



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

BESCHLUSS

XII ZB 71/16

Verkündet am:
1. Februar 2017
Küpferle,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in der Familiensache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 127 a, 1378 Abs. 3 Satz 2; ZPO § 278 Abs. 6; FamFG § 113 Abs. 1

Auf einen gerichtlich festgestellten Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO findet § 127 a BGB entsprechende Anwendung.

BGH, Beschluss vom 1. Februar 2017 - XII ZB 71/16 - OLG Schleswig
AG Kiel

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 2017 durch den Vorsitzenden Richter Dose, die Richter Dr. Klinkhammer, Dr. Günter und Guhling und die Richterin Dr. Krüger

für Recht erkannt:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des 5. Senats für Familiensachen des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 13. Januar 2016 wird auf Kosten des Antragstellers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

A.

1 Die Beteiligten streiten um die Wirksamkeit eines Scheidungsfolgenvergleichs.

2 Die Ehe der Beteiligten wurde mit Beschluss des Amtsgerichts vom 16. November 2011 rechtskräftig geschieden. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens schlossen die Beteiligten einen Scheidungsfolgenvergleich, dessen Zustandekommen das Amtsgericht mit Beschluss vom 4. Juli 2011 gemäß § 113 Abs. 1 FamFG iVm § 278 Abs. 6 ZPO feststellte. Darin wurden unter anderem die Veräußerung der gemeinsamen Immobilie sowie die Verteilung der Kosten und des Erlöses geregelt. Außerdem enthält der Vergleich in Ziffer 1 Abs. 4 folgende Bestimmung:

"Damit sind alle etwaigen gegenseitigen Zugewinnausgleichsansprüche erledigt. Die Beteiligten verzichten gegenseitig auf Zugewinnausgleichs- und Ehegattenunterhaltsansprüche und nehmen diesen Verzicht wechselseitig an."

3 Zuvor hatte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 11. März 2010 Auskunft zu ihrem Anfangs- und Endvermögen erteilt. Dabei hatte sie nicht angegeben, dass sie Eigentümerin zweier Stammbblätter bei einem Handballverein mit einem Wert von ca. 3.500 € war und dass sie im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit der Scheidung über eine Beteiligung an einem Fonds verfügte.

4 Mit Schreiben vom 4. Juli 2012 und vom 29. Dezember 2014 erklärte der Antragsteller gegenüber der Antragsgegnerin die Anfechtung der Scheidungsfolgenvereinbarung wegen arglistiger Täuschung im Zusammenhang mit der Auskunftserteilung der Antragsgegnerin zu ihrem Endvermögen.

5 Im vorliegenden Verfahren begehrt der Antragsteller im Wege des Stufenantrags von der Antragsgegnerin Auskunft zum jeweiligen Stand ihres Vermögens am Tag der Eheschließung, am Tag der Trennung und am Tag der Zustellung des Scheidungsantrags, die eidesstattliche Versicherung der Vollständigkeit und Richtigkeit der demgemäß erteilten Auskünfte sowie einen nach Auskunftserteilung noch zu beziffernden güterrechtlichen Ausgleichsbetrag nebst Zinsen.

6 Das Amtsgericht hat den Antrag insgesamt zurückgewiesen. Die Beschwerde des Antragstellers ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen wendet er sich mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

B.

7 Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

I.

8 Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

9 Das Amtsgericht habe zu Recht einen Auskunfts- und Zugewinnausgleichsanspruch des Antragstellers gemäß §§ 1378, 1379 BGB verneint. Den begehrten Ansprüchen stehe die Regelung in Ziffer 1 Abs. 4 des gerichtlichen Vergleichs vom 4. Juli 2011 entgegen. Dieser Vergleich sei weder wegen eines Formmangels noch wegen Anfechtung aufgrund arglistiger Täuschung unwirksam.

10 Ein Formmangel liege nicht vor, da der in Familienstreitsachen gemäß §§ 112 Nr. 1 und 2, 113 Abs. 1 FamFG iVm § 278 Abs. 6 ZPO festgestellte Beschlussvergleich in entsprechender Anwendung des § 127 a BGB die erforderliche Form der notariellen Beurkundung ersetze. Bei der Regelung der Zugewinnausgleichsansprüche handele es sich nicht um einen Ehevertrag mit der Folge des Formerfordernisses gemäß § 1410 BGB, sondern um eine Vereinbarung im Sinne des § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB, die die Beteiligten während des anhängigen Scheidungsverfahrens über den Zugewinnausgleich getroffen hätten. Diese Vereinbarung habe gemäß § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB der notariellen Beurkundung bedurft, wobei § 127 a BGB ausdrücklich auch auf eine Vereinbarung Anwendung finde, die in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert werde. Die erforderliche notarielle Beurkundung sei daher durch die Feststellung des Vergleichs in dem Beschluss des Amtsgerichts vom 4. Juli 2011 in entsprechender Anwendung des § 127 a BGB ersetzt worden.

11

Zwar sei streitig, ob ein gemäß § 278 Abs. 6 ZPO zustande gekommener Vergleich die notarielle Form ersetze. Der nach § 278 Abs. 6 ZPO zustande gekommene Vergleich erfülle jedoch die Form des § 127 a BGB. Der Sinn und Zweck einer notariellen Beurkundung, die Beteiligten vor übereilten Entscheidungen zu schützen und sie auf eventuelle Gefahren hinzuweisen, werde bei einem schriftlichen Vergleich gemäß § 278 Abs. 6 ZPO nicht schlechter erfüllt als im Fall eines in mündlicher Verhandlung protokollierten Vergleichs. Beide Vergleichsarten seien als gleichwertig zu betrachten. Es sei schon fraglich, ob der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 278 Abs. 6 ZPO nicht selbst den schriftlichen Vergleichsbeschluss als Protokollierung (im weiteren Sinn) angesehen habe. Auch der Bundesgerichtshof habe bereits entschieden, dass ein auf diese Weise abgeschlossener Vergleich in seinen Wirkungen einem in einer mündlichen Verhandlung abgeschlossenen Prozessvergleich gleichstehe. Für die Gleichwertigkeit und Gleichbehandlung beider Vergleichsarten spreche ferner, dass das Gericht auch vor der Beschlussfassung gemäß § 278 Abs. 6 ZPO jedenfalls eine Rechtmäßigkeitskontrolle durchzuführen habe. In Familienstreitsachen - wie hier - seien die Beteiligten zusätzlich durch ihre Verfahrensbevollmächtigten vor Übereilung geschützt und beraten. Die Rechtsanwälte, durch die sich die Beteiligten in Ehe- und Folgesachen sowie in selbständigen Familienstreitsachen gemäß § 114 FamFG vertreten lassen müssten, seien im Rahmen ihres Mandatsverhältnisses verpflichtet, den Mandanten über die Chancen, Risiken und Tragweite des beabsichtigten Vergleichs umfassend zu informieren. Ein Mehr an Aufklärung sei auch im Fall eines in mündlicher Verhandlung gerichtlich protokollierten Vergleichs nicht zu erwarten, der nach § 127 a BGB zur Einhaltung der notariellen Form ausreiche. Ein Unterschied bestehe zwar darin, dass ein ordnungsgemäßes Verhandlungsprotokoll vorgelesen bzw. der diktierete Vergleichstext gemäß § 162 Abs. 1 ZPO vom Tonträger abgespielt werde und die Beteiligten auf diese Weise den genauen Text hören könnten, wenn sie

in der Verhandlung anwesend seien. Von einer persönlichen Anwesenheit der Beteiligten im Termin könne jedoch nicht generell ausgegangen werden, denn diese sei im Gesetz nicht zwingend vorgeschrieben. In der Gesamtbetrachtung biete daher ein schriftlicher Vergleich gemäß § 278 Abs. 6 ZPO, den das Gericht auf Vorschlag der Beteiligten feststelle, aufgrund des zeitlichen Vorlaufs mehr Schutz vor Übereilung als ein erst in der mündlichen Verhandlung ausgearbeiteter und gleich zu Protokoll des Gerichts abgeschlossener Vergleich.

- 12 Der Scheidungsfolgenvergleich sei auch nicht aufgrund der vom Antragsteller erklärten Anfechtung wegen arglistiger Täuschung unwirksam. Zwar habe die Antragsgegnerin unstreitig in zweifacher Hinsicht falsche bzw. unvollständige Angaben zu ihrem Endvermögen gemacht. So habe sie Angaben zu ihren Anteilen an einem Fonds und zu den Stammbüchern des Handballvereins unterlassen. Hinsichtlich der Stammbücher sei das Anfechtungsrecht jedoch verjährt. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin zumindest billigend in Kauf genommen habe, der Antragsteller sei durch die Täuschung zur Abgabe der Scheidungsfolgenklärung veranlasst worden, die er andernfalls (so) nicht abgegeben hätte. Bei den Stammbüchern für den Handballverein handele es sich um eine relative Kleinigkeit; sie seien zudem wegen des jahrelangen Gebrauchs durch beide Beteiligte in der Ehe dem Antragsteller bekannt gewesen, wovon auch die Antragsgegnerin habe ausgehen können. Bezüglich der nicht angegebenen Fondsanteile scheidet eine Arglist der Antragsgegnerin aus. Soweit der Antragsteller hierzu geltend mache, er habe die Steuererklärungen immer blind unterschrieben und daher von dem Fondsvermögen nichts gewusst, sei dies eine lebensfremde ungläubhafte Erklärung des Antragstellers, dem als Rechtsanwalt die Bedeutung seiner Unterschrift ganz besonders bekannt gewesen sei.

13 Selbst bei Annahme einer Unwirksamkeit des vom Amtsgericht gemäß § 278 Abs. 6 ZPO festgestellten Vergleichs könne der Anspruch auf Zugewinnausgleich und damit auch ein Auskunftsanspruch des Antragstellers nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB ausscheiden, weil ein Berufen des Antragstellers auf die Unwirksamkeit der Vereinbarung eine unzulässige Rechtsausübung sei. Dies könne jedoch wegen der Wirksamkeit des Vergleichs vom 4. Juli 2011 dahinstehen. Die Antragsgegnerin mache auch zutreffend geltend, dass nicht der Antragsteller als Rechtsanwalt der durch Formvorschriften Schutzbedürftige gewesen sei, sondern eher sie, die als Kinderärztin nicht mit juristischen Kompetenzen ausgestattet sei.

II.

14 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand.

15 1. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerdegegnerin ist die Rechtsbeschwerde allerdings unbeschränkt zugelassen.

16 Das Beschwerdegericht hat die Zulassung im Tenor des angegriffenen Beschlusses nicht eingeschränkt. Nur in den Gründen ist ausgeführt, dass die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zur Frage der Anwendbarkeit des § 127 a BGB auf einen schriftlichen Vergleich gemäß § 278 Abs. 6 ZPO eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordere. Darin kann eine Beschränkung der Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht gesehen werden.

17 Zwar kann sich eine solche grundsätzlich auch aus den Gründen der Beschwerdeentscheidung ergeben, wenn aus ihnen der Wille des Beschwerdegerichts, die Rechtsbeschwerde in bestimmter Hinsicht zu beschränken, klar und eindeutig hervorgeht (vgl. Senatsurteil vom 5. Februar 2014 - XII ZR 65/13 -

NJW 2014, 1300 Rn. 19). Hierfür sind den Gründen des angegriffenen Beschlusses jedoch keine ausreichenden Anhaltspunkte zu entnehmen. Das Beschwerdegericht wollte mit dieser Formulierung lediglich seine Zulassungsmotivation mitteilen. Im Übrigen wäre eine solche Beschränkung der Rechtsbeschwerde auch nicht zulässig, weil die Zulassung eines Rechtsmittels nur auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen Teil des Gesamtstreitstoffes beschränkt werden kann, der Gegenstand einer Teilentscheidung sein könnte oder auf den der Rechtsmittelführer sein Rechtsmittel selbst beschränken könnte. Unzulässig ist es, die Zulassung auf einzelne von mehreren Anspruchsgrundlagen oder auf bestimmte Rechtsfragen zu beschränken (Senatsbeschluss BGHZ 205, 241 = FamRZ 2015, 1268 Rn. 7 mwN).

18 2. Die Instanzgerichte haben den Stufenantrag des Antragstellers jedoch zu Recht insgesamt zurückgewiesen.

19 Über die mehreren in einem Stufenantrag nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG iVm § 254 ZPO verbundenen Anträge kann dann eine einheitliche Entscheidung ergehen, wenn sich schon bei der Prüfung des Auskunftsanspruchs ergibt, dass dem Hauptanspruch die materiell-rechtliche Grundlage fehlt (vgl. BGH Urteile vom 16. Juni 2010 - VIII ZR 62/09 - NJW-RR 2011, 189 Rn. 24 und vom 28. November 2001 - VIII ZR 37/01 - NJW 2002, 1042, 1044). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt. Dem Antragsteller steht gegenüber der Antragsgegnerin kein Anspruch auf Zugewinnausgleich nach § 1378 Abs. 1 BGB zu, weil die Beteiligten in dem gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG iVm § 278 Abs. 6 BGB gerichtlich festgestellten Vergleich vom 4. Juli 2011 gegenseitig auf Zugewinnausgleichsansprüche verzichtet und diese Verzichtserklärung wechselseitig angenommen haben. Diese Scheidungsfolgenvereinbarung entbehrt weder der nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB erforderlichen Form noch wurde sie vom Antragsteller wirksam wegen arglistiger Täuschung angefochten.

- 20 a) Zutreffend ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, dass der von den Beteiligten in der Vereinbarung vom 4. Juli 2011 wechselseitig erklärte Verzicht auf Zugewinnausgleichsansprüche formbedürftig ist. Denn es handelt sich hierbei um eine Vereinbarung iSv § 1378 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BGB, die die Ehegatten während eines Verfahrens, das auf die Auflösung der Ehe gerichtet ist, für den Fall der Auflösung der Ehe über den Ausgleich des Zugewinns getroffen haben. Derartige Vereinbarungen bedürfen grundsätzlich der notariellen Beurkundung. Nach § 1378 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 2 BGB findet jedoch § 127 a BGB Anwendung, auch wenn die Vereinbarung in einem Verfahren in Ehesachen vor dem Prozessgericht protokolliert wird.
- 21 b) Da im vorliegenden Fall die Scheidungsfolgenvereinbarung weder notariell beurkundet noch in einem Termin zur mündlichen Verhandlung gerichtlich protokolliert wurde, hängt die Formwirksamkeit der Vereinbarung entscheidend davon ab, ob die von § 1378 Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 BGB geforderte Form der notariellen Beurkundung durch die gerichtliche Feststellung des Vergleichs nach § 113 Abs. 1 Satz 1 FamFG iVm § 278 Abs. 6 ZPO gewahrt wird. Hierzu werden in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum unterschiedliche Auffassungen vertreten.
- 22 aa) Eine Meinung lehnt die Anwendbarkeit des § 127 a BGB auf Vergleiche, die im Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO abgeschlossen werden, mit der Begründung ab, es bestehe keine hinreichende "Funktionsäquivalenz" zwischen einer notariellen Beurkundung und dem Beschlussvergleich. Die mit einer notariellen Beurkundung verbundenen Verfahrensgarantien für die am Vergleichsschluss Beteiligten seien im Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO nicht gewahrt. Es werde kein Protokoll iSv § 160 ZPO errichtet. Überdies fehle es an der einer Beratung durch den Notar vergleichbaren Verfahrensgestaltung, weil eine Beratung oder Warnung durch den Richter nicht erfolge (vgl. OLG Celle

FamRZ 2014, 795, 796; OLG Brandenburg FamRZ 2008, 1192, 1193; Zöller/Greger ZPO 31. Aufl. § 278 Rn. 31; Musielak/Voit/Foerste ZPO 13. Aufl. § 278 Rn. 18a; Staudinger/Hertel BGB [2012] § 127 a Rn. 48 f.; Bamberger/Roth/Wendtland BGB 3. Aufl. § 127 a Rn. 4; Palandt/Brudermüller BGB 76. Aufl. § 1378 Rn. 13; Knauer/Wolf NJW 2004, 2857, 2859; Zimmer NJW 2013, 3280 ff.; Gutachten des Deutschen Notarinstituts DNotI-Report 2008, 75, 76; Braeuer Der Zugewinnausgleich 2. Aufl. Rn. 946).

23 bb) Eine andere Auffassung bejaht die Anwendbarkeit des § 127 a BGB auf Beschlussvergleiche jedenfalls dann, wenn dem abgeschlossenen Vergleich ein vom Gericht begründeter Vergleichsvorschlag zu Grunde lag, weil diesem eine gerichtliche Prüfung vorausgehe, die mit der eines Notars vergleichbar sei (OLG München FamRZ 2011, 812, 813 zu § 7 Abs. 2 VersAusglG; Prütting/Gehrlein/Geisler ZPO 7. Aufl. § 278 Rn. 22; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 37. Aufl. § 278 Rn. 17; Schulte-Bunert/Weinreich/Brinkmann FamFG 5. Aufl. § 36 Rn. 25; Keidel/Meyer-Holz FamFG 19. Aufl. § 36 Rn. 13; Deckenbrock/Dötsch MDR 2006, 1325, 1327 f.; Büte Zugewinnausgleich bei Ehescheidung 4. Aufl. Rn. 243).

24 cc) Schließlich wird - mit dem Beschwerdegericht - auch die Auffassung vertreten, dass ein im Beschlusswege festgestellter Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO ein vollwertiger gerichtlicher Vergleich sei und daher entsprechend § 127 a BGB die für ein Rechtsgeschäft erforderliche notarielle Beurkundung stets ersetze (OLG Brandenburg FamRZ 2014, 1202, 1204; OLG Frankfurt FamRZ 2016, 548 [Ls.] und Beschluss vom 14. Dezember 2010 - 5 UF 105/10 - juris Rn. 4; OLG Naumburg FamRZ 2009, 617 [LS]; MünchKommZPO/Prütting 5. Aufl. § 278 Rn. 44; Baumbach/Lauterbach/Hartmann ZPO 75. Aufl. § 278 Rn. 59; Saenger ZPO 7. Aufl. § 278 Rn. 23a; BeckOK ZPO/Bacher [Stand: 1. Dezember 2016] § 278 Rn. 41; Erman/Arnold BGB 14. Aufl. § 127 a

Rn. 5; Palandt/Ellenberger BGB 76. Aufl. § 127 a Rn. 2; Borth/Grandel in Musielak/Borth FamFG 5. Aufl. § 36 Rn. 11; Prütting/Helms/Abramenko FamFG 3. Aufl. § 36 Rn. 13; Horndasch/Viefhues/Reinken FamFG 3. Aufl. § 36 Rn. 13; Bergschneider FamRZ 2013, 260 ff.; Müller-Teckhof MDR 2014, 249, 251; Cordes MDR 2016, 64, 66 ff.).

25 c) Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Wird eine Vereinbarung in der Form eines gerichtlich festgestellten Vergleichs nach § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG iVm § 278 Abs. 6 ZPO geschlossen, wird die von § 1378 Abs. 3 Satz 2 BGB geforderte Form der notariellen Beurkundung in entsprechender Anwendung des § 127 a BGB gewahrt.

26 aa) Einer unmittelbaren Anwendbarkeit des § 127 a BGB auf Beschlussvergleiche nach § 278 Abs. 6 ZPO steht allerdings der Wortlaut der Vorschrift entgegen (a.A. Bergschneider FamRZ 2013, 260, 262). Danach wird die notarielle Beurkundung nur dann durch einen gerichtlichen Vergleich ersetzt, wenn die Erklärungen in ein nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung errichtetes Protokoll aufgenommen wurden. Bei einem in dem Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO errichteten Vergleich fehlt es an einer solchen Protokollierung. Insbesondere ist der Beschluss, mit dem das Gericht den materiell-rechtlich zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Vergleich feststellt, kein Protokoll in diesem Sinne (vgl. BAG NJW 2007, 1831 Rn. 25). Bereits der Verweis in § 278 Abs. 6 Satz 3 ZPO auf § 164 ZPO zeigt, dass der Feststellungsbeschluss zwar hinsichtlich der Berichtigungsmöglichkeiten einem gerichtlichen Protokoll iSd §§ 159 ff. ZPO gleichgestellt ist, selbst aber nicht als ein solches Protokoll verstanden werden kann. Der Beschluss nach § 278 Abs. 6 ZPO hat vielmehr nur feststellenden Charakter und dient der Schaffung eines Vollstreckungstitels gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (Zöller/Greger ZPO 31. Aufl. § 278 Rn. 35). Eine erweiternde Auslegung des § 127 a BGB dahingehend, dass die Vorschrift

sich auch auf Beschlussvergleiche nach § 278 Abs. 6 ZPO erstreckt, findet daher ihre Grenze an dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift (vgl. Cordes MDR 2016, 64, 66; vgl. auch Senatsurteil vom 24. Juni 2009 - XII ZR 161/08 - FamRZ 2009, 1477 Rn. 28 mwN zur Wortlautgrenze bei der verfassungskonformen Auslegung).

27 bb) Zutreffend ist das Beschwerdegericht jedoch davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des § 127 a BGB vorliegen. Es ist nicht nur eine planwidrige Regelungslücke gegeben, vielmehr ist der zur Beurteilung stehende Sachverhalt auch mit dem vergleichbar, den der Gesetzgeber geregelt hat.

28 (1) Die für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift erforderliche planwidrige Regelungslücke ergibt sich aus der zeitlichen Abfolge des Inkrafttretens der maßgeblichen Vorschriften.

29 § 127 a BGB wurde durch § 57 Abs. 3 Nr. 1 des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969 (BGBl. I S. 1513) mit Wirkung zum 1. Juni 1970 in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. Zu jener Zeit sah die Zivilprozessordnung für den Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs lediglich die Möglichkeit vor, die entsprechenden Willenserklärungen der Parteien in einer mündlichen Verhandlung gerichtlich protokollieren zu lassen. Für den Gesetzgeber bestand daher bei der damaligen Neugestaltung des Beurkundungsrechts kein Anlass, die Regelung in § 127 a BGB auf andere Formen des Abschlusses eines gerichtlichen Vergleichs zu erstrecken (vgl. BAG NJW 2007, 1831 Rn. 30). Die Möglichkeit, einen gerichtlichen Vergleich auch außerhalb eines Verhandlungstermins abzuschließen, wurde erstmals durch das Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz - ZPO-RG) vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1887) mit Wirkung zum 1. Januar 2002 eingeführt, um einigungswilligen

Rechtssuchenden und ihren Anwälten den mit der Wahrnehmung eines Protokollierungstermins verbundenen Zeit- und Kostenaufwand zu ersparen und die Gerichte zu entlasten (BT-Drucks. 14/4722 S. 82). Erst mit Einführung dieser vereinfachten Form eines gerichtlichen Vergleichsabschlusses erhob sich die Frage, ob der Anwendungsbereich des § 127 a BGB sich auch auf den Beschlussvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO erstreckt.

30 Dass der Gesetzgeber weder im Rahmen des Zivilprozessreformgesetzes noch anlässlich der im Rahmen des Ersten Gesetzes zur Modernisierung der Justiz vom 24. August 2004 (1. Justizmodernisierungsgesetz, BGBl. I S. 2198) erfolgten Ergänzung des § 278 Abs. 6 ZPO um die Möglichkeit, dass die Parteien dem Gericht einen schriftlichen Vergleichsvorschlag unterbreiten, § 127 a BGB nicht geändert hat, steht der Annahme einer nachträglich entstandenen Regelungslücke nicht entgegen. Weder der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Zivilprozessrechts vom 24. November 2000 (BT-Drucks. 14/4722) noch die Beschlussempfehlung und der Bericht des Rechtsausschusses zu diesem Gesetzentwurf vom 15. Mai 2001 (BT-Drucks. 14/6036) verhalten sich zu der Frage, ob der Beschlussvergleich auch eine nach materiellem Recht erforderliche notarielle Beurkundung ersetzt. Gleiches gilt für die Gesetzesbegründung zum 1. Justizmodernisierungsgesetz (BT-Drucks. 15/1508). Aus den genannten Gesetzesmaterialien wird jedoch der eindeutige Wille des Gesetzgebers erkennbar, den Beschlussvergleich in seinen Wirkungen einem gerichtlich protokollierten Vergleich in vollem Umfang gleichzustellen (BT-Drucks. 14/4722 S. 82; BT-Drucks. 14/6036 S. 121; BT-Drucks. 15/1508 S. 16). Aus dem Umstand, dass der Wortlaut des § 127 a BGB auch nach der Einführung und Erweiterung des § 278 Abs. 6 ZPO unverändert geblieben ist, kann daher nicht auf eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers geschlossen werden, den Beschlussvergleich vom Anwendungsbereich des § 127 a BGB auszunehmen (vgl. BAG NJW 2007, 1831 Rn. 31). Die

unterbliebene Anpassung der Vorschrift beruht vielmehr darauf, dass der Reformgesetzgeber den durch die Einführung des Beschlussvergleichs nachträglich entstandenen Regelungsbedarf nicht erkannt hat (vgl. Cordes MDR 2016, 64, 67; Deckenbrock/Dötsch MDR 2006, 1325, 1327). Mit Einführung und Ergänzung des Verfahrens nach § 278 Abs. 6 ZPO sollte für die Verfahrensbeteiligten eine Möglichkeit geschaffen werden, unter erleichterten Voraussetzungen eine einvernehmliche Regelung zur Beendigung ihres Rechtsstreits herbeizuführen. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber ohne eine entsprechende gesetzliche Regelung oder zumindest eine Erwähnung in den Gesetzesmaterialien von dieser Möglichkeit rechtsgeschäftliche Erklärungen ausnehmen wollte, die nach materiellem Recht der notariellen Beurkundung bedürfen.

31 (2) Es besteht auch die für eine Analogie erforderliche Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (Senatsbeschluss vom 24. August 2016 - XII ZB 351/15 - FamRZ 2016, 1849 Rn. 19 mwN). So liegen die Dinge hier.

32 (a) Die Rechtsbeschwerde lehnt mit Teilen des Schrifttums eine analoge Anwendung des § 127 a BGB auf Beschlussvergleiche mit der Begründung ab, dem Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO fehle es an der erforderlichen "Funktionsäquivalenz" zu einer notariellen Beurkundung. Insbesondere würden die mit einer notariellen Beurkundung verbundenen Verfahrensgarantien für die Betei-

ligten durch einen im Beschlusswege zustande gekommenen Vergleich nicht ausreichend gewahrt.

33

Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorschriften der §§ 17 ff. BeurkG, in denen das Pflichtenprogramm für eine notarielle Beurkundung rechtsgeschäftlicher Erklärungen normiert ist, richten sich nur an den beurkundenden Notar (§ 1 Abs. 1 BeurkG) und an andere für öffentliche Beurkundungen zuständige Urkundspersonen oder Stellen (§ 1 Abs. 2 BeurkG), nicht aber an die Gerichte. Seit der Abschaffung des früheren § 128 BGB mit Wirkung zum 1. Januar 1970 durch das Beurkundungsgesetz vom 28. August 1969 nehmen die Gerichte keine Beurkundungstätigkeiten mehr vor (vgl. Staudinger/Hertel BGB [2012] Vorbemerkung zu §§ 127 a und 128 [BeurkG] Rn. 256), so dass die §§ 17 ff. BeurkG auf die gerichtliche Tätigkeit im Rahmen eines Vergleichsschlusses grundsätzlich nicht unmittelbar anwendbar sind (vgl. aber zur Protokollierung eines über den Verfahrensgegenstand hinausgehenden Vergleichs Senatsbeschluss BGHZ 191, 1 = FamRZ 2011, 1572 Rn. 19 ff.). Stattdessen hat der Gesetzgeber mit der durch § 57 Abs. 3 BeurkG eingefügten Vorschrift des § 127 a BGB den seinerzeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannten Grundsatz, dass ein prozessrechtlich ordnungsgemäß zustande gekommener Vergleich jegliche materiell-rechtlich für ein Rechtsgeschäft geforderte Form ersetzt (vgl. BGHZ 14, 381, 391 = NJW 1954, 1886, 1887), aufgegriffen und gesetzlich anerkannt (MünchKommBGB/Einsele 7. Aufl. § 127 a Rn. 1; vgl. auch BT-Drucks. V 3282 S. 51). Die formersetzende Wirkung eines gerichtlichen Vergleichs setzt deshalb nicht voraus, dass im gerichtlichen Verfahren die für eine notarielle Beurkundung maßgeblichen Anforderungen eingehalten sind. Ausreichend ist nach der in § 127 a BGB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Wertung, wonach ein ordnungsgemäß protokollierter Vergleich einer notariellen Beurkundung gleichwertig ist, dass bei dem Vergleichsschluss die einschlägigen prozessrechtlichen Vorschriften eingehalten wurden. Für die Frage

der entsprechenden Anwendbarkeit des § 127 a BGB auf den Beschlussvergleich kann daher nicht darauf abgestellt werden, inwieweit das Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO die Förmlichkeiten einer notariellen Beurkundung nach §§ 17 ff. BeurkG erfüllt. Entscheidend ist vielmehr, ob der Beschlussvergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO einem ordnungsgemäß protokollierten Vergleich soweit entspricht, dass eine entsprechende Anwendung des § 127 a BGB gerechtfertigt ist (vgl. BAG NJW 2007, 1831 Rn. 33; Bergschneider FamRZ 2013, 260, 261; Cordes MDR 2016, 64, 67).

34 (b) Diese Frage ist zu bejahen. Bereits aus den Gesetzesmaterialien zum Zivilprozessrechtsreformgesetz ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Beschlussvergleichs nur eine erleichterte Möglichkeit zur Verfügung stellen wollte, ein Gerichtsverfahren mit einem Vergleichsschluss zu beenden. In seinen Wirkungen sollte der Beschlussvergleich jedoch einem gerichtlich protokollierten Vergleich vollständig gleichgestellt sein (BT-Drucks. 14/4722 S. 82). Gleiches gilt für die durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz eingeführte Ergänzung der Vorschrift um die Möglichkeit, einen von den Parteien unterbreiteten Vergleichsvorschlag zum Gegenstand eines gerichtlichen Vergleichs zu machen (BT-Drucks. 15/3482 S. 17).

35 Diese Absicht des Gesetzgebers findet sich im geltenden Recht wieder. So unterscheidet etwa § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO nicht danach, ob der Vergleich gerichtlich protokolliert oder im Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO festgestellt wurde. Für andere Vorschriften wie § 492 Abs. 3 Halbsatz 2 ZPO oder § 118 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 ZPO, die nach ihrem Wortlaut einen gerichtlich protokollierten Vergleich voraussetzen, ist anerkannt, dass der Vergleich auch nach § 278 Abs. 6 ZPO geschlossen werden kann (vgl. Zöller/Geimer ZPO 31. Aufl. § 118 Rn. 7; Thomas/Putzo/Seiler ZPO 36. Aufl. § 118 Rn. 4; Musielak/Voit/Fischer ZPO 10. Aufl. § 118 Rn. 5; Zöller/Herget ZPO 31. Aufl. § 492 Rn. 8;

Thomas/Putzo/Reichold ZPO 36. Aufl. § 492 Rn. 4; Musielak/Voit/Huber ZPO 10. Aufl. § 492 Rn. 4). Schließlich hat der Gesetzgeber mittlerweile auch für § 491 Abs. 4 BGB ausdrücklich klargestellt, dass ein nach § 278 Abs. 6 ZPO festgestellter Vergleich einem protokollierten Vergleich entspricht und daher vom Anwendungsbereich dieser Vorschrift erfasst wird (vgl. BT-Drucks. 16/11643 S. 77).

36 (c) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde erfüllt das Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO auch die mit einer notariellen Beurkundung verbundenen Schutzzwecke in gleicher Weise wie die gerichtliche Protokollierung eines Vergleichs. Soweit eine Vorschrift des materiellen Rechts die besondere Form der notariellen Beurkundung erfordert, dient dies regelmäßig dem Zweck, die an dem Rechtsgeschäft beteiligten Parteien vor Übereilung zu schützen und durch die Beurkundung den Beweis der getroffenen Vereinbarung zu sichern. Zudem sollen die Vertragsparteien auf die besondere Bedeutung des Rechtsgeschäfts hingewiesen und über die Konsequenzen der getroffenen Vereinbarung belehrt werden (vgl. MünchKommBGB/Kanzleiter 7. Aufl. § 311 b Rn. 1).

37 Hinsichtlich des mit einer notariellen Beurkundung verbundenen Übereilungsschutzes und der Beweisfunktion bestehen zwischen einem gerichtlich protokollierten und einem im Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO festgestellten Vergleich keine relevanten Unterschiede. Zu Recht weist das Beschwerdegericht in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Schutz der Beteiligten vor einer übereilten Entscheidung im Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO sogar meist besser gewährleistet sein dürfte als bei der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs im Rahmen einer mündlichen Verhandlung. Im Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO wird den Beteiligten vor dem Vergleichsschluss entweder ein Vorschlag des Gerichts übermittelt oder die Parteien haben selbst einen Vergleichsvorschlag erarbeitet und bei Gericht eingereicht. In beiden Fällen haben

die Beteiligten die Möglichkeit, die beabsichtigte Vereinbarung ausführlich und ohne Zeitdruck, gegebenenfalls unter Zuhilfenahme rechtlicher Beratung, zu prüfen. Bei einem protokollierten Vergleich werden die Beteiligten hingegen oft erstmals in der mündlichen Verhandlung den Vergleichstext zur Kenntnis nehmen können, um dann noch in der mündlichen Verhandlung entscheiden zu müssen, ob sie den Vergleich annehmen. Der Beschlussvergleich bietet daher jedenfalls keinen geringeren Schutz vor übereilten Entscheidungen als ein gerichtlich protokollierter Vergleich (vgl. BAG NJW 2007, 1831 Rn. 35 mwN).

38 Die Beweisfunktion einer notariellen Urkunde, die beim Protokollvergleich durch die Aufnahme der Erklärungen in das Protokoll (§ 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), die Genehmigung des Protokolls nach Verlesung oder Vorspielen der vorläufigen Aufzeichnung (§ 162 Abs. 1 ZPO) und der Unterzeichnung des fertiggestellten Protokolls durch den Vorsitzenden und den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle (§ 163 ZPO) erreicht wird, wird in dem Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO dadurch gewahrt, dass durch den gerichtlichen Beschluss das wirksame Zustandekommen und der Inhalt der getroffenen Vereinbarung deklaratorisch in einer öffentlichen Urkunde iSv § 415 Abs. 1 ZPO festgestellt werden (Saenger ZPO 7. Aufl. § 278 Rn. 23 sub a; Hartmann in Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 74. Aufl. § 278 Rn. 59).

39 Schließlich kann einer entsprechenden Anwendung des § 127 a BGB im vorliegenden Fall auch nicht entgegengehalten werden, bei der Feststellung eines Vergleichs im Beschlusswege nach § 278 Abs. 6 BGB sei die mit dem Beurkundungserfordernis verbundene Beratungs- und Warnfunktion für die Beteiligten nicht ausreichend gewährleistet. § 127 a BGB stellt den protokollierten gerichtlichen Vergleich der notariellen Beurkundung gleich, ohne besondere Belehrungspflichten für das Gericht vorzusehen (OLG Brandenburg FamRZ 2013, 1202, 1204; Bergschneider FamRZ 2013, 260, 261). Voraussetzung für

die formersetzende Wirkung ist allein das prozessrechtlich ordnungsgemäße Zustandekommen des Vergleichs. Die Pflichten, die das Gericht im Rahmen der Vergleichsprotokollierung treffen, bestimmen sich daher nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung. Weitergehende Belehrungspflichten, wie sie § 17 BeurkG für die notarielle Beurkundung vorsieht, bestehen im Rahmen einer Vergleichsprotokollierung allenfalls, wenn das Gericht darüber entscheidet, ob es Vereinbarungen der Beteiligten protokollieren will, die über den Streitgegenstand hinausgehen (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 191, 1 = FamRZ 2011, 1572 Rn. 19 ff.). Beinhaltet der Vergleich hingegen lediglich Regelungen in Bezug auf den Streitgegenstand, prüft das Gericht nur, ob der unterbreitete Vergleich nicht gegen die guten Sitten, gesetzliche Verbote oder die öffentliche Ordnung verstößt. Dieselbe Prüfungskompetenz obliegt dem Gericht auch im Zuge der Feststellung des Zustandekommens des Vergleichs im Verfahren nach § 278 Abs. 6 ZPO (BAG NJW 2007, 1831 Rn. 33; Bergschneider FamRZ 2013, 260, 261; BT-Drucks. 15/3482 S. 17). Hinzu kommt, dass es sich bei § 17 BeurkG lediglich um eine Soll-Vorschrift handelt, deren Verletzung nicht zur Formunwirksamkeit der beurkundeten rechtsgeschäftlichen Erklärungen führt (vgl. Staudinger/Hertel BGB [2012] Vorbemerkungen zu §§ 127 a und 128 [BeurkG] Rn. 664).

- 40 (d) Entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung kann für die formersetzende Wirkung eines Beschlussvergleichs nicht danach differenziert werden, ob der Vergleichsvorschlag vom Gericht stammt oder von den Parteien zur Feststellung vorgelegt wurde (so aber OLG München FamRZ 2011, 812, 813; Deckenbrock/Dötsch MDR 2006, 1325, 1328). Zwar mag es durchaus zutreffen, dass das Gericht einen von ihm vorgeschlagenen Vergleich erläutert und den Beteiligten damit eine bessere Entscheidungsgrundlage bietet. Zwingend ist dies jedoch nicht. Außerdem werden in § 278 Abs. 6 ZPO beide Möglichkeiten des Vergleichsschlusses gleichgestellt, so dass sich schon aus diesem Grund

eine differenzierte Betrachtung der formersetzenden Wirkung verbietet, die danach unterscheidet, ob der Vergleichsschluss auf einem Vorschlag des Gerichts oder der Beteiligten beruht (vgl. OLG Brandenburg FamRZ 2014, 1202, 1203; Bergschneider FamRZ 2013, 260, 261).

41 d) Zutreffend hat das Beschwerdegericht auch eine wirksame Anfechtung der Scheidungsfolgenvereinbarung verneint. Nach den getroffenen Feststellungen steht dem Antragsteller ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB nicht zu.

42 Zwar hat die Antragsgegnerin in der Auskunft zu ihrem Endvermögen tatsächlich Vermögenswerte nicht angegeben, zu deren Angabe sie verpflichtet gewesen wäre. Die Unvollständigkeit der erteilten Auskunft erfüllt unter den hier gegebenen Umständen jedoch nicht die Voraussetzungen für eine arglistige Täuschung nach § 123 Abs. 1 BGB.

43 Das für eine Anfechtungsberechtigung nach § 123 Abs. 1 BGB erforderliche arglistige Handeln setzt voraus, dass der Täuschende durch sein Verhalten beim Erklärungsgegner einen Irrtum erregen oder aufrechterhalten möchte. Der Täuschende muss mithin die Unrichtigkeit der falschen Angaben gekannt und gleichzeitig das Bewusstsein und den Willen gehabt haben, durch die irreführenden Angaben oder das Unterlassen der Aufklärung über die wahre Sachlage einen Irrtum zu erregen oder aufrechtzuerhalten und den Getäuschten damit zu einer Willenserklärung zu bewegen, die er sonst nicht oder mit anderem Inhalt abgegeben hätte. Dabei genügt bedingter Vorsatz (Senatsurteil vom 19. Mai 1999 - XII ZR 210/97 - FamRZ 2000, 153, 154 f.). Bei bloßer Fahrlässigkeit des Erklärenden ist eine Anfechtung wegen Täuschung hingegen ausgeschlossen. Ging der Erklärende also fahrlässig davon aus, dass der Erklärungsempfänger von den nicht offenbarten Umständen ohnehin selbst Kenntnis habe, liegt eine

vorsätzliche Täuschung nicht vor (MünchKommBGB/Armbrüster 7. Aufl. § 123 Rn. 16).

44

So verhält es sich hier. Nach den getroffenen Feststellungen, die von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen werden, hat der Antragsteller während der Ehezeit wiederholt die Freistellungsaufträge für die fragliche Fondsbeteiligung unterschrieben. Der vom Beschwerdegericht hieraus abgeleitete Schluss, die Antragsgegnerin habe davon ausgehen können, dass der Antragsteller vor der Unterzeichnung den Inhalt der Freistellungsaufträge, in denen die fragliche Fondsbeteiligung angegeben gewesen sei, zur Kenntnis genommen habe und ihm deshalb diese Fondsbeteiligung bekannt gewesen sei, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Behauptung des Antragstellers, er habe die Freistellungsaufträge jeweils "blind" unterschrieben, wurde von der Antragsgegnerin bestritten. Den notwendigen Beweis für dieses Vorbringen hat der Antragsteller nicht erbracht (zur Beweislast vgl. MünchKommBGB/Armbrüster 7. Aufl. § 123 Rn. 83). Dass die Antragsgegnerin die Fondsbeteiligung vorsätzlich in ihrer Vermögensauskunft nicht angeben hat, um den Antragsteller zum Abschluss der Scheidungsfolgenvereinbarung zu veranlassen, ergibt sich daher aus den getroffenen Feststellungen nicht. Gleiches gilt für die unterbliebene Angabe der Stammbblätter für die Handballmannschaft. Abgesehen davon, dass diese Karten nur einen relativ geringfügigen Wert darstellen, der die von den Beteiligten in dem Scheidungsfolgenvergleich getroffene Vereinbarung über ihre Vermögensauseinandersetzung kaum beeinflussen dürfte, konnte die Antragsgegnerin auch insoweit davon ausgehen, dass der Antragsteller, der sie während der Ehezeit zu den Heimspielen begleitet hatte, hiervon Kenntnis hatte. Deshalb kann auch insoweit nicht auf eine Arglist der Antragsgegnerin geschlossen werden.

45 Unter diesen Umständen hat das Beschwerdegericht ein Anfechtungsrecht des Antragstellers nach § 123 Abs. 1 BGB zu Recht verneint.

Dose

Klinkhammer

Günter

Guhling

Krüger

Vorinstanzen:

AG Kiel, Entscheidung vom 04.05.2015 - 58 F 309/14 -

OLG Schleswig, Entscheidung vom 13.01.2016 - 15 UF 79/15 -