

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

153. JAHRGANG

12
2021



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

SONDERHEFT FÜR PETER G. MAYR

Dietmar Czernich:

Schiedsgerichtsbarkeit bei Gesellschafterstreitigkeiten mit Verbrauchern Seite 650

Karl-Heinz Danzl:

Befangenheit von (OGH-)Richtern bei wissenschaftlichen Aktivitäten Seite 658

Robert Fucik und Matthias Neumayr:

Die Parteien des Verlassenschaftsverfahrens Seite 665

Georg Kodek:

Einlagenrückgewähr und notwendige Streitgenossenschaft Seite 674

Christian Koller:

Grenzüberschreitende Vollstreckung österreichischer Notariatsakte Seite 680

Elisabeth Lovrek:

§ 40 a JN: Zugang zum OGH und Verwertung nichtiger Verfahrensergebnisse Seite 685

Walter H. Rechberger:

Grundbuch und verfassungskonforme Interpretation Seite 692

Alexander Schopper:

Anmeldepflicht der Geschäftsführer bei angefochtenen Beschlüssen Seite 696

Hubertus Schumacher:

Notariat und Schiedsverfahren Seite 701

Martin Trenker:

Vollstreckbarer Notariatsakt als Alternative zur Streitbeilegung Seite 707

Martin Weber:

Internationale Zuständigkeit bei Tod eines Ehegatten/Partners Seite 712

LEITUNG: Christian Rabl, Alexander Schopper, Alexander Winkler (Chefredakteur)

REDAKTION: Ludwig Bittner, Christian Koller, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Gottfried Musger,
Karl Stöger, Martin Trenker, Rudolf Welser

BEIRAT: Irene Faber, Christoph Grabenwarter, Andreas Kletečka, Helmut Ofner, Manfred Umlauf,
Wolfgang Zankl

NZ 2021/191

Der vollstreckbare Notariatsakt als Alternative zur einvernehmlichen Streitbeilegung

Von Martin Trenker

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Voraussetzungen
- C. Wirkungen
- D. Anfechtung
- E. Fazit: Tauglichkeit zur Streitbeilegung?

A. Einleitung

Der **vollstreckbare Notariatsakt** (§ 1 Z 17 EO) bildet mit dem **gerichtlichen Vergleich** (§ 1 Z 5 EO, vgl ferner § 1 Z 15, 16 letzter Fall EO) eine besondere Kategorie von Exekutionstiteln: Ihnen liegt nämlich keine hoheitliche Entscheidung zugrunde, sondern sie entstehen gewissermaßen durch einen privatautonomen Gestaltungsakt unter der „Aufsicht“ einer mit besonderer Autorität bzw Solennität ausgestatteten Institution/Person.¹ Während der gerichtliche Vergleich das Paradebeispiel für eine **Rechtsschutzalternative zur einvernehmlichen Streitbeilegung** darstellt und insoweit stetig Gegenstand intensiver Untersuchungen, allen voran auch des Geehrten,² war, wird diese Einsatzmöglichkeit des vollstreckbaren Notariatsakts mit Ausnahme einer Arbeit von *Bittner*³ nicht in den Vordergrund gerückt. Im Folgenden sollen deshalb Tatbestand und Rechtsfolgen eines abgeschlossenen vollstreckbaren Notariatsakts im Hinblick auf diese Funktion beleuchtet werden.

B. Voraussetzungen

Ein Notariatsakt ist gem **§ 3 NO** exekutionsfähig, wenn darin eine Verpflichtung zu einer **Leistung** oder **Unterlassung** festgestellt wird (lit a), die Leistung, inklusive des **Rechtstitels**, **hinreichend bestimmt** wird (lit b), die Verpflichtung **vergleichsfähig** ist (lit c) und der Verpflichtete eine Erklärung über die sofortige Vollstreckbarkeit, die sogenannte **„Vollstreckungsunterwerfung“**, abgibt (lit d).

Die **Beschränkung auf Leistungsansprüche iwS** ergibt sich bereits aus der Natur der materiellen Vollstreckbarkeit und gilt folglich in gleicher Weise für sämtliche Exe-

kutionstitel, wie zB einen gerichtlichen Vergleich.⁴ Indes ist die Voraussetzung einer expliziten **„Vollstreckungsunterwerfung“**, aus welcher der Wille einer sofortigen – iSv unbedingten⁵ – Vollstreckbarkeit hervorgehen muss, ein originäres Erfordernis des vollstreckbaren Notariatsakts (das auch nicht beim gerichtlichen Vergleich existiert). Richtigerweise handelt es sich dabei um eine Willenserklärung prozessualer Natur,⁶ mit der in zulässiger Weise über die Form der Rechtsdurchsetzung disponiert wird (vgl noch unten E.).⁷ Sie ist nicht annahmepflichtig, kann also vom Verpflichteten gegenüber dem Notar ohne Mitwirkung des Berechtigten erklärt werden.⁸ Eine solchermaßen einseitige Unterwerfungserklärung ist mE vor dem Zugang beim Berechtigten allerdings – ausnahmsweise⁹ – widerruflich.¹⁰

Die Unterwerfungserklärung dient zum einen der Warnung bzw dem **Übereilungsschutz des Verpflichteten**,¹¹ zum anderen soll sie eine völlig eindeutige **Entscheidungsgrundlage für das Exekutionsgericht** schaffen.¹² Aus dem Zusammenspiel der beiden genannten Voraussetzungen von § 3 lit a, d NO schließt die Praxis – entgegen dem isolierten Wortlaut in lit a –, dass die bloße Feststellung einer Verbindlichkeit, die Festsetzung einer Rechtslage oder die Regelung eines Rechtsverhältnisses

⁴ 3 Ob 116/77 JBI 1978, 383.

⁵ Vgl *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, Kommentar zur EO³ (2015) § 1 Rz 102; *Höllwerth* in *Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung Kommentar I (2020) § 1 Rz 146 f.

⁶ Die gewollte Wirkung dieser Erklärung, die Vollstreckbarkeit, bezieht sich nämlich auf den zivilprozessualen „Lebensbereich“; auf zu dieser Abgrenzung *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess (2020) 814 ff.

⁷ Zutr *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Der vollstreckbare Notariatsakt (1994) 73 ff; aA *Dolar*, Ruhen des Verfahrens und Rechtsschutzbedürfnis (1974) 151 ff, der dies als Rechtsschutzverzicht interpretiert.

⁸ *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ (2007) § 3 Rz 6; vgl auch *Wagner*, Die Vollstreckbarkeitserklärung in der Privaturkunde, NZ 1977, 113.

⁹ Undifferenziert gegen eine Widerrufsmöglichkeit allerdings *Spruzina*, Der vollstreckbare Notariatsakt – historisches Relikt oder modernes Instrument der Rechtsdurchsetzung, in *Rechberger*, Die vollstreckbare Urkunde (2002) 45 (52); *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ § 3 Rz 6.

¹⁰ Vgl zur – mE vergleichbaren (vgl *Kralik*, Die Vollstreckbarkeit der Notariatsurkunden, 1. Kongress des österreichischen Notariates 1963, Notariatsgedenkschrift [1964] 21 [32]) – Rechtslage beim Widerruf eines gerichtlichen Anerkenntnisses *Trenker*, Parteidisposition 751.

¹¹ Vgl OGH Nr 3811 GIUNF 1819; *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Notariatsakt 37 f (unter Verweis auf ein wörtliches Zitat, dessen Ursprung allerdings nicht nachvollzogen werden konnte).

¹² Vgl *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Notariatsakt 38.

¹ Vgl schon *Hofmeister*, Die vollstreckbare Notariatsurkunde aus historisch-rechtsvergleichender Sicht, NZ 1982, 97.

² *Mayr*, Rechtsschutzalternativen in der österreichischen Rechtsentwicklung (1995); *ders*, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002).

³ Der vollstreckbare Notariatsakt als Instrument der außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung, in *Rechberger*, Der Notar und die konsensuale Streitbeilegung (2002) 67.

unzureichend sei.¹³ Bisweilen erscheint die Judikatur insoweit allerdings sehr formalistisch.¹⁴ Maßgeblich ist mE einzig, ob sich aus dem Inhalt des Notariatsakts, der als solcher sehr wohl gem §§ 914f ABGB auszulegen ist,¹⁵ der Wille des Verpflichteten ergibt, die betroffene Verpflichtung als vollstreckbar auszugestalten.

Das **Bestimmtheiterfordernis** in § 3 lit b NO deckt sich grundsätzlich mit jenem des § 7 EO.¹⁶ Mangelnde Bestimmtheit iSd § 3 lit b NO kann folgerichtig auch im Wege der Titelergänzungsklage saniert werden.¹⁷

Ein Spezifikum, das sich mitunter als Stolperstein für die Praxis erweist, ist dagegen die Notwendigkeit, den **Rechtstitel** der geschuldeten Leistung anzugeben. Dieser Titel muss dabei nicht konstitutiv durch die Einigung vor dem Notar „entstehen“, sondern es kann im Notariatsakt auch eine lange zuvor begründete Verpflichtung festgehalten werden.¹⁸ Der **Zweck** der Angabe des Rechtstitels wird bisweilen darin erblickt, dass der Verpflichtete dadurch in die Lage versetzt werde, sich gegen eine ungerechtfertigte Exekution mit Oppositionsklage zu wehren.¹⁹ Diese Argumentation ist allerdings mE nicht vollends überzeugend, weil für die Ermittlung des Rechtsgrundes im Oppositionsprozess ein umfassendes Beweisverfahren offensteht, das gerade nicht auf die Angaben im Notariatsakt beschränkt ist. Eher dürfte deshalb auch dieses Erfordernis der beschränkten Kognitionsbefugnis des Exekutionsgerichts im Bewilligungsverfahren geschuldet sein: Das Exekutionsgericht soll durch die Angabe des Rechtstitels offenbar im Rahmen einer Grobprüfung ohne Weiteres die Vergleichsfähigkeit der konkreten Verpflichtung (dazu allerdings sogleich bei FN 29 f)²⁰ und vor allem

auch das Vorliegen absoluter Nichtigkeit – § 879 ABGB ist auch insoweit einschlägig (vgl § 34 NO)²¹ – beurteilen können. Die Angabe des Rechtstitels dient damit insb der **Kontrolle des Verbots abstrakter Verpflichtungsgeschäfte**.²² Das erklärt auch, warum § 794 Abs 1 Nr 5 dZPO kein vergleichbares Wirksamkeitserfordernis²³ kennt;²⁴ im deutschen Recht sind abstrakte Verpflichtungsgeschäfte nämlich zulässig.²⁵

Jedenfalls leitet die Rsp daraus die Notwendigkeit der Angabe der *essentialia negotii* eines zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts ab, um eine Überprüfung der rechtlichen Qualifikation des angegebenen Rechtsgrundes zu ermöglichen.²⁶ *Schumacher*²⁷ verallgemeinert dies überzeugend dahingehend, dass die Mindestanforderungen an eine **schlüssige (Mahn-)Klagserzahlung iSd § 226 ZPO** erfüllt werden müssen. Diese Auslegung liefert zugleich eine stimmige Erklärung dafür, dass bei einem Prozessvergleich keine vergleichbare Substanziierungspflicht des Rechtsgrundes statuiert wird;²⁸ denn diesfalls ergibt sich der rechtserzeugende Sachverhalt ohnehin aus der Klage, sodass die genannten Aspekte (Vergleichsfähigkeit, Nichtigkeit) bereits vom „Titelgericht“ überprüft werden können und müssen.

Dass der Gesetzgeber im Übrigen sehr wohl Parallelitäten zwischen einem vollstreckbaren Notariatsakt und einem gerichtlichen Vergleich erblickt, zeigt sich im Erfordernis der grundsätzlichen **Vergleichsfähigkeit** der Verpflichtung gem § 3 lit c NO. Freilich ist gerade dieser Konnex wenig überzeugend, weil dem vollstreckbaren Notariatsakt kein materiellrechtlicher Vergleich zugrunde liegen muss, sondern dieser auch nur dazu dienen kann, einen völlig unstrittigen Anspruch vollstreckbar zu machen. Das *telos* typischer Vergleichsverbote (zB § 308 EO; § 10 Abs 6, § 25 Abs 7 GmbHG; §§ 43, 84 Abs 4, 5, §§ 99, 101 Abs 1 AktG) steht dieser Funktion aber gerade nicht entgegen.²⁹ Soweit der Verpflichtung daher kein beiderseitiges Nachgeben iSd § 1380 ABGB zugrunde liegt, der vollstreckbare Notariatsakt also gerade nicht die Funktion einer einver-

¹³ 3 Ob 31/85 EFSlg 49.436; Höllwerth in *Deixler-Hübner*, EO § 1 Rz 133.

¹⁴ Vgl 3 Ob 31/85 EFSlg 49.436; ferner OGH Nr 3811 GIUNF 1819; anders hingegen 3 Ob 121/02 v NZ 2004/12, 52.

¹⁵ Dagegen spricht weder die Qualifikation als prozessuale Willenserklärung noch die Beschränkung der Kognitionsbefugnis des Gerichts auf den Inhalt der Urkunde; vgl in anderem Kontext *Trenker*, Parteidisposition 656 ff, insb 659 ff.

¹⁶ Vgl *Angst*, Der vollstreckbare Notariatsakt im Lichte der jüngeren Judikatur des OGH, NZ 2001, 366; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 1 Rz 98.

¹⁷ *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Notariatsakt 28 ff; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 10 Rz 8/1; vgl hingegen noch zur Rechtslage vor der EO-Novelle 1991 3 Ob 116/77 JBl 1978, 383.

¹⁸ Vgl 3 Ob 75/95 NZ 1996, 210; *Schumacher*, Rechtstitel und Bestimmtheit als Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit des Notariatsaktes, NZ 1996, 195 (196); *Angst*, NZ 2001, 366 (367).

¹⁹ 3 Ob 91/13 y NZ 2014/9, 32; *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Notariatsakt 36, 55; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 1 Rz 101; idS auch *Bittner* in *Rechberger*, Notar 67 (70): „Schutz des Verpflichteten“.

²⁰ 3 Ob 75/95 NZ 1996, 210; 3 Ob 91/13 y NZ 2014/9, 32; *Angst*, NZ 2001, 366 (367); *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 1 Rz 101.

²¹ ZB *Spruzina* in *Rechberger*, Urkunde 45 (51).

²² Instruktiv *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 387 mwN.

²³ Zu den bereicherungsrechtlichen Folgen bei fehlender Causa s dagegen *Wolfsteiner* in *Krüger/Rauscher*, Münchener Kommentar zur ZPO II⁶ (2020) § 794 Rz 304 f.

²⁴ Ganz idS bereits *Münch*, Von der executorischen Urkunde zum vollstreckbaren Notariatsakt, in *Rechberger*, Urkunde 1 (19 f).

²⁵ Vgl bloß *Habersack* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg*, Münchener Kommentar zum BGB VII⁸ (2020) § 781 Rz 2; ferner *Kratz*, Schuldanerkenntnisse in der notariellen Praxis, RNotZ 2021, 1.

²⁶ 3 Ob 75/95 NZ 1996, 210; 3 Ob 91/13 y NZ 2014/9, 32; *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Notariatsakt 36; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 1 Rz 101.

²⁷ NZ 1996, 195 (196).

²⁸ Ausdrücklich 3 Ob 75/95 NZ 1996, 210.

²⁹ Völlig zutr *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Notariatsakt 24 ff.

nehmlichen Streitbeilegung verfolgt, ist § 3 lit c NO folglich teleologisch zu reduzieren.³⁰

Ein Notariatsakt iSd § 3 NO setzt – übrigens wie ein gerichtlicher Vergleich, womit sich eine weitere Gemeinsamkeit zeigt, – indessen **keine Vollstreckbarkeitsbestätigung** voraus (§ 54 Abs 2 Satz 2 EO).

C. Wirkungen

Die zentrale (und letztlich einzige) Wirkung des vollstreckbaren Notariatsakts ist – seiner Bezeichnung entsprechend – die **Vollstreckbarkeitswirkung** gem § 1 Z 17 EO. Die Verpflichtung wird damit zugleich zur Judikatsschuld iS der JMV RGI 1858/105, die grundsätzlich der **langen Verjährungsfrist** der §§ 1478, 1485 ABGB unterliegt.³¹ Auch wenn die Notariatsordnung nach dem zitierten Erlass in Kraft getreten ist, spricht vor allem die funktionale Ähnlichkeit mit dem gerichtlichen Vergleich dafür, den vollstreckbaren Notariatsakt sehr wohl als einen „die Execution begründenden [...] Vertrag“ zu verstehen.

Dennoch ist er kein vollständiges Urteilssurrogat, weil er **nicht in Rechtskraft** erwächst.³² Richtigerweise entfaltet nicht einmal der vor einem Gericht abgeschlossene Prozessvergleich Rechtskraftwirkung.³³ Die in der älteren Lehre verbreitete Gegenansicht³⁴ wurde zwar jüngst von *Anzenberger*³⁵ „wiederbelebt“, jedoch vermag die befürwortete Analogie zu § 230 Abs 3, § 239 Abs 3 Z 1, § 411 Abs 2 ZPO, § 43 AußStrG mE methodisch nicht zu überzeugen.

Im Unterschied zum gerichtlichen Vergleich entfaltet der vollstreckbare Notariatsakt zudem **keine Prozessbeendigungswirkung**, auch wenn bereits ein Zivilprozess anhängig ist und der Beklagte die streitgegenständliche Verpflichtung in einem vollstreckbaren Notariatsakt „anerkennt“. Dass der Kläger dadurch einen vollstreckbaren Titel erwirkt hat, begründet kein Prozesshindernis für die Weiterführung des Rechtsstreits

und steht – soweit das Klagebegehren der dem Notariatsakt allenfalls zugrunde liegenden Einigung umfänglich entspricht – selbst einem Obsiegen in der Sache nicht entgegen. Der Erwerb eines „Doppeltitels“ ist nach der mE verallgemeinerungsfähigen Wertung der § 60 Abs 2, § 156 c Abs 3 IO nämlich nicht unzulässig, sondern zieht nur nachteilige Kostenfolgen für den Kläger nach sich;³⁶ die Rechtslage entspricht grundsätzlich jener bei der neuerlichen Einklagung des in einem gerichtlichen Vergleich Geschuldeten.³⁷ Unbenommen bleibt es den Parteien freilich, das Verfahren durch einen „abstrakten Prozessbeendigungsvertrag“³⁸ oder eine Klagszurücknahme *de iure* zu beenden sowie durch Vereinbarung ewigen Ruhens dessen Fortführung – richtigerweise: dauerhaft³⁹ – auszuschließen.

D. Anfechtung

Das Potenzial des vollstreckbaren Notariatsakts zur einvernehmlichen Streitbeilegung ist letztlich stark davon abhängig, welchen „Bestandschutz“ dieser bzw seine Wirkungen vor einer nachträglichen Anfechtung iWSt genießen.

Mangels materieller Rechtskraft ist der Bestand der im Notariatsakt „festgestellten“ Verpflichtung nicht „in Stein gemeißelt“. Der **Verpflichtete** kann nicht nur die Vollstreckbarkeit, sondern auch den materiellrechtlichen Anspruch grundsätzlich weiterhin **bestreiten**. Im Einzelnen stehen ihm dafür mehrere Instrumente zur Verfügung, die nicht immer einfach voneinander abzugrenzen sind.

Zunächst ist bemerkenswert, dass **§ 4 NO iVm Art XVII EGEO** eine besondere Klage zur Bestreitung der „Exekutionskraft eines Notariatsaktes“ vorsieht. Funktional entspricht sie der Impugnationsklage, deren Regeln Art XVII Satz 2 EGEO für unmittelbar anwendbar erklärt. Allerdings ist ihr Anwendungsbereich auf spezifische Mängel des Notariatsakts beschränkt. Darunter fallen insb ein Verstoß gegen die notariellen Prüf- und Belehrungspflichten, der wegen § 66 NO der Vollstreckbarkeit entgegensteht,⁴⁰ oder ein nicht relevanter Ausschlussgrund des Notars iSd § 33 NO.⁴¹ ME kann auch das Nichtvorliegen der Voraussetzungen von § 3 NO (dazu oben B.) eine Klage nach § 4 NO rechtferti-

³⁰ Für einen gerichtlichen, insbesondere einen prätorischen Vergleich, der ausnahmsweise ebenfalls nicht der Beilegung eines Streits dient, gilt mE dasselbe.

³¹ *Klang* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch VI² (1951) 606; *M. Bydlinski* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch II/1³ (2002) § 1478 ABGB Rz 7; aA OGH Nr 7229 GIUNF 1573.

³² *M. Pollak*, Die Anfechtung vollstreckbarer Notariatsakte, JBI 1902, 40 (41); *Kralik* in *GedS Notariat* 21 (36).

³³ 1 Ob 166/49 SZ 22/52; 6 Ob 229/67 SZ 40/115; 4 Ob 509/92 EFSIlg 69.904; 4 Ob 253/01m; RIS-Justiz RS0037283; RS0037333 (T 2); *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 1332, 1359; *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/3³ (2015) §§ 204–206 ZPO Rz 7; *Trenker*, Parteidisposition 225f.

³⁴ *Sperl*, Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1925–1930) 244, 331, 484; *Pollak*, System des österreichischen Zivilprozessrechts unter Einschluß des Exekutionsrechtes² (1932) 419; *Schima*, Die österreichische Zivilprozessordnung im Lichte neuerer Prozeßtheorie, in FS Fünfzigjahrfeier ZPO (1948) 250 (273).

³⁵ Der gerichtliche Vergleich (2020) 115 ff.

³⁶ RIS-Justiz RS0037411; 3 Ob 505/94 SZ 66/174; *Trenker*, Parteidisposition 226f; aA 4 Ob 69/95 ecolex 1996, 179, allerdings zum „Rechtsschutzbedürfnis“ bei einer wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklage.

³⁷ 3 Ob 505/94 SZ 66/174; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 742; *Fucik* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*, ABGB³ (2011) Anh § 1391 ABGB Rz 19; *Gitschthaler* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ (2019) §§ 204–206 ZPO Rz 27; *Trenker*, Parteidisposition 226f mwN.

³⁸ Zur Zulässigkeit näher *Trenker*, Parteidisposition 299ff mwN.

³⁹ Zur Qualifikation „ewigen Ruhens“ als zulässiger peremptorischer Rechtsschutzverzicht auf *Trenker*, Parteidisposition 301ff mwN auch der Gegenansicht.

⁴⁰ *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ Art XVII EGEO Rz 1.

⁴¹ *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Notariatsakt 63.

gen.⁴² Das müsste entsprechend der hM zur Impugnationsklage selbst dann gelten, wenn sich der Mangel aus dem Notariatsakt bzw Exekutionsantrag selbst ergibt und daher mit Rekurs hätte geltend gemacht werden können. Denn die Wahl des „aufwändigeren“ Rechtsbehelfs gem § 4 NO wird nicht für unzulässig gehalten, sondern soll nur nachteilige Kostenfolgen für den Verpflichteten nach sich ziehen.⁴³ Soweit dagegen ein Mangel der Vollstreckbarkeit iSd § 36 EO vorliegt, steht dem Verpflichteten eine „echte“ Impugnationsklage offen.⁴⁴ Im Falle des rechtskräftigen Obsiegens ist die Exekution – in beiden Fällen – von Amts wegen einzustellen (§ 36 Abs 3 EO [iVm Art XVII EGEO]).⁴⁵ Regelmäßig können derartige Mängel ohne Mitwirkung des Verpflichteten wohl nicht „saniert“ werden, sodass sich der Gläubiger bei mangelndem Einvernehmen einen neuen – streitigen – Exekutionstitel verschaffen müssen wird.

Weder § 4 NO noch § 36 EO ermöglichen dem Verpflichteten freilich die Bestreitung des im Notariatsakt „verbrieften“ materiellrechtlichen Anspruchs.⁴⁶ Soweit die vom Verpflichteten dagegen erhobene **Einwendung erst nach Abschluss des Notariatsakts** entstanden ist, steht ihm dafür nach allgemeinen Grundsätzen die **Oppositionsklage** gem § 35 EO offen. Auch eine nachträglich erklärte Aufrechnung fällt – anders als bei einem rechtskräftigen Urteil als Exekutionstitel⁴⁷ – hierunter, selbst wenn die Aufrechnungslage bereits bei Entstehung des Notariatsakts bestanden hat.⁴⁸

Dasselbe gilt nach richtiger Ansicht auch für Einwendungen, die auf einem **Gestaltungsklagerecht** basieren (zB Irrtumsanfechtung).⁴⁹ Die Rsp hält Gestaltungskla-

gerechte hingegen für keine tauglichen Oppositionsgründe, stützt sich dafür aber auf das unzureichende Argument, die Gestaltungswirkung trete erst mit Rechtskraft im Oppositionsprozess und daher „zu spät“ ein.⁵⁰ Notwendig wird nach dieser Judikatur stattdessen eine selbständige Rechtsgestaltungsklage, die aber wohl kraft Analogie unter § 39 Abs 1 Z 1 EO (sowie § 42 Abs 1 Z 1 EO⁵¹) subsumiert wird und damit auf Antrag ebenfalls zur Einstellung (Aufschiebung) der Exekution führen kann.

Auch wenn die maßgebliche **Einwendung** gegen den Anspruch zwar auf keinem gerichtlichen Gestaltungsrecht basiert, sie aber **vor** (oder bei) **Abschluss des Notariatsakts** entstanden ist, bedarf es nach hM einer – von der Oppositionsklage verschiedenen – Klage, namentlich einer negativen Feststellungsklage.⁵² Im Ergebnis wird – mit Ausnahme von älteren Literaturmeinungen⁵³ – dabei anerkannt, dass es mit rechtskräftiger Klagsstattgebung zur Einstellung der Exekution kommt und zuvor ein Aufschiebungsantrag möglich ist. Dogmatisch stützt sich die Rsp dafür schlicht auf § 39 Abs 1 Z 1 EO bzw § 42 Abs 1 Z 1 EO,⁵⁴ während Teile der Lehre mit der aus § 35 Abs 4 EO resultierenden Wertung argumentieren, wonach der Bestand des materiellen Anspruchs sehr wohl Voraussetzung der Vollstreckbarkeit sei.⁵⁵ Letzteres Argument ist in der Tat unerlässlich, weil eine negative Feststellungsklage den Wortlaut des § 39 Abs 1 Z 1 EO nicht erfüllt und damit nicht ohne weiteres die Einstellung (oder Aufschiebung) der Exekution rechtfertigen kann.

Die Berufung auf § 35 Abs 4 EO indiziert freilich schon, dass es – wie auch bei der Bekämpfung eines gerichtlichen Vergleichs⁵⁶ – mE systemkonformer wäre, die Klage entgegen der Rsp⁵⁷ von vornherein als **Oppositionsklage** zu begreifen, indem deren Anwendungsbereich bei einvernehmlichen Exekutionstiteln kraft Analogie auch auf „*nova reperta*“ erstreckt wird.⁵⁸ Rechtsfolgenseitig würde dies systemkonform zur grundsätzlichen (s § 35 Abs 2 EO) Zuständigkeit des Exekutionsgerichts

⁴² Vgl auch *Kralik* in *GedS Notariat* 37.

⁴³ *Kralik* in *GedS Notariat* 37; *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, *Notariatsakt* 65; tendenziell wohl auch 3 Ob 93/89; generell RIS-Justiz RS0000938; 4 Ob 165/90 wbl 1991, 204; aA *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ Art XVII EGEO Rz 4; im Ergebnis ebenso zum titelwidrigen Verhalten bei der Unterlassungsexekution RIS-Justiz RS0123123, zB 3 Ob 205/07 d RdW 2008, 463; dazu *Kranzer*, Zum [Rechtsweg-]Verhältnis des Rekurses und der Impugnationsklage bei der Duldungs- und Unterlassungsexekution, *ecolex* 2021, 540.

⁴⁴ *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, *Notariatsakt* 63; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ Art XVII EGEO Rz 3; diese Klagsmöglichkeit „vergisst“ der OGH bei seiner Aufzählung in 7 Ob 300/97 m JBl 1998, 588; ebenso *Markowetz* in *Deixler-Hübner*, EO Art XVII Rz 3 ff.

⁴⁵ Im Ergebnis auch *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, *Notariatsakt* 64, die sich bei einer erfolgreichen Klage gem § 4 NO allerdings unnötigerweise auf § 39 Abs 1 Z 5 EO stützen.

⁴⁶ 7 Ob 300/97 m JBl 1998, 588; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ Art XVII EGEO Rz 1 f.

⁴⁷ RIS-Justiz RS0000776; 1 Ob 768/53 SZ 26/245; 3 Ob 15/96 SZ 70/132; *Kodek*, *Die Einrede im Zivilrecht* (2020) 451; aA *Schauer* in *Deixler-Hübner*, EO § 35 Rz 134 ff mwN.

⁴⁸ 3 Ob 2044/96 a EvBl 1997/163, 791; RIS-Justiz RS0107709; so bereits *Kralik* in *GedS Notariat* 36 f.

⁴⁹ *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, *Exekutionsrecht*⁴ (2018) 191; *Kodek*, *Einrede* 446 ff; *Schauer* in *Deixler-Hübner*, EO § 35 Rz 132.

⁵⁰ RIS-Justiz RS0108542, zB 3 Ob 20/97 f JBl 1997, 791; 3 Ob 266/98 h *ecolex* 1999, 166 (*Wilhelm*).

⁵¹ Tendenziell wohl idS *Kodek*, *Einrede* 449 FN 2640.

⁵² 3 Ob 2044/96 a EvBl 1997/163, 791; 7 Ob 300/97 m JBl 1998, 588; 3 Ob 266/98 h NZ 1999, 401; *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, *Notariatsakt* 65 ff; *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO³ Art XVII EGEO Rz 2.

⁵³ *Petschek*, ZBl 1926, 61 (63) (Anm); differenziert *Heller/Berger/Stix*, *Kommentar zur Exekutionsordnung I*⁴ (1969) 502 f, wonach eine Einstellung bei zusätzlicher Oppositionsklage möglich sei.

⁵⁴ RIS-Justiz RS0001262.

⁵⁵ *Kralik* in *GedS Notariat* 21 (39 ff); *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, *Notariatsakt* 67 f.

⁵⁶ *Trenker*, *Parteidisposition* 760 f mwN.

⁵⁷ 7 Ob 300/97 m JBl 1998, 588; RIS-Justiz RS0108999.

⁵⁸ Im Ergebnis bereits *Holzhammer*, *Österreichisches Zwangsvollstreckungsrecht*⁴ (1993) 160.

und zur Geltung der *Eventualmaxime*⁵⁹ (§ 35 Abs 3 EO) führen. Auch die Folge, dass der Notariatsakt iS der von der Rsp vertretenen Kombinationstheorie⁶⁰ folgerichtig seine Tauglichkeit als Exekutionstitel über die Anlass-Exekution hinaus verlieren würde, wenn der Verpflichtete mit seiner Klage durchdringt, erscheint interessengerecht.⁶¹

E. Fazit: Tauglichkeit zur Streitbeilegung?

Indem der vollstreckbare Notariatsakt einen Exekutionstitel schafft, stillt er ein Bedürfnis, das geradezu den typischen Antrieb für eine gerichtliche Geltendmachung eines Leistungsanspruchs darstellen dürfte. Er eignet sich damit **prinzipiell durchaus** für eine **außergerichtliche Streitbeilegung**.

Sollte allerdings bereits ein **Rechtsstreit gerichtlich anhängig** sein, vermag der Abschluss eines Notariatsakts diesen – anders als ein Prozessvergleich – nicht zu beenden. Sein Hauptnachteil gegenüber dem Vergleich besteht in dieser Konstellation freilich darin, dass für den Notariatsakt – neben der bereits entrichteten Pauschalgebühr bei Einleitung des Rechtsstreits (vgl § 2 Z 1, § 3 Abs 3 Halbsatz 2 GGG) – gesonderte **Kosten** gem § 18 oder § 19 NTG⁶² (allenfalls ermäßigt gem § 4 Z 1, 2 NTG) anfallen. Demgegenüber sind die Kosten für einen Prozessvergleich, der sich innerhalb des Streitgegenstands hält, in der Pauschalgebühr bereits inkludiert (vgl § 3 Abs 3 letzter Satz, § 18 Abs 2 Z 2 GGG);⁶³ vergleichen sich die Parteien in der vorbereitenden Tagsatzung, wird sogar die halbe Pauschalgebühr rückerstattet (Anm 2 zu TP 1 GGG).⁶⁴ Wenn dem Notariatsakt ein Vergleich iSd § 1380 ABGB zugrunde liegt, so erweist er sich wegen der zusätzlichen Rechtsgeschäftsgebühr gem § 33 TP 20 GebG von 1% sogar als deutlich kostspieliger, zumal diese Gebühr nur bei außergerichtlichen Vergleichen anfällt.⁶⁵

Größere Bedeutung dürfte dem vollstreckbaren Notariatsakt im Rahmen einvernehmlicher Streitbeilegung daher insoweit zukommen, als seine Existenz einen **Rechtsstreit von vornherein vermeiden** kann.⁶⁶ Diese Funktion dürften vor allem jene Gläubiger vor Augen haben, die bei Vertragsabschluss einen vollstreckbaren Notariatsakt ihres (künftigen) Schuldners fordern. Es handelt sich wohl sogar um den Hauptanwendungsbereich des vollstreckbaren Notariatsakts.⁶⁷ Kommt nachträglich Streit über den Bestand des materiellrechtlichen Anspruchs bzw die zugrunde liegende Einigung im Rahmen des Notariatsakts auf, steht dessen Existenz einem Rechtsstreit hierüber allerdings nicht entgegen. Im Endeffekt ändert sein Bestand nur die Parteirollen, indem der Schuldner eine Klage – sei es gem § 35 EO (analog), sei es iS der Rsp gem § 39 Abs 1 Z 1 EO – gegen den Gläubiger zur Überprüfung der Berechtigung des Anspruchs anstrengen muss, um eine Vollstreckung zu verhindern (vgl oben D.).⁶⁸

Eine Besonderheit ist schließlich für **Unterlassungsansprüche** zu beachten: Hier hat der Schuldner grundsätzlich sogar ohne Mitwirkung des Gläubigers die Möglichkeit, durch die (einseitige) Unterwerfung unter einen vollstreckbaren Notariatsakt die erfolgreiche Durchsetzung eines an sich berechtigten Unterlassungsanspruchs zu verhindern. Nach der Rsp ist nämlich anerkannt, dass schon das Angebot eines vollstreckbaren Unterlassungsvergleichs zumindest im Regelfall die erforderliche **Wiederholungsgefahr** beseitigt.⁶⁹ Erst recht muss dies prinzipiell bei Unterfertigung eines vollstreckbaren Notariatsakts gelten, wenngleich die konkrete Beurteilung der Wiederholungsgefahr stets eine Frage des Einzelfalls bleibt.⁷⁰

Über den Autor:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

⁵⁹ Vgl *Heller/Berger/Stix*, Exekutionsordnung I⁴ 502f, wonach die *Eventualmaxime* durch Subsumtion einer Feststellungsklage unter § 39 Abs 1 Z 1, § 42 Abs 1 Z 1 EO „umgangen“ würde.

⁶⁰ Genau genommen geht es um die in der Kombinationstheorie enthaltene Annahme einer Gesamtwirkung der Oppositionsklage, s RIS-Justiz RS0048064 (T 3); 3 Ob 322/05g EFSlg 115.305; *Jakusch in Angst/Oberhammer*, EO³ § 35 Rz 3.

⁶¹ Zu den Vor- und Nachteilen der unterschiedlichen Lösungswege s die besonders lesenswerte Analyse von *Münch in Rechberger*, Urkunde 1 (24ff).

⁶² Maßgeblich für die Abgrenzung ist wohl, ob mit dem vollstreckbaren Notariatsakt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (zB Vergleich) abgeschlossen (§ 18 NTG) oder nur ein einseitiges Schuldbekennnis abgegeben werden soll (§ 19 NTG).

⁶³ *Seeber-Grimm/Seeber/Offenbecher*, Der Vergleich im Zivilprozess – eine gebühren- und kostenrechtliche Betrachtung, ÖJZ 2020, 857 (859).

⁶⁴ *Seeber-Grimm/Seeber/Offenbecher*, ÖJZ 2020, 857 (861).

⁶⁵ *De lege ferenda* krit daher bereits *Bittner in Rechberger*, Notar 67 (74).

⁶⁶ *Bittner in Rechberger*, Notar 67 (68).

⁶⁷ Vgl schon *Hofmeister*, NZ 1982, 97 (98).

⁶⁸ *Rechberger/Oberhammer/Bogensberger*, Notariatsakt 74.

⁶⁹ RIS-Justiz RS0079899, zB 4 Ob 311/78 SZ 51/87.

⁷⁰ 4 Ob 360/86 MR 1988, 125 (*Walter*); 4 Ob 274/00y ÖBl 2001, 164; RIS-Justiz RS0079899 (T 10; 13; 17; 20; 23).