

### Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 161147

letzte Aktualisierung: 10. April 2018

#### ZPO §§ 726, 767, 794

**Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung hinsichtlich eines Räumungsanspruchs; eingeschränkter Nachweisverzicht; mögliche Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung; Verbrauch der vollstreckbaren Ausfertigung**

#### I. Sachverhalt

In einer notariellen Urkunde hat sich der Gewerbemieter u. a. der sofortigen Zwangsvollstreckung zur Räumung unterworfen. Die vollstreckbare Ausfertigung ist dem Gläubiger dann zu erteilen, wenn dieser dem Notar die Kündigungserklärung und deren Zustellung nachweist. Dies ist geschehen; der Notar hat die vollstreckbare Ausfertigung erteilt. Über die Begründetheit der damaligen Kündigung gibt es Streit. Der Mieter hat das Objekt nicht geräumt, sondern dieses untervermietet. Jetzt hat der Vermieter noch zwei weitere fristlose Kündigungen ausgesprochen und verlangt aufgrund dieser erneuten Kündigungen auch eine erneute vollstreckbare Ausfertigung. Er befürchtet, dass die aufgrund der ersten fristlosen Kündigung erteilte vollstreckbare Ausfertigung „verbraucht“ sei. Diese datiere jetzt ja vor den Kündigungen.

#### II. Fragen

Muss – unter Zurückziehung der ersten vollstreckbaren Ausfertigung – jetzt aufgrund weiterer Kündigungen eine neue vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden oder reicht die einmal erteilte vollstreckbare Ausfertigung auch für die Vollstreckung der Räumung aus nachträglich erfolgten weiteren Kündigungen? Wie wäre es, wenn die erste Kündigung nicht wirksam war?

#### III. Zur Rechtslage

##### I. Grundlegendes

Zum besseren Verständnis erlauben wir uns einleitend nachfolgende allgemeine Ausführungen:

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ist eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung lediglich **für Räumungsansprüche aus einem Wohnraummietvertrag** (vgl. Regierungsbegründung, BT-Drs. 13/341, 21) ausgeschlossen. Eine Räumungsverpflichtung bei Gewerberaummiete und Pacht kann dagegen mit einer **Unterwerfungserklärung vollstreckbar** gemacht werden.

1. Die Vollstreckungsunterwerfung hinsichtlich der Räumungsverpflichtung muss dem **vollstreckungsrechtlichen Bestimmtheitserfordernis** genügen. Es muss daher der vollstreckbar gestellte Anspruch aus der Urkunde selbst eindeutig bestimmt werden können. Das zu räumende Objekt ist daher in der Urkunde selbst zu beschreiben. Eine **Bezugnahme auf den privatschriftlichen Pachtvertrag** wäre insoweit **unzulässig**.

Zur Bestimmtheit des Leistungsgegenstands gehört grundsätzlich auch **der Zeitpunkt, zu dem die Leistung** gefordert werden kann (MünchKommZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl. 2016, § 794 Rn. 173). Grundsätzlich muss eine Unterwerfungserklärung **eine Angabe zur Fälligkeit des Anspruchs**, also dazu enthalten, ab wann die Zwangsvollstreckung zulässig sein soll. Fehlt es an einer solchen Angabe, so folgt aus § 271 Abs. 1 BGB, dass die **Fälligkeit sofort** eintreten soll (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, § 16.13). Ein **Fälligkeitszeitpunkt muss also nur dann ausdrücklich** angegeben werden, wenn die **Vollstreckungsreife nicht sofort** eintreten soll (Wolfsteiner, § 16.13).

Beim Räumungsanspruch besteht materiell-rechtlich die Besonderheit, dass dieser **zum Zeitpunkt des Abschlusses des Pachtvertrages nicht fällig** ist und bei einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Pachtvertrag nicht einmal sicher ist, **ob und wann der Anspruch entstehen** wird. Aber auch solche **künftigen Ansprüche** sind unterwerfungsfähig (RGZ 132, 6, 8; Wolfsteiner, § 16.57; Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 794 Rn. 34), wenn alle notwendigen Unterwerfungsvoraussetzungen gegeben (z. B. Bestimmtheit von Gläubiger und Schuldner, Identifizierungsmöglichkeit des Anspruchs) sind. Teile der Literatur vertreten in dieser Frage ohnehin, dass es hinsichtlich der Fälligkeit i. S. d. Vollstreckungsreife nicht auf die **gängige materiell-rechtliche Diktion** vom Entstehen eines Anspruchs und Fälligkeit ankomme (MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 174; Wolfsteiner, § 16.12).

2. Für die Bestimmtheit der Unterwerfungserklärung kommt es demnach, soweit die übrigen Bestimmtheitsvoraussetzungen vorliegen, **nicht auf die Angabe eines konkreten Termins** an. *Wolfsteiner* verwendet in seinen **Formularen zur Unterwerfungserklärung im Rahmen einer Räumungsverpflichtung** (in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 19 Rn. 50 M; Wolfsteiner, § 25.24) kein konkretes Datum der Räumung, sondern weist lediglich auf die **Länge der Fristen für die ordentliche Kündigung** hin und dass die Mieter/Pächter die Gaststättenräume **nach Beendigung** des Mietverhältnisses zu räumen haben.
3. Die Fälligkeit der Räumungsverpflichtung ist folglich dahingehend offen, dass sie **abhängig von der Beendigung des Miet- bzw. Pachtverhältnisses** ist. Damit findet grundsätzlich § 726 Abs. 1 ZPO Anwendung, wonach eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden darf, wenn der **Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden** geführt wird.

Die vollstreckbare Ausfertigung kann bei einem zeitlich unbefristeten Miet- oder Pachtverhältnis nach § 726 Abs. 1 ZPO **durch Nachweis der Kündigung** erbracht werden (vgl. Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 19 Rn. 50 M [Fußnote 46]). Es muss insoweit nach *Wolfsteiner* und dem OLG Frankfurt nur die **Zustellung durch öffentliche Urkunde** bewiesen werden, nicht aber **die Kündigung in dieser Form ausgesprochen werden** (OLG Frankfurt Rpfleger 1973, 323; Wolfsteiner, § 25.23).

Bei der Formulierung von **Nachweisverzichten zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung** ist i. Ü. aber Vorsicht geboten. Das LG Wuppertal hatte in seiner Entscheidung v. 10.3.2000 (MittRhNotK 2000, 405) folgende Klausel zu beurteilen:

„Ist der Pachtvertrag, gleich aus welchem Grunde, beendet, ist der Pächter gemäß §§ 581, 556 BGB zur Rückgabe der gepachteten Räumlichkeiten und gepachteten Inventargegenstände verpflichtet. Wegen dieser Verpflichtung unterwirft sich der Pächter dem jeweiligen Verpächter gegenüber der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde. Der Notar ist zur Erteilung einer entsprechenden vollstreckbaren Ausfertigung bereits berechtigt, wenn ihm der Verpächter durch Vorlage eines mit Gründen angegebene Kündigungsschreibens oder Vorlage eines sonstigen Dokuments die Beendigung des Pachtvertrages glaubhaft gemacht hat.“

Das LG Wuppertal legte diese Klausel so aus, dass die bloße Vorlage eines Kündigungsschreibens für die Klauselerteilung **nicht genügte**. Vielmehr dürfte der Notar die Klausel nur dann erteilen, wenn er auf Grundlage der in dem vorgelegten Kündigungsschreiben **angegebenen Gründe feststellen** könne, dass diese nach dem Vertrag die Kündigung rechtfertigen und dadurch die **Beendigung des Vertrages glaubhaft gemacht** sei (kritisch hierzu Wolfsteiner, § 25.22).

## II. Konkreter Sachverhalt

Unabhängig von den unter I. dargestellten Rechtsfragen wurde im konkret zu begutachtenden Sachverhalt die **vollstreckbare Ausfertigung** bereits **erteilt**.

Hat der Notar die Vollstreckungsklausel erteilt, so ist das **Vollstreckungsgericht daran gebunden** (OLG München DNotZ 2017, 371, 374; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 249; LG Meiningen Beschl. v. 9.7.2013, Az.: 4 T 80/13, BeckRS 2013, 20901). Die Prüfung, ob die Klausel hätte erteilt werden dürfen, kann nur im Verfahren der Klauselerinnerung nach § 732 ZPO oder im Verfahren der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO erfolgen (MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 249).

**Einwendungen**, die den titulierten **Anspruch selbst betreffen**, sind vom Schuldner im Wege der **Vollstreckungsabwehrklage** (auch Vollstreckungsgegenklage genannt) gemäß § 767 ZPO geltend zu machen, wobei die Präklusionsvorschrift des § 767 Abs. 2 BGB nicht anwendbar ist, § 797 Abs. 4 ZPO. Die erfolgreiche Vollstreckungsabwehrklage nimmt dem Titel seine Vollstreckbarkeit (MünchKommZPO/Schmidt/Brinkmann, 5. Aufl. 2016, § 767 Rn. 2).

Im **konkreten Fall** ist dem existenten Titel die **Vollstreckbarkeit nicht genommen**. Unseres Erachtens ist – gleich, ob die erste Kündigung wirksam war oder nicht – **keine neue vollstreckbare Ausfertigung** zu erteilen.