

# Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	19
I. Problemstellung	19
II. Gang der Untersuchung	22
§ 2 Der Meinungsstand zur Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung	23
I. Privatrechtliche Natur	23
II. Zivilprozessrechtliche Natur	26
1. Prozesshandlung und prozessuale Willenserklärung	26
a) Begründung	27
aa) Gesetzesystematik	27
bb) Weitreichender funktioneller Prozessbegriff	28
cc) Gleichstellung der vollstreckbaren Urkunde mit dem Urteil	29
dd) Prozessualer Unterwerfungsgegenstand	30
b) Die Durchsetzungskraft dieser Ansicht	30
2. Prozessualer Vertrag	31
a) Nähe zum zivilrechtlichen Vertrag und Einwilligungserfordernis	32
b) Auswirkung auf den Prozess im weiteren Sinne	33
c) Abstraktheit des Vollstreckungsvertrages	33
III. Doppelnature – privatrechtliche und prozessuale Erklärung	34
IV. Exkurs: Die Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG	34
1. Die Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts	35
a) Wortlaut	35
b) Sinn und Zweck	35
c) Historie	37
2. Die Ansicht der Literatur	38
a) Wortlaut	39
b) Sinn und Zweck	39
c) Systematik	40
d) Historie	40

3. Unterschiede zum Streitstand der Unterwerfungserklärung nach § 794 I Nr. 5 ZPO	41
<b>§ 3 Bestimmung der Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung anhand des „Savigny'schen Auslegungskanons“</b>	<b>42</b>
I. Historie	42
1. Ursprünge der vollstreckbaren notariellen Urkunde	42
a) Das italienische instrumentum guarentigatum	42
b) Das Gerichtszeugnis	43
c) Fazit aus den historischen Wurzeln für die Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung	45
2. Bedeutungsverlust der vollstreckbaren notariellen Urkunde im deutschsprachigen Raum des ausgehenden Mittelalters	46
3. Renaissance der vollstreckbaren notariellen Urkunde ab Mitte des 19. Jahrhunderts	47
4. Rechtsvereinheitlichung mit der Reichscivilprozeßordnung	48
5. Zusammenfassung der historischen Auslegung	49
a) Indizien gegen eine privatrechtliche Rechtsnatur	51
b) Indizien gegen eine prozessuale Rechtsnatur	51
c) Indizien gegen eine Doppelnatur	55
d) Resümee der historischen Auslegung	55
II. Wortlaut: Die Unterwerfungserklärung „wegen des zu bezeichnenden Anspruchs“	56
1. Die mannigfaltigen Anspruchsbegriffe	56
a) Die Entwicklung hin zur Unterscheidung zwischen materiellem und prozessualet Anspuch	56
aa) Actio im römischen Recht und älteren gemeinen Recht	56
bb) Die Trennung von materiellem Recht und Prozessrecht	57
cc) Betonung des materiellen Anspruchs ab der Mitte des 19. Jahrhunderts	57
dd) Der prozessuale Anspruch ab Beginn des 20. Jahrhunderts	58
ee) Erneuerung der materiell-rechtlichen Anspruchstheorie	60
b) Der vollstreckbare Anspruch	61

c) Der Vollstreckungsanspruch	61
2. Notwendigkeit der Unterscheidung verschiedener Anspruchs begriffe	61
a) Materieller und prozessualer Anspruchs begriff	62
aa) Argumente für einen prozessualen Anspruch	62
bb) Stellungnahme	63
(1) Nur behaupteter Anspruch und § 194 BGB	63
(2) Streitgegenstand der abgewiesenen Klage	64
(3) Anspruchsgrundlagenkonkurrenz und § 194 BGB	65
(4) Prozessvoraussetzungen und prozessualer Anspruch	68
(5) Streitgegenstand der Feststellungs- und Gestaltungsklage	70
b) Materieller Anspruch, prozessualer Anspruch und vollstreckbarer Anspruch	71
c) Materieller Anspruch, vollstreckbarer Anspruch und Vollstreckungsanspruch	73
aa) Das Dreiecksverhältnis der Vollstreckung	74
(1) Das Verhältnis Gläubiger – Schuldner	74
(2) Das Verhältnis Gläubiger – Staat	78
(3) Das Verhältnis Schuldner – Staat	80
bb) Daseinsberechtigung des Vollstreckungsanspruchs	80
3. Der Anspruchs begriff in § 794 I Nr. 5 ZPO	80
a) Prozessualer Anspruch als Unterwerfungsgegenstand	81
aa) Analogiefunktion	83
(1) Analogiefunktion wegen reiner Sachhaftung ohne Anspruchscharakter aus § 1147 BGB	84
(2) Anspruch aus § 1147 BGB als Unterwerfungsgegenstand	84
(3) § 1147 BGB – ein Leistungsanspruch im Sinne des § 194 BGB	86
bb) Abgrenzungsfunktion	90
cc) Bestandsfunktion	91
dd) Zusammenfassung	93
b) Vollstreckungsanspruch als Unterwerfungsgegenstand	94
c) Vollstreckbarer Anspruch als Unterwerfungsgegenstand	95
d) Materiell-rechtlicher Anspruch als Unterwerfungsgegenstand	96

e) Zusammenfassung zum Anspruchsbegriff	98
4. Beziehung der Unterwerfungserklärung zum materiellen Anspruch	99
a) Notarielle Beurkundung der Unterwerfungserklärung als Titel	100
b) Vergleich der Unterwerfungserklärung mit dem Prozessanerkenntnis	100
c) Fazit	104
5. Der „zu bezeichnende“ Anspruch	105
6. Der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen	108
7. Ergebnis zum Wortlaut	109
<b>III. Systematische Auslegung</b>	109
<b>IV. Teleologische Auslegung</b>	112
1. Ziel der Unterwerfungserklärung: Schaffung eines Vollstreckungstitels	112
2. Rechtsnatur der Vollstreckungstitel	113
a) Rechtsnatur des vollstreckbaren Leistungsurteils	113
aa) Vorbemerkung	113
bb) Das Leistungsurteil als Eingriff in Grundrechte	114
(1) Schutzbereich	115
(a) Das Zahlungsurteil	115
(b) Das Herausgabeurteil	118
(c) Das Urteil wegen sonstiger Handlungen oder Unterlassungen	120
(2) Eingriff	121
(a) Verurteilungen auf außervertraglicher Grundlage	122
(b) Verurteilungen auf vertraglicher Grundlage	123
(c) Bewertung	123
(3) Rechtfertigung	125
cc) Handlungsformen für Grundrechtseingriffe	128
(1) Verwaltungsorgane	128
(2) Gerichte	130
dd) Handlungsform „Verwaltungsakt“ im Leistungsurteil enthalten	131
(1) Hoheitliche Maßnahme	132

(2) Einer Behörde	132
(a) Abgrenzung anhand des Merkmals einer letztverbindlichen Streitentscheidung	134
(b) Abgrenzung anhand der Zweckverfolgung	136
(c) Zusammenfassung	138
(3) Zur Regelung eines Einzelfalls	138
(4) Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	139
(5) Auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet	140
(6) Zusammenfassung	140
ee) Kritik an einem dem Leistungsurteil immanenten Verwaltungsakt	141
ff) Stellungnahme	142
(1) Zum Rechtspflegecharakter des Urteils	142
(2) Zur Durchbrechung der Gewaltenteilung	145
(3) Zum Begriff des Verwaltungsaktes	147
(4) Zur Umkehr der Initiativrichtung	152
(5) Zusammenfassung	153
b) Rechtsnatur der vollstreckbaren notariellen Urkunde	154
aa) Vollstreckbare Urkunde und Rechtspflege	154
bb) Keine Durchbrechung der Gewaltenteilung	154
cc) Initiativrichtung wie beim Verwaltungsakt	157
dd) Subsumtion unter § 35 S. 1 VwVfG	159
(1) Hoheitliche Maßnahme	159
(a) Erklärungsgehalt	160
(b) Staatliche Maßnahme	160
(c) Einseitigkeit der Maßnahme	161
(d) Kritische Würdigung der EuGH- Rechtsprechung	162
(2) Maßnahme „einer Behörde“	165
(a) Funktionaler Behördenbegriff	165
(b) Abgrenzung anhand des Merkmals einer letztverbindlichen Entscheidung	167
(c) Abgrenzung anhand der Zweckverfolgung	169
(d) Zusammenfassung	170
(3) Zur Regelung eines Einzelfalls	171
(4) Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts	171

(5) Auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet	172
(6) Zwischenfazit	173
ee) Rückbezug auf die Wurzeln des Verwaltungsaktes	173
ff) Zusammenfassung zur Rechtsnatur der vollstreckbaren notariellen Urkunde	175
3. Die Rechtsnatur der vollstreckbaren Urkunde unter Einbeziehung der Unterwerfungserklärung	175
a) Übersicht	177
aa) Zum mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt	178
bb) Zum Verwaltungsakt auf Unterwerfung	178
cc) Zum antragsbedürftigen Verwaltungsakt	181
dd) Zum zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt	182
b) Einordnung der vollstreckbaren Urkunde	185
aa) Mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt	185
bb) Verwaltungsakt auf Unterwerfung	186
cc) Antragsbedürftiger Verwaltungsakt	187
dd) Zustimmungsbedürftiger Verwaltungsakt	188
4. Folgerungen aus der Rechtsnatur der vollstreckbaren Urkunde für die Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung	188
a) Materielle öffentlich-rechtliche Willenserklärung	188
b) Der Notar als Empfänger der Willenserklärung	190
c) Drittbegünstigung des Gläubigers	191
5. Fazit der teleologischen Auslegung	191
V. Zusammenfassung der eigenen Stellungnahme zur Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung	192
1. Historie	192
2. Wortlaut	193
3. Systematische Auslegung	195
4. Zwischenfazit	195
5. Teleologische Auslegung	196
§ 4 Stellungnahme zum derzeitigen Meinungsspektrum	197
I. Gegen eine privatrechtliche Natur	197
II. Ablehnung einer zivilprozessrechtlichen Rechtsnatur	197
1. Fehlende Mitwirkung des Gläubigers im Sinne eines zivilprozessualen Vertrages	198

2. Ablehnung einer Prozesshandlung und prozessualen Willenserklärung	199
a) Besonderheiten der gerichtlichen Urteile	200
b) Ablehnung eines prozessualen Unterwerfungsgegenstandes	201
III. Verwerfung einer Doppelnatur	202
IV. Exkurs: Die Unterwerfungserklärung nach § 61 VwVfG	203
 § 5 Folgewirkungen des diesseitigen Verständnisses von vollstreckbarer Urkunde und Unterwerfungserklärung	207
I. Anwendbares Recht	207
1. Ausdrückliche Regelungen der Unterwerfungserklärung und vollstreckbaren Urkunde	209
a) Anwendung der ZPO	209
b) Anwendung des BeurkG	210
2. Weitere anwendbare Gesetze	211
a) Anwendbarkeit des VwVfG	211
aa) Bundesrecht oder Landesrecht	212
bb) Subsidiarität des VwVfG	213
(1) Handeln des Notars als Behörde der Justizverwaltung	214
(a) Vollstreckbare Urkunde als Maßnahme auf dem Gebiet des Prozessrechts	216
(b) Vollstreckbare Urkunde als Maßnahme auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit	217
(2) Nachprüfung durch die in verwaltungsrechtlichen Notarsachen zuständigen Gerichte	220
(3) Fazit	221
cc) Lösung de lege lata	221
dd) Lösung de lege ferenda	224
(1) Gesetzesvorschlag	225
(2) Begründung	225
(a) Fehlen einer dem gerichtlichen Verfahren entsprechende Beteiligung von zwei Parteien	226
(b) Fehlen einer letztverbindlichen Entscheidung	226

(c) Staatliche Fürsorge außerhalb der Rechtsprechung	227
(d) Rechtshistorische Zuordnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit zur Verwaltung	228
(e) Unterbindung eines diffusen Rechtspflegeaktes	229
(f) Kontrolle durch die Zivilgerichte unter Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes	230
(g) Zusammenfassung	231
b) Anwendbarkeit des BGB	232
aa) Entsprechende Anwendbarkeit über gesetzliche Verweisung	232
bb) BGB als allgemeiner Rechtsgedanke oder Rechtsgrundsatz	234
cc) Analoge Anwendbarkeit	235
(1) Regelungslücke	235
(2) Vergleichbare Interessenlage	236
(3) Zwischenfazit	237
3. Unanwendbare Gesetze	238
a) Anwendung des FamFG	238
b) Anwendung der VwGO	238
c) Anwendung des VwZVG	239
4. Zusammenfassung	239
<b>II. Auflösung der Problemfelder</b>	240
1. Fähigkeit zur Abgabe der Unterwerfungserklärung	241
a) Rechts- und Geschäftsfähigkeit	241
b) Partei- und Prozessfähigkeit	241
c) Problemanalyse	241
d) Stellungnahme und Lösung	244
aa) Gesetzliche Vorgaben	245
(1) Beurkundungsgesetz	245
(2) Anwendung des Verwaltungsverfahrensgesetzes oder des Bürgerlichen Gesetzbuches?	246
bb) Subsumtion	247
(1) Beteiligungsfähigkeit	248
(2) Handlungsfähigkeit	249
(a) Art. 12 BayVwVfG	249

(b) Art. 45 I Nr. 1 BayVwVfG als Öffnungsklausel für das BGB	250
(c) Zwischenfazit	253
cc) Fehlerfolgenlehre	254
(1) Prüfpflicht des Notars	254
(2) Wirksamkeit der vollstreckbaren Urkunde	255
(3) Klauselerteilungsverfahren	256
(a) Antragsberechtigung	257
(b) Prüfungsumfang des Notars im Klauselerteilungsverfahren	260
(4) Rechtsbehelfe des Schuldners	261
2. Rechtsgeschäftliche Vertretung bei Abgabe der Unterwerfungserklärung	265
a) Vertretung gemäß §§ 78 ff. ZPO	265
b) Vertretung gemäß §§ 164 ff. BGB	265
c) Problemanalyse	265
d) Stellungnahme und Lösung	267
aa) Vollmachtnahe Vertretung und Rechtsscheinhaftung	268
(1) Analoge Anwendung des BGB	269
(a) Historie	269
(b) Planwidrige Regelungslücke	270
(c) Vergleichbare Interessenlage	270
(2) Vollmachtnahe Vertretung gemäß §§ 177 ff. BGB analog	272
(3) Rechtscheinhaftung	274
bb) Form der Vollmacht	277
cc) Zwischenfazit	279
dd) Fehlerfolgenlehre	280
(1) Prüfpflicht des Notars	280
(2) Klauselerteilungsverfahren	281
(3) Rechtsbehelfe des Schuldners	285
3. Loslösung des Schuldners von seiner Unterwerfungserklärung	286
a) Gegner einer Anfechtung nach den Vorschriften des BGB	286
b) Befürworter einer Anfechtung nach den Vorschriften des BGB	287

c) Problemanalyse	287
aa) Arglistige Täuschung und widerrechtliche Drohung	287
bb) Irrtum des Schuldners	289
cc) Zwischenfazit	289
d) Stellungnahme und Lösung	290
aa) Freie Rücknahmemöglichkeit	291
bb) Anfechtung	292
(1) Anfechtung analog § 119 BGB	295
(2) Anfechtung analog § 123 BGB	296
(3) Zusammenfassung	297
cc) Rechtsfolgen für die vollstreckbare Urkunde	298
4. Unterwerfungserklärung mit Nachweisverzicht	299
a) Einführung	300
b) Problemanalyse	301
aa) Verstoß gegen § 134 BGB	301
(1) Wortlaut und Systematik	303
(2) Historische Auslegung	303
(3) Teleologische Auslegung	304
(4) Zwischenergebnis	304
bb) AGB-Kontrolle des Nachweisverzichts	305
(1) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	305
(2) Verstoß gegen § 309 Nr. 12 BGB	306
(3) Unangemessene Benachteiligung des Schuldners gemäß § 307 II Nr. 1 BGB	307
(4) Unangemessene Benachteiligung des Schuldners gemäß § 307 I 1 BGB	307
(5) Zwischenergebnis	308
c) Stellungnahme und Lösung	308
aa) Verstoß gegen § 134 BGB	309
(1) Vorgaben des § 794 I Nr. 5 ZPO	309
(2) Nachweisverzicht als Einschränkung des Klauselerteilungsverfahrens	310
(a) Nachweisverzicht als öffentlich-rechtliche Erklärung	310
(b) Verzicht nach öffentlich-rechtlichen Maßstäben zulässig?	311
(aa) Dispositionsbefugnis des Schuldners	312
(bb) Erhebliche und unverhältnismäßige Gefahren für den Schuldner	313

(c) Fazit	314
bb) AGB-Kontrolle	315
(1) Verneinung der Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB	315
(2) Verneinung eines Verstoßes gegen AGB-Recht bezüglich der Verpflichtungserklärung	317
cc) Ergebnis	317
 § 6 Zusammenfassung	 318
I. Rechtsnatur der Unterwerfungserklärung	318
II. Folgewirkungen	320
1. Anwendbare Gesetze und Vorschriften	320
2. Lösung der Problemfelder	322
a) Fähigkeit zur Abgabe der Unterwerfungserklärung	322
b) Rechtsgeschäftliche Vertretung	322
c) Loslösung von der Unterwerfungserklärung	323
d) Unterwerfungserklärung mit Nachweisverzicht	324
e) Übersicht	324
f) Fehlerfolgenlehre	326
 § 7 Resümee	 327
Literaturverzeichnis	329