

Ernst Christian Westphal

der Rechte und Philosophie Doctors, und der ersten
ordentlichen Professors

V e r s u c h

einer

systematischen Erläuterung

der sämtlichen

Römischen Gesetze

vom

P f a n d r e c h t e.



Leipzig

in der Wengandischen Buchhandlung, 1770.

Griff 2. Ordnung
der Reihe und 11. Teil des Buches, aus dem
entnommen ist.

1111

1111

Historischen Geographie

der Länder

Stammes

1111



3220



91949

1111
in der Reihe und 11. Teil des Buches, aus dem
entnommen ist.

Dem

Hochgebohrnen Freyherrn

H E R R N

Joseph Carl Maximilian

F r e y h e r r n

von Fürst und Kupferberg

Sr. Königl. Majestät in Preußen Höchstbes-
tallten würllichen Geheimen Etats- und Justiz-
minister, Präsident des Tribunals, Lehnsdirec-
tor und Obercurator aller Königl.
Universitäten,

meinem gnädigsten Herrn.

Handwritten text, likely a title or header, appearing as a mirror image.

Decorative separator consisting of a series of small, repeating symbols.

Handwritten text, likely a title or header, appearing as a mirror image.

Decorative separator consisting of a series of small, repeating symbols.

Handwritten text, likely a title or header, appearing as a mirror image.

Handwritten text, likely a title or header, appearing as a mirror image.

Handwritten text, likely a title or header, appearing as a mirror image.

Hochgebohrner Frenherr,

Gnädigster Herr Geheimer

Stats- und Justizminister,



Ew. Hochfrenherrl. Excell.
von meinem Fleiß und acad=
demischen Bemühungen Ke=
chenschaft zu geben, erfordert meine
unterthänigste Schuldigkeit. Eben
dieselbe verpflichtet mich, vor die be=
sonde=
* 3

sondere hohe Gnade, deren Ew. Hochfrenherrl. Excell. bisher mich zu würdigen geruhet, den unterthänigsten Dank abzustatten. Hochdero großen Verdienste um den Preussischen Staat, um die Königl. Akademien, und um die unsrige insonderheit, sind schon längst der Gegenstand der allgemeinen Verehrung und Bewunderung. Vergönnen daher Ew. Hochfrenherrl. Excell. daß bey gegenwärtigem Versuche, Hochdenenselben ein Opfer der unterthänigsten Dankbarkeit und Ehrfurcht zu bringen, mich erdreuste. So sehr Hochdero große Einsichten in den Wissenschaften, und besonders in der feinern Rechtsgelahrheit, im Stande sind, bey Anfangsversuchen von dieser Art, vor den scharffsehenden Augen

Augen eines so hohen Kenners schüch-
tern zu machen; so sehr ist diejenige
Gnade und Leutseligkeit, womit Ew.
Hochfrenherrl. Excell. die Bemühun-
gen dererjenigen aufzunehmen gewohnt
sind, die sich auf irgend eine Art nütz-
lich zu machen suchen, fähig, Muth
und Zuversicht einzulösen. Nichts
wird mir im academischen Fleiße zu
mehrerer Aufmunterung gereichen, als
wenn der Eifer, womit Ew. Hoch-
frenherrl. Excell. hohen Gnade mich
würdig zu machen suche, Hochdero
Beyfall einigermaßen zu erlangen das
Glück haben sollte. Gott erhalte
Ew. Hochfrenherrl. Excell. lange
Jahre bey allem hohen Wohlergehen,
zur Stütze des Preussischen Staats,
und unserer Academie, und verbreite
* 4 über

über Hochdieselben und Dero ganzes
hohes Haus alle Arten der vollkommen-
sten Glückseligkeit. Mit unterthänigster
Empfehlung zu Dero Hochvenerirlich-
chen Gnade, bin in tiefer Devotion

Ew. Hochfrenherrl. Excell.
meines Gnädigsten Herrn Gehei-
men Stats- und Justizministers

Halle
den 6ten May

1770.

unterthänigster

Ernst Christian Westphal.

Ein-



Einleitung.



Gegenwärtige Arbeit ist einer wichtigen Lehre des Römischen bürgerlichen Rechts gewidmet; und da man darinn sich einen Plan erwählet, der von der gewöhnlichen Methode in etwas abweicht; so wird es nöthig seyn, von der Beschaffenheit desselben zum voraus einige Nachricht zu geben.

Daß Bemühungen zu Aufklärung der Römischen Gesetze nicht unnütz sind, braucht man in diesen Tagen nicht mehr zu beweisen, da jeder davon schon ohnedem überzeugt ist. Es hat zwar eine Zeit gegeben, da der Haß gegen dieses fremde Recht zur Mode wurde, und die gelehrtesten Männer, wenn es bey ihnen gestanden, solches gern aus ganz Teutschland verbanner hätten; da man allem Fleiß daran wandte, in allen Stücken dessen Nichtgebrauch zu zeigen, und

Einleitung.

demselben gleichsam jeden Schritt freitig machte. Jedoch diese Zeiten sind vorbey. Die gründlichsten Rechtsgelehrten sehen jetzt ein, daß das heutige Teutschland denen ehemaligen Verfassungen dieses Landes nicht mehr gleich ist; daß die Verfeinerung der Sitten auch eine künstlichere Rechtswissenschaft jetzt nothwendig mache, und daher die einfachen Gebräuche unserer Vorfahren, zu Entscheidung der unzählig veränderten Fälle, nicht mehr zureichen. Die Aufheiterung des teutschen Rechts bleibt bey dem alten eine nothwendige Sache und ihr wird an der schuldigen Hochachtung nichts benommen, wenn man auch dem Römischen Rechte daneben das Wort redet. Ueber die neuesten Sachen, worinn das teutsche Recht gebraucht werden muß, findet sich in den Römischen Gesetzen ein Stillschweigen; und diejenigen Gegenden, welche diese letzteren Gesetze so fruchtbar angebauet haben, hat die teutsche Rechtsgelahrtheit meistens wüßt und roh gelassen. Man kann nach Regeln gar leicht bestimmen, wo die Römische Kunst aufhört und die teutsche Gedenkungsart ihren Anfang nimmt. Es steht nicht in den Kräften bloßer Privatgelehrten, Gesetze, die durch die ausdrücklichsten Reichsaktionen ihr Ansehn erhalten, blos aus Eigensinn ihrer rechtmäßigen Herrschaft wieder zu entsetzen. Ein gewisses System ist allemal ungewissen Grundsätzen der Billigkeit, worinn man sich schwer vereinigt, vorzuziehen. Die, so sich mit practischen Arbeiten zu beschäftigen haben, wissen es am besten, wie oft sie zu dem geschriebenen fremden Rechte ihre Zuflucht nehmen müssen.

Die Methode, mit welcher man das Römische Recht vorzutragen pflegt, ist sehr verschieden. Man erklärt entweder die Gesetze nach ihrer Lage, in welcher

Einleitung.

cher sie sich befinden, d. i. man macht über die Gesetzbücher einen Commentarius; oder man verfertigt daraus Systeme, und zwar entweder nach einer willkürlichen, oder nach einer solchen Ordnung, in welcher einer derer Theile des Corp. jur. besonders in welcher die Pandekten, geschrieben sind.

Die Commentarii sind seltner, als die Systeme, und es fehlt noch jetzt über die einzelnen Theile des Corp. jur. die Institutionen ausgenommen, an ganz vollständigen Erklärungsschriften.

In den Pandekten thun die Werke des Cujaz die besten Dienste. Sein Commentarius, den er nach Ordnung der Pandekten geschrieben, ist freylich sehr unvollständig; allein, wenn man die sämtlichen Werke dieses Verfassers zusammen nimmt, so kann man die in jenem gelassene Lücken ziemlich ausfüllen. Doch bleibt noch immer ein Rest, den er ohne Erläuterung gelassen hat. Die sämtlichen Werke des Ulpian, woraus fast unter jedem Titel die mehresten und stärksten Stellen genommen sind, vieler anderer alten Rechtsgelehrten zugeschwiegen, hat er unberührt gelassen. Die übrigen Commentarien sind entweder nur auf einige wenige Bücher der Pandekten eingerichtet; oder sie sind in der Erläuterung selbst so wenig gründlich, daß man sie wenig oder gar nicht brauchen kann; oder es sind mehr Systeme, die nur die Ordnung der Titel befolgen. Auch MORNACIUS und REGNER AB OOSTERGA in Censura Belgica, die man sonst als Commentatoren angeführt findet, enthalten weiter nichts, als einen usum hodiernum, sowol bey den Pandekten, als dem Codice, ohnerachtet der erstere über den Codex einige wenige gelehrte Anmerkungen mit einmischet. Man muß daher statt eines guten
und

Einleitung.

und vollständigen Commentarii die Thesaurus des OTTO und MEERMANN und eine große Anzahl von kleineren Opusculis, Observationibus, Libris singularibus, Interpretationibus etc. besitzen, und in solchen die Erläuterung einzelner Gesetze mit Mühe zusammen suchen. Der berühmte Herr Hofrath Hommel hat durch sein Corpus juris cum notis variorum der gründlichen Rechtswissenschaft einen ausserordentlichen Dienst erwiesen, daß er durch dieses Werk das Auffuchen der kleinen Schriften und der darinn enthaltenen Erklärungen einzelner Gesetze sehr erleichtert hat. Die Zeit wird ohne Zweifel diesem schönen Anfange eine mehrere Vollständigkeit geben. Vielleicht nimmt in Zukunft Jemand die Mühe über sich, daß er die kleinen Schriften excerpirt, und die Anmerkungen daraus nach Ordnung der Gesetze zusammen trägt. Alsdenn würde diese Arbeit auch denen nutzen, welche die kleinen Werke nicht alle selbst besitzen. Dasjenige, so NAEVIUS in seinem Systemate Selectorum deshalb liefern wollen, ist zu alt, zu wenig und zu schlecht, als daß es zur wahren Erklärung Dienste thun könnte, und eben dieses ist von denen 1553. in 8. Voll. erschienenen Variis Repetitionibus juris civil. zu sagen.

Die Erläuterungen des Cujaz und Donellus über den Codex sind in diesem Fach die besten Schriften, ob sie gleich nicht ganz vollständig sind. Statt des vortreflichsten Commentarii aber kann man sich des godofredischen Codicis Theodosiani bedienen. Von den übrigen ist eben das zu sagen, was von den Commentarien über die Pandekten erinnert worden.

Bei den Novellen ist zwar Rittershusen unter den Erklärern der gelehrteste; er gehört aber eigentlich nicht unter die Commentatoren; und was Cujaz über
die

Einleitung.

die Novellen gesagt hat, ist wenig. Die Erklärer der Authentiken haben denen, so die Novellen erläutern, ihre Anmerkungen abgeborgt.

Die Methode, die Gesetze selbst zu studiren und durch Commentariis die Rechtswissenschaft zu erlernen, ist ohnstreitig die gründlichste. Daher befahl sie Justinian denen Lehrstühlen an, und selbst die Glossatoren, so wenig Hülfsmittel sie dazu hatten, waren doch darinn einsichtig genug, daß sie mit Erklärung der Gesetze zur Jurisprudenz anführten. Auch erhielt sich dieser Vortrag wenigstens Stückweis, auf teutschen Academien noch bis zu Anfange dieses Jahrhunderts. Nur jetzt ist er fast ganz ausser Gebrauch gekommen.

Die Weitläufigkeit einer solchen Anleitung, die Menge der dazu nöthigen Hülfsmittel, die Häufung der academischen Arbeiten, die beständig eingeschränkter werdenden Jahre des Studirens, die Schwierigkeit, so vielerley Sachen, bey der nicht zusammenhangenden Ordnung der Gesetze, im Gedächtnisse zu fassen, vermochte endlich die Rechtslehrer, Systeme zu entwerfen, und darinn dasjenige, so an mehreren Orten in den Gesetzen zerstreut war, in eine faßliche Verbindung zu bringen. Hier behielt man entweder die Gesetze selbst bey und setzte nur dasjenige ordentlich neben einander, was zusammen gehörte, oder man setzte seinen eigenen Vortrag an deren Stelle.

Die erstere Art der Systeme hat vielerley Vorzüge, und man ist besonders dem französischen Rechtsgelehrten von Orleans und dem Ulmischen Herrn Rechtsconsulenten, Beger, vor das, was sie in die-

sem

Einleitung.

fem Fach geleistet, allen Dank schuldig. Man verliert dabey von den Gesetzen selbst nichts, und das Gedächtnis erhält dennoch dadurch eine gute Stütze. Weil aber allemal die Erklärung der Gesetze nothwendig bleibt; so ist es begreiflich, wie diejenigen Schriften am häufigsten geworden und diejenige Methode den meisten Beyfall erhalten hat, da in einem eigenen Vortrage und nicht mit den Worten der Gesetze, blos der Inhalt derselben deutlich und zusammenhängend erzählt wird.

Es ist gewiß, daß, wenn der Verfasser eines solchen Vortrags alle Gesetze genau kennt, ihr Verhältnis gegen einander vollkommen übersieht, das Brauchbare und noch gültige absondert, und sich ganz richtig ausdrückt; daß, sage ich, alsdenn ein solcher Vortrag vortreflich zu nennen, daß man dadurch ganz leicht zum Kern der Rechtswissenschaft, und in dem sechsten Theil derjenigen Zeit dahin gelanget, wohin man bey dem Studieren der Gesetze selbst, erst nach langer und saurer Mühe, zu kommen im Stande war.

Allein die vielen Erfordernisse, die wir zu einem solchen Vortrage gerechnet haben, und deren Richtigkeit Niemand bezweifeln kann, machen, daß man solche fast nie zusammen beobachtet findet. Entweder der Verfasser hat hin und wieder die Gesetze unrecht verstanden, und in denen von ihm zum Beweise angeführten Gesetzen ist, nach angestellter richtigen Erklärung, dasjenige gar nicht enthalten, was er daraus herleiten wollen. Oder er hat nicht alle brauchbare und gültige Gesetze zusammen getragen, und es fehlt also an der Vollständigkeit. Oder er hat Gesetze zum Grunde gelegt, welche durch andere neuere Ver-

Einleitung.

Verordnungen wieder aufgehoben sind, und verführt, indem wir bloß das noch geltende Recht bey ihm anzutreffen glauben. Oder er lehrt Sätze, die er mit Gesetzen gar nicht beweisen kann; die sich bloß auf das Ansehen anderer Schriftsteller gründen; oder die der heutige veränderte Gebrauch der Gerichtsstühle eingeführt hat, mit eben dem Tone, wie das übrige, so in den Gesetzen wirklich gegründet ist, so daß man den Verfasser nicht anders verstehen kann, als daß, alles was er vorträgt, in den geschriebenen Gesetzen wörtlich enthalten wäre. Ja wenn auch der Vortrag alle die erforderlichen guten Eigenschaften hätte; so thut er doch dem, der selbst denken will, kein Genuge. Die Gesetze sind oft schwer zu verstehen, so zum Beweise dienen sollen. Man soll es schlechtthin glauben, weil man es selbst zu beurtheilen nicht vermag, daß sie den angenommenen Verstand haben. Es sind eine Menge Gesetze, die das Corp. jur. enthält, weggelassen. Man soll es blindlings dem Verfasser zutrauen, daß diese alle unbrauchbar oder abgeschafft sind. Zu allem diesem gehört viel Ueberwindung. Dies ist die Quelle von einer Menge von Unbequemlichkeiten, die bey dem heutigen systematischen Vortrage unvermeidlich sind; ohnerachtet der gute Zusammenhang wiederum einige Vortheile giebt, deren die Alten entbehren mußten. Kommt nicht daher die Ungewißheit in unserer Rechtswissenschaft; die Uneinigkeit der Rechtsgelehrten; die gänzliche Verkennung der Gesetze und ihrer Geschichte; die Vermischung der verschiedenen Rechte, der Observanzen und der Meinungen untereinander?

Diese Betrachtungen haben mich zu den Gedanken geleitet, daß dem Uebel vielleicht dadurch einigermaßen abgeholfen werden könnte, wenn man die
Vor-

Einleitung.

Vortheile, so aus allen drey Methoden, nemlich der commentatorischen, sogenannten reconcinnatorischen, und systematischen, einzeln zu erwarten sind, unter einander vereinigte, und dadurch diejenige Unbequemlichkeit, welche sie einzeln mit sich führen, glücklich vermiede. Dies ist der kurze Entwurf der gegenwärtigen Arbeit.

Sie ist blos dem reinen Römischen Rechte gewidmet; weil ich glaube, daß man erst die Verordnungen jeder Art der in Teutschland üblichen Rechte selbst kennen muß, ehe man von ihrem heutigen Gebrauch, oder ihrem Verhältnis gegen andere Arten der üblichen Rechte, zu urtheilen im Stande ist. Man hat alle Gesetze, principia und Paragraphen derselben, die, unter denen zum Pfandrecht gehörigen Titeln, in den Pandekten und dem Codice stehen, und was man in den Institutionen und Novellen, ingleichen in den Pandekten und dem Codice, ausserhalb derer das Pfandrecht betreffenden Titel, ausfindig machen können, in das System gebracht, wie aus dem angehängten Verzeichnis der erklärten Gesetze zu ersehen ist. Durch dieses Verzeichnis kann sich jeder mit eigenen Augen überzeugen, daß kein Gesetz, welches, so viel man weiß, zur Materie gehört, ungenutzt geblieben. Sollte dennoch ein hin und wieder verstecktes Gesetz übrig seyn, das der Aufmerksamkeit entgangen ist; so wird man solches künftig nachzuholen suchen. Jedem Gesetze, das einer Erläuterung zu bedürfen geschienen, ist, mit Hülfe der besten Commentatoren und anderer größern und kleinen hermenevtischen und systematischen Werke, und mit Verbindung eigener Gedanken, eine Erklärung beygefügt worden. Die Ausführung selbst wird am besten zeigen, welcher Hülfsmittel man sich dabey bedient hat.

Beson-

Einleitung.

Besonders sind die sämtlichen Werke des Cujaz und Anton Faber genutzt, und von der Antejustinianischen Jurisprudenz, der Geschichte der Gesetze, und denen Basilicis ist, wie man finden wird, überall Gebrauch gemacht. Vorzüglich hat die Beurtheilung der scharfsinnigen Anmerkungen, des ANTONIVS FABER, die man nur irgend in dessen Rationalibus, Conjecturis, Erroribus und Semestribus finden können, viel Zeit erfordert. Sie verdienen es aber, daß man diese Mühe an sie gewandt hat. Nur muß ich den Leser um Entschuldigung bitten, daß, bey der Entfernung der Handschrift, wegen des auswärtigen Drucks, nicht alle Anmerkungen sogleich an den gehörigen Ort haben eingeschaltet werden können; sondern einige derselben, die erst neuerlich hinzu zufügen, die Zeit gestattet, in einen Nachtrag gebracht werden müssen, der dem Tractate angehängt ist. Man kann die Anmerkungen leicht noch mit andern vermehren. Vor der Hand aber wird man mit der schon ziemlich weitläufig gewordenen Arbeit zufrieden seyn. Künftig kann man vielleicht den Plan noch erweitern. Da auch eben diese Entfernung des Drucks einige Fehler, die am Ende angemerkt sind, veranlasset hat; so wird man auch dies unvermeidliche Uebel, der sonst ziemlich accuraten Presse, vergeben. Sollte diese wirklich saure Arbeit von Kennern, so aufgenommen werden, daß mich deren Urtheil zu Fortsetzung dieses Plans aufmuntern könnte; so verspreche ich mehrere ganze Doctrinen nach und nach, wenn Gott

Westph. Erl. v. Pf. R. * * Leben

Einleitung.

Leben und Kräfte verleiht, in gleichem Geschmacke zu liefern. Vielleicht könnte mit der Zeit das ganze bürgerliche Recht auf solchen Fuß umgearbeitet werden. Ich glaube daß dadurch das Ansehn der Meinungen, die Vermischung der Rechte, die Ungewißheit, die Uneinigkeit und alle, sonst unaußhörlichen, Mängel der Jurisprudenz am sichersten vermieden werden können.

Man kann gegenwärtigen Tractat, als einen Commentarius brauchen; wenn man die Erläuterungen in der Ordnung liest, wie sie in dem angehängten Verzeichniß der erklärten Gesetze stehn. Man kann ihn aber auch, als System lesen, wenn man ihn in der Ordnung durchgeht, worinn er geschrieben ist.

Da man alle zur Sache gehörige Gesetze aufgesucht, so kann nicht leicht ein Widerspruch in den Gesetzen vorkommen, dessen nicht am gehörigem Orte erwähnt würde. Die Gesetze sind alle ganz abgedruckt, damit man selbst mit eigenen Augen sehen, und die beygefügte Erklärung darnach prüfen könne. Nur die Novellen, und aus den übrigen Theilen des Corpus Juris, diejenigen Gesetze, so ausser denen zum Pfandrecht gehörigen Titeln, vorkommen, und nicht zunächst zur Sache gehören, sind jene, wegen ihrer großen Weitläufigkeit, diese aber, wegen ihrer wenigern Erheb-

Einleitung.

Erheblichkeit, nicht mit abgedruckt. Die Lehre vom *Constituto possessorio* ist darum übergangen worden, weil sie nicht zum Pfandrechte, sondern zur Materie des Besizes gehört, und in dieser mit abgehandelt werden muß.

Der Augenschein selbst wird lehren, daß nicht leicht ein Werk angeführet sey, das man nicht selbst vor sich liegen gehabt. Aus denen *Basilicis* sind nur diejenigen Stellen angemerkt, die eine merkwürdige Abweichung von der lateinischen Lesart enthalten, oder dieselbe besser erläutern. Wer sich mit diesen *Basilicis* näher bekannt macht, der findet, daß sie nicht allemal ein Orakul sind. Oft hat der Uebersetzer das lateinische Original schlecht verstanden oder ausgedruckt. Wo die Uebersetzung zeigt, daß ehemals der lateinische Text vollständiger gewesen, oder anders gelautet habe, als er jetzt lautet, da thun die *Basilici* gute Wirkung, sonst aber nicht. Bey den Erklärungen selbst hat man sich bemüht, so viel als möglich pragmatisch zu seyn. Daher man sich bey Kleinigkeiten, welche sonst mit zu nehmen reichliche Gelegenheit gewesen, nicht aufgehalten, auch alle Ausschweifungen auf Sachen, die nicht zur Erklärung gehörig, vermieden. Die griechischen *Scholasten* haben kein mehreres Ansehen, als die *Glossatoren*, daher man solche völlig übergangen. Was in der *Glosse* und den *Scholasten* Gutes anzutreffen, haben die neuern gelehrten Erklärer schon genutzt.

Einleitung.

übrige verdiente nicht in die jetzige Arbeit übertragen zu werden. Weil die ganze Arbeit zugleich zum Nutzen eingerichtet seyn sollte; so ist dasjenige, was in unserm Corp. Jur. mit enthalten, aber nicht mit in den Gerichtsstühlen angenommen ist; als die Leonischen Novellen, Justinians Edicte, u. d. g. übergangen. Man wird die Erklärungen selbst nicht hinlänglich einsehen und nutzen, wenn man nicht jedes erläuterte Gesetz selbst durchliest; alsdenn aber versucht, ob man es ohne Erläuterung schon versteht, und über dasjenige so dunkel bleibt, aus denen hinzugefügten Erklärungen ein Licht sucht. Jede Gesetzesklärung erfordert, daß der Sinn selbst zuvörderst bestimmt, denn des Gesetzes Grund angegeben und die Verbindung desselben mit andern Gesetzen gezeigt werden. Dieses glaubt man ebenfalls, da, wo es nöthig war, geleistet zu haben. Wo etwas versehen, bittet man zu entschuldigen und mit Höflichkeit zu erinnern.





Erstes Kapitel.

Historische Nachricht von denjenigen Stellen, die das Pfandrecht betreffen und in dem Corp. Jur. Rom. befindlich, und von dem Pfandrechte selbst.

Inhalt.

- §. 1. Zerstreung dieser Materie im Corp. Jur. §. 2. Chronologie der Juristen und Werke, woraus die hieher gehöri- gen Stellen der Pandecten genommen. §. 3. Chronologie der Verfügungen des Cod. §. 4. Chronologie der Novellen. §. 5. Von der Geschichte des Pfandrechts selbst.

§. 1.



Die Materie des Pfandrechts ist durch die Institutionen, Pandecten, den Codex und die Novellen zerstreut, wie aus dem hinten angehängten Verzeichnisse der erklärten Gesetze erhellen wird. Wegen der Institutionen ist hier nichts weiter zu erinnern, von denen andern Theilen des Corp. Jur. aber ist nöthig, einige Nachricht zu geben.

2 Historische Nachricht von denen Stellen,

S. 2.

Die Stellen der Pandecten, welche das Pfandrecht betreffen, sind aus verschiedenen Werken alter Rechtsgelehrten genommen. Dahin gehören

1) Des Q. ANTIST. LABEO, unter Augusto, Libri *περὶ Σαυῶν* oder *Persuasoriorum*, welche der Jurist Paulus in einen Auszug gebracht und denen von dem Labeo gewagten Regeln, denn so könnte man ohngefähr den Titel des Werks übersetzen, Ausnahmen beygefügt, die in denen noch bis auf uns gekommenen Stellen immer mit *imo* sich anfangen. (1) Derer Bücher waren 8.

2) Ebendesselben Libri *Posteriores*, welche Javolen in einen Auszug gebracht und deren 40. gewesen, ohnerachtet der Index Florent. nur 10. angiebt. Javolen tadelt in dem Auszuge den Labeo, und widerlegt ihn, oft mit Bitterkeit, erweitert dessen Sätze, fügt denenselben Ausnahmen und dasjenige bey, was der Gebrauch seiner Zeit abgeändert hatte. Man muß aber diesen Auszug von denen Javolenischen *Libris ex Posterioribus Labeonis* unterscheiden. (2)

3) Des NERATIVS PRISCIVS, unter Hadrian, Libri *Membranarum*, deren 7. waren. *Membranae* sind allerley Anmerkungen, welche nach und nach bey Lesung guter Schriften und sonst gelegentlich gesammelt worden. (3)

4) Des SALV. JULIANVS, unter Hadrian und denen Antoninen, *Digesta*, deren 90. Bücher gewesen, darin die Ordnung des Ed. perp. zum Grunde lag. In dem Cod. Flor. findet sich zwar an einem Orte Lib. LXXXIV., man kann aber sehen, daß eins derer X. von einer neuern Hand erst hinzugesetzt worden. Aus diesem Werke stehen 376. Stellen in denen Pandecten. Vlp. Marcellus, Cerv. Scae-

Scaevola, Jul. Paulus, und Jun. Mauricianus haben Anmerkungen dazu gemacht. Dieses Werk wird L. I. de his qui not. infam. auch unter den Namen Libri ad Edictum angeführt. Digesta überhaupt sind ein weitläufiges System, dergleichen seit den Zeiten Hadrians verschiedene Juristen geschrieben, und welche immer die Ordnung des Ed. perp. zu haben pflegen. (4)

4) Des SEX. CAECIL. AFRICANVS, unter denen Antoninen, Libri IX. Quaestionum. Africanus ist darinnen so spitzfindig, scharfsinnig und schwer, daß bey denen alten Commentatoren ein schweres Gesetz gleichsam im Spruchwort Lex Africani genannt wurde. Er war ein Schüler des Salv. Juliani und hatte so viel Achtung vor seinen Lehrer, daß wenn er schlecht hin in seinem Werke sagt: ait, existimavit, negavit, putavit, inquit, respondit, placet, notat, er allemal darunter den Julian versteht, so wie Alfenus Varus in Digestis mit seinem respondit etc. allemal auf seinen Lehrer Servius Sulpic. ziele. ANT. FABER will Rational. ad l. 31. de P. A. zwar nicht zugeben, daß, was wir vom African angemerkt, allemal zutreffe; allein aus dem Beyspiele dieses Gesetzes, verglichen mit L. 61. §. 5. de furt. erhellet wenigstens keine Ausnahme von der Regel. Aus diesem Werke stehen 130. Stellen in den Pandecten. Quaestiones und Responsa kommen darinn mit einander überein, daß auf eine Rechtsfrage eine rechtliche Antwort und Belehrung ertheilet wird. Allein die Responsa sind kürzer und ohne sonderliche Ausführung, so wie sie auf der Partheyen Anfrage ertheilet worden, die Quaestiones hingegen sind weitschweifig, vermuthlich aus denen, die man auf Anfragen derer Partheyen vorher kürzer ertheilt hatte, als die besten und vorzüglichsten, ausgesucht, und mit vielen Gründen und gelehrten Ausschweifungen unterstützt. Daher auch Quaestiones und Tractatus vor einerley Sache genommen werden. Inzwischen

4 Historische Nachricht von denen Stellen,

waren Tractatus eigentlich noch von weiterm Umfange, als Quaestiones, da jene nicht auf so besondere Fälle giengen, wie diese. Respondere wurde übrigens besonders gebraucht, wenn die Parthey gegenwärtig war, sonst, wenn der Anfragende sich auswärts aufhielt, so hieß die Ertheilung der Antwort: Rescribere. (5)

5) Des SEX. POMPONIVS, gleiches Zeitalters, Libri XXXV. ad SABINVM oder ex SABINO, über deren etliche H. THEOD. PAGENSTECHEr einen gelehrten Commentarius geschrieben. Obgleich der Index Flor. nur 35. Bücher dieses Werks angiebt, so kommt doch L. 20. de Capt. et postl. das 36ste Buch vor. Es finden sich außer dem, was unter dem Titel de Orig. Jur. steht, nur ganz kurze Stellen aus diesem und denen übrigen Werken des Juristen in den Pandecten. Derjenige Sabinus, worüber er geschrieben, ist MASSVR. SABINVS und zwar dessen Libri Juris Civilis sind eigentlich das Buch, worauf des Pomponius Werk gerichtet war. Diese Libri Juris Civilis standen bey denen Sabinianern in solchem Ansehen, daß sie sämtlich in ihren Schriften die Ordnung dieses Buchs zum Grunde legten. Auch Paul. Vlp. und Aristo haben es erläutert. Aus dem Werke des Pomponius finden sich in den Pandecten 373. Fragmente. Die Anmerkungen derer alten Juristen, die sie über anderer Rechtsgelehrten Werke schrieben, waren entweder besonders, in eigenen Büchern, außerhalb dem Werke, das sie betrafen, vorgetragen, oder sie waren dem Hauptwerke, wozu sie gehörten, einverleibt. Die von der erstern Art allein werden in denen Ueberschriften unserer Gesetze in den Pandecten mit ad oder ex erwähnt. Die von der letztern hingegen, kommen ordentlicher Weise in den Ueberschriften der Gesetze nicht vor, und wenn sie ja dann und wann erwähnt werden, so heißt es z. E. Paulus apud Julianum Libro quarto Digestorum, oder schlechthin: Paulus Libro quarto Juliani Dige-

Digestorum. Zu der erstern Art gehören die Anmerkungen des Pompon. ad Sabin.

6) Ebendesselben Libri XL. Variarum Lectionum, oder ex Variis Lectionibus. Es ist aber noch nicht ausgemacht, ob derer Bücher eben 40. gewesen. In dem Ind. Flor. werden nur 15. erwähnt. In den Pandecten wird zwar an einem Orte das 35ste Buch, und an einem andern das 40ste angeführt. Allein bey der einen Stelle muß statt: *Variae lectiones*, gelesen werden: *Lect. ad Q. Mucium*, und bey der andern ist die Lesart in denen Manuscripten verschieden und steht in einigen derselben statt des 40sten Buchs das 13te. (6)

7) Des CAIVS, gleiches Zeitalters, Libri XXXII. ad Edictum Provinciale. Dies war eine Sammlung der Provinzialedicte nach Ordnung des Edicti perpetui urbani, nebst Erläuterungen. Es wird von vielen wahrscheinlich davor gehalten, daß es ein besonderes Edictum perpetuum provinciale gegeben habe. Die Gründe dieser Meinung braucht man hier nicht auszuführen. Also ist das Werk des Cajus vermuthlich eine Erläuterung desselben. BACH in Prolus. de Ed. perp. provinc. hat die Meinung von einem Ed. perp. prov. nicht hinlänglich umstoßen können, und das Argument, so von denen Libris Caji ad Ed. prov. vor diese Meinung hergenommen wird, ist ziemlich stark.

8) Eben desselben Liber singularis de formula hypothecaria. (7)

9) Des Q. CERV. SGAEVOLA unter dem Kaiser Marc. Antonin, Libri XL. Digestorum, welche er nach des K. Marcus Antoninus Tode geschrieben, oder wenigstens vollendet. Seine Schreibart ist sehr kurz und laconisch.

6 Historische Nachricht von denen Stellen,

Die Digesta enthalten mehrentheils eben dieselben Responsa wieder, die in dessen Libris Responsorum vorkommen, so daß es scheint, als ob er in den Digestis die Responsa nur besser in Ordnung gebracht und etwas weitläufiger ausgeführt, als in denen Libris Responsorum geschehen.

10) Ebendesselben Libri VI. Responsorum. (8)

11) Des VLP. MARCELLVS, unter denen Antoninen und dem Commodus, Libri XXXI. Digestorum.

12) Ebendesselber Liber singularis Responsorum. Mit den Digestis hat es eben die Bewandnis, wie mit den Digestis des Scaevola. (9)

13) Des AEMIL PAPINIANVS, unter dem Sever. und Carac. Libri XXXVII. Quaestionum. Ueber diese Quaestiones hat Jul. Paulus Anmerkungen geschrieben.

13) Ebendesselben Libri XIX. Responsorum. Worte über Paul. und Ulpian. Anmerkungen gemacht. Die Anmerkungen des Paulus, Ulpianus und Marcianus über des Papinians Werke, wurden, so fern sie von Papinians Meinung abgehen, durch den K. Constantin, ingleichen Theodos. und Valentinian völlig verworfen, Justinian aber gab ihnen wieder ein Ansehn, so weit sie einen bessern Grund hätten, als die Meinungen des Papinian. Wenn Paul, Ulpian und Marcian den Ausdruck gebrauchen: Papinianus tractat, so zielt solcher allemal auf die Quaestiones. (10)

14) Des CLAUD. TRYPHONINVS, gleichen Zeitalters, Libri XXI. oder, wie Grotius annimmt, XXVI. Disputationum. (11)

15) Des

15) Des DOMIT. VLPPIANVS, unter dem Sever. und Alexander, Libri X. Disputationum. Die mehresten Werke schrieb dieser Jurist unter dem Caracalla. Disputationes waren Streitfragen, deshalb bey Gericht und vor dem Tribunal gestritten worden, daher auch die Benennung Interpretationes et Disputationes fori.

16) Ebendesselben Libri LXXXIII. ad Edictum.

17) Ebendesselben Libri VI. Opinionum, worin Ursachen vorgetragen waren. Ohne Grund nehmen einige einen andern Ulpian zum Verfasser dieses Buchs an.

18) Ebendesselben Libri II. Responsorum.

19) Eben desselben Libri LI. ad Sabinum, oder ad Massurium Sabinum, nicht aber ad Fabium Sabinum, wie bey dem Lampridius, diesem fehlerhaften Geschichtschreiber in der Anführung der Rechtsgelehrten, vorkommt. (12)

20) Des IVL. PAVLLVS, gleiches Zeitalters, Libri XXIII. Brevium. Dieses Juristen Bücher sind zum Theil unter Caracalla, zum Theil unter Heliogabalo geschrieben. Brevia waren dasjenige, was bey hohen Collegiis gemeine Bescheide genannt, und wodurch mancherley Dinge, die die Parthenen und Sachwalter beobachten sollen, von dem Gerichte selbst festgesetzt werden, dergleichen Paulus gesammelt und erläutert. (13)

21) Ebendesselben Libri Decretorum, und, wie sie in unserm Corp. Jur. immer angeführt werden, Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum. Es sind richterliche Entscheidungen, welche unter der Regierung derer Kayser Severi und Antonini und unter deren Vorsitz in der höchsten Instanz gefället sind, und wo Paulus, Pa-

pinianus, Tryphoninus und andere Rechtsgelehrte Besitzere gewesen. Des Papinianus Meynung behielt dabey immer die Oberhand. Paulus war gemeiniglich anderes Sinnes. Justinian hat nur aus 3. Büchern der Decretorum und aus 6. Libris Imperial. Sentent. Stellen abschreiben lassen. Im Ind. Flor. kommen Libri VI. Sententiarum sive Factorum des Paulus vor. Aus allem diesem vermuthet Bynkershoek nicht unwahrscheinlich, daß Libri Sententiarum Imperialium und Libri Decretorum verschiedene Sammlungen, obwohl von einerley Art gewesen, daß es derer ersteren 6. derer letzteren aber 3. gegeben. Schulting hingegen in Pauli Sentent. Recept. Init. glaubt, daß ein und eben dasselbe Werk vom Paulus zweymal herausgegeben worden, und bey der ersten Ausgabe der eine, bey der andern aber der andere Titel gebraucht, auch eine andere Bücherzahl bey der letztern angenommen worden, als bey der erstern. Es sind lauter Vermuthungen, deshalb es sich zu keiner Gewisheit bringen läßt.

22) Ebendesselben Libri LXXX. ad Edictum.

23) Ebendesselben Libri epitomat. Alfeni Vari Digestor. Derer Digestorum Alfeni waren 40. Bücher, aus welchen viele Stellen in unser Corpus Juris eingeschlossen. Diese Ehre ist sonst auffser dem Alfen, von denen Juristen der freyen Republic nur noch 2. andern wiederfahren. Ob Paulus alle 40. Bücher in einen Auszug gebracht, oder nur einige derselben, ist nicht auszumachen. Im Corp. Jur. wird der Auszug genannt: Digesta a Paulo epitomata, epitomae Alfeni Digestorum, Alfeni libri epitomarum. Wenn Paulus darinnen ait, respondit etc. spricht, so ist dieses vom Alfen zu erklären.

24) Ebendesselben Libri XVIII. ad Plautium.

25) Eben

25) Ebendesselben Libri XXVI. Quaestionum.

26) Ebendesselben Libri XXIII. Responsorum.

27) Ebendesselben Libri V. Receptar. Sententiarum.

Es waren kurze Sätze die nach Ordnung des Ed. Perp. vorgetragen sind, und eine Einleitung in des Juristen grössere Werke und Edicte abgeben. Sie scheinen unter dem Caracalla nach an. Christ. 211. geschrieben zu seyn. Was wir jetzt davon beyhm Schulting in Jurisprud. Antejust. noch übrig haben, ist aus dem Breviario Aniani. Doch hat der Verfasser des Breviarii hier nicht sowohl, wie bey des Cajus Institutionen geschehen, einen eigen stylisirten Auszug gemacht, als vielmehr, welches uns lieber ist, die Stellen, die ihm beliebig gewesen, excerpirt, ausgezeichnet, und in sein Werk unverändert übertragen. Inzwischen sind doch manchmal die Stellen nicht genau abgeschrieben, und dasjenige, was davon bis jetzt im Druck vorhanden, ist noch nicht alles, was uns Aniani Breviarium aufbehalten.

28) Ebendesselben Liber singularis de Officio Praefecti Vigilum. (14)

29) Des AELIVS MARCIANVS, gleiches Zeitalters, Libri V. Regularum. Aus diesen sind auf 71. Stellen in denen Pandecten und also mehr als aus aller andern Rechtsgelehrten Werken, die Regeln geschrieben haben. Die Schreibart dieses Rechtsgelehrten ist sehr zierlich.

30) Eben desselben Liber singularis ad Hypothecariam Formulam. (15)

31) Des FLORENTINVS, gleichen Zeitalters, Libri XII. Institutionum. (16)

32) Des HERENNIVS MODESTINVS, von gleichem Zeitalter, Libri IX. Differentiarum.

33) Ebendesselben Libri X. Regularum.

34) Ebendesselben Libri XIX. Responsorum.

- (1) BTNKERSH. Obs. 3, 6. RVTIL. c. 69. BERTRAND L. 1. c. 18. GROT. L. 2. c. 8.
- (2) MASCOV de Sect. Sabin. et Procul. p. 50. seq. P. PH. WOLFHARD de Posterioribus Labeonis. RVTIL. Vit. ICT. c. 47. BERTRAND. L. 1. c. 7.
- (3) RVTIL. c. 59. ACO-LVTH de Nerat. Prisc.
- (4) HEINECC. de Salv. Iuliano. RVTIL. c. 66. BERTRAND L. 1. c. 1. GROT. L. 2. c. 6.
- (5) CITAC. Tractat. ad Afric. Init. BERTRAND. L. 1. c. 16. GROT. L. 2. c. 6.
- (6) RVTIL. c. 74. BERTRAND. L. 1. c. 11. B. H. REINOLD de Sexto Pompon. HEINECC. Praef. ad Vhlii Opusc. histor. jur.
- (7) RVTIL. c. 39. BERTRAND L. 1. c. 20. GROT. L. 2. c. 7.
- (8) I. L. CONRADI de Vita et Script. Q. Cerv. Scaev. WESTENBERG Q. Cerv. Scaev.
- (9) RVTIL. c. 63. BERTRAND L. 1. c. 17. GROT. L. 2. c. 8.
- (10) CVJAC. Quacst. Papin. Init. RVTIL. c. 70. BERTRAND. L. 1. c. 2. GROT. L. 2. c. 9. STRAVCH. Vit. ICTor. Ever. OTTON. Papinian. LECTIVS in Otton. Thesaur. T. 1. p. 41. seq. BALDVIN. Vit. Papin. praemiss. Ej. Dispp. ex Papiniano. WESEN. Papinian.
- (11) GROT. L. 2. c. 9. BERTRAND. L. 1. c. 26.
- (12) Hall. Beitr. zur Jur. Gelehr. Hist. Vol. 2. P. 6. p. 199. seq. RVTIL. c. 72. BERTRAND. L. 1. c. 22. GROT. L. 2. c. 10.
- (13) HEINECC. Hist. Ed. Perp. L. 1. c. 2. §. 14.
- (14) STRAVCH. Vit. ICT. p. 91. RVTIL. c. 73. BERTRAND. L. 1. c. 25. GROT. L. 2. c. 10.

- (15) STRAVCH. l. c. p. 83. (16) GROT. L. 2. c. 12.
 G. OELRICHS. de Vita Ael.
 Marciani. RVTIL. c. 68. (17) RVTIL. c. 75. BER-
 BERTRAND. L. 1. c. 29. TRAND. L. 1. c. 31. GROT.
 GROT. L. 2. c. 9. L. 2. c. 12.

§. 3.

Die Verordnungen derer Kaiser, die im Codice unter denen zum Pfandrecht gehörigen Titeln vorkommen, gehen vom Kaiser Septimius Severus an bis auf Justinian, und folgen der Zeitordnung nach dergestalt auf einander.

§. SEPTIM. SEVER. und CARACALLA.

A. 195. Sev. et Albino. Css.

L. 1. de Pign.

L. 1. Si al. res pign.

198. Laterano et Rufino Css.

L. 1. qui pot. in pign.

L. 1. quae res pign.

L. 1. Si pign, convent. numer.

205. Chilone et Libone Css.

L. 2. de Pign.

206. Antonino et Geta Css.

L. 1. de Remiss. pign.

L. 3. de Pign.

L. 2. Si al. res pign.

208. Apro et Maximo Css.

L. 1. de Luit. pign.

L. 1. Deb. vend. pign. imp.

L. 2. Quae res pign.

L. 1. de P. A.

209. Antonino et Geta Css.

L. 2. de Remiss. pign.

L. 4. de pign.

12 Historische Nachricht von denen Stellen,

A. 210. Pompejano et Avito Css.
L. 1. de his qui in prior. cred. loc.

L. 1. de Servo pign.

L. 2. eod.

L. 3. eod.

} sind sine die et
Consule.

R. ANTONIN. CARACALLA.

A. 213. Aspris Css.

L. 3. Si al. res pign.

L. 2. Qui pot. in pign.

L. 5. de Pign.

L. 1. Si in caussa judicati.

L. 6. de Pign.

L. 4. Qui pot. in pign.

214. Antonino et Balbino Css.

L. 1. In quib. causs. pign.

215. Messala et Sabino Css.

L. 2. In quib. causs. pign.

L. 1. Si comm. res pign.

216. Lacto et Cereale Css.

L. 3. quae res pign.

L. 3. Qui pot. in pign.

217. Sabino et Anulino Css.

L. 2. de his qui in prior. cred. loc.

R. M. A. SEVERVS ALEXANDER.

A. 223. Alexandro Cs.

L. 4. de Servo pignori.

L. 1. Si vend. pign. ag.

L. 2. de P. A.

L. 1. de pact. pign.

L. 3. de P. A.

L. 2. Si vend. pign. ag.

A. 224.

- A. 224. Maximo et Aeliano Css.
 L. 1. de distr. pign.
 L. 4. de P. A.
 L. 2. Si in causs. judicati.
 L. 3. Si vend. pign. agat.
 L. 2. de distr. pign.
 L. 3. In quib. causs. pign.
 L. 1. Cred. evict. pign.
 L. 4. Si al. res pign.
 L. 3. de distr. pign.
225. Juliano et Crispino Css.
 L. 3. de his qui in prior. cred. loc.
 L. 5. de P. A.
 L. 6. eod.
 L. 4. Quae res pign.
 L. 4. de distr. pign.
228. Albino et Maximo Css.
 L. 3. de Remiss. pign.
230. Alexandro et Dione Css.
 L. 1. de Jure dom. impetr.
231. Agricola et Clemente Css.
 L. 1. Si antiq. cred.
 L. 1. de partu pign.
232. Pompejano et Peligno Css.
 L. 5. de distr. pign.
234. Maximo et Paterno Css.
 L. 5. quae res pign.
 L. 5. qui pot. in pign.
 L. 5. de Servo pignori L. 6. eod. ingleichen
 L. 2. Si pign. convent. numer. ist sine
 die et Consule.
- R. M. ANT. GORDIAN. Jun.
- A. 239. Vlpio et Pontiano Ccs.
 L. 7. de Pign.

- L. 1. de Precav. et Salv.
 L. 1. Si pign. pignori.
 L. 6. de distr. pign.
 L. 7. eod.
 L. 2. de jure dom. imp.
 240. Gordiano et Ariola Css.
 L. 1. Etiam ob Chirogr.
 L. 8. de distr. pign.
 L. 4. de Remiss. pign.
 L. 2. Deb. vend. pign. imped.
 L. 3. Si in caus. judicati.
 L. 8. de Pign.
 L. 9. eod.
 241. Sabino et Venusto Css.
 L. 4. Si vend. pign. ag.
 L. 2. Cred. evict. pign.
 L. 2. de Luit. pign.
 242. Gordiano et Pompejano Css.
 L. 7. de P. A.
 L. 5. de Remiss. pign.
 L. 7. de Servo pignori } sind sine die et Con-
 L. 1. Si advers. cred. } sule.

R. PHILIPP.

- A. 247. Praesente et Albino Css.
 L. 8. de P. A.

R. VALERIAN. und GALLIEN.

- A. 258. Valer. et Gallien. Css.
 L. 1. Si vn. ex plur. her.
 261. Seculare et Donato Css.
 L. 6. qui pot. in pign.

℞. CARVS, CARIN. und NUMERIAN.

A. 283. Caro et Carino Css.

L. 4. In quib. causis, pign.

℞℞. DIOCL. und MAXIM.

A. 286. Maximo et Aquilino Css.

L. 6. de Remiss. pign.

L. 4. de his qui in prior. cred. loc.

L. 5. Si al. res pign.

287. Diocl. et Maxim. Css.

L. 9. de distr. pign.

L. 7. de Remiss. pign.

290. Diocl. et Maxim. Css.

L. 10. de Pign.

L. 8. de Remiss. pign.

L. 9. eod.

L. 10. de distr. pign.

L. 2. Si pign. pignori.

293. Diocl. et Maxim. Css.

L. 9. de P. A.

L. 1. Si advers. vend. pign.

L. 9. Qui pot. in pign.

L. 10. eod.

294. Constantio et Maxim. Css.

L. 2. Si advers. vend. pign.

L. 10. de P. A.

L. 11. eod.

L. 12. eod.

- L. 20. de Pign.
- L. 7. qui pot. in pign.
- L. 11. de Pign.
- L. 3. Si antiq. cred.
- L. 12. de Pign.
- L. 11. de distr. pign.
- L. 13. de Pign.
- L. 14. eod.
- L. 8. Qui pot. in pign.
- L. 12. de distr. pign.
- L. 15. de Pign.
- L. 16. eod.
- L. 17. eod.
- L. 6. Si al. res pign.
- L. 3. de Luit. pign.
- L. 19. de distr. pign.
- L. 14. eod.
- L. 18. de Pign.
- L. 10. de Remiss. pign.
- L. 2. de Pact. pign.
- L. 2. Si antiq. cred.
- L. 19. de Pign.
- L. 7. Si al. res pign.
- L. 2. de Partu pign.
- L. 26. de Pign.
- L. 6. Quae res pign.
- L. 2. Si vn. ex plur. her.

Diocl. et Ma-
xim. C. ss. fi-
ne anno.

L. 5. In quib. causs pign.

L. 15. de distr. pign.

L. 16. eod.

L. 17. eod.

L. 18. eod.

L. 21. de Pign.

L. 20. de distr. pign.

L. 22. de Pign.

L. 23. eod.

L. 5. Si vend. pign. ag.

L. 24. de Pign.

L. 25. eod.

C. C. C. fine
anno.

L. 2. Si advers. cred. ingleichen

L. 13. de distr. pign. ist von Diocl. et
Maxim. aber ohne alle Subscription.

RR. CONSTANTIN. M.

A. 312. Constantino et Licinio C. C.

L. 7. Quae res pign.

326. Constantino et Constantino C. C.

L. 3. de Pact. pign.

RR. HONOR. et THEOD. Jun.

A. 414. Constante et Constantio C. C.

L. 8. quae res pign.

422. Honor. et Theodos. C. C.

L. 8. Si al. res pign.

RR. THEOD. Jun. und VALENTINIAN. III.

A. 439. Theodos. et Festo C. C.

L. 6. In quib. causs. pign.

Westph. Erl. v. Pf. R.



KK. LEO und ANTHEMIVS.

A. 469. Martiano et Zenone Css.

L. 11. qui pot. in pign.

K. JUSTINIAN.

A. 528. Justiniano Cs.

L. 27. de Pign.

L. 9. quae res pign.

529. Decio Css.

L. 1. de Praet. pign.

530. Lampad. et Oreste Css.

L. 3. de Jure dom. impetr.

L. 2. de Praet. pign.

531. Post Consulat. Lamp. et Orest.

L. 12. Qui pot. in pign.

532. Post Consulat. Lamp. et Orest. a. 2.

L. 7. In quib. caus. pign.

L. 11. de Remiss. pign.

§. 4.

Die das Pfandrecht betreffenden Novellen sind in folgender Ordnung erschienen.

A. 535. Flavio Belisario Cs.

Nov. 4.

Nov. 32.

536. Post Consulat. Belisarii.

Nov. 18.

A. 537.

- A. 537. Post Conf. Belif. a. *Udo*
 Nov. 52.
 Nov. 53.
539. Appione Cs.
 Nov. 91.
 Nov. 97.
541. Basil. Cs.
 Nov. 136.
 Nov. 112.
 Nov. 34. ist sine Subscriptione.

§. 5.

Die Verpfändungen sind denen Römern schon in den ältesten Zeiten bekannt gewesen. Die zwölfte Tafel der XII. Tabb. hat von Verpfändungen geredet, wie diejenige lehren, welche die Fragmente dieses Gesetzes gesammelt. Aber es ist nicht bekannt, was das Gesetz davon eigentlich verordnet habe. Daß in dem Ed. Perp. sowol ein Titel: *de pign. act.*, als auch wegen derer Hypotheken und des Interd. Salviani besondere Titel enthalten gewesen, ist gewiß; nur wegen der eigentlichen Stelle, wo einzeln dieser Titel gestanden, und derer Worte, womit sie abgefaßt waren, ist man nicht einig. *EQVINAR. BARO* in *Manuali juris* hat in einer edictmäßigen Sprache die sämtlichen Titel, die in den Pandecten stehen, ins Kurze gefaßt, seine Absicht ist aber nicht gewesen, uns den wahren Inhalt des Ed. Perp. zu liefern. *GODOFR.* in *Quatuor. Font. jur. civil.* hat nur eine Skiagraphie des Ed. Perp. zusammen gesetzt, so wegen des eigentlichen Textes gar keine Dienste thut. Wahrscheinlich hat der Titel: *de pign. act.* zu dem

Titel: de reb. cred. mit gehört. Der Titel, de pign. et hyp. hat im Ed. Perp. vermuthlich nicht an der Stelle gestanden, wo er jetzt steht, sondern ganz hinten. Wie nach und nach stillschweigende Hypotheken entstanden, wie neuerlich der eigentliche Pfandcontract den ehemaligen Contractum Fiduciae verdrängt, wie von Zeit zu Zeit die prioritätischen Hypotheken entstanden und wie der Unterschied zwischen öffentlichen und Privathypotheken aufgekommen, wird die Abhandlung selbst lehren. Außer denen alten Rechtsgelehrten, die in ihren Werken die Pfandsachen zugleich mit erklärt haben, findet man vom GAJVS und MARCIANVS besondere Tractate ad Formulam Hypothecariam, welche die Ehre haben, daß aus ihnen viele Stellen in die Pandecten eingeflossen.



Zweytes Kapitel.

Von dem Begriff und der Natur des Pfandrechts und denen beyden Theilen daraus entstehenden Befugnissen und Pflichten überhaupt.

Inhalt.

- §. 6. Das Pfandrecht ist ein accessorisches Recht. Dessen Unterschied vom Jure Retent. und von der noxae dat. und addict. Mit welchen Worten es zu ertheilen. Was es vor eine Caution giebt.
- §. 7. Beyspiel von der Exc. non. num. pecun. §. 8. Beyspiel von dem, der solutionis causa adjectus heist. §. 9. Mit der Hauptschuld hört auch das Pfandrecht auf. Ausnahmen bey dem, der blos wegen des strengen Rechts gegen die Billigkeit die Personalforderung verleiht, oder sich an der Personalforderung versäumt hat, oder ein Miterbe seinen Theil der Pfandschuld bezahlte.
- §. 10. Das Pfandrecht geht an sich mit auf die Zinsen, Kosten, Verwendungen und Conventionalstrafen. §. 11. Nicht aber auf das, worein der Schuldner unbillig vertheilt worden.
- §. 12. Die Verpfändung wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit und eines künstigen Rechts. §. 13. Wegen der Hälfte der Forderung. §. 14. Mit dem Pfandrecht hört nicht nothwendig die Hauptschuld auf. §. 15. Rechte des Verpfänders am Pfande in Ansehung des Eigenthums und der Nuzungen. §. 16. Insonderheit in Ansehung der Nuzungen eines Knechts und der Kinder einer Magd. §. 17. In Ansehung der Früchte einer fruchtbringenden Sache. §. 18. Der Alluvion. §. 19. Der Nuzungen, welche aus Klagen, die wegen der Sache erhoben worden, entspringen. §. 20. In Ansehung der Veräußerung des Pfandes. §. 21. Ob der Schuldner einen verpfändeten Knecht freylassen könne. §. 22. Rechte des Schuldners in Ansehung des Besitzes und der daher entstehenden Usucapion, besonders, wenn dabey von einem dem Schuldner oder Gläubiger gehörigen Knechte eine diebische Entwendung vorgeht, oder der Gläubiger den Besitz verläßt, oder einem andern den bürgerlichen oder natürlichen Besitz einräumt, oder bey dem Gläubiger das Eigenthum mit dem Pfandrechte zusammen kommt. §. 23. Wenn der

Gläubiger die Nutzungen habe. §. 24. Pflichten des Verpfänders in Ansehung der Lasten, Abgaben, Kosten und Unglücksfälle. §. 25. In Ansehung des Besitzes. Was eine von dem Schuldner oder einem Dritten bey dem Gläubiger unternommene Entwendung des Pfandes vor Wirkung habe. §. 26. Pflichten des Gläubigers in Ansehung der Beschädigung des Schuldners. §. 27. Rechte des Gläubigers. Eine dingliche Befugniß. §. 28. Gewisse Rechtsmittel, die der Gläubiger mit dem Eigenthümer gemein hat. §. 29. Des Gläubigers Jus retentionis. §. 30. Dessen Recht, das Pfand oder das Pfandrecht zu veräußern. §. 31. Pflichten des Gläubigers in Ansehung der Beschädigung des Gläubigers. §. 32. In Ansehung einiger Pfandsklagen. §. 33. Untheilbarkeit des Pfandrechts.

§. 6.

Das Pfandrecht ist ein auf unsere Güter gelegtes, damit beständig verknüpftes und dahin gehendes Recht, daß ein Gläubiger sich daran halten und daraus seine Befriedigung suchen könne, falls die Schuld nicht gebührend bezahlt werden sollte. (18^a) Dieses Recht setzt demnach eine Schuld voraus, zu deren Sicherheit es erteilt wird. Ohne solche läßt sich ein Pfandrecht gar nicht gedenken. Ist die Schuld nicht zu Rechte beständig, so ist auch die Verpfändung dabey ungültig und alle Einwendungen, welche der Hauptschuld entgegen stehen, treffen das dabey eingeräumte Pfandrecht zugleich mit.

(18^a) Von diesem Recht ist das Zurückhaltungsrecht wohl zu unterscheiden, ohnerachtet es in den Gesetzen auch unterweilen *pignus* und *quasi pignus* genannt wird. L. 15. §. vii. de Furt. l. 13. §. 8. de A. E. V. l. 5. de dor. prael. l. 22. de hered. vel act. vend. Auch ist das Recht,

so an der Person eines *noxae danti* oder *addicti* ausgeübt wurde, mehr, denn ein Pfandrecht, gleichwie das Rückhaltungsrecht weniger war. Das Pfandrecht braucht übrigens nicht nothwendig eben unter dieser Benennung eingeräumt zu seyn. Worte, die eben so viel sagen wolten, als die Einräumung eines Pfandrechts, sind eben so gut, als wenn diese

nament:

namentlich geschähe, L. 3. §. ult. qui pot. in pign. v. infra. Die Verpfändung war eine Art von Caution, wurde aber nicht so gut gehalten, als der Vorstand durch Bürgen. Daher bey des

nen prätorischen Cautionen ordentlicher Weise nur Bürgen zugelassen wurden. Es gab inzwischen Ausnahmen von der Regel, 3. E. L. 7. vt leg. nom. cav.

§. 7.

Wenn daher der Schuldner dem Gläubiger die Ausflucht des nicht empfangenen Geldes entgegen setzt, so ist es damit eben so beschaffen, als wenn außerhalb einer Verpfändung gegen den angeblichen Gläubiger diese Ausflucht gebraucht würde. Es hat nemlich auch hier der Schuldner bey Zurückforderung seiner Pfänder binnen zwey Jahren die Vermuthung vor sich, daß ihm das Geld noch nicht gezahlt sey, nach der Zeit aber wäre er mit der Einwendung, daß er noch kein Geld bekommen, weiter gar nicht zu hören, wenn nicht nach dem bekanten Gebrauch unserer Gerichtsstühle, dem Schuldner solche nach der Zeit noch gestattet würde, wofern er sie erweisen will. (18^b) Ein fast ähnlicher Fall ist der, da ein Pfand dem Inhaber darum eingeräumet worden, weil er dagegen eine gewisse Zahlung an einen andern, zu übernehmen versprochen. Wenn er dieses sein Versprechen nicht hält, so muß er das Pfand zurück geben. (19)

(186) L. 1. C. Si pignoris convent. num. pec. sec. non fuer. Si pecuniam tibi non esse numeratam atque ideo frustra cautionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes. Nam intentio dati pignoris neque redditae pecuniae, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit. Eadem-

que ratione veritas seruetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.

L. 2. eod. Si, vt nunc adseveras, nihil creditor numeravit vxori tuae, quae pignus dedit, sed inanem extorsit cautionem: mendaci scriptura contra fidem veritatis obligari eius res non

potest. Der Anfang des ersten Gesetzes redet von der Eigenthumsklage, (in rem experiri potes) welche der Aussteller der Handschrift gegen den Inhaber des Pfandes, dessentwegen anstellet, wobey der Beklagte die Ausflucht der geschenehen Verpfändung entgegen stellet, und verlangt, daß der Kläger zuörderst seine Schuld, laut Scheins, bezahlen solle (intentio dati pignoris neque redditae pecuniae.) Daß intentio hier eben so viel heiße, als Exceptio, lehret theils der Zusammenhang, theils die Uebersetzung in denen Basilicis, wo *παρρηγοφῶ* steht. Der Kläger braucht nichts weiter zu erweisen, als die geschenehe Verpfändung. So bald diese der Gegentheil einräumt, oder sie erwiesen ist, so ist der übrige Beweis zugleich mit geführt, und ist nicht nöthig, daß der Kläger auch sein Eigenthum darthue, weil der Pfandvertrag selbst über fremde Güter statt findet, und dieser nebst der daraus entspringenden Klage mit der Eigenthumsklage hier unzertrennlich zusammenhängt. Wenn der Beklagte behauptet, selbst Eigenthümer der Pfänder zu seyn, so muß er damit in dieser auf die geschenehe Verpfändung allein gegründeten Sache, billig ad Separatam verwiesen werden, wie in mehreren ähnlichen Contractklagen gewöhnlich ist. Nur die Ausflucht des noch nicht wieder bezahlten Geldes, kommt dem Beklagten zu

statten und da muß er das wirklich ausgezahlte Darlehn erweisen, wenn die Zeit noch nicht verstrichen, da die Handschrift ihn dieses Beweises entlediget.

Das Ende des Gesetzes redet von der hypothecarischen Klage des Briefinhabers, wogegen der Beklagte ebenfalls die Ausflucht macht, daß er vom Kläger bis jetzt noch kein Geld erhalten habe. Daß, wenn der Briefaussteller, vor Empfang des Geldes, seinem Gläubiger die Pfänder ausgeliefert haben sollte, er die Hauptpfandklage (act. pign. dir.) gegen diesen erheben und dadurch seine Pfänder zurück fordern könne, ist schon aus dem klar, was wegen der Eigenthumsklage gesagt worden. Der Verleser kann auch auf die versprochene Zahlung dringen, wenn die Versprechung eine bürgerliche Verbindlichkeit hat.

Beide angeführte Gesetze beweisen also, daß gegen die Verpfändung allerdings die Ausflucht, daß der Schuldner das verhoffte Geld nicht bekommen, und also in Ansehung dieser Einwendung die Verpfändung nichts ändere. Was die Natur dieser Einwendung aber an sich betrifft, so wird man leicht einsehen, daß solche hieher nicht gehöre. Es ist bekannt, daß heutiges Tages einige diese Ausflucht ohne beygebrachten Beweis des Excipienten, gar nicht, andere aber solche wenigstens

stens alsdenn nicht gestatten, wenn eine executivische Klage erhoben worden, andere aber sie in allen Processen zulassen, und ihr binnen 2. Jahren die Wirkung, daß der Kläger sie durch Beweis ablehnen müsse, einräumen, hernach aber zwar noch ferner, aber nicht auf diese Art zulassen. Doch da die Ausführung dieser Streitigkeit nicht zu dem gegenwärtigen Zweck gehört, so muß ich solche vorjetzt übergehen.

(19) L. 26. pr. de pign. Fidejussor impetravit a potestate, ut et antequam solveret, pignora ipse possideat, quasi satisfactorius creditoribus: nec satisfecit. Modo heres debitoris paratus est, solvere creditoribus. Quaero, an pignora fidejussor restituere cogendus sit? Modestinus respondit, cogendum esse. Ich glaube nicht, daß diese Stelle mit der durch ein Landesfürstl. Rescript zu erhaltenden Addiction des Eigenthums etwas zu thun habe, wohin sie sonst Cuj. zieht, und meint, daß der Bürge der gleichen Addiction erhalten hätte. Es ist nicht glaublich, daß die

Kaisere, die so schwer zu dieser Addiction sich entschlossen, wie aus dem folgenden erhellen wird, das Eigenthum der Pfänder Jemanden würden eingegeben haben, der noch nicht einmal durch Auszahlung eines Vorschusses ein Gläubiger geworden. Ueberdem ist das in allen Manuscripten vorkommende Wort: Potestate, mit dem Charondas, Pithoeus, Bresson und andern beyzubehalten und nicht mit Principe zu wechseln. Es ist dazu nicht der geringste Grund vorhanden, und Potestas wird in sehr vielen Stellen unsers Corpus Juris vor Magistratus gebraucht, wie die bey dem Brissonius gehäuften Stellen hinlänglich erweisen. Vermuthlich waren die Pfänder, die der Bürge in Besitz bekam, dem Schuldner bey der Hälftevollstreckung abgepfändet, und der Bürge hatte deren Verkauf durch seine Anerbietung zur Zahlung verhindern wollen. Die Klage, welche der Erbe des Schuldners, gegen den Bürgen gebrauchen konnte, war ohne Zweifel Cond. causa dat. causl. non sec.

S. 8.

Aus gleichem Grunde ist begreiflich, warum der Schuldner demjenigen dritten Manne, vor den Jemand zugleich mit eine alternative Acceptation verrichtete, kein gültiges Pfandrecht ertheilen konnte. (20)

(20) Is, qui promisit tibi aut Titio, solutum quidem Titio repetere non potest, sed pignus ei datum et ante solutionem recipit, Man weiß, daß nach Römischem Recht ein Dritter, der Solutioni adjectus, genannt wird, aus der seinetwegen im Vertrag geschehenen Erwähnung kein Recht zu einer Klage und überhaupt gar kein Recht erhalte, das einige ausgenommen, daß, wenn ihm und nicht dem Acceptanten einmal die Zahlung geschehen, es

dabey bewenden müsse. Folglich hat er kein Recht, wegen der noch erst zu erwartenden Zahlung sich an ein Pfand zu halten. Mit Recht aber merkt REGNER ab Oosterga in Cynof. Belgica an, daß, da heutiges Tages, zum Besten eines Dritten ein Versprechen gültig acceptirt, und dadurch diesem Dritten ein vollkommenes Recht erworben werden kann, dieses Gesetz zu unsern Zeiten ohne Gebrauch sey.

§. 9.

Hört die anfänglich gültige Schuld in der Folge auf, so hat auch die Verpfändung ein Ende. Es sind nur einige wenige Fälle von dieser Regel ausgenommen. (21)

(21) L. 2. C. de Luit. pign. Intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota. Die beste Erklärung dieses sonderlichen Gesetzes ist, daß es auf den Fall des vorhergehenden Gesetzes und einige andere von der Regel abweichende Fälle gedeutet werde. Das vorhergehende Gesetz enthält, daß wenn ein Miterbe, seinen Antheil der mit Pfand versehenen Passivschuld des Erblassers, so ihm, dem Miterben, nach Verhältnis seines Miterbtheils zu bezahlen obliegt, bezahlt, er dadurch noch nicht den geringsten Theil des Pfandes frey mache,

weil das Pfandrecht untheilbar ist und nicht eher aufhört, bis die ganze Pfandschuld getilget worden. Die persönliche Schuld des Erben welche er nur pro rata zu bezahlen braucht, wird durch Zahlung der Ratae in Ansehung seiner getilget, aber das Pfandrecht hört in Ansehung seiner so wenig auf, als in Betracht der übrigen.

Einen andern Fall enthält L. 30. §. 1. ad L. Aquil. Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debi-

tor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur? Sed hic iniquum est, et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum profit ei ad debiti quantitatem, et, quod sit amplius, consecuturus sit ab eo: vel ab initio in id quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut profit hoc debitori: ipsi autem debitori in id quod debitum excedit, competit Aquiliae actio. Die Beschädigungs-klage steht eigentlich nur einem Eigenthümer zu, keinem andern Besitzer der beschädigten Sache. Aus Billigkeit wird actio utilis quasi actio L. Aquil., actio in factum, verstattet, wenn ein anderer Interessent, ausser dem Eigenthümer, falls er nicht zur Entschädigungs-klage gelassen würde, einen unvermeidlichen Schaden erleide; z. E. wenn der Schuldner des Pfandinhabers, dem das Pfand durch Jemanden unbrauchbar gemacht worden, keine andere Hofnung zu Bezahlung der Pfandschuld, als die Veräu-

serung des Pfandes vor sich siehet, weil der Pfandschuldner entweder ausser Stande zu bezahlen ist, oder der Pfandinhaber bey der angestellten Klage wegen seiner persönlichen Forderung gegen den Pfandschuldner, sich im Proceß versäümet hat. In diesen Fällen soll er von dem Beschädigter so viel, als seine Schuld ausmacht, das übrige aber der Pfandschuldner, als Eigenthümer, fordern können, und, was der Pfandinhaber bekommt, soll dem Pfandschuldner auf seine Schuld zu gute gehen. Also ist hier wieder ein Fall ersichtlich, wo die Pfandschuld aufhört, das Pfandrecht aber sich erhält, nemlich: wenn der Pfandgläubiger bey Ausführung seiner Schuldforderung im Proceß sich versäümet und daher seine Forderung selbst einbüßet, in welchem Fall dennoch sein Pfandrecht ungekränkt bleibt. Der Rechtsgelehrte hat mit Fleiß angenommen, daß der Gläubiger den Proceß durch Versäümenis, und nicht, wegen des schlechten Grundes seines Rechts verlohren habe, denn in diesem letztern Fall, würde auch das Pfandrecht wegfallen. L. 13. ff. quib. mod. pign.

Noch ein ähnlicher Fall findet sich L. 59. ff. ad SCr. Trebell. Debitor sub pignore, creditorem heredem instituit, eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae i. e. testatoris. Cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu

iussu praetoris adiit et restituit. Cum emtorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, jure dominii id possidere. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor (actor) idemque heres, rem, sive non possidet: videamus de effectu rei. Et si non possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pignoratitia, quoniam hereditaria est actio: neque fideicommissum quasi minus restituerit, recte petetur. Quod eveniret, si nullum pignus intercessisset. Possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat et hic Serviana actio tenebit. Verum est enim non esse solutam pecuniam. Quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non reperetur. Remanet itaque propter pignus natural. obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia esset. Nam et cum de lucro heres scriptus adsit, quod forte legatum accipit si heres non extitisset; responsum est, non esse cogendum adire nisi legato praestito. Vbi quidem potuit dici, nec cogendum esse heredem adire quoddammodo

modo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adisset, in ipsius voluntate posuit aditionem. Sed cum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei praestamus. Der Pfandgläubiger war von seinem Schuldner zum Erben ernannt worden. Durch Antretung der Erbschaft war die Forderung des Gläubigers an den Erblasser, als Schuldner, wegen der Vereinigung beyder Personen (per confusionem) aufgehoben, indem auch die Confusion sogar die natürliche Verbindlichkeit zernichtet. (Sublata naturali obligatione.) Denn, obgleich der Erbe nur aus Zwang die Erbschaft angenommen, so ist doch auch eine erzwungene Erbantretung zur Confusion schon hinlänglich. Da nun der Erbe, ohne vor Gericht seiner Forderung zu erwähnen und deshalb Zahlung oder Sicherheit zu verlangen, welches er hätte thun können, schlechthin der Erbschaft sich geweigert, so war er nicht nur zur Antretung der Erbschaft, zum Behuf des Fideicommissarius-Erben, dem die Erbschaft wieder abgetreten werden sollte, gezwungen, sondern es war ihm auch wegen seiner Forderung nichts vorbehalten worden. Dem ohnerachtet hält der Rechtsgelehrte davor, daß das Pfandrecht nicht aufgehört. Die Confusion besteht in einer Vereinigung der Person des Schuldners und Gläubigers. Da sie also blos die Person angeht, so werden die

auf

auf Güter haftende und damit verknüpfte Rechte dadurch nicht abgeändert. Lib. 38. §. 5. de Solut. Die Verpfändung besteht, wenn auch keine natürliche Verbindlichkeit mehr vorhanden, so lange der Gläubiger noch nicht bezahlt, oder sonst befriediget ist, (verum est enim non esse solutam pecuniam) L. 13. §. 4. de pign. Der Fideicommissarische Erbe kann daher nicht die Hauptpfandklage gegen den Pfandinhaber gebrauchen, weil diese von dem Erblasser auf ihn, den Fideicommissarischen Erben gekommen seyn müßte, (quoniam hereditaria est actio.) Der Erblasser aber konnte dergleichen Klage nicht haben, da er die Schuld noch nicht bezahlt hatte. Also gebührt sie auch dem Erben nicht. Eben so wenig kann der Fideicommissarische Erbe sich in der Eigenschaft einer Fideicommissarischen Verfügung und Rückgabe gründen, weil der Fiduciärerbe nichts, so zur Erbschaft gehört, als Erbe zurück behalten. Ist er im Besitz des Pfandes geblieben, so hat er solches als Pfandgläubiger gethan. Hat er es mit der übrigen Erbschaft dem Fideicommissarischen Erben überlassen, so hat er sich seiner Hypothek, die keinen Besitz des Gläubigers erfordert, nicht begeben. Sollte dem Fideicommissarischen Erben, wegen der strengen Folgen einer bürgerlichen Confusion, einfallen, das Pfandrecht des Fiduciärerbens und Inhabers in Zweifel zu ziehen, so

steht gegen alle dergleichen Anmaßungen dem letztern die Ausflucht einer natürlichen Verbindlichkeit, die zwar an sich nicht mehr vorhanden seyn würde, aber sich durch das Pfandrecht erhalten hat und der Person des Fiduciärerben zukommt, entgegen. Dadurch sind diese Anmaßungen widerlegt. Er kann nicht nur nicht klagen, wegen der ihm entgegen stehenden Ausflucht, sondern sein Gegentheil, der Gläubiger, kann auch sein Pfand verfolgen, als wenn nie etwas im Wege gestanden und als wenn er es indebite dem Fideicommissario ausgeliefert. Oder es ist hier eben so, wie in verschiedenen andern Fällen, wo der Hauptforderung Einwendungen entgegen stehen und doch das Pfandrecht fort dauert. (Quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem.) L. 40. ff. de Cond. indeb. Daß sich der Pfandinhaber bey Annehmung der Erbschaft seiner Pfandforderung wegen habe versehen und auf Zahlung oder Sicherheit vor der Rückgabe der Erbschaft dringen können, ist gewiß. Denn sogar ein solcher, der zum Miterben ernannt ist und dem zugleich auf den Fall, daß er nicht Erbe werden sollte, ein Vermächtnis von dem andern Miterben ausgezahlt werden soll, und der also nur allenfalls einen Vortheil einbüßte, wenn ihm das Vermächtnis entginge, kann seines Legats wegen gegen den Fideicommissarischen

deicommissarischen Erben gleiche Vorsicht gebrauchen: Ob man wol glauben sollte, daß ihn der Fideicommissarische Erbe zur Annahme der ihm verdächtig scheinenden Erbschaft nicht zwingen könnte, so ist doch zur Aufrechthaltung des Fideicommisses anzunehmen, daß der Zwang hier nicht ausgeschlossen sey. Dagegen ist aber auch zu des Fiduciäverben Entschädigung demselben zu gestatten, daß, ob er gleich Erbe wird und des Erblassers Verordnung nur *alternatio* ist, er doch dabey sein Vermächtniß nicht einbüße. (*Cum testator ei alterutrum dederit, nos utrumque praestamus.*) Daß der Fideicommissarische Erbe nun das Legat übernehme, ist des Erblassers Willen gemäß, da dieser den Miterben von dem Vermächtniß auf den Fall befreyn wollen, da der andere Miterbe die Erbschaft mit antreten würde. Hier bleibt der Miterbe befreyt, bleibt auch wirklich von Auszahlung des Legats befreyt und blos der Fideicommissarische Erbe zahlt solches an den Fiduciarium. Der Wille des Erblassers wird erfüllt und zugleich wird Unbilligkeit verhütet.

Bei dieser natürlichen Erklärung glaube ich nicht, daß es, wie CVJ. in Quaest. Pauli meint, nöthig sey, in diesem Gesetz, *hereditaria non est actio* und statt *de lucro heres scriptus adfit*, besser: *agit* zu lesen.

Eben so läßt sich auch wol schwerlich mit CVJ. behaupten, daß das Pfandrecht die natürliche Verbindlichkeit gegen alle Exceptionen, als z. E. das *SCt. Vell. schütze*, da eine gegen das *SCtum Vell.* aufstoßende Verpfändung bekannten Rechten nach in keiner Absicht bestehen kann. Es unterscheidet sich, dem Obigen zu Folge, das Pfandrecht von andern accessorischnen Verbindlichkeiten dadurch gar sehr, daß diese, z. E. Bürgschaft, Zinsensforderung u. d. g. nie fort dauern, wenn die Hauptschuld aufgehört, jenes aber nicht allemal mit der Pfandschuld selbst ein Ende nimmt.

ANT. FABER hält Conject. L. 7. c. 17. die Worte: *remanet ergo propter pignus naturalis obligatio*, vor unächt. Sie können aber auf die Art, wie wir es erklärt, noch wohl gerettet werden. Daß die Worte: *Sed cum testator etc.* die gemeine Meinung anderer Rechtsgelehrten, und die vorhergehenden: *Vhi quidem potuit dici etc.* die abgehende Meinung des Paulus enthalten sollen, ist eine Vermuthung eben dieses Verfassers, die nicht genug ausgemacht werden kann.

Die Ursach, warum der Rechtsgelehrte eben einen Fall annimmt, da der Fiduciarius wider Willen gezwungen worden, die Erbschaft anzunehmen, liegt darinn, weil ein solcher gar nichts von der Erbschaft

schaft behielt, also die vorgegangene Confusion bey ihm nach Restitution der Erbschaft völlig aufhörte, überdem die Confusion dem Gläubiger, der sie wider seinen Willen erlitten, nicht zugerechnet, und da er die gezwungen angenommene Erbschaft nunmehr gänzlich wieder ausgeliefert hatte, jetzt gar nicht mehr als Erbe anzusehen war, nachdem in Ansehung des ganzen Activ- und Passivstandes des Nachlasses der Fideicommissarius die Eigenschaft eines Erben angenommen. Die neueren Justinianeischen Verord-

nungen, in Ansehung der Fideicommissi, haben in diesen Dingen verschiedenes geändert, so aber nicht hieher gehört.

Da auch die Wirkungen einer Confusion durch das vom Justinian eingeführte Inventarium, und durch die heutiges Tages übliche eidliche Specificationen verhindert werden, so bleibt ein Pfandrecht, so der Erbe an den Sachen des Erblassers, oder dieser an den Sachen des Erben vorher gehabt, auch in der Folge, wo es nöthig, um so mehr bey Kräften.

§. 10.

Weil das Pfandrecht allemal zur Bedeckung einer Schuld dienet und sich nach dieser richtet, so entstehet die Frage, ob, wenn die Verpfändung wegen des Hauptstammes ihre Nichtigkeit hat, solche ohne besondere Verabredung auf die Zinsen, Kosten und Verwendungen, auch auf die Conventionalbuße mit zu erstrecken, oder nicht? und ob ein wegen der Zinsen besonders eingeräumtes Pfandrecht, den Hauptstamm mit einschliesse? Von diesen Fragen ist die erste in Gesetzen bejahend, die letzte verneinend, entschieden. (22)

(22) L. 8. §. 5. de pign. act. Cum pignus ex pactione venire potest: non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras et quae in id impensa sunt. Man muß hiemit noch einige andere Gesetze vergleichen, um in dieser Sache keinen Irrthum zu bege-

hen. L. 11. §. 3. de pign. act. Si in sortem duntaxat, vel in usuras obstrictum est pignus: eo soluto, propter quod obligatum est locum habet pignoratitia. Sive autem usuras in stipularum sint deductae, sive non: si tamen pignus et in eas obligatum fuit: quamdiu quid ex his deberit pigno-

pignoratitia cessabit. Alia causa est earum, quas quis supra licitum modum promisit, nam hae penitus illicitae sunt.

L. 4. C. de Usur. Sev. et Anton. Honorio. Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est et rationem habet: cum pignora conventionem pacti etiam usuris obstricta sint. Sed enim in causa de qua agis, haec ratio cessat, siquidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit: postea autem cum se debitor praestaturum majores repromisit: quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.

L. 22. eod. Philippus Carino. Pignoribus quidem intervenientibus, usurae, quae sine stipulatione peti non poterant, pacto retineri possunt. Verum hoc jure constituto, cum hujusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae summae praestari poenam convenisse proponas: nec peti, nec retineri quicquam amplius potest, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina juris perspicis.

L. un. C. Etiam ob chirogr. pecun. Gordianus Festo. At, si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoque pecunia tibi a debi-

tore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur: eam restituere propter exceptionem doli mali non cogaris. Jure enim contentis, debitores eam solam pecuniam, cujus nomine ea pignora obligaverunt, offerentes, audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperunt. Quod in secundo creditore locum non habet, nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Man hat bey diesen Gesetzen zwey Fragen zu unterscheiden. Die eine ist: ob das Pfandrecht sich auf andre Schulden, als diejenigen ausdehnen lasse, weshalb die Verpfändung ausdrücklich geschehen? Die andre: ob der Pfandinhaber nach bezahlter eigentlichen Pfandschuld wenigstens anderer Forderungen wegen, das Pfand bis zu deren Berichtigung dem Eigenthümer vorenthalten könne, d. i. ob er das Jus retentionis habe? Das Pfandrecht erstreckt sich nie weiter, als auf die Zinsen und die auf das Pfand verwandten Kosten.

Daß bis dahin das Pfandrecht gehe, lehrt der angeführte L. 8. §. 5. Denn dieses Gesetz redet von dem Recht, das Pfand zu verkaufen. Die Veräußerungsge- rechtigkeit aber ist ein wesentliches Stück des Pfandrechts, also muß dieses Pfandrecht selbst auf die Zinsen und Kosten auszudehnen seyn, weil um derentwillen das Pfand

Pfand verkauft werden kann. Um so viel mehr ist es erlaubt, das Pfand, ehe die Bezahlung der Zinsen und Kosten geschehen, dem Schuldner vorzuenthalten. Es braucht nicht, daß die Verpfändung ausdrücklich dieser Nebenforderungen wegen mitgeschehen, denn sonst hätte kaum eine Frage entstehen können, ob die Strenge des Pfandrechts mit darauf zu ziehen sey. Eben so ist auch kein Unterschied, ob die gefälligen Zinsen versprochen sind, oder wegen unrechtmäßigen Zahlungsverzugs bezahlt werden müssen, da das Gesetz keinen solchen Unterschied besagt. Aus gleichem Grunde meine ich ebenfalls nicht, daß es drauf ankomme, ob die Zinsen pacto nudo oder stipulando versprochen worden, da auch die folgenden Gesetze im Fall eines bloßen Pacti nicht bloß ein Jus retentionis, sondern eine wirkliche Pfandgerechtigkeit dem Gläubiger zu geben scheinen.

A. FABER will wegen derer Zinsen ex pacto nudo nur ein Jus retentionis, nicht aber ein wirklich Pfandrecht gestatten. Es ist ihm aber nicht nur das angeführte Gesetz zuwider, sondern auch cit. L. 4. verb. Pignora conventionis pacti etiam usuris obstricta. Soviel aber muß man zugeben, daß aus dem Pfandrecht, welches derer nur natürlich schuldigen Zinsen wegen dem Gläubiger zusteht, ihm keine Klage entspringe. Das Pfandrecht,

Westph. Erl. v. Pf. R.

als ein accessorisches Recht, richtet sich nach der Natur des Hauptrechts.

Bey L. ii. §. 3. ist CVJAC. Observ. L. 5. c. 28. der Meinung, daß statt: *vel in usuras*, müsse *nec in usuras* gelesen werden. Er ist darüber mit dem Robertus in einen bekannten Streit gerathen. Die Libri Basilici sind dem Cujac. zuwider, sonst ist diese Meinung sehr natürlich. Das Ansehen der Basilicorum beweist auch nichts weiter, als, daß die Worte schon zu der Zeit, da die Basilici verfertiget worden, so gelauret, wie jetzt, nicht aber, daß Ulpian wirklich so geredet habe. Wird des Cujac. Meinung angenommen, so lehrt dies Gesetz nichts, als daß, wenn der Pfandinhaber keine Zinsen zu fordern hat, er auch derentwegen an dem Pfande sich nicht halten könne. Wosern sich aber ein Anspruch auf Zinsen machen läßt, so möge eine bloß natürliche Verbindlichkeit aus einem nicht bürgerlich bestätigten Versprechen dazu vorhanden seyn, oder es mögen solche aus dem zierlichsten Vertrage herfließen, so könne man sich deshalb an das handhabende Pfand halten.

Daß der Gläubiger, auch der, durch ein bloßes Pactum versprochenen Zinsen, wegen, sich an das Pfand halten könne, deshalb führt man gemeinlich zur Ursach an, weil aus einer natürli-

E den

chen Verbindlichkeit wenigstens eine Exception entspringe. Daß aber dieser Grund hier nichts beweise, wird aus dem gleich folgenden erhellen. Der wahre Grund ist vielmehr, daß, wenn bey Uebergabung des Pfandes, sogleich Zinsen versprochen worden, die Meinung der Partheyen stillschweigend dahin gegangen, daß das Pfand mit vor die Zinsen haften solle.

Bleibt es bey der gemeinen Lesart, so lehrt das Gesetz den Satz: daß wenn mit Fleiß, wohlbedächtig und ausdrücklich, die Verpfändung auf Capital oder Zinsen eingeschränket und in erstem Fall die Zinsen, im zweyten aber das Capital dadurch deutlich von der Pfandverpflichtung ausgezogen worden, daß gegen diese ausdrückliche Verabredung keine Ausdehnung des Pfandrechts statt habe. Ein Satz, der sehr vernünftig ist und der dem vorigen Gesetz, wo von dergleichen vorsätzlichen und namentlichen Einschränkung nicht die Rede war, gar nicht widerspricht.

Der angeführte L. 4. C. bestättigt zum Theil dasjenige, was schon das vorige Gesetz enthält, theils aber lehrt er einen besondern Satz, der außerordentlich zu seyn scheint. Wenn zu Anfange, da die Einhändigung des Pfandes an den Gläubiger geschah, ein geringerer Zins vom Capital

Zins durch eine neue Verabredung, ohne des Pfandes weiter zu gedenken, erhöht worden; so hat dieses erhöhten Zinses wegen, keine Zurückhaltung des Pfandes statt. Wie? also entspringt aus dieser zweyten Verabredung keine Exception? Oder, wenn dergleichen daraus entspringt, so schützt doch die Exception den Inhaber des Pfandes nicht? Beydes sind Dinge, die man nicht begreifen kann, wenn man den Grund, weshalb das Pfand auch um solcher Zinsen willen zurück gehalten werden könne, die pacto nudo versprochen worden, darinn setzt, wie gewöhnlich geschieht, weil aus pactis nudis eine Exception entspringe. Eine Exception entspringt nicht nur aus einem Pacto sogleich Anfangs bey der Verpfändung, sondern auch aus einem solchen, so nachher erst errichtet worden. Darauf kommt es aber hier nicht an, weil die Exceptio pacti nur dem entgegen steht, der wider einen Vertrag etwas verlangt. Wenn aber der Schuldner sein Pfand nach Bezahlung der Pfandschuld wieder fordert und die versprochenen Zinsen sind noch nicht bezahlt, so verlangt er nur alsdenn etwas gegen den Vertrag, wenn die Verpfändung, der Zinsen wegen, mit geschehen. Dies ist der Aufschluß des L. 4. C. Wenn gleich bey der Einhändigung des Pfandes an den Gläubiger, Zinsen versprochen werden, so wird in denen Rechten angenommen, daß die Verpfändung

still,

stillschweigend mit auf die Zinsen gerichtet worden und daher kann man ihrentwegen sich an das Pfand halten, sie mögen durch einen zierlichen und bürgerlichen, oder bloß natürlich gültigen Vertrag versprochen seyn, weil es hier nur auf eine Exception ankommt. Wenn aber die Versprechung der Zinsen erst lange nach der Pfandgebung erfolgt, und es wird der Verpfändung dabey nicht erwähnt, so wird bey bewandten Umständen nicht geglaubt, daß der Contrahenten stillschweigender Wille dahin gegangen, daß das Pfandrecht sich auf die Interessen mit erstrecken solle.

WISSENBACH in Comm. ad Cod. hat diesen L. 4. C. zwar erklären wollen, aber von dessen Grunde und Vereinigung mit denen vorigen Gesetzen nichts berührt. Brunnemanns Erklärung hebt die Schwierigkeit ebenfalls nicht.

Was von denen Zinsen gesagt worden, daß das Pfandrecht sich wegen eines stillschweigenden Einverständnisses derer Partheyen auch auf sie erstreckt, ist, wie man in cit. l. 22. C. zu finden meint, bey einer bestimmten Conventionalstrafe anders. So erklärt man wenigstens gewöhnlich dieses Gesetz, um den Satz durch gute Gründe unterstützen zu können. Eine Conventionalstrafe setzt allemal einen besondern Vertrag zum voraus und kann also, als eine

selbstständige, abgesonderte, und mit der Hauptschuld nicht so nahe als die Zinsen verbundene Post angesehen werden. Es folgt daher nicht, daß der Schuldner, welcher der Hauptschuld wegen dem Gläubiger Pfand gegeben, dergleichen auch dieser besondern Nebenpost wegen einräumen wollen. Die Zinsen hingegen können auch sehr oft ohne vorgängige Versprechung gefordert werden, und sind aus der Ursache schon ein gesetlicher Anhang des Hauptstammes. Ein Umstand, der bey denen Conventionalstrafen schon ihrem Begriff nach, anders ist. Auf solche Art wäre nun zu begreifen, warum das Pfandrecht auf die Conventionalstrafe, ohne besondere Verabredung, nicht gezogen werden könne. Aber das Gesetz scheint diese Conventionalstrafe nicht nur vom Pfandrechte auszuschließen, sondern auch dem Pfandinhaber das Zurückhaltungsrecht zu versagen. Wie soll das mit dem cit. L. un. C. vereinigt werden? DONELLVS in Comm. ad Cod. hat gegen diese Schwierigkeit nichts weiter gesagt, als daß die Sicherheit des Pfandes auf die Conventionalstrafe darum nicht zu erstrecken, weil deshalb keine Verpfändung verabredet worden. Allein dies hebt die Schwierigkeit gar nicht, weil es jetzt nicht aufs Pfandrecht, sondern bloß auf das Zurückhaltungsrecht, ankommt, und wegen der Zinsen oft ebenfalls keine Ver-

pfändung verabredet und solche dennoch als geschehen angenommen wird. Andere berufen sich auf einen Widerwillen der Gesetze gegen die Conventionalstrafen. Das Gesetz nimmt an, daß die Conventionalstrafe ohne Stipulation durch ein bloßes Pactum versprochen worden. Vielleicht, wenn die Versprechung stipulando geschehen, würde der Pfandinhaber nicht nur ein Zurückhaltungsrecht, sondern auch ein wirkliches Pfandrecht an denen in die Hände bekommenen Sachen der Conventionalstrafe wegen ausgeübt haben. Der Gläubiger ist sogar der Kostenverwendung wegen, durch sein Pfandrecht sicher gestellt, da doch diese eben so wenig einen nothwendigen Zusammenhang mit der Hauptschuld haben, als die verabredete Geldbuße. Warum sollte daher wegen dieser nicht ein gleiches statt finden? Das Gesetz redet von einem bloßen Pacto. Dieses war an sich ohne bürgerliche Verbindlichkeit. Daher konnte es weiter keine Wirkungen haben, als die Nachsicht der Gesetze zu Hilfe kam. In Ansehung derer Zinsen gieng diese Unterstützung der Rechte in dergleichen Fall so weit, daß der Schuldner nicht nur eine Exception dadurch erhielt, sondern, daß auch die wegen des Hauptstammes geschehene Verpfändung darauf gleichsam aus einer stillschweigenden Einwilligung des Schuldners gezogen wurde. Es war nicht die

Folge, daß die Gefälligkeit der Rechte zum Besten der verwilligten Buße, auch auf diesen Grad steigen mußte. Vielleicht ist unser Gesetz ein Beweis von der geringeren Neigung der Rechte gegen die Conventionalstrafen. Darinn hatten sie einizgermassen gleiche Rechte mit denen Zinsen, daß ein bloßes Pactum, so deswegen errichtet wurde, eine Exception gab. Allein diese Exception war mit keinem Retentionsrechte in Ansehung des Pfandes verknüpft, weil nur dasjenige, dessen Zahlung, als eine Conventionalstrafe ausgemacht worden, d. i. baar Geld, hätte excipiendo inne behalten werden können, nicht aber das Pfand, dessen Zurückhaltung schon mehr war, als eine bloße Einwendung. Dies wären etwa die Gedanken, die man hier nicht ohne Schein anbringen könnte.

Jedoch ich glaube, daß es aller dieser ängstlichen Behelfe nicht bedarf. Es ist nach meiner Meinung aus diesem Gesetz gar nicht erweislich, daß wegen der Conventionalstrafe kein Zurückhaltungsrecht statt habe, ja nicht einmal, daß das Pfandrecht nicht mit darauf zu ziehen. Man erklärt das Gesetz ganz falsch. Es ist darinnen gar nicht die Frage, ob die Conventionalstrafe ein Zurückhaltungsrecht am Pfande gebe, oder ob das Pfandrecht gar darauf mit zu ziehen sey. Der Sinn ist ein ganz anderer, als

der,

der, den man ihm beylegt. Erst hatte der Schuldner Zinsen versprochen, jedoch *pacto nudo*; und es wird, aus schon ausgeführten Gründen, entschieden, daß das Pfandrecht des Gläubigers an dem handhabenden Pfande sich auch auf diese Zinsen mit erstrecke. Sodenn hatte ein anderer Schuldner keine Zinsen, sondern eine Geldbuße verabredet. (*cum, hujusmodi nullo interposito pacto, tantummodo certae summae praestari poenam convenisse*) Daß diese wenigstens excipiendo gefordert, oder daß deshalb das Pfand zurück gehalten werden konnte, daran wurde nicht gezweifelt, sondern nur davon war die Frage, ob nicht etwa noch besonders und ausserdem Zinsen aufgerechnet werden dürften? Der Schuldner war nachlässig in der Zahlung gewesen. Aus einer *mora* fließt die Verpflichtung zu Zinsen. Die Verabredung der Geldbuße schließt die Zinsen nicht aus. *Vnius officio non est alterius exclusio*. Der Gläubiger hatte etwa sonst noch allerley Schaden von dem Verzuge des Schuldners. Dieser Schade gieng über die Geldbuße hinaus, und war grösser, als daß er durch sie vergütet werden konnte. Der Gläubiger meinte also solchen aufrechnen zu können. Allein der Gesetzgeber antwortet: *nec peti, nec retineri quicquam amplius potest*. Denn die verabredete Geldbuße, war statt Zinsen, Interesse und

aller andern Aufrechnung. Darum wird sie verabredet, damit es solcher Aufrechnungen nicht bedürfe. Deshalb war der Gläubiger schuldig, nachdem er *Capital* und Geldbuße erhalten, das Pfand frey zu lassen. (*ad pignoris solutionem urgeri te.*)

Nun läßt sich von dem Umfange des *cit. L. un. C.* urtheilen, welchen man gemeintlich mit so vieler unwürksamen Mühe denen vorigen Gesetzen anzupassen sucht. Dieses Gesetz giebt jedem Pfandinhaber wegen aller andern Forderungen, so er an den Pfandschuldner hat, und weshalb er mit keinem Pfandrechte versehen, ein Zurückhaltungsrecht. Nichts ist billiger! Aber ein Zurückhaltungsrecht ist kein Pfandrecht. Dieses ist ein dinglich Recht, so gegen einen dritten Besitzer, im Concurs und überall die Probe hält, das auch bis zur Veräußerung der in Händen habenden Sachen geht. Jenes aber thut zwar gegen den Pfandschuldner und seine Erben Wirkung, er löset aber, sobald man es mit einem Dritten Manne zu thun hat, oder es zum Concurs kommt. Es kann auch nicht bis zur Verkaufung der Güter getrieben werden. Daß dies Recht nicht gegen einen andern als den Verpfänder, oder die, so gleiche Rechte mit ihm haben, ausgeübt werden könne, lehrt das Gesetz dadurch selbst, daß es die *Retention* gegen das *Jus offerendi* eines nach-

nachgehenden Gläubigers ver-
sagt. Daß aber eine Veräuße-
rung vermöge des Pfandrechts,
nicht unternommen werden dürfe,
versteht sich, so lange, bis die
Schuld, deshalb die Retention
geschieht, ausgekragt und die ge-
richtliche Hülfsvollstreckung auf
die retinirten Stücke gelegt wor-
den. Wenn daher die Forde-
rung, weshalb die Retention ge-
schähe, keine Klage gestattet, so
fällt die Veräußerung gar weg.
Im obigen ist allemal die Frage
wegen des Pfandrechts von der,
wegen des Zurückhaltungsrechts,
sorgfältig unterschieden worden.

Da nun gewiß ist, daß das
Pfandrecht schon an sich allemal
mit auf die Zinsen und die be-
dingte Buße gehe; so ist nun-
mehr der L. 13. §. ult. de pign.
darnach zu erklären, wo es heißt:
*Propter usuras quoque, si obliga-
ta sit hypotheca, usurae solvi de-
bent. Idem et in poena dice-
mus.* Dies kann nichts anders
heißen, als daß die Hypothec auch
wegen der Zinsen und der Buße
ertheilt, geachtet werde, wenn
nicht ausdrücklich ausgemacht
worden, daß sie blos auf den
Hauptstamm eingeschränkt seyn

soll. Sonst enthielte das Gesetz
einen unrichtigen und lächerli-
chen Satz. Wenn dergleichen
Einschränkung nicht ausdrücklich
ausgemacht worden, so kann der
Schuldner nicht nur sein Pfand
nicht wieder zurück bekommen,
sondern es dauert auch das Pfand-
recht fort, bis Zinsen und Bußen
mit bezahlt sind.

Es läßt sich also mit ANT.
FABR. Err. pragmat. Dec. 1.
Err. 9. zwar behaupten, daß,
wenn ausgemacht worden, das
Pfand solle, gleich bey Wieder-
zahlung der darauf gemachten
Schuld wieder zurück gegeben
werden, alsdenn das Zurückhal-
tungs- und Pfandrecht wegen an-
derer Posten wegsalle; jedoch
muß diese Verabredung sehr deut-
lich seyn, und nicht aus dem Grund-
de der jetzt veränderten Umstände
angefochten werden können.
Heutiges Tages haben bloße
Pacta gleiche Kraft mit denen
Verträgen. Es muß daher eine
Verpfändung über die Haupt-
schuld in unsern Gerichten alle-
mal auf die Zinsen, Kosten und
Conventionalbuße mit gedeutet
werden, wenn nicht ein anderes
deutlich ausgemacht seyn sollte.

§. II.

So wird auch die Frage aufgeworfen, ob, wenn
der Schuldner von den Gerichten zu einem mehreren,
als ihm von Rechtswegen obliegt, vertheilet worden,
dessen

dessen ertheiltes Pfandrecht nunmehr auch auf die zur Ungebühr aufgebürdete Summe des Erkenntnisses sich mit erstrecke? In den Gesetzen wird diese Frage ebenfalls verneinet. (23)

(23) Diesen besondern Fall enthält L. 16. §. 6. de pign. Si pluris condemnatus sit debitor non restituendo pignus, quam computatio sortis et usurarum faciebat, an, si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? Quod ego quantum quidem ad subtilitatem legis et auctoritatem sententiae, non probo. Semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi. Sed humanius est, non amplius eum, quam quod revera debet, dando, hypothecam liberare. Diese Entscheidung ist sonderbar. Ohnerachtet der Schuldner rechtskräftig vertheilt ist, mehr zu bezahlen, als er vor rechtmäßig hält, so soll er doch, sobald er nur das nach seiner Meinung allein rechtmäßig schuldige bezahlt hat, seiner Schuldigkeit völlig ein Genüge gethan und die Hypothec ganz getilget haben. Die Ursach davon ist keinesweges, wie GOTHOFREDVS meint, dasjenige, was L. 21. §. 3. enthalten. Nach diesem Gesetz soll das, was der Gläubiger von einem dritten Besitzer der Hypothec über den Werth des Pfandes erhalten, dem Schuldner zu gute gehen. Daraus schließt Gotho-

fredus, also müsse auch dem Schuldner zu gute kommen, was ihm selbst über die Gebühr durch rechtliche Erkenntnisse auferleget worden. Allein der Schluß hängt nicht zusammen. Was ein Gläubiger gegen einen Fremden ausfehlet, bekommt er auf den Namen des Schuldners, dem das Pfand gehört. Was er aber gegen den Schuldner selbst ausführt, kann er nicht auf dessen Namen erhalten, weil er gegen ihn streitet. Die wahre Ursach ist vielmehr, daß die Rechtsgelehrten eine aus einem ungerechten Erkenntnis erlangte Befugnis, zwar den strengen Rechten nach gegründet hielten, aber doch eine natürliche Verbindlichkeit des Schuldners dabey annahmen, die unterweilen die bürgerliche Verbindlichkeit überwog. Beydem allen sind diese Anmerkungen der alten Rechtsgelehrten von schlechtem Gebrauch. Was rechtskräftig erkannt ist, vertritt die Stelle der Wahrheit. Wenn solche Erkenntnisse erst nach der Ge- rechtigkeit beurtheilt werden, so wird die Rechtskraft so viel wie gar nichts bedeuten. Ein anders ist es, wenn ein Irrthum in der Rechnung begangen worden, oder das Erkenntnis nichtig ist. Denn

in solchem Fall ist nicht einmal eine bürgerliche Verbindlichkeit vorhanden. Es ist nicht zu glauben, daß der Rechtsgelehrte in diesem Gesetze auf den Fall gezielt habe, da gegen den Pfandschuldner, wegen dessen Ungehorsams, der Kläger zum Juramento in litem zugelassen, und also

der Beklagte zu mehr, als der Bezahlung des Capitals und der Zinsen condemniret worden. Denn nach §. 3. eben dieses Gesetzes scheint er der Meinung gewesen zu seyn, daß besagter Eid auch gegen den Schuldner selbst zugelassen werden könne.

§. 12.

Es ist einerley, ob die Forderung, derentwegen die Verpfändung geschieht, eine bürgerliche, oder blos natürliche Verbindlichkeit hat, und ob sie schon jetzt vorhanden ist, oder erst künftig entstehen wird, genung wenn auf den Fall, da sie entstehen sollte, wie vermuthet wird, eine Sicherheit dem Gläubiger nöthig seyn möchte. (24) Der Schuldner kann deshalb seinem Bürgen auf den Fall, da dieser vor den Gläubiger zu bezahlen genöthiget werden sollte, zur Versicherung seiner Rückansforderung sein Vermögen verschreiben. (25)

(24) L. 5. pr. de pign. Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunq; obligatione, sive mutua pecunia datur, sive dos, sive emtio vel venditio contrahatur, vel etiam locatio et conductio, vel mandatum: et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat. Sed et futurae obligationis nomine dari possunt. Sed et non solvendae omnis pecuniae causa, verum etiam de parte ejus: et vel pro civili obligatione, vel honoraria, vel tan-

tum naturali. Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio extiterit. L. 14. §. I. eod. Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare consistit.

(25) L. 9. §. 1. de pign. act. Non tantum autem ob pecuniam, sed et ob aliam causam pignus dari potest: Veluti si quis pignus alicui dederit, ut pro se fidejubeat.

§. 13.

Es ist nicht nöthig, daß wegen einer Schuld der Gläubiger allemal ein Pfand habe, daher kann man diese Pfandversicherung, wenn man deshalb einig geworden, auch auf einen gewissen Theil der Schuld einschränken, und wegen des andern Theils es bey dem bloßen Personalanspruch bewenden lassen. (26)

(26) L. 5. §. 1. In quib. causs. pign. Item illud, inquit, videndum est, voluntate domini induci pignus ita posse, ut in partem debiti sit obligatum.

§. 14.

Die Schuld ist die Hauptsache und nicht das Pfand; daher kann das Pfand oder Pfandrecht aufhören, die Schuldforderung aber dennoch fortdauern. (27)

(27) L. 25. C. de pignor. Servo, qui fuerat pignori obligatus defuncto, debiti permanet integra petitio.

§. 15.

Nach geschעהner Verpfändung bleibt dennoch der Pfandgeber allemal Eigenthümer seines Pfandes. (28) Er kann daher die Eigenthumsklage, der Verpfändung ohnerachtet, gegen jeden und selbst gegen den Gläubiger gebrauchen. (29) Er hat alle Nutzungen, die von der verpfändeten Sache mit Recht oder Unrecht gezogen werden können, allein zu genießen und der Pfandgläubiger hat nicht den geringsten Antheil daran. (30)

(28) Daher entsteht die Schwierigkeit, wie nach L. 4. §. 1. de R. C. ein Schuldner nach bezahlter Schuld, sein Pfand

bey dem Gläubiger durch eine Condictio wieder zurück fordern könne, da doch eine Condictio certi wovon cit. l. die Rede ist, keinem Eigenthümer zukommt, ausser der Condictio furtiva. Allein CVJAC. merkt ganz recht an, daß gegen einen Gläubiger, der sein Geld restituirt bekommen hat, und doch das Pfand dem Schuldner bösslich vorenthält, auch wol gar ableugnet, Condictio furtiva statt habe, und daß dieses Gesetz von einem solchen Fall zu verstehen sey.

(29) L. 35. §. 1. de pign. act. Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert in creditorem. Potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti. L. 9. C. de pignor. Si dominium ejus possessionis, quae pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor, vel ejus heredes detinere coeperunt: vindica eam rem Praefide provinciae curante, ut fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur. Es versteht sich aber, daß die Eigenthumsklage gegen den Pfandgläubiger, dem Verpfänder nur bey einer Hypothek zustehet, nicht aber bey einem Handhabenden Pfande. Denn bey diesem gebührt dem Gläubiger der Besitz, den also der Schuldner durch seine Eigenthumsklage nicht abfordern, sondern sich nur der act.

pign. dir. bedienen kann. Derjenige, so von dem Schuldner das Pfand erkaufte, und dadurch das Eigenthum davon erworben hat, bedient sich auch bey dem handhabenden Pfande der Eigenthumsklage, aber nicht anders, als gegen Befriedigung des Gläubigers.

Hey dieser Gelegenheit ist es nöthig, L. 39. de pign. act. zu erklären. Die Worte sind: Gajus Sejus ob pecuniam mutuam fundum suum Lucio Titio pignori dedit. Postea pactum inter eos factum est, ut creditor pignus suum in compensationem pecuniae suae certo tempore possideret. Verum ante expletum tempus creditor, cum suprema sua ordinarer, testamento cavit, ut alter ex filiis suis haberet eum fundum, et addidit: quem de Lucio Titio emi, cum non emisset. Hoc testamentum inter caeteros signavit et Gajus Sejus, qui fuit debitor. Quaero, an ex hoc, quod signavit, praedictum aliquod sibi fecerit: cum nullum instrumentum venditionis proferatur, sed solum pactum, ut creditor certi temporis fructus caperet? Herennius Modestinus respondit, contractui pignoris non obesse, quod debitor testamentum creditoris, in quo se emisse pignus expressit, signasse proponitur.

Diesem Gesetz scheint offenbar entgegen zu seyn. L. 26. §. 1. de pignor. Pater Sejo emancipato

pato filio facile persuasit, ut, quia mutuam quantitatem acciperet a Septicio creditore, chirographum perscriberet sua manu filius ejus, quod ipse impeditus esset scribere, sub commemoratione domus ad filium pertinentis pignori dandae. Quaerebatur, an Sejus inter caetera bona etiam hanc domum optimo jure possidere possit, cum patris se hereditate abstinuerit: nec metui ex hoc solo, quod mandante patre, manu sua perscripsit instrumentum chirographi, cum neque consensum suum accommodaverat patri, aut signo suo, aut alia scriptura? Modestinus respondit, cum sua manu pignori domum suam futuram, Sejus scripserat, consensum ei obligationi dedisse manifestum est. Die natürlichste Auflösung ist folgende: Das erste Gesetz redet von einem Fall, wo, wenn derjenige, der mit seiner Unterschrift an dem Testament Antheil nahm, durch diese Unterschrift sein Eigenthum verlohren hätte, er eben dadurch dem Legatario ein Geschenk des Seinigen gemacht, und dieser einen ansehnlichen Gewinnst gehabt hätte. Dergleichen Schenkungen vermuthen die Gesetze nicht. Der Wille, dergleichen zu thun, muß sehr deutlich seyn. Die Handlung der Unterschrift war keine solche That, die diesen Willen ganz deutlich macht. De Lucio Tirio emi: soll heißen de Cajo Sejo emi. Gleichen Fall enthält L. 34. §. 2. de Leg. 2. Ein an-

ders ist, wenn ein Dritter mit der Einbuße des Seinigen gefährdet werden würde, wofern derjenige, der ihn mit in den Irthum über das Eigenthum der Güter oder die Zuverlässigkeit dieses oder jenen Handels bringen geholfen, sich aus der Sache ohne Schaden, jedoch mit der größten Bekürzung und Anführung dieses Dritten, herausziehen will. Von diesem Fall redet cit. l. 26. Der Vater muß das Vermögen seines Sohnes noch in Händen gehabt haben. Daher sich der Gläubiger leicht irren, und des Sohnes Haus vor ein Eigenthum des Vaters halten können. Darum heißt es auch, domus futuri, weil es der Sohn erst in die Hände kriegen sollte. Metui heißt so viel als: metutum iri, wie man sagt: redditum iri, restitutum iri. Die Alten verdroßelten die Sylben nicht.

ANT. FABER Rational. ad l. 39. de P. A. merkt mit Recht an, daß nicht blos die Unterschrift desjenigen, der einen Anspruch hatte, und der zum Nachtheil und Anführung eines andern Contrahenten davon nichts erwähnt hat, sondern auch schon die Gegenwart eines solchen, durch welchen er an dem Contract Antheil nimmt, ihm seinen Anspruch benehme, arg. L. 12. de Evict.

(30) L. 21. §. 2. de pign. Quicquid pignori commodi live in.

incommodi, fortuito accessit, id ad debitorem pertinet. Von den Muthungen reden ferner: L. 12. §. 1. de distract. pign. Si aliena res pignori data fuerit, et creditor eam vendiderit: videamus, an pretium, quod percepit creditor, liberet debitorem personali actione pecuniae creditae? Quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur. Quia ex contractu et quali quali obligatione a debitore interposita, certe ex occasione ejus redactum id pretium aequius proficeret debitori, quam creditoris lucro cederet. Sed quantum quidem ad creditorem, debitor liberatur. Quantum vero ad dominum rei, si necdum pignus evictum est, vel ad emtorem post evictionem: ipsi debitor utili actione tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat. Nam et si majores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, universos in quantitate debitam accepto ferre debet, et cum per injuriam judicis domino rem, quae debitoris non fuisset, abstulisset creditor, quasi obligatam sibi, et quaereretur, an, soluto debito, restitui eam oporteret debitori: Scaevola noster restituendam probavit. Quod si non ita vendidit, ut certum sit, omnimodo apud eum pretium remansurum, verum obligatus est ad id restituendum: arbitror, interim quidem nihil a debitore peri posse, sed in suspenso haberi liberationem. Verum, si actio-

ne ex emto conventus praestitisset creditor emtori, debitum persequi eum a debitore posse: quia apparuit, non esse liberatum. In dem letztern Gesetz ist bey denen Worten: si ea lege vendidit etc. entweder zum voraus zu setzen, daß der Pfandinhaber das Pfand, als sein Eigenthum verkauft habe, weil sonst, und wenn der Pfandgläubiger die Sache blos in der Eigenschaft eines Pfandes verkauft hätte, der Vorbes halt, vor die Gewähr nicht zu haften, nicht nöthig gewesen. Oder diese Worte sollen nur andeuten, daß der verkaufende Pfandgläubiger sich nicht in dem Fall befunden, in welchem ein Gläubiger dem Käufer die Gewähr leisten muß. Diese letzte Erklärung ist der ersten noch vorzuziehen. Denn hätte der Gläubiger das Pfand, als sein Eigenthum verkauft und den Vertrag wegen nicht zu leistender Gewähr beygefügt, so wäre dabey eine Hinterlist gewesen und es hätte dem Gläubiger wenig geholfen. Er hat also das Pfand, als Pfandinhaber, vermöge des dem Käufer bekannt gewordenen Pfands rechts verkauft. Die Worte: ex contractu, beziehen sich auf den Pfandcontract, und quali quali obligatione etc. ist entweder zu übersetzen: es may des halb etwas ausdrückliches und deutliches verabredet worden seyn oder nicht. Oder es ist damit, wie noch wahrscheinlicher ist, auf das Factum hypothecae gezielt.

Der

Der Käufer kann sich nach diesem scharfsinnigen Gesetze, zwar nicht an seinen Verkäufer, den ehemaligen Pfandinhaber halten, weil er gegen diesen sich der Gewährsansprüche begeben; allein er kann doch bey dem Verpfänder seine Entschädigung suchen. Gegen diesen hat *condictio sine causa*, oder *actio utilis*, oder in *factum* statt, wenn man die erste Erklärung der Worte: *si ea lege vendidit*, annimmt. Denn er ist bereichert, und dies mit dem Schaden des Käufers, dem die Entwährung geschehen, auch hat er diejenige Entfagung auf die Gewährsanforderung nicht vor sich, die dem Verkäufer zu statten kommt. Wollte man einwenden, daß der Pfandgeber nicht bereichert sey, weil er die entwährte Sache ebenfalls erkaufte und also nun Schaden leide; so ist die Antwort leicht. Er halte sich wieder an seinen Verkäufer, oder hat er so gekauft, daß er keine Schadloshaltung von diesem bekommen kann, so leide er unter seiner eigenen Schuld. Wird aber die letzte Erklärung angenommen, so war es *actio empti utilis*, deren sich der Käufer gegen den Verpfänder bediente. Gegen diesen hatte von Rechtswegen der Regreß statt, weil er der eigentliche Verkäufer war. Der Pfandgläubiger war bey dem Verkauf nur als ein Bevollmächtigter von ihm anzusehen gewesen. Aus denen Verträgen derer Bevollmächtigten entstehen

gegen die Principale zwar Klagen, aber nur *actiones utiles*. Der Pfandgläubiger hatte durch seine Bedingung, wegen der Gewähr nicht zu haften, nur vor sich gesorgt, nicht aber vor seinen Schuldner. Wenn er auch vor diesen sorgen wollte, so kam die Verabredung nach strengem Recht dem Schuldner, als einem Dritten, nicht einmal zu gute. Der Grund, daß der Verpfänder eigentlich die Hauptperson bey dem Verkauf, der Gläubiger aber nur ein Unterhändler sey, soll eben die ganze folgende Ausführung: *Nam et si majores etc.* enthalten. Denn da der Verpfänder alle Nutzungen vom Pfande hat und nicht der Gläubiger, so ist jener die Hauptperson und nicht dieser. Der Eigenthümer hat ebenfalls die Wahl, ob er gegen den Besitzer der Sache die Eigenthümeklage erheben, oder dem bereicherten Pfandsteller *actio utilis* seinen Gewinnst abnehmen will. Diese *actio utilis* ist hier entweder *rei vindicatio utilis*, welche eine von dem Verpfänder begangene Gefährde zum voraus setzt, (*si dolo possidere desit*) oder es ist eine Art von *Condictio*, oder eine *actio negotiorum gestorum utilis*, die daher kommt, weil mit des Klägers Eigenthum der Verpfänder seine Schuld bezahlt hat, oder es ist die sonstige allgemeine *actio utilis*, die auch *praescriptis verbis* genannt wird. Die *vindicatio utilis* ist dem Beklagten nachtheiliger, als jede derer
übr:

übrigen. Der Verpfänder, als Beklagter, kann sich in dem Fall, da diese Klage gegen ihn erhoben wird, bey der Auszahlung an den Kläger von letzterem nicht einmal *jura cessæ* gegen den jetzigen Besitzer ausbedingen, weil er in un-rechten Dingen begriffen ist. Der Eigenthümer aber ist befugt, nachdem er von dem Verpfänder die Zahlung erhalten, gegen den jetzigen wirklichen Besitzer der Sache, noch besonders *Rei vindicationem directam* zu erheben, weil der vorher bekommene Werth mehr zur Züchtigung des Beklagten, als zur Entschädigung des Klägers gegeben worden. Ganz anders verhält es sich aber, wenn der Eigenthümer zuerst den wirklichen Besitzer in Anspruch genommen. Denn wenn er von diesem die Sache selbst schon ausgeliefert bekommen, so kann er von dem Verpfänder dieselbe nicht noch einmal vergütet bekommen. (*si necdum pignus evictum est.*) Der Besitzer kann sich allenfalls, wenn der Pfandgläubiger, den er der Gewähr entlassen, auf seinen eigenen Namen und als Eigenthümer verkauft haben sollte und der Käufer mit ihm nicht gern einen Proceß anfangen möchte, von dem Eigenthümer, vor Auslieferung der Sache, zu mehrerer Bestärkung seines Regresses gegen den Verpfänder die *rei vind. util. cediren* lassen. Von ganz anderer Art ist auch die *act. utilis negot. gestorum conditionis*, oder *actio utilis*,

Weil diese Klagen nicht zur Züchtigung des Beklagten gebraucht werden, so setzen sie keine Gefährde und böse Gesinnung des Beklagten voraus, und haben nur so weit statt, als derselbe bereichert ist. Der Kläger muß auch, sobald er hernach von dem wirklichen Besitzer die Sache erhält, und ausgeliefert erhält, den durch die *Conditionis* etc. erhaltenen Werth dem Beklagten zurück geben. Denn nun nimmt der Besitzer seinen Regreß gegen diesen Beklagten, und er bleibt also nicht bereichert. Der Eigenthümer kann auch, außer dem Fall einer Gefährde, die man gegen ihn begangen, (dergleichen bey der *Conditionis* etc. nicht vorausgesetzt wird,) nicht seine Sache und noch einen Werth davor, und also doppelt profitieren wollen. Die weitere Ausführung des Sakes, daß der Verpfänder die vornehmsten Rechte an der Sache, auch noch nach der Verpfändung behalte, wird von denen Nutzungen derselben hergenommen. Alles was der Pfandgläubiger durch die *Hypothecarische* Klage von dem dritten Besitzer des Pfandes erhält, ist auf die Forderung gegen den Schuldner abzurechnen. Wenn auch dieser nie wirklicher Eigenthümer der verpfändeten Sache gewesen, und also der dritte Besitzer mit Unrecht zur Ausantwortung der Hypothek verurtheilt seyn sollte; so ist es in Ansehung der Befugnisse des Verpfänders gleich

gleich viel. Zwischen den Contrahenten unter sich geht es nach der Natur des Contracts, die Sache gehöre, wem sie wolle. Die Stelle: *Quod si non ita vendidit etc.* zielt auf den Fall, da der Gläubiger, wenn er nicht als Eigenthümer die Sache verkauft, dennoch bey dem nach Pfandrecht geschlossenen Verkauf, vor die Gewähr zu stehen versprochen hatte. In diesem Fall war die Klage des Käufers gegen den Pfandgläubiger dennoch *actio emti*, weil letzterer bey Schließung des Kaufs gut gesagt und aus dergleichen Nebenverabredungen allemal eben dieselbe Klage erwuchs, die das Hauptgeschäft mit sich brachte, cf. L. 59. §. 4. Mandati.

Hieher gehören ferner, L. 1. C. de pign. act. *Fructus ex pignore percepti imputantur in sortem et, si sufficiunt ad totum debitum, solvitur actio, et redditur pignus. Quod si fructus de-*

bitum excedunt, superflui redduntur, videlicet mota actione pigneratitia.

L. 2. eod. *Quod ex operis ancillae vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est: debiti quantitatem relevabit.*

L. 3. eod. *Creditor, qui praedium pignori sibi nexum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computare, necesse habet, et, si agrum deteriorum constituit, eo quoque nomine pigneratitia actione obligatur.* Das erste dieser 3. Gesetze hat CVJAC. aus denen Basilicis in die lateinischen Exemplare des Codex gebracht. Cujac. Obl. Lib. II. C. 31. Es ist nichts besonders merkwürdig, daß nach dem L. 3. auch *fructus percipiendi* dem Gläubiger angerechnet werden, denn er ist ein Verwalter fremder Güter.

§. 16.

Verpfändete man bey den Römern einen Leibeigenen, so fiel aller Erwerb desselben, während der Verpfändung nicht dem Pfandinhaber zu, sondern dem Eigenthümer. (31) Bey der Verpfändung einer Magd, blieb das Kind, so sie zur Versezzeit erzeugte, dem Eigenthümer, aber das Pfandrecht erstreckte sich auf die nach der Verpfändung zur Welt gekommenen Kinder mit, jedoch

jedoch ist es streitig, was von denenjenigen Kindern zu halten sey, die einem in der Folge zum Eigenthum der Mutter gelangten Dritten Besizer erzeugt worden. (32)

(31) L. 37. pr. de acquir. rer. dom. Per servum, qui pignori datus est, creditori nec possessio aquiritur, quia nec stipulatione, nec mandatione, nec ullo alio modo per eum servum quicquam aquiritur: quamvis possessio penes eum sit.

L. 2. C. de partu pign. Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua, quam accepistis, pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit, vel quas percipere potuit, in usuras computatis et post in sortem extenuato debito, residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus, mancipia vobis praeses provinciae restitui jubebit. cf. Paul. Rec. Sent. L. 2. T. 13. §. 2. Obgleich der Eigenthümer durch seinen dem Pfandgläubiger in Gewahrsam gegebenen Knecht noch immer die Rechte erwirbt, die er sonst erworben haben würde, so erwirbt er doch keinen Besitz durch ihn, weil es unnatürlich schien, den Besitz des Knechts selbst einem andern einzuräumen müssen, und doch durch ihn einen Besitz anderer Sachen bekommen. L. 1. §. 15. de Acquir. vel amitt. poss. Per servum corporaliter pignori datum non

acquirere nos possessionem, Julianus ait. Ad unam enim tantum causam videri eum a debitor possideri: ad usucapionem, nec creditori; (sc. acquiri) quia nec stipulatione, nec ullo alio modo per eum acquirat, quamvis eum possideat. Daß der Pfandinhaber ebenfalls keinen Besitz durch den verpfändeten Knecht erlangen kann, ist natürlich, weil er überhaupt gar keine Nutzung von dem Pfande hat.

(32) L. 1. ff. de Salv. Interd. Si colonus ancillam in fundo pignoris nomine duxerit, et eam vendiderit: quod apud emtorem ex ea natum est, eius apprehendendi gratia utile interdictum reddi oportet.

L. 26. §. 2. de pignor. Lucius Titius praedia et mancipia, quae in praediis erant, obligavit. Heredes eius praediis inter se divisit, illis mancipiis defunctis, alia substituerunt. Creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis, emtor vindicare possit? Modestinus respondit, si neque pignoratata sunt ipsa mancipia, neque

neque ex pignoris ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.

L. 29. §. 1. eod. Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem jure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam agnata teneri, sive specialiter de his convenerit, sive non: ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit, qui obligavit, vel heredem ejus. Ceterum, si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.

L. 18. §. 2. de pign. act. Si fundus pignoratius venierit: manere causam pignoris: quia cum sua causa fundus transeat. Sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.

L. 1. C. de partu pign. Partus pignoratiae ancillae in pari causa esse, quae mater est, olim placuit. Das Kind einer Magd gehört nie zur Nutzung, daher auch der Pfandgläubiger solches nicht behalten konnte, wenn auch gleich ein antichretischer Vertrag mit ihm errichtet worden. In Rücksicht des Pfandrechts, so über das Kind, der Mutter wegen ausgeübt werden könnte, geht das Römische Recht dahin, daß, wenn das Kind schon vor der Verpfändung zur Welt gekommen, es nie zum Pfande zu rechnen, wenn die Mutter verpfändet ist. Alle Fälle, wo das Kind

in den Gesetzen unter der Verpfändung der Mutter mit begriffen ist, sind solche, wo die Erzeugung erst nach der Verpfändung geschehen. Ein schon gebornes Kind, ist ein von der Mutter ganz unterschiedener Mensch, und es folgt also nicht, daß, wenn die Mutter verpfändet ist, das Kind es auch seyn müsse. Wenn die Magd zur Zeit der Verpfändung schwanger war, so begriff die Verpfändung der Mutter, das Kind mit unter sich. Das Kind ist nach den alten Grundsätzen pars viscerum der Mutter. Wenn also das Ganze verpfändet ist, so geht die Verpfändung auf alle Theile. Sollte die Mutter erst hernach schwanger geworden seyn, so kommt es darauf an, ob solches geschehen, da der Pfandschuldner, dessen Erbe oder der Gläubiger solche in Besitz hatte, cit. L. 1. pr. L. 26. §. 2. ff. L. 1. C. und alsdenn ist das Kind unter dem Pfandrechte enthalten; oder ob die Schwangerschaft bey einem dritten Besitzer erfolgt, cit. L. 29. §. 1. in welchem Fall der Pfandgläubiger daran keinen Anspruch hat. Dies ist die Vereiniung dieser Gesetze, die wir denen Glossatoren schuldig sind. Sonst widerspricht L. 29. in der Frage, ob das Kind, so von der verpfändeten Magd geboren worden, da der Käufer dieselbe schon besitzt, denen übrigen offenbar. C. V. J. A. C. ad cit. Cod. de partu pign. meint zwar, daß L. 29. von dem Fall, da die

Verpfändung nicht namentlich auf das Kind mit gerichtet worden, zu verstehen, die übrigen aber von dem entgegen stehenden Fall, oder daß die übrigen Gesetze solche Umstände zum voraus setzen, wo das Pfand sonst zur Befriedigung des Gläubigers nicht zureicht. Allein die ausdrückliche Erwähnung der Kinder bey der Verpfändung der Mutter kann, wie aus dem erhellen wird, was von den Früchten unten vorkommt, dem Gläubiger keine mehreren Rechte ertheilen, als er ohnedem schon hatte und dem L. 19. §. 2. verb. si ve specialiter de his convenerit si venon, ist dieser Unterschied offenbar zuwider. Wenn der Werth der Mutter so schon zureicht, den Gläubiger zu befriedigen, so wird man sich um die Kinder nicht bekümmern, und also ist zu vermuthen, daß alle Gesetze den Fall zum voraus setzen, wo der Gläubiger an der Mutter nicht genug Befriedigung hat.

Bei dem L. 16. §. 2. ist noch zu bemerken, daß die Worte der Verpfändung: *mancipia, quae in praediis sunt*, die darinn vorkommende Entscheidung veran-

lasset. Dagegen wenn der Ausdruck: *omnis familia rustica*, wäre gebraucht worden, so würden die, hernach an derer vorigen Stellen angeführten neuen Knechte mit zur Hypothek gehört haben. cf. Paul. Sent. Rec. L. 2. T. 5. §. 2. In L. 18. §. 2. de P. A. setzt A. FABER Rational. ad h. l. statt *sicut*, das Wort *Secus*, und ist der Meynung, daß das Kind, so die verpfändete Magd bey dem fremden Käufer erzeugt, wenn es gleich bey dem Schuldner concipirt seyn sollte, dennoch nicht unter das Pfand gehöre. Es ist nicht zu leugnen, daß er deshalb wichtige Gründe anführen kann. Ein noch ungebohrnes Kind wird noch nicht vor ein Kind geachtet. L. 9. §. 1. ad L. Falc. L. ult. de A. R. D. L. 24. ad L. Falc. Die Ähnlichkeit von *fructibus pendentibus* paßt nicht, weil die Kinder nicht als *fructus* angesehen werden. In L. 1. de Salv. Interd. vermuthet eben dieser Verfasser auch nicht ohne Grund, daß, *nec utile interdictum reddi oportet*, gelesen werden müsse. Wenn man diese Kritiken annimmt, so fällt alle Schwierigkeit hinweg.

§. 17.

Wenn das Pfand eine Frucht tragende Sache oder ein Frucht bringendes Vieh ist, (33) so gehören die Früchte zwar dem Gläubiger nicht eigenthümlich zu, doch
aber

aber kann er seine Sicherheit auch an ihnen, wenn sie noch wirklich vorhanden, so gut, als an der Frucht tragenden Sache selbst, nehmen, es mag sie der Schuldner oder jeder andere nachfolgende Besitzer erzeugt haben.

(33) L. 1. §. 2. de pign. Cum praedium pignori daretur: nominatim, ut fructus quoque pignori essent, convenit. Eos consumptos bona fide emtor utili Serviana restituere non cogetur, pignoris enim causam nec usucapione perimi placuit: quoniam quaestio pignoris ab intentione domini separatur. Quod in fructibus dissimile est, qui numquam debitoris fuerunt.

L. 16. §. 4. eod. Interdum etiam de fructibus arbitrari debet iudex: ut, ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemner. Quid enim, si minoris sit praedium, quam deberat? nam de antecedentibus fructibus nihil potest pronuntiare: nisi extant, et res non sufficit.

L. 3. C. in quib. causis pign. Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etiam id aperte non sit expressam, et ipsi pignori credantur tacita pactione inesse: praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli prudentium placuit.

L. 1. C. de distr. pign. Fun-

dum pignori obligatum, si creditor ex fructibus debitum consecutus est, cum ipso jure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest. Das erste dieser Gesetze gedenkt einer ausdrücklichen Verpfändung der Früchte nebst der Sache selbst. C. V. J. A. C. in Papin. Respons. glaubt auch, daß diese ausdrückliche Erwähnung der Früchte, bey Verpfändungen nöthig sey, wenn die von einem Dritten Besitzer gezogenen und noch vorhandenen Früchte unter das Pfandrecht gehören sollten. Allein es ist aus denen sämtlichen übrigen Gesetzen ersichtlich, daß ohne alle Erwähnung der Früchte dennoch dieselben schon an sich zum Pfande zu rechnen. Die Absicht ist in cit. L. 1. §. 2. nicht, diese namentliche Anführung der Früchte als nöthig oder nützlich vorzustellen, sondern nur zu unterscheiden, ob solche auf die schon verzehrten Früchte zu ziehen. Denn hier war der Zweifel stärker, als wenn bey der Verpfändung, der Früchte nicht ausdrücklich gedacht worden wäre. Eben so ist vermuthlich die Bestimmung, daß die Früchte bona fide verzehret worden, überflüssig, wenn nicht damit auf die Verzehrung

zehrung nach angegangenem Proceß gesehen ist.

Die übrigen Gesetze sagen schlechthin, daß die verzehrten Früchte zum Pfande nicht gehören, und es läßt sich auch bey Verzehrung der Früchte einer Sache, worauf ein Pfandrechthastet, so lange sich der Gläubiger nicht meldet, eine eigentliche mala fides nicht gedenken. Die Worte: *pignoris enim causa* etc. enthalten einen Zweifel, den der Rechtsgelehrte sich macht. Woher kommt es, will er sagen, daß die verzehrten Früchte der Pfandbesitzer eben so wenig vergütet, als ein Besitzer eines fremden Eigenthums solches thut? Es muß daher kommen, weil er durch das Verzehren das Eigenthum erlangt. Allein, wie kann ihm dies gegen den Gläubiger helfen? Denn auch durch die Verjährung erlangt der dazu qualificirte Besitzer ein Eigenthum und schützt sich damit gegen den vorigen Eigenthümer, und dennoch hilft ihm dies nichts wider den Pfandgläubiger! Der Rechtsgelehrte antwortet sich selbst: Mit der *Usucapion* habe es eine besondere Bewandnis; die alten Gesetze hatten sie nur eingeführt, daß dadurch ein Eigenthum erworben werden könnte, nicht aber, daß man dadurch andere Arten von

Rechten andern entziehen sollte. Die Früchte hingegen hatten, seit dem sie abgebracht waren, nie dem vorigen Eigenthümer zugehört. Ihre Verzehrung war nicht die Ausschließung eines fremden Eigenthums, sondern sie berechtigte darum den Verzehrter, die Früchte zu behalten, weil sie in Nichts verwandelt worden. Dieser Grund ist allgemein, und paßt auch auf die Pfandgerechtigkeiten. Das junge Vieh von der Heerde gehört ohne Zweifel zu der Nutzung davon. Daher ist eben das dabey Rechtens, was bey denen andern Nutzungen. L. 13. pr. de pignor. Grege *pignori obligata: quae postea nascuntur, tenentur: sed et, si prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus: pignori tenebitur.* Von dem letzten Satz steckt der Grund in der Benennung *Grex*, welche als ein *nomen collectivum et universalitatis* durch die allmählichen Veränderungen bey einzelnen Stücken nicht leidet. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob die neu eingeschobenen Stücke von denen alten Stücken abstammen oder nicht. Bey Verpfändung einzelner Stücke, ist, wegen des jungen Viehes, so von ihnen fällt, eben das zu sagen, was von denen Früchten einzelner Grundstücke ausgeführt worden.

§. 18.

Der von einem Fluß bey einem Grundstück nach und nach angelegte Erdstrich, gehört dem Verpfändner, (34) jedoch ist nach der alten Rechtsgelehrten Meinung, dieser Ansaß unter das Pfandrecht zu ziehen.

(34) L. 16. pr. de pignor. deinde alluvione major factus est: Si fundus hypothecae datus sit, totus obligabitur.

§. 19.

Macht der Pfandinhaber durch das Pfand bey Gelegenheit einer deshalb ausgeführten Klage, einen Gewinnst, so ist dieser dem Eigenthümer zu berechnen. (35)

(35) L. 22. pr. §. 1. de pign. act. Si pignore subrepto; furti egerit creditor: totum, quicquid percepit, debito eum imputare Papinianus constituitur: et est verum, etiam si culpa creditoris furtum factus sit. Multo magis hoc erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione: an debito sit imputandum videamus? Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum. Et ita Papinianus libro nono quaestionum ait. §. 1. Idem Papinianus ait, et si metus causa servum pignorum debitori tradiderit, quem bona fide pignori accepit, nam si egerit, quod metus causa factum est, et quadru-

plum sit consecutus: nihil neque restituet ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit. Die Stelle des Papinians, worauf gezielt wird, steht L. 79. de furt. Wenn ein Dritter die verzeigten Sachen aus der Gewahrsam des Gläubigers entwendet, so steht gegen diesen, dem Pfandinhaber, sowohl actio furti, als condictio furtiva, jedoch incerti zu. Hat der Pfandinhaber bey dem Diebstahl nichts versehen, so geht condictio furtiva auf alles Interesse und, wenn keine Zurückgabe der Sache erfolgt, auf diejenige Summe, welche der Pfandgläubiger dem Verpfändner geborget, actio furti aber geht in diesem Fall auf eben diese Summe vierfach, oder vierfach. Wenn aber der Pfandgläubiger nicht außer Schuld ist,

so wird durch die erstere Klage, wenn keine Restitution des gestohlenen Pfandes geschieht, derjenige Werth gefordert, den die gestohlene Sache in sich hat; durch die letztere hingegen, fordert der Gläubiger eben diesen Werth gleichfalls zwey- oder vierfach. Denn dieses ist hier das Interesse des Klägers. Jedoch ist in allen Fällen dasjenige, was der Dieb geben müssen, dem Pfandschuldner auf die Schuld zu gute zu rechnen und der Ueberschuß ihm heraus zu geben. Hat der Pfandschuldner selbst dem Gläubiger das Pfand entwendet, so ist auch dies ein Diebstahl und es haben gegen ihn beyde obangeführte Klagen statt. Doch geht hier die erstere nur auf die Summe der Schuld, und die letztere nur auf das duplum oder quadruplum derselben. Es ist gleich viel, ob das Pfand einen viel größern Werth hat oder nicht, L. 37. ff. de Furt. Denn diese Klagen können nur allemal in so fern gebraucht werden, als des Klägers Schade es erfordert. Wenn daher der Pfandinhaber das Pfand nicht genau verwahrt und deshalb solches durch eine Entwendung verlohren hat, so verlangt er von dem Diebe den ganzen, oder wol gar den zwey- oder vierfachen Werth, weil er dem Eigenthümer vor den Werth stehen muß. Außer diesem Fall hingegen ist der einzige Schade die Einbuße der Forderung oder der Sicherheit darüber. Also

werden alsdenn die angeführten Klagen auch nur auf diese Summe eingerichtet und angelegt. Entwendet der Eigenthümer das Pfand dem Gläubiger selbst, so ist blos die Sicherheit wegen der Forderung verlohren. Es kommt hier der Fall vor, wo man zweymal eben dieselbe Sache vergütet bekommt. Der Gläubiger erhält zuerst seine Forderung durch die *Condictio nem furtivam*, wegen der Dieberey des Schuldners, hernach aber erhält er sie noch besonders durch die Klage aus demjenigen Rechtsgrunde, woraus die Schuld ihren Ursprung genommen. Die *actio furti*, die der Gläubiger gegen einen fremden Dieb erhebt, bringt demselben blos Strafe ein, und wenn er selbst bey der Dieberey ein Versehen begangen, so hat er noch ein besonderes Interesse bey Erhebung dieser Klage, nicht nur, daß er seine Sicherheit verlohren, sondern auch, daß er dem Verseher den Werth des Gestohlenen vergüten muß. Deshalb geschieht des letztern Falls besonders Erwähnung, weil der andere Fall, da der Gläubiger kein Versehen begangen, blos den Zweifelsgrund, daß hier *poena* und nicht *rei persecutio* vorkommt, wider sich hat, der andere Fall aber noch einen Zweifelsgrund mehr. Die *Condictio* ist *rei persecutoria*, und wird daher, wie das Gesetz sagt, *multo magis* auf die Schuld gerechnet. Die *Contracte*, da der Besizer keine Ru-

lung

hung der Sache hat, sind darinn von denen übrigen, als Commodato, Locationibus u. d. g. unterschieden, daß hier der gegen einen fremden Dieb erhaltenen Vortheil dem Kläger und Innhaber verbleibt. Der Gläubiger, so von seinem Schuldner

das Quadruplum durch die act. quod met. caus. erhalten, rechtet nicht einmal ein Simplum auf die Schuld, weil das ganze Quadruplum, wenigstens in Ansehung des Beklagten, als bloße Strafe anzusehen.

§. 20.

Dem Pfandschuldner bleibt auch unbenommen, das Pfand nach Belieben zu verkaufen, oder sonst zu veräußern, doch geschieht diese Veräußerung ohne Nachtheil des Pfandrechts, so lange der Pfandgläubiger noch unbezahlt ist. Doch findet sich in den Gesetzen über diese Freyheit zu veräußern, noch eine Einschränkung. (36)

(36) L. 12. C. de distr. pign. Si debitor rem tibi jure pignoris obligatam, te non consentiente distraxit: dominium cum sua causa transtulit ad emptorem. L. 10. C. de remiss. pign. Res pignoris hypothecaeve jure creditoribus obnoxias, citra consensum eorum debitores alienantes, praecedentem non dissolvunt obligationem. L. 15. C. de pign. Debitorem neque vendentem, neque donantem, neque legantem, vel fideicommissum relinquentem, posse deteriorem facere creditoris conditionem, certissimum est. Vade si tibi obligatam rem probare posse confidis, pignora persequi debes. Daß der Verpfänder sein Eigenthum auch während der Verpfändung einem andern überlass

sen könne, setzen diese Gesetze sämtlich als gewiß, zum voraus. Es war cit. L. 9. C. nur die Frage, welche Klage der Käufer gegen den Pfandinhaber gebrauchen solle, um das Pfand ausgeliefert zu bekommen. Die Hauptpfandklage, (act. pign. dir.) welche der Verkäufer würde gebraucht haben, schickte sich als eine persönliche, aus einem Contract kommende Klage, zu diesem Fall nicht, wo ein Dritter Mann (Successor Singularis) es mit dem Pfandinhaber zu thun bekam. Die Kayserer brachten daher die Eigenthumsklage in Vorschlag. Diese war allerdings zulässig, da der Verpfänder auch nach der Verpfändung noch Eigenthümer geblieben und also sein

sein Eigenthum gar wohl einem andern überlassen können. Doch sollte die Eigenthumsklage nur nach vorgängiger Befriedigung des Gläubigers statt finden, weil dessen dingliches Recht gegen einen jeden Nachfolger an der Sache sich erhält. Der Verpfänder selbst kann, nach CVJACII Meinung, gegen der Pfandinhaber nie die Eigenthumsklage gebrauchen, weil er noch selbst den bürgerlichen Besitz hat, daher vor ihn, als Besitzer, sich keine Realklage schiekt. Daß der Schuldner derselben gegen seinen Gläubiger gar nicht benötigt sey, ist allerdings zuzugeben. Daß er aber sich derselben nicht bedienen könne, deshalb hat CVJAC. das oben angeführte klare Gesetz L. 1. C. si pign. conv. num. pec. sec. non sit, wider sich. Dem Recht des Eigenthümers, sein verlehntes Pfand zu veräußern, scheinen andere Gesetze ganz entgegen zu stehen. L. 19. §. 6. de Furt. Furtum autem rei pignoratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert: ve-

rum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat: utputa si rem pignoratam vendidit, nam et hic furtum eum facere constat, et ita Julianus scripsit. L. 66. pr. eod. Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactioe tantum obligaverat, idque Julianus putat. Der Aufschluß ist leicht. Der Verpfänder kann das Pfand verkaufen, 1) wenn solches in des Gläubigers Händen ist und diesem also dadurch kein Schade geschieht. 2) Wenn die Hypothek in einem Grundstück besteht; welches sich nicht weg tragen läßt. 3) Wenn die Hypothek sich allgemein über das ganze Vermögen erstreckt; denn da ist es erlaubt, einzelne Stücke der Fahrnis zu veräußern, L. 3. C. de Serv. pignori. Es kann aber 4) das Pfand nicht verkauft werden, wenn der Gläubiger eine bloße Hypothek daran hat und dieses eine Specialhypothek, das Object aber eine bewegliche Sache ist. Verb. speciali pactioe.

§. 21.

Die Freylassung eines verpfändeten Knechts, kann nicht ohne Nachtheil des Pfandgläubigers gedacht werden, daher ist solche, wenn der Gläubiger ein Specialpfandrecht hat, verbotten, eine Generalhypothek aber, hindert die Freylassung nicht, wenn nur sonst der Schuldner solvendo ist. (37)

(37) L. 3. C. de Servo pignori. Ab eo, qui bona sua pignori obligavit, quae habet, quaeque habiturus esset, posse servis libertatem dari, certum est. Non idem juris est in his servis, qui pignoris jure specialiter traditi vel obligati sunt. cf. L. 4. L. 27. §. 1. qui et a quib. manum. L. 3. de manumiss. Ist der Gläubiger damit zufrieden, so ist die Freylassung ohngehindert. L. 4. C. de servo pignori. Si, ut proponis, consentiente creditore, cui pignoris jure cum aliis mancipiis obligatus fuisti, a debitore manumissus es: potuisti ad libertatem pervenire. Sollte die Freylassung im Fall einer bloßen Generalverpfändung von einem, über Vermögen schuldigen Eigenthümer geschehen seyn, so gilt sie, vermöge des L. Ael. Sent. nicht, wohl aber, wenn das Vermögen zu denen sämtlichen Schulden hinreicht, oder denen Gläubigern Caution gemacht werden kann. Sind die Gläubiger auch in diesem Fall, ohne ihre rechtmäßige Befriedigung und Vorstand erhalten zu haben, dennoch mit der Freylassung zufrieden, so kann der Eigenthümer selbst solche nicht anfechten, weil er sich selbst beschimpfen würde. L. 5. C. eod. Si creditoribus satisfactum fuerit: ancillae, quae pignori obligatae a debitore manumissae erant, liberae sunt, nam ipse manumissor si fraudem se fecisse creditoribus, ut revocet libertates,

audeat dicere: audiri non debet, nec heredes ejus. Das ausdrückliche und stillschweigende Pfandrecht, haben in diesem Punkt einerley Wirkung. Ist das stillschweigende Pfandrecht allgemein, so hindert es die Freylassung nicht, wohl aber, wenn es speciell ist. §. E. Bey Forderungen des Fiscus. L. 2. C. eod. Libertas a debitore fisci servo data, qui pignori non est ex conventionem speciali, sed tantum privilegio fisci obligatus, non aliter infirmatur, quam si hoc fraudis consilio effectum detegatur. Eben so ist es mit der Hypothek wegen des Heyrathsguths. Nur die Specialpfandgerechtigkeit hindert auch hier die Manumission. L. 1. C. eod. Licet dotale mancipium vir, qui solvendo est, possit manumittere: tamen si te pignori quoque datum mulieri apparuerit, invita ea non posse libertatem adsequi non ambigitur. Zur Erläuterung der ersten Worte dieses Gesetzes ist zu wissen, daß die Fahrnis, so zum Heyrathsguth gehört, dem Manne dergestalt eigenthümlich sey, daß er solche nach Willkühr in stehen der Ehe veräußern könne. Daher auch die Freylassung der Dotalknechte ihm völlig freystund. Welches L. 7. C. eod. bestätigt. Sive cum nuphisses, mancipia in dotem dedisti, sive post datam dotem de pecunia dotis maritus tuus quaedam comparavit: justis rationibus dominia eorum ad eum pervenerunt: ideoque fru-

stra quaestionem super statu manumissorum conaris inferre: qui ejus facti, qui comparavit, vel in dotem accepit, ab eo jure potuerunt manumitti. Ein Unmündiger hat, wegen derer Sachen, die sein Vormund sich mit seinen, des Unmündigen, Geldern angekauft, an diesen Sachen selbst eine Specialhypothek. Deshalb ist dem Vormunde die Freylassung der Knechte, die er sich mit des Mündels Gelde angeschafft, nicht gestattet. L. 6. C. cod. Si tutor tuus de pecunia tua servos emtos manumisit, quoniam hujusmodi servi, sicut caeterae res pupillaribus pecuniis emtae, jure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt, favore pupillorum liberi facti non sunt. Hieraus ergiebt sich auch der Sinn des L. 9. in quib. caus. pign. Est differentia obligatorum propter pensionem, et eorum, quae ex conventionem manifestarii pignoris nomine tenentur: quod manumittere mancipia obligata pignori non possumus: inhabitantes autem, manumittimus: scilicet antequam pensionis nomine percludamur: tunc enim pignoris nomine retenta mancipia non liberabimus; et de rivis Nerva, Jurisconsultus, qui per fenestram monstraverat servos detentos ob pensionem liberari posse, GODOFREDVS erklärt manifestarium pignus, durch ein Specialpfandrecht. CVJACIUS durch ein aus-

drückliches. Die Godofredische Erklärung schickt sich zum Zusammenhange am besten. Ein Specialpfandrecht schließt die Freylassung aus. (manumittere mancipia obligata manifestario pignori non possumus) Aber das Generalpfandrecht des Wirths, an denen ins Haus gebrachten Sachen seines Miethsmanns, hindert die Freylassung eines, mit in die Mieth gebrachten Knechts nicht. Jedoch wenn der Wirth wegen Vorenthaltung des Miethgeldes, nach L. 56. Locati des Miethsmanns Sachen schon in gerichtlichen Beschlag genommen, so geht die Freylassung nicht mehr an. Denn bey dieser gerichtlichen Handlung, wurde alles, was da war, Stück vor Stück aufgeschrieben und also erhielt der Wirth von Stund an ein gerichtlich Specialpfandrecht. Ausserdem war nunmehr gleichsam jedes Stück eine res litigiosa, die nicht veräußert werden darf. Daher war des Nerva Einfall lächerlich. Denn der Grund des nun erhaltenen besondern stärkern Rechts des Wirths, lag nicht in der Einschließung, sondern in der Aufschreibung und der gerichtlichen Hülfsvollstreckung. Manifestarius ist ein guter lateinischer Ausdruck, und kommt bey den besten Schriftstellern vor, nur nicht in der Bedeutung dieses Gesetzes. Mit diesem Gesetz kommt L. 6. ff. cod. vollkommen überein. Licet in praediis urbanis ubi tacite solet conventum acci-

accipi, ut perinde teneantur in-
vecta et illata, ac si specialiter
convenisset: certe libertati hu-
jusmodi pignus non officit. Id-

que et Pomponius probat, ait
enim, manumissioni non office-
re ob habitationem obligatum.

§. 22.

Ob gleich bey denen handhabenden Pfändern ein natürlicher Besitz dem Gläubiger eingeräumt wird, so hört doch der Eigenthümer nicht auf, einen bürgerlichen Besitz zu haben, (38) und er kann vermöge desselben alle die Rechte ausüben, die einem Besitzer zukommen (39) und besonders eine etwa angefangene Verjährung des Eigenthums der Sache gegen einen Dritten fortsetzen und vollenden, (40) wenn der Pfandinhaber gleich die Sache weiter andern in einen natürlichen Besitz gegeben haben sollte. Nur wird die Verjährung gehindert, falls der Pfandinhaber einem andern einen wirklichen bürgerlichen Besitz eingeräumt hätte. Wenn dem Pfandinhaber sein Pfandrechtlicher Besitz von einem Knecht desselben, oder des Schuldners, dergestalt entwendet worden, daß diese Entwendere sich eines bürgerlichen Besitzes angemasset, so ändert dieser Vorfall in dem Besitze des Gläubigers und Verpfänders nichts. Eben so wird die Eigenthumsverjährung des Versekers dadurch nicht gehindert, wenn der Pfandinhaber den Besitz des Pfandes verlassen, ohne daß sich ein anderer dessen bemächtigt hätte. Wohl aber bekommt sie einen Stoß, wenn der Pfandinhaber, vor Vollendung der Eigenthumsverjährung des Verpfänders, die Rechte des wahren und rechten Eigenthümers erlangt, oder der Verseker von ohngefähr, bey der Verpfändung an den rechten Herrn der Sache geräth, und diesem in Unwissenheit seine eigene Sachen zum Pfande in die Hände giebt. Eine Hypothek, so der Schuldner seinem Gläubiger giebt, ertheilt diesem nicht einmal

einmal einen natürlichen Besitz. Daher der Schuldner seine angefangene Eigenthumsverjährung ungestört fortsetzet.

(38) L. 13. pr. de Vfurp. Pignori rem acceptam usu non capimus: quia pro alieno possidemus. Aus diesem Grunde müssen die dinglichen Klagen, und die act. in rem scriptae ordentlicher Weise allein gegen den Verpfänder erhoben werden, und wenn man sie gegen einen andern gebraucht, so wird Nominatio auctoris entgegen gestellt. Die act. ad exhib. hat ihre besondere Art. L. 2. C. ubi in rem act. Die Angewiesene wegen eines verpfändeten Grundstücks, kommt nicht dem Gläubiger, sondern dem Verpfänder zu gute. L. 15. §. 2. qui fatid. cog.

(39) Daher der Verpfänder auch wegen des bey dem Pfandinhaber gestohlenen Pfandes alle in denen Rechten gegen Diebe verordnete Klagen gebrauchen kann. L. 12. §. 2. de Furt. Sed et, si res pignori data sit, creditori quoque datus furti actionem, quamvis in bonis ejus res non sit. Quin imo non solum adversus extraneum dabitur, verum et contra ipsum quoque dominum, furti actionem, et ita Julianus scripsit. Nec non et ipsi domino dari placet, et sic fit, ut non teneatur furti et agat. Ideo autem datur utrique, quia utriusque in-

terest. Sed utrum semper creditoris interest: an ita demum, si debitor solvendo non est? et putat Pomponius, semper eius interesse pigaus habere, quod et Papin. libro duodecimo Quaestionum probat, et verius est, ubique videri creditoris interesse, et ita et Julianus saepissime scripsit. L. 46. §. 4. eod. Et si quis proposuerit, hunc servum etiam pignorum esse: eveniet, ut etiam is, qui pignori accepit, habeat furti actionem. Hoc amplius, etiam debitor, si modo plus valeat, quam pro pignore debetur, habet furti actionem. Der Verstand dieser Gesetze ist aus dem obigen klar. Wenn der Pfandinhaber die Cond. furt. oder act. furti dergestalt erhoben, daß dabey der Werth des Pfandes zum Grunde gelegt worden, so kann der Eigenthümer diese Klagen nicht noch besonders gebrauchen. Er bekommt eben das, was er jetzt suchen würde, schon durch den Pfandinhaber. Welches aber der Fall sey, wo der Werth des Pfandes zum Grunde gesetzt werde, ist theils schon oben bestimmt, theils bestimmt es cit. L. 12. §. 2. nemlich, wenn der Pfandinhaber bey der geschenehen Entwendung etwas versehen hat. Hat hingegen der Pfandinhaber die ange-

angeführten Klagen nach der Summe seiner Pfandforderung einrichten müssen; so kann der Eigenthümer sie noch so weit gebrauchen, als der Werth der Pfandsache die Pfandforderung überschreitet. Sonst würde der Dieb darunter gewinnen. Wenn ein Fremder die Sachen, ohne ein Besizungsrecht zu haben, in Händen hätte, und der Eigenthümer entwendete sie ihm aus dem Besize, so würde gegen ihn nicht actio furti gebraucht werden können. Er hingegen kann, wenn ein anderer die Sachen aus seiner, des Eigenthümers, oder seines Gläubigers Gewahrsam entwandt, diese Klage gebrauchen, (non teneatur furti et agit) Vielleicht ist das non, vor teneatur wegzulassen, und alsdenn bezieht sich das teneatur auf den Fall, da der Gläubiger gegen den Schuldner die act. furti gebraucht.

(40) L. 36. de Acq. vel am. possess. Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere. Sed etsi eundem precario rogaverit, aequè per diutinam possessionem capiet. Nam cum possessio creditoris non impediatur capionem, longe minus praecarii rogatio impedimento esse debet: cum plus juris in possessione habeat, qui praecario rogaverit, quam qui omnino non possidet. L. 37. de pign. act. Si pignus mihi traditum locassem domino, per lo-

cationem retineo possessionem: quia, antequam conduceret debitor, non fuerit eius possessio: cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi. cf. supra cit. l. 35. §. 1. eod. L. 17. pr. de pignor. Creditor praedia sibi obligata ex causa pignoris, locare recte poterit. L. 37. de acq. vel am. poss. Res pignoris nomine data, et possessione tradita, deinde a creditore conducta; convenit, ut is, qui hypothecam dedisset, pro colono in agro, in aedibus autem pro inquilino sit, per eos creditor possidere videtur. Diese Gesetze sind leicht mit einander zu vergleichen. Der Pfandschuldner behält bey der Verpfändung allemal einen bürgerlichen, der Pfandinhaber hingegen, bekommt von handhabenden Pfändern einen natürlichen Besiz. Jener kann daher die Verjährung, der Verpfändung ohnerachtet, fortsetzen, weil dazu nur ein bürgerlicher Besiz gehört. Beyder Theile Rechte bleiben in dieser Absicht eben dieselben, wenn auch der Pfandgläubiger dem Pfandgeber die verpfändete Sache borgen, wiederrusslich eingeben, oder vermietthen sollte. Denn wer durch die Miethe oder andere ähnliche Art, von einem andern eine Sache in Händen hat, übt eben dadurch des Vermietthers u. Besiz aus. Der Pfandgeber erlangt in diesem Fall keinen bürgerlichen Besiz, denn

denn diesen hat er schon erlangt, auch keinen natürlichen Besitz, welcher des Pfandinnehmers Possesß aufhabe, weil er eben durch die Miethen u. des Gläubigers Besitz anerkennt. Die Verjährung leidet demnach in allen diesen Fällen nicht den allergeringsten Abbruch. Ich glaube, daß cit. L. 23. pr. de pign. in diesen Zusammenhang gehört und damit nichts weiter gesagt werden soll, als daß ein Pfandinhaber dadurch nicht aufhöre Pfandbesitzer zu seyn, wenn er die verpfändete Sache vermiethet. Denn wollte man annehmen, wie das Gesetz zu sagen scheint, daß dem Pfandinhaber an sich erlaubt sey, das Pfand nach Gefallen zu vermiethen, so wäre dieser Satz allen bekannten Rechten zuwider. Die Worte in cit. L. 37. a creditore conducta, sind so zu verstehen, daß nicht der Gläubiger, sondern der Verpfänder Miethsmann gewesen; denn dieser hatte a creditore gemiethet. Es ist nach diesem Gesetze in Ansehung des bürgerlichen Besitzes des Schuldners und Eigenthümers gleich, ob der Pfandinhaber seinen natürlichen Besitz behält, oder solchen einem andern überläßt, oder ohne Uebertragung einiges Besitzes, einem andern gewisse Rechte auf die Sache einräumt. Eben dies erweisen auch andere Gesetze. L. 30. §. 6. de acq. vel am. poss. Si ego tibi commodavero: tu Titio, qui putet, tuum esse:

nihilominus ego id possidebo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit: aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. Et id quolibet plurimum personam factum observandum ita erit. L. 33. §. 4. de Vsurp. Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est. Si creditor eius possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio: et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit vel commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res, alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit. Plane si creditor nuda conventionione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit. Da bey der Verhypothecirung der Pfandinhaber einem andern gar keinen Besitz einräumt, und bey fernerer Verpfändung zum handhabenden Pfande, Hinterlegung der Pfänder bey einem andern, Vermietzung u. blos ein natürlicher Besitz, einem andern vom Pfandinhaber überlassen wird, so hindert dies die Verjährung des Verpfänders nicht. Sollte aber der Pfandinhaber das Pfand verkaufen, verschenken, es gegen andere Sachen einem Dritten in Tausch geben, so wird einem Dritten ein bürgerlicher Besitz eingeräumt und des erstern bürgerlichen Besitzers Rechte müssen natürlicher Weise dabey leiden. Davon cit.

cit. l. 33. §. 4. Hat der Pfand-
 inhaber die habenden Pfänder
 verloren, oder solche von sich
 geworfen, verlassen, und den
 Besitz davon aufgegeben, ohne
 daß ein anderer deren Besitz er-
 griffen, so bleibt nach der bekann-
 ten Justinianischen Entscheidung
 dieser ehemals unter denen Ce-
 cten vorgewesenen Streitigkeit,
 L. ult. C. de acq. et retin. poss.
 der Besitz des Verpfänders un-
 gestört. Was ein Leibeigener
 an sich bringt, erwirbt er seinem
 Herrn. Sollte also des Pfand-
 inhabers Knecht seinem Herrn
 das Pfand entwenden, und bey
 sich verheimlichen, so ist es, weil
 er das Pfand noch in Gewahr-
 sam hat, eben so gut, als wenn
 sein Herr noch den Besitz hätte,
 und die Verjährung wird dem
 Verpfänder dadurch nicht gehin-
 dert. Aus gleichem Grunde hin-
 dert es nicht, wenn des Verpfän-
 ders Knecht, das in Gewahr-
 sam des Gläubigers befindliche Pfand,
 oder ein solches Pfand, das sein
 Herr, der Verpfänder, von dem
 Gläubiger zur Miete u. bekom-
 men, entwendet haben sollte.
 Denn der Besitz des Pfandes ist
 durch diese Entwendung dem Ver-
 pfänder erworben worden, oder
 verblieben. Cit. L. 33. §. 6.
 Si rem pignori datam creditoris
 servus surripuerit, cum eam cre-
 ditor possideret: non interpella-
 bitur usucapio debitoris, quia
 servus dominum suum possessione
 non subvertit. Sed et si debito-
 ris servus surripuerit, quamvis

creditor possidere desinat, tamen
 debitori usucapio durat: non se-
 cus, ac si eam creditor debitori
 tradidisset, nam, quantum ad
 usucapiones attinet, servi sub-
 trahendo res, non faciunt dete-
 riorem dominorum conditionem.
 Facilius obtinebitur, si precario
 possidente debitore, servus eius
 surripuerit, nam conductio idem
 praestat, quod si apud creditorem
 res esset, possidet enim hoc ca-
 su creditor. Sed et, si utrum-
 que intercesserit et precarii ro-
 gatio et conductio: intelligitur
 creditor possidere, et precarii ro-
 gatio non in hoc interponitur,
 ut debitor possessionem habeat,
 sed ut ei tenere rem liceat.
 Die Worte: Facilius obtinebitur,
 zeigen an, daß noch weniger
 Zweifel wegen der fortzusetzenden
 Verjährung vorhanden sey, wenn
 der Verpfänder von dem Pfand-
 gläubiger, das Pfand zu einem
 wiederfristlichen Gebrauch zurück
 empfangen und sodenn des Ver-
 pfänders Knecht solches entwen-
 det haben sollte. Alsdenn ist
 Niemanden, auch nur der nat-
 ürlische Besitz durch die Entwen-
 dung entzogen worden, weil der
 Verpfänder solchen schon vor der
 Entwendung hatte, und durch
 die Entwendung abermals erhal-
 ten. Es ist daher der Diebstahl
 als gar nicht geschehen, anzuse-
 hen. Die folgenden Worte:
 Nam conductio etc. bedeuten
 so viel, als Etiam conductio,
 und vielleicht ist dies auch die
 rechte Lesart. Es ist auch in dem
 Fall,

Fall, will der Rechtsgelehrte sagen, da der Pfandinhaber das Pfandstück an den Pfandgeber vermietet hat, eben so, als wenn es der Pfandgläubiger noch im Besitz hätte und würde, falls ein Knecht solches entwenden sollte, eben das zu sagen seyn, was im vorigen enthalten. Ist anfänglich dem Verpfänder das Pfand von dem Gläubiger wiederustlich zu gebrauchen, überlassen, hernach demselben vermietet worden, oder umgekehrt, (si utrumque intercesserit) so bleibt es abermals bey dem vorigen, weil jede der beyden Arten der Ueberlassung einzeln hier einerley Wirkung hat. Wenn derjenige, der sich im natürlichen Besitze befindet, zugleich Eigenthümer ist, oder wird, so verwandelt sich wegen des vorhandenen, oder geänderten Tituls, sein Besitz sogleich in einen bürgerlichen. Des Verpfänders bürgerlicher Posses erleidet daher einen Stoß und die Verjährung geräth ins Stecken. *cit. L. 33. §. 5. Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignorantem tuam esse: desino usucapere: quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere. At si nuda conventionem pignus contractum fuerit, nihilominus usucapiam: quia hoc quoque modo nullum pignus contractum vide-*

tur. L. 29. de pign. act. Si rem alienam bona fide emeris et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse: et sola precarii rogatio supererit, idcirco usucapio tua interpellabitur. Ein Pfandrecht an einer eigenthümlichen Sache, ist ein Uding, und die Verpfändung der Sache an den Eigenthümer eine nichtisige Handlung. Ist also dem Eigenthümer bey einer solchen Verpfändung ein Besitz überlassen, und hat er solchen entweder noch selbst, oder übt er ihn durch einen andern und auch wol gar durch den Verpfänder, aus; so ist Besitz und Eigenthumstitel beysammen, also ein bürgerlicher Besitz erworben und der Verpfänder dessen entsezt. Obwol nur der natürliche Besitz überlassen worden, so hindert dies doch nicht, weil solcher ein Pfand voraussezt; ein Eigenthum aber kann kein Pfand seyn. Ist hingegen, wie bey einer Hypothek, dem Eigenthümer kein Pfand eingeräumt, so ist zwar auch die Verpfändung ungültig, weil aber der Verpfänder noch in aller Absicht den Besitz und die Meinung, daß er Eigenthümer sey, behalten, so ist nichts, das die Verjährung hindern sollte.

§. 23.

Man kann dem Gläubiger die Nutzungen des Pfandes überlassen. Doch gehört dazu ein besonderer Vertrag, wovon in einem andern Kapitel gehandelt werden soll.

§. 24.

Da der Verpfänder das Eigenthum des Pfandes behält, so muß er auch alle Lasten, Abgaben, Kosten und Unglücksfälle, die bey dem Grundstücke vorkommen, allein tragen, und der Pfandgläubiger trägt davon nichts. (41)

(41) L. 8. pr. de pign. act. Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim: non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebō. Finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse: et postea deusta esse; nec habere, quod possem retinere.

non patitur: ita nec talem efficere rem pignoratam, ut gravis sit debitori ad recuperandum. Puta, saltum grandem pignori datum ab homine, qui vix luere potest, nedum excolere: tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres, alioquin non est aequum, aut quaerere me alios creditores, aut cogi distrahere quod velim receptum aut tibi penuria coactum derelinquere. Medie igitur haec a iudice erunt dispicienda: ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur.

L. 15. eod. Si servos pignoratos artificii instruxit creditor: si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria: si vero nihil horum intercessit, si quidem artificii necessariis, erit actio contraria. Non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumtuum debitor, sic ut enim negligere creditorem dolus, et culpa, quam praestat,

L. 6. C. de pign. In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.

Das erstere Gesetz lehrt, daß der Pfandinhaber seine nothwendigen Kosten nicht nur alsdenn vergütet fordern könne, wenn bey Zurückgabe des Pfandes die daran verwandten Kosten sich noch als Verbesserungen daran befinden, sondern auch, wenn solche Verbesserungen ohne Verschulden des Pfandinhabers nicht mehr vorhanden seyn sollten. Die Sache ist vollkommen denen Grundsätzen der Negotiorum gestio gemäß. Insula heist ein von andern Häusern absethendes und mit diesen gar nicht zusammenhängendes Haus, dergleichen die mehresten Häuser in Rom waren. Denn nur die Palläste scheinen anders gebauet gewesen zu seyn, und diese hießen daher auch Domus und nicht Insulae. CVJAC. Obl. L. 19. cap. 21. Das andere Gesetz schränkt das Recht des Pfandinhabers ein, Verbesserungen an dem Pfande anzubringen, und Kosten auf Rechnung des Verpfänders zu verwenden. Die nothwendigen Kosten und Verwendungen ist der Pfandinhaber zu besorgen schuldig, wenn er nicht den aus dessen Unterlassung dem Verpfänder entspringenden Schaden ersetzen will. Verbesserungen aber anzubringen, ist der Pfandinhaber nur alsdenn befugt, wenn der Verpfänder darinn ausdrücklich, oder stillschweigend gewilliget. Das letzte war cit. l. daher zu beurtheilen, wenn der Verpfänder schon dergleichen Einrichtung und

Verwendung angefangen, als der Pfandinhaber fortsetzte. (jam imbutos) Inzwischen ist dies nur von solchen Verbesserungen zu verstehen, die vielleicht nicht jeder vor wirkliche Verbesserungen hält, und deren Nutzen wenigstens zweydeutig seyn kann. Die wirklichen Verbesserungen, die jeder guter Wirth machen würde, und die von ohnstreitigen guten wirthschaftlichen Nutzen sind, kann der Pfandinhaber auch ohne Anfrage unternehmen. Nur muß dabey das Maas und die Beschaffenheit der Umstände des Verpfänders nicht überschritten werden. Sonst würde die Unbilligkeit heraus kommen, (alioquin non est aequum) daß der Verpfänder, um von mir das Pfand einzulösen zu können, wieder anderwärts Geld aufbringen müßte, oder das Pfand verstoßen, oder auf immer uneingelegt lassen. Saltus waren Gegend, wo Buschwerk und Wiesen abwechselten, und die zur Trifft dienten. cf. Paul. Sent. Rec. L. 2. Tit. 14. §. 7.

Unter dem necessario obsequio in dem L. 6. C. sind alle Grundbeschwerden begriffen, sie bestehen in öffentlichen Arbeiten oder Abgaben. Wegen der Unglücksfälle sind viele deutliche Verordnungen in unsern Gesetzen.

L. 43. §. 1. de pign. act. Titius cum pecuniam mutuam accepit a Gajo Sejo sub pignore culleorum, istos culleos cum Sejus

Sejus in horreo haberet, missus ex officio annonae centurio culleos ad annonam sustulit: ac postea instantia Gaji Seji creditoris, recuperati sunt. Quaero, intertrituram, quae ex operis facta est, utrum Tirus debitor, an Sejus creditor, agnoscere debeat? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, ob id, quod eo nomine intertrimenti accessisset, non teneri. L. 5. C. de pign. act. Si creditor sine vicio suo argentum pignori datum perdidit, restituere id non cogitur. Sed si culpa reus deprehenditur, vel non probat manifestis rationibus se perdidisse: quanti debitoris interest, condemnari debet. L. 6. eod. Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, (in quibus etiam aggressura latronum est) nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierint, praestare non compellitur: nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem. L. 8. eod. Si nulla culpa sine segnitia creditori imputari potest: pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinet. Sane si simulata amissione etiamnum eodem pignora ut adseveras, a parte diversa possidentur: adversus eum experiri potes. L. 9. eod. Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit. Cum igitur

adseveras in horreis pignora deposita: consequens est, secundum jus perpetuum pignoribus debitori pereuntibus, (si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integram te habere.

In cit. L. 43. sind cullaci Schläuche, die zu Aufbehaltung des Weins und Getraydes gebraucht wurden. Horrea heißen Niederlagen, die entweder Privat- oder öffentliche Magazine waren. Officium annonae waren die Bedienten und Veyßher des Praefecti annonae, dem die Magazine der Hauptstadt unterworfen waren, und der daraus die Vertheilung unter die Bürger besorgte: Centurio war einer seiner Privatbedienten. Operae bedeuten hier vermuthlich die Unterbedienten, welche mit denen Schläuchen beim Proviantwesen, schlecht umgegangen waren; denn diese Bedeutung ist nicht ungewöhnlich. Die Schläuche hatten vermuthlich hergegeben werden müssen, weil das Proviantamt derer nicht genug vorrätzig hatte, und sie daher aus Noth bey denen Bürgern, die dergleichen liegen hatten, aufgesucht wurden. Intertritura war das Abschuern und Abreiben, welches die Schläuche erlitten hatten. Der Pfandinhaber war dabey außer Schuld, und war demnach, den Schaden zu vergüt.

vergüten nicht gehalten. Man vergleiche hierüber den PITISCVS, GVTHERIVS, BRISONIVS und RITTERI Norit. dignit. beyrn Cod. Theod. nebst dessen Gloss. nom. Cit. L. 5. C. lehrt, wer den Beweis zu übernehmen habe, wenn der Verpfänder sein Pfand wieder verlangt, dieses aber verdorben, beschädigt, oder gar verlohren ist, und der Pfandgläubiger giebt vor, daß ein bloßer Unglücksfall den Schaden veranlasset. Den Beweis hat nemlich der Pfandgläubiger zu übernehmen. Gegen ihn ist so lange die Forderung des Eigenthümers wegen der Entschädigung gegründet, bis er alle Verschuldung durch rechtlichen Beweis von sich abgelehnet. Dies ist der Natur der Sache um so gemäßer, da es eine Ausflucht ist, womit sich der Pfandgläubiger schützen will, und jeder seine Einwendungen beweisen muß. CVJACIVS meint zwar, daß dem Verpfänder der Beweis aufzuerlegen, wenn dieser den Gläubiger eines begangenen Fehlers beschuldigte. Allein das geschieht allemal stillschweigend, so oft der Verpfänder eine Entschädigung sucht. Es ist daher nicht abzusehen, warum, wenn dasjenige ausdrücklich angeführt wird, was ausserdem schon stillschweigend geschehen wäre, die Wirkung sich ändern soll. Expressi et taciti eadem est efficacia. DONELLVS führt bey diesem Gesetz allerley Rechtsfragen aus,

die nicht ganz entfernt von unserer Absicht sind. Er rechnet den Fall, wenn der Pfandinnhaber durch diebische Entwendung um die Sachen gekommen, schlechthin unter die Verschuldung des Pfandgläubigers und nicht unter die Unglücksfälle, weshalb er die bekannten Stellen L. 14. §. 1. de peric. et comm. rei vend. und L. 5. §. 3. pro socio rechnet. Ich bin aber nicht der Meynung, daß diese Gesetze das beweisen, was daraus bewiesen werden will. Weil aber die Ausführung dieser Streitigkeit eigentlich anderwärts hin gehört, so wird sie hier billig übergangen. Die Feuersbrünste rechnet er mit Recht so lange unter die bloßen Unglücksfälle, bis man den Pfandinnhaber eines Versehens überwiesen. Die Gesetze L. 3. §. 1. de Off. Praef. Vrbi. L. 11. de peric. et comm. rei vend. erweisen zwar, und das braucht kaum eines Erweises, daß meistens an denen Feuersbrünsten Jemand schuld ist, und daß, wenn das Wetter nicht etwa einschlägt, ohne Jemandes Verschulden nicht wohl Feuer auskommen kann. Allein wem die Schuld beyzulegen, das ist noch immer eine, durch rechtlichen Beweis auszuführende Frage, und also dienen diese Gesetze zu nichts.

Nach erörtert DONELLVS die Frage, ob, wenn der Pfandinnhaber die Unglücksfälle ausdrücklich übernommen haben solle,

solle, deshalb eine allgemeine darunter zu begreifen? Er bez-
 Versprechung schon genug sey, jaht diese Frage, die auch allers-
 um alle besondern Unglücksfälle dings wenig Zweifel hat.

§. 25.

Der Schuldner ist auch bey einem handhabenden Pfande schuldig, dem Gläubiger den versprochenen Besitz des Pfandes wirklich einzuräumen und ihm solchen, so lange er sich daran zu halten hat, nicht zu entziehen, und wenn er heimlich dem Gläubiger das Pfand raubt, so wird ein *furtum possessionis* begangen, eben so, wie es ein förmlicher Diebstahl ist, wosern ein Dritter dem Gläubiger das Pfand entwendet. Dabey wurde unter denen alten Juristen die Frage aufgeworfen, ob die entwendete Sache in solchen Fällen der *Usucapion* unfähig würde, und wie sie von diejer Unfähigkeit wieder befreyet werde? (42)

(42) L. 22. §. 3. de pign. act. Si post distractum pignus debitor, qui precario rogavit, vel conduxit pignus, possessionem non restituat: contrario iudicio teneatur. Der Pfandinhaber hatte dem Verpfänder das Pfand zum wiederrustlichen Gebrauch, oder zur Mierthe eingegeben. Dieser aber hatte es verkauft, also denjenigen natürlichen Besitz, den er auf den Namen seines Pfandgläubigers ausüben sollte, demselben entzogen. Es wird daher eine Entschädigungsklage gegen ihn gestattet. Doch ist die heimliche Entwendung der Sache, wenn der Eigenthümer solche sei-

nem Gläubiger entwendet haben sollte, dem Käufer, der solche etwa von dem Schuldner und Eigenthümer erhalten, kein Hinderniß an der *Usucapion*, weil die Sache nach ihrer diebischen Entwendung, in die Hände des Eigenthümers gekommen. Dies behaupten wenigstens die *Cassianer*, dagegen die *Proculejaner*, ohne Rückkehr der Sache in die Hände des Gläubigers keine Verjährung gestatteten, L. 4. §. 21. de Usurp. denen auch *MODESTINVS* beytritt, L. 5. pro Emt. Von der entgegen gesetzten Meinung aber sind den sich Spuren in dem L. 47.

de Vsurp. Dabey macht eine große Schwierigkeit, daß PAVLVS in cit. L. 4. §. 21. denen Cassianern, in L. 47. aber, denen Preculejanern beyzutreten scheint. Ich glaube aber, daß man süglich behaupten kann, Paulus trete auch an ersten Orte von denen Cassianern ab. Mir deucht, als wenn man die Worte: *quamvis cum eo furti agi potest*, als eine Refutation des Cassius ansehen könne, wobey sich Paulus entschließt zu bleiben und die Grundsätze vom Diebstahl nicht außer Acht zu lassen, verb. *quod puto rectius dici*. Diese letzten Worte können süglich auf *furti agi potest* gezogen werden. Die Meinung, daß, wenn der Schuldner seinem Gläubiger die Pfänder entwendet, dadurch die Usucaption desjenigen, so etwa die Sache von dem Schuldner kauft, nicht gehindert werde, hat bessern Grund als die entgegen stehende. Durch besagte Entwendung geschieht kein *furtum proprietatis*, sondern nur *possessionis*. Sie kann also in Verjährung des Eigenthums nicht hinderlich seyn. Diese

Meinung hatte überdem die Worte des Lex Atiniae vor sich. L. 6. C. de Vsuq. pro Emt. muß mit CVJAC. von dem Fall verstanden werden, da ein Schuldner eine bewegliche Sache zur Specialhypothek dem Gläubiger verschrieben und sie hernach veräußert. Die Worte ergeben es, und keine andere Bereinigung ist möglich. Diese Handlung kommt einem *furtum proprietatis* nahe, weil sie auf die Zernichtung der ganzen Forderung des Gläubigers abgesehen ist. Die Sache kehrt hier auch nicht, wie Lex Atinia verlangt, an den vorigen Eigenthümer zurück. VOET. Comm. ad ff. tit. de Vsurp. §. 14. hat CVJAC. Erklärung widerlegen wollen. Er ist aber darinn nicht glücklich gewesen. Wenn ein Dritter dem Gläubiger das Pfand entwendet, so ist ausgemacht, daß das Hinderniß so der Usucaption entgegen steht, nicht anders gehoben werden kann, als wenn das Entwendete wieder in die Gewalt des Eigenthümers kommt. L. 4. §. 6. de Vsurp.

§. 26.

Wenn von der Verpfändung der Pfandgläubiger einen Schaden hat, so muß der Pfandgeber solchen ersetzen, falls er mit Vorsatz, oder durch sein Verschulden solchen veranlasset. (43) Wenn aber dem Pfandschuldner nichts bey-

beygemessen werden kann, so brauchet er auch den entstandenen Schaden nicht zu vergüten. (44)

(43) L. 1. §. 1. de pign. act. Si igitur contractum sit pignus nuda conventionem; videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? Et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes: quia in hoc non consenserint.

§. 2. eod. Si quis tamen, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse: ita ut pignori dederit: videndum erit, an aes pignori obligaverit: et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur? Quod magis est. Tenebitur tamen pignoratitia contraria actione, qui dedit: praeter stellionatum, quem fecit. L. 9. pr. eod. Si rem alienam mihi debitor pignori dedit: aut malitiose in pignore versatus sit: dicendum est, locum habere contrarium iudicium.

L. 32. eod. Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pignoratitia agere, etsi solvendo debitor sit. L. 36. pr. eod. Si quis in pignore pro auro aes subiecisset creditori: qualiter teneatur, quaesitum est? In qua specie rectissime Sabinus scribit: si quidem dato auro aes subiecisset: furti teneri: quod si in dando aes subiecisset: turpiter fecisse,

non furem esse. Sed et hic puto pignoratitium iudicium locum habere. Et ita Pomponius scribit, sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum. §. 1. Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit, sciens prudensque, vel si quis alii obligatam, mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit: eodem crimine plectetur. Plane, si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignorata: dici debebit, cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pignoratitiam et de dolo actionem: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

L. 27. de pignor. Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit: mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit, an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deest, persequendum? Quid si eum interfecisset, aut eluscasset? Vbi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur, ubi autem eluscasset, quasi damni iniuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando, aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti

nomine actionem esse, quia forte caussa ceciderat, non existimo indignam rem animadversione et auxilio Praetoris. Vlpianus notat; si, ut creditori noceret, vinxit, tenebitur: si merentem, non tenebitur.

Das erste Gesetz hat gar keine Schwierigkeit. Bey §. 2. dieses Gesetzes ist nur zu erinnern, daß die Anmerkung des CVJAC. Observ. L. 13. c. 21. und GODOFRED. falsch sey, nach welcher alsdenn ein Falsum anzunehmen, wenn eine wirkliche Unwahrheit geredet, ein Stellionat aber, wenn bloß die Wahrheit verschwiegen worden. Denn dieses Gesetz erweist offenbar das Gegentheil. Es wär gegen den Pfandgläubiger eine wirklich falsche Beredung gebraucht worden, und doch heißt die Handlung stellionatus und nicht falsum. Auch die Bereinigung des L. u't. ff. de Stell. weshalb sich CVJAC. Mühe giebt, ist sehr gezwungen. Die gesprochene Unwahrheit soll darum l. c. einen Stellionat machen, weil ein Meineid dabey gebraucht worden und ein Meineid an sich entweder gar kein Verbrechen, oder mehr denn ein Falsum sey. Ist aber der Meineid an sich nach Römischen Rechten gar kein Verbrechen, welcher Satz allerdings seine Richtigkeit hat, so ist nicht abzusehen, wie derselbe die Natur eines Verbrechens ändern könne. Ist aber der Meineid mehr, als ein Falsum, welches

doch nach Römischen Rechten unerweislich, so kann es noch weniger ein Stellionat seyn, weil dieser weniger bedeutet, als ein Falsum. Vielmehr ist es eine bloße Willkühr der Römischen Rechtsgelehrten gewesen, nach welcher sie den einen Betrug ein Falsum, den andern aber einen Stellionat genannt haben. Der Grund des cit. L. 32. liegt darin, weil der Pfandgläubiger allemal mehr Sicherheit an dem Pfande, als an der Person hat und der Schuldner, so sehr bey Vermögen ist, es vielleicht nach einiger Zeit nicht mehr seyn wird, also dem Gläubiger sehr daran liegt, daß er Pfand habe. Die Klage geht in diesem Fall hauptsächlich dahin, daß der Schuldner das Interesse vergüte. Er hat aber die Wahl, ob er dieses thun, oder ein ander eben so gutes Pfand geben will. L. 9. pr. Locati. Cit. L. 36. nimmt in dem Fall, wenn dem Pfandgläubiger das Gold schon in Gewahrsam gegeben, solches aber entwendet und davor ander Metall hingelegt worden, mit Recht einen Diebstahl an, weil die Entnehmung aus der Gewahrsam des andern das Wesentliche eines Diebstahls ausmacht. Vor Uebergabe des Goldes in die Hände des Gläubigers hingegen konnte aus gleichem Grunde kein Diebstahl gedacht werden. Turpiter fecisse ist hier keine bloße Unehrlbarkeit, sondern ein Stellionat. L. 3. §. 1. ff. de Stell.

Zu einem jeden Stellionat gehört eine Verletzung eines andern, und weil diese in dem §. 1. fin. cit. L. 36. angenommenen Fall wegfällt, so muß freylich auch der Begriff eines Stellionats aufhören.

Hey L. 27. de pign. ist zu erinnern, daß die Knechte, welche ihre Herren einmal in Bande gelegt hatten, dadurch viel von ihrem Werthe im Handel verlohren. Im Fall, wo der Knecht vom Schuldner umgebracht worden, hat actio ad exhibendum statt, weil diese gebraucht wird, so oft ein anderer Sachen besitzt, da uns dran gelegen, er aber dolose sich außer Stand gesetzt, sie uns herauszugeben. Inzwischen wird auch das act. L. Aquil. und in factum in solchem Fall gestattet. L. 7. §. 4. de dolo malo. L. 17. ad L. Aquil. Im Fall der Ausschlagung der Augen oder sonstigen Deterioration paßte die act. ad exhibendum nicht, daher act. util. L. Aquil. gestattet wird. Mercentem ist nicht nur von vinxit zu verstehen, sondern eben die Entscheidung hat statt, wenn rechtmäßig der Knecht umgebracht und blind oder zum Krüppel geschlagen worden. Dieses alles war dem Eigenthümer erlaubt, wenn er den Knecht im Ehebruch mit seiner, des Eigenthümers Frau antraf, denn ausserdem war unter denen Kaysern, das Recht, einen Knecht zu entleiben, oder an seinem Körper zu verstüm-

mela, denen Eigenthümern genommen.

(44) L. 31. de pign. act. Si servus pignori datus, creditori furtum faciat: liberum est debitori servum pro noxae deditioe relinquere: quod si sciens furem, mihi pignori dederit, et si paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere: nihilominus habiturum me pignoratitiam actionem, ut indemnem me praestet. Eadem servanda esse Julianus ait, etiam cum depositus vel commodatus servus furtum faciat. Dieser Satz, daß der contrahirende Eigenthümer, wenn er außer Schuld ist, zu nichts weiter verpflichtet sey, als was ohnedem schon die Gesetze mit sich brachten, ist allgemein bey allen Verträgen. L. 26. §. 7. Mandati. L. 45. pr. Locati. L. pen. Commod. L. 21. §. 2. de act. res annot. L. 58. pr. de aedil. ed. Nur in Ansehung des Hinterlegungsvertrags und derer Aufträge entsteht aus L. 61. §. 5. de Furr. einige Schwierigkeit. Dieses Gesetz scheint zu lehren, daß in beyden Verträgen der Eigenthümer haften müsse, wenn er auch nichts versehen. Inzwischen lenkt der Rechtsgelehrte gegen das Ende so ein, daß man sieht, er deute in cit. §. 5. auf ein Culpam des Committrenten, und Hinterleger, und also auf etwas mehr als bloß den dolum.

Es ist ungewiß, ob in diesem L. 61. §. 5. AFRICANVS oder JULIANVS rede. Das letztere ist, wegen des gebrauchten *ait* zu vermuthen. Daher die Meinung des JULIANVS cit. L. 31. darnach abgemessen werden muß. Es scheint aber nicht, als wenn AFRICANVS hier seines Lehrers Meinung gebilliget habe. Man hat zu unterscheiden, ob bloß *actio noxalis* angestellt wird, oder ob der Kläger die völlige Entschädigung schlechterdings verlangt. Im ersten Fall kommt es nicht darauf an, ob der Beklagte etwas versehen hat, und auch nicht, ob dem Kläger ein Versehen beyzumessen. In L. 26. §. 7. so diesem letztern Satz entgegen zu seyn scheint, muß, wie A. FABER *Rational. ad h. l. und ad L. 31. de P. A.* mit Recht angemerkt, statt: *si tamen id culpa tua acciderit*, gelesen werden: *si tamen id cul-*

pa mea acciderit. Im letztern Fall kommt es bey dem Deposito und Mandato darauf an, ob der Beklagte wissentlich und also vorsätzlich, oder wenigstens culpose, dem Kläger seinen Schaden veranlasset. L. 61. §. 5. *de furt.* Bey denen übrigen Contracten hingegen, da auch der Inhaber des Knechts einen Vortheil hat, z. E. *Commodatus Conductionibus etc.* ist der Beklagte bloß alsdenn zu haften schuldig, wenn er die Fehler des Knechts gewußt und also boshaft gehandelt. Daher muß in cit. L. 61. §. 6. statt: *si dolo quid fecerit*, gelesen werden: *si non dolo quid fecerit.* In allen Fällen aber, da der Kläger schlechterdings die ganze Entschädigung verlangt, muß er sich nicht selbst durch sein Verschulden den Schaden zugezogen haben. Cit. L. 61. §. 7.

§. 27.

Der Pfandgläubiger erhält durch die Verpfändung allemal ein Recht gegen jeden Besitzer und kann Jeden in Anspruch nehmen, der ihm sein Pfand, da, wo er daran gewisse Befugnisse auszuführen nöthig hat, vorzuenthalten will. (45)

(45) L. 15. C. de pignor. de pign. act. cf. Supra. In dem L. 12. C. de distr. pign. L. 10. C. de remiss. pign. L. 35. §. 1. ff. de donat. L. 18. §. 2. ff. Fall ist eine Ausnahme, wenn Jemand *Immissione de damno infecto* erhalten. Denn wenn diese

diese durch das zweyte Decret erkannt ist, so verliert der Gläubiger eben so seine Hypothek, als der Eigenthümer seine Sache.

L. 15. §. 24. de damn. inf. Eben das gilt von der act. noxali L. 27. de nox. act.

§. 28.

Es sind ihm auch einige andere Klagen gestattet, die er mit dem Eigenthümer oder Verpfänder gemein hat, die er aber zum Theil nur bey handhabenden Pfändern gebrauchen kann. (46)

(46) L. 26. C. de pign. Si tibi notarium pignoris titulo debitor tuus obligavit: cum a quo mancipium abreptum proponis, apud Rectorem provinciae conveni. cf. Litt. o. DONELVS meint, daß hier mehr von der hypothekarischen Klage die Rede sey, als von der act. furti. Notarius war ein Knecht, der zum Schreiben gebraucht wurde. Daß aber auch actio furti nebst der Cond. furtiva incerti, dem Pfandinhaber zukommen, und also hier eben so wohl verstanden werden können, ist aus dem obigen zu ersehen. Ein anderes ist es mit der act. de Servo corrupto L. 14. §. 4. de Servo corr. und L. Aquill. L. 30. §. 1. ad L. Aquill. welche einem Pfandgläubiger nicht zustehen, wohl aber act. confess. et negat. utilis, L. 16. ff. de Servitut. L. un. §. ult. ff. de remiss. wo statt *detentionem*: *petitionem* zu lesen, und die Novi operis nunciatio L. 9. ff. de op. nov. nunc. Cit.

L. 30. ad L. Aquill. ist besonders merkwürdig. Man findet dieses Gesetz schon oben erklärt. Die beyden Fälle, in welchen der Pfandgläubiger act. L. Aquill. gebrauchen darf, sind ebenfalls oben ausgeführt. Zwischen der act. furti und act. L. Aquill. ist übrigens dieser Unterschied. Wenn dem Pfandinhaber dran liegt, sich der Entschädigungsklage zu bedienen, so hat er solche nur utiliter. Actio furti aber steht dem Gläubiger in diesem Fall directo zu. Act. L. Aquill. geht allemal nur so weit, als das Quantum der Schuld es erfordert. Die Act. furti hingegen, geht unterweilen auf den ganzen Werth des Pfandes. Die Act. L. Aquill. hat der Gläubiger nur, wenn er sonst zu seiner Forderung nicht kommen kann. Act. furti steht ihm allemal zu. Die Act. fin. regund. die ordentlicher Weise nur Eigenthümer gebrauchen, wird auch dem Pfandgläubiger gestattet. L. 4. §. 6. Fin. regund.

§. 29.

Bei dieser Art von Pfändern allein, steht ihm auch das Zurückhaltungsrecht, wegen anderer Forderungen, ausser der Pfandschuld zu. (47)

(47) L. 25. ff. de pignor. Cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est: nec si bona creditoris ad fiscum pertineant. Dieses Gesetz lehrt also, daß eine gültige Verpfändung allemal eine

Retention ertheile. Aber auch eine ungültige Verpfändung giebt unterweilen eine Retention, nemlich wenn der Schuldner fremde Güter verpfändet, davon aber unten. cf. supra.

§. 30.

Das Recht zum Verkauf des Pfandes, ist jedem Pfandrechte wesentlich. (48) Uebrigens kann ein Pfandgläubiger sein Pfandrecht, wenn er will, auch einem andern abtreten. (49)

(48) Davon unten in einem besondern Kapitel.

(49) L. 5. §. 2. ff. quib. mod. pign. Si convenerit, ut pro hypotheca fidejussor daretur, et datus sit: satisfactum videbitur, ut hypotheca liberetur. Aliud est, si jus obligationis vendiderit creditor, et pecuniam acceperit. Tunc enim manet omnes obligationes integrae: quia pretii loco id accipitur, non solutionis nomine. Die Abtretung des Pfandrechts geschieht entweder unmittelbar, oder mittelbar dadurch, daß einem andern diejenige Forde-

rung übertragen wird, weshalb ein Pfandrecht ertheilt ist. Denn so bald jene cediret wird, so folgt dieses von selbst nach, weil der Cessionarius allemal alle Rechte des Cedenten hat und haben muß. Der Cedent ist, nach der Cession, die etwa noch in Händen haben den Pfänder dem Cessionarius auszuliefern schuldig. Hieher gehört L. 11. de distr. pign. Arbitr. dividendae hereditatis, cum corpora hereditaria divisisset, nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum assignavit. Quaesitum est, an debitoribus cessantibus, pro solido

solido pignus vendere quisque potest? Respondi, posse. L. 14. eod. Arbitri dividundae hereditatis, inter heredes, cum corpora hereditaria divisissent, nomina quoque communium debitorum separatim diversa singulis in solidum assignaverunt. Quaesitum est, an unusquisque eorum, debitore sibi addicto cessante in solutione, pro solvendo pignus sub eo nomine obligatum vendere possit? Respondit, potuisse. Die gerichtliche Vertheilung und Veriegunq ganzer ausstehenden Posten, ist so anzusehen, als wenn die übrigen Miterben ihren Antheil an solchen Forderungen an denjenigen Erben abgetreten hätten, der diese Posten auf seine Erbportion gelegt bekommen. Daher folgte das Recht dieses Erben, wegen der ganzen Schuld die Pfänder anzugreifen, von selbst. Pro solvendo heißt: um zu seiner Zahlung zu gelangen. Bey dieser Gelegenheit entsteht die Frage, ob der Cedent dem Cessionarius

die Gewähr leisten müsse, wenn etwa der Verpfänder nicht Eigenthümer gewesen und also die Verpfändung ungültig geschehen? Davon redet L. 30. ff. de pign. et hyp. Periculum pignorum nominis venditi ad emtorem pertinere, si tamen probetur eas res obligatas fuisse. Periculum pignorum ist die Gewährleistung wegen der von Jemanden in Anspruch genommenen Pfänder. Der Cessionarius muß zwar den Verlust tragen, doch kann er sich deshalb an den Verpfänder halten, und von diesem act. pign. contrar. das Interesse fordern oder ein ander gutes Pfand. Sollte aber der Cedent gar kein Pfandrecht an der Sache von Jemanden eingeräumt bekommen haben; oder, wie unten vorkommen wird, sein Pfandrecht von schlechterer Beschaffenheit seyn, als der Cessionarius gewußt hat, so ist der Cedent zu hasten schuldig. Dies ist veritas nominis, jenes bonitas.

§. 31.

Dem Pfandgläubiger liegt ob, das Pfand, wenn es die Art des Pfandrechtes so mit sich bringet, wohl zu verwahren, und weder vorsätzlich noch aus Nachlässigkeit, daran Schaden zu thun, sonst muß er den Schaden und alle Deterioration vergüten. (50)

(50) L. 13. §. 1. de pign. act. Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato. Venit et custodia. Vis major non venit L. 14. eod. Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur. L. 15. eod. Creditor, cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: et si praedium fuit pignoratium, et de jure eius repromittendum est: ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissae sint. L. 24. §. 3. eod. In pignoratitio iudicio venit, et si res pignori datas male tractavit creditor, vel servos debilitavit. Plane si pro maleficiis suis coércuit, vel vinxit, vel obtulit praefecturae, vel Praefidi: dicendum est, pignoratitia creditorem non teneri. Quare si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coëgit: illico pignus ancillae solvitur. L. 43. pr. eod. Locum purum pignori creditori obligavit, eique instrumentum emtionis tradidit: et, cum eum locum inaedificare vellet, mora sibi controversia a vicino de latitudine, quod alias probare non poterat, petit a creditore, ut instrumentum a se traditum auctoritatis exhiberet, quo non exhibente, minorem locum aedificavit: atque ita damnum passum est. Quaesitum est, an, si creditor pecuniam petat, vel pignus vindicet, doli exceptione posita iudex hujus damni rationem habere debeat?

Respondit: si operam non dedisset, ut instrumenti facultate subducta, debitor caperetur: posse debitorem, pecunia soluta, pignoratitia agere: opera autem in eo data, tunc et ante pecuniam solutam in id, quod interest, eum creditore agi. §. 4. I. quib. mod. re contr. obl. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda, tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam, exactam diligentiam adhibeat: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit: securum esse, nec impediri creditum petere. L. 5. §. 2. Commodati. L. 7. C. de pign. act. Creditor, qui fundos et domos pignori, vel hypothecae accepit, damnum in decidendis arboribus domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti deducere cogitur. Et si dolo vel culpa rem suppositam deteriore fecerit: eo quoque nomine pignoratitia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis. Creditor autem necessarios sumtus, quos circa res pignoratitias fecit, exigere non prohibetur. L. 19. C. de pign. et hyp. Sicut vim majorem pignorum creditor praestare non habet necesse: ita do-
lum

lum et culpam, sed et custodiam exhibere cogitur.

Daß der Sinn des ersten Gesetzes, L. 13. §. 1. sey, ein Pfandinhaber müsse bey dem Pfande nicht bloß einen gewöhnlichen, sondern den größtesten Grad der Aufmerksamkeit beweisen, ist gewiß, da das Wort: Custodia sonst in dieser Bedeutung in den Gesetzen vorkommt, und hier im Zusammenhange nothwendig eben diesen Verstand haben muß. Die Veränderung des *ut in ar*, welche NOODT beliebt, gieng wohl an, wenn cit. L. 19. C. solches nicht hinderte. Will man nicht eine Uneinigkeit unter den alten Rechtsgelehrten, über diesen Punkt annehmen, oder daß VLPIANVS L. 5. §. 2. Commod. dem, was er L. 13. §. 1. de pign. act. behauptet und zwar in einerley Werke widersprochen, so ist die Vereinigung des CVJAC. die beste. Es ist nemlich in Ansehung der Genauigkeit, in Verwahrung des Pfandes, und in Verwahrung des Erborgten, darinn eine Uebereinstimmung, daß man sehen muß, ob die Verpfändung nach beyder Theile Wunsch, oder bloß nach dem Verlangen des Gläubigers geschehen. Jenes ist der gewöhnliche Fall, dieser aber doch auch möglich. Gesezt, es hat schon ein anderer dem Titius zu einem Darlehn gegen Pfand Hofnung gemacht. Da aber Cajus gern

sein Geld sicher unterbringen möchte, so sezt er dem Titius zu, daß dieser von ihm das Geld nehmen und dagegen die Pfänder geben muß, ob es gleich Titius ungern thut, und lieber das Geld an dem andern Ort genommen hätte. In diesem letztern Fall, muß der Pfandinhaber allen möglichen Fleiß in Aufbewahrung des Pfandes beweisen. (*culpam levissimam praestare*) Eben so geht es bey dem Erborgungsvertrage, wenn bloß dem Einen Theil ein Gefalle geschieht. In dem ersteren Fall hingegen wird nur der Mittelfleiß erfordert, wie gleichfalls bey dem Erborgten verordnet ist, wenn beyden Theilen mit diesem Contract ein Dienst geschieht. L. 18. pr. Commodati. Es giebt auch einen Fall, da der Pfandinhaber nur die vorsäßlichen Schäden vergütet; nemlich wenn er eine prätorische Zmission, und dadurch ein prätorisches Pfandrecht erhalten, L. 9. §. 5. de R. A. J. P. Repromittere cit. L. 15. heißt eine bloße wörtliche Gegenversicherung ohne einen förmlichen Vorstand. Vermuthlich quittirte allemal der Pfandschuldner den Gläubiger bey Rückgabe des Pfandes, über den Empfang, ließ sich aber von diesem eine Gegenversicherung, wegen aller von ihm an dem Pfande etwa verschuldeten Beschädigungen geben. Dies war entweder bloß zur Vorsicht, da es sich ohnedem von selbst verstand, daß der Pfandgläubiger

ger wegen aller Gefährde haften mußte, oder es wurde daher nothwendig, weil die Erlassung von der weitem Pfandzurückforderung, nach Zurückgabe der Pfänder, durch eine Stipulation geschah und diese an sich keine Anforderung wegen einer Gefährde nach strengen Rechten übrig ließ. Gleiche Versicherung des Klägers, wegen etwa von dem Beklagten zu besüchtender heimlichen und schädlichen Unternehmungen, war bey der Eigenthümeklage L. 18. de R. V. und bey der Act. quod met. caus. L. 9. §. 5. Quod met. caus. üblich. Jus praedii und Servitus ist bekanntermaßen in unsern Gesetzen einerley.

Bey L. 24. §. 3. ist merkwürdig, daß Ulpian schon die Anhaltung der Magd zur feilen Hurerey, zu einer rechtmäßigen Ursach macht, des Pfandrechts den Gläubiger zu berauben, da dem Eigenthümer sein Eigenthum um gleicher Ursach willen, erst durch THEOD. und VALENT. entzogen worden. L. 6. C. de Spectac. L. 17. C. de Episc. Aud.

Der Fall, in welchem dem Gläubiger erlaubt war, den verpfändeten Knecht, wie das Gesetz verdet, zu coerciren und zu debilitiren, war, wie oben bey dem Verpfänder angeführet worden, bloß der, da er den Knecht bey seiner, des Pfandgläubigers Frau im Ehebruch antraf. Es ist dabey besonders zu merken, daß ein verletzter Knecht, den zur Zeit der Verpfändung, der Eigenthümer oder Gläubiger einseitig mit Leibesstrafen belegte, dadurch kein Dedititius wurde. Denn sonst würde der Eigenthümer dem Gläubiger, oder dieser jenem, dadurch Tort gethan haben. Paul. Sent. Rec. L. 4. tit. 12. §. 6.

In L. 43. heißt Instrumentum auctoritatis, die Urkunde, wodurch man die rechtmäßige Erwerbung der Sache erweisen kann.

In L. 7. C. ist debiti überflüssig und kommt auch in denen Basilicis nicht vor.

§. 32.

Wegen seines natürlichen Besizes, hat er auch auf solche Klagen anderer sich einzulassen, welche keinen bürgerlichen Besiz zum voraus setzen. (51)

(51) L. 3. §. 15. ad Exhib. Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum: non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter iacumbat

possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. L. 16. de Vsurp.

§. 33.

Das Pfandrecht hat dieses mit den mehresten übrigen dinglichen Rechten gemein, daß es untheilbar ist. Der Schuldner kann nicht durch Bezahlung eines Theils der Schuld, einen Theil des Pfandes, oder mehrerer Pfandstücke frey machen, und ein Miterbe kann, durch Bezahlung desjenigen Antheils der Schuld, der auf ihn, so weit er Miterbe ist, kommt, nicht den geringsten Theil der verpfändeten Sachen von der Pfandverpflichtung befreyen. Wird das verpfändete Grundstück unter mehrere Besitzer vertheilt, so hält aus gleichem Grunde der Gläubiger sich an jeden Besitzer eines Theils, an welchen er will, und verfolgt gegen ihn seine ganze Forderung. (52)

(52) L. 11. §. 4. de pign. act. Si creditori plures heredes exstiterint, et uni ex his pars eius solvatur: non debent caeteri heredes creditoris injuria adfici: sed possunt totum fundum vendere; oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit. Quae sententia non est sine ratione. L. 8. §. 2. eod. Si unus ex heredibus portionem suam solverit, tamen tota res pignori data venire poterit: quemadmodum si ipse debitor portionem solvisset.

L. 19. de pign. Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo, quantum debetur. L. 65. de Eviçt. Rem hereditariam pignori obligatam heredes venderunt, et eviçtionis nomine pro partibus hereditariis spondederunt. Cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor eviçit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam. Nec remedio

Westph. Erl. v. Pf. R.

§

locus

locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur: quia non duo rei facti proponerentur. Sed familiae herciscundae iudicium eo nomine utile est. Nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione? cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. L. 1. C. si un. ex plur. hered. Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege XII. Tabb. dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri. L. 2. eod. Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita, scinditur. Pignoris autem jure multis obligatis rebus quas diversi possident: cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur: qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum: ut vel totum debitum reddant, vel eo quod derinent, cedant. L. 16. C. de distr. pign. Unus ex multis debitoris, qui pignora tradiderat, heredibus, quod ab eo personali actione peti potuit, solvendo, res obligatas distrahendi creditori facultatem non adimit. L. 1. C. de luit. pign. Qui pro parte heres existit: nisi totum debitum exsolvat, suam portionem ex pignoribus recipere non potest.

Der Satz des ersten Gesetzes L. 11. §. 4. oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit, ist in dem Fall, da die Erben des Gläubigers es mit einem dritten Besitzer zu thun haben, noch einer Erläuterung bedürftig. Reicht das Pfand zur Tilgung der ganzen Schuld zu, so hat die Sache keine Schwierigkeit, und dem Pfandgläubiger ist, von dem, bey der Veräußerung des Pfandes gelbsten Werth, dasjenige, was er dem einen Miterben schon bezahlet, an dessen Statt wieder zu geben. Ist aber das Pfand unzureichend, so geht jedes dem Erben, von seinem Antheil an der Forderung gleich viel ab; weil der gelbste Werth unter die sämtlichen Erben in gleiche Theile zu vertheilen. Wenn daher der Pfandgläubiger, einem derer Erben mehr bezahlet hat, als nach dieser gleichen Vertheilung des Abgangs auf ihn kommen würde, so kann er denen übrigen Miterben dieses nicht anrechnen, sondern er hat sich schlechterdings an den zu halten, der zu viel bekommen und gegen diesen Condict. indeb. zu erheben. Führen die Erben ihre Forderung gegen den Schuldner selbst aus, und einer derselben hat von ihm seine Befriedigung schon erhalten, so kann, falls auch das Pfand vor die übrigen eben so unzureichend, als dem Schuldner im übrigen die Zahlung unmöglich seyn sollte; so giebt doch der schon befriedigte Miterbe
nichts

nichts wieder heraus. Nicht dem Schuldner, denn er hat von diesem nicht mehr bekommen, als was derselbe schuldig war. Nicht denen übrigen Erben, denn er ist auf seiner Huth gewesen (*sibi vigilavit*) Inzwischen geht freylich von der Schuld ab, was der eine Erbe schon bekommen. Das Geld so noch gelöst worden, wird unter die übrigen gleich vertheilet, und was jeder noch zu fordern behält, bleibt bis auf bessere Umstände des Schuldners ausgesetzt.

L. 65. braucht auch eine Erläuterung. Die zwey Erben des Schuldners hatten ein mit Hypothek behaftetes Grundstück verkauft. Die Hypothek wurde ausgeklagt und der Käufer suchte gegen die verkaufenden Erben die Gewährleistung. Einer von ihnen hatte, nach dem Verkauf, dem Schuldner seinen Passivanteil abgetragen. Dieser ging also bey Verfolgung der Hypothek und bey der Rücklage des Käufers ab. Nun war die Frage, ob, wegen des andern, dem Gläubiger noch unbezahlt gebliebenen Antheils, bloß gegen denjenigen Erben die Rücklage stattfände, der den Gläubiger noch nicht bezahlt, oder ob solche gegen jeden derer Erben zur Hälfte zu richten? Der Rechtsgelehrte bejaht das letztere, wegen Untheilbarkeit des Pfandrechts. *Indivisa pignoris causa* heißt eben so viel, als *individua in-*

doles pignoris. Das ganze verkaufte Pfand haftete noch wegen des Rests der Pfandschuld. Beyde Erben waren Verkäufer. Also war die Rücklage gegen beyde zu gleichen Theilen gegründet. Als Mitverkäufer haftete der eine Erbe, der schon seine Hälfte der ganzen Schuld bezahlt hatte, auf diese Art von Rechtswegen. Aber als Miterbe litte er zu viel. In dieser Eigenschaft lag ihm nur die schon bezahlte Hälfte der ganzen Schuld ob. Es war also billig, daß sein Miterbe ihm dasjenige vergütete, was er über diese Hälfte einbüßte. Aber wie soll er sich gegen seinen Miterben verhalten? Soll er sich von dem Rückkläger *jura cessa* gegen den andern Erben geben lassen? Nein, das geht darum nicht an, weil der Rückkläger selbst von dem andern Erben nicht mehr als die Hälfte des Rests zu fordern hat. Die andre Hälfte, so derjenige bezahlen soll, der *jura cessa* verlangt, ist der zweyte Erbe dem Käufer nicht schuldig. Also kann dieser keine Anweisung drauf geben. Wenn jeder der Erben dem Käufer samt und sonders zu haften versprochen hätte, so wäre es ein anders gewesen. Als denn hätte der Käufer von dem zweyten Erben den ganzen Rest wieder fordern, und also auch darauf seine Rechte dem ersten Erben abretten können. Aber ist es auch wahr, daß wenn die zwey Verkäufer sich samt und sonders verpflichtet hätten, dem Bezah-

den eine Cession gegen den Miterben Dienste gethan haben würde? Es scheint nicht. Denn wenn ein Mitschuldner sich gegen den andern Mitschuldner Cession geben läßt, so kann er bekannten Rechten nach nur dasjenige in Kraft der Cession von seinem Consorten wieder fordern, was er über seinen Antheil bezahlet. Das ist richtig; aber in gegenwärtigem Fall ist eine Abweichung. In vorliegendem Fall würde der Cessionsinhaber den ganzen bezahlten Rest der Pfandschuld, vermöge der Cession gegen den Miterben suchen können. Der Beklagte würde zwar zur *Exceptione doli mali* seine Zuflucht nehmen, und dadurch den Kläger in die Schranken des über den eigenen Antheil Bezahlten zurück weisen wollen. Allein der Kläger hat dieser Ausflucht *Replicam doli mali* entgegen zu stellen, weil der Beklagte verlangt, daß der Kläger mehr tragen solle, als einem Miterben gebührt; und es ist bekannt, daß die *Exceptio doli* durch die *Replicam doli* gehoben und zernichtet wird. Außer dem Fall der *Correalversprechung* war freylich die Cession nicht zu gebrauchen, doch hatte die Erbtheilungsklage gegen den Miterben statt, die mit auf gleiche Uebertragung der Erbschulden eingerichtet ist. Die Stelle der Gesetze der XII. Tafeln,

worauf L. 1. C. si un. zielt, hat auf der 5ten Tafel gestanden und nach der Meinung der Critiker so gelautet: *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis erecta cita sunt.*

Aus der Untheilbarkeit des Pfandrechts ist auch dasjenige herzuleiten, was sich L. 3. C. Neg. gest. findet, wo dem Miterben, der eine Pfandschuld bey noch ungetheilter Erbschaft ganz bezahlet, gegen die übrigen Miterbessenten *act. neg. gest.* und auch *act. famil. ercisc.* eingeräumt wird, um seine Auslage zum Theil wieder zu erhalten. Es ist ein Grundsatz, daß wegen solcher Dinge, die ein Miterbe nicht bloß, wegen seines Antheils, und auf seinen Antheil vornehmen können, die *act. famil. ercisc.* wegen anderer aber, die er allein zu seinem Theil thun können, wenn er darinnen vor seine Miterben zugleich mit gesorget, *act. neg. gest.* statt habe. Wer nun eine Pfandschuld ganz bezahlet, hat deshalb gegen seine Miterben *act. neg. gest.* weil ihm freygestanden, die Forderung nur zum Theil zu bezahlen, wodurch er der Personalforderung seines Theils ein Gemüthe geleistet hätte. Er hat aber auch *act. fam. ercisc.* weil das Pfand nicht eingelöst und frey gemacht werden konnte, wenn nicht die ganze Schuld bezahlet wurde.



Drittes Kapitel.

Von der Entstehungsart des Pfandrechts und dessen Eintheilung überhaupt, und dem allgemeinen prätorischen und richterlichen Pfandrecht insonderheit.

Inhalt.

- §. 34. Entstehungsart des Pfandrechts. §. 35. Eintheilung desselben. §. 36. Umfang des allgemeinen Pfandrechts. §. 37. Sachen, die stillschweigend davon ausgenommen sind. §. 38. Ob des Erben eigene Güter der vom Erblasser ertheilten Generalhypothek unterworfen? §. 39. Ob der Knecht selbst darunter gehöre, der ein allgemeines Pfandrecht im Namen seines Herrn ertheilet? §. 40. Ob eine erkaufte Bedienung darunter zu rechnen? §. 41. Verhältniß der Generalhypothek gegen die specielle. §. 42. Ob eine Generalhypothek hindere, daß nicht ein nachgehender Gläubiger vor Ausbruch des Concurſes seine Zahlung erhalten könne? §. 43. Fälle, worinnen das prätorische Pfandrecht statt findet. §. 44. Wirkung desselben, in Ansehung des Schuldners und der Gläubiger unter einander. §. 45. Das Recht einiger Gläubiger kommt hier auch denen übrigen zu statten. §. 46. Veräußerung der Güter vermöge des prätorischen Pfandrechts. §. 47. *Immissio ex primo et secundo decreto*, in welchem Fall? und deren Wirkung. §. 48. Verfahren bey dem Ungehorsam des Beklagten nach der *Lit. Contest.* §. 49. Von der *Caut. damn. inf. und legat. servand. caus.* §. 50. Wirkung des Pfandrechts *ex execut. rei jud.*

§. 34.

Da die verschiedene Entstehungsart des Pfandrechts verschiedene Eintheilungen desselben selbst veranlaßt und sobald man diese Eintheilungen vorträgt, daraus sogleich die Entstehungsart von selbst in die Augen fällt, so ist am besten, sogleich zu denen verschiedenen Arten des Pfandrechts fortzugehen.

Dieses Recht bekommt nach denen verschiedenen Eintheilungsgründen mancherley Benennungen und Abtheilungen. Unterweilen erstreckt es sich auf das ganze Vermögen des Schuldners und das heißt: ein allgemeines Pfandrecht. Wenn es hingegen auf gewisse Güter des Schuldners eingeschränkt ist, so heißt es: ein besonderes Pfandrecht. Zu mehrerer Sicherheit läßt sich ein Gläubiger auch wol ein allgemeines Pfandrecht und ein besonderes daneben einräumen. In diesem Fall muß er erst das besondere Pfandrecht ausklagen, ehe er sich an das allgemeine halten kann. Doch kommt es hier darauf an, ob man es in Ansehung beyder Hypothesen nur mit dem Schuldner, oder wenigstens in Ansehung der einen Hypothek mit ihm, in Ansehung der andern aber, mit einem dritten Besitzer, oder ob es überhaupt ein Dritter mit einem Dritten zu thun hat. (53) Nachdem der Pfandgläubiger das Pfand im Besitz bekommt, oder nicht, wird es im ersten Fall ein handhabend: oder Faustpfand, im letztern aber eine Hypothek genannt, welche beyde Rechte zwar in denen mehresten Stücken mit einander überein kommen, aber doch in verschiedenen Wirkungen sich von einander unterscheiden. (54) Da auch die Entstehungsart des Pfandrechts nicht immer eben dieselbe ist, so lassen sich darnach Eintheilungen des Pfandrechts machen. Denn es entspringt entweder aus denen Gesetzen unmittelbar und heißt alsdenn ein stillschweigend Pfandrecht. Oder die Obrigkeit ist der Urheber, und denn wird es ein gerichtliches Pfandrecht genannt. Diese Art des Pfandrechts erwächst entweder aus einer gerichtlich verfügten Hülfsvollstreckung, oder aus allerley andern von dem Richter auf des Schuldners Vermögen gelegten Beschlügen. (55) Im letztern Fall insonderheit, heißt es ein prätorisches Pfandrecht.

Oder

Oder es gründet sich das Erbrecht in dem letzten Willen eines Erblassers. (56) Oder in einem mit dem Schuldner errichteten Vertrage, daher es in jenem Fall ein testamentarisches, in diesem aber ein verabredetes Pfandrecht genannt wird. In Ansehung der Glaubwürdigkeit wird es in das beglaubte und in das Privatpfandrecht getheilt. Ein beglaubtes ist das, so eine vollkommene, entweder gerichtliche oder ähnliche Glaubwürdigkeit hat. Eine vollkommene Beglaubigung ist vorhanden, wenn das Pfandrecht entweder auf gerichtliche Handlung, oder auf dem Zeugniß drey dazu gezogener glaubwürdigen Männer sich gründet. Alle andere Verpfändungen, wobey es an dem einen oder dem andern fehlet, geben nur ein Privatrecht. Derowegen gehören unter die beglaubten Verpfändungen 1) alle stillschweigenden, wosern die Handlung, worauf sich das stillschweigende Pfandrecht gründet, eine vollkommene Beglaubigung mit sich führet. 2) Alle richterliche Pfandrechte. 3) Die Verpfändungen, so aus einem Vertrage oder Testamente entstehen, wenn eine derer angeführten Beglaubigungen dabey ist. Folglich haben alle Verpfändungen, die in einem zierlichen Testamente oder sonstigem letzten Willen geschehen, wobey drey Männer, oder mehrere zu Zeugen gebraucht worden, nach römischen Rechten, die Vorrechte der beglaubten Verpfändungen. Unter die Privatverpfändungen hingegen gehören diejenigen, 1) die in einem unzierlichen auffer gerichtlichen letzten Willen, wobey weniger als drey Männer oder gar keine gebraucht worden, gegründet sind. 2) Die aus einem nicht beglaubten Vertrage kommen. 3) Die stillschweigenden, wenn das Geschäft, woher sie entspringen, keine vollkommene Beglaubigung hat.

(53) L. 2. C. de pignor. *Quamvis constet specialiter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse,*

cepisse, et aequale jus in omnibus habere. Jurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est, posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum: ea, quae postea ex iisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri praesens provincia jubebit. L. 9. C. de distr. pign. Quae specialiter vobis obligata sunt, debitoribus detraherentibus solutionem, bona fide deberis et solenniter vendere. Ita enim apparebit, an ex pretio pignoris debito satisfieri possit. Quod si quid deerit: non prohibemini caetera etiam bona jure conventionis consequi.

Daß das erstere Gesetz von dem Fall rede, da der Pfandgläubiger, dem eine allgemeine Hypothek, neben einer besondern ertheilt worden, es nicht mit dem Schuldner selbst, sondern mit einem andern Gläubiger zu thun hat, lehret der Augenschein und man braucht sich deshalb nicht auf das Ansehen der Gloss. und die Basilica zu berufen. Der Grund, warum der Gläubiger sich erst an sein besonderes Pfandrecht halten soll, ehe er ein Stück, so zur allgemeinen Hypothek gehört, angreifen kann, muß nicht in der Rücksicht liegen, die die Gesetze gegen den folgenden Gläubiger genommen, weil sonst der unten vorkommende L. 2. ff. qui pot. in pign. nebst andern nicht zu vereinigen wäre. Vielmehr muß

die Ursach in der vermuthlichen Willensmeinung der Contrahenten zu suchen seyn, welche dergestalt, als L. 2. C. de pignor. es verlangt, zu erklären, weil die getroffene Verabredung anderer gestalt gar keinen Nutzen hätte. Daher scheint zu folgen, daß, wenn auch der Pfandschuldner selbst beyderley Pfandstücke, nemlich sowohl solche, die besonders verpfändet sind, als andere, die nur unter die allgemeine Hypothek gehören, besitzen sollte, der Gläubiger zuerst das besondere Pfand ausklagen müsse. Eben dieses scheint das andere Gesetz, L. 9. C. de distr. pign. zu sagen, und CVJAC. L. 3. Resp. Papp. ist dieser Meinung. Ich glaube aber doch, daß die Gründe zum Gegentheil überwiegend sind. Der Pfandschuldner haftet auch ohne Verpfändung mit seinem ganzen Vermögen dem Gläubiger. Wenn dieser blos eine persönliche Klage erhebt, so steht ihm frey, welches Stück der Güter seines Schuldners er will, zum Gegenstand der Hilfsvollstreckung anzugeben. Wer eine hypothekarische Forderung hat, kann auch, wenn er will, eine persönliche Klage gebrauchen, und sich der Pfandklage nicht bedienen. Steht ihm alsdenn frey, ein blos der allgemeinen Hypothek unterworfenen Stück, nach dem obliegenden Urtheil zur Rechtshilfe anzugeben, warum soll er solches nicht gleich Anfangs bey der Klage thun können? Der Schuldner

ner handelt allemal unrecht, daß er nicht bezahlt, und es ist daher billig, daß er das Beneficium excussionis nicht genieße. Es wird auch unten erwiesen werden, daß in allen andern Fällen, wo ein Dritter Besizer sich dieser Rechtswohlthat bedienen kann, dieselbe dem Pfandschuldner selbst abgeschnitten ist. Warum soll sie ihm eben in dem einzigen obigen Fall zustehen? Die Worte des Vertrags sind nicht ohne Nutzen, wenn deren Wirkung auch nicht auf den Schuldner selbst gezogen wird.

L. 9. C. de distr. ping. erweist ebenfalls den Satz, daß der Pfandschuldner selbst auf die Ausklagung des besondern Pfandrechts verweisen könne, nicht deutlich. Es scheint vielmehr der Fall darinn zum Grunde zu liegen, da die Klage gegen den Schuldner aus dem besondern Pfandrechte schon erhoben war und die Sache auf der Execution beruhete. Die Worte: debitoribus detrectantibus solutionem, geben diese Vermuthung, und daß bereits der vorzunehmenden Veräußerung des Pfandes ged. t wird. Die Gläubiger mochten Lust haben, andere Stücke zur richterlichen Hülfsvollstreckung anzuweisen und wollten also von ihrer Klage abgehen. Der Grund, warum sie sich ändern zu können glaubten, mochte seyn, weil man das Object der Execution nach Willkühr benennen

kann. Allein die Kaysere verwarfen ihr Vorhaben. Vermuthlich, weil durch die erhobene Klage und erfolgte Litis Contestation eine Art eines Vertrages zwischen ihnen und denen Schuldner errichtet worden, daß sie sich vor der Hand bloß an das Specialpfand halten wollten. Die Litis Contestation ist ein Quasi Contract. und gestattet weiter keine Veränderung in der Sache. Das ist außer Streit, daß, wenn ein Dritter, ein zur Generalhypothek gehöriges Grundstück gekauft, der Schuldner aber noch das Specialpfand in Händen hat, der Gläubiger sich zuerst an den Schuldner halten müsse. Der Grund des L. 2. C. de pign. und das Nov. 4. allgemein gemachte Beneficium Excussionis hat auch hier seine Anwendung. Denn sogar wenn die Specialhypothek bey einem Dritten, die zur Generalhypothek gehörigen Sachen aber noch bey dem Schuldner wären, würde der dritte Mann diese Rechtswohlthat haben. Auf gleiche Weise nemlich, daß die Specialhypothek erst ausgeklagt werden müsse, wird der Fall zu entscheiden seyn, da der eine Käufer die Specialhypothek, der andere aber Generalpfandstücke in Händen hat. Die in solchem Fall gebräuchliche Cautele, daß man sich die Wahl zwischen der General- und Specialpfandausklagung mit der Formel: Salvo jure variandi, oder ne generalitati specialitas deroget

vorbehält, ist deshalb sehr nützlich. Man verhindert durch diese ausdrückliche Protestation, daß nicht eine andere vermuthliche Willensmeinung angenommen werde: ANT. FABER Err. Pragm. Dec. 6. Err. 3. Praesumptio cedit veritati.

CVJAC. findet in denen angeführten Gesetzen, daß sie allemal von einem solchen Fall reden, wo der Gläubiger sich erst ein besonderes Pfandrecht und hernach erst ein allgemeines habe ertheilen lassen, und er meint daher, daß, wenn der Fall umgekehrt sey, alsdenn der Gläubiger die Wahl habe, sich auch zuerst seines allgemeinen Pfandrechts zu bedienen. Allein ich finde erstlich diesen Unterschied in den Gesetzen nicht. Hernach ist auch derselbe dem Grunde der Gesetze zuwider, der darinn besteht, daß, wenn die Verabredung nicht ohne Nutzen seyn soll, sie so gedeutet werden muß, wie die Gesetze sie erklären. Dieser Grund ist in beyden Fällen, die CVJAC. unterschieden wissen will, eben derselbe. Daher ist auch in dem Falle, wo eine allgemeine stillschweigende Hypothek mit einer besondern ausdrücklichen verbunden worden, nichts anderes zu sagen. ANT. FAB. Err. pragm. Dec. 6. Err. 2. Wer sich eine ausdrückliche Specialhypothek bedingt, verliert dadurch die allgemeine stillschweigende nicht; sie ist ihm aber doch nicht eher zu

gestatten, als bis er sie nöthig hat, d. i. wenn er durch die ausdrückliche Specialhypothek nicht zu dem Seinigen gelangen kann.

(54) §. 7. I. de Action. Inter pignus autem et hypothecam (quantam ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem et debitorem conveniret, ut sit pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit. At eam, quae sine traditione, nuda conventionione tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus. L. 9. §. 2. de pign. act. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit: hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem. L. 5. §. 1. de pign. Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. Das letzte Gesetz ist aus dem MARCIANVS ad form. hypoth. und ist also ebenzfalls auf diese Klage einzuschränken, oder es ist eine grammaticalische Anmerkung, weil freylich hypotheca das griechisch ist, was pignus lateinisch.

(55) L. 26. pr. de P. A. Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui: cum testamento quoque pignus

pignus constitui posse, Imperator noster cum patre saepissime rescriptit. Imperator noster ist Septim. Sever. Justinian scheint L. 2. C. de praet. pign. dieses Pfandrecht mit den prätorischen vor einerley gehalten zu haben. Es geht auch vollkommen an, in dem die Executionen ebenfalls von dem Praetore vollstreckt wurden. Daher ANT. FABRI Eifer hiewider, Err. pragm. Dec. 10. Err. 10. völlig ungegründet ist.

(56) Diese Art des Pfandrechts haben erst die R.R. Sev.

und Ant. eingeführt, da sie vorher nicht bekannt gewesen. cit. L. 26. de Pign. act. cf. L. 9. de an. leg. L. 12. de Alim. leg. L. 1. C. con.m. de leg. Daß eine Hypothek. bloß in einem Testament, oder bestätigten Codicill, nicht aber in einem unbestätigten Codicill verlassen werden könne, wie ANT. FABER Rational. ad L. 26. pr. de P. A. behauptet, ist nach dem ältern Römischen Rechte, nicht aber nach dem neuesten, da sich der Umfang der Codicille geändert hat, zuzugeben.

§. 36.

Das allgemeine Pfandrecht geht auf alle Arten der Güter des Schuldners, bewegliches, unbewegliches, Rechte und Forderungen, Gegenwärtiges und Zukünftiges, und es ist nicht nöthig, daß bey der allgemeinen Verpfändung, derer künftigen Güter namentliche Anführung geschehe. (57) Sollte der Schuldner anderwärts Geld aufgeborgt und solches noch körperlich vorrätzig haben, so erstreckt sich das allgemeine Pfandrecht auch hierauf, und der Darleiher muß demselben nachstehen, wenn er nicht ein vorgehendes Pfandrecht hat. (58)

(57) L. 9. C. quae res pignori. Si quis in cujuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: Fide et periculo rerum ad me pertinentium, vel, per earum exactionem satisfieri tibi promitto: sufficere ea verba ad

rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus: nec ex prioribus sanctionibus minus habere specialis hypothecae memoriam videri: cum sit iustum, voluntatem contrahentium
magis,

magis, quam verborum conceptiones inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto, tam praesentes, quam futuras: jus tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producat.

Aus diesem Gesetz ist ersichtlich, daß vor dem Justinian eine allgemeine Hypothek nicht auf die erst in der Folge erworbenen Güter gedeutet wurde. Dieser Kayser aber machte darinn eine Veränderung und wollte eine jede in allgemeinen Ausdrücken ertheilte Hypothek, schon von selbst, ohne besondere Erwähnung, von denen künftigen Gütern verstanden wissen. Die Worte: nec, ex prioribus sanctionibus, minus habere specialis hypothecae memoriam videri, weisen auf die ehemaligen Grundsätze. (prioribus sanctionibus) Nec minus soll so viel heißen, als nec amplius. Es soll nicht mehr, wie ehemals, die allgemeine Erwähnung der Güter, als eine Specialverpfändung des gegenwärtigen Vermögens angesehen werden. Hieraus, und daß ehemals eine allgemeine Verpfändung die künftigen Güter nicht mit begriffen, ist L. 9. pr. de pign. zu erklären. Sed et quod ad eas res, quas eo tempore, quo pacifceba-

servari debet. In denen vorhergehenden Gesetzen wird von solchen Sachen geredet, die unter der allgemeinen Hypothek nicht mit verstanden werden. Darauf folgt dieses Gesetz. Wer sieht nicht, daß, wenn es einen Bestand haben soll, vor *habetis* ein *non* eingeschoben werden müsse? Alsdenn kommt der Sinn heraus, daß auf diejenigen Sachen, welche der Schuldner zur Zeit der Verpfändung noch nicht besessen, sondern erst nachher erworben, sich die allgemeine Hypothek ebenfalls nicht erstrecke. Beweise, daß die Asten unter der allgemeinen Hypothek künftige Güter nicht mit begriffen, auch überhaupt von Verpfändung künftiger Güter nichts hielten, sind auch oben da gewesen.

(58) L. 34. §. 2. de pignor. Creditor pignori accepit a debitore, quicquid in bonis habet, habiturusve esset. Quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis eius facta sint, obligata creditori pignoris esse coeperint? Respondit, coepisse. Was hier von dem Fall, da ein Anderer Gläubiger dem Pfandschuldner noch ein Darlehn gegeben, gesagt worden, hat auch alsdenn seine Anwendung, wenn eben derselbe Pfandgläubiger hernach selbst noch ein Capital dem Schuldner geborget.

S. 37.

Inzwischen darf bey dieser Art des Pfandrechts der Gläubiger, wenigstens so lange noch andere Güter vorhanden sind, sich nicht sogleich an denjenigen Sachen des Schuldners vergreifen, welche er vorzüglich nöthig hat, oder die ihm besonders an Herzen liegen. (59)

(59) L. 6. depignor. Obligatione generali rerum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligatorum non fuisse. Vtputa supellex. Item vestis relinquenda est debitori. Et ex mancipiis, quae in eo utu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse. Proinde de ministeriis eius perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem eius pertineant. L. 7. eod. Vel quae in usum quotidianum habentur, Serviana non competit. L. 8. eod. Denique concubinam, filios naturales, *alumnos*, constitit generali obligatione non contineri, et si qua alia sunt huiusmodi ministeria. L. 1. C. quae res pignori. *Alumnos tuos et caeteras res, quas neminem credibile est pignori specialiter daturum fuisse, generali pacti conventionione, quae de bonis tuis facta est, in causa pignoris non fuisse, rationis est.* Wer mit seiner Magd in Concubinat lebte, hatte solche gleichsam stillschweigend von der allgemeinen Verpfändung ausgenommen. Die

Kinder, so er mit ihr erzeugt, (*alumnos*) oder die etwa ein anderer seiner Blutsfreunde mit des Verpfänders Magd im Concubinat erzielt hatte (*naturales*) waren gleichfalls, wegen der vermuthlichen Zuneigung abgesondert. Man streitet über die Frage, ob nicht wenigstens in Ermangelung anderer Güter der Gläubiger sich an die stillschweigend ausgenommenen Objecte halten könne. DONELLVS verneint die Frage, wenn zur Zeit der Verpfändung der Schuldner noch andere Güter gehabt hat. Inzwischen ist, wenn der Schuldner diese Objecte noch selbst besitzt, hier eben das zu wiederholen, was schon oben gesagt worden. Da der Schuldner mit allem dem Seinigen für jede Schuld haftet, so kann man zuletzt auch die nöthigsten Sachen bey ihm zur Execution angeben. Sollte hingegen schon ein anderer das Eigenthum dieser Objecte erworben haben, so wäre freylich dem Donellus beyzusplichten, weil, was von einer Hypothek besonders und als durch eine Verabredung ausgenommen ist, auf keinerley Weise

Weise unter dieselbe gezogen werden kann. Daher wäre denen practischen Rechtsgelehrten die Cauteil zu empfehlen, daß sie bey Generalverpfändungen auch die Clausel gebrauchten: *entbehrliches und unentbehrliches.* cf. Paul. Sent. Rec. L. 5. tit. 7. §. 16. Daß übrigens in unsern Gesetzen *alumni* und *naturales* nicht allemal eben dasselbe bedeuten, was in diesem Gesetze, sondern unter jenen auch alle freye Personen, die man aufzieht, unter diesen aber alle nicht ehelich erzeugte begriffen werden, ist bekannt. BALDVIN Pr. de pign. et hyp. Jurisprud. R. et Att. T. I. p. 308. merkt gar recht an, daß diejenige Ordnung, welche

bey denen in Vollstreckung der Hülfe geschehenden Pfandnehmungen und bey der Veräußerung derer abgepfändeten Stücke zu beobachten ist, daß man nemlich bey denen Mobilien anfangen, und denn zu denen Grundstücken, hernach aber erst zu denen ausstehenden Forderungen des Schuldners schreiten solle, demjenigen, der eine allgemeine Hypothek erhalten, nicht vorgeschrieben sey. Dieser kann von denen nicht besonders ausgenommenen Stücken zu seiner Befriedigung wählen was ihm zuerst beliebt; er mag bey den Grundstücken oder den Mobilien den Anfang machen.

§. 38.

Der Erbe des Schuldners muß dieses Pfandrecht ebenfalls in Absicht der sämtlichen Güter des Erblassers erkennen, doch sind die eigenen Güter des Erben darunter nicht zugleich mit begriffen. (60)

(60) L. 29. pr. de pign. Paulus respondit, *generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum: sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris.* Der Erbe haftet zwar vor die Schuld seines Erblassers, so weit die Kräfte der Erbschaft zu-

reichen. Er würde auch schuldig seyn, das Pfandrecht, wenn es der Erblasser auf ein oder das andere Stück seiner, des Erben, Güter hätte legen wollen, zu erkennen, weil er gleichsam unter dieser Bedingung die Erbschaft gethan. Allein es ist nicht die Vermuthung, daß des Erblassers Wille dahin gegangen.

§. 39.

Wenn die allgemeine Verpfändung durch einen Knecht, in Angelegenheiten seines Herrn geschähe, so war der contrahirende Knecht selbst unter dem allgemeinen Pfandrechte begriffen. (61)

(61) L. 29. §. 3. de pign. Si sciente et consentiente domino, servus, ut omnia bona do- mini pignori obligata essent, convenit ipsum quoque, qui cavet, obligatum esse pignoris jure.

§. 40.

Ob und wie weit auf eine käufliche Bedienung die Generallhypothek erstreckt werden könne, wurde vor Justinian sehr gezwweifelt, bis dieser den Streit durch eine besondere Verordnung entschieden hat. (62)

(62) L. ult. C. de pign. Super hypothecis, quas argenti distractores, vel metaxarii, vel alii quarumcunque specierum mercatores pecunias sibi creditibus dare solent, hoc specialiter super amputanda omnimachinatione sancimus, ut, si post hujusmodi contractum liberis suis, vel alio modo cognatis, quamcunque militiam iidem negotiatores acquisierint, (eam tamen, quae vendi vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest) liceat creditoribus eorum, etiam non probantibus ex pecuniis eorumdem negotiatorum liberos eorum, vel cognatos militasse (dum tamen contrarium non probetur, alios ex suo patrimonio dedisse pecunias) creditum ab his, qui militarint, exigere: vel tantum eos efflagitare, quanti vendi eadem militia possit. Quod ita obtinere sancimus, et si extraneis quibusdam iidem negotiatores de suis pecuniis hujusmodi militiam acquisisse probentur: ut quod generatim in ipsis debitoribus militantibus talem militiam, quae vendi, vel ad heredes transmitti potest, permillum est, ut liceat creditoribus et adhuc viventium debitorum jure hypothecae vindicare militias, nisi sibi satisfiat: et post mortem eorum exigere, quod pro iisdem militiis pro tenore communis militantum placiti, vel divinae sanctionis tale praestantur

stantis beneficium, dari solet: hoc in negotiatorum personis, licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint, integrum creditoribus eorum servetur. Quod scilicet in futuris militiis, non etiam in his, quas liberi vel cognati eorundem negotiatorum, vel extranei pecuniis eorum meruerunt, tenere sancimus. Argenti distractores sind hier eben das, was argentarii, öffentliche privilegierte Wechsler. Metaxarii sind Kaufleute, die mit Seide oder Seidenwaaren handeln. Metaxa heist zwar im weitläufigen Verstande ein jedes Gebüde von wollenen, oder linnenen, oder sonstigen Garn und Gespinnste; in engerer Bedeutung aber, rohe oder gearbeitete Seide. Es gab bey dem kaiserlichen Hofe Bedienungen (militiae) die auf gewisse Art käuflich waren, und woran des Bedienten Erben einigermaßen Antheil hatten, wie solches von dem Siegelführer in der Canzley (Adjutor Quaestoris) und andern Bedienten bekannt ist. Dergleichen Bedienung bekleiden und erhalten haben, hieß militare. Die besondere Eigenschaft dieser Bedienungen war folgende: Unterweilen erbten sie auf die Söhne, dergestalt, daß diese darinnen folgten, wenn sie gleich des Vaters Erben nicht geworden. Ja sie erbten auch wol auf Fremde, die der Bediente zu Erben ernannt hatte. Nur mußten diese Söhne oder Fremde, ein Stück Geld bey dem An-

tritt an die übrigen Bedienten geben. Unterweilen gieng die Bedienung zwar nicht auf die Söhne oder fremde Erben über, jedoch mußte der ernannte Nachfolger in der Bedienung, der Witwe und den Kindern, und in deren Ermangelung denen Gläubigern des Vorgängers ein gewisses Stück Geld bey dem Antritt auszahlen, welches die Gewohnheit des Collegii (commune militantium placitum) oder ausdrückliche Gesetze, (divinae sanctionis beneficium) bestimmten. In so fern war auch eine Art von Vererbung dabey, weil, obgleich die Bedienung selbst nicht auf die Erben gieng, diesen doch dieselbe gleichsam abgekauft werden müssen. Es war auch erlaubt, dergleichen Bedienungen bey Lebzeiten einem andern zu überlassen und sich ein Stück Geld, das die Observanz mit sich brachte, von dem Nachfolger auszahlen zu lassen, besonders wenn der Vorgänger zu einer höhern Stufe stieg (vendi vel ad heredes sub certa definitione transmitti potest.) Wenn Jemand seinem Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht, auf seine zukünftigen Güter, eines Darlehns wegen gab; so verordnet Justinian, daß sich der Gläubiger, außer denen übrigen, seit dem, dem Schuldner zugefallenen Erwerbungen, auch an die in der Folge erkaufte gewissermaßen erbliche und käufliche Bedienung, d. i. an die sämtlichen Einkünfte solle halten können,

nen, so in Besoldung, einigen Naturalzugängen, und sonstigen Accidentien zu bestehen pflegte. Die Art, wie sich der Gläubiger an den Dienst halten soll, ist verschieden, nachdem der Schuldner schon todt ist oder noch lebt. Im letztern Fall soll der Inhaber der Bedienung entweder so viel zur Befriedigung des Gläubigers bezahlen, als ein Käufer davor bezahlen würde, quanti vendi militia possit, oder er muß sich gefallen lassen, daß sie der Pfandgläubiger zum Anschlag bringt und sich aus dem Kaufgelde bezahlt macht. Im erstern Fall hingegen kann sich der Gläubiger nur an dasjenige Geld halten, welches nach dem Obigen, der Nachfolger am Dienst, denen Nachgelassenen und Gläubigern des Vorgängers herauszugeben hat. Es steht aber dem Gläubiger an der Bedienung das Pfandrecht nicht nur alsdenn zu, wenn der Schuldner dieselbe vor sich selbst erkaufet, sondern auch, wenn solches vor seine Söhne, Verwandten oder Fremde geschehen. Nur muß in allen Fällen der Schuldner mit seinem Gelde den Dienst bezahlen, und nicht ein anderer sein Geld davor erlegt haben. Daher entstand die Frage: Ist zu vermuthen, daß der Schuldner die Bedienung mit seinem Gelde bezahlt, oder daß ein anderer das Geld hergegeben? Justinian entscheidet diese Frage; doch nur in Ansehung der Kaufleute. Nicht weil diese das meh-

reste Geld hatten, und daher am gewöhnlichsten die käuflichen Bedienungen an sich brachten, oder weil sie den mehresten Verkehr hatten, und es daher bey ihnen am meisten zweifelhaft seyn konnte, ob von dem Schuldner oder einem andern, das Geld vor den Dienst bezahlt sey, sondern weil Justinian seine Verordnung auf die Wechsel und Kaufleute allein eingeschränkt wissen wollte, wie aus dem Folgenden erhellen wird. Er wollte nemlich entweder, daß, wenn ein anderer, als ein Kaufmann und Wechsel, eine allgemeine Hypothek ertheilte und mit dem dagegen erborgten Gelde, nicht sich, sondern einem derer Seinigen, oder einem Fremden, eine käufliche Bedienung erwürbe, der Gläubiger daran keine Hypothek haben sollte, oder wenigstens, daß, wenn der Schuldner, so das Geld geborget, bey Erhandlung der Bedienung Dienste geleistet, keine Vermuthung vor den Gläubiger entstehen sollte, daß mit des Erborgers Gelde der Kauf gemacht sey. Hingegen in Ansehung der Kaufleute und Wechsel geht die Entscheidung dahin: Wenn der Kaufmann die Bedienung vor einen Fremden erkaufet, so muß der Gläubiger erweisen, daß jener, nemlich der Kaufmann, sein Geld davor bezahlt. Hat er aber den Dienst vor seine Kinder, oder Verwandten erhandelt, so ist die Vermuthung vor den Gläubiger, daß des Schuldners Geld

dazu verwendet sey, und wer widerspricht, muß das Gegentheil erweisen.

Daß von einer allgemeinen Hypothek in diesem Gesetz die Rede sey, lehrt der Anfang desselben: *Super hypothecis*. Die Ursach, warum eben mit des Schuldners Gelde dessen Kindern, Verwandten oder sonstigen guten Freunden die Bedienung soll seyn geschafft worden, ist darinn zu sehen, weil sonst dieselbe mit dem Vermögen des Schuldners in keinem Zusammenhange stünde. Denn ist sie einem andern als dem Schuldner erkaufte worden, und hat auch der Schuldner das Geld dazu nicht hergegeben; was vor eine Verbindung hat sie mit seinem Vermögen? Wenn sie aber mit des Schuldners Gelde angeschafft ist; so hat sie der Schuldner eigentlich erkaufte, und hernach einem andern überlassen. Der Gläubiger behält demnach sein Pfandrecht daran, als an einer Sache, die ehemals seinem Schuldner zugehört habe. Ich bin aber mit denen Erklärern nicht einig, die lehren, daß, wenn auch der Schuldner die Bedienung sich selbst gekauft, es ebenfalls bey diesem Gesetz verbleibe. Denn gehört die Bedienung dem Schuldner, so macht sie einen Theil seines Vermögens schon um deswillen aus, sie sey mit seinem eigenen, oder fremden Gelde erkaufte. Bey denen übrigen Vätern, die ein Schuldner

besitzt und worauf der Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht hat, wird nicht untersucht, mit wessen Gelde solche erkaufte worden, sondern nur, ob sie dem Schuldner zugehören, auf dessen Namen erkaufte worden und von demselben besessen werden. Warum sollte bey einer erkaufte Bedienung ein anderes seyn? Daß man vorher überhaupt daran gezeifelt, ob eine allgemeine Hypothek auf dergleichen Bedienungen sich mit erstrecke, oder ob überhaupt die *Militiae* verpfändet werden könnten, ist aus *Nov. 53. c. 5.* ersichtlich. *Justinian* hat aber durch *cit. l. ult. C. indirecte* sich vor die Meinung erklärt, daß die *Generalhypothek* auf die Bedienung mit gehe und nur in dem Fall, daß solche Bedienung nicht dem Schuldner selbst, sondern einem andern, durch des Schuldners Vermittelung zu Theil geworden, etwas besonderes verordnet. *DONELLVS* hat Unrecht, wenn er die *justinianische* Verordnung nicht bloß auf Kaufleute (*negotiorum personas*) eingeschränkt wissen will, sondern dafür hält, daß die Absicht des Gesetzes auch auf jeden andern Schuldner gehe, der seinem Gläubiger eine *Generalhypothek* gegeben. Den Beweis nimmt er aus denen Worten: *quod generaliter in ipsis debitoribus militantibus etc. permissum est*. Allein diese Worte deuten nicht an, daß die neuere Verordnung des *Justinians*, wegen der

vor andere erkaufte Dienste allgemein seyn solle, sondern sie erweisen eben das, was in dem vorigen gesagt worden, nemlich, daß bey dem Schuldner selbst es nicht darauf ankomme, ob er sich die Bedienung mit eigenem oder fremden Gelde geschafft. Wenn er einem andern solche erkaufte, so ist darauf zu sehen, wer das Geld gegeben, aber wenn selbst der *debitor militans talem militiam, quae vendi vel ad heredes transmitti potest*, in Anspruch genommen wird; denn ist generaliter, d. i. ohne Unterschied denen Gläubigern erlaubt, den Anspruch auf die Bedienung zu richten.

Des DONELLVS Erklärung stoßt offenbar gegen Nov. 136. c. 2. an. Aus dieser Nov. ist zu ersehen, daß, wenn ein Wechselner einem andern, der nicht seiner Lebensart war, Geld geborget, ihm nicht eben die Vorrechte zugekommen, welche L. ult. C. de pign. enthält, und die alsdenn gestattet worden, wenn der Schuldner ein Wechselner ist. Besagte Nov. erweitert zuerst den L. ult. C. auf den Fall, da der Wechselner Gläubiger und ein Mann anderer Art Schuldner ist. Dennoch muß die Novelle nothwendig von einem Fall verstanden werden, da der Wechselner sich ausdrücklich eine allgemeine

Hypothek an dem sämmtlichen Vermögen des Schuldners geben lassen. Es erklären CVJAC. GOTHOFER. STÉPHAN. und fast alle übrigen Commentatoren die Novelle falsch, indem sie darinn eine stillschweigende Hypothek an der mit des Gläubigers Gelde erkaufte Bedienung finden wollen. Die hypothekarische Klage muß nach dem Tode des Bedienten, wegen dessen, so der Nachfolger herauszugeben hat, gegen diesen gerichtet werden, weil er dasjenige in Händen hat, worauf die Hypothek haftet. Sollte er aber dieses Geld schon an die Erben seines Borgängers ausgezahlt haben, so kann er die ihm deshalb nun zustehende *Condictio indebiti* dem Kläger abtreten, und sich dadurch von dessen Anspruch frey machen. Die Worte: *licet ipsi militantes minime debito obnoxii sint*, zeigen nichts weiter an, als daß die Schuld selbst von denen Inhabern der Bedienung nicht gemacht sey und also der Personalanspruch bey ihnen freylich wegfalle. In den letzten Worten des Gesetzes erklärt Justinian, daß er seine Verordnung nur von künftigen Fällen, keinesweges aber von vergangenen, verstanden wissen wolle.

Eine allgemeine Hypothek ist eben so kräftig, als eine besondere (63) und wenn die letztere mit der erstern bey verschiedenen Gläubigern zusammenstößt, so geht es nach dem Vorrechte der Zeit, und der Gläubiger, so eine allgemeine ältere Hypothek hat, kann an jedem dazu gehörigen Stücke der Güter seines Schuldners seine Befriedigung suchen, wenn gleich der spätere Pfandgläubiger daran ein besonderes Pfandrecht haben, und noch sonst viel übriges Vermögen des Schuldners vorhanden seyn sollte. Sind beyde Hypotheken der Zeit nach einander gleich, so hat derjenige, dem die allgemeine Hypothek zusteht, an der Sache, woran dem andern eine Specialhypothek gebührt, gleichen Anspruch. (64)

(63) ANT. FABER Err. pragm. Dec. 6. Err. 4. behauptet daher mit Recht, daß es keinen Fall gebe, wo die Generalhypothek zur Sicherheit unhinlänglich und daher diese bloß durch eine Specialhypothek zu erhalten wäre.

(64) L. 2. qui pot. in pign. Qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur: quamvis ex caeteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum caetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset: deficiente secunda conventionione, secundus creditor in pignore postea dato non tam potior, quam solus inve-

nietur. L. 7. §. 1. eod. Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius acquisiero: putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo nummos debitor dederit, quippe cum res ex nummis pignoris emta, non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat. L. 6. C. eod. Si generaliter bona sint obligata et postea res alii specialiter pignori dentur: quoniam ex generali obligatione potior habetur creditor, qui antea contraxit: si ab illo priore tempore tu comparasti: non oportet te ab eo, qui postea credidit, inquietari.

In dem ersten Gesetz, so die Worte des jetzigen §. wenn gleich der spätere Pfandgläubiger z. erweiset, ist nichts unverständlich als die Worte: *deficiente secunda conventione*. Sie heißen aber eben so viel, als: *deficiente casu sive conditione secundae conventionis*, d. i. wofern der Fall sich nicht begeben sollte, daß das besondere Pfand zur Befriedigung des ersten Gläubigers unzureichend wäre, denn es ist zu merken, daß statt: *quae generaliter accepit*, müsse *quae specialiter accepit* gelesen werden. Wenn der Fall der Unzulänglichkeit der Specialhypothek nicht vorkommen sollte, so ist die Generalhypothek auch gar nicht, als eingeräumt, anzusehen. Daher ist der zweyte Gläubiger an dem ihm besonders verpfändeten, und zu des erstern Gläubigers Generalhypothek zwar gehörigen, aber wegen der nicht wirklich gewordenen Bedingung dem ersten Gläubiger in der That gar nicht verpfändeten Grundstück, sich allein zu halten befugt. ANT. FABER Conject. L. 6. c. 13. will *generaliter* beybehalten, und statt: *caetera*, will er: *certa bona* gelesen wissen. Daß also ein Fall anzunehmen, wo der Gläubiger zwar eine allgemeine Hypothek erhalten, dennoch aber an gewisse Stücke sich nicht eher solle halten können, bis die übrigen zu seiner Befriedigung

nicht zureichen. Diese Erklärung ändert in der Hauptsache nichts und ist ebenfalls eine critische Muthmaßung.

Im L. 7. §. 1. war zwey verschiedenen Gläubigern zu gleicher Zeit, dem einen eine allgemeine, dem andern eine besondere Hypothek gegeben worden. Sie mußten also beyde gleichen Anspruch an der Sache haben, die dem einen besonders verpfändet war. Ulpian macht sich aber in dem von ihm angenommenen Fall den Zweifel, ob nicht der Gläubiger mit dem allgemeinen Pfandrechte dem andern mit der besondern Hypothek vorgehen müsse. Denn das Grundstück, welches der Schuldner in der Folge erwarb, und welches dem einen Gläubiger schon zum voraus zur Specialverpfändung verpfändet war, hatte der Schuldner mit seinem Gelde, solglich mit solchem Gelde erkauft, darauf des Generalpfandgläubigers allgemeine Hypothek allein haftete. Jedoch der Jurist beantwortet sich seinen Zweifel, wie das Geld beschaffen gewesen, so in das Grundstück verwandt worden, gleich selbst. Der Umstand ist von keiner Wichtigkeit. Das Grundstück braucht nicht die Natur und Eigenschaft zu haben, die das hinein gewandte Geld hatte. *Res non succedit in locum pretii*.

§. 42.

So weit gehet übrigens die allgemeine Hypothek nicht, daß der Pfandgläubiger auch diejenigen Gelder, welche sein Pfandschuldner vor Ausbruch des Concurſes einem spätern und nachgehendem Gläubiger wieder gezahlt, von diesem zurück fordern könnte, als welches allein dem Fisco erlaubt ist. (65)

(65) L. 6. §. 6. seq. L. 24. quae in fraud. cred. L. 6. §. 2. L. 12. pr. de R. A. I. P. Die Vorrechte des Fiscus sind hierinn bekannt. L. 18. §. 10. et LL. sq. de Jur. Fisc. L. 5. C. de privil. Fisc. Es ist falsch, wenn C. V. J. A. C. dies Recht des Fiscus aus dessen habenden Hypothek herleiten will. Wenn dieses wäre, so müßten alle vorgehende Pfandgläubiger, die denen nachgehenden schon gezahlten Gelder zurück fordern können. Davon wissen aber die Gesetze nichts. Es ist also ein besonderer, dem Fiscus

allein eigener Vorzug. Der zurückgebende Gläubiger braucht von dem empfangenen Gelde keine Zinsen zu geben, weil er die Sachen nur in die Umstände zu versehen hat, worinn sie vor der an ihn geschehenen Auszahlung waren. Es ist auch kein Zweifel, daß, wenn der schon bezahlte Gläubiger ohne Gefahr die erhaltenen Gelder wieder eingebüßet oder verloren haben, und dadurch nicht mehr bereichert seyn sollte, er dem Fisco nichts zurück zu geben schuldig sey.

§. 43.

Das prätorische Pfandrecht war von besonderer Art. Wenn ein Schuldner wegen gänzlicher Unvermögenheit zur Befriedigung seiner Gläubiger, diesen freywillig sein Vermögen, daran ihre Befriedigung auf rechtliche Art zu suchen, übergab, (cessione bonorum) oder bey angeſtellten Klagen ungehorsamlich ausblieb, oder eine Abwesenheit des Schuldners, die ihm nicht gestattete, sich um das Seinige zu bekümmern, und die vielleicht von lan-

langer Dauer seyn konnte, so daß auch wirklich Niemand ihn in Gerichten vertrat, oder die Unvermögenheit des Schuldners zur Zahlung, oder eine sonstige Gefahr, die denen Gläubigern drohete, eine schleunige Sicherstellung derselben nothwendig machte, oder wenn der Schuldner gestorben war, und es wollte Niemand sein Erbe seyn, so wurden die Gläubiger, oder wer sonst einen Anspruch hatte, von den Gerichten in den Besitz seines Vermögens dergestalt gesetzt, (66) daß sie alles besorgen konnten, was nöthig war, dasselbe so zu erhalten, wie es am besten zu ihrer Befriedigung dienen konnte.

(66) Die Immission betraf meistens das ganze Vermögen, doch auch in gewissen Fällen nur einzelne Stücke desselben. Ehemals erstreckte sie sich nicht auf die ausstehenden Forderungen des Schuldners, als nur in Ermangelung anderes Vermögens desselben. Justinian hat hierinn eine Aenderung gemacht, L. 1. C. de praet. pign. Si praetorium pignus quicumque iudices dandum alicui perspexerint, non solum super mobilibus rebus et immobilibus, et se moventibus, sed etiam super actionibus, quae debitori competunt, praecipimus hoc eis licere decernere. Es soll hienach sogleich in die Action des Schuldners die Immission verfügt werden können, wenn gleich auch ander Vermögen vorhanden. Der Ausdruck: Iudices wird im Codice von Magistratibus gebraucht.

Die Worte des Edicti perp. waren hievon diese: Qui frau-

dationis causa latitavit, si boni viri arbitrato non defendatur, eius bona possideri vendique iubebo.

In bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussores dederit, si neque potestatem sui faciat, neque defendatur, iri iubebo. Si adversus pupillum ex contractu cum eo inito agatur, isque non defendatur, bona eius, quamdiu impubes erit, rei servandae causa possideri iubebo. Eius, cujus bona possessa sunt a creditoribus, veneant, praeterquam pupilli et eius, qui reipublicae causa sine dolo malo abfuit.

Si qui fructus ex praedio debitoris capi poterunt, eos creditor, qui in possessionem bonorum missus est, vendere aut locare necesse habeat.

HOFMANN Hist. Jur. Tom. II. p. 344. seq.

§. 44.

Sie erhielten dadurch Anfangs eine bloße Detention und Verwaltung, und ein Recht, das auf gewisse Art ein Pfandrecht war, auf gewisse Art aber auch nicht. Sie hatten ein Pfandrecht, sofern sie die Güter ihres Schuldners, ihrer Sicherheit wegen, in Händen hatten, sich durch deren Veräußerung zu ihrer Zahlung verhelfen, und, wenigstens nach Justinians neuesten Verordnungen, gegen andere, die an der Immission keinen Antheil nehmen durften, und einige Sachen, worinn die Gläubiger schon die Immission bekommen, in Besitz, und an sich gebracht hatten, die hypothekarische Klage gebrauchen konnten. (67) Sie hatten aber kein Pfandrecht, sofern man sie untereinander betrachtete. Jeder Gläubiger behielt die Art der Forderung und die Stelle und Ordnung, die er ohne dergleichen Immission im Concurs gehabt haben würde. (68) Die eher erhaltene Immission gab dem, der solche vor sich hatte, keinen Vorzug vor dem, der später dazu gekommen war. (69)

(67) L. 2. C. de praet. pign. Veteris juris dubitationem decedentes ad duplum genus hypothecarum perspeximus: unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur: aliud, quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis, non solum tenentem creditorem adjuvari, sed etiam si ab ea possessione cadat, sive sua culpa sive non, sive fortuito casu: humanius esse perspeximus, et in praetorio jure dare recuperationem creditori,

quocunque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur inde jacturam: tamen ne quid amarum in creditoribus consequatur: benignius causam interpretamur, et ei recuperationem damus.

(68) L. 3. C. qui pot. in pign. Cum rempubl. Heliopolitanorum per emolumentum sententiae in rerum tam heredis, quam hereditiarum possessionem missam esse proponas: intelligis,

telligis, quamvis pater tuus cum Sofiano contraxerit, tamen, si personali actione eum habuit obligatum, praeponi tempubl. jure pignoris in his, quae ex auctoritate eius, qui jubere potuit, servandi judicati causa occupavit. Heliopolas ist vermuthlich die Stadt in Phönicien, woraus der Kaiser Severus eine Colonie von italiänischen Gerechtsamen gemacht, L. 1. §. 3. de Censib. und welche PITISC. in Lexico Antiq. Rom. voce: Heliopolis, mit der ägyptischen Stadt dieses Namens verwechselt. Der Sohn dieses Kaisers, Caracalla, Urheber des cit. L. 3. C. entschied den Streit, den sie mit einem andern Gläubiger hatte, der, wie sie, Immision erhalten, dahin, daß, weil die Städte, welche wie Heliopolis, die Rechte einer Republik erhalten, an sich vor gemeinen Personalgläubigern einen Vorzug hätten, diese Stadt auch bey erhaltener Immision beyder Theile eben diesen Vorzug behaupten könne.

(69a) L. 5. §. 3. Vt in poss. legat. Doch war alsdenn eine Ausnahme, wenn die Immisio-

nen von ganz verschiedener Art, zu verschiedenen Zeiten geschahen. L. 2. C. qui pot. in pign. Si decreto praetoris, qui de fideicommissio jus dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi causa prius inducti estis, quam adversarius vester in causam judicati eiusdem fundi pignus occupaverit: jussu eius, qui jure sententiam exsequatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendit, praevalet jure, qui praevenerit tempore. Die Immision, welche der Gläubiger erhielt, war nicht wegen einer Schuld des Erblassers geschehen, denn diese würde allemal vor dem Fideicommiss den Vorzug behauptet haben. Es war eine Schuld des Erben, die die Vollstreckung der Hilfe veranlaßte. Die Vollstreckung war aber nicht durch eine, von Gerichtspersonen unternommene Abpfändung geschehen, sondern durch Einführung des Gläubigers selbst in die Güter, woran er sich halten sollte, und also hatte er kein richterliches, sondern ein prätorisches Pfandrecht erhalten. cf. L. 5. §. 4. Vt in possess. legat.

§. 45.

Wenn einige derer Gläubiger dieses prätorische Pfandrecht erhalten, so kam es auch denen übrigen zu statten, wenn sie sich nur nicht zu spät dazu meldeten,

Dem diejenigen Gläubiger, die in der Folge erst beitreten wollten, mußten, wenn sie gegenwärtig waren, binnen 2. Jahren, abwesende aber wenigstens binnen 4. Jahren und ehe die Veräußerung der Güter schon geschehen, sich erklären, die Immision ebenfalls suchen, auch denen schon im Besitz gesetzten Gläubigern einen Theil ihrer Gerichtskosten wiedergeben. Meldeten sie sich zu spät, so giengen wenigstens die zuerst zur Immision gekommenen Gläubiger in der Befriedigung vor, und nur der Rest des Geldes, der nach ihrer Befriedigung noch vorhanden blieb, wurde zur gerichtlichen Verwahrung gebracht und zu Abfindung derer übrigen Gläubiger verwendet.

§. 46.

Die zur Immision gekommenen Gläubiger suchten einige Zeit nachher um öffentliche Versteigerung der Güter bey der Obrigkeit an; diese setzte dazu eine willkührliche Frist und versuhr alsdenn damit nach rechtlicher Art.

§. 47.

Wurde wegen des Ungehorsams des Beklagten vor der Befestigung des Kriegrechts die Immision erkannt, so wurde seit dem ersten Erkenntniß (*Immissio ex primo decreto*) ein Jahr gewartet, ob sich der Ungehorsame vielleicht noch melden würde. Nach dessen Verfluß, und wenn der Ungehorsam fortbauerte, erfolgte das zweyte Erkenntniß. (*Immissio ex secundo decreto*) Dieses hatte die Wirkung, daß es den Kläger, falls er etwa einen Realanspruch machte, in Ansehung des Possessorii völlig begründete und dem Gegentheil nichts, als blos das Petitorium übrig ließ. Der Kläger hatte auch
nun

nach einen rechtlichen Titel, daß er, wenn die übrigen Erfordernisse einer Verjährung dazu kamen, selbst in *Petitorio* mit der Zeit ungestört gelassen werden mußte. Nicht weniger behielt er die, seitdem gezogenen Nutzungen auf den Fuß, wie ein *bonae fidei possessor*. War aber der gemachte Anspruch eine Personalforderung, so wurde so viel, als zu des Gläubigers Befriedigung nöthig war, nunmehr, versteigert und der Gläubiger damit abgefunden.

§. 48.

Wenn nach der *Litis Contestation* der Beklagte ausblieb, oder dem Abwesenden und Unvertretenen kein eigentlicher Ungehorsam schuld gegeben werden konnte, so mußte nach der ersten *Immision* der Proceß in der Hauptsache, gegen den Abwesenden oder Unberathenen, vermuthlich erst in der Maasse, wie man gegen dergleichen Personen rechtlich zu verfahren pflegt, zum endlichen rechtskräftigen Erkenntniß gebracht werden, ehe im Punkt der *Immision* etwas weiteres vorgieng. Alsdenn aber wurde mit der *Hülfsvollstreckung* dem endlichen Abschiede gemäß (*Immisione judicati ex sequendi causa*) verfahren.

§. 49.

Die *Immisionen* bey der *Caution de damno infecto* und bey der zur Sicherung der Vermächtnisse, haben verschiedenes Besondere, das hierher nicht gehört.

§. 50.

Das richterliche Pfandrecht setzt ein rechtskräftiges Erkenntniß voraus. Dieses wurde durch obrigkeitliche
Abz

Abpfändung (69^b) von so viel Sachen des Schuldners, (69^c) als zur Befriedigung des Gläubigers zureichen mochte, vollstreckt. Seit dieser Abpfändung erhielt der Gläubiger ein wahres beglaubtes Pfandrecht, (70) so demselben auch gegen andere Gläubiger, die keine vorgehende Hypothek hatten, zu statten kam. Wenn mehrere zu verschiedenen Zeiten dergleichen Hülfsvollstreckung erhielten, so wurde ihr Vorzug unter einander nach der Ordnung der Zeit bestimmt, (71) sie aber einer Seite, gingen sämtlich allen Personalgläubigern, die dergleichen Vollstreckung noch nicht erhalten hatten, auf der andern Seite vor. Wie es mit der Verkaufung der abgepfändeten Sachen gehalten worden, wird unten im Kapitel von Verkaufung der Pfänder zu erklären seyn. Donell sucht mit vielen Gründen zu erweisen, daß das gerichtliche Pfandrecht, ebenfalls ein prätorisches Pfandrecht genannt werden müsse. Er hat nicht Unrecht. Allein es ist ein Streit über Worte.

(69^b) Diese Abpfändung stand bloß denen Verwesern der Provinzen zu; denen obrigkeitlichen Personen in den Municipalstädten aber nicht anders, als mit Vorwissen des Praesidis Provinciae. L. II. C. de pign. Nominatori pignori capere sine praesidis auctoritate res nominati non licet. Nominator war die Obrigkeit in dem Municipio. Diese konnte zwar Männer aus ihrer Stadt zu denen öffentl. Bedienstungen bey der Stadt benennen; durfte sie aber, wenn sie sich weigerten, nicht durch Abpfändung zwingen, ohne vorher bey dem Praeses anzufragen. Die Worte

des Ed. perp. wegen Vollstreckung der Hülfe bey Urtheil lauteten so: *Condemnatus ut pecuniam solvat, ab eo cujus de ea re Jurisdictio est, si neque solvat intra legitimum tempus, neque eo nomine satisfaciat, in eum Judicati actionem dabo.* Hoffmann. H. J. T. II. p. 344.

(69^c) Einige Sachen durften nicht gerichtlich abgepfändet werden. L. 7. C. quae res pign. Executores a quocunque iudice dati ad exigenda debita ea, quae civiliter possuntur, servos aratores, aut boves aratorios, aut instrumentum aratorium pignoris
caussa

caussa de possessionibus non abstrahant, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor, aut creditor, aut praefectus pagi vel vici, vel decurio in hac re fuerit detectus: aestimando a iudice supplicio subjungatur. L. 8. eod. Pignorum gratia aliquid, quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit. Avth. Agricultores eod. Agricultores circa rem rusticam occupati, dum villis insident, dum agros colunt, securi sint, in quaeunque parte terrarum: ita ut nullus inveniatur tam audax, ut personas, boves et agrorum instrumenta, aut si quid aliud sit, quod ad agrorum operam rusticam pertineat, invadere, aut capere, aut violenter auferre praesumat. Si quis autem huiusmodi statutum ausu temerario violare praesumerit, in quadruplum ablata restituat: et infamiae notam ipso iure incurrat: imperiali animadversione nihilominus puniendus.

Das erste Gesetz ist von Constant. M. und lautet im Cod. Theod. etwas anders; nemlich so: Intercessores a Rectoribus provinciarum dati ad exigenda etc. Die Worte: aut instrumentum aratorium sind dort weggelassen. Statt: praefectus pagi vel vici steht dort blos: praefectus pacis. Statt: aestimando a iudice supplicio, heist es: a Rectoribus Provinciarum capitali sententiae. Intercessores sind

eben das was Executores. Debita quae civiliter poscuntur, sind debita fiscalia, tributa etc. Das Wort: Creditor, hält GODOFRED. Cod. Th. ad h. l. vor unächt und will davor Curator gesetzt, und darunter den Curator ad cogendas angarias verstanden wissen. So viel ist richtig, daß das Gesetz eigentlich nur von Landesherrlichen Forderungen redet, und also nicht zu begreifen, was Creditor (privatus) dabey zu thun habe. Der Ausdruck: praefectus pacis, im Cod. Th. ist falsch, obgleich die alte Anianische Erklärung und die Basilica solchen angenommen. Der Jesuarch, welcher etwa mit dem Ausdruck: praefectus pacis gemeint seyn könnte, hatte mit Executionen nichts zu thun, wohl aber die Praefecti pagorum. Ob aber gleich das Gesetz nur von Landesobrigkeitlichen Forderungen redet, so ist doch gewiß, daß noch vielweniger, wegen Privatschulden die Execution an dem Ackerwerk vollstreckt werden solle. L. 8. redet auch nur von eben der Art Schulden, wovon L. 7. Denn die Ueberschrift ist: Probo comiti sac. larg. Ob aber gleich der Grund dieser Gesetze allgemein ist, so merkt doch Donell mit Recht an, daß in 4. Fällen es erlaubt sey, die Execution selbst bis auf den Pflug zu vollstrecken. 1) Wenn der Ackermann freywillig sein Ackergeräthe dem Gläubiger zum Specialepfand gegeben. 2) Wenn diese Geräthe

sogleich

sogleich wieder an einen andern Besitzer eben derselben Aecker oder anderer derselben Gegend, verkauft werden. 3) Wenn der Aeckermann des Guths entsetzt wird, und also seine Aeckerbestellung von selbst aufhört. 4) Wenn kein ander Object zur Execution vorhanden. Die Authentica ist eine Verordnung R. Frid. II.

(70) L. 26. §. 1. de pign. act. Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. L. 1. C. si in causa judicati. Res ob causam judicati datas eius jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri, ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis. Cui jus jubendi fuit ist der, welcher sonst Magistratus heist, weil Judex pedaneus die Execution nicht verfügen durfte. V. supra.

Succedit muß nach: ex causa contractus, und vor: auctoritas gelesen werden, und wollen die Worte sagen, daß die gerichtliche Verfügung so gut ein Pfandrecht gebe, als sonst ein Vertrag dergleichen ertheilen könne.

(71) L. 10. qui pot. in pign. Si et jure judicatum et pignus in causa judicati ex auctoritate eius, qui jubere potuit, captum est: privilegium temporis fore potiorum heredem eius, in cujus persona pignus constitutum est. Der Sinn dieses Gesetzes ist dieser: Derjenige, so es schon zur Hülfsvollstreckung gebracht hat, nebst seinen Erben, geht, wenn ihm der Vorzug der Zeit vor einem spätern Pfandgläubiger zu statten kommt, diesem vor, weil er durch die Vollstreckung in dem Augenblick ein Pfandrecht erhalten, da solche geschah, und dieses Pfandrecht, von diesem Tage an, gerechnet werden muß.



Viertes Kapitel.

Von dem Pfandvertrage und denen dabey üblichen Nebenverträgen.

Inhalt.

- §. 51. Ein Pfand kann sich Niemand mit Gewalt nehmen. §. 52. Ein Gläubiger hat es nicht an denen Sachen, die ein anderer mit dieses Gelde sich erkaufte, oder an denen Pfandstücken, die sein Schuldner sich geben lassen, da er seines Gläubigers Geld auf eigenen Namen ausliehe. §. 53. *Contractus pignoris* und *pactum hypothecae*. §. 54. Ob diese *Contracte bonae fide*. oder *str. jur.* sind? §. 55. Ob dazu ein schriftlicher Aufsatz nöthig? §. 56. Ob sie durch einen Bevollmächtigten geschlossen werden, und wiewfern aus dem Pfandvertrag eines andern geklagt werden könne? §. 57. Von symbolischer Ertheilung des Pfandrechts. §. 58. Regel wegen der Personen, die verpfänden können. §. 59. Verbot der Erlangung eines Pfandrechts in einer gewissen Gegend. §. 60. Vom Betrüge und gebrauchten Zwange im Pfandvertrage. §. 61. Wirkung eines ungültigen Pfandvertrags. §. 62. Ob ein Pfandvertrag eine *Novation* macht? §. 63. Von dem alten *Contractu Fiducia*. §. 64. Vom *Pacto antichretico*. §. 65. Wie weit dabey die ordentlichen Zinsen überschritten werden können? §. 66. Ob das antichretische Recht ein Pfandrecht bleibe? §. 67. Vom stillschweigenden *pacto antichretico*. §. 68. Besondere Verordnung Justinians wegen des antichretischen Vertrags mit dem Ackersmann. §. 69. Unterschied zwischen Zinsen und antichretischen Nutzungen. §. 70. Verabredungen, daß der Gläubiger die Hypothek eigenmächtig an sich nehmen solle. §. 71. Vertrag, daß der Schuldner das Pfand bey ausbleibender Zahlung räumen wolle. §. 72. Von andern Nebenverträgen *remissive*.

§. 51.

Es ist Niemanden erlaubt, sich einseitig und thätlich ein Pfand oder Pfandrecht von des andern Gütern anzumahen, sondern es muß dazu einer von denen im vorrigen

rigen angeführten rechtlichen Entstehungsgründen vorhanden seyn. (72)

(72) L. 30. de pign. act. Qui ratiario cred derat, cum ad diem pecunia non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit. Postea flumen crevit, et ratem abstulit, si, invito ratiario retinisset: eius periculo ratem fuisse, respondit. Sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret: culpam dumtaxat ei praestandam, non vim majorem. Ratiarius ist ein Holzflößer. Der Gläubiger, der ihm seine Flöße durch eine eigenmächtige Gewalt zum Unterpfande anhielt, that

darinn Unrecht, und er mußte billig allen aus dieser Thätlichkeit entspringenden Schaden ersetzen. Noch weniger ist es erlaubt, vor einen Schuldner anderer, zu der Schuld gar nicht gehörigen, Personen, ihre Sachen abpfänden zu wollen, worauf zu wiederholten malen Strafen gesetzt sind. L. un. C. null. ex vican. L. 4. C. de Executor. Nov. 52. c. 1. Nov. 134. c. 4. Avth. Sed omnimodo C. ne fil. pro patre.

§. 52.

Wegen Ermangelung eines dergleichen Rechtsgrunds des hat daher Sempronius ordentlicher Weise kein Pfandrecht, wenn er deshalb nichts weiter vor sich anführen kann, als daß sein Geld zu Erkaufung einer Sache verwandt worden, oder daß das ausgeliehene Geld, das ein anderer auf seinen eigenen Namen verborget und deshalb sich ein Pfandrecht geben lassen, sein, des Sempronius Geld sey. (73)

(73) L. 16. C. de pign. Ecti frater tuus non suam, sed ad te pertinentem pecuniam mutuam suo nomine dedit, ac pignus accepit: tamen tibi pignoris obligationem quaerere non potuit. L. 17. eod. Quamvis ea pecunia, quam a te mutuo frater

tuus accepit, comparaverit praedium: tamen nisi specialiter vel generaliter hoc tibi obligaverit, tuae pecuniae numeratio in causam pignoris non deduxit. Sans personali actione debitum apud praesidem petere non prohiberis. L. 19. C. de distr. pign. Si maritus

maritus tuus mutuam (licet non successisti, distrahendi nomine tuo nullam habes facultatem) dedit pecuniam: eorum quae pignoris titulo accepit, si ei

§. 53.

Wofern aus einem Vertrag das Pfandrecht herfließt, so ist entweder dadurch eine Hypothek oder ein Faustpfand dem Gläubiger eingeräumt. Im ersten Fall heist es ein Hypothekvertrag (*pactum hypothecae*), (74) im letztern ein Pfandcontract (*contractus pignoris*). (75) Daß jenes eine erst neuerlich durch die Gesetze bestätigte Verabredung (*pactum legitimum*), dies aber ein seit denen ältesten Zeiten schon verbindlich gewesener Handel (*Contractus*) sey, und daß die Uebergabe des Pfandes in die Hände des Gläubigers dabey den wesentlichsten Umstand ausmache (*realis*), ist zu bekant, als daß man sich dabey aufhalten sollte.

(74) L. 1. pr. de pign. act. cf. BRISSON. de Formul. L. 6. Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventionione, et si non traditum est. n. 100. seqq. p. 507. seq. edit. BACH.

Wegen derer bey denen Pfandverträgen gewöhnlichen Formeln (75) §. 4. I. quib. mod. re contr. v. supra.

§. 54.

Beide Arten der Verträge werden mehr nach Billigkeit und Vernunft, als nach einer bürgerlichen und formularischen Strenge beurtheilt (*bonae fidei, non stricti juris*).

§. 55.

Es wird kein schriftlicher Aufsatz zu dessen Gültigkeit erfordert, sondern das bloße mündliche Versprechen, ist dazu hinreichend. (76)

(76) L. 4. de pign. Contrahitur hypotheca per pactum conventum, cum quis paciscitur, ut res eius propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae. Nec ad rem pertinet, quibus sit verbis: sicuti est et in his obligationibus, quae consensu contrahuntur; et ideo et sine scriptura, si convenit, ut hypotheca sit, et probari poterit: res obligata erit, de qua conveniunt. Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari poterit: et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem, sicut et nuptiae sunt, licet testationes in scriptis habitae non sunt. L. 34. §. 1. de pignor. Idem quaesivit, cum epistola talis emissä sit: Mutuatus abs te quingentos denarios, rogavi, ne sponforem, sed

pignus a me acciperes: exacte enim et pro certo nosti, nemini alii tabernam, servosque meos, quam tibi esse obligatos: et quod tamquam honesto viro fidem habueris: an pignus contractum sit? an vero ea epistola nullius momenti sit, cum sine die et consule sit? Respondit, cum convenisse de pignoribus videtur, non idcirco obligationem pignorum cessare, quod dies et consules additi, vel tabulae signatae non sint. L. 12. C. de pign. Si uxor tua pro pecunia, quam accepit mutuo, res proprias obligavit pignori, eique tu successisti: licet instrumento eius facti testimonium collatum non sit: soluto tamen debito, creditorem de his tibi reddendis solenni jure convenies.

§. 56.

Man kann auch diese Verträge eben so wohl in Person schließen, als dabey andere zu seinen Bevollmächtigten und Mittelspersonen gebrauchen. (77) Deshalb können Abwesende diese Verträge eben so gut unter einander richtig machen, als wenn sie gegenwärtig wären. (78)

(77) L. 11. §. 6. de pign. act. Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur. Adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur. Et ideo ipsi actione pignoratitia convenientur, sed nec mutat, quod constitutum est ab imperatore nostro, posse per liberam personam possessionem acquiri, nam hoc eo pertinēbit, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem vel tutorem apprehendere: ipsam autem obligationem libera persona nobis non semper acquireret. §. 7. eod. Si procurator meus vel tutor rem pignori dederit: ipse agere pignoratitia poterit. Quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare. L. 12. eod. Vel universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere. L. 11. pr. de pignor. Si is, qui bona reipubl. administrat, mutuam pecuniam pro ea accipiat: potest rem eius obligare. L. 16. §. 1. eod. Si, nesciente domino, res eius hypothecae data sit: deinde postea dominus ratum habuerit: dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ratihabitionem ad illud tempus, quo convenit, voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt. L. 21. pr. eod. Si inter colonum et procuratorem meum convenierit de pignore, vel ratam

habente me conventionem, vel mandante: quasi inter me et colonum meum convenisse videatur.

Nach dem ersten Gesetze kann der Pfandvertrag nicht durch einen Bevollmächtigten geschlossen werden, so daß der Principal daraus alle Verbindlichkeiten und Rechte eben so erhielt, als wenn er selbst contrahirte. Ehe man dieses Gesetz aber weiter erklären kann, muß eine Verordnung von Justinian zu Hülfe genommen werden. L. 2. C. per quas pers. nob. obl. acq. Cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiritur quidem ei, cujus nomine pecunia credita est, per hujusmodi numerationem condictio, non autem hypotheca, vel pignus eorum, quae procuratori data vel supposita sunt, dominis contractus acquiritur: Talein differentiam expellentes, sancimus, et condictionem et hypothecariam actionem, vel pignus ipso jure et sine aliqua cessione ad dominum contractus pervenire. Si enim procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem: quare quemadmodum ab initio in personali actione, cessio superflua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis, simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem sive pignoris vinculum vel retentionem sibi acquisitam? Diese

schon an. 530. erschienene Verordnung hob die ehemaligen Grundsätze völlig auf, nach welchen ein Pfandvertrag zum Besten eines andern nicht errichtet werden konnte. Die alte Rechtsgelehrtheit gestattete überhaupt nicht, daß einer durch des andern Verträge Rechte erwerben könne. Von dieser Regel waren aber einige Ausnahmen. Unter diese gehörten unter andern das Darlehn, und andere Contracte, wo gewisse Sachen dem Gegentheile hingegeben werden, die wieder zurückgegeben werden sollen. Wenn einer auf eines andern Namen Geld ausleihe, es mochte des Ausleihers oder des andern Geld seyn, dessen Name dazu gebraucht wurde, so konnte dieser aus solchem Contracte gegen den Schuldner klagen, ohne daß er von dem Ausleiher erst eine Cession zu erhalten nöthig gehabt hätte. Diese Ausnahme war schon sehr alt. Daher es in dem Gesetz heist: *ab initio in personali actione cessio supervacua videbatur*. Obgleich die persönliche, aus dem Darlehn stießende Klage dem Principal des Ausleihers zukam, so konnte letzterer doch keinen Pfandvertrag zum Nutzen des erstern schließen. Die Klage aus dem Darlehn war mehr gleichsam unmittelbar in den Gesetzen gegründet und floß aus dem Empfang und der Verbrauchung fremder Gelder nothwendig. Die Pfandklage aber ließ sich ohne Verabredung

nicht gedenken. Allein Justinian verwirft die alte Spitzfindigkeit und verordnet, daß auch ein Pfandrecht von einem Dritten, dessen Principal erworben werden könne. Auf diese neue Verordnung meint zwar CVJAC. daß Tribonian mit denen Worten des L. II. §. 6. *plerumque non acquiritur; non semper acquirit, gezielte habe*. Allein, das ist darum nicht wohl möglich, weil nach der justinianeischen Verordnung, der Pfandvertrag allemal durch einen Bevollmächtigten eingegangen werden kann. Ulpian hat diese Worte selbst gebraucht und damit auf die besondern Fälle gezielte, in welchen auch schon nach der ältern Rechtsgelehrtheit ein Recht durch einen Bevollmächtigten erlangt werden konnte. J. E. wenn dieser auf seinen eigenen Namen contrahirte, und denn dem Principal sein Recht abtrat, oder den Vertrag in seines Principals Gegenwart schloß, oder dieser nicht anders zu dem Seinigen kommen konnte und also utiliter aus denen Verhandlungen seines Bevollmächtigten klagen mußte. Die kaiserliche Verordnung wegen Erwerbung eines Besitzes durch einen Bevollmächtigten, worauf cit. L. II. §. 6. gezielte wird, ist die vom R. Severo L. 2. C. de acq. poss. Freylich folgte aus dieser Verordnung noch nicht, daß auch das Pfandrecht durch einen Bevollmächtigten erworben werden konnte. Denn bey der Hypothek kam gar nicht

nicht einmal die Ueberlassung eines Besitzes vor; bey dem Faustpfande hingegen, gab es zwar dergleichen; aber die Ueberlassung des Besitzes allein, macht das Pfandrecht nicht aus, sondern der dabey vorkommende Pfandvertrag gehört auch dazu. Daher lehrt Ulpian gar recht, daß wenn der Pfandvertrag schon in Person geschlossen worden und es nur noch auf die Uebergabe des Pfandes ankomme, solche eben so gut an einen Bevollmächtigten, als an den Gläubiger selbst geschehen könne.

Die Worte: §. 7. quod in procuratore ita procedit etc. sollen vermuthlich so viel anzeigen, daß, wenn ein Bevollmächtigter nur Vollmacht gehabt hat zur Verpfändung, er auch dadurch berechtiget sey, das Pfand gegen Erlegung der Schuld bey dem Gläubiger wieder einzulösen. Dieser Satz hatte auch zu Ulpian's Zeiten seinen guten Grund, da der Principal durch die Verpfändung seines Bevollmächtigten noch gar kein Recht erhielt, und also der ganze Handel nur zwischen dem Bevollmächtigten und Gläubiger verbindlich war. Ob aber eben dieser Satz noch nach der justinianischen Verordnung sich behaupten ließe, wäre eine andere Frage.

Ein Bevollmächtigter, der alle Angelegenheiten des Principals unter Händen hat; kann alles

vornehmen, was der Principal vermuthlich thun würde, wenn er selbst gegenwärtig wäre. Er konnte daher nicht nur ehemals nach cit. L. 12. aus seinem geschlossenen Pfandvertrage die daher erwachsenden Klagen erheben, sondern er kann solches auch noch nach der neuesten Jurisprudenz. Verpfändungen selbst waren ihm, weil er nur procurator universorum bonorum, nicht aber procurator universalis war, blos mit der Einschränkung erlaubt, si permiserit is, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere. Von diesem Unterschiede cf. A. FABER Ration. ad h. l.

Noch eine besondere Frage kann bey dieser Gelegenheit entstehen. Es waren schon in den ältern Zeiten einige privilegirt, daß, wenn ein anderer ihr Geld auch auf seinen eigenen Namen ausleihe, sie dennoch an den Schuldner einen Anspruch hatten. Dahin gehörte ein Unmündiger, dessen Vormund des Mündels Geld auf seinen eigenen Namen ausgethan und ein Soldat, dessen Bevollmächtigter es auf gleiche Art mit des Soldaten Geldern gemacht. L. 26. de Reb. cred. Gesetzt nun, der Vormund, oder der Bevollmächtigte des Soldaten, hat sich ein Pfandrecht unter denen angegebenen Umständen geben lassen. Wird der Mündel oder Soldat sich dieses Recht ebenfalls anmaßen dürfen? CVJAC. verneint die

Frage. Ich glaube aber, sie müsse bejaht werden, weil der Grund der justinianischen Verordnung darin besteht, daß die Subtilität, nach welcher ein Recht, sein Capital einzufordern, gar wohl, aber doch kein Pfandrecht durch einen andern erworben werden könnte, und also die Hauptforderung gestattet, das Neben- und zugehörige Recht aber versagt wurde, aufgehoben seyn soll. Hat der angebliche Bevollmächtigte zu der vorgenommenen Verpfändung keine Ordre gehabt, so ist zwar die Verpfändung ungültig, doch kommt ihr die Verwendung des davon erborgten Geldes zum Nutzen des Principals eingetrieffen zu statten. L. 1. C. si al. res pign. Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit, si tamen pecuniam creditoris in rem domini versam constabit, non inutilis erit exceptio, duntaxat, quod numeratum est, exsolvi desideranti. CVJAC. meint, daß in diesem Fall dem Gläubiger auch eine Pfandklage utiliter zu gestatten, weil solche in andern Fällen gebraucht würde, wo die Strenge der Rechte dergleichen versagt, aber die Billigkeit der-

selben das Wort redet. Man wird dawider nichts einzuwenden haben.

Auch derjenige Gläubiger hatte ordentlich Weise und gerade zu kein Pfandrecht, dem dergleichen von des Schuldners Bevollmächtigten eingeräumt war, doch waren um des gemeinen Besten willen die Mandanten der Municipien ausgenommen, nach L. 11. pr. de pign. und des Verpächters Gewalthaber schloß zum Vortheil seines Principals mit dem Pächter einen verbindlichen Pfandvertrag, L. 21. pr. eod. vermuthlich aus dem Grunde des L. 68. ff. de procur.

Cit. L. 16. §. 1. zeigt bloß an, daß die Rätihabition eben die Wirkung habe, als die Vollmacht, ohne zu bestimmen, wie weit der in Vollmacht geschlossene Pfandvertrag den Commitenten berechtige oder verbinde, und widerspricht also dieses Gesetz keinem der vorigen.

(78) L. 23. §. 1. de pignor. Pignoris obligatio etiam inter absentes recte ex contractu obligatur.

§. 57.

Das Pfandrecht wird dabei dem Gläubiger über das Pfand ausdrücklich, gerade zu und deutlich, oder symbolisch und bedeutungsweise dadurch überlassen, daß man

man die briefflichen Urkunden, z. E. Kaufcontracte 2c. welche die Sache betreffen, demselben zum Unterpfind überläßt. (79)

(79) L. 2. C. quae res pign. qui emtiones agrorum suorum
Cum constet, pignus consensu pignori posuit, de ipsi agris obli-
contrahi: non dubitamus, eum, gandis cogitasse.

§. 58.

Der Verfeßer muß nicht nur Eigenthümer seyn, sondern auch in dem Seinigen freye Hände haben. Unmündige und andere, die unter Curatel stehen und mit Unmündigen gleiche Rechte haben, können nicht anders Verpfändungen vornehmen, als sie zu andern Veräußerungen Freyheit und Fähigkeit haben, ja sie können überhaupt vor sich keine Pfandverträge schließen. (80)

(80) L. 38. de pign. act. Pu- metum pignoratitiae actionis,
pillo capienti pignus, propter necessaria est tutoris auctoritas.

§. 59.

Es läßt sich auch gedenken, daß es einem und dem andern verboten sey, ein Pfandrecht in gewissen Gegenden zu erwerben. (81)

(81) Etwas besonderes, hie hergehöriges enthält L. 24. de Pign. In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. Dieses Gesetz bezieht sich vermuthlich auf die Bedienten der dirigirenden Ministers in den Provinzen, welche nach L. 62. pr. de Contr. emt. vend. in der Provinz keine Grundstücken kaufen, aber doch nach L. 34. de reb. cred. Geld ansleihen und sich daher auch zur Sicherheit desselben Grundstücken verpfänden lassen konnten.

§. 60.

Dasjenige, was bey andern Verträgen eine Ungültigkeit macht, ist auch hier von gleicher Wirkung. Es ist daher leicht zu ermessen, daß ein Betrug, ein gebrauchter Zwang und andere ähnliche Dinge, der Verbindlichkeit des Pfandvertrags zuwider sind. (82)

(82) L. 4. C. de pign. Cum te pecuniam accepisse et agros tuos obligasse fatearis: non habet rationem, quod quereris, vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solve creditori tuo pecuniam debitam. Der Zwang, worüber sich der Schuldner beschwerte, war,

daß man ihm in seiner Noth kein Geld anders borgen wollen, als gegen Pfand. Allein dies ist das gemeine Schicksal der meisten, die Geld borgen und konnten nichts helfen, weil die Capitalisten nicht schuldig sind, ihr Geld ohne Sicherheit wegzugeben.

§. 61.

Wenn der Pfandvertrag ganz und gar ungültig ist, so ist er von gar keiner rechtlichen Wirkung und giebt auch nicht einmal eine Retention. (83)

(83) L. 25. de pign. v. sup. Ganz recht merkt BALDVIN, de Pign. et Hyp. c. 13. in Jurisprud. Rom. et Art. p. 290. an, daß dieses Gesetz von einem Verpfänder zu verstehen, der gar keine Fähigkeit zum Versehen gehabt, z. E. einem Unmündigen, oder einer

Sache, die der Verpfändung gar nicht fähig und extra commercium ist. Sonst entsteht zum öftern da, wo keine gültige Verpfändung vorhanden, doch ein Zurückhaltungsrecht, L. 1. pr. eod. L. 1. C. si al. res etc.

§. 62.

Er macht, er mag so gültig seyn als er will, wenn er zu einer alten Schuld hinzu kommt, an sich keine Novation. (84)

(84) L.

(84) L. 10. in quib. causs. obligavit, quaesitum est, an in pign. Tutoris heres cum herede veterem contractum jure res obligata esset? Respondit, secundum pupilli transactione facta, cum ea, quae proponerentur, obligata esse. ex ea majorem partem solvisset, in residuam quantitatem pignus obligatam esse.

§. 63.

Uebrigens ist der heutige Pfandvertrag von dem ursprünglichen wohl zu unterscheiden. Der letztere war mit vielen Feyerlichkeiten verknüpft und hieß *Contractus fiduciae*, weil alle bey Mancipationen verabredete Rückkaufe diesen Namen bekamen. Er bestand entweder in einer auffergerichtlichen Handlung, woben Münz und Waagschaalen und die gewöhnlichen Ceremonien einer Mancipation gebraucht wurden, oder man überließ dem Gläubiger das Pfand gerichtlich (*cessio in jure*). Die Wirkung davon war, daß der Gläubiger ein Eigenthum von dem Pfande so lange erhielt, bis der Schuldner die Remancipation verlangte. (85) Da die Mancipation älter ist als die Zwölf Tafeln, so ist vermuthlich der *Contractus fiduciae* ebenfalls älter. Er wurde auch im eigentlichen Verstande *Nexus* genannt, obwol in weitläufigerer Bedeutung jede andere Mancipation ebenfalls diesen Namen erhielt. Es entsprang daraus *actio fiduciae directa* und *contraria*, welche Klagen mit der *act. pignoratitia directa* und *contraria* überein kamen, und *actiones bonae fidei* waren. Dieser Contract ist noch lange nach Constantini M. Zeiten üblich gewesen und wird eben dadurch die Meinung des *CVJAC.* am besten widerlegt, als ob der von diesem Kaiser bey Verpfändungen aufgehobene *L. Commissoria* und der *Contractus fiduciae* ein nerley wären. Erst die neuere Verordnung des Justinians, durch welche er den Unterschied zwischen *Res Mancipi* und

nec mancipi aufgehoben, hat den Contractum fiduciae aus der Mode gebracht. Der Gläubiger erhielt dadurch, als Eigenthümer, ein Recht der Klage gegen einen jeden Besitzer. Von ganz anderer Art war der eigentliche Pfandcontract (Contractus pignoris). Durch diesen wurde der Gläubiger nicht Eigenthümer, sondern nur Bewahrer, und es hieß daher dieser Contract depositum pignus. Vermuthlich war er bey Rebus nec mancipi üblich, und wurde etwa bey rebus mancipi alsdenn gebraucht, wenn man entweder nicht Lust oder nicht Gelegenheit zum Contractu fiduciae hatte. Dieser Contract gab anfänglich dem Gläubiger kein dinglich Recht, so er gegen einen fremden Besitzer, nach Verlust des eigenen Besitzers hätte verfolgen können. (86)

(85) Daher, daß der Pfandinnhaber durch diesen Contract Eigenthümer des Pfandes wurde, entstanden allerley Verschiedenheiten zwischen demselben und dem eigentlichen Pfandcontracte in der Anwendung. Der Schuldner konnte dem Pfandgläubiger, mit dem er in Contractu fiduciae stand, das Pfandstück nicht verkaufen, weil dieser schon Eigenthümer war, *Paul. Sent. Rec. L. 2. tit. 13. §. 3.* Sener war nicht mehr Eigenthümer und unter dem Vermächtniß seiner Knechte, waren diejenigen nicht mit begriffen, die er durch den Contractum fiduciae andern überlassen hätte. *L. 3. tit. 6. §. 69.* Der Gläubiger hingegen errichtete über die in Händen habende Pfandstücke, Vermächtnisse und sogar Legata vindicationis, als

über sein Eigenthum. *Idem L. 2. tit. 13. §. 6.* Eben hieraus erklärt sich auch *L. 9. §. 2. ff. de Supell. leg. Suppellecili sua omni legata, acceptum argentum pignori non continebitur: quia supellecilem suam legavit: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei vinculum.* Die Worte: in usu creditoris bedeuten einen Besitz, wozu man durch eine Mancipation gekommen, da die Redensart sehr gewöhnlich war: in usu mancipioque. Statt propositum ist vermuthlich depositum zu lesen, so sich auf das oben erwähnte depositum pignus bezieht. Außer denen im Text angegebenen Verschiedenheiten kam übrigens dieser Contract mit dem eigent-

gentlichen Pfandcontract meist überein. Auch der von einigen angemerkte Unterschied, daß der Besitzer der Fiduciae nachverstrichener Zahlungszeit, ohne den Schuldner zu erinnern, das Pfand habe verkaufen können, welches, wie bekannt, bey dem

eigentlichen Pfandvertrage nicht statt hat, scheint mir nicht genugsam erwiesen.

(86) SCHULTIN. Jurisprud. Antejust. ad Cuj. Inst. J. 1. T. 6. §. 3. ad Paul. Sent. Rec. L. 2. T. 13.

§. 64.

Beym Pfandvertrage werden oft mancherley Nebenbedingungen ausgemacht. Unter diesen ist eine der merkwürdigsten diejenige, da dem Gläubiger das Pfand dergestalt eingegeben wird, daß er die sämtlichen Nutzungen ohne alle Berechnung behalten, und solche statt der Zinsen seines Capitals rechnen soll. (87) Dieser Vertrag heißt der antichretische.

(87) L. 1. §. 3. de pign. Pacto placuit, ut, ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae, quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum, ad diem minore foenore non soluto, legitimae majores usurae stipulanti recte promitti potuerunt, enthält keine wahre antichresin, weil der Fuß der Zinsen dabey beygehalten worden, wie CVJ. ad h. l. ganz recht anmerkt. Es waren erlaubte Zinsen versprochen, und auf solche die Nutzungen pro rata abzurechnen, dem

Gläubiger eingeräumt worden, nur daß man vor der Hand geringere Zinsen, als die zu äußerst erlaubten ausgemacht, auf den Fall der Nichtzahlung aber ein höheres und vielleicht das äußerste Interesse versprochen hatte. Es war also außer Zweifel, daß der Gläubiger auf die eine oder die andere Art von Zinsen, nachdem der Fall war, die Nutzungen abrechnen konnte. SALMAS. hat die Rechtsgelehrten einen andern Begriff von der Antichresin lehren wollen, als sie zu haben pflegen, allein NOODT hat diesem stolzen Kritiker begegnet, wie sich gebührt. Obs. L. 2. c. 9.

§. 65.

Dergleichen Vertrag einzugehen, ist denen Rechten nicht zuwider, wenn auch gleich die Früchte mehr ausmachen sollten, als das landübliche Interesse. (88) Nur müssen die Nutzungen in ungewissen Einkünften bestehen. Denn wenn die Nutzungen gar keiner Ungewißheit unterworfen sind, so sieht man den Vertrag als einen unerlaubten wucherlichen Handel an. Auch selbst bey ungewissen Nutzungen hat man nicht unbillig die Meinung angenommen, daß solche wenigstens nicht ordentlicher Weise alljährlich über die gesetzlichen Zinsen um ein ziemliches hinausgehen müssen, wenigstens daß dieselben von solcher Ergiebigkeit seyn würden, nicht wahrscheinlich zum voraus gesehen werden können. Denn wenn der Ertrag wenigstens gewöhnlicher Maaßen sollte so ansehnlich seyn und man zum voraus gesehen, daß der Vortheil das erlaubte Interesse weit übertreffen werde, so seht allerdings eine unzulässige Gewinnsucht und ein unziemlicher Wucher dahinter.

(88) L. 14. C. de Usur. Si ea pactione uxor tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quaestionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore forte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur. L. 17. eod. Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obli-

gavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur: obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum eventum rescindi placita non possunt. Es versteht sich aber von selbst, daß der Schuldner ausdrücklich dem Gläubiger die sämtlichen Nutzungen statt der Interessen müsse überlassen und denselben aller Rechnungsablegungen und Nachweisungen berentwegen entlediget haben, weil jener sich dadurch etwas vergleibt, was er nach den Gesetzen sonst fordern könnte und dergleichen Renunciationen nicht vermuthet werden.

§. 66.

Das Pfandgeschäft verliert durch diese Verabredung seine Eigenschaften im übrigen keinesweges und es ist ungegründet, wenn einige im Fall eines antichretischen Vertrages keine Pfandklage gestatten wollen. (89)

(89) L. 33. de pign. act. Si pecuniam debitor solverit, potest pignoratitia actione uti ad recuperandam ἀντιχρησίου, nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti. L. 11. §. 1. de pign. Si ἀντιχρησίου i. e. mutuus pignoris usus pro credito, facta sit: et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur: eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque. Itaque, si amiserit possessionem, solet in factum actione uti. Die actio in factum, deren in dem letztern Gesetz erwähnt wird, schließt die hypothecarische nicht aus, oder ist in effectu eben dieselbe. CVJ. L. 3. Obl. 35. Die Verbesserung des NOODT Obl. L. 2. c. 9. der statt: in factum actione uti, gegen das Ansehen derer Basilicorum, hac actione uti, gesetzt haben will, ist daher nicht nöthig. Noch weniger hat man Ursach, um dieser actionis in factum willen mit dem VINNIVS

Sel. Quaest. L. 2. c. 7. gar zu leugnen, daß die Antichresis eine Verpfändung sey, da die übrigen zu dieser Materie gehörigen Gesetze dem VINNIVS klar widersprechen.

In dem erstern Gesetz ist die Bedeutung des Worts: verbum merkwürdig, welches hier so viel als: formula, actio, heist, in welchem Verstande es auch L. 4. §. 2. de Vulg. et pup. subst. und L. 2. C. de bon. vacant. vorkommt.

Es ist lächerlich, wenn die Glossatoren aus Unwissenheit der griechischen Sprache, in diesem Gesetz statt: ἀντιχρησίου lieber antiphona gelesen haben wollten, welche Lesart ebenfalls BARTOLVS angenommen, und dieses Gesetz mit dem, was ihm von den heiligen Antiphonen in der Kirche bekannt gewesen, erbaulich erläutert hat.

Einige nehmen auch eine stillschweigende antichresis an und haben in der Sache recht; obgleich der Name unschicklich ist. (90) Andere aber wollen dergleichen nicht passiren lassen, ob sie gleich keine sonderlichen Gründe anführen können.

(90) L. 8. in quib. causs. pign. Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum usuras retinere. Einige, als Hoffmann und andere, lesen hier non gratuita, allein Robert, Eujac. ic. halten diese Verbesserung für unzulässig, da sie ohne gegründete Autorität ist und einen Satz in das Gesetz bringen würde, daran niemand zweifeln könnte, und der also keiner Anmerkung bedurfte. cf. ANT. FABRI Err. Pragm. Dec. 9. Err. 5. 6. Man kann inzwischen die stillschweigende Einwilligung des Schuldners, daß der Gläubiger so viel Nutzungen behalten soll, als das Interesse ausmacht, ohne erachtet diesem nicht ausdrücklich Zinsen versprochen worden, keine Antichresis nennen, weil die Antichresis an die Größe der Zinsen nicht gebunden ist.

Daß übrigens der Verord- nung dieses Gesetzes L. 4. und 22. C. de Usur. nicht entgegen stehe, lehrt das, was anderwärts in dieser Arbeit von diesen beyden Gesetzen gesagt worden und hat diesen scheinbaren Widerspruch

auch NOODT gehoben, Tr. de foen. et usur. L. 2. c. 9.

Die stillschweigende Verpres- chung der Zinsen, welche man in cit. L. 8. annimmt, will VIN- NIVS Sel. Quaest. L. 2. c. 7. darum nicht eingestehen, weil L. 1. 2. 3. C. de P. A. und mehrern andern Gesetzen ausdrücklich ge- sagt würde, daß die Früchte des Pfandstückes auf das Kapital ge- rechnet werden sollten. Deshalb könne keine stillschweigende Ver- abredung behauptet werden, daß man statt der Zinsen die Früchte ziehen solle. Allein alle dem VINNIVS mit cit. L. 8. in Wi- derspruch zu stehen scheinende Ge- setze, wollen weiter nichts, als daß der Gläubiger die Früchte nicht als einen Nebengewinn an- sehen solle, wovon er keine Rech- nung abzulegen habe, und die er ziehe, ohne daß deshalb ein Pfens- nig von der Schuld abgehe. Nein, den Vortheil von den Früchten soll der Eigenthümer ha- ben, daß dadurch seine Schuld getilget werde. Die Schuld wird aber getilget und er gewinnt nicht nur, wenn die Früchte auf das Kapital, so er schuldig ist, ab- gerech-

gerechnet werden, sondern auch, wenn dadurch die Zinsen, so er schuldig ist, sich vermindern. Also ist die Frage, ob der Schuldner Zinsen zu bezahlen habe, welche durch die Früchte vergütet worden? in allen diesen Gesetzen gar nicht entschieden.

§. 68.

Ein besonder Verbot, das antichretische Pfand betreffend, schreibt sich vom Justinian her und besteht darinn, daß mit dem Bauer und Ackersmann kein dergleichen Vertrag über sein Land oder Feldgeräthe errichtet werden soll, (91) weil dadurch der Bauer außer den Besitz seiner Aecker und Felder gesetzt wird und der Staat davon allerley Nachtheil hat. Blos das ordentliche Interesse soll der Bauer geben und seine Grundstücken selbst, mit dem, was über die ordentlichen Zinsen an Früchten gezogen worden, wieder zurück bekommen. Von erborgtem Getraide soll der Bauer jährlich den 8ten Schesfel zum Zins bezahlen.

(91) Nov. 34. Rem duram etc. Venit enim ad nostras aures, quosdam etc. avare temporum necessitate captata, foeneratorios fecisse contractus, et paucam mensuram dantes *terrulas eorum abstraxisse* etc. Sancimus itaque, omnes hujusmodi creditores, quantumcunque vel tritici, vel hordei, vel in alia specie, quae in fructibus aridis est, dederint: hoc reddito, in praesenti cum parte modii octava, per singulos modios, in unoquoque anno praestanda, *terrulas colonis restituere*: nemine penitus eorum audente *terrulas detinere sub occasione foeneratitiae cautionis* etc.

Sin autem pecunias dedit etc. Secundum hunc modum in quantum foenus permanserit, percipientes, sive *terrulas*, sive aliud in pignus acceperunt, boves forte, vel pecora, vel *mancipia: haec modis omnibus redant* etc. Scituris omnibus creditoribus, quod si aliquid praeter hoc commiserint: *exactione cadent*. Von gleichem Inhalt ist Nov. 32. und avth. Ad haec C. de Usur. Der kurze Inhalt ist dieser: Der Ackersmann soll nie über eine gewisse in der Nov. bestimmte Quantität von Zinsen wegen geborgten Geldes oder Getraides beschwert und auch nicht durch einen anti-

chreti.

chretischen Vertrag zu der Einbuße aller Nutzungen seiner Ländereyen gebracht werden können, sondern es soll in allen

Fällen bey dem einmal festgesetzten gesetzlichen Zinse verbleiben, bey Verlust des Hauptstammes.

§. 69.

Man nimmt im übrigen verschiedene Abweichungen der Antichresis von den gewöhnlichen Zinsen an, die theils gegründet, theils unerweislich sind. (92)

(92) L. 11. C. de Usur. Daß die Antichresis an den Fuß der Interessen nicht gebunden sey und ultra alterum tantum fortlaufe, ist gegründet, weil dieselbe als ein Pacht angesehen wird. Daß aber, wie man aus L. 11. C. de Usur. behauptet, die bloße außergerichtliche Anbiethung des Capitals allemal die Antichresis

aufhebe, wogegen die Zinsen nicht eher ein Ende hätten, bis das Geld gerichtlich deponiret worden, ist aus dem Gesetze nicht ersichtlich. Es heist: post oblatam sibi jure pecuniam, quam non suscepit (creditor.) Diese Worte scheinen keine außergerichtliche Anbiethung anzuzeigen.

§. 70.

Eine andere Nebenverabredung kann darinn bestehen, daß der Pfandgläubiger auf den Fall der vorenthalteneu Zahlung den Besitz der Hypothek eigenmächtig und gewaltthätig solle ergreifen können. Diese Verabredung ist ungültig und berechtigt den Gläubiger keinesweges, zu der ausgemachten Selbsthülfe. (93)

(93) L. 3. C. de pign. Creditores, qui non reddita sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur: attamen auctoritate praesidis possessionem adipisci debent.

Die Erklärung dererjenigen ist falsch, die glauben, daß in diesem Gesetze eine eigenmächtige Thätlichkeit erlaubt werde, und nur hinzusetzen, daß solche gegen die Höflichkeit und Artigkeit sey. Diejenigen, welche diese Erklärung anneh-

annehmen, gründen sich in L. 11. C. de pign. act. Pignoris causa res obligatas, soluto debito restituere debere, pignoratitiae actionis natura declarat, quo jure, si titulo pignoris obligasti mancipia, per eandem actionem uti potes: nec creditor *citra conventionem vel praesidialem jussionem* debiti causa, res debitoris arbitrio suo auferre potest. Allein dieses Gesetz beweist dar: um nichts, weil die Uebersetzung desselben in den Basilicis zeigt, daß statt: *vel es et* heißen müsse. *Videntur* im L. 3. C. de pign. muß nicht von einem rechtlichen Anschein, sondern von einer Meinung derer, die der Rechte unkundig, verstanden werden. Inzwischen ist doch zu unterscheiden, ob der Gegentheil sich bey der Besitznehmung widersetzt, ob er abwesend ist, oder ob er gar dar:

ein williget, daß man selbst zugreife. Im letzten Fall ist gar keine unrechte That vorhanden. Im zweyten auch nicht. Denn hier wird nichts gegen die öffentliche Ruhe vorgenommen und der Vertrag ist einmal da. Im ersten Fall aber entsteht eine Verletzung der öffentlichen Ruhe und der Vertrag kann nicht gelten, 1) weil es ohne Unterschied ein Verbrechen ist, mit Gewalt einem andern einen Besitz entziehen, L. 5. C. ad L. Jul. de vi. 2) Weil alle Verträge ungültig, die zu schädlichen und unrichtigen Handlungen verleiten können, L. 6. C. de pact. L. 5. ff. de pact. dot. L. 23. ff. de R. J. Ich glaube daher nicht einmal, daß die Strafe des verletzten Ed-cti D. Marci in diesem Fall nachzulassen wäre.

§. 71.

Hingegen ist die Verabredung des Schuldners mit seinen Pfandgläubigern, da er ihnen versprochen, daß, wofern er zu bestimmter Zeit mit der Zahlung nicht innehalten sollte, er ihnen auf diesen Fall die Pfänder zu ihrer Befriedigung einräumen und überlassen wolle, zwar gültig, aber ohne besondern Nutzen. (94)

(94) L. 1. C. de pact. pign. Qui pactus est, nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuatam accepit, solveret, cessurum se creditoribus, hypothecae

venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod jure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat. Communis itaque jure creditor hypothecam

Westph. Erl. v. Pf. R.

3 vende-

vendere debet. Es war die Frage, ob der erwähnte Vertrag denen Gläubigern ein Recht gäbe, die Pfandstücken unter sich zu vertheilen, und statt Zahlung anzunehmen. Diese Frage wird verneint. Entweder hätten die Gläubiger vor dasjenige Geld, was sie darauf geliehen, unwidertreiblich dieselben behalten wollen, das wäre ein unerlaubter L. Commiss. gewesen. Oder sie hätten um den taxirten Werth solche an sich nehmen wollen. Deshalb war nichts gesagt und es war nicht zu vermuthen, daß der Schuldner dies gewollt, weil durch die Stei-

gerung die Sachen höher getrieben werden können. Also blieb nichts übrig, als was sich ohne Vertrag schon von selbst verstehen haben würde. Es ist zu verwundern, wie GODOFRED. ad Cod. Theod. L. 3. tit. 2. p. 293. habe diese besondere Wirkung der in diesem Gesetz enthaltenen Verabredung beylegen können, daß ohne Erinnerung des Schuldners das Pfand zu verkaufen, der Gläubiger dadurch berechtigt werde, da doch der Gesetzgeber selbst erklärt, daß die angegebene Verabredung gar keine eigene Wirkung habe.

S. 72.

Noch besondere Nebenverträge sind L. Commissoria, ne pignus vendatur, ut pignus vendere liceat, etc. die aber alle unten in denen Capiteln von Verkaufung des Pfandes und denen Pfandklagen sich besser erklären lassen.



Fünftes Kapitel.

Von dem stillschweigenden Pfandrecht.

Inhalt.

- §. 73. Eintheilung der stillschweigenden Hypotheken in allgemeine und besondere. §. 74. Stillschweigende Hypothek des Fiscus und der Municipalstädte wegen der öffentlichen Abgaben und an den Gütern ihrer Contractschuldner. §. 75. In andern Fällen. §. 76. Stillschweigende Hypothek der Unmündigen in Ansehung des Vormundes. §. 77. Und ähnlicher Personen in Ansehung ihres Curators. §. 78. Auf welcher Curatoren Güter keine stillschweigende Hypothek haftet. §. 79. Stillschweigende Hypothek auf das Vermögen des Stiefvaters. §. 80. Terminus a quo der pupillarischen Hypothek. §. 81. Stillschweigende Hypothek der Frau wegen des Heyrathsguts. §. 82. Wie weit solche auf Kinder und fremde Erben übergehe? §. 83. Auf was für Güter sie hafte? §. 84. Ob sie einer Braut zukomme? §. 85. Stillschweigende Hypothek des Mannes in Ansehung dessen, der das Heyrathsguth versprochen. §. 86. Ingleichen in Ansehung dessen, der das Heyrathsguth gewehret. §. 87. Von der Vermehrung des Heyrathsguths. §. 88. Was das römische Gegenvermächtnis sey? §. 89. Wenn die Frau daran ein Eigenthum habe? §. 90. Wenn eine stillschweigende Hypothek? §. 91. Ob der Mann deshalb an der Frauen Vermögen eine stillschweigende Hypothek habe? §. 92. Recht der Frau, wenn ihr der Mann das Gegenvermächtnis auf seinen Todesfall überlassen. §. 93. Von Paraphernakten. §. 94. Rechte der Kinder bey der zweyten Ehe der Eltern, in Ansehung der Güter aus der vorigen Ehe. §. 95. Daher fließende stillschweigende Hypothek. §. 96. 97. Von dem peculio adventitio. §. 98. Stillschweigende Hypothek der Legatarien. §. 99. Item derer, die zur Ausbesserung eines Hauses geborget. §. 100. Item derer Unmündigen, an Sachen die der Vormund des Soldaten, an Sachen die ein anderer der Frau, an Sachen die der Mann mit dem Heyrathsgelde des Ehegatten, an Sachen die der andere Gatte sich mit dem, so jener diesem geschenkt, angekauft. §. 101. Von

beständigen Gefällen. §. 102. Stillschweigende Hypothek des Vermiethers und Verpächters an dem Gerathe des Miethsmannes und Früchten des Pächters. §. 103. Von der Astermieth und dem Astepacht. §. 104. Chronologie der stillschweigenden Hypotheken. §. 105. Stillschweigende Hypothek wegen des Fuhrlohns.

§. 73.

Dieserigen Hypotheken, welche unmittelbar in den Gesetzen gegründet sind, werden in allgemeine und besondere abgetheilt.

§. 74.

Eine allgemeine Hypothek dieser Art hat 1) das gemeine Wesen auf das Vermögen derer, die öffentliche Steuer und Abgaben schuldig geblieben, (95) ingleichen derer, die Bedienungen bekleiden oder bekleidet haben und dadurch des Staats Schuldner geworden, (96) auch dererjenigen Bürger des Staats, mit denen der Staat irgend einen Vertrag errichtet, der diesem einen Anspruch auf des Bürgers Vermögen giebt. (97)

(95) L. 1. C. in quib. causis pign. Univerſa bona eorum, qui censentur, vice pignorum tributis obligata sunt.

(96) L. 2. C. de privil. Fisci. Wo dem Fiscus bey dem Heyrathsguth, nach dem Vorzug der Zeit seine Stelle angewiesen wird; eine Sache, die blos bey Hypotheken vorkommt. Daß die Municipien gleiche Vorrechte gehabt, ist aus L. 4. C. quo quisq. ord. cony nicht so deutlich zu erweisen. Dieses Gesetz kann eben

so gut von einer bey Antritt des Amts bestellten ausdrücklichen Verpfändung als von einer legalen Hypothek erklärt werden. Weil aber die Praxis denen Städten und Gemeinheiten alle Rechte der Unmündigen beylegt, so kann man aus diesem Grunde ihnen auch eine stillschweigende Hypothek zuschreiben.

(97) L. 2. C. in quib. causis pign. Certum est, eius, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quam-

vis specialiter id non exprimatur. Das ist aber merkwürdig, daß der Fiscus seine Vorrechte auch alsdenn braucht, wenn er seine Forderung von einem Privatmanne erhalten, L. 6. de Jur. Fisc.

Die Municipia haben auch hier ehemals andere Rechte gehabt, als der Fiscus, und ihnen hat sonst keine stillschweigende Hypothek an den Gütern ihrer Schuldner zugestanden, L. 2. C. de Jure reipubl. Einige Municipia waren aber schon in alten Zeiten darinn ausgenommen, daß sie durch die Observanz oder kaiserliche Privilegien sich eine Legalthypothek anwaften. Dahin gehörte Antiochien in Cölesyrien, davon L. 37. de R. A. I. P. Diese Stadt hatte das Vorrecht einer stillschweigenden Hypothek, durch altes Herkommen, und nicht durch kaiserliche Privilegien. Die R. R. Severus und Antoninus hatten ihr viele derer ehemaligen Kaiserprivilegien, eines gegen sie habenden Unwillens wegen, wieder entzogen und es wurde bey Papinian angefragt, ob sie sich nun auch der stillschweigenden Hypothek, die ihr aus dem Herkommen zustand, nicht weiter bedienen könne? Papinian wollte ihr dieses Recht nicht absprechen, weil es in einer Observanz und nicht in kaiserlichen Privilegien gegründet war.

Ob aber gleich die Municipia dergleichen stillschweigende Hypothek ehemals nicht hatten, so ist ihnen doch L. 2. C. de debit. civ. vom Constantin M. ein Recht ertheilet worden, weshalb gestritten wird, wo man es hin rechnen soll. Die Stadt kann sich nach diesem Gesetz an einem fremden Besitzer dererjenigen Grundstücke allerdings halten, die der Schuldner nach entstandener Schuld veräußert hat, allein nicht anders, als wenn von dem Schuldner die Schuld nicht mehr ganz zu erhalten steht, und so, daß der Rest, der von dem Schuldner nicht zu bekommen, nur nach Proportion desjenigen Antheils von dem fremden Besitzer beygetrieben werden kann, den er von denen Grundstücken an sich gebracht, z. E. daß wenn er ein Viertel derer Grundstücke erhalten, er auch ein Viertel zu dem Reste geben muß. Einige machen aus diesem besondern Rechte eine stillschweigende Hypothek, die aber nur das Eigene an sich habe, daß die Forderung nicht in solidum und ungetheilt erhoben werden könne. Andere wollen es vor eine Condition ex Lege ansehen. Das erstere ist natürlicher. Es kommt aber auf diesen Streit nichts an, wenn man nur weiß, wohin das Vorrecht gehe; und dieses ist aus der Verordnung klar.

§. 75.

In allen übrigen Fällen kann der Staat sich keine stillschweigende Hypothek, als Gläubiger, anmaßen. (98)

(98) L. 6. de Jure Fisc. Wo dem Fiscus seine Vorrechte wegen cedirter Forderungen nur in Ansehung derer, der Zeit nach später entstandenen Gläubiger zugestanden werden, nicht aber wegen derer ältern. L. 10. ff. de pact. giebt auch zu erkennen, daß der Fiscus in Ansehung verschiedener Forderungen kein Pfandrechte habe, weil er sich den von denen mehresten Gläubigern, mit dem zum Concurs verfallenen Schuldner eingegangenen Vergleich gefallen lassen soll. Denn Pfandgläubiger sind an dergleichen Vergleiche der übrigen Creditoren nicht gebunden. In Strafforderungen des Fiscus an den sündigenden Bürger, item wenn Jemand dem Fiscus einen gefundenen Schatz vorenthalten und durchgebracht haben sollte, u. d. g. ist keine stillschweigende Hypothek vorhanden.

§. 76.

2) Die Unmündigen haben gleiche Rechte in diesem Punkt in Ansehung des Vermögens ihres bestellten oder auch unberufenen (tutoris et protutoris) Vormundes, ja auch dessen, der nur als ein Freund sich derer unberathenen Unmündigen Bestes angelegen seyn lassen. (negotiorum gestoris).

§. 77.

Eben dieses ist auch von Verrückten und Blödsinnigen, und solchen zu sagen, die, als Verschwender, außer Verwaltung ihres Vermögens gesetzt worden, ja von allen Curatoren der Unglücklichen. Denn ehemals war das persönliche Vorrecht dieser Personen sämtlich gemein, (99) an dessen Stelle nun die stillschweigende Hypothek

pothek getreten, und Justinian selbst scheint im Codice solches nicht undeutlich zu verstehen zu geben. (100)

(99) L. 19. 20. 21. 23. de reb. ant. jud. poss.

(100) L. fin. §. 5. 6. C. de Cur. furios. L. 20. C. de adm. tut.

§. 78.

Nur bey denenjenigen Curatoren fällt diese stillschweigende Hypothek weg, die mit der Aufsicht über die Person nichts zu thun haben. (101^a)

(101a) L. 23. cod.

§. 79.

Die stillschweigende Hypothek der Pupillencuranden erstreckt sich, wenn die Mutter ihrer Kinder Vormünderin wird, nicht allein auf dieser ihr Vermögen, sondern auch, wofern sie vor völlig abgegebener Vormundschaft und geschbehener Abrechnung wieder heyrathet, auf das Vermögen des zweyten Mannes, als der Kinder Stiefvater. (101^b)

(101b) L. 6. C. in quib. caus. pign. Si mater legitime liberorum tutela suscepta, ad secundas contra sacramentum praestitum adspiraverit nuptias, antequam eis tutorem alium fecerit ordinari, eisque quod debetur ex ratione tutelae gestae, persolverit: mariti quoque eius praeteritae tutelae gestae ratiociniis bona jure pignoris tenentur obnoxia. Vor Justinian mußte

allemal die Witwe, so ihrer Kinder Vormünderin werden wollte, der zweyten Ehe eidlich sich begeben. Darauf bezieht sich dieses Gesetz. Justinian hat zwar diesen Eid aufgehoben; jedoch muß die Witwe ohne Eid geloben, daß sie, ohne Verichtigung mit ihren Kindern nicht zur zweyten Ehe schreiten will. Also bleibt die Verordnung des Gesetzes un geändert.

§. 80.

Der Anfang der stillschweigenden Hypothek bey Vormundschaften, wird wie bey allen übrigen, die eine Verwaltung fremder Güter zum Grunde haben, von der Zeit an gerechnet, da die Verwaltung selbst den Anfang genommen und nicht erst von der Zeit an, da der Verweser etwas versehen, oder da diese oder jene einzelne Stücke des Vermögens erst in seine Hände gekommen. (101^c)

(101^c) Dies hat wenigstens deshalb Zweifel vorwaltete, L. 6. Justinian verordnet, da ehemals *fin. C. de bon. quae lib.*

§. 81.

3) Eine Ehefrau hat eine allgemeine stillschweigende Hypothek ihres Heyrathsguths wegen, auf das sämtliche Vermögen des Mannes. (102)

(102) L. un. §. 1. C. de R. V. Act.

§. 82.

Diese Hypothek gehört überdem unter die privilegierten, wenn die Frau selbst oder ihre Kinder, das Heyrathsguth abfordern. Wenn solches aber von andern geschieht, so findet zwar noch die Hypothek statt, nur der Vorzug fällt alsdenn weg. (103)

(103) Nachdem Justinian die *act. ex stipul.* mit der *Act. rei ux.* vereinigt, so fällt das Heyrathsguth, wenn es vom Vater oder väterlichen Großvater herkommt, (*dos profectitia*) bey Trennung der Ehe allemal an diesen; wenn es aber einen andern Ursprung

hat (*dos adventitia*), fällt es stets an die Witwe oder deren Erben, wosern nicht der Wohlthäter, von dem es sich herschreibt, den Rückfall sich vorbehalten, (*dos receptitia*). Ist der Vater, von dem das Heyrathsguth kommt, bey dem Ableben des Mannes schon todt,

todt, so fällt es gleichfalls an die Witwe oder deren Erben. Die Witwe selbst hat nebst ihren Kindern eine privilegirte Hypothek, L. ult. §. 1. C. qui pot. in pign. Nov. 91. Fremde Erben haben auch die stillschweigende Dotalshypothek, aber keinen Vorzug, L. un. C. de privil.; dor. Diesem ist L. 13. §. 3. ff. de fund. dor. nicht entgegen, wo blos von der Anfechtung der ungültig geschenehen Veräußerung eines Heyrathsguthstücks die Rede ist.

ANT. FABER Conject. L. §. c. 13. will auch denen Kindern den privilegirten Vorzug der Hypothek absprechen. Denn

L. ult. C. qui pot. in pign. und Nov. 91. sagt er, geben denen Kindern der ersten Frau nur einen Vorzug vor der zweyten Frau, nicht aber vor ältern Gläubigern. Allein da die zweyte Frau ältern Gläubigern vorgeht, und die Kinder der ersten, dieser vorgesezt sind, so wird es hier wol heißen: Si vinco vincentem te, vinco etiam te. §. fuerat. I. de action. ist aus diesem Gesetz zu erklären oder zu verbessern. Die Gesetze reden freylich nur von Kindern eben desselben Waters. Es ist aber nicht unbillig, solche von allen Kindern der ersten Frau, auch von einem andern Vater zu verstehen.

§. 83.

Das Pfandrecht erstreckt sich auch auf die zum Heyrathsguth gehörigen Stücken selbst und ist in Absicht dieser stärker, als in Ansehung der übrigen Güter des Mannes. (104)

(104) Denn eine Frau kann sich ihrer Hypothek, in Ansehung des Vermögens des Mannes, begeben. Der Besejanische Rathschluß hindert solches so wenig, als das Verboth der Schenkungen unter Eheleuten, L. 8. pr. ff. ad SCt. Vell. L. II. C. eod. Aber in Ansehung der eigenen Dotalgüter gilt die Loesfagung nicht. L. 21. eod. L. un. C. de R. V. A. Der dar

selbst angeführte Lex Anastas. ist cit. l. 21. C. Es ist kein Widerspruch, daß die Frau an den Heyrathsguthsstücken selbst ein Pfandrecht habe, ohnerachtet sie auch zugleich Eigenthümerin derer noch vorhandenen Sachen ist. Sie ist zwar Eigenthümerin, sie ist es aber auf gewisse Art auch nicht, weil der Mann das dominium civile hat. Noch weniger Schwierigkeit hat die Sache,

wenn der Mann mit Würderung (aestimato) die Sachen angenommen, weil er dadurch volliger Eigenthümer geworden und sich um so mehr eine Hypothek der Frau an diesen Sachen als denn gedenken läßt. Wenn gewisse Güter des Mannes der Frau zum Gegenvermächtnis besonders angewiesen sind, so hat die Frau an selbigen meist eben die Rechte, die ihr an dem Heyrathsguth zustehen, und es ist daher kein Zweifel, daß sie sich ihrer Hypothek an selbigen gültig begeben kann.

§. 84.

Es ist streitig, ob eine Braut wegen des zum vorausgegebenen Heyrathsguths, wenn der Bräutigam etwa vor der wirklichen Ehe gestorben, sich gleiche Rechte anmassen könne, oder ob sie nur ein persönlich Vorrecht habe. (105)

(105) In den Pandecten hat die Braut gleiche Vorrechte mit der Frau. Bey der Erbschaft aber der persönlichen Vorrechte zur stillschweigenden privilegierten Hypothek hat der Gesetzgeber blos der Ehefrauen erwähnt. Doch glauben einige nicht ohne Schein, daß dadurch die Bräute nicht zurückgesetzt worden.

§. 85.

Auch der Ehemann hat eine gesetzliche Hypothek an dem sämtlichen Vermögen desjenigen, der das Heyrathsguth zu geben versprochen, sein Versprechen aber noch nicht erfüllt hat, es sey die Person, so das Versprechen gethan, die Ehefrau selbst oder ein anderer. (106)

(106) L. un. §. 1. C. de R. V. Act.

§. 86.

Eben dergleichen Rechte hat er in dem Fall, da die zum Heyrathsguth eingegebenen Sachen von Jemand in

in Anspruch genommen werden und der Mann gegen den, von dem das Heyrathsguth herkommt, deshalb eine Rückforderung macht. (107)

(107) Cit. L. un. §. 1. de R. V. Act. So groß die Vorrechte des Heyrathsguths sind, so ist zu verwundern, daß eine Frau zu dessen Sicherheit wenigstens in stehender Ehe keine Bürgschaft verlangen kann. Eine Spitzfindigkeit, die in Teutschland nicht statt finden darf. Tit. C. Ne Fidej. vel mand. dor. dent.

§. 87.

Wenn während der Ehe das Heyrathsguth vermehret worden, so bekommt auch diese Vermehrung ein stillschweigendes Pfandrecht. (108)

(108) Nov. 97. c. 2. Da aber Nov. verordnet ist, so muß solche wegen des Vorzugs dieser Hypothek etwas besonderes in dieser unten genauer erläutert werden.

§. 88.

4) Das Römische Gegenvermächtnis hat die Absicht, daß die Ehefrau bey übler Wirthschaft des Mannes, oder falls sie dieser ungerechter Weise verstoßen sollte, wenigstens so lange er lebt, wegen der gleichen Uebertragung der Lasten des Ehestandes von beyden Seiten, gedeckt sey. (109)

(109) Heinecc. de Vxore per propt. nupt. don. de alim. sec. text. per tot.

§. 89.

Sind gewisse Grundstücken dazu besonders angewiesen, so hat die Frau an selbigen dasjenige Eigenthum, was
dor

der Mann an ihrem Heyrathsguth hat, und sie ist daher der Hypothek nicht benöthiget. (110)

(110) Heinecc. l. c. §. 24. Nov. 61.

§. 90.

Sollten aber nicht gewisse Güter des Mannes besonders dazu ausgesetzt seyn, so hat wenigstens die Ehegattin ein stillschweigendes, jedoch nicht privilegirtes Pfandrechte, auf eine, dem Heyrathsguth gleiche Summe an des Mannes Vermögen, so daß sie bey dessen Verfall außer ihrem Heyrathsguth auch noch das Gegenvermächtnis in Qualität einer Pfandgläubigerin suchen und während der Lebensjahre des Mannes, davon die Ehe unterhalten kann. (111)

(111) HEINECC. l. c. §. 24. 30. BACHOV. de pign. et hyp. hat zwar denen Paraphernalien die stillschweigende Hypothek absprechen wollen, weil sie in L. 20. C. de J. D. und L. 19. C. de don. ant. nupt. nicht gegründet wäre; allein HEINECC. erweist solche aus Nov. 109. c. 1. und denen Basilicis L. 29. c. 116. woraus erhellet, daß sie allerdings gegründet ist.

§. 91.

Ob der Mann, der hier Heyrathsguth und Gegenvermächtnis der Frau überlassen mußte, und also gleichsam Frau, so wie die Frau gleichsam Mann wurde, wegen seines Gegenvermächtnisses eine gesetzliche Hypothek an der Frauen Vermögen haben solle, ist in den Gesetzen nicht deutlich bestimmt, es ist aber zu vermuthen. (112)

(112) Diese Vermuthung ist eben das der Frau das Gegenvermächtnis ist. Die Frau hat dem Manne das Heyrathsguth, solche Rechte am Gegenvermächtnis,

nis, als der Mann am Heyrathsguthes. Warum soll also nicht der Mann eben die Rechte zur Sicherheit seines Gegenvermächtnisses haben, die die Frau ihres Heyrathsguths wegen hatte.

§. 92.

War in der Eheberedung ausgemacht, daß der Frau das Gegenvermächtnis, auf den Todesfall des Mannes, so wie diesem das Heyrathsguth auf den Todesfall der Frau zufallen sollte, so konnte die Witwe zwar ihr Eigenthum verfolgen, wenn das Gegenvermächtnis in gewissen besonders angewiesenen Grundstücken bestand; ob sie aber außer diesem Fall, wegen ihrer Forderung nach des Mannes Tode eine stillschweigende Hypothek sich anmaßen können, sollte ich fast zweifeln. (113)

(113) HEINECC. l. c. §. 31. dem Ehevertrage hat, durch Verschwendung vernichten könnte. Dieser Grund aber würde jedem Gläubiger eine stillschweigende Hypothek geben.
 scheint anderer Meynung zu seyn. Allein er kann keinen Beweis vor seine Meinung führen, als den, daß sonst der Mann der Frau ihre Hofnung, die sie aus

§. 93.

Auf das übrige Eingebachte, außer dem Heyrathsguth, erstreckt sich die allgemeine Legalthypothek an des Mannes Gütern gleichfalls, jedoch ohne Vorzug. (114)

(114) L. ult. C. de pact. convent. tam sup. dot.

§. 94.

5) Wenn ein Ehegatte zur zweyten Ehe schreitet, so behält er nur den Nießbrauch von dem, so von den Gütern des ersten Ehegatten ihm angefallen, und die Kinder der erster Ehe bekommen sogleich das Eigenthum.

§. 95.

§. 95.

Zur Versicherung dieses Eigenthums, ist denen Kindern erster Ehe eine stillschweigende Hypothek auf das sämtliche Vermögen des Vaters oder der Mutter gegeben. (115)

(115) L. 6. §. 2. 3. C. de Sec. nupt.

§. 96.

Gleiches stillschweigende Pfandrechte erhalten auch die Kinder ihres Mütterlichen wegen, an den Gütern des Vaters, der schon vor der zweyten Ehe blos den Nießbrauch daran hatte, weil dieses Vermögen, als ein peculium adventitium den Kindern durch Erbgangsrecht zugefallen. (116)

(116) L. 6. §. 4. C. de bon. quae lib.

§. 97.

Denn bis zur zweyten Verheyrathung des Vaters, haben die Kinder zu ihrer Sicherheit kein stillschweigendes Pfandrechte an des Vaters Vermögen, weder wegen des sämtlichen peculii adventitii überhaupt, noch wegen des Mütterlichen insonderheit. (117)

(117) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib.

§. 98.

Endlich hat Justinian allen, die Vermächtnisse oder particular Fideicommissse zu fordern haben, eine stillschweigende Hypothek auf diejenigen Güter des Erblassers gegeben, welche dem damit beschwerten Erbnehmer zugefallen. (118)

(118) L. 1. §. 1. C. Comm. de Leg. Cum hi, qui legatis vel fideicommissis honorati sunt, personalem actionem plerumque habere noscantur: quis vel vindicationis, vel finendi modo, aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittat, quam posteritas optimis rationibus, usa nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosis utatur ambagibus? Rectius igitur esse censemus, in rem quidem missionem penitus aboleri: omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere: et non solum personalem actionem praestare, sed et in rem: quatenus eis liceat easdem res, sive per quodcumque genus legati, sive per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda: et insuper utilem Servianam, j. e. hypothecariam super his, quae fuerint derelicta, in res mortui praestare. Cum enim jam hoc jure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento quibus voluerit dare, et iterum novellae Constitutiones in multis casibus, et tacitas hypothecas introduxerunt: non ab re est, etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare actionem, quae etiam nonnullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa reliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant: apparet, ex eius

voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat: et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. Et haec disposuimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum: sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona quam gravare fideicommissio possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri adferat ei, a quo derelictum est, nihil est grave, etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem in rebus, quas a testatore consecutus est. In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit: et hypothecam esse, non ipsius heredis vel alterius personae, quae gravata est fideicommissio rerum sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint.

Die Rechtsmittel, deren sich sonst diejenigen bedienen konnten, welchen Vermächnisse, oder particular Fideicommissa verlassen worden, um sich dazu zu verhalten, waren bey jenem die Eigenthumsklage, (in rem actio) und die persönliche Klage, so aus der Annehmung der Erbschaft gegen den

den Erben erwuchs, bey diesen aber eine ausserordentliche Anrufung des Nichteramts, wobey kein *Judex pedaneus* vorkam. L. 178. §. 2. de V. S. Bey diesen letzteren, denen *Fideicommissen*, war auch eine ausserordentliche *Immission* des *Implorenten* in die *fideicommissarischen* Güter üblich, falls ein *Dritter* dieselben bereits in Besitz hatte, und der *Erbe* außer *Stande* war, den *Implorenten* schadlos zu halten. SCHVLTING, *Jurispr. Antejust. in Paul. Rec. Sent. L. 4. tit. 1. §. 15. p. 389.* Sie vertrat bey *Fideicommissen* die Stelle der *Eigentumsklage*, die denen *Legatarien* zukam. Da aber *Justinian* die *Fideicommissen* denen *Vermächtnissen* völlig gleich machte, so mußte nothwendig die ehemalige *Immission* bey der ersteren, als überflüssig wegfallen (*quis in rem missio nis scrupulosus utatur ambagibus*). Eben so schafte *Justinian* den Unterschied der *Vermächtnisse*, der aus *Verschiedenheit* der *Formeln* ehemals entsprang, ganz ab, da schon vor ihm in einigen *Stücken* daran *Abänderungen* gemacht worden, (*quam posteritas non facile suscipit*). Zu denen vorigen *Rechtsmitteln* setzte nun *Justinian* die *stillschweigende Hypothek* und die daraus entspringende *Pfandklage*. Diese leitete der gelehrte *Kaiser* daher, weil die *Gewohnheit* eingeführet, daß man im letzten Willen *Jemand* eine *ausdrückliche Hypothek* geben

könne, und der *vermuthlichen Willensmeinung* des *Erblässers*, der auf alle Art seine *Vermächtnisse* aufrecht zu erhalten wünschte, ein *stillschweigend Pfand* gemäß sey. *Nonnullo verbo praecedente*, soll heißen: *Non ullo verbo praecedente*. Die *Hypothek* haftet auf denjenigen *Gütern* des *Erblässers*, welche der *angewiesene Auszahler* des *Vermächtnisses* von diesem empfangen hat, er sey ein *Erbe*, oder *Legatarius*, oder *Fideicommissarius*, oder ein solcher, der durch eine *Schenkung* von *Todes* wegen zu des *Verstorbenen* Gütern gekommen. Etwas ist dabey besonders *merkwürdig*. Nämlich, das *Pfandrecht* ist sonst *untheilbar*. Hier ist es aber anders. Denn der *Legatarius* kann nicht die ganze *Summe* des *Vermächtnisses* von einzelnen *Miterben* fordern, ohnerachtet sie durch die gleiche *Ertheilung* etwa ganze *Grundstücken* des *Erblässers* auf ihren *Antheil* bekommen, sondern er ist von jedem *Miterben* nur so viel zu fordern *berechtigt*, als er durch die *persönliche Klage* erlangen würde. Ich sage: bey einer gleichen *Ertheilung* könne der *Legatarius* von *Miterben* nur einen *Theil* des *Vermächtnisses* fordern. Sollte etwa ein *Erbe* die ganze *Erbmasse* allein an sich genommen und denen *Miterben* ihr *Antheil* in *Gelde* herausgegeben haben, von diesen aber der *Legatarius* die auf sie *kommenden* *Antheile* nicht erhalten können; so

so ist kein Zweifel, daß jener das Legat ganz auszahlen müsse. Er besitzt hier die übrigen Theile der Erbschaft, als ein Fremder und Käufer, keinesweges aber als ein Erbe. Es würde auch sonst der gleichen Abfindung der Miterben zur Verkürzung eines Dritten gereichen, dergleichen Handlungen die Rechte nie passiren lassen. Hätten ferner die Erben Grundstücke, so zur Erbschaft gehört, an Fremde veräußert und der Legatarius könnte von denen Erben das Seinige nicht erhalten, so müßte ihm gleichfalls die Pfandsklage gegen den jetzigen Besitzer wegen der ganzen ihm abgehenden Summe zu statten kommen. Daß Justinian nur eines einem Legatario aufertegten Fideicommisses erwähnt, rührt daher,

weil ehemals ein Legatarius mit nichts als mit einem Fideicommiss, keinesweges aber mit einem Legat beschwert werden konnte, welches aber Justinian in der Folge, nach gegenwärtiger Constitution geändert.

ANT. FABER meint Rational. ad L. 2. C. de P. A. die cautio und immissio praetoria legatorum servand. causs. sey nun nicht mehr nöthig, nachdem denen Legatarien eine Legalthypothek gegeben worden. Aber diese Meinung ist nicht schlechtthin wahr, weil oft der Erblasser keine Grundstücke verlassen, worauf eine sichere Hypothek haften könne und eine ausdrückliche Hypothek allemal besser ist, als eine stillschweigende.

§. 99.

Eine stillschweigende besondere Hypothek hat Kaiser M. Antoninus Phil. 1) denenjenigen bengelegt, welche zur Wiederherstellung und Besserung der Gebäude, Geld borgen. Denn diese erlangen durch dieses Darlehn so gleich an denen gebesserten Gebäuden, ein stillschweigendes Pfandrechte. (119)

(119) L. 14. §. 1. de Reb. auct. jud. poss. D. Marcus ita edixit: Creditor, qui ob restitutionem aedificiorum erediderit, in pecunia, quae credita erit, privilegium exigendi habebit. Quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori, domino mandante,

pecuniam subministravit. L. 1. ff. in quib. causs. pign. Senatusconsulto, quod sub Marco Imp. factum est, pignus insulae, creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori, domino

mandante, nummos ministravit. cf. L. 25. de R. C. L. 1. de Cess. bon. L. 52. §. 10. pro Socio, woraus zugleich ersichtlich, daß noch eine andere Verordnung über diesen Punkt, unter eben dem Kaiser ergangen. Ein Widerspruch zwischen dem cit. L. 24. und L. 1. scheint darinn zu seyn, daß nach ersterem dem Gläubiger nur ein persönlich Vorrecht, nach letzterm aber ein Pfandrecht gegeben worden. WESTENBERG in D. Marco Diss. 41. meint, daß zwey verschiedene Verordnungen ergangen, durch deren eine der persönliche Vorzug, durch die andere die Hypothek eingeführt sey. Man kann es bey dieser Muthmaßung in Ermangelung einer bessern, bewenden lassen. Daß diese Legalthypothek nicht auf diejenigen zu erweitern, welche zu Erbauung eines ganz neuen Gebäudes, oder zur Herstellung und Besserung anderer Sachen außer denen Gebäuden,

Geld hergeschossen, ist von andern zur Nothdurft ausgeführt.

ANT. FABER Conject. L. 8. c. 11. behauptet, daß weil derjenige, der zur Ankaufung eines Schiffes das Geld hergeschossen, mehr Rechte habe, als der, so zu Erkaufung eines Hauses hergeliehen, so müsse auch derjenige, der zur Ausbesserung des Schiffes das Geld gegeben, gleiche oder mehrere Rechte haben, als der, mit dessen Gelde ein Haus gebessert worden. Allein der Grund ist falsch; also auch die Folge.

Derjenige Unterschied, den CVJAC. in Resp. Papin. ad cit. l. 1. macht, ob das Geld zur Herstellung eines ganz eingegangenen, oder blos zur Ausbesserung eines noch stehenden Gebäudes geborget worden, da er nur im ersten Fall die stillschweigende Hypothek einräumt, ist vermuthlich zu sein.

§. 100.

2) Dasjenige Recht, welches ein Unmündiger an denenjenigen Sachen hat, die sein Vormund, auf eigenen Namen, jedoch mit dem Gelde des Unmündigen sich angeschafft; Ferner 3) dasjenige, so die Ehefrau an dem sich anmaßen kann, was der Mann mit ihren Dotalgeldern auf eigenen Namen angekauft. Nicht weniger 4) dasjenige Recht, so einem Ehegatten in dem Fall, da er in stehender Ehe, dem andern Ehegefährten, ein unter Eheleuten ungültiges Geschenk gemacht, und dieser das geschenkte

schenkte Geld zu Ankaufung ein oder anderer Sache angelegt, an diesen Sachen zuständig ist. Auch 5) dasjenige, was ein Soldat an den mit seinem Gelde erkauften Sachen hat, sind, wie ich glaube, nichts anders, als stillschweigende Hypotheken, denen im Concurse ein Absonderungsrecht zukommt. (120)

(120) Dieser Ausdruck wird manchen neu und besonders vorkommen. Die Sache selbst aber ist völlig gegründet und nur unter anderer Einkleidung von andern vorgetragen worden. Man pflegt gemeinlich allen denen angeführten Personen ein Eigenthum, an denen mit ihrem Gelde von andern auf eigenen Namen erkauften Sachen beizulegen. Dieses Eigenthum ist aber in denen Gesetzen nirgend ersichtlich, wohl aber kommt darinnen eine *utilis vindicatio* vor. Daß aber das Wort: *Vindicatio* nicht nur von der Eigenthumsklage, sondern auch von der Pfandklage gebraucht werde, ist bekannt. Zudem gestatten diese Gesetze diese *utilem vindicationem* nicht anders, als wenn der gewesene Eigenthümer des Geldes auf keine andere Art zu dem Seinigen kommen kann. Dies ist ein offenes Zeichen eines Pfandrechts. Denn ein Eigenthum kann unter allen Umständen verfolgt werden. Aus eben diesem folgt, daß wenn der Vindicant seine Befriedigung auf irgend eine andere Art erhalten kann, als durch Begnehmung der erkauften Sachen, er damit

zufrieden seyn muß. Folglich können der Schuldner, und dessen übrige Gläubigere, von dem Vindicanten fordern, daß er das vindicirte Grundstück der Steigerung überlassen, und wenn es auf einen höheren Werth, als die Summe des hineingewendeten fremden Geldes ist, hinaufgetrieben werden kann, er davon seine Zahlung nehmen, das übrige aber dem Schuldner oder übrigen Gläubigern zukommen lassen müsse. Alles dieses ist bey dem Pfandrechte auch. Das Absonderungsrecht dererjenigen Personen aber, davon hier die Rede ist, hat keinen Zweifel. Die Gesetze reden meistens, wenn sie dieser *Vindicatio* erwähnen, ausdrücklich von einem Fall, da das Vermögen des Schuldners durch die Schulden ganz verzehret wird. In diesem Fall soll, aller übrigen Gläubiger ohngeachtet, der Eigenthümer des Geldes, so der Schuldner bey Ankaufung einer Sache angewendet, diese Sache vindiciren können. Das heißt wohl nichts anders, als daß er seine vorzügliche Befriedigung vor allen, die sonst Gläubiger heißen, bekommen soll.

Wegen des Falls, da ein Ehegatte dem andern ein Geschenk gemacht, ist ein deutlich Geschenk vorhanden, L. 55. de Don. int. vir. et ux. Vxor marito suo pecuniam donavit. Maritus ex pecunia sibi donata aut mobilem, aut soli rem comparavit. Solvendo non est, et res exstant: quaero, si mulier revocet donationem, an utiliter condictitia experiatur, videtur enim maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus: cum pecunia mulieris res comparata exstet? Respondi: Locupletiores esse ex donatione, negari non potest, non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat. Solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet, et vindicare directo potest, et erit deterior causa viri, si ei pecunia, quatenus res valet, non ultra id tamen, quod donatum est condicatur, quam si dotis iudicio conveniatur. Sed nihil prohibet, etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare. Daß hier die Rede sey von einem über Vermögen verschuldeten Ehemann, lehren die Worte: Solvendo non est. Die Condictio sine causa kam der Frau in diesem Fall zu, weil, wenn das Geld noch vorhanden gewesen, sie davon das Eigenthum suchen können; der Mann also, wenn er durch dessen Verwendung in eine angekaufte Sache, ihre

ihre Forderung ganz entziehen könnte, mit der Frauen Schaden sich bereichern würde. Diese Condictio war aber nur utilis, weil die Frau dem Manne das Geld geschenkt hatte, und also hier nicht die eigentlichen Umstände vorhanden waren, die eine Condictio sine causa voraussetzt. Das Separationsrecht ist klar: Non quaerimus, quid deducto aere alieno liberam habeat, das Eigenthum aber nicht. Die Worte: in rem utilem (actionem) in ipsas res accommodare, zeigen eher eine Pfand- als Eigenthumsklage an. Man bemerke auch die Worte: ibi res mulieris permanet. Bey der utili in rem actione heißt es folglich: hic res mulieris non permanet. Die Condictio ist non ultra id, quod donatum est, zu erstrecken. Also auch die utilis in rem actio nicht. Sonst würde der schenkende Ehegatte selbst das zurückfordern können, was er nicht geschenkt hat. Die utilis in rem actio soll statt der Condictio nach Willkühr des Schenkenden gebraucht werden. Sie muß demnach nicht auf ganz andere Forderungen gehen, als diese. Die Condictio ist dem Manne nachtheiliger (deterior causa viri) als die Actio rei ux. weil diese bonae fidei war und dabey dem Manne die Competenz verblieb, jene aber zu denen Klagen die stricti juris sind, gehörte und die Competenz ausschloß.

Sachen, die mit dem Dotalgelde erkaufte worden, gehören deshalb nicht der Frau, nach dem bekannten L. 12. C. de Jur. dot. Inzwischen nähert sich das Recht der Frau an solchen mit ihrem Dotalgelde erkaufte Sachen, darinn einem Eigenthum, daß die Hypothek mit dem Vorrecht der Absonderung verfolgt werden kann. L. 54. ff. eod. Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales videntur. Dies ist auch, wie mir deucht, die beste Vereinigung derrer zwey sich scheinbar widersprechenden Gesetze, deren Vereinigung sonst denen Rechtsgelehrten so viel Mühe macht.

Von Unmündigen redet L. 2. ff. quando ex fact. tut. Si tutor vel curator, pecunia eius, cuius negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit: utilis actio ei, cuius pecunia fuit, datur ad rem vindicandam, vel mutua pecuniam exigendam. Daß auch hier eben so, wie L. 2. und 4. C. eod. voraus gesetzt werde, daß der Vormund verschuldet sey, ist gewiß. Denn ein außerordentlich Rechtsmittel wird nie gestattet, wo die ordentlichen hinreichen. Wäre der Vormund im Stande, seinen Mündel zu befriedigen, so könnte er schon durch das gemeine Rechtsmittel aus dem Quasi Contract der Vormundschaftsverwaltung seine Befriedigung erhalten.

Die actiones utiles setzen über dem meistentheils voraus, daß man von seinem eigentlichen Schuldner das Seinige nicht erhalten könne, L. 4. C. de cond. certi. L. 2. ff. de Inst. act. Ein Eigenthum des Mündels besagt das Gesetz nicht, sondern nur utilem actionem ad rem vindicandam. Eine utilis actio ist selten von völlig gleicher Art mit der directa, wie solches von der act. negot. gest. utili, hered. petit. utili gegen den Käufer einer Erbschaft und andern bekannt ist. Daß dem Mündel nur ein Pfandrecht, aber kein Eigenthum zu komme, kann auch durch den schon oben angeführten L. 6. C. de serv. pign. dat. manum. und den L. 7. pr. qui pot. in pign. bestärkt werden. Idemque est hieß es im letztern, si ex nummis pupilli fuerit res comparata. Quare, si duorum pupillorum nummis res fuerit comparata, ambo in pignus concurrent pro his portionibus, quae in pretium rei fuerint expensae. Quod si res non in totum ex nummis cuiusdam comparata est: erit concursus utriusque creditoris: i. e. et antiquioris et eius, cuius nummis comparata est. Das erste Gesetz legt dem Unmündigen an den mit dessen Gelde vom Vormund erkaufte Knecht ausdrücklich ein bloßes Pfandrecht bey. Das letztere Gesetz erklärt man gemeiniglich von dem Fall, da der Ankauf mit des Mündels Gelde nicht von dem Vormunde,

sondern von einem Dritten gesehen. Man behauptet, daß auch in diesem Fall ein Unmündiger eine stillschweigende Hypothek habe. Der Beweis aber ist sehr schwer. Wenn die Absicht des Gesetzes wäre, dem Mündel ein stillschweigendes Pfandrecht in diesem Fall zu ertheilen, so gehörte es unter den Titel: *In quibus causis pign.* nicht aber unter den, worunter es steht. Ueberdem ist es aus dem 3ten Buch der Disputationen des Ulpian genommen, in welchem, wie aus L. 5. *qui pot. in pign.* ersichtlich, nicht von stillschweigenden Hypotheken, sondern von der Rangordnung der Pfandgläubiger geredet worden. Außerdem ist auch mit keinem Wort eines dritten Mannes, der die Gelder des Mündels verwenden hätte, gedacht. Ich glaube also nicht, daß ein Mündel in dergleichen Fall ein legal Pfandrecht habe. Von einer ausdrücklichen Hypothek des Mündels, kann man das Gesetz ebenfalls nicht leicht verstehen. Denn, wenn diese vorhanden, so hat ein jeder, der auch nicht Mündel ist, in der Ordnung der Pfandgläubiger eben die Stelle, die hier dem Mündel angewiesen wird. Es wäre daher nicht zu begreifen, warum eben eines Mündels erwähnt worden. Ich glaube also, daß Ulpian auf den Fall, da der Vormund des Mündels Schuldner ist, gezielt habe. Die Ursach aber, warum er eben dieser stillschweigenden Hypothek ges

dacht und nicht überhaupt des privilegierten Pfandrechts desjenigen, mit dessen Gelde die Pfandsache erkaufte worden, kann etwa darinn liegen, weil auch L. 2. *quando ex fact. tut.* aus den Schriften des Ulpian ist, und man daher sieht, daß er von der stillschweigenden Hypothek der Unmündigen an Sachen, die mit ihrem Gelde vom Vormund erkaufte worden, in seinen Schriften oft etwas einfließen lassen, ihm also diese natürlicher Weise zuerst beygefallen.

Man findet zum Beweis der stillschweigenden Hypothek eines Unmündigen an denen von einem Dritten mit dessen Gelde erkaufte Sachen auch angeführt, L. 3. *pr. de Reb. cor. qui sub tut.* *Sed si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus sit comparatus: isque pupillo vel minori traditus: an pignoris obligationem possit habere is, cujus pecunia fundus sit emtus? et magis est, ut saluum sit jus pignoris (secundum constitutionem Imperatoris nostri et Divi Patris eius) ei pupillo, cujus pecunia comparatus est fundus.* Allein dieses Gesetz ist auch von schlechtem Beweise. Es wird hier nur gefragt: ob einem Unmündigen wohl ohne Decret ein Pfandrecht an einer Sache ertheilt werden könne, die der Unmündige, der das Pfandrecht geben will, mit des unmündigen Pfandgläubigers Gelde erkaufte hat? an pigno-

ris

ris obligationem possit habere? Niemand kann die Worte von einer stillschweigenden Hypothek verstehen. Die Frage haben die Kaiser Severus und Antoninus bejahend entschieden. Es ist bekannt, daß Severus der Urheber des Decrets bey Veräußerungen der Grundstücken derer Unmündigen ist. Die Rechtsgelahrten erklärten die Oratio dieses Kaisers so, daß selbst dem Verkäufer eines Grundstücks von dem Vormund wegen des rückständigen Kaufprezū kein Pfandrecht ohne Decret ertheilt werden könne. L. 1. §. 4. l. 2. ff. eod. Der Kaiser selbst aber machte bey Unmündigen, denen auf diese oder ähnliche Art an den Gütern des Mündels eine Hypothek gegeben wurde, eine ausdrückliche Ausnahme. Es ist ein lächerlicher Irrthum des Scholiasten in den Basilicis ad h. l. daß er unter dem Imp. nostro Justinianum unter dessen Constitution eine Verordnung versteht, daß die Unmündigen an denen mit ihrem Gelde erkaufte Sachen, ein stillschweigend Pfand haben sollten.

Von Soldaten redet L. 8. C. de Rei Vind. Si, ut proponis, pars adversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit: praeses provinciae utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti, partes aequitatis, non negabit. Idem mandati quoque, sive negotiorum gestorum actionem inferenti tibi

jurisdictionem praebabit. Die actio mandati und negotiorum gestorum sollten hier gebraucht werden, um das Geld wieder zu fordern, welches der Gegentheile von dem Soldaten in die Hände bekommen, entweder weil ihm dieser zu allerley Geschäften, nicht eben zu Ankaufung der Sache, die hernach erkaufte worden, das Geld eingehändigt, oder weil der Gegentheile es in Abwesenheit des Soldaten, als Negotiorum gestor an sich genommen. Besonders die Act. neg. gest. konnte ohnmöglich auf Herausgabe der gekauften Sachen gehen, weil der Zunhaber des Geldes seinen eigenen Vortheil bey dem Ankauf besorgen wollen, nicht aber eines andern, welches doch der Actio negot. gest. zuwider ist. Sollten also diese Klagen, Act. mand. und neg. gest. nach Willkühr des Klägers, stat der utilis vindicationis, oder diese statt jener gebraucht werden, so gingen sie alle mehr auf Verfolgung der Schuld als des Eigenthums. Die Worte: partes aequitatis non negabit, sind auch nicht außer Acht zu lassen. Sie erweisen, daß der Richter dem Kläger nicht weiter helfen solle, als es die Billigkeit erfordert. Diese erfordert weiter nichts, als daß der Kläger wieder zu seinem Gelde komme. Das Pfandrecht aller dieser angeführten Personen ist klar. Ihr Vorzug und Absonderungsrecht nicht weniger, und wenn das letztere auch nicht so deutlich in den

Gesetzen enthalten wäre. Denn aller deroerjentlichen Pfandrechte, die zugleich dieses vor sich haben, daß ihr Geld und Pfandschilling auf die Pfandsache verwandt worden, ist mit einem großen Vorzuge ver-

knüpft. L. 6. ff. qui pot. in pign. Aus dem, was unten vorkommt, wird erhellen, daß schon die Natur der Sache diesen Vorzug mit sich bringt.

§. 101.

Einige Rechtsgelehrte legen auch denen beständigen Gefällen, die auf gewissen Grundstücken liegen, ein stillschweigend Pfandrechte an dergleichen Grundstücken bey. Allein diese Hypothek ist theils nicht erweislich, (121) theils unnöthig. Solche Gefälle liegen als eine Servitut auf den Grundstücken. Der Erheber geht daher jedem Dritten, der nach Entstehung dieser Gefälle, ein Gläubiger des Zinsmannes geworden, vor. Der Zinsherr ist kein eigentlicher Gläubiger. Er ist dominus praedii dominantis. Der Zinsmann hat durch Verschuldung seinen Gläubigern nicht mehr Rechte gegeben, als er selbst hat. Er muß die Servitut erkennen und tragen, also seine Gläubiger auch. Der Zinsherr hat die ältesten Rechte vor jedem Gläubiger. Doch davon unten mit mehrern.

(121) Man führt Gesetze an, den, welches offenbar wunderbarlich die vom Legato alimentorum re. ist.

§. 102.

Der Vermiether und Verpächter haben auch wegen alles dessen, was sie vermöge des Mieth- und Pachtcontracts fordern können, ein besonderes stillschweigendes Pfandrechte, jener an denen in die Miethe zum beständigen Gebrauch mitgebrachten Geräthschaften seines Miethmanns, dieser an denen Früchten. (122)

(122)

(122) L. 4. de pact. Item, quia conventiones etiam tacite valent, placet in urbanis habitationibus locandis investa illata pignori esse locatori, etiam si nihil nominatim convenerit. L. 2. In quib. caus. pign. Pomponius libro quadragesimo variarum lectionum scribit: Non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, investa et illata pignori erunt obligata. L. 3. eod. Si horreum fuit conductum, vel diversorium, vel area, tacitam conventionem de investis et illatis, etiam in his locum habere, putat Neratius, quod verius est. L. 4. eod. Eo jure utimur, ut, quae in praedia urbana inducta, illata sunt pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit, in rusticis praediis contra observatur. §. 1. eod. Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis, quorum praediorum ea numero habenda sint, dubitari potest? Et quidem urbanorum sine dubio non sunt, cum a caeteris aedificiis separata sint. Quod ad causam tamen talis taciti pignoris pertinet, non multum ab urbanis praediis differunt. L. 5. pr. eod. Pomponius libro tertiodécimo variarum lectionum scribit, si gratuitam habitationem conductor mihi praestiterit, investa a me domino insulae pignori non esse. L. 7. eod. In praediis rusticis, fructus, qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse

domino fundi locati, etiam si id nominatim non convenerit. §. 1. eod. Videndum est, ne non omnia illata vel inducta, sed ea sola, quae, ut ibi sint, illata fuerint, pignori sint? quod magis est. L. 11. §. 2. qui pot. in pign. Si colonus convenit, ut inducta in fundum, illata, ibi nata, pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit: potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventionem priori obligatur, sed ex eo, quod inducta res est, quod posterius factum est. L. 24. §. 1. Locati. Si colonus locaverit fundum: res posterioris conductoris domino non obligantur: sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset. L. 7. C. in quib. caus. pign. Sancimus, de investis a conductore rebus et illatis, quae domino pro pensionibus tacite obligantur, non solum in uraque Roma et territorio earum hoc jus locum habere, sed etiam in nostris provinciis. Tali enim iusta praesumptione etiam omnes nostros provinciales perpotiri desideramus. L. 5. C. de locato. Certi juris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis vel illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris jure te-

nentur. Die Ursach, warum bey Bauergütern ein ander Pfandrecht statt finde, wie bey denen Wohnungen in der Stadt, setzt man darinn, weil es gewöhnlich gewesen, bey diesen die Geräthe, bey jenen aber die Früchte zu verpfänden. Die Gewohnheit hat in der Folge ein Recht gemacht. Unter Bauergütern kann man hier nicht wohl blos liegende Gründe verstehen, und alle Gebäude von diesem Begriff ausschließen, wie sonst in den Gesetzen gewöhnlich ist. Denn was sollten sich auffser Gebäuden vor *Investa et illata* gedenken lassen? Bauergüter sind hier solche, bey denen der Ackerbau die hauptsächlichste und einzige Nutzung ist. Ganz recht werden daher *cit. L. 3. in quib. caus. pign. Magazine und Lustreviere zu denen Stadtgütern gerechnet. Daß aber auch eben daselbst denen Dreschienen oder überhaupt freyen Plätzen, die man einem andern zu seinem Gebrauch vermiethet, und L. 4. §. 1. denen Ställen gleiche Rechte mit denen Stadtgütern beygelegt werden, ist besonders. Ich glaube, daß dies von solchen Fällen zu verstehen, wo man eine Dreschienne, einen Platz oder Stall allein von Jemanden im Pacht hat und die fruchtbringenden Grundstücke entweder eigenthümlich besitzt, oder von einem Dritten in Pacht genommen. In diesem Fall hat man freylich bey der gepachteten Dreschienne oder Stallung keine*

Ackernutzung und der Verpächter muß, weil hier keine Früchte erzeugt werden, woran er sich halten kann, einen andern Gegenstand seines Pfandrechts haben. Sind diese Gebäude aber bey einer mit Ackerbau versehenen Wirtschaft, so sind sie ein bloßes *Accessorium* und nehmen die Natur der Hauptsache an. Mir deucht, die Worte: *Stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis*, begünstigen diese Erklärung. Nur diejenigen Geräthschaften gehören nach *cit. L. 7. §. 1.* unter das stillschweigende Pfandrecht, welche zum Dableiben in die Miethgebraucht worden, denn sonst ist es kein Hausrath des Miethmannes. Der Anfang des Pfandrechts an denen Mobilien des Beständers, ist nach *cit. L. 11. §. 2.* die Zeit, da dieselben in die Wohnung gebracht worden, welches bey der stillschweigenden Hypothek um so gegründeter ist, da so gar das ausdrückliche Pfandrecht nicht anders gerechnet wird.

Eben dieses bestärkt *L. 5. C. in quib. caus. pign. Si non inducta et illata in fundum, quae pignoris teneri causa placuerat, mancipia fuissent, nec haec specialiter obligata monstrantur: Rector provinciae ea restitui jubebit. Nec enim praetextu debiti pensionum, restitutionem eorum morari potest: cum si quid sibi deberi domina fundi ex pensionibus, vel quacunque ratione pro-*

probare possit, hujus solutionem solemniter fieri conveniat. In diesem Gesetze waren die Leibeigern nicht in das gemiethete Grundstück gebracht worden. Daher hatte auch das Pfandrecht daran keinen Anfang nehmen können, ohnerachtet zu deren Einführung in das Grundstück war Hofnung gemacht worden. Des erman gelnden Pfandrechts ohnerachtet hatte die Vermietherin sich der Leibeigenen, als ihrer Pfandstücke, bemächtigt. Dies war ihr verwiesen, und sie bedeutet, daß sie in der gebührenden Ordnung ihre Zahlung suchen soll.

Bei Bauergütern haften blos die Früchte, wie aus allen angeführten Gesetzen, besonders aus cit. l. 7. pr. ff. zu ersehen, aus l. 11. §. 2. qui pot. in pign. da in diesem Gesetze eine ausdrückliche Verpfändung der Geräthe bei Bauergütern erfordert wird, und aus cit. l. 24. §. 1. In diesem letztern Gesetze ist zwar von einem Afterspacht die Rede, allein die letzten Worte zeigen an, daß bei dem ersten Pacht, auch nichts anders Rechtens sey. l. 5. C. de Locato scheint denen übrigen Gesetzen zu widersprechen. Jedoch, daß daselbst von einer ausdrücklichen Verpfändung geredet werde, zeigen die Worte: voluntate dominorum. Der Sinn des Gesetzes würde also seyn: Bei Bauergütern ist ausgemacht, daß nur die Geräthschaften mit Pfandrecht behaftet sind, wenn

sich die Pächtere deshalb mit denen Eigenthümern einverstanden; bei Stadtgrundstücken aber ist dergleichen Einverständnis nicht nöthig. Das stillschweigende Pfandrecht an dem Gerathe des Miethsmannes war zwar schon sehr alt, es war aber bis auf Justinian blos auf die Stadt Rom eingeschränkt. Dieser hat es erst cit. l. 7. C. h. auf Constantino pel und die Provinzen erweitert. Da dieses Recht denen Vermiet hungen eigen ist, so ist es begreiflich, warum nach l. 5. pr. ff. h. es bei Fällten, da der Bewohner des Hauses umsonst sitzt, nicht statt hat.

Was übrigens von Verpfändung fremder Güter überhaupt unten wird gesagt werden, gilt auch von dem stillschweigenden Pfandrecht an denen Geräthschaften, wenn dieselben nicht dem Miethsmanne, sondern andern Leuten zugehören. Denn auf diese erstreckt sich ordentlicher Weise dieses Pfandrecht nicht, l. 1. §. 5. de migrando.

Wenn durch die Zahlung des Schuldners dessen Gläubiger eine Schuld los geworden, womit er selbst einem andern haftete; so kann sich der zahlende Schuldner ope exceptionis gegen seinen Gläubiger schützen, l. 6. de dol. mal. exc. nur nicht, wenn er gegen das Verboth seines Gläubigers gezahlt hat. l. 40. mand. l. 12. C. de Solut. Weil aber der Aftermiethsmann den ersten Ver miether

miether als seinen eigenen Gläubiger anzusehen hat, so ist er ipso jure auch gegen seinen Aftervermiether gedeckt, wenn sogar der:

selbe die Zahlung an den ersten Vermiether verbothen haben sollte. ANT. FABER Ration. ad L. 11. §. 2. de P. A.

§. 103.

Wenn ein Afterpacht oder eine Aftermiethe geschlossen wird, so haften die vom Afterpächter gezogenen Früchte vor den ganzen Pacht, den der Afterverpächter dem ersten Verpächter noch schuldig ist, der Aftermiethsmann aber hafiet mit seinen Geräthschaften nur, so weit er seinem Aftervermiether noch in Resi ist. (123)

(123) L. 11. §. 5. de pign. act. Solutam autem pecuniam accipiendum: non solum si ipsi, cui obligata res est: sed et si alii sic soluta voluntate eius: vel ei, cui heres extitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniis exigendis praeposito. Vnde si domum conduxeris et eius partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero: pignoratitia adversus te potero experiri. Nam Julianus scribit, solvi ei posse. Et si partem tibi partem ei solvero: tantumdem erit dicendum. Plane in eam duntaxat summam investa mea et illata tenebuntur in quam coenaculum conduxisti: non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulae frivola mea tenerentur. Videtur autem tacite et cum domino aedium hoc convenisse: ut non pactio coenacularii proficiat domino, sed sua propria.

Man kann eigentlich nie an einen andern seine Schuld bezahlen, als an seinen Gläubiger, L. 11. C. de Solut. jedoch entsteht dem Schuldner, wenn durch die Zahlung an des Gläubigers Gläubiger, der Nutzen des Gläubigers befördert worden, wenigstens Exceptio doli mali L. 6. ff. de doli mal. except. oder nach Justinianischem Recht allemal Compensatio ipso jure L. ult. C. de Compens. Der Aftermiethsmann kann um so mehr auch nach Strenge der Rechte an den ersten Vermiether das Miethegeld bezahlen, weil er dessen Schuldner so gut ist, als des Aftervermiethers. Denn auch der erste Vermiether hat ein Pfandrecht an dem Geräthe des Aftermiethsmannes. In solchem Fall, wo nemlich der Schuldner auch des Gläubigers Gläubiger hafiet, wurde schon ehemals bey mehre-

ren

von Gelegenheiten der Schuldner durch Zahlung an den letzten von dem ersten ipso jure befreyt. L. 36. de Negot. gest. Nur erstreckt sich bey der Atermieth dieses blos auf diejenige Summe, die er, der Atermiether seinem Vermiether schuldig ist. Der gleichen Einschränkung findet sich wegen der Früchte nicht. Coenaculum ist ein jedes Wohn- und Witzenzimmer. Coenacularius ist der, so ein ganz Haus miethet und einzelne Zimmer wieder andern überläßt. Frivola mea heist: mein Wisgen Hausraih.

§. 104.

Auf solche Art ist die Geschichte der stillschweigendert Hypotheken folgende: Die älteste legalhypothek ist diejenige, welche ein Wirth an denen Geräthschaften seines Miethsmannes hat. Dieser Hypothek erwähnt schon Neratius, dessen Leben unter den Trajan fällt. Gleiches Alters ist die Hypothek an den Früchten des Pächters zur Sicherheit des Pachtgeldes, deren ebenfalls Neratius und andere Rechtsgelehrten dieser Zeit gedenken. Antoninus Philosophus führte hierauf die Hypothek an dem Hause ein, zu dessen Ausbesserung der Gläubiger namentlich Geld hergeschossen. In eben diese Zeiten kann man billig die Hypothek der Unmündigen an denen Gütern der Vormündere setzen, ob gleich einige dieselbe erst von Constantin M. herleiten wollen. (124) R. Antonin. Caracalla gab dem Fiscus die Hypothek an den Gütern desjenigen, der mit ihm einen Contract geschlossen, oder öffentliche Abgaben schuldig worden. Um die Zeiten Alexandri Sev erwähnt Paulus der Hypothek eines Ehegatten an denen Sachen, die der andere Eheheil sich mit dem von jenem geschenkt erhaltenen Gelde angeschafft, und Phil. Arabs ertheilt denen Soldaten die Hypothek an denen mit ihrem Gelde erkauften Sachen. Theod. und Valentin. erweiterten die Hypothek derer Unmündigen und erstreckten sie auf die Güter des Stiefvaters, falls die Mütter,

ter, ohne sich mit den Kindern erster Ehe aus einander gesetzt zu haben, wieder heyrathen sollte. Denen Kindern erster Ehe gaben an den Gütern ihrer, zur zweyten Ehe schreitenden Eltern wegen des Vermögens, so aus der ersten Ehe herkommt, die oben angeführte Hypothek, Leo und Anthemius; und Justinianus erstreckte dieselbe auf das Mütterliche, wovon die Kinder erster Ehe schon vor der zweyten Ehe des Vaters das Eigenthum, der Vater aber den Nießbrauch gehabt hatte. Eben dieser Justinian ertheilte denen Eheweibern wegen des Heyrathsguths (125) des Gegenvermächtnisses, (126) und derer Paraphernalien, die oberwähnte Hypotheken. Auch war er der Erfinder des stillschweigenden Pfandrechts, so denen Legatarien an dem Nachlaß des Erblassers zukommt.

(124) Constantins M. Verordnung steht L. 20. C. de administr. tut. Daß aber diese nur eine Bestätigung einer schon längst bekannten Legalthypothek sey, haben GODOFR. ad C. Th. Lib. 3. tit. 19. ad L. 1. und BACHOV de Pignor. et hyp. L. IX. 6. mit vielen Gründen ausgeführt. Daß hin gehört besonders 1) L. 10. ff. in quib. caus. pign. welches Gesetz vom Cerv. Scaevola sich herschreibt, der unter denen Antoninen gelebt. Gleichen Beweis giebt 2) L. un. C. rem al. gerent. non interd. rer. suar. al. wo die K. Sev. und Antonin. (Septimius und Carac.) sich erklären; Non est interdictum tutoribus vel curatoribus, et si ex eo titulo judicati debitores sunt constituti, cum sua causa res suas alienare. Potuit ergo Curator tuus fundum suum cum suo

onere obligare fisco nostro, nam et privato potuisset. Ferner 3) L. 17. C. de adm. tut. vom Diocl. und Max. wo sich kein Zweifelsgrund gedenken läßt, wenn man keine stillschweigende Hypothek annimmt. Da auch 4) oben ausgeführt worden, daß L. 7. qui pot. in pign. blos von dem Fall rede, da der Vormund mit dem Gelde des Unmündigen sich etwas erkaufte, so dient auch dieses Gesetz zur Bestärkung. 5) L. un. C. ne tut. vel cur. vom K. Sev. und Antonin. beweist eben dieses. Derjenige, der Vormundschaften noch jetzt verwaltet, oder deshalb wenigstens noch keine Entledigung erhalten und sich noch nicht berechnet hat, soll nicht mit Verschweigung dieser Vormundschaften, sich in Landesfürstliche Pachtungen eindringen zum Nachtheil des Fiscus, bey Ver-

meidung der Strafen des L. Corn. de fals. cf. L. 1. §. 9. ad L. Corn. de fals. L. 49. Loc. Was vor einen Schaden hat aber der Fiscus in diesem Fall zu besorgen, wenn der Mündel keine stillschweigende Hypothek hat? Anderer, weniger wichtigen Gründe zu geschweigen. Das in den Pandecten vorkommende Personalvorrecht macht darum wenig Schwierigkeit, da dort nur von Protutoren, und Curatoren der Berrückten und Ungesunden die Rede ist.

(125) Traug. *Thomas*. Diss. de orig. et progr. tac. hyp. §. 17. will wegen L. 2. C. de priv. fisc. diese Hypothek schon dem Caracalla zuschreiben; ich sehe aber nicht, daß dort von einer stillschweigenden Hypothek die Rede sey.

(126) Es haben sich einige verführen lassen, zu glauben, als wenn schon PAPINIANVS dieser Hypothek gedacht hätte, L. 4. §. 1. de Separat. Legatarios autem in ea tantum parte, quae de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit. Aber das hier erwähnte Pfandrecht ist nicht die

stillschweigende Hypothek, sondern ein prätorisches Pfandrecht. Wenn der über Vermögen verschuldete Debitor noch Gläubiger seines Erblassers zu bezahlen hat, so können diese die Separation suchen und in die Güter des Verstorbenen, an dessen Verlassenschaft sie hauptsächlich ihre Befriedigung zu suchen haben, eine besondere Immission erhalten, die ihnen ein besondrer prätorisch Pfandrecht giebt. Zu dieser Classe der Gläubiger, die sich an dem Nachlaß des Erblassers Absonderungsweise halten, gehören auch die, denen der Erblasser Legata vermacht. Sie nehmen ebensfalls an der besondern Immission, und dem besondern daher entstehenden prätorischen Pfandrechte derer Uebrigen Antheil. Allein sie kriegen nur alsdenn von der Vermögensmasse des Erblassers etwas, wenn die Gläubiger derselben was übrig lassen. Eine Erbschaft ist nur alsdenn erst zu gedenken, wenn nach Abzug der Schulden ein Bestand bleibt. Die Legatarien können nichts bekommen, wenn die Schulden das Vermögen verzehren.

§. 105.

CVJAC. will auch denen Verführern solcher Waaren, welche ihnen gegen einen Lohn zum Verfahren verdingen sind, eine stillschweigende Hypothek an solchen Waaren be-

benlegen; allein diese Meinung läßt sich aus demjenigen Gesetze, woraus er dieselbe herleitet, schwerlich erweisen. (127)

(127) L. 5. pr. ad Exhib. Die Worte: an, quia pignus tenet entscheiden nicht nur nichts, und sind bloß problematisch, sondern sind auch darum von geringem Beweise, weil pignus, wie oben gezeigt worden, auch

so viel bedeutet, als jus retentionis, welche Bedeutung hier um so mehr anzunehmen, da man von einem wirklichen Pfandrechte in dem Fall einer Waarenverföhrung in andern Gesetzen keine Spur findet.



Sechstes Kapitel.

Von denen Sachen, die verpfändet werden können.

Inhalt.

- §. 106. Regel wegen der Sachen, die verpfändet werden können.
 §. 107. Von Verpfändung fremder Güter. §. 108. Von gemeinschaftlichen Gütern und dem Pfandrechte, daran mehrere zugleich Antheil haben. §. 109. Wirkung der geschenehen Verpfändung fremder Sachen in Ansehung der Contrahenten des Eigenthümers. §. 110. Unterschied zwischen dem Contractu pignoris und dem pacto hypothecae, so weit sie fremde Güter betreffen. §. 111. Rechte des Eigenthümers, wenn andre dessen Sachen verpfänden. §. 112. Besonders solche, die durch einen Contract den Besitz von dem Eigenthümer eingeräumt bekommen haben. §. 113. Die ungültige Verpfändung fremder Sachen kann in der Folge gültig werden. §. 114. Besonders, wenn der Verpfänder in der Folge Eigenthümer wird. §. 115. Von dem Fall, da der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird. §. 116. Wirkung der Einwilligung des Eigenthümers in die, von andern unternommene Verpfändung seiner Sachen. §. 117. Verpfändung streitiger Sachen. §. 118. Ob der, nach der Verpfändung dem Verpfänder über das Eigenthum entstandene Rechtsstreit, dem Gläubiger etwas angehe. §. 119. Von Verpfändung der Kinder. §. 120. item, anderer freyer Personen. §. 121. Item, eines Knechts und Scutuliberi. §. 122. Ob mit dem Knecht das Peculium zugleich verpfändet sey? §. 123. Ob ein Knecht sein Peculium verpfänden dürfe? §. 124. Ob Sachen, die nicht zum Peculio gehörig? §. 125. 126. Von Verpfändung derer Dotal- und pupillarischen Güter. §. 127. Der Grabstätten und sonstigen rer. divini jur. §. 128. Von dem zu erlangenden Gewinn bey öffentlichen Wettspielen. §. 129. Vom Pfluge und Ackergeräthe. §. 130. Von öffentlichen Ceuten und Monumenten. §. 131. Wiesern Güter, die noch nicht unseere sind, zum voraus verpfändet werden können. §. 132. Ob die Verpfändung eines Platzes, die Verpfändung des Gebäudes
- Westph. Erl. v. Pf. K. L auf

auf selbigem nach sich zieht, oder umgekehrt. §. 133. Ausdehnung des Pfandrechts auf die Pertinenzien der Sache. §. 134. Schadloshaltung des dritten Besitzers, der den verpfändeten Platz bebauet. §. 135. Verpfändung eines Waarenlagers. §. 136. Verpfändung der Substanz zieht die Nutzungen nach sich. §. 137. Verpfändung eines Erbzinsguths. §. 138. Einer Superficie. §. 139 140. Einer Servitut. §. 141. Einer Forderung. §. 142. 143. 144. Eines Pfandes.

§. 106.

Es ist eine allgemeine Regel, daß diejenigen Sachen, die überhaupt nicht veräußert werden können, auch nicht verpfändet werden dürfen. (128) Wer die Güter mit Pfandrecht belegen will, muß Eigenthümer seyn und die Freyheit haben, mit dem Seinigen nach eigener Einsicht zu schalten.

(128) L. 9. §. 1. de pign. Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. L. 7. C. de Reb. al. non alien. Das erste Gesetz hängt mit L. 10. 12. ff. de pign. act. zusammen und ist also, wie diese Stellen, eigentlich nur von dem Faustpfande zu verstehen;

hätte daher unter den tit. de pign. act. und nicht unter den de pignor. gesetzt werden sollen. Von Hypotheken ist die Stelle nicht allgemein wahr. Ein Verkauf fremder Güter ist ein gültiger Handel, aber eine Verhypothecirung derselben nicht, wie unten erwiesen werden wird.

§. 107.

Um des ersten Erfordernisses willen ist die Verpfändung fremder Güter nicht gültig.

§. 108.

Ist man zwar Eigenthümer, aber nicht allein, sondern neben einem Miteigenthumsherrn, so ist man seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache zwar zu verpfänden

den befugt, aber nicht den Antheil seines Miteigenthümers. Jedoch hat dieser die Unbequemlichkeit davon, daß, wenn bey vorgehender Theilung des gemeinschaftlichen Grundstücks der Gläubiger nicht abgefunden wird, dieser sein Pfandrecht an beyden abgesonderten Antheilen zur Hälfte deren Werths suchen kann. (129)

(129) L. 3. §. 2. ff. qui pot. in pign. Post divisionem regionibus factam inter fratres convenit, ut, si frater agri portionem pro indiviso pignori datam, a creditore suo non liberasset, ex divisione quaesitae partis partem dimidiam alter distraheret. Pignus intelligi contractum existimavi. Sed priorem secundo non esse potiorum: quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater non consentiente socio non potuit obligare. L. 7. §. 4. quib. mod. pign. solv. Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio, non utique eam partem creditori obligatam esse, quae ei obtingit, qui pignori dedit. Sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata. L. un. C. si comm. res pign. Frater vester, sicut vobis invicis portionem vobis competentem obligare non potuit, ita suam dando, obligationem creditori quaesivit. Vnde intelligitis contractum eius nullum praedictum dominio vestro facere potuisse.

Das erste dieser Gesetze bedarf einer Erläuterung, cit. L. 7. §. 4. lehrt, daß, wenn eine gemeinschaftliche Sache von dem einen der Miteigenthümer auf seinen Antheil verpfändet worden, der Gläubiger dadurch ein Pfandrecht auf die Hälfte des Werths der Sache, oder auf die eine ungetheilte Intellectualhälfte des Grundstücks erhalten. Dieses Recht bleibe ihm, wenn gleich in der Folge eine körperliche Theilung des Ganzen unter denen beyden Theilhabern geschieht. Res inter alios acta tertio non nocet. Also behält der Gläubiger sein Pfandrecht auf den Theil, den sein Schuldner durch die Theilung abgesondert erhalten, zur Hälfte dessen Werths, und auf den Theil des andern unabgesonderten Miteigenthümers auf eben die Art. Cajus und Titius sind die beyden Miteigenthümer, der Erste ist zugleich der Pfandgeber auf seinen Antheil. Da sie sich theilen wollen, so nimmt der Letzte den Bedacht, daß er sich von dem Ersten Sicherheit stellen läßt, auf den Fall, daß Sempronius, der Gläubiger, ihn, auf die Hälfte des Werths, seines ab-

gesondert in Händen habenden Antheils, in Anspruch nehmen sollte. Denn Cajus hat die Schuld allein gemacht; er muß also den Titius schadlos halten. Die Sicherheit besteht in dem Fall des Befehes, in einem eingeräumten Recht, sich durch Veräußerung des Antheils des Cajus zu seiner Wiederbezahlung zu verhelfen. Der Rechtsgelehrte hält dies mit Recht vor eine Verpfändung, deren wesentliche Wirkung in dem Veräußerungsrecht besteht. Sempronius hat wirklich den Titius auf die Hälfte des Werths seines Antheils in Anspruch genommen und dieser hat bezahlen müssen. Er nimmt seine Rücklage gegen den Cajus. Sempronius hat diesen, wegen des andern abgesonderten Antheils, den dieser Cajus in Händen hat, auf die Hälfte dessen Werths noch nicht ausgeklagt. Jetzt aber will er sein Pfandrecht verfolgen. Titius meldet sich zu gleicher Zeit mit seiner Rücklage, deshalb er ebenfalls ein Pfandrecht hat. Welcher von beyden geht dem andern vor? Es scheint, daß Sempronius vor dem Titius den Vorzug haben müsse, weil sein Pfandrecht älter ist. Allein es braucht keines Streits über den Vorzug. Sempronius kann ja ohnedem nur die Hälfte des Werths von dem in des Cajus Händen befindlichen Antheile in Anspruch nehmen. Die andere dem Sempronius unverpfändete Hälfte, bleibt dem Titius zu seiner Entschädigung

frey. (Secundum pignus ad eam partem directum est, quam frater non potuit obligare, nec obligavit.) Also bekommen beyde auf ihre Art ihre Befriedigung. Prior secundo non est potior.

Die Verabredung, ut distraheret, wird als eine verdeckte Verpfändung angesehen. Da die Veräußerung dem Gläubiger gestattet worden, so ist es wunderbarlich, wenn einige daraus haben schließen wollen, daß, wenn der Käufer seinem Verkäufer den Rückverkauf verspricht, dadurch eine Verpfändung geschehe. ANTON. FABER Err. Pragm. Dec. 24. Err. I.

Die Verpfändung gemeinschaftlicher Güter, hat eben so, wie die mehreren gemeinschaftlich geschehene Verpfändungen noch verschiedene andre Fragen veranlaßt, welche, weil sie bey Erklärung der Befehle nicht wohl getrennt werden können, hier zusammen genommen werden müssen. Die hieher gehörende Befehle sind L. 29. fam. hercisc. L. 6. §. 8. 9. comm. divid. L. 7. §. 12. 13. eod. Das erste Befehl entscheidet die Frage: ob, wenn mehrere Miterben an denen Pfändern, die bey ihrem verstorbenen Erblasser verkehrt gewesen, gemeinschaftlich Antheil gehabt und sie diese Pfänder einem unter sich, gegen Vergütung ihres Antheils (pro parte cohereditis) allein überlassen,

sen, dieser die ganze Schuldpost, so darauf hastet, von denen Schuldnern bezahlt kriegen müsse, und was ihm desfalls vor Rechtsmittel zustehen? Die Entscheidung geht dahin, daß, ohnerachtet die übrigen Mitinteressenten bereits befriediget sind, und es nur noch darauf anzukommen scheint, daß der Schuldner dem jetztigen Pfandinhaber seinen Erbtheil an der Schuld auch veräußere, und alsdenn ihm sein Pfand nicht weiter vorenthalten werden könne, dennoch diese Meinung des Schuldners ganz ungegründet sey. Der eine Miterbe hat die Mittheile derer übrigen nicht anders als gegen deren Vergütung erhalten. Der Schuldner kann sich also mit seinem Schaden nicht bereichern. Er muß die ganze Schuld bezahlen. Denn eben so muß, setzt das Gesetz hinzu, der Eigenthümer, wenn ein fremder Besitzer ein Grundstück von ihm in Händen, und ein darauf gehaftetes Kapital, weil gegen ihn die hypothekarische Klage erhoben worden, bezahlt hat, diese Auslage, bey erhobener Eigenthumsklage wieder erstatten, weil es eine nützliche Ausgabe ist. (quia pro eo erit, ac si hypothecaria vel Serviana actione, petitae litis aestimatio oblata sit: ut et is, qui obtulerit, adversus dominum vindicantem exceptione tuncus sit, oder wie L. 7. §. 12. Comm. divid. Idemque dicitur et si possessor pignoris aestimationem pi-

gnoratitia in rem agentis offerat, d. i. es sey eben so, als wenn eine hypothekarische Klage gegen den Besitzer erhoben worden, und dieser dem Kläger seine Forderung bezahlt, (aestimationem offerat) da er denn seine Auslage von dem Eigenthümer wieder kriegen müsse.) Doch ist dabey noch ein Unterschied zu machen, ob der Miterbe wider Willen, weil es die Steigerung so mit sich brachte, das ganze Pfand annehmen müssen? oder ob er von freyen Stücken, den übrigen Miterben ihren Theil daran abgehandelt. Im ersten Fall kann der Inhaber deshalb sich nicht nur eines Einwandes bedienen, wenn ihm der Schuldner das Pfand abfordert, sondern er kann gegen denselben auch klagbar werden, um sein Geld wieder zu bekommen, und dagegen dem Beklagten das ganze Pfand anbieten. (Contra quoque si is heres, cui pignus adjudicatum est, velit totum reddere, licet debitor nolit, audiendus est.) CVJAC. versteht unter dem Wort: Contra, die act. pign. contrar. welche der Jurist alhier in Vorschlag gebracht, und das läßt sich mit dem Worten: contra audiendus est wohl reimem. Die Hauptschuldsklage konnte sich der Pfandinhaber freylich wegen der ganzen Schuld nicht eigentlich anmaßen, weil die Mitinteressenten ihm nicht förmlich jura cessa gegeben. Das Pfandrecht war ihm allein zugeschlagen, aber nicht die For-

derung. Der Rechtsgelehrte unterstützt den Satz, daß dem Pfandinhaber wegen der ganzen Post eine Klage gebühre, mit einem andern bekannten Rechtsgrunde. Es ist bekannt, daß ein Gläubiger in denen Dingen, die er zu Aufrechthaltung seiner Rechte eines Pfandgläubigers, und vernichte seines Pfandrechts thun muß, als ein Bevollmächtigter des Versetzers angesehen wird. Er müßte also auch hier allenfalls *act. mand. contrar.* haben. (*Sed hujus rei ratio habebitur: quia quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset: et eius, quod propter necessitatem impendit etiam ultro est actio.*) *Ultro* heißt hier: noch ehe der Schuldner die *act. pign. dir.* erhoben hat. Denn daß diese nicht abzuwarten sey, lehrt schon die Natur der Sache, da die *act. contraria* eine von der *directa*, ganz unterschiedene Klage ist. In dem andern Fall hingegen, da nemlich der Miterbe durch einen freiwilligen Handel, die Antheile seiner andern Miterben an sich gebracht, hat der Pfandinhaber blos eine *Exception*, keine Klage. (*Non idem dici potest, si alteram partem creditor emerit.*) Einem solchen freiwilligen Käufer ist derjenige gleich, der zwar bey dem Begehren der erwähnten Steigerung die Pfandstücke sich zuschlagen lassen, aber die andern Miterben ungehörlich und über die Taxe über-

berhen, um nur die Pfänder an sich zu bringen, weil er ebenfalls mehr gethan, als die Noth vor-schrieb. (*nisi si obiciatur creditori, quod animose licitus est.*) Die *act. negor. gest. contrar.* paßt auf alle Fälle nicht, weil der Miterbe, indem er derer andern Interessenten Antheile an sich gebracht, mehr seinen, als des Schuldners Vortheil zur Absicht gehabt. *CVJAC.* zieht die Worte: *Sed hujus rei etc.* auf den Fall, *cum heres animose licitus est.* Allein sie müssen wegen der Verbindung: *et eius quod propter etc.* billig von dem ersten Fall, *ubi heres animose licitus non est*, verstanden werden. Die Taxe geschieht in solchem Fall, *ubi quis animose non licitatur*, nach dem, was wahrscheinlich bey der Pfandschuld zu hoffen ist, und daher entweder nach der ganzen Summe der Schuldpost, *L. 7. §. 12. comm. div. quantum pro ea parte debetur*, oder welches ordentlicher Weise geschehen muß, unter diese Summe, weil der Uebernehmer zugleich Kosten, Zeitverfluß, Gefahr u. d. g. mit übernimmt. Wer diese Taxe bey der Steigerung überschreitet, der verlangt mehr, als von seinen Miterben abgetheilt zu seyn.

L. 7. §. 12. Comm. divid. kommt mit dem vorigen Gesetz überein und ist daher gleich beygehend mit erläutert werden.

Von §. 13. cit. L. 7. gehört nur der Anfang hieher. Es waren zwey Miteigenthümer eines gemeinschaftlichen Grundstückes, Titius und Sempronius. Der eine, Titius, hatte seinen Antheil dem Cajus verpfändet. Der andere Miteigenthümer, Sempronius, hatte etwa auch seinen Theil dem Mevius verpfändet. Titius oder auch Cajus hat gegen den Sempronius, und auch allenfalls gegen den Mevius, wenn dieser das Grundstück besitzen sollte, die Theilungsklage. Denn diese wird nicht nur einem Eigenthümer gegen seinen Miteigenthümer, sondern auch Ersterem gegen des Letztern Gläubiger, ja auch des Ersteren Gläubiger gegen des Letzteren Gläubiger gestattet. Wenn nun zum Behuf der Auseinandersetzung, die Steigerung und Zuschlagung der gemeinschaftlichen Sache an einen derer beyden Theilungsinteressenten beliebt werden sollte, so kann es seyn, daß dem Cajus der sempronianische Antheil zugeschlagen wird. Bald darauf meldet sich Titius mit der act. pign. dir., erbiethet, das Geld zu bezahlen, das er dem Cajus abgeborgt, und will die Hälfte, die er dem Cajus verpfändet, wieder zurück haben. Cajus braucht sich auf die Klage nicht einzulassen, wenn Titius nicht auch das bey der Annahme der sempronianischen Portion dem Sempronius oder Mevius zur Vergütung geben müssen, von dem Cajus bezahlte Geld mit erstatten

und die ganze Pfandsache zusammen einlösen will. Auch hier sind die Grundsätze vom Mandat wieder zu gebrauchen, wie der Jurist selbst zu verstehen giebt: *Haec eadem et in mandato etc.*

L. 6. §. 9. eod. enthält eine andere Entscheidung. Der eine Miteigenthümer hatte dem andern seinen Theil verpfändet. Der Schuldner klagt gegen den Gläubiger auf die Theilung der gemeinschaftlichen Sache. Der Beklagte kann die Ausflucht, daß der Schuldner erst seine Schuld bezahlen, oder sonst den Beklagten deshalb außer Anspruch setzen soll, entgegen setzen. Wenn er aber auch nicht thut, so beobachtet der Richter ex officio die Nothdurft, weil die Theilungsklage *bonae fidei* ist. Wird die Sache ganz dem Gläubiger zugeschlagen, so gibt dieser dem Schuldner nur so viel heraus, als sein Antheil mehr werth ist, wie die Schuld beträgt, und quittirt ihn übrigenz über die Schuld. Erhält der Schuldner beyde Antheile, so bezahlt er dem Gläubiger seinen Antheil und die Schuld bleibt oben ein. (*partis aeklimatione eum condemnet: manere enim jus pignoris.*) Statt: enim ist etiam zu lesen, oder wenigstens enim so zu erklären.

§. 8. ej. L. 6. redet von dem Fall, wo der Gläubiger keiner von den Miteigenthümern ist. Hier bleibt das Pfandrecht, so der eine

derer Mitinteressenten auf seinen Antheil gelegt hat, ungeändert und wird weder gebessert noch gemindert: es mag der Schuldner oder der andre die ganze Sache annehmen. *Res inter alios acta tertio nec prodest nec nocet.* Wenn der andere, der nicht schuld-

ig ist, das Ganze annimmt, so rechnet er die Uebernehmung der Pfandschuld auf einen Theil des Kaufgeldes, das er dem andern Miteigenthümer schuldig geworden, und gibt nur das übrige demselben heraus.

§. 109.

Ganz fremde Güter soll man ohne Einwilligung des Eigenthümers billig gar nicht verpfänden. Geschieht es aber doch, so ist dergleichen Verpfändung dem Eigenthümer ohnschädlich und er kann sein Eigenthum allemal, der ungültigen Verpfändung ungehindert, gegen jeden Besitzer ausführen. Inzwischen gilt die Verpfändung doch unter denen contrahirenden Theilen. (130)

(130) Hieraus ist zu erklären, L. 12. §. 1. de distr. pign. v. supra.

§. 110.

Daher lehren die Gesetze, daß eine auf fremde Güter gelegte Hypothek zu Rechte ganz unbeständig sey, (131) d. i. daß daraus keine Pfandklage gegen einen jeden Besitzer entstehe, der an der geschehenen Verpfändung weder Antheil genommen, noch des Verpfänders Erbe geworden. Sie sagen aber, daß zu einem handhabenden Pfande fremde Sachen so gut, als eigene eingegeben werden können; d. i. daß der Verpfänder aus dem Pfandvertrage gegen seinen Gläubiger, und dieser gegen jenen eben solche Rechte, Forderungen und Klagen habe, als bey Verpfändung eigener Sachen entstehen. (132)

(131) L. 2. de P. A. Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit: tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat: tibi que cum eo convenit ut ea res, quam jam vendiderat, pignori tibi esset: nihil te egisse constat: quia rem alienam pignori acceperis. Ea enim ratione emto-rem pignus liberatum habere coepisse. Neque ad rem pertinuisse, quod tua pecunia pignus sit liberatum. Die verkaufte Sache war noch mit der Hypothek behaftet, die vorher darauf geruhet. Hätte derjenige, mit dessen Gelde der Pfandgläubiger abgefunden wurde, das Geld an diesen gezahlt, oder sich von ihm jura cessa geben lassen, so war er gedeckt. Aber, da er das Geld bloß an den ehemaligen Eigenthümer auszahlte und sich von diesem ein Pfandrechte an einer Sache geben ließ, die ihm nicht mehr gehörte, so war es eine vergebliche Handlung. An Gütern, die zur Zeit des entstandenen Pfandrechts, dem Schuldner nicht mehr gehört haben, kann selbst der Fiscus keinen Anspruch machen. L. 4. C. de privil. Fisc.

(132) L. 9. §. 4. de P. A. Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pignoratitia experiri. L. 16. §. 1. eod. Contrariam pignoratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam vel alii pignoratam vel in

publicum obligatam dedit: renebitur: quamvis et stellionatus crimen committat. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia. Quandum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat. ut Marcellus libro sexto digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum: contrarium ei non competit. L. 22. §. 2. eod. Si praedo rem pignori dederit: competit ei et de fructibus pignoratitia actio: quamvis ipse fructus suos non faciet: a praedone enim fructus et vindicari exstantes possunt et consumti condici. Proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit. Bey dem letzten Gesetze fragt sichs nur, worinn besteht eigentlich der Nutzen, der dem wissentlichen Besitzer fremder Sachen daher zuwächst, daß er dieselben an einen Gläubiger, der von der Beschaffenheit der Sache nicht weiß, versetzt hat. Dieser Nutzen besteht darinn: Hätte der Versetzer die fremde Sache nicht verpfändet gehabt, so hätte er die Nutzung vielleicht verzehret und müste sie nunmehr, da sich der Eigenthümer meldet, aus seinem Vermögen vergüten. Da er sie aber einem Gläubiger zur Nutzung überlassen, so hat dieser solche Nutzungen auf die Interessen oder gar auf das Capital abgerechnet und auf diese Art ist der Verpfänder wenigstens eine

Schuld losgeworden. Wäre ferner dem Gläubiger auch die Unrichtigkeit der Sache bekannt gewesen, so müßte er wegen seiner Unredlichkeit, alle gezogene Nutzungen dem Eigenthümer zurück geben. Also könnten sie nicht auf die Forderung, die der Gläubiger an den Verpfänder gehabt, abgerechnet werden. Dieser bliebe also in der Schuld stecken, und die Zinsen wären indeß angeschwollen. Daher ist es dem Verpfänder, der wissentlich fremde Güter verpfändet, sehr vortheilhaft, wenn die Verpfändung an einen Mann geschieht, der von den Umständen nichts gewußt und ehrlicher Weise die Nutzungen gezogen.

Man kann auch mit dem C. V. J. A. C. den Nutzen darinn sehen, daß sonst ein Possessor m. f. wegen der verzehrten Früchte *actio in rem ad exhibendum* belangt wird; hier aber, in Ansehung, daß der Gläubiger, der sie verzehrt, solches b. f. gethan, gegen den Verpfänder, der sich in m. f. befunden, nur *condictio sine causa* statt hat. Die letztere Klage ist nicht so nachtheilig, als die erstere.

ANT. FABER hat Conject. L. 7. c. 19. nicht begreifen können, worauf mit denen Worten: *proderit igitur ei ecc.* gezielt werde. Er hält sie daher vor einen

Zusatz eines *imperiti interpretis*, jedoch wie aus dem vorigen zu erhellen, ohne Grund. cf. *Rational. ad h. l.* wo der Verfasser *non proderit* gelesen haben will, welches sich ebenfalls gut erklären ließe.

Das andere Gesetz, cit. L. 16. §. 1. enthält noch eine Distinktion, die merkwürdig ist. Der Pfandgläubiger bekommt nur alsdenn, aus dem Pfandvertrage eine *actio pign. contrar.* wenn er nicht gewußt hat, daß das Pfandstück einem Fremden gehört. Hier ist eigentlich von dem Faustpfande die Rede. Der Gläubiger wird also gar keine Forderung aus der Verpfändung an den Schuldner machen können, wenn er um die Umstände gewußt. Unten wird ein gleiches von Hypotheken erwiesen werden. Wenn sich aber der Gläubiger in b. f. befindet, so kann nicht nur eine *actio pign. dir. und contrar.* bey Verpfändung fremder Güter gebraucht werden, sondern auch wirklich die hypothekarische Klage hat in solchem Fall gegen den Verpfänder statt, L. 21. §. 1. *de Pign. Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat et pignora vit, teneat: Servianae locus est. Et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet. Et ita Julianus ait: et habet rationem.*

§. III.

Dem Eigenthümer geht diese Pfandüberlassung nichts an. Er fordert seine Sachen bey dem Pfandinhaber nach Belieben ab, (133) es sey denn, daß er um die Verpfändung von Anfang gewußt, und aus Gefährde, und um den Pfandgläubiger in Schaden zu bringen, sich nicht gemeldet. (134)

(133) L. 6. C. si al. res. Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum, creditori suo dat pignori: se magis contrario pignoratitio obligat iudicio, quam quicquam dominis noceat: cum Serviana etiam actio declarat evidenter, jure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint: et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est. Bey der Actione Serviana muß, wie un-

ten vorkommen wird, besonders gegen einen dritten Besitzer, erwiesen werden, daß der Verpfänder von der verpfändeten Sache Eigenthümer gewesen. Darauf bezieht sich dieses Gesetz.

(134) L. 2. C. si al. res. Si probaveris praesidi, praedia vel hortos, de quibus agebatur tuos esse: intelligis, obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi, in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.

§. IIII.

Dieser Verfolgung des Eigenthums steht gar nicht entgegen, daß etwa der Verpfänder die Sache, vermöge eines mit dem Eigenthümer eingegangenen Mieth- Pfand- oder andern ähnlichen Contractis in Händen gehabt. Denn alle diese Verträge berechtigen den Inhaber nicht, die Sache ohne Willen des Eigenthümers zu versetzen. Das Eigenthum ist durch diese Verträge dem bisherigen Herrn nicht entzogen worden und also kann er sich desselben auch gegen Jedermann bedienen. (135)

(135) L. 8. C. si al. res. Nexum non facit praediorum, nisi persona, quae jure potuit obligare. Per servum autem, aut per procuratorem, colonumve, actorem, sive conductorem, ullum praesudicium possessioni invito vel inscio domino imponi non posse, et jure et legum auctoritate declaratur. Nexum facere war der eigentliche alte Ausdruck von Verpfändungen die per aes et librum geschahen. Actor heist ein Guthsverwalter, der gewöhnlicher Weise ein Knecht oder ad-

scripticius war, von dem die ganze Meyerey besorgt wurde. Conductor und Colonus sind vermuthlich so zu unterscheiden, daß dies Wort besonders einen Feldpächter, jenes aber einen jeden andern Abmieter anzeigen soll. Oder Colonus heist hier eben so viel, als Adscripticius. Ein Miethsmann kann keine Grundbeschwerungen auf die Güter bringen und ein Bevollmächtigter nicht anders, als wenn er eine specielle Vollmacht dazu hat.

§. 113.

So ungültig inzwischen die Verpfändung fremder Sachen ist, so kann sie doch bey veränderten Umständen gültig werden.

§. 114.

Diese Veränderung geht alsdenn vor, wenn der Verpfänder durch Erbgang, oder sonst in der Folge von den verpfändeten Sachen Eigenthümer wird. Bey dieser Veränderung wird die Pfandgebung wenigstens alsdenn gültig, wenn der Pfandgläubiger, ohne um die Beschaffenheit der Sache zu wissen, fremde Güter zum Unterpand bekommen. (136)

(136) L. 1. pr. de pign. Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventionem: si non fuit ei, qui pignus

dabat, debita: postea debitori dominio quaesito: difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur: sed facilius erit possidenti retentio. L. 15. §. 1. cod. Quod dicitur, credi-

creditorum probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse: ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inferi solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter haec res fuissent obligatae. L. 16. §. 7. eod. Aliena res utiliter potest obligari sub conditione si debitoris facta fuerit. L. 3. §. 1. qui pot. in pign. Cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerat gestum, deberetur: priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit. Post traditam possessionem idem praedium alii denuo pignori dedit. Prioris causam esse potiore apparet, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset. Verum in ea quantitate, quam solvisset eisque usuris, potiore fore constaret: nisi forte prior ei pecuniam offerat. Quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem praefendum. L. 5. C. si al. res. Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur. cf. L. 2. ff. de Exc. rei vend. et trad. L. 56. ad

SCr. Treb. L. 7. §. 2. de SCto Maced.

Der Inhalt des ersten Gesetzes geht dahin: Ein anders ist es, wenn jemand überhaupt sein künftiges Vermögen einem andern verpfändet, ein anders aber, wenn er gewisse Sachen, wovon er jetzt noch nicht Eigenthümer ist, sondern die jetzt noch einem andern gehören, zum Specialunterpfande giebt. In speciem rei alienae conventionem ist eben so viel, als: dato speciali pignore rei alienae. In dem ersten Fall hat er keinem sein Eigenthum schmälern wollen und es geht von Seiten des Verpfänders sowol als Pfandgläubigers alles aufrichtig zu. Dieser hat daher alle Rechtsmittel. Zwar nicht nach dem ursprünglichen strengen Rechte, denn dieses ist allen Verpfändungen solcher Güter, die man noch nicht hat, zuwider, sondern nach der neuerlich angenommenen Milderung (recepta est.) ANT. FABER Conject. L. 20. c. 17. Im andern Fall ist dem Eigenthümer zu nahe geschehen, da man unbedingt und ohne seine Einwilligung dessen Sachen verpfändet. Vom Anfange gilt die Verpfändung gar nicht. Sie wird aber hernach rechtsbeständig, wenn der Verpfänder im Fortgange das Eigenthum erlangt. Doch ist dabei der Unterscheid, daß, wenn der Gläubiger aus Unwissenheit von Anfange gelündigt, ihm nun eine ordentliche Pfandklage utili-

ter

ter zukommt; wenn er aber die böse Absicht gehabt, dem Eigenthümer zu schaden, er sich bloß einer Exception oder Retention bedienen kann. *Difficilius dabitur* heißt hier eben so viel, als: es hat gar nicht statt; wie *Paspinian* an andern Orten, 3. *E. L. 8. ff. de Coll. bon. und Ulpian L. 38. §. 4. ff. de aedil. ed. l. 23. ff. pro socio.* in eben dergleichen völlig verneinenden Bedeutung diese Redensart brauchen. *Voet. Comm. ad tit. de pign. §. 4.* ist anderer Meinung und will dem Gläubiger allemal auch eine Klage beylegen. Er beruft sich auf *L. 42. ff. de Vsurp. und L. pen. ff. de fund. dot.* Allein zu geschweigen, daß in diesen Gesetzen kein Wort von einer Klage vorkommt, so würde, wenn einer solchen darinn gedacht würde, dieses nicht entgegen stehen; denn der Mann ist schon bey Lebzeiten seiner Frau einiger maassen Eigenthümer des Heyrathsguths.

Es ist besonders, daß die Freylassung, die ohne Einwilligung des Eigenthümers von einem andern geschehen, durch die nachfolgende Vererbung des Eigenthümers an den Freylasser nicht auch gültig wird. *L. 20. ff. qui et a quib. manum.* Den Grund des Unterschiedes setzt man darinn, daß die Verpfändung ein Vertrag, wobey selbst der Verpfänder einen Interessensanspruch zu befürchten hätte, wenn er durch den Erbfall nicht gültig

würde, bey der Freylassung aber dergleichen nicht zu besorgen.

Cit. L. 15. §. 1. beweist zweyerley. 1) Daß man künftige Güter zum voraus verpfänden könne, und daß, wenn sie nachher dem Verpfänder zufallen, es so gut sey, als wenn sie zur Zeit der geschehenen Verpfändung demselben schon gehört hätten. 2) Daß ohne besondere Erwähnung des Zukünftigen, die bloße allgemeine Verpfändung der Güter, von denen künftigen Gütern ehemals nicht verstanden worden, wovon auch schon oben ein Beispiel vorgekommen.

Aus *cit. L. 16. §. 7.* folgt der Satz, daß die unbedingte Verpfändung fremder Güter allein nach *L. 1. pr.* zu beurtheilen. Die bedingten hingegen sind vollkommen gültig, und wenn die Bedingung hernach wirklich wird, d. i. wenn der Verpfänder in der Folge die verpfändeten Güter überkommt, so kann der Gläubiger alle Rechtsmittel dieser Pfänder wegen gebrauchen.

Der Fall des *L. 3. §. 1. qui pot.* ist dieser: *Titius* hat durch einen Bevollmächtigten ein Grundstück behandeln lassen und der Kauf ist richtig. Vor der an ihn, den *Titius*, geschehenen Uebergabe, hat er es schon dem *Cajus* verpfändet. Nach der Uebergabe giebt er abermals dem *Sempronius* ein Pfandrecht darauf.

Es

Es ist die Frage: geht Cajus dem Sempronius, oder dieser jenem vor? An sich behauptet Cajus den Vorzug. Sein Pfandrecht ist älter. Der Anwalt hatte entweder zur Zeit der Verpfändung das Grundstück auf den Namen des Principals schon in Besitz überkommen und angenommen, oder er hatte es auf dessen Namen zwar übergeben erhalten, aber auf eigenen Namen angenommen, oder es war umgekehrt. Im ersten und zweyten Fall war der Verpfänder schon damals Eigenthümer, L. 13. de donat. Im dritten Fall war zwar der Verpfänder noch eben so wenig Eigenthümer, L. 59. de A. R. D. als er es war, wenn der Bevollmächtigte selbst noch nicht einmal den Besitz erhalten. Jedoch war er im Begriff, das Eigenthum zu erwerben und die Verpfändung geschah zu Niemandes Nachtheil. Sie war gleichsam unter der stillschweigenden Bedingung geschehen, wenn der Verpfänder durch

die Uebergabe wirklich Eigenthümer werden würde. Als daher die Bedingung zur Wirklichkeit kam, so mußte der Anfang der Hypothek auf die Zeit der verabredeten Verpfändung zurückgerechnet werden und sie war älter, als die Hypothek des Sempronius. CVJAC. nimmt in dem Rechtsfall noch zwey Umstände, als notwendig, an 1) daß der Bevollmächtigte das Grundstück auf eigenen Namen erkaufte. 2) Daß der zweyte Gläubiger das Pfand in Besitz bekommen. Zu beyden Umständen sehe ich aber weder in dem Gesetze noch in sonstigen Rechtsgründen eine Anleitung.

In cit. L. 5. C. sind die Worte: *exemplo pignoratitiae* merkwürdig, womit auf Act. pign. dir. und L. 16. §. 1. de Pign. act. gezeit wird, weshalb dasjenige, was oben deshalb ausgeführt worden, nachzusehen.

§. 115.

Im umgekehrten Fall hingegen, da der Eigenthümer, ohne dessen Willen die Verpfändung geschehen, des Verpfänders Erbe wird, erhält die geschlossene Verpfändung keine Gültigkeit. (137) Der Gläubiger kann in diesem Fall zwar von dem Erben eine andere Hypothek, oder eine Bestätigung der schon ungültig erhaltenen, durch die Act. pign. contrar. verlangen und fordern; aber, wenn

wenn dergleichen Bestätigung nicht erfolget, ist die Verpfändung an sich noch immer unkräftig, und sollte das Pfandstück wieder an einen dritten Besitzer gerathen, so wäre gegen diesen weder eine Pfandklage, noch sonstiges Rechtsmittel gegründet.

(137) Nämlich in Ansehung eines dritten Besitzers entspringen daraus keine gegründeten Rechtsmittel, wenn nicht der nunmehrige Erbe die Verpfändung bestätigt. Daß er aber diese Bestätigung ertheile; oder ein ander Pfand gebe, dazu kann er von Rechtswegen angehalten werden. Hier kommen ein paar merkwürdige Gesetze vor. L. 22. de pign. Si Titio, qui rem meam, ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres exstitero: ex post facto pignus directo quidem non convalescit: sed utilis pignoratitia dabitur creditori. L. 41. de Pign. act. Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti. Datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres exstitero. Hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex mendacio suo arguatur, improbe resistit, quo minus utilis actio moveatur.

Es ist bekannt, daß man gemeinlich einen Widerspruch zwischen diesen beyden Gesetzen annimmt, von welchen sich das erste vom MODESTINVS, das letzte vom Juristen PAVLVS, herschreibt. Einige suchen den Widerspruch dadurch zu heben, daß sie glauben, die Entscheidung des Paulus sey zu dessen Zeiten zwar angenommen gewesen, aber in den folgenden neuern Zeiten des MODESTINVS, sey man von der ehemaligen Strenge abgegangen. Andre erklären den MODESTINVS von dem Fall, da ohne des Eigenthümers Wissen die Verpfändung geschehen, die Stelle des Paulus hingegen von dem, da wider Eigenthümers Wissen und Willen die Verpfändung vorgenommen worden. Die beste Vereinigung dieser Gesetze aber ist diejenige, welche die Ueberschrift an die Hand giebt. Sie sind nämlich beyde zu den ganz verkehrten Ort gekommen, indem L. 41. unter den Titel: de pign. et hyp. und L. 22. unter den: de pign. act. gesetzt werden sollen. Das erstere Gesetz redet von der hypothetischen Klage. Der Ausdruck: pignoris persecutio, giebt dieses

deut;

deutlich zu erkennen. Wenn der Eigenthümer des Verpfänders Erbe wird, so folgt daraus noch gar nicht, daß diese Klage und die eingeräumte Hypothek dadurch gegründet werden. Die Hypothek geht das Grundstück an und eine Veränderung, die bey denen Personen vorgeht, kann bey jenen keine Veränderung machen. Das Recht, die Bestätigung von der Verpfändung des Erblassers oder eine andere Hypothek fordern zu können, steht dem Gläubiger gegen die Erben allemal zu. Aber an und vor sich, und von selbst erhält die ungültige Verpfändung durch die Beerbung keine Gültigkeit. Die Worte: Neque utique etc. enthalten einen Zweifelsgrund. Der Erbe ist zwar das Geld schuldig. Aber nicht ein jeder Schuldner haftet allemal mit Verpfändung. Mit denen Worten: Sed si convenisset de pignore wird der zu Anfang des Gesetzes vorgetragene Fall wiederholt, oder der Grund der Entscheidung angegeben, welche in diesem Fall zu Anfange des Gesetzes vorgekommen. Die Actio utilis pignoratitia ist in diesem Gesetz so viel, als actio utilis hypothecaria; denn diese Benennung ist der hypothekarischen Klage nicht ungewöhnlich. L. 7. §. 12. Comm. div. L. 3. §. 3. ad Exhib. In L. 22. hingegen ist utilis pignoratitia die actio pignoratitia contraria. Die Contracte sind bey denen Erben von eben der Wirkung, die sie bey

dem Erblasser hatten. Es ist daher kein Wunder, daß auch der Pfandcontract des Verpfänders Erben eben so verbindet, wie den Erblasser.

Die ausgeführte Erklärung und Vereinigung derer beyden Gesetze schreibt sich schon von denen Glossatoren her. Neuerlich aber hat sie der scharfsinnige NOODT noch mehr unterstützt. Hingegen CVJAC. ist schlechterdings dawider und nimmt einen Widerspruch zwischen beyden Juristen an, wovon jedoch MODESTIN. als der neueste den Vorzug behaupten müsse. Es ist ein bloßer Eigensinn des CVJAC. da die Sache handgreiflich ist. Daß es nicht ungewöhnlich sey, Verordnungen derer Gesetze an unrechte Stellen in unsern Pandekten zu finden, lehrt das, was oben ad L. 9. ff. de pign. et hyp. gesagt worden.

Da also eine Hypothek durch die Beerbung nicht an sich gültig wird, so scheint es besonders zu seyn, daß es bey einer Freylassung anders ist. L. 31. ff. de Lib. caus. Der Grund des Unterschiedes aber ist leicht zu finden. Bey der Freylassung hat es der Erbe blos mit dem Freygelassenen selbst und seinen Erben und Nachkommen zu thun, nicht aber ein Gläubiger mit einem dritten Besitzer. Zwischen derer Contrahenten Erben ist, wie schon erinnert worden, der Vertrag allemal von einiger Wirkung.

Willigt der Eigenthümer von Anfange darein, daß ein anderer seine, des Eigenthümers Sachen zu eigenem Behuf verpfände, oder er giebt seine Einwilligung wenigstens in der Folge; so ist im ersten Fall die Verpfändung gleich Anfangs, im andern Fall aber wird sie wenigstens hernach gültig (138) und der Eigenthümer wird durch seine Einwilligung auf gewisse Art vor die Schuld Bürge (139) indem er sich so lange die ganze Strenge des Pfandrechts gefallen lassen muß, bis der Gläubiger seine Befriedigung erhalten.

(138) L. 20. pr. de P. A. *Aliena res pignori dari voluntate domini potest. Sed et, si ignorante eo, data sit: et ratum habuerit: pignus valebit.* L. 27. eod. *Petenti mutuam pecuniam creditori, cum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem poneret. Si jam solutione liberatas receptasque eas, is qui susceperat, tenet: exhibere iubendus est. Quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt: voluntate domini nexae videntur: sed ut liberatae tradantur, domino earum propria actio adversus suum creditorem competit.* L. 5. §. 2. de pign. et hypoth. *Dare autem quis hypothecam potest, sive pro sua obligatione, sive pro aliena.* L. 16. §. 1. eod. v. supra. *Cit. L. 27. zielt mit den Worten: exhibere iubendus est, auf die Actionem Commodati. Der Schuldner hatte seinem Gläubiger Sachen geborget, die*

er versetzen konnte. Der Gläubiger, Versetzer und Commodarius hatte sie jetzt wieder in Händen. Die act. pign. dir. hatte weder gegen den Gläubiger des Eigenthümers, noch, gegen des Gläubigers Gläubiger statt, wenn dieser die Sachen noch nicht zurück gegeben haben sollte, weil der Eigenthümer mit keinem von beyden einen Pfandvertrag über die quact. Sachen geschlossen. Wenn aber des Gläubigers Creditor die Pfänder noch in Händen gehabt hätte, so wäre von dem Eigenthümer entweder dieser oder sein eigener Pfandgläubiger zu verklagen gewesen. Letzterer wäre wiederum actione commodati oder praescriptis verbis anzuhalsen gewesen, daß er das Pfand wieder schaffe. Im Fall Ungehorsams war er alsdenn dessen Werth zu vergüten schuldig. Der jetzige dritte Pfandinhaber konnte nicht act. pign. dir. von dem Eigenthümer in Anspruch genommen

men werden, wenn er gleich den Beklagten befriedigen wollte. Der Eigenthümer war hier nicht Verpfänder, sondern der Gläubiger, so wirklich versehen müssen. Dieser hatte nicht als Bevollmächtigter des Eigenthümers gehandelt, weil die Verpfändung nicht zu des Eigenthümers, sondern bloß zu des Gläubigers Nutzen geschehen war. Wohl aber konnte sich der Eigenthümer der Eigenthumsklage gegen den fremden Pfandinhaber bedienen, wenn entweder der Verfeher das darauf geborgte Geld schon wieder bezahlt hatte, oder der Eigenthümer dem Besitzer dessen Wiederbezahlung erboth. Das letztere mußte er darum thun, weil der, so die Verpfändung seiner Sachen einem andern verwilligt, eben dadurch vor dessen Schuld in so fern gut sagt. Der Verpfänder brauchte von dem Eigenthümer, wenn dieser den dritten Pfandinhaber verklagte, noch nicht bezahlt zu seyn, weil er kein Pfandrecht an den Sachen hatte und überhaupt die letztere Verpfändung der Sachen des Schuldners, welche dieser seinem Gläubiger gestattete, mit der Schuld desselben, so er diesem seinem Gläubiger restirte, gar nicht zusammen hing.

Da nach *cic. L. 16.* die nachfolgende Genehmigung auf den Anfang der Verpfändung zurück gerechnet wird, so müssen, wenn Mehrern ein Pfandrecht an fremden Gütern zu verschiedenen Zei-

ten gegeben worden, und es erfolgt wegen aller dieser Verpfändungen hernach des Eigenthümers Approbation, die sämtlichen Pfandgläubiger nunnehro nach dem Vorzug der Zeit, ihre Befriedigung erhalten. *ANT. FABER* behauptet *Rational. ad h. l.* ohne Grund das Gegentheil.

(139) *L. 1. §. 4. de pign. Cum praedium uxor viro donasset, idque praedium vir pignori dedisset: post divortium mulier possessionem praedii sui recuperavit, et idem praedium ob debitum viri pignori dedit. In eaduntaxat de pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit, meliore praedio facto: scilicet, si majores suntus quam fructus fuissent, quos vir ex praedio percepit. Etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur. L. 5. §. 2. in quib. causis pign. Si quis fidejubeat, cum res illius a debitore, pro quo fidejussit pignori data sit: bellissime intelligitur, hoc ipso quod fidejubeat, quodammodo mandare res suas esse obligatas. Sane si postea sint eius res hypothecae datae, non erunt obligatae. L. 2. quae res pign. Si alius pro muliere, quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filiofamilias, cui contra Senatusconsultum creditum est: an his succurritur, quaeritur? Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dice-*

eur succurri ei. Sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filiofamilias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fidejussore eius. L. 11. C. de distr. pign. Mulier licet specialiter res pignori dederit pro alio, creditor eas distrahendi non habet facultatem, nisi dissimulatione, marito obligante velut proprias, creditoris ignorantiam circumscripserit. cf. L. 5. 7. C. ad Sc. Vell. L. 8. pr. ff. eod. Der Sinn des L. 1. §. 4. de pign. ist dieser: Wenn eine Frau ihrem Manne ein Grundstück geschenkt, so ist die Schenkung ungültig und sie kann fast auf eben die Art das Geschenk zurücknehmen, wie man sonst die Eigenthumsklage erhebt. Bey dieser ist unter andern Rechtens, daß der Besitzer die nothwendigen und nützlichen Verwendungen, so weit solche über die gezogenen Nutzungen hinausgehen, vergütet bekomme. Eben dieses gilt daher bey Zurückforderung eines Geschenks, so ein Ehegatte dem andern gegeben. Die Kosten, welche in diesem Gesetze der Mann verwendet und zu fordern hatte, waren noch nicht wieder erstattet, ohnerachtet die Frau das Grundstück schon zurück gefordert. Unter diesen Umständen gab letztere das Grundstück vor eine Schuld ihres Mannes zum Unterpfande her. Es war an sich eine Art von Bürgschaft und daher ungültig. Doch, so

weit die Frau ihrem Manne schuldig war, galt die Verpfändung, weil sie in so fern nicht eine fremde Schuld, sondern ihre eigene bezahlte; nur daß sich die Person des Gläubigers änderte.

Cit. L. 5. §. 2. enthält eine rechtliche Vermuthung, welche juris et de jure zu seyn scheint, und wobey also nicht einmal ein Beweis des Gegentheils, und daß der Bürge um die vorhergegangene Verpfändung seiner Sachen nicht gewußt, zulässig wäre. Die Worte: quodammodo und hoc ipso quod fidejubeat scheinen solches anzuzeigen. Allein als denn ließe sich kein Grund finden, warum die Verpfändung, nach vorhergegangener Bürgschaft, nicht eben so gültig seyn sollte, als die, so vor der Bürgschaft geschehen. Daher hat BRUNNE-MANN recht, wenn er bey diesem Gesetze voraussetzt, daß der Bürge um die Verpfändung gewußt. Diese Wissenschaft wird vermuthet, wenn die Verpfändung eher geschehen ist, als die Bürgschaft, nicht aber im umgekehrten Fall. Wer eine Bürgschaft vor einen andern übernehmen soll, bekümmert sich um die bisherigen Umstände des Hauptschuldners und Gläubigers, und hat daher vermuthlich von der schon geschehenen Verpfändung Nachricht. Er ist wenigstens einigermassen eines Versehens zu beschuldigen, daß er sich nicht um die vorhergegangenen Umstände genauer

genauer erkündiget und dadurch den Pfandgläubiger in den Irrthum gebracht, als wenn die Verpfändung mit des nun noch dazu Bürgschaft leistenden Eigenthümers Genehmigung geschehen. Aber daß er auch alle künftigen Handlungen des Hauptschuldners wisse, ist nicht so leicht zu glauben, und daß er sie wissen solle, nicht zu verlangen.

L. 2. quae res pign. lehrt am deutlichsten, daß die Einwilligung des Eigenthümers in Verpfändung seiner Sachen eine Bürgschaft enthalte. Warum aber der Rechtsgelehrte geglaubt, daß die Verpfändung seiner Sachen vor eine Bürgin eher Einwendungen leide, als die vor einen Schuldner, der noch unter vä-

terlicher Gewalt steht und Geld erborget, davon ist der Grund vermuthlich darinn zu setzen, weil das SCt. Vell. auch da, wo schon bezahlt ist, zu statten kommt, das SCt. Maced. aber nicht. Bey der Verpfändung findet sich nun sehr oft der Gläubiger in dem Besitz des Pfandes, und es konnte also ein Zweifel entstehen, ob dieses Pfand durch eine Klage von dem Pfandgeber zurückgefordert werden dürfe. Allein der Rechtsgelehrte läßt sich diesen Zweifel nicht irren. Eine Pfandgebung und eine Zahlung ist zweyerley. Inzwischen blieb doch allemal gewiß, daß bey dem SCto Macedoniano die Sache mehr Zweifel hatte, als bey dem Vellejanischen Rathschluß.

§. 117.

Wenn das Eigenthum einer Sache in Proceß besfangen ist, so ist es eben so wenig erlaubt, sie während des Processes zu verpfänden, als sonst zu veräußern. (140)

(140) L. 1. §. 2. quae res pign. Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, jure pignoris accipere non potest, ut Divus Pius Claudio Saturnino rescriptit. Quid ergo, si praedium quis litigiosum pignori acceperit? an exceptione summovendus sit? et Octavenus putabat, etiam in pignoribus locum habere exceptio-

nem. Quod ait Scaevola libro tertio variarum quaestionum, procedere, ut in rebus mobilibus exceptio locum habeat. Sachen, deren Eigenthümer schon in anhängigem Rechtsstreit besfangen sind, können, wie aus denen Titeln der Pandekten und des Codex zu ersehen, auf keinerley Weise veräußert und verpfändet werden. Die Exception, deren das Gesetz

erwähnt, ist die Exceptio litigiosa. Die Veräußerung streitiger Sachen war nicht an sich ungültig, doch hatte dagegen eine Exceptio statt. Die Ursach, warum SCAEVOLA auf die Verpfändung beweglicher Güter seine Meinung eingeschränkt, ist vermuthlich die, daß bey Hypotheken, vor den andern im Streit liegenden Theil, eben kein Schaude zu besorgen, wohl aber bey einem Faustpfande. Weil letzteres aus dem Besitz des beklagten Verpfänders herausgeht, so ist es dem Gegentheile gefährlich; ersteres aber ist eben darum unschädlich, weil der Verpfänder den Besitz behält. Die Exceptio litigiosa ist auch bey Hypotheken von keiner besondern Nothwendigkeit.

Sie gelten an sich nicht, wenn der Verpfänder nicht Eigenthümer gewesen, und die Frage, ob dieser Eigenthümer sey oder nicht, hängt nebst dem ganzen Schicksale des Gläubigers darum ganz allein von dem Ausgange des Processes, worinn der Verpfänder begriffen ist, ab, weil der Gläubiger die Verpfändung nicht anders, als an einer streitigen Sache empfangen. Er kann sein Pfandrecht an der streitigen Sache in keiner andern Eigenschaft haben, als worinn und in welchem Zustande sie bey der Verpfändung gewesen. Deshalb gestattet auch Ulpian in solchem Fall mehr Exceptionem rei judic. als Litigiosi L. 11. §. ult. de Exc. Rei jud.

§. 118.

Entsteht der Streit über das Eigenthum erst nach gescheneher Verpfändung, so muß der Pfandgläubiger, wenn er von diesem Rechtsstreit des Verpfänders mit demjenigen, der das Eigenthum in Anspruch nimmt, Nachricht erhält, dazu nicht still sitzen, sondern er muß sich der Sache mit annehmen. Denn, wenn der Verpfänder den Proceß, wegen Unrichtigkeit seiner Sache verlihren sollte, und die Abschiede werden rechtskräftig, so muß sich der Pfandgläubiger solche ebenfalls gefallen lassen. Geht der Proceß so verlohren, daß der Pfandgläubiger von dem ganzen Rechtsstreit gar nichts erfahren, so schadet ihm derselbe nicht, sondern der Pfandgläubiger kann, wenn er will, solchen vor sich besonders erneuern. (141)

(141) L. 3. de pign. Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret: aequae servanda erit creditori actio Serviana probanti, rem in bonis illius eo tempore, quo pignus contrahebatur, fuisse. Sed et si victus sit debitor vindicans hereditatem, iudex actionis Servianae, neglecta de hereditate dicta sententia pignoris causam inspicere dedebit. Atquin aliud in legatis et libertatibus dictum est: cum secundum eum, qui legitimam hereditatem vindicabat, sententia dicta est. Sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur. Cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret. Enimvero fieri potest, ut et pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta. §. 1. eod. Per injuriam victus apud iudicium, rem quam petierat, postea pignori obligavit. Non plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit. Ergo summovebitur rei iudicatae exceptione. Tametsi maxime nullam propriam, qui vicat actionem exercere possit. Non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re, quae pignori data est, debitor habuerit, considerandum est. L. 5. C. de pign. Praefes provinciae vir clarissimus jus pignoris tui exoquentem te audiet. Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eum colluisse cum adversario tuo, aut ut dicis non causa cognita, sed

praescriptione superatum esse constiterit. cf. L. 63. de Re jud. L. 4. §. 4. de Appell. Das erste Gesetz bestimmt zwar nicht, ob der hypothekarische Gläubiger, dem sein Pfandrecht, des von dem Verpfänder verlohrenen Proceßes ohnerachtet, vorbehalten bleibt, von dem Rechtsstreit Nachricht gehabt oder nicht. Jedoch ist das letztere aus denen übrigen Gesetzen, besonders aus L. 63. de Re jud. in Gedanken hinzuzusehen. Denn weiß der Gläubiger um den Streit, so muß er sich mit einmischen und dem Verpfänder beystehen, weil der Ausgang ihm sonst eben so nachtheilig ist, als diesem, L. 4. §. 4. de Appell. Ist hingegen dem Gläubiger der Rechtsstreit nicht bekannt, so schadet ihm solcher nicht, es mag eine Eigenthums- oder Erbschaftsklage seyn, so daß bey letzterer alle zur Erbschaft gehörigen Güter, und also auch die verpfändeten Stücke, dem Gegentheile zugesprochen werden. Die Legatarien, deren Recht eben so von dem Recht des Erben, wie des Pfandgläubigers Gerechtfame von dem Rechte des Verpfänders abhängt, sind in diesem Punkt unglücklicher, als die Pfandgläubiger. Wenn der Erbe auch ohne ihr Wissen wegen der Erbeinsetzung angefochten wird und er ohne Gefährde den Proceß verliert, so fallen nichts desto weniger alle Vermächtnisse als ungültig, dahin. Den Grund des Unterschiedes giebt der Rechts-

gelehrte nicht so an, daß er ein Gemüthe thäre. Die Hypothek kann so wenig gelten, wenn ausgemacht ist, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer gewesen, als ein Vermächtniß gültig seyn kann, wenn anzunehmen, daß die Erbsenkung ungültig. Der letzte Wille kann auch vollkommen zu Rechte beständig seyn, und doch der ernannte Erbe den Proceß schlecht eingeleitet haben. Der wahre Grund, den der Jurist anzugeben sollen, ist dieser: Der im Testament ernannte Erbe hat das Recht, die Erbschaft auch, nach Belieben, nicht anzunehmen. Wenn er nun das Erbrecht ausschlug, so zerfiel ehemals alles, was ein Anhang der Erbsenkung war, zugleich mit. Nur in dem Fall blieben die Vermächtnisse bey Kräften, wenn die Lossagung des Erben, aus einer Gefährde und bösen Absicht wider die Legatarien geschah. Nur wenn derjenige, der schon als Verwandter der nächste Erbe war, zugleich im Testament zum Erben ernannt worden, nach dem Testament nicht Erbe seyn wollte, um bey dessen Zernichtung die Legatarien um ihre Vermächtnisse zu bringen, oder mit denen Erben, ab intestato sich zum Nachtheil derer Legatarien, dahin verstund, daß das Testament desituirt werden sollte, so blieben die Vermächtnisse zu seinem Trutz gültig. Wenn der Testamentserbe aber aus keiner bösen Absicht, sondern aus andern Ursachen, als: aus

Feizheit, Gemächlichkeit oder ähnlichen Bewegungsgründen, nicht Erbe werden wollte, so kamen die Legatarien auch um ihre Vermächtnisse. Die Folge war daher natürlich: Wenn es auf die freye Entschliessung des Erben ankommt, ob die Vermächtnisse gelten sollen, oder nicht, so muß, wenn er sich durch einen verlohrenen Proceß um sein Erbrecht gebracht hat, dadurch auch denen Legatarien ihr Recht mit entzogen werden. Weil dies die wahre Ursach ist, so läßt sich begreifen, warum die Vermächtnisse gültig bleiben, wenn bey dem Proceß eine Gefährde gespielt worden. L. 14. pr. §. 1. de Appell. L. 29. de inoff. test.

Ganz anders verhält es sich mit einem Verpfänder. Er kann dem Pfandgläubiger dasjenige Recht, so er ihm einmal gültig gegeben, nicht wieder entziehen, weder in böser Absicht, noch aus andern Gründen. Diesen geht daher die schlechte Führung des Processes, wodurch sich der Verpfänder geschadet, und worum er, der Gläubiger, nicht einmal gewußt, nicht an. Die Sache hat sich aber auch in Ansehung der Legatarien, durch die Justinianische Verordnungen geändert. Der Testamentserbe kann durch seine Lossagung von der Erbschaft denen Legatarien nichts mehr nehmen, er mag es böse meinen oder nicht. Daher fällt der Unterschied, der in dem Gesetz zwischen

ſchen Legatarien und Pfandgläubigern gemacht wird, nunmehr weg. Hat der Pfandgläubiger von dem hernach entſtandenen Proceß über das Eigenthum des Verpfänders gewußt und ſich deſſelben nicht mit angenommen, ſo muß er zwar unter denen darinn ergangenen rechtskräftigen Erkenntniſſen mit leiden; doch iſt es eine Ausnahme, wenn bey dem Proceß eine Colluſion vorgekommen, oder der Richter auf eine ſolche Art gehandelt, daß Nullitäten vorhanden ſind, oder der Verpfänder ſich mehr an dem Beweiſe verſäumt und in Contumaciam deſſelben verluſtig worden, als daß er keinen Beweis zu führen im Stande geweſen. Zum Beweiſe deſſen, was von Nullitäten geſagt worden, dient §. 1. cit. l. 3. de pign. Denn, wenn nur derjenige Gläubiger, ſo nachher erſt, nachdem der Verpfänder durch ungültige Erkenntniſſe den Proceß verlohren, ein Pfandrecht erlangt, unter dem Ausgange des Proceſſes mit leidet, ſo muß derjenige, der ein vorhergehendes Pfandrecht hat, den Proceß anfechten können. Wegen der Colluſion und Verſäumnis, beweist cit. l. 14. pr. §. 1. de appell. Der unmittelbare Inhalt des §. 1. cit. l. 3. de pign. aber beſtärkt dasjenige, was am Ende der vorigen Anmerkung erinnert worden, daß bey ſchon entſtandenem Eigenthumsſtreit, der anmaßliche Eigenthümer ſeinem Gläubiger ein Pfandrecht in keinem andern

Zuſtande der Sache ertheile, als worinn ſie ſich durch den Proceß jezt wirklich befindet. Eine Parthey, die durch offenbar widerrechtliche Erkenntniſſe den Proceß verlohren, erhält daraus eine Exception, obwol nicht eine eigentliche Klage. Die nachher ertheilte Hypothek kann daher ebenſalls durch eine Exception des gewinnenden und in Beſitz befindlichen Theils abgewieſen werden.

Bey L. 63. de Re jud. iſt wegen der Worte: *Sententia, inter alios dicta, aliis quibusdam etiam ſcientibus obest: quibusdam vero, etiam ſi contra ipſos iudicatum ſit, nihil nocet*, ſtreitig, ob ſie nicht einer critiſchen Veränderung bedürfen. Ich glaube nicht. Man muß nur nach etiam ein Comma ſetzen. Alsdenn iſt der Sinn: Es giebt Fälle, wo auch andern, auſſer denen eigentlich ſtreitenden Theilen, das Erkenntnis entgegen ſieht, wenn ſie nur von dem Proceß Wiſſenſchaft gehabt haben. Es giebt im Gegentheile Fälle, wo die Erkenntniſſe andere, auſſer denen die ſie unmittelbar betreffen, nichts angehen, wenn ſie gleich um den Proceß wiſſen und daran Antheil genommen haben ſollten. Von denen Beyſpielen, ſo zur Erläuterung angeführet werden, betreffen die erſten den letztern Saß, und die letzten den erſtern. Der Umſtand, woraus zu beurtheilen, ob die Erkenntniſſe andern, die von dem Proceß gewußt, oder

daran Antheil genommen, nachtheilig seyn können oder nicht, ist in dem Gesetz nicht deutlich angezeigt. Er ist so zu bestimmen: Wenn das Recht des Dritten von dem, der den Proceß eigentlich führet, und gegen den unmittelbar gesprochen worden, herkommt, so ist das gegen diesen gesprochene Erkenntnis auch wider jenen, falls er vom Proceß Wissenschaft gehabt haben sollte. Im entgegen stehenden Fall schadet ihm die Wissenschaft nicht.

L. 5. C. de pign. bestätigt zu förderst dasjenige, was oben wegen der Collusion ausgeführt worden. Was aber die Praescriptio seyn soll, ist nicht ganz deutlich. Am süglichsten wird der Ausdruck, wegen des Gegenstandes: non causa cognita, von einer Versäumnis und geschehener Präclusion im Proceß, verstanden. DONELLVS versteht dar-

unter eine jede Exception, z. E. usucapionis, pacti remissorii, etc. Es ist auch auffer Zweifel, daß, wenn der Verpfänder den Proceß wegen der Ausfluchte des Gegenstands, und nicht wegen unerwiesenen Eigenthums verlohren haben sollte, dieses dem Pfandgläubiger unschädlich sey. Denn die Usucapion gegen den Eigenthümer, hebt, wie unten vorkommen wird, die Hypothek nicht auf, und Erklärungen, welche der Eigenthümer nach der Verpfändung gegen andere gethan, oder sonstige nachherige Handlungen, wodurch er sich um das Eigenthum gebracht, und die ihm im Proceß entgegen gestellt worden, können dem Gläubiger sein Pfandrecht nicht nehmen. Die Sache selbst hat also ihre Richtigkeit. Ob aber dieses Gesetz eben dergleichen sagen wolle, ist eine andere Frage.

§. 119.

Da seit den Zeiten derer Kk. Diocl. und Max. die Kinder aus väterlicher Gewalt nicht mehr verkauft werden durften, so war auch die Verpfändung derselben, bey Strafe der Deportation oder Relegation des Pfandnehmers untersagt. (142) Inzwischen war im äußersten Nothfall, die ganz neugebohrnen Kinder zu verkaufen, von Constantin M. dem Vater wieder nachgelassen worden. Daher mit dem DONELLVS sich billig schließen läffet, daß es in diesem Fall auch erlaubt gewesen, die Kinder zu verpfänden.

(142) L. 6. C. quae res pign. Qui filios vestros, vel liberos homines pro pecunia, quam vobis credebat, pignoris titulo accepit, dissimulatione se juris circumvenit: cum sit manifestum, obligationem pignoris non consistere, nisi in his, quae quis de bonis suis facit obnoxia. L. 5. ff. eod. Creditor, qui sciens filiumfamilias a parente pignori accepit, relegatur. Schon zu des Juristen Paulus Zeiten war die Verkaufung der Kinder auf die dringendste Noth und auf den Mangel des nöthigen Unterhalts eingeschränkt. PAVL. Rec. Sent. L. 5. tit. 1. §. 1. SCHVLTING Jurisprud. Antej. p. 431. Nur brauchten die Kinder nicht ganz neu zur Welt gekommen zu

seyn; welchen Umstand erst Constantin erfordert hat. Es ist also wahrscheinlich, daß cit. L. 5. ff. welches Gesetz mit der schon angeführten Stelle des Paulus zusammen hängt, auch den Nothfall ausnimmt und zuläßt, in welchem der Verkauf erlaubt war. Bey den Herausgebern der Antejustinianischen Fragmente findet man statt der Relegation die Deportation erwähnt. Die Strafe muß also zu Justinians Zeiten gemindert worden seyn, weil man mit des Paulus Worten eine Veränderung vorgenommen. Wegen Verpfändung der Kinder hat Justinian eine harte Verordnung erlassen, Nov. 134. c. 7.

§. 120.

Es gab auch noch einen besondern Fall, in welchem man eine Art eines Pfandrechts an einem freyen Menschen haben konnte. Wenn Jemand einen Kriegsgefangenen aus der Gefangenschaft mit seinem Gelde los machte, so erhielt er, bis er sein ausgelegtes Geld wieder erlangte, ein Recht auf die Person des Frengewordenen, so einem Pfandrecht ähnlich war. (143)

(143) L. 2. C. de postlim. revers.

§. 121.

Ein Knecht kann, wie jede andere eigenthümliche Sache, verpfändet werden. Derjenige Knecht, der die Hof-

Hofnung der Freyheit vor sich hat (Statu liber), giebt wenigstens so lange ein Pfand ab, bis er wirklich zur Freyheit kommt. (144)

(144) L. 13. §. 1. de pignor. cae poterit: licet, conditione Statu liber quoque dari hypothe- existente evanescat pignus.

§. 122.

Das dem Knecht zur Verwaltung überlassene Vermögen (peculium) macht kein Zubehör desselben aus, und ist deshalb nicht mit verpfändet, weil etwa der Knecht verpfändet worden. (145)

(145) L. 1. §. 1. de pign. acquiserat. Auch bey dem Kauf, Servo pignori dato, peculium eius L. 29. ff. de Contr. E. V. und creditor, citra conventionem bey Vermächtnissen, L. 24. de specialiter super eo conceptam, pecul. leg. ist das Peculium kein frustra distrahit. Nec interest, Zubehör des Knechts. quando servus domino peculium

§. 123.

Dasjenige, was ein Knecht als sein Peculium in Händen hatte, durfte er, wenn ihm davon die freye Verwaltung überlassen war, auch wohl mit Verpfändungen behaften. (146) Jedoch war es nur alsdenn erlaubt, wenn es in eigenen Geschäften des Knechts geschähe, nicht aber zum Behuf anderer. (147)

(146) L. 18. §. 4. de pign. de filiofamilias dicta intellige- act. Servus rem peculiarem si mus. pignori dederit: tuendum est, si liberam peculii administrationem habuit. Nam et alienare eas res potest. L. 19. eod. Eadem et

(147) L. 1. §. 1. quae res pign. Si filiusfamilias pro alio rem peculiarem obligaverit vel fer-

servus: dicendum est, eam non teneri: licet liberam peculii sua administrationem habeant. Sicut nec donare eis conceditur. Non enim usquequaque habent liberam administrationem. Facti tamen est quaestio, si quaeratur,

quousque eis permillum videatur peculium administrare. Es kann vielleicht dem Knecht oder Sohn auch die Freyheit, zu verschenken, vor andere gut zu sagen u. d. g. ausdrücklich eingeräumt seyn.

§. 124.

Was nicht zum Peculio gehörte, und dem Vater oder Herrn zuständig war, durfte sich kein Leibeigener oder Sohn zu verpfänden unterfangen. (148)

(148) L. 4. C. si al. res pign. Nec si major annis viginti quinque fuisset filius tuus, qui in

potestate tua erat, te invito rem tuam obligare potuit.

§. 125.

Die Dotalgrundstücken der Ehefrauen dürfen nicht nach Willkühr veräußert werden, und die Güter der Unmündigen erfordern zu ihrer Veräußerung eine besonders weitläufige Form, die daher auch nöthig ist, wenn dieselben verpfändet werden sollen. (149)

(149) L. 16. pr. de pign. act. Tutor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori: tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est et in curatore adolescentis vel furiosi. L. 1. pr. quae res pign. Pupillus sine tutoris auctoritate hypothecam dare non potest. L. 3. C. Si al. res. Curator adulti, vel tutor pupilli, propriam rem mobilem eius, cuius negotia

tuetur, pignoris jure obligare non potest: nisi in rem eius pecuniam mutuam accipiat. L. 7. C. eod. Si in rem suam accepta pecunia mutua tutor mancipium tuum pignori dedit, nec huic post perfectam aetatem consensum accommodasti: pignori res obligari non potuit. Cit. L. 16. pr. redet zwar allgemein, ist aber nur von beweglichen Sachen zu verstehen, wie L. 3. C. auch ausdrück-

drücklich die Verordnung jenes Gesetzes dahin einschränkt. Unbewegliche Güter, sollten nach der Anordnung des Kaisers Severus nie ohne obrigkeitliches Decret veräußert und verpfändet werden. Also auch nicht, wenn das Geld, wovon die Verpfändung geschähe, zu des Mündels Besten verwendet worden. Bewegliche Sachen aber konnten zwar nicht zum Vor-

theil des Vormundes, aber doch zum Besten und in Sachen des Unmündigen von dem Vormund ohne Decret verpfändet werden. Es ist auch dieser L. 16. pr. um so mehr von der Fahnis zu verstehen, weil dies Gesetz sonst unter den Titel: de pign. et hyp. und nicht unter den: de pign. act. würde gebracht worden seyn.

§. 126.

Obgleich die Verpfändung der Sachen der Unmündigen sehr eingeschränkt ist, so haften doch auf ihrem Vermögen die richterlichen und stillschweigenden Hypotheken, weil sie sich unmittelbar in den Gesetzen und der Verfügung der Obrigkeit, und nicht in einer Einwilligung des Schuldners gründen, eben so gut, als auf den Gütern derer Mündigen. (150)

(150) L. 2. de Reb. eor. qui sub tut. L. 3. §. 1. eod. Aus gleichem Grunde ist der Vormund befugt, die Caution de Judicio facti selbst mit Verpfändung der pupillarischen Grundstücken ohne Decret zu berichtigen, weil sie nemlich nicht vermieden werden kann. L. ult. §. 3. C. de admin. tut. L. 1. 2. C. de praed. min. Wegen der Verpfändung des

Kaufstücks an den Verkäufer, bis der Unmündige die Kaufsumme bezahlen kann, scheinen die Alten selbst nicht recht einig gewesen zu seyn, ob solche ohne Decret erlaubt sey. Doch ist es zu verweisen, mit dem ANT. FABER Conject. L. 8. c. 12. in den Worten L. 2. de reb. eor. Si igitur talis species etc. einen Tribonianismus anzunehmen.

§. 127.

Grabstätten und andere der Religion gewidmete Sachen, sind der Verpfändung ebenfalls unfähig. (151)

(151) L. 3. C. quae respign. Si monumento corpus filiae tuae intulisti, religiosum id fecisti: quo facto obligari a quopiam, prohibente juris religione non posse, in dubium non venit.

Ob nicht Erbvergräbnisse bey Christen, besonders bey Protestanten, auf gewisse Art einer Verpfändung fähig seyen? wäre eine andere Frage, die ich glaube bejahen zu können.

§. 128.

Ingleichen konnte dasjenige, was in denen öffentlichen Spielen, wobey es auf eine Geschicklichkeit des Körpers ankam, zur Belohnung und Gewinn ausgesetzt war, nicht zum voraus durch einen Verpfändungsvertrag dem Gläubiger besonders verschrieben werden. (152)

(152) L. 5. C. quae respign. Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athleticis penlitanda sunt, privata pactione pignori minime admittendum est: et ideo nec, si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenierit, tenet. Coronae heist hier so viel, als der erhaltene Sieg selbst, weil ehemals dessentwegen Kronen ausgetheilt wurden. Die Prämien aber, deren das Gesetz gedenkt, waren gewisse jährliche Einkünfte, die in Naturalien und Geldrenten bestanden, und denen zu Theil wurden, welche bey öffentlichen Fechtübungen den Preis erhalten. Es war eine Art der gottesdienstlichen Verehrung, so die Heyden durch Anordnung solcher Spiele denen Gottheiten zu erweisen glaubten. Zum voraus die zu verhoffenden Prämien zu ver-

pfänden, war darum nicht erlaubt, weil der Verpfänder seinen Eifer, den Preis zu erhalten, würde haben sinken lassen, wenn er gewußt, daß ein Gläubiger schon auf den Gewinn wartete. Schon vorhin erworbene Prämien waren also einer Verpfändung fähig. Denn es konnte eine gerichtliche Pfändung darauf gerichtet werden. L. 40. ff. de Re judic. und es hastete vermuthlich auch eine stillschweigende, prätorische und Conventionalhypothek daran so gut, als an andern Sachen. Die allgemeine Verpfändung hastete zwar eigentlich nicht auf dergleichen noch zu verhoffenden Gewinnsten, aber es konnte doch, wenn der Schuldner noch in Besitz derselben war, nach dem cit. L. 40. de Re jud. eine Execution darauf verfügt werden.

§. 129.

QVINTIL. L. 8. c. 9. erwähnt auch eines römischen Gesetzes, daß man einen Pflug nicht verpfänden solle, womit dasjenige zusammenhängt, was oben, wegen Abpfändung der Ackerbaugeräthschaften vorgekommen.

§. 130.

Ehrensäulen, welche an öffentlichen Orten zu Jemandes Ehren errichtet worden, und andere Monumente, die zum Ansehn einer Stadt, von einer Privatperson an gemeinen Plätzen aufgestellt sind, gehören selbst dem, der sie gesetzt hat, oder dem, zu dessen Ehren sie errichtet worden, nicht zu und hat daher keine Art der Verpfändung oder Pfändung um dessen Schulden willen, daran statt. (153)

(153) L. 29. de R. A. J. P. aut clam. L. 23. de Except. coll. cum L. 11. §. 1. quod vi L. 41. de A. R. D.

§. 131.

Künftige Güter darf man eben so gut verpfänden, als gegenwärtige. Wenn man ein gegründetes Recht schon zum voraus an ihnen hat, so sind sie denen gegenwärtigen gleich zu achten. (154) Sind sie aber jetzt einem andern zugehörig, so ist nach dem obigen eine bedingte Verpfändung derselben auf den Fall, da sie uns zufallen sollten, gültig und eine allgemeine Verpfändung ist mit Recht von diesen künftigen Gütern mit zu verstehen. Eine unbedingte Specialverpfändung derselben, ohne Einwilligung des Eigenthümers, ist ungültig. Wofern aber hernach der Verpfänder Eigenthümer wird, so ent-

entsteht allenfalls, wenn der Gläubiger die Beschaffenheit der Sache nicht gewußt, eine *actio utilis*. Wenn er aber davon unterrichtet gewesen, entsteht nur eine *Exception*. (155)

(154) L. 15. pr. de pign. Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt: ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum: et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est: sive dominus fundi convenerit, aut de usufructu aut de his, quae nascuntur: sive is qui usufructum habet. Sicut Julianus scribit.

(155) L. 11. §. 3. qui pot. in pign. Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu: hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris? Et in fructibus, si convenit, ut sint pignori, aequè quaeritur, an fundus, vel jus utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris? Wenn man vergleicht, was oben

ausgeföhret worden, so hat dieses Gesetz gar keine Schwierigkeit. Wosern der Schuldner eine Leibeigene, die ihm nicht gehört, etwa bey sich hat und da diese schwanger ist, schon zum voraus das zu verhoffende Kind verpfändet, so ist diese unbedingte Verpfändung der Frucht eben so ungültig, als wenn die Mutter selbst so unbedingte verpfändet würde. Und eben das ist von denen verpfändeten künftigen Früchten eines Grundstücks zu sagen, das der Verpfänder etwa besizet, jedoch ohne ein Eigenthum oder sonstiges Verpfändungsrecht daran zu haben. Auf gewisse Art kann zwar in der Folge die Verpfändung, so wie im §. bestimmt worden, gültig werden; an sich und vom Anfange aber ist alles ungültig.

§. 132.

Wenn man ein Gebäude verpfändet, so haftet das Pfandrecht auch auf dem Grunde, worauf es steht, und umgekehrt, wenn man einen Platz dem Andern zum Unterpfande gegeben, so erstreckt sich die Verpfändung auch über die Gebäude, so darauf gebauet worden. (156)

(156) L. 21. de P. A. Domino pignori data et area eius tenebitur, est enim pars eius. Et contra, jus soli sequetur aedificium.

§. 133.

Ein Pfandrecht an einem Guthe haftet gleichgerüstalt mit auf die Pertinenzien. (157)

(157) L. 32. de Pignor. Debitor pactus est: ut quaecunque in praedia pignori data inducta, invecta, importata, ibi nata, paratave essent, pignori essent. Eorum praediorum pars sine colonis fuit: eaque auctori suo colenda debitor ita tradidit, assignatis et servis culturae necessariis: quaeritur, an et Stichus villicus, et caeteri servi ad culturam missi et Stichi vicarii obligati essent? Respondit, eos duntaxat, qui hoc animo a domino inducti essent, ut ibi perpetuo essent, non temporis causa accommodarentur, obligatos. Coloni sind hier ordentliche Pächter und freye Leute. Ein Theil des Guths war verpachtet, den andern ließ der Verpfänder selbst verwalten. Er setzte daher einen

Knecht Stichus auf diesen Theil, der als Verwalter die ganze Wirthschaft zu versehen hatte (actor villicus), gab ihm auch noch andere Knechte zu Gehülffen, und unter seine Direction. Es war also die Frage, ob der Verwalter selbst, und die andern, ihm untergebenen Knechte (vicarii) mit unter das Pfandrecht gehörten? Die Antwort ist: Ja, so weit sie zum beständigen Behuf des Guths darauf gesetzt worden. Denn in so fern sind sie eine Zubehör des Guths. L. 17. §. 7. de Act. emt. Soweit es aber damit diese Absicht nicht hat; sind sie nur von ohngefähr auf dem Guths, haben damit keinen Zusammenhang, und sind also unter der Verpfändung des Guths nicht begriffen.

§. 134.

Sollte ein dritter Besitzer die leere Stätte bebauet haben, so müssen ihm seine Kosten vor allen Dingen erstattet werden, ehe der Pfandgläubiger seine Befriedigung an der Stätte nehmen kann. Wenn dieser Besi-

ber bloß auf die Besserung des verpfändeten Gebäudes Kosten verwandt hat, so versagt ihm zwar AFRICANVS, falls er durch einen Kauf oder ähnlichen Vertrag zum Besitz gekommen seyn sollte, die Erstattung der Kosten, jedoch ohne sonderlichen Grund. (158)

(158) L. 29. §. 2. de pign. Domus pignori data, exusta est, eamque aream emit Lucius Titius: et extruxit. Quaestum est de jure pignoris? PAVLVS respondit, pignoris persecutionem perseverare, et ideo jus soli superficiem secutam videri, i. e. cum jure pignoris: sed bona fide possessores non aliter cogendos creditoribus aedificium restituere, quam sumtus in restitutione erogatos, quatenus pretiosior res facta est, reciperent. Daß dieses Gesetz von einer ganz neuen Erbauung eines Gebäudes von Grund aus rede, lehrt der Augenschein. Das demselben scheinbar entgegenstehende Gesetz, L. 44. §. 1. de damn. inf. hingegen redet von bloßen Ausbesserungen und auf solche Art ist der Widerspruch am besten zu heben. Barum aber bey Ausbesserungen ein anderes Rechtens seyn soll, als bey der Errichtung eines neuen Gebäudes, davon ist der Grund schwer anzugeben. Des AFRICANVS Grund ist sehr mittelmäßig. Der Käufer habe sich können wegen der Gewährleistung bey dem Kauf vorsehen, sagt AFRICANVS. Wenn er solches gethan, so könne er von dem Käufer die Ausbesserungs-

Kosten wieder fordern. Wenn er es aber nicht gethan, so sey er an seinem Schaden selbst schuld. Allein dieser Grund paßt auch auf die Eigenthumsklage. Dennoch muß der Eigenthümer, der seine Sachen vindicirt, dem Verklagten die gemachten Verbesserungen vergüten. Der Grund, weshalb die zur Reparatur eines Gebäudes namentlich geliehenen Gelder einen so großen Vorzug haben, ist kein anderer, als: quia salvam fecerunt pignoris causam. Dieser Grund trifft so gut zu, wenn die Verborgung namentlich zu der Ausbesserung geschehen, als wenn dies die Abicht eigentlich nicht gewesen, die Verwendung dazu aber doch wirklich erfolgt. Daher muß der Pfandgläubiger dem dritten Besitzer auch die Ausbesserungskosten billig vergüten. Wenn die Ausbesserung nicht vergütet wird, muß die neue Erbauung eines Gebäudes auch nicht vergütet werden, weil immer der Grund eben derselbe ist. PAVLVS aber hat cit. L. 29. §. 2. gar recht behauptet, daß die letztere Art Kosten wieder erstattet werden müßten; also ist dies auch von der ersten Art zu sagen. AFRICANI Meinung ist durchaus verwerflich.

§. 135.

Die Verpfändung eines Waarenlagers begreift alle Waaren in sich, womit das Lager noch künftig vermehrt wird. Aber diejenigen sind darunter nicht begriffen, welche vor erhobener Pfandklage davon verkauft worden. Also erstreckt sich die Verpfändung in diesem Fall blos und ohne Unterschied auf diejenigen Waaren, welche zur Zeit der Pfandklage noch auf dem Lager befindlich. (159)

(159) L. 34. pr. de pign. Cum tabernam debitor creditori pignori dederit: quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intrulerit et decesserit, an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit: cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit: Ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. Der Grund dieser Ver-

ordnung liegt theils in dem vermuthlichen Willen des Verpfänders, theils in der nöthigen Aufrechthaltung des Handels. Der Verpfänder mußte aufhören zu handeln, wenn auf alle, zur Zeit der Verpfändung vorhandene Waarenstücke das Pfandrecht haftete. Dies ist aber seine Absicht nicht gewesen. Er wollte, der Verpfändung ohnerachtet, dennoch fort handeln. Die Käufer würden bey einer Verpfändung, die sich auch auf die, nach der Zeit verkauften Waaren erstreckte, nicht mehr sicher kaufen können, und würden sich daher des unsichern Ankaufs der Waaren gar enthalten.

§. 136.

Wenn an des Verpfänders Eigenthum ein anderer den Nießbrauch hat und die Verpfändung ist geschehen, da noch der Nießbrauch fortbauerte, in der Folge aber solcher zu Ende geht: so erweitert sich das Pfandrecht nun auch auf die Nutzungen. (160)

(160) L. 18. §. 1. de P. A. Si nuda proprietas pignori data sit: ususfructus, qui postea accreverit, pignori erit. Eadem causa est alluvionis. Von der Alluvion ist oben geredet. Die Früchte sind allemal zugleich mit verpfändet, wenn man ein Grundstück so dergleichen trägt, zum Pfande verschrieben, wie eben:

falls oben ausgeführt worden. Konnte nun gleich in dem Fall des Gesetzes der Eigentümer die Früchte von Anfang nicht mit verpfänden und waren diese daher vom Anfang unter dem Pfandrechte nicht mit begriffen, so fiel doch dieses Hinderniß in der Folge weg und nun blieb es wieder bey der Regel.

§. 137.

Ein Erbzinsmann ist befugt, das Erbzinsgut zu verpfänden, auch ohne Einwilligung des Erbzinsherrn. Doch gilt die Verpfändung alsdenn nicht länger, als bis das Erbzinsgut künftig einmal in die Hände des Erbzinsherrn zurückkehrt. (161)

(161) L. 16. §. 2. de P. A. Etiam vectigale praedium pignori dari potest. Sed et superficarium: quia hodie utiles actiones superficariis dantur. L. 31. de pignor. Lex vectigali fundo dicta erat, ut si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat. Postea is fundus a possessore pignori datus est. Quaesitum est, an recte pignori datus est? Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quaesit: si, cum in exsolutione vectigalis tam debitor, quam creditor cessasset, et propterea pronunciatum esset, fundum secundum legem, domini esse: cuius potior causa esset? Respondit,

si, ut proponeretur, vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse. Wegen derer utilium actionum, deren L. 16. §. 2. erwähnt cf. L. 75. de R. V. Wenn das Erbzinsgut an den Erbzinsherrn, eines Privationsfalls wegen zurückfällt, so ist das von dem Erbzinsmann ohne jenes Einwilligung gegebene Pfandrechte erloschen, weil das Recht des Gläubigers nicht länger dauern kann, als das, so der Verpfänder gehabt. Der Verpfänder hatte kein beständiges, fortdauerndes und völlig von seinem Willkühr abhängiges Recht, sondern sein Besitz war schlüpfrig, und auf den Fall, da keine Consolidation oder

Privation bevorstand, eingeschränkt. Der Erbzinsherr hatte sich des Grundstücks auf den Fall einer Consolidation und Privation gar nicht begeben. Daher mußte das von dem Erbzinsherrn ertheilte Pfandrecht in diesen Fällen aufhören. Ganz anders ist es mit dem Verkauf beschaffen, den etwa der Erbzinsherr ausübt. Hier tritt er in die Stelle eines jeden andern Käufers, und erhält daher die Sache cum sua causa. Die Worte cit. L. 31. si pecunia intercessit, pignus esse, erklärt CVJAC. so: wenn der Gläubiger wirklich was darauf geborgt hat, oder sonst eine Forderung hat, so ist gegen das Pfandrecht nichts einzuwenden. Die Erklärung läßt sich zwar hören, doch ist nicht abzusehen, wie der Rechtsgelehrte eine Bedingung habe beysügen können, die sich von selbst versteht, und woran es der Natur der Sache nach nicht einmal fehlen kann. Ich wollte daher sie lieber so übersetzen: wenn die dem Erbzinsherrn gehörige Ab-

gabe richtig entrichtet worden, so ist gegen das Pfandrecht nichts einzuwenden. Auf solche Art stünden diese Worte auch mit denen folgenden in besserer Verbindung. Die Worte: tam debitor quam creditor, zeigen nicht an, daß der Gläubiger auch etwas verschuldet haben müsse. Wenn dieser auch von der Erbzinsherrlichen Qualität nicht das geringste weiß, so verliert er doch sein Pfandrecht, weil es nur darauf ankommt, daß des Verpfänders widerrufliches Eigenthum zu Ende gehe. Die Worte zielen vielmehr darauf, daß wenn der Gläubiger auch ohne Wissen und Willen des Erbzinsherrlichen den Erbzins abgetragen haben sollte, dadurch eben so gut die Privation verhindert werde, als wenn der Erbzinsherr selbst alles bezahlt und eben dadurch das Pfandrecht bey Kräften erhalten hätte. Man kann auch vor einen andern ohne dessen Wissen und Willen mit eben der Wirkung bezahlen, als er selbst bezahlen würde.

§. 138.

Diejenigen, so das Recht haben, einen fremden Boden zu bebauen, (*jus superficiei*) können ebenfalls dasjenige, was sie gebauet, zum Pfande verschreiben. (162)

(162) L. 13. §. 3. de Pignor. Et in superficiariis legitime confiltere creditor potest adversus

quemlibet possessorem: L. 15. qui pot. in pign. Etiam superficies in alieno solo posita, pignori dari

dari potest. Ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium. Daß eine Superficies könne verpfändet werden, ist daher begreiflich, weil der Verpfänder völliger Eigenthümer von dem Gebäude ist, das auf fremden Boden steht, so wie bey der Servitut Oneris ferendi

das auf des Nachbars Hause ruhende Gebäude, dem, der diese Servitut ausübt, völlig eigenthümlich ist. Die Ursach aber, warum der Grundzins vorgeht, ist eben dieselbe, weshalb andere beständige Grundabgaben die Priorität behaupten, davon unten mit mehrerem.

§. 139.

Eine Grunddienstschafft oder Servitut ist insofern einer Verpfändung fähig, daß der Eigenthümer eines Grundstücks eine Dienstschafft dergestalt seinem Gläubiger einräumen kann, damit dieser dieselbe ausübe und besitze, so lange die Schuld noch unbezahlt ist, und bey ausbleibender Zahlung durch Ueberlassung derselben an einen andern sich allenfalls zu seinem Gelde verhelfen könne. Da aber hauptsächlich die Land- und Ackerdienstschafften, (servitutes rusticae) mehrern Käusern bequem seyn können, so schicken sie sich besser zur Verpfändung; die zuletzt immer auf einen Verkauf der Pfandsache an einen andern hinausläuft, als die Baudienstschafften. (servitutes urbanae) (163) Die persönlichen Grunddienstschafften können gleichergestalt von dem Eigenthümer des Grundstücks einem andern Pfandweise überlassen werden.

(163) L. 11. §. 3. de pign. Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint. L. 12. de pign. Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus, pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait: ut talis pactio fiat, ut

quamdiu pecunia soluta non sit, eius servitutibus creditor utatur, scilicet, si vicinum fundum habeat: et, si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quae sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. Diese Gesetze reden von einer Dienstschafft, die

der Eigenthümer des dienstbaren Grundstücks ertheilt, wie VINIVS Sel. quaest. L. 1. c. 32. sie ganz richtig erklärt. Denn da der Eigenthümer des Dienstübenden Guts sein Dienstrecht nicht an andre, ohne das Gut selbst überlassen und von diesem absondern, ja nicht einmal von einem Theil seines Guts solche auf einen andern verlegen kann, so ist auch keine abgesonderte Verpfändung möglich. L. 33. §. 1. de S. P. R. L. 14. cod. CVJAC. erklärt also diese Gesetze ganz falsch von dem Eigenthümer des Diensthabenden Guts und einer von diesem unternommenen Verpfändung. Er häuft eine Menge Gesetze, seine Erklärung zu unterstützen, die aber alle auch von nichts, als von einer Einräumung reden, die dem Eigenthümer des Diensttragenden Guts zum Urheber haben. Inzwischen sollten eigentlich die Realgrunddienstschaften auf beständig eingeräumt werden, und ursprünglich waren keine andern als beständige Servituten bekannt. Allein in der Folge ging man von der ersten Strenge ab,

propter utilitatem contrahentium, wie das Gesetz redet.

Wenn die Dienstgerechtigkeit zugleich mit dem Grundstück, worauf sie active haftet, verpfändet wird, so ist nichts dawider einzuwenden. Es ist aber derselben namentliche Verpfändung derer Dienstschaften neben dem Gute nicht einmal nöthig, weil, wenn das Gut verpfändet ist, schon stillschweigend alle Gerechtigkeiten desselben als mit verpfändet angesehen werden. L. 16. ff. de Servit.

Daß bey Verpfändung der Dienstschaften, die dem Dienstübenden von dem Dienstleidenden geschieht, dem erstern zugleich ein usus servitutis eingeräumt werde, wie cit. L. 12. zu verstehen giebt, ist darum nöthig, weil eine Dienstchaft ohne Uebergabe nicht ertheilt werden kann, die Uebergabe aber hier in der dem andern gestatteten und von diesem gebrauchten Uebung des Rechts besteht. cf. ANT. FABER Conject. L. 19. c. 6. seq.

§. 140.

Der Eigenthümer des mit einer Activservitut versehenen Guts hingegen, kann seine Servitut an keinen andern, der nicht zugleich Besitzer des Guts wird, verpfänden; weil sich eine Servitut von dem Gut, dem sie zusteht, nicht trennen läßt. Die persönlichen Grunddienst-

gerech-

gerechtigkeiten können, die nothdürftige Nutznießung ausgenommen, einem andern gar wohl abgetreten und überlassen werden; daher ist es erlaubt, daß der Dienstschaffsberechtigte, auch ohne Einwilligung des Eigenthümers, von dem behafteten Grundstück, dieselben einem andern verpfände. (164)

(164) L. 11. §. 2. de pignori usufructus an possit pignori hypothecaeve dari, quacitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usufructum habet? Et scribit Papinianus libro undecimo Responsorum, tuendum creditorem. Et si velit cum creditore proprietarius agere, non esse ei jus uti frui invito se: tali exceptione eum praetor tuebitur, si non inter creditorem et eum, ad quem usufructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit. Nam et cum emptorem usufructus tuetur praetor, cur non et creditorem tuebitur? eadem ratione et debitori objicietur exceptio. Daß der Nießbrauch verkauft werden könne, lehrt L. 12. §. 2. de Vstr. Gerichtlich einem andern den Nießbrauch abzutreten, war zwar nicht erlaubt, indem dies gegen

die Persönlichkeit des Nießbrauchs zu seyn schien. Allein dergleichen gerichtliche Abtretung ist bey einer Verpfändung eben so wenig, als bey dem hernach erfolgenden Verkauf desselben nothig. Der Usufructuarius kann nicht nur sein Recht selbst verpfänden, sondern auch die Sache, wovon er den Nießbrauch hat. Diese letztere Verpfändung gilt denn wenigstens so lange, als der Nießbrauch dauert. Der Nießbrauch kann eben so wohl auf eine Zeit lang Jemanden gestattet werden, als auf Lebenszeit. Es ist daher nicht so gegen die eigentliche Natur dieser Dienstschafft, daß sie einweilen, bis ein geborgtes Capital wieder bezahlt sey, eingeräumt werde, als es gegen die Beschaffenheit der Realdienstschafften ist.

§. 141.

Wenn der Schuldner eine ihm zustehende Activpost verpfändet, so erhält der Pfandinhaber daran ohngefähr eben die Rechte, die ihm bey einer an ihn geschehenen Cession zustehen würden. Er kann, falls der Pfandgeber

nicht zu gehöriger Zeit bezahlen sollte, diejenige Klage gegen des Verpfänders Schuldner utiliter erheben, welche jener gegen diesen anstellen konnte. Das erhobene Geld rechnet er auf seine Forderung ab. Sind es aber andere Sachen, die der Beklagte dem Verpfänder zu geben hatte, so behält der Kläger solche als Pfandstücke im Besitz, bis er von seinem Verpfänder befriediget ist. (165)

(165) L. 18. pr. de P. A. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit: tuenda est a praetore haec conventio. Vt et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo, si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicuius: id quod acceperis, erit tibi pignoris loco. L. 20. de pign. Cum convenit, ut is, qui ad refectionem aedificii credidit, de pensionibus iure pignoris ipse creditum recipiat: etiam actiones utiles adversus inquietos accipiet, cautionis exemplo, quam debitor creditori pignori dedit. L. 4. C. quae res pign. Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti: ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compellatur: quatenus tamen ipse debet. L. 7. C. de

her. vel act. vend. Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori dentur: ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. Was das vor actiones utiles sind, die einem solchen Pfandgläubiger zukommen, dem des Verpfänders Activa versetzt worden, des halb ist man uneinig. Daß dies selben gegen den Schuldmann, auf dem die verpfändete Activa post hastet, nicht eher gebraucht werden können, bis der Pfandgebende Gläubiger aufgeklagt ist, und sich findet, daß von diesem nichts zu erhalten, läßt sich arg. L. 4. C. quando fisc. vel priv. deb. allerdings behaupten. Denn ob gleich dieses Gesetz nur von fiscalischen Forderungen redet, so ist doch ein ähnliches von jedem richterlichen Pfandrechte verordnet, welches die ausstehenden Schulden nicht eher angreift, bis bewegliche und unbewegliche Güter zur Befriedigung des Gläubigers bey der Hülfsvollstreckung nicht zureichen. L. 2. C. quand. fisc. vel priv. deb. Wenn man über;

überdem, wie ANT. FABER Error. pragmat. Dec. 5. Err. 10. unter der act. utilit. hier nicht eine persönliche Klage, sondern die auf Herausgabe des Gegenstandes zur Veräußerung und Befriedigung des Gläubigers gehende hypothekarische Klage annimmt, so muß man es um so mehr bey der Justinianischen Verordnung in Ansehung des Benef. excuss. bewenden lassen. Der Grund des Fabers zum Gegentheil, weil nemlich der Schuldner, dessen Passivum von seinem Gläubiger verpfändet worden, nicht eigentlich als ein dritter Besitzer angesehen werden könne, ist wenigstens nicht erheblich. Die ganze Verpfändung einer Forderung ist was uneigentliches. Eben so unwichtig ist der Grund, daß der Schuldner, dessen Passivum verpfändet worden, gegen seinen Gläubiger, nachdem der den Pfandkläger bezahlt, keinen Regreß, der Schadloshaltung wegen zu nehmen Ursach habe. Denn es ist falsch, daß um deswillen das Benef. excuss. eingeführet worden, damit nicht dieser Regreß aus Einem Proceß deren zwey veranlasse. Sonst müßte bey jedem fremden Besitzer einer Hypothek allemal untersucht werden, ob er nicht etwa durch eine Schenkung oder sonst auf eine andere, den Regreß ausschließende Art zu dem Besitz gekommen. Dieses letzte wird jeden als gegen Justinians Novellen anstossend einleuchten, ohnerach-

tet Faber so weit in seinen besondern Meinungen gegangen, daß er sogar jedem fremden Besitzer der keinen Regreß hat, das Benef. excuss. l. c. abgesprochen. cf. Ej. Conject. L. 8. c. 15. seq. Eben dieser Verfasser lehrt auch l. c. cap. 17. diesen Unterschied zwischen einer Conventionalhypothek an einer Forderung und dem Fall, da bey der Hilfspollstreckung eine Forderung des condemnirten Schuldners unter die Execution mit gezogen wird, daß nemlich jene auch alsdenn verfolgt werden könne, wenn gleich der Schuldner, dessen Passivum die verpfändete Forderung ausmacht, die Schuld läugnet; die Hilfspollstreckung hingegen an einer Forderung des Condemnirten nicht statt finde, wenn dessen Schuldner die Forderung bezweifelt. Denn in dem ersten Fall könne der Pfandgläubiger die Richtigkeit der Forderung gegen den verpfändeten Schuldner ausführen, in diesem Fall aber, oder wenn nur eine stillschweigende Hypothek vorhanden, müsse die Hilfspollstreckung oder Befriedigung an anderm Vermögen des Verurtheilten gesucht werden, oder gar unterbleiben. L. 15. §. 9. de Re Jud. L. 3. C. quand. sic. vel priv. deb. Dieser Unterschied läßt sich wohl haben; doch sind die Gesetze vermuthlich so zu verstehen, daß im äußersten Nothfall auch illiquide Forderungen der Verurtheilten unter die Execution gezogen und durch

durch den Executionsimpetranten mit des Gegentheils Schuldner ausgefaßt werden können. Denn ein Urtheil muß, so lange es immer möglich, vollstreckt werden.

Wenn man darinn einig ist, daß die act. utilis gegen den Schuldner des verpfändeten Passivi erst, nachdem der Verpfänder ausgeklagt worden, in Anspruch genommen werden könne, so ist es übrigens gleichgültig, ob man meint, die actio utilis sey eine actio hypothecaria, oder ob man sie vor eben diejenige Klage hält, welche der Pfandgeber hatte. Da sie inzwischen auch dem Käufer der Forderung beygelegt wird, cit. L. 7. C. welchem doch ohne Zweifel die Klage des ursprünglichen Briefsinnhabers zukommt, so ist es wohl mehr mit dem Donell zu halten, der die Forderung des Verpfänders darunter versteht, als mit dem Cujaz, der daraus eine Pfandklage machen will. Wenn der Schuldmann, dessen Passivum sein Gläubiger versetzt hat, kein Geld sondern andere Dinge dem Verpfänder zu leisten hat, so ist die von dem Gläubiger unternommene Verpfändung der Obligation gleichsam als eine symbolische Ver-

pfändung anzusehen, da der Verpfänder statt der ihm schuldigen Sachen, die, solche bedeutende Forderung und Obligation verpfändet hat. Daher kann der Pfandgläubiger, dem dergleichen Obligation versetzt worden, sich an denen zu leistenden Sachen, wenn ihm diese der Schuldmann abgeliefert haben sollte, als an seinem Pfande halten. Cit. L. 4. C. macht die Verpfändung einer Forderung auch darinn einer Cession gleich, daß dabey im Betracht kommen soll, ob dem Schuldmann, dessen Passivum verpfändet worden, von dieser Verpfändung Nachricht gegeben sey oder nicht. Denn eben dieses kommt bey einer Cession auch in Betracht. L. 3. C. de Novat. Ob eine bloße Wissenschaft des Schuldmanns, daß die Verpfändung geschehen sey, denselben hindere, an den Verpfänder annoch zu bezahlen, oder ob ihm schlechthin eine Anzeige von dem Pfandnehmer geschehen müsse, ist hier ebenfalls, wie bey der Cession streitig. L. 1. fin. ff. de A. E. V. erweist freylich nichts. Es ist daher eine besondere Anzeige allerdings nöthig, wenigstens am sichersten,

§. 142.

Gleiche Bewandnis hat es mit der Verpfändung solcher Sachen, woran der Verpfänder selbst nur ein Pfand:

Pfandrecht hat. Es ist gleichsam diejenige Forderung eben dadurch verpfändet, weshalb dem verpfändenden Gläubiger diese Pfänder angewiesen waren.

§. 143.

Inzwischen dauert das Pfandrecht desjenigen, dem eine verpfändete Sache von dem Gläubiger verpfändet worden, nicht länger, als das Recht des verpfändenden Gläubigers selbst. Ist dieser bezahlt, so kann auch der Gläubiger desselben, an dem Pfande gegen den Eigenthümer sich nichts weiter anmaßen.

§. 144.

Doch darf der Eigenthümer seinem Gläubiger nicht mehr zahlen, so bald er von der geschenehen weitem Verpfändung seiner, bey dem Gläubiger stehenden Sachen unterrichtet worden, (166)

(166) L. 40. §. 2. de P. A. Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit: domino solvente pecuniam, quam debuit: secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur. L. 13. §. 2. de Pignor. Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit: quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur: et tam exceptio, quam actio utilis ei dan-

da est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori, nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit, an non. Quid enim, si res soluta fuerit? et verum est, quod Pomponius libro septimo ad Edictum scribit: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. L. 1. C. si pign. pignori. Etiam id, quod pignori obligatum est, a credi-

creditorē pignori obstringi posse jamdudum placuit. Scilicet ut sequenti creditori utilis actio datur, tamdiuque eum is, qui jus repraesentat tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius, qui dedit. Sed si vos usufructum possessionis tantummodo pignori dedistis, isque, qui accepit, alii eam possessionem cuius usufructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor eius id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit. Quod si non fuit vestro creditori usufructus, sed ipsa possessio pignorata, et ante exolutam a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit: non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi, divorum principum placitis continetur. L. 2. eod. Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iuri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditori pignori dedit: examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur, intercessu praefidis provinciae recuperare. Die Worte cit. L. 40. §. 2. nec quicquam amplius praestare cogitatur, scheinen keine Beziehung zu haben. Ich vermuthete, daß Papinian befragt worden, ob der Eigenthümer und Schuldner von seinem Gläubiger ausser der Rückgabe des Pfandes, auch fordern könne, daß dieser demjenigen, an den er das Pfand wei-

ter verpfändet hat, bezahlen sollte. Der Jurist verneint diese Frage. Der Gläubiger braucht nur dem Eigenthümer sein Pfand wieder zu geben. Die von jenem einem Dritten an dem Pfande eingeräumten Rechte sind nun ohne dem erloschen, und braucht also der Eigenthümer sich nicht darum zu bekümmern, ob dieser Dritte befriedigt ist oder nicht. ANT. FABER versteht Rational. ad h. l. diese Worte von dem Schuldner, und daß dieser nicht schuldig sey, etwas weiters zu thun, als seine Schuld zu bezahlen. Auf solche Art müßte man dabey das Wort: debitor, noch einschalten. Nach der Erklärung aber, die wir davon gemacht, ist diese Mähe unnöthig.

In cit. L. 13. §. 2. de pign. ist unter actio utilis die Pfandklage zu verstehen, weil sie mit der Exception oder Zurückhaltung des Pfandes verbunden wird, und in der Folge von der act. utili nummorum solutorum causa die Rede ist. Der Pfandgläubiger, dem ein, seinem Verpfänder von einem andern vorher versetztes Pfand verpfändet worden, ist wie ein solcher anzusehen, dem eine Forderung zum Pfande gegeben ist. Er hat ein doppelt Pfandrecht, als: 1) an denen ihm überlassenen Pfändern, so lange deren Eigenthümer seine Schuld noch nicht bezahlt hat. 2) An denen Sachen, welche der Eigenthümer seinem Gläubiger leisten sollte.

solte. Dieses letztere Pfandrecht geht erst an, wenn das erstere aufhört. Ist der Eigenthümer Geld schuldig, und der Pfandgläubiger, dem die des halb zur Sicherheit bey des Eigenthümers Gläubiger stehenden Pfänder von diesem verpfändet sind, läßt sich solche auszahlen, so rechnet er sie auf seine Forderung ab. Hat der Eigenthümer andere Sachen zu leisten und heraus zu geben, und er liefert solche an den Pfandinhaber des Pfandes ab, der seines Gläubigers Gläubiger ist, so erhält dieser nun an den abgelieferten Sachen ein Pfandrecht.

Der Ausdruck *cit. L. 1. C. is, qui jus repraesentat*, heist so viel, als: der welcher das Rechtsamt bekleidet. *L. 1. C. ubi caus. stat.* Der Pfandgläubiger, dem sein Schuldner ein in seinen Händen seyendes Pfand verpfändet hat, kann an diesem Pfande, solange der Eigenthümer noch nicht bezahlt hat, alle diejenigen Rechte ausüben, die sonst einem Pfandgläubiger zustehen. Er kann auch das Pfand eben so gut, wegen ermangelnder Befriedigung, verkaufen, wie solches der verpfändende Gläubiger thun konnte. Wenn daher die Veräußerung von jenem gebührend geschehen, so darf der Eigenthümer solche so wenig anfechten, als wenig er sie anfechten könnte, wenn sein eigentlicher Gläubiger

das Pfand verkauft hätte. Statt: *post solutam pecuniam*, muß besser: *post, soluta pecunia*, gelesen werden. Wenn des Gläubigers Gläubiger das Pfand verkaufen will, so ist nur zu beobachten, daß eben dasjenige, dessen Verkauf sich letzterer anmaßt, auch dem ersteren verpfändet sey. Denn sonst gilt der Verkauf nicht. Deshalb war freylich der Verkauf der Proprietät, dessen des Gläubigers Gläubiger sich unterfangen hatte, unzulässig, da bloß der Nießbrauch dem erstern Gläubiger verpfändet gewesen.

Quod creditori debetur in L. 2. C. eod. ist dasjenige, was der Schuldmann seinem eigentlichen und unmittelbaren Gläubiger schuldig ist. Mehr braucht er nicht zu bezahlen, weil er mehr nicht geborgt hat. Weniger kann er auch nicht bezahlen und dadurch seine Pfänder frey machen, wenn sie gleich an dem dritten Orte, wo die Pfänder weiter verpfändet sind, um ein geringeres Geld verpfändet seyn sollten. Dieser dritte Besitzer muß sich vor seinem Verpfänder und dessen Act. *pign. dir.* fürchten, welche auf Ersetzung alles Schadens geht, den der Verpfänder von dieser vorwilligen Rückgabe des Pfandes an den Eigenthümer haben könnte.

Von der Meinung des BAL-
DVIN Tr. de pign. et hyp. c.
12. Jur. Rom. et Att. T. I. p.
284. daß bey weiterer Verpfän-
dung eines Pfandes, der nun-
mehrige weitere Pfandgläubiger
den ersten Schuldner, durch die
geschehene Anzeige der weitem

Verpfändung in Zahlung der
Schuld an den fernerweiten Ver-
pfänder nicht hindern könne, und
daß darinn ein Unterschied zwi-
schen der Verpfändung einer For-
derung und der Verpfändung ei-
nes Pfandes bestehe, finde kei-
nen Beweis.



Siebendes Kapitel.

Von der Rangordnung der Hypotheken unter einander.

Inhalt.

- §. 145. Die Hypotheken haben eine Rangordnung. §. 146. Von denen absolut privilegirten Gläubigern. §. 147. Von den Begräbniskosten. §. 148. Von den Concurstkosten. §. 149. Erste Regel wegen des Rangs der Hypotheken nach der Zeit. §. 150. 151. Zeitanfang der auf künftige Forderungen oder der mit Bedingung erteilten Hypotheken. §. 152. Anfang einer bestätigten Hypothek. §. 153. Verhältnis gleichzeitiger Hypotheken gegen einander. §. 154. Rechte gleichzeitiger Hypotheken unter sich, wenn die eine, eine eher entstehende Forderung voraussetzt. §. 155. Von verschiedenen Hypotheken eines Gläubigers von ganz verschiedenem Alter. §. 156. Zweyte Regel vom privilegirten Vorzuge. §. 157. Absonderungsrecht einiger Gläubiger. §. 158. Grund desselben. §. 159. Absonderungsrecht einer andern Art Gläubiger. §. 160. Dessen Grund. §. 161. Unbilliger Vorzug des Heyrathsguths vor einigen, denen ein Absonderungsrecht gebühret. §. 162. Desgleichen des Fiscus. §. 163. Privilegirter Vorzug des Heyrathsguths. §. 164. Besonders vor den ältern ausdrücklichen Hypotheken, dem Fusco etc. §. 165. Wirkung einer ausdrücklichen Verpfändung, so mit einer privilegirten stillschweigenden verbunden wird. §. 166. Dritte Regel von Hypoth. publ. §. 167. Vierte, jedoch falsche Regel. §. 168. Fünfte, jedoch ebenfalls falsche Regel. §. 169. Ob das verabredete Veräußerungsrecht, oder die Uebergabe des Pfandes an den Gläubiger, diesem einen Vorzug erteile. §. 170. Wirkung der nachgehenden Hypothek bey Erlöschung der vorgehenden. §. 171. 172. Eintretungsrecht des nachgehenden Gläubigers in Ansehung der vorgehenden Hypothek. §. 173. In Ansehung des vorgehenden Personalvorrechts. §. 174. Eintretungsrecht eines Käufers in die Stelle des ersten Gläubigers. §. 175. Zwang, so dem nachgehenden Gläubiger bey Ausübung des Eintretungsrechts
- Westph. Erl. v. Pf. R. D rechts

rechts gegen den vorgehenden Gläubiger zusteht. §. 176. Und gegen den, der solches selbst ausgeübet. §. 177. Gegen einen vorgehenden Gläubiger, der das Pfand gekauft, einen fremden Käufer, der es vom Schuldner, zu Befriedigung des ersten Gläubigers gekauft, u. d. g. §. 178. Gegen einen fremden Käufer, der das Pfand auf Zubringen des ersten Gläubigers gekauft. §. 179. Wiedererstattung desjenigen, so bey dem Eintretungsrechte bezahlet worden. §. 180. Nutzen des Eintretungsrechts. §. 181. Stelle der Zinsen und anderer Nebensforderungen im Concurse.

§. 145.

Die Pfandgerechtigkeiten haben unter einander eine gewisse Rangordnung, dergestalt, daß, wenn das verpfändete Vermögen nicht zu ihrer aller Befriedigung zureicht, immer der eine Pfandgläubiger dem andern in der Bezahlung vorgezogen wird.

§. 146.

Insgesamt gehen die Pfandgläubiger denen privilegirten Personalforderungen vor, und es giebt nach römischen Rechten keine sogenannten absolut privilegirten Gläubiger. (167) Dieser Satz ist gewiß, wenn man diejenigen, denen ein Absonderungsrecht zusteht, mit denen privilegirten Personalgäubigern nicht verwechselt.

(167) L. 9. C. qui pot. in pign. Eos, qui acceperunt pignora, cum in rem actionem habeant, privilegium omnibus quae personalibus actionibus comperunt, praeferrri constat. Ein absolut privilegirter Personalgäubiger ist der, welcher an dem gemeinen Schuldner im Concurse zu fordern hat, mit keinem Pfandrechte versehen

ist, und doch vor allen hypothekarischen Gläubigern seine Befriedigung erhalten muß. Zu diesen rechnet man bekannter Maßen das Liedlohn, so aber nicht aus dem römischen, sondern deutschen Rechte seinen Vorzug hat. Die übrigen Posten, die man, ausser dem Begräbniß, hieher rechnet, sind entweder auch

blos

blos aus einer teutschen Observanz herzuleiten, oder sie gehören unter die Forderungen, denen ein Absonderungsrecht zukommt, wovon unten mit mehrerem geredet werden wird.

§. 147.

Blos die Begräbniskosten gehen einer oder der andern Hypothek vor; keinesweges aber überhaupt allen Hypotheken. (168)

(168) L. 45. ff. de Relig. Impensa funeris semper ex hereditate deducitur, quae etiam omne creditum solet praecedere, cum bona solvendo non sint. Omne creditum ist ein Ausdruck, der nur Personalgläubiger andecket und L. 14. §. 1. eod. werden ausdrücklich die Begräbniskosten blos dem Pfandrechte des Wirths an dem Hausgeräthe und denen Vermächtnissen vorgezogen. Die Vermächtnisse gehen allemal denen sämtlichen Schulden nach. Der Wirth soll denen ausserhalb des Hauses entstandenen Forderungen vorgezogen werden. Das

Begräbnis gehört gleichsam zu dem, was im Hause selbst noch aufgezehrt worden. Dieser Vorzug der Leichenkosten vor dem Miethgelde hat seinen besondern Grund, der sich auf andere Pfandrechte nicht ausdehnen läset. Es ist auch oben ausgeführt worden, daß das Pfandrecht des Vermiethers an dem Hausgeräthe des Miethsmannes eigentlich durch den gerichtlichen Beschlag erst recht gegründet werde und ist daher kein Wunder, daß es auf gewisse Art schwächer ist, als ein anderes Pfandrecht.

§. 148.

Die Concurstkosten haben zwar ebenfalls vor allen Gläubigern, auch denen Hypothekarien mit Recht den Vorzug. Allein, ob sie gleich von Rechtswegen vor allen andern Forderungen vorweg abgezogen werden, so zweifle ich doch, daß man eine absolut privilegirte Personalforderung füglich daraus machen könne. (169)

(169) Die Gerichte und andre, so Concurstkosten zu fordern haben, sind Gläubiger, die ein Absonderungsrecht darum prä-tendiren können, weil sie Verdienste um den ganzen Concurß und die Concurßmasse haben. Also sind sie mehr Gläubiger des Concurßes, und der Masse, als des gemeinen Schuldners. Sie gehören folglich nicht zu denen absolut privilegirten Personals

gläubigern. Ihr Vorzug ist in L. 8. fin. ff. depos. allerdings deutlich gegründet. Aber unter absolut privilegirten Forderungen sind solche zu verstehen, die nicht an dem Concurße selbst haften, sich nicht zum Absonderungsrechte qualificiren, und doch allen auch privilegirten Hypotheken vorgehen. Alles dies paßt auf die Concurstkosten nicht.

§. 149.

Unter denen Pfandgläubigern beruhet der Vorzug auf mehr, als einer Regel. Die erste Hauptregel ist diese: Ein älteres Pfandrecht hat allemal vor dem jüngern den Vorzug. (170)

(170) L. 8. C. qui pot. in pign. Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris obligata, eum, qui prior data mutua pecunia pignus accepit, potio-rem haberi, certi ac manifesti juris est: nec alias secundum credito-rem distrahendi potestatem hujus pignoris consequi, nisi priori creditori debita fuerit soluta quantitas. Ob ein älterer Pfandgläubiger dem späteren den Verkauf des Pfandes ganz verwehren könne, ist eine Frage, so unten auszumachen. In der Hauptsache ist es gewiß, daß ein nachgehendes Pfandrecht in Ansehung des vorgehenden fast ganz ohne Wirkung sey. Allein nur in Ansehung des vorgehenden ist das

nachgehende Pfandrecht ohne Wirkung. In Ansehung ande- rer hingegen, übt der nachgehende Pfandgläubiger alle Rechte einer gültigen Hypothek aus. Die dagegen von diesen ihm zu machenden Einwendungen wären *Exceptiones de jure tertii*. L. 12. pr. ff. qui pot. in pign. Creditor, qui prior hypothecam accepit, sive possideat eam, et alius vindicet hypothecaria actione: exceptio priori utilis est: si non mihi ante pignori hypothecae nomine sit res obligata. Sive, alio possidente, prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat, si non convenit, ut sibi res sit obligata: hic in modum supra relatam replicabit.

Sed

Sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte agat et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo, auferat ei rem.

§. 7. eod. Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit, praeter priorem creditorem et qui ab eo emit.

§. 150.

Weil daher auf den Vorzug der Zeit so viel ankommt, so wird oft sehr darüber gestritten, ob unter mehreren Hypotheken die eine oder die andere die ältere zu nennen. Wenn die Verpfändung geschehen, und die Schuld ist auch sogleich gegenwärtig und unbedingt vorhanden, so hat es keine Schwierigkeit. Wenn aber die Schuld erst nach gescheneher Verpfändung entsteht: so kommt es darauf an, ob es nur von dem Willkühr der contrahirenden Parthenen abhängt, daß die Schuld auch nicht entstehe, oder ob der Gläubiger wenigstens selbst Ursache ist, daß die Schuld, nach der Verpfändung, nicht eher wirklich geworden, oder ob der Gläubiger zur zeitigen Entstehung der Schuld nichts beitragen können und es nicht von dem Willkühr des einen Theils abgehengen, daß aus der Schuld gar nichts werden könnte. In dem letzten Fall geht das Pfandrecht von Zeit der Verpfändung an, im ersten hingegen von der Zeit, da die Schuld ihr wirklich Daseyn erlangt. (171)

(171) L. 4. quae res pign. Titius cum mutuum pecuniam accipere vellet a Maevio, cavet ei: et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit: deinde postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam. Quaesitum est, an et prius res venditae, creditori tenerentur? Respondit, cum in potestate fue-

rit debitoris, post cautionem interpositam, pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est. Et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit. L. 1. pr. qui pot. in pign. Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam

thecam de restituenda sibi dote accepit: subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eamdem rem pignore alii dedit: mox residuae quantitatis numeratio impleta est. Quaerebatur de pignore. Cum ex causa promissionis ad universae quantitatis exsolutionem, qui dotem promissit, compellitur: non utique solutionum observanda sunt tempora: sed dies contractae obligationis. Nec probe dici, in potestate eius esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse vdicatur.

§. 1. eod. Alia causa est eius, qui pignus accepit, ad eam summam, quam intra diem certum numerasset: ac forte prius quam numeraret, alii res pignori data est.

L. 9. pr. eod. Qui balneum ex Kalendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset, donec mercedes solverentur. Idem ante Kalendas Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit. Consultus, an adversus hunc creditorem, perentem Erotem, locatorem praetortueri deberet? Respondit, debere. Licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quicquam pro conductione deberetur: quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse coepisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset: potio-rem eius causam habendam.

§. 1. eod. Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quicquam deberi coeperit: si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.

§. 2. eod. Sed et si heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum exstitit: hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.

L. 11. pr. eod. Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam: quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam accepit, sit res obligata: licet ab hoc postea accepit. Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

§. 1. eod. Videamus, an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit: qua pendente alius credidit pure, et accepit eandem hypothecam: tunc deinde prioris stipulationis exsistat conditio: ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. Cum enim semel conditio exstitit: perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. Quod et melius est. §. 2. eod. v. supra.

L. 12. §. 2. cod. Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit: sine dubio posterior in hypotheca est. Vnde, si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit: licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit.

Hey L. 4. quae res pign. merkt CVJAC. an, daß es in diesem Gesetz hauptsächlich dar: auf ankomme, daß der Schuld: ner nicht die Hypothek wirklich ertheilet, sondern nur gewisse Sachen erst zum Unterpfande be: stimmt habe. Allein die übrigen Worte des Gesetzes zeigen deut: lich, daß die Verpfändung schon wirklich zum voraus geschehen seyn müsse, weil sonst die aufge: worfene Frage kaum entstehen können. Auch die übrigen Ge: setze erweisen deutlich, daß eine wirklich zum voraus ertheilte Hypothek in dem angegebenen Falle dennoch erst von Zeit der geschehenen Auszahlung des Dar: lehns würde den Anfang genom: men haben.

L. 1. pr. qui pot. redet von einem Fall, da sich Jemand zu dem verpflichtet hatte, was dos adventicia heist. Da diese Ver: sprechung der Frau, welcher das Heyrathsguth geschenkt seyn sol: te, ein gegründetes Recht ertheil: te, so ihr weder der Versprecher, noch der Ehemann nehmen konn:

te, so hieng die Auszahlung des Heyrathsguths weder von dem Willen des einen, noch des an: dern ab. Also war der Fall nicht, wo die Hypothek erst mit der wirk: lichen Zahlung angeht. CVJ. merkt mit Recht an, daß der Um: stand, da der Dotierer einen Theil des Heyrathsguths sogleich, einen andern Theil aber erst ei: nige Zeit hernach gezahlet, vort keiner Erheblichkeit sey. Wenn auch die ganze Summe erst lange nach dem Versprechen wäre ge: zahlet worden, so würde dennoch die Hypothek gleich mit der Ver: pfändung des Mannes angegan: gen seyn.

Darinn hat aber CVJAC. wol unrecht, daß er den §. 1. dieses Gesetzes auch noch von dem Fall eines dem Manne eingegebenen Heyrathsguths versteht, wobey keine Versprechung vorher gegang: en. Es erhellet gar nicht, daß noch weiter vom Heyrathsguth in diesem §. 1. geredet werde und die Worte zeigen klärlich, daß eine Versprechung auch hier vorher gegangen, quam intra cer: tum diem numerasset. Viel: mehr ist hier von einem gemei: nen Darlehn die Rede, wobey der Grund freylich völlig weg: fällt, der in dem vorhergehenden Fall vorhanden war.

In L. 9. cod. geht der Rechts: gelehrte Stufenweis von einem ungezweifeltern Fall zu dem mehr: zweifelhaften fort. Zuerst seht

er einen solchen Fall, da die Verpfändung wegen einer auf gewissen Termin gesetzten Schuld geschähe. Eine Schuld, wobey ein dies certus der Termin des Anfangs ist, wird im römischen Recht wie eine unbedingte, und sogleich gegenwärtige Schuld geachtet. Es war daher wenig Zweifel, daß das Pfandrecht schon von der Verpfändung an gerechnet werden mußte. Hierauf redet der Jurist von einer bedingten Schuld aus einem Vertrage. Bey Verträgen ist der Satz in aller Absicht wahr, daß die Bedingung, wenn sie zur Wirklichkeit kommt, zurück gerechnet werde. Daher hatte es weniger Zweifel, daß eine dabey ertheilte Hypothek mit dem Pfandcontracte sogleich ihren Anfang nehme. Den ersten des Julius war es überhaupt bey den Römern üblich, die Miethen anzufangen, und daher hat der Rechtsgelehrte diesen Zeitpunkt gleichfalls zu seiner Geschichtserzählung erwähnt. Endlich kommt AFRICANVS auf das Pfandrecht, so eines bedingten Vermächtnisses wegen ertheilt worden. Die Bedingung eines Legats wird, wenn sie zur Wirklichkeit kommt, nicht allemal zurück gerechnet. Doch in Ansehung des Alters der Verpfändung geschieht die Zurückrechnung, so, daß der Anfang des Pfandrechts in die Zeit der

geschehenen Verpfändung gesetzt wird. Nur in Ansehung der Personen, die das Vermächtnis zu heben haben, wird auf den Tag gesehen, da die Bedingung wirklich geworden, nicht aber in Ansehung der Wirklichkeit und Vorzüge des Legats selbst.

Die L. 11. §. 2. eod. beygefügte Ursach: quia non ex conventione priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est. Quod posterius factum est, wäre besser so auszudrücken gewesen: quia conductor poterat rem etiam non inducere. Da also die Wirklichkeit der Hypothek an einzelnen Stücken von einer erst folgenden freywilligen Entschliessung des Schuldners abhienge, so mußte auch die Hypothek, von Zeit der erfolgten Induction an, gerechnet werden.

L. 12. §. 2. eod. beruhet auf eben diesem Grunde. Wer vorher schon eine Hypothek gibt, da der Termin der Schuld noch nicht erschienen war, der muß sich die Hypothek, die er einmal ertheilt, gefallen lassen. Wer aber Geld erborget, ohne anfänglich ein Pfandrecht zu geben, hernach aber dieses Geldes wegen dem Gläubiger eine Hypothek freywillig einräumt, von dem heißt es: poterat etiam non dare pignus.

§. 151.

Bei bedingten Hypotheken wird also, wenn der Fall von der ersten Art ist, die nachher wirklich gewordene Bedingung zurückgerechnet. (172)

(172) Eine einzige Abweichung von dieser Regel scheint L. 28. de pignor. enthalten zu seyn. Si legati conditionalis relicti filiofamilias, pater ab herede rem propriam eius pignori accepit, et, mortuo patre, vel emancipato filio, conditio legati extiterit: incipit filio legatum deberi: et neque pater potest pignus vindicare, neque filius, qui nunc habere coepisset actionem, nec ex praecedente tempore potest quicquam juris habere in pignore: sicut in fidejussore dicitur. Ein bedingtes Vermächtnis, das einem solchen verlassen worden, der zur Zeit des Todes des Erblassers noch unter väterlicher Gewalt stand, aber zur Zeit der Wirklichkeit der Bedingung aus dieser Gewalt heraus gekommen, gebührt dem nun befreiten Sohne und nicht dem Vater, oder des Vaters Erben, unter dessen Gewalt der Sohn vorhin gestanden. Die Verpfändung, so dem Vater geschehen, konnte daher, in dem Fall des Gesetzes, diesem kein Recht geben, weil er nach der Befreyung des Sohnes kei-

nen Anspruch mehr an dem Legat hatte. Eben diese Verpfändung konnte auch dem Sohne, der nun das Vermächtnis forderte, nichts helfen, weil sie ihm nicht geschehen war. Ich kann dem C. V. J. A. nicht beystimmen, der annimmt, die Verpfändung wäre auch dem Sohne ausdrücklich auf den Fall geschehen, da derselbe zur Zeit der Wirklichkeit der Bedingung, des Vaters Gewalt entlassen seyn sollte. Dieser Umstand ist gegen die dürren Worte des Gesetzes: pater pignori accepit. Es wäre auch nicht zu rechtfertigen, wenn bey einer ausdrücklichen Verpfändung, so dem Sohne auf alle Fälle geschehen, dennoch die Entscheidung des Gesetzes statt finden sollte. Ein emancipirter Sohn verlor zwar durch die Emancipation die meisten Rechte, auch gegen seinen Schuldner; allein man brauchte dagegen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und das Gesetz redet nicht bloß von der Emancipation, sondern auch von dem Tode des Vaters.

§. 152.

Eine schon vorhanden gewesene in der Folge aber nur nochmals bestätigte Hypothek ist nicht von dem Tazge der Bestätigung, sondern von Zeit der ersten Verpfändung an zu rechnen. (173)

(173) L. 21. pr. qui pot. in pign. Titius Sejae ob summam, qua ex turela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit: et intulit Sejae partem debiti: et reliquam summam, novatione facta, eidem promisit: in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisivit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. Die Bestätigung der schon vorhandenen Hypothek in diesem Gesetze, war keine eigentliche Novation. Es änderte sich gar nichts in der Sache, welches doch schon zur Zeit der Pandekten nöthig gewesen; ohnerachtet im übrigen damals eine Novation die Umstände nicht nöthig hatte, die Justinian im Codice erfordert. Also blieb das ehemalige Pfandrecht ungeändert. Es erstreckte sich auch auf das, was der

Schuldner nachher und selbst als: denn erst erwarb, nachdem der Fiscus schon seine Hypothek erhalten hatte.

CVJAC. L. 10. Obs. c. 22. glaubt, daß man dasjenige, so nach der Forderung des Fiscus der Schuldner erst erworben, nicht unter die erstere Hypothek ziehen könne, sondern nur das, so vorher dem Schuldner zugefallen. Allein das Gesetz macht keinen Unterschied, und die Ursach, weshalb CVJAC. diese Einschränkung annimmt, um nemlich L. 28. de Jure fisc. vereinigen zu können, fällt darum weg, weil unten ausgeführt werden wird, daß dieses Gesetz ohnedem nicht entgegen steht.

ANT. FABER der, Conject. L. 2. c. 10. ebenfalls dieses Gesetz mit cit. L. 28. de Jur. fisc. vereinigen will, weil er, wie CVJ. zwischen diesen beyden Gesetzen einen Widerspruch findet, erklärt unsern L. 21. anders, als wir. Er nimmt an, daß wenn zwey Gläubiger zu verschiedenen Zeiten eine Hypothek wegen künftiger Güter des Schuldners erhalten, und der Schuldner nachher

her Güter erwirbt, an diesen nicht der ältere Pfandgläubiger den Vorzug habe, sondern beyde Hypotheken an selbigen erst von der Zeit an angehen, da sie erworben worden, mithin beyde Gläubiger concurriren. Er gründet diesen Satz in L. 7. §. 1. qui pot. in pign. Ein anderes aber hat nach seiner Meinung alsdenn statt, wenn die ältere Hypothek eine ausdrückliche, die jüngere hingegen eine stillschweigende ist. Denn hier geht die jüngere stillschweigende der ältern ausdrücklich in denen nachher erworbenen Gütern vor. Es wird bey der stillschweigenden angenommen, als wenn sie gleich damals auch an denen nachher erst erworbenen Gütern vorhanden gewesen, da sie überhaupt ihren Anfang gehabt. Daher muß sie freylich der ältern ausdrücklichen Hypothek, deren Anfang, in Ansehung derer erst nachher erworbenen Güter, von Zeit deren Erwerbs an, gerechnet wird, vorgehen. Dieser Satz wird erwiesen aus L. 28. de Jur. filc. Wenn beyde Gläubiger, der ältere und der jüngere, eine stillschweigende Hypothek haben, so sey es eben so, als wenn beyde eine ausdrückliche Hypothek hätten. L. 7. pr. qui pot. in pign.

Weiter nimmt dieser Verfasser an, daß des Fiscus Hypothek, vor der pupillarischen allemal eine privilegirte Priorität habe, weil der Vormund, der ohne seine Vor-

mundschaft vorher niedergelegt zu haben, fiscalische Güter in Administration nimmt, als ein Fallarius bestraft werden soll. L. 1. §. ex illa ff. ad L. Corn. de Fall. Dies sey zum Besten des Mündigen, wegen der vorgehenden Hypothek des Fiscus, verordnet, weil man dergleichen nur von Vormündern finde und nicht überhaupt bey allen schon vorhandenen, und dem Fisco verschwiegenen Hypotheken des Administratoris. Endlich sey also der Sinn unsers L. 21. pr. dieser: Seja geht wegen dererjenigen Güter, se zu Anfang ihrer pupillarischen Hypothek vorhanden gewesen, dem Fiscus vor, weil ihre Hypothek älter ist. Sie geht auch demselben wegen der nach Anfang der pupillarischen Hypothek dem Vormund zugefallenen Güter, die dieser vor der Novation erworben, vor, weil sich durch diese Novation die in der Zwischenzeit erworbenen Güter in gegenwärtige verwandelt, und anzusehen sind, als wenn sie zu Anfang der pupillarischen Hypothek schon vorhanden gewesen. In Ansehung derer nach der Novation erworbenen Güter aber gehe der Fiscus vor. Dies werde angezeigt durch die Worte: post priorem obligationem. Durch diese Worte würde nicht überhaupt die pupillarische Forderung der Sejae angezeigt, und solche der fiscalischen, als posteriori entgegen gesetzt, sondern damit sey der Anfang der Sejanischen Forderung gemeint und

und solche der Novation, als posteriori obligationi entgegen gestellt.

Allein diese Erklärung mit allen ihren Sätzen, ist den Gesetzen nicht gemäß. Der erste angeführte Satz ist falsch, weil L. 7. §. 1. qui pot. in pign. nicht von zweyen zu verschiedenen Zeiten entstandenen Hypotheken redet, sondern von solchen, die zu gleicher Zeit ertheilet worden. Der zweyte Satz ist eben so ungegründet, weil unten erwiesen wird, daß L. 28. de Jur. Fisc. von einem Falle rede, da der Fiscus die ältere Hypothek hatte. Der dritte Satz ist ebenfalls aus L. 7. pr. qui pot. in pign. nicht zu erweisen. Es erhellet nicht daraus, daß der eine Pupill eine ältere Forderung, als der andere gehabt habe, und in dem Fall, da nur zu einem Theil des Kaufpreises des Unmündigen Geld verwandt worden, mußte der ältere Generalpfandgläubiger natürlicher Weise concurriren. Denn das verwendete Geld des Unmündigen hatte, so weit es verwendet worden, die Priorität und das unten ausgeführte Separationsrecht. Da aber der übrige Werth des Hauses dadurch nicht verzehret wurde, so blieb er der ältern Generalhypothek von Rechtswegen übrig. Der Vortzug des contrahirenden Fiscus vor einer ältern pupillarischen Forderung, ist aus dem angeführten Grunde nicht ersichtlich. Die

Verordnung des Sev. und Ant. konnte eben so wohl das Beste des Fiscus, dem durch die verschwiegene vorgehende Hypothek des Unmündigen Schade geschähe, als den Vortheil des Unmündigen zur Absicht haben. Das durch, daß die Verordnung bloß auf die Vormundschaften gerichtet ist, wird nicht ausgeschlossen, daß nicht auch andere schon vorhandene, und dem Fisco zum Nachtheil verschwiegene Hypotheken, an dem Schuldner geahndet werden sollen. Unter dem Anton. Carac. hat erst der Fiscus seine stillschweigende Hypothek erhalten, der Unmündige hatte dergleichen aber lange zuvor. Es ist also möglich und vermuthlich, daß die Verordnung L. 1. §. 9. ad L. Corn. de fals. zu dieser Zeit ausgefloßen, da der Fiscus noch gar keine Hypothek hatte, wohl aber der Unmündige, und man sieht daraus um so mehr, daß sie bloß zum Besten des Fiscus ausgefloßen. Wenn der Fiscus schlecht hin dem Unmündigen vorgienge, so könnte die Erklärung, die Kaiser selbst von unserm L. 21. pr. macht, nicht bestehen, da sie voraussetzt, daß eine ältere Pupillarforderung, wenigstens in Ansehung derer zu Anfang der Vormundschaft vorhanden gewesenen Güter dem Fisco vorgehe. Hatte der Fiscus in unserm L. 21. pr. an sich ein Vorrecht in Ansehung derer nach dem Anfang der pupillarischen Forderung dem Schuldner zugefallenen Güter,

so konnte ihm dieser durch die von letzterem mit der Seja errichtete Novation, nicht genommen werden. Die Entschuldigung des

Verfassers, quod Seja sibi prospexerit, ne suum perdat, will hier nicht zureichen.

§. 153.

Wenn mehrere zu gleicher Zeit eine Hypothek erhalten haben, so ist sie ihnen entweder gemeinschaftlich gegeben worden, oder jedem besonders. Im letztern Fall hat jeder die Hypothek auf die ganze Sache und derjenige, so zuerst den Besitz erhalten, behält vor dem andern den Vorzug. Im erstern Fall hat zwar auch jeder ein Pfandrecht auf die ganze Sache, wiewol nur wegen seines Antheils an der Forderung bekommen, wenn nicht ein anderes ausgemacht seyn sollte, und also hat auch hier der Besitzer den Vorzug. Wenn aber ausdrücklich ausgemacht ist, daß jeder sein Pfandrecht nur auf einen Theil des Pfandes haben soll, so hat es dabey sein Bewenden, und keiner erhält vor dem andern ein Vorrecht. Der eine Gläubiger kann in diesem Fall selbst den andern Mitgläubiger, der sich im Besitze befindet, mit der Pfandklage in Anspruch nehmen; ob auch mit dem Pfandinterdicte, ist zweifelhaft. (174)

(174) L. 20. §. 1. de P. A. Si pluribus res simul pignori datur, aequalis omnium causa est.

L. 10. de pignor. Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatae essent: singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur. Inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem. Da-

bitur enim possidenti haec exceptio: Si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset. Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur: utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos: per quam dimidiam partis possessionem apprehendant singuli.

L. 16. §. 8. eod. Si duo pariter de hypotheca paciscantur: in

in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti, an pro partibus dimidiis, quaeritur? Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? utrum de parte quisque ~~an~~ de toto quasi utriusque in solidum res obligata sit? quod erit dicendum, si eodem die pignus utriusque datum est separatim. Sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum agat: si minus unusquisque pro parte.

L. 1. §. 1. de Salv. Interd. Si colonus res in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utriusque in solidum obligatae essent: singuli adversus extraneum Salviano interdicto recte experientur. Inter ipsos vero si reddatur hoc interdictum, possidentis conditio melior erit. At si id actum fuerit, ut pro partibus res obligaretur: utilis actio et adversus extraneos, et inter ipsos dari debet, per quam dimidias partes possessionis singuli apprehendent. Den L. 20. §. 1. cit. erklärt CVJAC. von dem Fall, da jedem der beyden besonders ein Pfandrecht gegeben worden. Diese Einschränkung ist aber vermögge der übrigen Befehle nicht nöthig.

ANT. FABER, Err. Pragm. Dec. 21. Err. 9. erklärt dieses Gesetz so: unicuique pro virili

parte tum obligata res intelligitur, licet uni plus, alteri minus debeat, et sive plurius sive majoris (minoris) sit cujusque pars illa virilis (rei obligatae) quam singulis debeat. Diese Erklärung aber ist nicht möglich. Denn mehrere, die zugleich ein Pfandrecht wegen einer vereinten Summe erhalten, müssen doch, wenigstens zusammen genommen, eben so viel Recht haben, als wenn nur ein einziger diese vereinte Summe hergeschossen. Sollte nun derjenige, der etwa 600. Thlr. an der vereinten, zusammen in 900. Thlr. bestehenden Summe hat, nicht mehr Pfandrecht haben, als sein Mitsinteressent, so würde er, eben wie dieser, nur wegen 300 Thlr. seine Sicherheit am Pfande nehmen können. Folglich blieben die übrigen 300. Thlr. ganz ungesichert, da doch, wenn ein einziger die 900. Thlr. hergegeben, dieser auf die ganzen 900. Thlr. sein Pfandrecht erstrecken würde. Also heißt aequalis hier nur so viel, daß einer keine Priorität vor dem andern habe. Daß unter mehreren, die zugleich eine Hypothek erlangt, keiner, wie eben dieser Verfasser Rational. ad h. l. behauptet, auch nicht einmal eine privilegierte Priorität sich anmassen könne, davon sehe ich keinen Beweis.

Die folgenden Befehle L. 10. und L. 16. §. 8. cit. bestimmen nicht deutlich, was ohne eine besondere

sondere Verabredung im Fall einer, mehreren gemeinschaftlich und zugleich ertheilten Hypothek anzunehmen sey; ob, daß jeder ein Pfandrecht seines Antheils wegen, an der Forderung auf die ganze Sache haben, oder daß nur ein Theil derselben jedem verpfändet seyn solle. L. 10. sagt: *ita, ut utrique in solidum obligatae essent* und diesem wird entgegen gesetzt: *Si id actum fuerit.* In L. 16. §. 8. heist es wieder: *Si hoc actum est*, und darauf: *si minus.* L. 1. §. 1. cit. heist es abermal: *Ita ut etc.* und denn, *at si id actum fuerit.* Ich glaube aber, daß an sich jeder dererer zugleich und gemeinschaftlich contrahirenden Pfandgläubiger, seines Antheils wegen an der Schuld, auf das ganze Pfandstück eine Hypothek habe. Diesen Satz erweise ich aus der Antheilbarkeit des Pfandrechts. Es folgt nicht: Ein Gläubiger hat die Hälfte an der Forderung; also auch nur das Pfandrecht auf die Hälfte des Pfandstücks. So wie die ganze Forderung auf jedem Theile des Pfandstücks gehaftet, so haftet das ganze Pfandstück wiederum jedem Theil der Schuld. Auch scheint mir dieses aus der L. 10. cit. angegebenen Exception zu folgen. Sie heist: *Si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset.* Sie heist nicht: *Si non convenit, ut eadem res mihi quoque in solidum pignori esset.* Also ist die bloße gemeinschaftliche

Ertheilung eines Pfandrechts an zwey Mitgläubiger schon im Stande, den Besitzer seines ganzen Antheils wegen zu schützen. Die Worte: *dimidiam partis possessionem*, wenn nicht etwa *dimidiae partis* zu lesen ist, zielen auf einen Fall, da der dritte Besitzer nur einen Theil des zwey Gläubigern, jedem zur Hälfte, verschriebenen Pfandstücks in Händen hat. Das gemeinschaftliche, aber getheilte Pfandrecht, ist auch auf jedem Theile des Pfandstücks nur Theilweise gegründet, wie aus dem obigen schon bekannt ist.

L. 16. §. 8. giebt zweyen ganz verschiedenen und abgeordneten Gläubigern gleiche Rechte, wenn sie eodem die ein Pfandrecht erhalten. Gesezt aber, es wäre erweislich, daß der eine sein Pfandrecht etliche Stunden deselben Tages eher erhalten als der andere. Sollten sie dennoch gleiche Rechte haben? Ich glaube nicht, obschon BARTOLVS und andere dieser Meinung gewesen. Das Gesez muß nothwendig von dem Fall verstanden werden, da man nicht angeben kann, wessen Pfandrecht an demselben Tage eher, und wessen seines später eingeräumet ist. Es wäre die größte Ungerechtigkeit von der Welt, wenn der Gläubiger, der alle seine Sicherheit genommen, um nicht durch eine andere Hypothek verdrängt zu werden, doch dadurch um einen Theil seines

nes Rechts, ja um sein ganzes Recht, gebracht werden könnte, daß der Schuldner in der folgenden Zeit desselben Tages noch mehreren Gläubigern neue Hypotheken ertheilet. Wenn unter denenjenigen Mitgläubigern, welche in solidum ihr Pfandrecht haben, sich keiner im Besitz befindet, so hat jeder gleiches Recht mit dem andern und sie werden also zusammen pro rata, nach Proportion ihrer Forderungen, und neben einander befriedigt.

ANT. FABER Err. pragm. Dec. 21. Err. 9. thut sich auf dieses Gesetz viel zu gute und findet darinn durchgängig blos die Hand des Tribonian, und nichts als Thorheit und Verstoße. Zuerst kritisiert er über das: eodem die, von dessen richtigen Verstande aber schon geredet worden. Sodenn versteht er die Worte: et magis est, ut pro quantitate debiti etc. so: si pro centum aureis obligatus sit fundus, dignus ducentis, anteriori creditori, posteriori pro quinquaginta; erit pars dimidia tantum eius fundi obligata anteriori, posteriori vero quarta, reliqua proinde pars nulli. Der Satz wäre freylich sonderbar, aber er ist auch nicht der richtige Sinn der Worte. Es ist hier nicht die Rede von einem creditore anteriore und posteriore, sondern von solchen Gläubigern, von denen keiner vor dem andern eine Priorität erweisen kann. Und ein Pfandrecht pro

quantitate debiti haben, heist nicht, nur an einem Theil des Pfandstücks, so die Proportion der Schuld hat, seine Sicherheit suchen können, sondern es heist, an dem ganzen Pfandstück sein Recht haben, aber so, daß, wenn das Pfand zu beyder Gläubiger Befriedigung zugleich nicht zureicht, jeder derselben nach Proportion gleich viel einbüße. Die ganze Stelle, von Si duo pariter bis habeant obligatum, redet von dem Fall, da beyde Gläubiger sich zugleich ihrer Befriedigung wegen melden und ein Dritter sich im Besitz des Pfandes befindet. Mit den folgenden Worten: Sed uterque etc. geht ein anderer Fall an, da nemlich einer derer Gläubiger allein den Besitzer in Anspruch nimmt, und der Besitzer Exceptionem plurium consortium entgegen stellt. Wenn hier freylich der Kläger an einer mit mehreren andern gemeinschaftlichen Forderung nur einen Theil hat, so kann er nicht die ganze gemeinschaftliche Forderung ausklagen wollen und die Exceptio plus petitionis et plurium consortium ist gegründet. Wenn aber der Kläger keinen Theil der ganzen Forderung zu suchen braucht, weil entweder die gemeinschaftliche Forderung mehreren Gläubigern samt und sonders versichert ist, oder weil des einen Forderung mit des andern seiner gar keinen Zusammenhang hat, so ist diese Exceptio ungegründet. Sie ist hier de jure tertii und der, jedem derer

derer Gläubiger unter diesen Umständen zukommenden Prävention zuwider. Eine andere Frage ist es, ob ehe der eine derer Gläubiger, in diesen Fällen, wo die angeführte Ausflucht nicht statt hat, durch Ausklagung des Pfandes sich zu dessen Besitz verhelfen, der andere nicht interveniren könne? Diese Frage ist allerdings zu bejahen und ist als: denn die Sache nach dem Anfang: *Si duo pariter etc.* zu entscheiden. Der Fall, da einer derer gleichzeitigen Gläubiger sich im Besitz des Pfandes befindet, der andere aber nicht, ist in diesem Gesetze gar nicht mit enthalten. Bey den Worten: *cum possessore*, macht FABER die Anmerkung: *Contractum cum debitore vinculum pignoris, cur diverso jure censeatur, si contra possessorem, quam si contra debitorem ipsum agatur.* Als wenn hier Possessor dem Debitori entgegen gestellt würde. Die Frage von dem Fall, *si pariter duo de hypotheca paciscantur*, und die Antwort, von dem: *Si pignus utrique datum separatim*, sind hier nicht einander so entgegen gesetzt, und daher nicht so thöricht, als FABER meint. Pariter heist hier so viel, als ohne Priorität oder erweislichen Vorzug der Zeit. Die Erinnerung eben dieses Verfassers über die Worte: *Sed si simul illi et illi etc.* es sey unmöglich, daß mehrere Correi

zugleich in solidum klagen könnten, weil die Prävention des einen den andern ausschliesse, ist ebenfalls ohne Nutzen, weil das Gesetz hier nur von einem solchen Falle redet, da der Eine allein klagt.

Cit. L. 1. §. 1. wiederholt eben das, was schon die übrigen Gesetze deutlich besagen, daß, wenn mehrere ein Pfandrecht an einer Sache sich gemeinschaftlich, jedoch jeder zum Theil, geben lassen, der eine Mitgläubiger selbst gegen den andern die Pfandklage gebrauchen könne. Von dem Interdict aber sagt das Gesetz nicht, ob dieses auch unter denen Mitgläubigern gebraucht werden könne. Daher CVJAC. und mit ihm fast alle hierinn einen Unterschied zwischen der Pfandklage und dem Interdict setzen, daß jene auch gegen einen Mitgläubiger statt finde, dieses aber nicht. Ich bin aber von diesem Unterschiede nicht vollkommen überzeugt. Daß der Besitz sich nicht theilen lasse, welches diese Rechtsgelehrten behaupten, ist mir nicht bekannt. Das weiß ich wohl, daß nicht mehrere den Besitz von einerley Sache in solidum haben können; aber pro partibus können mehrere gar wohl ein und eben dieselbe Sache zugleich besitzen. Doch von dieser Sache ist unten bey dem Interd. Salv. mehr zu reden.

§. 154.

Wenn zwey Gläubiger zwar zu gleicher Zeit sich gemeinschaftlich ein Pfandrecht ertheilen lassen, der eine aber wegen einer eher entstehenden und gefällig werdenden Forderung, der andere um einer später erwachsenden Post willen, so ist die Meinung derer beyden Gläubiger dahin zu deuten, daß des ersteren Pfandrecht, auch vor dem Rechte des letztern einen Vorzug haben soll. (175)

(175) L. 13. qui pot. in pign. Insulam tibi vendidi: et dixi, prioris anni pensionem mihi, sequentium tibi accessuram, pignorumque ab inquilino datorum jus, utrumque secuturum. Nerva, Proculus, nisi ad utramque pensionem pignora sufficerent, jus omnium pignorum pri-

mum ad me pertinere: quia nihil aperte dictum esset, an communiter ex omnibus pignorum summa pro rata servetur. Quod quid superesset, ad te. Paulus: Facti quaestio est. Sed verisimile est, id actum, ut primam quamque pensionem pignorum causa sequatur.

§. 155.

Ein und eben derselbige Gläubiger hat oft an dem Schuldner zu ganz verschiedenen Zeiten verschiedene Forderungen erhalten. Daher geht er billig in Ansehung der einen, als älterer Gläubiger, einem andern vor, in Ansehung der andern aber, geht er eben demselben nach, weil diese Post dem Anfange nach jünger ist. (176)

(176) L. 3. pr. qui pot. in pign. Creditor acceptis pignoribus, quae secunda conventionne secundus creditor accepit, novatione postea facta, pignora prioribus addidit. Superioris temporis ordinem manere primo creditori, placuit, tamquam in suum locum succedenti.

L. 12. §. 3. eod. Si idem bis, id est, ante secundum et post eum crediderit: in priore pecunia potior est secundo: in posteriore tertius est.

§. 5. eod. Papinianus libro undecimo respondit: Si prior credi-

creditor postea, novatione facta eadem pignora cum aliis accepit: in suum locum eum succedere. Sed si secundus non offerat pecuniam: posse priorem vendere, ut primam tantum pecuniam expensam ferat, non etiam, quam postea credidit: et quod superfluum ex anteriore credito accepit, hoc secundo restituat.

L. 20. eod. Querebatur, si post primum contractum räum antequam aliam pecuniam crederes, eidem debitori Sejus credidisset, quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei, quam primo credidisti, utrum ei ob quinquaginta an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha. Frage, Sejum paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam? dixi, consequens esse, ut Sejus potior sit in eo, quod amplius est in pignore: et oblata ab eo summa primo ordine credita, usuratumque eius, post ponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori credidit.

Der Fall L. 3. cit. ist dieser: Eben dieselbe Sache war erst dem Titius (creditor acceptis pignoribus) hernach dem Sempronius (quae secunda conventionione secundus creditor) verpfändet,

Titius borgte den Schuldner nach entstandener Hypothek des Sempronius noch mehr Geld und ließ sich wegen der nun vermehrten Forderung die vorige Hypothek bestätigen und überdem einige neue Stücke zum Unterpfande geben. (novatione postea facta pignora prioribus addidit.) Es entstand die Frage, ob er wegen der ersten Summe auch seine dem Sempronius vorgehende Hypothek beybehalten hätte? Die Antwort ist: Ja. (Superioris temporis ordinem manere primo creditori). Allein, es war doch eine Novation vorgegangen. Antwort: Gesezt es hätte ein dritter Mann den Titius abgefunden und sich dessen Pfandrechth davor geben und neue Pfänder daneben einräumen lassen, so würde er ohne allen Zweifel in Ansehung der zu des Titius Abfindung gegebenen Summe in dessen Stelle getreten seyn. Novation hat die Kraft einer Zahlung. Es ist also, als wenn Titius sich selbst bezahlt hätte und durch die Erneuerung seiner Hypothek gleichsam sein eigen Recht sich wieder gegen Abfindung übertragen hätte. Also wirt er selbst wieder in die vorige Stelle. (tamquam in suum locum succedenti.) Diese kurzen Worte, welche sonst gar keinen Verstand zu haben scheinen, werden durch diese Erklärung deutlich und erhalten einen besondern Nachdruck.

Dasjenige, was L. 12. §. 5. cit. aus dem Papinian angeführt wird, ist eben das, was L. 3. enthalten war; denn dieser L. 3. ist aus dem eilften Buch der Respons. Papin. und des Marcianus, aus welchem L. 12. genommen ist, den Ausdruck: in suum locum succedere, so verstanden, als er oben erklärt worden, lehren

die gleich folgenden Worte: Sed si secundus non offerat.

In L. 20. cit. ist sonst in allen Manuscripten statt: hyperocham ohne allen Verstand, hypothecam gelesen worden, bis man aus dem Cod. Flor. endlich die rechte Lesart wieder hergestellt.

§. 156.

Die andere Regel ist diese: Eine privilegirte Hypothek geht allemal einer nicht privilegirten vor und zwischen solchen Hypotheken, die gleiche privilegirte Vorzüge haben, geht es nach der Ordnung der Zeit.

§. 157.

Zu diesen privilegirten Hypotheken gehören vorzüglich alle die, welchen ein Absonderungsrecht gebührt; wo der ältere Gläubiger das eigene Vermögen des spätern und jüngern an sich ziehen würde, wenn nicht dieser seine Forderung erhalten sollte, und wo der ältere Gläubiger des spätern Gläubigers Vorschusse es zu verdanken hat, daß das Pfand erhalten worden und nicht verdorben oder verlohren gegangen.

§. 158.

Der Vorzug dieser Hypotheken ist in der Vernunft und Billigkeit gegründet. Er entspringt aus eben der Quelle, aus welcher dem dritten Besitzer einer Hypothek, wenn er gleich durch die Pfandklage in Anspruch genom-

men

men wird und das Pfand abtreten muß, dennoch die auf das Pfand verwandten Kosten vergütet werden müssen; aus eben der Quelle, woraus die Conditionen und besonders die *Condictio sine causa* herkommen; aus dem Grundsatz, daß Niemand mit des andern Schaden bereichert werden solle. (177)

(177) L. 5. qui pot. in pign. Interdum posterior potior est priori. Vtputa si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens creditit, veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero.

L. 6. pr. eod. Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat.

§. 1. eod. Item, si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant, vel ut naulum exsolvatur: potentior erit, licet posterior sit, nam et ipsum naulum potentius est.

§. 2. eod. Tantumdem dicitur et si merces horreorum vel areae vel vecturae jumentorum debetur. Nam et hic potentior erit. cf. L. 7. pr. eod. de qua supra L. 4. §. 1. de R. C. L. 1. de Cess. bon. L. 24. §. 1. de R. A. I. P. L. 26. eod. Wenn der spätere Pfandgläubiger zu Ausrüstung des Schiffs oder dessen Ausbes-

serung Geld hergegeben, so muß dieser darum vorgehen, weil entweder die Ausbesserung und Ausrüstung noch jetzt vorhanden und also, wenn der erstere Gläubiger aus dem Werth des verkauften Schiffs seine Befriedigung mit Ausschließung des folgenden wegnehmen wollte, er auch den Werth der Ausbesserung und Ausrüstung, so doch von dem folgenden herrühret, mit wegnehmen würde; oder wenn auch diese Ausrüstung und Besserung nicht mehr vorhanden seyn sollte, doch das Schiff an dem Orte, wo nun der ältere Gläubiger seine Zahlung erhält, nicht würde haben ankommen können, wenn nicht die Ausbesserung und Ausrüstung geschehen. Der letztere Grund trifft auch bey dem zum Unterhalt des Schiffsvolks vorgeschossenen Gelde zu. Wenn zu Rettung der Waaren bey bevorstehendem oder schon geschehenem Schiffbruch eines Gläubigers Geld verwandt, oder die Schifffracht davon bezahlet worden, so haben diesem die vorher auf die Waaren versichert gewesenem Gläubiger es zu verdanken, daß sie durch den Unglücksfall nicht gar um ihre Pfandstücke

gekommen sind, oder daß sie an den Ort angekommen, wo durch deren Verküfferung ihnen eine Befriedigung verschafft werden kann. Daraus folgt, daß, wenn der Schiffsführer seine Fracht noch nicht erhalten, er selbst gleichen Vorzug haben müsse. Eben die Bewandnis hat es mit dem Fuhrlohn bey Führen zu Lande. Die Waaren hätten nicht können ohne Schaden aufbewahrt werden, wenn sie nicht in dem Magazin gelegen hätten; das Getraide konnte nicht ausgedroschen werden ohne die Dreschtenne; daher die davor schuldige Pension ein ebenmäßiges Vorrecht hat. Bey dem Drescherlohn, Arthlohn u. s. w. ist ein gleicher Fall. So kann demjenigen, der das Saamenkorn zur letzten Erndte hergegeben, vor deren Einführung der Concurse ausgebrochen, und dem, der in denen Grundstücken kurz vor Ausbruch des Concurse gearbeitet und seinen Lohn noch nicht erhalten, seine Befriedigung aus dem Concurse ebenfalls nicht entstehen, und gekürzt werden. Es wird aber freylich in allen diesen Fällen, so fern die Klage gegen einen dritten Besitzer der Hypothek gerichtet wird, erfordert, daß der Gläubiger sich von seinem Schuldner ein ausdrückliches Pfandrecht habe ertheilen lassen, wenn ihm nach dem Obigen nicht etwa schon eine stillschweigende Hypothek zukommt. Denn es ist unerweislich, wenn C. V. in diesen Fäl-

len allemal ein stillschweigend Pfandrecht annimmt. Findet sich aber der Schuldner selbst noch in Besitz der Sachen, woran die privilegierte Forderung gemacht wird, davon jetzt die Rede ist, welches bey entstehendem Concurse geschieht; so ist der Vorzug des Gläubigers dieser Art, an sich allemal und ohne besondere Verpfändung gegründet. Seine Forderung ist mehr eine solche, die an die Concursmasse gemacht wird, als eine gemeine Forderung eines Gläubigers, der nur an dem gemeinen Schuldner zu fordern hat. Dieser Unterschied zwischen Forderungen an den gemeinen Schuldner und solchen, die an die Concursmasse gemacht werden, ist sehr erheblich. Jene gehören vor den Liquidationstermin und man versäumt sich daran, wenn man diesen Termin nicht beobachtet. Diese haben mit dem Liquidationstermine nichts zu thun und sind nicht daran gebunden. Bey jenem kommt es darauf an, ob man ein persönlich oder dinglich Recht habe, bey diesen gar nicht. Ein Herr von Adel hatte durch seine alte Wirthschaft es dahin gebracht, daß endlich ein Concurse ausbrach. Er hatte viele Jahre vor dessen Ausbruch seine sämtlichen Einkünfte und Güter denen Händen eines ehelichen Verwesers überlassen, der an denen gemachten Schulden keinen Antheil hatte und durch seine Verwaltung verhütet, daß nicht das Vermögen noch mehr zerstreut und gemin-

bert

bert wurde. Davor war ihm ein jährlicher Gehalt ausgesetzt gewesen, den er verschiedene Jahre nicht bekommen. Er mußte solchen vor allen Gläubigern gleich nach denen Concurskosten erhalten, ob er gleich beyrn Liquidationstermine nicht mit andern Gläubigern zugleich liquidiret hatte. Diejenigen, so Waaren und Güter an den gemeinen Schuldner verkauft, welche noch in der Concursmasse vorhanden sind, müssen, wenn sie gleich dem Schuldner solche mit Rücksicht überlassen, und also das Eigenthum eingeküßt, (denn nur die öffentlichen Wechsler konnten in diesem Fall ihre Waaren wieder zurück nehmen Nov. 136. c. 3.) dennoch als Gläubiger in die gegenwärtige Classe kommen, und eben dieses hat statt, wenn sie sich die Hypothek oder das Eigenthum, zur Sicherheit des Kaufgeldes vorbehalten. Denn dieser Vorbehalt ist, wie aus dem vorigen leicht zu urtheilen, im Concurs von keinem besondern Nutzen, da, wie ausgeführt worden, schon ohne den Vorbehalt der Verkäufer eben so gedeckt ist.

Von dem Vorzuge desjenigen, der zur Erkaufung einer Sache sein Geld hergestehen, sind ausdrückliche Gesetze vorhanden, die dasjenige, was behauptet werden, bestätigen. Ausser cit. l. 7. pr. qui pot. in pign. gehört hierher L. 21. §. 1. eod. Negotiatoris marmorum creditor sub pignore

lapidum, quorum pretia venditores ex pecunia creditoris acceperant, numeravit. Idem debitor, conductor horreorum Caesaris fuit. Ob quorum pensiones aliquot annis non solutas procurator exactioni praepositus ad lapidum venditionem officium suum extendit. Quaesitum est, an jure pignoris eos creditor retinere possit? Respondit, secundum ea, quae proponerentur, posse.

L. 7. C. eod. Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores: tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum statim convenit, omnibus anteferrī juris auctoritate declaratur. Der Marmorhändler mochte die Steine erhandelt haben, ehe er sich des kaiserlichen Magazins bedient, oder während der Zeit, da er dieses Magazin schon in Miethe hatte, so gieng derjenige, der das Geld zum Ankauf der Steine vorgeschossen hatte, vor. Die Hypothek, die er sich geben lassen, kam ihm zu statten, theils, weil er es hier blos mit einem Dritten, nemlich dem Fiscus, zu thun hatte, theils sein Vorrecht um so mehr ausser Zweifel zu setzen, da es nun auch zu denenjenigen Hypotheken gehörte, davon in der folgenden Anmerkung geredet werden soll. Es scheint, daß nicht der kaiserliche Anwald in Besitz der Steine gewesen, sondern der

Verleiher des Kaufgeldes, weil dessen Retention erwähnt wird.

Von der L. 7. C. cod. vorkommenden Hypothek ist eben das zu sagen, was eben jetzt erinnert worden. Ueberdem bemerkt CV. JAC. ad h. l. ganz recht, daß die Specialhypothek, welche in diesem Gesetz demjenigen ertheilet worden, der das Geld zum Ankauf des Grundstücks hergegeben, nicht nöthig gewesen, sondern eine allgemeine Verpfändung gleiche Dienste gethan hätte, obgleich GODOFREDVS und ANT. FABER Conject. L. 8. c. 11. anderer Meinung sind. Da der

Grund des Vorzugs nicht in der Art der Verpfändung, sondern in der Achtung liegt, so man gegen die Art der Forderung hat, so kann es gleichgültig seyn, ob die Verpfändung eine allgemeine oder eine besondere ist. Wohl aber liegt ein Nachdruck in dem Wort: *stacim*. Denn wäre die Verpfändung nicht gleich bey dem Ankauf ausbedungen und das Pfandrecht, noch ehe der Käufer Eigenthümer worden, ausbedungen und vorbehalten gewesen, so würde wenigstens die Forderung nicht zu der Classe mit gehört haben, davon die folgende Annäherung reden wird.

§. 159.

Es gehören zu dieser Classe überdem alle diejenigen Pfandgläubiger, deren Forderung schon zu einer solchen Zeit ihren Ursprung und Anfang genommen, da der Schuldner, der die folgenden Hypotheken ertheilet, noch nicht Eigenthümer war.

§. 160.

Auch der Vorzug dieser Hypotheken ist der Natur der Sache gemäß. Der Schuldner und neuere Besitzer hat seinen Gläubigern an diesen Sachen nicht mehr Rechte einräumen können, als er selbst hatte. (178)

(178) L. 15. qui pot. in pign.
v. supra.

L. 17. de P. A. Sane Divi Se-

verus et Antoninus rescripserunt, ut sine deminutione mercedis soli obligabitur. Gleiche Vorzüge kommen denen öffentlichen Steuern

Steuern und Gaben zu. L. 1. C. si propt. penf. publ. Mit Recht wird denenjenigen ein Absonderungsrecht beygelegt, die von dem Verkäufer und Vorgänger am Grundstück des jetzigen Eigenthümers und Schuldners ein Pfandrecht erhalten. Die Grundzinsen, beständigen Gefälle und öffentlichen Abgaben, mindern gleichsam unser Eigenthum an dem Grundstück so, daß uns nicht mehr daran gehört, als so viel nach Abzug dieser Grundbeschwerungen übrig bleibt. Der Lehnherr ist wegen seiner Forderungen,

die ihm in dieser Eigenschaft an dem Lehnsmann zukommen, kein ordentlicher Gläubiger, und sondert sich von ihnen billig aus, so fern er sich nicht etwa durch ertheilte Consense etwas vergeben hat. Auf gleiche Art ist in der vorigen Anmerkung mit erinnert worden, daß wenn der Gläubiger zu gleicher Zeit, da der jetzige Eigenthümer die Sache erkaufte, sich eine Hypothek mit einbedungen, seine Forderung zu denen von der jetzigen Art gehöre.

§. 161.

Das Vorrecht derer sämtlichen Hypotheken dieser Art ist so billig, daß es zu verwundern, wie Justinian das Heyrathsguth diesen Grundsätzen der Billigkeit entziehen können, als welches, wenn es dem Manne eher zugebracht worden, als diese Hypotheken entstanden, vor denenselben den Vorzug behauptet; (179) es sey denn die Hypothek eines solchen, der Geld zu Erkaufung einer käuflichen Bedienung hergegeben und sich deshalb an derselben ein Specialpfandrecht geben lassen. (180)

(179) Nov. 97. c. 3. Avth. Quo jure C. qui pot. in pign. In diesem Kapitel wird von demjenigen Heyrathsguth geredet, das schon zur Zeit des geschehenen Vorschusses zu einem Ankaufe, oder einer Ausbesserung, dem Manne eingebracht war. (veniat autem et alter creditor posterior quidem, praetendens etc.) Un-

ter diesen Umständen geht die Frau mit dem Heyrathsguthe vor, nicht aber mit dem Gegensvermächtniß (minui autem illis dotem nullo finimus modo. Sufficient enim quod a luxis cadunt, si priora antenuptiali donatione inveniuntur.) Die Ursach, warum der Vorzug bey dem Gegensvermächtniß wegsallen soll, wird

von denen Erklärern darinn gesetzt, weil diese ein Gewinnst sey, das Heyrathsguth aber nicht. Die Ursach scheint in den Worten zu stecken: *a lucris cadant*. Allein daraus würde folgen, daß der Vorzug auf die Paraphernalgüter ausgedehnt werden müsse, deren doch Justinian nicht erwähnt. Auch bey diesen kommt es der Ehefrau nicht auf Entziehung eines Gewinns, sondern Erleidung eines Verlusts an. Ja aus diesem Grunde müste jeder eigentliche Gläubiger gleichen Vorzug mit dem Heyrathsguthe haben, weil er allemal einen wirklichen Verlust erleidet, wenn ihm ein anderer seine Befriedigung entzieht. Ich sehe auch nicht, was nach dem oben angegebenen eigentlichen Begriff des Gegenvermöchtnisses vor ein Gewinn darunter stecke. Der Grund ist vielmehr der bekannte Satz des römischen Rechts: *ne uxor reddatur indotata*.

ANT. FABER macht von diesem Gesetz wieder eine besondere Erklärung. Nach seiner Meinung geht das Heyrathsguth dem Darlehn, so zur Ankauffung eines Hauses, Ausbesserung u. s. w. hergegeben worden, auch alsdenn vor, wenn dieses Anlehn der Zeit nach älter ist. Justinian hat durch die Novelle nicht mehr sagen wollen, als daß dieses Anlehn vor dem Heyrathsguth keine privilegierte Priorität haben solle; keinesweges aber ist die Mei-

nung gewesen, daß dem Heyrathsguthe vor solchem Anlehn dergleichen Priorität nicht zukommen solle. Dieses sollen besonders die Worte erweisen: *Sufficit enim, quod a lucris cadunt, si priora antenuptiali donatione inveniuntur*. Denn wenn blos die *donat. propt. nupt.* dem erwähnten Anlehn, wofern es älter ist, nachgeht, so muß das Heyrathsguth demselben auch alsdenn vorgehen.

Allein würde wol ein Streit entstanden seyn, ob das spätere Anlehn, davon die Rede ist, dem ältern Heyrathsguth vorgehen solle, wenn ausgemacht war, daß selbst das jüngere Heyrathsguth dem ältern Darlehn dieser Art vorgehe. Dennoch ist der Streit, wie man aus der Novelle selbst ersieht, sehr getrieben worden und Justinian hat sich sehr bedacht, ehe er ihn entschied. Er hat nur verordnet: *non cedere dotem alicui tali privilegio*. Also soll das Heyrathsguth blos gleiche Rechte mit diesen Anlehn haben. Folglich nach der Ordnung der Zeit mit denenselben concurriren. Der Ausdruck: *priora* in der angeführten Stelle, zielt auf keinen Vorgang der Zeit, sondern auf eine privilegierte Priorität.

(180) Cit. Nov. 97. c. 4. Auth. *Quod obtinet C. de pign. Aliorum pecuniis militare*, heist in dieser Novelle eine käufliche Bedienung

dienung mit fremden Gelde erlangen. *Statutum fieri*, soll vermuthlich so viel heißen, als: *ut statutus fiat*, d. i. daß der Erbfolger eine ordentliche Stelle erhalte. Denn bey einigen Bedienungen kamen *Statuti* und *Supernumerarii* vor. Die zur Bedienung geborgten Gelder behaupten aber alsdenn nur ihr Vorrecht, wenn ein förmlicher Schuldbrief deshalb vorhanden, darinn die Nutzungen der Bedienung zum besondern Pfande eingesetzt sind, und Zeugen solchen unterschrieben haben.

Durch diese Novelle wurden die Vorrechte derer *Militiarum* ansehnlich vermehrt. Denn vorher war verordnet, daß sich die Gläubiger nur alsdenn erst an die *Militiam* halten könnten, wenn keine Witwe und Kinder vorhanden. Im Fall aber mit des Gläubigers Gelde die *Militia* erkaufte worden, sollte sich dieser zwar daran noch vor der Witwe und Kindern halten können. Ob aber der Gläubiger in diesem Fall dem *Heyrathsguth* der Witwe vorgehen sollte, war noch nicht entschieden. *Nov. 53. c. 5.* Dieses entschied *Justinian Nov. 97.* zum Vortheil des Gläubigers, so

zur *Militia* das Geld hergegeben, zugleich aber schrieb er dabey die *Feyerlichkeit* vor, deren erwähnt worden, und wovon man vorher nichts wußte. In der *Nov. 53. c. 5.* hat zugleich *Justinian* gewisse Vorrechte derer *Silentiariorum* bestätigt, womit auf *L. ult. C. de Silent. L. ult. C. de Exc. tut. etc.* gezelet wird.

ANT. FABER ist *l. c. cap. 12.* der Meinung, daß nur alsdenn das *Heyrathsguth* dem Darlehn zum Ankauf der *Militiae* nachgehe, wenn dieses Darlehn älter ist. Denn sonst könne der Mann das Geld der Frau leicht Jemanden heimlich zustellen, daß er es ihm, dem Manne, als ein Darlehn zum Ankauf der *Militiae* wieder borgen solle, und auf solche Art könnte der Frau Lort geschehen. Dergleichen Betrug sey rechtlich zu vermuthen. Diese Gedanken brauchen aber wol keiner Widerlegung. Der *casus*, dessen zweymal gedacht wird, ist *casus militiae*, d. i. was bey künftiger Erbsinnung der Bedienung von dem Nachfolger dem Vorgänger oder dessen Erben, laut *Obigem*, gut gethan und bezahlt werden muß.

§. 162.

Eben dieselben Rechte, welche *Justinian* in diesem Punkt dem *Heyrathsguth* beylegt, waren schon ehemals dem

dem Fiscus in Ansehung seiner habenden Forderung zuständig. Denn dieser gieng allemal denen Gläubigern dieser Classe vor. (181)

(181) L. 34. de R. A. I. P. do crediderit, vel ob navem
 Quod quis navis fabricandae vel venditam perat: habet privilegium post fiscum.
 emendae, vel armandae, vel instruendae causa, vel quoque mo-

§. 163.

Zu der Regel von denen besonders privilegirten Hypotheken gehört endlich auch das Heyrathsguth. Die der Ehefrau deshalb zustehenden Rechte sind ausserordentlich. Zu geschweigen, daß sie, wenn ihre Rechte älter sind, selbst denen vorgeht, die zu Ankaufung oder Ausbesserung derer vorhandenen Sachen ihr Geld hergeliehen; so hat sie den Vorzug vor allen ältern Gläubigern, einige wenige ausgenommen, die ihr vorgehen,

§. 164.

Ob sie den Vorgang auch vor denen ältern ausdrücklichen Hypotheken habe, oder ob solches nur von stillschweigenden Pfandrechten zu verstehen, ist zweifelhaft. (182)

(182) L. ult. C. qui pot. Af- in praesenti sustulimus) magnam
 fiduis additionibus mulierum in- praerogativam praestantes, ut
 quietati sumus, per quas suas do- contra omnes pene personales
 res deperditas esse lugebant, et actiones habeant privilegia et cre-
 ab anterioribus creditoribus sub- ditores alios antecedant, licet
 stantias maritorum detentas, fuerint anteriores. Et hoc cum
 Nos itaque ad antiquas leges re- in personalibus statuerant actio-
 speximus, in personalibus actio- nibus, si hypothecam respicie-
 nibus rei uxoriae actioni (quam bant, illico iustitiae vigorem re-
 laxa-

laxabant: et senioribus hypothecis novas mulierum hypothecas, si habebant actiones, expellebant, nec ad fragilitatem muliebrem respicientes, nec quod et corpore et substantia et omni vita sua maritus fungitur: cum pene mulieribus tota substantia in dote constituta est. Oportebat enim disponi maritos creditoribus suis ex sua substantia satisfacere, non de dote mulieris, quam ad suos victus suasque alimonias mulier possidet, vel a semetipsa datam vel pro ea ab alio.

§. 1. Ad haec omnia respicientes et reminiscentes, quod et alias duas constitutiones fecimus pro dotibus, mulieribus subvenientes et haec omnia in unum colligentes, sancimus, ex stipulata actionem, quam mulieribus jam pro dote instituenda dedimus, cuique etiam tacitam donavimus inesse hypothecam, potentiora jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris sint temporis privilegio vallati. Cum enim in personalibus actionibus. (secundum quod diximus) tali privilegio utebatur res uxoria: quapropter non in hypotheca hoc mulieri etiam nunc indulgemus beneficium, licet res dotales, vel ex his aliae comparatae non essent: sed quocunque modo vel dissipatae vel consumptae sint: si tamen re ipsa fuerint patri mariti datae? Quis enim earum non misereatur propter obsequia quae maritis prae-

stant, propter partus periculum et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa nostris legibus inventa sunt privilegia? Et ideo, quod antiquitas quidem dare incepit, ad effectum autem non pertulit, nos pleno legis articulo consummavimus: et sive liberos habeat mulier sive ab initio non habuit, sive progenitos amisit, hoc ei privilegium indulgemus. Exceptis videlicet contra novercas anterioris matrimonii filiis, quibus pro dote matris suae jam quidem dedimus hypothecam contra paternas res vel eius creditores: in praesenti autem similem eis praerogativam servavimus, ne jus quod posteriori datum est uxori, hoc anteriori denegeretur: sed sic maneat eis jus incorruptum quasi adhuc vivente matre eorum. Duabus enim dotibus ab eadem substantia debitis ex tempore praerogativam manere volumus.

§. 2. Haec autem tantum ad dotem sancimus, non ad ante nuptias donationem, quam suo tempore servire disponimus et habere inter creditores sui temporis ordinem. Non enim pro lucro fovemus mulieres, sed ne damnum patiantur suisque rebus defraudentur, curamus.

§. 3. Quam legem ex praesenti tempore locum habere sancimus: et non retrorsum referimus.

Die Vorrechte des Heyrathsguths sind immer höher gestiegen. Anfänglich kam denenselben nur ein Personalvorzug zu. L. si sponsa ff. de I. D. L. quaesitum §. ult. et LL. seq. de R. A. I. P. Nur die bey dem Concurs zu verwendenden Kosten, L. §. ff. de poss. und diejenigen Gelder, die bey einem Wechsler ohne Zinsen niedergelegt waren, L. 7. §. 2. eod. gingen dem Heyrathsguth vor; die Forderung einer Municipalstadt hingegen hatte gleiche Rechte mit demselben und verhielt sich dagegen nach dem Vorzuge der Zeit, L. 9. C. de I. D. Ob vor denen Begräbniskosten das Heyrathsguth den Rang gehabt, wie CVJAC. behauptet, läßt sich aus denen Gesetzen nicht ersehen. Wenn damals, als das Heyrathsguth nur mit einem Personalvorzuge versehen war, die Frau sich eine ausdrückliche Hypothek zur Sicherheit desselben geben ließ, so erhielt sie ein Pfandrecht ohne einen andern Vorzug, als den die Zeit und das Datum des Zufreyens mit sich brachte, L. 2. C. de Privil. Fisc. In der Folge erhielt die Frau eine stillschweigende privilegirte Hypothek an denen Heyrathsguthsstücken selbst, L. 30. C. de I. D. und bald darauf die stillschweigende Hypothek an dem sämtlichen Vermögen des Mannes, L. un. C. de R. V. A. endlich auch die privilegirte Hypothek an selbigen, L. ult. C. qui pot. in pign. Die Worte: quam in praesenti su-

stulimus beziehen sich auf Justinians Verordnung, dadurch er blos die act. ex stipulatu bey Zurückforderung des Heyrathsguths beybehalten. Tit. C. de R. V. A. Pene bezieht sich auf die eben angegebenen Ausnahmen einiger Personalforderungen, die dem Heyrathsguth vorgingen. Die Worte: Iustitiae vigorem relaxabant erläutert dasjenige, was aus L. 2. C. de privil. Fisc. angeführt worden. Daß, wenn zwey Notes zugleich noch unbezahlt und noch nicht zurück gegeben sind, der erste dem letztern vorgehe, ist natürlich. Ob aber sonst noch andere Forderungen vor dem Heyrathsguth einen Vorzug haben, wird gestritten.

Zuvörderst ist sehr streitig, ob das Heyrathsguth auch einer ältern ausdrücklichen Hypothek vorzusehen sey. Die dieses behaupten, gründen sich auf die Allgemeinheit der Verordnung und daß solche keinen Unterschied mache; hiernächst bedienen sie sich eines Grundes der aber nicht sehr stark ist. Sie sagen: das Heyrathsguth geht der spätern Forderung dessen vor, der sein Geld zur Erkaufung oder Ausbesetzung einer Sache hergegeben. Dieser letztere geht im Concurs auch denen ältern ausdrücklichen Hypotheken vor. Also hat auch das Heyrathsguth einen Vorzug vor denen ältern ausdrücklichen Hypotheken. Si vinco vincen- tem te, vinco etiam te. Die Schwä.

Schwäche dieses Grundes aber ist leicht zu zeigen. Die Frau geht mit ihrem Heyrathsgelde dem Darleiher solcher Gelder, die zur Ankauffung oder Ausbesserung verwendet worden, nur alsdenn vor, wenn ihre Forderung älter ist. Also kommt es auf den Vorzug der Zeit hier wesentlich an. Wenn sie nun einer ältern ausdrücklichen Hypothek vorgehen wollte, so mangelte es an dem Grunde, weshalb sie den Vorzug vor jenem Darleiher, der zum Ankauf oder Besserung der Güter sein Geld geliehen, der Verordnung der Rechte nach behaupten kann. Die Regel muß so eingeschränkt werden: *Si vinco illum ex qua causa, qui ex eadem vincit te, etiam vinco te.* Der Satz ist aus der Beschaffenheit der Sache hergenommen und also kann er weiter keinen Umfang haben, als die Beschaffenheit der Sache zuläßt. Die gesetzlichen Gründe des *DO-NELLVS* sind 1) die Worte: *anterioris temporis privilegio vallati*, welche er so verstehen will: die ältern Gläubiger, die nicht aus einem Vertrage, sondern aus einer Gunst der Gesetze als Pfandgläubiger anzusehen. 2) Weil Justinian die Ursach seiner neuen Verordnung darinn gesetzt, daß die Vorfahren das Heyrathsgeld den Personalforderungen vorgezogen. Da also die Forderung der Frau nur vor andern ähnlichen Chirographarien den Vorzug gehabt, so müsse

auch nun die stillschweigende Hypothek der Frau nur denen andern Legalthypotheken vorgezogen werden. 3) Die Worte: *quod antiquitas inceptit, consummavimus*, woraus zu schließen, daß Justinian nur in der Art das Heyrathsguth zu privilegiren fortgeföhren, worinnen die Alten den Anfang gemacht, daß also allemal der Vorzug nur vor Hypotheken gleicher Art gemeint sey. 4) Der Gerechtigkeit und Billigkeit nach müsse Justinian so verstanden werden, daß der Vorzug des Heyrathsguths nur die ältern stillschweigenden Hypotheken, nicht aber die ausdrücklichen betreffe. Die Schwäche der drey erstern Gründe fällt sogleich in die Augen, daß es nicht nöthig ist, sie zu widerlegen. Also ist der letzte Grund dieser Meynung, und der erste von der entgegen gesetzten, allein der Aufmerksamkeit werth. Da nun freylich die allergrößte Ungerechtigkeit heraus kommen würde, wenn ein privilegiertes Pfandsrecht, welches kein Absonderungsrecht vor sich hat, einer ältern ausdrücklichen und Conventionalhypothek vorgehen sollte; so muß man freylich das Gesetz, ohnangesehen der Allgemeinheit der Worte, so erklären, daß die ältern Hypotheken dieser Art gerettet werden. Daß eine jüngere Hypothek einer ältern stillschweigenden vorgehe, ist so unbillig nicht. Die Gesetze konnten dieser ältern Forderung auch gar kein

kein Pfandrecht beylegen; so würde sie als eine Personalschuld ältern Hypotheken nachgegangen seyn. Da sie aber derselben das Vorrecht einer stillschweigenden Pfandgerechtigkeit beygelegt; so stand es auch dem Gesetzgeber frey, dieselbe in gewissen Fällen wieder einzuschränken. Der ältere Gläubiger ist einigermassen an seiner Einbusse schuld. Warum hat er sich nicht mit einem ausdrücklichen Pfandrechte versehen. Ganz anders verhält es sich bey einer ausdrücklichen Hypothek. Der Gläubiger hat alle Sicherheit genommen, die ein vernünftiger Mensch nur nehmen kann. Er hat ein Recht aus einem Vertrage, das ihm Niemand zu nehmen vermag. Es ist nicht zu vermuthen, daß ihm Justinian sein Recht entreissen wollen, ob gleich dieser Kayser sich etwas bestimmter hätte ausdrücken können. Der Vorzug der Dotalforderung wegen der stillschweigenden Hypothek vor denen jüngern Conventional- und gerichtlichen Verpfändungen hängt von dem ab, was unten wegen der stillschweigenden Hypotheken überhaupt vorkommen wird, und ist also die Beantwortung dieser Frage bis dahin zu versparen.

Es fragt sich ferner, ob das Heyrathsguth auch vor denen Forderungen den Vorzug habe, denen ein Absonderungsrecht zukommt? Diese Frage muß man billig verneinen. Justinian hat

Nov. 97. nur die zum Ankauf oder Ausbesserung der Güter später hergeliehenen Gelder ausgenommen. *Exceptio in casibus non exceptis firmat regulam.* Der Vorzug wäre auch hier gar zu unbillig, und Gesetze, die einige Härte und Unbilligkeit enthalten, sind enge und ohne Ausdehnung zu erklären.

Ob die fiscalischen Forderungen dem Heyrathsguth vorgehen, auch da, wo sie nur mit einer stillschweigenden Hypothek versehen sind und kein Absonderungsrecht haben, ist ebenfalls nicht ohne Streit. Daß die Forderungen, die aus der Verwaltung des Primpilats gegen den Mann entstanden, der Frau ehemals vorgegangen, ist gewiß. L. 4. C. In quib. causis pign. Satis notum est et ratione constitutum, bona earum in dotem data, quae nuptiae sunt his, qui primipili sarcinam subeunt, obnoxia necessitati eius teneri, verum certo ordine, ut scilicet tunc demum ad hoc periculum mulieris patrimonium respiciat, si universis viri ac nominatorum facultatibus exhaustis, nihil residuum inveniat. Primpilus war der vornehmste Hauptmann der Legion, der zugleich den Proviand der ganzen Legion und die Regimentsgelder in Empfang zu nehmen und zu vertheilen hatte. Wenn er dem Regimente, dessen Cassé oder solchen, die mit ihr zu thun gehabt, schuldig blieb, so mußte

musste die Frau mit ihrem Heyrathsguth dergestalt haften, daß in Ermangelung anderer Befriedigung des Fisci zuletzt der Frauen Heyrathsguth dazu dienen musste. Die wirklich noch vorhandenen Dotalsstücke wurden verkauft und vor des Mannes Schuld mit weggenommen. Ja wegen des Primipilars haften auch die Kinder, nach des Vaters Tode, der diese Stelle bekleidet hatte, ohnerachtet sie des Vaters Erben nicht geworden waren, L. 4. C. de Primipilo. Das erste, nemlich das Vorrecht in Ansehung des Heyrathsguths, so dem Primipilare zustand, war bey diesem Nichte nichts besonders. Bey allen öffentlichen Bedienungen wurde es auf gleiche Art gehalten, L. 3. C. de ux. pro mar. Nur diejenigen Güter und Sachen der Frau, die sie nicht als Heyrathsguth dem Manne zuaesreyet, waren ausgenommen, L. 1. C. de privile. Fisci. Hier hatte sie das Absonderungsrecht als Eigenthümerin, nicht aber dort. Da dies bloß bey öffentlichen Bedienungen, als was besonderes angeführet wird, so ist daraus zu schliessen, daß bey denen übrigen sonst dem Heyrathsguth vorgehenden Forderungen, und selbst bey denen fiscalischen, die wirklich noch vorhandenen und zum Heyrathsguth gehörigen Sachen nicht angegriffen werden können. Wenigstens ist die vindication derer Dotalsachen, so noch wirklich vorhanden, nach denen Novellen

auffer Streit. Zur Verstärkung dient Nov. 91. c. 1. Avrb. Si quid C. qui pot. wo das letztere Heyrathsguth der zweyten Frau dem erstern der vorigen Frau vorgeht, wenn die Dotalsstücke noch vorhanden sind. Durch diese Novelle ist die, einer Frau ihres Heyrathsguths wegen zustehende vindication, und also ihr Absonderungsrecht wegen derer noch in natura vorhandenen Dotalsstücke völlig begründet worden, da ehemals dergleichen ihr nicht gestattet zu seyn scheint, weil sie das Eigenthum des Heyrathsguths dem Manne überlassen, L. 9. C. Sol. matr. L. 6. C. de R.V. §. 1. l. quib. al. lic. vel non. Eben daraus ist auch zu schliessen, daß, da heutiges Tages das Eingebachte der Weiber meistens kein eigentlicher Römischer Dotaltheil ist, die Strenge wegen Begreifung derer der Frau gehörigen und wirklich noch vorhandenen Dotalsstücke zur Sicherheit derer fiscalischen Anforderungen an den Mann, sich auf unsere Zeiten nicht wohl anwenden lasse. Wenn das Heyrathsguth in Gelde besteht, oder die Dotalsstücke nicht mehr vorhanden, sondern nur, statt derselben eine Entschädigung von dem Manne gefodert wird, so kommt der Frau kein Absonderungsrecht zu; sie ist eine bloße Gläubigerin; und also läßt sich alsdenn auch heutiges Tages ein Vorzug des Fisci vor ihrem Eingebachten gedenken.

Nur fragt sich, ob dieser Vorzug durch die Verordnung L. ult. C. qui pot. in pign. aufgehoben worden? DONELLVS behauptet dieses und mit ihm ANT. FABER Conject. L. 8. c. 12. CVJACIUS aber behauptet das Gegentheil. Wosfen der Fiscus eine ältere ausdrückliche Hypothek hat, so ist der Vorzug, dem Obigen nach, auffer Streit. Wie aber, wenn der Fiscus nur mit einer zwar ältern jedoch stillschweigenden Hypothek versehen ist? Wie, wenn sein Pfandrechtf jünger ist? In dem letztern Fall glaube ich, daß der Fiscus allerdings dem Heyrathsguth nachgehen müsse, wenn dieses Heyrathsguth und die Zeit, da solches eingefreyet worden, nur auf die Art, wie unten ausgeführet werden wird, aus öffentlichen und beglaubten Urkunden erweislich ist.

Der Fiscus hat wegen seiner Contract: und verschiedener andern Forderungen keine privilegirte Hypothek. Er kann also ältern Pfandgläubigern so wenig vorgehen, als eine Municipalstadt mit ihren hypothekarischen Forderungen dergleichen Vorzug behauptet. L. 8. ff. qui pot. in pign. Si pignus specialiter respublica acceperit: dicendum est, praeferrri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est: quia et privati praeferruntur. L. 3. C. de remiss. pign. Si ignorante vel invito te debitor tuus,

qui universa bona sua ob pecuniam debitam tibi obligaverat, cum republ. postea contraxit, jus tuum non laesit. wo bey dem Worte: Specialiter in L. 8. cit. zu bemerken, daß man darunter keine Specialhypothek verstehen müsse, sondern blos eine ausdrückliche. (Denn besondere Hypotheken haben vor denen allgemeinen ordentlicher Weise keinen besondern Vorzug.)

Es wollen zwar einige dem Fiscus einen Vorgang vor ältern Hypotheken wenigstens in Ansehung der Güter beylegen, welche der Schuldner erst nach Errichtung des mit dem Fiscus eingegangenen Vertrags erworben. Sie gründen sich in L. 28. ff. de Iure fisco. Si qui mihi obligaverat, quae habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit: sciendum est, in re postea acquisita, fisco potiozem esse debere, Papinianum respondisse. Quod et constitutum est. Praevenit enim causam pignoris Fisco. Allein dieses Gesetz redet offenbar von einem Fall, da der Schuldner zuerst mit dem Fiscus in Verbindlichkeit gerathen, hernach aber einem andern eine allgemeine Hypothek ertheilet. Die ältere Generalhypothek des Fiscus kam mit der jüngern eines andern Gläubigers zusammen. Praevenit causam pignoris Fisco. Die Frage aufzuwerfen war nöthig, weil eine bloße Generalhypothek ehemals ordentlicher Weise nicht auf

auf künftige Güter ausgedehnt wurde, hier aber der Fiscus eine zwar ältere aber nicht ausdrücklich auf des Schuldners künftige Güter gerichtete Hypothek hatte, der jüngere Gläubiger hingegen seinem Pfandrechte eine ausdrückliche Clausel wegen der künftigen Güter beysügen lassen. Inzwischen wird doch der Fiscus wegen der künftigen Güter vorgezogen, und dies wegen der Begünstigung, so die Fiscalsforderungen allemal vor Privatschulden haben. Die Worte: quod et constitutum est, zielen auf die Verordnung des R. Carac. wodurch dieser dem Fiscus, seiner Contracte wegen, eine stillschweigende Hypothek gegeben. L. 2. C. de Priv. Fisc. Dem ältern Heyrathsguth ging Fiscus damals freylich vor, da dieser ein stillschweigend Pfandrecht seiner Forderung wegen erhalten hatte, die Frau aber noch nicht. Die Umstände haben sich aber geändert und also ist auch der ehemalige Vorzug des Fisci nunmehr nicht weiter zu behaupten. Wenn der Fiscus ein älteres stillschweigendes Pfandrecht hat, als die Frau, so scheint letztere dem ersten vorgehen zu sollen, weil L. ult. C. qui pot. in pign. allgemein redet. Inzwischen, da es unschicklich ist, daß vor der Sache des gemeinen Besens Privatforderungen Vorzüge haben, und es nicht zu vermuthen, daß Justinian seinem eigenen Fisco durch seine Verordnung habe schaden wollen: so

läßt sich der Vorzug des Heyrathsguths vor einer ältern fiscalschen, auch nur mit einer stillschweigenden Hypothek gesicherten Schuld nicht wohl vertheidigen.

Daß der Vorzug des Heyrathsguths nur der Frau selbst und ihren Kindern, nicht aber andern Erben zustehet, ob diesen gleich ein unprivilegirtes stillschweigendes Pfandrecht nicht abgesprochen werden kann, ingleichen die Entscheidung der Frage: ob eine Braut mit der Ehefrau gleiche Rechte in diesem Punkte habe? ist schon oben vorgekommen.

Noch aber ist zu bemerken, daß Justinian denen zur Räherey gehörigen Weibern alle Vorrechte, die die Gesetze dem Heyrathsguth beygelegt, entzogen habe, Nov. 190.

Die Vermehrung des Heyrathsguths, die in stehender Ehe geschieht, hat gleiche Rechte mit dem übrigen schon vorhandenen Dotalvermögen. Justinian macht jedoch einen Unterschied, ob der Mann schon zur Zeit der geschehenen Vermehrung Concurstmäßig gewesen oder nicht. Im letzten Falle bleibt es schlecht hin bey dem Vorzuge. Im ersten Falle hingegen soll, wenn die Vermehrung in Grundstücken besteht, es ebenfalls bey dem Vorzuge bewenden; wenn es aber Mobilien sind, soll der Vorzug wegfallen. Da die Ursach die-

ses Unterschiedes darinn liegt, weil in diesen letztem Fall eine Befähigung vermuthet wird, so läßt sich behaupten, daß, wenn die Wichtigkeit der Sache ganz ausgemacht ist, alsdenn der Vorzug auch hier statt finde.

§. 165.

Eine stillschweigende Hypothek, die mit einem privilegirten Vorzuge versehen, verliert dadurch sich und ihren Vorzug nicht, daß der Gläubiger zu mehrerer Sicherheit auch auf eine ausdrückliche Verpfändung bedacht gewesen, wenn gleich derselbe sich die stillschweigende Hypothek nicht besonders und namentlich vorbehalten haben sollte. (183)

(183) ANT. FABER Err. pragin. Dec. 6. Err. 1. behauptet das Gegentheil gegen den CV-JAC. Sein Hauptgrund ist L. II. C. de pact. convent. wo Justinian denen Paraphernalien nur alsdenn die stillschweigende Hypothek beygelegt hat, wenn sie keine ausdrückliche haben, anderer Gestalt aber es bey der ausdrücklichen bewenden läßt. Allein jene stillschweigende Hypothek hat in diesem Fall keinen Vorzug. Es war also unnöthig, neben der ausdrücklichen, noch eine stillschweigende, die keinen mehrere Nutzen schaffen kann,

bezubehalten. Auf solche Fälle, wo die stillschweigende Hypothek einen Vorzug vor andern stillschweigenden hat, läßt sich dieses Gesetz nicht anwenden. Hier heißt es: unius positio, non est alterius exclusio: ad non cogitata non trahendus consensus: novatio non praesumitur etc. Es ist also nicht nöthig, bey dem Heyrathsguthe eine besondere Ausnahme von der nachtheiligen Regel dieses Verfassers zu machen, wie er selbst l. c. Err. 2. gethan. Denn seine Regel ist falsch.

§. 166.

Eine fernere Regel ist die: Öffentliche und beglaubte Hypotheken gehen den Privathypotheken vor.
Mithin

Mithin haben vor öffentlichen unprivilegirten nur öffentliche und beglaubte privilegirte Pfandrechte; die privilegirten Privatverpfändungen aber nur vor andern Privathypotheken den Vorzug. (184)

(184) L. II. C. qui pot. in pign. Scripturas quae saepe a solent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi vel paciscendi seu foenerandi vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscumque causis vel contractibus conficiuntur, quae *ἰσόξισσα* graece appellantur, sive tota series earum manu contrahentium vel notarii vel alterius cuiuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones: sive testibus adhibitis sive non: licet conditionales sint, quos vulgo tabularios appellant, sive non: quasi publice conscriptas, si personalis actio exercetur, suum robur habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum, qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiam si posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idochiris contineantur. Tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Der Notarius, dessen in diesem Gesetz erwähnt wird, ist nicht eine mit öffentlicher Glaubwürdigkeit versehene Person, oder das, was wir heutiges Tages

Notarius nennen, sondern ein jeder Knecht eines Bürgers, der zum Schreiben und Abschreiben zu gebrauchen war. Sein Aufsatz war daher niemals ein öffentlich beglaubtes Document. Conditionales hießen Leibeigene oder auch andere freye Personen, die zu einer gewissen Art von Verrichtungen dergestalt angewiesen und verpflichtet waren, daß sie davon so wenig los kommen konnten, als etwa die ehemaligen teutschen Dienstmannen. Unter andern hatte man zu dem Archiv und der Registratur bey denen Städten dergleichen, welche der gemeinen Stadt Knechte waren, und Tabularii hießen. Diese sind es, auf welche das Gesetz zielt. Ihre Aufsätze hatten eine öffentliche Glaubwürdigkeit. Es mögen also diese das Document geschrieben oder unterschrieben haben, oder von andern Zeugen oder bloß von denen Contrahenten die Unterschrift seyn, auch der Aufsatz von einem Privatknecht, der das Schreiben versteht, gemacht seyn, oder von einem andern; so ist es in Ansehung der persönlichen Forderungen einerley. Es kommt bey diesen auf kein Datum an. Eine ältere Personalforderung hat mit einer jüngern gleiche Rechte.

Es ist blos zu untersuchen, ob die Verschreibung ausgestellt worden. Hierbey ist genug, daß der Schuldner seine Hand recognoscire, oder sonst die Ausstellung erweistlich sey. Der Schuldner wird nicht leicht eine Handschrift ausstellen, wenn er nichts schuldig ist. Er muß sonst bezahlen, was er nicht geborget hat. Ganz anders aber ist es mit der Pfandklage. Hier kommt es allerdings darauf an, ob die Pfandverschreibung gerichtlich und mit einer öffentlichen Glaubwürdigkeit von denen zu der Kanzley und Registratur verpflichteten Knechten verfertiget und bestätigt oder wenigstens von drey unbescholtenen Männern unterschrieben sey oder nicht. Die letzteren gehen allemal denen ersteren nach, wenn sie auch gleich ein älteres Datum enthalten sollten. Man kann sich nicht darauf verlassen, ob sie nicht retrodatirt sind. Es kommt hier alles auf die Zeit der Verfertigung an. Der Schuldner kann leicht zum Schaden anderer Gläubiger, und um einem jüngern Gläubiger zu begünstigen, diesem ein älteres Datum in die Verschreibung setzen. Er hat keinen Schaden davon. Bezahlt muß doch der Gläubiger werden. Es ist dem Schuldner einerley, ob jener vor oder nach einem andern die Zahlung erhalte. Daher soll diese Zeitangabe gegen ein öffentlich beglaubtes oder von drey Männern, die eidlich über die Wichtigkeit der Sache abgehört, oder deren Unterschriften

durch Kenner ihrer Hände aussere Zweifel gesetzt werden können, unterschriebenes Document nicht in Betracht kommen.

Die Unterschrift dreyer Männer gilt nach römischen Recht in Fällen, wo sonst ein öffentlich beglaubtes Document erfordert wird, oft eben so viel, als wenn die öffentliche Beglaubigung vorhanden wäre. Man erinnere sich an die Bürgschaft der Frauenzimmer, an die Appellation &c. Nur ist die Gleichheit nicht durchgängig und allgemein.

Eine Privat- und unbeglaubte Hypothek, die mit einer andern gleicher Art zusammen stößt, kann nach der bey der Ausstellung der Handschrift angegebenen Zeit ihren Rang erhalten. Da es auch nur auf einen völligen Beweis der eigentlichen Zeit der Ausstellung ankommt, so sollte man glauben, daß, wenn die Privathandschrift auch nicht von drey Männern unterschrieben wäre, aber doch auf andere Art die Zeit der Ausfertigung vollkommen und zuverlässig erwiesen werden könnte, nach dem Sinn des Gesetzes, dergleichen Hypothek unter denen beglaubten Verpfändungen allerdings ihre Stelle behaupten dürfte. Doch ist dem zuwider, daß der Kayser einmal wegen des Ranges gewisser Hypotheken vor andern etwas Bestimmtes festsetzen wollen. Wenn man davon abweicht, so wird die Verordnung selbst

selbst größtentheils wieder untergraben und die Sache wieder in die ehemalige Ungewißheit versetzt. Uebrigens ist dies eine ganz neue Verordnung des K. Leo, da man bis auf ihn ehemals von einem Vorzuge derer beglaubten

Hypotheken vor denen Privatverpfändungen nichts wußte. Da schon oben bestimmt worden, welche Arten der Hypotheken zu denen beglaubten gerechnet werden können, so ist nicht nöthig, solches hier zu wiederholen.

§. 167.

Eine falsche Regel ist, daß stillschweigende Hypotheken allemal denen ausdrücklichen, besonders gerichtlichen und beglaubten nachgehen müssen. Denn daß die ausdrücklichen Privathypotheken denen stillschweigenden, die etwa auch ein unbeglaubtes Privatgeschäft zum Voraus setzen, anders als der Zeit nach vorgehen sollten, deshalb ist gar kein Grund. Daß aber vor gerichtlichen und beglaubten Verpfändungen die stillschweigenden alsdann nach dem Vorzug der Zeit, oder dem ihnen zustehenden privilegierten Vorgange den Rang behaupten, wenn die Schuld und deren Darum, weshalb die stillschweigende Hypothek in denen Rechten erteilt worden, eine völlige Glaubwürdigkeit vor sich haben, ist aus der Absicht des L. II. C. qui pot. in pign. offenbar. (185)

(185) Die stillschweigende Hypothek eines Unmündigen wird daher mit Recht unter denen beglaubten Hypotheken ihren Platz bekommen, und gleiche Stelle werden alle fiscalischen mit stillschweigender Hypothek versehenen Forderungen und das Heyrathsguth mit seiner Legalhypothek, einnehmen, wenn letzteres und dessen Illation aus Documentis publicis erweislich wäre. Eine

stillschweigende Hypothek ist an sich weder eine beglaubte noch unbeglaubte. Es kommt alles auf den Erweis der Schuld an, woraus die Hypothek fließt. cf. ANT. FABER Err. pragm. Dec. 6. Err. 1. So wenig aber stillschweigende Hypotheken denen ausdrücklichen nachgehen, so wenig haben sie allemal einen Vorzug vor ausdrücklichen Hypotheken, die der Zeit nach älter sind und ist die entge-

gen gesetzte Meinung des FABER l. c. falsch. Diejenigen, welche ein Separationsrecht haben, werden, wie aus dem Obigen ersichtlich, um dieser Ursach willen, nicht aber in Qualität bloßer Hy-

potheken, andern vorgezogen. Von dem Rechte des Heyrathsguthes und des contrahirenden Fiscus ist ebenfalls oben geredet worden.

§. 168.

Eine andere falsche Regel ist die: Diejenige Forderung, welche an sich einen Personalvorzug hat, erlangt das Vorrecht einer privilegirten Hypothek, so bald der Gläubiger darentwegen eine ausdrückliche Verpfändung erhält. (186)

(186) Die Unrichtigkeit dieser Regel, die man bey verschiedenen Rechtsgelehrten findet, ist ganz augenscheinlich. Man vergleiche nur L. 4. C. qui pot. in pign. Si fundum pignori accepisti, antequam reipublicae obligaretur: Sicut prior es tempore, ita potior es jure. Dieses Gesetz redet von einem Falle, da eine Stadt sich ihrer Forderungen wegen eine ausdrückliche Hypothek ertheilen lassen, die ohne dieses nur würde einen Personalvorzug gehabt haben, doch so, daß schon ein anderer älterer Pfandgläubiger vorhanden war. Daß von einer wirklichen Hypothek der Stadt die Rede sey, ist daraus zu erkennen, weil darinnen von einem Vorzuge der Zeit geredet wird, auf welchen es nur bey Hypotheken unter sich ankommt. Die Personalforderungen gehen allemal denen Hypotheken nach, un-

ter einander aber erhalten sie durch den Vorgang der Zeit keinen Vorzug. Die Stadt würde ohne Hypothek einen Personalvorzug gehabt haben. Nach erhaltener Hypothek fällt der Vorzug weg und sie kriegt ihre Stelle unter den andern Hypotheken, bloß nach der Ordnung der Zeit. Eben so ist aus dem oben angeführten L. 2. C. de privil. Fisc. zu ersehen gewesen, daß vor Justinian, da das Heyrathsguth noch einen bloßen Personalvorzug hatte, die Hypothek desselben, wenn dergleichen ausdrücklich war ertheilt worden, gar nicht privilegirt war: Nur diejenigen hypothekarischen Forderungen sind also privilegirt, denen die Gesetze eben in dieser Eigenschaft einen Vorzug gegeben; keinesweges aber alle, die, wenn sie in der Classe derer Personalgläubiger geblieben wären, ein Vor-

Vorrecht gehabt haben würden. Umgekehrt läßt sich eher annehmen, daß, wenn eine Forderung mit ihrer ausdrücklichen Hypothek unter denen übrigen Hypothekarien einen privilegierten Platz

bekommt, sie dergleichen auch ohne Hypothek unter denen Personalgläubigern erhalten müsse. Dies ist ein Schluß a majori ad minus, jenes aber a minori ad majus.

§. 169.

Eben so kann auch die bey der letztern Verpfändung genommene ausdrückliche Verabredung, daß der Pfandgläubiger mit Veräußerung des Pfandes solle zuzufahren berechtigt seyn, oder die dem letztern Pfandgläubiger geschene Uebergabe des Pfandes demselben keinen Vorzug vor dem ältern Pfandrechte geben. (187)

(187) L. 12. §. 10. qui pot. in pign. Si priori hypothecca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit: verius est priorem potiore esse. Nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiore esse priorem. Die Verbindung mit nam et scheint nicht sonderslich schicklich zu seyn. Ich glaube aber, daß man vor dem Worte: tradatur noch vendatur et in Gedan-

ken hinzusetzen müsse. Der Zusammenhang ist alsdenn dieser: Denn wenn auch der Schuldner das verhaftete Pfand einem andern in der Folge wirklich verkauft haben sollte, so würde dieser Käufer zum Nachtheil des schon ertheilten Pfandrechtes keine Befugnisse erwerben können. Folglich kann das einem zweyten Gläubiger eingeräumte und nur erst auf eine künftige Veräußerung gerichtete Pfandrecht noch weniger der ältern Hypothek Schaden thun.

§. 170.

So wenig Wirkung ein Pfandrecht thut, wenn ihm eine andere Hypothek vorgeht, und diese noch nicht abgefunden ist, so erlangt es doch seine völlige Wirksamkeit, so bald die vorgehende Hypothek völlig erlöset. (188)

(188) L. 15. §. 2. de pign. Qui res suas jam obligaverint, et alii secundo obligant creditore: ut effugiant periculum, quod solent pati, qui saepius easdem res obligant: praedicere solent, alii nulli rem obligatam esse, quam forte Lucio Titio: ut in id, quod excedit priorem obligationem, res sit obligata: ut sit pignori hypothecaeve id, quod pluris est, aut solidum cum primo debito liberata res fuerit. De quo videndum est: utrum hoc ita se habeat, si et conveniat: an et si simpliciter convenit de eo, quod excedit, ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videretur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus.

L. 4. qui pot. Si debitor antequam a priore creditore pignus liberaret, idem illud ob pecuniam creditam alii pignori dedisset, et antequam utrique creditori solveret debitum, rem aliam priori creditori vendiderat, creditumque pensaverit cum pretio rei venditae: dicendum est, perinde haberi debere, ac si priori creditori pecunia soluta esset. Nec enim interesse solverit, an pensaverit, et ideo posterioris creditoris causa est potior.

L. 9. §. 3. eod. Titia praedium alienum Titio pignori dedit: post Maevio: deinde domina eius pignoris facta, mari-

to suo in dotem aestimatum dedit. Si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat. Tunc enim priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emtoris loco est. Atque ideo quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit. Haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit: id est si ignoravit Maevio obligatum esse.

Das Periculum, dessen L. 15. erwähnt, ist der Stellenrat. Es ist nicht nöthig, daß dem folgenden Pfandgläubiger ausdrücklich das ganze Grundstück zum Unterpfande auf den Fall verschrieben werde, wenn der erste Gläubiger wird abgefunden seyn. Stillschweigend ist eben dieses geschehen. Indem schlechtthin dem folgenden Gläubiger auf die Sache eine Hypothek ertheilet worden, so versteht sich von selbst, daß die ganze Sache gemeint; jedoch so weit die Ertheilung ohne Verlesung eines Dritten geschehen kann. So lange also ein Dritter noch ein vorgehend Recht hat, ist dem nachgehenden Gläubiger nur das verpfändet, was der vorgehende übrig läßt. Sobald dieser aber befriediget ist, so hindert nichts, warum nicht sollte die ganze

ganze Sache dem nachgehenden Gläubiger haften. Es ist auch nicht einmal nöthig, daß ausgedrückt sey, es solle der folgende Gläubiger so lange der vorgehende noch unbezahlt ist, nur den Theil zur Sicherheit haben, der nach Befriedigung des vorgehenden übrig bleibt. Auch dieses versteht sich von selbst, wenn die Verpfändung einen gesunden Verstand haben soll.

Die Stelle des AFRIC. cit. L. 9. §. 3. enthält eine Meinung, die wider alle rechtliche Grundsätze anstößt und dabey AFRICANVS ohne alle Entschuldigung gestrauchelt hat. Die Frau hatte dem Titius und Maevius, diesem aber später als jenem, ein Grundstück verpfändet, davon sie zur Zeit der Verpfändung noch nicht Eigenthümerin gewesen. Sie war hernach Eigenthümerin geworden, hatte aber solches, ehe Titius befriediget worden, mit einer Taxe ihrem Manne zum Rathsguthe überlassen, wodurch derselbe völlig Eigenthümer geworden. Bald darauf hatte sie den Titius bezahlt. Maevius suchte nun auch seine Zahlung und stellte vermuthlich gegen den Mann, als dritten Besitzer, die hypothekarische Klage an. AFRICANVS spricht sie ihm ab. Dem Maevius stand noch kein Pfandrecht zu, so lange das Pfandstück der Frau noch gar nicht eigenthümlich zugehöret hatte, theils

weil Titius noch vorging und den Werth bey einer Verkaufung weggenommen haben würde. Maevius hatte auch noch kein Pfandrecht, als die Frau Eigenthümerin wurde, vermuthlich weil der letzte Grund noch fort dauerte, obgleich der erste aufgehört. Er konnte nach Befriedigung des Titius kein Pfandrecht erhalten, weil zu der Zeit dieser erfolgten Befriedigung die Verpfänderin kein Eigenthum mehr hatte. Was AFRICANVS von der ersten und letzten Zeit sagt, läßt sich hören. Daß aber AFRICANVS der mittlern Zeit gar vergißt und blos von diesen beyden Zeiten auf die völlige Ungültigkeit der Verpfändung schließt, ist eine Uebersetzung. Die mittlere Zeit ist die Hauptsache, deren AFRICANVS doch gar nicht erwähnt. Sobald die Frau von dem Pfandstück das Eigenthum erlangte; so wurden beyde Hypotheken, des Titius so wohl, als des Maevius seine, gültig und sie hatten beyde act. Serv. utilem. Titius hatte sie gleich gegenwärtig auf die ganze Summe seiner Forderung und den ganzen Werth des Pfandes, so weit dieser zu seiner Befriedigung nöthig war. Maevius hatte dergleichen auch schon gegenwärtig in Ansehung dessen, was nach Abfindung des Titius übrig blieben; bedingt aber, eventualiter, und zum voraus, schon in Ansehung des ganzen Pfandes, auf den Fall, daß Titius von der

Schulds

Schuldnerinn anderweitig befreit seyn würde. Ein bedingtes, und zum voraus auf einen gewissen Fall schon erhaltenes Pfandrecht, ist so gut, als ein gegenwärtiges und wenn die Bedingung künftighin wirklich wird, so wird sie zurück gerechnet und es angesehen, als wenn die Verpfändung gleich bey ihrem Ursprunge unbedingt gewesen wäre. Warum soll hier, da die Bedingung der eventuellen Verpfändung, durch die Abzahlung des Titius, in der Folge zur Wirklichkeit gekommen, nicht eben diese Zurückrechnung in die Zeit, da die Verpfänderinn noch Eigenthümerinn war, statt finden. Der Ausdruck, daß des zweyten Pfandgläubigers Hypothek convalescire, wenn die erste Hypothek bezahlt ist, paßt ebenfalls nicht. Man sagt nicht, daß ein bedingtes Recht nach wirklich

gewordener Bedingung convalescire, wohl aber, daß es nun unbedingt und gegenwärtig werde. CVJAC. hat Recht, daß er den Fehler des AFRICANVS ebenfalls aufdeckt. Aber daß er uns doch an diesen Ausspruch des strahlenden Rechtsgelehrten als an ein Oracul binden will, ist zu viel. Slavery, die wir denen alten Rechtsgelehrten wohl nicht schuldig sind. Ihre Stellen sollen uns dienen, daraus allgemeine, zusammenhangende Lehrsätze zu schöpfen. Diejenigen Stellen, welche uns dienen, ein in sich übereinstimmendes Ganzes zusammen zu setzen, sind unserer Achtung werth. Die übrigen aber so damit nicht zusammen zu reimen, fallen aus, weil sonst eine widersprechende Rechtswissenschaft entstehen würde.

§. 171.

Aber nur wenn sie völlig erlöscht. Denn wenn ein anderer an des vorigen Pfandgläubigers Stelle tritt, weil dieser mit jenes seinem Gelde abgefunden worden, so bleiben die Rechte des nachgehenden Pfandgläubigers ungebessert.

§. 172.

Hier thut das so berühmte Eintretungsrecht (ius offerendi) seine Wirkung. Bey diesem ist nach der angenommenen Meynung der Rechtsgelehrten ein Unterschied zwischen nachgehenden Pfandgläubigern und solchen zu machen,

chen, die eine bloße Personalforderung haben. Jene treten ohne einen besondern Vertrag, und ohne eine förmliche Cession blos dadurch in die Stelle des Gläubigers ein, den sie mit ihrem Gelde befriedigen lassen, daß ihr Geld zu dessen Abfindung verwendet worden. (189) Diese aber, wie auch diejenigen, welche vorher noch gar nicht unter die Gläubiger gehört, erlangen die hypothekarische Stelle vorgehender und schon vorhandener Gläubiger nicht anders, als wenn sie entweder sich die Hypothek desjenigen Gläubigers, dem sie seine Forderung bezahlen, förmlich abtreten lassen; oder wenn sie dem Schuldner ausdrücklich in der Absicht das Geld vorschießen, daß dieser einen hypothekarischen Gläubiger damit befriedige und dessen Hypothek alsdenn ihnen, denen neuen Darleihern, zu Theil werde, auch alsdenn der Schuldner diese intendirte Befriedigung wirklich bewerkstelliget. (190)

(189) L. 1. C. qui pot. in pign. Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit, aut cum obtulisset, isque accipere noluisse, eam obsignavit et deposuit, nec in usus suos convertit. So bald also die gerichtliche Niederlegung des Geldes geschehen, so ist, wie man meint, der sonst nachgehende Gläubiger, der das Geld niedergelegt, in der ersten Stelle. Allein ich kann diesen Satz in gegenwärtigem Gesetz nicht finden. Denn es wird ausdrücklich von einem Fall geredet, wo der Eintretende schon an sich die zweyte Stelle hat. Wenn nun der vorgehende abgefunden wird, so wird der zweyte natürlicher Weise der erste,

weil kein vorgehender mehr vorhanden, ohne daß man anzunehmen braucht, des ersten Rechts seyen an den zweyten übergegangen. Da auch unten vorkommen wird, daß ein jeder rechtmäßiger Besitzer des Pfandes, der von einem Pfandgläubiger in Anspruch genommen wird, wenn er selbigen befriediget und sich das durch bey dem Besitz des Pfandes erhält, sich zugleich von dem Kläger *in rem sua* geben lassen muß, um sich gegen andere noch etwa weitem Anspruch machende Gläubiger zu schützen, so scheint mir die Ueberflüssigkeit der Cession in jezigem Fall sehr zweifelhaft.

Ein Personalgäubiger kann, wie jedermann einräumt, kein
Ein.

Eintretungsrecht gegen einen vorgehenden Gläubiger ohne Zuthun des Schuldners ausüben, und einem Pfandgläubiger seine Zahlung wider Willen nicht aufbringen, weil er gegen einen dritten Mann und dritten Besitzer gar kein Recht zu klagen hat. Sobald aber der Schuldner mit betritt, so muß sich jeder Pfandgläubiger gefallen lassen, von einem jeden andern das Geld anzunehmen, da es alsdenn so gut ist, als wenn der Schuldner selbst die Zahlung anböthe. Auch jura cessa einem jeden andern zu geben, wird sich alsdenn der Pfandgläubiger nicht weigern können, weil solches ihm nicht schadet, dem neuen Gläubiger aber nützet. In nach denen unten vorkommenden Gesetzen ist die Cession in solchem Fall nicht einmal nöthig.

Ob im Fall, da der nachgehende Pfandgläubiger nicht durch einen Vertrag und Cession einen Vorzug vor dem vorgehenden, sondern ein obfiegliches Erkenntnis gegen diesen erhalten, jener dadurch eben so in des vorgehenden Stelle trete, als wenn eine Cession geschehen wäre, deshalb waren die alten Rechtsgelehrten nicht von einerley Meynung. L. 16. ff. qui pot. in pign. Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutythianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori. Com Eutythiana de jure suo doceret, superata apud judicem a tertio cre-

ditore, non provocaverat. Turbo apud alium judicem victus appellaverat: quaerebatur, vtrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota, Turbo tertium excluderet? Plane, cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate quam superiori exsolvit. Fuerunt igitur qui dicerent, hic quoque tertium creditorem potiolem esse debere. Mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone primam creditricem iudicio concessisse tertium creditorem: et exceptione aliove quo modo a tertio superatam. Numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium obtinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum, quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse, aut nocere solet. Sed sine praedictio prioris sententiae totum jus alii creditori integrum relinquitur. Diese Stelle setzt im Ansfange voraus, daß der dritte Gläubiger das Pfandstück in Händen gehabt und Eutythiana gegen ihn die Pfandklage erhoben, den Proceß aber, weil sie

ihr Pfandrecht oder Vorrecht nicht ausgeführt, verlohren habe und ihr Anspruch an den dritten Gläubiger ihr rechtskräftig aberkannt worden. CVJAC. will daher: cum Eutychniana de jure suo non doceret gelesen wissen. Die Einschiegung der Verneinung ist aber nicht nöthig und wird besser weggelassen, weil unter doceret überhaupt die Anmassung eines Beweises verstanden werden kann, oder die Klägerin wol gar ihr Recht zwar erwiesen, aber der Beklagte dem noch durch seine Einwendungen dem Proceß gewonnen hatte. Turbo nahm eben diesen dritten Gläubiger und Besitzer des Pfandes in Anspruch, verlohrt auch und appellirte. Es war die Frage, ob er schon um deswillen mit seiner Appellation abzuweisen, weil der Appellat den Proceß gegen die Eutychniana, die dem Appellanten vorging, gewonnen hatte? Wenn die Frage dergestalt bestimmt wird, so mußte sie allerdings verneint werden. Es war dies ein neuer Einwand, den der Appellat in der zweyten Instanz machte. Der Appellant war dagegen zu hören. Vielleicht leugnete er gar, daß Eutychniana ein Vorrecht vor ihm, dem Appellanten, gehabt, und daß also der an ihre Stelle eintreten wollende Appellat, sich aus diesem Grunde den geringsten Vorzug anmassen könne. Vielleicht leugnete er die Wirklichkeit eines rechtskräftigen Erkenntnisses zwischen dem Appellaten und der Eutychniana,

oder daß dieses die gegenwärtig in Streit besangene Sache betreffe. Gesezt aber, der Appellant hatte gegen die Wirklichkeit des besagten Erkenntnisses, und daß es die zwischen ihm und seinem Gegner strittige Sache betreffe; auch dagegen, daß die Eutychniana vor ihm, dem Appellanten, den Vorgang habe, nichts einzuwenden. Nur bestand er darauf, daß dieses als *res inter alios judicata* ihm nichts angehe. Er überwog überdem durch seine anderweiten Sätze dasjenige, was in der ersten Instanz gegen ihn vom Gegentheil ausgeführt worden. Nun fragte sich: ist die neue Schutzrede des Appellaten in der zweyten Instanz nicht wenigstens im Stande, ihm ein Bestätigungsurtheil zu verschaffen? PAVLVVS antwortet: Nein. Die Ursach ist in der Natur des römischen Processes zu suchen. Das widrige Erkenntnis, so Eutychniana erhalten, ging nicht dahin, daß der Beklagte ein besser Pfandrecht an der Sache ausgeführt, als die Klägerin, sondern bloß, daß Beklagter der Klägerin die Sache herauszugeben nicht schuldig sey. Folglich war dadurch, ob der dritte Gläubiger ein Pfandrecht, oder besser Pfandrecht als Eutychniana habe, nicht entschieden. Er konnte daher das erhaltene Urtheil gegen den Appellanten gar nicht brauchen. Ein Recht des Appellaten war daraus nicht ersichtlich, und als Urtheil ging die Sa-

che nur dem an, gegen den gesprochen war. Der Appellat mußte also dem Appellanten nunmehr das Pfandstück herausgeben. Man sehe, daß nun Eutyichiana solches wieder von dem Appellanten abforderte. War sie dazu befugt? Ohne Zweifel. (si post primum iudicium - - adversus primam creditricem? nullo modo) Sie erwies ihr Vorrecht vor dem Turbo und der vorige unglückliche Proceß gehörte hieher nicht. Wie wurde es nun mit dem dritten Gläubiger? Konnte er wegen des erhaltenen obsegllichen Urtheils das Pfand wieder bey der Eutyichiana abfordern? Die Glossatoren haben es gemeint und hier einen ordentlichen Cirkel angenommen, oder eine Art eines Irrgartens, der kein Ende hatte. Der dritte Gläubiger forderte jetzt die Sache wieder bey der Eutyichiana ab, bald drauf aber Turbo wieder bey dem dritten Gläubiger, denn Eutyichiana wieder bey dem Turbo. So drehete sich ein Rad immer um seine Achse herum. Allein eine solche lächerliche Entscheidung ist von den klugen Römern nicht zu erwarten. Die Glosse hat den römischen Proceß nicht zu Rathe gezogen. Eutyichiana hatte die Sache, nachdem Turbo in der Appellationsinstanz gewonnen, und den Besitz erhalten, bey diesem wieder abgefordert und sie auch wirklich ausgeliefert erhalten. Jetzt meldete sich der dritte Gläubiger und

wollte vermöge der erhaltenen rechtskräftigen Sentenz die Sache von der Eutyichiana ausgeliefert haben. Ein Anspruch an der Sache stand ihm frey, doch ohne daß er sich dieserhalb in dem vorigen Urtheil gründen konnte. Dieses Urtheil hatte nichts weiter entschieden, als daß damals, da der jetzige Kläger in Besitz war, dieser nicht schuldig seyn sollte, die Sache der Klägerinn herauszugeben. Jetzt war der Fall nicht mehr. Eutyichiana war Beklagtin, und Besitzerinn. Sie sollte dem dritten Gläubiger die Sache herausgeben. Das war noch durch kein Erkenntnis ihr auferlegt worden. Also hatte der dritte Gläubiger einen ganz neuen Proceß anzufangen, und sein Vorrecht vor der Eutyichiana, als Kläger mit hinlänglichen Beweisen zu unterstützen, wobey auch der Beklagten ihr Gegenbeweis vorbehalten blieb. Gewann er nicht, so hatte der Cirkel ein Ende. Gewann er hingegen, so war ihm das Vorrecht zugesprochen und Eutyichiana mußte ihm die Sache mit allem Zubehör überliefern, daß sie daran nichts zurück behielt, was dem Kläger seine rechtskräftig erwirrene Befugnis unnütz machen konnte. Deshalb trat nunmehr der gewinnende Theil billig auch in die Priorität der Eutyichiana ein. Dies haben vermuthlich die Rechtsgelehrten sagen wollen, wovon PAVLVS sagt: Fuerunt qui dicerent etc. Wenn sie von dem

dem Fall redeten, da Eutychna Beklagte war, so hatten sie Recht. Im Fall aber, da diese als Klägerin den Proceß verlohren hatte, war die Meinung irrig. PAVLVS, der den letzten Fall annimmt, (pone primam creditricem iudicio convenisse tertium) geht daher mit Recht von dieser Meynung ab. Die Regel, welche PAVLVS anführt: nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, hindert dasjenige, was in dem Fall gesagt worden, da Eutychna Beklagte gewesen wäre, gar nicht; sondern diese Regel erfordert eben die angegebene Entscheidung. Entweder müßte Eutychna noch den Vorzug haben. Denn wäre es vergebens, daß solcher dem dritten Gläubiger vor ihr zuerst bekannt worden. Oder gegen den Turbo müßte gar keiner den Vorzug haben. Alsdenn gewänne Turbo durch einen Rechtspruch, der ihn gar nicht angeht. Oder der dritte Gläubiger würde der erste, Turbo der dritte Gläubiger und Eutychna die zweite Gläubigerin. Alsdenn müßte Turbo durch ein Erkenntnis ein, so gegen ihn gar nicht ergangen. Also bleibt nichts übrig, als daß Eutychna nun ganz vor dem Turbo und dem dritten Gläubiger ausweiche und letzterer völlig an ihre Stelle trete. Sie kann und muß ihm allenfalls jura cessantia geben und wenn solches auch nicht geschieht, so sind dem gegen sie siegenden Gläubiger uti-

Westph. Erl. v. Pf. R.

liter eben die Rechte beizulegen, welche einem Cessionario zustehen. Eutychna wird nun die letzte unter denen Pfandgläubigern. Sie hat sich ihres Pfands rechts eigentlich noch nicht bezogen. Nur bringt die Natur der Sache mit sich, daß sie dem dritten Gläubiger und dem Turbo nicht weiter vorgehen kann. Also bekommt sie die letzte Stelle.

Zur Erläuterung dieser Streitfrage dienet auch L. 30. §. 1. de Exc. rei jud. In diesem Gesetze hatte derjenige, dem die vergebende Hypothek zukam, aus Unwissenheit der Umstände, sich auf diesen Vorzug nicht berufen, als ihn der nachgehende Gläubiger mit der hypothekarischen Klage in Anspruch genommen, sondern er hatte als Eigenthümer nur die Befreyung seines Grundstücks von des Klägers angeblicher Hypothek behauptet; hatte aber den Proceß verlohren. Darauf fand er die Nachrichten wegen der ihm zustehenden vorgehenden Hypothek. Es frug sich, ob er dem obliegenden Gegentheil nun das Pfandstück wieder abfordern könne? Die Antwort ist: Ja, weil nur über die Richtigkeit des Pfandrechts des ehemaligen Klägers bisher gestritten worden. Diese bleibt nun auch unangefochten. Nur behauptet der jetzige Kläger, daß er eine bessere Hypothek habe. Das ist ein neuer, noch unausgemachter Punkt.

It

Fast

Fast eben so, doch nicht vollständig, verhält es sich mit der Einwilligung des Pfandgläubigers in eine weitere Verpfändung. Der neue Pfandgläubiger tritt dadurch nicht in des Einwilligenden Stelle; bekommt aber vor diesem den Vortritt, und eben um deswillen wird er, wenn er bisher der erste Gläubiger gewesen, nunmehr bis in die letzte Stelle herunter gesetzt, und die Stelle, welche vorher der einwilligende Gläubiger einnahm, wird nun ganz leer; so daß der, so ihm unmittelbar bisher nachgegangen, der erste wird, oder wenigstens in des Heruntergesetzten Stelle tritt. L. 12. §. 4. qui pot. in pign. Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate: secundus potior erit. Pecunia autem soluta secundo an rursus teneatur tibi; recte quaeritur? Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit: utrum ut discedatur ab hypotheca in totum: (cum) prior concessit creditor, alii obligari hypothecam: an ut ordo seruetur, et prior creditor secundo loco constituatur. L. 12. pr. quib. mod. pign. Paulus respondit: Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum eius successisse: et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est,

et si respublica tertio loco creditiderit.

(190) L. 12. §. 8. qui pot. in pign. A Titio mutuatus, pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecae esset. Deinde mutuatus est pecuniam a Maevio: et pactus est cum eo, ut, si Titio defierit praedium teneri, ei teneatur. Tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres: et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecae sit, et locum eius subeat. Num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut Titio soluta pecunia, impleatur conditio? et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praefendus est.

§. 9. eod. Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta, in aliud pignus priori succedat: successurum eum Papinianus libro undecimo responsorum scripsit, et omnino secundus creditor nihil aliud juris habet, nisi ut solvat priori et loco ei succedat.

L. 3. quae res pign. Ariston Neratio Prisco scripsit, etiam, si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in jus pignoris succederet, nisi conveniret, ut sibi eadem res esset obligata. Neque enim in jus primi suc-

succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore. Quo casu emtoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo, cum debitor pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit, non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne possit vendere: videamus, an dici possit, huc usque transire ad eum jus prioris, ut distrahere pignus huic liceat? Quod admittendum existimo. Saepe enim, quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum petere potest.

L. 1. pr. quib. mod. pign. Debitoris absentis amicus negotia gessit, et pignora citra emtionem pecunia sua liberavit, jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur, qui negotium gessit, utilem Servianam dari sibi non recte desiderabit. Si tamen possideat, exceptione doli defenditur.

L. 1. C. de his qui in prior. Non omnimodo succedunt in locum hypothecarii creditoris hi, quorum pecunia ad creditorem transit. Hoc enim tunc observatur, cum is, qui pecuniam postea dat, sub hoc pacto credat, ut idem pignus ei obligetur et in locum eius succedat. Quod cum in persona tua factum non sit: (judicatum est enim te pignora non accepisse) frustra putas tibi auxilio opus esse constitutionis nostrae ad eam rem pertinentis.

L. 2. eod. Cum pro patre, in cuius potestate non eras, pecuniam fisco intuleris: et jure privilegio eius successisti, et eius locum, cui pecuniam numerasti, consecutus es, nec hi creditores patris tui, qui personalem habuerunt actionem, vel cum eo postea sub pignoribus contraxerunt, pignora tua te ignorante distrahendo, juri tuo aliquid derogaverunt. Vnde intelligis, si quid tuo nomine te absente ab actoribus tuis solutum est: ut indebitum numeratum restituatur, pignoraque tibi nexa persequi te posse. cf. L. 3. L. 7. C. de Privil. Fisc. cit.

L. 12. §. 8. setzt den Satz voraus, daß, wenn Jemand der bisher noch nicht Pfandgläubiger gewesen, dem Schuldner Geld vorschießt, um einen vorgehenden Pfandgläubiger abzufinden, und zugleich dabey dessen Pfandrecht und Stelle sich vorbehält, jener dadurch eben so, als wenn der jetzt abgefundenen Gläubiger jura cessa gegeben hätte, in dessen Rechte eintrete. Gesezt aber, daß schon ein anderer nachgehender Pfandgläubiger von dem Schuldner die Versicherung erhalten, daß, wenn der vorgehende befriedigt und bezahlt seyn würde, er, der nachgehende nun der erste Pfandgläubiger werden solle. Kann doch noch der neue Darleiber in die Stelle des bisherigen ersten Pfandgläubigers, der mit seinem Gelde abgefunden

wird, vorgehen? Ja. Hätte der bisherige vorgehende Gläubiger ohne Zuthun des Schuldners einem andern gegen Zahlung sein Recht abgetreten, so wäre kein Zweifel gewesen, daß der zweyte Pfandgläubiger nichts dawider einwenden können. Die Handlung aber, welche im Gesetz angenommen wird, ist eben das, was eine Cession. Der Schuldner kommt zwar dabey selbst mit vor. Aber er handelt nicht frey und willkürlich. Das Darlehn wird ihm nicht anders, als zu Befriedigung des ersten Pfandgläubigers und mit Vorbehalt der Eintretung in dessen Pfandrecht vorgeschossen. Da also hier nichts von seinem Willkühr abhängt, so ist es so gut, als wenn er gar nichts dazu thäte.

§. 9. Setzt einen Fall voraus, wo derjenige, der seine Pfandstücke zur Befriedigung des ersten Gläubigers verkaufen ließ, ein Specialpfandrecht an diesen Stücken hatte, gleich wie der erste nebst dem zweyten Gläubiger ein Specialpfandrecht an andern Stücken haben mußte. Denn sonst, wenn der erste und zweyte Gläubiger Generalhypotheken gehabt hätten, wäre es nicht darauf angekommen, ob der dritte Gläubiger die in Händen habenden Pfänder der Veräußerung überlassen wolle, oder nicht. Der erste Generalpfandgläubiger hätte schon vermöge seiner Generalhypothek ein Recht gehabt, an

die Pfandstücke, welche dem dritten Gläubiger hafteten, Hand anzulegen und sie zur Veräußerung zu bringen. Der dritte Gläubiger hätte bey Befriedigung des ersten kein Verdienst gehabt und er hätte also auch kein Gesetz vorschreiben können, daß er an des ersten Gläubigers Stelle einrücken wolle. Es heißt auch in dem Gesetz: *aliud pignus*. Folglich muß das erste Pfandrecht nicht auf eben die Stücke mitgegangen seyn, worauf das dritte haftete. Der dritte war also hier kein dem ersten nachgehender Pfandgläubiger, sondern ein Pfandgläubiger über ganz andere Pfandstücke; wie ein Fremder in Ansehung des ersten Pfandgläubigers, der also, in Ansehung seiner, eben die Rechte hatte, wie ein jeder anderer, der bisher noch gar nicht Pfandgläubiger gewesen.

Bev L. 3. *quae res pign.* sind die Worte nur etwas undeutlich: *quo casu emtoris causa melior efficietur*. Sie sollen aber so viel heißen, daß bey dergleichen Herschießung des Geldes zu eines Pfandgläubigers Abfindung zu unterscheiden sey, ob der Geber des Geldes das Grundstück gekauft habe, und als Käufer das Geld bezahlet, welches zu Befriedigung eines Gläubigers, der das Grundstück zum Verkauf gebracht, verwendet werden sollen, oder ob der Geber des Geldes, solches blos als ein Gläubiger

herv

hergeschossen. Dem ersteren seyn die Gesetze darinnen günstiger als dem letzten, daß jenem die Eintretung an des abgefundenen Stelle auch ohne besondern Vorbehalt, schon an sich zu Theil werde, nicht aber diesem. Wenn der, so sein Geld zu Abfindung eines vorgehenden Gläubigers hergegeben, an dessen Stelle tritt, so hat er auch in allen Stücken dessen Rechte. Wosfern also dieser durch einen Nebenvertrag eine besondere Befugnis hat, bey ausbleibender Zahlung des Schuldners auf die ihm bestimmte Zeit, sogleich das Pfand zu verkaufen, so geht diese Befugnis auch an den eintretenden, bisher aber nachgehend gewesenen Pfandgläubiger über, ob er gleich einen solchen Nebenvertrag nicht vor sich, oder wol gar einen ausdrücklichen, oder stillschweigenden Vertrag zum Gegentheile wider sich hatte. Die mindern Befugnisse hatte er nur wegen seines ursprünglich eigenen Pfandrechts. Jetzt aber erhält er ein neues Pfandrecht dazu, das so wie in andern Dingen, also auch in Ansehung der Nebenverträge, sich von dem bisherigen unterscheidet und unterschieden bleibt.

Die Exceptio deren L. 1. pr. quib. mod. pign. Erwähnung thut, ist die Exceptio juris retentionis. Denn da wegen aller derer Forderungen, weswegen

findet, das Zurückhaltungsrecht ausgeübet werden kann, so fand solches hier billig statt, weil die Forderung zur act. neg. gest. contrar. gehörte.

Ob die R.R. Sev. et Antonin. mit der L. 1. C. de his qui in prior. erwähnten Constitutione nostra ad eam rem pertinente auf L. 1. C. qui pot. in pign. oder auf L. 10. §. 1. quae in fraud. cred. zielen, läßt sich nicht gewiß behaupten, da damit auch auf das gegenwärtige Rescript selbst gezielt seyn kann. Der Quärent hatte in dem Fall, wo von das Rescript redet, ohnedem ein rechtskräftiges Erkenntnis wider sich, dergleichen durch kein Rescript aufgehoben werden darf.

In L. 2. C. eod. muß man bis auf die Worte: consecutus es, die Bedingung und den Bordersatz annehmen. Mit denen Worten: nec hi creditores patris tui etc. geht erst der Nachsatz an. Die Bedingung ist also: Wenn du den Fiscus mit deinem Gelde befriediget hast, und nach rechtlicher Art in dessen Stelle eingetreten bist; so gehn andre Gläubiger, die dem Fiscus nachgegangen seyn würden, dir nun auch nach. Also entscheidet dieses Gesetz in der Art, wie man in die Stelle des Fiscus eintreten könne, gar nichts. Der Sohn, der den Fiscus befriedigte, war abwesend gewesen. In seiner Abwesenheit hatte der zurückgelassene

lassene Verweser seines Hauswesens und seiner sämtlichen Angelegenheiten (actor) geschehen lassen, daß einige derer Pfandstücke, woran doch dem Abwesenden der Vorgang zukam, von denen nachgehenden Gläubigern zum Anschlag gebracht und diese daraus bezahlt worden. Weil aber noch mehrere Sachen von denen folgenden Gläubigern wollten zum Verkauf gebracht werden, so hatte der Verweser dadurch seinem Herrn, dessen Vorrechte er nicht kannte, zu dienen gesucht, daß er die übrigen noch vorhandenen Pfandgläubiger befriediget und sich deren Pfandforderungen cediren lassen. Dieses letztere, glaube ich, ist in denen von den Erklärern unberührt gelassenen Worten: tuo nomine ab actoribus solutum est enthalten. Denn wie sollte anders der Verweser dazu gekommen seyn, bey Gelegenheit des Pfandrechts des Abwesenden

etwas an einen Gläubiger des Schuldners zu bezahlen? Wie hätte er sollen auf den Namen des Abwesenden und nicht des Schuldners bezahlen? Wenn man sich aber die Abfindung aus derer Gläubiger um deren Rechte an sich zu bringen, vorstellt; so ist solche sehr begreiflich und sie ist auch keine Zahlung, die zum Besten des Schuldners, sondern eine solche, so allein zum Vortheil des Abwesenden, geschah. Um die Cond. indebiti zu begründen, war nöthig, daß die Zahlung auf den Namen des Abwesenden geschehen war. L. 44. de Cond. indeb. L. 36. eod. Ob aber, wenn die Zahlung auch bloß zum Besten des Schuldners geschehen wäre, nicht dennoch eine andere Condition, als die Cond. indeb. sich gepaßt hätte, ist eine andere Frage, die allerdings zu bejahen,

§. 173.

Außer diesem Fall erlangt ein Personalgläubiger, oder solcher, der bisher noch gar nichts an dem Schuldner zu fordern gehabt, des befriedigten Schuldners seine Hypothek nicht; wohl aber dessen Personalvorrecht. (191)

(191) L. 4. C. de his qui in prior. Si prior republica contraxit fundusque ei est obligatus: tibi secundo creditori offerenti

pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus reipublicae. L. 2. ff. de Cess. bon. L. 24. §. 3. de R. A. I. P.

§. 174.

§. 174.

Von diesen Fällen aber, da ein Gläubiger zu eines andern Gläubigers Befriedigung sein Geld hergiebt, muß derjenige unterschieden werden, da Jemand ein mit Hypotheken behaftetes Grundstück kauft, und mit des Käufers Gelde eine Hypothek abgefunden wird. Dieser Käufer tritt allemal schon an sich und ohne weitere Uebertragung der Hypothek an des abgefundenen Pfandgläubigers Stelle. (192)

(192) L. 3. C. de his qui in prior. Si potiores creditores pecunia tua dimissi sunt, quibus obligata fuit possessio, quam emisse te dicis, ita ut pretium perveniret ad eosdem priores creditores: in jus eorum successisti: et contra eos, qui inferiores illis fuerunt, iusta defensione te tueri potes.

L. 17. ff. qui pot. Eum, qui a debitore suo praedium obligatum comparavit, eatenus tuendum, quatenus ad priorem creditorem ex pretio pecunia pervenit.

L. 3. §. 1. de distr. pign. Si tamen debitor non interveniente creditore, pignus vendiderit, eiusque pretium priori creditori solverit: emtori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usurae mediū temporis, nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obliget.

Das letzte Gesetz will mit denen letzten Worten so viel sagen, daß im Fall eines Verkaufs es eben so sey, als wenn, unter Vermittelung des Schuldners, der erste Pfandgläubiger mit dem Gelde eines neuen Gläubigers abgefunden worden, und dieser dabey sich die Eintretung in die Stelle des Abgefundenen vorbehalten. Zinsen von dem Hauptstamme, so der Abgefundene bezahlt erhalten, müssen dem Käufer billig vergütet werden. Aber von denen Zinsen, die jener erhalten hat, darf er wol keine Zinsen fordern, weil er als ein bloßer eintretender Gläubiger anzusehen und wenigstens die Rechte derer nachgehenden Pfandgläubiger durch diese Eintretung des Käufers nicht gekürzt werden dürfen, aber das durch gar sehr gekürzt werden würden, wenn dem Käufer Zinsen passiren sollten, die der Abgefundene nicht würde haben fordern können. Von dem Verkäufer möchte der Käufer eher Zinsen wegen

wegen dieser Zinsen fordern können, weil er dessen *Negotiorum gestor* gewesen. Es versteht sich auch, daß der Käufer die Nutzung, welche er von der erkauften Sache gezogen, sich an den Zinsen, die er fordert, kürzen lassen müsse.

Die Ursach, warum ein Käufer ohne besondern Vorbehalt dennoch an sich schon in des vorgehenden Gläubigers Recht, zu dessen Bezahlung das Kaufgeld verwandt worden, eintritt, ein bloßer Gläubiger aber nicht; ist, weil der Käufer ein mehreres Recht als alle Gläubiger, nemlich ein Eigenthum erlangen wollen, und sich eben dadurch wenigstens das beste Pfandrecht, so allemal geringer ist als sein Eigenthum, auf alle Fälle vorbehalten hat. Dies fällt bey einem bloßen Geld vorschießenden Gläubiger weg.

ANT. FABER hat Unrecht, wenn er aus *cit.* L. 17. die Re-

gel nehmen will, daß, so oft Jemandes Geld von ohngefähr zu des Gläubigers Befriedigung angewendet worden: derselbe zwar dieses Gläubigers Pfandrecht nicht bekomme, wenn er sich nicht im Besitz des Pfandes befindet; jedoch, wenn er solches besitzt, um der Befriedigung des ersten Gläubigers willen ein Zurückhaltungsrecht gegen jeden andern Gläubiger erhalte. *Cod. tit. de his qui in prior. cred. loc. def. 7.* Dieses Gesetz, nebst *L. 1. pr. quib. mod. pign.* erweist diese Regel nicht. Das Zurückhaltungsrecht kann gegen einen dritten Mann nie ausgeübt werden. Auf den Besitz kommt, wo ein anderer ein stärkeres dingliches Recht hat, nichts an. Wenn man in des ersten Gläubigers Stelle eintritt, so bekommt man seine Vorzüge, man mag sich im Besitz befinden oder nicht; wenn man aber in seine Stelle nicht tritt: so hilft auch der Besitz zu dieser Absicht nicht.

J. 175.

Ein nachgehender Pfandgläubiger kann gegen den vorgehenden wider dessen Willen das Eintretungsrecht ausüben, ihm seine Zahlung anbiethen, solche allenfalls, bey dessen Widersetzlichkeit gerichtlich deponiren, und ihn zur Abtretung seiner Hypothek zwingen; und es wird solche Abtretung im Fall der Widersetzlichkeit als geschehen angenommen. Ein Personalgläubiger aber hat zu dergleichen Zwang keine Befugnis, wenn er nicht den Schuld-

ner

ner mit ins Spiel zieht. Billig aber sollte allen Gläubigern hierinn gleiches Recht zustehen, weil der abzufindende Gläubiger keinen Grund hat, aus welchem er die anerbothene Zahlung verweigern könnte. (193)

(193) L. 11. §. 4. qui pot. in pign. Si paratus est posterior creditor priori creditori solvere, quod ei debetur: videndum est, an competat ei hypothecaria actio, nolente priore creditore pecuniam accipere? et dicimus, priori creditori inutilem esse actionem: cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.

L. 10. C. eod. Cum tibi pro dote, quam acceperat maritus, res obligavit: eo mortuo hi, quibus easdem pignori dederat, non offerentes debitum, nulla possunt persequi ratione. Nam chirographarios creditores nec in rem nec in personam eos, qui debitori non probantur successisse, ulla ratione convenire posse manifestum est. Das erste Gesetz muß von einem solchen Falle verstanden werden, da entweder der nachgehende Pfandgläubiger sich in dem Besitz des Pfandes befand und der vorgehende solches von ihm durch die Pfandklage abfordern wollte, oder da der Schuldner selbst mit dem nachgehenden Gläubiger gemeinschaftliche Sache gemacht hatte, und das Pfandstück, so er, der Schuldner noch selbst besaß, von der Schuld des vorgehenden Gläubigers hatte frey machen wollen,

weil der nachgehende Gläubiger sich das Geld dazu herzugeben erbothen. Da der eigensinnige und wunderliche Gläubiger das Geld nicht hatte annehmen wollen, so erhob er in der Folge gegen den Schuldner, als Besitzer des Pfandes, die Pfandklage. Im ersten Fall so gut, als im andern, stand billig dem Beklagten die Exception zu: nisi per actorem factum sit, ne ei pecunia solvatur. In einem andern Fall, da weder der Schuldner, der sich mit interest hatte, noch der nachgehende Gläubiger, so die Zahlung erbothen, in Besitz sich befand und verklagt würde, wäre diese Exception de jure tertii gewesen.

Die Frau so sich nach L. 10. C. cit. in dem Besitz derer zur Sicherheit ihres Heyrathsguths ihr verschriebenen Sachen, als Pfandgläubigerinn befand, konnte von denen nachgehenden Pfandgläubigern zwar in so fern in Anspruch genommen werden, daß sie des Eintretungsrechts sich gegen sie bedienen konnten. Die Personalgäubiger ihres Mannes hatten aber gar keine Anforderung an ihr, weder zur Bezahlung, noch zur Gestattung des Eintretungsrechts, weil ein Per-

sonalrecht gegen einen dritten Besizer gar nicht zu gebrauchen ist. Wäre der Mann noch am Leben gewesen, daß er hätte dabey selbst

mit eine Mittelsperson abgeben können, so wäre es vermöge des Obigen angegangen.

§. 176.

Ein Pfandgläubiger kann es nicht nur allemal gegen einen andern, der ihm vorgeht, ausüben; (194) sondern wenn er es gegen diesen ausgeübet hat, so kann auch 2) ein folgender Gläubiger es gegen ihn, der vorher einen andern befriedigte, wiederum auf gleiche Art gebrauchen. (195)

(194) L. 5. C. qui pot. in pign. Prior quidem creditor compelli non potest, tibi, qui posteriore loco pignus accepisti, debitum offerre. Sed si tu illi id omne, quod debetur solveris: pignoris tui causa confirmabitur. Ob aber gleich der erste Gläubiger nicht gezwungen werden kann, dem zweyten sein Geld zu bezahlen, so ist er doch befugt, diesen abzufinden und dessen Rechte auf

sich zu bringen. PAVL. Sent. Rec. L. 2. tit. 14. §. 8.

(195) Dies lehrt die Natur der Sache. Der Gläubiger, so das Eintretungsrecht ausgeübt, ist nun der vorgehende Gläubiger geworden. Gegen einen vorgehenden Gläubiger hat allemal das Eintretungsrecht statt. Also ist kein Grund, warum er, der nun den Vorgang hat, davon ausgenommen seyn sollte.

§. 177.

Auch ist es 3) einem nachgehenden Pfandgläubiger erlaubt, sich dessen gegen einen vorgehenden zu bedienen, der sich das Pfand von dem Schuldner auf Abschlag seiner Forderung verkaufen lassen und es also statt Zahlung angenommen; auch 4) jedem Pfandgläubiger gegen einen Käufer, der ohne Zuthun des ersten Pfandgläubigers von dem Schuldner das Pfand dergestalt erkauft, daß dieser Kauf die Abfindung des ersten Gläubigers zur Absicht gehabt

gehabt und dieser mit dem Kaufgelde nachher wirklich befriediget worden; auch 5) jedem Pfandgläubiger gegen einen nachgehenden Gläubiger, der das Pfandstück von dem ersten Pfandgläubiger, als dieser seiner Befriedigung wegen dasselbe zum Verkauf brachte, erhandelt hat, auch übt es billig jeder Pfandgläubiger gegen den Bürgen des Hauptschuldners, der den ersten Pfandgläubiger bezahlt hat und sich von diesem dagegen die ihm zustehenden Pfänder ausliefern lassen. (196)

(196) L. 2. de distr. pign. Fidejussor conventus officio iudicis affectus est, ut emtionis titulo praedium creditori pignori datum susciperet. Nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendae pecuniae, quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit. Nam huiusmodi venditio, transferendi pignoris causa, necessitate juris fieri solet.

L. 5. §. 1. de distr. pign. Si secundus creditor vel fidejussor, soluta pecunia, pignora susceperint: recte eis offertur, quamvis emtionis titulo ea tenuerunt.

L. 6. eod. Cum posterior creditor a priore pignus emit: non tam acquirendi domini, quam servandi pignoris sui causa intelligitur pecuniam dedisse. Et id eo offerri ei a debitore potest.

L. 59. de fidejuss. Paulus respondit, fidejussorem, in quem pignora a confidejussoribus data

translata sunt, non emtoris loco substitutum videri, sed eius, qui pignora accepit. Et ideo rationem fructuum et usurarum haberi oportere. L. 59. §. 1. Mandati. L. 1. C. de dolo malo.

L. 1. C. si antiq. cred. Si vendidisset, qui ante pignus accepit: persecutio tibi hypothecaria superesse non posset. Cum autem debitor ipsi priori creditori eadem pignora in solutum dedit: non magis tibi persecutio adempta est, quam si alius eadem res debitor vendidisset. Sed ita persequens res obligatas audieris, si quod eidem possessori propter praecedentis contractus auctoritatem debitum est, obtuleris.

L. 3. §. 1. de distr. pign. cf. Not. (192)

Wenn der zweyte Pfandgläubiger einen dritten hinter sich hat, so darf er sich in dieser Gesellschaft anderer Mitinteressenten kein weiteres Recht am Pfande anmaßen, als daß er seine Befriedi-

friedigung daraus erhalte. Er ist nur ein Mitgläubiger. Unter diesen ist einer so gut als der andere. Nur daß einer seine Befriedigung eher erhält, als der andere. Wenn er also diesen Vorzug erlangt hat und diesem nicht zu nahe geschieht, so kann er übrigens vor dem folgenden Gläubiger nichts voraus verlangen. Er würde sich aber mit dem Schaden seiner nachgehenden Gläubiger bereichern, wenn er dasjenige Pfandstück, woran sie auch Anspruch haben, und so viel leicht etwas mehr werth ist, als der zweyte und erste Gläubiger zusammen zu fodern hatten, und etwa sonst noch an Kaufgelde herausgegeben worden, um den geringen Preis behalten wollte, indeß daß die nachgehenden Gläubiger ihre ganze Forderung einbüßen. Es ist die Vermuthung, daß er nur, um zu seiner Forderung zu kommen, Käufer geworden. Daher muß er wieder abstehen, wenn ihn der folgende Gläubiger völlig schadlos hält. Gleiche Bewandnis hat es mit dem Bürgen, der von dem ersten Gläubiger gegen dessen Befriedigung die Pfänder ausgeliefert erhalten, und wenn es auch in Form eines Kaufs geschehen seyn sollte. Da er die Pfänder erkaufte, so geschah es, um, wenn er als Bürge bezahlen müßte, das Kaufgeld, so er dem Schuldner schuldig geworden, gleich auf dasjenige abzurechnen, was er wegen geleisteter bürgerschaftlichen

Zahlung an den Schuldner zu fordern bekommen. Er muß froh seyn, daß er keinen Schaden hat. Bereichern soll er sich nicht. Daher können sowol die folgenden Gläubiger, als der Schuldner selbst, gegen Erlegung des Geldes, so der Bürge bezahlet, von ihm das Pfand wieder abfordern. Eben so ist es, wenn der Bürge sich nicht die dem Schuldner eigenthümlichen Pfänder, sondern die, welche seine Mitbürgen dem Gläubiger zur Sicherheit eingegeben, gegen Befriedigung des Gläubigers ausliefern läßt, oder dieselben erkaufte, so daß mit dem Kaufgelde der Gläubiger abgefunden werde. Die übrigen Mitbürgen können in diesem Fall ihre Sachen allemal wieder einlösen, wenn sie dem Käufer oder Inhaber sein Geld wieder geben, nebst denen Zinsen, so weit sie nicht durch die gezogenen Früchte schon vergütet sind. Dies ist der Sinn des L. 59. de fidej. Non emtoris loco substitutum videri, heißt: nicht als ein anderer Käufer angesehen werden. Sed eius qui pignora accepit, heißt: vielmehr als ein Gläubiger angesehen werden, der in eines andern Stelle eingetreten. Deshalb es hier in eben der Maße, wie bey der Eintretung eines Gläubigers ausgeführt worden, mit denen gezogenen Ruzungen und denen Zinsen des vom Bürgen bezahlten Geldes zu halten. Jedoch bekommt der Bürge, so die Pfänder an sich gebracht,

gebracht, von seinen Mitbürgen nicht alles wieder, was er an den Gläubiger bezahlt, sondern so viel, als er vor seine Person neben denen Mitbürgen hätte bezahlen müssen, geht ab, wie die gemeinen Grundsätze bey einer von mehreren übernommenen Bürgschaft es mit sich bringen.

Die *persecutio adempta* deren L. I. C. si antiq. cred. Erwähnung thut, ist die Pfandklage, so dahin geht, daß ohnentgeltlich der Beklagte das Pfandstück an den Kläger zu dessen Befriedigung herausgeben soll. Diese kann der nachgehende Gläubiger nicht gegen einen fremden Käufer gebrauchen, wenn das Kaufgeld zu Befriedigung des ersten Gläubigers ist verwendet worden. Also hat sie auch gegen den ersten Gläubiger selbst, der Käufers Stelle zugleich mit vertritt, keine statt. Aber die Abforderung des Pfandes gegen Wiedererstattung desjenigen, so der erste Gläubiger davor gegeben, ist dem nachgehenden Gläubiger erlaubt, wenn er es mit einem andern vorgehenden Gläubiger, nicht aber, wenn er es mit einem fremden Käufer zu thun hat. Der fremde Käufer würde von dem ältesten Pfandgläubiger, der ein Recht hatte das Pfand zum Verkauf zu bringen, solches nicht fürcher erkaufen können, und daher sich wieder weigern, dergleichen noch mehreren Gläubigern hastende Grundstücken zu erhandeln.

Dies würde dem ersten Gläubiger nachtheilig seyn und ihm das durch seine älteste Hypothek unnütz gemacht werden. Der Schuldner kann durch seine fernere Verpfändung die Rechte derer vorgehenden Pfandgläubiger nicht schmälern. Es ist aber nöthig, hiebey noch zweyerley zu erinnern.

Erstlich glaube ich, daß nach der Billigkeit das Pfand ordentlich durch den Weg der Auction und Subhastation, auf Ansuchen und zu Befriedigung des ersten Pfandgläubigers, dem fremden Käufer muß seyn überlassen worden, wenn der folgende Pfandcreditor seine Rechte an der Sache völlig verlohren haben soll. Alsdenn ist der Kauf zu Jedermanns Wissenschaft gekommen. Es hat dabey der folgende Gläubiger seine Nothdurft beobachten, und selbst bierhen, auch, nach L. 16. de R. I. A. P. den Verkauf ausüben können. Er hat es daher seiner eigenen Nachlässigkeit zuzuschreiben, wenn er sich dieser seiner Befugnisse nicht bedient hat, und dadurch das Pfandstück an einen Fremden gekommen. Das Grundstück ist so hoch getrieben werden, als es möglich gewesen, und der Käufer gewinnt nichts mit dem Schaden des nachgehenden Pfandgläubigers. Diese Gründe fallen bey einem Handverkauf alle weg. Es ist daher unbillig, wenn der nachgehende Pfandgläubiger dagegen

gen kein Eintretungsrecht haben soll. Dasjenige, so zu Abfindung des vorgehenden Gläubigers verwendet worden, muß auch hier der Käufer wieder kriegen; weil der nachgehende Gläubiger kein Recht in der Sache hat, als nach Befriedigung des vorgehenden. Was er aber noch drüber an den Schuldner, Verkäufer und Eigenthümer des Pfandes bezahlt, ist der nachgehende Pfandschuldner in diesem Fall zu agnosceiren nicht einmal schuldig. Der Schuldner hat durch Annehmung dieses Geldes das Pfandstück zu des nachgehenden Gläubigers Schaden, und zu Schmälerung dessen Hypothek nicht weiter beschweren können, als es so schon beschwert war.

Zweytens scheint es allerdings etwas hart, daß der Bürge, der vorgehende Gläubiger selbst, oder einer derer nachgehenden, wenn sie das Pfandstück auch durch einen öffentlichen Kauf an sich gebracht, dennoch dem Eintretungsrechte anderer unterworfen seyn sollen. Dennoch müssen die Gesetze von einem öffentlichen Verkauf verstanden werden. Denn bey einem Handverkauf ist selbst der fremde Käufer dem

Obigen nach nicht gesichert. Alle die Gründe, welche dem nachgehenden Gläubiger bey einem Verkauf an einen Fremden, entgegenstanden, wenn dabey eine Steigerung gebraucht worden, treten auch ein, wenn ein Gläubiger oder Bürge Käufer wird. Da inzwischen die Verordnung der Rechte in diesem Punkt nicht völlig ohne Grund ist, so muß man hier anstimmen: *Lex, licet dura, tamen est sequenda.*

BALDVIN Tr. de pign. et hyp. c. 18. Jurisprud. R. et Att. p. 306. ist mit sich selbst nicht einig, ob ein Bürge oder Mitgläubiger, der das Pfand an sich kauft, und dabey deutlich zu erkennen giebt, daß er nicht bloß des den Anschlag veranlassenden Gläubigers Rechte auf sich bringen, sondern ein beständiges Eigenthum erlangen wolle, dadurch das Eintretungsrecht anderer von sich ablehnen könne. Er verneint und bejaht es von dem Bürgen, bejaht es auch von dem Mitgläubiger. Es muß aber wol ohne Unterschied verneint werden. Was die Gesetze verordnen, hängt nicht von unserm Willen ab.

§. 178.

Sollte aber nicht der vorgehende Gläubiger selbst, sondern ein anderer wegen des ersten Pfandgläubigers For-

derung,

derung, weil dieser auf seine Zahlung gedrungen und das Grundstück zum Anschlage und Verkaufe gebracht, auf eine rechtliche Art das Pfand erkaufte haben, so hat das Eintretungsrecht eines jeden Andern ein Ende. (197)

(197) L. 3. pr. de distr. pign. Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit: secundo creditori non superesse jus offerendae pecuniae convenit. Die Worte: jure conventionis enthalten hier nichts besonders, und bedeuten nur so viel, als: denen

Grundsätzen des Pfandvertrags überhaupt gemäß. L. 2. C. Si antiq. cred. Obligata pignoris jure creditore recte distrahente, post debitor emtori pretium offerens, vel creditori, quod debuit, evincere non potest.

§. 179.

Wenn Jemand auf Gesuch des Schuldners und diesem zu Gefallen, einen seiner Gläubiger befriediget, so kann er von diesem nicht nur den diesem bezahlten Hauptstamm und Zinsen, sondern auch von der ganzen gezahlten Summe, die Zinsen mit eingerechnet, wiederum Zinsen, und also Zinsen von Zinsen fordern. Wenn aber ein Gläubiger nicht aus Gefälligkeit gegen den Schuldner und auf dessen Ersuchen, sondern zu seinem eigenen Vortheil, um dadurch seine eigene bisherige Forderung mehr zu sichern, dem vorgehenden Gläubiger seine Forderung abgenommen, so kann er blos den Hauptstamm und die davon theils bey Zeiten des cedirenden Gläubigers, theils nach der Cession gefällig gewordenen Interessen keinesweges aber von denen dem Cedenten gezahlten Zinsen wiederum Zinsen prästendiren. (198)

(198) L. 12. §. 6. qui pot. in pign. Sciendum est secundo creditori rem teneri, etiam invito debitore, tam in suum debitum

quam in primi creditoris, et in usuras suas et quas primo creditori solvit. Sed tamen usurarum, quas creditori primo solvit, usuras

usuras non consequetur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. Et ita Papinianus libro tertio responsorum scripsit: et verum est. L. 27. C. de pign. Secundus creditor offerendo priori debitum confirmat sibi pignus et a debitore sortem eiusque tantum usuras, quae fuissent praestandae, non etiam usurarum

usuras accipere potest. Der eintretende Gläubiger ist nichts anders als ein Cessionarius. Dieser aber hat nie mehrere Rechte als der Cedent hatte. Eine Cession kann auch ohne Einwilligung des Schuldners geschehen, deshalb die daraus fließenden Rechte ebenfalls wider Willen des Schuldners verfolgt werden können.

§. 180.

Der Hauptvorteil des Eintretungsrechts besteht darin, daß es von des in des vorgehenden Gläubigers Stelle getretenen Creditors Willkühr nunmehr abhängt, ob das Pfandstück zum Verkauf kommen soll oder nicht. (199)

(199) L. 5. pr. de distr. pign. Cum secundus creditor, oblata priori pecunia, in locum eius successit: venditionem, ob pecuniam solutam et creditam recte facit. Diese Stelle erweist nebst andern, die unten erklärt werden

sollen, daß der nachgehende Gläubiger an sich, und ohne Ausübung des Eintretungsrechts, das Pfandstück, woran ihm andere Gläubiger vorgehen, nicht zum Anschlage bringen kann.

§. 181.

Die Stelle, welche der Hauptstamm unter denen Pfandforderungen hat, bekommen auch die davon gefälligen Zinsen; und es ist kein Zweifel, daß alle die andern Nebenforderungen, worauf nach dem Obigen das Hauptpfandrecht mit geht, hierinn gleiche Rechte mit denen Zinsen haben. (200)

(200) L. 18. qui pot. in pign. Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris, acceptis pignoribus, eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit: quaero, an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Maevius crederet, sed etiam earum, quae postea accesserunt, potior esset? Respondit, Lucium Titium in omne, quod ei debetur, potiozem esse. Die Ursache dieser Verordnung liegt darin, weil die Zinsen eine Nebenschuld sind, welche die Hauptschuld zum voraus setzen. Accessorium sequitur suum principale. Da auch das Pfandrecht nach dem

obigen, sobald es wegen der Hauptforderung ertheilt worden, schon an sich sogleich mit auf die Zinsen geht, so ist der Ursprung der deshalb habenden Pfandgerechtigkeit in den Anfang der Hauptschuld zu setzen. Das Pfandrecht ist der Zinsen wegen bedingt ertheilt worden, und die Bedingung ist: wenn in der Folge die Zinsen gefällig werden sollten. Eine zur Wirklichkeit kommende Bedingung wird zurük gerechnet. Da alle diese Gründe auch auf die übrigen oben angeführten Nebensforderungen passen, so muß das Gesetz von Rechts wegen auch auf diese erweitert werden.





Achtes Kapitel.

Von Veräußerung des Pfandes.

Inhalt.

- §. 182. Das Veräußerungsrecht steht allemal dem Pfandgläubiger zu. §. 183. Auch wenn er sich nicht im Besitz des Pfandes befindet. §. 184. Ob sich der Schuldner widersetzen könne? §. 185. Welches der Weg, die Veräußerung zu verhindern? §. 186. Wie der nachgehende Gläubiger solche verhindere? §. 187. Ob die Veräußerung geschehen könne und müsse, ehe der Bürge in Anspruch genommen worden. §. 188. Maaße, die bey der Veräußerung zu beobachten. §. 189. Wahl des Gläubigers unter mehrern Pfandstücken. §. 190. Der Gläubiger kann zum Verkauf nicht gezwungen werden. §. 191. Wirkung der von einem vorgehenden, oder nachgehenden Gläubiger unternommenen Veräußerung in Ansehung derer übrigen Creditoren. §. 192. Ob der Schuldner das Pfand selbst kaufen könne? §. 193. 194. Ob der veräußernde Pfandgläubiger es an sich erhandeln dürfe? §. 195. Die Veräußerung erfordert, daß der Schuldner zuvörderst erinnert werde. §. 196. Sonstige Erfordernisse in Ansehung der Form. §. 197. Ob dabey allemal zwey Jahr zu warten? §. 198. Wenn die *Addictio in diem* geschehe? und §. 199 - 201, was sie würke? §. 202. Die Schuld muß gefällig und liquid seyn. §. 203. Von einer Schuld, die auf Tagezeiten gesetzt ist. §. 204. Wirkung der Clausel: *ne creditori vendere liceat*. §. 205. Item der Clausel: *ut liceat creditori vendere*. §. 206. Wirkung derselben in Ansehung der Erben des Gläubigers. §. 207. 208. Veräußerung der Pfandstücke eines unmündigen Schuldners. §. 209 - 211. Wirkung des Pfandverkaufs in Ansehung des Käufers. §. 212 - 214. In Ansehung des Gläubigers. §. 215 - 218. In Ansehung des Schuldners. §. 219. Von des Schuldners Wiedereinlösungsrecht gegen den Käufer. §. 220. Dessen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Verkauf. §. 221. Dessen *Windicatio* des verkauften Pfandes.

§. 182.

Die Hauptwirkung des Pfandrechts ist das Recht des Pfandgläubigers, durch Veräußerung des Pfandes sich zu seiner Zahlung zu verhelfen. Dieses Recht steht jedem Pfandgläubiger zu und ist dem Pfandrechte wesentlich. (201)

(201) §. 1. I. quib. al. lic. Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo videtur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari quia ab initio contractus pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Sed ne creditores jus suum persequi impedirentur, neque debitores temere suarum

rerum dominium amittere viderentur: nostra constitutione consultum est, et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio posset procedere: cuius tenore utrique parti, creditorum et debitorum, satis abunde provisum est. Wegen deroer bey dem Verkauf der Pfänder üblichen Formeln cf. BRISSON de Formulis L. 6, n. 47. p. 482. edit. Bach.

§. 183.

Die Veräußerung ist eben so wol erlaubt, wenn sich der Schuldner selbst im Besitz des Pfandes befindet, als wenn er solches nicht ist. (202)

(202) L. 2. C. de distr. pign. Creditor, qui hypothecae seu pignori rem sibi nexam vendidit, litigiosam rem non videtur vendere: quia precario debitor possidet.

L. 14. C. de distr. pign. Si in hoc quod iure tibi debetur, satisfactum non fuerit, debitoribus res obligatas tenentibus: aditus praefes provinciae, tibi di-

strahendi facultatem iubebit fieri. In den letzten Worten liegt aber zugleich das Verfahren, so der Gläubiger in dem Fall zu beobachten hat, da der Schuldner das Pfand besitzt. Der Gläubiger muß erst die Hypothek anerkennen, darauf die Vollstreckung der Hilfe daran erlangen, und auf solche Art dem Käufer die Adjudication verschaffen.

§. 184.

Der Schuldner ist durch keine Protestationen, Verbothe, (203) Verordnungen im Testamente (204) u. d. g. solche Veräußerungen zu verhindern im Stande.

(203) L. 2. C. Deb. vend. pign. imp. non poss. Debitoris denunciatio, qui creditori suo, ne sibi rem pignori obligatam distrahat, vel his, qui ab eo volunt comparare, denunciat: ira demum efficax est, si univcrsum ram fortis, quam usurarum offerat debitum creditori: eoque non accipiente, idonea fide probationis (ita ut oportet) depositum ostendat. Nam si vel modicum de sorte vel usuris in debito perseveret: distractio rei obligatae non potest impediri: neque ea ratione emtor, tamen si sciat, interpositam a debitore creditori denunciationem, malae fidei fit possessor.

(204) L. 1. C. eod. Si sunt, qui emere praedia tibi obligata

velint, non impediuntur scriptura testamenti, qua complexus est debitor nulla a se praedia venditari et poenam addidit, ut fisci fierent. Nec enim potuisse eum huiusmodi lege jus creditoris facere deterius, manifestum est. Der Ausdruck: a se heist so viel, als extra suam familiam. Der Schuldner hatte überhaupt seinen Erben untersagt, sie sollten sich nicht unterstehen, etwas von seinen Gütern außer der Familie zu veräußern, bey Strafe, daß sonst die veräußerten Güter dem Fiscus anheim fallen sollten. Allein der Gläubiger konnte darunter nicht leiden und eine unvermeidliche Veräußerung verdiente keine Strafe.

§. 185.

Blos durch Bezahlung der Schuld oder ein ander rechtlich Mittel, das der Zahlung gleich geachtet wird, ist es möglich, den Verkauf zu hintertreiben. (205)

(205) L. 8. C. de distr. pign. Si prius, quam distraheretur pignora possessio, pecuniam creditori obtulisti, eoque non accipiente, facta contestatione eam

deposuisti et hodie quoque in eadem causa permanet: pignoris distractio non valet. Quod si prius quam offerres, legem venditionis exercuit: quod jure subsistit

fistit, revocari non debet. cit. L. 2. C. deb. vend. pign. imp. non poss. Die bloße Anbiethung der Gelder in leeren Worten hindert den Verkauf nicht. Es muß aber alles gerichtlich niedergelegt oder

bezahlt seyn, sonst, wenn noch irgend ein Theil der Schuld übrig ist, so kann nicht mit Verkauf des Pfandes verfahren werden. L. 8. §. 5. de P. A. V. supra.

§. 186.

Eben so wenig kann der nachgehende Gläubiger diese Veräußerung anders, als durch Anbiethung zur Befriedigung des vorgehenden Gläubigers, verhindern. (206)

(206) L. 3. C. si antiq. cred. Quo minus creditor, qui antea pignus accepit, distrahat: non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest. Wenn

der Verkauf einmal rechtlich vollzogen ist, fällt auch das Eintretensrecht des nachgehenden Gläubigers, dem Obigen zu Folge hinweg.

§. 187.

Wenn dem Gläubiger handhabende Pfänder eingegeben und zugleich Bürgschaft gestellt worden, so hatte er ehemals die Wahl, ob er durch Verkaufung des Pfandes, oder durch Ausklagung der Bürgen, sich zu seiner Zahlung verhelfen wollte. Nach justinianeischen Rechten aber muß er zuerst an denen in Händen habenden Pfandstücken seine Befriedigung suchen, und erst in deren Ermangelung haftet der Bürge. (207)

(207) Zu dem alten Recht gehört L. 51. §. 3. de Fidejuss. Creditor pignus distrahere non cogitur, si fidejussorem simpliciter

acceptum, omisso pignore, velit convenire. Das neue Recht aber enthält Nov. 4. c. 1.

§. 188.

Wenn aber gleich dem Gläubiger frey steht, im Fall der ausbleibenden Zahlung, die Pfandstücke zu verkaufen: so ist doch dieses Recht nur so weit auszuüben, als es die Befriedigung des Gläubigers erfordert; und darf derselbe nicht eine ungleich größere Menge Sachen, als hinreichend sind, nach geschehener Veräußerung dem Gläubiger seine Zahlung zu verschaffen, zu Gelde machen wollen. (208)

(208) L. 1. C. de jur. dom. dummodo scias omnia bona debitoris, quae pignori dedit, ut universa dominio tuo generaliter addicantur, impetrare te non posse.

imp. Domini jure pignora possidere, desiderans, nomina debitorum, quos in solutione cessare dicis, exprimere et an solennia peregit, significare debuisti:

§. 189.

Wohl aber steht dem Gläubiger unter denen mehreren Pfandstücken, so vorhanden sind, die Wahl zu, welches er vor andern zum Verkauf zu bringen, gut findet. (209)

(209) L. 8. de distr. pign. bus velit, distractis, ad suam Creditoris arbitrio permittitur, commodum pervenire. ex pignoribus sibi obligatis qui.

§. 190.

Gleichwie aber den Gläubiger in Verkaufung des Pfandes Niemand, der kein vorgehend Recht hat, hindern kann; so darf ihn auch Niemand zum Verkauf zwingen, wenn er dazu keine Lust hat. (210)

(210) L. 6. pr. de P. A. Quamvis convenerit, ut fundum pignoratitium tibi vendere liceret: nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sis, qui pignus dederit. Quia tua causa id caveatur. Sed Atilicinus ex causa cogendum creditorem esse ad vendendum, dicit. Quid enim si multo minus sit, quod debeatur: et hodie pluris venire possit pignus, quam postea? Melius autem est dici, eum, qui dederit pignus, posse vendere: et accepta pecunia solvere id, quod debeatur. Ita tamen, ut creditor necessitatem habeat ostendere rem pignoratam. Si mobilis sit: prius idonea cautela a debitore pro indemnitate ei praestanda. Invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanum est. Der Fall, in welchem der vorgehende Gläubiger den Verkauf des Pfandes sich wider Willen gefallen lassen muß, erfordert 1) daß das Pfand mehr werth sey, als dasjenige beträgt, was der Gläubiger zu prätendiren hat. Sonst hätte dieser gar zu viel Schaden dabey, wenn er sich eine unzeitige Veräußerung des Schuldners müßte gefallen lassen. 2) Daß der Verkauf vom Schuldner selbst geschehe. Der nachgehende Gläubiger kann den vorgehenden zum Verkauf nicht zwingen, weil jener keine Rechte zum Nachtheil des letztern erwerben können. 3) Daß der Schuldner, wenn das Pfand in Mobilien besteht, welche der

Gläubiger im Besitz hat, diesem daher Vorstand leiste, daß er seine Zahlung richtig erhalte, und wenn die veräußerten Mobilien nicht so hoch weggehen sollten, als hoch sich die Forderung des Gläubigers erstreckt, der Schuldner denselben dennoch schadlos halten wolle.

ANT. FABER, der Error. pragmat. Dec. 1. Err. 4. ebensfalls vor den Satz sehr streitet, daß der nachgehende Gläubiger wider des vorgehenden Willen das Pfand nicht zum Verkauf bringen könne, will allenfalls den einzigen Fall ausnehmen, da der nachgehende Gläubiger kein Verlangen hat, des Einrätungsrechts sich zu bedienen, und ihm also auf alle Art sein Pfandrecht unnütz werden würde. arg. c. 1. 6. Von einer andern Einschränkung des Satzes ist schon oben geredet worden, daß nemlich gegen Cautio, die dem vorgehenden Gläubiger von dem nachgehenden wegen seiner Befriedigung gemacht wird, der letztere ebenfalls auf die Veräußerung dringen könne. Dies bestärkt L. 15. §. 5. Quod si res sit pignorata, quae pignori capta est: videndum est, an sic distrahi possit, ut dimisso creditore, superfluum in causam judicati convertatur. Et quamquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere: tamen in judicati executione servatur: ut, si emptorem invenit res, quae capta est, qui

dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admitenda sit huius quoque rei distractio. Nec videtur deterior conditio creditoris fieri, suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissari quam si ei fuerit satisfactum.

ANT. FABER glaubt, cit. L. 6. pr. von: melius autem est etc. an, bis zum Ende des §. wieder einen tribonianischen Zusatz zu finden, weil dieser Auhang wider die Grundsätze anstoße. Ich kann aber dieser Beschuldigung nicht

beystimmen. Dem Schuldner ist allemal erlaubt gewesen, sein Pfand zu verkaufen, und wenn der Gläubiger sein Geld bekommt, so hat er nichts mehr zu präten-diren. Er wird nicht gezwungen, das Pfand zu verkaufen, sondern der Schuldner nimmt die Veräußerung vor. Ist es nöthig, daß der Käufer die Sache bey dem Gläubiger besehe, um danach bieten zu können, so geschieht die Vorzeigung ohne des Gläubigers Schaden, und der Verpfänder kann sie daher mit Recht verlangen.

§. 191.

Derjenige hingegen, dem eine prioritätische Pfandforderung zusteht, kann zwar geschwehen lassen, daß der Schuldner oder nachgehende Gläubiger das Pfandstück veräußere; jedoch geschieht solches seinem Pfandvorrecht ohneschadet, und ist es also in diesem Fall anders, als in dem, da der vorgehende Gläubiger die Veräußerung vornimmt. Denn in diesem Fall ist das Recht aller nachgehenden Gläubiger, dem Obigen zu folge, erloschen. Und, wenn blos ein nachgehender Gläubiger auf den Verkauf des Pfandes dringet und der vorgehende widerspricht, so wird aus dem Verkaufe nichts, wo nicht der nachgehende sich des Eintretungsrechts bedienen will. (211)

(211) L. 1. de distr. pign. Creditor qui praedia pignori accipit, et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum, ob

alium, aut eumdem contractum interpoluit, ante secundum creditorem dimissum, nullo jure caetera bona, titulo pignoris vendidit. Nec utilis danda est. Nec furti rerum mobilium gratia recte

recte convenietur: quia propriam causam, ordinis errore ductus, persecutus videtur. Praesertim cum alter creditor furto possessionem, quae non fuit apud eum, non amiserit. Ad exhibendum quoque frustra litem excipiet: quia neque possidet, neque dolo fecit, ut desineret possidere. Sequitur, ut secundus creditor possessores interpellare debeat.

L. 17. C. eod. Rei creditor obligatae generali sive speciali conventionione, per creditorem aliam, cui non fuerat nexa, venundatae, non amittit persecutionem. L. 8. C. qui pot. in pign. V. supra.

Der Sinn des L. 1. de distr. pign. ist dieser: Der erste Gläubiger hatte anfänglich nur eine Specialhypothek auf gewisse Grundstücken (praedia pignori accepit). Der zweyte Gläubiger hingegen hatte sich nach ihm eine Generalhypothek geben lassen (pignorum conventionem ad bona debitoris contulit.) Nach dem diese zweyte Hypothek schon ertheilet worden, ließ sich der erste Gläubiger ebenfalls ein allgemeines Pfandrecht geben. Ob es einer neuen, oder der alten Forderung wegen geschehen, ist gleichgültig (ipse simile pactum bonorum, ob alium aut eumdem contractum interpoluit.) In der Folge hatte der erste Gläubiger seine Zahlung gesucht und, in dessen Unterbleibung, solche Stücke

von dem Vermögen des Schuldners zur Veräußerung gebracht, die nur zu seiner neuern Generalhypothek gehörten, (caetera bona) und worauf sich die ältere Specialhypothek nicht erstreckte. Hierdurch hatte er dem ältern allgemeinen Pfandrechte des zweyten Gläubigers nichts benehmen können. Inzwischen war die Frage: an wen sich der zweyte Gläubiger nach geschehener Sache zu halten hätte? Bloss an die Käufere und jetzigen Besizere der Pfandstücke. Denn ein Pfandrecht geht auf einen jeden Besizer des Pfandstücks über, so lange es noch nicht rechtlich getilget ist. Gegen den ersten Pfandgläubiger hat keine Klage statt. Sollte es actio utilis (pignoratitia directa utilis) seyn; so müßte der erste Gläubiger selbst dem zweyten Gläubiger das Pfandrecht haben ertheilen lassen. Das paßt aber nicht. Actio turti hat auch nicht statt. Denn eines Theils hat der zweyte Gläubiger die verkauften Pfandstücke nicht im Besiz gehabt und nur wegen solcher Sachen, die uns aus unserm Besiz entnommen sind, kann die Diebstahlsklage erhoben werden. Andern Theils fehlt es hier an der Absicht, sich mit fremden Gütern zu bereichern, die einen Diebstahl auszeichnet. Der Gläubiger hat sein Recht verfolgt, nur daß er etwas gegen die Ordnung der Hypothek verstoßen. Die actio ad exhibendum hat nur statt, wenn ein anderer sich

in den Besitz der Sachen befindet, woran wir einen Anspruch machen, oder dieselben gefährlicher Weise von Abhänden kommen lassen. Also fällt solche hier auch aus. Der erste Gläubiger ist nie im Besitz gewesen; am allerwenigsten befindet er sich jetzt darinn, und er hat keine Gefahrde bewiesen, da er sich zu dem Seinigen zu verhelfen gesucht.

ANT. FABER hält sich Er-
ror. prag. Dec. 62. Err. 1. seq.
weitläufig dabey auf, wie dieses
Gesetz mit L. 12. §. 5. qui pot. in
pign. zu vereinigen sey. In
diesem letztern Gesetz muß der
Gläubiger, der auch nur bloß sei-
ne Forderung erhalten, dennoch
das aus der Veräußerung gelöste
Geld, so weit seine vorgehende
Hypothek ihm nicht zu statten
kommt, dem folgenden Pfand-
gläubiger herausgeben. Seine
Meinung geht dahin, daß im
letztern Gesetz die Veräußerung
rechtmäßig gewesen, daher solche
auch nach den Grundsätzen des
Rechts zu beurtheilen sey. Der
vorgehende Gläubiger könne mit
Recht aus der Hypothek nichts
mehr verlangen, als so weit sein
Vorzug ihm zu statten komme,
daher er das übrige, wo dieser
Vorzug nicht hinreichte, mit
Recht dem nachgehenden Gläubi-
ger auszuliefern habe. In dem
ersten Gesetze hingegen sey die
Veräußerung unrechtmäßig; man
müsse also die daraus erhaltene

Zahlung nicht nach dem strengen
Rechte, sondern nach der Billig-
keit beurtheilen. Dieser Grund
ist aber nicht wohl ausgedacht,
wie man ohne Erinnern einsieht.
Die Vereingung liegt vielmehr
darinn. In letztern Gesetze kann
sich der nachgehende Gläubiger
nicht an den Käufer halten, weil
die Veräußerung gültig ist. Da-
her muß demselben ein Anspruch
an den veräußernden Gläubiger
gestattet werden. In dem ers-
tern Gesetze hingegen ist der Ver-
kauf ungültig. Der vorgehende
Gläubiger kann seine Hypothek
verfolgen. Er braucht daher dem
verkauften Gläubiger dasjenig-
e nicht abzufordern, wodurch
derselbe nichts weiter, als seine
Befriedigung erhalten. Im
Nothfall, wenn sich der vorge-
hende Gläubiger an den Käufer
nicht halten könnte, wäre ihm
allenfalls ein Anspruch an den
nachgehenden zu gestatten. Das:
sibi vigilavit, würde in diesem
Fall nicht wohl zu appliciren seyn,
da solches nur eintritt, wenn der
Schuldner selbst einen und den
andern Gläubiger bezahlt. Hie-
bey thut der Gläubiger nichts
unrechtes. Wenn er aber selbst
ein Pfand verkauft, so ihm zum
Verkauf zu bringen nicht gebüh-
ret, so handelt er unrecht. Die
Klage, welche der nachgehende
Gläubiger gegen den vorgehen-
den, wegen desjenigen Theils
des gelösten Kaufgeldes hat, so
dieser zu seiner vorgehenden Be-
friedigung nicht ziehen kann, ist
ohn-

ohnstreitig Cond. sine causa und nicht, wie ANT. FABER zu meinen scheint, act. pign. dir. Die letztere Klage kann niemanden als dem Schuldner zukommen. L. 32. pr. de neg. gest. welchen ANT. FABER ebenfalls, als dem cit. L. 12. §. 5. entgegen

stehend ansieht, ist diesem Gesetze gar nicht zuwider. Hier hatte der Bürge den allenfallsigen Schaden seiner eigenen Einsicht zuzuschreiben. Damnum quod quis culpa sua sentit, sentire non videtur. Dieses findet sich aber in cit. L. 12. §. 5. nicht.

§. 192.

Wenn der Schuldner, oder ein solcher, der ihn vorstellt, das Pfand bey vorseyender Steigerung selbst erstickt; so ist dieser Kauf an sich ohne Wirkung: und wofern der Gläubiger von ihm nicht so viel an Gelde erhält, als er zu fordern hat; so kann er sich wegen des Rückstandes noch allemal an das Pfand halten. Inzwischen wird doch, so weit der Gläubiger seine Zahlung erhält, das Pfandstück von dem Pfandrechte befreuet. (212)

(212) Von dem Schuldner selbst handelt L. 40. pr. de P. A. Debitor a creditore pignus quod dedit, frustra emit, cum rei suae nulla emtio sit. Nec si minoris emerit et pignus perat aut dominium vindicet: ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur.

Von des Schuldners Sohn, der ihn selbst vorstellt, redet §. 1. eod. Debitoris filius qui manet in patris potestate frustra pignus a creditore patris peculiaribus nummis, comparat. Et ideo si patronus debitoris contra tabulas eius possessionem acceperit, domini partem obtinebit. Nam

pecunia, quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur.

Es wird L. 40. pr. vorausgesetzt, daß bey einer öffentlichen Verkaufung der Schuldner selbst mit gebothen. In solchem Fall ist der Gläubiger bey Veranlassung des öffentlichen Verkaufs nicht willens gewesen, die Pfandstücke dem Schuldner selbst zu überlassen. Er kann daher mit Recht dawider protestiren, wenn der Schuldner sie ausgeliefere verlangt. So lange der Schuldner noch nicht die ganze Schuld bezahlt, ist er noch nicht befugt, die Zurückgabe des Pfandes zu

verlangen. Diesen Rechtsgrund; sah würde er umgehen, wenn es ihm erlaubt wäre, durch einem Kauf sich zum Besitze zu verhehlen. Ein anders wäre es, wenn der Schuldner durch einen Privatverkauf sich gefallen lassen hätte, die Pfandstücke um ein geringeres Geld, als die Schuld ausmacht, zurück zu geben. In diesem Fall hätte er sich derer nach den Gesetzen ihm zustehenden Rechte deutlich begeben und er wäre daher dem Schuldner die Pfandstücke gegen Bezahlung des verabredeten Werths auszuliefern gehalten. Die Eigenthümklage kann gegen den Pfandinhaber von dem Schuldner nicht mit Nutzen gebraucht werden, weil allemal die Ausflucht der geschehenen Verpfändung entgegen steht. Die Kaufklage fällt ebenfalls aus, weil ein Kauf solcher Sachen, wovon man schon das Eigenthum hat, ein Unding ist.

Das andre Gesetz redet von dem Sohne eines Vaters, der ein Freigelassener war. Sein Sohn kaufte mit denen Geldern, die zum Peculium gehörten, und wovon nach denen ehemaligen Zeiten der Vater das Eigenthum und der Sohn nur die Verwaltung hatte, die Pfänder, die sein Vater verfehrt gehabt. Daher wurden diese erkauften Pfandstücke ein Theil des Peculii und folglich ein Eigenthum des Vaters, der der Schuldner und schon vorhin der Eigenthümer war. Die Sache

konnte also nicht einmal als ein wirklicher Kauf angesehen werden, sondern bloß als eine Einlösung. Die Wirkung, daß der Vater die Schuld los wurde, weil der Sohn eben so viel davor gegeben, als der Vater darauf geboren, war nothwendig.

ANT. FABER untersucht Rational. ad h. l. weitläufig, warum dieses Gesetz eben vom Gelde rede, so zum Peculio gehöre und ob eben das zu sagen sey, wenn der Sohn von einem Fremden das Geld geschenkt bekommen hatte, so er zum Ankauf verwenden. Mir scheint, die Frage ist unnütz, weil alles, was ein unbefrehter Sohn erwarb, zu den Zeiten dieses Gesetzes sogleich zum Peculio gehörte.

Uebrigens störet der Patron daran eben die Rechte, wie an dem übrigen längst eigenthümlichen Vermögen des Freigelassenen. Der Fall trug sich zu, daß der Freigelassene bloß fremde Erben durch seinen letzten Willen verließ, weil sein Sohn entweder vor ihm gestorben war, oder er die Erbschaft seinem Miterben allein überließ, L. 20. §. ult. de bon. libert. oder er rechtmäßig von seinem Vater enterbet worden, so daß er diese Enterbung von keiner Seite anfechten konnte; in welchem Fall die Enterbung auch das Peculium profectium dem Sohne entzogen L. 6. §. 1. de R. V. Dies muß darum

altge

angenommen werden, weil sonst der Patron kein Erbrecht gehabt hätte und also bonorum possessionem contra tabulas zu gebrauchen nicht befugt gewesen wäre. Da der Theil, so einem Patron an des Freygelassenen Nachlaß gebührte, wie ein Pflichtheil war, so erstreckte er sich auf alle Stücke des Nachlasses unzertheilt. Wüthin auch auf die versezt gewesenen aber durch den Kauf des Sohnes zurückgekehrten Sachen (dominii partem obtinebit.)

Ein Mitschuldner, der zugleich Miteigenthümer der verpfändeten Sachen ist, kann das Pfandstück, wenn es der Gläubiger zum Anschlage bringt, an sich kaufen, und ist alsdenn nicht schuldig, des andern Miteigenthum weiter daran zu erkennen L. 17. Comm. div. L. 25. §. 7. famil. ercisc. Es ist aber besonders, daß L. 89. §. 4. de Leg. 2. SCAEVOLA doch in dem Fall ein anderes be-

hauptet, da der Erblasser unter sämtlichen Erben ein gemeinschaftlich Fideicommiss errichtet, und zugleich ziemliche Schulden verlassen hatte. Ein Gläubiger, der auf den ganzen Nachlaß eine allgemeine Hypothek hatte, brachte das ganze Vermögen und also auch die fideicommissarischen Stücke mit, zum Verkauf. Einer derer Miterben erkaufte sie. Es war die Frage, ob auf solche Art das ganze Fideicommiss ein Ende genommen? Der Jurist behauptet dessen Fortdauer und daß die übrigen Miterben des halb noch Anspruch machen können, wenn sie dem Käufer sein ausgelegtes Geld wieder geben. Der Grund muß hier in der Achtung gegen den Willen des Erblassers liegen, dem ein Erbe nicht zuwider handeln kann, so lange es noch möglich ist, dabey zu bleiben. Dieser Fall tritt ein, sobald die übrigen Miterben dem Käufer sein Geld wieder geben.

§. 193.

Der Gläubiger selbst, der den Verkauf der Güter veranlaßt, ist nicht befugt, dieselben selbst zu erkaufen, weil dabey eine Gefahrde vermuthet wird; (213) sondern es sind erst viele vorgängige Umstände nöthig, ehe der Gläubiger von denen Pfändern das Eigenthum erlangen kann.

(213) L. 10. C. de distr. pign. Et qui sub imagine alterius personae quam supposuerat, iugiter tenet: cum sibi negotium gerat,

alienasse non videtur. Iure enim pignoris obligatum praedium, neque si per subjectam personam creditor comparaverit, neque si sibi

sibi addixerit, debitori affert praedictum: sed in eadem causa permanet, in qua fuit ante huiusmodi collusionem. Sane si debitore distrahente comparaverit, consensu emtionem perfectam (si neque dolus adverbarii, neque metus causa gesta agentur) revocari exemplo grave est. Si igitur poteris evidentiis probationibus monstrare creditorem per suppositam imaginarii emtoris personam semper possessionem tenuisse, nec vendita bona fide praedia postea sinceriter comparasse: potes oblata pecunia cum usuris, ad restitutionem creditorem compellere. cf. Paul. Sent. rec. L. 2. Tit. 13. §. 4.

Aus diesem Gesetze ist ersichtlich, daß, wenn der Gläubiger das Pfand wirklich einem fremden Käufer auf rechtliche Art überlassen, darauf ohne alle Gefährde solches von diesem Käufer wieder an sich gebracht: gegen die Rechtmäßigkeit seines erlangten Eigenthums nichts einzuwenden sey. Wenn also der Verpfänder sein Eigenthum gegen den Pfandinhaber noch behaupten will; so muß er entweder beweisen, daß der vorgewesene Käufer nur eine

richtete Person gewesen, der, ob er wohl einige Zeit lang das Pfand als Käufer in die Hände bekommen, solches dennoch bloß auf den Namen des Pfandgläubigers, und also eigentlich dieser es beständig besessen. (Sub imagine alterius personae jugiter tenet) Oder der Beweis muß dahin gerichtet werden, daß der Gläubiger den Besitz des Pfandes nicht einmal jemals einem andern überlassen, sondern selbst beständig in dem natürlichen und körperlichen Besitz geblieben. In diesem letztern Fall will zwar DONELLVS noch besonders eine Gefährde und Veredung mit dem Käufer erwiesen haben und seine Meynung aus diesem Gesetze herleiten; allein mit Unrecht. Das Gesetz redet von diesem Falle gar nicht, wie der Augenschein lehrt. Also muß er aus Rechtsgründen entschieden werden. Ein Kauf, dazu keine Uebergabe gekommen, hat seine Erfüllung und also seine ganze Vollständigkeit nicht erreicht. Fehlt es an dieser, so ist es so gut, als wenn gar kein Verkauf geschehen wäre. Daher bleiben die Rechte des Verpfänders, was sie vorher waren.

§. 194.

Jedoch ist ihm erlaubt, das Pfand zu erkaufen, 1) wenn nach geschehener gerichtlichen Immision oder Abpfän-

pfändung unter gerichtlicher Auctorität der Verkauf geschieht. (214) 2) Wenn der Verpfänder entweder zu der Zeit, da der Verkauf geschehen soll, besonders darein williget, daß der Gläubiger das Pfand als Käufer vor ein gewisses Kaufgeld annehme; (215) oder dieses sich der Käufer gleich anfänglich zum voraus gefallen läßt, und bey der Verpfändung sogleich mit dem Pfandgläubiger dahin überein kommt, daß er das Pfand, falls die Zahlung zur versprochenen Zeit nicht erfolgen sollte, um einen gewissen zum voraus bestimmten billigen und proportionirten oder auf den Fall der außenbleibenden Zahlung erst durch eine rechtliche Taxe zu bestimmenden Werth, käuflich haben und behalten solle. (216^a)

(214) L. 2. C. si in causa jud. Cum in causa iudicati aliqua res pignori capitur, per officium eius, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui iudicatum fieri postulavit. Et, si alio emtore non existente, vel existente quidem, sed non dignum pretium offerente, is cui iudicatus satis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit, admittitur: cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet. L. 16. de R. A. I. P. Es ist bey diesem gerichtlichen Verkauf leicht begreiflich, warum der Pfandgläubiger selbst einen Käufer abgeben könne. Er ist hier nicht selbst der Verkäufer, wie bey einem außgerichtlichen Handel, sondern die Gerichte sind es. Jedoch haben die Geseze es auch hier dem Pfandgläubiger etwas schwer gemacht, wenn man das folgende Gesez L. 3. C. si in causa jud.

damit verbindet. In causa iudicati pignora ex auctoritate praesidis capta, potius distrahi, quam jure dominii possideri consueverunt. Si tamen per calliditatem condemnati emtor inveniri non potest, tunc auctoritate Principis dominium creditori addici solet. Aus Zusammenhaltung dieses Gesezes mit denen vorigen kommen diese Sätze heraus: Wenn sich bey der gerichtlichen Veräußerung ein fremder Käufer findet, der ein annehmliches (vermuthlich die Taxe erreichendes, oder nicht viel davon abweichendes) Geboth thut; so kann der Gläubiger selbst sich des Vorkaufs bedienen und wird das durch sogleich Eigenthümer. Sollte sich dergleichen Käufer nicht finden; so ist der Gläubiger zwar befugt, das Pfand um die Taxe sich zuschlagen zu lassen; es muß aber diese Zuschlagung durch

durch ein Landesfürstliches Rescript bestätigt werden. Wenn der Gläubiger wegen einer viel höhern Forderung, als der Werth des Pfandes beträgt, das Pfand behalten, und es statt der Befriedigung seiner ganzen Forderung annehmen will, so kann es ihm auch ohne diese Landesfürstliche Zueignung überlassen werden. L. 15. §. 3. de Re jud. Der Unterschied der gerichtlichen Veräußerung von der außergerichtlichen, ist vermuthlich nur darinn zu setzen, daß, ohne diejenigen weitläufigen Termine abzuwarten, die verstreichen müssen, ehe das Pfand dem Gläubiger durch Landesfürstliche Auctorität zugeschlagen werden kann, und die man bey dem außergerichtlichen Verkaufe abzuwarten hat, auch ohne Gestattung des hier dem Schuldner sonst vorbehaltenen Wiedereinlösungsrechts, der Gläubiger sogleich und ohne Mediation das Eigenthum zugeschlagen erhalten kann.

Die Erklärung, welche ANT. FABER Err. pragm. Dec. 56. Err. 1. seq. von den angeführten Gesetzen macht, ist sehr artig und ich finde kein Bedenken, ihr beizutreten. Die addictio pignoris ist nach seiner Meinung von der Impetratioe dominii pignoris unterschieden. Letztere hatte bey dem Conventionalpfandrechte statt und war nur mit vielen Weitläufigkeiten verknüpft, welche Justinian eher vermehrt, als ver-

mindert hat. Erstere kam bey dem richterlichen Pfandrechte vor und geschah, wenn sich kein Käufer mit einem annehmlichen Gebothe zu dem Pfande finden wollte, und auch selbst der Käufer, bey der angestellten Steigerung, die abgepfändeten Sachen, um den rechtmäßigen Preis zu erkaufen, nicht Lust hatte. Sie bestanden darinn, daß der Richter dem Gläubiger die abgepfändeten Sachen statt seiner Forderung auf beständig überließ. Sie wurde entweder durch kaiserliche Auctorität bestätigt oder nicht. Im letzten Fall erhielt der Gläubiger nur ein dominium bonitarium, im ersten ein dominium quiritarium. Nachdem aber Justinian diesen Unterschied des Eigenthums aufgehoben, so giebt die letztere eben ein so gutes Eigenthum, als die erste, und ist daher die Bestätigung des Landesfürsten, nach dieser Neuerung des Justinian nicht mehr nöthig. Die Impetratio dominii a Principe hingegen bey Conventionalverpfändungen ist nicht unnütz geworden, weil ohne dieselbe der Gläubiger das Pfand hier gar nicht eigenthümlich an sich bringen kann.

(215) L. 34. de P. A. Titius cum credidisset pecuniam Sempronio: et ob eam pignus accepisset: futurumque esset, ut distraheret (illud) creditor, quia pecuniam non solveretur: petit a creditore, ut fundum certo pretio emtum

emtum haberet: et cum impetrasset, epistolam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit. Quaero, an hanc venditionem debitor revocare possit, offerendo sortem et usuras, quae debentur? Marcellus respondit, secundum ea, quae proposita essent, revocare non posse.

L. 12. pr. de distr. pign. Rescriptum est ab Imperatore, libellos agente Papiniano, creditorem a debitore pignus emere posse: quia in dominio manet debitoris.

L. 13. C. de Pign. Cum dominam non minore viginti quinque annis ea, quae obligaverat tibi, jure domini possidere permisisset et in solutum dedisset, precibus significes: dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficiet.

Die Ursach, warum der Gläubiger zur Zeit des bevorstehenden Verkaufs mit dem Schuldner gar wohl eines Kaufs einig werden kann, ist, weil die Gründe, welche den Legem Commissoriam widerrechtlich machen, hier alle wegfallen. Bey diesem verspricht der Schuldner, das Pfand um dasjenige Geld dem Gläubiger zu überlassen, was dieser darauf geborget hat. Weil nun nie so viel auf die Sachen geborgt wird, als sie werth sind, so zieht der Gläubiger dadurch einen ungebährlichen Gewinn. Der

Schuldner, der damals erst borgte, war in Noth, und mußte sich alle Bedingungen des Gläubigers, wenn sie auch noch so unbillig waren, gefallen lassen. Er war leichtsinnig, weil er eine lange Zeit zur Wiedereinlösung vor sich sah und in der Zeit schon Rath zu schaffen hoffte. Wenn das Pfand hingegen auf dem Kaufe steht, so ist keine Noth vorhanden, die den Schuldner dränge. Er braucht nur die Veräußerung geschehen zu lassen, so geht das Pfand um einen billigen Preis weg. Ob er sich diesen Preis von einem Fremden geben läßt, oder von dem Gläubiger, ist einerley. Der Schuldner sieht es gegenwärtig ein, daß er nicht bezahlen kann. Der Gläubiger kann hier nichts vorschreiben.

Das Rescript, dessen L. 12. de distr. erwähnt, ist vom R. Septim. Sever. denn unter diesem war Papinian Magister libellorum, oder geheimer Cabinetssecretair. Die Ursach: quia in dominio manet debitoris, will einen Anstand aus dem Wege räumen, der daher entstehen möchte, weil der Gläubiger das Pfand schon in Händen hat. Er kauft, was er so schon besitzt. Allein er besitzt das Pfand nicht als Eigenthümer, sondern das Eigenthum verbleibt allemal dem Schuldner bis zur Zeit des Verkaufs.

(216a) L. 16. §. ult. de Pign. Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat rem justo pretio tunc aestimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio. Et ita D. Severus et Antoninus rescripserunt. Es ist kein Zweifel, daß, wenn auch die Taxe vorher und gleich bey der Verpfändung schon aufgenommen worden, die Verabredung gelte. Denn es kommt nur darauf an, daß es eine rechtliche Würderung sey und sich der Gläubiger nicht mit dem Schaden des Schuldners bereichere. Die Worte: hoc enim

casu = venditio, hält ANT. FABER Err. pragmat. Dec. 21. Err. 7. vor einen Tribonianischen Zusatz, weil vor Bestimmung des erst künftig auszumachenden Werthes eigentlich noch gar kein Kauf vorhanden sey, weder ein bedingter noch unbedingter. Allein, was in andern Fällen hätte gesagt werden können, fiel hier weg, weil ein besondres Rescript der Kaisere vorhanden war. Deshalb konnte der Rechtsgelehrte gar wohl etwas zur Rechtfertigung des Rescripts sagen, wozu bey er seinen Zwang durch das videtur und quodammodo deutlich genug zu verstehen giebt.

§. 195.

Wenn aufferhalb dem richterlichen und prätorischen Pfandrechte, zur Veräußerung des Pfandes geschritten werden will, und es sind wegen der Veräußerung keine besondere Verabredungen genommen, (216^b) so muß, wenn die Zeit der Zahlung da ist, der Schuldner nebst Ansetzung einer Frist, gemahnet, und mit Verkaufung des Pfandes bedrohet werden. (217) Wenn er die ihm gesetzte Frist verstreichen läßt, so kann man ohne Gefahrde und mit gewissen Feyerlichkeiten den Verkauf wirklich vollziehen. (218)

(216^b) ANT. FABER merkt in Rational. ad L. 24. §. 2. de P. A. an, daß, wenn der Schuldner dem Gläubiger den Verkauf des Pfandes ausdrücklich nachgelassen, alsdenn nicht nöthig sey, daß adhibita judicis auctoritate et

cum denunciationum et programmatum solennitatibus der Verkauf geschehe. Es kommt aber darauf an, ob wegen der Form der Veräußerung zugleich etwas ausgemacht worden, oder nicht. Denn im letztern Fall ist natürlich

cher

cher Weise die Vermuthung, daß die Partheyen es bey der gesetzlichen Form haben wollen beweisen lassen. Die übrigen Verschiedenheiten zwischen der *ex pacto* und nicht *ex pacto* geschehenden Veräußerung, die dieser Verfasser l. c. annimmt, sind ebenfalls ohne Grund.

(217) L. 10. C. de pign. Debitorum praesentes prius denunciationibus conveniendi sunt. Igitur si conventi debito satis non fecerint, persecuti tibi pignora seu hypothecas, quas instrumento specialiter comprehensas esse dicis, competentibus actionibus Rector provinciae auctoritatis suae auxilium impertiri non dubitabit. L. 18. C. de adm. rat. verb. denuncia. Zenes Gesetz, L. 10. C. ist aber hier nur angeführt, weil man gewöhnlich glaubt, daß es hieher gehört, auch CVJAC. es hieher zieht und es einigermaßen zum Beweise des angeführten Satzes dienen kann, der überdem durch den unten angeführten L. 4. C. de distr. pign. mehr bestärkt wird. Eigentlich aber redet das Gesetz davon, daß ein Gläubiger, ehe er gegen einen dritten Besitzer die Pfandklage erhebt, erst den Schuldner mahnen soll, wenn er zu haben ist. Denn vor der Nov. 4. hatte der Gläubiger das Recht, auch ohne vorher den Schuldner ausgestellt zu haben, den Besitzer der Hypothek zu verlangen. Nur mäßigen solches

die KK. Diocl. und Max. dahin, daß man wenigstens den Schuldner erst mahnen soll. Wenn dieser denn nicht bezahlt, so hat man die Wahl, ihn zu verklagen, oder die Hypothek in den Händen eines Dritten in Anspruch zu nehmen. *Persequi pignora* kann nicht, wie doch CVJAC. behaupten will, so viel heißen, als das Pfand zum Verkauf bringen.

Ist eine gewisse Zahlungszeit gleich anfänglich ausgemacht, so läßt sich arg. L. 73. de furt. behaupten, daß eine Annahmung des Schuldners vor dem Verkauf nicht einmal nöthig sey. Dies *interpellat pro homine*. Außer diesem Fall hingegen und wenn keine Zahlungszeit bestimmt war, wurde ehemals eine dreymalige Erinnerung des Schuldners erfordert, Paul. Rec. sent. L. 2. Tit. 5. §. 1. Justinian aber scheint die dreymalige Erinnerung in diesem Fall aufgehoben zu haben, da derselben in dem ganzen Corp. Jur. auf solchen Fall nicht erwähnt, und L. ult. C. de jur. dom. imp. derselben ebenfalls nicht, wohl aber einer einfachen Erinnerung, und darauf abzuwartenden zweyjährigen Frist, gedacht wird. Daß, wie GODOFRED. ad L. un. C. Th. de Commiss. rescind. vermeinet, bey dem Contractu Fiduciae eine Annahmung des Schuldners vor dem Verkauf des Pfandes unnöthig gewesen, ist nicht er-

weislich. Eben so wenig Grund hat FABER in Semestr. L. 2. c. 24. wenn er die vor dem Verkauf des Pfandes nöthigen Denunciationes zu actibus legitimis machen will. Die angeführten Denunciationen sind §. 15. l. de act. nicht aufgehoben, weil dort nur von denen Denunciationen,

welche vor Erhebung einer Personalklage ehemals geschahen, die Rede ist.

(218) L. 9. C. de distr. pign. verb. *bona fide et solemniter*. L. 1. C. de jur. dom. imp. verb. *an solennia peregristi*.

§. 196.

Die Feyerlichkeiten bestehen darin, daß, wenn es Grundstücken sind, durch öffentliche Aushänge dieselben feil gebothen werden; (219) daß man solche Feilbiethung, und so oft sich Biethende und Ueberbiethende melden, dieses ebenfalls dem Schuldner bekannt mache, (220) auch darüber, und daß solches geschehen, Zeugen habe. Wenn es bewegliche Güter sind, so muß man eine Steigerung an einem anzusehenden und bekannt zu machenden Tage vornehmen und die Pfänder dem Meistbiethenden überlassen. (221)

(219) L. 3. C. de Exec. rei jud. verb. *res soli, quae pignori datae sunt, diu subhastatas*. Die Feyerlichkeit, durch öffentliche Aushänge den vorhabenden Verkauf der Pfandstücke bekannt zu machen, scheint Justinian bey dem Conventionalpfandrechte aufgehoben zu haben. L. 3. pr. C. de jur. dom. imp.

(220) L. 4. C. de distr. pign. *Creditor hypothecas sive pignus cum proseribit, notum debitori facere, et sibi bona fide rem ge-*

rere, et quando licet, testato dicere debet. Si quid itaque per fraudem in pignore villae venditae commissum probare potes: ut inferatur actio, quae eo nomine competit: adi eum, cuius de ea re notio est. CVJAC. meint, daß die Nachricht an den Schuldner wegen der gemachten Aushänge nur alsdenn nöthig wäre, wenn er sich auswärts aufhält; nicht aber, wenn er gegenwärtig ist. Das Gesetz macht aber keinen Unterschied, und öffentliche Aushänge allein benehmen

men ordentlicher Weise denen bekannten Interessenten ihr Recht nicht.

(221) Wenn also sich jemand findet, der ein annehmlich Geboth thut, so hat die Sache ein Ende. Daß der Verkauf eben gerichtlich geschehe, haben die Gesetze nicht verordnet. Inzwischen kann der Gläubiger füglich die Sache denen Gerichten überlassen.

ANT. FABER nimmt Error. pragm. Err. 5. Dec. 1. zwischen dem gerichtlichen und auffergerichtlichen Verkauf den wichtigen Unterschied an, daß, bey erstem, es angesehen werde, als wenn der Schuldner selbst der Verkäufer sey, bey letztem aber

nicht. Daher bey jenem, ein nachgehender Gläubiger, wenn gleich der vorgehende die Veräußerung veranlasset, selbst gegen einen fremden Käufer das Eintretungsrecht ausüben, und auch wol das Rechtsmittel des L. 2. C. de Resc. vend. gegen ihn gebrauchen könne, welches beydes aber, bey dem auffergerichtlichen Verkauf nicht statt finde. Allein dieser Unterschied ist aus den Gesetzen nicht ersichtlich. Es ist hier, wie ich glaube, eben so, wie bey der gerichtlichen Bestätigung anderer rechtlichen Handlungen, von welcher gewiß ist, daß sie denenselben keine besondere Würkungen beylege, sondern sie in derjenigen Beschaffenheit lasse, die sie ohnedem haben würde.

§. 197.

Es ist ungewiß, ob im Fall, da sich sogleich ein Käufer findet, der ein annehmlich Geboth thut, doch zwey Jahr mit dem wirklichen Verkauf gewartet werden solle. (222) So viel ist gewiß, daß, wenn sich kein annehmlicher Käufer finden will, diese zwey Jahre abgewartet werden müssen, um zu sehen, ob sich vielleicht noch Jemand finden, oder der Schuldner selbst noch Rath schaffen möchte.

(222) L. 3. C. de jur. dom. imp. Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis

corrigen dam. Igitur in pignoris quae jure domini possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus litionis antiquitus introducti sunt:
 § 3 pignus

pignus autem publice proscriptum neque vidimus neque (nisi tantummodo ex librorum recitatione) audivimus.

§. 1. Sancimus itaque, si quis rem creditori suo pignorerit, si quidem in pactione cautum est, quemadmodum debet pignus distrahi sive in tempore sive in aliis conventionibus, ea observari, de quibus inter creditorem et debitorem conventum est. Sin autem nulla pactio intercesserit, licentia dabitur foeneratori ex denunciatione vel ex sententia judiciali, post biennium ex quo attestatio missa vel sententia prolata est, numerandum eam vendere.

§. 2. Sin vero nemo est, qui comparare eam maluerit, et necessarium fiat creditori saltem sibi eam jure domini possidere: in huiusmodi casibus hanc causam esse observandam censemus, ut sive praesens sit debitor, denuntiatio ei scilicet post biennium mittatur: sive abfuerit, provinciale tribunal creditor petat, et iudicem certiorare festinet, quatenus ille eum requisierit, certo tempore super hoc ab eo statuendo: ut fiat debitori manifestum per apparitionem iudicis, quod a creditore petitum est: et certum tempus statuatur: intra quod si fuerit inventus debitor, debet is, qui pecunias creditas accepit, debitum offerre et pignus recuperare.

§. 3. Sin autem nullatenus fuerit inventus, iudex certum tempus definiat, intra quod ei licentia dabitur sese manifestare et offerre pecuniam et pignus a pignoratione liberare. Sin autem tempore statuto vel minime fuerit inventus vel creditam pecuniam totam offerre noluerit: tunc creditor adeat culmen principale et precibus porrectis, jure domini a nostra serenitate habere eandem rem expetat, habeatque ex divino oraculo eam in suo dominio. Et postquam hoc fuerit subsecutum, pietatis intuitu habeat debitor intra biennii tempus in suam rem humanum regressum, ex die sacri oraculi numerandum: et liceat ei creditori, qui jam dominus factus est, offerre debitum cum usuris et damnis vitio eius creditori illatis: quorum quantitatem creditor debet suo juramento manifestare, et suum pignus recuperare. Sin autem biennium fuerit elapsum, plenissime habeat rem creditor idemque dominus iam irrevocabilem factam.

§. 4. Sed si quidem minus in pignore plus in debito inveniat: in hoc quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra. Sin autem ex utraque parte quantitas aequa inveniat: sine omni dubitatione totam rem antea pignoratam retineat. Sin autem minus, quidem in debito, amplius autem in pignore fiat: tunc in hoc, quod debitum excedit,

dit, omnia debitori jura integra lege nostra servabuntur: creditoribus quidem foeneratoris non suppositum, aliis autem debitoris creditoribus vel ipsi debitori servatum. Et ne excommunicone fiat aliqua difficultas, licentia dabitur creditori seu domino, aestimationem superflui debitori vel creditori debitoris cum competenti cautela in cum exponenda offerre.

§. 5. Sin vero creditor postquam jure dominii hoc possideat, vendere hoc maluerit: liceat quidem ei hoc facere: si quid autem superfluum sit, debitori servare. Sin autem dubitatio exorta fuerit pro venditione, utpote vilioze pretio facta, sacramenti religionem creditor prestare compellatur, quod nulla machinatione vel circumscriptione usus est, sed tanti vendiderit rem, quanti potuerit venire: et hoc tantummodo reddi debitori, quod ex juramento superfluum fuerit visum. Sin autem exjurejurando etiam minus habuisse creditor inveniatur: in residuum habeat integram actionem.

§. 6. Aestimationem autem pignoris, donec apud creditorem eundemque dominum permaneat, five amplioris five minoris quantum ad debitum quantitatis est, judicialis volumus esse disceptationis: ut quod judex super hoc statuerit, hoc in aestimationem pignoris obtineat.

Die öffentlichen Aushänge findet Justinian, wie es scheint, bey Verkaufung der Pfandstücke nicht mehr nöthig, da sie ohnedem schon, wie er anführt, zu seiner Zeit aus der Mode gekommen waren. Dagegen räumt er dem Schuldner, statt einer Jahresfrist, die ehemals gewöhnlich war, zur Einlösung der Landesobrigkeitl. zugeschlagenen Pfänder, eine Zeit von zwey Jahren ein. So ist auch die Abwartung zweyer Jahre vor der Zuschlagung ebenfalls neu. Nach den Worten soll selbst der Verkauf erst nach zwey Jahren geschehen können, wovon doch andere Gesetze das Gegentheil zu sagen scheinen. Man nimmt gemeiniglich an, daß nur, im Fall die Addictio dominii geschehen soll, die zwey Jahr abzuwarten nöthig sey. Ich weiß aber nicht, wie sich dieses mit den Worten des Gesetzes vereinigen läßt. Denunciatio ist hinlänglich, wenn der Schuldner das Pfand in Händen hat. Sententia judicialis wird bey einer Hypothek erfordert, wo erst der Besitzer bis zur Hülfsvollstreckung ausgeklagt werden muß. Es ist wahrscheinlich, daß Justinian unter dem Debitore, von dem in diesem Gesetze geredet wird, auch den dritten Besitzer einer Hypothek begreift und was er von dem Debitore hier verordnet, auch von diesem dritten Besitzer verstanden wissen will. Denn indem gegen ihn die Hypothek ausgeklagt wird, so ist er

in so fern so gut Debitor, als wenn er die Schuld selbst gemacht hätte. *Quatenus ille eum requisierit* heißt: daß der Richter ihm die Zahlung auferlege. *Apparitione iudicis* sind die Gerichtsdiener. *Culmen principale, r. o. fra serenitas, divinum* und *Sacrum oraculum* sind lauter Benennungen, die Justinian sich selbst und seinen Rescripten beylegt. *Pietatis intuitu* heißt: aus Billigkeit deshalb auch das Wiederlösungsrecht, *humanus regressus*, ein aus Billigkeit nachgelassenes Recht genannt wird. *Fenerator* heißt der Gläubiger. *Unter competenti cautela in eum exponenda* ist vermuthlich die genaue Prüfung zu verstehen, ob der Gläubiger des Schuldners und ehemaligen Eigenthümers des Pfandstücks, wirklich an diesen lektern zu fordern hat. Der Gläubiger, dem die Adiction geschehen, soll so wenig dabei gewinnen, daß, wenn er auch nach der Adiction das Pfand verkauft und mehr davor bekommt,

als den Werth, warum die Zuschlagung geschehen; solches dem Schuldner zu gute geht. Doch ist dies vermuthlich nur von dem Fall zu verstehen, da der Verkauf binnen denen zur Wiederlösung nachgelassenen zwey Jahren geschieht. Wenn der Gläubiger das Pfand auch um den Tarmößigen Preis verkauft hat, so kann ihm doch der Schuldner darüber den Eyd zuschieben, ob er nicht hätte können mehr davor bekommen? Wenn aber der Gläubiger das Pfand nicht verkauft, sondern, nachdem es ihm eigenthümlich zugeschlagen worden, solches behält, so bleibt es nach §. 6. bey der gerichtlichen Taxe. So lange das Wiedereinlösungsrecht auch nach der Adiction dauert; ist der Gläubiger noch nicht recht Eigenthümer; sondern behält noch immer mehr die Eigenschaft eines Gläubigers, und kann sich deshalb den während der Zeit im Pfandstück gefundenen Schatz nicht anmaßen, L. 63. §. ult. de A. R. D.

§. 198.

Wenn diese zwey Jahr von Zeit der geschehenen Erinnerung an den Schuldner oder der ergangenen Definitivsentenz in der hypothekarischen Klagesache fruchtlos verstrichen; kann sich der Gläubiger durch ein Landesfürstl. Rescript die Pfandstücke eigenthümlich zuschlagen lassen; welches Zuschlagen aber nicht eher, als nach abermaliger Privat- oder öffentlicher gerichtlicher Vorforderung und nach

nach Verstreichung einer abermals zu setzenden Zahlungsfrist erfolgt.

§. 199.

In diesem Fall bekommt der Gläubiger die Pfänder um die Taxe. (223) Wenn nach solcher die Schuld geringer ist, als der Werth der Pfänder; so bekommt der Schuldner das Uebrige heraus. Ist die Schuld grösser; so bleibt dem Gläubiger sein Recht, des Restes wegen sich noch allemal an seinen Schuldner zu halten, unbenommen.

(223) Die Zueignung des Eigenthums ist wie ein Kauf und eine Annehmung an Zahlungsstatt anzusehen. Daher im Fall einer Entwehrung hier eben der Negress genommen wird, den ein Käufer nehmen würde. L. 24. pr. de P. A. Eleganter apud me quaesitum est, si impetrasset creditor a Caesare, ut pignus possideret: idque evictum esset: an habeat contrariam pignoratitiam? Et videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum. Immo utilis ex emto accommodata est: quemadmodum si pro soluto ei res data fuerit, ut in quantitatem debiti ei satisfiat, vel in quantum eius interfit. Et compensationem habere potest creditor, si forte pignoratitia vel ex alia causa cum eo agitur.

In diesem Gesetz erkennt ANT. FABER Rational. ad h. l. wieder die Hand des Tribonian. Eleganter apud me quaesitum est,

sichet sich vor den Ulpian nicht, der blos quaesitum est gesagt haben würde. Den Fall selbst würde Ulpian nicht in den Büchern ad Edictum, sondern in den Disputationibus oder Opinonibus vorgetragen haben. Diese Vermuthungen läßt man dahin gestellt seyn. Die Worte: videtur finita esse pignoris obligatio et a contractu recessum, sind nicht so absurd, als dieser Verfasser meint. Es kann allerdings nur gesagt werden: videtur finita, weil impetratio dominii nur alsdenn den Pfandvertrag endigt, wenn nicht fremde Güter, sondern solche, die der Gläubiger behalten kann, versetzt, und das Eigenthum davon durch ein Rescript erhalten worden. L. 98. de Solut. Obligatio pignoris ist hier der Pfandcontract. Dieser galt auch über fremde Güter und also ist die Schwierigkeit gehoben, die der Verfasser macht, wenn er sagt: non esse finitum

aut extinctum pignus quod nec initium unquam habuit. Daß zum voraus gesetzt worden: non posse tractari de pignoratitia actione personali, quin supponatur obligatio pignoris, ist nicht lächerlich; weil pignoris obligatio soviel heißt, als der Pfandcontract; und dieser wird nothwendig vorausgesetzt, wenn die Personalpfandflege entstehen soll. Es läßt sich überdem gar wohl gedenken, daß der Pfandgläubiger im angeführten Fall, seines Regresses wegen, act. emti util. nach L. 4. C. de Evict. und auch zugleich act. pign. contrar. habe. Einerley Recht kann durch mehrere Rechtsmittel ausgeführt werden. Auf diesen L. 4. C. de Evict. zielen, nach des ANT. FABER Meinung, die Worte: utilis ex emto accommodata est. Er will aber die Nehtlichkeit zwischen diesem Gesetz und dem Fall des cit. L. 24. de P. A. nicht passiren lassen. Datio in solutum und impetratio dominii a Principe seyn sehr unterschieden. Jene befreyt den Schuldner ipso jure; diese nur ope exceptionis. Allein dieser Unterschied kann hier nicht in Betracht kommen, da von einer ganz andern Sache die Rede ist. Die Klage auf das id quod interest räumt der Verfasser bey Entwehrung eines Con-

ventionalpfandes ein, das der Gläubiger sich vom Landesfürsten eigenthümlich eingeben lassen. Wie kann es also eine Unwissenheit des Tribonian seyn, daß er nicht, nach L. 74. §. 1. de Evict. dem Gläubiger blos die Schuld selbst angewiesen, ohne Aufrechnung einiges Interesse. Er sieht selbst ein, daß dieses Gesetz nur von der Addiction eines pignoris judicialis rede. Dec. 100. Err. 8. Wie gegen den Gläubiger, der das Eigenthum des Pfandes vom Principe erhalten, und durch die Entwehrung solches verlohren, die act. pignoratit. erhoben werden könne, wie cit. L. 24. pr. in fin. zum voraus gesetzt wird, läßt sich nicht anders erklären, als daß der Gläubiger noch mehrere Pfänder ausser dem eigenthümlich erlangten, in Händen gehabt, und selbige nun, nachdem der Gläubiger durch die Impetrat. dominii befriediget worden, von demselben abfordere, der Beklagte aber, weil die vom Principe ihm eigenthümlich überlassenen Pfänder indeß entwehret worden, deshalb Ausflüchte machen, und sich wegen seiner wieder aufwachenden Forderung und Pfandgerechtigkeit, an diese übrigen Stücke halten wolle. l. c. Err. 9.

§. 200.

Im ersten Fall, da nemlich die Schuld geringer ist, hat der Schuldner noch eine Art eines Mit eigenthums an denen

denen Pfändern, nach Proportion dessen, was er darauf heraus bekommen muß; dergestalt, daß er und seine übrigen Gläubiger, wenn es mit dem, der die Landesfürstliche Zuschlagung erhalten, zum Concurs käme; der Schuldner und seine Gläubiger die Absonderung ihres Ueberschusses von der Concursmasse fordern können.

§. 201.

In allen Fällen aber hat der Schuldner das Recht, binnen zwey Jahren sein Pfand bey dem Gläubiger, so die Landesobrigkeitliche Zuschlagung des Eigenthums erhalten, gegen Bezahlung der Schuld, Zinsen und Kosten wieder einzulösen. (224)

(224) Nach zwey Jahren ist das Recht des Verpfänders zur Wiedereinlösung zwar erloschen; jedoch kann sich der Gläubiger seines unwiderruflich erlangten Eigenthums ausdrücklich oder stillschweigend begeben. Letzteres geschieht alsdenn, wenn der Gläubiger sich noch immer die Zinsen seiner Forderung bezahlen läßt. L. 2. C. de jur. dom. imp. Si creditor pignus jure dominii a nostra serenitate possidere petiit et post formam re-scripti alio anno usuras a vobis accepit, a beneficio impetrato recessisse videtur.

§. 202.

Da die Verkaufung des Pfandes eine Art einer Hülfsvollstreckung ist, diese aber nicht eher erlaubt ist, bis, nach geführter Untersuchung, die Schuld richtig befunden worden; so muß natürlicher Weise, bey dem Verkauf der Pfänder, gleiche Behutsamkeit gebraucht werden. Bey Forderungen, die auf Berechnungen beruhen, ist daher eine vorher gepflogene richtige Berechnung schlechterdings nothwendig. (225)

(225) L. 5. C. de distr. pign. Si residuum debiti paratus es solvere, praeses provinciae dabit tibi arbitrum: apud quem quantum sit, quod superest ex debito, examinabitur: et sive ad judi-

cem venire adversa pars cessaverit, sive oblato superfluo ad venditionem profuerit: improba alienatio proprietatis tuae jus non aufert,

§. 203.

Ist die Zahlung auf Tagezeiten gesetzt, und es ist nicht besonders ausgemacht, daß, bey Ausbleibung jeder einzelnen Frist, sogleich zum Verkauf geschritten werden soll; so darf man mit dem Verkauf nicht eher verfahren, bis alle Tagezeiten verstrichen sind, und alsdenn es noch an der Zahlung fehlet. (226)

(216) L. 8. §. 3. ff. de P. A. Si annua, bima, trima die, triginta stipulatus, acceperim pignus: pactusque sim, ut, nisi sua quaque die pecunia soluta esset, vendere eam mihi liceret: placet, antequam omnium pensionum dies veniret, non posse me pignus vendere: quia eis verbis omnes pensiones demonstrarentur. Nec verum est sua quaque die non solutam pecuniam antequam omnes dies venirent. Sed omnibus pensionibus praeteritis, etiam si una portio soluta non sit,

pignus potest venire. Sed si ita scriptum sit, si qua pecunia sua die soluta non erit, statim competit ei pacti conventio. Der Ausdruck: annua bima, trima die heist; auf drey Tagezeiten. Die verschiedenen Tagezeiten machen zusammen nur Eine Schuld; es ist daher nicht zu verwundern, daß der Verkauf des Pfandes, in Ermangelung anderer ausdrücklichen Verabredung, bis zum Ablauf aller Termine auszu sehen.

§. 204.

Hat man, des Verkaufs wegen, besondere Clauseln der Verpfändung beygefüget; so bestehen solche entweder darinnen, daß, bey anstehender Zahlung, sogleich zum Verkauf der Pfänder geschritten werden; oder darinn, daß,

daß, der ausbleibenden Zahlung ohnerachtet, keine Veräußerung geschehen solle. Wofern verabredet worden, daß der Pfandgläubiger selbst alsdenn zu verkaufen nicht berechtigt seyn soll, wenn auch der Schuldner zu rechter Zeit nicht bezahlet; oder es sind Zeit, Ort und Umstände bestimmt; der Gläubiger aber handelt gegen die getroffene Verabredung: so begeht er einen Diebstahl. Er darf in dem ersten Fall gar nicht verkaufen, wenn er nicht vorher den Schuldner in drey verschiedenen Terminen gemahnet hat. (227)

(227) L. 4. de P. A. Si convenit de distrahendo pignore, sive ab initio sive postea: non tantum venditio valet, verum incipit emtor dominium rei habere. Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore: hoc tamen jure utimur, ut liceat distrahere: si modo non convenit, ne liceat. Vbi vero convenit, ne distraheretur: creditor, si distraxerit, furti obligatur: nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat et cessaverit.

L. 5. eod. Idque juris est: sive omnino fuerint pacti, ne veniat: sive in summa, aut conditione aut loco, contra pactio- nem factum sit.

L. 7. §. 2. de distr. pign. Queritur, si pactum sit a creditore, ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus, quid juris sit, et an pactio nulla sit talis: quasi contra jus sit posita, ideoque veniri possit? Et certum est, nullam esse venditionem: ut pa-

ctio nistetur. L. 73. de furt. cf. Paul. Sent. Rec. L. 2. Tit. 12. §. 5. Der Vertrag, daß das Pfand von dem Gläubiger nie veräußert werden solle, ist ungültig. Doch gilt die Verabredung, daß die Antichresis unverkäuflich seyn solle. ANT. FABER Err. pragmat. Dec. 9. Err. 7.

In cit. L. 7. §. 2. muß, wie ANT. FABER Err. pragmat. Dec. 87. Err. 2. sehr gründlich ausgeführt, statt: ne liceat debitori, gelesen werden: ne liceat creditori. Die Versprechung, daß der Schuldner die Pfandsache nicht verkaufen solle, ist nicht wohl zu gedenken, weil der Gläubiger kein Interesse dabey hat; und wenn er es hätte; so würde er zwar solches ausführen und seine Schadenshaltung durch die hypothekarische Klage suchen; nicht aber die Veräußerung einer Nullität beschuldigen können. Ein Interesse des Gläubigers, so derselbe dabey hatte, nachdem der Schuldner die hypothecirte Sache veräußert

äußerte, oder nicht veräußerte, ließ sich zur Zeit des Marcian, von welchem L. 7. §. 2. cit. ist, um so weniger gedenken, weil damals dem dritten Besitzer noch kein Beneficium excussionis gegen den hypothekarischen Kläger zukam.

Aus Vergleichung des cit. L. 73. de furr. mit cit. L. 4. de P. A. ist ersichtlich, daß jede Veräußerung des Pfandes, so der Gläubiger vornimmt, und wobey er die gehörigen Verkündi-

gungen und Erinnerungen an den Schuldner ermangelt läßt, es sey ausgemacht worden, daß der Gläubiger verkaufen dürfe oder nicht, allemal eine Nullität mache. Der Grund der Nullität liegt also nicht in dem pacto de non alienando, sondern in der Unterlassung der Denunciationen. ANT. FABER hält daher den Anhang des cit. L. 7. §. ult. ut pactioni stetur nicht ohne Grund vor einen Zusatz des Tribonian, l. c. Err. 4.

§. 205.

Ist ausgemacht, daß man bey verweilter Zahlung sogleich zum Verkauf soll schreiten können; so wird die Erinnerung des Schuldners ohnnöthig gehalten. (228) Der Schuldner kann aber, dieser Verabredung ohnerachtet, nach Ablauf der zur Zahlung bestimmten Frist, dennoch sein Pfand bey dem Gläubiger einlösen, wenn solches noch nicht verkauft seyn sollte. (229)

(228) Wenn der Tag der Zahlung bestimmt und ausgemacht worden; denn da gilt die Regel: dies interpellat pro homine. Ein anders ist es, wenn dies nicht geschehen seyn sollte.

(229) L. 4. C. de P. A. Pactum vulgare, quod proposuistis, ut, si intra certum tempus pecunia soluta non fuisset, praedia pignori vel hypothecae data vendere liceret: non adimit debi-

tori adversus creditorem pignoratitiam actionem. Wenn der Gläubiger sein Geld kriegt, so kann er zufrieden seyn. Er hat, was er verlange und mehr kann er nicht fordern. Er kann keinen rechtlichen Grund angeben, weshalb ihm mehr daran liege, das Pfand zu verkaufen, als vom Schuldner die Zahlung anzunehmen. Es wäre ein bloßer Eigensinn des Gläubigers und ein Schade des Schuldners, der dem

dem Gläubiger nichts helfen wollte, da ihm doch das Geld zur würde, wenn dieser schlechterdings Befriedigung dargebothen wird. mit der Veräußerung verfahren

§. 206.

Diese Verabredung hat übrigens dieses mit den mehresten andern gemein, daß die Wirkung davon den Erben so gut zu statten kommt, als dem Pfandnehmer selbst. (230)

(230) L. 8. §. 4. de P. A. De si nihil in contrarium actum est. Der Ausdruck: actum est, heißt vendendo pignore in rem pactio concipienda est, ut omnes continerantur. Sed et si creditoris duntaxat persona fuerit comprehensa, etiam heres eius vendet, hier eben so viel, als conventum est. Unter dem Worte: omnes, sind Erben und Cessionarien zu verstehen.

§. 207.

Wenn die Grundstücke einem Unmündigen gehören; so ist eine von denen Gläubigern, vermöge längst habenden Pfandrechts, unternommene Veräußerung, der der Vormund nicht widerstehen können, keines Decrets bedürftig; wohl aber, wenn die Veräußerung von dem Vormunde ohne Zudringen der Pfandgläubiger geschieht.

§. 208.

Inzwischen kann sich doch der Unmündige, wenn dabey eine Gefahrde gespielt worden, oder ihm sonst dadurch ein großer Schade geschehen, der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bedienen. (231)

(231) Daß, wofern die Gläubiger ein Grundstück ihres Pfandrechts wegen zum Anschlag bringen, zur Veräußerung kein Decret nöthig sey, lehrt L. 1. C. de praed. minor. L. 1. §. 2. de Reb. eor. qui sub tut. Daß aber, wenn die Gläubiger auf die Veräußerung nicht dringen, dem Vormund, des hastenden Pfandrechts ohnerachtet, nicht frey stehe, ohne Decret freywillig eine Veräußerung vorzunehmen, beweist L. 2. C. eod. Jedoch steht dem Unmündigen in beyden Fällen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu, wenn eine Gefahrde vorgegangen cit. l. 2. C. oder wenn der Unmündige sonst sehr gekürzt ist. L. 1. C. Si advers. vend. pign. Eriam adversus venditiones pignorum, quae a creditoribus fiunt, minoribus subveniri, (si tamen magno detrimento afficiantur) jam pridem placuit. Si igitur pignori captis praediis ac distractis, enorme damnum ex huiusmodi venditione passos vos ostenderitis: praesertim cum hodie minores vos esse affirmatis, auxilium restitutionis vobis impertietur. Das folgende Gesetz L. 2. C. eod. Rem, quam, a patre vestro, quondam, creditor eius, obligatam sibi, distractit, per aetatem vestram postulantium revocari, desiderium, non habet rationem. Quod iuris est, etiamsi extraneo successistis. Nam si creditor non bona fide versatus est: ipsura ma-

gis vel tutores, sive curatores vestros, qui hanc venundari passi sunt convenire, scheint zwar die Unmündigen, ausser dem Fall einer von dem Käufer bewiesenen Gefahrde, mit dem Restitutionsgesuch abzuweisen. Da sie aber an den Pfandgläubiger oder Vormund verwiesen werden, und dies die Ursach ist, warum sie gegen den Käufer nicht gehört werden sollen; so folgt daraus, daß, wenn diese nicht im Stande sind, den Schaden zu ersetzen; sodenn doch hinterher gegen den Käufer geklagt werden könne.

Die K.K. wollen also nur, daß der Unmündige sich erst an den Gläubiger oder seinen Vormund halten soll, ehe er den Käufer in Anspruch nehmen kann. Hiemit sind sie von dem abgegangen, was sie L. 3. C. Si tut. vel cur. interv. verordnet hatten; daß nehmlich, auch ohne vorher den Vormund belangt zu haben, Unmündige sogleich Restitution suchen dürfen. Justinian hat die neuere Verwendung derer Gesetzgeber, daß ein Unmündiger sich zuerst an seinen Vormund halten sollte, L. 13. §. ult. C. de Judic. bestätigt.

Der Umstand, daß die Hypothek vom Vater oder wenigstens Vorfahr des Unmündigen auf die Sache gelegt worden, ist hier nicht, wie doch die Erklärer fast durchgängig annehmen, von einem besondern Einfluß. Dies lehrt cit. L. 2. C. de praed. min.

wo eben dasjenige, was hier, nemlich L. 2. C. si advers. vend. pign. vorkommt, von einer jeden schon vorhandenen Verpfändung gesagt wird, die 3. C. von des Unmündigen Vormunde selbst geschähe wäre.

Dieses bestärkt auch L. 9. pr. ff. de Minor. Eine Ausnahme aber ist bey einer aus fiscalischen Anforderungen herrührenden Subhastation zu machen, wovon L. 3. C. Si advers. fisc. reder. Edictio quidem Divi Marci, parentis nostri, res minorum exceptae, nihil tuum adjuvant desiderium: si quidem debiti causa patris minoris vel etiam ipsius praedia venundata quinquennii praescriptionis nullam admittunt quaestionem. Sed quoniam per collusionem sive fraudem tunc temporis procuratoris nostri nimis exiguo pretio fundum tuum cum mancipiis venundatum asseveras: si aditus Rationalis noster tuis adesse fidem allegationibus, nec servatam solennitatem hastarum animadverterit: fisco te satisfaciente, revocata venditione, fundum tibi restitui jubebit. Der R. Marcus Antoninus hatte verordnet, daß, wenn Jemand bey fiscalischen öffentlichen Steigerungen kaufte, gegen ihn nach Verlauf von fünf Jahren, keinerley Anspruch, von wem es auch sey, gemacht werden dürfe. Bey dieser Verordnung waren jedoch Unmündige ausgenommen, deren Sachen etwa der Fiscus sich, als Westph. Erl. v. Pf. R.

eigenthümlich, unter andern Gütern mit angemäset. Denn diese Unmündige konnten ihr Eigenthum auch noch nach 5. Jahren gegen den Käufer ausführen. Allein in dem Fall des L. 3. hatte der Fiscus des Unmündigen Sachen sich nicht als ein Eigenthum angemäset; sondern er war wegen einer fiscalischen Schuld des Vaters vom Unmündigen, oder des Unmündigen selbst, zur Veräußerung geschritten. Folglich paßte die Ausnahme, welche R. Marcus zum Besten derer Unmündigen gemacht hatte, hieher nicht. Die Rabere nennen in unsern Gesetzen sehr oft jeden ihrer Vorfahren, Parens noster; wenn er ihnen auch gleich nichts angeht. Es ist daher kein Wunder, daß Diocl. und Marc. dem R. Marcus gleiche Benennung beylegen. Da R. Zeno demjenigen, der bey fiscalischen Steigerungen gekauft, so gleich und ohne Ablauf einer fünfjährigen Zeit, völlig sicher gestellt wissen will, so ist auch ein Unmündiger, dessen Güter, wegen darauf haftender Forderungen veräußert worden, gegen den Käufer eine Restitutionsklage zu erheben, auf keinerley Weise befugt. Es versteht sich aber, wie das Gesetz selbst hinzu setzt, daß die Subhastation oder Auction in gebührender Form geschehen sey. Da es nach dem Obigen, wenn gleich der Verkauf auf Andringen des Gläubigers geschehen, doch allerley Einwendungen giebt, die ein Un:

Unmündiger dagegen machen kann, so erklärt sich daraus L. 7. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. in welchem die Einwilligung des Vormundschaftsamt's, wo nicht nöthig, doch nützlich declariret wird. Ist der Unmündige der Gläubiger, so darf nach dem neuesten Rechte der Vormund ohne Decret auf die Veräußerung des

Pfandes, zu Hebung der Forderung des Unmündigen nicht dringen, weil dadurch ein Recht, so einer unbeweglichen Sache gleich geachtet wird, aufgehoben würde. L. 22. C. de admin. tut. obgleich nach dem ältern Rechte die Gewalt des Vormundes hierinn weiter ging. L. 5. §. 3. de reb. eor. qui sub tut.

§. 209.

Die Wirkung des Verkaufs bey einem Pfande ist in Ansehung des Käufers, wie bey andern Käufen, diese, daß der verkaufende Gläubiger, nach geschlossenem Handel, und erfolgter Uebergabe, völlig alle Ansprüche an der Sache verliert, und der Käufer nun das völlige Eigenthum erhält; obwohl vor der Uebergabe des Verkäufers dingliche Rechte noch in ihrer Kraft verbleiben. (232)

(232) L. 13. C. de distr. pign. Qui praedium obligatum a creditore comparavit, si in vacuam possessionem inductus non est: nullam in rem actionem habet.

L. 15. C. eod. Obligatis pi-

gnori mancipiis a creditore distractis ac traditis: si post debitor quondam haec sollicitaverit, non venditori, sed emtori, contra possidentem competit actio.

§. 210.

Das Eigenthum des Verpfänders geht bey einer rechtlichen Veräußerung des Gläubigers völlig verloren, wacht aber wieder auf, wenn der geschlossene Handel rückgängig wird. (233)

(233) L. 10. §. 1. quib. mod. pign. Creditor quoque si pignus

distraxit et ex venditione receptum fuerit, vel homo redhibitus: domi-

dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus quibus concessum est, rem alienam vendere. Non enim quia dominium transferunt, ideo ab emptore jus eius recipiunt: sed in

pristinam causam resredit, resoluta venditione.

L. 18. C. de distr. pign. Qui a creditore pignori obligatum praedium jure emit, de proprietate vinci non potest.

§. 211.

Der Kauf berechtigt den Käufer, wenn ein Fremder einen Anspruch an denen verkauften Sachen hat, gegen den Verpfänder seine Rückforderung zu suchen. (234)

(234) L. 12. §. 1. de distr. pign. verb. vel ad emptorem, post evictionem. V. supra.

§. 212.

In Ansehung des Gläubigers hat der Verkauf den Nutzen, daß er nunmehr durch das erhaltene Kaufgeld zu seiner Befriedigung kommt; und zwar, wie bey andern Zahlungen gewöhnlich ist, solches zuerst auf die Zinsen, hernach auf das Capital rechnen kann. (235)

(235) L. 35. pr. de P. A. Cum et sortis nomine, et usurarium, aliquid debetur, ab eo, qui sub pignoribus pecuniam debet: primum usuris, quas jam tunc deberi constat: deinde, si quid superest, sorti accepto ferendum est. Nec audiendus est debitor, si cum parum idoneum se esse sciat, eligit, quo nomine exonerari pignus suum malit. Dem Schuldner wäre es freylich lieber, wenn die Zahlung erst auf das Capital und, denn hernach

auf die Zinsen gerechnet würde; weil von Zinsen keine Zinsen pflügen, wohl aber von dem Rest des Capitals. Allein eben darum haben die Gesetze vor dem Gläubiger gesorget, weil sonst der Schuldner allemal erst das Capital zahlen, und dadurch den Gläubiger in Schaden bringen würde, dem der Schuldner doch widerrechtlich seine völlige Zahlung vorenthält. Ein anders ist es, wenn wegen der Zinsen nur eine naturalis obligatio vorhanden.

Uebrigens hat der Schuldner das Recht, bey einer Zahlung zu sagen, daß solche nicht auf die Zinsen, sondern blos auf das Capital gerechnet werden solle, weil der Gläubiger wegen solcher Zinsen keine Klage hat. Falls aber der Schuldner bey der Zahlung

nicht erinnert, daß sie auf das Capital solle abgerechnet werden; so steht dem Gläubiger frey, sie ebenfalls zuerst auf die Zinsen zu rechnen, L. 101. §. 1. de Solut. die Worte: cum parum idoneum se esse sciat sind irrelevant.

§. 213.

Er behält überdem, so weit durch Einnahme des Kaufgeldes die Schuld noch nicht getilget, und dabey dem Gläubiger nichts zur Last zu legen ist, seine Ansprüche an den Schuldner ungekränkt. (236)

(236) L. 9. de distr. pign. Quaesitum est, si creditor ab emptore pignoris pretium servare non potuisset, an liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum: quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

§. I. eod. Pomponius autem lectionum libro secundo ita scripsit: quod in pignoribus dandis adjici solet, ut quo minus pignus venisset, reliquum debitor redderet, supervacuum est: quia ipso jure ita se res habet, etiam non adjecto eo.

L. 3. C. eod. Hypothecis vel pignoribus a creditoribus venundatis, in id, quod deest, adversus reum vel fidejussorem eius actio competit. Auf eben dem Grunde beruhet die Entscheidung L. 8. C. Si cert. pet. Das Pferd war vor 100 aureos überlassen und diese 100 aurei waren dem Schuldner gebergt. Das Kleid, so er zur Sicherheit gegeben, war zwar nur 80 aureos werth und diese waren daraus gelöst und nicht mehr. Dem ohnecachtet behielt der Gläubiger noch 20 aur. zu fordern.

§. 214.

Wegen der Gewähr haftet er zwar dem Käufer ordentlicher Weise nicht. (237) Sollte er aber aus besondern

dern Ursachen zu haften schuldig seyn; so nimmt er, wenn es zur wirklichen Entwährung kommt, gegen den Schuldner seinen Rückanspruch. (238)

(237) L. 10. de distr. pign. Etsi is qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit si velit ejusdem rei ex alia causa quaestionem movere.

Die Regel, daß der Gläubiger dem Käufer keine Gewähr leihe, hat verschiedene Ausnahmen. Dahin 1) wenn der Gläubiger die Sache nicht als Gläubiger, oder wie die Gesetze reden, nicht jure creditoris, jure pignoris, lege pignoris, sondern als Eigenthümer, oder wie die Gesetze es ausdrücken, jure communi, verkauft hat. Der Käufer ist in diesem Falle von dem Gläubiger angeführt. Er würde sich vielleicht auf einen Kauf gar nicht eingelassen haben, wenn der Verkäufer ihm gesagt, daß das Pfand nicht ihm, sondern seinem Verpfänder und Schuldner zugehöre. 2) Wenn der Gläubiger gewußt, daß der Verpfänder nicht Eigenthümer sey. Auch hier hat der Verkäufer eine Gefahrde begangen, da er vorsätzlich den unwissenden Käufer in Schaden gebracht. 3) Wenn der Gläubiger vor die Gewähr zu stehen ausdrücklich versprochen hat. 4) Wenn der Verkäufer

gar kein Pfandrecht hat. Denn alsdenn ist er zum Verkauf unberechtigt gewesen; und davor muß der Verkäufer natürlicher Weise haften, daß er ein Recht zum Verkauf habe. 5) Wenn der Verkäufer zwar ein Pfandrecht, jedoch nur ein nachgehendes Recht gehabt, und andere vorgehende Gläubiger hernach dem Käufer das erkaufte Pfand entgegenwehren. Außer diesen Fällen haftet zwar der verkaufende Gläubiger vor die Gewähr selbst nicht, jedoch ist er 6) schuldig, dem Käufer, wenn dieser es verlangt, seine gegenseitige Pfandklage gegen den Schuldner abzutreten. Diese kann vielleicht, weil etwa z. E. Bürgen dabey sind, besser und dem Käufer nützlicher seyn, als die actio emti utilis. Es ist allerdings besonders, daß, da der Pfandgläubiger selbst keinen Grund haben würde, in diesem Fall sich der act. pign. contrar. zu bedienen, solche ihm dennoch in so fern zukommt, daß er sie dem Käufer abtreten kann. Aber alle Beurtheilungen helfen nicht, wenn, wie hier, die Gesetze klar sind. L. 1. C. Cred. evict. pign. non deb. Cum jure creditoris propter fisci debita praedium obligatum procurator meus vendidit, evictio non debetur: quia et privatus creditor eodem jure

jure utitur: nisi nominatim hoc repromissum a privato fuerit creditore. Si tamen fiscus in jus alterius creditoris successit, emtori non iusta nomine fisci movetur controversia: sive quia prior fuerat, quando vendebat, sive quia inferior: quoniam hoc utique praestare debet, qui pignoris jure vendit, potiorum se caeteris esse creditoribus.

L. 2. C. cod. Si a creditrice jure pignoris fundos obligatos pater tuus comparaverat: evictis praediis ita demum petitionem adversus creditricem habere jure potes, si, vel cum vendidit, de evictione rei promisit: vel etiam dolo malo, cum sciens prudensque esset, rem sine vitio non esse, eam patri tuo, cui successisti vendidit. Nam sicuti genus huiusmodi contractus incivilem creditorem vinculo evictionis non adstringit: ita eum, qui fraudem admisit, vel decepit, non excusat.

L. 38. ff. de Eviction. In creditore, qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex emto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet. Habet autem contrariam pignoratitiam actionem? Et magis est, ut praestet. Cui enim non aequum videbitur, vel hoc saltem consequi emtorem quod sine dispendio creditoris futurum est. L. 11. §. 16. ff. de Act. E. V. Der kaiserliche Ver-

walthaber, dessen cit. L. 1. C. erwähnt wird, hatte keine Vollmacht gehabt, wegen derer jure fisci veräußerten Pfandstücke die Gewährleistung zu versprechen und hatte solche auch nicht versprochen. Daher hatte gegen den Fiscus die Gewährklage nicht statt. Ein anders aber würde es gewesen seyn, wenn die Entwehrung aus einem vorzüglichen Pfandrechte eines andern Gläubigers geschehen sollen, dieser aber seine Rechte dem Fiscus abgetreten hätte. In diesem Fall hätte der Fiscus, als Cessionarius, nicht selbst die Entwehrung sich anmaßen können. Denn da der Fiscus selbst, als Gläubiger, das Pfandstück verkauft hatte; so mußte er davor haften, daß kein anderer Gläubiger ein vorgehend Recht hatte. Im entgegen stehenden Fall mußte er die Gewähr leisten. Daher konnte er nicht selbst entwehren wollen. *Quem de evictione tenet actio eum agentem repellit exceptio.* Ja der Fiscus würde so wenig, als ein jeder anderer Gläubiger, auch als Eigenthümer gegen den Käufer, der das Pfand vom Fisco als Gläubiger, gekauft, die Entwehrung behaupten können. Obgleich der Gläubiger, im Fall ein Fremder, das, nach Pfandrecht verkaufte Pfandstück, entwehren sollte, die Gewähr nicht leisten würde; so ist er doch nicht im Stande, selbst zu entwehren. Er haftet doch wenigstens in so fern, daß er dem Käufer act. pign.

pign. contrar. abtreten muß. Er handelt allemal als ein Bevollmächtigter des Verpfänders. Wenn man in Vollmacht eines andern in einem solchen Fall etwas thut, da man sich, wenn es auf eigenen Namen geschähe, seine Rechte vergeben würde; so schadet man sich auch durch das, was in Vollmacht geschehen. Ein Beyspiel giebt die Inofficio: sitatsklage, die etwa ein Sohn gegen das Testament erheben kann. Er verliert dieselbe, so bald er entweder vor sich, oder in Anderer Namen, solche Handlungen vornimmt, wodurch der im Testament ernannte Erbe anerkannt wird.

(238) L. 22. §. ult. de P. A. Si creditor, cum venderet pignus, duplam promisit: nam usu hoc evenerat: et conventus ob evictionem erat et condemnatus: an haberes regressum pignoratitiae contrariae actionis? et potest dici, esse regressum, si modo sine dolo et culpa sic vendidit: et ut paterfamilias diligens, id gessit: si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti venderet, quanti vendere potuit, etiamsi haec non promisit: regressum non habere.

L. 23. eod. Nec enim amplius a debitore, quam debiti summam consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat: et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata (consecu-

tus est) victus eam emtori restituit: etiam medii temporis usuras a debitori petere potest: quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit, palam factum est. Sed si simpliciter praestitit, doli exceptione repellendus erit ab usurarum petitione: quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acceperat.

L. 8. §. 1. de P. A. Si pignori plura mancipia data sint: et quaedam certis pretiis ita vendiderit creditor, ut evictionem eorum praestaret: et creditum suum habeat: reliqua mancipia potest retinere, donec ei caveatur, quod evictionis nomine promiserit, indemnem eum futurum.

Es war nach cit. L. 22. bey denen Verkauften nach Pfandrecht eben so, wie bey denen, die von einem Eigenthümer geschahen, gewöhnlich, die Gewähr bey doppelter Ersetzung zu versprechen. Wenn der Gläubiger dergleichen Versprechen gethan, und die Gewähr mit doppeltem Ersatz auch wirklich leisten müssen; ist alsdenn der Schuldner gehalten, dieses versprochene und bezahlte Duplum dem Gläubiger wieder zu geben? Ja; aber nur, wofern der Verkauf entweder gar nicht, oder wenigstens nicht so hoch hätte bewerkstelligt werden können, als er wirklich vollführt ist, wenn die Versprechung der Gewähr bey doppelter Ersetzung

nicht hinzu gekommen wäre. In diesem Fall hat der Pfandgläubiger des Verpfänders Nutzen dadurch befördert, daß er durch Uebernehmung des Versprechens, im Verkauf das Pfand hoch ausgebracht hat. Er konnte überdem rechtlich vermuthen, daß sein Verpfänder ihm nicht würde fremde Güter verpfändet haben. Hat dieser dennoch ein anderes gethan, so leidet er einen nicht unverdienten Schaden davor, daß er unrecht gethan. Es wird aber auch erfordert, daß der Pfandgläubiger von dem, einem Fremden zustehenden Eigenthum nicht unterrichtet gewesen, und also nicht gefährlicher Weise dem Käufer etwas verschwiegen. (*si modo sine dolo*) L. 16. §. 2. de P. A.

ANT. FABER. Err. pragmat. Err. 10. Dec. 1. meint, daß nur bey einem außgerichtlichen Verkauf des Pfandes zu untersuchen sey, ob der Gläubiger um die Beschaffenheit des Eigenthums gewußt und also eine Gefährde bezugangen oder nicht; dagegen bey dem gerichtlichen Verkauf dieser Umstand unbedeutend sey, weil hier nicht sowol der Gläubiger, als vielmehr der Schuldner selbst, verkaufe. Allein der angebliche Unterschied des FABER zwischen einer gerichtlichen und außgerichtlichen Veräußerung ist in nichts gegründet.

Warum der Gläubiger wegen des auf Interesse gestandenen Capitals, auch von derjenigen

Zeit dem Schuldner Zinsen soll abfordern können, wo er doch das Kaufgeld zu seiner Befriedigung in Händen gehabt und genutzt hat, ist nicht abzusehen. Denn wenn er gleich doppelte Ersetzung dem Käufer versprechen, so hat er doch die fünf Jahr über demselben nichts gegeben, sondern hat sein Geld in Händen behalten. Man müßte denn annehmen, wie ANT. FABER Rational. ad h. l. daß der Gläubiger dasjenige, was er über das Simplum zur Gewährrleistung versprochen, von dem Schuldner nicht wieder bekomme; dagegen aber, außer der indeß gehaltenen Nutzung des Geldes, noch die Interessen der Schuld, von der Zeit des geschehenen Verkaufs an, bis zur Entwehrung, zur Entschädigung erhalte. Dieser Erklärung aber scheint das Gesetz entgegen zu seyn. Alsdenn ließe sie sich noch hören, wenn man sie auf den Fall einschränkte, da man sagen kann, wie L. 22. §. 4. redet, *nullum emolumentum talis venditio attulit*. Hier muß der Gläubiger zufrieden seyn, wenn er nur einige Entschädigung, wegen des bezahlten Dupli, bekommt. Diese würde ihm dadurch gegeben, wenn er die Zinsen der Zwischenzeit also vergütet bekäme, als wenn er das Kaufgeld indeß nicht genutzt hätte. Ob *usu hoc evenerat* so viel heist, es war gewöhnlich, oder ob es anzeige, es wäre der vorgelegte Fall ohngefähr so gewesen, ist von weniger Erheblichkeit.

Weil

Weil es eben so angesehen wird, als wenn derjenige noch gar nicht befriedigt wäre, der zwar die Pfänder verkauft, aber wegen der Gewehr haften muß, so ist leicht begreiflich, warum cit. L. 8. sich der Gläubiger noch an die übrigen verpfändeten Knechte hielt, bis er anderweite Caution erhielt. ANT. FABER will c. 1. in denen Fällen, wo der Gläubiger vor die Gewehr dem Käufer nicht zu haf-

ten hat, doch behaupten, daß jener dem Käufer das Kaufgeld wieder geben müsse und nur von Ersetzung anderes Schadens frey sey; es wäre denn, daß der Schuldner selbst ganz insolvent und also dem Gläubiger gegen diesen der Regress abgeschnitten wäre. Allein dies hängt mit den übrigen Grundsätzen nicht zusammen.

§. 215.

Der Schuldner hat davon den Vortheil, daß er seine Schuld los wird, und er nur so viel auf seine Schuld bezahlt hat, als aus dem Pfande gelöst worden. Auf solche Art hat auch die vor den Schuldner übernommene Bürgschaft ein Ende. (239)

(239) V. supra.

§. 216.

Wenn das Pfand mehr werth ist, als die Schuld beträgt, so muß der Verpfänder den Ueberschuß heraus kriegen. (240)

(240) Eine Ausnahme ist, wenn der Gläubiger bey vorsetzlicher Abwesenheit des Schuldners, seines Ungehorsams wegen, eine Inmision auf sein ganzes Vermögen und dadurch ein prätorisches Erbrecht erhalten. Denn in diesem Fall wird, wenn der Schuldner nicht noch zu rechter

Zeit seinen Fehler verbessert, das Vermögen verkauft und ihm auch nicht einmal dasjenige, so nach erfolgter Befriedigung derer Gläubiger übrig bleibt, wieder eingegeben, wenn sich besondere Entschuldigungsursachen vor ihn finden. L. 7. §. 11. Quib. ex causl. in possess. Nov. 53. c. 3.

§. 217.

Hat der Gläubiger diesen Ueberschuß in Händen, muß ihn, oder zieht wol gar davon Zinsen, oder enthält dem Schuldner denselben ungebührlich vor, so muß er die Nutzungen dem Schuldner berechnen, und Zinsen geben.

§. 218.

Er hält sich deshalb an den Gläubiger und ist nicht schuldig, sich an den Käufer verweisen zu lassen. (241)

(241) L. 6. §. 1. de P. A. Si creditor pluris fundum pignorum vendiderit, si id foeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus. Sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet. Quod si eam depositam habuerit, usuras non debet.

L. 7. eod. Si autem tardius superfluum restituat creditor id, quod apud eum depositum est: ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.

L. 24. §. 2. eod. Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quam debitum erat: nondum autem pretium ab emtore exegerit: an pignoratitio iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum? an vero vel expectare debeat, quoad emtor solvat, vel suscipere actiones adversus emtorem? et arbitror, non esse urgendum ad solutionem creditorem: sed aut

expectare debere debitorem, aut, si non expectat, mandandas ei actiones adversus emtorem, periculo tamen venditoris. Quod si accepit jam pecuniam, superfluum reddit.

L. 42. eod. Creditor iudicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur. Nec audiendus erit, si velit emtorem delegare: cum in venditione quae fit, ex facto suum creditor negotium gerat. Bey dem letzten Gesetz muß statt: ex facto, besser: ex pacto gelesen werden. cf. Paul. Sent. Rec. L. 2. P. 13. §. 1.

Wider L. 24. §. 2. de P. A. hat ANT. FABER Rational. ad h. l. vielerley zu erinnern. Dieses Gesetz ist ebenfalls von dem Fall zu verstehen, da der Verkauf des Pfandes dem Gläubiger bey der Verpfändung ausdrücklich nach.

nachgelassen' worden, 'und das hätte der Jurist erinnern sollen. Die Partikel, quidem und autem sind dem Ulpian ungewöhnlich, und die beständigen Fragen sind es nicht weniger. Statt: urgendum ad solutionem müste es heißen: urgendum ad restitutionem. Statt: si non expectat, wäre zu sagen gewesen: si expectare nolit. Mandandas actiones sey unschicklich, weil nur von Einer Klage die Rede ist. Es sey lächerlich, daß der Schuldner die Wahl habe, ob er warten wolle oder nicht, und daß der Gläubiger eine Klage cediren solle, die ihm selbst noch nicht zustehe. Wie inzwischen die ersten Anmerkungen nur Worte betreffen, so sind die letzten ungegründet. Es wird in den Gesetze gar nicht gesagt, daß des Gläubigers Klage gegen den Käufer noch nicht gefällig gewesen; und wenn sie es noch nicht gewesen wäre, warum kann man nicht auch eventuelle und künftige Forderungen cediren? Daß der Schuldner eine Wahl habe, ist falsch. Der Gläubiger hat vielmehr die Wahl, ob er selbst bezahlen, oder jura cessa geben wolle, und dergleichen Wahl ist dem römischen Rechte sehr gewöhnlich. Daß eben von einem Fall die Rede sey, da dem

Gläubiger das Veräußerungsrecht eingeräumt worden, läßt sich nicht erweisen. Denn wenn dieser Fall auch nicht seyn sollte, so müste dennoch eben dieselbe Entscheidung statt finden. Der Verfasser merkt gar wohl an, daß es bey Verkaufung des Pfandes darauf ankomme, ob der Gläubiger da bey etwas versehen, daß er das Pfand, ohne ständliche baare Bezahlung dem Käufer ausgeliefert, oder nicht, und daß er nur im ersten Falle davor zu haften habe, aber nicht im letztern; und so vergleicht er dieses Gesetz ganz richtig mit L. 42. eod. Hat nun der Gläubiger nichts versehen, so ist er auch nicht schlechterdings zu zwingen, aus seinem Beutel dem Schuldner dasjenige vorzuschicken, was der Käufer zu bezahlen hat. Dies ist der Grund der Entscheidung und dieser ist eben so wohl in dem Fall vorhanden, wo der Verkauf nicht eine ausdrückliche Verwilligung des Schuldners vor sich hat, als in dem entgegenstehendem Falle und also muß die Entscheidung in beyden eben dieselbe seyn. Bey dem gerichtlichen Verkauf der Pfänder darf keine Rücksicht gegeben werden. L. 15. §. Sed si eritor de Re jud.

§. 219.

Ist keine derer nothwendigen Feyerlichkeiten, die bey Veräußerung eines Pfandes zu beobachten sind, unterlassen

lassen worden; so hat der Käufer ein gegründetes Eigenthum erlangt, das ihm der Verpfänder durch kein anmaßliches Wiedereinlösungsrecht entziehen kann. (242) Es wäre denn daß solches bey dem Verkauf ausdrücklich ausgemacht worden, oder daß dem Verpfänder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu statten käme. (243)

(242) L. 5. C. si vend. pign. ag. L. 7. C. de distr. pign. Si cessante solutione, creditor non reluctantante lege contractus, ea, quae sibi pignori nexa erant, distraxit: revocari venditionem iniquum est, cum, si quid in ea re fraudulenter fecerit, non emtor a te, sed creditor conveniendus sit.

L. 18. eod. Qui a creditore pignori obligatum praedium jure emit, de proprietate vinci non potest.

(243) L. 13. pr. de P. A. Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emtorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam: scripsit Julianus et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratitiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem. Sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emtorem agere.

L. 7. pr. de distr. pign. Si creditor pignus vel hypothecam vendiderit hoc pacto, ut liceat sibi

reddere pecuniam et pignus recuperare: an, si paratus sit debitor reddere pecuniam, consequi id possit? Et Julianus libro undecimo digestorum scribit, recte quidem distractum esse pignus. Ceterum agi posse cum creditore, ut, si quas actiones habeat, eas cedat debitori, sed quod Julianus scribit in pignore, idem et circa hypothecam est.

§. 1. eod. Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam recuperare? Et si quidem ita venierit, ut, si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emtio rescindatur: intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam. Si vero tempus praeteriit, aut si non eo pacto res venierit: non potest rescindi venditio: nisi minor sit annis viginti quinque debitor, aut pupillus, aut reipublicae causa absens vel in aliqua earum causarum erit, ex quibus edicto succurritur. Daß nach cit. L. 13. der Verpfänder von dem verkauften Pfandgläubiger die Abtretung seiner aus der Verabredung wegen Zurückgabe des Pfandes habenden Rechte verlangen kann, ist

ist nichts besonders. Der Pfandgläubiger kann aus dem Pfande, nach dem Obigen, keine Vortheile erwerben. Wenn er dergleichen erwirbt, so fallen solche dem Verpfänder zu. Der Pfandgläubiger handelt bey Veräußerung des Pfandes, als ein Bevollmächtigter des Verpfänders. Ein Bevollmächtigter muß seinem Gewaltgeber die aus solchen Verträgen, welche er in tragen der Gewalt geschlossen, erlangten Rechte abtreten und übertragen. Daß Ulpian auch ohne Cession dem Verpfänder eine unmittelbare Klage gegen den Käufer gestattet, ist nach denen neuern Rechtsgrundsätzen leicht begreiflich, weil, wo die Cession nothwendig und nicht willkürlich ist, und besonders, wenn ein Bevollmächtigter einen Verkauf geschlossen, daraus der Principal schon an sich act. util. hat. L. 13. §. 25. de A. E. V. Diese act. util. hat auch Ulpian vermuthlich unter der act. in factum verstanden.

Wegen der gestatteten Vindication aber ist FABER Err. pragmat. P. 1. Dec. 22. err. 6. sehr unwillig, und hält die letzte Clausel des cit. pr. L. 13. vor einen Tribonianismus. Wogegen Noodt, Donellus und andere den Ulpian vertheidigen. Wahrscheinlich zielt der Jurist auf einen Fall, wo der Verkauf des Pfandes ungültig ist, und überdem der Gläubiger wegen der Einlösung mit dem Käufer besondere Verabre-

dungen genommen. In diesem Fall hat der Verpfänder die Wahl, ob er sich der Eigenthumsklage, oder derer aus der Verabredung bey dem Verkauf habenden Rechte bedienen will.

Es enthält dies Gesetz allerdings viel außerordentliches. Der Gläubiger erhält eine Klage aus einer Verabredung, die er doch nicht auf seinen Namen, sondern auf den Namen des Schuldners geschlossen und er soll solche dem Schuldner cediren. Ein Mandatarius pflegte bey den Römern nie auf des Principals, sondern allemal auf eigenen Namen zu contrahiren. Hernach gab er dem Principal jura cessa; deren aber nach den Zeiten des R. Ant. Pii die Committenten nicht mehr benöthigt waren. Das Paradoxon wegen der BOLLziehung der Verabredung auf des Schuldners Namen, ist vielleicht aus L. 15. und 19. de Servit. einigermaßen zu rechtfertigen. Vermuthlich hat man auch seit Ant. Pii Zeiten bey der dem Principal aus des Bevollmächtigten Verabredung zu gestattenden Klage nicht mehr so genau darauf gesehen, ob der Bevollmächtigte auf seinen, oder des Principals Namen contrahirt habe, da sonst ehemals immer das erstere erforderlichlich war.

Das ist vielleicht auch ad L. 7. §. 1. cit. zu sagen. Wogegen abermals ANT. FABER Err. pragmat.

pragm. Dec. 25. Arr. 6. vieles einzuwenden hat. Die daselbst vorkommende Frage selbst ist ihm anstößig; der Ausdruck: *Soluta pecunia*; die dem Schuldner wegen des Gläubigers Verabredung gestattete Klage; der Ausdruck: *aut pupillus*; die gestattete Restit. *in integrum* nicht weniger. Die Frage ist aber nur aufgeworfen, um den besondern Fall, der vorgekommen war, zu entscheiden. Die Ausdrücke können allerdings einige Abänderung erlitten haben. Wegen der Klage gilt hier eben das, was von L. 13. cit. Die Restitutio muß dem Principal allerdings zu statten kommen, wenn gleich der Anwalt nicht unmündig ist. Ob dieser gleich

auf seinen Namen contrahirt, so geschieht es doch mit Vorzeigung einer Vollmacht von seinem unmündigen Principal, und so erhellet doch, daß dieser die Hauptperson ist.

Mit diesem Gesetz hängt zusammen, L. 13. ff. de distr. pign. *Creditor qui jure suo pignus distrahit, jus suum cedere debet. Et, si pignus possidet, tradere utique debet possessionem.* Die Cession, deren dieses Gesetz erwähnt, soll, wie der Zusammenhang lehret, an den Verpfänder geschehen. Also muß er durch den Verkauf besondere Rechte an dem Käufer erlangt und sich dergleichen ausbedungen haben.

§. 220.

Wosern jedoch der Verkauf zu wohlfeil seyn sollte; zudem der verkaufende Pfandgläubiger, aus Gunst gegen den Käufer, oder sonst gefährlich gehandelt, und der Käufer dabey ebenfalls eine Gefahrde begangen hätte; auch der Pfandgläubiger den Verpfänder schadlos zu halten, ausser Stande wäre: so gestatten die Gesetze dem Verpfänder eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Käufer, wosern er diesem sein Geld wieder erstattet und ihn völlig schadlos hält. (244)

(244) Von der Klage gegen den Verkäufer und Pfandgläubiger ist kaum etwas zu erwähnen. Sie versteht sich von selbst; der Pfandgläubiger mag ungültig mit der Veräußerung verfahren seyn,

oder er hat zwar keine Richtigkeit veranlaßt, aber doch, nicht, wie sich gebühret hätte, verfahren. Man braucht allenfalls nur die gleich folgenden Gesetze nachzusetzen, die dieses bestätigen. Die
gegen

gegen ihn auf Ersetzung alles Schadens zu richtende Klage, ist Act. pign. dir. Diese muß ehemals in diesem Fall als vindictam spirans seyn angesehen worden, und daher nicht auf die Erben übergegangen seyn. Denn so verstehe ich Paul. Sent. Rec. L. 2. tit. 17. §. 12. wovon sonst CVJ. und SCHVLTING eine Erklärung geben, die nicht wohl zu begreifen. Wenn der Eigenthümer und Pfandschuldner hingegen den Käufer will in Anspruch nehmen; so wird mehr dazu erfordert. Ist der Verkauf nicht ungültig und nichtig; so gehört dazu, daß eine Klage gegen ihn statt finde,

1) Daß der Käufer selbst nicht außer Gefahr sey. L. 1. C. Si vend. pign. ag. Praeses provinciae aditus, si fuerit probatum, tuum creditorem, cui jus distrahendi pignora fuit, dolo malo fundum vendidisse: quanti tua interest, restituere tibi eundem creditorem jubebit. Quod si de bonis creditoris condemnati solvi pecunia non potuerit et probatum fuerit, emtorem mala fide emisse: offerente te pecuniam cum usuris, quanti fundus venit, restituere tibi fundum cum fructibus malae fidei emtorem jubebit.

L. 5. C. eod. Si creditore pignus priusquam ei satisfieret, distrahente non per collusionem emtor comparaverit, successor

eius de superfluo, non emtoris heres qui rem possidet conveniendus est.

L. 4. C. eod. Cum contra bonam fidem venditionem obligatae possessionis a creditore factam alleges non observatis, quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, adito praefide provinciae experire actione competenti, non tantum adversus creditorem, verum etiam adversus possessorem, si fraudem eum participasse cum creditore docere potueris: ut revocatis quae mala fide gesta constiterit, et fructuum ratio et damni quod irrogatum apparuerit, haberi possit.

Worinn die Gefahrde und Collusion des Käufers bestehen könne, drückt L. 3. C. eod. aus: per gratiam. Dadurch wird vermutlich der Fall angezeigt, da der Käufer wohl gewußt, daß die Sache mehr werth sey und was vor Mittel gebraucht worden, um ihm zu dem Pfandstück so wohlfeil zu verhelfen, oder wo er gar den Verkäufer mit Gelde in seinen Vortheil gezogen.

Superfluum ist in cit. L. 5. C. nicht das, was sonst Hyparocha heißt, sondern dasjenige, was das Pfandstück mehr werth gewesen wäre und wie viel höher es verkauft werden sollen, als es verkauft ist, und wenn man hätte ehrlich und gebührend verfahren wollen. Successor eius ist der Erbe des

des Verkäufers und Pfandgläubigers.

L. 4. cit. scheint zwar von dem Fall einer ungültigen Pfandveräußerung zu reden. Allein, da der Gefährde des Käufers, als einer notwendigen Bedingung erwähnt wird, so muß unter den *non observatis, quae in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt* nicht so wohl die Unterlassung wesentlicher Stücke, als vielmehr, die Nichtbesorgung hinlänglicher Bekanntmachung und ein und anderer kleinerer Fehler verstanden werden, der keine Nichtigkeit macht.

2) Daß der Verkäufer außer Stande sey, den Verpfänder schadlos zu halten. *cit. L. 1. C. und L. 3. C. eod. Si uxor tua praesidi provinciae probaverit, cum aureos triginta deberet, servos suos amplioris praetii per gratiam aureis viginti creditorem vendidisset, eumque solvendo non fuisset: jubebit emptores recepto pretio restituere servos.*

3) Daß der Verpfänder dem Käufer sein Geld nebst Zinsen wiedergebe, wenn er dadurch bereichert ist, *cit. L. 1. et 3. Sollte der Verpfänder nicht bereichert*

sey, so verdient die Gefährde des Käufers diese Züchtigung, daß ihm wenigstens der Verpfänder keine Vergütung gebe. Das Rechtsmittel, dessen sich der Verpfänder gegen den Käufer bedient, ist die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Daß sie aber auf vier Jahre eingeschränkt sey, ist dem DONELLVS nur alsdenn zuzugeben, wenn der Käufer sich mit des Verpfänders Schaden nicht bereichert findet.

Ob nicht auch das Rechtsmittel des L. 2. C. de Resc. vend. gegen einen Verkauf, so der Pfandgläubiger auf rechtliche Art vorgenommen, statt finde? ist eine Frage, die zwar zu bejahen, die aber nicht hier ausgemacht werden kann.

Daß inzwischen nicht nur der Schuldner selbst, sondern auch die nachgehenden Gläubiger, unter denen eben angegebenen Umständen, und wofern der Schuldner insolvent ist, den Käufer belangen können, läßt sich mit ANT. FABR. Err. pragm. Err. 6. Dec. 1. gar wohl behaupten, da die Veräußerung hauptsächlich zu ihrem Nachtheil gereicht.

§. 221.

Ist aber von denen rechtlichen Erfordernissen einer Pfandveräußerung etwas unterlassen, und also der Verkauf nichtiglich unternommen worden, so kann sich der Verpfänder gegen den Verkäufer der Eigenthumsklage bedienen. In welchem Fall dieser von dem Kläger nichts vergütet bekommt, als so weit derselbe mit des Käufers Schaden sonst bereichert seyn würde. (245)

(245) L. 2. C. si vend. pign. ag. Servos quos nullo jure a creditore venisse dicis, pater tuus vel tu, si hereditas eius ad te pertinet, a possessoribus petere potes. Quod si usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum a creditore, qui non jure eos vendidit. Die Veräußerung ist alsdenn ungültig, wenn der Gläubiger entweder kein Recht zum Verkauf gehabt hat, weil er z. E. dem Verpfänder, damit zurück zu halten, ausdrücklich versprochen; oder wenn gewisse wesentliche Stücke eines rechtlichen Pfandverkaufs nicht beobachtet sind, z. E. daß dem Schuldner kein

Verzug schuld gegeben werden kann, weil derselbe nicht gemahnet worden. L. 7. 8. C. de distr. pign. oder weil die zu Bezahlung der Schuld eingeräumte Nachsicht noch nicht verstrichen, L. 4. ff. de distr. pign. Cum solvendae pecuniae dies pacto proferatur: convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur. Bey dem allen ist die verkaufte Sache nicht als eine diebisch entwundene anzusehen, und der dem Käufer zukommende wahre oder vermeinte Rechtsgrund berechtigt ihn zur Usurcaption.





Neuntes Kapitel.

Von Aufhebung des Pfandrechts.

Inhalt.

§. 222. Regel von Aufhebung des Pfandrechts. §. 223. Es hört auf, sobald die Schuld getilget ist. §. 224. Unterschied zwischen der Zahlung, und was dem gleich, und andern Arten der Befriedigung des Gläubigers. §. 225. Wie die Tilgung durch Zahlung geschehen müsse, in Ansehung der Münzsorten. §. 226. In Ansehung des Eigenthums des Geldes. §. 227. In Ansehung der schuldigen Post selbst. §. 228. Die Zahlung kann auch von einem andern vor den Schuldner geschehen. §. 229. Was der Zahlung noch nicht gleich zu achten. §. 230. Von gerichtlicher Niederlegung der Gelder. §. 231. Andere Arten der Befriedigung des Gläubigers erfordern des Gläubigers Einwilligung. §. 232. Von der Novation, Delegation, anderer Cautio, datio in solutum. §. 233. Von Erlassung der Schuld oder des Pfandrechts. §. 234. Von stillschweigender Erlassung des Pfandrechts. §. 235. 1) Durch Einwilligung des Gläubigers in die Veräußerung des Pfandes. §. 236. Wie wenn das veräußerte Pfand wieder in des Schuldners Hände kommt. §. 237. 2) Durch Zurückgabe des Pfandes, oder der Pfandverschreibung, oder 3) durch Annehmung eines Bürgen. §. 238. Aufhebung zum Theil. §. 239. Durch einen Bevollmächtigten. §. 240. Wenn der Pfandgläubiger ein Unmündiger ist. §. 241. Erlassung die dem Fiduciario geschehen, nußt dem Fideicommissario. §. 242. Von der Confusion. §. 243 - 245. Von der Aufhebung des Pfandrechts *resoluto jure constituentis*. §. 246. Die Verjährung des Pfandrechts ist von der Verjährung des Eigenthums unterschieden. §. 247. Wie die erstere geschehe. §. 248. Verlust des Pfandrechts durch Mißbrauch. §. 249. Item durch Zernichtung des Pfandstücks. §. 250. Durch dessen Verwandlung. §. 251. Durch eine Lossprechungsentenz, oder durch den Eyd des Beklagten.

Das Pfandrecht giebt eine Zeitlang dem Gläubiger eine Sicherheit. Es dauert daher nicht beständig, sondern erreicht auf mancherley Weise mit der Zeit seine Endschafft. Alles geht darauf hinaus, daß wenn die Ursache des Pfandrechts aufhört, alsdenn auch dieses Recht selbst nicht weiter fortdaure. (246)

(246) L. 2. C. de pact. pign. Si fundi nomine, quem vendideras, emtori ab alio mora proprietatis quaestione, alterum fundum pro eius evictione, pignoris hypothecaeve titulo emtionis instrumentis ea lege dedisti, ut, quem secundo tradideras, si is, quem vendideras, evictus non fuerit, obtineas: de hoc, contra eum, qui moverat questionem lata sententia: emtori parata securitate circa eum, quem obligaveras restituendum: conventionis fidem impleri (si negotium integrum est) praesles iubebit. Das Grundstück, so wegen einer schon in Bewegung seyenden Entwehrung dem Käufer zur Sicherheit unterpfändlich eingegeben worden, war nunmehr zurück zu geben, weil der Kläger, der einen Anspruch an dem verkauften Grundstück gemacht hatte, durch rechtskräftige Erkenntnisse abgewiesen, und also von ihm weiter nichts zu bez

sürchten war. Vielleicht wollte der Käufer das Pfand noch nicht zurück geben, weil er noch fernere Ansprüche von andern Klägern besürchtete. Allein das Pfand war nur um des damals vorgezweyten Anspruchs willen ertheilt, und also durfte es der Inhaber nicht weiter ausdehnen wollen. Das Zurückhaltungsrecht war auch nicht zulässig, weil noch keine wirkliche Forderung des Käufers an den Verkäufer vorhanden war. Die Worte: Si negotium integrum est, zielen dahin, daß ein anderes zu sagen sey, wenn der Verkäufer das Pfand, wegen anderer Forderungen, nach der Zeit dem Käufer versezt hätte, oder sonst ihm wirklich schuldig geworden seyn sollte, da denn im ersten Fall ein neues Pfandrecht, im letztern aber wenigstens ein Zurückhaltungsrecht dem Käufer zukommen würde.

Besonders bringt es die Natur des Pfandrechts mit sich, daß weil solches blos eine Sicherheit wegen einer gewissen Hauptschuld geben soll, es sogleich aufhöre, wenn der Gläubiger auf irgend eine Art befriediget, (247) oder sonst die Schuld auf einigerley Weise geendiget und aufgehoben ist. (248)

(247) L. 3. C. de Luit. pign. Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis sive distractis, et compensato pretio, satis ei, contra quem supplicas, factum esse, adito praeside provinciae probaveris, vel si quod residuum debetur, obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum: restitui tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum etiam edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori vel si per eum factum sit, quo minus solveretur: ad reddenda ea, quae pignori acceperat, jure eum satis evidenter, urgeri manifestum est.

L. 9. §. 3. ff. de pign. act. Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo vel nuda conventionione, nascitur pignoratitia actio. Et generaliter dicendum erit,

quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit: licet in hoc deceptus sit. L. 50. §. 1. de I. D. Durch Zahlung, gerichtliche Niederlegung und Abrechnung befreyt der Schuldner seine Pfänder auch wider Willen des Gläubigers, weil das Ed. perp. nichts erfordert, als Zahlung, oder daß der Gläubiger die Zahlung hindere. Die übrigen Befriedigungen des Gläubigers hingegen erfordern ein Einverständnis mit demselben (quemadmodum voluit creditor, item quoties recedere voluit.) Hat sich der Gläubiger dabey nicht in Acht genommen und sich eine Befriedigung anweisen lassen, die nicht sonderlich sicher ist, so mag er den Schaden haben. Er hat doch sein Pfandrecht verlohren (licet in hoc deceptus sit) Hat man einen Betrug mit ihm gespielt; so ist aus dem Obigen klar, daß die vom Gläubiger gegebene Verwilligung ungültig und demselben unschädlich ist. Reus ist ein Expromissor und decipi heißt hier: sich selbst betrügen. L. 6. §. 1. quib. mod. pign. Qui para-

paratus est solvere, merito pignus viderur liberasse. Qui vero non solvere sed satisfacere paratus est, in diversa causa est. Ergo satisfacisse prodest: quia sibi impurare debet creditor, qui satisfactionem admittit vice solutionis, at qui non admittit satisfactionem, sed solutionem desiderat, culpandus non est. Die Handlung, da durch Befriedigung des Gläubigers das Pfand frey gemacht

wird, heist: repignorare in einigen Gesetzen, L. 5. §. 12. Commod.

(248) L. 6. pr ff. quib. mod. pign. Item liberatur pignus, siue solutum est debitum, siue eo nomine satisfactum est. Sed et si tempore finitum pignus est, idem dicere debemus, vel si qua ratione obligatio eius finita est,

§. 224.

Bei der Zahlung, Gegenabrechnung und gerichtlichen Niederlegung der Gelder, kommt es nicht darauf an, ob der Gläubiger sein Pfandrecht aufgeben will oder nicht, sondern durch diese Arten der Befriedigungen verliert er sein Recht wider Willen.

§. 225.

Die Zahlung muß in guten gangbaren Geldsorten geschehen. (249)

(249) L. 24. §. 1. de P. A. Qui reprobos nummos solvit creditori, an habet pignoratitiam, quasi soluta pecunia, quaeritur? Et constat, neque pignoratitia eum agere, neque liberari posse: quia, reproba pecunia non liberat solventem: reprobis videlicet nummis reddendis. In diesem Gesetz erkennt ANT. FABER Rational. ad h. l. wieder den Tribonian. Reprobi numi sind

verrufene Münzsorten. Diese sollten dem Schuldner nicht wieder zurück gegeben, sondern vernichtet werden. Da aber doch verurufenes Geld einigen Werth hat und vielleicht der Ausgeber hiebey nicht boshast gehandelt, sondern aus Unwissenheit; so kann die Rückgabe damit wohl bestehen, und wird das nachherige Einschmelzen nicht ausgeschlossen.

§. 226.

Auch dergestalt, daß der Gläubiger das Geld nicht wieder herauszugeben gezwungen wird. (250)

(250) L. 25. de Iur. Fisc. Titius, qui mihi sub pignoribus pecuniam debebat, cum esset fisci debitor, solvit mihi, quae debebat, postea fiscus jure suo usus, abstulit mihi pecuniam. Quaerebatur, an liberata essent pignora? Marcellus recte existimabat: si id quod mihi solutum est, fiscus abstulit, non competere pignorum liberationem. Neque differentiam admittendam esse existimo, interesse putantium, id ipsum, quod solutum est, an tantumdem repetatur. Das Vorrecht des Fiscus, diejenigen

in Anspruch zu nehmen, denen auch vor ausgebrochenem Concurs vom Schuldner eine Forderung zum Nachtheil des Fiscus gezahlet worden, ist bekannt. Eine Befriedigung, die man nicht behalten kann, ist so gut, wie gar keine. Da auch bey Quantitäten es nicht auf gewisse körperliche Münzstücke ankommt, sondern nur auf den Werth, so muß es freylich einerley seyn, ob man selbst die empfangenen Geldstücke hat zurück geben müssen, oder ander Geld gleichen Werths.

§. 227.

Der Schuldner muß die ganze Schuld ohne allers Rest, (251) und er muß auch alle Nebenposten außer der Hauptschuld abtragen.

(251) L. 6. C. de distr. pign. Quamdiu non est integra pecunia creditori numerata: etiam si pro parte majore eam consecutus sit distrahendi rem obligatam non amittit facultatem. Durch Bezahlung eines Theils einer ganzen Post, kann nicht nur der Schuldner sein Pfand von dem Pfandrechte nicht befreien; sondern der Gläubiger ist auch

dergleichen Stückweis angebotzene Zahlung anzunehmen nicht schuldig. Sollte aber der Schuldner mehrere Posten verschiedener Art schuldig; wegen jeder derselben aber die Verpfändung geschehen seyn; so muß er zwar einzelne Posten, wenn sie der Schuldner ganz abtragen will, annehmen; aber das Pfandrechte dauert doch wegen der noch unbes

unbezahlten Posten immer fort, wie es zuvor darauf gehaftet. L. 15. quib. mod. Primi creditoris, qui pignori praedia acceperat: et posterioris, cui quidam ex iisdem fundis dati erant, ad

eandem personam hereditas devenerat. Debitor offerebat, quantum a posteriore creditore mutuatus fuerat? Respondit, cogendum accipere salvo jure pignoris prioris contractus.

§. 228.

Es ist einerley, ob er selbst, oder ein anderer vor ihm, die Schuld bezahlt. (252)

(252) In diesem Fall entstehen besondere Fragen wegen der gegen den Schuldner dem Auszahler zustehenden Klage, welche die Gesetze entschieden haben. L. 2. de pign. Fidejussor qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. Ceterum judicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.

L. 2. quib. mod. Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit, et possessor litis aestimationem obtulerit, et ab eo debitor rem vindicet: non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat.

L. 21. C. de pign. Res obligatas exterius debito soluto liberando, datum petere, non earum dominium adipisci potest.

L. 32. pr. de neg. gest. Fide-

jussor imperitia lapsus, alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit: utramque pecuniam solvit, existimans, indemnitati suae, confusus praediis consuli posse. — Ob eas res judicio mandati frustra convenietur et ipse debitorem frustra conveniet: negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit. In qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum: quia praedo fidejussor non videtur. Creditor ob id factum, ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur jus suum vendidisse, non tenebitur.

L. 32. de neg. gest. hängt mit L. 2. de pign. zusammen, wie die Ueberschrift beyder Stellen anzeigt. Der Bürge, der sich die Pfänder von dem Gläubiger ausliefern und dabey jura cessa geben läßt, braucht die act. mandati nicht, weil ihm eben die

Klage zusteht, die der Cedent hatte. Von diesem Fall ist es auch vermuthlich zu verstehen, wenn cir. L. 2. sagt: *exemplo creditoris culpam aestimari*. Wenn der Bürge in des Gläubigers Rechte durch eine Cession eingetreten, so ist es in Ansehung derer begangenen Versehen, wodurch dem Pfandschuldner von dem Cessionarius Schade geschehen, eben so, als wenn er der ursprüngliche Pfandgläubiger wäre. Außer dem Fall einer Cession ist alles nach dem Mandatsvertrage zu beurtheilen. Ob aber gleich der Cessionarius der *act. mandati* nicht benöthiget ist und in Ersehung der verursachten Schäden, eben so als der Cedent angesehen wird; so ist doch der Schuldner gegen ihn *act. pign. dir.* zu gebrauchen nicht im Stande. Der Schuldner hat durch die Cession keine Rechte erworben, die er nicht schon vorher hatte. Der Cessionarius bleibt in Ansehung der Rechte, die der Schuldner hat, ein Fremder, mit dem dieser Schuldner nicht contrahiret hat. Es bleibt ihm also nichts übrig, als *act. neg. gest. dir.* oder *act. mand. dir.* (*Judicio, quod de pignore dato proponitur conveniri non potest fidejussor.*) Da in dem letztern Gesetz eben derselbe Gläubiger zugleich zwey verschiedene Forderungen hatte; wegen welcher beyder er besondere Pfänder, wegen der einen aber noch ausserdem einen Bürgen erhalten; so war es, insonderheit

nach der alten Rechtsgelehrtheit, ohne Nutzen, daß er beyde Forderungen nebst denen Pfändern gegen Zahlung sich übertragen ließ. Nach dem neuern Recht konnte er, nach erhaltener Cession, wenigstens ein Zurückhaltungsrecht durch die Cession gewinnen, wenn die Pfänder, die ihm wegen der bürgschaftlichen Schuld ausgeliefert worden, nicht so viel im Werth enthalten, als die bürgschaftliche Schuld selbst. Denn sollte er diese Pfänder künftig zur Veräußerung bringen, und nicht so viel daraus lösen, als die bürgschaftliche Schuld, die er bezahlt hat, beträgt; so kann er die Pfänder der andern Schuld, ob schon der Schuldner diese ganz bezahlen wollte, oder bezahlt hätte, dennoch zurück halten; weit noch ein Rest von der bürgschaftlichen Schuld vorhanden. Die bürgschaftliche Schuld hatte der Bürge, als Bevollmächtigter des Schuldners bezahlt. Also konnte er wegen dieser Zahlung und bevor deshalb erhaltenen Auslieferung der Pfandstücke *act. mandati* gebrauchen, und solche Klage gegen ihn gebraucht werden. Da er aber in Ansehung der andern Schuld, völlig als ein Fremder anzusehen, so paßte hier nichts, als *act. neg. gest.* Der Gläubiger, der die Pfänder dem Bürgen abgeliefert, soll deshalb nicht weiter haften. Dies ist wohl von denen Pfändern der bürgschaftlichen Schuld zu verstehen. Denn dieser Schuld wegen war der Gläu-

Gläubiger befugt, den Bürgen zu belangen. Sobald er ihn belangte, war er schuldig, demselben, auf Verlangen *jura cessa* zu geben. Also ist die Uebertragung der Pfänder nicht freywillig geschehen. Da aber in Ansehung der andern Schuld der Bürge ein Fremder war; so weiß ich nicht, ob der Gläubiger ihm die dazu gehörigen Pfänder so schlechtthin überlassen können. Der Schuldner fordert sie von ihm *act. pign. dir.* billig zu seiner Zeit ab, und wenn er sie nicht ausliefern kann, muß er den Schaden vergüten. Er muß daher die Pfänder nur an einen sichern Mann überlassen, oder allenfalls von dem *Cessionario Caution* erfordern.

ihm ein ander Recht, als z. E. der Nießbrauch zukam. Er tilgte die darauf haftende Hypothek, so der Eigenthümer darauf gelegt hatte. Er machte dadurch eine *Melioration*; wurde im letztern Fall *Negotiorum gestor*, oder handelte als *Mandatarius* und bekam unter diesem Titel, bey künftiger Rückgabe der Sache an den rechten Herrn, seine Entschädigung. Er konnte in diesem Fall gegen den Eigenthümer sich auch einer Klage; im erstern Fall aber, da er als ein Eigenthümer, aus Irrthum sich der Sache angemacht, wenigstens einer *Exception* bedienen. *Offerre* heißt hier eben so viel als: die Schuld bezahlen.

L. 2. *quib. mod. pign. redet* von einem Fall, da einer fremde Güter in Besitz hatte, die er entweder aus Irrthum als Eigenthümer sich anmaßte, oder daran

L. 21. C. *de pign.* redet nur von dem ersten Fall, nicht aber von diesem letztern, da der Besitzer ein *bonae fidei possessor* war.

§. 229.

Da die Zahlung schon geschehen seyn muß, ehe das Pfandrecht erlöschet; so ist die geschehene bloße auffsergerichtliche Versprechung derselben; wenn sie unerfüllt geblieben, (253) die wegen der Zahlung erhobene Klage, oder derentwegen geschehene rechtskräftige Vertheilung, (254) noch nicht von der Wirkung, daß das Pfandrecht schon dadurch getilget würde. (255)

(253) L. 3. de P. A. v. infra.

(254) L. 17. pr. de P. A. Solutum non videtur, si lis contestata
 & 5

restata cum debitore sit de ipso debito: vel si fidejussor conventus fuerit.

L. 13. §. 4. de pign. Etiam si creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata. Quia suas condiciones habet hypothecaria actio: i. e. si soluta est pecunia, aut satisfactum est: quibus cessantibus tenet. Et si cum defensore in personam egero: licet is mihi satis dederit et damnatus sit: aequè hypotheca manet obligata. Multo magis ergo, si in personam actum sit, sive cum reo, sive cum fidejussore, sive cum utrisque pro parte: licet damnati sint: hypotheca manet obligata. Nec per hoc videtur satisfactum creditori quod habet iudicati actionem.

L. 8. C. de Pign. Quamvis personali actione expertus adversus reum vel fidejussores seu mandatores eius feceris condemnationem: pignoris tamen adhuc habes persecutionem. Der Zweifelsgrund aller dieser Gesetze war die durch die Litis Contestat. und rechtskräftige Erkenntnisse entstehende Novation, welche das Pfandrecht zu entziehen und auf-

zuheben schien. Allein es ist ein Unterschied zwischen einer freywilligen und nothwendigen Novation. Die erste hebt alle vorigen Rechte auf, und ist von eben der Wirkung, als die Zahlung selbst. Die andere hingegen, wohin die Litiscontestatation und rechtskräftige Entscheidung gehört, läßt die ehemaligen Rechte ungekränkt und verbessert sie vielmehr.

(255) Daß, wenn ein Erblasser Jemanden eine Sache vermacht, die mit Pfandrecht behaftet ist, und diese Verpfändung gewußt; der Erbe die darauf haftende Schuld bezahlen müsse; daß aber ein anders zu sagen sey, wenn der Erblasser davon nicht unterrichtet gewesen. §. 5. Inst. de Leg. es sey denn, daß die ausdrückliche oder stillschweigende Meynung des Erblassers ein anders mit sich bringe, oder die Sache über deren Werth verschuldet, oder das Vermächtnis ein Prälegat sey; und andere Anmerkungen mehr, sind hier billig zu übergehen, weil sie mehr in eine Abhandlung vom Erbrecht, als hieher gehören.

§. 230.

Die gerichtliche Niederlegung der Gelder wird der Zahlung gleich geachtet, und hat daher auch in Ansehung des Pfandrechts eben die Wirkung, wie diese. (256)

(256) L. 20. C. de pign. Creditor ad petitionem debiti urgeri jure minime potest. Quapropter eo, quod vos haeredibus Evodiani debere confiditis, obla-

to, et, si non velint accipere, consignato atque deposito: de reddendo pignore, hos praefidiali notione convenire.

§. 231.

Die übrigen Arten der Befriedigung des Gläubigers erfordern dessen Einwilligung, und kann der Schuldner ihm diese nicht wider seinen Willen aufdringen. (257) Wenn sich aber der Gläubiger solche gefallen läßt, so wird auch durch sie sein Pfandrecht eben so, als durch die Zahlung getilget.

(257) L. 10. de P. A. Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est, forte-

expromissorem dare vult: nihil ei prodest.

§. 232.

Daher auch eine Novation; (258) Delegation; (259) diejenige Befriedigung des Gläubigers, da ihm das Pfand oder andere Sachen statt Zahlung eigenthümlich überlassen wird; (260) und die Verschaffung anderer Sicherheit, welche an des Pfandrechts Stelle treten soll, (261) des Gläubigers Pfandrecht aufhebt.

(258) L. 11. §. 1. de P. A. Novata autem debiti obligatio pignus peremit: nisi convenit, ut pignus reperatur.

L. 18 de Novat. Novatione legitime facta, liberantur hypothecae et pignus: usurae non curunt.

L. un. C. Etiam ob chirogr. pec. Pignus intercidit, si, novatione facta, in alium jus obligationis transtulisti, nec ut ea res pignoris nomine teneretur, tibi cautum est. Quod si pactum inter te eumque qui postea dominus fundi constitutus novam obligationem susceperat, intercessit,

ut idem fundus tibi pignoris nomine teneretur, quamvis personali actione expertus feceris condemnationem, pignoris tamen habes persecutionem. Es ist ein bekannter Unterschied zwischen einer vorsehlichen und einer nachwendigen oder gesetzlichen Novation (voluntar. und necess.) Die erstere allein hat eben die Wirkung, als die Zahlung, und hebt die ehemalige Schuld ganz auf. Die letztere nimmt dem Gläubiger nichts von seinen ehemaligen Rechten, und giebt ihm noch neue Rechte dazu. Von der erstern reden L. 11. §. 1. de P. A. und L. 18. de Novat. von eben derselben aber und der letztern zugleich, cit. L. un. C. Der Gläubiger hatte wegen seiner Forderung an seinen Schuldner Titius, von diesem sein Haus zum Unterpfande erhalten. Dieser verkaufte hernach das Haus an den Cajus mit Einwilligung des Gläubigers dergestalt, daß sich dieser gefallen ließ, der Forderung wegen nun an den Cajus sich zu halten. Des Gläubigers Einwilligung in Veräußerung des Pfandes, zieht allemal den Verlust des Pfandrechts nach sich. Die Anweisung der Person des Käufers, war keine Erneuerung dieses Rechts, sondern sie hatte das Gepräge einer bloßen persönlichen Anforderung an diesen. Ein anders aber war es, wenn das Pfandrecht auf das verkaufte Haus namentlich bestätigt wurde, Alsdenn konnte keine still-

schweigende Erlassung des Pfandrechts angenommen werden, weil ausdrücklich das Gegentheil ausgemacht worden. Gesezt, daß in diesem Fall der Gläubiger seinen eigentlichen Schuldner, den Verkäufer, nach geschehenem Verkauf in Anspruch genommen, und gegen diesen eine Personalklage erhoben; hat er sich dadurch des Anspruchs an den Käufer begeben? Es scheint so; weil ohneacht eine Delegation geschehen, sich der Gläubiger doch noch an seinen vorigen Schuldner gewendet. Allein die erhobene Klage schadet nichts. Es ist keine wirkliche Delegation geschehen. Der vorige Schuldner ist nicht freigelassen, sondern nur die Hypothek daneben bestätigt worden. Sonst hätte es gegen den Verkäufer zu keiner Condemnation kommen können. Die Personalklage und die Pfandklage, sind zwey verschiedene Dinge. Eine schließt die andere nicht aus, und die Novation, so durch die Litiscontestation und gerichtliche Erkenntnisse entsteht, ist nicht schädlich, sondern nützlich.

Hierher wird vermuthlich zu ziehen seyn, L. 16. §. 5. de Pign. Creditor hypothecam per sententiam sibi adjudicatam quemadmodum habiturus sit, quaeritur? Nam dominium eius vindicare non potest. Sed hypothecaria agere potest, et, si exceptio objicietur a possessore rei judicatae, replicet, si secundum me judicatum

catum non est. Durch das rechtskräftige Erkenntnis war eine Novation vorgegangen. Soll sich also der Kläger doch noch der hypothekarischen Klage bedienen? Wenn er sich deren bedient, wird ihm der Beklagte nicht die geschehene Novation entgegen stellen? Soll er sich lieber einer andern Klage, als z. E. der Eigenthumsklage, der Publiciana etc. bedienen? Das letztere kann und braucht er nicht. Die Novation ist zu seinem Vortheil. Es bleibt bey der Hypothekklage. Sie heist Actio hypothecaria iudicati.

(259) Zwar eigentlich gehört hierher nicht, kann doch aber süßlich hier angeführt werden L. 1. §. 2. quib. mod. pign. Defensor absentis cautionem iudicatum solvi praestitit. In dominum iudicio postea translato, fideiussores ob rem iudicatam, quos defensor dedit, non tenebuntur: nec pignora quae dederunt. Den Vorstand hatten hier die Bürgen bloß

zum Besten des Defensors, d. i. desjenigen übernommen, der ohne alle Vollmacht, bloß unter verhoffender Genehmigung des eigentlichen Beklagten, sich, in dessen Namen, auf die Klage ein gelassen. Daher fiel sie bey Ein tretung des Beklagten selbst weg. Ein anders war es, wenn ein autorisirter Bevollmächtigter, im Namen seines Principals einen Vorstand gemacht. Denn da blieb solche auch bey Kräften, wenn gleich nachher der Principal eintrat. L. 27. §. 1. de procur.

(260) L. 1. C. de Pign. Debitor, qui pignoribus proficetur se creditoribus cedere, nihilominus liberabitur.

(261) L. 6. §. 2. quib. mod. pign. In satisfactione autem non utimur Atilicini sententia: qui putabar, si satisfaceretur alicui certae pecuniae, recedere eum a pignoribus debere.

§. 233.

Wenn der Gläubiger keine Befriedigung verlangt; so wird auch ohne solche dessen Pfandrecht aufgehoben. Wosfern er nemlich entweder die Forderung selbst dem Schuldner schenkt, (262) und nicht weiter von ihm haben will; oder wenigstens des Pfandrechts sich ausdrück lich, oder stillschweigend begiebt; so sind die Pfandstücke befreyet. (263)

(262) L. 5. §. 1. quib. mod. pign. Si paciscatur creditor, ne intra annum pecuniam petat: intelligitur de hypotheca quoque idem pactus esse. Wegen derer Schenkungen und der daher fließenden Erlassung des Pfandrechts sind einige sehr merkwürdige Gesetze hier zu erklären. L. 1. §. 1. Quib. mod. pign. Cum venditor numerata sibi parte pretii, praedium, quod venierat pignori accepisset: ac postea residuum pretium emtori, litteris ad eum missis, donasset: eoque detuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat: jure pignoris fiscum frustra petere praedium, qui successerat in locum venditoris apparuit: cuius pignoris solutum esse pactum, prima voluntate donationis constabat; quoniam inutilem pecuniae donationem lex facit: cui non est locus in pignore liberando.

L. II. C. ad SCt. Vellej. Etiam constante matrimonio jus hypothecarum, sive pignorum marito remitti posse, explorati juris est. In dem ersten Gesetz, meint CVJAC. sey von einem Verkäufer die Rede, der ein Kapitalverbrechen begangen, und daher der fernern Schenkungen unfähig geworden, wovon L. 17. de donat. Es ist auch nicht unwahrscheinlich, weil des Fiscus erwähnt wird. Es ist aber nicht nur in diesem Fall, sondern auch in einigen andern, Mechtens, daß, wenn gleich die Schenkung

der Forderung nicht gilt; dennoch die dadurch entstehende Aufhebung der Hypothek gültig bleibt, wie von Schenkungen unter Ehegatten, aus cit. L. II. C. zu ersehen. Anders hingegen verhält es sich mit denen Schenkungen, zum Nachtheil der Gläubiger. Diese werden nicht nur an sich widerrufen, sondern auch die dabey geschehene Erlassung des Pfandrechts wird zernichtet. L. 18. quae in fraud. cred. - Daher ist L. 5. C. de Remiss. pign. zu erklären: *Debitum cuius meministi, quod per pacti conventionem inutiliter factam remisisti, etiam nunc petere non vetaris et usitato more pignora vindicare.* Es ist hier nemlich eine Regel fest gesetzt, die aber ihre Ausnahmen hat. Ordentlicher Weise fällt, wenn die Erlassung der Schuld ungültig ist, auch die Erlassung des Pfandrechts weg, weil dieses, als das Nebenrecht, sich nach dem Hauptrechte richtet. Allein die übrigen Gesetze enthalten Ausnahmen, womit im übrigen die Regel noch wohl bestehen kann.

Ein Pfandgläubiger hat übrigens den Vorzug, daß, ohnerachtet unter gewissen Umständen die wenigern Gläubiger sich nach dem Beyspiel derer mehreren richten müssen, wenn diese sich eine Erlassung eines Theils der Forderungen gefallen lassen wollen, doch der Pfandgläubiger sich nach denen andern zu richten, auf keinerley Weise schuldig ist. L. 10.

de pact. Ein anders ist es bey einem dem gemeinen Schuldner zu ertheilenden Quinquennel. L. 8. C. qui bon. ced. poss.

(163) L. 17. §. 2. de Pact. De pignore jure honorario nascitur pacto actio: tollitur autem per exceptionem, quoties pacifcor, ne petam.

L. 5. pr. quib. mod. pign. Solvitur hypotheca: et si ab ea discedatur: aut pacifcatur creditor, ne pecuniam petat, nisi si quis dicat, pactum interpositum esse, ut a persona petatur. Et quid si hoc actum sit, cum forte alius hypothecam possidebit? sed cum pactum conventum exceptionem perpetuam pariat, eadem et in hoc casu possunt dici, ut et ab hypotheca discedatur.

L. 23. C. de Pign. Maior annis viginti quinque pignoris conventionem remissam, cum hoc solum pactum vel Jurisdictio secundum ipsius voluntatem tueatur, persequi non potest. Die Worte cit. L. 23. C. cum hoc solum pactum vel Jurisdictio tueatur, sind zu übersetzen: da auch der gleichen bloßes Pactum wenigstens von denen Prätoeren (Jurisdictio) die Wirkung beygelegt erhalten, daß daraus eine Exception entspringt.

NOODT nimmt Probab. L. 2. c. 8. bey cit. L. 5. ff. die willkührliche Veränderung vor, daß er

cum forte alius hypothecam possidebit, wegläßt, statt: possunt dici annimunt: potest dici, und aus eadem den Ablativus macht, und also eadem auf discedatur bezieht. Allein ich nehme keinen Theil an dieser kritischen Berwegungheit. Die Worte: cum forte alius etc. sind sehr nöthig. Die Frage ist eigentlich: ob, wenn auch gleich bey Erlassung der Forderung eine persönliche Rücksicht auf den Schuldner genommen worden, dennoch der fremde Besitzer, so jetzt, zur Zeit der Erlassung, das Pfand in Händen hat, dadurch von dem Hypothekanspruch des Gläubigers, auf das von ihm besessene Grundstück befreyet werde? Der Jurist bejahet die Frage, weil sich ohne Hauptschuld ordentlicher Weise keine Pfandforderung gedenken lasse. Von der andern Veränderung aber, die Noodt machen wollen, ist gar der Nuße nicht abzusehen.

Bev Gelegenheit dieser Gesetze wird gestritten, ob, wenn der Gläubiger, durch eine bloße, und nicht Contractartige Erlassung, der Schuld, oder der Hypothek sich begeben; das Pfandrecht ipso jure, oder ope exceptionis erlösche. Was diese Frage sagen wolle, ist bekant. Wenn ein Anspruch ipso jure getilget war; so konnte der dagegen zuständige Einwand sowol vor, als nach der Liticons- testation, d. i. sowol vor dem Erkenntnis auf den Beweis, als nach

nachher, angeführet werden. Wenn ihm aber nur *ope exceptionis* ausgewichen werden konnte, so war die Ausflucht nur vor der *Liticontestation* zulässig. DONELLVS behauptet, daß allemal *ipso jure* das Pfandrecht aufgehöret, es mochte der Erlaß die Schuld, oder bloß das Pfandrecht betreffen. CVJAC. hingegen behauptet in beyden Fällen das Gegentheil. Es fehlt auch nicht an solchen, welche in dem einen dieser Fälle dem CVJAC. in dem andern dem DONELLVS beypflichten. Ich glaube, daß CVJAC. wohl den mehresten Rechtsgrund vor sich habe. Die Erlassung einer Forderung, die nicht *Contractartig* ist, hebt dieselbe ordentlicher Weise, und einige wenige Fälle ausgenommen, bloß *ope exceptionis* §. 3. I. de act. Auch alsdenn bleibt eben dieses richtig, wenn schon der Erlaß mit einem solchen *uncontractartigen* Vertrage geschehen, woraus sonst eine Klage entspringt, d. i. mit einem sogenannten *pacto legitimo*. Denn die Eideszuschreibung ist bekannter maßen ein solches *pactum legitimum*; und wenn der Kläger auf geschahene Zuschreibung von Seiten des Beklagten den Eid abgelegt; so entspringt daraus eine Klage. Demüthrerachtet wird, wenn auf Zuschreibung des Klägers der Beklagte den Eid geschworen hat, die Forderung nur *ope exceptionis* aufgehoben, §. 4. I. eod. Daher hilft dem DONELL. die

Rechtsregel, daß etwas allemal auf dieselbe Art wieder aufgehoben werde, wie es entstanden, nichts. Denn diese Regel leidet, wie aus dem angeführten §. 4. I. zu ersehen, in dem Fall, wo dies Recht aus einem *uncontractmäßigen*, besonders *prätorischen* Vertrage entsteht und zu Erhebung einer Klage berechtigt, eine Ausnahme. Es folgt nemlich daraus, daß durch einen solchen Vertrag eine bürgerliche Befugnis zu klagen entsteht, noch nicht, daß dieselbe auch durch dergleichen im Grunde und *ipso jure* wieder gehoben werden könne. Die Ausdrücke: *pignus solvitur, liberatur*, kommen auch dem DONELL. wenig zu statten, weil solche sowohl von dem, was *ipso jure*, als dem, was *ope exceptionis* geschieht, verstanden werden können. Daß auch nach L. 5. pr. quib. mod. pign. sogar ein Dritter und fremder Besitzer sich der, seinem Vorgänger zuständig gewesenem *Excepten* bedienen kann, ist ebenfalls dem CVJAC. nicht entgegen. Denn ein *pactum de non petendo* giebt allemal auch einem Dritten eine Ausflucht, wenn derjenige, mit dem solches eigentlich errichtet worden, dabey Schaden haben würde, wosern der Dritte sich derselben nicht auch bedienen könnte, und der Vertrag nicht bloß auf eine gewisse Person deutlich eingeschränkt ist. L. 21. §. 5. de pact.

§. 234.

Eine stillschweigende Begebung des Pfandrechts nehmen die Gesetze bey verschiedenen Handlungen des Gläubigers an, die eben nicht alle von der Art sind, daß man ohne besondere Verordnung unserer Gesetze, daraus eine Begebung der Pfandgerechtigkeit schließen würde.

§. 235.

Dahin gehöret die ohne Protestation und Vorbehalt gegebene Einwilligung des Gläubigers in die von dem Schuldner vorgenommene Veräußerung des Pfandstücks. Diese wird als eine stillschweigende Auflassung des Pfandrechts angesehen, wenn der Schuldner den Gläubiger um diese Einwilligung ersuchet hat, und die Veräußerung erfolgt und wirklich geworden, auch nicht wieder als ungültig oder wegen veränderter Umstände oder Gesinnungen zurück gegangen ist, zugleich in dermaßen die Veräußerung geschehen, wie sie der aus denen Umständen ersichtlichen Absicht des einwilligenden Gläubigers gemäß ist. (264)

(264) L. 4. §. 1. quib. mod. pign. Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in alio modo det: dicendum erit, pignus liberari: nisi salva causa pignoris sui consentit vel venditioni vel ceteris: nam solent multi salva causa pignoris sui consentire. Sed et si ipse vendiderit creditor: sic tamen venditionem fecit, ne discederet a pignore, nisi ei satisfiat: dicendum erit, exceptionem ei non nocere. Sed et, si non concesserit, pignus venundari, sed ratam habuit venditionem: idem erit probandum.

§. 2. eod. Belle quaeritur, si forte venditio rei specialiter obligatae non valeat, an nocere haec res creditori debeat, quod consentit, ut puta si qua ratio juris venditionem impediatur? Dicendum est pignus valere.

L. 8. §. 6. eod. Si voluntate creditoris fundus alienatus est: inverecunde, applicari sibi eum cre-

creditor desiderat. Si tamen effectus sit secutus venditionis. Nam si non venierit, non est satis ad repellendum creditorem, quod voluit venire.

§. 7. eod. Supervacuum est quaerere, agrum specialiter hypothecae datum permissu creditoris venisse, si ipse debitor rem possideat, nisi quod potest fieri, ut debitor permissu creditoris vendiderit, deinde postea bona fide redemerit ab eodem, vel ab alio, ad quem per successionem ea res pertinere coepisset. Aut si ipse debitor emtori heres extiterit. Verum tamen cum pecunia soluta non sit, doli mali suspicio linerit, translata ad praesens tempus, ut possit creditor replicationem doli mali obijcere.

§. 8. eod. Illud videamus: Si Titius debitor voluntate creditoris sui vendiderit Maevio vel ei, a quo Maevius emerit: et postea Maevius Titio heres extiterit: et creditor ab eo petat. Quid juris sit? Sed iniquum est, auferri ei rem a creditore, qui non successionis jure, sed alio modo rem nactus est. Potest tamen dici: cum Titii dolus in re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam recipiat: iniquissimum esse iudicari eum.

§. 9. eod. Quod si is fundus a Maevio alicui obligatus possideatur, cui nondum satis-

factum erit: tunc rursus aequum erit excipi, si non voluntate creditoris veniit. Licet enim dolus malus debitoris interveniat, qui non solvit: tamen secundus creditor, qui pignori accepit, potior est.

§. 10. eod. Tutius tamen est: si debitor a creditore petat, ut ei permittat pignus vendere, quo magis satisfaciatur: ante cautionem accipere ab eo, qui rem emiturus erit, ut pretium rei venditae usque ad summam debiti, creditori solvatur.

§. 11. eod. Venditionis autem appellationem generaliter accipere debemus: ut et, si legare permittit, valeat, quod concessit. Quod ita intelligemus, ut et, si legatum repudiatum fuerit, convalescat pignus.

§. 12. eod. Si debitor vendiderit rem nec tradiderit: an repellatur creditor, quasi adhuc res in bonis sit debitoris: an vero cum teneatur ex emto, pignus extinguatur? Quod et magis est. Sed quid si pretium venditor consecutus non sit, nec paratus sit emtor dare? Tantumdem potest dici.

§. 13. eod. Sed si permiserit creditor vendere, debitor vero donaverit, an exceptione illum summoveat? an facti sit magis quaestio: numquid ideo veniri voluit, ut, pretio accepto, ipse quo-

quodque res expediat? Quo casu non nocebit consensus. Quod si in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur, propter onera matrimonii. In contrarium si concessit donare, et vendiderit debitor: repellatur creditor. Nisi si quis dicat ideo concessisse donari, quod amicus erat creditori is, cui donabatur.

§. 14. eod. Quod si concesserit decem vendere, ille quinque vendiderit: dicendum est, non esse repellendum creditorem. In contrarium non erit quaerendum, quin recte vendit, si pluri vendiderit, quam concessit creditor.

§. 15. eod. Non videtur autem consensisse creditor, si, sciente eo, debitor rem vendiderit: cum ideo passus est, venire, quod sciebat, ubique pignus sibi durare. Sed si subscriperit forte in tabulis emtionis, coconsensisse videtur: nisi manifeste appareat, deceptum esse. Quod observari oportet, et si sine scriptis consenserit.

§. 16. eod. Si debitori concessum sit, et heres eius vendiderit: potest facti quaestio esse, quid intellexerit creditor? Sed recte venisse dicendum est. Hae enim subtilitates ab iudicibus non admittuntur.

§. 17. eod. Si debitor forte, concessa venditione deserit pos-

sidere: et novus possessor vendiderit: an duret pignus: quasi personae permiserit creditor? Quod et magis est. Nam si novo possessori, non debitori, a quo hypothecam accepit, concessit creditor vendere: dicendum est, nocere ei exceptionem.

§. 18. Sed si intra annum aut biennium consenserit creditor vendere: post hoc tempus vendendo, non aufert pignus creditori.

L. 10. pr. eod. Voluntate creditoris pignus debitor vendidit, et postea placuit inter eum et emtorem, ut a venditione discederent. Jus pignorum salvum erit creditori. Nam sicut debitori, ita et creditori pristinum jus restituitur: neque omnimodo creditor pignus remittit: sed ita demum: si emtor rem retineat, nec reddat venditori. Et ideo: si iudicio quoque accepto, venditor absolutus sit: vel quia non tradebat, in id quod interest, condemnatus: salvum fore pignus creditori, dicendum est. Haec enim accidere potuissent, etiam si non voluntate creditoris vendidisset.

L. 2. C. de remiss. pign. Si probaveris te fundum mercatum, possessionemque eius tibi traditam, sciente et consentiente ea, quae sibi eum a venditore obligatum dicit: exceptione eam removebis. Nam obligatio pignoris,

gnoris, consensu et contrahitur et dissolvitur.

L. 4. C. eod. Cum te a debitor mercatum proponas eam rem, quae alii pignorata erat: si sciante eo, ac pignus suum remittente, eam mercatus es: cum eius consensu nexus pignoris evanuerit, si non nova voluntas intercesserit, quae denuo obligationem pignoris constitueret, ea res velut obstricta non potest vindicari. Daß nach cit. L. 4. §. 1. quib. mod. pign. die in der Folge geschehene Genehmigung eben die Wirkung hat, als eine gleich Anfangs erteilte Einwilligung, ist nichts besonders; da, nach dem Obigen die Genehmigung schon vor Justinian in den meisten Fällen, nach den Justinianischen Rechte aber allemal einem Mandat gleich geschachtet, und zurück gerechnet wird. Die Einwilligung des Gläubigers ist zur Gültigkeit einer, von dem Schuldner vorhabenden, Veräußerung nicht nöthig. Der Schuldner bleibt allemal Eigentümer des Pfandes und kann also sein Eigenthum, der Verpfändung ohnbeschadet, einem andern überlassen. Der Gläubiger behält bey solcher Veräußerung sein Pfandrecht ohnedem ungekränkt, und also hat er keinen Grund, sich derselben zu widersetzen. Daher muß der Schuldner, der den Gläubiger um seine Einwilligung in die Veräußerung ersucht, etwas an-

ders verlangen, als die Gültigkeit derselben; d. i. er muß die Aufhebung des Pfandrechts zur Absicht haben. Wenn demnach der Gläubiger die Einwilligung erteilt; so heist dies eben so viel, als: er bewilliget die verlangte Aufhebung der Pfandgerechtigkeit. Der Gläubiger kann die verlangte Einwilligung abschlagen. Dadurch kann er die Veräußerung zwar nicht hindern, aber doch den Verlust der Hypothek. Ob er die Einwilligung aber gar verweigert, oder dieselbe nicht anders, als mit Vorbehalt seiner Hypothek, oder mit der Bedingung erteilt, wenn er von dem Kaufgelde seine Befriedigung erhalten würde, ist einley. Denn, wenn er auch gar nicht gewilliget hätte, oder gar nicht befragt worden wäre; würde sein Pfandrecht durch die Befriedigung erloschen seyn; und wenn das Pfandrecht fort dauern soll, bedarf es seiner Einwilligung nicht.

Es kann seyn, daß der Gläubiger bey Ertheilung seiner Einwilligung, sich die Hoffnung gemacht und die Absicht gehabt hat, von dem Schuldner durch das Kaufgeld befriedigt zu werden und eben in dieser Hoffnung und Rücksicht die Einwilligung erteilt, aber dies dennoch nicht ausdrücklich zu einer Bedingung gemacht hat, unter welcher er die Einwilligung gegeben. In diesem Fall heist es: Propositum

in mente retentum nihil operatur.

Unter dem Schuldner, der die Einwilligung des Gläubigers sucht, ist nicht bloß derjenige zu verstehen, der die Schuld selbst gemacht, sondern ein jeder jetziger Eigenthümer des Pfandstücks, der von der Hypothek unterrichtet ist, und gern sicher verkaufen will. Denn der Grund des Besizes ist in diesem Fall eben derselbe, der vorhanden ist, wenn der Urheber der Schuld um Einwilligung des Gläubigers ansucht. cf. §. 17. in fin.

§. 2. cit. L. 4. redet zwar eigentlich von dem Fall, da die Veräußerung ungültig ist, z. E. wenn der Schuldner dazu durch List beredet seyn sollte. Allein auch wenn der Verkauf der Unbilligkeit wegen zernichtet wird, z. B. wenn wegen einer Verletzung über die Hälfte, oder sonst durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, oder wegen wesentlicher an der Sache befundenen Mängel, u. s. w. der Vertrag wieder aufgehoben wird. Es ist mit dem Gesuch um Einwilligung des Gläubigers, und der Ertheilung dieser letztern, hauptsächlich auf die Sicherheit des Käufers, oder sonstigen jetzigen Erwerbers, angesehen. Daher fällt die Wirkung derselben weg, wenn der Schuldner selbst das Pfandstück behält, oder so zurück bekommt, als wenn er es nie veräußert hätte.

Bei §. 9. ist wegen der von dem Schuldner bewiesenen Gefahrde ein Unterschied zu machen. Wenn die Gefahrde bloß darin besteht, daß der Schuldner dem Gläubiger die Bezahlung, wozu er ihm Hoffnung gemacht, nicht geleistet; so bleibt doch die Hypothek aufgehoben. Der Gläubiger hätte sich sollen auf diesem Fall die Hypothek ausdrücklich vorbehalten, oder nicht anders, als mit Bedingung der zu erhaltenden Zahlung, seine Einwilligung geben. Wenn aber die Gefahrde darin besteht, daß z. E. der Schuldner dem Gläubiger ander Pfand giebt, die neuen Pfandstücke aber ihm, dem Schuldner, nicht gehören; also der Schuldner dem Gläubiger betrügerisch zu Ertheilung der Einwilligung gebracht; so ist die ertheilte Einwilligung null und nichtig, und das ehemalige Pfandrecht bleibt dem Gläubiger ungekränkt. Es ist in diesem Fall ein dolus causam dans vorhanden, der alle Wirkung der ertheilten Genehmigung aufhebt; dagegen in dem ersten Fall nur ein dolus incidens sich findet, weshalb man sich zwar an seinen Contrahenten, aber nicht an den dritten Mann halten darf.

§. 10. sollte statt Tutius tamen est, es besser heißen: Tutius itaque est. Denn die Cautel dieses §i folgt aus dem vorigen §. Da nemlich der Gläubiger sein Pfandrecht einbüßt, wenn er,
 3 nach

nach verwilligtem Verkauf, von dem Schuldner keine Zahlung nicht bekommt; so muß er sich durch einen Vorstand des Käufers, daß dieser ihm, dem Gläubiger, vor die Befriedigung stehen wolle, in Sicherheit stellen. Auch in dem Fall ist die Caution gut, wenn die Pfänder in beweglichen Stücken bestehen, welche der Gläubiger aus dem Händen geben und dem Käufer überlassen soll. Hier könnte der Käufer die Pfänder verschleudern, ohne daß der Gläubiger und Eigenthümer, oder wenigstens jener, befriediget worden.

§. 11. bestätigt die Sätze, 1) daß eben die Art der Veräußerung nur geschehen müsse, in welche der Gläubiger gewilliget. 2) Daß dieselbe wirklich vor sich gehen müsse.

§. 12. redet von dem Fall da noch einige Zeit nach eingeholter Genehmigung des Gläubigers, das Pfandstück in den Händen des Schuldners verbleibt. In diesem Fall kann der Gläubiger nicht sogleich die Hypotheklage gegen den Schuldner gebrauchen, als ob aus der Veräußerung nichts geworden wäre. Sollte aber doch schon eine ziemliche Zeit verstrichen, der Schuldner aber noch immer im Besitz der Pfandstücke seyn; so wäre die Hypotheklage gar wohl gegründet, und müste allenfalls der Beklagte, daß er den Verkauf wirklich,

und ohne Gefährde, bereits vollzogen, gebührend erweisen. Nec paratus sit emtor dare, soll vermuthlich eine Insolvenz des Käufers anzeigen, und daß es etwa mit diesem zu einem Concurs sich anlasse. Dieser Umstand so wohl, als, daß der Schuldner aus andern Ursachen das Kaufgeld nicht erhalten, kann dem Gläubiger sein verlohrenes Pfandrecht nicht wieder geben. Er hat nur noch eine persönliche Forderung an seinen Schuldner; der Besitzer des Pfandstücks geht ihm gar nichts mehr an. Kommt es mit diesem zum Concurs, so kann sich der Gläubiger darinnen, neben dem Verpfänder, und resp. jetzigem Verkäufer, der sein Kaufgeld liquidiert, allenfalls interveniend melden, und an dessen Stelle, statt seiner, seine Zahlung erhalten; aber deshalb hat er noch kein Pfandrecht.

§. 13. bestätigt ebenfalls den Satz, daß, nach erhaltener Einwilligung des Gläubigers, nur eine solche Veräußerung, das Pfandrecht aufhebe, welche der Absicht des Gläubigers gemäß ist. Aus diesem Gesichtspunkte ist dasjenige zu beurtheilen, was von der Verwendung des Pfandstücks zum Heyrathsguth gesagt worden. Sollte des Gläubigers Absicht seyn, daß durch die verwilligte Veräußerung der Schuldner sich überhaupt helfen sollte; so würde die Verwendung zum Heyrathsguth allenfalls durchgehen,

hen, weil auch darinn eine Art, sich zu helfen, besteht. Sollte aber der Gläubiger auf seine Verzählung, wozu ihm Hoffnung gemacht worden, Rücksicht genommen haben; so würde die Verwendung des Pfandstücks zum Heyrathsguth, des Gläubigers Pfandrechte nichts benehmen.

Die Regel §. 15. daß die bloße Wissenschaft der vom Schuldner vorhabenden Veräußerung des Pfandes, dem Gläubiger nicht schadet, leidet unterweilen ihren Abfall. Nämlich 1) wenn die Veräußerung in einer Freylassung eines verpfändeten Knechts besteht. L. I. C. de Remiss. pign. Si te manumissum et in libertate moratum, sciente ea, cui pignoris nomine obligatus diceris, praelidi probaveris: ex consensu creditricis remissam pignoris obligationem apparebit: et per hoc jure manumissum nec ab herede creditricis in servitorem peti posse, certum est. Man sieht leicht, daß hier die Begünstigung, welche die Freyheit eines Menschen durchgängig in denen Rechten hat, an dieser Entscheidung Antheil habe. 2) Wenn zum Verkauf öffentliche Anschläge gemacht, und darinnen alle diejenigen, die irgend einen An- und Zuspruch an der Sache haben, öffentlich und präclusivisch vorgeladen worden, und sich einige nicht gemeldet haben, L. 6. C. eod. Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programme admoniti

creditores, cum praesentes essent, jus suum executi non sunt: possunt videri obligationem pignoris amisisse. Die Obrigkeit hat das Recht, diejenigen, welche Ansprüche an Grundstücken machen können, zur Sicherung des Käufers vorzuladen, und man ist schuldig, ihr zu gehorchen. Wer also ungehorsam ist, mag den Schaden tragen. Die Absenden sind zwar eigentlich so gut, als die Gegenwärtigen, von Rechtswegen präcludirt, wenn sie sich nicht gemeldet haben. Es kann ihnen aber, wegen erwieksener Abwesenheit und daher entstandener unverschuldeter Verletzung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand angebeihen. Die Meinung des ANT. FABRI Err. prag. Dec. 1. Err. 6. daß die gegenwärtigen Gläubigere, auch unerinnert, ihre Ansprüche einbüßten, wenn sie sich bey einem gerichtlich bekannt gemachten Verkauf nicht meldeten, stoßt offenbar gegen dieses Gesetz an. 3) Wenn wegen fiscalischer Anfordrungen Sachen öffentlich verkauft werden, woran Hypotheken haften, ob auch gleich diejenigen, die daran Ansprüche machen könnten, nicht vorgeladen worden. L. 8. C. eod. Si, hypothecas fisco distrahente, creditores silentio tradiderunt negotium: palam est, etiam actionem suam amisisse eos, quam in rem habebant. Nam et fiscalis haetae fides facile convelli non debet. Es ist überhaupt aus mehrern

V 4

recht.

rechtlichen Verordnungen bekannt, daß fiscalische Veräußerungen nicht leicht angefochten werden können und der *Locus communis*: Qui a fisco emit, statim securus est, ist sehr bekannt. Uebrigens gründet sich die Regel, daß die bloße Wissenschaft dem Gläubiger nicht schade, auf dem Grundsatz, daß das bloße Stillschweigen keine solche Handlung sey, daraus man etwas zuverlässiges schließen könne. Die Rechte enthalten Fälle, wo der Schweigende sich durch sein Stillschweigen Schaden thut, sie enthalten aber auch dergleichen, wo das Stillschweigen unschädlich ist. Letzteres muß ordentlicher Weise, und als eine Regel angenommen und angesehen werden. Das erstere aber findet nur alsdenn statt, wenn die bürgerlichen Gesetze solches ausdrücklich verordnen. Denn der Satz: *Tacite consentit, qui tacet, cum loqui debuisset et potuisset*, ist, als eine Regel betrachtet und nach der Vernunft behauptet, eben so falsch, als unverständlich.

Mit den letzten Worten des §. 15. ist zu vergleichen, L. 9. §. 1. *quib. mod. pign. Titius Sejo pecuniam sub pignore fundi dederat, qui fundus cum esset reipublicae ante obligatus, secundus creditor pecuniam reipublicae eam solvit. Sed Maevius extitit, qui decebat, ante reipublicam sibi fundum obligatum fuisse. Inveniebatur autem Mae-*

vius instrumento cautionis cum republica facto a Sejo, interfuisse et subscripsisse: quo caverat Sejus, fundum nulli alii esse obligatum. Quaero an actio aliqua in rem Maevio competere potest? Modestinus respondit: pignus, cui is, de quo quaeritur, consensit, minime eum retinere posse. Aus Vergleichung dieser Stelle mit cit. §. 15. ist zu schließen, daß nur alsdenn die Unterschrift des Gläubigers unter dem Kaufbriefe eine stillschweigende Begebung des Pfandrechts mit sich bringt, wenn in dem Kaufbriefe enthalten, daß das Grundstück Niemanden mit Hypothek verbandt, oder wenn wenigstens die Hypothek dem Käufer verschwiegen ist, daß dieser, in Meinung, ein von allen sonstlichen Lasten freyes Grundstück zu bekommen, den ganzen Werth desselben bezahlet hat. Es ist dieses dem, was oben im zweyten Kapitel hieher gehöriges gesagt worden, vollkommen gemäß. CVJ. macht, um die oben als widersprechend angeführten Gesetze zu vergleichen, einen Unterschied zwischen Unterschrift und Untersiegung. Letztere geschehe mit andern Worten, als erstere, und sey auch bey letzterer der Inhalt des Instruments dem Zeugen nicht bekannt, wohl aber bey ersterer. Allein der Unterschied in Ansehung der Form ist nicht erweislich; der andere Unterschied in Ansehung der Wissenschaft der Zeugen aber kann in denen ent-

gegen

gegen stehenden Befehlen auch nicht zum Grunde liegen; weil die Frage wegen Begebung solcher Rechte, gar nicht entstanden seyn würde, von denen dem Zeugen weder bekannt war, noch bekannt seyn konnte, daß eine deneisenben nachtheilige Verordnung in dem Instrumente enthalten sey. Ueberdem würde sich L. 34. §. 2. de Leg. 2. nicht vergleichen lassen. Es ist daher oben eine bessere Vereinigung der Befehle versucht worden.

Dadurch, daß cit. L. 9. §. 1. der zweyte Gläubiger der Republik ihre Forderung bezahlt, war er sogleich an deren Stelle getreten; welches, wie oben ausgeführt worden, bey Personalvorrechten der Gläubiger allemal geschieht.

Die Deceptio, deren §. 15. erwähnt, kann z. E. darinn bestehen, daß man dem Gläubiger, der sich hierinn auf die Ehrlichkeit des Verkäufers verlassen, versichert hatte, es sey sein Pfandrecht in dem Kaufbriefe vorbehalten, und er brauche nur als Zeuge zu unterschreiben. Wenn denn der Inhalt ganz anders ist; und der Gläubiger den Kaufbrief nicht gelesen hat; so ist die dem Gläubiger nie in Sinn gekommene Erlassung der Hypothek ein Unding. Die Worte: quod observari oportet etc. beziehen sich vermuthlich auf den vorher angeführten Betrug und wollen etwa soviel sagen, daß auch, wenn

eine mündliche Einwilligung des Gläubigers in den Kauf, listiger und betrügerlicher Weise erhalten worden, solche Einwilligung ungültig sey.

Der Erbe hat die Rechte seines Erblassers, und es ist daher kein Wunder, daß, nach §. 16. jener noch dasjenige mit eben der Wirkung veräußern kann, was, und mit welcher Wirkung, dieser hätte veräußern können. Ein anderer Nachfolger hingegen, der nicht Erbe ist, hat dergleichen Rechte nicht, weil die Verträge nur Verbindlichkeiten und Rechte unter den Contractanten machen.

Cit. L. 10. pr. macht bey dem Fall, da der Verkauf wieder zurückgeht, keinen Unterschied, ob der Handel durch wirkliche Uebergabe der Sache an den Käufer schon vollzogen gewesen, oder nicht. Vielmehr redet das Gesetz offenbar von dem Fall der schon geschenehen Uebergabe, wie die Worte: si emtor rem retineat, nec reddat venditori, deutlich zeigen. Wenn es noch zu gar keiner Vollziehung des Contracts gekommen, und bereits alsdenn der Handel rückgängig geworden; so versteht es sich ohnedem, nach diesem Gesetz sowol, verb. Si venditor absolutus sit, vel quia non tradebat, in id quod interest, condemnatus, als nach allen den vorigen Stellen der Befehle, daß das Pfandrecht bey Kräften bleibt. Sollte aber, nach

schon geschehener Vollziehung, die verkaufte Sache an den Verkäufer zurück kommen; so wird in der folgenden Anmerkung zu bestimmen seyn, wie weit sodenn das ehemalige Pfandrecht wieder auflebe, oder nicht. Nur ist der von dem Rechtsgelehrten angegebene Grund: haec enim accedere potuissent etc. sehr unbedeutend, weil der Kauf mit der Uebergabe, und gänzlichen Vollziehung hätte ohne Willen des Gläubigers können geschlossen werden.

Die Worte in cit. L. 4. C. sciente eo, et pignus suum remittente, müssen von einer gegebenen Einwilligung zur Verkaufung des Pfandstücks, und daher rechtlich vermutheten Aufhebung des Pfandrechts, verstanden werden, weil sonst die Frage wegen weiterer Verfolgung des Pfandrechts kaum hätte entstehen könn-

nen. Wer sich ausdrücklich des Pfandrechts begiebt, dem kann es nicht in Sinn kommen, solches noch zu verfolgen, und wenn er es thut, so verdient es keiner rechtlichen Entscheidung des Principis, ob er noch zu hören oder nicht.

§. 7. und 8. cit. L. 8. soll in der folgenden Anmerkung erklärt werden.

Noch ist anzumerken, daß, wenn der Pfandgläubiger vielleicht in einer andern Qualität, als in der, eines Gläubigers, z. E. als Vormund des Schuldners, seine Einwilligung zur Verkaufung des Pfandstücks gegeben; dadurch demselben an seinem Pfandrecht nichts benommen sey. ANT. FABER Cod. tit. de Remiss. pign. Def. 4.

§. 236.

Sollte der Schuldner in der Folge von dem veräußerten Pfandstück wieder Eigenthümer werden, und diese Rückkehr der Sache an den Schuldner, geschieht ohne Gefährde, durch eine Erwerbungsart, die mit der geschehenen Veräußerung gar keinen Zusammenhang hat, so wird die Sache dem einmal aufgehobenen Pfandrechte dadurch nicht wieder unterworfen. (265)

(265) §. 7. und 8. L. 8. quib. mod. pign. v. die vorige Anmerkung

L. ult. C. de Remiss. pign. Solita providentia utimur etiam de pignoribus vel hypothecis rerum,

zum, quae quibusdam creditoribus suppositae, postea a debitoribus venduntur, vel alio modo transferuntur, creditore suum consensum contractui praebente: et quodam legitimo postea modo res ad priorem dominum revertuntur. In hoc enim casu diversae sententiae a legum prudentibus habitae sunt, quibusdam dicentibus jus pignoris creditori renovari propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est: aliis penitus extingui. Nobis autem visum est, cum qui semel consensit alienationi hypothecae et hoc modo suum jus respicit, indignum esse, eandem rem, utpote ab initio ei suppositam, vindicare, vel tenentem inquietare.

L. II. quib. mod. pign. Lucius Titius cum esset uxori suae Gajae Sejae debitor sub pignore, sive hypotheca praediorum: eadem praedia cum uxore sua, Sejae Septiciae, communis filiae, nomine, Sempronio, marito eius futuro in dotem dedit: postea defuncto Lucio Titio Septicia filia abstinuit se hereditate paterna. Quaero, an mater eius hypothecam persequi possit? Paulus respondit: pignoris quidem obligationem praediorum Gajam Sejam, quae viro pro filia communi in dotem eadem danti consensit, cum communis filiae nomine darentur, remi-

sisse videri: obligationem autem personalem perseverasse: sed adversus eam, quae patris hereditate se abstinuit, actionem non esse dandam. Wenn diese Gesetze gegen einander gehalten werden, so kommen folgende Sätze heraus. Daß, wenn mit Einwilligung des Gläubigers ein Specialpfand veräußert worden, solches aber, ohne Gefährde, durch einen neuerlichen, und mit der ehernaligen Veräußerung nichts gemein habenden Rechtsgrund der veräußernde Schuldner wieder erlangt; alsdenn das Pfandrecht an sich selbst nicht wieder aufwache, darinn waren die alten Rechtsgelehrten einig. Nur darinn waren sie streitig, ob der Gläubiger, der eine allgemeine Hypothek auch auf die künftigen Güter des Schuldners hatte, bey einer vorhabenden Veräußerung eines Stückes der verpfändeten Güter aber seine Einwilligung erteilte, in der Folge, bey der Rückkehr des veräußerten Pfandstückes an den Schuldner, sein allgemein Pfandrecht über dieses wieder in des Schuldners Hände zurück gekommene Pfandstück wieder erstrecken könne, oder nicht. Justinian entscheidet vor das Letztere. Da der Gläubiger das Pfandstück einmal von dem Pfandanspruch befreyet; so kann es diese Befreyung auch gegen eine Generalhypothek genießen. Denn allgemeine Rechte lassen dennoch Ausnahmen von der Regel zu. Von der Wie-

dererweckung des Pfandrechts, in Ansehung eines dritten Mannes hingegen ist der Anspruch an den Schuldner selbst verschieden. Wenn gegen diesen die Hypothekarische Klage erhoben wird, so ist sie zwar der Strenge nach ebenfalls unzulässig. Da aber doch der Schuldner bezahlen muß, und der Kläger einen Gegenstand der Hülfsvollstreckung sich wählen kann; so wird die *Exceptio remissionis hypothecae*, durch die *Replicam doli mali* abgewiesen.

Die Worte: §. 7. cit. L. 8. *doli mali suspicio inerit, translata ad praesens tempus*, sind zu übersetzen: so ist es nach einer rechtlichen und unumstößlichen Vermuthung (*praesumpt. jur. et de jure*) eben so anzusehen, als wenn eine Gefährde des Schuldners dahinter stände, und daher wacht das Pfandrecht auf gewisse Art eben so wieder auf, wie solches geschehen würde, wenn eine wirkliche Gefährde bey der Veräußerung begangen worden. Denn der Schuldner ist jetzt wenigstens nicht außer Gefährde, daß er noch nicht bezahlt hat. Diese Gefährde wird ihm statt einer solchen gerechnet, die bey der Veräußerung begangen worden. Ist also eine wirkliche Gefährde darinn begangen worden, daß etwa der Schuldner dem Gläubiger die Befriedigung von dem Kaufgelde versprochen, dabey aber: blos dieses zur Absicht gehabt, daß er die Schuld keines-

weges vor der Hand bezahlen, sondern dadurch nur eine Befreyung des Grundstücks von der Hypothek erlangen, hernach daselbe wieder an sich bringen, und denn anderweitig damit Veränderungen vornehmen wolle; so ist die Aufhebung des Pfandrechts von Seiten des Gläubigers, als gar nicht geschehen, anzusehen, und kann das Pfandrecht auch allenfalls gegen einen dritten Besitzer verfolgt werden, der, nach einer solchen listig erschlichenen Einwilligung und nachdem der Schuldner das Pfandstück wieder bekommen, dann aber wiederum veräußert, dieses Pfandstück an sich gebracht hat. Von diesem Fall, da das veräußerte Pfandstück, durch einen mit der vorigen Veräußerung in nichts zusammenhängenden Handel, an den Schuldner wieder zurückkehrt, ist allemal ein anderer zu unterscheiden, da der Veräußerungsvertrag rückgängig wird, z. E. wegen des *L. Commissoriae*, oder wegen wesentlicher Fehler der Sache, oder wegen der vorbehaltenen Neue, oder weil Betrug, Gewaltthätigkeit, Ausfall der verabredeten Bedingungen, die persönlichen Umstände des Verkäufers, oder Käufers, oder andere Ursachen, eine Ungültigkeit veranlassen. In allen diesen Fällen ist die Veräußerung, als nicht geschehen, zu betrachten, der Schuldner erhält die Sachen von demjenigen, dem er solche überlassen, als wenn er sie nie ver-

veräußert hätte, zurück, und das vorige Pfandrecht bleibt unverfehrt. Arg. L. 10. §. 1. quib. mod. pign. wovon unten mit mehrern.

In cit. L. 11. hat der Rechtsgelehrte mit Fleiß den Umstand angenommen, daß die Tochter, Seja Septicia, auf die väterliche Erbschaft Verzicht gethan. Denn wenn dieses nicht geschehen wäre; so würde sie nicht nur dem persönlichen Anspruch der Mutter ausgesetzt gewesen seyn; sondern diese würde auch die Hypothekklage noch haben erheben können,

weil sich der Besitz des Pfandstücks, und die persönliche Verpflichtung einer Erbin, in ihr vereinigt hätten. Da der Erblasser, als Personalschuldner, bey dem Besitz des Pfandstücks sich die Hypothekklage hätte gefallen lassen müssen; so wäre ein gleiches von der Erbin zu sagen gewesen. Daß aber eine Frau, wie das Gesetz zum voraussetzt, in stehender Ehe sich des Pfandrechts an des Mannes Vermögen begeben könnte, ist schon oben ausgeführt worden.

§. 237.

Eben so wird auch aus der Zurückgabe des Pfandstücks, (266) oder der Pfandverschreibung, (267) wenn keine besondere andere Absicht dabey ersichtlich ist; desgleichen daraus, wenn der Pfandgläubiger, ohne Vorbehalt seines bisherigen Pfandrechts, von dem Schuldner neuerlich einen Bürgen zur Sicherheit angenommen, (268) eine stillschweigende Erlassung des Pfandrechts geschlossen.

(266) L. 3. de P. A. Si quasi recepturus a debitore tuo comminus pecuniam, reddidisti ei pignus: isque per fenestram id misit, excepturo eo, quem de industria ad id posuerit: Labeo ait, furti te agere cum debitore posse. Et ad exhibendum, et, si agente te contraria pignoratitia, excipiat debitor de pignore sibi reddito: replicabitur de do-

lo et fraude, per quam nec reddidit, sed per fallaciam ablatum id intelligitur.

L. 9. C. de Remiss. pign. Cum ex causa mandati pro socio tuo te foenebrem pecuniam exsolvisse proponas, curabit praeses provinciae in restituenda pecunia, quam pro eo exsolvist, nec non etiam in usuris eius indemni.

demnitati tuae prospicere. Nam si recepta a creditore mancipia, quae pignori fuerant data, hac mente locero tuo tradidisti, ut pignoris vinculum tuum dissolvatur: obligatio semel extincta instaurari non potest. Das erstere Gesetz setzt zum voraus, daß der, so das Pfand zurück giebt, und solches völlig dem Schuldner zu sich, und in seine Gewahrsam, wieder nehmen läßt, dabey auf die Ehrlichkeit des Schuldners, und daß dieser ihm das schuldige Geld gewiß bezahlen werde, Staat macht, sein Pfandrecht verliere. Aber der Gläubiger in diesem Gesetz war nicht gesonnen, das Pfand aus den Händen zu geben, und seinen Schuldner damit aus dem Hause zu lassen. Deshalb blieb ihm sein Pfandrecht von Rechts wegen. Die List des Schuldners, da er selbst im Hause blieb, aber das Pfand einem andern zusteckte, konnte ihm eben so wenig zu statten kommen, als sonst ein Betrug Jemanden was helfen kann. Ueberdem beging er ein *furtum possessionis*, da er dem Gläubiger den Besitz des Pfandes heimlicher und gewinnlicher Weise, wider dessen Willen entführte.

Cit. L. 9. C. redet von einem Fall, da der Schwiegersohn vor seinen Schwiegervater eine Schuldpost bezahlt hatte. Er hatte sich von dem Gläubiger die Pfänder ausliefern, und das Pfandrecht abtreten lassen. Je-

doch hatte er bald drauf die Pfänder, welche in Knechten bestanden, dem Schwiegervater ausgeliefert, ohne noch sein Geld ersetzt bekommen zu haben. Daß er dieses noch mit Interesse wieder bekommen mußte, war außer Zweifel. Nur war die Frage wegen des Pfandrechts, ob solches erloschen sey oder nicht? Diese Frage wird mit Ja beantwortet. Die Worte: *Hac mente* zeigen nicht an, daß der Schwiegersohn sich deshalb ausdrücklich erklärt habe, das Pfandrecht aufgeben zu wollen. Da wäre kein Streit möglich gewesen. Er hatte sich gar nicht erklärt, und daraus war rechtlich vermuthet worden, daß er sich des Pfandrechts begeben. Daß es besonders auf die Umstände ankomme, lehrt auch L. 1. §. 1. de Liber. leg.

(267) L. 7. C. de remiss. pign. Creditricem patris tui sub obligatione fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eandem cautionem reddi, pignoris etiam jus remissile videri manifestum est. Es ist aber zwischen der Rückgabe des Pfandstücks, und der Pfandschreibung, dieser wichtige Unterschied, daß jene nur das Pfandrecht, diese aber zugleich die Forderung aufhebt. L. 2. §. 1. de pact. L. 59. de Leg. 3. L. 3. §. 1. de Liberat. leg.

(268) L. 14. quib. mod. pign. Cum colono tibi convenit: ut invecta, importata pignori essent: donec merces tibi soluta, aut satisfactum esset: deinde mercedis nomine fidejussorem a colono accepisti. Satisfactum tibi videri existimo: et ideo illata pignori esse desiisse. Ob

nach dem Justinianischen Recht ein gleiches zu sagen, ist fast zu zweifeln, weil Justinian keine Novation passieren läßt, als wo die Absicht der Parthey, die dars unter leidet, ganz offenbar ist. Daß sie aber hier ganz offenbar auf eine Novation gerichtet sey, läßt sich schwerlich behaupten.

§. 238.

Die Aufgebung des Pfandrechts geschieht entweder in Ansehung des ganzen Pfandes, oder nur in Ansehung eines Theils desselben. (269)

(269) L. 8. §. 3. quib. mod. pign. Si convenerit, ne pars dimidia pro indiviso pignori sit: quaecunque fundi eius pars a quolibet possessore petatur, dimidia non recte petetur. §. 4. eod. Si plures dederint pro indiviso: et cum uno creditor paciscatur, ne hypothecae sit. Deinde ab eo petat: etiam si hic cum quo pactus est, solidum fundum possideat pro indiviso: quia de parte convenisset: non repellit eum a toto.

genommen hatte. Diese haftete allemal nur auf einen Theil des Pfandstücks, es mochte die Hypothekklage erhoben werden gegen welchen Besitzer man wollte. Gleiche Bewandnis hat es mit Aufgebung des Pfandrechts. Wenn eine unabgetheilte Hälfte des Pfandstücks freigelassen wird; so haftet noch von jedem Theil des Ganzen die Hälfte, und kann also ein Besitzer eines Theils nie, des ganzen Theils wegen in Anspruch genommen werden, sondern die Hälfte geht allemal ab (dimidia non recte petetur) Ob die Verabredung genommen ist, daß ein alleiniger Eigenthümer nur eine ungetheilte Hälfte freigelassen erhalten hat, oder ob zwey Eigenthümer vorhanden sind, und nur dem einen sein Antheil freygegeben worden, ist in dieser Absicht einerley, denn es
ents

L. 7. §. eod. Si, convenit de parte pro indiviso alienanda: si certa res est quae venit: potest dici, de reliqua parte ab initio agi oportere, nec obstat exceptio. Oben ist von der Verpfändung einer gemeinschaftlichen Sache geredet worden, welche einer derer Mitzeigenthümer vor

entsteht allemal die Befreyung einer unabgetheilten Hälfte. Die Hypothekklage hat daher so gar gegen denjenigen Pfandbesitzer statt, dem sein Antheil an der gemeinschaftlichen Sache frey gelassen worden, sich aber im Besitz des ganzen Pfandstücks befindet. Der Gläubiger kann gegen jeden derer Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Sache einzeln die Hypothekklage erheben. Der Beklagte kann ihn nicht die Ausflucht mehrerer Interessenten entgegen stellen. Das Pfandrecht ist untheilbar, und also haftet jeder Miteigenthümer der Pfandrechte des Gläubigers ganz. Nur der Kläger thut nicht wohl, wenn er bloß den einen derer Miteigenthümer in Anspruch nimmt, weil der andere diesen Proceß, und die darinn ergangenen Sentenzen, nicht zu respectiren braucht. Hätte der eine derer Miteigenthümer seinen Antheil der Schuld bezahlt; so würde das Pfand doch noch wegen des andern Antheils haften, und da der Beklagte nicht bloß den Antheil besitzt, der frey gemacht worden, sondern das ganze Pfandstück ohne körperliche Abtheilung; so muß er sich wegen des andern Antheils noch auf die Klage einlassen. Gleiche Bes-

wandnis hat es mit Auflassung des Pfandrechts. Sie ist eben so anzusehen, als wenn der Gläubiger durch Befriedigung sein Pfandrecht verlohren hätte. Der Gläubiger kann also selbst gegen den, dem er auf seinen Antheil das Pfandrecht erlassen, wegen des andern Antheils Klage erheben.

Noch ist merkwürdig, daß das Gesetz §. 5. nicht sagt, es sey verabredet worden: *ne huius unius causa hypothecae sit*, sondern überhaupt: *ne hypothecae sit*. Also gab ja der Gläubiger sein ganzes Pfandrecht auf? Es thut aber nichts. Denn die Erklärung geschehe nur gegen den einen. Dieser allein hatte acceptirt. Der andere war nicht gegenwärtig gewesen. Nach Römischen Rechten kann man in eines andern Namen, besonders wenn dazu keine Vollmacht vorhanden, nicht acceptiren. Also kam die Erlassung bloß dem Schuldner, dem die Erklärung geschehen war, zu Gute, und besreyte das Pfand nur zu seinem Antheile. In Teutschland würde ein anderes zu sagen seyn, wo man auch vor einen andern ohne Vollmacht etwas acceptiren kann.

§. 239.

Sie kann eben so gut durch einen Bevollmächtigten, als in Person declariret und acceptiret werden. (270)

Da

Da auch ein Cessionarius und eingetretener Selbstschuldner eben das sind, was der ursprüngliche Gläubiger oder Schuldner vorhin waren, und also keine eigentliche Bevollmächtigte, so ist eine von diesen verabredete Erlassung der Schuld oder des Pfandrechts ohne allen Zweifel zu Recht beständig. (271)

(270) L. 7. §. 2. quib. mod. pign. Sed si cum debitoris procuratore convenit, ne sit res obligata: dicendum est, id debitori per doli exceptionem prodesse: cum autem cum servo eius convenerit, per ipsam pacti conventi exceptionem debet. Daß überhaupt ein Erlassungsvertrag, der mit des Schuldners Bevollmächtigten verabredet worden, dem Schuldner zwar nicht Exceptionem pacti, aber doch die in deren Ermangelung, der Billigkeit wegen eingeführte Exceptionem doli mali erteile, ist aus andern Gesetzen bekannt. Es hat auch gleiche Bewandnis mit dem Bevollmächtigten des Gläubigers. Dieses Bevollmächtigten Vertrag, wegen Erlassung des Anspruchs, giebt dem Schuldner ebenfalls die Exceptionem doli mali L. 10. §. ult. L. 12. ff. de pact. Der Sohn und Knecht des Schuldners hingegen erwerben dem Vater und Herrn, wegen ihres nähern Verhältnisses Exceptionem pacti. NOODT de pact. et transact. c. 24. 27. In Teutschland würde die Acceptation zu ihrer Gültigkeit nicht einmal einer Vollmacht bedürfen. Die Worte: per ipsam pacti

Westph. Erl. v. Pf. R.

exceptionem debet, sind etwas dunkel. Sie müssen, wenn sie nicht verfälscht sind, so erklärt werden: der Eigenthümer des Knechts ist zwar nach der Strenge noch Schuldner, hat aber doch dabey die eigentliche Exceptionem pacti vor sich.

NOODT will die Worte: ne sit res obligata, ausgestrichen haben, weil nach dem Zusammenhange nicht von dieser Verabredung, sondern vielmehr von der, ut debitori sit jus vendendi pignoris, die Rede sey. Tr. de pact. et transact. c. 13. Opp. p. 455. Allein, da die letzte Verabredung eine gewisse Art der Remission insonderheit enthält, worauf auch die erste allgemein geht, so ist diese Verstämmelung unnöthig. Der allgemeine Ausdruck begreift den Fall, von dem NOODT redet, mit unter sich. Der Bevollmächtigte muß, wenn er dem Pfandanspruch gütlich erlassen will, eine Specialvollmacht haben. Eine allgemein überlassene freye Verwaltung der Geschäfte berechtigt dazu nicht, besonders wenn die Erlassung unentgeltlich geschehen will. Denn ein Bevollmächtigter zu allen

3

Ge

Geschäften überhaupt, kann nichts verschenken. Daher auch ein Sohn der ein *peculium* in Händen, und davon die freye Verwaltung hatte, doch von seinen Ansprüchen unentgeltlich sich nichts vergeben durfte. L. 8. §. 5. quib. mod. pign. An pacisci possunt filiusfamilias et servus, ne res pignori sit, quam peculiariter hypothecam acceperint et habent liberam administrationem: videamus: an quemadmodum donare non possunt, ita nec pacisci, ne pignori sit, possint. Sed dicendum est, ut concedere possint. Scilicet, si pretium pro pactione accipiant: quasi vendant. (cf. L. 7. ff. de donation.)

L. 7. §. 1. eod. Videbimus: si procurator omnium bonorum consensit, vel servus actor, cui et solvi potest, et in id positus est: an teneat consensus eorum. Et dicendum est, non posse: nisi specialiter hoc eis mandatum est. Servus actor ist ein Knecht der dem ganzen Hauswesen vorgefetzt ist. Wenn er auch zur Annehmung der Zahlung entweder vermöge seiner Generalvollmacht, (cui et solvi potest) oder durch eine Specialclausel berechtigt seyn sollte (et in id positus est); so folgt doch daraus noch nicht das Recht, ohne Erhaltung der Zahlung, des Pfandrechts sich zu begeben. Das letzte ist nachtheiliger als das erste.

(271) L. 8. §. 2. quib. mod. pign. Si procurator debitoris in

rem suam sit: non puto dubitari debere, quin pactum noceat creditori. Itemque si a parte creditoris procurator in rem suam extiterit, paciscendo inutilem sibi faciet hypothecariam actionem. In tantum ut putem recte dici et dominis litis hoc casu nocere hanc exceptionem. Ehemals war ein Procurator in rem suam von einem Cessionario unterschieden, und zwar bestand der Unterschied darinn, daß diesem gerichtlich, jenem aber auffer gerichtlich, die Forderung übertragen war. Der practische Unterschied war sehr erheblich, da ein Procurator in rem suam, in den mehresten Stücken, als ein jeder anderer Bevollmächtigter angesehen wurde, welches bey einem Cessionario sich anders verhielt. Es war also was besonders, daß der Procurator in rem suam dem ursprünglichen und eigentlichen Gläubiger eine Exceptionem pactioni erwerben konnte, da ein anderer Bevollmächtigter dem Gewaltgeber nur Exceptionem doli zu wege brachte. Jedoch ist durch die neuerlichen Gesetze, nach Aufhebung der gerichtlichen Cessionen, auch der Unterschied zwischen dem Procureto in rem suam und dem Cessionario aufgehoben, und versteht es sich nun um so mehr, daß ein jeder dem eine, auch auffergerichtliche Cession ertheilet ist, seines Rechts sich zum Besten des Schuldners gültig begeben könne. GRVBER de action. mandat.

§. 240.

Diese Begebung des Pfandrechts ist, als eine nachtheilige Handlung, bey Unmündigen nicht anders gültig, als wenn ein gerichtliches Decret darüber ertheilt, und das übrige beobachtet wird, so bey Veräußerungen derer Güter der Unmündigen nöthig ist. (272)

(272) L. 7. pr. quib. mod. pign. Si consensit venditioni creditor, liberatur hypotheca. Sed in his pupilli consensus non debet aliter ratus haberi, quam si praesente tutore auctore consenserit, aut etiam ipse tutor: sive si commodum aliquid, vel satis ei fieri ex eo iudex aestimaverit. Wenn der Wündel über die Kindersjahre hinaus gekommen; so mußte er selbst alles thun, was in seinen Geschäften von Wichtigkeit war, weil man meinte, daß aus anderer Leute Verhandlungen einem

Dritten weder ein Recht, noch eine Verbindlichkeit zukommen könne. Der Vormund mußte aber gleich gegenwärtig seyn, und sein: Auctor fio, dazu sprechen, weil diese Ertheilung der vormundschaftlichen Einwilligung ein Actus legitimus war. Wenn aber der Wündel sich noch in den Jahren der Kindheit befand, so that der Vormund alles, ohne dessen Zuziehung. Die Nothwendigkeit des Decrets bestärkte besonders L. 22. C. de adm. tut.

§. 241.

Wenn der Fiduciärerbe die Erlassung wegen eines an die Erbgüter habenden Anspruchs erhalten hat, so kommt diese Erlassung auch dem Fideicommissärerben zu Gute. (273)

(273) L. 8. §. 1. quib. mod. pign. Creditor ne pignori hypothecaeve sit res pacisci potest. Et ideo si heredi pactus fuerit, ei quoque proderit pactum, cui restituit hereditatem ex Senatus consulto Trebelliano. Es ist,

wie, wenn der Erbe einen Anspruch erwerben will, also auch wenn es auf eine zu erlangende Befreyung von einem Ansprüche angesehen ist, ein Unterschied zu machen, ob der Vertrag auf eigenen Namen, oder ob er zum

Behuf der Erbschaft eingegangen wird. Im letztern Fall kann sich der Fideicommissarerbe derer von dem Fiduciarius erlangten Rechte schlechtthin bedienen. Wenn aber auf eigenen Namen

der Vertrag errichtet worden, so muß der Fiduciarerbe sein Recht dem Fideicommissario erst abtreten. CVJ. Tract. 7. ad Afric. ad L. 21. pr. de Fidejuss.

§. 242.

Sobald der Pfandgläubiger von dem Pfandstück Eigenthümer wird, so läßt sich kein Pfandrecht mehr denken und es hört demnach dieses Recht durch die sogenannte Confusion auf. (274)

(274) L. 20. §. 3. de P. A. Interdum et, si soluta sit pecunia, tamen pignoratitia actio inhibenda est. Veluti si creditor pignus suum emerit a debitore.

L. 9. pr. quib. mod. pign. Titius Sempronio fundum pignori dedit: et eundem fundum postea Gajo Sejo pignori dedit: atque ita idem Titius Sempronio et Gajo Sejo fundum eundem in allem vendidit, quibus pignori ante dederat in solidum singulis. Quaero: an venditione interposita, jus pignoris extinguitur sit: ac per hoc jus solum emtionis apud ambos permanferit? Modestinus respondit: dominium ad eos, de quibus

quaeritur, emtionis jure pertinere: cum consensum mutuo venditioni dedisse proponantur, invicem pignoratitiam actionem eos non habere. Der Ausdruck: in allem, heißt eben so viel, als: in solidum und kommt in dieser Bedeutung in mehreren Gesetzen vor, L. ult. de donat. L. 11. §. 1. de Interd. in jure. L. 5. §. 11. ff. ut in poss. leg. L. 1. §. 1. de Separat. Das Pfandrecht eines jeden derer beyden Käuferen hörte in Ansehung des eigenen Antheils, wegen der Confusion, in Ansehung des Antheils des andern Mitinteressenten aber wegen der Einwilligung der Verkäufferung, auf.

§. 243.

Wenn derjenige so dem Gläubiger das Pfandrecht ertheilet, kein beständiges, immerwährendes und unwie-

der:

derrussliches Recht und Eigenthum an der verpfändeten Sache hat; so kann das Pfandrecht, so er ertheilet, ebenfalls kein beständiges und bleibendes Recht seyn; sondern, wenn des Schuldners Recht ein Ende nimmt, und nun solchen Eigenthümern das Pfandstück zufällt, die ihre Rechte nicht dem Verpfänder zu verdanken haben; so hört das Pfandrecht auf.

§. 244.

Dahin gehört, wenn von einem Erbzinnsmanne die Verpfändung geschehen und das Erbzinns Guth durch die Consolidation oder Privation an den Erbzinns herrn zurückfällt, (275) wenn wegen einer Addictionis in diem (276) wegen des L. Commissariae, der jetzige Eigenthümer sein Eigenthum wieder verliert, oder das Grundstück einer Stammvererbung; unterworfen ist und nach Abgang des Verpfänders das Pfandstück an die Stammnachfolger verfällt. (277)

(275) Cf. supra.

(276) L. 3. quib. mod. pign. Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset: fueritque tradita; et forte emtor antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset: Marcellus libro quinto digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata. Quamquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset: pignus finiri non putet. Eine Addictio in diem giebt dem Käufer entweder gar kein gegenwärtiges Eigenthum, sondern nur ein noch eventuelles,

und von einer künftigen Begebenheit abhängiges Recht, wenn sie suspensive; oder ein zeitliches, wiedererrussliches Recht, wenn sie resolutive verabredet ist. Das pactum displicentiae aber läßt dem Käufer sein beständiges Eigenthum; behält aber dem Verkäufer ein Personalrecht vor, die verkaufte Sache wieder zurück zu nehmen. Eben diese Stelle des MARCELLVS führt Ulpian an, L. 4. §. 3. de in diem addict. cf. ANT. FABER Err. Pragm. Dec. 23. Err. 1. seq.

(277) L. ult. C. comm. de Legat. Nov. 39.

§. 245.

Anders hingegen verhält es sich, wenn der Verpfänder an sich ein immerwährend Eigenthum an der verpfändeten Sache hat; jedoch entweder aus freyer Entschliessung sich dessen begiebt, oder vermöge einer persönlichen Verbindlichkeit die Sache zurück zu geben schuldig ist, z. E. bey einer Redhibition, (278) Verletzung über die Hälfte, dem Wiederkauf, Abtrieb, pacto displicentiae, der Wiederrufung einer Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten, Condict. indeb. ob turpem causam, causa dat. causa non fec. etc.

(278) L. 4. pr. quib. mod. pign. Si debitor cuius res pignori obligatae erant, servum, quem emerat, redhibuerit; an desinat Servianae locus esse? et magis est ne desinat: nisi ex voluntate creditoris hoc factum est. L. 43. §. 8. de aed. ed. Wenn der Käufer die mangelhafte Sache zurück giebt, so geschieht solches durch seine freywillige Entschliessung. Durch solche kann er demnach dem

Gläubiger, welchem er selbst ein Pfandrecht ertheilt hat, solches nicht nehmen. Deshalb muß der Käufer dem Verkäufer, dem er die mangelhafte Sache zurück giebt, Vorstand leisten, daß keine Verpfändung geschehen, oder, wenn solche geschehen, daß sich der Verkäufer der nun seine Sache zurück bekommen, seiner Sicherheit wegen daran halten könne. L. 21. §. 1. ad ed. aedil.

§. 246.

Das Pfandrecht ist auch, wie alle andere Rechte, der Verjährung unterworfen. Es muß aber bey dieser Art das Pfandrecht aufzuheben, allemal die Verjährung des Eigenthums am Pfandstück, von der Verjährung des Pfandrechts unterschieden werden. Wenn ein dritter Mann das Eigenthum des Pfandstücks gegen den Verpfänder verjährt; so folgt daraus noch nicht, daß auch das Pfandrecht des Gläubigers verlohren sey. Es ist damit

mit eben so, wie mit der Veräußerung des Pfandstücks, so etwa der Schuldner vornimmt. Ob er gleich dadurch sein Eigenthum eingebüßet, so thut doch dieses dem Pfandrechte des Gläubigers nicht den geringsten Schaden. Es kann seyn, daß in einem einzelnen Falle von ohngefähr, binnen eben der Zeit, als das Eigenthum gegen den Verpfänder verjährt wird, auch das Pfandrecht gegen den Gläubiger von dem dritten Besizer des Pfandstücks verjährt werde. Allein demohnerachtet bleibt die erstere Verjährung von der letztern unterschieden. (279)

(279) L. 7. C. de pign. Usucapio pignoris conventionem non extinguit.

L. 44. §. 5. de Vsurp. et Vsuc. Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit. Vt enim usufructus usucapi potest; ira persecutio pignoris, quae nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventionem constituitur, usucapione rei non perimitur. cf. L. 12. pro Emr. L. 2. pro hered. L. 1. §. 2. de pign. davon oben. Die Mühe welche sich die alten Glossatoren gegeben, um cit. L. 7. C. mit andern bekannten Rechtsgrundsätzen zu vereinigen, war ganz unnothig. Da ein dritter Eigenthumsbesizer binnen 10. und 20. Jahren die Befreyung vom Pfandanspruch erlangt, so meinten sie, daß dies Gesetz einer solchen rechtlichen Verordnung zu widersprechen scheine, indem es eine Verjährung binnen ordentlicher Zeit bey dem Pfandrecht

ausschließe daher erklärten sie das Gesetz blos von beweglichen Sachen, die binnen drey Jahren verjährt werden. Die kurze Verjährung, von drey Jahren sagten sie, benimmt dem vorigen Eigenthümer zwar sein Eigenthum, aber nicht dem Gläubiger sein Pfandrecht. Um die Sache recht schön zu machen, setzten sie hinzu, die drey jährige Verjährung der Mobilien allein werde Usucapio die 10. und 20. jährige Verjährung der Grundstücke hingegen, allemal Praescriptio genannt. Das sind so viel Irthümer, als Worte. Wenn die Glossatoren die Geschichte der Rechte verstanden hätten; so würden sie auf diese wunderliche Erklärung nicht verfallen seyn. Es ist zu verwundern, wie der große Cujaz dieser Accusianischen Erklärung ad h. l. beytreten und ad tit. C. Si adverb. cred. praeser. opp. sogar behaupten können, daß an Mobilien sonst nie eine praescriptio, sondern allemal nur eine Usucapio statt ge-

funden. Das Gesetz ist von K. Gord. an. Zu dieses Herrn Zeiten war noch keine *Vsucapio* als nur von 1. und 2. Jahren bekannt. Alles andere hieß *praescriptio*. Also will das Gesetz sagen, daß, wenn ein dritter Mann binnen 1. und 2. Jahren gegen den Verpfänder das Eigenthum verjähre, dadurch das Pfandrecht des Gläubigers noch nicht aufgehoben sey. Wie widerspricht also dieses denen rechtlichen Verordnungen, die besagen, daß ein dritter Besitzer gegen den Pfandgläubiger nach 10. und 20. Jahren durch eine *Praescriptio* gedeckt sey? Eben so irrig ist es, daß die 10. und 20. jährige Verjährung der Grundstücken nicht *Vsucapio*, sondern *Praescriptio* genennet werde. Man braucht nur *pr. I. de Vsucap.* nachzusehen, um sich eines andern zu belehren. Die 3. jährige *Praescriptio* derer Mobilien, hat der K. Caracalla eingeführt, also ist es falsch, daß es vor Justinian keine *Praescriptio* der Mobilien, sondern blos eine *Vsucapio* derselben gegeben hätte. Es ist gewiß, daß das Gesetz von der *Vsucapio*, sowol der beweglichen, als unbeweglichen Güter, zu verstehen. Der darinn enthaltene Satz war nicht nur zu des K. Gordians Zeiten richtig, sondern er ist es auch nach der Justinianischen Jurisprudenz geblieben. Die *Vsucapio* des Eigenthums wird binnen 3. Jahren bey beweglichen, binnen 10. und 20.

Jahren bey unbeweglichen Sachen vollendet. Das Pfandrecht hingegen erlöschet nie binnen einer kürzern Zeit, als zum wenigsten nach Verfluß von 10. und 20. Jahren; und alsdenn heist es nicht *Vsucapio*, womit sich der Besitzer gegen den Gläubiger schützt, sondern *Praescriptio*. Es ist falsch wenn *CVJ. ad tit. C. li adv. cred. praescr. opp.* behaupten will, daß das Pfandrecht an Mobilien, binnen 3. Jahren von einem dritten Besitzer verjähret werde. Davon steht in keinem derer Gesetze etwas, die von der Verjährung der Hypothekklage reden. Man setze also, daß ein dritter Mann, der alle Erfordernisse der *Vsucapio* vor sich hat, das Eigenthum binnen 10. Jahren gegen den Verpfänder verjähre, zugleich aber von dem Pfandgläubiger, des Pfandanspruchs wegen, binnen eben dieser Zeit gar nicht angefochten worden, ihm auch von dem Pfandanspruch nichts bewusst sey; so wird es freylich von ohngefähr zutreffen, daß die *Vsucapio* des Eigenthums und die *Praescriptio* des Pfandrechts zugleich geschehen. Allein die erstere bleibt demohinrechtet von der letztern hinlänglich unterschieden. Oft kann der dritte Mann nur erst nach 30. Jahren der Hypothekklage die *Praescriptio* entgegen stellen. Oft ist die *Praescriptio* des Pfandrechts durch die Interpellation oder sonst gehindert, dagegen die *Vsucapio* des Eigenthums ruhig fortgegangen;

gen; oder umgekehrt, die Usucapion hat wegen gewisser Hindernisse nicht vollendet werden können, die Praescription des Pfandrechts hingegen ist vor sich gegangen; oder die Verpfändung ist erst neuerlich geschehen da der Besitzer die Usucapion des Eigenthums schon längst angefangen hatte. In allen diesen Fällen werden Usucapion des Eigenthums, und Praescription des Pfandrechts, nicht zugleich vollendet, und es bleibt zwischen beyden allemal ein Unterschied.

CVJ. erörtert ad h. l. mit denen Glossatoren die Frage, wie es werde, wenn der Gläubiger das schon usucapirte Grundstück durch die Hypothekklage in Anspruch genommen, und solches zu seiner Befriedigung eingeliefert erhalten hat? Gesezt der Verpfänder melde sich alsdenn, beithe den Gläubiger seine Zahlung an, und verlange sein Pfand von ihm zurück. Der Gläubiger ist schuldig, solches dem Verpfänder auszuliefern. Kann derjenige, so das Eigenthum durch die Usucapion erworben, die Sache dem Verpfänder wieder abfordern? Diese Frage kann nach dem Justinianischen Recht eigentlich nicht einmal aufgeworfen werden. Gegen den dritten Besitzer hat kein Pfandanspruch statt, ehe der Schuldner zur Zahlung unfähig befunden worden. Folglich läßt

es sich nicht gedenken, daß, nach der bis zur Hülfsvollstreckung gebrachten Hypothekklage gegen den dritten Mann, der Schuldner die Zahlung anbieten sollte. Gesezt aber, daß der Beklagte die Exception des Beneficii excussio- nis zu gebrauchen vergessen hätte, oder der Schuldner erst jetzt zu Gelde gekommen wäre; so wird doch die Frage nicht statt finden. Der Gläubiger darf das ausgeklagte Pfand dem Verpfänder gegen Bezahlung der Schuld nicht ausliefern. Dergleichen Auslieferung wäre null und nichtig. Der dritte Besitzer hat es demselben nicht dazu eingeräumt, daß er damit nach seinem Gefallen verfahren soll. Nein! er muß es zur öffentlichen Steigerung bringen, seine Befriedigung von dem Kaufgelde nehmen, und das übrige dem Beklagten wieder heraus geben. Es ist eben, als wenn der Schuldner sein Pfand forderte; es wäre aber von Gerichts wegen bey dem Gläubiger Arrest darauf gelegt worden. So wenig in diesem Fall der Verpfänder das Pfand bey dem Gläubiger abfordern könnte, so wenig kann er es in jenem. Ueberdem würde, so bald der Schuldner den Gläubiger befriedigte, dessen Hypothek erlöschen und also der Grund wegfallen weshalb die Ausklagung und Hülfsvollstreckung geschehen. Daher würde der Beklagte mit Recht die ausgeklagte Sache nunmehr wieder zurückfordern. Daß übrigen,

wenn der Gläubiger allein daran dem Verpfänder allen daher erwachsenden Schaden ersetzen mußte, versteht sich von selbst, wenn der Gläubiger ein Dritter die Usucapion des Eigenthums vollzogen, jener

S. 247.

Die Verjährung des Pfandrechts selbst aber ist verschieden, nachdem der Schuldner oder dessen Erben, oder ein dritter Mann sich in dem Besitz des Pfandstücks befindet. Im ersten und zweyten Fall wird ein Verlaufs von 40. Jahren erfordert, ehe der Gläubiger durch Stillsetzen und Nichterinnern des Schuldners um sein Recht kommt. Im dritten Fall hingegen kommt es darauf an, ob der dritte Mann als Eigenthümer, oder ob er als ein Pfandgläubiger das Pfandstück in Händen hat. Wenn er solches als Eigenthümer besitzt, und dabey von dem drauf haftenden Pfandrechte nicht unterrichtet ist; so ist die Verjährung nach 10. oder 20. Jahren vollendet; wenn er aber von dem Pfandrechte weiß, so erfordern die Römischen Rechte eine 30. jährige Nachlässigkeit des Gläubigers. Ist der Besitzer blos als Gläubiger im Besitz; so hat er bey Lebzeiten des Schuldners einen Verfluß von 40. nach dessen Tode aber entweder von 30. oder von 40. Jahren nöthig, um gegen das Pfandrecht eines andern Gläubigers gedeckt zu seyn; nachdem er entweder die Zeit seines eigenen Besitzes allein, oder zugleich die Zeit, da der Schuldner selbst das Pfand noch besessen, mit in Anschlag bringt. (280)

(280) L. 1. C. si adv. cred. praeser. opp. Diuturnum silentium longi temporis praescriptione corroboratum, creditoribus pignus persequentibus inefficacem actionem constituit: praeterquam si debitores, vel qui in eo-

rum jura successerunt obligatae rei possessioni incumbant. Vbi autem creditori a possessore longi temporis praescriptio objicitur, personalis actio adversus debitorem salva ei competit.

L. 2. eod. Si debitori heres non exstitit, sed iuxta viginti annorum possessione collata in te donatio corroborata est: neque personali actione, quia debitori non successisti, conveniri te juris ratio permittit: neque data pignori praedia post intervallum longi temporis tibi auferenda sunt: quando etiam praesentibus creditoribus decem annorum praescriptionem opponi posse, tam rescriptis nostris, quam priorum principum statutis probatum sit.

L. 7. pr. C. de Praescr. 30. vel 40. ann. Cum notissimi juris sit, actionem hypothecariam in extraneos quidem suppositae rei detentores annorum triginta finiri spatiis, si non interruptum erit silentium, ut lege cautum est, i. e. etiam per solam conventionem, aut si aetas impubes excipienda monstretur, in ipsos vero debitores, aut heredes eorum primos vel ultiores nullis exspirare lustrorum cursibus: nostrae provisionis esse perspeximus, hoc quoque emendare, ne possessores eiusmodi prope immortali timore teneantur.

§. 1. eod. Quam ob rem jubemus hypothecarum persecutionem, quae rerum movetur gratia vel apud debitores consistentium, vel apud debitorum heredes, non ultra quadraginta annos, ex quo competere coepit, prorogari, nisi conventio aut aetas (sicut dictum

est) intercesserit: ut diversitas utriusque rerum persecutionis, quae in debitorem, aut heredes eius, quaeque movetur in extraneos, in solo sit annorum numero: verum in aliis omnibus ambae similes sint: in actione scilicet personali his custodiendis: quae prisca constitutionum sancit iustitia.

§. 2. eod. Sed cum illud in forensibus controversiis ventilabatur, an creditor anteriora jura praetendens, potest posteriorem creditorem hypothecam tenentem etiam ultra triginta annos inquietare, utpote imaginem debitoris obtinentem eique possidentem: necessarium duximus et hoc dirimere. Et sancimus, donec communis debitor vivit, non posse creditori anteriori triginta annorum exceptionem opponi, sed locum esse quadraginta annorum praescriptioni: quia dum ille vivit, merito anterior creditor confidit, utpote apud debitorem eius possessione per posteriorem creditorem constituta. Ex quo autem in fata sua debitor decesserit, ex eo quasi suo nomine possidentem posteriorem creditorem merito posse triginta annorum opponere praescriptionem: et secundum hanc distinctionem computationem temporum adhibendam, ut ex persona quidem sua posterior creditor triginta annos, per quos ipse post mortem debitoris possedit, opponat. Sin autem conjungere volue-

voluerit suae possessioni, quam post mortem debitoris habuit, etiam tempus, quo vivente debitor vel ipse creditor vel communis debitor detinuit, tunc quadraginta annorum exceptionis iura tractari, et quantum deest, ad quadraginta annorum possessionem, per quam et ipse debitor creditorem repellere poterat, hoc se possedisse ostendat.

§. 3. eod. Eodem jure pro temporum computatione observando, et si posterior creditor anteriori creditori offerre debitum paratus est, et is creditor longævam possessionis praescriptionem ei opponere conatur. Zu der Zeit des L. I. C. si adv. cred. konnte der Schuldner die Pfandklage noch gar nicht verjähren. (act. hyp. nullis expirabat lustrorum curibus.) Denn K. Theodol. hat zuerst die Verjährung der Schuldforderungen eingeführt, wodurch der Schuldner selbst, von der Schuld befreiet und des Gläubigers Personalforderung getilget wird. L. 3. C. de praescr. 30. vel 40. ann. Eben dieser scheint cit. L. die vorher auf 10. und 20. Jahr gesetzt gewesene Verjährung der hypothekarischen Klage gegen einen dritten Besitzer ebenfalls auf 30. Jahr gesetzt zu haben. Ob aber auch die hypothekarische Klage gegen den Schuldner selbst einer Verjährung unterworfen seyn soll, ist cit. L. nicht bestimmt.

L. 2. eod. setzt bey der Schenkung, wovon darinnen die Rede ist, zum voraus, daß diese nicht zum Nachtheil der Gläubiger, von einem über Vermögen verschuldeten Schuldner geschehen. Sonst würde der Besitzer der geschenkten Sachen gar wohl haben können in Anspruch genommen werden. Die Act. Pauliana oder actio in factum währet in solchem Fall 30. Jahr.

Der Anfang des cit. L. 7. C. erläutert dasjenige, was ad L. 1. von der Theodosianischen Verordnung gesagt worden. Daß gegen den Schuldner selbst nach diesem Gesetz die Hypothekklage 40. Jahr dauern soll, hat vermuthlich keinen andern Grund, als weil sie in diesem Fall bisher ganz ohne Vergang gewesen war, und man also sie nicht völlig den andern Klagen gleich machen wollen. Bey Erwähnung der 30. jährigen Klage gegen einen dritten Besitzer wird nicht gemeldet, daß ein solcher Besitzer verstanden werde, der von dem Pfandrechte weiß. Man muß es aber darum annehmen, daß ein solcher gemeinet sey, weil sonst ein Widerspruch der Gesetze heraus kommen würde. Den Grund, warum nach des Schuldners Tode die hypothekarische Klage 30. Jahr gegen den dritten Besitzer dauert, setzt CVJAC. darinn, weil nun der Pfandinhaber nicht mehr auf den Namen des Schuldners besitze. Der Schuld-

Schuldner selbst könne keinen Besitz mehr haben, weil er gestorben; auf die Erben aber ginge der Besitz durch die Erbantrittung nicht über. Also besitze nun der Pfandinhaber auf seinen eigenen Namen. Diese Erläuterung ist aber wol so gründlich nicht. Der Gläubiger der bey Lebzeiten des Verpfänders auf dessen Namen besaß, kann, nach dessen Tode, nicht anders, als auf den Namen der Erben besitzen. Sonst hörte er auf Gläubiger zu seyn und Niemand darf den Rechtsgrund seines Besitzes, vor sich verändern. Der körperliche Besitz (*possessio facti*) geht nicht unmittelbar auf die Erben; sie können sich aber doch in solchen versetzen. Der unkörperliche Besitz (*possessio juris*) geht um so eher auf die Erben, da er gleichsam unter die Rechte gehört, und wenigstens, da der Gläubiger die Erben als Eigenthümer erkennt, eben dadurch bey diesen begründet wird. Es bleibt also bey der ganzen Entscheidung des Gesetzes nichts übrig, als ein bloßer Will-

kuhr des Gesetzgebers. *Res supposita* heißt eben so viel als *res oppignorata*. *Vt lege cautum est* bezieht sich auf die neuern Verordnungen der Kayser, die sich in den *Tit. Cod. de Praescrip. long. temp.* und *de Praescrip. 30. vel 40. ann.* finden, nach welchen die *Praescription* bereits durch Uebergehung der Klage *interrumpirt* wurde, wenn es gleich noch nicht zur *Litiscontestation* gekommen. Daß *aetas impubes* abgerechnet wird, ist durch alle Arten der Verjährung ein allgemeiner Grundsatz. Die Worte: *ex quo competere coepit*, müssen bey allen, in dem Gesetz angegebenen Fällen der Verjährung stillschweigend wiederholt werden. Denn jede Forderung wird von der Zeit an erst der Verjährung fähig, da sie gefällig geworden. Wegen der Zinsen des Capitals auf jedes Jahr, dauert die Forderung, und also auch die Hypothek, so lange, bis seit jedes Jahres gefällig gewordenem Zins die rechtsverjährte Zeit verstrichen ist.

§. 248.

Bisweilen verliert der Pfandgläubiger auch sein Recht durch dessen Mißbrauch und die übele Behandlung der verpfändeten Sache. (281)

(281) L. 24. §. 3. de P. A. davon oben.

§. 249.

§. 249.

Wenn die verpfändete Sache verschwindet und ihr Daseyn verliert; so hört zwar natürlicher Weise das Pfandrecht auf; es entsteht aber wieder, wenn die vernichtete Sache wieder hergestellt wird. (282^a)

(282a) L. 35. de Pignor. Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore tuo restituta: idem in nova insula juris habes.

L. 8. pr. quib. mod. pign. Sicut re corporali extincta, ita et usufructu extincto, pignus hypothecae perit. Wie es aber mit Erstattung derer auf die Wiederherstellung des abgebrannten

Grundstücks verwandten Kostert werde, und was Insula sey, ist oben schon vorgekommen. Der Ususfructus, dessen in dem letzten Gesetz erwähnt wird, war entweder selbst verpfändet, oder der Nießbraucher hatte Sachen, wovon ihm nur der Nießbrauch zukam, zum Pfande verschrieben. Beydes gieng an, konnte aber nur so lange von Dauer seyn, als der Nießbrauch währte.

§. 250.

Bei der Verwandlung der Sache in eine andere Gestalt, kommt es, wie bey andern Fällen, darauf an, ob der Sache die vorige Gestalt wiedergegeben werden kann, oder nicht. (282^b)

(282b) L. 18. §. 3. de P. A. Si quis caverit, ut sylva sibi pignori esset: navem ex ea materia factam, non esse pignoris, Cassius ait: quia aliud sit materia, aliud navis. Et ideo nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait, quaeque ex silva facta navae sint.

L. 16. §. 2. de Pignor. Si res hypothecae data, postea mutata fuerit: aequè hypothecaria actio competit, veluti de domo data hypothecae et horto facta. Item si de loco convenit et domus facta sit. Item de loco dato, deinde vineis in eo positis. ANT. FABER, leugnet, Rational. ad L.

18. §. 3. daß man einen Unterschied machen müsse, ob der veränderten Sache ihre vorige Gestalt wieder gegeben werden könne oder nicht. In beyden Fällen höre das Pfandrecht bey einer Hauptveränderung auf. Die Veränderung eines Grundes, dessen Oberfläche allein anders

geworden, sey keine völlige Veränderung. Es ist wahr, daß es in Ansehung des Pfandrechts an besondern Gesetzen fehlet, die einen solchen Unterschied machen, wie er bey dem Eigenthum vorkommt. Die Aehnlichkeit der Sache aber will, daß wir von letzterm die Grundsätze entlehnen.

§. 251.

So verschwindet auch moralisch das Pfandrecht, wenn bey erhobenen Rechtsstreit über das Pfandrecht dem Gläubiger durch eine obsiegliche Sentenz, die der Gegentheil erhält, sein Recht aberkannt wird; oder welches von gleicher Kraft ist, wenn der Gegentheil sich los schwört. (283)

(283) L. 5. §. 3. quib. mod. pign. Satisfactum esse creditori intelligitur, et si iusjurandum delatum datum est, hypothecae non esse rem obligatam.

L. 13. eod. Si deferente creditrice iuravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur: quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset. Nam et si a iudice, quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. Die Worte: iusjurandum delatum datum est, heißen so viel, als: iusjurandum

delatum praestitum est; wie diese Bedeutung des Worts dare, auch L. 37. §. 5. de Leg. 3. vorkommt. Die Meinung des Rechtsgelehrten in dem letztern Gesetz von einem ungerechten Urtheil, ist nach dem, was oben gesagt worden, ganz vernünftig; sie stimmte aber mit der Subtilität anderer Rechtsgelehrten nicht überein, welche, des ungerechten, jedoch rechtskräftigen, lössprechenden Urtheils ohnerachtet, doch noch eine Verbindlichkeit des Losgesprochenen annahmen.



Zehentes Kapitel.

Von denen bey dem Pfandrecht vorkommenden Rechtsmitteln.

I n h a l t.

- §. 252. Verschiedene Arten der Rechtsmittel. §. 253. Eigenmächtige Hilfe des Pfandgläubigers ist verbotben. §. 254. Was vor ein Pfandrecht die Actio pign. dir. und contrar. zum voraus setze? §. 255. Natur der Act. pign. dir. überhaupt. §. 256. Von des Schuldners Anspruch an dem, was mit der Hyperocha erkaufet worden. §. 257. Von der Act. pign. dir. de peculio. §. 258. Ob Act. pign. dir. gegen einen fremden Besitzer statt finde? §. 259. Ob die Wiedereinlösung des Pfandes einer Verjährung unterworfen sey? §. 260. Vom L. Commissoria. §. 261. Actio pign. contrar. §. 262. Actio hypothecaria. §. 263. Ist eine Actio realis. §. 264. Hat auch bey dem Faustpfande statt. §. 265. Kann auch gegen einen nachgehenden Gläubiger erhoben werden. §. 266. Worauf sie gehe, und von denen dabey gebräuchlichen Cautionen. §. 267. Hat statt gegen den, der die Sache gefährlicher Weise von Abhänden kommen lassen, und ist arbitraria. §. 268. Ob der, so wegen Ungehorsams bezahlen müssen, in des befriedigten Gläubigers Stelle trete? §. 269. Actio hypoth. hat nicht statt, wenn die Schuld noch nicht gefällig. §. 270. Beweis gegen den Schuldner. §. 271. Gegen den dritten Besitzer, wofern dieser von dem Schuldner causam hat. §. 272. Wenn solches nicht ist. §. 273. Strafe des gefährlichen Ableugnens von Seiten des Beklagten. §. 274. Ehemals hatte der dritte Besitzer kein benef. excus. §. 275. Gegen den Fiscus hatte er es unterweilen. §. 276. Die Klage gegen den dritten Besitzer befreyte den Schuldner. §. 277. Neuerlich hat der dritte Besitzer die Except. excuss. erhalten. §. 278. Auch bey einer Specialhypothek, oder wenn solche mit einer Generalhypothek verbunden ist. §. 279. Der Schuldner hat diese Exception nicht. §. 280. Wie wenn eine General- und Specialhypothek verbunden und beyde in des dritten Besitzers Händen sind? §. 281. Einem dritten Besitzer steht auch das Benef.

Benef. cedend. act. zu. §. 282. Beschaffenheit des Interdicti Salviani. §. 283. Des Klägers Recht muß sogleich liquid seyn. §. 284. Es hat nicht gegen einen dritten Besitzer statt. §. 285. Petitum desselben. §. 286. Welche Exceptiones dagegen zulässig. §. 287. Ob es ein Gläubiger gegen den andern gebrauchen könne? §. 288. Von dem Beweise des Eigenthums des Verpfänders bey diesem Interdict. §. 289. Ob bewiesen werden müsse, daß sich sonst oder jetzt der Verpfänder im Besitz befunden oder befinde? §. 290. Ob das Benef. excuss. dagegen zu gebrauchen?

§. 252.

Die Rechtsmittel deren man sich bey denen Verpfändungen bedienen kann, sind 1) die Pfandhauptklage (Act. pign. dir.) 2) Die Pfandgegenklage (Act. pign. contrar.) 3) Die hypothekarische Klage. 4) Das salvanische Interdict.

§. 253.

So wie man überhaupt nie eine eigenmächtige Gewaltthätigkeit gebrauchen darf, um sich zu seinem Rechte zu verhelfen, so ist dergleichen auch insonderheit denen untersagt, die sich durch ein habendes Pfandrecht dazu etwa berechtigt halten möchten. (284)

(284) L. II. C. de P. A. cf. supra.

§. 254.

Die in den Gesetzen gegründeten beyden Pfandklagen, nemlich die Hauptpfandklage, und die Pfandgegenklage, setzen zwar eigentlich ein handhabend Pfand zum voraus, doch können sie auch im Fall einer Hypothek von dem Schuldner gegen den hypothekarischen Gläubiger, und von diesem gegen jenen, gebraucht werden. (285)

(285) §. 4. I. quib. mod. ■
 contrah. cf. supra. Die Worte
 des Edicti perp. worauf sich die
 Pfand- und Gegenklage gegrün-
 det, haben, wie NOODT ad tit.
 de pign. act. angenommen, ver-
 muthlich so gelautet: Quod pi-
 gnori datum esse diceretur, de eo so-
 luta creditori pecunia, aut cum
 eo nomine satisfactum erit,
 perve eum stabit, quominus id
 fiat, iudicium dabo. Nicht so
 gut hat sie RANCHINVS in Ed.
 Perp. restit. ap. MEERM. The-

saur. Tom. 3. p. 248. gefaßt.
 Weil die Actio contraria in dieser
 Formel nicht erwähnt wird; so
 könnte man mit dem EGVINAR.
 Baro Manual. Iur. tit. de pign.
 act. noch beyfügen: Creditori vel
 ex nuda pignoris conventionione,
 contrarium iudicium dabo. Bey
 dem prätorischen Pfandrechte hat
 von beyden Seiten nicht act. pi-
 gnor. sondern eine besondere
 actio in factum statt. L. 9. pr.
 de R. A. I. P.

§. 255.

Die erstere wird von dem Schuldner, oder dessen
 Erben, gegen den Pfandgläubiger und Inhaber, oder
 dessen Erben, (286) erhoben, und geht auf alles das,
 was oben von denen Pflichten des Gläubigers und Pfand-
 inhabers und den Rechten des Verpfänders ausgeführt
 ist; setzt aber zum voraus, daß der Kläger zuvörderst den
 Gläubiger befriediget habe, oder daß er die Schuld dem-
 selben jetzt anbiethe, und allenfalls das Geld gerichtlich
 niederlege. (287)

(286) Gegen alle Erben wird
 diese Klage auch alsdenn gebraucht,
 wenn gleich der Gläubiger als
 Erblasser, das Pfandstück nur
 einem oder dem andern derer Er-
 ben sollte verlassen haben. Paul.
 Sent. Rec. L. 2. Tit. 14. §. 6.

(287) L. 9. §. 5. de P. A. Qui
 ante solutionem egit pignorati-
 cia, licet non recte egit, tamen,
 si offerat in iudicio pecuniam, de-

bet rem pignoratam et quod sua
 interest consequi. Hier ist von
 einer Realoblation die Rede,
 welche nach der Lit. Cont. erst ers-
 folgte. Auf die gerichtliche Nie-
 derlegung bezieht sich auch L. 20.
 §. 2. de P. A. Si per creditorem
 stetit, quominus ei solvatur: re-
 cte agitur pignoraticia. Sollte
 jedoch, ohne Befriedigung des
 Gläubigers, desselben Forderung
 oder Pfandrecht erloschen seyn, so
 hat

hat alsdenn ebenfalls die Hauptpfandklage statt. L. 11. §. 2. eod. Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dero: pignoratitia actione tenebor, et, nulla solutione facta.

Idemque et, si accepto lata sit pecunia: vel conditio defecit, ob quam pignus contractum est: vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est.

§. 256.

Wegen desjenigen, so, nach Verkaufung des Pfandstücks, der Gläubiger am Kaufgelde über seine Befriedigung gelöst hat, geschähe eine besondere Anfrage, ob deshalb eine dingliche Klage statt fände. Aber der Schuldner wurde mit Recht zu der persönlichen Hauptpfandklage verwiesen. (288)

(288) L. 20. C. de distr. pign. Secundum placiti fidem, si nihil convenit specialiter, pignoribus a creditore, majore quam ei debebatur, pretio distractis, licet ex eo fundus comparatus sit, non super hoc in rem, sed in personam, id est, pignoratitia de superfluo competit actio. Daß die Sachen die mit fremden Gelde er-

kauft sind, demjenigen zugehören, dessen das Geld ist, bringen wenigstens die ordentlichen Rechtsgrundsätze nicht mit sich. In denen Fällen, wo nach dem obigen, gewisse Personen ein Pfand- und Absonderungsrecht an denen mit ihrem Gelde erkauften Sachen haben, würde auch hier eben dergleichen zu sagen seyn.

§. 257.

Wenn ein unter eigenthumsherrlicher oder väterlicher Gewalt stehender Gläubiger die Pfänder eingeräumt bekommen; so war deshalb gegen den Vater oder Eigenthümer, die Actio de peculio gegründet. (289)

(289) L. 28. §. 1. de P. A. Si servus pro peculiari nomine pignus acceperit, actio pignorati-

tia adversus dominum debitori competit. Diese Klage hat, wenn das Pfandstück nach wirklich vor-

handen ist, nicht nur peculiore-
nus statt, sondern sie ist darinn
denen dinglichen Klagen gleich,
die gegen einen, unter eigen-
thumsherrlicher oder väterlicher
Gewalt stehenden Schuldner ge-

gründet sind, daß sie in diesem
Fall, in solidum, d. i. auf Her-
ausgebung sämtlicher Pfandsstü-
cke, ohne Abzug, gerichtet wer-
den kann, arg. L. 36. de Pecul.

§. 258.

Wegen der Hauptpfandklage ist besonders eine dop-
pelte Frage merkwürdig. Erstlich fragt sich, ob diese
Klage auch gegen einen dritten Besitzer erhoben werden könn-
ne? Diese Frage muß man schlechterdings verneinen.
Die Eigenthumsklage kann ein Pfandschuldner gegen einen
dritten Mann, nachdem er die Schuld bezahlt hat, gar
wohl erheben, aber die Pfandklage nicht. (290)

(290) L. 65. de R. V. Emtor
praedium, quod a non domino
emit, exceptione doli posita, non
aliter restituere domino cogetur,
quam si pecuniam creditori eius
solutam, qui pignori datum prae-
dium habuit, usurarumque medii
temporis superfluum recuperave-
rit: scilicet si minus in fructibus
ante litem perceptis fuit. Nam
eos usuris nobis duntaxat com-
pensari, sumtuum in praedium fa-
ctorum exemplo aequum est.
Daß hier nicht von der Pfand-
klage, sondern von der Eigen-
thumsklage, die Rede sey, lehrt
schon der Titel, worunter dieses
Gesetz angetroffen wird, und der
Zusammenhang dieser Stelle mit
andern eben dieses Papinians, so
aus eben dem Buch unter diesem
Titel vorkommen, und von der

Eigenthumsklage reden. CVJ.
erklärt dieses Gesetz so: Titius
hat ein Grundstück zum Pfande
verschrieben. Cajus, der nicht
Eigenthümer ist, verkauft dies
Grundstück, als vorgeblicher Ei-
genthümer, an den Sempronius.
Gegen diesen meldet sich der
Pfandgläubiger, sucht seine Zah-
lung, und wird von ihm wegen
Capital und Zinsen befriedigt.
Titius erhebt gegen den Sempro-
nius die Eigenthumsklage. Sem-
pronius muß freylich das Grund-
stück dem rechten Eigenthümer
herausgeben, aber er verlangt
von Nichts wegen, daß ihm das
bezahlte Geld, weshalb eine Hy-
pothek vorhanden war, und zwar
sowol der bezahlte Hauptstamm,
als die bezahlten Zinsen, wieder
gegeben werden. Zinsen kanner
von

von denen bezahlten Interessen nicht fordern, denn er hat sich nur des Eintretungsrechts bedient; in welchem Fall, nach dem Obigen, von den bezahlten Zinsen, keine Interessen passiren können. Jedoch verlangt der Besitzer mit Recht diejenigen Zinsen, welche von dem Hauptstamme von der Zeit an, da das Grundstück an ihn, den Sempronius gekommen, bis zum angegangenen Proceß, gefällig geworden sind. Ja auch diejenigen fordert er mit Recht; welche nach angegangenem Proceß gefällig geworden. Denn daß Papinian nur derer Zinsen ante licem gedenket, geschieht bloß um deswillen, weil wegen dieser eher Zweifel entstehen konnte, als wegen der übrigen. Es werden aber in diesem Gesetz *usurae novae* von denen übrigen unterschieden. Jene, die *novae* sind die Zinsen, die, seitdem Sempronius das Grundstück hat, gefällig geworden. Diese werden auch unter denen *usuris medii temporis* verstanden. Gegen diese allein werden die gezogenen und verzehrten Früchte in Abrechnung gebracht, nicht aber gegen die übrigen. Den Hauptstamm also, und die dem Gläubiger gezahlten Zinsen, bekommt Sempronius schlechthin wieder; ob, er gleich noch vielmehr Nutzungen gezogen hat als die *usurae novae* betragen. Die *cujacianis* Erklärung ist in den meisten Punkten richtig, nur glaube, ich nicht, daß Sempronius die gezogenen Nus-

zungen sich bloß auf die *Usuras novae* abrechnen lassen müsse. Eben dieser Papinian, von welchem cit. L. 65. sich herschreibt, ist L. 48. *cod.* der Meinung, daß ein Besitzer fremder Sachen, der ein *bonae fidei possessor* ist, die auf solche verwandten Kosten überhaupt auf die gezogenen Nutzungen abrechne. In cit. L. 65. aber will er, daß es, im Fall einer abgefundenen Hypothek, eben so angesehen werden soll, als wenn auf die vindicirte Sache etwas verwendet worden wäre. Also ist zu schließen, daß die Nutzungen nicht bloß gegen die *usurae novae*, sondern auch gegen die übrigen, ja gar gegen den Hauptstamm, in Abrechnung kommen müssen. Der ganze Knoten steckt darinn, daß man duntaxat nicht mit *novis*, sondern mit *compensari* in Gedanken verknüpfen müsse. Wenn man es mit *novis* zusammensetzt, so ist nicht abzusehen, wie diese Einschränkung aus dem beygefüigten Grunde *sumtum in praedium factorum exemplo* folgen solle. Denn der bezahlte Hauptstamm und die bezahlten Zinsen, sind eher *sumtus in praedium facti*, als die neuerlich aufgelaufenen Zinsen. Also gehört duntaxat zu *compensari*, und zeigt an, daß man die Zinsen nur durch Abrechnung vergütet bekomme, so weit sie durch die gezogenen Nutzungen getilget werden. Daß aber der Rechtsgelehrte bloß der Zinsen und zwar nur der neuerlichen, erwähnt hat,

ist von ohngefähr, und vermuthlich darum, geschehen, weil er geglaubt hat, daß die Früchte kaum so ansehnlich seyn könnten, daß noch etwas übrig bliebe, so auf die alten Zinsen, und den Hauptstamm, abzurechnen wäre. Es ist dies daraus um so mehr ersichtlich, weil er sich noch einen Ueberschuß der neuen Zinsen gegen die Früchte vorgestellt; daher er an die alten Zinsen, und den Hauptstamm nicht einmal denken wollen. Wenn in verschiedenen Manuscripten statt: *novis*, das Wort *nobis* steht; so sieht man leicht, daß diese Verart aus der sehr gewöhnlichen Verwechslung des *v.* mit dem *b.* herkommt. Mit L. 65. ist übrig

gens zu verbinden, L. 2. *quib. mod. pign. v. supra.* Desgleichen gehört hierher L. 28. *pr. de P. A. Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessione, Serviana actione petit: et litis aestimationem consecutus sit: postea debitor eandem rem petens, exceptione summovetur: nisi offerat ei debitor, quod pro eo solutum est.* Vor consecutus sit müßte wol noch; a possessore eingeschoben werden, wenn der völlige Bestand heraus kommen soll; und statt: *nisi offerat ei debitor*, kann man füglich mit *ANT. FABER Ration. ad h. l. nisi offerat ei debitum* lesen.

§. 259.

Sodenn wird darüber unter den Rechtsgelehrten nicht wenig gestritten, ob diese Klage, ehe der Schuldner seine Schuld bezahlt hat, einer Verjährung fähig sey. Diejenigen die solches leugnen, gründen sich hauptsächlich darinn, daß diese Klage nicht eher zulässig sey, als bis der Schuldner den Gläubiger befriediget hat. Da sie sich nun ihrer Natur und ihren Begriff nach, sagt man, nicht eher gedenken läßt, bis der Gläubiger seine Befriedigung erhalten; so ist auch keine Verjährung derselben zu gedenken. Diejenigen so anderer Meinung sind, setzen diesem Grunde entgegen, daß es eine Nachlässigkeit des Schuldners sey, wenn er den Gläubiger binnen rechtsverjährter Zeit nicht befriedigte und dadurch sich in Stand setzte, seine Pfänder wieder abfordern zu können. Die Verjährung sey zur Stra-

strafung der Nachlässigkeit eingeführt, und passe daher ganz eigentlich auf diesen Fall. Wenn man das Gegentheil behaupten wolle, müsse eben dergleichen in allen zweiseitigen Verträgen angenommen, und die daraus entspringenden Klagen müßten durchgängig vor unverjährlich geachtet werden; weil daraus niemals eine Klage gestattet wird, wenn man nicht vorher den Vertrag seiner Seite erfüllet hat. Diese Gründe scheinen auch, vor denen entgegen gesetzten überwiegend zu seyn. (291)

(291) L. 10. C. de P. A. Nec creditores nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita jure debiti quantitate vel his non accipientibus, oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt. Vnde intelligis, quod si originem rei probare potes, adversario tenente vindicare dominium debes. Vt autem creditor pignoris defensione se tueri possit, extorquetur ei necessitas probandi debiti: vel si tu teneas, per vindicationem pignoris hoc idem inducitur: et tibi non erit difficilis vel solutione vel oblatione atque solenni depositione pignoris liberatio.

L. 12. C. cod. Quo minus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residuo debito soluto vel si per creditorem factum fuerit, quo minus solveretur, oblato et consignato et deposito, pignora quae in eadem causa durant, restituat debitori: nullo spatio

longi temporis defenditur. Das erste Gesetz redet zu Anfang von einem Gläubiger, der sich im Besitz des Pfandes befindet. Er kann der von dem Verpfänder erhobenen Klage keine Verjährung binnen ordentlicher Zeit entgegen stellen. Denn entweder wird actio pign. dir. oder die Eigenthumsklage, gegen ihn erhoben. Jene dauert länger als die ordentliche Zeit. Diese würde nach Verfluß einer solchen Zeit verlohren seyn, wenn der Beklagte die Erfordernisse einer Usucapion des Eigenthums vor sich hätte. Da es aber hieran mangelt, so dauert auch die Eigenthumsklage länger. Was von denen Successoren gesagt wird, ist von Erben und Cessionarien zu verstehen. Beide haben kein mehreres Recht als der Gläubiger dem sie succediren. Ein anderer hingegen, der die Pfandstücke eigenthümlich durch einen Kauf oder andern Vertrag an sich brachte, würde, wenn er die zur Usucapion nöthigen Umstände vor sich hätte, nach der ordentlichen Zeit nicht weiter be-

langt werden können. Mit denen Worten: *Vnde intelligis etc.* geben die *KK.* dem Anfragenden einen Rath, welche Klage er am füglichsten erheben könne. Sie rathen ihm, den vorkommenden Umständen nach, die Eigenthumsklage an. Vermuthlich war ihnen die eigentliche Bewandnis mit der Verpfändung nicht recht bekannt. Es war daher am besten, sich hinter das Eigenthum zu verpanzern, und von dieser Seite den Gegner anzugreifen. Dieser wurde dadurch genöthiget auch seiner Seite das Eigenthum auszuführen, oder die Verpfändung zu erweisen. (*extorquetur ei necessitas probandi debiti.*) Freylich mußte der Kläger auch seinen Eigenthumstitel darthun. Allein die *Kaysere* setzen zum voraus, daß dies der Anfragende im Stande sey. Also war hiebey keine Schwierigkeit. blieb der Gegentheil in seinem Gegenbeweise stecken; so mußte er die Sache unentgeltlich heraus geben. Bewies er die Verpfändung; so könnte vielleicht des Klägers *Elisibeweis* diesen Beweis der gegentheiligen Ausflucht zu nichte machen. War aber dieser dem Kläger nicht gesüßigt; so konnte er durch Bezahlung oder gerichtliche Niederlegung der Gelder den Gegentheil zur Rückgabe des Pfandstücks bringen. Mit denen Worten: *vel si tu teneas etc.* wird zu dem Fall geschritten, da der Gläubiger gegen den Schuldner

die hypothekarische Klage (*vindicationem pignoris*) erhebt. Er muß hier ebenfalls die Verpfändung beweisen. Der Beklagte hat den Gegenbeweis, nebst dem Beweise seiner Ausfluchte, und bedient sich im äussersten Fall des Rechts seinen Gläubiger zu befriedigen, oder die Gelder zur gerichtlichen Niederlegung zu bringen und dadurch das Pfand frey zu machen. Beyde Gesetze lehren, daß gegen das Einlösungsrecht keine Verjährung binnen ordentlicher Zeit statt habe. Zur Zeit derer *KK. Diocl. und Max.* von welchen diese Gesetze sind gab es noch keine Verjährung von außerordentlicher Dauer. Nachdem aber *Theodosius und Anastasius* dergleichen eingeführt; so entsteht die Frage, ob nicht etwa diese bey dem Einlösungsrechte statt finde. Man muß sich hier billig auf den *L. 3. 4. C. de praeser. 30. vel 40. ann. und L. 1. §. 1. C. de ann. exc.* berufen, nach welchen Gesetzen, in allen Fällen, wo die ordentliche, oder eine andre außerordentliche Zeit nicht angewiesen ist, die 30. jährige Verjährung eintritt. Dem Gesetz *L. 9. §. 3. de P. A.* wo die Hauptpfandklage *non nata* genannt wird, ehe der Gläubiger seine Befriedigung erhalten, kann man *L. 1. §. 6. de O. et A. §. vlt. l. quib. mod. re contr. obl.* entgegen stellen. Man könnte auch zugeben, daß der Schuldner nur unter der Bedingung die Hauptpfandklage habe, wenn er zuvor

den

den Gläubiger befriedigt hat. Allein, wenn die Erfüllung der Bedingung, unter welcher jemand ein Recht zukommt, von seinem Fleiß abhängt, daß er alsdenn durch bewiesenen Unfleiß sich Vortheile stiften, und dem Gegentheile nachtheilig seyn könne, ist der ganzen Analogie der Rechte zuwider. Die Einlösung ist auch *ne res merae facultatis*. Es ist ein aus dem Pfandvertrage entspringendes Recht. Wenn dieses eine *res merae facultatis* ist, so sind es alle übrigen aus Verträgen fließenden Rechte nicht weniger. Der Schuldner und Pfandbesitzer verjähret nach Verlauf einer gewissen Zeit das Pfandrecht gegen den Pfandgläubiger. Also muß auch dieser das Pfandstück gegen den Verpfänder verjähren. *Jura sunt reciproca*. Der Gläubiger ist nachlässig, daß er die Schuld vom Verpfänder nicht beygetrieben; aber des Verpfänders Nachlässigkeit ist größer, da er nichts in Händen hat, woran er sich halten kann, der Pfandgläubiger aber zu seiner Sicherheit ein handhabend Pfand besitzt.

GODOFR. ad Cod. Theod. L. 3. tit. 2. p. 294. bedient sich noch eines besondern Grundes um zu erweisen, daß die Wiedereinlösung des Pfandes nie verjähret werden könne. Er nimmt ihm vom verbotenen L. Commissio-

ria her. Denn, sagt' er, ist es verbotnen, eine ausdrückliche Verabredung dahin zu treffen, daß wenn der Schuldner zu einer gewissen Zeit sein Pfand nicht einzulösen würde, das Einlösungsrecht erloschen seyn solle, so kann noch vielweniger *ipso jure* und stillschweigend das Einlösungsrecht aufhören, wenn man sich dessen binnen einer rechtsverjährten Frist nicht bedient. Allein ich leugne diesen Zusammenhang einer verbotnen Verabredung, mit einer zu verwerfenden Verjährung. Es ist nicht erlaubt, noch gültig, eine Verabredung mit einem Dritten zu treffen, nach welcher der Eigenthümer vor Bindicirung seiner Sachen ausgeschlossen seyn soll. Dem ohnerachtet wird, wenn ein anderer, der nicht Eigenthümer war, des Eigenthümers Sachen veräußert hat, und dieser sich binnen rechtsverjähriger Zeit zu seinem Sachen nicht meldet, dessen Eigenthum ausgeschlossen. Es ist nicht erlaubt und gültig eines Unmündigen Sachen, von diesem, ohne des Vormundes Einwilligung, und andere Umstände zu erkauften. Dennoch kann der Unmündige, wenn er, nach erlangter Mündigkeit, binnen rechtsverjähriger Zeit, seine Sachen nicht vindicirt, um dieselben, kommen.

§. 260.

Die Verabredung, die dahin getroffen worden, daß das Pfand, wenn der Schuldner es zu bestimmter Zeit nicht einlöst, verfallen seyn, und vor das geliehene Geld dem Gläubiger eigenthümlich und auf immer verbleiben soll, ist durch die Gesetze vor ungültig erklärt (292)

(292) L. ult. C. de pact. pign. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt. Welches die wesentlichen Merkmale des L. Commissoriae bey Verpfändungen seyen, wird aus dem, was oben davon gesagt worden, und aus Vergleichung mit denen dort angeführten Gesetzen, die ähnliche, aber unverbothene Verträge enthalten, zu ersehen seyn. Es muß 1) vorher, ehe das Verfallen des Pfandes erfolgt, eine Zeit bestimmt seyn, da der Schuldner das Pfand bey dessen Verlust, einlösen will. Wenn auf diese Art die Verabredung geschieht; so ist sie eben so ungültig, sie mag gleich bey der ersten Verpfändung getroffen seyn, oder einige Zeit nachher. Wenn aber dem Gläubiger so gleich gegenwärtig das Eigen-

thum vor einen davor gegebenen Werth überlassen wird, so ist un Bedenken die Verabredung gültig, sie mag gleich anfänglich, oder nachdem schon einige Zeit die Sache verpfändet gestanden, eingegangen seyn. Es muß 2) ausgemacht seyn, daß der Gläubiger vor dasjenige Geld, so er darauf geborgt, das Pfand behalten solle. Denn ist ein gewisser, dem wahren Werth der Sache angemessener Preis ausgemacht worden, wovon der Gläubiger das Pfand behalten sollte; so ist nichts einzuwenden. CVJACIVS be- geht hier einen zwiefachen Irrthum.

1) Behauptet er, daß L. Commissaria mit der alten Fiducia ein- nerley sey. Es ist aber nichts ungegründeter, als dieses. Fiducia war der alte feyerliche Pfandvertrag, wo man mit Münz und Waagschaale dem Gläubiger das Pfand so lange gleichsam wiederverkäuflich überließ, bis das schuldig gewordene Geld wieder bezahlt seyn würde.

2) Meint er, daß ein solcher Vertrag erlaubt sey, da gleich bey der Verpfändung ausgemacht worden, daß der Gläubiger das Geld, so er bey dem Verkauf des Pfandes lösen würde, ganz behalten solle. Er bezieht sich deshalb auf L. ult. C. de distr. pign. so schon oben erklärt worden. Jedoch die Worte: si nihil convenit specialiter, zeigen nicht an, daß ausgemacht werden könne, es solle der Gläubiger alles aus dem Pfande gelöste Geld, und also auch die sogenannte Hyperocha, behalten; sondern, daß eine Verabredung dahin getroffen werden könne, es solle der Schuldner ein dinglich Recht wegen der Hyperochae an den Gütern des Gläubigers, oder gar ein Eigenthum an denen, mit der Hyperocha erkauften Sachen haben.

ANT. FABER der dem CVJ. hier beytritt, lehrt Err. pragm. Dec. 21. Err. 1. sq. L. Commisforia sey nichts anders, als die, bey dem alten Contractu Fiduciae vorgekommene Versprechung, daß der Gläubiger das Pfand, gegen Erlegung der Schuld, auf einen gewissen Tag, remancipiren wolle; daß aber nach Verfließung dieses Tages keine Remancipation weiter zu erwarten sey. Diese Versprechung sey zum Besten des Schuldners, der dadurch wieder zu seinen Sachen gekommen, nicht aber zum Behuf des Gläubigers nöthig gewesen. Ausser denen

Fiduciis habe eine ähnliche Verabredung bey Verpfändungen darum nicht gegolten, weil die Verpfändung nicht als ein Rechtsgrund zur Erlangung des Eigenthums von den Gesetzen anerkannt worden. Const. M. Verordnung betreffe eigentlich die erwähnte Verabredung bey dem Contractu Fiduciae, da man dem Gläubiger die Pfandstücke durch diesen Contract zu wohlfeil einzuräumen angefangen. Vermuthlich ist seine Meinung, daß eine ähnliche Verordnung, wegen einer dergleichen Verabredung, bey andern Verpfändungen nicht nöthig gewesen, da sie nach seinem System hier an sich nie gegolten. Er setzt die Unzulässigkeit dieser Verabredung, bey denen neuern, gewöhnlichen und unseyerlichen Verpfändungen, darinn, daß eine und eben dieselbe Sache, nicht zu gleicher Zeit Pfand und auch Kaufgut seyn könne. Auf den Fall der nicht erfolgenden Zahlung halte sich der Gläubiger an das Pfandstück, als an sein Pfand, und doch solle er auf eben diesem Fall auch Eigenthümer werden. L. 16. §. ult. de Pign. erlaube daher die mehr gedachte Verabredung nur alsdenn, wenn der Preis der Sache erst in der Folge, und bey Verwirkung des Pfandes bestimmt werden solle. Denn in diesem Falle sey der Verkauf und die Verpfändung zwey ganz verschiedene Geschäfte. Wenn ein gewisser Werth, der auch über die Schuld hinaus gehe, zum

vor;

vorans ausgemacht werde, vor welchen der Gläubiger das Pfandstück, bey Verfluß der künftigen Wiederbezahlungszeit, käuflich behalten solle; so gelte dieser Vertrag nicht, man möge ihn gleich bey der Verpfändung oder einige Zeit hernach, eingehen, weil allemal Pfandrecht und Eigenthum zugleich einträten. Deshalb helfe auch eine eidliche Verstärkung solchen Vertrages nichts, weil der Eid das Wesen der Dinge nicht aufheben könne. Wenn aber ein Schuldner dem Gläubiger kein Pfand gebe, aber doch ausmache, daß, wenn er seine Schuld nicht zu gehöriger Zeit bezahlen würde, alsdenn der Gläubiger eine gewisse Sache des Schuldners um die Summe der Schuld, oder um ein ander Geld, eigenthümlich bekommen solle; so gelte eine solche Verabredung, weil dabey nicht zugleich eine Verpfändung geschehen. Auch schade es nicht, wenn einige Zeit hernach, nachdem eine solche Verabredung geschehen, eine Verpfändung hinzu komme; weil denn doch Verkauf und Verpfändung zwey von einander ganz unterschiedene Geschäfte wären. Da dieses Gewebe sehr künstlich und fianreich ist; so war es nicht überflüssig, solches hier etwas weitläufiger dem Leser im Ganzen vorzulegen. Der ganze Knoten liegt hauptsächlich darinn, daß man I.) nicht den geringsten Beweis davon angeben kann, daß L. Commissoria bey Verpfändun-

gen die angebliche Bedeutung habe, und eigentlich nur bey dem Contractu Fiduciae vorkomme. Im Gegentheile lehrt 1) die Bedeutung, welche dieser Ausdruck bey andern Contracten in den Gesetzen hat, daß alle Verabredungen, nach welchen man ein vorhergehabtes Recht, um einer veräumten Frist willen, verliert, so genannt werden, und eben dieser, bey vielen Consensualcontracten vorkommende Gebrauch desselben, lehrt 2) daß solcher nicht eben eine Feyerlichkeit zum voraus setze. Eben dies beweist 3) der Titel des Cod. de pact. pign. et L. Commiss. da nach Fabers Meinung L. Commissoria, wenn solcher nur bey einem Contractu Fiduciae vorgekommen, kein bloßes Pactum hätte seyn können. Ein pactum adjectum kann nicht wider die Natur des Hauptvertrags seyn und ohne Feyerlichkeit bestehen, wenn der Hauptvertrag ein feyerlicher ist. Selbst die Benennung Lex, von einer Verabredung genommen, zeigt 4) wie bekannt, allemal ein pactum adjectum an, und also eine bloße unzierliche Verabredung. II.) Daß der Grund von andern Gesetzen der Pandekten, die dasjenige zu verwerfen scheinen, was man mit Recht L. Commissoria bey Verpfändungen nennt, in einem Widerspruch zweyer zu gleicher Zeit ertheilter Rechte gesetzt wird. Dieser Grund ist weder in den Gesetzen selbst angegeben, noch lehrt ihn die Vernunft.

Warum soll nicht einer, zu gleicher Zeit an einerley Sache zwey ganz verschiedene Rechte, von verschiedenen Seiten betrachtet, haben können. Ein Verkäufer kann als Miethsmann in dem verkauften Hause so lange bleiben, bis der Käufer das Kaufgeld schafft. Alsdenn hat er ein Pfandrecht zur Sicherheit seines Kaufgeldes und ist zugleich Miethsmann. Das *Depositum irregulare* und die *Antichresis* geben ebenfalls Beyspiele dieser Art ab. *Const. M.* rechnet den *L. Commiss.* unter die *Captiones*, und legt ihm eine *Asperitat* bey. Dies räumt sich nicht zu dem affectirten subtilen Grunde der Geseke den *FABER* annimmt. Von Rechtswegen werden daher die Verabredungen, nach welchen dem Gläubiger gewisse Sachen auf dem Fall, daß die Wiederbezahlung nicht zur gehörigen Zeit erfolgt, verfallen seyn sollen, auch auſserhalb einer Verpfändung, vor ungültig gehalten.

Daß, wenn das Pfand weniger werth ist, als das darauf geliehene Geld ausmacht, der Gläubiger zu seinem Nachtheil einen Vertrag schließen könne, nach welchem er auf den Fall der nicht erfolgenden Zahlung mit dem Eigenthum der Sache zufrieden seyn wolle, ist auser Zweifel. Der Schuldner sechtet hier den Vertrag nicht an, sondern der Gläubiger. Die Geseke haben nicht vor diesen gesorgt, sondern nur

vor jenen. *L. 15. §. 3. de Re jud.*

Ich muß aber 3) auch die Meinung des *DONELLVS* vor irrig halten, der glaubt, daß die in dem *L. ult. pr. ff. de Contr. E. V.* vorkommende Verabredung, des *L. ult. C. de pact. pign.* ohnerachtet, noch gültig sey. Der Schuldner hatte dem Gläubiger Pfand und Bürgen zugleich zur Sicherheit gegeben. Der Bürge sollte binnen einer bestimmten Zeit von der Bürgschaft wieder frey gemacht werden. Falls dies Versprechen nicht erfüllt würde; sollte er das versetzte Pfand vor das schuldige Geld, so er dem Gläubiger bezahlen würde, eigenthulich an sich nehmen. Die Rechtsgelehrten, welche diesen Vertrag nicht mit unter dem Verboth des *L. Commissoriae* begriffen halten, meinen darinn einen großen Unterschied zwischen erstem und letztem zu finden, daß bey letztem der Gläubiger selbst, derjenige sey, der gewinnt, bey erstem aber ein anderer. Allein dieser Umstand bedeutet nichts. Genug! es wird gewonnen; es wird gesucht, sich die Noth des Schuldners zu Nutzen zu machen. Der Bürge ist hier in der That einigermaßen, als Pfandgläubiger zu betrachten. Er soll sich an das Pfand zu seiner Sicherheit halten. Er ist derjenige, der zwar nicht zehet, aber doch auf allen Fall, da er vor den Schuldner bezahlt, desselben Gläubiger wird. Daß

der

der Rechtsgelehrte, SCAEVOLA, diesen Vertrag nicht verbothen erachtet, ist daher zu leiten, weil er entweder annimmt, daß der Bürge um den wahren Werth das Pfand zum Eigenthum bekomme, oder weil der L. Commissoria damals noch nicht verbothen gewesen. Den daß dieser Vertrag schon vor Const. M. un-erlaubt gehalten worden, wie DONELLVS und andere meinen, ist wenigstens aus keinem ältern Gesetze deutlich zu ersehen. Besonders kann aus L. 38. pr. in fin. ff. de minor. solches nicht erwiesen werden, wie der erste Anblick dieses Gesetzes lehrt.

ANT. FABER macht sich L. c. auch den angeführten L. ult. pr. ff. de Contr. E. V. zu Nutze, um

seine angenommene Meinung vom L. Commiss. zu unterstützen. Der Grund dieses Gesetzes ist nemlich, wie er muthmaßt, kein anderer, als daß bey dem Verkauf, der mit dem Bürgen auf dem Fall verabredet worden, da die Wiederbezahlung nicht zur bestimmten Zeit erfolgen würde, nicht zugleich eine Verpfändung an den Bürgen geschehen war. Wäre dabey eine Verpfändung an den Bürgen geschehen, so war die Verabredung ungültig. Dies soll in den Worten stecken: Si non, ut in causam obligationis. Allein diese Worte zielen klärllich auf den Fall, da gar nicht ausgemacht worden, daß der Bürge die Pfänder behalten solle; und also kommen sie dem witzigen FABER gar nicht zu statten.

§. 261.

Die Pfandgegenklage erhebt der Gläubiger gegen den Verpfänder und der Gegenstand derselben sind alle diejenigen Pflichten des Pfandschuldners, die der Pfandvertrag mit sich bringt, und davon oben in dem Kapitel der gegenseitigen Pflichten und sonst, geredet worden.

§. 262.

Die hypothekarische Klage wird von dem Gläubiger erhoben, wenn er sich nicht im Besitz des Pfandes befindet, und gegen den Besitzer klagt, daß dieser ihm das Pfand einräumen, um sich daran wegen Capital und Zinsen befriedigen zu können. (293)

(293) §. 7. I. de action. Item Serviana et quasi Serviana (quae etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius Praetoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, qua creditores pignora hypothecae persequuntur. Reliqua cf. supra. Diese Klage wird hypothecaria, auch unterweilen pignoratitia genannt, davon oben Beispiele vorgekommen. Die Serviana ist eine prätorische Erfindung, die quasi Serviana eine Ausdehnung der Rechtsgelehrten. GENE schreibt sich wahrscheinlich vom Servius Sulpicius, dem Freund des Cicero her, dessen Praetur und Ansehen bekannt sind. HEINECC. Antiq. Rom. L. 4. tit. 6. §. 29. Die Worte haben wegen der Servianae, nach dem NOODT, im Edict. perp. gelautet: Quae in fundum conductum a colono illata, inducta, investa, locator conventionis eius, cuius in bonis sint, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio iudicis restituantur, adversus eum, qui possidebit, quanti res erit, iudicium dabo, wegen der quasi Ser-

vianae aber: Quodsi quis sibi pro pecunia debita pignori hypothecae obligatum esse dicet, quod de eo convenit, cum eo, cuius in bonis erat, nisi arbitrio iudicis ei restitatur, adversus eum, qui eam possidebit, quanti ea res erit, iudicium dabo. Si soluta erit pecunia, aut pro ea satisfactum, perve creditorem stetit, quo minus id fieret, iudicium dabo. Ehe diese Klagen eingeführt wurden, konnte sich selbst ein solcher Pfandgläubiger, der ein handhabend Pfand besaß, und es etwa aus seinem Besitze verlohren, gegen einen fremden Besitzer nicht helfen. Bloss die Fiducia that gegen einen fremden Besitzer Dienste. NOODT will die Servianam von Einem Praetor; die quasi Servianam wieder von einem andern, herleiten, nicht aber von der Ausdehnung der Rechtsgelehrten; weil letztere wieder in dir. und util. abgetheilt würde. Ich weiß aber nicht, ob dieser Grund stark ist. Wegen der Formeln der hypothecarischen Klage, derer dabey gewöhnlichen Rechtsprüche und Cautelen cf. BRISSON. de Formul. edit. Bach. p. 364. L. 5. n. 34. p. 419. L. 5. n. 142.

§. 263.

Dies ist eine Dingliche Klage, die eben so wohl gegen den Verpfänder, als gegen jeden fremden Besitzer erhoben wird. (294)

(294) L. 17. de Pignor. Pignoris persecutio in rem parit actionem creditorum.

L. 18. C. eod. Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est, In L. 7. C. de Judic. wird die Frage aufgeworfen: ob im Nothfall diese Klage auch wohl gegen einen Knecht erhoben werden könne? Der Schuldner, dessen Güter nebst dem Knecht, verpfändet worden, war gestorben, und der Knecht verwaltete nach dessen Tode, so lange die Erbmasse, bis sich der Erbe der Erb-

schaft anmaßen würde. In dieser Zeit wollte der Pfandgläubiger seine hypothekarische Klage gegen den Knecht, als Verweser der Güter erheben. Sie wurde aber vor unstatthaft erklärt. Gegen einen Knecht hat eine ordentliche Klage eben so wenig statt, als ihm dergleichen gegen andere zusteht. Im Nothfall wird ihm, und andern gegen ihn, ein außerordentlich Rechtsmittel gestattet, zu welchem auch diesmal der Gläubiger verwiesen wurde.

§. 264.

Sie findet bey jedem Pfandrechte statt, und also so gut bey denen Verpfändungen zum Faustpfande, wenn das Pfand dem Gläubiger etwa von ohngefähr von abhänden gekommen; als bey dem hypothekarischen Rechte (295)

(295) L. 28. de P. A.

§. 265.

Ein Gläubiger kann sie sowohl gegen den, der in einer andern Qualität sich des Besitzes annahmet, als auch gegen einen andern Gläubiger gebrauchen, dessen Recht dem Rechte des Klägers weichen muß (296)

(296) L. 12. pt. §. 7. qui pot. in pign. supra:

§. 266.

Sie verpflichtet den Beklagten, wenn er nicht die auf dem Pfandstücke haftende Schuld bezahlen will, das Pfand dem Kläger heraus zu geben, und waren auch dabey die denen dinglichen Klagen so sehr gewöhnlichen Cauttionen, welche auf die Auslieferung gingen, üblich.

§. 267

Derjenige, so, in der Absicht, den Kläger in seiner Forderung dadurch zu kürzen, die Pfandsache von sich schafte und veräußerte, mußte den Werth bezahlen; und wurde der Kläger in diesem Fall, so wie bey bewiesenem Ungehorsam des Beklagten, gegen die verurtheilende Sentenz zum Iuramento in litem gelassen. (297)

(297) L. 16. §. 3. de pignor. In vindicatione pignoris quaeritur, an rem, de qua actum est, possideat is, cum quo actum est. Nam si non possideat nec dolo fecerit, quo minus possideat, absolvi debet. Si vero possideat, et aut pecuniam solvat, aut rem restituat: aequè absolvendus est. Si vero neutrum faciat, condemnatio sequetur. Sed si velit restituere, nec possit, forte quod res abest, et longe est vel in provinciis: solet cautionibus res explicari. Nam si caveret, se restitutum, absolvitur. Sin vero dolo quidem desit possidere, summa autem ope nifus, non possit rem ipsam restituere: tanti condemnabitur, quanti actor

in litem juraverit: sicut in ceteris in rem actionibus. Nam si tanti condemnatus esset, quantum deberetur: quid proderat in rem actio, cum et in personam agendo idem consequeretur?

L. 21. §. 3. eod. Si res pignorat non restituitur, lis adversus possessorem erit aestimanda. Sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem. Nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet: quia non pluris interest. Adversus ceteros possessores etiam pluris. Et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet debitori pignoratitia actione. Die

hypothekarische Klage gehört, wie andere dingliche Klagen, zu denen, die *arbitrariae* heißen, §. 31. I. de action. d. i. wo erst eine verurtheilende Sentenz gesprochen wurde, und denn, wenn durch des Beklagten Ungehorsam, oder Gefährde, der Sentenz kein genaues Genüge geschah, oder geschehen konnte; eine Privatstrafe zum Besten des Klägers erkannt wurde, die gemeinlich darinnen bestand, daß man dem Kläger zum *Juramento in litem* zuließ. Hier wurde, nach Befinden und Belieben des Richters, statt des eigentlichen Gegenstandes des Rechtsstreits, eine willkührliche Summe zur Entschädigung des Klägers angenommen; eidlich bestärkt, und der Beklagte zu deren Bezahlung angehalten. Es konnte aber auch der Kläger die Hülfsvollstreckung auf das eigentliche Object des Processes verlangen; und denn begab er sich des *Juramenti in litem*. Jedoch daß die Abpfändung der Sache selbst, auch bey der hypothekarischen Klage geschehen können, wenn der Beklagte Ungehorsam bewies, zieht ANT. FABER Err. pragmat. Dec. 18. Err. 3. nicht ohne Schein in Zweifel, weil der Kläger deshalb nicht interessirt war. Wenn er seine Entschädigung erhielt, so konnte er zufrieden seyn. Durch die erwähnten Cautionen mußte der Beklagte das *Juramentum in litem* von sich abwenden, welches sonst eintrat, so bald der Beklagte die gewöhnli-

chen Fristen zur Befolgung des Urtheils verstreichen ließ. Man sieht aus den angeführten Gesetzen, daß die alten Rechtsgelehrten nicht einig gewesen, ob das *Juramentum in litem* auch gegen den Schuldner selbst, oder nur gegen einen fremden Besitzer statt finden solle. Wenn die Natur einer dinglichen Klage dies Jurament mit sich brachte, so hatten die Rechtsgelehrten ohne Zweifel Recht, die keinen Unterschied gestatteten:

ANT. FABER Conject. L. 16. cap. 15. hält das erstere Gesetz sehr verdächtig, und vermuthet darinn die Hand des Tribonian. Nach seiner Meinung kann das *Juramentum in litem* bey der hypothekarischen Klage nie statt haben. Nur etwa der Eigenthümer kann sich dessen bedienen, und wenn ihm seine Sachen durch eine Gefährde des Beklagten vorerhalten werden; dadurch eine beliebige Genugthuung erhalten, daß er zu diesem Eide zugelassen wird; weil er nicht gezwungen werden kann, seine Sachen eben um den Werth zu verkaufen, den sie haben; und, wenn das *Juramentum in litem* gebraucht wurde, der Eigenthümer seine Sachen dem Beklagten gleichsam käuflich überließ. Daß die hypothekarische Klage *arbitraria* sey, macht, wie er fortfährt, noch nicht, daß ein *Juramentum in litem* dabey statt finde. Der Richter kann auf andere Art die Größe

des

des Schadens, so der Kläger hat, ermessen. Wenn der Kläger wollte zu diesem Eide zugelassen seyn, und den Werth der ganzen Sache, nicht bloß seine Anforderung, von dem Beklagten, dadurch suchen; so würde der Eigenthümer noch besonders klagen, und an den Besitzer der Sache nochmals gleiche Anforderung machen. Auf solche Art würde einerley zweymal bezahlt werden müssen. Der Grund des Juristen: *nam si tanti condemnatus esset etc.* ist schlecht, weil, wenn auch kein *Juramentum in litem* zulässig ist, dennoch die Pfandklage vor der persönlichen tausenderley Vortheile hat. Warum geschieht nur da des *Juram. in litem* Erwähnung, wo der Besitzer gefährlicher Weise die Sache aus den Händen entlassen? Soll es nicht viel eher alsdenn statt finden, wenn er das Pfand zwar noch im Besitz hat, aber mit Vorsatz nicht heraus geben will? Dennoch wird bey diesem Fall der Eid nicht erwähnt. Ja bey dem andern Falle sollte der Eid schon um deswillen nicht einmal zugelassen werden, weil dadurch bloß die gegenwärtige, nicht aber eine vergangene Gefahrde gehindert wird. Dies sind die Gedanken dieses Verfassers. Jedoch sie lassen sich widerlegen. Daß der mehr erwähnte Eid auch wegen einer vergangenen Gefahrde gebraucht werde, lehrt z. E. der Fall, wo ein Vormund kein In-

ventarium verfertigt hat. Die Erwähnung des Eides am Ende des Gesetzes schließt nicht aus, daß solcher nicht auch in dem vorhergehenden Fall statt finden solle. Es fehlt nicht an unschläßigen Gründen, deren sich die Juristen auch anderwärts bedienen. Man darf sich nur an L. 14. *pr. de Servitut. erinnern.* Der Gläubiger braucht nicht eben den Werth der Sache durch den Eid zu bestimmen; er kann dadurch andere Schäden und Unbequemlichkeiten taxiren. Wenn er aber auch den Werth der Sache dadurch bestimmen will, so kann er solches als Bevollmächtigter des Eigenthümers. Denn es ist bekannt, daß bey Verkäufungen, wozu die Würderung durch den Eid gehört, der Pfandgläubiger, als ein Gewaltträger des Verpfänders angesehen wurde. Hat er aber den Werth der Sache erhalten; so giebt er denselben, so weit er über die Forderung hinaus geht, dem Verpfänder heraus, und es versteht sich von selbst, daß in diesem Fall der Verpfänder nicht noch einmal gleiche Forderung an den Besitzer machen könne. Daß übrigens der Eid nicht erst vom Tribonian hier eingeschoben sey, lehrt 1) die Natur der *act. arbitrarium* die allemal dieses an sich zu haben pflegen, daß der Schätzungseid dabey gebraucht wird. 2) L. 5. *pr. de in lit. jur. L. 68. de R. V.* 3) Weil bey der *act. ad Exhib.* dieser Eid

fiatt findet, da doch diese Klage auch um eines auszuführenden Pfandrechts willen gebraucht werden kann. cf. Ej. Err. Pragm. Dec., 18. Err. 1. 2. Dec. 92. Err. 9. 10.

§. 268.

Wenn ein Besitzer, der eigenthümlich die Sache an sich gebracht, von einem vorgehenden Gläubiger, mit der hypothecarischen Klage in Anspruch genommen worden, und, des Ungehorsams wegen, dem Kläger den, Iuramento in litem bestärkten, Wehrt bezahlen müssen; so tritt er nicht, nach Befriedigung dieses vorgehenden Gläubigers, an dessen Stelle; sondern der folgende Pfandgläubiger ist nunmehr eben so als wenn der Schuldner den vorgehenden abgefunden hätte, der erste geworden. (298)

(298) L. 12. §. 1. qui pot. in pign. Si quoniam restituebat rem pignoratam possessor, condemnatus ex praefatis modis litis aestimationem exsolverit: an perinde secundo creditori teneatur, ac si soluta sit pecunia priori creditori quaeritur. Et recte puto, hoc admittendum esse. Es ist leicht einzusehen, daß vor: restituebat, noch ein non eingeschaltet werden müsse, weil sonst die Stelle keinen Verstand haben würde. Condemnatus ex praefatis modis bezieht sich auf die Anfangsworte des Gesetzes, wo die Rede gewesen von einem Gläubiger der einen andern, so als Eigenthümer, die Sache an sich gebracht, oder als ein Pfandgläubiger die Sache in Händen, aber ein nachgehend Recht hat, in Anspruch nimmt. Wenn in diesen Fällen, will der Rechtsge-

lehrte sagen, der Beklagte ungehorsam gegen das Endurtheil ist, so ist er an sich nicht im Stande, die Stelle desjenigen Gläubigers, den er wider Willen hat befriedigen müssen, gegen den folgenden Gläubiger zu behaupten. Denn, wenn er auch freywillig den vorgehenden Gläubiger befriediget hätte, so würde er, tantum dessen, was bald folgen wird, dennoch nicht an und vor sich in des vorgehenden Gläubigers Stelle getreten seyn, wenn er sich von diesem seine Rechte nicht abtreten lassen. Da er nun Ungehorsams wegen, den eidlich geschätzten Werth bezahlen müssen, so kann er um so minder an diese Stelle treten, da er der Rechtswohlthat, jura cessia zu fordern, durch seinen Ungehorsam sich unwürdig und verlustig gemacht.

§. 269.

Wosern die Schuld, weshalb eine Hypothek ertheilet worden, noch nicht gefällig ist, sondern deren Hebung erst künftig geschehen kan; so darf man ordentlicher Weise auch die Pfandklage vor der Hand noch nicht gebrauchen. Daher bey einer, noch mit Bedingungen verknüpften Forderung oder Verpfändung, diese Klage nicht eher statt findet, bis die Bedingung wirklich geworden (299)

(299) L. 14. pr. de Pignor. Quaeritur est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permitendum sit. Et puto dandam pignoris persecutionem: quia interest mea. Et ita Celsus scribit.

L. 13. §. 5. eod. Si sub conditione debiti nomine obligata sit hypotheca: dicendum est, an-
to conditionem non recte agi: cum nihil interim debeatur, sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. Sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione, et agatur ante conditionem hypothecariam: verum quidem est, pecuniam solutam non esse: sed auferri hypothecam iniquum est: ideoque arbitrio judicis cautiones interponendae sunt, si conditio exstiterit, nec pecunia solvatur, restitui hypothecam, si in rerum natura sit. Es ist bekannt, daß man eine Schuld, wosern periculum in mora ist, wenn z. E. der Schuldner sich auswärts hin begeben, oder davon gehen will,

oder wenn eine Verschwendung, Verderbung, oder Wegschaffung der Sachen u. d. g. gewiß zu besorgen, vor der Zeit beytreiben, oder wenigstens deshalb seine Sicherheit nehmen kann. Also ist auch in diesem Falle erlaubt, vor der Zeit die hypothekarische Klage zu dem Ende zu erheben, damit man wenigstens die Pfandstücke im Besitz kriegen, oder damit solche zur gerichtlichen Verwahrung kommen, bis die Schuld gefällig, und man dadurch mit Verkaufung derer Pfänder zu verfahren, be-
rechtiget wird. Eben dieser besondere Fall ist es, wovon cit. L. 14.; redet, wie die Worte: quia interest mea anzeigen, welche eben so viel sagen wollen, als: quando interest mea, oder quia forsitan adest casus, ubi interest mea. Das zweyte Gesetz macht einen Unterschied ob die Schuld, oder ob die Hypothek, mit Bedingung verknüpft ist. Jedoch wird in beyden Fällen dahin entschieden, daß die hypothekarische Klage, ehe die Bedingung wirklich geworden, nicht statt finde.

Die Cautionen, deren dieses Gesetz erwähnt, beziehen sich wieder auf die Römische Proceßart, und hatten zur Absicht, daß eine vor der Hand ertheilte Lossprechungsentenz, wenn etwa der Kläger zu zeitig geklagt, nicht als eine völlige und endliche Lossprechung angesehen, oder wol gar der Kläger, wegen der Pluspetition, seines Rechts verlustig geachtet werden möchte. Eine wahre Pluspetition war nicht vorhanden, da die Schuld unbedingt war, obgleich der Hypothek eine Bedingung beygefügt worden. Nur bey Act. bonae fidei, kann vor

der Wirklichkeit der beygefügtten Bedingung Vorstand gefordert werden, L. 41. ff. de Indic. bey act. stricti juris ordentlicher Weise nicht. Die hypothekarische Klage ist arbitraria, und act. arbitrariae kommen meistens mit act. stricti juris überein. Daher ordentlicher Weise bey der hypothekarischen Klage vor Eintretung der Bedingung kein Vorstand gefordert werden kann. Allein wenn die Schuld unbedingt ist, so sind ausserordentliche Umstände vorhanden, die eine Abweichung von der Regel machen.

§. 270.

Der Beweis, den der Kläger gegen den Verpfänder selbst, und dessen Erben, zu führen hat, ist ohne viele Schwierigkeiten. Denn da, dem Obigen zu folge, der Schuldner auch fremde Sachen dergestalt gültig verpfänden kan, daß der Vertrag wenigstens unter denen Contrahenten gültig; so sind auch schon oben Gesetze angeführt worden, nach welchen die hypothecarische Klage selbst gegen den Verpfänder fremder Sachen gestattet wird. (300) Also brauchte hier der Kläger das Eigenthum des Verpfänders nicht zu beweisen. Der Besitz des Beklagten ist ohnedem daraus ersichtlich weil er die Sachen verpfändet. Er hätte betrügerisch gehandelt wenn er eine Sache verhypotheciret die er nicht im Besitz gehabt. Er hat demnach die Vermuthung wider sich und muß das Gegentheil erweisen oder sonst in Contumaciam gegen sich, verfahren lassen. Denn ist er, als ein Falsarius strafbar, wenn er die Sache nie besessen. Sollte er sie hernach veräußert

fert haben, so kan nur der Kläger seine Klage ohne neuen Proceß dahin verbessern, daß er ein anderes Objectum executionis angiebt. Es kommt also allein auf den Erweis der geschehenen Verpfändung an.

(300) ANTON. FABER sucht Error. pragm. Dec. 63. Err. 1. weitläufig darzuthun, daß das Eigenthum des Schuldners auch alsdenn erwiesen werden müste, wenn er selbst Beklagter ist. Der Hauptgrund besteht darinn, daß die Gesetze keinen Unterschied machten, wenn sie vom Erweis des Eigenthums bey der hypothekarischen Klage redeten, und daß gegen den Schuldner selbst, wenn er von der verhypothecirten Sache nicht gleich Anfangs Eigenthümer gewesen, sondern solches erst hernach geworden, nur act. hypoth. utilis statt habe. Allein eben dieser letztere Grund zeigt an, daß doch wenigstens eine hypothekarische Klage gegen den Schuldner, der zu Anfang nicht Eigenthümer gewesen, statt finde se heißen, wie sie wolle. Utiles und directa sind nur dem Namen, nicht aber der Sache nach, unterschieden. L. 21. §. 1. de Pign. gestattet dem Kläger, Falls der Beklagte einwenden wollte, er sey von der verhypothecirten Sache nicht Eigenthümer, die Replicationem doli. Nur ist dahey merkwürdig, daß Ulpian ausdrücklich zum voraus setzt, der Verpfänder habe die Sache bona fide erkaufte. Wie, wenn also

der Ankauf mala fide geschehen; soll alsdenn der hypothekarische Gläubiger keine Klage haben? ANT. FABER ist l. c. Err. 7. dieser Meinung. Ich kann mich aber davon nicht überzeugen. Der angeführte Grund des Ulpian, warum dem Gläubiger die Hypothekklage zu gestatten, weil nemlich demselben replicatio doli zukomme; ist auch in dem Falle vorhanden, da der Verpfänder die Sache mala fide erkaufte. Ich glaube also, daß entweder dem Ulpian eben ein Fall, wo von ohngefähr der Verpfänder bona fide gekauft hatte, vorgekommen, und der Jurist deshalb diesen Umstand, der deshalb nicht wesentlich ist, einfließen lassen, oder daß er damit zugleich auf die bonam fidem des Pfandgläubigers gezielt, und diese deutlich vor Augen legen wollen. Denn wenn der Gläubiger um die Unrichtigkeit der Sache gewußt hätte, so würde ihm die Verpfändung nichts helfen. Dolum nemini debet prodesse. War aber der Verpfänder in bona fide; so war es ordentlicher Weise der Gläubiger auch, und dieses hat Ulpian wahrscheinlicher Weise anzeigen wollen. Sollte der Schuldner wegen seiner malae fidei nicht hypothekarisch ver-

Klagt werden können, da er doch bey vorhandener bona fide mit der Hypothekklage belangt werden konnte; so würde er bey der Gefahrde mehr Vortheil haben, als bey der Ehrlichkeit. Sollte der Erblasser eine Sache verpfändet haben, die nicht ihm, wohl aber dessen jetzigen Erben, zugehörte, so ist wiederum die Klage gegen den Erben gegründet. Denn, wenn der Erbe des Klägers Forderung nicht mit Grunde entgegen stellen kann, daß die Kräfte

der Erbschaft zu Bezahlung der Schulden des Erblassers nicht zu reichen; so muß er gewiß die Schulden des Erblassers bezahlen. Es steht also dem Kläger frey, auch dasjenige Grundstück, worauf der Erblasser versichert hat, zur Hülfsvollstreckung anzugeben. Ob die Sache durch diesen Umweg geht, oder ob gleich anfanglich auf dieses Grundstück die hypothekarische Klage gerichtet wird; ist practisch einerley.

§. 271.

Wenn hingegen die Klage gegen einen fremden Besitzer erhoben wird; so magt sich dieser entweder ein Eigenthum oder ein vorgehend Pfand: oder ander besseres Recht an. In letztern Fall braucht der Kläger nur sein Pfandrecht zu erweisen. Der Beklagte muß im Gegenbeweise sein besser Recht ausführen. Bleibt er diesen Beweis schuldig so hat er den Proceß verlohren. (301)

(301) Die Ausführung eines bessern Rechts geht vorzüglich dahin, daß der eine ein älter Pfandrecht habe, als der andre. Diese Ausführung ist aber alsdenn nur zu des Klägers Vortheil, wenn das Pfandrechte beyder Partheyen von einem und eben demselben Verpfänder herkommt. Wenn die Urhebere der Verpfändung bey jedem Theile verschiedene Personen sind; so muß der Kläger doch erweisen, daß sein Urheber Eigenthümer gewesen,

Wenn nun der Beklagte nicht auf eben die Art das Eigenthum des Seinigen zu erweisen im Stande ist, so hat der Kläger gewonnen. Ist aber sein Beweis dem klägerischen gleich, so behält der Besitzer den Vortheil. L. 14. qui pot. in pign. Si non dominus duobus eadem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est. Quamvis si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

§. 272.

Im erstern Fall hingegen muß der Kläger, wenn der Beklagte im leugnen hartnäckig ist, 1) die geschehene Verpfändung 2) das Eigenthum des Verpfänders 3) den gegenwärtigen Besitz des Beklagten erweisen. Wozu noch 4) neuerlich der Beweis kommt, wie unten ausgeführt werden wird, daß der Gläubiger den Hauptschuldner, oder überhaupt den, der zuerst zu belangen, bereits ausgeklagt, oder daß dieser zu bezahlen auffer Stande sey. Der Beklagte ist hier nicht Contrahent. Nur zwischen den Contrahenten gilt die Verpfändung fremder Güter. Also ist die Hypothek gegen einen fremden Besitzer nicht gültig erwiesen, wenn nicht das Eigenthum des Verpfänders dargethan worden. Es muß wenigstens der Rechts-Titel erwiesen werden, durch welchen der Verpfänder zum Eigenthum gekommen, (302)

(302) L. 18. de Pignor. Si ab eo, qui Publiciana potuit uti, quia dominium non habuit, pignori accipi: sic tuetur me per Servianam praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. Die Worte des Gesetzes zeigen eine act. Servian. util. an. Directa hatte nicht statt, weil eine von einem non domino erkaufte, und noch nicht verjährte Sache, noch nicht in bonis des Verpfänders war. Der Beweis des Eigenthums des Verpfänders ist alsdenn nur nöthig, wenn nicht erhellet, daß der fremde Besitzer die Sache von dem Verpfänder her hat. Denn, wenn das ausgemacht ist, daß das Pfandstück von dem Verpfänder an den jetzigen Besitzer gekommen; so darf

er die Frage vom Eigenthum des Verpfänders nicht rege machen, weil er dadurch sich selbst schaden würde, da er behauptet, daß er von einem, der nicht Eigenthümer gewesen, die Sache eigenthümlich an sich gebracht. So wie die publicianische Klage demjenigen zukommt, der von eben dem Vorgänger die Sache her hat, von dem der Beklagte, aber erst nachher, solche erhalten, obgleich dieses Vorgängers Rechtstitel nicht erweislich ist. L. 9. §. 4. de Publ. in rem act. und wie die hypothetarische Klage gegen den statt findet, der die Sache von eben dem Schuldner verpfändet bekommen, wovon der Kläger sein Pfandrecht her hat, wenn des letztern Recht nur älter ist, obgleich

derselbe das Eigenthum des Verpfänders nicht erweislich machen kann. L. 14. ff. qui pot. in pign. so muß auch diese hypothekarische Klage gegen denjenigen gegrün-

det seyn, der von eben dem Urheber ein Eigenthum, wiewol später übertragen bekommen, von welchem der Kläger das Pfandrecht, aber eher, erhalten hat.

§. 273.

Ob aber gleich der Beweis gegen einen fremden Besitzer, der eigenthümlich sich die Sache annahm, so weitläufig ist; so kommt doch dem Kläger dabei zu statten, daß, wenn der Beklagte das Eigenthum des Verpfänders, oder den Besitz des Grundstücks woran sich der Kläger eine Hypothek annahm, ins Leugnen stellet, und der Kläger einen von diesen Punkten erweist, er die andern zu erweisen nicht nöthig hat; sondern der Beklagte, zur Strafe, den Besitz des in Anspruch genommenen Grundstücks dem Kläger sogleich einräumen, und, mit seinen an der Sache habenden Rechten, Klägers Stelle ergreifen muß; (303)

(303) Nov. 18. auth. Item possessor C. qui pot. in pign. Item possessor pignoris, negans rem eius, cuius actor eam esse adleverat: si probata ea intentione nitatur rem retinere, dicens ex hy-

potheca vel alia causa in eandem personam delata, se propinquior esse, quam qui movet causam: prius transferat possessionem, quam jus suum proponat. L. fin. ff. de R. V.

§. 274.

Ehemals hatte der Kläger die Wahl ob er erst, nach dem der Verpfänder das Pfandstück etwa veräußert hatte, den Verpfänder oder Hauptschuldner und dessen Erben; oder zuerst den fremden Besitzer der Hypothek in Anspruch nehmen wolte, (304)

(304) L. ult. C. de O. et A. Est in arbitrio vestro, personali

debitoris heredes actione, an eum, qui ab his distracta sibi que tradita

dita pignora tenet, in rem Serviana, si non longi temporis prescriptione munitus sit, an utroque conveniatis.

L. 14. C. de Pign. Distractis a debitore pignoribus, creditores potestatem habere utrumne personali obligatos sibi, an pignora possidentes in rem actione convenire velint, non est incerti juris.

L. 24. eod. Persecutione pignoris omiffa, debitores actione personali convenire creditor urgeri non potest. In dem ersten Gesetz ist merkwürdig, daß man beyde den Hauptschuldner oder dessen Erben, und den fremden Besitzer der Hypothek soll zugleich in Anspruch nehmen können. Dem Kläger war sehr anzurathen, daß er sich dieser Cumulation bediente, damit er nicht nöthig hätte, einen zwiefachen Proceß anzufangen. Es war am Ende, und wenn der Kläger ein obfiegliches Urtheil gegen beyde erhielt, demselben nachgelassen, ob er die Güter des Schuldners, oder die Hypothek des fremden Besitzers, zur Hülfsvollstreckung angeben wollte. Diese Cumulation ist auch noch, nach denen neuern Verordnungen Justinians, nicht unzulässig, und kann eben so gut gebraucht werden, als man den Hauptschuldner und Bürgen zugleich belangen kann. Wenn der Hauptschuldner zu bezahlen nicht im Stande ist, hat

doch die Hülfsvollstreckung an denen in fremde Hände gerathenen Pfandstücken statt. Ob nun diese durch einen besondern Proceß gesucht wird, oder ob man die Sache neben der Klage gegen den Hauptschuldner sogleich dazu einleitet, ist einerley. Der Hauptschuldner, und der fremde Besitzer der Hypothek, sind als Conforten zu betrachten. Die Klage gegen beyde, hat einerley Schuld zum Grunde, und die Ausflüchte des Hauptschuldners sind auch Ausflüchte des Pfandbesizers. Der letztere muß, wenn er das Pfandstück von dem Hauptschuldner her hat, und ihm der Rechtsstreit des Pfandgläubigers mit dem Hauptschuldner, seinem Vorgänger, bekannt gewesen, ohnedem unter denen gegen den Hauptschuldner ergangenen rechtskräftigen Erkenntnissen, so viel die Frage von der Bürglichkeit der Schuld betrifft mit leiden. Warum sollte also der Kläger zu seiner Sicherheit nicht den Pfandbesizer zugleich mit in der Klage begreifen, und gegen ihn so gut als gegen den Hauptschuldner zu seiner Sicherheit die gerichtliche Vorladung ausbringen können, damit der Pfandbesizer nicht sagen könne, er habe von dem gegen den Hauptschuldner erhobenen Proceße nichts gewußt, und gingen ihm also die in solchem ergangenen Judicata nichts an. Nur hat sich die Sache neuerlich dahin geändert, daß, wenn es endlich zur Hülfsvollstreckung kommt, der

der Gläubiger dazu erst des Schuldners Vermögen angeben muß, ehe er das Pfandstück, so der fremde Besitzer unter Händen hat, anweist. Es ist zu rathen, daß man auf diesem Wege, indem man beyde Beklagte, durch eine und eben dieselbe Klage, in eben denselben Gerichten, zugleich in Anspruch nimmt, Weitläufigkeiten vermeidet.

Wenn beyde unter einerley Gerichten in erster Instanz stehen, so wird diese Instanz dazu ausgesucht; wo nicht: so wendet man sich an das von denen Richteres lehrten angenommene, in dem römischen Recht aber ganz ungegründete, *forum continentiae caularum*, d. i. an die gemeinschaftlich höhere Instanz.

§. 275.

Eben dergleichen Recht hatte auch der Fiscus, wenn Steuer und Abgaben rückständig waren. (305) Bey andern Forderungen des Fiscus hingegen mußte erst der Hauptschuldner ausgeklagt werden, ehe die Reihe den fremden Besitzer traf. (306)

(305) L. 5. §. 2. de Censib. Pro pecunia tributi, quod sua die non est redditum, quo minus praedium jure pignoris distrahatur, oblata moratoria cautio non admittitur, nec audietur legatarius contradicens ob tributa praeteriti temporis, quod heres solvendo sit, et is, qui tributis recipiendis praepositus fuerat. Ein Moratorium kann nur gegen Privatforderungen gebraucht werden, nicht aber gegen den Fiscus. Der Legatarius ist zwar ein fremder Besitzer. Man hält sich aber doch, wenn es dem Fisco beliebt, der Hypothek wegen, womit Steuern und Gaben versehen sind, an ihn, als Besitzer des Pfandstücks, und nicht erst an den Er-

ben des in Rückstand gebliebenen Erblassers, oder den Steuereinehmer, der es darinn versehen, daß er die Abgaben nicht allemal ordentlich beygetrieben.

(306) L. 47. pr. ff. de Jur. fisc. L. 12. C. de Conv. fisc. deb. CVJ. will zwar auch bey denen Städten und Republiken gleiche Ausnahme von der Regel annehmen, die von ihm angeführten Gesetze aber, als: L. 1. C. de decur. L. 3. §. ult. ff. de admin. rer. ad civit. pertin. L. 27. §. 2. ad municipal. reden von einem Bürgen und nicht von einem fremden Besitzer der Hypothek.

ANT. FABER Err. Pragm. Dec. 5. Err. 9, vermeint, daß alle

stillschweigende Hypotheken sich dadurch ehemals von denen ausdrücklichen unterschieden, daß der Hauptschuldner erst ausgemacht werden müssen; allein er kann ausser dem Fiscus kein Beispiel mehr in den Gesetzen nachweisen.

§. 276.

So gut nun aber, wenn der Hauptschuldner zuerst belangt worden, und dieser den Gläubiger befriedigt hatte, die in den Händen eines Fremden befindliche Hypothek dadurch frey gemacht wurde; eben so gut verlohre der Gläubiger seine Forderung an den Hauptschuldner, wenn er zuerst den fremden Besitzer in Anspruch genommen und von diesem seine Befriedigung erlangt. (307)

(307) L. 8. §. 19. quib. mod. pign. Si creditor hypothecarius, a possessore litis aestimationem consecutus fuerit; et a debitore petat debitum: puto, doli mali exceptionem ei obstaturam. Die eigentliche Exceptio solutionis steht dem Beklagten darum

nicht zu, weil der Pfandbesitzer mehr um sein Grundstück frey zu machen, als dem Hauptschuldner zu Gefallen, das Geld bezahlt hat. Inzwischen ist doch der Gläubiger befriedigt, und mehr kann er nicht verlangen.

§. 277.

Neuerlich hat Justinian das alte Recht dahin abgeändert, daß der Gläubiger erst den Hauptschuldner belangen soll, ehe er gegen den fremden Besitzer der Hypothek Klage erhebt. (308)

(308) Nov. 4. c. 2. Auth. Sed hodie C. de O. et A. Sed hodie novo jure prius convenienti sunt omnes fidejussores et mandatores et sponsores, quam ad pignorum perveniatur possessores. Auth. Hoc si C. de pign. Hoc

si debitor possideat: alio vero possidente inhibetur hypothecaria, donec personaliter actum sit cum reo et intercessore. Et, si nec ex hypothecis debitoris satisfiat, tunc demum intercessoris hypothecae, si quae sunt, petan-

tur: quod jus et in heredibus locum habet. In der Nov. 4. c. 2. ist die Sache etwas dunkler vortragen, als in der Authentica. Die Worte: Sicque ad res veniens principalis debitoris, sive ab alio detineantur, et detinentes eas conveniens, si neque inde habuerit satisfactionem, tunc veniat adversus res fidejussorum etc. sind so zu übersetzen: und soll der Gläubiger, wenn die Bürgen nicht bezahlen können, auch an derer Bürgen ihre, dem Gläubiger verpfändeten, und in fremden Händen anjehet befindlichen Sachen, sich halten können. Jedoch ehe dieses geschieht wird voraus gesetzt, daß, ietzst den Bürgen, bereits der Hauptschuldner, und die Besizer derer von diesem dem Gläubiger verpfändeten, jehet aber veräußerten Sachen, ausgeklaget sind. Die folgenden Worte: idem enim est dicere vel si quosdam habuerint homines ipsis sibi obligatos et qui hypothecariis actionibus sibi teneri possint, sind noch dunkler. Nach dem Griechischen soll, statt: enim, es autem heißen; und ist der Sinn alsdenn dieser: es sind aber auch noch diese hieher gehörig (idem autem est dicendum) welche denen Bürgen, oder dem Hauptschuldner schuldig sind. Denn die von diesem Hauptschuldner und dessen Bürgen gegebene Generalhypothek begreift auch die sämtlichen Activa derer Verpfändere und diejenigen ausstehenden Forderungen derer sel-

ben mit unter sich, derentwegen sie wieder hypothekarische Ansprüche haben.

Es ist also hier folgende Ordnung angewiesen, die der Gläubiger in Ausführung seines Anspruchs beobachten soll. 1) Der Hauptschuldner. 2) Dessen Activa. 3) Die Bürgen. 4) Derer Activa. 5) Die fremden Besizer derer von dem Hauptschuldner verpfändeten Güter. 6) Die fremden Besizer derer von denen Bürgen verpfändeten Güter.

ANT. FABER Err. pragmat. Err. 9. Dec. 7. widerlegt mit Recht einen Irrthum den einige haben, daß nemlich der Gläubiger, wenn ihm ja das Recht, sich an die fremden Pfandbesizer zu halten, endlich zukommt, er sich doch zuerst an die letztern Käufer derer Pfandstücke halten müsse, ehe er sich an diejenigen halten könne, welchen vorher andere dem Pfandrechte unterworfenen Stücke von dem Schuldner verkauft worden. Der erstere Käufer hat gegen den letztern, der andere Pfandstücke gekauft, an sich keinen Regreß, wenn ihm gleich seine gekauften Sachen von dem Gläubiger entwehret worden, und wenn ihm auch dergleichen, wegen ausdrücklicher Verabredung mit dem Verkäufer, und deshalb geschehener Verpfändung zukommt, so folgt daraus doch nicht, daß durch solche Verabredun-

dun.

dungen dem Gläubiger in seiner Willkühr unter denen Pfandstücken sich das bequemste zur Befriedigung auszusuchen, Eintrag geschehen könne. Darinn aber hat FABER c. l. unrecht, wenn er meint, das dem fremden Pfandbesitzer zustehende Benef. excuss. erfodere nicht, daß der Gläubiger den Schuldner eben ad peram et saccum usque, wie er sich ausdrückt, ausklagen müsse. Eben so wenig Anwendung hat

dessen Anmerkung l. c. Dec. 6. Err. 3. daß der dritte Besizer als denn die Ausflucht der Excussion nicht gebrauchen könne, wenn er ohne einen gebührenden Rechtsgrund sich im Besitze befindet. Die Exceptio benef. excussionis ist dilatorisch und der Beklagte braucht daher, ehe derselben abgeholfen worden, zu andern peremptorischen Einwendungen keines Zuflucht zu nehmen.

§. 278.

Dies hat nicht nur bey einer allgemeinen sondern auch bey einer Specialhypothek des Gläubigers statt. (309) und bleibt auch in demjenigen Fall dem fremden Besizer das Beneficium excussionis, da sich der Gläubiger eine General- und Specialhypothek zugleich ertheilen lassen, und die letztere in den Händen des fremden Besizers, die erste im Gegentheil bey dem Schuldner selbst sich befindet. (310)

(309) Nov. 4. und die daraus gezogene Auth. machen keinen Unterschied, also dürfen wir auch dergleichen nicht machen. Das ist aber eine Hauptfrage, ob nicht Nov. 112. c. 1. ein anderes verordnet, und im Fall einer erhaltenen Specialhypothek, dieser wegen den fremden Besizer eher in Anspruch zunehmen erlaubt habe, ehe der Hauptschuldner ausgeklagt worden. Die daraus gezogene Auth. Hoc ita C. de pignor. betrifft diese

Frage gar nicht, und der Sinn der Novelle selbst ist sehr dunkel und streitig. Um ihn zu treffen, wird es nöthig seyn, Schrittweise zu gehen. Daß darinn kein Unterschied zwischen einer allgemeinen und besondern Hypothek vorgetragen werde, und daß bey letzterer kein anderes Verfahren und andere Befugnisse des Gläubigers, als bey der erstern daraus erhellen, lehret der Augenschein, wenn man nur, nach denen Worten: liquidem speciales res mobili-

les vel immobiles etc. bis' decernimus, den Nachsatz liest: Ex quo jam claret, quod generales hypothecas multo magis litigiosi vocabulo nolumus contineri; sed earum actiones secundum veterum legum constituta examinari et inde vim praecipimus obtinere. Aus diesen Worten ist ersichtlich 1) daß eben dasjenige, was vorher von der Specialhypothek verordnet worden, auch dem allgemeinen Pfandrecht zukommen solle, und noch vielmehr, als bey jenem 2) daß es in Ansehung der allgemeinen Hypothek eben so, und noch vielmehr, als in Ansehung der besondern, bey denen vorigen Gesetzen verbleiben sollen. Wie kan also durch diese Novelle ein ganz neuer Unterschied zwischen der allgemeinen und besondern Hypothek eingeführet, und darinnen etwas, das von denen vorigen Grundsätzen ganz abweicht, entweder in Ansehung letzterer allein, oder in Ansehung beyder eingeführet werden? Die dürren Wörter widersprechen einer solchen Meinung. Das einzige, was einen solchen Unterschied anzeigen könnte, müßten etwa die Worte seyn: in his hanc distinctionem tenero. Aber diese Worte deuten auf keinen Unterschied zwischen der allgemeinen und besondern Hypothek, sondern darauf, daß, wenn nach Verkaufung des Pfandes, der Gläubiger aus dem Kaufgelde seine Befriedigung erhält, er gegen den Verkauf nichts einwenden solle

und könne. Wenn aber die Befriedigung des Gläubigers aus diesem Gelde, oder sonst, nicht erfolgt ist; so solle der Gläubiger sich an das veräußerte Pfandstück noch allemal zu halten befugt seyn. Diese Distinction geht also der Eintheilung in General- und Specialhypothek nichts an, und enthält, wie man sieht gar nichts, daß der Specialhypothek eigen wäre. Gesezt also, der völlige Sinn und Nachdruck der Novelle, und wohin deren Absicht eigentlich mit Erwähnung der Hypotheken gerichtet, wäre nicht völlig zu erforschen; so ist doch genung, daß, wie klar erhellet, dasjenige nicht darinnen enthalten, was man gemeiniglich darinn zu finden glaubt, nemlich, der wichtige Unterschied zwischen der allgemeinen und besondern Hypothek, in Ansehung des Beneficii excussionis eines fremden Besitzers. Ich glaube aber, daß sich der Sinn der Novelle gar wohl ergründen lasse. Es ist nemlich hier die Rede von einer bereits erhobenen hypothekarischen Klage und einem darentwegen schon obschwebendem Proceße. Daß dieses wahr sey lehren theils der ganze übrige Theil der Novelle, der von Litigiosis handelt, theils die eben angeführten Worte: earum actiones secundum veterum legum constitutum etc. theils auch die Natur der Sache. Es wird gesagt: Ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus. Dies kann ohns

ohnmächtig so viel heißen, daß eine Verpfändung keine rem litigiosa machen solle. Dies wäre lächerlich, weil das Gegentheil keinem, der weiß, was res litigiosa heißt, in Sinn kommt. Also muß damit auf die Frage geantwortet werden, ob eine erhobene hypothekarische Klage das Pfandstück dessentwegen sie erhoben worden, dergestalt zur rem litigiosa mache, daß der Beklagte, während des Processes, das Eigenthum davon nicht einem andern ungestraft überlassen könne. Diese Frage konnte allerdings aufgeworfen werden, und war einer Entscheidung bedürftig. Oben ist ausgeführt worden, daß die alten Rechtsgelehrten darüber nicht völlig einig wären, ob die Verpfändung einer rei litigiosae, d. i. einer Sache, über deren Eigenthum schon ein Proceß obschwebte, gegen die von denen Litigiosis verordneten Gesetze anstoße; als welches einige bejahten, die dagegen Exceptionem litigiosi gestatteten; andere aber verneinten, die nur Exceptionem rei judicatae in solchem Fall zuließen. Eben so ist auch wahrscheinlich, daß umgekehrt gestritten worden, ob die Veräußerung des Eigenthums einer Sache, wegen deren Verpfändung schon eine Klage anhängig gemacht war, unter die Strafgesetze von Veräußerung derer Litigiosorum gehöre. Justinian will sie darunter nicht gerechnet wissen. Die

Westph. Erl. v. Pf. R.

Entscheidung ist ganz billig. Die Gesetze wegen derer Litigiosorum verbieten eigentlich nur, daß die streitende Parthen dasjenige Recht, darüber gestritten wird, einem andern, während des Rechtsstreits, überlasse, und also veräußere. Wenn ein Recht einem andern überlassen wird, darauf sich der Proceß nicht bezieht; so stoßt diese Handlung gegen so harte Strafgesetze nicht an. Die Strafen sind bekannt, und bestehen in starken fiscalischen Geldbußen. Uebriaens versteht sich von selbst, daß dennoch die Veräußerung der, in Punkt eines Hypothekanspruchs, strittigen Sache, ohne Nachtheil des Klägers geschehe, und solchem seine aus der Litispendenz erlangten Rechte nicht kürzen könne. Der Canon: Lites pendente nihil innovandum, bleibt doch allemal bey Kräften. Darum heißt es in der Novelle: liceat quidem debitori eas, cui et quando voluerit vendere: sic tamen etc. Und eben deshalb setzt Justinian, auf den Fall, daß von dem Kaufgelde der Gläubiger nicht befriediget wird, damus licentiam creditori etc. eandem rem vindicare, donec ei satis pro debito fiat. Der Gläubiger setzt seine Sache gegen den vorigen Beklagten fort, und wenn er ein obseitliches rechtskräftiges Endurtheil erhalten; so läßt er die gerichtliche Hilfe an denen ausgetragten Pfandstücken vollstrecken, und sucht daran seine

Ec

Befries

Befriedigung wegen Kapital, (310) Wiederum; weil die
Zinsen und Kosten. (vindicare, Gesetze keinen Unterschied ma-
donec satis pro debito fiat.) chen.

§. 279.

Wenn der Schuldner hingegen selbst verklagt wird; so ist es einerley, ob man gegen ihn zuerst den personalanspruch, oder die hypothekarische Klage, und letztere, entweder zuerst wegen der allgemeinen, oder zuerst wegen der besondern Hypothek rege mache.

§. 280.

Wofern der Gläubiger sich eine allgemeine und Specialhypothek zugleich geben lassen, und die zu der ersten sowohl, als zu der letzten, gehörige Grundstücke sind in fremden Händen; so muß der Gläubiger sich zuerst an die letzte halten, ehe er an die Güter, so zu der ersten gehören, Anspruch macht. Es sey denn, daß er beyde Hypotheken mit der Clausel: salvo jure variandi erhalten; in welchem Fall er die Wahl hat, ob er den fremden Besitzer, der die besonders verpfändeten Güter in Händen hat, oder den, der die zur Generalhypothek gehörigen Güter besitzt, zuerst actioniren will. (311)

(311) Nov. 4. c. 2. verb. Contra principales tamen et existentes apud eos res sive personalibus, sive hypothecariis mox, sive ambabus uti voluerit: omnem ei damus licentiam etc. Dem dritten Besitzer der Specialhypothek hat der Schuldner, der, noch zur Generalhypothek gehörige, und zu Befriedigung des Gläubigers zureichende Sachen

besitzt, durch die Clausel: Salvo jure variandi, sein in den Gesetzen gegründetes Beneficium excussionis nicht benehmen können. Wofern aber sowohl die der allgemeinen, als die, der besondern Hypothek unterworfenen Güter, in fremden Händen sind, und von dem Hauptschuldner, oder dessen Bürgen, nichts zu bekommen ist; so haben die Gesetze des

nen

nen fremden Besitzern an sich die Excursionsausflucht nicht gestattet. Daher kommt es nur darauf an, was es mit Ertheilung der Hypothek und Verbindung einer allge-

meinen mit der besondern, vor eine Absicht gehabt; und diese ist daraus abzunehmen, nachdem die Clausel: *salvo jure variandi* beygefügt ist, oder nicht.

§. 281.

So wie durch die, denen fremden Besitzern derer Hypotheken, neuerlich nachgelassene, Excursions Ausflucht, dieselben denen Bürgen in so fern ähnlich geworden; so hat sich zwischen ihnen, und denen Bürgen, schon seit den ältern Zeiten die Aehnlichkeit gefunden, daß ihnen die Rechtswohlthat bengelegt worden, von dem Gläubiger, gegen dessen Befriedigung, die Abtretung derer ihm zuständigen Rechte zu fordern. (312)

(312) L. 19. qui pot. in pign. Mulier in dotem dedit marito praedium pignori obligatum: et testamento maritum et liberos ex eo natos, item ex alio heredes instituit. Creditor cum possit heredes convenire idoneos, ad fundum venit. Quaero, an, si ei justus possessor offerat, compellendus sit jus nominis cedere, respondi, posse videri non injustum postulare.

L. 12. §. 1. quib. mod. pign. Qui pignoris jure rem persequuntur, a vindicatione rei eos removeri solva, si qualiscunque possessor offerre vellet. Neque enim debet quaeri de jure possessoris: cum jus petitoris removeatur, soluto pignore. Aus diesen Gesetzen ist zu ersehen, daß auch ein Pfandgläubiger der etwa das Grundstück in Besitz hat, ja gar

ein Käufer desselben, der es eigenthümlich besitzt (justus possessor,) der Abtretung derer Rechte des Klägers benöthiget sey, und nicht an sich durch dessen Abfindung an seine Stelle tritt. Denn sonst würde die ihm gegebene Besugnis, sich jura cessa ertheilen zu lassen, und zu fordern, ohnthig seyn. Es ist zwischen dem Fall, da mit dem Kaufgelde des jetzigen Besitzers ein Pfandgläubiger befriediget worden, in welchen Fall, nach den Obigen, der Käufer schon an sich an des Abgefundenen Stelle tritt, und zwischen dem Fall, da der Pfandgläubiger mit dem Kaufgelde nicht befriediget worden, aber in der Folge, bey gemachten hypothekarischen Anspruch, abgefunden wird, ein wesentlicher Unterschied des Grundes. In jenen Fall hat der Käufer durch sein Kaufgeld

ein Eigenthum, d. i. ein noch wichtiger Recht, als das beste Pfandrechte, erwerben wollen, und auch von dem Verkäufer übertragen bekommen. Da nun solches wegen darauf haftender Hypotheken dem Käufer unnütz seyn würde; so haben ihm die Gesetze wenigstens dem Platz des befriedigten Pfandgläubigers angewiesen, welches ohne Ungerechtigkeit geschehen kann, da darunter Niemand leidet, und der Gläubiger sich dieser Platz hätte vorbehalten können. Hingegen wenn nach schon geschenecker Erkaufung der Käufer und jetzige Eigenthümer, noch, auffer den schon bezahlten Kaufgelde, einen Gläubiger befriediget; so weiß er, daß er es mit einem Gläubiger zu thun hat; daß er kein Eigenthum jetzt erst erwerben werde; daß, wenn man anderer Rechte auf sich bringen will, man sich solche förmlich muß abtreten lassen. Wenn er nun seine Maßregeln danach nicht nimmt, so mag er den Schaden tragen.

Es hat mit diesem Beneficio cedend. act. hier auch darinn eben die Bewandnis, wie mit dem, so bey den Bürgen vorkommt, daß der fremde Besitzer der Hypothek sich desselben noch nach dem Endurtheil, wodurch er zur Heraus-

gabe des Pfandstücks an den Gläubiger condemniret worden, und nach dessen Rechtskraft bedienen kann. ANT. FABER Cod. tit. de Luit. pign. def. 7. Sollte der Besitzer die auf dem Grundstück haftende Schuld abgetragen haben; er hat sich aber nicht gleich anfänglich jura cessa geben lassen; so kann solches noch nachher zu aller Zeit geschehen, l. c. def. 17. Darinn aber ist dem ANT. FABER nicht bezuwilficheten; daß der Besitzer des Pfandes, dem klagenden Pfandgläubiger nur den Werth des Pfandes anzubieten und zu bezahlen brauche, ob gleich in andern Fällen wo das Eintretungsrecht von einem, der sich nicht in Besitz befindet, gegen einen Besitzer ausgeübt wird, der Offerent den Werth der Schuld bezahlen müsse. Es ist nicht abzusehen, warum das letztere nicht auch in dem erstern Falle geschehen solle. l. c. def. 3. Da hier auch die Rechtmäßigkeit des Besitzes des jetzigen Pfandinhabers nicht untersucht zu werden braucht; so ist die Distinction des ANT. FABER zwischen einem rechtmäßigen und unrechtmäßigen Besitzer, als welchem letztern er das Benef. cedend. act. abspricht, unzulässig. l. c. tit. Si antiq. cred. def. 3.

S. 282

Das Salvianische Interdict ist ein possessorisches Rechtsmittel, so darum dem Kläger vortheilhafter ist, als die
die

die hypothekarische Klage, weil der Proceß geschwinder ist. Es hat viele Aehnlichkeit mit der hypothekarischen Klage, ist aber doch auch in vielen Stücken davon unterschieden.

§. 283.

1) Nach der Natur aller Interdicte setzt es zum Voraus, daß des Klägers Recht sogleich viel vor sich habe und ins Helle gesetzt werden könne; wie den ANT. FABER die sehr scheinbare Anmerkung gemacht, daß dies Interdict sich nicht sowohl im Pfandrechte überhaupt gründe, als vielmehr in dem von dem Schuldner errichteten Pfandvertrage. (313)

(313) Err. pragm. Dec. 57. Err. 2. wegen des §. 3. Inst. de Interd. verb. *quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset*. Eben dieses scheint auch dadurch bestärkt zu werden, weil das Interdict nur bey den Ge-

räthschaften des Pächters statt fand, welche bekannter Maßen keinem stillschweigenden Pfandrechte unterworfen sind, sondern durch ausdrückliche Verabredung verpfändet werden müssen.

§. 284.

Daher 2) vermuthlich zu erklären, warum dieses Interdict nur gegen den Schuldner selbst, oder denjenigen der die Sache von dem Schuldner her hat, und auch nicht einmal gegen Letztern, nach der Strenge, (314) erhoben werden könne. Denn nach dem Obigen ist der Beweis leichter, wenn gegen den Schuldner, oder den der die Sache von ihm her hat, geklagt wird; als er ist, wenn nicht erhellet, daß der fremde Besitzer den Verpfänder zum Vorgänger habe.

(314) Dies behauptet ANT. FABER nicht ohne Schein, Err. pragm. Dec. 58. Err. 3. und es folgt aus dem von diesem Verfä-

ser angegebenen Grunde des Interdicts. Da es sich nicht sowohl im Pfandrechte, als in dem Pfandvertrage gründet; so kann

es nur gegen den Contrahenten, oder Paciscenten, und dessen Erben, nicht aber gegen einen dritten Besizer statt haben, den der Vertrag seines Vorgängers nichts angeht. L. 1. C. de precar. re: det offenbar vor diese Meinung. L. 1. §. 1. ff. de Interd. Salv. ist vermuthlich verfälscht. ANT. FABER l. c. Dec. 58. Err. 8. JULIANVS trägt hier eben die Sache vor, die VLPIAN. L. 10. de pign. Weil nun dieser, wie es scheint, seine Anmerkungen dem Julian abgeborgt hat, so müssen beyde auch auf einerley Art erklärt werden. Ulpian re: det von der act. Serviana utili, und in der Stelle des Julians wird diese gleichfalls erwähnt. Also ist vermuthlich statt: Salviano interdicto, recte experientur, zu lesen: Servia. non interdicto, recte experientur, d. i. Serviana, non interdicto etc. Die Abschreiber haben diese Abkürzung nicht verstanden, und aus Servia. non, das Wort: Salviano gemacht. ANT. FABER thut noch einen Grund hinzu, warum cit. L. 1. §. 1. das Interd. Salv. ohnmöglich gegen einen Extraneum statt finden könne; nemlich weil desselben Gebrauch mehrern in solidum gestattet wird. Dies gehe nicht an, weil nicht mehrere in solidum ein und eben derselben Sache Besizer seyn könnten. Jedoch dieser

Grund ist von keiner Erheblichkeit, weil in den Gesetzen nicht gesagt wird, daß, wenn einer den Besitz schon in solidum erlangt, der andere solchen noch einmal in solidum suchen könne. L. 1. pr. ff. de Interd. Salv. ist nicht weniger von schwacher Beweiskraft, daß das Interd. gegen einen dritten Besizer statt finde. ANT. FABER l. c. Dec. 59. Err. 9. seq. macht sehr wahrscheinlich, daß diese Stelle von einem Fall rede, da die Magd verkauft war, und bey dem Käufer nieder kam, hernach aber, weil der Kauf wieder zurück ging, dieselbe zugleich mit ihrem Kinde, an den Verkäufer zurück fiel. Es war alsdenn eben so gut, weil der Contract retro aufgehoben wurde, als wenn bey dem Verkäufer die Niederkunft erfolgt wäre. Ein Kind einer ausdrücklich verpfändeten Magd, so sie nach der Verpfändung erzeugt, wurde durch die Rechtsgelehrten zwar unter das Interdict gezogen, aber nur utiliter. Wenn der Kauf nicht retro aufgehoben wird, so kann zwar das Kind an den Verkäufer zurück fallen, aber das Kind, so bey dem Käufer erzeugt worden, gehört gar nicht unter die Specialhypothek, und es hat dessentwegen weder Interdict noch hypothekarische Klage statt. ANT. FABER l. c. Dec. 60. Err. 3.

§. 285

Die Bitte des Klägers geht 3) blos dahin, daß ihm der Besitz des Pfandstücks überlassen werde. Dem Beklagten bleibt das Petitorium, und seine Condictio und Rückforderung des Pfandes, von dem, der durch das Interdict obgesieget, unbenommen.

§. 286.

Weitläufige und schwer und umständlich zu erweisende peremptorische Ausflüchte werden 4) nicht zugelassen, da es hauptsächlich darauf ankommt, ob die Verpfändung geschehen, und wie?

§. 287.

Daß das Interdict 5) von einem Gläubiger nicht gegen den andern gebraucht werden könne, sondern nur die hypothekarische Klage, wird gemeiniglich behauptet, aber schlecht erwiesen. (315)

(315) Da der Grund des Salviani der Pfandvertrag des Pächters ist; so hat dies Interdict eigentlich nie gegen den Mitverpächter gerade zu statt, sondern nur gegen den Pächter. Wenn nun der eine derer Verpächtere der sich nicht im Besitz des Guths befindet, den Pächter in Anspruch nimmt, und der andere derselben besitzt das Guth worauf der Pächter wohnt, in Qualität eines Verpächters und Eigenthümers allein, so meldet sich dieser wegen seines ebenfalls habenden Interesses billig interveniendo. Diese Intervention ist das Interd.

Salv. so er dem Kläger, der sich eben desselben bedient, entgegen stellt. Auf solche Art ist begreiflich, wie unter denen Verpächtern unter einander mit dem Salviano gestritten werden kann. Die Intervention ist aber nur alsdenn zulässig, wenn das Pfandrecht nicht etwa jedem derer Verpächtere nur auf einen Theil der Geräthschaften ertheilet worden. Denn wenn dieses seyn sollte, so hat der andere Verpächter gar kein Recht, dem Kläger, der einen ganz andern Theil der Pfänder in Anspruch nimmt, als worauf der annahm.

die Interveniens versichert ist, zu widersprechen. Wenn aber die Verpfändung nicht jedem derer Verpächtere nur zum Theil geschehen; so hat der Besizer, der sich interveniends meldet, von rechts wegen in Ansehung seiner Anforderung den Vorzug. Was nach dessen Befriedigung übrig bleibt, daran mag der Kläger sich nach Belieben halten. ANT. FABER l. c. Dec. 59. Err. 1. 5. Daß auch, wenn der Interveniens sich nicht im Besitz des Pachtguths befindet, er doch, durch seine Intervention, des Klägers Interdictauspruch ganz zunichte machen könne, wie dieser Verfasser, l. c. Err. 2. behauptet,

sehe ich nicht ein. Denn daß mehrere nicht in solidum Besizere werden können, hindert hier nicht. Sie haben einen Anspruch auf die Pfänder in solidum, d. i. die Pfänder haften jeden vor seine Forderung ganz; aber deshalb hat nicht jeder den ganzen Pacht allein zu heben. Wenn sie nun beyde sich mit dem Interdict bey dem Pächter melden; so müssen sie zusammen pro rata befriediget werden. Sie sollen nicht Besizere in solidum werden. Es soll nur einer neben dem andern den Besitz zu seiner gleichmäßigen Befriedigung erlangen.

§. 288.

Man behauptet auch 6) daß, bey dem Interdict, der Kläger das Eigenthum des Verpfänders zu erweisen nicht nöthig habe. Dies würde alsdenn was besonders seyn, wenn das Interdict gegen einen jeden fremden Besizer gebraucht werden dürfte. Da es aber nur gegen den Verpfänder und den, der von ihm die Sache bekommt, statt findet; und gegen diese auch bey der hypothekarischen Klasse der Beweis des Eigenthums nicht nöthig ist; so fällt auch dieser Unterschied weg. (316)

(316) ANT. FABER Rational. ad L. 4^a. de P. A. eifert sehr das gegen, daß man das Interd. Salv. gegen einen fremden Besizer ge-

statten wolle, ohne das Eigenthum des Verpfänders erwiesen zu haben.

§. 289.

Statt des Eigenthums des Verpfänders wollen die Rechtsgelehrten, daß bewiesen werden solle, der Verpfänder

der

der habe sich damals, als die Verpfändung geschah, in dem Besitz des Pfandes befunden. Diese Meinung aber ist ohne allen Grund, und braucht der erwähnte Beweis eben so wenig geführt, als dieses erwiesen zu werden, daß sich jetzt der Beklagte im Besitz befinde, wie A. FABER mit Recht angemerket. (317)

(317) Err. pragm. Dec. 58. Err. 4. Die angeführte gemeine Meinung hat weiter keinen Grund, als weil das Interdict ein possessorisches Rechtsmittel sey. Allein es ist adipiscendae possessionis, und also kommt es dabey auf einen vergangenen Besitz gar nicht, sondern nur auf einen künftigen Besitz an. Der Grund ist der Pfandvertrag. Dieser kann über eine Sache geschlos-

sen werden, die man jetzt nicht besitzt. Da auch nach der Analogie anzunehmen, daß das Interdict nicht sowol dahin gegangen, daß der Beklagte dem Kläger die Pfandstücke heraus geben, als vielmehr, daß dieser dem Kläger in Ergreifung des Besitzes nur nicht hinderlich seyn solle; so ist leicht zu schließen, daß nicht einmal den jetzigen Besitz des Beklagten zu erweisen nöthig ist.

§. 290

Endlich wird 7) behauptet, daß die Excussions Ausflucht dem Interdict nicht entgegen gestellt werden dürfe. Die Sache ist in den Gesetzen nicht entschieden. Da es aber hier hauptsächlich nur auf die Wirklichkeit der Verpfändung ankommt, und Weitläufigkeiten wegfallen; so läßt es sich wohl hören, wenn man diese Ausflucht gegen das Interdict verwirft. (318)

(318) §. 3. l. de Interdict. Interdictum quoque, quod appellatur Salvianum, adipiscendae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus colonj, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. l. 1. pr. et §. 1. de Salv. Interd. cf. supra.

§. 2. eod. Idem servari con-

veniet et si colonus rem, quam cum alio communem habebat, pignoris nomine induxerit: scilicet, ut pro parte dimidia pignoris persecutio detur. l. 2. eod. In Salviano interdicto: si in fundum communem duorum pignora sint ab aliquo invecata: possessor vincet: et seric eis descendendum ad Servianum

judicium. L. 1. C. de Precar. Si te non remittente pignus debitor tuus ea, quae tibi obnoxia sunt, venam dedit: integrum tibi jus est, ea persequi non interdicto Salviano (id enim tantummodo adversus conductorem debitoremve competit) sed Serviana actione, vel quae ad exemplum eius instituitur, utilis adversus emptorem erit exercenda cf. supra. Man unterscheidet Interd. Salvianum und quasi Salvianum. Jenes hat nur bey einem Pachte statt; dieses bey jeder andern Schuld. Die Eintheilung nimmt man aus L. 1. C. de precar. verb. adversus conductorem debitoremve competit. Da aber auffer dieser Stelle keine Spur vorkommt, daß einem andern, als einem Verpächter dies Interdict zustehet; und von Klagen, die durch eine billige Ausdehnung erst eingeführet worden, nicht leicht gesagt wird: competunt, sondern: dantur, reddantur; so hat ANT. FABER nicht Unrecht, wenn er l. c. Dec. 60. Err. 5. mit dem ACCURSIVS die Worte: conductorem debitoremve eben so versteht, als wenn es hiesse: conductorem eundemque debitorem. Auch ist das Interdict nicht einmal auf einen Vermiether eines Hauses auszudehnen. ANT. FABER merkt mit Recht an, daß, weil dem Vermiether die Perclusio in vectorum et illatorum zugestanden, dem Verpächter aber nicht; dieser zwar die hypothekarische Klage und das Interdict, auch nach Ent-

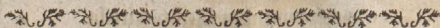
fernung der Sachen von dem Guthe, gebrauchen können, jener aber, wenn er die Wegbringung der Sachen aus dem Hause geschehen lassen, weiter kein Pfandrecht an demselben ausführen dürfen. Daher auch das Interdict in diesem Fall nicht gebraucht werden sollte. Wenn ohne Wissen des Vermiethers die Geräthe weggeschaffet worden; so war ihm die hypothekarische Klage nicht zu versagen, l. c. Dec. 61. Err. 1. seq. Auch wegen der Früchte des Pacht-Guths hat kein Interdict statt; da derentwegen der Verpächter arg. L. 61. §. 8. de furt. als Besitzer anzusehen, und ihm also die Retention, als an einem Faustpfande zustehet. Wenn er die Früchte wissentlich aus dem Guthe verabsolgen läßt; so verliert er sein Pfandrecht an selbigen. Wenn sie ohne sein Wissen weggeschafft werden, so wird ein Diebstahl begangen. A. FABER l. c. Dec. 61. Err. 57. Jedoch wird dieser Diebstahl nur alsdenn begangen, wenn der Pächter die Früchte ausdrücklich verpfändet hat, wie c. l. 61. genau bestimmt. Hingegen die Retention findet statt, wenn auch der Früchte wegen keine ausdrückliche Verpfändung geschehen. Der Grund der Retention liegt darinn, weil die Früchte vor der Abbringung, als ein Zubehör des Grund und Bodens anzusehen gewesen, daher sich der Verpächter derentwegen damals eben so im Besitz befunden, als wegen des Guths selbst. Er

Er bleibt daher immer derselbe, es mag eine ausdrückliche Verpfändung geschehen seyn oder nicht. Die diebische Entwendung aber setzt mehr, als den in Rechten angenommenen Mitbesitz des Verpächters an den Früchten, zum voraus. Es muß ein Specialpfandrecht vorhanden seyn, wie oben vorgekommen. Dieses aber entsteht aus der ausdrücklichen Verpfändung, l. c. Err. 8.

Vom Interd. Salv. directo ist das Interd. Salv. utile unterschieden. Jenes ist nur gegen den Schuldner selbst, dieses aber gegen einen fremden Besitzer zu gebrauchen, der die Sache von dem Schuldner her hat. Wegen cit. L. 1. §. 1. de Salv. Interd. sehe man nach, was in dem Nächstvorhergehenden davon vorgekommen. Der Ueberschrift nach hängt dieses Gesetz mit L. 10. de Pign. zusammen. Unter der utili actione, deren in diesem l. 1. §. 1. erwähnt wird, will auch CVJ. nicht das Interd. utile, sondern act. Serv. util. verstehen. Obgleich ein Interd. allenfalls actio genannt werden könnte, und sich die Bedeutung, so CVJ. der act. utili beylegt, in den Zusammenhang nicht so gut schießt, als wenn man darunter das Interd. versteht, da das ganze Gesetz vom Interdicte redet, von der hypothekar. Klage aber gar keine Frage ist, so ist doch das, was im Nächstvorhergehenden ausgeführet worden, überwiegend. Die utilis Serviana, deren c. L. I. C. Erwähnung geschieht, ist eben das, was act. quasi

Serviana. cit. L. 2. erklärt A. Faber Dec. 59. Err. 6. sehr artig. Bey dem Interd. kam, wenn solches zwischen zweyen Verpächt. unter einander zum Streit gedieh, es nicht darauf an, wer unter denen beyden Interessenten ein älteres Pfandr. hatte; sondern der besitzende Theil ging schlechterdings dem der nicht im Besitz war, vor, indem hier nicht auf den Vorzug des Pfandr. sondern lediglich auf den Pfandvertr. gesehen wurde, den allemal der eine Theil so gut vor sich hatte, als der andere. Daher mußte der Kläger lieber die act. Serv. ergreifen; denn mit dieser konnte er gegen den Mitgläub. wenn dieser sich gleich im Besitz fand, durch den Zeitvorzug seiner Hypothek, den Proceß gewinnen. Uebrigens ist die Erfindung des Salv. Interd. vermuthl. dem *Salvius Iulianus*, dem Verf. des Ed. perp. zuzuschreiben. *Bynkershoek* hat diese Meinung mit vielen Gründen bestreiten wollen, die man aber alle widerlegt findet, bey *Traug. Thomas. Diss. de Orig. et Progr. hyp. tac. §. 11.* Die Worte des Ed. Perp. wegen des Salv. Interd. giebt *Ranchinus* in *Meerm. Thesaur. T. 3. p. 259.* so an: *Quod de his possides, de quibus inter dominum et colonum convenit, ut quae in fundum, quo de agitur, invecta, ibi nata factave essent, ea pignori domino pro mercede eius fundi essent, id domino restituas.* Wie *Eg. Baro* und *Hotom.* die Formel angegeben, kan man bey *Faber Err. pragm. Dec. 57. Err. 2.* sehen.





Inhalt.

Erstes Kapitel.

Historische Nachricht von denenjenigen Stellen, die das Pfandrecht betreffen und in dem Corp. Jur. Rom. befindlich und von dem Pfandrechte selbst. S. 1.

Zweytes Kapitel.

Von dem Begriff und der Natur des Pfandrechts und denen beyden Theilen daraus entstehenden Befugnissen und Pflichten überhaupt. 21.

Drittes Kapitel.

Von der Entstehungsart des Pfandrechts und dessen Eintheilung überhaupt, und den allgemeinen prätorischen und richterlichen Pfandrecht insonderheit. 85.

Viertes Kapitel.

Von den Pfandvertrage und denen dabey üblichen Nebenverträgen. 111.

Fünftes Kapitel.

Von dem stillschweigenden Pfandrecht. 131.

Sechstes Kapitel.

Von denen Sachen die verpfändet werden können. 161.

Siebendes Kapitel.

Von der Rangordnung der Hypotheken unter einander. 209.

Achtes Kapitel.

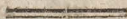
Von Veräußerung des Pfandes. 274.

Neuntes Kapitel.

Von Aufhebung des Pfandrechts. 322.

Zehntes Kapitel.

Von denen bey dem Pfandrecht vorkommenden Rechtsmitteln. 368.



Nach-

N a c h t r a g

einiger

A n m e r k u n g e n,

welche man

dem Tractate selbst am gehörigen Orte
einzuschalten verhindert worden.

Pag. 25. Not. 19.

L. 16. pr. de Pign. heißt es in Basil. ὁ ἕγγυητής . . . τὰ ἐνέχυρα κατὰ ψήφον ἔλαβη. Fidejussor pignora ex decreto judicis accepit.

Pag. 31. Not. 21.

Averan. Interpr. L. 2. c. 11. ist der Meynung, daß in L. 59. ad SCt. Treb. die Confusion darum gehindert, und naturalis obligatio dadurch erhalten worden, weil der Erbe zur Annehmung der Erbschaft gezwungen gewesen, und es hier unbillig geschienen, daß er durch eine wider seinen Willen unternommene Erbantrittung um seine Forderung und Sicherheit kommen solle; zumal sich die Verpfändung größtentheils auf die Billigkeit gründete. Unter den Worten: quemadmodum cum amissa est actio propter exceptionem versteht dieser Verf. den Fall der Verschöpfung, und der Pluspetition. Wegen der letztern fehlt es aber an hinlänglichem Beweise.

Wegen L. 2. C. de Init. pign. ist er ebenfalls der Meynung, daß dieses Gesetz von denen wenigen Fällen rede, da die Hauptforderung wegfällt, dieß Pfandrecht aber bey Kräften bleibt. Dieses werde durch die Worte: submota obligatione

tione principali angezeigt, welche von extincta obligatione principali wohl zu unterscheiden wären, cap. 12. n. 19. seq.

Auf dem Grundsätze, daß, wenn die Hauptschuld, der Streng nach, wegfällt, der Gläubiger aber gleichwohl noch unbezahlt ist, das Pfandrecht noch fortdaure, beruhet auch L. 13. §. 1. ad SCt. Vellej.

Pag. 38. Not. 22.

Bey L. 22. C. de Vfur. ist noch zu erinnern, daß unter demjenigen Zurückhaltungsrechte, welches man auch wegen der Conventionalstrafe auszuführen gesucht hat, nicht ein bloßes persönliches Zurückhaltungsrecht zu verstehen sey, sondern ein solches, so aus dem Pfandrechte entspringt, und damit verbunden ist. Denn da dieser L. 22. dergleichen Pfandrechte, wie erwiesen worden, nicht entgegen steht, die übrigen Befehle aber solches begründen; so ist unsere Meynung allerdings, daß auch auf der Conventionalstrafe sich das Pfandrecht erstrecke, wenn solches wegen der Hauptforderung vorhanden ist.

Pag. 43. Not. 29.

Best. Ration. Emend. LL. cap. 25. §. 9. will L. 26. §. 1. de Pign. vor nec metueri gelesen haben: nec me metuere, oder nec me tueri, und sieht diese und die folgenden Worte an, als wenn sie von dem Sachwalter des Sejus herrührten. Dieser habe sich damit vertheidigen wollen, daß der Sohn nicht freywillig, sondern auf Befehl des Vaters unterschrieben; besonders, da er weder durch einiges Zeichen, noch durch eine schriftliche Erklärung in die Verpfändung des Vaters gewilliget. Anstatt filius ejus, setzt er filius Sejus.

Pag. 47. Not. 30.

Die Worte L. 12. §. 1. de distr. pign. nam etfi majores fructus forte petens a possessore creditor abstulit, sind in Basil. schlecht übersetzt: τυχόν γάρ πλείονας καρπούς ἀπήτησα τὸν ὑποτέθεισάντα forsitan enim plures fructus exegit ab eo, qui pignus dedit.

Pag. 51. Not. 32.

L. 18. §. 2. steht statt: quia cum sua causa etc. in Basil. *μετὰ γὰρ τῆς ἰδίας αἰτίας μετέγενετο, καὶ ὁ μετὰ τὴν πρόσιν ἐκ τῆς*

τῆς δούλης, τυχθῆς, nam cum sua caussa transit; et partus ex ancilla post venditionem natus, welches der Fabrischen Verbesserung widerspricht, aber auch so erklärt werden kann, daß das, nach richtig gewordenem Verkauf der Magd, von dieser gebohrne Kind ebenfalls an den Käufer mit übergehe. Es ist ein Irrthum des Majansl. Disp. Tom. I Disp. 10. §. 3. wenn er bey einer Specialverpfändung einer Magd, deren Kind, wenn keine besondere Verpfändung auf dieses letztere geschehen, nie unter der Verpfändung der Mutter mit enthalten wissen will, wegen Paul Sent. L. 2. tit. 5. §. 2. Foetus vel partus ejus rei, quae pignori data est, pignoris jure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit. Diese Stelle läßt sich mit den übrigen Gesetzen nicht anders vereinigen, als wenn man sie von der Erzeugung versteht, die bey einem dritten Besitzer geschieht, wie auch die Commentatoren ad h. l. bey Schulting. gar recht angemerkt. Zunt Nachtheil der Specialverpfändung könnte einem Knecht zwar überhaupt nicht die Freyheit directe vermacht werden; aber schon in den Pandecten wird das directum legatum libertatis, zu Gunst der Freyheit, als obliquum angesehen L. 24 §. 10. de fideic. libert. Es ist besonders, daß, wenn der Schuldner seinen specialiter verpfändeten Knecht in Freyheit setzen will, und dazu des Gläubigers Einwilligung erfolgt, der Vormund diese Einwilligung, ohne obrigkeitliches Decret, ertheilen könne L. 4. §. vlt. de manum. vend. junct. L. 27. §. vlt. qui et a quib. manumiss. Das bezieht sich noch auf die Zeiten vor Const. M. Donell. Tr. de Pignor. c. 7. tritt der Accursianischen Meinung bey, daß ein bey einem dritten Besitzer erzeugtes Kind von einer verpfändeten Magd nur alsdenn nicht unter das Pfandrecht gehöre, wenn auch die Conception bey dem dritten Besitzer geschehen.

Pag. 52. Not. 33.

L. 1. §. 2. de Pign. steht statt; eos consumptos etc. in Basil. τούτους δὲ δαπανήσας ὁ καλῆ πίστευ ἀγοραστῆς, οὐκ ἀποδίδασκε τῷ δαναστῇ. ἢ μὲν γὰρ ὑποθήκη καὶ μετὰ τὴν διὰ χρόνιαν χρήσεως κυριότητα σώζεται, ἕτερον δὲ ἐστὶ περὶ τῶν καρπῶν. eos autem consumptos bonae fidei emtor, creditori non restituit. nam hypotheca quidem etiam post vsucapionem salva manet; sed aliud est in fructibus. Da denn der Sinn seyn würde: die verzehrten Früchte werden nicht heraus gegeben. Denn ob-

gleich die Hypothek fortbauert, und auch nicht einmal durch die ordentliche Verjährung aufgehoben wird, so kann sie doch in Ansehung der verzehrten Früchte nicht statt finden, da solche dem Schuldner niemals zugehört haben. A. Faber will durchaus nicht zugeben, daß das Pfandrecht sich auf die von einem dritten Besitzer gezogenen Früchte des Pfandes erstrecken könne. Dieser Besitzer ist wirklicher Eigenthümer des Pfandstücks. Da so gar ein b. f. possessor durch die Perception von den Früchten Eigenthümer wird, so muß es noch vielmehr der rechtmäßige Eigenthümer des Grundstücks werden. Diese Früchte haben nie dem Verpfänder gehört. Also ist es nicht möglich, daß sie unter das Pfandrecht gezogen werden können. Papinian. hat also L. 1. §. 2. de Pign. eigentlich von den fructibus exstantibus reden wollen. Dec. 93. Err. 2. Auch an denen nach der Lit. Contest. von einem dritten Besitzer gezogenen Früchten räumt dieser Verfasser dem Pfandgläubiger keinen Anspruch ein. Nur bey Fällen, wo man Sachen, als einem eigenthümlich zugehörig, restituirt verlangt, wird auf die nach der Lit. Contest. gezogenen Früchte officio judicis mit Rücksicht genommen. l. c. Err. 1. Allein die angeführten Gesetze sind so deutlich, und sie stimmen so genau mit einander überein, daß man eine außerordentliche Umschmelzung mehrerer Gesetze nöthig hätte, wenn die Faberische Meynung angenommen werden sollte. Obgleich die Früchte, so ein dritter Besitzer gezogen, dem Schuldner nie zugehört haben; so ist doch auch gewiß, daß nach der Regel: aliis per alium iniqua conditio inferri nequit, es dem Gläubiger unschädlich seyn muß, wenn der Schuldner das Pfand veräußert. Wofern er es nicht veräußert hätte, so würde sich ohne Streit der Gläubiger auch an die davon gezogenen, und bey dem Schuldner noch wirklich vorhandenen Früchte halten können; also muß eben dieses nach der Veräußerung in Ansehung eines dritten Besitzers zulässig seyn. Die nach der Litis Contestation gezogenen Früchte ist der Beklagte nicht nur alsdann mit zu vergüten schuldig, wenn von Zurückgabe einer dem Kläger zugehörigen Sache die Rede ist, sondern auch in andern Fällen L. 38. §. 7. de Vfur. Die Ursache ist nicht, weil der Beklagte seit der Lit. Cont. ein m. f. possessor würde; sondern weil der Aufenthalt des Processus, dem dabey unschuldigen Kläger nicht schädlich seyn soll. In Ansehung
der

ber nach der Lit. Contest. erzeugten Früchte ist es einerley, ob sie zur Zeit des Endurtheils noch wirklich vorhanden oder nicht. Dec. 93. Err. 4 erklärt sich A. Faber dahin, daß ein b. f. Possessor der Pfandstücke mit den fructibus exstantibus dem Pfandgläubiger hafte, wiewohl nur vtiliter, mit denen consumtis aber nie. In Ansehung eines m. f. Possessoris sey es bey der Pfandklage eben so wie bey der Eigenthumsklage. Diese Gedanken lassen sich nach denen vorigen leicht beurtheilen. Actio vtilis heißt die Pfandklage, wegen der von dem dritten Besitzer gezogenen Früchte, darum, weil diese dem Schuldner nie zugehörig gewesen. Cf. Donell. Tr. de Pign. c. 16.

Pag. 59. Not. 37.

L. 9. In quibus causis pign. heißt es in Basil. τὰ ἐκ συμφωνου ὑποτάξεντα ἀνδράποδα οὐκ ἐλευθεροῦνται. Ex conventionne oppignorata mancipia non possunt manumitti, wodurch gleichsam manifestarium pignus in expressum pignus übersetzt wird. Tuss. de la Rue in Amoen. Iur. Observatt. c. 5. tritt der Meynung bey, daß manifestarium pignus so viel sey, als speciale pignus, und versteht unter dem Nerva den altern oder den Vater, da der jüngere oder der Sohn in unsern Gesetzen immer Nerva filius genannt werde. Otto Thes. T. 5. p. 1495. cf. Majans. Disp. Tom. 1. Disp. 10. Einer Specialverpfändung des Knechts kann derselbe zum Nachtheil des Gläubigers nicht einmal dadurch entzogen werden, daß ihn der Herr im Testament zu seinem Erben ernennet, wenn nicht der Gläubiger befriediget wird; obgleich der Erblasser durch Einsetzung des Knechts hat seine Ehre zu retten suchen wollen. L. 30. de her. inst. L. 2. C. de necess. serv. Majans. l. c. §. 17.

Ad L. 1. C. de servo pign. merkt Majans. l. c. §. 1. an, daß der Mann in dem Falle die Dotalknechte seiner Frau nicht in Freyheit setzen könne, wenn er sich zu der Zeit non solvendo befinde, und dieses wegen des L. Ael. Sent. Gesezt aber, daß er nach der Freylassung erst in die Insolvenz gerathen, kann auch alsdenn die Freylassung angefochten werden? Ich glaube nicht. Der L. Ael. Sent. paßt nicht hieher, und die Hypothek der Frau, welche sie ihres Heyrathsguths wegen hat, ist nur eine allgemeine, und kann daher

der Freylassung nicht entgegen seyn, und *libertas semel data est irrevocabilis*.

L. 2. C. cod. erhält durch L. 16. §. 3. *qui et a quib. manum. lib. non fiant*, nämlich eine zum Nachtheil des Fiscus unternommene Freylassung ist alsdenn unumstößlich, wenn der Knecht lange die Freyheit genossen. Aber die Erklärung des *diu, i. e. non minus decennio* ist, wie Majanf. anmerkt, falsch. Es muß heißen *vicennio*. Denn daß von jeher dieses *vicennium* statt gefunden, und sich vermuthlich aus dem L. Ael. Sent. herschreibe, ist aus L. 2. C. de longi temp. praeser. zu schließen.

Das PP. unter L. 4. C. cod. heißt *Propositum*, und dieses so viel, als *Rescriptum*, vermöge L. vn. C. Greg. tit. 3. de Depos. L. 4. et L. 19. tit. 3. l. 2. ap. Schulding. p. 699. et 706. Coll. LL. Mos. et Rom. tit. 10. §. 8. *ibid.* p. 771. l.

Pag. 69. Not. 41.

Basilica übersetzen *intertritura* in L. 43. §. 1. de P. A. durch *μείωσις deminutio*.

Pag. 73. Not. 43.

L. 32. de P. A. lautet in Basil. *ἐὰν ἔμπορος εἶναι ὁ ἀλλότριον ἐνεχυρώσας, ἐνάγεται τῇ περὶ ἐνεχυρῶν ἀγωγῇ*. Si solvendo sit, qui rem alienam pignori dedit, actione pignoratitia tenetur.

Pag. 80. Not. 50.

L. 13. §. 1. de P. A. lautet in Basil. so: *ἀπειτᾶ ἢ περὶ τοῦ ἐνεχυρῶν ἀγωγῇ δόλον καὶ ῥαθυμίαν, ὡς ἢ περὶ τοῦ ἐν χρηστέῳ δοθέντος ἀγωγῇ καὶ ἢ περὶ Φυλακῆν ἀγωγῇ, exigit actio pignoratitia dolum et culpam, quemadmodum actio commodati, et actio custodiae, wodurch die Noodtische Verbesserung verhindert wird. waechter. in Not. ad Noodt. Probab. verwirft die Noodtische Veränderung ebenfalls, und versteht unter der Custodia nichts anders, als überhaupt die Pflicht zur Verwahrung. Wieling. Lect. Jur. civil. L. 10. c. 7. weist nach, daß Culpam und Custodia oft in den Gesetzen überhaupt gebraucht werden, so, daß der besondere Grad der Culpae und Custodiae bloß aus der Natur des Vertrags in Gedanken beygefügt werden müsse. In L. 9. §. 1. de P. A. sey daher*

daher auch entweder eben diese Erklärung zu gebrauchen, so, daß dadurch act pign. und commodati im Grade der Culpae und Custodiae noch gar nicht gleich gemacht würden. Oder, welches er vor besser hält, es sey dieser §. 1. mit dem princ. eben dieses Gesetzes zu verbinden, so, daß die in diesem erwähnte actio in factum gegen den Käufer der actioni commodati in gradu diligentiae praestando gleich sey. Die Roodtsische Critik ist nicht von seiner Erfindung, sondern es hat sich derselben schon Niellius in Diff. feud. iii. §. vlt. ad litt. k. p. 47. sq. bedient.

L. 15. eod. steht statt: de jure ejus *περι των δουλειων* de servitutibus, welches mit dem Ausdruck: de jure ejus einherley ist.

Pag. 84. Not. 52.

L. 16. C. de distr. pign. sind die Worte: res obligatas distrahendi facultatem creditori non adimit, in Basil. schlecht übersetzt: οὐ καλυδίησεται παρ' αὐτοῦ πιπράσκειν τὰ ἐνέχυρα ὁ δανειστής non prohibetur creditor pignora ab ipso emere.

Aus L. 2. si vn. ex plur. muß entweder tenentes, oder das unmittelbar vorhergehende, qui possident, weggestrichen werden, da eines von beyden überflüssig ist.

Von der Untheilbarkeit des Pfandrechts überhaupt cf. de Retes de divid. et individ. obl. Praelud. 4. ap. Meerm. Thef. T. 7. p. 607.

Pag. 90. Not. 53.

Schieffordegher ad Fabrum, der meistens nur das wiederholt, was Faber schon eben so gut gesagt, will L. 3. Tr. 12. Q. 5. den Unterschied zwischen der General- und Specialhypothek, und deren ganzen vsu practicum aus einander setzen, ist aber theils nicht vollständig, theils nicht vollständig richtig.

Pag. 90. Not. 54.

In Basilicis wird L. 9. §. 2. de P. A. ἐνέχυρος und ἴσως einander entgegen gesetzt.

Pag. 91. Not. 55.

Costanus Quack. Iur. memorab. c. 19. unterscheidet pignus praetorium und judiciale dergestalt, daß jenes sey, quod nulla praecedente judicis cognitione et sententia, praetoris edicto aut decreto constituitur, dieses aber, quod lata a iudice sententia is, qui eam exsequitur, constituit. Otto. Thef. T. 5. p. 442.

Pag. 91. Not. 57.

Die Basil. haben bey L. 9. pr. de Pign. kein non, non habuit, sondern es lautet daselbst, wie die gewöhnliche lateinische Lesart, ἐπὶ τοῖς πράγμασιν τοῖς οὖσι αὐτῷ, deshalb vertheilt Marckart in Interpr. Recept. jur. civ. lect. L. 2. c. 6. die gemeine Lesart gegen den Jauch. Negat. Pand. c. 16. Er erklärt aber die Worte so, daß sie mit den vorhergehenden Gesetzen zusammen hängen. Da in denen vorigen Gesetzen von solchen Sachen geredet worden, die nicht unter der allgemeinen Verpfändung begriffen sind; so setze L. 9. hinzu, daß die Exemption dieser Sachen von der allgemeinen Hypothek auch alsdenn statt finden, wenn gleich dergleichen Sachen schon zur Zeit der Verpfändung in des Schuldners Vermögen vorhanden gewesen. L. 11. C. quae res pign. heißt es: Εὰν οὐτα τις εἴποι τῇ πίσει καὶ τῷ κινδύνῳ τῶν ἐμῶν πραγμάτων, ἤγουν τὸ ἱκανὸν σοὶ γενήσεται, ἐκ τῶν ἐμῶν, γενικὴν ὑποθήκην ποιῆ, καὶ οὐχ ὡς πάλαι ἰδικήν. Si quis ita dixerit: fide et periculo rerum mearum, vel, satis tibi fiet ex rebus meis, generalem hypothecam constituit, et non, sicut olim, specialem.

Pag. 94. Not. 59.

L. 1. C. quae res pign. steht statt: alumnus in Basil. ἑμογάλακτος collactaneus.

Pag. 99. Not. 62.

Von den Militiis und Militiis ex casu cf. Lael. Taurell. de milit. ex casu. Otto. Thef. T. 4. p. 1631. seq.

Pag. 101. Not. 64.

L. 2. qui pot. in pign. ist in Basil. übersetzt: ὁ γενικὴν ὑποθήκην ἔχων, προτιμάται τοῦ μετ' αὐτὸν ἰδικήν λαβόντος ἐκ τῶν αὐτῶν

αὐτῶν πραγμάτων, καὶ ἐκ τῶν λοιπῶν δύναται πληρωθῆναι. Εἰ μὴ ἄρα συνεφώνησε τότε τὰ λοιπὰ ὑποκεῖσθαι, ὅτε διὰ τῶν γενικῶν οὐ δύναται πληρωθῆναι: τῆνικαῦτα γὰρ δυναμένου αὐτοῦ πληρωθῆναι διὰ τῶν γενικῶν, μόνος ὁ δεύτερος δανειστῆς ὑποθήκην ἔχει τοῦ δοθέντος αὐτοῦ. Qui generalem hypothecam habet, praefertur ei, qui post ipsum specialem accepit in his ipsis rebus, quamvis ex reliquis ipsi possit satisfieri: utique nisi convenit, ut tunc demum reliqua oppignorata sint, quum ex generaliter obligatis secundus creditor solus habet pignus sibi datum.

L. 7. §. 1. Qui pot. in pign. erklärt Franc. Mast. Gordon. Praetermiss. jur. civil. c. 18. Otto Thef. T. 2. p. 890. von zwey zu verschiedenen Zeiten entstandenen Hypotheken, so, daß daraus erwiesen werde, die neuerlichen Erwerbungen des Schuldners würden unter alle, vorher zu verschiedenen Zeiten entstandene Pfandgläubiger gleichmäßig vertheilt. Nur der Fiscus habe hier einen besondern Vorzug, der die Regel bestärke, L. 28. de jur. fisc. Jedoch, L. 9. §. vlt. qui pot. in pign. widerspreche dieser Regel wieder, und also sey hier eine wirkliche Antinomie. Alles dieses ist, wie man leicht aus denen von diesem Gesetz gegebenen Erklärungen ersieht, ohne allen Grund. Man kann übrigens cit. L. 9. §. vlt. gar wohl zur Bestärkung des Satzes gebrauchen, daß der ältere Hypothecarius auch in Ansehung derer künftigen Erwerbungen des Schuldners den Vorzug vor dem neuern Pfandgläubiger habe, wenn des ersteren Rechte an sich mit auf künftige Güter gehen.

Pag. 108. Not. 69. b.

Die Abpfändung geschehe, um die abgepfändeten Stücken zur Befriedigung des Impetranten zu veräußern. Daß es aber widerrechtlich sey, wenn dem Gläubiger, der sich solches gefallen lassen will, die abgepfändeten Sachen eingegeben werden, damit er nach und nach aus denen Nutzungen derselben seine Befriedigung nehme, ist nicht abzusehen, obgleich A. Faber Dec. 56. Err. 1. sq. solches behaupten wollen. Daher läßt sich auch allerdings eine Concurrenz mehrerer Gedanken, die aus erhaltener gerechtl. Hülfsvollstreckung sich ein zu verschiedenen Zeiten entstandenes Pfandrecht anmaßen können, welches doch ebenfalls dieser Verfasser loc. cit. Err. 8. bezweifeln wollen. Denn es kann seyn, daß aus Vergessenheit der ältern Hülfsvollstreckung, oder weil das Ge-

richt verneint, daß die Güter vor mehrere Gläubiger zureichend wären, einem andern an eben denselben Sachen eine rechtliche Anweisung gegeben wird, wovon schon ein ersterer Impetrante, zur Hülfsvollstreckung, angewiesen ist. In dem einzigen Falle läßt A. Faber zu, daß dem rechtskräftig obsieglichen Kläger die Güter des Beklagten in Besitz gegeben, und ihm dadurch ein prätorisches Pfandrecht erteilt werden könne, wenn bey denen vor der Hülfsvollstreckung vorhergehenden Zahlungsbefehlen der Implorat dargethan hat, daß solche ihm nicht insinuiret werden können. In diesem Fall geht nach dieses Verfassers Meinung die Abpfändung nicht an, dahero müsse die Immission gebraucht werden. Allein es ist eben so unerweislich, daß in diesem Fall die Abpfändung in Contumaciam, nach gebrauchter öffentlichen Ladung, nicht zulässig, als daß das der einzige Fall sey, in welchem der Gläubige, ex iudicato in Besitz gesetzt werden dürfe. Darinn kam das richterliche Pfandrecht mit dem Prätorischen überein, daß dabey eben so wenig als bey dem Prätorischen dem Impetranten ehemals eine eigentliche Realklage gegen einen dritten Mann gestattet wurde, L. 15. § 7. de re iud. Uebrigens bestand der Hauptunterschied darinn, daß bey dem richterlichen Pfandrechte die Obrigkeit die Pfänder in Besitz nahm, bey dem Prätorischen aber der Gläubiger in Besitz gesetzt wurde. Die Termine, nach welchen die Distraction geschah, waren auch bey dem einen Rechte anders, als bey dem andern.

L. 11. C. de Pign. steht in Basil. statt: nominator *δυνειστής* creditor.

Pag. 109. Not. 69. c.

L. 7. C. quae res pign. steht in Basil. ebenfalls *εισηναρχος* praefectus pacis.

Pag. 110. Not. 70.

L. 10. qui pot. in pign. in Basil. *ὁ ἀπὸ ἐνόμου ψήφου λαμβάνων εἰς τὴν καταδίεην, ἐνέχυρος προτιμᾶται τῶν ἐχόντων προνόμιον* qui ex legitimo iudicato accepit pignus in causa sua, praefertur eis, qui privilegium habent. Fornerius hat Selection. Lib. 2. c. 7. unter pignus constitutum est ein pignus conventionale verstehen wollen; allein Cujac. und Osuis Aurel. in Variant. Cuj. Interpp. Disp. 48. Otto Thes. Tom. 3. p. 800. et T. 2. p. 54. erklären diese Worte mit Recht von einem pignore

pignore judiciali. Ienf. Strictur. p. 145. nimmt ohne allen Erweis und gegen die Basilic. an, daß 3 Gläubiger zugleich geklagt und rechtskräftig ihr Recht erstritten hätten. Der Eine hätte seine Befriedigung durch die Execution erhalten, die andern aber noch nicht. Da nun das Pfand zu Befriedigung der beyden übrigen nicht mehr zugereicht, hätten sie von dem Erben des schon befriedigten Mitgläubigers etwas abhaben wollen. Sed is sibi vigilaverat, und also wurden sie abgewiesen. Die Erklärung ist ohne Grund; sonst wäre noch erst auszumachen, ob der Rechtsfas, den dieser Verfasser annimmt, bestehen könne.

Pag. 110. Not. 70.

P. Burg. in Elect. c. 16. hält die Worte L. 1. C. si in causa jud. ex causa contractus vor ein Glossema, so anfänglich Jemand zur Erläuterung an den Rand gesetzt, welches sich aber hernach in den Text geschlichen. Otto Thes. Tom. 1. p. 337.

Pag. 118. Not. 77.

Donell. Tr. de Pignor. c. 8. erklärt L. 21. pr. de Pign. von einer Verpfändung der Sachen des Verpächters zu Gunst des Pächters, welche Verpfändung seiner Sachen hernach der Verpächter selbst genehmiget habe. Bey L. 1. C. si al. res gestattet Jenius in Strictur. p. 621. nichts, als act. de in rem verso, aber keine Hypothek.

Pag. 125. Not. 89.

L. 11. §. 1. de Pign. heißt es in Basil. ἐκπέπτων τῆς νομῆς περὶ τοῦ πράγματος ἀγωγὴν νεῦα, si amiserit possessionem, in factum actione agit. Von dem Ausdruck Antichresis und andern statt desselben sonst gebrauchten Worten cf. Nevii Analect. L. 2. c. 30. Otto Thes. Tom. 2. p. 468. sq.

Pag. 127. Not. 90.

L. 8. in quib. causis pign. steht in Basil. Ἐάν ὁ χρεώστης ἀποκοινὸν ἔχη τὸ χρέος, si creditor mutuum dederit non usurarium. Unserer Erklärung tritt bey Vitulis in Variis Lection. L. 2. c. 15. Otto Thes. Tom. 2. p. 677. sq. Majans. Disp. Tom. 1. Disp. 4.

Disp. 4. §. 33. setzt cit. l. 8 mit L. 7. de P. A. zusammen, so daß Paulus vorher von der Mora und derhalb zu bezahlenden Sinsen geredet, alsdenn aber hinzugesetzt: *Sic etiam cum debitor gratuita pecunia vtatur (superveniente mora) potest creditor de fructibus rei sibi pignorate ad modum legitimum, vsuras retinere.* Es fehlt hier aber an hinlänglichem Beweise.

Pag. 128. Not. 91.

Nov. 34. ist das lateinische Exemplar von der Nov. 32. so Thracien angiehung, jedoch so, daß deren Ausdehnung auf Illyricum nach der Nov. 33. darinn zugleich mit wiederholt wurde.

Pag. 129. Not. 93.

Pragmatische Rechtsgelehrte wollen dem mit dem Schuldner dahin errichteten Vertrage, daß der Gläubiger sich selbst solle in den Besitz des Pfandes setzen können, besonders die Wirkung beylegen, daß deshalb Mandata S. C. erhalten werden können. Sonnem. LL. Notab. Litt. C. n. 23.

Pag. 130. Not. 94.

L. 1. C. de pact. pign. steht statt: *hypothecae venditionem non contravenit etc.* οὐ δακᾶ πικρᾶσκειν αὐτῶ, ἀλλὰ τὸ κᾶρὲ πάντων δίκαιον δίδοναι αὐτῶ, τούτ' ἐστὶ, τὸ ἐξείναι πικρᾶσκειν αὐτῶ, non videtur vendere, sed jus adversu. omnes dare, id est, facultatem distrahendi, wo der Uebersetzer also das *communi jure* nicht recht verstanden hat.

Pag. 133. Not. 97.

Daß denen Städten um den Zeiten des Severi und Antonin. ordentlicher Weise keine stillschweigende Hypothek zustanden, ist auch aus L. 2. C. de Iure reip. L. 10. ad Municipal. und L. 22. §. 1. de R. A. I. P. deutlich zu ersehen. Es ist aber zwischen diesem Gesetz und L. 38. de R. A. I. P. kein Widerspruch, da letzterer L. 38. von einem Personalvorrecht redet, welchen L. 2. C. nicht ausschließt. Jenf. Strictur. p. 644. der hier einen Widerspruch zu finden glaubt, sucht solchen dadurch zu heben, daß Paulus dasjenige, was L. 38. enthalten, vor Antonino niedergeschrieben, oder aus andern ältern Juristen entlehnt habe.

Im L. 37. de R. A. I. P. nimmt P. Vanderan. de Privil. cred. ap. Meerm. Thef. T. 2. p. 701 mit dem Connanus eine besondere Lesart an: Antiochenium Caelae Syriae Civitatis quidam lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit. Die Ursache ist, weil keine Frage entstehen könne, ob die Municipalrechte von Gültigkeit seyn, oder eine erhaltene Hypothek verfolgt werden dürfe. Die Frage des Gesetzes sey aber diese gewesen. Ein Antiochenser hatte nach dem Gesetz seines Municipii eine privilegirte Forderung. Es kamen neben ihm andere Gläubiger vor, die sich eine Hypothek auf das Vermögen des Schuldners, der auch ein Antiochenser war, ertheilen lassen. Es war die Frage, ob der Antiochenser andern auswärtigen Gläubigern, die doch ältere und ausdrückliche Hypotheken hatten, vorgehen könnte. Papinianus sagte: Nein, weil ein Municipium dergleichen unbilligen Vorrechte nicht ertheilen dürfe. Die ganze Verbesserung und Erklärung ist ohne Beweis angenommen.

Pag. 138. Not. 105.

P. Vanderan. de Privil. cred. c. 4. ap. Meermann. Thef. T. 2. p. 688. bestreitet die stillschweigende Hypothek der Braut mit vielen Gründen, die man bey ihm nachsehen kann; die aber alle wenig bedeuten.

Pag. 108. Not. 69. b.

Nov. 97. c. 2. sind die Worte: et quae forte tunc neque competebant iis, qui prius contraxerunt, τῶν γὰρ ἴσως τότε μὴδὲ ἠρμωσμένων τοῖς ἐμπροσθεν συμβάλλουσι, besser mit Hombergk zu übersetzen: quae tum forte maritis antea contrahentibus ne quidem junctae fuerunt. Ferner: Hoc videlicet quod antiquitus, τοῦτο δὴ τὸ παλαιὸν besser: id quod antiquum est. Ferner: quod autem postea machinatum est contra creditores, hoc ipso introducit meditationem τὸ δὲ ὑπερον ἐπιτεχνώμενον τῆν κατὰ τῶν δανασῶν αὐτόθεν εἰσάγαγε μελέτην besser: quod vero postea per machinationem fit, hoc in fraudem creditorum eo ipso factum videtur,

Pag. 146. Not. 119.

Vitalis Lect. var. L. 2. c. 19. hat die stillschweigende Hypothek auch auf diejenigen ausdehnen wollen, die zu An-
kaufung

Kaufung eines Schiffs oder Hauses Geld hergeschossen; aber er ist nicht vermögend gewesen L. 7. C. qui pot. in pign. das mit zu vereinigen. Averanius zeigt Interpp. L. 2. c. 13. sehr gelehrt, daß die Schifffarth, die Betrandedschifffarth angenommen, diejenige Begünstigung gar nicht gehabt, weshalb ihr besondere Rechtswohlthaten beizulegen wären. Darüber wird gestritten, ob der Gläubiger das Geld eben in der Absicht und mit der ausdrücklichen Verabredung müsse geliehen haben, damit es zur Reparatur u. u. verwendet würde. P. Vanderan. ap. Meerm. Thef. T. 2. p. 700. behauptet es. Allein die Billigkeit und L. 7. §. 12. D. ad ScT. Maced. scheinen das Gegentheil zu bestärken. Dem Vanderan. tritt bey de Back in Diss. ad L. 1. D. in quib. causf. pign. Diss. jurid. Belg. Vol. 1. Tom. 3. p. 98. Eben dieser Verf. merkt l. c. p. 96. mit Gründen an, daß mit dem Wort: restitutio das ScTum eigentlich auf eine völlige Wiederaufbauung eines eingerissenen Gebäudes ziele, jedoch aus der Ähnlichkeit des Grundes dieses Gesetzes auf die bloße Ausbesserung sich ausdehnen lasse. Vermuthlich in eben diesem ScTo war die Verordnung enthalten, die man L. 52. §. 10. D. pro socio, und L. 4. C. de aedif. priv. findet.

Pag. 152. Not. 120.

L. 54. de I. D. ist in Basil. übersetzt: τὰ ἐκ τῶν προικιμιαίων χρημάτων ἀγοραζόμενα προικιμιαία εἰσὶν res pecunia dotali emtae, dotalis sunt. Aus dem Scholio zu diesem Gesetz ist zu ersehen, daß die griechischen Scholiasten selbst nicht gewußt haben, was sie deshalb der Frau vor ein Recht beizulegen sollen.

Pag. 156. Not. 122.

Lycklama Membran. L. 2. Ecl. 8. versteht unter denen L. 4. §. 1. in quib. causf. pign. vorkommenden Stabulis Stabula meritoria, Stallung, die zur Herberge dienen, und wo das von fremden Orten kommende und weiter gehende Vieh gegen Quartiergeld eine Zeitlang eingestellet wird: Quae non sunt in continentibus aedificiis erklärt er durch licet non sint in contin. aedif. so, daß damit angezeigt werde: obgleich die Viehherbergen, die sich bey der Stadt befanden, viel eher zu den praed. vrb. zu rechnen, so sey doch, wenigstens in

in Ansehung der stillschweigenden Hypothek, ein Gleiches von denen zu sagen, die in einiger Entfernung von der Stadt angelegt waren. Eine, der unstrigen, ähnliche Erklärung der Worte: quae non sunt in continentibus aedificiis, findet sich beym Donellus Tr. de pign. c. 4.

Pag. 170. Not. 132.

In Ansehung des Verpfänders und der gegen ihn anzustellenden act. pign. contrar. ist ein Unterschied zu machen, ob er mala oder bona fide die Verpfändung unternommen. Contraria hat im ersten Fall auch alsdenn gegen ihn statt, wenn noch keine Eviction geschehen, weil solches bey dem Verkauf auf gleichen Fuß gehalten wird; im andern Fall aber nur nach geschehener Entwehrung. Act. pign. dir. kömmt in beyden Fällen dem Verpfänder auf gleiche Art zu. A. Faber Semestr. L. 2. c. 17.

Gegen die Critik des Faber über L. 22. §. 2. de P. A. findet sich eine weitläufige Widerlegung bey Oroz Apic. Iur. civ. L. 2. c. 1. Dieser Verf. setzt den Nutzen, der ein m. f. Possessor von der bona fide seines Pfandgläubigers hat, darinn, daß er gegen diesen sich der act. pign. dir. der Sache und Früchte wegen gebrauchen könne. Gegen einen Pfandgläubiger, der in gleicher mala fide mit dem Schuldner sich befinde, habe dergleichen nicht statt. Beyde wären als Diebe anzusehen, und ein Dieb habe keine Klage gegen den andern. Allein hier hat Faber L. 9. §. 4. de P. A. vor sich, den Oroz zu heben nicht im Stande gewesen.

Pag. 175. Not. 136.

L. 1. pr. de pign. steht statt: in speciem alienae rei collata conventionione *ἢ δὲ ἰδιώως ἀλλότριον πράγμα μὴ κεχρησθῆμενον μοι ἐπίθωμιος σοῦ*. Sin autem specialiter rem alienam, quae mihi non debetur, pignori tibi obligavero. Dasjenige, was wegen des Wortes Difficilius gesagt worden, bestätigt Donell. Tr. de Pign. c. 9. Eben dieser versteht auch L. 41. de Pign. von der act. pign. contrar., wie wir es selbst oben angenommen. Auf eine entgegen stehende Art aber erklärt es Jul. Pac. in LL. Conciliat. Centur. 4. N. 51.

Pag. 177.

Pag. 177. Not. 137.

Charond. in Verisimil. L. 1. c. 20. vereiniget L. 41. de P. A. und L. 22. de pign. so, daß dieses Gesetz von einem Falle rede, wo der Erbe die Verpfändung des Erblassers, der ihm seine des Erben Sachen verpfändet, einigermaßen agnosciert; jenes aber von dem entgegen gesetzten Falle Otto Thes. T. 1. p. 732. Lycklama Membran. L. 6. Ecl. 6. erklärt L. 22. de Pign. von der Pfandklage des Gläubigers gegen einen fremden mit keinem Rechtstitel versehenen Besitzer, wenn der Schuldner eine Sache, davon er nicht Eigenthümer war, verpfändet hat, L. 41. de P. A. hingegen von der Klage gegen den Eigenthümer selbst, wenn ein Nichteigenthümer Urheber der Verpfändung ist. Er thut sich auf diese Erklärung so viel zu gute, daß er hinzusetzt: Hanc conciliationem apud neminem vidi, legi aut audivi. Sie findet sich aber bey vielen andern. Inzwischen ist sie schwerlich aus diesen Gesetzen zu erweisen. Conf. Iul. Pac. LL. Concil. Cent. 9. n. 57. der eben die Vereinigung annimmt, führt zum Grunde des Unterschiedes an, weil gegen des Schuldners Erben der Gläubiger die hypothecarische Klage nicht nöthig habe, und weil die publicianische Klage gegen den Eigenthümer ebenfalls nicht statt fände. Ist aber die Erklärung falsch, so taugen auch die Anstriche derselben nichts. A. Faber vereiniget in Semestribus L. 2. c. 18. beyde Gesetze dergestalt, daß Paulus von dem Falle zu verstehen sey, da der Eigenthümer bey der Verpfändung gleich anfänglich widersprochen, Modestinus aber von dem, da der Eigenthümer von der Verpfändung anfangs gar nichts gewußt.

Pag. 178. Not. 138.

Dieser Meynung tritt bey Nispen ad H. Modestini. IX. Lib. Diff. c. 8. Cf. Idling. Var. Iur. civ. c. 17. Reinald. de LL. Inscript et Wieling. in Not. Iurispr. rest. p. 183. und Praeterniss. ad Reinald. p. 240. Die Einwendung, daß gegen des Nichteigenthümers Vermögen des Eigenthümers act. pign. utilis nicht statt haben könne, weil gegen den Verpfänder ein umgekehrter Fall act. pign. direct. zulässig sey, bedeutet nichts, weil dieser Fall von jenem ganz unterschieden ist.

Pag. 179.

Pag. 179. Not. 138.

Von der act. commodati, so nach L. 27. D. de P. A. dem Eigenthümer gegen den zusteht, der seine Sachen dazu geborgt hat, um sie zu versehen, kann sich dieser dadurch losmachen, daß er dem Kläger jura coelli gegen seinen Gläubiger giebt, wenn er ohne sein Verschulden von diesem die Sachen wieder zu bekommen vermag, L. 5. §. 12. Commod.

Pag. 182. Not. 140.

Greve Exercitat. ad Pand. loc. diffie. ad l. 1. §. ult. quae res pign. meynt, daß nach L. 18. de R. V. die Verpfändung beweglicher Güter, während des Processus erlaubt und gültig sey. Allein dieses Gesetz bezieht sich auf die alten Grundsätze, nach welchen die Litis contestation der Vsucapion nicht hinderlich war. Nur hatte dagegen Restitutio in integrum statt. Weil aber unter dieser der Pfandgläubiger, als ein dritter Mann, der von dem durch die Vsucapion Eigenthümer gewordenen Schuldner ein rechtmäßig Pfandrecht erhalten hatte, nicht leiden konnte: so mußte der Beklagte Caution machen.

Pag. 186. Not. 141.

In Ansehung der Legatarien, scheint dem L. 3. pr. de pign. entgegen zu stehen, L. 50. §. 1. de Leg. 1. und Cuj. will daher in letzterem nocebit, statt: non nocebit lesen. Allein man kann dieses Gesetz entweder von einer Gefahrde verstehen, die zum Nachtheil der Legatarien gespielt worden, die daher solchen nicht schaden kann, oder man kann mit dem Herald. de rer. judic. auctorit. L. 1. c. 2. Otto Thes. T. 2. p. 1085. daß non nocebit so erklären, daß die Legatarien sich der Appellation gegen die Sentenzen, so wider den Erben ausgefallen, bedienen können, und in dieser Absicht dieselben von solcher Sentenz nicht schlechterdings Schaden haben.

Pag. 190. Not. 149.

Statt: lege non refragante in L. 16. pr. de P. A. steht in Basil. *Ev ois oim epantioytai νόμος.* In quibus non refragatur
lex,

Iex, welches sich auf die Fälle bezieht, da ehemals ohne gerichtliche Einwilligung der Vormund verpfänden konnte.

Pag. 198. Not. 161.

Die Worte cit. L. 16. §. 2. de P. A. quia hodie vtilis actiones superficiarii dantur zeigen an, daß derer Superficiorum wegen die dringliche Klage viel später eingeführet worden, als wegen derer Erbzins Güter. Wegen derer letztern war schon längst eine Civilklage durch die Rechtsgelehrten eingeführet gewesen, so, daß dazu die Pratorische Hülfe nicht nöthig war. L. 1. §. 1. Si ag. vectig. Wegen derer Superficiorum aber wurde erst in der Folge von denen Pratoren eine Actio realis vtilis erfunden, L. 1. de Superfic. l. 73. sq. de R. V. die noch dazu nicht allemal, sondern nur *caussa cognita* gestattet wurde. Die Ursache, warum hier die actio realis nicht so leicht einzuführen war, lag darinn, daß die Superficies nur auf eine Zeitlang eingeräumt zu werden pflegten, die Erbzinsgüter aber auf beständig, besonders da zu den Zeiten der Pandecten nicht leicht Privatpersonen, sondern nur die Städte Erbzinsgüter verliehen, daher auch bloß der agrorum vectigalium und nicht derer emphyteusium daselbst gedacht wird. A. Faber. Dec. 63. Err. 9. Es ist daraus zu schließen, daß nur derjenige an seiner Superficie ein Pfandrecht geben könne, der ad non modicum tempus dieselbe eingeräumt erhalten, welche Einschränkung jedoch bey denen Erbzinsgütern nicht ist, L. vlt. Si ager vectig. L. 31. de Pign. ist von den Worten an: si pecunia intercessit etc. in Basil. übersetzt: *εάν μη σου, μη τε του δανεισου σου καταβαλοντος μοι επιλαμβωμαι αυτου, si, nec te, nec creditore tuo mihi solvente, vindicavero illum;* welches unsere obige Erklärung bestätigt.

Pag. 200. Not. 163.

Unserer Meinung, wegen Verpfändung der Dienstschaft, tritt bey Lycklama Membran. L. 7. ccl. 45. Charond. in Verifimil. L. 1. n. 7. Otto Thes. T. 1. p. 698. it. Majanf. Disput. Tom. 1. Disp. 4. Sie wird auch durch die Basilica bestärkt, wo es L. 12. de Pign. heißt: *Δυνατόν δὲ συμφωνεῖν, ἔχειν με κατὰ τοῦ ἀγρογέιτονος ὁδὸν σενὴν καὶ πλετεῖαν, καὶ ὑδροαγώγιον, ὥς οὗ τὸ χρέος καταβληθῆ μοι.* Permissum autem est pacisci, vt in agro confin

confini habeam iter, viam, aquae ductum, donec mihi mutuum restituatur. Bey dem Nießbrauche macht Majansius einen Unterschied zwischen dem Nießbrauche selbst, und dessen Genuß, der erstere könne nicht verpfändet werden, wohl aber der letztere. §. 24. 25. Donell. Tr. de Pign. c. 10. Dem Cujaz tritt bey Greve in Exercit. ad Pand. loc. diff. ad L. II. §. pen. et ult. et. l. 12. de Pign.

Pag. 204. Not. 165.

L. 18. pr. de P. A. steht statt: debitorem adversus me etc. in Basfl. καὶ ἐνάντων ὁ χρεώσης μου τῷ χρεώσῃ αὐτοῦ καταβάλλοντος μοι, ἐκβάλλεται παραγραφή et si debitor meus conveniat debitorem suum, qui jam mihi solvit, repellitur exceptione.

Pag. 208. Not. 166.

Bey L. 13. §. 2. de Pign. ist einige Schwierigkeit, was die utilis actio numorum solutorum nomine sey. Accursus hat solvendorum statt solutorum lesen wollen. Es braucht aber dieser Veränderung nicht. Die Zahlung ist an den Verpfänder der Pfandschuld von dem Eigenthümer der Pfänder und ursprünglichem Schuldner geschehen, oder an einen andern, an welchen jener Anweisung gegeben. Wegen der gezahlten Gelder bedient sich des Pfandgläubigers anderweitiger Pfandgläubiger der hypothekarischen Klage, eben so, als wenn der Eigenthümer der Pfänder gewisse andere Species non fungibiles seinem Gläubiger zu leisten gehabt hätte, und solche an denselben, oder an andere abgeliefert. Denn wenn es Geld ist, so fordert er es ab, um es auf seine Forderung abzurechnen, sind es andere Sachen, so fordert er sie ab, um daraus nach Pfandrecht seine Befriedigung zu nehmen.

L. 1. C. si pign. pignoris, ist statt: in causa pignoris manet ejus, qui pignus dedit, zu lesen, in causa pignoris manet is, qui pignus dedit, oder quam diu causa pignoris manet ejus, qui pignus dedit. Jenf. Strictur. 626.

Pag. 211. Not. 168.

Cf. Pet. Vanderan, de Privil. cred. c. 3. ap. Meerm. Thef. T. 2. p. 686.

Pag. 216. Not. 171.

L. 1. §. 1. qui pot. in pign. lautet in Basil. ἕτερόν ἐστιν ἕνθα μέλλω εἶσω προθεσμίας ἀπαριθμεῖσθαι ὑπόδωμαι τὸ πρῶγμα, καὶ ἀνήρ τὸ αὐτὸ αὐτὸ πρὸ τῆς ἀπαριθμίας ὑπέδειτο ἐτίθω. Aliud est, si intra certum diem numeraturus, pignori rem accepero et postea maritus eandem alii obliget, nach welcher Uebersetzung also dieser §. 1. ebenfalls noch vom Heyrathsguth verstanden werden müsse.

Von den Kalendis Juliis, deren L. 9. pr. qui pot. in pign. erwähnt, cf. A. Augustini Emendat. L. 4. c. 14. Otto Thef. T. 4. p. 1546.

Pag. 217. Not. 172.

L. 28. de Pign. steht statt: sicut, in fidejussore dicitur in Basil. τὸ αὐτὸ καὶ ἐγγνητὴν ὁ πατήρ ἔλαβεν idem, etiam dicendum si forsitan pater fidejussorem acceperit. Bey den Worten: si legati conditionalis relictī filiofamilias ist causa, gratia oder nomine in Gedanken hinzuzusetzen. Diese griechische abgekürzte Redensart ist in unsern Pandecten sehr gewöhnlich, davon man viele Beyspiele gesammelt findet in Ant. Augustini Emendat. L. 2. c. 1. Otto Thef. T. 4. p. 1464. sq.

Pag. 221. Not. 173.

Vitalis Lect. Var. L. 2. c. 20. Otto Thef. T. 2. p. 684. sq. tritt der gemeinen Meynung bey, daß der Fiscus in Ansehung der, nach Entstehung seiner Forderung, erworbenen Güter des Schuldners, andern ältern Hypotheken vorgehe, Greve Exercitat. ad Pand. loc. diff. ad l. vlt. qui pot. in pign. vergleicht, wie viele andere, dieses Gesetz mit l. 28. de lur. Fisci so, daß Seja darum dem Fiscus vorgezogen worden, weil ihre Forderung aus der Tutel, als aus einem begünstigten Rechtsgrunde, hergestossen, in l. 28. aber dergleichen begünstigter Gläubiger mit dem Fisco nicht concurrirre. Conf. Iul. Pac. LL. Concil. Cent. 5. n 29. der zugleich einen auch von mehrern andern angenommenen Unterschied macht zwischen dem, was nach dem Anfange der Sejanischen Forderung, dem, was nach der entstandenen fffcalischen Forderung, und dem, was nach der Novation erworben worden. In Ansehung

sehung der letzten Erwerbung gehe der Fiscus vor, in Ansehung der beyden ersten Arten Seja. Alles ist ohne Erweis.

Pag. 232. Not. 232.

Bay L. 7. C. qui pot. in pign. ist der Fall, wo derjenige, so zu Ankaufung des Grundstücks Geld hergeschossen, dennoch eine der Zeit nach spätere Hypothek hat, und mit ältern Hypotheken anderer Art an eben derselben Sache concurrirt, alsdenn möglich, wenn die andern Pfandgläubiger ältere Generalhypotheken haben, oder der Schuldner, nachdem er das Grundstück aber auf Nachsicht gekauft, seitdem auf dasselbe verschiedne Schulden specialiter versichert, hernach aber von Jemanden Geld geborgt hat, um seinen Verkäufer zu befriedigen, und diesem deshalb eine Hypothek gegeben.

Pag. 234. Not. 179.

Nov. 97. c. 3. ist statt: antiquioribus creditoribus aliquas hypothecas praeponere juniores existentes, τῶν προσηυτέρων δανεισῶν τινὰς ὑποθήκας περιγίνεσθαι νεωτέρας οὐσίας zu übersetzen: antiquiorum creditorum aliquas hypothecas superare juniores. Statt: aut competere, eum in his rebus etc. Καὶ προσήκειν besser: et convenire, decere. Statt: in aliis quidem praevalere, ἢ τῶν μὲν ἄλλων κρατῆν, besser, an oder aut aliis quidem praevalere. Statt: adversantibus autem ταῖς δὲ ἐντετραμμέναις besser, bene educatis, bene moratis (feminis).

C. 4. statt: sive statutum fieri ἢ τοῦ πατρὸς γίνεσθαι τὸν παῖδα ist zu übersetzen: vel vt filius fiat statutus. Statt: competit contrahentes propriis non privari προσήκει καὶ τοὺς αὐτῶ συμβάλλοντας μὴ τῶν ὀκειῶν ἀποσεγεῖσθαι besser, convenit, vt, qui ita contrahunt, rebus suis non priventur.

Pag. 235. Not. 180.

Nov. 53. c. 5. scheint mit denen Worten: sed quaedam nomina omnino antiqua et deficientia in talibus efferebantur ἀλλὰ τινὰ ὀνόματα παντελῶς ἀρχαῖα καὶ ἐκλειοπέδα ἐν τοῖς τοιοῦτοις ἐφέρετο, welche Hombergk besser übersetzt: sed nomina quaedam plane antiqua, quaeque evanuerunt, in iis ferebantur,

anzuzeigen, daß auf denen Diensten, zu der Zeit, da sie noch nicht verpfändet werden konnten, dennoch einige Arten von Forderung gehaftet, welche aber in der Folge aus der Mode gekommen. Die Worte: *et certae consistunt militiae, quaecunque vendi aut obligari possunt*, *καὶ πρόδηλοι καθεστῶσι αὐτῶν ἐπιτάξεις ἐπίσταται διὰ δὲ πιπρώσκειται καὶ ὑποτίθειται δύναται* hat Hombergk ebenfalls besser übersetzt: *et manifestum est, militiae, quia vendi, ideo etiam oppignorari posse*, denn dieß war Justinians Meynung bey der Constitution, worauf er sich bezieht. Man muß übrigens keine besondere Art von Bedienung annehmen, die *militiae ex casu* geheissen, sondern *casus* war nur dasjenige, was nach dem Abgange des Bedienten, ihm selbst, oder seiner Wittve und Kindern, oder seiner Gläubigern, von dem Nachfolger herausgegeben werden mußte. Charond. in verisimil. c. 14. Otto Thes. T. 1. p. 712. seq. meynt, die *Militiae ex casu* wären eine besondere Art der Bedienung gewesen, die ein Mittelding zwischen den erblichen, und andern, die gar nicht in *Commercio* waren, abgegeben hätten. Nämlich die erblichen, wären erkaufte, frey wieder verkauft, und auf den Todesfall durch Disposition oder durch Vererbung an die Erben ab intestato überlassen worden, wie ein ander Eigenthum. Die entgegen gesetzten Bedienungen seyen gar keiner Erkaufung, Veräußerung oder Vererbung fähig gewesen. Die *militiae ex casu* hätten um rechtmäßiger Ursachen willen, können bey Lebzeiten veräußert werden; wenn aber der Bediente, ohne darüber bey seinen Lebzeiten disponirt zu haben, gestorben: so hätten dessen Erben weiter keinen Antheil daran gehabt. Auf diesen Fall hätten auch die Pfandgläubiger sich nicht daran halten können, wenn nicht mit ihrem Gelde die Bedienung erkaufte worden.

Pag. 236. Not. 181.

P. Vanderan. de Privil. Cred. ap. Meerm. Thes. T. 2. p. 699. glaubt, daß dieser L. 34. de R. A. I. P. der Nov. 97. widerspreche, und sucht diese Antinomie so zu heben, daß er L. 34. von einem solchen Fall erklärt, wo man nicht sagen kann, *quod creditor sua pecunia salvam fecerit pignoris causam*, und daß darinn von *armis navis* die Rede sey, *sine quibus navis tuto et sine gravi periculo, hostium impetu, ad portum appellere non possit*. Von einer Schiffs-Ausrüstung

fung anderer Art rede L. 5. qui pot. in pign. Dieser Vereinbarung fehlt es an nichts, als an dem Beweise.

Pag. 244. Not. 182.

Es ist eine in den Gesetzen nicht gegründete Meynung des P. Vanderan. de Privil. credit. ap. Meerm. Thes. Tom. 2. p. 691. daß die Kinder der zweyten Ehe dergleichen privilegierte Hypothek nicht hätten, als die Kinder der ersten.

Pag. 244. Not. 182.

Nov. 91. Prohem. und c. 1. ist statt: oporteret suscipi filios contra secundae dotem litigantes δει δεξάσαι τούς εκείνης παιδας κατά τής δευτέρας προικός ἀγωνιζομένους besser: oporteret admitti eius liberos ad litem posteriori vxori de dote movendam. Statt: rebus existentibus morienti πραγμάτων ὄντων τῷ τελευτήσαντι besser: si defunctus aliquid bonorum reliquerit. Statt: necessarium filios prioris aut secundae habere: aut, si moriatur etiam illa, filios ejus singulos, quod proprie habendum suum ostenderint, τούτο ἀνάγκη ἢ τοὺς παιδας τής προτέρας ἢ τήν δευτέραν ἔχειν ἢ, εἰ τελευτήσῃ κακάνη, τοὺς παιδας αὐτῆς ἔκασον πρὸς ὅπερ ἂν αἰκείος ἔχειν αὐτὸν ἀποδείξειεν besser: necesse esse, vt vel liberi prioris vxoris, vel secunda id habeat, vel si illa quoque mortua sit, singuli ejus liberi in quantum quisque suum esse probaverit. Statt: competere mulieri dotem καὶ ἀρμολογίας τῇ γυναικὶ τής προικός besser: et dote hinc vxori separatae nunc debita. Statt: id est dicere nepotes ταυτὸν ὃ ἐστὶν ἐμπῶν καὶ ἐγγόνους besser: Idem vero dicendum est de nepotibus etc. Statt: cujuscunque naturae fuerint, ὁποίας δῆποτε φύσεως ᾖεν, besser: cujuscunque sexus fuerint.

Pag. 258. Not. 189.

L. 16. qui pot. in pign. schiebt die Glosse bey den Worten; secundus creditor tertium obtinuerit, ein contra ein, daß es heiße: contra tertium. Jenf. Strictur. p. 146. findet hier einen Erweis vor seine bekannte sonderbare Meynung, daß die Pandecten ursprünglich griechisch verfaßt gewesen, unser jetziger lateinischer Text aber nur eine Uebersetzung aus dem griechischen Originaltext sey. Im Griechischen soll es

ἐκράτησε τοῦ τρίτου geheissen haben. Als wenn man nicht griechische Nebenarten gebrauchen könnte, ohne aus dem Griechischen zu übersetzen! Eben so kann auch dessen Erklärung der Worte: sine praedicio prioris sententiae, die er nicht gerne: ohne Nachtheil des vorigen Urtheils, übersetzen, vielmehr praediciium in der sonst gewöhnlichen Bedeutung eines vorhergegangenen Urtheils nehmen will, nicht bestehen. Sie thut den Worten Gewalt, und ist unnöthig, da die Bedeutung des Wortes: praediciium, als Nachtheil, in sehr vielen Stellen unserer Gesetze vorkommt.

Pag. 262. Not. 190.

L. 3. quae res pigu. steht in Basil. statt: Quo casu emtoris taussa melior efficietur *καλῆτων οὖν αὐτοῦ ἐστὶν ὁ ἀγοραστής.* Melioris igitur conditionis est emtor.

L. 2. C. de his qui in prior. cred. loc. heisst es in Basil. Ὁ ὑπεζούσιος μὴ ἂν τοῦ πατρὸς, εἰν ὑπὲρ αὐτοῦ κατέβαλεν τῷ δημοσίῳ, ὑπεισέρχεται καὶ τὸ αὐτοῦ δίκαιος, καὶ οὐκ ἐστὶ κροτιμούνται αὐτοῦ οἱ προσωπικοί. Filius non subjectus patri, si pro hoc solvit fisco, intrat etiam in ejus jus et non praeferruntur ei creditores personales, wornach es scheint, daß der Uebersetzer diese Stellen anders verstanden habe, als wir sie oben erkläret.

Pag. 264. Not. 192.

Die Critik des Iensl. in Strictur. p. 624. bey L. 3. C. de his qui in prior. cred. loc. da er emisse te dicis ita, vt pret. etc. liest, und also das Comma nach ita setzt, um anzuzeigen, daß die Erkaufung nach der Absicht des Käufers ausdrücklich zur Befriedigung des ersten Pfandgläubigers geschehen seyn müsse, ist denen übrigen mit angeführten Gesetzen zuwider. Diese lehren, daß dergleichen ausdrückliche Verabredung nicht nöthig sey.

Pag. 270. Not. 296.

Ueberhaupt hat sich der Käufer, wenn der älteste Pfandgläubiger das Grundstück zum Verkauf bringt, in Acht zu nehmen, daß das sämtliche Kaufgeld zu Befriedigung derer Gläubiger

Gläubiger verwendet werde, und daß, was bey den ältesten übrig bleibt, der folgende bekomme. Sonst kann der folgende in Ansehung des Theils vom Kaufgelde, so zu des ersten Bezahlung nicht nöthig gewesen, sich an den Käufer noch allemal halten. Ienf. Strictur. p. 625.

Pag. 283. Not. 211.

L. 1. de P. A. heißt es in Basil. Ἐδάνασα λαβὼν εἰς ὑποθήκην ἀγρὸν καὶ σὺ δεύτερος ἐπὶ γενικαῖς ὑποθήκαις καὶ κατὰ τρίτην τάξιν ἐγὼ γενικὰς ὑποθήκας λαβὼν, ἢ διὰ τὸ αὐτὸ, ἢ δι' ἕτερον συλλάλαγμα. Ἐὰν τὶ πολήσω τῶν γενικῶν ὑποθηκῶν. Mutuum dedi accipiens praedium pignori: et tu secundus sub generali hypotheca: et tertio ordine ego, accipiens generales hypothecas, aut ob eundem aut ob alium contractum. Si quid vendidero eorum, quae mihi generaliter obligata sunt etc.

Pag. 285. Not. 212.

L. 40. §. 1. de P. A. steht in Basil. statt: Nam pecunia, quam filius etc. διὰ δὲ τῆς τοιαύτης ἀγορασίας ἐλευθεροῦνται τὸ ἐνέχυρον. At (caeterum) per emtionem ejusmodi liberatur pignus.

Pag. 294. Not. 217.

Dasjenige, was wegen Unterlassung der Denunciation im Fall, daß ein dies certus zur Zahlung festgesetzt gewesen, gesagt worden, bestärkt Ranchin. Var. Lect. L. 3. c. 14.

Pag. 295. Not. 222.

L. 3 C. de Iur. dom. imp. heißt es §. 1. εἰ δὲ μηδὲν ἔδοξε καὶ διέτινα παρέλθῃ μετὰ καταδίκην ἢ διὰ μυστηρίων, ἔξεσιν αὐτῷ πιπράσκων αὐτὸ, sin autem nulla pactio intercesserit et biennium transactum sit post condemnatum vel denunciatum debitorem, licet ipsi pignus vendere. §. 2. ἴσθι quatenus ille cum requisierit übersetzt: οὐ ὄντος ὀφείλα ζητηθῆναι διὰ τῆς τάξεως intra quod debent requiri ab officiali.

Pag. 298. Not. 223

Gegen Fabri Verbesserung des L. 24. pr. de P. A. freisetzt Huber Evnom. p. 544.

Pag. 300. Not. 226.

L. 8. §. 3. de P. A. heißt es statt: annua bima trima die in Basil. *ἢ τριῶν ἐνιαυτοῖς* tribus annuis pensionibus.

Pag. 302. Not. 227.

Io. Steck. in Vindic. Leg. Anticrit. c. 14. ap. Ott. Thes. T. 1. p. 523. sucht die gemeine Lesart des L. 7. §. 2. de distr. pign. zu retten, weil dem Gläubiger allerdings daran gelegen sey, daß keine Veräußerung geschehe. Das Interesse konnte darinn bestehen, daß gegen einen dritten Mann der Beweis in der hypothekarischen Klage schwerer ist, als gegen den Schuldner, daß der dritte Besitzer das benef. excuss. hat, welches dem Schuldner nicht zusteht, daß die Klage gegen den Hauptschuldner länger dauert, als gegen den dritten Mann. Allein die beyden letzten Unterschiede kommen erst aus Justinianischen Recht, und entscheiden also bey diesem Gesetz nicht. Der erste Unterschied hingegen bedeutet nichts. Denn entweder der dritte Mann hat Caussam von dem Schuldner oder nicht. Im ersten Fall ist, wie unten ausgeführt wird, der Beweis gegen ihn nicht schwerer, als gegen den Schuldner selbst. Im andern Fall ist der dritte Besitzer nicht schuldig, sich um ein Pactum, das ein ehemaliger Besitzer, dessen Eigenthum nicht erwiesen ist, zu kümmern. Nach Justinianischen Rechten ließe sich ein Ruhen des Vertrags: *ne debitori liceat vendere*, behaupten. Es würden nämlich dadurch diejenigen Vortheile conservirt werden, die die hypothekarische Klage gegen den Schuldner vor der gegen den dritten Besitzer voraus hat. Es würde also auch nach der Veräußerung der dritte Besitzer, der caussam vom Schuldner hat, kein benef. excuss. haben, und binnen 40 Jahren verklagt werden können. Diesem hat er sich gleichsam stillschweigend unterworfen, indem er eine Hypothek gekauft, welche den quacst. Nebenvertrag bey sich führt. Iac. Gothofred. der in Antmadvers. jur. civil. c. 14. Ott. Thes. P. 3. p. 301. ebenfalls die gemeine Lesart verthei-

digt,

bigt, glaubt, daß der besagte Nebenvertrag dem Gläubiger ein Verkaufsrecht ertheile. Ich glaube aber nicht, daß dieses aus solchem Nebenvertrage nothwendig folge. Der gemeinen Lesart tritt auch bey Marckart. Interpret. Recept. jur. lect. L. 1. c. 15. Huber. Evnom. p. 742. Schon zwischen dem Bartolus und jüngern Accursius ist gestritten worden, ob man mit dem Cod. Flor. lesen müsse: nullam esse venditionem, vt pactioni stetur, oder nullam esse pactionem, vt venditioni stetur. In Basil. heißt es L. 7. §. 2. de distr. pign. καλῶς ὁ δανειστής συμφωνῶν, μὴ εἰσὶναι τῷ χρεώστῃ πωλεῖν τὸ ἐνέχυρον. Recte creditor paciscitur, ne liceat debitori vendere pignus.

Pag. 303. Not. 229.

L. 4. C. de P. A. steht außer dem, was in unserm Lateinischen Corp. Iur. befindlich, noch am Ende: τί γὰρ ἴσως ὁ δανειστής ἐλάττωτος πέπρακεν ἢ περὶ ὀφέλει; quid enim si creditor minoris vendiderit, quam deberet.

Pag. 311. Not. 237.

Hieher gehörte auch L. 68. pr. de Evict. Nach diesem Besetze kann der Käufer gegen den Gläubiger nicht nur keinen Rückanspruch nehmen, wenn die Entwehrung erfolgt, sondern er kann auch um der letzteren willen dem Gläubigen das Kaufgeld nicht einmal vorenthalten, falls die Zahlung noch nicht geschehen seyn sollte. §. 1. loc. cit. 68. redet von dem Fall, da der Pfandgläubiger sein Pfandrecht einem andern abgetreten; in welchem Fall der Cedent nach dem obigen dem Cessionarius bey Entwehrung des Eigenthums der Pfänder ebenfalls vor nichts hafet.

Pag. 313. Not. 237.

Von dem Fall, da der Gläubiger das Pfand, als sein Eigenthum verkauft, der Schuldner auch darum weiß, aber aus Gefährde und nach vorgängigem Einverständnis mit dem Gläubiger solches geschehen läßt, ist vermuthlich L. 15. ad L. Corn. de Fals. zu verstehen.

Pag. 315.

Pag. 315. Not. 241.

L. 42. de P. A. und L. 24. §. 2. eod. widersprechen einander gar nicht, indem das eine, den Verpfänder an den Käufer zu verweisen, dem Gläubiger gestattet, das andere aber nicht. L. 42. redet davon, wenn der Gläubiger etwas versehen, und in Ansehung der Veräußerung und der Bezahlung des Käufers nicht sicher genug gegangen, L. 24. aber von dem Falle, da der Gläubiger alle Sicherheit genommen, die nur verlangt werden kann.

Pag. 318. Not. 243.

L. 13. pr. de P. A. und dessen letzte Worte finden einen Vertheidiger an Huber. Evnom. p. 538. L. 13. de distr. pign. ist in Basil. übersetzt: ὁ δανειστής πωλεῖ τὰ ἴδια δικαιῶν, ἐκχωρεῖ αὐτὸ creditor, qui jus suum vendit, cedit illud. Wortaus also ersichtlich, daß der Uebersetzer dieß Gesetz ganz anders verstanden, als wir es erklärt.

Pag. 323. Not. 246.

Best. Rat. emend. LL. c. 7. §. 5. setzt nach emtori parata securitate mit Recht ein Comma, und nach restituendum kein Zeichen, wenigstens kein Colon, sondern allenfalls ein bloßes Comma. Die Worte: si negotium integrum est übersetzt er: si facultatem (restituendi) habeat (emtor).

Pag. 325. Not. 249.

Der Critik des Ant. Faber. über L. 24. §. 1. de P. A. widersetzt sich Houck de Ration. Vet. Ictor. fals. susp. c. 2. §. 2. Diss. Belg. Vol. 1. p. 347. Huber Evnom. hält die Worte: reprobis videlicet nummis reddendis ohne Noth vor ein vom Rande in den Text eingeschliches Glossema.

Pag. 336. Not. 263.

Wegen des L. 23. C. de pign. und der darzegen vom Noodt gebrauchten, vom Waechter aber verworfenen Critik cf. Waechter. ad Noodt. Probabil. ad cap. 8. p. 256. sq. WIELING in Lect. jur. civ. L. 1. c. 14. übersetzt die Worte: cum hoc solum pactum etc. so: quoniam istiusmodi pignus solo pacto

paclo nititur vel edicto praetoris, qui exceptione data remissi hujus pignoris conventionem tuetur. Ueberhaupt ist ipso jure tolli, und jure civili tolli, und ope exceptionis tolli, oder jure praetorio tolli fast einerley. L. 5. pr. quib. mod. pign. ist in Basil. übersetzt: "Εἴτε τὴν ἰποθήκην συγχωρήσῃ, ἢ εἴτε τὸ χρέος, λύεται τὸ ἐνέχυρον, καὶ ἄλλος νέμεται εἰ μὴ ἄρα τὴν προσωπικὴν μόνην ἠδέλησε συγχωρήσῃσιν. Si creditor hypothecam remiserit, vel debitum, liberatur pignus, etsi alius possideat: nisi voluerit creditor (actionem) personalem solam remittere.

Pag. 346. Not. 264.

L. 2. C. de Remiss. pign. steht statt: Sciente et consentiente ea, in Basil. bloß: εἰδήσου τοῦ δανεισοῦ sciente creditore, wodurch in das Gesetz ein ganz falscher Satz gebracht wird. Eben so heißt es L. 4. cod. statt sciente eo, ac pignus suum remittente bloß: εἰδότες τοῦ δανεισοῦ sciente creditore. L. 8. §. 7. quib. mod. pignor. ist kurz übersetzt: εἰάν τὸ κατὰ συναινέσειν τοῦ δανεισοῦ προδῆν, ἢ ἄλλῃ πάλιν εἰς τὸν χρεώσῃν παραγραφόμενος τὸν χρεώσῃν ὁ δανείστης ἀντιπαραγραφῆται, ἕως οὗ πληρωθῆ. Si quod consensu creditoris venditum est, iterum ad debitorem redeat, creditor adversus debitorem excipientem replicabit, donec ei pecunia soluta sit. §. 8. heißt es statt: potest tamen dici etc. εἰ μὴ δόλον ἐποίησεν ὁ χρεώσῃς, εἰς τὸ μὴ καταβαλεῖν με τῷ δανεισοῦ, nisi debitor dolo commiserit, quo minus solverem creditori, wodurch der Sinn des Gesetzes gar nicht getroffen ist. §. 10. steht statt: tamen, in Basil. οὖν igitur. §. 16. ist in Basil. noch eingeschaltet: καὶ οὐ ζητοῦμεν εἰ προδῆσε τοῦ διαθεμένου ὑπέγραψε. nec quaerimus, vtrum proposito testatoris subscripserit, welches vermuthlich anzeigen soll, es komme nicht darauf an, ob eben die Veräußerung, die der Erblasser vorhatte, vom Erben vollzogen worden, oder eine andere: oder es sey gleich viel, ob der Erbe nebst seinem Erblasser zugleich mit dem Gläubiger deshalb die Verabredung geschlossen oder nicht. A. August. Emendat. L. 1. c. 8. Ott. Thef. T. 4. p. 1458. liest L. 4. §. 1. quib. mod. pign. am Ende: idem erit probandum eum velle, und §. 2. fängt er gleich mit Quaeritur an, als ob das velle in belle verändert worden wäre.

Pag. 354. Not. 275.

L. 7. §. 2. quib. mod. pign. liest Bestius Rat. Emend. LL. c. 23. statt: per ipsam pacti exceptionem debet so; per ipsum (Seryum) pacti exceptionem habet.

Pag. 367. Not. 283.

Oroz. Apic. Jur. civil. L. 5. c. 4. n. II. seq. sucht L. 13. quib. mod. pign. mit andern davon abzuweichen scheinenden Gesetzen dergestalt zu vereinigen, daß er jenes von solchen Fällen erklärt, daß, wenn ohne Verschulden des Klägers der Beklagte unrechtmäßig losgesprochen wird, das Pfandrecht aufhöre, im entgegenstehenden Fall aber die natürliche Verbindlichkeit, und also auch das Pfandrecht fortdaure, überhaupt aber bey dem Pfandrecht die Rechtskraft des losprechenden Urtheils, aus besondern Gründen weit mehrere Wirkung habe, als bey persönlichen Klägern.

Pag. 377. Not. 291.

Toullien in Collectaneis Dissert. Jur. luendi pignoris an praescribatur, macht einen Unterschied zwischen dem jure luendi und dem jure repetendi pignus. Jenes sey res merae facultatis, dieses aber nicht. Doch könne rei vindicatio mit erbothener Reluition zu jeder Zeit gebraucht werden, weil der Besitzer nie einen animus domini gehabt, und also keine Eigenthumsverjährung auch nach 30 und 40 Jahren sich anmaßen könne, wenn er nicht etwa diesen animus domini dem Verpfänder selbst merken und blicken lassen. Nur ist dagegen einzuwenden, daß bey der Praescriptione longissimi temporis es fast allein nur auf ruhigen Besitz, keinesweges aber noch auf andere Erfordernisse ankömmt. Vor das immerwährende Wiedereinlösungsrecht streitet auch Marqy. Freher. Verosimil. L. 1. c. 10. Ott. Thef. Tom. 1. p. 874.

Pag. 382. Not. 292.

Best. Rat. Emend. LL. c. 21. macht cit. l. vlt. de Contr. E. V. verschiedene critische Veränderungen. Statt: iussit praedia emta esse, liest er: iussit praedia ei emta esse; statt: quae creditoribus obligaverat, setzt er: quae creditori suo obligaverat,

gaverat; statt: sub conditione emtio facta est, ut contractam
 will er: sub conditione emtio facta esset, contractam etc. ge-
 lesen haben. Die Erklärung ist diese: wosern ein bedingter
 Kaufcontract geschlossen seyn sollte, welches alsdenn gesche-
 hen wäre, wenn ausgemacht worden, daß der Bürge iusto
 pretio die Pfandsachen behalten sollte; so wäre die Verabre-
 dung gültig. Keinesweges aber gelte sie, wenn der Bürge
 schlechthin vor dasjenige, was Titius schuldig war, die
 Pfänder haben sollte. Wobey dieser Verf. zugleich gar recht
 anmerkt, daß in diesem letztern Fall allerdings das Wesent-
 liche des verbotnen L. Commissariae eben sowohl vorkom-
 me, als wenn der Gläubiger die Pfänder auf ewig an sich
 behalten wollte. Die Distinction, die dieser Verf. in loc. cit.
 findet, erläutert er aus L. 16. §. vlt. de pign wobey er zu-
 gleich anmerkt, daß der Jurist cit. l. 16. die Worte: vide-
 tur quodammodo conditionalis esse venditio darum gebraucht
 habe, weil doch kein ganz bestimmter Werth bey der Ver-
 abredung ausgemacht worden, welcher zu einem eigentlichen
 Kaufcontracte erforderlich sey.

L. 34. de P. A. legt eben darum der getroffenen Verab-
 redung eine Gültigkeit bey, weil ausgemacht worden: vt
 fundum pignori datum certo pretio emtum haberet. Bey die-
 sem Gesetz setzt Bestius statt: cum credidisset ei pecuniam Sem-
 pronius, die Worte: cum credidisset pecuniam Sempronio;
 und statt: distraheret eam creditor setzt er: distraheret jama
 creditor.

Pag. 384. Not. 294.

L. 17. de Pign. hat Cuj. Parat. C. tit. de alien. jud. mut.
 causa statt: persecutio lieber: possessio lesen wollen. Allein
 Marekart Interpr. recept. jur. civ. lect. L. 1. c. 7. erweist aus an-
 dern Gesetzen, daß es dieser Aenderung nicht bedürfe, und pa-
 rit hier eben so viel heiße, als effectum habet, oder est, also:
 Pignoris persecutio est in rem actio oder eundem effectum ha-
 bet, quem aliae actiones reales.

Plag. vlt.

§. 272. L. 18. de Pign. steht statt des Satzes, der darinn
 vorkommt, etwas ganz anders, nämlich: ὁ παρὰ τοῦ ἐχούτου
 τῆς

την γενικὴν ὑποθήκην, λαβὼν ὑποθήκην, τοῖς αὐτοῦ κέχρηται δικαίωσι,
 is qui accipit hypothecam ab eo, qui generalem hypothecam ha-
 bens, juribus eius utitur, womit angezeigt wird, daß des
 Gläubigers Gläubiger, dem von ersterem die habende Gene-
 ralhypothek weiter verpfändet worden, in dessen Rechte ein-
 trete. Es ist nicht begreiflich, wie der Uebersetzer auf diesen
 Satz, der an sich wahr ist, bey diesem Gesetze habe kommen
 können. Vielleicht hat er, wie Jenf. Strictur. iur. p. 141. ver-
 muthet, einen solchen Fall, außer dem, den das lateinische
 Exemplar enthält, in dem Gesetze gefunden, und diesen allein
 übersetzt, jenen aber weggelassen.

Plag. vlt.

§. 274. Auf die ehemalige Willkühr des Gläubigers,
 entweder den Hauptschuldner und die Pfänder in Anspruch
 zu nehmen, bezieht sich auch L. 56. Mandati. Dem Gläubiger
 stand bey einem Mandato dergestalt die Wahl zu, daß es ihm
 frey gelassen war, auch wenn er schon den Anspruch gegen den
 Hauptschuldner oder den Pfandbesitzer genommen, jedoch da-
 bey seine Befriedigung nicht hinlänglich gefunden hatte, sich
 wiederum an den Mandator zu wenden. Bey einer getroffe-
 nen Verabredung mit einem solchen Mandator, war zugleich
 mit eingestossen, daß der Gläubiger auch mit Uebergehung
 des Hauptschuldners und Pfandbesizers, sich an ihn, den
 Mandator, sollte halten können. Der Gläubiger hatte in der
 Folge den Pfandbesitzer belangt, aber seine Befriedigung nicht
 völlig erhalten. Es entstand die Frage: ob ihm die Klausel
 der Verabredung nicht im Wege stehe, wenn er nun in Anse-
 hung des Rests, seinen gegen den Mandator richten wollte.
 Der Jurist verneint die Frage, weil die Klausel nur dasjenige
 wiederholet hätte, was an sich Rechtens sey, und daher so er-
 klärt werden müsse, daß der Gläubiger alle die Rechte auf-
 recht erhielte, die er außerhalb einer Verabredung gehabt ha-
 ben würde.

Plag. vlt.

§. 278: Pagenstecher Comm. ad Auth. Coit. 8. suchet
 weitläufig auszuführen, daß Justinian. in der Nov. 112. aller-
 dings einen Unterschied zwischen der General- und Special-
 hypothek in Ansehung des Benef. excuss. einführen wollen.
 Die

Die Gründe aber sind schwach, z. E. daß Justinian in besagter Novelle etwas neues einführen wollen, wie der Name Novelle anzeigte u. s. w. Daß aus der Ueberschrift der Novelle und dessen Cap. 1. de litigijs kein Beweis herzunehmen, weil die Ueberschriften der Novellen nicht authentisch sind, ist gewiß, aber der Anfang des Cap. selbst giebt einen desto gründlicheren Beweis ab. Dieser Verfasser meynt auch, daß mit den Worten: Ab hoc autem litigijs vocabulo hypothecas separari decernimus ein neu Capitel anzufangen sey. Es kann auch dieses zugegeben werden, ohne daß die Sache dadurch etwas gewinnt. Daß man zu Justinians Zeiten darüber uneinig gewesen, ob nicht nur, wenn ein Rechtsstreit über das Eigenthum der zu verpfändeten Sachen angegangen, sondern auch, wenn der Gläubiger oder Schuldner mit Widerspruch des andern Theils eine Veräußerung des Pfandes vornimmt, dadurch eine res litigijsa entstehe, ist eine bloße Muthmaßung, die aus der Novelle selbst nicht begründet werden kann, und anderwärts her eben so wenig.

Plag. vlt.

§. 282. L. 1. C. de prec. et salv. interd. ist übersetzt: ὁ μὲν μιδώσας ἔχει ἀγωγήν τοῦ παραγγέλματος Σαλβιανῶ, κατὰ τῶν ὑποκειμένων αὐτῇ πραγμάτων τοῦ μιδωτοῦ. Locator actionem habet interdicti Salviani adversus res conductoris sibi pignori obligatas. Hier geschieht also keines andern Schuldners, außer dem Pächter, Erwähnung.



- L. 17. p. 232.
 L. 18. pr. p. 202.
 §. 1. p. 197.
 2. p. 49.
 3. p. 366.
 4. p. 188.
 L. 19. p. 188.
 L. 20. pr. p. 178.
 §. 1. p. 221.
 2. p. 307.
 3. p. 356.
 L. 21. p. 194.
 L. 22. pr. p. 53.
 §. 1. p. 53.
 2. p. 169.
 3. p. 69.
 4. p. 311.
 L. 23. p. 311.
 L. 24. pr. p. 297.
 §. 1. p. 325.
 2. p. 314.
 3. p. 78.
 L. 25. p. 65.
 26. pr. p. 90.
 §. 1. p. 110.
 L. 27. p. 178.
 28. pr. p. 374.
 §. 1. p. 371.
 L. 29. p. 64.
 30. p. 112.
 31. p. 73.
 32. p. 71.
 33. p. 125.
 34. p. 288.
 35. pr. p. 307.
 §. 1. p. 42.
 L. 36. pr. p. 71.
 §. 1. p. 71.
 L. 37. p. 61.
 38. p. 119.
 L. 39. p. 42.
 40. pr. p. 283.
 §. 1. p. 283.
 2. p. 205.
 L. 41. p. 176.
 42. p. 314.
 43. pr. p. 78.
 §. 1. p. 66.
- De pign. et hypoth.
- L. 1. pr. p. 172.
 §. 1. p. 158.
 2. p. 51.
 3. p. 123.
 4. p. 179.
 2. p. 327.
 3. pr. p. 183.
 §. 1. p. 183.
 4. p. 114.
 5. pr. p. 40.
 §. 1. p. 90.
 2. p. 178.
 6. p. 93.
 7. p. 93.
 8. p. 93.
 9. pr. p. 92.
 §. 1. p. 162.
 10. p. 221.
 11. pr. p. 115.
 §. 1. p. 125.
 2. p. 201.
 3. p. 199.
 12. p. 199.
 13. pr. p. 52.
 §. 1. p. 188.
 2. p. 205.
 3. p. 198.
 4. p. 330.

- §. 5. plag. vlt.
 6. p. 38.
- L. 14. pr. plag. vlt.
 §. 1. p. 40.
15. pr. p. 193.
 §. 1. p. 172.
 2. p. 250.
- L. 16. pr. p. 53.
 §. 1. p. 115.
 2. p. 366.
 3. plag. vlt.
 4. p. 51.
 5. p. 332.
 6. p. 39.
 7. p. 173.
 8. p. 221.
 9. p. 290.
- L. 17. p. 384.
 18. plag. vlt.
 19. p. 81.
 20. p. 202.
 21. pr. p. 115.
 §. 1. p. 170.
 2. p. 43.
 3. plag. vlt.
- L. 22. p. 176.
 23. pr. p. 61.
 §. 1. p. 118.
 24. p. 119.
 25. p. 76.
 26. pr. p. 25.
 §. 1. p. 42.
 2. p. 48.
- L. 27. p. 71.
 28. p. 217.
- L. 29. pr. p. 94.
 §. 1. p. 49.
 2. p. 195.
 3. p. 85.
- L. 30. p. 77.
 31. p. 197.
 32. p. 194.
 33. p. 26.
 34. pr. p. 196.
 §. 1. p. 114.
 2. p. 92.
- L. 35. p. 366.
- In quib. caus. pign
- L. 1. p. 145.
 2. p. 153.
 3. p. 153.
 4. pr. p. 153.
 §. 1. p. 153.
- L. 5. pr. p. 153.
 §. 1. p. 41.
 2. p. 179.
- L. 6. p. 58.
 7. pr. p. 153.
 §. 1. p. 153.
- L. 8. p. 126.
 9. p. 58.
 10. p. 121.
- Quae res pignori.
- L. 1. pr. p. 189.
 §. 1. p. 188.
 2. p. 181.

L. 2. p. 179.

3. p. 258.

4. p. 213.

5. p. 187

Qui pot. in pign.

L. 1. pr. p. 213.

§. 1. p. 214.

L. 2. p. 100.

3. pr. p. 226.

§. 1. p. 173.

2. p. 23. p. 163.

L. 4. p. 250.

5. p. 229.

6. pr. p. 229.

§. 1. p. 229.

2. p. 229.

L. 7. pr. p. 149.

§. 1. p. 100.

L. 8. p. 242.

9. pr. p. 214.

§. 1. p. 214.

2. p. 214.

3. p. 250.

L. 10. p. 110.

11. pr. p. 214.

§. 1. p. 214.

2. p. 153.

3. p. 193.

4. p. 265.

L. 12. pr. p. 212.

§. 1. plag. vlt.

2. p. 214.

3. p. 226.

§. 4. p. 258.

5. p. 226.

6. p. 271.

7. p. 213.

8. p. 258.

9. p. 258.

10. p. 249.

L. 13. p. 226.

14. plag. vlt.

15. p. 198.

16. p. 254.

17. p. 263.

18. p. 273.

19. plag. vlt.

20. p. 226.

21. pr. p. 218.

§. 1. p. 231.

De distract. pign.

L. 1. p. 280.

2. p. 267.

3. pr. p. 271.

§. 1. p. 263.

4. p. 321.

5. pr. p. 272.

§. 1. p. 267.

L. 6. p. 267.

7. pr. p. 316.

§. 1. p. 316.

2. p. 301.

L. 8. p. 278.

9. pr. p. 308.

§. 1. p. 308.

L. 10. p. 309.

11. p. 76.

L. 12. p. p. 289.
§. 1. p. 44.

L. 13. p. 318.
14. p. 77.

Quib. mod. pign. solv.

L. 1. pr. p. 259.
§. 1. p. 334.
2. p. 333.

L. 2. p. 327.
3. p. 357.
4. pr. p. 358.
§. 1. p. 337.
2. p. 337.

L. 5. pr. p. 335.
§. 1. p. 334.
2. p. 76.
3. p. 367.

L. 6. pr. p. 325.
§. 1. p. 324.
2. p. 333.

L. 7. pr. p. 355.
§. 1. p. 354.
2. p. 353.
3. p. 351.
4. p. 163.

L. 8. pr. p. 366.
§. 1. p. 355.
2. p. 354.
3. p. 351.
4. p. 351.

§. 5. p. 354.
6. p. 337.
7. p. 338.
8. ibid.
9. ibid.
10. ibid.
11. ibid.
12. ibid.
13. ibid.
14. p. 339.
15. ibid.
16. ibid.
17. ibid.
18. ibid.
19. plag. vlt.

L. 9. pr. p. 356.
§. 1. p. 344.

L. 10. pr. p. 319.
§. 1. p. 306.

L. 11. p. 347.

L. 12. pr. p. 258.
§. 1. plag. vlt.

L. 13. p. 367.
14. p. 351.
15. p. 327.

Quib. ex caus. in possess.

L. 1. pr. p. 48. et plag. vlt.
§. 1. p. 222. et plag. vlt.
2. plag. vlt.

L. 2. plag. vlt.

Codex.

Si adverb. vend. pign.

- L. 1. p. 304.
- 2. p. 304.

De Pign. Act.

- L. 1. p. 47.
- 2. ibid.
- 3. ibid.
- 4. p. 302.
- 5. p. 67.
- 6. p. 67.
- 7. p. 78.
- 8. p. 67.
- 9. p. 67.
- 10. p. 375.
- 11. p. 129.
- 12. p. 375.

De Servo pignori.

- L. 1. p. 57.
- 2. p. 57.
- 3. p. 57.
- 4. p. 57.
- 5. p. 57.
- 6. p. 58.
- 7. p. 57.

Si adverb. cred.

- L. 1. p. 362,
- 2. p. 363.

De precar. et Salv.

- L. 1. plag. vlt.

De pignor.

- L. 1. p. 333.
- 2. p. 87.
- 3. p. 128.
- 4. p. 120.
- 5. p. 183.
- 6. p. 65.
- 7. p. 359.
- 8. p. 310.
- 9. p. 42.
- 10. p. 291.
- 11. p. 108.
- 12. p. 114.
- 13. p. 389.
- 14. plag. vlt.
- 15. p. 55.
- 16. p. 112.
- 17. p. 112.
- 18. p. 384.
- 19. p. 78.
- 20. p. 331.
- 21. p. 327.
- 22. p. 272.
- 23. p. 335.
- 24. plag. vlt.
- 25. p. 41.
- 26. p. 75.
- 27. p. 95.

In quib. causs. pign.

- L. 1. p. 132.
- 2. p. 132.

- L. 3. p. 51.
 4. p. 240.
 5. p. 154.
 6. p. 135.
 7. p. 153.

Si aliena res pign.

- L. 1. p. 118.
 2. p. 171.
 3. p. 189.
 4. p. 189.
 5. p. 173.
 6. p. 171.
 7. p. 189.
 8. p. 172.

Quae res pignori.

- L. 1. p. 93.
 2. p. 119.
 3. p. 191.
 4. p. 202.
 5. p. 191.
 6. p. 187.
 7. p. 108.
 8. p. 109.

Auth. agricultores.

- L. 9. p. 91.

Qui potior. in pign.

- L. 1. p. 253.
 2. p. 105.
 3. p. 104.
 4. p. 248.
 5. p. 266.

- L. 6. p. 100.
 7. p. 231.
 8. p. 212.
 9. p. 210.
 10. p. 265.
 11. p. 245.
 12. pr. p. 236.
 §. 1. p. 236.
 2. p. 236.

De his qui in prior. cred.

- L. 1. p. 259.
 2. p. 259.
 3. p. 263.
 4. p. 262.

Si antiq. cred.

- L. 1. p. 267.
 2. p. 271.
 3. p. 277.

Si comm. res pign.

- L. 1. p. 163.

De praetor. pign.

- L. 1. p. 103.
 2. p. 104.

Si in causa judicati.

- L. 1. p. 110.
 2. p. 287.
 3. p. 287.

Si pignus pignori.

- L. 1. p. 205.
2. p. 206.

- L. 9. p. 88.
10. p. 285.
11. p. 180.
12. p. 55.
13. p. 306.

De partu pign.

- L. 1. p. 49.
3. p. 48.

14. p. 275.
15. p. 306.
16. p. 82.
17. p. 281.
18. p. 307. 316.
19. p. 112.
20. p. 371.

De Remiss. pign.

- L. 1. p. 343.
2. p. 339.
3. p. 242.
4. p. 340.
5. p. 334.
6. p. 343.
7. p. 350.
8. p. 343.
9. p. 349.
10. p. 55.
11. p. 346.

De vend. pign. imped.

- L. 1. p. 276.
2. p. 276.

Si vend. pign. ag.

- L. 1. p. 319.
2. p. 321.
3. p. 320.
4. p. 319.
5. p. 319.

Etiam ob chirogr.

- L. 1. p. 32. P. 331.

De Luit. pign.

De distr. pign.

- L. 1. p. 51. p. 280.
2. p. 275.
3. p. 308.
4. p. 292.
5. p. 300.
6. p. 326.
7. p. 316.
8. p. 276.

- L. 1. p. 82.
2. p. 26.
3. p. 324.

Si vn. ex plur. hered.

- L. 1. p. 82.
2. ibid.

Si pign. convent. numer.

5. p. 293.

6. ibid.

L. 1. p. 23.

2. p. 23.

De pact. pign.

De jure dom. imp.

L. 1. p. 129.

2. p. 323.

3. p. 378.

L. 1. p. 278.

2. p. 299.

3. pr. p. 293.

§. 1. ibid.

2. ibid.

3. ibid.

4. ibid.

Credit. evict. pignor. non
praest.

L. 1. p. 309.

2. p. 310.

Tituli miscellanei Pandect.

L. 4. de pact. p. 153.

17. §. 2. eod. p. 335.

32. pr. de neg. gest. p. 327.
281.

65. de R. V. p. 372.

30. §. 1. ad L. Aquill. p. 26.
75.

29. fam. ercisc. p. 164.

6. §. 8. 9. Comm. div.
p. 164.

7. §. 12. 13. eod. p. 164.

3. §. 15. ad Exhib. p. 81.

5. pr. eod. p. 160.

45. 1. 14. §. 1. de Relig.
p. 211.

4. §. 1. de R. C. p. 41.

40. de Cond. indeb. p. 29.

59. §. 4. Mand. p. 47.

vlt. pr. de Contr. E. V.
p. 381.L. 22. de her. l. act. vend.
p. 22.

13. §. 8. de A. E. V. p. 22.

24. §. 1. Locati p. 153.

38. de Evict. p. 310.

65. eod. p. 81.

54. de I. D. p. 149.

55. de don. int. vir. et vx.
p. 148.2. quando ex fact. tut.
p. 149.16. de reb. eor. qui sub tut.
p. 150.

34. §. 2. de Leg. 2. p. 43.

5. de dot. praes. p. 22.

9. §. 2. de Supell. p. 122.

7. vt leg. nom. cav. p. 23.

59. ad ad Sct. Treb. p. 27.

44. §. 1. de damn. inf.
p. 195.

- | | |
|---|--|
| <p>L. 31. de lib. cauff. p. 177.
 37. pr. de A. R. D. p. 48.
 1. §. 15. de Aeq. l. am. poss.
 p. 48.
 30. §. 6. eod. p. 62.
 36. eod. p. 61.
 37. eod. p. 61.
 4. §. 21. de Vfurp. et Vfuc.
 p. 69. 70.
 13. pr. eod. p. 60.
 33. §. 4. eod. p. 62. §. 5.
 p. 64. §. 6. p. 63.
 44. §. 5. eod. p. 359.
 47. eod. p. 69.
 5. pro Emt. p. 69.
 15. §. 5. de re jud. p. 279.
 §. 9. p. 203.
 63. eod. p. 183.
 24. §. 1. de R. A. J. P.
 p. 145.
 34. eod. p. 236.</p> | <p>L. 37. eod.
 4. §. 1. de Separat. p. 159.
 30. §. 1. de Exc. rei jud.
 p. 257.
 59. de fidejuff. p. 267.
 18. de Novat. p. 331.
 38. §. 5. de Solut. p. 29.
 12. §. 2. de furt. p. 60.
 15. §. vlt. eod. p. 22.
 19. §. 6. eod. p. 56.
 46. §. 4. eod. p. 60.
 61. §. 5. eod. p. 73. §. 6. 7.
 p. 74.
 66. pr. eod. p. 56.
 79. eod. p. 53.
 87. eod. p. 54.
 1. §. ex illa ad L. Corn. de
 fals. p. 219.
 21. de jur. fisc. p. 326.
 28. eod. p. 242.
 4. §. 4. L. 14. pr. §. 1. de
 appell. p. 183. 184. 189.</p> |
|---|--|

Codex.

- | | |
|--|--|
| <p>L. 3. de Neg. gest. p. 84.
 3. si adv. fisc.
 7. de Iudic.
 8. de R. V. p. 151.
 2. 4. quando fisc. l. priv.
 deb. p. 202.
 3. eod. p. 203.
 2. per quas perf. nob. obl.
 p. 115.
 1. ad SCt. Vell. p. 334.</p> | <p>L. 4. 22. de Vfur. p. 32.
 14. 17. eod. p. 124.
 7. de her. l. act. vend.
 p. 202.
 vn. rem. al. gerent. non in-
 terd. p. 158.
 5. de Locato p. 153.
 vn. de R. V. A. p. 137.
 17. de adm. tut. p. 158.
 vn. ne tut. l. cur. p. 158.</p> |
|--|--|

- | | |
|--------------------------------------|--|
| L. 6. C. de Vfur. pro Emt.
p. 70. | 1. 40. ann. p. 363. §. 3.
p. 364. |
| 7. pr. §. 1. 2. de Praeser. 30. | 2. de Privil. fisc. p. 132.
2. de deb. civit. p. 133. |

Novellae.

- | | |
|----------------------------|---|
| Nov. 4. c. 1. p. 277. | Nov. 97. c. 2. p. 139. c. 3.
p. 233. c. 4. p. 234. |
| Nov. 32. p. 127. | |
| Nov. 34. p. 127. | Nov. 112. pl. vlt. |
| Nov. 53. c. 5. p. 98. 235. | Nov. 136. c. 2. p. 99. c. 3.
p. 231. |
| Nov. 91. c. 1. p. 241. | |



Verzeichniß der Druckfehler.

- P. 19. §. 5. lin. 9. statt: einzeln, ließ: einzeln.
 — — lin. 11. statt: Equinar. ließ: Eguinar.
- P. 21. Inf. lin. 9. statt: ein Miterbe, ließ: als ein Miterbe.
- P. 24. Col. 2. l. 28. statt: Ausflucht, daß der, ließ: Ausflucht
 statt finde, daß der.
- P. 25. Col. 2. l. 12. statt: Bresson, ließ: Briffon.
 — — l. 14. statt: Es ist dazu, ließ: Es ist zur Verwechs-
 lung.
- P. 26. N. 20. C. 1. l. 1. statt: Is qui, ließ: L. 33. de Pign. Is qui.
- P. 30. Col. 1. l. 15. statt: alternatio, ließ: alternativ.
 — — — l. 24. statt: auf den Fall, ließ: nur auf den
 Fall.
 — — — l. 27. befreyt, bleibt auch, deletur.
- P. 31. Col. 1. l. 6. statt: zugerechnet, ließ: zugerechnet werden
 konnte.
- P. 34. Col. 1. l. 22. statt: daß gegen, ließ: gegen.
- P. 36. Col. 1. l. 25. statt: wegen dieser, ließ: wegen dieser
 legtern.
- P. 43. Col. 2. l. 19. statt: domus futuri, ließ: domus fu-
 tura.
- P. 45. Col. 2. l. 11. statt: Der Grund, ließ: Den Grund.
- P. 48. N. 32. l. 1. statt: L. 1. ff. de Salv. tur. ließ: L. 1. pr. ff.
 de Salv. Int.
- P. 49. Col. 2. l. 39. statt: besitzt, ließ: besitzt, unter das Pfand-
 recht gehöre.
- P. 55. §. 20. l. 5. statt: Doch, ließ: und es.
 — N. 36. C. 2. l. 3. statt: L. 9. C. ließ: L. 12. C.
- P. 64. C. 2. l. 30. statt: Pfand, ließ: Besitz.
- P. 68. C. 2. l. 11. statt: rechnet, ließ: anführt.
- P. 73. C. 1. l. 21. statt: das act. ließ: die act.
 — — l. 29. statt: Mercentem, ließ: Merentem.
- P. 74. C. 2. l. 11. statt: Commodatus, ließ: Commodatis.
- P. 75. N. 46. C. 1. l. 6. cf. Litt. o. deletur.
- P. 87. lin. 10. 11. statt: gerichtliche Handlung, ließ: gerichtl-
 chen Handlungen.

- P. 103. N. 66. C. 1. l. 20. statt: Action, ließ: Activa.
- P. 105. C. 1. l. 8. statt: Heliopolas, ließ: Heliopolis.
- P. 122. lin. 14. statt: Besizers, ließ: Besitzes.
- P. 123. N. 86. l. 4. statt: Schultin, ließ: Schulting.
- P. 126. N. 90. C. 2. l. 3. statt: und mehrere, ließ: und in mehrern.
- P. 133. C. 1. l. 27. statt: Kayserprivilegien, ließ: Kayserlichen Privilegien.
- P. 134. §. 77. l. 5. statt: dieser Personen, ließ: diesen Personen.
- P. 135. §. 79. l. 1. statt: Pupillencuranden, ließ: Pupillen und Curanden.
- P. 139. N. 109. statt: text. ließ: tant.
- P. 148. C. 1. l. vii. statt: ihre ihre, ließ: ihr ihre.
- P. 151. C. 1. l. 26. statt: Instinianum, ließ: Iustinianum.
- P. 154. C. 2. l. 18. statt: gebraucht, ließ: gebracht.
- P. 172. C. 1. l. 13. statt: librum, ließ: libram.
- P. 177. C. 1. l. 10. statt: jenen, ließ: jener.
- P. 204. C. 1. l. 3. statt: ausgefah, ließ: ausgeführt.
- P. 206. C. 1. l. 34. statt: cogitatur, ließ: cogitur.
- P. 207. C. 1. l. 21. statt: Rechtsamt, ließ: Richteramt.
- P. 228. C. 1. l. 6. statt: des Marcianus, ließ: daß Marcianus.
- — — l. 10. statt: lehreten, ließ: lehren.
- P. 232. N. 178. C. 2. l. 3. statt: obligabitur, ließ: obligaretur.
- P. 274. §. 198. statt: Addictio in diem, ließ: addictio domini.
- P. 279. C. 2. l. 31. statt: L. 15. §. 5. ließ: L. 15. §. 5. de re jud.
- P. 288. C. 1. l. 26. statt: Meliation, ließ: Meluitio.
- P. 313. N. 240. C. 1. l. 7. statt: Erbrecht, ließ: Pfandrecht.
- P. 331. N. 256. C. 2. l. 4. statt: convenire, ließ: convenire.
- P. 335. N. 263. C. 1. l. 11. statt: a persona petatur, ließ: a persona non petatur.
- P. 358. §. 245. l. penult. statt: cond. indeb. ließ: Cond. indeb.



