine Anlage Bezug genommen, in der die Antragsgegnerin ihre ideelle Hälfte an einem gemeinsamen Grundstück gegen Übernahme sämtlicher Verbindlichkeiten und Zahlung eines Betrages in Höhe von 25.000 € auf den Antragsteller übertrug. Zum Vollzug dieser Vereinbarung sah die Anlage folgende Regelung vor:

"§ 6

Bewilligung/Auflassung

1. Die Parteien bewilligen die Löschung sämtlicher im Grundbuch eingetragener Rechte, soweit sie nicht übernommen werden.
2. Die Parteien sind sich darüber einig, dass das Eigentum gemäß § 2 dieser Anlage auf den Antragsteller übergeht. Sie bewilligen, die Rechtsänderung im Grundbuch einzutragen."

3 Auf den Hinweis des Gerichts, dass es nicht beabsichtige, die Grundstücksübertragung zu protokollieren, legten die Parteien im Verhandlungstermin eine neue Scheidungsfolgenvereinbarung vom 11. Dezember 2009 vor, die sich in § 6 der Anlage vom ursprünglichen Entwurf wie folgt unterschied:

"§ 6

Bewilligung/Auflassung

Die Parteien verpflichten sich, umgehend die Auflassung vor einem Notar zu erklären."

4 Im Verhandlungstermin lehnte das Amtsgericht die beantragte Protokollierung der ursprünglichen Vereinbarung vom 3. Dezember 2009 ab. Daraufhin schlossen die Parteien die Scheidungsfolgenvereinbarung entsprechend dem Entwurf vom 11. Dezember 2009, die als Anlage zum Protokoll genommen wurde.

5 Am Schluss der Verhandlung wurde ein Scheidungsverbundurteil verkündet. Die Parteien verzichteten übereinstimmend auf Rechtsmittel mit Ausnahme des Beschwerderechts gegen die unterbliebene Protokollierung des ur-

sprünglichen Vergleichs, auf Anschlussrechtsmittel und auf Rechte aus § 629 c ZPO. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Antragstellers gegen die Ablehnung einer Protokollierung des ursprünglichen Vergleichs zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen. Gegen die Zurückweisung der Beschwerde richtet sich die Rechtsbeschwerde des Antragstellers.

II.

6 Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senatsbeschluss vom 3. November 2010 - XII ZB 179/10 - FamRZ 2011, 100).

7 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg. Die Ablehnung einer Protokollierung des ursprünglich vorgesehenen Vergleichs mit Auflassungserklärung hinsichtlich der ideellen Grundstückshälfte durch das Amtsgericht und die Zurückweisung der dagegen gerichteten Beschwerde durch das Oberlandesgericht ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

8 1. Einer Protokollierung der Scheidungsfolgenvereinbarung als gerichtlichem Vergleich im Sinne des § 127 a BGB steht allerdings nicht entgegen, dass der Inhalt der Vereinbarung über den Streitgegenstand des Scheidungsverbundverfahrens hinausgeht und das Scheidungsverbundverfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen ist.

9 a) Zwar setzt ein gerichtlicher Vergleich als Vollstreckungstitel im Sinne der §§ 127 a BGB, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ein anhängiges gerichtliches Verfahren voraus, in dessen Zusammenhang der Vergleich geschlossen wird (BGHZ

15, 190, 195 ff.; Erman/Palm BGB 12. Aufl. § 127 a Rn. 2). Der Inhalt des gerichtlichen Vergleichs ist allerdings nicht auf den Streitgegenstand des anhängigen Verfahrens beschränkt. Ausreichend, aber auch erforderlich ist vielmehr, dass ein über den Streitgegenstand hinausgehender Inhalt in einem inneren Zusammenhang mit dem Rechtsstreit steht (BGHZ 142, 84, 90 f.; 84, 333, 335 f.; 35, 309, 316 und 14, 381, 387; vgl. auch RGZ 48, 183, 188 f.).

10 Hier bilden die in die Scheidungsfolgenvereinbarung aufgenommene Verpflichtung zur Übertragung des ideellen Miteigentumsanteils an dem gemeinsamen Grundstück und die zur Erfüllung ursprünglich vorgesehene Auflassung zwar keine Folgesache im Sinne des § 623 Abs. 2 BGB aF, die im Scheidungsverbundverfahren geltend gemacht werden könnte. Die Eigentumsübertragung steht aber in engem Zusammenhang mit der Vermögensauseinandersetzung zwischen den geschiedenen Ehegatten und dem Zugewinnausgleich als Scheidungsfolgesache. Als Inhalt eines gerichtlichen Vergleichs im Scheidungsverbundverfahren ist sie deswegen grundsätzlich zulässig.

11 b) Ein gerichtlich protokollierter Vergleich bildet allerdings keinen Vollstreckungstitel im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, wenn die Parteien den Entwurf im Scheidungsverbundverfahren erst nach Rechtskraft des Scheidungsausspruchs vorgelegt hatten (BGHZ 15, 190, 195 ff.). Dann fehlt es bereits an einem Rechtsschutzbedürfnis der Parteien an einer späteren Protokollierung dieses Vergleichs (vgl. Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 11 ff.; MünchKommBGB/Einsele 5. Aufl. § 127 a Rn. 5). Anders ist die Rechtslage nur dann zu beurteilen, wenn die Parteien den Inhalt des Vergleichs schon vor dem rechtskräftigen Abschluss des Scheidungsverbundverfahrens in das Verfahren eingeführt hatten und die Protokollierung noch in einem äußeren und inneren Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren erfolgt (OLG München NJW 1997, 2331). Dann dient der Vergleich über die Folgesachen trotz der erst spä-

teren Protokollierung gleichwohl zur Beilegung des Rechtsstreits in seinem ganzen Umfang im Sinne des § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

12 So liegt der Fall hier. Die Parteien hatten bereits vor rechtskräftigem Abschluss des Scheidungsverbundverfahrens den Entwurf der Scheidungsfolgenvereinbarung vom 3. Dezember 2009 vorgelegt, der zur abschließenden Vermögensauseinandersetzung auch die Auflassung des zu übertragenden ideellen Miteigentumsanteils an der Immobilie vorsah. Entsprechend hatten sie in der mündlichen Verhandlung des Scheidungsverbundverfahrens die Protokollierung dieser Vereinbarung beantragt. Das Amtsgericht hätte den Vergleich deswegen bereits vor der rechtskräftigen Ehescheidung oder jedenfalls danach in engem zeitlichem Zusammenhang als gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127 a BGB protokollieren können. Die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens gegen die ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts verstrichene Zeit steht der Zulässigkeit des Rechtsmittels nicht entgegen.

13 2. Gleichwohl ist die Ablehnung der Protokollierung der ursprünglich vorgesehenen Scheidungsfolgenvereinbarung mit Auflassung der ideellen Eigentumshälfte aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

14 a) Bei einem gerichtlichen Vergleich ersetzt die Aufnahme der Erklärungen in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll eine sonst notwendige notarielle Beurkundung (§ 127 a BGB). Diese Vorschrift ändert allerdings nichts daran, dass für Beurkundungen grundsätzlich nach §§ 1, 56 BeurkG die Notare zuständig sind (Palandt/Ellenberger, BGB 70. Aufl. § 128 Rn. 1). Mit der Vorschrift des § 127 a BGB hat der Gesetzgeber lediglich an dem überkommenen Grundsatz festgehalten, dass der Prozessvergleich die notarielle Beurkundung und damit auch die öffentliche Beglaubigung nach § 129 Abs. 2 BGB und die Schriftform nach § 126 Abs. 3 BGB ersetzt (Pa-

landt/Ellenberger aaO § 127 a Rn. 1; Soergel/Hefermehl BGB 13. Aufl. § 127a Rn. 1; vgl. schon RGZ 48, 183, 186 ff.). Aus der Vorschrift ergibt sich allerdings kein generelles Recht der Prozessparteien auf gerichtliche Protokollierung ihrer Vergleiche als kostengünstigere Alternative zu der sonst notwendigen notariellen Beurkundung.

15 b) Ein Anspruch auf Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs besteht lediglich insoweit, als die Prozessparteien den Streitgegenstand des Verfahrens teilweise oder abschließend regeln. Dies ergibt sich aus dem Rechtsgewährungsanspruch der Parteien gegenüber dem Gericht. Denn nach § 278 ZPO, der nach dem hier anwendbaren früheren Recht gemäß § 624 Abs. 3 ZPO aF auch im Scheidungsverbundverfahren gilt (vgl. jetzt § 113 Abs. 1 Satz 1 FamFG), soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein. Im Falle einer gütlichen Streitbeilegung bildet der gerichtliche Vergleich nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO den Vollstreckungstitel, den der Berechtigte zur Durchsetzung seines Anspruchs benötigt. Im Umfang des anhängigen Streitgegenstandes ersetzt der gerichtliche Vergleich also die sonst im Rahmen des Rechtsgewährungsanspruchs gebotene gerichtliche Entscheidung. Wenn die Parteien über die Auflassung eines Grundstücks streiten, ist eine entsprechende gütliche Einigung ebenfalls als gerichtlicher Vergleich zu protokollieren (zur Form der Protokollierung vgl. Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 20 ff.).

16 c) Soweit die Einigung der Parteien noch in einem inneren Zusammenhang mit dem Streitgegenstand steht (vgl. dazu Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 14 f.; Soergel/Hefermehl BGB 13. Aufl. § 127 a Rn. 1), inhaltlich aber darüber hinausgeht, steht es im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, ob und in welchem Umfang es die Einigung als gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127 a BGB protokolliert. Dabei kann das Rechtsbeschwerdegericht die

Entscheidung der Instanzgerichte lediglich auf Rechtsfehler überprüfen, insbesondere darauf, ob die Gerichte bei ihrer Entscheidung wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen oder die Grenzen des ihnen eingeräumten Ermessens überschritten haben (vgl. Senatsbeschluss vom 31. März 2010 - XII ZB 130/09 - FamRZ 2010, 881 Rn. 10).

17 aa) Im Rahmen der gerichtlichen Ermessensentscheidung ist von der gesetzlichen Vorgabe auszugehen, wonach Beurkundungen grundsätzlich den Notaren übertragen sind und der Rechtsgewährungsanspruch auf einen Vollstreckungstitel nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf den Streitgegenstand des rechtshängigen Verfahrens beschränkt ist. Wenn eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits im Sinne von § 278 Abs. 1 ZPO allerdings eine umfassendere Einigung erfordert, ist dies im Rahmen der Ermessensentscheidung über den Umfang des zu protokollierenden Vergleichs ebenfalls zu berücksichtigen. Dieser Umstand spricht regelmäßig jedoch nicht für eine Pflicht zur gleichzeitigen Protokollierung der Erfüllung der vergleichsweise übernommenen Verpflichtungen. Denn auf der Grundlage einer protokollierten umfassenden Einigung kann die Erfüllung grundsätzlich auch auf andere Weise vollzogen werden. Das bloße Interesse der Parteien, durch einen gerichtlichen Vergleich im Sinne von § 127 a BGB einen gegenüber der notariellen Beurkundung kostengünstigeren Weg zu wählen, ist durch § 278 Abs. 1 ZPO nicht geschützt.

18 bb) Zu beachten ist auch, dass der gerichtliche Vergleich Erklärungen der Parteien enthält, die durch sie selbst oder - auf der Grundlage einer entsprechenden Vollmacht - durch ihre Parteivertreter abgegeben werden. Nur in Fällen, in denen eine höchstpersönliche Erklärung gerichtlich protokolliert werden soll, ist die persönliche Erklärung durch die Prozesspartei notwendig (OLG Düsseldorf NJW 2007, 1290, 1292; MünchKommBGB/Einsele 5. Aufl. § 127 a Rn. 7).

19 cc) Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat das angerufene Gericht zugleich zu prüfen, ob es den für das zu protokollierende Rechtsgeschäft notwendigen Belehrungs- und Mitteilungspflichten genügen kann.

20 Ein beurkundender Notar soll nach § 17 Abs. 1 BeurkG den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Dabei soll er darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Auf die erforderlichen gerichtlichen oder behördlichen Genehmigungen oder Bestätigungen oder etwa darüber bestehende Zweifel soll der Notar die Beteiligten nach § 18 BeurkG hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Soweit nach dem Grunderwerbsteuerrecht eine Eintragung im Grundbuch erst vorgenommen werden darf, wenn die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts vorliegt, soll der Notar die Beteiligten nach § 19 BeurkG darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Gleiches gilt nach § 20 BeurkG, wenn der Notar die Veräußerung eines Grundstücks beurkundet und ein gesetzliches Vorkaufsrecht in Betracht kommen könnte. Bei Geschäften, die im Grundbuch eingetragene oder einzutragende Rechte zum Gegenstand haben, soll sich der Notar nach § 21 BeurkG über den Grundbuchinhalt unterrichten. Sonst soll er nur beurkunden, wenn die Beteiligten trotz Belehrung über die damit verbundenen Gefahren auf einer sofortigen Beurkundung bestehen. Dies soll er dann in der Niederschrift vermerken. Soweit für öffentliche Beurkundungen neben dem Notar auch andere Urkundspersonen oder sonstige Stellen zuständig sind, gelten die genannten Vorschriften nach § 1 Abs. 2 BeurkG auch für diese Personen oder Stellen.

21 Durch die Möglichkeit der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nach § 127 a BGB wird das Gericht zwar nicht zu einer für Beurkundungen zu-

ständigen Stelle im Sinne von § 1 Abs. 2 BeurkG. Der Zweck der gesetzlichen Beurkundungspflicht ist im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens bei der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs allerdings ebenfalls zu beachten. Grundsätzlich gelten die gesetzlichen Belehrungs- und Mitteilungspflichten deswegen auch bei Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs, wenn deren Zweck nicht auf andere Weise sichergestellt werden kann (Staudinger/Hertel BGB [2004] § 127 a Rn. 32). Der Schutzzweck der gesetzlich vorgeschriebenen Form kann im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs allerdings dadurch gewahrt werden, dass eine anwaltlich vertretene Partei das Gericht von den Belehrungspflichten freistellt, weil dem Schutzzweck bereits durch die anwaltliche Beratung genügt ist (Staudinger/Hertel aaO § 127 a Rn. 33). Soweit das Gesetz Mitteilungspflichten vorsieht, kann deren Zweck auch auf andere Weise sichergestellt werden. So ist eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts bereits nach dem Grunderwerbsteuerrecht für eine Eintragung im Grundbuch erforderlich. Ohne sie kann der Eigentumsübergang deswegen nicht vollzogen werden.

22 Schließlich kann auch das Haftungsrisiko im Falle der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Selbst wenn der gerichtliche Vergleich als Spruchrichtertätigkeit unter das zum Schutz der richterlichen Unabhängigkeit geltende Richterprivileg fiele (Art. 34 GG iVm § 839 BGB; vgl. zum Spruchrichterprivileg BGHZ 155, 306 = FamRZ 2003, 1541 f.; OLG Bremen NJW-RR 2001, 1036, 1037 und schon RGZ 48, 183, 186 f.), wäre das Haftungsrisiko des Dienstherrn zu beachten. Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat das Gericht bei der Protokollierung eines über den Streitgegenstand hinausgehenden gerichtlichen Vergleichs deswegen auch zu berücksichtigen, ob es von den Parteien wirksam von seinen gesetzlichen Belehrungspflichten befreit und den Mitteilungspflichten auf andere Weise genügt ist. Nur dann kann das Risiko einer Haftung der Anstellungskörperschaft

ausgeschlossen werden. Die abweichende Auffassung des Oberlandesgerichts Brandenburg (FamRZ 2007, 487), das eine generelle Protokollierungspflicht des Gerichts annimmt, überzeugt deswegen nicht.

23

3. Auf dieser rechtlichen Grundlage ist die Ablehnung der Protokollierung der ursprünglich vorgesehenen Scheidungsfolgenvereinbarung vom 3. Dezember 2009 mit Auflassungserklärung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Vereinbarung enthält trotz der Übertragung der ideellen Hälfte des Grundeigentums und der vorgesehenen Auflassung keine Freistellung des Gerichts von den damit verbundenen Belehrungspflichten. Auch die notwendige vorherige Einsicht in das Grundbuch ist nicht abbedungen. Weder haben die Parteien erklärt, dass sie trotz der damit verbundenen Gefahren auf eine Einsicht in das Grundbuch verzichten und auf einer sofortigen Beurkundung bestehen, noch ist dies im Entwurf der Scheidungsfolgenvereinbarung oder im Proto-

koll niedergelegt. Schon die damit verbundenen Gefahren rechtfertigen die Ablehnung einer Protokollierung der Auflassungserklärung, auch wenn die anwaltlich vertretenen Parteien wirksam auf weitergehende Belehrungen verzichtet hätten.

Hahne

Dose

Klinkhammer

Schilling

Günter

Vorinstanzen:

AG Hamburg-Barmbek, Entscheidung vom 11.12.2009 - 891 F 7/09 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 29.03.2010 - 2 WF 14/10 -