

Für das Nachschlagewerk!
Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: ZPO §§ 732, 767, 768, 794 Abs 1 Nr 5,
795, 797

Rechtssatz:

Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen einer in einer notariellen Urkunde übernommenen Verpflichtung zur Zahlung einer Rente in Höhe der Hälfte der (jeweiligen) Höchstpension eines bayerischen Notars ist wegen Unbestimmtheit der zu leistenden Geldsumme unwirksam.

Die Unwirksamkeit der Unterwerfung kann nur nach § 732 in Verbindung mit § 797 Abs 3 ZPO geltend gemacht werden. Eine Vollstreckungsgegenklage gegen eine solche Urkunde ist unzulässig.

Aktenzeichen: V ZR 127/55

Urt des BGH vom 24. Oktober 1956

LG Nürnberg-Fürth
OLG Nürnberg

Verkündet
am 24. Oktober 1956
Symalla, Justizober-
sekretär als Urkunds-
beamter der Geschäfts-
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Theodor S c h [REDACTED] in N [REDACTED], Ne [REDACTED]-
[REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Musiklehrerin Luise B [REDACTED] in M [REDACTED], St [REDACTED]-
[REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 24. Oktober 1956 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche, des Senats-
präsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter
Dr. Oechßler, Dr. Dorschel und Dr. Freitag
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom
7. April 1955 wird auf Kosten des Klägers mit
der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Klage als un-
zulässig abgewiesen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Vater des Klägers betrieb unter der Firma Sch[REDACTED] & Co im Anwesen S[REDACTED]straße [REDACTED] in N[REDACTED] eine Lebensmittelgroßhandlung. An das genannte Grundstück grenzen rückwärts u.a. die Grundstücke C[REDACTED]straße [REDACTED] und [REDACTED] an. Beide waren durch Kriegseinwirkung zerstört. Der Vater des Klägers wollte die Grundstücke erwerben. Der Eigentümer des Grundstücks C[REDACTED]straße 3 lehnte einen Verkauf ab. Mit den Eigentümern des Grundstücks C[REDACTED]straße 5, der Beklagten und ihrer Mutter (in ungeteilter Erbengemeinschaft), kam es nach längeren Verhandlungen, die für die Eigentümerinnen von einem Architekten L[REDACTED] geführt wurden, am 26. April 1948 zu einem notariellen Kaufvertrag vor dem Notar H[REDACTED] in N[REDACTED]. In der Urkunde ist auch die Auflassung erklärt. Als Kaufpreis ist ein Betrag von 15 000 RM genannt, dessen Tilgung durch Übernahme einer Hypothek mit rückständigen Zinsen und einer weiteren (fälligen) Forderung gegen die Eigentümer sowie durch Zahlung eines Betrages von 83,31 RM in bar vorgesehen war. Der Verkehrswert des Grundstücks (einschließlich des Gebäuderestwertes) war im April 1947 auf 14 100 RM geschätzt.

Eine bei den Verhandlungen bereits besprochene Rentenzahlungsverpflichtung ist in folgender Form in den Kaufvertrag aufgenommen:

"Weiter verpflichtet sich der Käufer an die Verkäuferin Frau Babette B[REDACTED] eine jährliche Rente von 50 % - fünfzig vom Hundert - der Höchstpension eines bayerischen Notars nach Maßgabe der Satzung der Bayerischen Notarkasse in München - Deutsche Justiz vom Jahre 1937 S 1066 - vom Tage der Währungsumstellung, spätestens aber nach Umfluß von 3 - drei - Jahren vom 1. April 1948 - ersten April neunzehnhundertachtundvierzig - an auf die



Dauer von 15 - fünfzehn - Jahren in bar zu zahlen.

Die Zahlung der Rente erfolgt in monatlichen Raten, immer am Ersten jeden Monats im voraus.

Wenn die Berechtigte vor Ablauf der genannten Zeit verstirbt, ist die Rente in vollem Betrag an die Mitverkäuferin Frä. Luise B. [REDACTED] kostenfrei zu leisten.

Beim Ableben der Längstlebenden der beiden Verkäuferinnen ist die Rente bis zum Ablauf der fünfzehnjährigen Frist an die Erben der Berechtigten zu zahlen".

Zur Sicherung der Rente ist der Beklagten, die damals 40 Jahre alt war, und ihrer Mutter (damals 67 Jahre alt) eine Reallast an dem verkauften Grundbesitz bestellt.

In der Vertragsurkunde heißt es, daß sich der Käufer "in Ansehung der in diesem Vertrage übernommenen Zahlungsverpflichtungen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde unterwirft".

Mit Rücksicht auf die Kriegszerstörung der Gebäude auf dem verkauften Grundbesitz haben sich die Vertragsparteien wegen der vom Reich oder vom Land Bayern über das zuständige Kriegsschädenamt zu zahlenden Entschädigung für Nutzungs- und Gebäudeschäden wie folgt geeinigt:

Die Entschädigung für Nutzungsschäden vom Tage des Eintritts des Schadens bis zum 31. März 1948 ist an die Verkäuferinnen zu zahlen.

"Die Entschädigung für Nutzungsschäden vom 1. April 1948 an und die Entschädigung für den Gebäudeschaden vom Tage des Eintritts des Schadens an übertragen die Verkäuferinnen auf den Käufer.

Der Käufer verpflichtet sich den Verkäuferinnen gegenüber diesen eine Vergütung in gleicher Art und gleicher

Höhe zu leisten, wie er sie vom Reiche oder dem Lande Bayern als Entschädigung für Nutzungs- und Gebäudeschäden erhalten hat.

Die Vergütung ist zu dem Zeitpunkte zu leisten, in dem der Käufer die Entschädigung vom Reich oder dem Lande Bayern über das zuständige Kriegsschädenamt erhalten hat."

Der Notar ist beauftragt, sowohl die Wohnsiedlungswie die Preisgenehmigung einzuholen. Die erstere ist vom Stadtrat in N [REDACTED] am 31. August 1948 erteilt. Von einer besonderen preisrechtlichen Prüfung ist auf Grund der Anordnung über Preisbildung und Preisüberwachung vom 25. Juni 1948 abgesehen. Am 18. März 1949 sind der Vater des Klägers als Eigentümer und gleichzeitig die bestellte Realast für die Beklagte und ihre Mutter eingetragen worden. Der Vater des Klägers ist am 29. Mai 1949, die Mutter der Beklagten am 30. Januar 1952 verstorben. Erben des ersteren sind der Kläger und seine Schwester, Erbin der letzteren ist die Beklagte.

50 % der monatlichen Höchstpension eines bayerischen Notars beliefen sich 1948 nach der Währungsreform zunächst auf 300 DM. Dieser Betrag ist später mehrfach erhöht.

Vom Vater des Klägers und auch von diesem selbst sind (allerdings nicht pünktlich und erst auf Androhung der Zwangsvollstreckung) eine Zeit lang Zahlungen in voller Höhe der jeweiligen halben Notarpension geleistet. Wegen der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Firma Sch [REDACTED] & Co, über die das Vergleichsverfahren eröffnet war, schlossen die Verkäuferinnen, vertreten durch den Architekten L [REDACTED], mit dem Kläger unter dem 3. Oktober 1949 ein Zusatzabkommen ab. Danach hatte der Kläger für die Zeit vom 1. November 1948 auf die Dauer von drei Jah-

ren (bis zum 1. November 1951) nur die Hälfte der vereinbarten jährlichen Rente zu zahlen. Zum Ausgleich dieses Ausfalles einschließlich einer angemessenen Verzinsung ist vereinbart, daß die Rente im Anschluß an die ursprünglich vereinbarte 15jährige Laufzeit in voller festgesetzter Vertragshöhe weitere drei Jahre fortbezahlt werden soll. Der Kläger hat bis zum 7. Mai 1953 Zahlungen zunächst an die Mutter der Beklagten und dann an diese geleistet. Er beziffert den Gesamtbetrag auf 14 209,33 DM, während ihn die Beklagte mit 14 059,33 DM angibt.

Die Beklagte hat am 12. Dezember 1953 aus der Urkunde vom 26. April 1948 in Verbindung mit einer weiteren vom Notar erteilten vollstreckbaren Ausfertigung vom 10. Dezember 1953 gegen den Kläger und seine Schwester über einen Betrag von 4 302,00 DM Vollstreckungsauftrag erteilt. Der Gerichtsvollzieher hat gepfändet. Bei dem genannten Betrag handelt es sich nach der Aufstellung im Schriftsatz vom 26. Januar 1954 (§ 2 = Blatt 12 GA) um den Unterschiedsbetrag zwischen einem Pensionsbetrage von 360 DM bis 414 DM für die Zeit vom 1. Januar 1952 bis 31. März 1953 = $15 \times 54 \text{ DM} = 810 \text{ DM}$, den Unterschiedsbetrag zwischen 360 DM zu 468 DM für die Zeit vom 1. April 1953 bis 31. Mai 1953 = $2 \times 108 \text{ DM} = 216 \text{ DM}$ und um Beträge von je 468 DM monatlich für die Zeit vom 1. Juni 1953 bis 31. Dezember 1953 (7 Monate) = $3 276.- \text{ DM} =$ insgesamt 4 302,00 DM.

Der Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrage:

Die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 26. April 1948 in Verbindung mit der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung vom 10. Dezember 1953 ist unzulässig.

Er hat geltend gemacht, der genannte Vertrag sei wegen Verstoßes gegen Währungs- und Preisbestimmungen sowie wegen Wuchers nichtig. Auch wenn er rechtswirksam abgeschlossen worden sei, könne die Beklagte weitere Zahlungen nicht mehr verlangen, weil es sich bei den im Vertrage vereinbarten Rentenzahlungen nicht um eine echte Rente mit Versorgungscharakter, sondern um verdeckte Kaufpreistraten gehandelt habe, die nach § 16 des Umstellungsgesetzes im Verhältnis 10 zu 1 umgestellt seien. Den danach zu zahlenden Kaufpreis habe er bereits bezahlt. Er beruft sich weiter auf Fortfall der Geschäftsgrundlage und meint, die Geltendmachung weiterer Ansprüche aus dem Vertrage vom 26. April 1948 nebst Zusatzvertrag vom 3. Oktober 1949 bedeute eine unzulässige Rechtsausübung der Beklagten im Sinne von §§ 242, 826 BGB.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt.

Sie ist dem Vorbringen des Klägers insbesondere mit Rechtsausführungen entgegengetreten.

Das Landgericht hat die Klage ohne Beweisaufnahme als unbegründet abgewiesen.

Der Kläger hat Berufung eingelegt mit dem Antrage,

unter Aufhebung des landgerichtlichen Urteils die von der Beklagten aus der Urkunde des Notars Justizrat Wilhelm H. in N. - Urkundenrolle Nr 808 - vom 26. April 1948 in Verbindung mit der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung desselben Notars vom 10. Dezember 1953 wegen einer Forderung in Höhe von 4 302,00 DM betriebene Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte hat Zurückweisung der Berufung beantragt.

Sie hat einen Bescheid der Landeszentralbank Bayern vom 29. November 1954 vorgelegt. Darin ist gemäß einer Ermächtigung durch die Bank Deutscher Länder auf Grund von § 3 Abs 2 des Währungsgesetzes die Genehmigung zur Eingehung einer Geldschuld in Rentenform unter Zugrundelegung von 50 % der Höchstpension eines bayerischen Notars erteilt.

Das Berufungsgericht hat die Berufung nach Beweisaufnahme aus sachlichen Gründen zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger Aufhebung des angefochtenen Urteils und Unzulässigkeitserklärung der Zwangsvollstreckung nach seinem Antrag in der Berufungsinstanz, hilfsweise Zurückverweisung.

Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Auch ohne daß dies gerügt ist, war die Zulässigkeit der Klage und das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers, gerade in dem gewählten Verfahrenswege vorzugehen, von Amts wegen zu prüfen (Stein-Jonas-Schönke 17. Aufl ZPO Einl D I 3, III 2 a, b; Baumbach-Lauterbach 24. Aufl Grundzüge vor § 253 ZPO, 5 A, B).

I.

Bei der vorliegenden Klage handelt es sich um eine sogenannte Vollstreckungsgegenklage (Vollstreckungsabwehrklage) aus § 767 ZPO in Verbindung mit §§ 794, 795, 797 ZPO. Das ist zwar in der Klage nicht ausdrücklich gesagt. Es ergibt sich aber aus dem mit ihr verbundenen Antrage, die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des Notars vom 26. April 1948 einstweilen einzustellen, der nur nach den Bestimmungen der §§ 767, 769 ZPO zu begründen war, die

vom Landgericht im Einstellungsbeschluß vom 8. Januar 1954 auch ausdrücklich angeführt sind. In der Klagebegründung sind auch Einwendungen gegen den Anspruch selbst erhoben, wie sie § 767 ZPO voraussetzt. Daß das Landgericht die Klage als reine Vollstreckungsgegenklage angesehen hat, ist von ihm am Schluß der Urteilsgründe klargestellt. In der Berufungsinstanz ist schließlich noch der Antrag, der im ersten Rechtszuge dahin formuliert war: "Die Zwangsvollstreckung...ist unzulässig", ausdrücklich dahin gefaßt: "Die Zwangsvollstreckung wird für unzulässig erklärt", d.h. es ist damit die für einen Klagantrag aus § 767 ZPO übliche und auch empfohlene Fassung gewählt (Stein-Jonas-Schönke aaO § 767 ZPO IV 1). Eine Umdeutung der auf § 767 ZPO gestützten Klage in eine Feststellungsklage auf Nichtbestehen des Anspruchs ist nicht angängig. Eine solche allgemeine (negative) Feststellungsklage aus § 256 ZPO wäre zwar nicht unzulässig gewesen (Stein-Jonas-Schönke aaO § 797 ZPO IV, 767 I 4 Fußn 17; RGZ 41, 373, 100, 98 [101], 134, 150 [161 f]). Sie ist aber hier gerade nicht erhoben.

Ihrer Rechtsnatur nach ist die Vollstreckungsgegenklage, weil das ihr stattgebende Urteil die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel, aus dem sie bisher zulässig war und ohne das auf die Klage ergehende Urteil auch zulässig bleiben würde, für unzulässig erklärt und von Rechtskraft an auch unzulässig macht (Rosenberg Lehrbuch 7. Aufl. § 183 III 8), eine rein prozessuale Gestaltungsklage, gerichtet auf die Vernichtung der Vollstreckbarkeit nach Wegfall ihrer Voraussetzung (Stein-Jonas-Schönke aaO § 767 ZPO I 1 Fußn 3; Baumbach-Lauterbach aaO § 767 I A; Rosenberg aaO; RGZ 77, 199 [201], 100, 98 [100], 165, 374 [380]). Sie ist aber keine materiell-rechtliche Klage auf Feststellung des Nichtbestehens des

materiellen Anspruchs (Rosenberg aaO, Stein-Jonas-Schönke aaO). Schon vermöge seiner Stellung im 8. Buche der Zivilprozeßordnung setzt § 767 voraus, daß dem Gegner ein vollstreckbarer Anspruch zusteht (RGZ 100, 98 [100]). Wenn Ziel der Klage ist, die einem sachlichrechtlichen Anspruch gewährte Vollstreckbarkeit, die Vollstreckungsfähigkeit, zu beseitigen (RGZ aaO und 165, 374 [380]), dann muß auch ein wirksamer Vollstreckungstitel vorhanden sein (Rosenberg aaO § 183 III 1 S 920; BGHZ 15, 190 [191]). Wird die Vollstreckung aus einem nichtvollstreckbaren Titel betrieben, weil irrig eine Vollstreckungsklausel erteilt worden ist, so steht dem Schuldner hiergegen der Rechtsbehelf des § 732 ZPO zu, der dann dazu führt, daß die erteilte Vollstreckungsklausel aufgehoben wird. Unterläßt er das, so wird dadurch der nichtvollstreckbare Titel nicht zu einem vollstreckbaren (BGHZ aaO).

Die Klage ist deshalb nur zulässig, wenn die von dem Notar am 26. April 1948 aufgenommene Urkunde nach Inhalt und Form eine geeignete Grundlage für eine Zwangsvollstreckung abgeben kann (RGZ 81, 299 [300]). Auch in RGZ 132, 6 (8) hat das Reichsgericht vorab die Rechtswirksamkeit der Unterwerfung geprüft.

II.

Die Vorinstanzen sind der Frage der Rechtswirksamkeit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung nicht nachgegangen. Sie ist zu verneinen.

Nach § 794 Abs 1 Nr 5 ZPO findet die Zwangsvollstreckung aus einer von einem Notar aufgenommenen Urkunde statt, sofern diese die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge ande-

rer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand hat und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Was mit Zahlung einer bestimmten Geldsumme gemeint ist, ist umstritten.

In der Literatur wird hier meist auf die Vorschrift des § 592 ZPO über die Zulässigkeit des Urkundenprozesses verwiesen (Stein-Jonas-Schönke aaO § 794 ZPO VII 2). Schon in den Materialien zur Civilprozeß-Ordnung (Hahn, 2. Aufl. 1. Abtlg zu § 651 CPO S 446) heißt es, für den Gegenstand einer vollstreckbaren Verpflichtung sind diejenigen Schranken gezogen wie bei der Zulassung im Urkundenprozeß. Baumbach-Lauterbach (aaO § 794 ZPO, 7 B) drückt sich dahin aus, daß ein Anspruch nötig sei, der sich zum Urkundenprozeß eignet. Freudenthal-Sauerländer (ZPO 4. Aufl 1926 zu § 794 Anm 17) verlangt eine derartige Bestimmtheit, daß auf die Urkunde hin im Urkundenprozeß ein Urteil erzielt werden kann, andernfalls habe die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung keine Wirkung. An der erforderlichen Bestimmtheit fehlt es hier.

Aus der Urkunde des Notars vom 26. April 1948 selbst ergibt sich weder eine bestimmte Geldsumme, noch die Währungseinheit, die geschuldet wird. Schon das muß Bedenken gegen die Wirksamkeit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung erwecken. Daß die vom Tage der bevorstehenden Währungsreform an geltende Währungseinheit, d.h. die spätere DM, gemeint ist, läßt sich allerdings der Urkunde entnehmen. Es kann auch ermittelt werden, welches die jeweilige - dieses Wort fehlt in der Urkunde - Höchstpension eines bayerischen Notars ist. Danach kann die Hälfte dieser Pension und die gemeinte Summe errechnet werden. Die geschuldete Summe ist deshalb bestimmbar. Das genügt nun zwar für die Eintragung einer

Reallast im Sinne von § 1105 BGB; denn diese Gesetzesvorschrift verlangt keine festbestimmte Höhe der Leistung, sondern nur eine bestimmbare (z.B. standesmäßiger Unterhalt, vgl Palandt 15. Aufl zu § 1105 Anm 4 b; BGB RGRK 10. Aufl § 1105 Anm 6, Erman § 1105 Anm 4, BayrObLG, 1953, 200; KG in JFG 1, 434 [438]). Bestimmbarkeit der Leistung genügt aber bei Urkunden nach § 794 Abs 1 Nr 5 ZPO nicht. Das Unterwerfen unter die sofortige Zwangsvollstreckung und das Betreiben einer solchen, ohne daß die beizutreibende Summe eindeutig feststeht, widerspricht dem Grundsatz der Klarheit im Vollstreckungsrecht (RGZ 81, 303). Die Praxis läßt es zwar genügen, daß die Höhe der Zahlung sich aus anderen Angaben in der Urkunde oder in deren Anlagen errechnen läßt, und zwar mühelos, z.B. anhand von Tabellen (so Lent, Zur Vollstreckung aus notariellen Urkunden, DNotZ 1952, 411). Ähnlich drücken sich Lüdicke-Dietrich (Die vollstreckbare Urkunde, 1953 S 23, IV A 2) aus, welche fordern, daß sich der Anspruch aus der Urkunde, ihren Anlagen und Bezugnahmen unmittelbar errechnen lasse. Ebenso Petermann (Die vollstreckbare Ausfertigung der gerichtlichen oder notariellen Urkunde, 1938 S 33), welcher es als ausreichend bezeichnet, wenn sich der geschuldete Betrag aus den in der Urkunde enthaltenen Ansätzen durch einfache Berechnung ermitteln läßt. Sternberg (Die vollstreckbare notarielle Urkunde, Festschrift für Dr. Oberneck 1929 S 36) fordert, daß der Anspruch in der Urkunde hinreichend gekennzeichnet sein müsse.

Die Frage ist, was zu einer hinreichend bestimmten Kennzeichnung genügt. Dafür ist sicher nicht ausreichend eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung "in Höhe der jeweiligen Einlage des Gläubigers, wie diese sich aus den Büchern der Schuldnerfirma ergibt" (HansGZ

1927 Beiblatt Nr 135 S 237/238). Auch eine in einem Vergleich übernommene Verpflichtung, die jeweils fällige Miete pünktlich zu zahlen, ist mangels Zahlenangabe, obwohl sich möglicherweise die Höhe der Miete (aus dem schriftlichen Mietvertrag oder auch aus dem unstreitigen Vortrag im Prozeß) leicht ermitteln läßt, kein ausreichender Vollstreckungstitel (KG HRR 38, 1197; ähnliche Fälle ungenügender Bestimmtheit zu vgl RGZ 132, 6 f).

In diesem Zusammenhang ist viel die Frage erörtert, ob die Übernahme der Kosten eines Rechtsstreits ohne genaue Bezifferung ihrer Höhe ein geeigneter Gegenstand für die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung sein kann (dafür z.B. Baumbach-Lauterbach aaO § 794 ZPO 7 B, ebenso Lüdicke-Dietrich aaO S 23 IV A 2, dagegen z.B. Stein-Jonas-Schönke aaO § 794 ZPO VII 2 Fußn 86). Die dabei angeführte Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts (ZZP 52, 208 [209] = LZ 1926, 764 f), stellt jedoch nicht darauf ab, ob die Übernahme dieser Kosten die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand hat. In den von dem genannten Gericht entschiedenen Fall hatte ein in einem besonderen Rechtsstreit verklagter Schuldner die in diesem Prozeß gegen ihn eingeklagte bestimmte Summe in einer außerhalb des Prozesses aufgenommenen vollstreckbaren Urkunde anerkannt und sich dabei in der Urkunde gleichzeitig vollstreckbar verpflichtet, die Kosten des bezeichneten Rechtsstreits zu tragen, in dem der Kläger seine Klage zurücknehmen sollte. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat es für zulässig erachtet, daß in dem Prozeßverfahren auf Grund der Übernahme der Kosten des Rechtsstreits in der notariellen Urkunde die Kosten gegen den Schuldner (Beklagten) - trotz Zurücknahme der Klage und entgegen § 271 Abs 3 Satz 2 ZPO - festgesetzt werden. Dazu hat es u.a. ausgeführt, in § 794 Abs 1 Nr 5 sei das Erfordernis der

bestimmten Geldsumme nur aufgestellt, soweit die Vollstreckung (aus der Urkunde) in Frage kommt, aber nicht hinsichtlich der Kostenfestsetzung. Das Festsetzungsverfahren setze begrifflich voraus, daß der Anspruch auf Festsetzung nur dem Grunde nach normiert sei. Als Titel für die Festsetzung läßt das genannte Gericht genügen, wenn ein vollstreckbarer mit dem Rechtsstreit in Zusammenhang stehender Titel (auch eine vollstreckbare Urkunde) vorliegt und in ihm die Verpflichtung zur Kostentragung übernommen wird. Es geht davon aus und hält es für die besondere Garantie des Schuldners, daß die Festsetzung der Kosten in dem üblichen Kostenfestsetzungsverfahren des anhängig gewesenen Prozesses erfolgen muß. Es hält aber nicht etwa für zulässig, daß der Notar, der die Urkunde, in der die Kostenerstattungspflicht dem Grunde nach übernommen ist, aufgenommen hat, selbst die Höhe der Prozeßkosten des anderen Prozesses ermittelt, über die Höhe der Kosten einen Vermerk aufnimmt und dann darüber zu der von ihm aufgenommenen Urkunde eine "entsprechende" Vollstreckungsklausel erteilt.

In dem hier zu entscheidenden Fall hat der Notar aber seiner Urkunde, die im Ergebnis nur eine Verpflichtung dem Grunde nach enthält, nämlich die Verpflichtung zur Zahlung von 50 % der jeweiligen (unterstellt, daß das gemeint ist) Höchstpension eines bayerischen Notars, überhaupt erst durch seine Vollstreckungsklausel einen vollstreckbaren Inhalt gegeben. Das ist nicht zulässig.

Mit der üblichen Vollstreckungsklausel (§ 725 ZPO): "Vorstehende Ausfertigung wird . . . zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt", hätte der Gerichtsvollzieher hier nichts anfangen können, weil er der Urkunde nicht entnehmen kann, in welcher Höhe eine Vollstreckung zu erfolgen hat. Die Höhe der vollen Pension läßt sich

zwar ermitteln, aber auch nur durch Einholung einer Auskunft von der Notarkasse; denn abgesehen von der ursprünglichen Satzung [Bekanntmachung des RMinJ vom 12. Juli 1937 (3830/1 - VI a 7 863, DJ S 1066)] - nach der Anlage zu Artikel 14 dieser Satzung (§ 3)] betrug das Höchstruhegehalt ursprünglich jährlich 6.000 RM oder 500 RM monatlich = 50 % davon = 250 RM monatlich - sind die weiteren Satzungsänderungen, durch die die Höchstruhegehälter seit dem 1. Januar 1945 mehrfach erhöht sind, nirgends veröffentlicht. Sie sind nur den bayerischen Notaren durch Rundschreiben bekannt gemacht. Die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung wegen eines Betrages, dessen Höhe jeweils erst durch eine Auskunft ermittelt werden muß und die nur den bayerischen Notaren, aber nicht den Parteien, auch nicht den Gerichten oder dem Gerichtsvollzieher bekannt ist, ist mangels Bestimmtheit nicht wirksam. Das ist nicht mehr die Errichtung einer Urkunde über einen Anspruch, der die Zahlung einer bestimmten Geldsumme zum Gegenstand hat, sondern nur die Vereinbarung einer Rentenverpflichtung dem Grunde nach.

Eine andere Frage ist, daß eine Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung und eine Verurteilung zur Zahlung von Zinsen auf eine bestimmte Geldsumme "in Höhe von zwei vom Hundert über dem jeweiligen Diskontsatz" (früher der Reichsbank, jetzt der Landeszentralbanken) zu lässig und ohne weiteres zu vollstrecken ist. Das Gesetz über die Wechsel- und Scheckzinsen vom 3. Juli 1925 (RGBl I, 93) bestimmt nämlich in seinem § 1 Abs 2, daß jede neue Festsetzung des Diskontsatzes für dieses Gesetz am zweiten Tage nach der Veröffentlichung (früher im Reichsgesetzblatt, jetzt im Bundesgesetzblatt) in Kraft tritt. Der Gerichtsvollzieher kann danach nicht nur für Wechsel- und Scheckzinsen, sondern allgemein bei Voll-

streckungstiteln auf Zahlung von Zinsen in Höhe eines Hundertsatzes über den jeweiligen Diskont die beizutreibende Zinssumme ohne weiteres berechnen, weil er Höhe und Zeitpunkt der Wirksamkeit des neuen Zinssatzes leicht und eindeutig feststellen kann.

An dem gefundenen Ergebnis ändert auch nichts, daß die Notarkasse eine Anstalt des öffentlichen Rechts ist und daß ihre Auskünfte öffentliche Urkunden sein mögen. Solche Urkunden spielen zwar bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel oft eine Rolle (vgl §§ 726 ff ZPO). Sie sind aber nicht dazu bestimmt, den Vollstreckungstiteln erst den vollstreckbaren Inhalt zu geben. Voraussetzung der Erteilung der Klausel ist vielmehr, daß der Titel bereits einen vollstreckbaren Inhalt hat. Dieser fehlt der Urkunde vom 26. April 1948.

Das Oberlandesgericht Dresden (Beschluß vom 16. Oktober 1923, OLG 43, 353) und ihm folgend das Kammergericht (JW 29, 1298) haben nun allerdings in der Festsetzung eines Bruchteils des Einkommens des Schuldners von einem bestimmten Drittschuldner eine hinreichende Bezifferung einer Unterhaltsrente in Geld gesehen. Sie meinen, daß auf Grund eines entsprechenden Titels, insbesondere eines gerichtlichen Vergleichs, zwar nicht eine Pfändung durch den Gerichtsvollzieher, wohl aber eine Lohnpfändung beim Schuldner möglich sei, weil sowohl dieser bei einer solchen Verpflichtung wisse, was er abzugeben habe, als auch der Drittschuldner berechnen könne, welchen Bruchteil er einbehalten müsse. In beiden Entscheidungen handelt es sich um Versuche, Unterhaltsforderungen gegen Lohn- und Gehaltsempfänger, deren Höhe sich im wesentlichen nach dem Einkommen des Unterhaltsschuldners richtet, in entsprechenden Bruchteilen ihres Lohnes oder Gehaltes ein für allemal festzusetzen, um die Unterhaltsforderung auto-

matisch jeweils dem Lohn des Schuldners anzupassen. Der hier vorliegende Fall ist damit nicht vergleichbar. Schon Roquette sagt mit Recht in seiner Kritik zur Entscheidung des Kammergerichts (JW 29, 1298), es müsse im Urteil (gemeint im Vollstreckungstitel allgemein) ein objektiv greifbarer Berechnungsfaktor angegeben sein, an Hand dessen die Höhe der zu zahlenden Geldsumme jederzeit, auch vom Gerichtsvollzieher, errechnet werden könne. Daran fehlt es bei der Urkunde vom 26. April 1948.

Im übrigen stammt die Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden, auf die sich das Kammergericht allein gestützt hat, aus der Inflationszeit, in der sich Löhne und Gehälter in immer geringeren Zeitabschnitten änderten und in der die Festlegung von Unterhaltsrenten in (alter) Mark fast sinnlos war. Das Oberlandesgericht Dresden hat auch in der Folgezeit nicht mehr an seiner Entscheidung festgehalten und später (JW 1938, 1469 - beide Entscheidungen sind von demselben Senat -) schlechthin den - richtigen - Standpunkt vertreten, daß Unterhaltsurteile auf laufende Zahlung eines bestimmten Lohnbruchteiles (sogenannte Lohnquotentitel) keine geeigneten Vollstreckungsgrundlagen sind.

Inzwischen waren auch (§ 26 a der Verordnung zur Beschleunigung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 22. Dezember 1923 RGBI I 1239, übergegangen als § 9 in die Bekanntmachung zur Entlastung der Gerichte, i d F vom 13. Mai 1924, RGBI I 552, und ergänzt durch Art I der 2.VO zur Durchführung der Verordnung zur Beschleunigung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Juni 1924, RGBI I 660) sogenannte wertbeständige Schuldtitel eingeführt. Diese Vorschrift ist heute noch in Kraft, hat allerdings schon lange keine praktische Bedeutung mehr (Stein-Jonas-Schönke aaO Anhang

zu § 313 ZPO; EntlVO § 9 I; Baumbach-Lauterbach aaO Anhang nach § 313 ZPO 1). Als Wertmesser ist in diesen Bestimmungen nie ein bestimmtes Gehalt oder eine Pension oder ein Bruchteil davon zugelassen. Die im § 9 aaO getroffene Regelung ist abschließend (Baumbach-Lauterbach aaO Anhang nach § 313 B c; Stein-Jonas-Schönke aaO § 313 ZPO V). Wenn ein Urteil nach einem solchen nicht zugelassenen Maßstab ergangen wäre (z B einem bestimmten Beamtengehalt), so würde das Urteil zwar, wenn es in Rechtskraft erwachsen ist, nicht etwa nichtig sein. Wegen ungenügender Bestimmtheit des Urteilsausspruchs würde aber die Vollstreckung aus dem Urteil nicht möglich sein, seine Rechtswirksamkeit würde sich in der Rechtskraft wie beim Feststellungsurteil erschöpfen (Stein-Jonas-Schönke aaO Anhang zu § 313 ZPO V).

Das Gleiche muß für eine sogenannte vollstreckbare Urkunde gelten, in der eine Verpflichtung eingegangen ist, der die genügende Bestimmtheit fehlt. Es ist nicht angängig, daß ein Gläubiger mit einer vollstreckbaren Urkunde eine weitergehende vollstreckbare Verpflichtung seines Schuldners erreichen kann, als er sie mit einer Klage durch daraufhin ergehendes Urteil oder in einem gerichtlichen Vergleich würde erhalten können. Schon die Klageschrift muß aber einen bestimmten Antrag enthalten (§ 253 Abs 2 Satz 2 ZPO). Als solcher würde ein Antrag, den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger eine Rente in Höhe der Hälfte der jeweiligen Höchstpension eines bayerischen Notars zu zahlen, nicht genügen; denn Geldleistungen müssen ziffernmäßig bestimmt oder doch wenigstens mittels solcher Faktoren gekennzeichnet sein, die jederzeit eine ziffernmäßige Bestimmung ermöglichen (Stein-Jonas-Schönke aaO § 253^{ZPO}/III 2 a (Alpha) und Note 21).

Auch das Reichsgericht hat grundsätzlich an dem Erfordernis festgehalten, daß der Klagantrag ziffernmäßig bestimmt sein muß (RG in JW 1937, 3184 Nr 40). In dem von ihm hier entschiedenen Fall handelt es sich zwar um die Vergütung eines Testamentsvollstreckers, deren Höhe nicht ohne weiteres feststellbar ist. Nichts anderes kann aber gelten, wenn z.B. ein Beamter sein Gehalt einklagt. Auch hier muß er seine Forderung der Höhe nach genau beziffern, wenn er auf Leistung klagt. Klagt er aus Zweckmäßigkeitsgründen nur auf Feststellung, daß ihm ein Gehalt (z.B. in Höhe des jeweiligen Höchstgehalts eines Beamten einer bestimmten Besoldungsgruppe) zusteht, und erwirkt er ein entsprechendes Urteil, so kann er daraus nicht die Zwangsvollstreckung betreiben (Stein-Jonas-Schönke aaO § 256 ZPO V 3), mag auch die jeweilige Höhe des betreffenden Gehalts sich aus den Besoldungsvorschriften ergeben, mag es sich ohne weiteres durch eine amtliche Auskunft feststellen lassen oder mag es sogar der Höhe nach unstreitig feststehen. Das Gleiche gilt, wenn etwa ein so unbestimmtes "Leistungsurteil" ergangen und rechtskräftig geworden sein sollte.

Für die hiernach zutreffende Auffassung, daß der Notar wegen Unwirksamkeit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung eine vollstreckbare Ausfertigung seiner Urkunde vom 26. April 1948 über die hier in Betracht kommenden DMark-Beträge nicht erteilen konnte, spricht auch, daß, wenn in die Urkunde der damals gültige Satz von 50 % der Höchstpension ausdrücklich in Reichsmark aufgenommen wäre, nicht etwa nach der Währungsreform, wegen dieses bestimmten Betrages ohne weiteres in Deutscher Mark hätte vollstreckt werden können. Der Titel hätte erst nach der 16. Durchführungsverordnung zum Umstellungsgesetz mit einem Umstellungsvermerk wegen des über 10 % hinausgehenden Mehrbetrages versehen werden müssen (§ 1 aaO).

Über die Erteilung dieses Vermerks hätte nicht der Notar, sondern das zuständige Amtsgericht zu entscheiden gehabt (§ 3 Abs 2 aaO). Praktisch hat hier der Notar mit seiner Vollstreckungsklausel vom 10. Dezember 1953 nicht nur die von ihm aufgenommene Urkunde authentisch ausgelegt ("jeweilige" Höchstpension) und ihr erst durch Ermitteln und Einsetzen der "bestimmten" (in Wirklichkeit nur bestimmten) Geldsumme den vollstreckbaren Inhalt gegeben, sondern auch über die Umstellung entschieden. Das ist unzulässig.

Die Beklagte hätte vielmehr genau so, als wenn sie nur ein Feststellungsurteil in der Hand hätte, auf Grund der übernommenen Vertragsverpflichtung gegen den Kläger Klage auf Zahlung der von ihr zu beziffernden Rentenbeträge erheben müssen. In diesem Verfahren wären alsdann die vom Kläger erhobenen Einwände zu prüfen gewesen.

III.

Es ist oben schon ausgeführt, daß die Klage als Vollstreckungsgegenklage nur zulässig ist, wenn sie sich gegen einen wirksamen Vollstreckungstitel richtet. Dieser fehlt hier. Das hat zur Folge, daß die Klage als unzulässig abgewiesen werden muß (BGHZ 15, 190 [191]).

Eine Umdeutung der Klage in eine solche aus § 768 ZPO, eine beschränkte Vollstreckungsabwehr- oder Vollstreckungsgegenklage, die sich nur gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel richtet, während die Klage aus § 767 ZPO nur einen Titel, aber nicht bereits die Erteilung der Klausel voraussetzt, ist weder angängig noch würde das eine Entscheidung zu Gunsten des Klägers ermöglichen. Die Klage aus § 768 ZPO ist nur gegeben, wenn der Schuldner in bestimmten Fällen (z.B. §§ 726 Abs 1,

727 ff ZPO) den bei Erteilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Voraussetzung für die Erteilung der Klausel bestreitet (RGZ 50, 365 [366]). Keiner der in § 768 ZPO geregelten Einzelfälle (Eintritt besonderer Tatsachen, Rechtsnachfolge usw) liegt hier vor. Alle anderen formellen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Klausel, wozu auch die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit der Unterwerfung gehört, sind nach § 732 in Verbindung mit § 797 Abs 3 ZPO beim Vollstreckungsgericht, hier dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der Notar seinen Wohnsitz hat, geltend zu machen (Baumbach-Lauterbach aaO § 797 ZPO 2 A b, § 732 ZPO 1 A; Stein-Jonas-Schönke aaO § 732 I 2, § 797 III, BGHZ 15, 190 [191]). Nach deutschem Recht können Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel niemals im Wege der Klage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden (RGZ 165, 374 [382]), so daß diese Einwendungen auch nicht im Rahmen der erhobenen Klage berücksichtigt werden können. Die nicht vor das Prozeßgericht gehörenden Einwendungen können nicht einmal dann vor ihm zum Austrag gebracht werden, wenn der Prozeßweg sonst zulässig beschriftet ist (RGZ 50, 365 [367]).

Die Klage hätte nach allem von vornherein als unzulässig (durch Prozeßurteil) abgewiesen werden müssen, ohne daß es darauf ankommt, ob die in der Urkunde enthaltene Verpflichtung vom Vater des Klägers rechtswirksam übernommen und rechtswirksam geblieben ist. Daran ändert nichts, daß die Vollstreckung aus der Urkunde mangels einer wirksamen Unterwerfung tatsächlich im Ergebnis unzulässig ist; denn das ist, wie oben dargelegt, nach §§ 732, 797 ZPO, d.h. auf einem besonderen und einfacheren Rechtsschutzweg geltend zu machen, so daß das Rechtsschutzbedürfnis (Stein-Jonas-Schönke aaO Einl D III b)

für den Kläger fehlt, die (formelle) Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus der Urkunde im Wege der Klage geltend zu machen.

Die Revision des Klägers war deshalb mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die Klage als unzulässig abgewiesen wird.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 ZPO.

Dr. Tasche

Dr. Großmann

Dr. Oechsler

Dr. Dorschel

Dr. Freitag