

Die vollstreckbare Urkunde

Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen

Bearbeitet von
Von Dr. Hans Wolfsteiner, Notar a.D., Rechtsanwalt

(nicht aber für das Klauselverfahren, → § 47.9.). Nach diesem Maßstab hat auch das Beschwerdegericht die Ablehnung zu beurteilen.

Es wäre freilich eine zu enge Sicht, wollte man aus dem „insbesondere“ folgern, dass nur Unerlaubtes und Unredliches zur Ablehnung führen dürfe. Vor allem nach § 17 BeurkG hat der Notar ein umfangreiches Pflichtenprogramm, dessen Erfüllung ihm die Parteien ermöglichen müssen (→ § 4.2. ff., → § 6.47. ff.; → § 13.41. ff.). Verweigern die Parteien ihre Mitwirkung oder bestehen sie auf einer Beurkundung, mit der zwar keine unerlaubten oder unredlichen Zwecke verfolgt werden, die aber den Verfahrensvorschriften (zB § 17 Abs. 2 a Nr. 1 BeurkG) widerspricht, so ist die Ablehnung ebenfalls geboten und berechtigt. **13.66.**

Findet bei Zuständigkeit anderer Urkundspersonen die Überprüfung in einer **anderen Verfahrensart** statt (→ § 13.54.), so bleiben über § 1 Abs. 2 BeurkG – anders als für die Beurteilung der Verfahrenszuständigkeit – die materiellen Beurteilungskriterien dieselben. Zwar fehlen für gerichtliche, konsularische und oder Jugendamtsbeurkundungen ausdrückliche Vorschriften mit dem Inhalt des § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO; die Pflicht, die Amtstätigkeit zu gewähren, falls kein Ablehnungsgrund gegeben ist, folgt hier aber aus dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch bzw. aus dem Recht zu gleichem Zugang zu staatlichen Einrichtungen, aber auch aus dem (anwendbaren) § 4 BeurkG. **13.67.**

4. Weitere Rechtsbehelfe

Ist die vollstreckbare Urkunde erst einmal errichtet, so kann sie nur noch in den **Klageverfahren** der §§ 767, 323 ZPO angegangen werden (s. → § 31). Die Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO ist nicht mehr statthaft, auch nicht mit dem Ziel, die (einfache) Ausfertigung der Urkunde zu unterbinden.⁵⁹ Auch durch einen sog. **Vorbescheid** kann dieser Weg nicht eröffnet werden.⁶⁰ Im Übrigen gelten allein die Vorschriften über die Klauselerinnerung (§ 732 ZPO), die einen Vorbescheid ebenfalls nicht kennen (→ § 35.50.). **13.68.**

⁵⁹ AA – in Konsequenz – *Winkler* BeurkG¹⁸ § 4 Rn. 44; *Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß*⁷ BeurkG § 4 Rn. 15, jeweils unter Berufung auf LG Bochum vom 3.4.1989 – 7 T 42/89 – DNotZ 1990, 571; wenn es außerhalb des Verfahrens der Vollstreckungsabwehrklage eine Amtspflicht des Notars gibt, die Ausfertigung einer amtspflichtwidrig errichteten Urkunde zu unterlassen (→ § 19.45.), muss die Erfüllung dieser Pflicht auch durch Notarbeschwerde erzwingbar sein, eine wenig attraktive Konsequenz.

⁶⁰ OLG Köln vom 11.9.2006 – 2 Wx 13/06 – DNotZ 2007, 218. Für Zulässigkeit für die einfache Ausfertigung aber LG Stuttgart vom 6.12.2001 – 1 T 51/00 – MittBayNot 2003, 158. Vgl. für andere Tatbestände des notariellen Verfahrens *Reithmann* ZNotP 2005, 58; ablehnend zum Verfahren der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung mit ausführlicher Darstellung der Geschichte des Vorbescheids OLG Brandenburg vom 31.7.2007 – 10 WF 146/07 – NJW-RR 2008, 308; **für** Fortbestand des Vorbescheids nach Inkrafttreten des FamFG *Heinemann* DNotZ 2009, 6, 37 aus verfassungsrechtlichen Gründen (?); *Sandkühler* DNotZ 2009, 595; *Preuß* DNotZ 2010, 265; *Stuppi* notar 2010, 236, 239.

§ 14. Errichtung über einen Anspruch

I. Errichtung über einen Anspruch	14.2.
1. Begründung in der Unterwerfungsurkunde	14.3.
2. Anspruch im prozessualen Sinn	14.4.
3. Anspruch als Korrelat zur Leistungspflicht	14.9.
II. Das Spannungsverhältnis zum materiellen Recht	14.10.
1. Grundsätze	14.10.
2. Der Grundsatz der Freiwilligkeit	14.14.
3. Keine Bindung an das materielle Recht	14.15.
4. „Abstrakte“ Vollstreckungsunterwerfung	14.17.
III. Bestimmter Anspruch	14.20.
1. Grundsatz	14.20.
2. Einschränkungen	14.22.
3. Unbestimmte, aber künftig bestimmbare Ansprüche	14.25.
4. Anspruchsveränderungen	14.28.
IV. Teil eines Anspruchs	14.29.

14.1. S. zu den notwendigen Elementen einer vollstreckbaren Urkunde → § 11.2. ff.

I. Errichtung über einen Anspruch

14.2. Die vollstreckbare Urkunde muss gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO „über einen **Anspruch** errichtet“ sein (→ § 11.4.). Auf diesen Anspruch hat sich die Unterwerfungserklärung zu beziehen.

1. Begründung in der Unterwerfungsurkunde

14.3. Es herrscht fast völlige Einigkeit darüber, dass das Erfordernis, die Urkunde müsse „**über einen Anspruch**“ errichtet sein, in der Weise wörtlich zu nehmen ist, dass der Anspruch zwar in der Unterwerfungsurkunde begründet werden *kann*, aber keinesfalls in ihr begründet werden *muss*.¹ Die Unterwerfungserklärung kann sich als Prozesshandlung (→ § 11.10. ff.) sowohl auf einen schon bestehenden als auch auf einen gleichzeitig begründeten wie auch auf einen künftigen Anspruch beziehen. Enthält die vollstreckbare Urkunde auch den Entstehungstatbestand des Anspruchs oder Teile des Entstehungstatbestands, so ist die Verbindung in einer Urkunde doch ohne rechtliche Bedeutung; die Unwirksamkeit des einen Teils indiziert nicht auch die des anderen Teils und umgekehrt (→ § 11.16., → § 11.29. ff.; → § 14.17. ff.).

¹ BGH vom 24.11.1978 – V ZB 17/78 – BGHZ 73, 156 = LM Nr. 6 zu § 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO (*Linden*); OLG Köln vom 13.2.1992 – 1 U 46/91 – NJW-RR 1992, 623, das aber die Anforderungen an die inhaltliche Bestimmtheit der Schuldübernahme und an die der Unterwerfung unzulässig vermengt; LG Stade vom 9.12. 1976 – 2 T 173/76 – RPflegler 1977, 261; *Petermann S. 22. AA* wohl *Buhe* Gruch. 58, 380; *Daimann* BWNotZ 1978, 10 mwN.

2. Anspruch im prozessualen Sinn

„Anspruch“ ist der **Anspruch im prozessualen Sinn**.² Dieser³ ist nichts anderes als der Inhalt des Vollstreckungstitels entsprechend dem Leistungsgebot im Urteils-tenor eines Leistungsurteils. Die Kritik an diesem Verständnis⁴ ist unbegründet, zumal die Gegenmeinung den materiell-rechtlichen Anspruch, den sie als Gegenstand der Unterwerfung versteht, sofort mittels einer Abstraktion wieder aufgeben muss.⁵ Dieser Inkonsequenz gegenüber wirkt der nicht ganz unberechtigte Einwand, die hier vertretene Lehre werde nicht konsequent genug durchgehalten,⁶ gering.

Die **Willensrichtung** der in der vollstreckbaren Urkunde verkörperten Unterwerfungserklärung ist ebenso wenig auf den materiellrechtlichen Anspruch gerichtet wie die Willensrichtung der Klage und des vom Gesetz in § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ausdrücklich auf den Streitgegenstand bezogenen gerichtlichen Vergleichs. Ob die einem bestimmten Sachverhalt entspringende Leistungsverpflichtung eine vertragliche oder gesetzliche, ob sie auf Schadensersatz oder Rücktritt gegründet ist, spielt weder für den Schuldner noch für den Gläubiger noch gar für Dritte eine größere Rolle als im streitigen Erkenntnisverfahren. In allen Verfahren muss sich der prozessuale Anspruch letztlich am materiellen Recht messen lassen, der Klageanspruch nur im Erkenntnisverfahren,⁷ der Anspruch der vollstreckbaren Urkunde zunächst im Beurkundungsverfahren (→ § 4.10.) und später im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage (→ § 14.12.). Das raubt dem prozessualen Anspruchsbegriff nicht seinen Sinn. Bei allen Titeln ist es auch unvermeidbar, noch nach der Titulierung gelegentlich auf das materielle Recht zurückzugreifen, zB bei der Klauselerteilung nach § 727 ZPO; auch das ist keine Spezialität der vollstreckbaren Urkunde. Zuzugeben ist, dass der

² OLG Celle vom 8.1.1968 – 8 W 229/67 – DNotZ 1969, 102 mit Anm. *Stoll*; *Stürner* ZZZ 93 (1980), 233; *Münch* § 10; *Münch* ZIP 1991, 1041; *Münch* gegen die Kritik am prozessualen Verständnis ZNotP 1998, 474; *Schultheis* S. 62 ff.; *Brehm* ZZZ 111 (1998), 377, 378 mit Tendenz zur Erweiterung des materiellrechtlichen Anspruchsbegriffs; *Baur/Stürner/Bruns* Zwangsvollstreckungsrecht¹³ Rn. 16.16.

³ Zum Begriff des Anspruchs im prozessualen Sinn zB BGH vom 19.12.1991 – IX ZR 96/91 – BGHZ 117, 1 = EWiR 1992, 515 (*Vollkommer*) (dazu auch *K. Schmidt* JuS 1992, 702); BGH vom 10.12.2002 – X ARZ 208/02 – BGHZ 153, 173; BGH vom 28.9.2006 – IX ZR 136/05 – ZIP 2006, 2178; BGH vom 21.10.2008 – XI ZR 466/07 – NJW 2009, 56; BGH vom 13.1.2009 – XI ZR 66/08 – WM 2009, 402; *Horn* JuS 1992, 680; *Bey* ZZZ 105 (1992), 145; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*¹⁷ § 92; *MüKoZPO/Becker-Eberhard*⁵ Vorbem. zu § 253 Rn. 32 ff.; *Musielak/Voit/Musielak* ZPO¹⁵ Einl. Rn. 68 ff.; *Wiezcorek/Schütze/Prütting* ZPO⁴ Einl. Rn. 69 ff.

⁴ Eingehend *Gaul* FS Lücke, 1997, 81, der (wie auch in ZZZ 112 [1999], 135, 182) den prozessualen Anspruchsbegriff – jedenfalls außerhalb des Erkenntnisverfahrens – allgemein in Frage stellt (zu Letzterem auch *Schwab* FS Lücke, 1997, 793); *Kopp* S. 154; *Engelhardt* S. 5, die das materiellrechtliche Anspruchsverständnis zu Unrecht als hL bezeichnet und sich fälschlich auf *Schultheis* beruft; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*¹² § 13 Rn. 52; *BeckOKZPO/Hoffmann*²⁸ § 794 Rn. 40, der diese nur noch von Wenigen vertretene Lehre ebenfalls als hM bezeichnet. Vermittelnd *Münzberg* JZ 1998, 378.

⁵ Das leugnet *Gaul* FS Lücke, 1997, 81 mit der semantischen Deutung, es handle sich nur um „Formalisierung“. Welchen Namen man aber der „gedanklichen Trennung von Vollstreckung und materiellem Anspruch“ gibt, die nach *Stein/Jonas/Münzberg*²² § 794 ZPO Rn. 106 und Vor § 704 Rn. 21 ff. die Lösung fast aller auftauchender Probleme erleichtert, spielt eine geringe Rolle.

⁶ *Münch* § 4 III 3 a.

⁷ Diese einfache Tatsache vernachlässigen sowohl *Münch* § 4 III 3 a (richtig aber § 8 IV 3 a) als auch *Gaul*; s. aber zur Bedeutung des materiellen Rechts für die Zwangsvollstreckung betreffend *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard/Gaul*¹² §§ 6 Rn. 23, § 40 Rn. 1 ff.; *Münzberg* JZ 1998, 378.

Schuldner in seiner Unterwerfungserklärung in stärkerem Maße auf die materiellrechtlichen Grundlagen des Anspruchs zurückzugreifen kann als das Zivilurteil, indem er sie im Sinne einer Bedingung nach § 726 ZPO mit dem Titel verknüpft;⁸ eine solche Verknüpfung wird im Sinne einer Auslegungsregel sogar vermutet (→ § 17.21. ff.). Auch dem Zivilprozess ist aber ein solcher Rückgriff bei Klagen an besonderen, nur für einzelne Anspruchsgrundlagen geöffneten Gerichtsständen⁹ und in der Form des Urteils auf künftige (bedingungsabhängige) Leistung¹⁰ nicht fremd. Auch wird im Zivilprozess zugelassen, dass der Kläger seinen Anspruch ausdrücklich nur auf eine von mehreren möglichen Anspruchsgrundlagen stützt mit der Folge, dass das Gericht nur diese Anspruchsgrundlage prüfen darf.¹¹ In der Regel aber ist eine solche Verknüpfung nicht gewollt, ja ausgesprochen unerwünscht, denn weder Schuldner noch Gläubiger wollen sich bei Errichtung einer vollstreckbaren Urkunde mit der Frage der Rechtsnatur des vollstreckbar zu stellenden Anspruchs des materiellen Rechts befassen noch gar das Risiko eingehen, bei fehlerhafter Qualifizierung Rechtsnachteile zu erleiden.

- 14.6. Bestehen also zwischen Zivilurteil und vollstreckbarer Urkunde ohnehin **keine grundlegenden Unterschiede** in der Anspruchsbehandlung, so ist letztlich die Überlegung ausschlaggebend, dass das gesamte, zwangsläufig auch auf die vollstreckbare Urkunde anzuwendende prozessuale Instrumentarium (von der Vollstreckungsklausel bis zur Vollstreckungsabwehrklage) ein Ausschneiden nur der vollstreckbaren Urkunde aus dem sonst geltenden Anspruchssystem des Zivilprozesses nicht zulässt.¹²
- 14.7. Würde man etwa bei konkurrierenden Ansprüchen die Unterwerfung auf die Ansprüche materiellen Rechts beziehen, so hätte man es mit so vielen Titeln zu tun wie materiellrechtliche Ansprüche betroffen sind, also beispielsweise mit einem Titel aus Vertrag, einem aus ungerechtfertigter Bereicherung und einem aus Delikt. Wegen jedem dieser Titel müsste separate Vollstreckungsabwehrklage zulässig sein und der Prüfungsumfang jeder dieser Klagen wäre auf den Anspruch des materiellen Rechts beschränkt. Die Vollstreckungsabwehrklage wegen des auf Vertrag gegründeten Titels wäre erfolgreich, wenn die Nichtigkeit des Vertrags festzustellen wäre, auch wenn die Nichtigkeit auf arglistiger Täuschung beruht und der Gläubiger einen höheren Anspruch aus unerlaubter Handlung hat. Die erfolgreiche Zwangsvollstreckung aus einem Titel würde die Fortsetzung der Zwangsvollstreckung aus dem anderen Titel nicht hindern. Alles was beim streitigen Zivilprozess gegen solche Verfahrensweisen spricht, spricht auch bei der vollstreckbaren Urkunde dagegen.
- 14.8. Vorteilhaft am prozessualen Anspruchsbegriff ist zudem, dass er besser verständlich macht, dass der Schuldner sich auch wegen eines solchen (prozessualen) Anspruchs der Zwangsvollstreckung unterwerfen kann, der sich mit dem zugrunde liegenden Anspruch des materiellen Rechts **nicht deckt** (nachf. → § 14.10.).¹³ Damit zusammenhängend ist es allein praktikabel, dass der Schuldner in der Unterwerfungsurkunde nur den Inhalt des Leistungsanspruchs des Gläubigers bezeichnen muss, nicht aber dessen rechtliche Begründung.

⁸ Münzberg JZ 1998, 378, der mit Recht davor warnt, im Wege der Auslegung vorschnell zu einer Beschränkung des Anspruchs zu kommen. Gegen Beschränkung auf einzelne materiellrechtliche Ansprüche Münch § 9 IV 3.

⁹ Diese Beschränkung ist allerdings (zutreffend) aufgegeben durch BGH vom 10.12.2002 – X ARZ 208/02 – BGHZ 153, 173; **gegen** den BGH und zur bislang hL statt Vieler *Manowski* JZ 2003, 689.

¹⁰ MüKoZPO/Wolfsteiner⁵ § 726 Rn. 1.

¹¹ BGH vom 20.7.2012 – V ZR 142/11 – ZIP 2012, 1908.

¹² Münch § 9 IV; indifferent Münzberg JZ 1998, 378.

¹³ Die Auffassung *Gauls* FS Lücke, 1997, 114, Gegenstand der Unterwerfung sei ein zwischen den Beteiligten „unstreitig feststehender materieller Anspruch des Gläubigers“, trifft insoweit nicht zu (*Münzberg* JZ 1998, 378).

3. Anspruch als Korrelat zur Leistungspflicht

14.9.

Anspruch iSd § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO bedeutet also ausschließlich das Korrelat zu der vom Schuldner zum **Gegenstand seiner Unterwerfungserklärung gemachten Leistungspflicht** und nicht etwa das materielle Rechtsverhältnis, aus dem diese Leistungspflicht hergeleitet wird.¹⁴ Nicht anders als im Klageverfahren liegt deshalb bei der vollstreckbaren Urkunde auch dann lediglich ein einziger Anspruch im prozessualen Sinn vor, wenn sich dieser Anspruch auf mehrere konkurrierende Ansprüche des materiellen Rechts gründen lässt.

II. Das Spannungsverhältnis zum materiellen Recht

1. Grundsätze

Vollstreckungsrechtlich bedarf der Anspruch der vollstreckbaren Urkunde keinerlei Korrelats im materiellen Recht.¹⁵ Nicht das materielle Recht bestimmt den Inhalt des Titels, sondern die Erklärung des Schuldners. Das ändert nichts an den Erfordernissen einer vollstreckbaren Urkunde, insbesondere nichts daran, dass ein konkreter Lebenssachverhalt angegeben werden muss, um den Anspruch zu identifizieren (→ § 18). Dieser Lebenssachverhalt kann aber rein fiktiv sein; so wie eine Klage durchaus auch dann zulässig ist, wenn – wie in der Praxis nicht ganz selten – der Sachverhalt, auf den der Klaganspruch gestützt wird, frei erfunden ist (die Klage ist dann unbegründet), ist auch eine vollstreckbare Urkunde wirksam, wenn sie sich auf einen nicht realen Sachverhalt stützt. Anders als im Zivilprozess findet bei der vollstreckbaren Urkunde aber ein doppelter Abgleich mit der wahren Rechtslage statt.

Der erste Abgleich geschieht im **Beurkundungsverfahren**. S. dazu, dass der Notar die Beteiligten von Amts wegen dazu anleiten soll, vollstreckbare Urkunden in möglicher Übereinstimmung mit der materiellen Rechtslage zu errichten, auch → § 6.47. ff. und → § 14.16. Weiter dazu, dass er die Beurkundung sogar abzulehnen hat, wenn ihm die Parteien die Mitwirkung bei der Ermittlung des wahren Sachverhalts verweigern, → § 4.6. ff. Im Zivilprozess findet hingegen eine Überprüfung des Klagesachverhalts auf Wahrheit nur statt, wenn der Beklagte sich verteidigt, und auch dann nur in den Punkten, in denen der Beklagte den Tatsachenvortrag des Klägers bestreitet. Verteidigt sich der Beklagte nicht, so kann der Kläger ein Versäumnisurteil erlangen, auch wenn sein Tatsachenvortrag gänzlich unreal ist.

Der zweite Abgleich erfordert, dass der Schuldner **Vollstreckungsabwehrklage** nach § 767 ZPO erhebt (dazu → § 17.44.; → § 31.36. ff.). Da die vollstreckbare Urkunde keine materielle Rechtskraft wirkt (→ § 4.33.), ermöglicht es die (zeitlich unbegrenzt zulässige) Klage dem Schuldner, den Vollstreckungstitel zu jeder Zeit auf die materielle Rechtslage zurückzuführen, also den Titel völlig zu vernichten, wenn der Anspruch nicht besteht, oder ihn reduzieren zu lassen, wenn der titulierte Anspruch über den des materiellen Rechts hinausgeht (→ § 14.17.).

S. dazu, dass das auch aktiv zur Gestaltung eingesetzt werden kann, → § 17.44. ff. Im Übrigen ist die vollstreckbare Urkunde im Ergebnis nur effektiv, soweit ihr Anspruch durch materielles Recht gedeckt ist. Die vollstreckungsrechtliche Abstraktion des vollstreckbaren Anspruchs vom Anspruch materiellen Rechts bedeutet also keineswegs einen Freibrief für

¹⁴ OLG Celle vom 8.1.1968 – 8 W 229/67 – DNotZ 1969, 102 mit Anm. *Stoll*.

¹⁵ *Piekenbrock ZZP* 125 (2012), 171; skeptisch *Dieckmann BWNtZ* 2009, 144 Fn. 42. Vgl. zum Verhältnis von materiellrechtlichem zu prozessualen Streitverhalten *Häsemeyer ZZP* 118 (2005), 265.

erfundene Ansprüche; der Schuldner ist im Gegenteil besser vor solchen Ansprüchen geschützt als im ordentlichen Zivilprozess.

2. Der Grundsatz der Freiwilligkeit

- 14.14.** Aus dem Grundsatz der Freiwilligkeit (→ § 1.10. ff.) folgt, dass es allein der Schuldner ist, der mit nur wenigen Ausnahmen, die sich aus übergeordneten Rechtsnormen ergeben, in seiner „Selbstverurteilung“ frei und ungebunden den Inhalt des Vollstreckungstitels „vollstreckbare Urkunde“ festlegt. Der Schuldner hat die volle Herrschaft über die Entstehung des Titels; was er für vollstreckbar erklärt, ist vollstreckbar, was nicht, ist nicht vollstreckbar. So wie allein der Urteilstenor, notfalls ausgelegt aus den Gründen, maßgebend dafür ist, ob die Vollstreckung iSd § 726 Abs. 1 ZPO noch vom Nachweis irgendwelcher Tatsachen abhängig ist,¹⁶ so ist es bei der vollstreckbaren Urkunde allein die beurkundete Unterwerfungserklärung des Schuldners, die den Inhalt des Titels, auch dessen Abhängigkeit vom Nachweis weiterer Tatsachen bestimmt.¹⁷

3. Keine Bindung an das materielle Recht

- 14.15.** Insbesondere besteht keine Bindung an Tatbestandsvoraussetzungen, an die das materielle Recht die Entstehung, die Fälligkeit und das Erlöschen der Ansprüche knüpft, die mittels der vollstreckbaren Urkunde Vollstreckbarkeit erlangen sollen (vgl. → § 11.16. ff.). Das hat man ursprünglich anders gesehen. Wenn nach *Rosenberg*¹⁸ die Zwangsvollstreckungsunterwerfung keine Prozesshandlung ist, sondern „in jeder Beziehung dem bürgerlichen Recht untersteht“, so liegt die Annahme nahe, dass „der in den Titel aufgenommene oder in Bezug genommene Anspruch“¹⁹ eben auch der des bürgerlichen Rechts ist mit der Folge, dass die Anspruchsvoraussetzungen des materiellen Rechts von selbst Vollstreckungsvoraussetzungen werden.²⁰
- 14.16.** Dass keine Bindung an die Rechtslage des materiellen Rechts besteht, bedeutet **Verantwortung für den Notar**. Natürlich soll der Schuldner nicht alles erklären, was er prozessual wirksam erklären könnte. Ein gut beratener Schuldner wird sich vielmehr in aller Regel bei seiner „Selbstverurteilung“ eng an das materielle Recht halten und den Titel so formulieren, dass er sich so lückenlos wie möglich der materiellen Rechtslage anschmiegt. Das gilt nicht nur für den sog. Nachweisverzicht (→ § 6.47. ff. mit ausführlicher Darstellung der Aufgaben des Notars), sondern auch für – im Vergleich zur materiellen Rechtslage – sonstige Erweiterungen des Anspruchs (→ § 17.44. ff.), aber auch für Einschränkungen. So hat es wenig Sinn, zusätzliche Vollstreckungsbedingungen zu setzen, die im materiellen Recht keine Entsprechung haben. Es nützt beispielsweise nichts, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde nur in einen bestimmten Vermögensgegenstand zu erlauben, wenn der Gläubiger

¹⁶ MüKoZPO/Wolfsteiner⁵ § 726 Rn. 14, 21.

¹⁷ RG JW 1910, 658; RG vom 9.10.1909 – V 60/09 – RGZ 72, 22; BayObLG DNotZ 1933, 232; KG DNotZ 1934, 593.

¹⁸ *Rosenberg*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, hier zitiert nach der 1. Auflage 1927, § 58. 2 b und § 179. I 8 c.

¹⁹ *Rosenberg*, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, hier zitiert nach der 1. Auflage 1927, § 178. II 2 a.

²⁰ So in der Tat *Engelhardt* S. 5. Vgl. auch *Hellwig/Oertmann* System § 288 5, allerdings unter Berufung auf ein RG-Fehlzitat. Sehr viel differenzierter, wenn auch ambivalent in der Argumentation, *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*¹² § 13 Rn. 51 ff., der zwar noch daran festhält, dass mit dem Anspruch der des materiellen Rechts gemeint sei, der dessen Bestehen aber nicht zur Voraussetzung der Vollstreckbarkeit der Urkunde macht.

sich im Urkundenprozess binnen weniger Tage einen Titel verschaffen kann, der die Vollstreckung in das gesamte Vermögen erlaubt. Das Bestreben der Parteien und des sie beratenden Notars muss daher in der Regel auf sachgerechte Gestaltung der materiellrechtlichen Lage gerichtet sein und weniger auf eine „autonome“ Gestaltung des Vollstreckungstitels. Insofern kann kautelarjuristisch immer nur das materielle Recht die Leitlinien abgeben, während die Titulierung in Form einer vollstreckbaren Urkunde nur Hilfsfunktion hat. Das aber sind kautelarjuristische Erwägungen für das notarielle Erkenntnisverfahren der vollstreckbaren Urkunde; vollstreckungsrechtlich sind sie, wenn erst einmal die vollstreckbare Urkunde errichtet ist, ohne Bedeutung.

4. „Abstrakte“ Vollstreckungsunterwerfung

Das Phänomen, dass materieller und vollstreckbarer Anspruch voneinander unabhängig sind,²¹ wird ungenau und missverständlich auch als Abstraktheit der Zwangsvollstreckungsunterwerfung bezeichnet.²² Hat der vollstreckbar gestellte Anspruch im prozessualen Sinn einen größeren Umfang als materiell begründet oder besteht der Anspruch materiellrechtlich überhaupt nicht, so stellt sich die Verbindung zwischen prozessualen und materiellem Anspruch, genauer die Rückführung des prozessualen auf den Umfang des materiellrechtlichen Anspruchs über die Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO her (→ § 14.12.);²³ dort ist die Geltendmachung von Einwendungen gemäß § 797 Abs. 4 ZPO (→ § 31.36. ff.) weder durch eine (nicht vorhandene) Rechtskraft der vollstreckbaren Urkunde noch durch irgendeine Tatbestandswirkung gehemmt. Die Unterwerfungserklärung wegen eines prozessualen Anspruchs, dessen Umfang oder Inhalt über die zur Begründung dienenden Anspruchs materiellen Rechts hinausgeht, stellt den Schuldner also nicht rechtlos, sondern hat nur den Effekt, zu gegebener Zeit die Parteirollen (nicht aber die Beweislast, → § 11.26.) umzukehren. Ausschließen können die Parteien die Überprüfung im Klageverfahren nicht (→ § 31.35.).

Besser als durch die Bezeichnung „abstrakt“ wird die Unterwerfungserklärung dadurch charakterisiert, dass sie als prozessuale Erklärung eine bestimmte **Verfahrenslage** schafft und dass die Geltendmachung materieller Gesichtspunkte nicht in allen Verfahrenslagen gleichermaßen zulässig ist.²⁴ Deshalb kann auch eine angebliche Unwirksamkeit einer vollstreckbaren Urkunde „aus materiellrechtlichen Erwägungen“²⁵ nichts daran ändern, dass sie dennoch die Verfahrenslage schafft, Grundlage eines Klausel- und danach Vollstreckungsverfahrens oder auch einer

²¹ Stein/Jonas/Münzberg ZPO²² Vor § 704 ZPO Rn. 22: die Vollstreckung ist von ihrem materiellrechtlichen Untergrund gelöst.

²² Werner DNotZ 1969, 713; Groh NZM 1999, 698.

²³ BGH vom 16.4.1997 – VIII ZR 239/96 – NJW 1997, 2887 = MittBayNot 1997, 376 (dazu Jursnik S. 344) = LM § 767 ZPO Nr. 100 (Anm. Wolfsteiner); BGH vom 26.11.1999 – V ZR 251/98 – NJW 2000, 951; KG JW 1934, 1731; Werner DNotZ 1969, 722.

²⁴ Vgl. Stein/Jonas/Münzberg ZPO²² Vor § 704 ZPO Rn. 22.

²⁵ BGH vom 22.10.1998 – VII ZR 99/97 – BGHZ 139, 387 = DNotZ 1999, 53 m. Anm. Wolfsteiner S. 99 = MittBayNot 1998, 458 m. abl. Anm. Schmidt = WE 1999, 99 m. abl. Anm. Schmidt = ZNotP 1999, 3 m. abl. Anm. Hertel = NotBZ 1998, 235 m. Anm. Reithmann; BGH vom 27.9.2001 – VII ZR 388/00 – DNotZ 2002, 878 = ZfIR 2001, 978 m. Anm. Blank = IBR 2002, 19 m. Anm. Vogel = EWiR 2002, 131 (Siegburg) = NotBZ 2002, 63 (dazu Grziwotz S. 51).

Vollstreckungsabwehrklage zu sein.²⁶ Das Verfahren der vollstreckbaren Urkunde ist Verfahren und folgt verfahrensrechtlichen Maximen.

- 14.19.** So hätte es auch wenig Zweck, zu erklären, eine beim Gericht eingereichte Klage sei „abstrakt“, weil sie unabhängig davon wirksam ist, ob sie materiell berechtigt ist oder nicht, oder sie sei aus materiellrechtlichen Erwägungen unwirksam. Es gibt zulässige und unzulässige Klagen; jede Klage, ob zulässig oder nicht, führt aber zunächst einmal zur Einleitung eines Verfahrens, in dem die Zulässigkeit erst geprüft wird. Ebenso bewirkt jede notarielle Urkunde die eine Erklärung bezeugt, die sich äußerlich als Unterwerfungserklärung darstellt, die Einleitung der auf sie folgenden Verfahrensabschnitte. Daran knüpft sich dann die Frage, wie weit die Prüfungspflicht und das Prüfungsrecht der Organe reichen, die für die folgenden Verfahrensabschnitte zuständig sind.

III. Bestimmter Anspruch

1. Grundsatz

- 14.20.** Ist der Anspruch das Korrelat dessen, was in § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO als „bestimmter Antrag“ bezeichnet wird, so muss der Anspruch der vollstreckbaren Urkunde grundsätzlich – zu den Ausnahmen sogleich – denselben Bestimmtheitsanforderungen entsprechen wie der Klageantrag und der Urteilsausspruch.²⁷ Dieses Bestimmtheitsanforderungserfordernis folgt auch daraus, dass nur ein ausreichend bestimmter Anspruch der Zwangsvollstreckung zugänglich ist.²⁸
- 14.21.** Der Wortlaut des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erwähnt allerdings das Bestimmtheitsanforderungserfordernis – anders als die Fassung vor der 2. Zwangsvollstreckungsreform – nicht mehr. Der „zu bezeichnende Anspruch“ des Gesetzes meint etwas anderes (dazu → § 11.49. ff.).²⁹ Eine ausdrückliche Erwähnung war aber auch nicht erforderlich, denn der Inhalt jedes zu vollstreckenden Anspruchs (im prozessualen Sinn) muss so wiedergegeben werden, dass er unmittelbar der Zwangsvollstreckung zugänglich ist. Die Anforderungen decken sich mit den an einen Urteilstenor unter vollstreckungsrechtlichen Aspekten zu stellenden Anforderungen.³⁰

2. Einschränkungen

- 14.22.** Das Bestimmtheitsgebot erfährt Einschränkungen, die sich vorzugsweise aus § 726 ZPO ergeben. Diese Vorschrift regelt vordergründig das Verfahren der Erteilung der Vollstreckungsklausel für den Fall, dass die Vollstreckung nach dem Inhalt (übersetzt gemäß § 795 S. 1 ZPO) der vollstreckbaren Urkunde von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache abhängt. Ihre Bedeutung reicht aber weit darüber hinaus, weil sie klarstellt, dass der Titel selbst der zur Vollstre-

²⁶ BGH vom 16.04.2009 – VII ZB 62/08 – ZIP 2009, 855 = BKR 2009, 333 m. Anm. *Bredow/Vogel* = EWIR 2009, 359 (*Koch*) = EWIR 2009, 469 (*Schulz*); *Brambring* DNotZ 1999, 941; *Stein/Jonas/Münzberg* ZPO²² Vor § 704 ZPO Rn. 22: die Vollstreckung steht nicht unter der Bedingung, dass der Anspruch besteht.

²⁷ BGH vom 19.12.2014 – V ZR 82/13 – NJW 2015, 1181 mit Anm. *Kaiser* = LMK 2015, 367394 (*Meller-Hannich*) = MittBayNot 2016, 170 mit Anm. *Wolfsteiner* = NotBZ 2015, 303 mit Anm. *Lindemeier* = WuB 2015, 399 mit Anm. *Schmid*; gelehrt von OLG München vom 19.10.1935 – 8 VI 10/35 – HRR 1936 Nr. 704 = DNotZ 1936, 33 m. zust. Anm. *Hieber*; dagegen *Wolfsteiner* DNotZ 1968, 392. S. zum Zusammenhang zwischen Antrag und Urteil *Sutschet* ZZZ 119 (2006), 279.

²⁸ AG Aachen vom 20.2.1990 – Kohl. 2162 – und LG Aachen vom 28.5.1990 – 3 T 128/90 – Rpfleger 1991, 15; *Kluge* MittRhNotK 2000, 409, 422.

²⁹ BGH vom 5.9.2012 – VII ZB 55/11 – DNotZ 2013, 120.

³⁰ Vgl. *MüKoZPO/Wolfsteiner*⁵ § 724 Rn. 39; § 794 Rn. 168 ff.