

### Fall 33: "Versprochene Vorausklage"

S möchte bei G ein Darlehen aufnehmen. Dieser erklärt sich hierzu nur bereit, wenn S für eine dingliche Sicherheit sorgt. E erklärt sich bereit, an seinem Grundstück zugunsten des G eine Hypothek zu bestellen. E und G vereinbaren, daß G erst dann aus der Hypothek vorgehen darf, nachdem dieser zuvor die Vollstreckung gegen S erfolglos betrieben hat. Nach Auszahlung des Darlehens an S und ordnungsgemäßer Bestellung der Hypothek durch E, tritt G Forderung und Hypothek ordnungsgemäß an D ab. Diese hat von der Vereinbarung zwischen G und E keine Kenntnis. Könnte D nach Eintritt der Fälligkeit des Darlehens sofort aus der Hypothek gegen E vorgehen?

### **Anspruch des D gegen E auf Duldung der Zwangsvollstreckung in dessen Grundstück gem. § 1147 BGB**

Voraussetzungen

1. D müßte Inhaber einer Hypothek an dem Grundstück des E sein.

Da E zugunsten des D an seinem Grundstück keine Hypothek bestellt hat, kann D eine Hypothek am Grundstück des S nur von G kraft Rechtsgeschäfts erworben haben.

Hier: Wirksame Abtretung einer hypothekarisch gesicherten Forderung gem. §§ 398, 1154 BGB durch G an D (vgl. Sachverhalt)

b) Folge: Gesetzlicher Übergang der Hypothek gem. § 1153 I BGB, *wenn der Verfügende Inhaber der Hypothek war.*

Hier: (+), wirksame Bestellung einer Briefhypothek durch S zugunsten des G gem. §§ 873, 1113, 1115, 1117 BGB (vgl. Sachverhalt).

=> Wirksame Übertragung der Hypothek durch G an D

2. Keine Einwendungen oder Einreden des Eigentümers gegen den Hypothekar

Hier: Einrede der "Vorausklage"?

E und G hatten vereinbart, daß dieser aus der Hypothek erst vorgehen darf, wenn er zuvor einen Vollstreckungsversuch gegen S vorgenommen hat.

a) Grundsätzliche Zulässigkeit solcher Abreden

Ebenso wie etwa die *Stundung hinsichtlich einer Hypothek* bestehen grds. keine Bedenken gegen Vereinbarungen, die Hypothek erst unter bestimmten Voraussetzungen geltend zu machen (vgl. Münchener Kommentar/Eickmann, § 1157 Rn. 7).

=> grds. Zulässigkeit der Absprache zwischen E und G.

=> Einrede der "Vorausklage" des E gegenüber dem bisherigen Hypothekar G

b) Geltendmachung der Einrede auch gegenüber dem neuen Hypothekar, hier: D?

aa) Grundsätzliches Fortbestehen der Einreden gegen die Hypothek gem. § 1157 S. 1 BGB

Einreden des Eigentümers aufgrund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Hypothek können gem. § 1157 S. 1 BGB auch dem neuen Gläubiger entgegengehalten werden.

bb) Gutgläubiger *einrededefreier* Erwerb der Hypothek gem. §§ 1157 S. 2, 892 BGB?

Gem. § 1157 S. 2 BGB: Geltung u.a. des § 892 BGB für die Einrede

=> Möglichkeit des gutgläubigen einrededefreien Erwerbs

Hier: Keine Eintragung der Einrede in das Grundbuch und Gutgläubigkeit des neuen Gläubigers D

=> Gutgläubiger *einrededefreier* Erwerb der Hypothek gem. §§ 1157 S. 2, 892 BGB durch D

=> Keine Einreden des Eigentümers gegen den Hypothekar gem. § 1157 S. 1 BGB

=> Anspruch des D gegen E auf Duldung der Zwangsvollstreckung in dessen Grundstück gem. § 1147 BGB, ohne daß E dem D die Einrede der "Vorausklage" entgegenhalten kann.