

16876.

Die
Verpfändung von Nichteigenthum
nach gemeinem Rechte.



Eine
zur Erlangung der Würde eines Magisters der Rechte
verfasste
und
mit Genehmigung Einer Hochverordneten Juristen - Facultät
der Kaiserlichen Universität Dorpat
zur öffentlichen Vertheidigung bestimmte

Abhandlung

von

E. Lehmkuhl,

Candidaten der Rechte.

Dorpat.

Gedruckt bei Schönmanns Wittve & C. Mattiesen.

1856.

Der Druck dieser Abhandlung wird gestattet, und ist nach dessen Beendigung sogleich die vorgeschriebene Anzahl von Exemplaren der Censur-Behörde einzureichen.

Dorpat, den 3. December 1856.

Nr. 188.

Carl von Rummel,
d. Z. Decan der Juristen - Facultät.

126927639
D12257

Einleitung.

§ 1.

Im Verkehr sind die Fälle, wo der mangelnde Personalcredit durch Realcredit ersetzt werden muss, häufig. Ein Mittel, dies zu bewerkstelligen, bietet das Pfandrecht dar, welches seinem allgemeinen Inhalte nach folgendermassen zu bestimmen sein möchte: Es ist dasselbe ein dingliches Forderungsrecht, bezweckend die Sicherstellung desjenigen, welchem es zusteht, in Bezug auf die obligatorische Verpflichtung, die ein Anderer gegen ihn hat, so dass im Falle der Nichtbefriedigung von Seiten des Schuldners aus dem Werthe der verpfändeten Sache die Forderung in gesetzlichem Wege zu befriedigen ist. Das Pfandrecht ist mithin ein accessorisches Recht; — es besteht in strenger Abhängigkeit von einem andern Rechtsverhältnisse hinsichtlich seiner Entstehung, seiner Wirkung und Dauer, indem es ohne principale Forderung gar nicht gedacht werden kann und mit dem Aufhören dieser ohne weiteres von selbst erlischt. In hohem Grade ist, — worauf es bei diesem Rechtsinstitute allerdings hauptsächlich ankommt, — für die Sicherheit des Gläubigers gesorgt, indem zu den Vortheilen, die das Pfandrecht demselben gewährt, namentlich gehört, dass die Trennung des verpfändeten Gutes aus dem Vermögen des Schuldners, — wenn überhaupt möglich — für den Gläubiger unschädlich ist, so wie, dass derselbe von dem Gegenstande seines Pfandrechts alle andern berechtigten Gläubiger bis zu seiner vollständigen Befriedigung ausschliesst. Zu den Eigenthümlichkeiten des Pfandrechts gehört ferner die

Untheilbarkeit desselben. Das Pfand soll dem Gläubiger Sicherheit dafür gewähren, dass er dassjenige, wofür es eingesetzt ist, nicht etwa nur zum Theil, sondern ganz erhält. Es haftet daher für die ganze Schuld und jeden Theil derselben ganz.

Die Intention des Pfandrechts ist, wie wir gefunden, die: den Gläubiger durch die Sache des Schuldners sicher zu stellen, welche ihm zu diesem Ende verhatet sein soll, und zugleich die von uns so eben besprochenen Vortheile und Eigentümlichkeiten zur Geltung zu bringen. Wie kann dies geschehn?

In drei verschiedenen, sich allmählig entwickelnden Rechtsformen sehen wir die Römer diesen Ansprüchen genüge leisten: in der *fiducia*, im *pignus*, in der Hypothek. Von diesen eine flüchtige Skizze zu geben sei uns hier gestattet.

§ 2.

Das alte, noch ungelente Civilrecht wusste nur durch Verpfändung des Eigenthums sich zu helfen (denn ein anderes Verhältniss zu der Sache als das des vollkommenen Eigen kannte es nicht). Es war das die *fiducia*. Sie wurde bewerkstelligt in der Form eines *civile negotium*, also der *manipatio* oder in *jure cessio*.

Der Gläubiger erhielt dadurch das höchste Recht an der Pfandsache, so dass sie ihm allerdings vollkommen sicher war, auch war er zu einer Rückgabe des Ueber-schusses nach Veräusserung des Pfandobjekts anfangs keineswegs verpflichtet. Was die Frage betrifft, wie hierbei für die Rechte des Schuldners nach erfolgter Zahlung gesorgt sei, so hatte derselbe die Klage auf *Remanipatio* und ihm kam die besondere Natur der *actio fiduciae* zu Gute, welche den Treubruch des Gläubigers mit Infamie bestrafte. Beiden also, Schuldner und Gläubiger, ward der erforderliche Schutz. — Das Ungenügende und die Härte der Verpfändung durch die *fiducia* musste allmählig zum allgemeinen Bewusstsein kommen. Im Justinianischen Rechte hat sich dieselbe ganz verloren, nachdem sie vorher allerdings

erweitert und nach weniger strengen Principien ausgebildet worden war. — Die Bedürfnisse des Verkehrs zwangen zu einer zweiten Verpfändungsart: zur Verpfändung des Besitzes, — dem *pignus*. Sie empfahl sich besonders dadurch, dass die feierliche Form, die bei der *fiducia* beobachtet werden musste, hier wegfiel. Sie war ein *contractus juris civilis* und mit der Tradition der Pfandsache verbunden. Geschützt wurde sie durch die Edikte des Prätors. Der Gläubiger hatte die Detention des Pfandobjekts, eine Veräusserung war ihm aber in früherer Zeit nur gestattet, wenn eine ausdrückliche Verabredung de *distrahendo pignore* vorausgegangen war. Später erhielt er gegen Dritte die possessorsischen Interdikte, wie jeder andere Besitzer, bis endlich die hypothekarische Klage und die Veräusserungsbefugniß mit dem *pignus* verbunden ward. — Der Schuldner behielt das Eigentum an der Sache, hatte *mithin* nach erfolgter Zahlung die *rei vindicatio*. — Ein praktischer Realcredit liess sich auf diese Grundlagen schwerlich erbauen. Dazu bedurfte es einer neuen, der jüngsten Verpfändungsform, der Hypothek, einer Schöpfung des prätorischen Rechts. Bei derselben geschah die Constituirung eines Pfandrechts durch blosse Uebereinkunft, ohne Eigenthums- und Besitzübertragung, durch allgemeine Anweisung des Objekts, mit dem eventuellen Rechte des Zugriffs. Vorzüglich aber empfahl die Hypothek sich durch den Umfang ihrer Anwendung: alle besitzfähigen Gegenstände, körperliche sowohl wie unkörperliche, unterwarfen sich allmählig der Hypothek. — An diesen Umrissen entwickelte nun das Edikt, besonders aber die Jurisprudenz mit gewohnter hoher Meisterschaft die ganze innere Gestaltung des Pfandrechts. Allem wurde in freier Weise Geltung geschafft, was der Zweck des Geschäfts, der concrete Wille der Beteiligten und die Vortheile des Verkehrs nur immer erheischten. Derselbe Gegenstand konnte jetzt, was bis dahin nicht möglich gewesen, Verschiedenen für ihre verschiedenen Forderungen Sicherheit gewähren; — ausser Eigenthumsobjekten, die der Regel nach allein verpfändet werden konnten, wurde

ausnahmsweise auch Nichteigenthum gültig zu verpfänden gestattet; — allmählig wurden alle jura in re, auch das pignus, dann nomina, pfandbar und die Verpfändung des ganzen Vermögens — omnia quae habeo habiturusque sum — ist consequent der Schlussstein dieses ganzen Gebäudes. Den allgemeinsten Ausdruck für diese, fast unbegrenzte Ausdehnung des Pfandrechts finden wir in dem Satze: quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest. L. 9. § 2 D. de pign. (20, 1).

Alle diese mannigfachen Verhältnisse wurden geschützt, indem theils für specielle Vorkommnisse — bei der locatio von praedia rustica und urbana, wo der locator sich eine Realsicherheit an den Inveeten und Illaten des Pächters oder Miethers suchte — das interdictum Salvianum gegeben, theils dann allen möglichen Fällen angepasst und auf jede obligata res zuständig wurden: die actio Serviana, — die wahrscheinlich eine fictitia war, d. h. der Gläubiger klagte, als ob er das Eigenthum erworben hätte, wie er es bei der fiducia wirklich erwarb, — darauf die quasi Serviana, auch Serviana utilis, actio hypothecaria oder pignoratitia genannt.

§ 3.

Wir fanden, dass der Regel nach nur der Eigenthümer der Sache zur Verpfändung derselben berechtigt ist. Dass im Allgemeinen die Sache zur Zeit des Pfandvertrags dem Verpfänder gehört haben müsse, darüber bleibt nach den klaren Worten Marcian's l. 23 D. de probat. et praesumpt. (22,3) allerdings kein Zweifel. Er sagt: Ante omnia probandum est, quod inter agentem et debitorem convenit, ut pignori hypothecaeve sit; sed et si hoc probet actor, illud quoque implere debet, rem pertinere ad debitorem eo tempore, quo convenit de pignore, aut cujus voluntate hypotheca data sit. Die erste Voraussetzung unseres Fragments, dass nämlich zum Zweck der Constituirung eines Pfandrechts überhaupt ein Pfandvertrag abgeschlossen sei, — kann uns weiter hier nicht be-

schäftigen, dass von der zweiten im Laufe der Zeit und im Interesse des Verkehrs die vielfältigsten Ausnahmen sich bildeten, deuteten wir schon an. Welches sind nun diese Ausnahmen, — in welchen Fällen kann auch vom non dominus eine Pfandbestellung gültig ausgehn und unter welchen Bedingungen? Das sind die Fragen, die uns hier beschäftigen sollen.

Bei näherem Eingehn in unsere Aufgabe drängt sich uns, um nur einigermaßen eine Uebersicht über die grosse Fülle der hier zu durchforschenden Rechtsverhältnisse zu gewinnen, die Nothwendigkeit auf, dieselben unter einige Hauptgesichtspunkte zu stellen und es möchte dies am zweckmässigsten erreicht werden, wenn wir zuerst die Verpfändung von Rechten, dann die Verpfändung, welche Jemandem in Folge von Administrationsbefugnissen über fremde Sachen zusteht, — hierauf die Verpfändung fremder Sachen ohne solche Befugnisse und endlich die Verpfändung von zukünftigen Gütern einer eingehenderen Betrachtung unterziehen. Dies möchten alle die Formen sein, in denen überhaupt die Verpfändung von Nichteigenthum vorzukommen pflegt; — die nähere Entwicklung ihrer Hauptmomente wird geeignet sein, unsern Gegenstand in möglichst erschöpfender Weise zur Darstellung zu bringen.

A. Die Verpfändung von Rechten*).

In den Quellen finden wir keinen allgemeinen Lehrsatz über die Verpfändung von Rechten, sondern nur einzelne, zerstreut vorkommende Verpfändungen von Rechten verschiedener Art. Als Grund der Zulässigkeit dieser Verpfändungen wird oft die utilitas contrahentium hervorgehoben, wie denn in der That die Bedürfnisse des Verkehrs die Ausdehnung der Verpfändung auf Rechte vorzüglich herbeigeführt haben. Tauglich zur Verpfändung sind nur solche Rechte, welche den Gläubiger durch Ausübung oder Veräusserung derselben die Befriedigung seiner Forderung zu gewähren im Stande sind. In dieser Hinsicht kommen in Betracht:

I. Die Verpfändung von jura in re.

1. Die Verpfändung der Emphyteusis und Superficies.

§ 1.

Es sind das diejenigen Rechte, welche dem Eigenthume am nächsten kommen. Dass eine Emphyteusis so wie eine Superficies verpfändet werden können, ist unbestritten. Wir finden dies ausdrücklich anerkannt l. 16 § 2 D. de pign. act. (13,7):

*) Vergl. Glück: P. U. XIV. S. 24 ff. 57 ff. Westphal: Pfandrecht § 137—143. Gesterding: Die Lehre vom Pfandrecht. 2. Auflage. S. 68 ff. Wenig-Ingenheim: Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 3. Aufl. I. § 163. Büchel: Civilrechtliche Erläuterungen. Bd. 1, S. über jura in re und deren Verpfändung. Sintenis: Lehrbuch des gemeinen Pfandrechts. S. 121 ff. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. 6. Aufl. S. 919 ff. Hepp: Archiv für die civilistische Praxis. XV. S. 79 ff. Mühlenbruch: Cession der Forderungsrechte. S. 336 ff. S. 519 ff.

Etiam vectigale praedium pignori dari potest; sed et superficarium, quia hodie utiles actiones superficariis dantur.

Ebenso anerkannt ist, dass die Verpfändung sowohl als pignus, wie hypothekweise vorkommen kann l. 13 § 3 D. de pign. (20,1). Bestritten aber wird, was hier eigentlich der Verpfändung unterliege: die Sache oder das Recht? Gesterding l. c. S. 68 ff. erklärt sich dafür, dass nur das dingliche Recht am fremden Grundstück und an dem auf fremdem Boden stehenden Gebäude verpfändet werden könne und hält es für mangelhafte Ausdrucksweise der Juristen, wenn in den Quellen [z. B. l. 31 D. de pign. (20,1). l. 13 § 3 cod. l. 16 § 2 D. de pign. act. (13,7)] immer nur von einer Verpfändung des fundus emphyteuticarius oder der aedes superficariae die Rede ist. Derselben Ansicht ist Hepp l. c. S. 84. indem er annimmt, dass die römischen Juristen, die ja eben die Fälle des gemeinen Lebens zu beurtheilen hatten, hierbei nur der, im gemeinen Leben üblichen Terminologie folgten*). Es geht aber aus den klaren Worten der Juristen in den angezogenen Stellen hervor, dass bei derartigen Verpfändungen ausdrücklich immer nur der fundus und die aedes als verpfändet gedacht wurden. Auch besteht, der eigenthümlichen Natur der Emphyteusis und der Superficies gemäss, das unmittelbare Objekt derselben keineswegs, wie dies wol bei den Servituten der Fall ist, in intellektuellen, aus dem Umfange des Eigenthums dem Rechte nach ausgeschiedenen, ein selbstständiges Recht bildenden Befugnissen, (also nicht in jure consistit), sondern immer in dem Eigenthume seinem ganzen Umfange nach, dem corpus selbst, d. h. in dem körperlichen Grund und Boden, oder dem Gebäude, den aedes, welche dem Emphyteuten und Superficiar zum Zwecke der vollständigen und unabhängigen Benutzung überlassen wurden, weshalb eben als Objekt der Verpfändung immer der fundus emphyteuticarius

*) Vergl. dagegen Büchel l. c. S. 22 ff. 121 ff. Sintenis l. c. S. 134 ff.

und die *aces superficiariae* selbst genannt werden mussten. In Bezug auf beide wird also auch keine *possessio juris* und ebenso wenig eine *vindicatio juris*, sondern vielmehr *corporis* vorkommen, und zwar wird diese *vindicatio* nur eine *utilis rei vindicatio* sein, weil der *Emphyteuta* und der *Superficiar* die Sache nicht wegen des ihm daran zustehenden Eigenthumsrechts in Anspruch nimmt, sondern nur, weil ihm die unmittelbare Eigenthumsausübung an derselben gebührt. Von dem Eigenthümer und dem *Servitutberechtigten* unterscheidet er sich wesentlich dadurch, dass diese ihre eigenen Rechte, er aber immer nur ein fremdes Recht ausübt. — Praktisch wichtige Folgen hat übrigens diese Controverse keinerlei, da die Sache dem *Pfandgläubiger* immer nur in dem Umfange des Rechts, welches der *Verpfänder* an ihr hatte, haftet, also der *fundus* immer nur als *emphyteuticarius* und die *aces* nur als *superficiariae*, d. h. der unmittelbaren Eigenthumsausübung nach, die dem *Verpfänder* eben nur gebührt, verpfändet werden können, eben so wie in Bezug auf die Dauer des *Pfandrechts*, dieselbe von der Dauer des Rechts des *Verpfänders* abhängig ist. l. 31 D. de pign. (20, 1).

2. Die Verpfändung der *Servituten*.

§ 5.

Der Gesichtspunkt, aus dem die Verpfändung sowohl der *Real-* als der *Personalservituten* aufzufassen, ist ein doppelter: es kann nämlich entweder vom *Eigenthümer* zur Sicherung einer Forderung dem *Gläubiger* eine *Servitut* eingeräumt, oder von Seiten des *Inhabers* eine schon constituirte *Servitut* verpfändet werden. Diesen doppelten Gesichtspunkt finden wir auch in den Quellen berücksichtigt: l. 44 § 2 D. de pign. (20, 1):

Ususfructus an possit pignori hypothecaeve dari, quaesitum sit, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet.

Was nun *α*. Die pfandweise Einräumung der *Servitut* betrifft, so tritt uns hier zuvörderst die Frage entgegen: wer bei einer solchen als *Servituteninhaber* eigentlich anzusehen sei: Der *Verpfänder*, der *Pfandgläubiger* oder, — sind beide als solche nicht anzusehen, — ein *Dritter*? Aus der Beantwortung dieser Frage wird dann zugleich die einer andern, höchst wichtigen resultiren: wann die *Servitut* eigentlich als bestellt zu betrachten sei? Was die erste Frage betrifft, so kann der *Verpfänder* schon einfach wegen des Satzes *nemini res sua servit* durchaus nicht als *Inhaber* der *Servitut* angesehen werden. In der That hat man sich auch allgemein der Ansicht zugewendet, dass der *Pfandgläubiger* als *Inhaber* derselben zu betrachten sei, wo dann freilich Anomalien mannigfacher Art, wie die sonst unzulässige Bestellung einer *Dienstbarkeit auf Zeit* (*servitus ad tempus constitui nequit*), — da ja die *Servitut* nothwendig mit Abtragung der *Pfandschuld* wegfallen muss, — so wie die Möglichkeit deren Veräußerung, die dem *Gläubiger* zuzugestehen war, — sich nicht vermeiden liessen. — In der That aber steht eben so wenig dem *Verpfänder* wie dem *Pfandgläubiger* die *Servitut* zu. Das unmittelbare Object einer *Servitut* besteht in intellektuellen, aus dem Umfange des Eigenthums dem Rechte nach abgelösten, und so ein selbstständiges Recht bildenden, Befugnissen. Sind nun dem *Pfandgläubiger* diese Befugnisse verpfändet worden, so kann er dieselben doch unmöglich dem Rechte nach als ihm zuständig, als *seine* Befugnisse in Anspruch nehmen, eben so wenig wie er, wenn ihm der *Eigenthümer* die Sache verpfändet, deren *Eigenthum* erwirbt, sondern dieselbe ihm nur derart verhaftet ist, dass er sie zum Zwecke seiner Befriedigung veräußern kann. Der *Pfandgläubiger* kann also nicht *Servituteninhaber* sein, vielmehr gewährt ihm das *Pfandrecht* an einer *Servitut* entweder nur die quasi *possessio* derselben, wenn sie ihm als *pignus* eingeräumt worden, oder, wenn im Falle einer blossen *Hypothek*, die Verpfändung ohne *Besitzüberlassung* geschah, das Recht diese quasi *possessio* durch die *actio*

hypothecaria zu erlangen. Ausser dieser quasi possessio besteht das Recht des Pfandgläubigers noch darin, dass er, wie er bei der Verpfändung körperlicher Sachen das Pfand im Falle der Nichtbefriedigung veräussern kann, so auch analog hier die ihm verpfändete Servitut mit der Wirkung zu veräussern befugt ist, dass sie dem Gläubiger vollgiltig erworben werde, d. h. er darf eben die Servitut als solche constituiren. Die wirkliche Servitut entsteht also erst bei dem Käufer, bis dahin, d. h. bis zur Veräusserung von Seiten des Pfandgläubigers, war noch gar keine, von dem Eigenthume getrennte Servitut vorhanden, sie bestand nur in der Eigenschaft intellektueller Bestandtheile des Eigenthums selbst, — die quasi possessio war zunächst nur eine faktische Ausschcheidung derselben aus dem Eigenthume. Dass hier die quasi possessio einer noch gar nicht vorhandenen Servitut angenommen wird, hat nichts Auffallendes, da ja ihr materieller Inhalt allerdings vorhanden ist und da dasselbe bei der bonae fidei possessio einer Servitut, so wie bei der precario eingeräumten ebenfalls vorkommt*) vgl. l. 2 § 3, l. 4 § 4, l. 15 § 2 D. de prec. (43, 26). In der That schwinden gemäss dieser Ansicht auch die schon erwähnten Anomalien. Der Grundsatz, dass eine Servitut nicht auf Zeit bestellt werden könne, wird nicht verletzt, weil eben eine solche Servitut gar nicht, sondern nur die quasi possessio bestellt worden, und diese ist, da sie precario ertheilt werden kann, jedenfalls auf Zeit zulässig. Ebenso wenig stösst der Pfandgläubiger gegen die Regel von der mangelnden Veräusserungsbefugniss an, denn er veräussert ja nicht eine Servitut, sondern nur die, bisher rechtlich noch im Umfange des Eigenthums enthaltenen intellektuellen Bestandtheile des letzteren und constituirt so, was er blos der Ausübung nach hatte, bei dem Käufer dem Rechte nach. Unter der Verpfändung einer Ser-

vitut ist also nichts Anderes zu verstehn, als die Verpfändung einer eventuellen, durch Veräusserung von Seiten des Pfandgläubigers erst constituirten Servitut. Demgemäss ergibt sich auch die Beantwortung der schon oben angeregten Frage, wann eine Servitut als bestellt zu betrachten sei? folgerichtig dahin: dieser Zeitpunkt sei der der Veräusserung von Seiten des Pfandgläubigers; und es erscheinen die differirenden Meinungen von Gesterding und Hepp, von welchen ersterer l. c. S. 70 die Servitut als mit der Verpfändung erst geschaffen, also gleichzeitig mit dieser bestellt, betrachtet und letzterer l. c. S. 83 meint, die Constituirung der Servitut müsse der Verpfändung nothwendig vorausgehen, weil das Pfandrecht ohne Gegenstand nicht denkbar sei, — beide als gleich wenig einer specielleren Widerlegung bedürftig.

Die bisher entwickelten allgemeinen Grundsätze werden uns gestatten, die einzelnen Arten der Servituten in grösserer Kürze zu behandeln. Was demnach:

1) Die *servitutes praediorum rusticorum* betrifft, so ist deren Bestellung zum Pfande von Paulus l. 12 D. de pign. (20, 1) unzweifelhaft anerkannt:

Sed an viae, itineris, actus, aquaeductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut, si talis pactio fiat, quamdiu pecunia soluta non sit, iis 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.

Dieses Fragment des Paulus ist für uns auch deshalb von Interesse, weil in demselben durch die Worte: *iis servitutibus creditor utatur* die Richtigkeit der Behauptung bestätigt wird, dass dem Pfandgläubiger bis zum Verkaufe nur die *possessio servitutis*, d. h. das *uti*, nicht aber das *ius* eingeräumt wird. Zugleich wird der Natur der Servituten gemäss verlangt, dass der Gläubiger einen *fundus vicinus* besitze, und dass nur an den Eigenthümer eines *fundus vicinus* verkauft werde. Dass nur die ser-

*) Dieser, zuerst von Büchel l. c. S. 73 ff. entwickelten Ansicht, sind von neueren Schriftstellern hauptsächlich Stüben's l. c. S. 121 ff. und Vangerow l. c. S. 921 beigetreten, und kann dieselbe jetzt wol als allgemein angenommen betrachtet werden.

tutes itineris, actus, aquaeductus und viae hier genannt werden, scheinbar also nur diese der Verpfändung zu unterliegen im Stande sind, kann uns weiter nicht auf-fallen, da diese vier, auf die alleinfachsten und nothwendigsten Bedürfnisse des Landbaues sich beziehenden Servituten sehr häufig repräsentativ für alle übrigen servitutes rusticae genannt werden, so dass, was über jene vier gesagt ist, natürlich auch für die übrigen Geltung haben muss. — Was:

2) die servitutes praediorum urbanorum anlangt, so können dieselben nach Marcian vom Eigenthümer weder vom Faustpfand noch zur Hypothek bestellt werden. l. 11, § 3 de pign. (20, 4):

Jura praediorum urbanorum pignori dari non possunt; igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

Die klaren Worte dieser Stelle lassen keinen Zweifel zu, nur über den Grund dieser Bestimmung ist man verschiedener Meinung und hat die mannigfachsten Erklärungs-Versuche angestellt. Von neueren Schriftstellern ist Rosshirt (Zeitschrift für Civil- und Criminalrecht, Bd. I, S. 4, Note 7) der Ansicht, die servitutes praediorum rusticorum könnten mancipirt und darum auch verpfändet werden, die servitutes praediorum urbanorum hingegen nicht; — er übersieht aber, dass den usufructus, der doch ebenso wenig zu den res mancipi gehört, nach l. 11, § 2 D. de pign. (20, 4) zu verpfänden ausdrücklich gestattet war. Bachofen (das römische Pfandrecht, S. 79) verlangt, dass zur wirksamen Constituirung eines Pfandrechtes zwei Eigenschaften zusammentreffen müssten: Besitzfähigkeit und actio in rem. Weil nun das notwendige Erforderniss der Besitzfähigkeit bei den servitutes praed. urb. fehle, so könne mithin auch kein Pfandrecht an denselben entstehen. Büchel l. c. S. 87 findet den Grund darin, dass bei Einräumung einer Dienstbarkeit die Befugnisse, welche dieselben eventualiter bilden sollen, genau zu bestimmen seien, und dass dieselben auch einem andern Grundstücke Vortheile gewähren, also einen absoluten Werth haben müssen, was eben bei den

serv. praed. urb. nicht der Fall sei. Allerdings wird meist wegen factischer Schwierigkeiten ein Pfandrecht an einer servitus urbana nicht realisirt werden können. — Was endlich:

3) die pfandweise Einräumung der Personalservituten betrifft, so gelten in Bezug hierauf dieselben Normen, nach denen, in Verbindung mit den von uns entwickelten allgemeinen Grundsätzen, die servitutes praed. rust. beurtheilt wurden. Ausdrücklich anerkannt ist die pfandweise Einräumung des usufructus l. 11, § 2 de pign. (20, 4). Auch hier wird nicht der Pfandgläubiger Inhaber, der Servitut, sondern erst der Käufer, es erlischt also der usufructus, und folgeweise ebenso wenig das Pfandrecht daran, auch nicht mit dem Tode des Gläubigers, sondern mit dem Tode des Käufers. — Ueber die Verpfändung anderer Personalservituten findet sich in den Quellen nichts, es ist jedoch kein Grund vorhanden, dass das, was über die pfandweise Bestellung eines usufructus und deren Wirkungen bemerkt ist, in gleicher Weise nicht auch bei dem usus und der habitatio eintreten sollte. —

b. Die Verpfändung einer schon constituirten Servitut von Seiten des Inhabers derselben bietet wenig Schwierigkeiten dar. Es ist:

1) Die Verpfändung von Realservituten ganz unmöglich, da eine einmal constituirte Prädialservitut ihrer Natur gemäss weder dem Rechte, noch der Ausübung nach vom praedium dominans getrennt werden kann.

2) Von Personalservituten ist die Verpfändung des usus von Seiten des Usuars ausgeschlossen, weil derselbe, ebenso wie die Prädialservituten, sogar der Ausübung nach unübertragbar ist § 4 J. de usu et hab. (2, 5). Der usufructus dagegen kann allerdings verpfändet werden. Der Gegenstand der Verpfändung ist hier nicht das Recht selbst, sondern nur die Ausübung desselben, die der Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung also auch allein veräußern kann; auch hat er das Recht die Früchte zu

ziehen. Mit dem Tode des Verpfänders erlischt auch das Pfandrecht des Gläubigers. l. 8 pr. quib. mod. pign. (20, 3). Was vom usufructus gilt, muss füglich auch als für die habitatio geltend angenommen werden.

3. Die Verpfändung des Pfandes.

§ 6.

Die Quellen behandeln das subpignus in einem eigenen Titel des Codex 8, 24 si pignus pignori datum sit und in verhältnissmässig wenig zahlreichen Pandektenstellen: l. 40, § 2 D. de pign. act. (13, 7). — l. 44, § 3 D. de divers. temp. praeser. (44, 3) l. 13, § 2 D. de pign. (20, 4). Ueber die Zulässigkeit desselben ist demnach kein Zweifel. Wol aber ist eine schwierige und vielfach bestrittene Frage die über die Wirkung der von Seiten des Pfandgläubigers in Folge seines Pfandrechts vorgenommenen Afterverpfändung. Zunächst ist schon der Gegenstand dieser Verpfändung ein bestrittener, indem als solcher bald die verpfändete Sache, bald das Pfandrecht selbst als dingliches Recht, bezeichnet wird, sodann entsteht die Frage, ob das subpignus zugleich die Verpfändung des Forderungsrechts, für welches dem Afterverpfänder die verpfändete Sache haftet, enthalte, oder nicht?

§ 7.

Was zuerst das Objekt des subpignus betrifft, so ist die Ansicht unserer Rechtslehrer eine völlig differirende: ein Theil*) erklärt sich für die Weiterverpfändung des Pfandrechts selbst, ein anderer**) betrachtet entschieden

*) Westphal l. c. § 142 und 143. Thibaut: System des Pandektenrechts § 648. Puchta: Cursus der Inst. 4. Aufl. § 250, Note i. Gesterding l. c. S. 80. Mühlenthal: Cession. S. 336 ff. 349 ff. Löh: Archiv. XIV. S. 162 ff.

**) Glück: P. C. S. 57—59: Sittenf. l. c. S. 160 ff. Büchel l. c. S. 99 ff. Vangerow S. 924. Huschke: Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. XX. S. 221 ff.

nur die verpfändete Sache als weiter verpfändet. Eine dritte, von Hepp Archiv XIV S. 87 ff. aufgestellte Ansicht lautet: Wer ein Pfandrecht zum Afterpfand giebt, verpfändet damit ein nomen, d. h. nicht die Hauptforderung, für welche ihm ein Pfandrecht constituirt wurde, sondern diejenige, welche ihm aus der Constituirung des Pfandes (ex contractu pignoriatico oder ex pacto hypothecae) gegen den Pfandbesteller zusteht, das Pfandrecht im Verhältniss zum Schuldner. Diese Meinung beruht auf einem augenscheinlichen Irrthum über das Wesen des contractus pignoriaticus und ist zu verwerfen, weil sie das falsche Princip aufstellt, das Pfandrecht, als blosses Accessorium könne getrennt vom Hauptrecht übertragen werden. Ausserdem kann in diesem Falle überhaupt von einem Afterpfande gar nicht die Rede sein, da ihm seine Ansprüche aus dem contractus pignoriaticus nicht verpfändet sind, sondern als ursprüngliches Forderungsrecht zustehen.

Indem wir die Ansicht, dass nur die Sache, nicht das Pfandrecht weiter verpfändet werde, für die richtige halten, so scheint diese schon dadurch gerechtfertigt, dass in den Quellen bei dem subpignus unzweifelhaft immer dieser Gesichtspunkt festgehalten wird, da diese sich über die Verpfändung eines Pfandes ganz ebenso aussprechen, wie über die Verpfändung jeder andern Sache; z. B.: l. 43 § 2 de pign. (20, 4): quum pignori rem pignoratam accipi placuerit*) etc., ebenso l. 44 § 3 D. de diversis temp. praeser. (44, 3): si mihi pignori dederis, et ego eandem rem alii pigneravi etc. l. 1 C. si pignus pignori (8, 24): etiam id, quod pignori obligatum est etc. l. 2 eod. sed si creditor possessionem, quae a parentibus tuis etc. — Abgesehen hiervon, setzt das Afterpfand schon seinem Begriffe nach voraus, dass immer nur das, was den Gegenstand des

*) Der Erklärungs-Versuch Puchta's l. c. N. i.: man habe den Ausdruck rem pignoratam — der hier eigentlich jeden Zweifel versuchen muss, — nur gewählt, weil er sich durch seine Kürze empfehle, — ist jedenfalls ungenügend.

ersten Pfandrechtes ausmachte, — also die Sache — von dem Pfandberechtigten weiter verpfändet werde. Hält man aber das Afterpfand für eine Verpfändung des Pfandrechts, so wäre eben nur dieses, also die Verpfändung eines, bei dem Gläubiger erst begründeten, nicht aber eines bei ihm verpfändeten Rechts vorhanden.

§ 8.

Das durch das subignus entstehende gegenseitige Verhältniss der betheiligten Personen, so wie dessen Bedingungen und Folgen, müchten, den spärlichen Andeutungen der Quellen gemäss, wesentlich folgendermassen zu fixiren sein: Es kann der Pfandgläubiger auf den Afterpfandgläubiger schon dem Grundsatz gemäss: *nemo alteri plus juris concedere potest, quam ipse habet* (l. 54 de div. reg. jur. 50, 17) weder der Dauer, noch dem Umfange nach mehr Rechte übertragen, als ihm selbst an der verpfändeten Sache zukommen. Das Pfandrecht des Afterpfandgläubigers ist dabei von demjenigen des ersten Gläubigers abhängig, es kann nur dauern, so lange das erste besteht und geht unter, sobald dieses erlischt. Bezahlt also der Eigenthümer dem ersten Gläubiger die Schuld, so erlischt auch das Pfandrecht des zweiten und dieser kann dem Eigenthümer die Herausgabe der Sache nicht vorenthalten. l. 40 § 2 de pign. act. (13, 7):

... Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

Der Eigenthümer braucht auch dem zweiten Gläubiger nicht mehr zu bezahlen, als er dem ersten schuldig ist, — sollte auch die Forderung des zweiten sich höher belaufen — um sein Pfand einzulösen. l. 2 C. si pign. (8, 24).

Es wird überhaupt der Afterpfandgläubiger als Cessionar des ersten Pfandgläubigers in soweit zu betrach-

ten sein, als ihm ein Pfandrecht an der Sache in dem Umfange zusteht, als es der Pfandgläubiger hatte und behält, — also mit Einschluss der Aufhebungsgründe des Pfandrechts des letzteren durch Zahlung oder sonstige Befriedigung; — wogegen das Pfandrecht des ersten Gläubigers, so lange das Afterpfandrecht dauert, ebenso gebunden ist, wie das Forderungsrecht des Cedenten, nachdem der Cessionar zu einer actio utilis berechtigt worden ist. Dem ersten Pfandgläubiger ist also, so lange das Afterpfandrecht dauert, die Distraktion nicht gestattet, der Afterpfandgläubiger ist in Concurrenz mit ihm potior in pignore l. 14 § 3 D. de div. temp. praesc. (44, 3); der zweite Gläubiger hat seinerseits das *jus distracendi* nur, so lange des ersten Gläubigers Forderung und seine eigne noch bestehen und auch nur für soviel, als seine Forderung der des ersten Gläubigers gleichkommt l. 13 § 2 D. de pign. (20, 1) l. 40, § 3 de pign. act. (13, 7). Mithin haftet die verpfändete Sache dem Afterpfandgläubiger auch nicht auf mehr, als das beiderseits (vom Afterpfandgläubiger und Afterverpfänder) darauf empfangene Geld nicht zurückgezahlt ist, m. a. W. als soweit die beiderseitigen Forderungen sich decken l. 13 § 2 de pign. (20, 1):

... Quam pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur, et tum exceptio quam actio utilis ei danda est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur.

Eigenthümlich ist der letzte Passus unserer Stelle: *quodsi dominus* etc. Es bleibt nämlich hier zweifelhaft, ob eine Zahlung an den ersten oder zweiten Pfandgläubiger gemeint sei, denn dem ersten kann der dominus zahlen, weil in der Regel jede Zahlung an den Gläubiger selbst geschieht, dieser also jedenfalls zunächst gemeint sein wird. Dem zweiten kann er zahlen, weil bei Auslösung eines Pfandes man natürlich dem Pfandinhaber zahlen wird, da der Schuldner dadurch ohne Zweifel auch von seinem Gläubiger befreit wird. Es scheinen

also beide Fälle hier, zusammengefasst zu sein und Marcian eben deshalb es unbestimmt zu lassen, ob das Geld dem ersten oder zweiten Pfandgläubiger gezahlt wird. — Was das Distractionsrecht des Afterpfandgläubigers betrifft, so tritt dasselbe erst dann ein, wenn die Forderung des Afterverpfänders fällig ist, weil früher ebenso wenig der erste Pfandgläubiger als der Afterpfandgläubiger veräußert kann. Es muss aber auch die Forderung des Afterpfandgläubigers fällig sein, weil die Veräußerungsbefugnis dem Pfandgläubiger immer nur im Falle nicht rechtzeitiger Befriedigung gestattet ist. l. 4 D. de distr. pign. (20, 5). Die Wirkungen der Veräußerung von Seiten des Afterpfandgläubigers endlich sind durchaus dieselben, wie wenn der erste Gläubiger veräußert hätte. Er überträgt durch Veräußerung des Pfandes dieselben Rechte, die der erste Pfandgläubiger hätte begründen können, und vernichtet durch seine Veräußerung nicht allein sein, sondern auch das erste Pfandrecht l. 4. C. si pign. (8, 24). Nach den meisten dieser Bestimmungen ist die Lage des Afterpfandgläubigers eine ersichtlich bessere, wie die des ersten Pfandgläubigers, wie denn auch schon ein allgemeiner Grundsatz dahin lautet: creditor creditoris creditori praefertur.

§ 9.

Die Frage, ob mit der Bestellung des Afterpfandrechts auch die Hauptforderung, für welche die verpfändete Sache haftet, verpfändet sei, hat einen noch ungleich lebhafteren Streit, als den bisher ventilirten, angeregt. Unter den zahlreichen Erörterungen, die in Bezug hierauf stattgefunden, verdienen die einander bekämpfenden von Büchel l. c. S. 144 ff. und Mühlenbruch Cession S. 337 ff. unstreitig die meiste Berücksichtigung, weshalb ein näheres Eingehn auf dieselben gerechtfertigt erscheint*). Büchel argumentirt so: Abgesehn von dem all-

gemeinen, aus der accessorischen Natur des Pfandrechts entlehnten Grunde, dass bei der After-Verpfändung zugleich auch das Pfandrecht weiter verpfändet sei, welches aber ohne die Forderung, für die es bestellt ist, nicht bestehen kann, — welcher Grund jedoch nicht zuzugeben ist, da es immer nur die Sache ist, die weiter verpfändet wird; — abgesehn hiervon müsste erst nachgewiesen werden, dass das Pfandrecht im Sinne der Prädialservituten accessorischer Natur sei, d. h. dass so wie diese, selbst der Ausübung nach, von dem herrschenden Grundstücke nicht getrennt werden können, so das Pfandrecht nicht von der Forderung getrennt werden könne. Wäre aber auch das Pfandrecht weder der Ausübung, noch auch dem Rechte nach getrennt von der Forderung übertragbar, so könnte immer nur gesagt werden, dass darum dasselbe auch nur mit der Forderung verpfändet werden könnte, nicht aber, dass in der Verpfändung des Pfandrechts auch eine stillschweigende Vorpfändung des Forderungsrechts mit enthalten sei, denn sonst müsste ja die Vorpfändung einer Prädialservitut auch die des Landgutes nach sich ziehen, folglich bestände in letzterem Falle nicht ein pignus servitutis, sondern ein pignus praedii, so wie im ersteren Falle nicht ein pignus pignoris, sondern ein pignus nominis. — Wie nun Büchel hier hat übersehen können, dass sein Vergleich mit den Prädialservituten, — auf welchem sein Beweis hauptsächlich basirt, — darum in keiner Weise anwendbar ist, weil es unzweifelhaft feststeht (v. § 5, 1), dass eine Prädialservitut vom Berechtigten gar nie verpfändet werden kann, weil sie eben vom Grundstücke nicht getrennt werden darf, — ist nicht wohl einzusehn. Seine Ansicht, die er hieraus folgert, dass nämlich das pignus pignoris keineswegs die Verpfändung der Hauptforderung in sich enthalte, — kann uns demnach nicht befriedigen. — Die Deduktion Mühlenbruchs, der entgegengesetzter Ansicht ist, lautet in Kürze dahin: Die accessorische Natur des Pfandrechts erklärt es, dass in dem pignus oppignoratum zugleich ein nomen oppignoratum liegt, denn das Pfandrecht setzt allemal ein nomen als Bedingung voraus, darum

*) Hepp's eigenthümliche Ansicht, die auch auf vorliegende Frage Beziehung nimmt, hoffen wir § 7 hinlänglich zurückgewiesen zu haben.

kann es auch nicht losgerissen von dem Hauptrecht einem Dritten überlassen werden. Daher musste die Verpfändung eines Pfandrechts entweder ganz verworfen, oder sie zugleich mit auf die Hauptforderung bezogen werden. Hätte man aber auch inconsequenterweise eine Verpfändung des Pfandrechts ohne das nomen zugelassen, so gewährte dies dem zweiten Gläubiger eine zu geringe Sicherheit, weil er dann kein Mittel hatte, die Leistung der Schuld an den ersten Gläubiger zu hindern. Man berücksichtigte also bei solchen Verpfändungen den Zweck, welcher kein anderer sein konnte, als durch die Verpfändung eines Anspruchs an Dritte, den Gläubiger so wirksam wie möglich zu sichern. Ein Zweifel in Bezug auf diese Sicherheit war aber nicht möglich, weil die Schuld, für welche das Pfand zunächst haftete, bei der zweiten Verpfändung namhaft gemacht werden musste. So wurde denn kein Unterschied zwischen dem *pignus pignori datum* und dem *nomen oppignoratum* gemacht, und weil jenes wirksamer war, so wurde es gewöhnliche Form, so dass sich das letztere als mitverpfändet dabei von selbst verstand.

§ 40.

Wir sehen, bei seiner Deduktion geht Mühlenbruch von dem Gedanken aus, dass beim *subpignus* immer die Weiterverpfändung des Pfandrechts stattfinde. Da wir nun aber nachzuweisen versucht haben, dass nicht das Pfandrecht, sondern die Sache weiter verpfändet wird, so kann dieselbe, trotz des Scharfsinns und der überzeugenden Weise, mit der sie entwickelt ist, uns für unsere Ansicht keine Stütze gewähren. Diese stimmt allerdings mit der Mühlenbruch's, dass nämlich in der Afterverpfändung zugleich ein *pignus nominis* enthalten sei, überein.

Es scheint aber schon aus allgemeinen Gründen diese Ansicht die richtige. Der Zweck des Afterverpfänders war, wie Mühlenbruch richtig bemerkt, der, den Gläubiger möglichst sicher zu stellen. Dies konnte am

Wirksamsten geschchn, wenn ersterer letzterem auch die Forderung als verpfändet überliess, weil die Verfolgung des Pfandes eben von der Forderung abhängt, und es war demnach nur natürliche Folge, dass das *pignus nominis* stillschweigend immer vorausgesetzt wurde. Es war das aber auch von höchster Wichtigkeit für den Afterpfandgläubiger, denn da derselbe an das Pfandobject nicht eher kommen konnte, als bis auch die Schuld des ersten Schuldners fällig war, so blieb ihm nach römischem Rechte, welchem Arrestverfügungen unbekannt waren, vor der Verfallzeit des verpfändeten *pignus* kein Mittel sich sicher zu stellen, — es wäre ihm m. a. W. hiernach höchst unbilligeweise die regelmässige Befugniß eines jeden Pfandgläubigers nicht zugekommen, zu der Zeit, wo seine Forderung fällig ist, von dem Pfandrecht Gebrauch machen zu können.

§ 41.

Ausser diesen allgemeinen Gründen möchte aber auch eine positive Bestimmung der Quellen für unsere Ansicht sprechen. Wir müssen dieselbe in der vielfach angezogenen und vielfach ausgebeuteten l. 13 § 2 D. de *pign.* (20, 4) suchen. Diese ungemein dunkle und vieldeutige Stelle Marcian's ist der Gegenstand häufiger Besprechungen, namentlich in neuester Zeit geworden, indem jeder der Interpreten sich bemüht hat, sie für seine Ansicht irgend wie geltend zu machen *) Es würde jedenfalls zu weit führen, wenn wir es unternähmen, auf alle, oder selbst auf einzelne dieser Ansichten in nähere Erörterungen einzugehen. Versuchen wir vielmehr unsers Theils eine unserer Ansicht entsprechende Erklärung der Stelle. Das Fragment Marcian's lautet l. c. so:

*) So *Büchel* l. c. s. 113 ff. *Stintenis* l. c. s. 176 ff. *Mühlenbruch* l. c. s. 378 ff. *Vangerow* l. c. s. 929 ff. *Huschke* l. c. s. 227 ff. *Gesarding* l. c. s. 80. *Hepp* l. c. s. 86. *Löhr* l. c. s. 162 etc. Unter den Aeltesten wären vor Allen *Glück*: P. C. s. 58, Ann. 79 und s. 60, Ann. 83 und *Westphal* l. c. s. 206, Ann. 166 zu nennen.

Quum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur; et tum exceptio quam actio utilis ei danda* est. Quodsi dominus solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditori numerum solutorum nomine utilis actio danda sit, aut 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.

Der Inhalt der Stelle zerfällt, wie ersichtlich, in zwei Hauptabschnitte. In beiden hat Marcian die Frage vor Augen, welche Folgen die Afterverpfändung nach sich ziehe? Im ersten nimmt er als Folge das von uns § 8 schon Erwähnte auf, dass nämlich die verpfändete Sache dem Afterpfandgläubiger, nur so weit die beiderseitigen Forderungen sich decken, hafte. Im zweiten Abschnitte nimmt die Demonstration des Juristen folgenden Verlauf: Mit dem numquid creditori ist der zweite Gläubiger bezeichnet, da derselbe schon vorher ebenfalls allein genannt und besprochen wurde (mithin nicht, wie Vangerow interpretirt, der erste Gläubiger). Die Frage ist die: ob und in wiefern der zweite Gläubiger Ansprüche an das Objekt der Hauptforderung seines Schuldners habe, nachdem die erste Pfandschuld abgetragen ist, d. h. ob ihm in diesem Falle eine analoge Pfandklage zu gestatten sei? numquid creditori numerum solutorum nomine utilis actio danda sit, aut non? Und zwar: hat er Ansprüche auf das vom dominus gezahlte Geld, oder, wenn der Gegenstand der abgetragenen Schuld nicht Geld, sondern eine körperliche Sache, eine species, war, nicht wenigstens auf diese? quid enim, si res soluta fuerit? Wenn nun Marcian zur Beantwortung dieser Frage sich auf die Entscheidung des Pomponius bei einem nomen oppignoratam beruft, und die Verpfändung eines Pfandes nach denselben Grund-

sätzen beurtheilt wissen will, die im Allgemeinen von der Verpfändung eines nomen, — eines persönlichen Forderungsrechtes, — gelten, so leuchtet doch soviel ein, dass hieraus schon nothwendig zu folgern ist, dass das subpignus jedenfalls eine Verpfändung eines persönlichen Forderungsrechtes, und zwar das, des Verpfänders, in sich schliessen müsse, da ohne diese Annahme die Zusammenstellung jener Entscheidung mit seinem (Marcian's) Falle in gar keinem Zusammenhange stände, vielmehr völlig unerklärlich bliebe. Abgesehen aber selbst hiervon, sind von entscheidender Wichtigkeit die Worte: si quidem pecuniam debet is, cuius nomen*) pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum. Offenbar hatte hiernach der Afterpfandgläubiger die Leistung von dem ersten Gläubiger eingefordert (exacta ea). Hierzu, — und nicht blos zur Entgegennahme des freiwillig Geleisteten, musste er nothwendig berechtigt sein, es musste ihm das jus exigendi zustehn, und zwar konnte er dieses Recht nur entweder durch ausdrückliche Verpfändung der Schuld, oder in Folge der Voraussetzung erhalten, dass im subpignus zugleich eine Verpfändung des nomen liege. Von Ersterem ist hier nicht die Rede, mithin tritt die zweite Voraussetzung nothwendig ein. Ist dem nun so, wie wir nachgewiesen zu haben glauben, so möchte, um den Zusammenhang zu veranschaulichen, die Paraphrase unserer Stelle etwa folgendermassen lauten: Da jetzt anerkannter Weise eine verpfändete Sache (vom Pfandgläubiger) weiter verpfändet werden kann, so haftet die Sache dem zweiten Gläubiger, soweit sich die beiderseitigen Forderungen (des ersten und zweiten Pfandgläubigers) decken (d. h. bis eine von ihnen getilgt ist); und es ist ihm zu diesem Zwecke sowol eine

*) Was den Text; is, cuius nomen pignori etc. betrifft, so liest *Sin- tents* in der Uebersetzung des C. J. hier: is, cuius nomine Bd. II, S. 480, welche Lesart er jedoch im Handbuch des Pfandrechts, S. 180, Anm. 2, als aus einem Versehen entstanden in die jetzt allgemein angenommene cuius nomen berichtigt. *Musckle* t. c. S. 220 liest ebenfalls nomine und stellt sich mit grosser Ueberschneidung folgende Lesart zusammen: is, cuius nomine pignori datum est, exactam eam a creditore creditorem secundum secum pensaturum.

exceptio (wenn er sich nämlich im Besitze befindet) als auch eine actio utilis (in personam, wenn dies nicht der Fall ist) zu gestatten. Hat der Eigentümer der verpfändeten Sache gezahlt, so erlischt das ganze Pfandrecht. Nur könnte hier noch die Frage aufgeworfen werden, ob dem zweiten Pfandgläubiger in Beziehung auf das (vom Eigentümer dem ersten Gläubiger) gezahlte Geld eine actio utilis (in personam) zuzugestehen sei, oder nicht? Und wie verhält es sich, wenn eine res (non fungibilis, eine species) geleistet (der Gegenstand der abgetragenen Schuld) war. Jedenfalls muss hier die Entscheidung des Pomponius im 7. Buche zum Edikt (über den Fall, wo ein nomen war verpfändet worden) in Anwendung kommen: Wenn nämlich der, dessen Schuldforderung verpfändet wurde, Geld schuldet, so rechnet der (zweite) Gläubiger, nachdem er das Geld eingetrieben hat, sich, dasselbe auf seine Forderung ab (er compensirt). Schuldet aber jener seinem Gläubiger ein corpus (eine res non fungibilis) und er hat es gezahlt, so wird dieses bei dem zweiten Pfandgläubiger an Pfandes Statt sein.

In anderer Weise scheinen die vielfach verschlungenen Bestimmungen dieser Stelle durchaus nicht unter einander in Einklang gebracht werden zu können; — nach diesem Erklärungsversuch aber liefert sie zugleich das Resultat, dass die Afterverpfändung die Verpfändung eines nomen in sich enthalte.

Es erscheint natürlich, dass demnach bei dem pignus pignoris dieselben Folgen wie bei der Verpfändung des nomen sich äussern werden. Der Afterpfandgläubiger erhält, wie sie beim pignus nominis dem Pfandgläubiger zusteht, die Befugniß dem Eigentümer von der geschenehen Verpfändung Nachricht zu geben, damit dieser nicht seinem Gläubiger, — dem Schuldner des Afterpfandgläubigers, Zahlung leiste. Letzterer erhält ferner gegen den Eigentümer die actio utilis in personam auf Solution sowol fungibler als nicht fungibler Sachen. Endlich ist demselben gestattet, empfangene fungible Sachen zu compensiren.

II. Die Verpfändung der Forderungsrechte*).

§ 12.

Den bisher erörterten Verpfändungen verschiedener dinglicher Rechte schliesst sich hier passend die Verpfändung der Forderungsrechte an. Hinsichtlich der Verpfändung von nomina sind folgende Stellen für uns von besonderer Wichtigkeit: l. 4 C. quae res pign. (8, 17):

Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, jam pridem placuit. Quare si debitor is satis non facit, cui tu credidisti, ille, cujus 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 ejus probaveris, compelletur, quatenus tamen ipse debet.

Ferner l. 7 C. de hered. vel act. vend. (4, 39): *Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est, post nominis venditionem utiles emtori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.*

Gemäss diesen Gesetzesstellen hat der Pfandgläubiger im Falle der Nichtbefriedigung sowol das Veräusserungsrecht der verpfändeten Forderung, als das jus exigendi und zu letzterem Zwecke eine actio utilis (in personam). Die schon in der Natur des Pfandrechts beruhende Veräusserungsbefugniß finden wir, ausser in der schon citirten l. 7 C., noch besonders bestätigt durch l. 43, § 40, D. de re judic. (42, 4):

Item quid dicemus? utrum ipsi iudices convenient

*) *Mühlenbruch*: Cession der Forderungsrechte, 3. Aufl., S. 519 ff.

nomen, exigentque id, quod debetur, et in causa iudicati convertent, an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? Et necesse est, ut quod iis facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant.

Gesterding l. c. S. 77 und 78 sucht durch eine weitläufige Deduktion seine Ansicht zu rechtfertigen, dass dem Pfandgläubiger das ius distrahendi nicht zustehe, weil die Gesetze ihm diese Befugniss nirgends ausdrücklich einräumten, er auch des Verkaufs des nomen gar nicht bedürfe, da ihm das jus exigendi zustehe. Wenn er dennoch auf derselben Seite 77 Anm. 26 die von uns angeführte l. 7 C. de hered. etc. — wenn auch freilich zu einem andern Zwecke, — selbst citirt, so wie die l. 15, § 40 D. de re jud. etc. ganz übersieht, so ist dieses Missverständniss ein ungemein auffallendes. Auch lässt sich keineswegs behaupten, dass das Einklagen des nomen die Stelle der Veräusserungsbefugniss so vollkommen vertrete, dass letzteres dadurch ganz überflüssig gemacht wird. Denn wie soll z. B. der Pfandgläubiger sich helfen, wenn zur Zeit der Geltendmachung der Forderung der debitor cessus nicht bei Vermögen, oder die Schuldforderung zur Zeit, wo der Pfandgläubiger sie geltend machen will, noch nicht fällig ist? Hier liegt offenbar der Verkauf des nomen im Interesse desselben, um sofort zu seiner Befriedigung zu gelangen.

§ 13.

Die Veräusserungsbefugniss, — wenn auch zugegeben, — ist dennoch in den wenigsten Fällen im Stande dem Pfandgläubiger die erwartete Sicherheit zu gewähren, da in der Regel zu Schuldforderungen ein Käufer sich schwer findet, und wenn auch, derselbe in den meisten Fällen weniger, als die Forderung beträgt zu geben geneigt sein wird. Um diese Nachtheile vom Pfandgläubiger abzuwenden, musste man seine Rechte erweitern. Dies geschah, indem man ihm gestattete, gleichsam als

Cessionar*) seines Schuldners dessen Rechte geltend zu machen. Die Aehnlichkeit in der Lage des Schuldners, der seine Forderung verpfändet, mit der Lage dessen, der sie ecddirt, führte hierauf. Wir sagten gleichsam als Cessionar: die Grundsätze der Cession können nur beschränkt und mehrfach modificirt hier zur Anwendung kommen. Dies geht schon daraus hervor, dass durch die Verpfändung des nomen für den Pfandgläubiger nicht ein selbstständiges, unabhängiges Recht an der Forderung in dem Umfange entsteht, wie solches der Cessionar hat. Dieser nämlich darf bekanntlich die Forderung in ihrem ganzen Umfange zu seinem Nutzen geltend machen, und was er sich dadurch verschafft, als das Seinige ansehen und behalten. Das Pfandrecht ist aber immer nur Sicherungsmittel eines andern Rechts, mithin kann der Pfandgläubiger das ihm verpfändete nomen keineswegs in seinem ganzen Umfange, — vielmehr immer nur in dem Umfange seiner eigenen Forderung, geltend machen. In sofern wird er allerdings als Cessionar angesehen, als die, bei einer wirklichen Cession der Forderungsrechte nöthige Denunciation und deren rechtliche Folgen in Bezug auf den debitor cessus, auf sein Verhältniss zum Schuldner seines Pfandschuldners übertragen werden l. 4 C. quae res pign. (8, 47). Ist nämlich die Certioration von Seiten des Pfandgläubigers erfolgt, so verpflichtet er dadurch, wie jeder andre Cessionar, den debitor cessus ihm ausschliesslich Zahlung zu leisten. Andererseits sind Verfügungen, die der Verpfänder nach geschehener Certioration zum Nachtheil des Pfandgläubigers trifft (z. B. Novation) wirkungslos. Ebenso erscheint, wie bei der Cession, der Zeitpunkt, von wann der Pfandgläubiger die Denunciation mit Erfolg machen kann, sofort mit der Verpfändung des nomen begründet. Ferner steht demselben, wie dem Cessionar, das jus exigendi

*) *Sententia* l. c. S. 144 ist der Ansicht, dass der Pfandgläubiger überall nicht als Cessionar des Schuldners anzusehen sei. Er muss aber doch demselben §. 146 die Certioration und ihre Folgen, mithin eine Befugniss, die sonst lediglich dem Cessionar gehörte, zu gestehen.

gegen den Schuldner seines Schuldners zu und zu dem Ende hat er eine actio utilis, und zwar ea, quam directam debitor ipse habet, d. h. eine actio in personam, da auf Realisirung eines Forderungsrechtes nur eine persönliche Klage verlichen werden kann l. 7 C. de her. etc. So weit finden wir noch die wesentlichen Erfordernisse der Cession wieder: der Gläubiger macht ein fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend. Hat er aber vom jus exigendi mit Erfolg Gebrauch gemacht, dann kommen wieder die eigenthümlichen Grundsätze des Pfandrechts zur Geltung: er rechnet nämlich das erhobene Geld auf seine Forderung ab, waren es aber andere Sachen, welche das Objekt des persönlichen Rechts ausmachten, so behält er sie als Pfand. l. 18 pr. D. de pign. act. (13, 7). l. 13, § 2, D. de pign. (20, 1). Als Cessionar hätte er vollständiges und unbedingtes Recht auf das verpfändete nomen, so dass hier von einer Abrechnung und Herausgabe des Ueberschusses nicht die Rede sein könnte. Diese eigenthümlichen Grundsätze bewirken es auch, dass es dem Pfandgläubiger nicht gestattet werden kann, statt der Eintreibung etwa eine Novation vorzunehmen, so wie, dass, wenn mehrere Pfandgläubiger vorhanden sind, das Privilegium dem Alter vorgeht, während bei der Cession nur das Alter entscheiden würde*). Die Frage, ob der Pfandgläubiger vom Schuldner des Schuldners durch die exceptio excussionis zurückgewiesen werden dürfe, bis es feststeht, dass der Gläubiger vom Verpfänder Nichts erhalten könne? — ist zu verneinen, weil ja vom Schuldner nichts weiter gefordert wird, als was er selbst schuldet und er auch unabhängig von der Verpfändung schon verpflichtet ist. Die Frage ferner, ob das Verbot der lex commissoria in Bezug auf Pfänder l. 3 C. de pact. pign. etc. (8, 35), auch bei der Verpfändung des nomen in Wirksamkeit trete, ist zu bejahen, da dieses Verbot Constantins ganz allgemein lautet, auch Gründe ge-

*) Vergl. dagegen *Mühlenbruch*: Cession S. 520 über die mehreren Gläubiger desselben Pfandgebers.

gen die Anwendbarkeit des Gesetzes auf Forderungen, nicht angeführt werden können.

Ist endlich das ganze Vermögen des Schuldners verpfändet, so hat der Gläubiger, — da dann natürlich auch die Forderungsrechte dem Pfandrechte unterworfen werden, — nach den Grundsätzen von den Wirkungen der Generalhypothek, die Wahl unter den Schuldforderungen seines Schuldners l. 2 D. qui pot. in pign. (20, 1.)

B. Die Verpfändung, welche Jemandem vermöge seiner Administrationsbefugnisse über fremde Sachen gestattet ist *).

I. Die Verpfändung durch Tutoren und Curatoren.

§ 14.

Dem Vormunde eines Pupillen, so wie dem Curator eines Minderjährigen oder Wahnsinnigen, ist es gestattet, die Sachen ihrer Pflegebefohlenen zu verpfänden, wenn das, durch die Verpfändung erlangte Geld für den Nutzen und im Interesse der letzteren zur Verwendung kommt: l. 16 pr. D. de pign. act. (13, 7).

Tutor, lege non refragante si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit, scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est in curatore adolescentis vel furiosi.

Ebenso bestimmt l. 3 C. si aliena res pign. (8, 16):

Curator adulti, vel tutor pupilli propriam rem mobilem ejus, cujus negotia tuetur, pignoris jure obligare non potest, nisi in rem ejus pecuniam mutuam accipiat.

*) Glück P. C. XVIII. s. 204 ff. Gesterding l. c. S. 118. Huschke l. c. S. 220 ff.

Ausdrücklich wird, als zu ihrem Interesse verwendet, die Verpfändung des Vermögens der Pflegebefohlenen durch die Tutoren und Curatoren zur Bestellung einer Prozesscaution gestattet, und zwar soll es dazu keines besondern obrigkeitlichen Dekrets bedürfen l. 28 § 3 C. de admin. tutor. (3, 37). — Was die Verordnung der l. 3 c. propriam rem mobilem ejus betrifft, so bezieht sich dieselbe auf die Bestimmung der l. 1 § 2 D. de reb. eorum. qui etc. (27, 9) nach welcher es den Tutoren und Curatoren untersagt wird, ländliches oder einträgliches städtisches Immobilienvermögen zu veräußern, im Falle die Grösse der zu tilgenden Schulden solches nicht dringend erheische. Ueber die Dringlichkeit der Veräußerung hatte dann die obervormundschaftliche Behörde (der praetor urbanus) zu entscheiden, von welchem zu dem Zwecke ein besonderes Dekret ertheilt wurde. — Denselben Grundsätzen gemäss ist nach l. 5 § 10 eod. auch die Verpfändung von Immobilienvermögen zu beurtheilen. — Diese Beschränkung hat auch l. 16 D. c. vor Augen, wenn es dort heisst: Tutor, lege non refragante etc. — In ähnlicher Weise, wie die Tutoren und Curatoren in Bezug auf das Vermögen ihrer Pflegebefohlenen, sind die Verwalter von städtischem Vermögen befugt, die Güter der Stadt, nach Massgabe ihrer Administrationsbefugnisse, gültig zu verpfänden l. 44 pr. D. de pign. 20, 1.

II. Die Verpfändung durch Procuratoren.

Der Procurator kann, wenn er vom Eigenthümer den besondern Auftrag dazu erhalten, eine einzelne Sache verpfänden l. 14 § 7 de pign. act. (13, 7):

Sed si procurator meus vel tutor rem pignori dederit, ipse agere pignoratitia poterit; quod in procuratore ita procedit, si ei mandatum fuerit pignori dare;

Ist ihm die Verwaltung des gesammten Vermögens übertragen worden, so kann er dies schon an sich, namentlich wenn der Eigenthümer gewohnt war bei Anleihen Pfänder zu constituiren, l. 12 eod.:

vel universorum bonorum administratio ei permissa est ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere.

Hat der Procurator, ohne vom Eigenthümer dazu autorisirt zu sein, ein Pfandrecht constituirt, das dargeliehene Geld ist indessen erwiesenermassen zum Nutzen des Eigenthümers verwendet, so steht dem Pfandgläubiger zwar kein Pfandrecht, wohl aber ein Retentionsrecht zu, das er durch die *actio exceptio* gegen die Vindication des Eigenthümers geltend machen kann, so lange bis er das dargeliehene Geld zurückerhalten hat l. 1 C. si alien. (8, 16).

III. Dem Vater ist gestattet das Vermögen seiner Kinder, welches er vermöge der väterlichen Gewalt benutzt und verwaltet, in so weit zu verpfänden, als ihm die Veräusserungsbefugniß ausnahmsweise gestattet ist, d. h. nur in dem Falle, wenn den Kindern Vermächtnisse auferlegt sind, die aus den jährlichen Einkünften ihres Vermögens, oder durch den Verkauf von Sachen, die keinen Ertrag gewähren, nicht bestritten werden können l. 8 § 4 C. de bonis, quae liber (6, 61), oder wenn ihm die zur Ernährung der Kinder nöthigen Mittel fehlen § 5 eod.

IV. Ist den Kindern, die noch unter väterlicher Gewalt stehn, ein Vermögen, über das sie vollkommen frei disponiren können, zugewendet worden, so dürfen sie solches auch nach Willkür, ohne Willen und Wissen des Vaters verpfänden, Nov. 117 c. I; — ist ihnen jedoch nur ein Sondergut mit eigener Verwaltung vom Vater verliehen, so können sie ohne Einwilligung desselben Peculiarsachen aus demselben gültig nicht verpfänden l. 1 § 4 D. quae res pign. (20, 3).

Wenn hier die Frage nahe liegt, wie das rechtliche Verhältniß bei der Verpfändung gemeinschaftlicher, dem

Verpfänder mit einem oder mehreren Andern zusammengehöriger Sachen, sich gestaltet, so geben uns hierüber die Quellen folgenden Aufschluss: Es kann der Miteigenthümer nie die ganze Sache, sondern immer nur seinen Antheil daran verpfänden, dennoch beschränkt sich, wenn in der Folge die Theilung der Sache unter den Miteigenthümern stattgefunden hat, das Pfandrecht nicht nur auf den Antheil, welcher dem Verpfänder in der Theilung ausgeworfen ist, sondern haftet nach wie vor an der ganzen Sache l. 7 § 4 D. quib. mod. pign. (20, 6). Der Gläubiger kann mithin auch den vormaligen Miteigenthümer, als gegenwärtigen Besitzer des theilweise haften- den, ihm durch die Theilung zugefallenen Antheils, angreifen l. 6 § 8 D. de comm. div. (10, 3).

C. Die Verpfändung fremder Sachen *).

§ 45.

Wenn ein Pfandrecht, oder mehrere Pfandrechte durch den blossen Besitzer, also durch einen non dominus constituirte wurden, so nehmen die hier entstehenden Verhältnisse eine verschiedene Gestalt an, je nachdem der Mangel des Eigenthums in der Person des Verpfänders fort dauert, oder durch späteren Erwerb des Pfandobjekts von Seiten desselben entfernt wird. Was den Fall betrifft, dass:

I. Die Sache eine fremde bleibt, so hat hiermit die Verpfändung für den Pfandgläubiger, was das dingliche Recht an der Sache betrifft, durchaus keine rechtlichen Folgen: nihil te egisse constat l. 2 D. de pign. act. (43, 7.). Die einzige Ausnahme bildet die Verpfändung einer fremden Sache durch den bonae fidei possessor. Hat nämlich dieser ein Pfandrecht bestellt, so wird dem Pfandgläubiger die actio Serviana zugestanden, die eben so weit reicht, als die actio Publiciana des Verpfänders l. 48 D. de pign. (20, 4.):

Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi, si tuctur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam.

*) Vergl. Westphal l. c. § 170. Gosterding l. c. S. 97 ff. Sintenis l. c. S. 83 ff. Glück P. C. XIV. S. 28. XVIII. S. 201 u. 202. Mayer: Archiv. IX. 246 ff. Müller: ebendas. XI. S. 392 ff. Frotsche: Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. XVIII. S. 81 ff. Huschke ebendas. XX. 282 ff. Büchel l. c. Bd. 1, 2. Bachofen l. c. S. 541 ff. Vangerow l. c. S. 947 ff.

Die actio Serviana kann nicht allein gegen den Debitor, sondern auch gegen Alle, denen demnächst Rechte zugesichert, also, wenn verschiedene Pfandrechte an derselben Sache bestellt sind, gegen Solche, denen er dasselbe Pfandobjekt weiter verpfändete, d. h. gegen die jüngeren Pfandgläubiger, geltend gemacht werden, so dass der spätere Gläubiger dem früheren weichen muss. l. 44 qui pot. in pign. (20, 4.):

Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est, quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit.

Empfingen aber die Pfandgläubiger die Sache von verschiedenen Nichteigenthümern, die jeder ein selbständiges Recht hatten, zum Pfande, so hat der besitzende Creditor den Vorzug l. 44 eod., ebenso wie unter den Verpfändern selbst der Besitzer den andern, welcher ihn mit der actio Publiciana belangte, ausschliessen würde l. 9 § 4 D. de Publ. (6, 2.). Dass der Pfandnehmer, den Verpfänder für den Eigenthümer gehalten haben müsse, wird hierbei nirgends gefordert. Erlangt nun aber auch, ausser wenn ein bonae fidei possessor contrahirt hat, der Pfandnehmer kein dingliches Recht an der Sache, so lange sie eine fremde bleibt, so muss doch auf der andern Seite der Vertrag an sich zwischen ihm und dem Pfandgläubiger seine rechtlichen Folgen äussern. Diese sind in Bezug auf den Gläubiger verschieden, je nachdem er zur Zeit der Contrahirung wusste, dass die Sache eine fremde sei, oder nicht. Wusste er es, so kann ihm die Verpfändung in so fern nichts helfen, als ihm gegen den Pfandschuldner keine Klage gestattet sein wird, denn dolus nemini debet prodesse*). War ihm dagegen die Beschaffenheit der Sache als einer fremden unbekannt, so verfolgt er mit der Contracts-Klage die Verschaffung des verhiessenen, oder die Verleihung

*) Vergl. Glück, XIV, S. 28, dagegen vergl. Huschke l. c. S. 184.

eines gleich guten Pfandrechts l. 9 pr. l. 32 D. de pign. a. (13, 7). Was den Verpfänder betrifft, so muss derselbe, wenn er aus der Verpfändung belangt wird, sie gegen sich gelten lassen, so, als wäre wirklich ein Pfandrecht dadurch entstanden und er kann daher der Klage nicht den Einwand: er sei nicht Eigenthümer, und also auch nicht befugt gewesen ein Pfandrecht zu constituiren, entgegensetzen, da er sein eigenes Factum nicht anfechten kann l. 21 § 4 D. de pign. (20, 1).

§ 16.

Wie gestaltet sich die rechtliche Lage der Dinge, wenn

II. Der Mangel des Eigenthums in der Person des Verpfänders wegfällt und derselbe in der Folge Eigenthümer der verpfändeten res aliena geworden ist? Hierbei kommt es zunächst darauf an, ob der Gläubiger gewusst, dass ihm eine fremde Sache verpfändet werde, oder nicht? Im ersten Falle ist gar kein Pfandrecht vorhanden, indem dem Gläubiger nur ein Retentionsrecht im Falle des etwa stattfindenden Besizes eingeräumt wird l. 4. pr. D. de pign. (20, 1):

Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est; in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori domini quaesito difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur, sed facilius erit possidenti retentio.

Es ist dies sehr natürlich, denn der, welcher den Mangel in dem Rechte des Verpfänders kennt, kann niemals über Betrug klagen, dagegen wird er sich, wenn selbst im Besitze, allerdings gegen die Vindication des Verpfänders oder eines Nachfolgers desselben schützen können, denn dazu bedarf es nur der Verweisung auf die Pfandconvention. War der Gläubiger dagegen in gutem

Glauben, so heisst es in Bezug auf ihn l. 5 C. si aliena res (8, 16):

... ordinariam quidem actionem super pignore ei non competere manifestum est, sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoraticiae detur. Vrgl. auch l. 44 D. de pign. act. (13, 7).

In diesem Falle also convalescirt das Pfandrecht in der Weise, dass dem Pfandgläubiger eine utilis pignoraticia actio eingeräumt wird, doch soll die Ertheilung dieser Klage darum noch nicht unter allen Verhältnissen zu erwarten sein, wie durch das Wort facile hinfänglich angedeutet wird, sondern vielmehr, nachdem der Prätor auf alle hierbei in Betracht kommenden Umstände Rücksicht genommen, und namentlich die aequitas das Element dieses ganzen Verhältnisses, niemals ausschliessen darf, soll Alles von seinem Ermessen abhängen*).

§ 17.

Sind verschiedene Pfandgläubiger vorhanden, denen dieselbe res aliena nach einander verpfändet worden, und der Verpfänder ist nachher Eigenthümer geworden, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Convalescenz für jeden dieser mehreren Gläubiger in gleicher Weise eintritt, d. h. jeder kann gegen den Verpfänder die utilis pignoraticia actio mit Erfolg geltend machen. Der frühere Gläubiger hat auch hier den Vorzug vor dem späteren. Dieser spätere Creditor soll nach einer, — speciell diesen Fall entscheidenden Bestimmung Africans, — überhaupt erst dann ein wirksames Recht gewinnen, wenn der frühere Creditor abgefunden und der Debitor auch

^{*)} Wenn *Büchel* l. c. S. 14, Anm. 30 meint, dass zur Begründung des Pfandrechts ausserdem noch die erstliche Absicht des Gläubigers erforderlich sei, so muss man dieses Verlangen für ein überflüssiges erklären, weil der Mangel einer erstlichen Absicht bei einem Rechtsgeschäft überhaupt gar nicht vorauszusetzen ist.

zu dieser Zeit noch Eigenthümer der verpfändeten Sache ist. Dies geht aus l. 9 § 3 qui pot. in pign. (20. 4.) hervor. Sie lautet:

Titia praedium alienum Titio pignori dedit, post Maevio, deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem aestimatum dedit; si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat; tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus, quum res in bonis debitoris inveniatur. In proposito autem maritus emtoris loco est, atque ideo, quia neque tunc, quum Maevio obligaretur, neque quum 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.

Es ist dieses wohlbekannte Fragment in verschiedenartigster Weise interpretirt und es sind in Bezug auf dasselbe die mannigfaltigsten, mitunter höchst eigenhümliche Ansichten laut geworden. Um nur Einzelnes in Kürze anzuführen, so spricht Westphal l. c. S. 251 sich dahin aus, „dass diese Stelle des African eine Meinung enthalte, die wider alle rechtliche Grundsätze anstösst, und dass dabei African ohne alle Entschuldigung gestrauchelt habe.“ Er geräth bei seiner weiteren Demonstration in den offenkundigen Irrthum, dass, sobald Titia das Eigenthum des Pfandobjekts erhalte, beide Hypotheken, des Titius sowohl, als das Maevius, Giltigkeit erlangen. — Gesterding S. 109 kommt unter Anderem zu folgendem Resultat: „Wenn das spätere Pfandrecht giltig werden soll, so wird, gerade wie beim ersten Entstehen eines Pfandrechts, vorausgesetzt, dass die Sache zu der Zeit, da der ältere Gläubiger befriedigt wird, oder überhaupt das ältere Recht aufhört, sich in bonis des Schuldners befinden müsse, und daraus kann man schliessen, dass dieses spätere Pfandrecht sodann erst entsteht.“ African spricht aber gar nicht von der Giltigkeit oder Ungiltigkeit eines zweiten Pfandrechts, sondern macht zum Gegenstande sei-

ner Frage nur den Einfluss der Abfindung eines Vorgängers auf das nachfolgende, ohne Zweifel schon existente, Pfand. Schliesslich setzt Gesterding den Entscheidungsgrund African's darin, dass bei allen Verpfändungen der spätere Gläubiger nur ein Hoffnungsrecht, (eine spes pignoris) erwerbe, — eine offenbar gänzlich zu missbilligende Ansicht. — Von den Neueren haben besonders Mayer Archiv IX, 236 ff. und Müller, sein Gegner, XI, 408 ff. sich um die Erklärung dieser Stellen bemüht. Wenn aber Ersterer S. 237, Anm. 41 dabei mit anerkennenswerther Unerschrockenheit erklärt: seines Wissens sei Bolley (über öffentliche Unterpfänder § 55) allein redlich genug an der Erklärung dieser Stelle zu verzweifeln — und uns dennoch mit einer solchen Erklärung überrascht, so sind wir einer genaueren Widerlegung derselben um so mehr überhoben, als er in dieser Stelle nur einen Belag für seine Ansicht finden will, dass die utilis pignoris perscuto eine Verfolgung des Pfandrechts sei, welche vermittelt der exceptio doli wirksam werde. Mayer l. c. versucht dagegen nachzuweisen, dass unsere Stelle nur noch historischen Werth habe, doch lässt sich dann, abgesehen von dem Mangel alles Beweises hierfür, gar nicht absehn, warum sie überhaupt Aufnahme gefunden habe, da sie geschichtlich nichts fördert nach irgend etwas Anderes erklärt.*) — Die Entscheidung African's, sie mag nun natürlich oder auffallend sein, — darin nämlich, dass die mehreren Pfandrechte nach einander und nicht zu derselben Zeit convalesciren, — lässt sich durch 'all dieses nicht wegdemonstriren, noch ist sie etwa aus dem Grunde zu verwerfen, weil sie mit einem sonstigen Quellenausspruch im Widerspruch steht. Eine eingehendere Erklärung derselben ist also das einzig auf sie Anzuwendende. Versuchen wir dieselbe: Titia verpfändet ein ihr nicht zugehörendes Grundstück zuerst dem Titius, dann dem Mac-

*) Vergl. dagegen Vangerone l. c. S. 949, Hepp l. c. S. 374, Huschke l. c. S. 239 ff., Stutenis l. c. S. 89, Bachofen l. c. S. 551 ff.

vius. — Darauf wird sie Eigenthümerin des Gutes, nicht es aber sofort ihrem Manne für einen bestimmten Preis verkaufsweise als dos. Jetzt wird Titius abgefunden*). Nun entsteht die Frage ob durch diese Abfindung das Pfandrecht des zweiten Gläubigers, des Maevius, zu Kraft gelange. African entscheidet: es convalescirt nicht. Die Abfindung des Vorgängers bleibt für den zweiten Gläubiger ohne Bedeutung, denn sie geschah zu einer Zeit, da der Verpfänder sein Eigenthum bereits wieder veräußert, Maevius seine utilis pignoratitia actio also bereits wieder verloren hat; m. a. W. das zuerst constituirte Pfandrecht convalescirt im Augenblicke des Erwerbes der res aliena, das zweite dagegen erst nach der Befriedigung des ersten Gläubigers und zwar auch nur unter der Voraussetzung, dass der Verpfänder um diese Zeit noch Eigenthümer der verpfändeten Sache war. Hatte er daher in der Zwischenzeit zwischen dem Erwerbe und der Befriedigung des ersten Gläubigers die Sache an einen Dritten veräußert, so kommt das Pfandrecht des zweiten Gläubigers gar nicht zur Existenz. Dies geht klar aus den Worten hervor: tunc enim, prior dimisso sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis mulieris fuit und wird durch die Worte: si Titio soluta sit pecunia etc. aufs Unzweideutigste bestätigt. Im vorliegenden Falle, wie Africanus argumentirt, tritt der Ehemann an die Stelle des Käufers, und es kann daher, weil das Grundstück weder damals, als es dem Maevius verpfändet, noch als dem Titius Zahlung geleistet wurde, zu dem Vermögen der Frau gehörte, gar kein Zeitpunkt aufgefunden werden, wo des Maevius Pfandrecht hätte Gültigkeit erlangen können. Es wird hierbei immer vorausgesetzt, dass der Ehemann das taxirte Grundstück in gutem Glauben als Mitgift in Empfang genommen, d. h. nicht gewusst habe, dass es dem Maevius verpfändet worden sei. — Wenn übrigens Bach-

*) Vorwas *Sintenis* l. c. S. 90 entnehmen will, dass „Titius mit Maevius Geld befriedigt worden, also dieses wenigstens zur Bezahlung einer Schuld verwendet, mithin eine Nutzverwendung geschah sei“, — ist nicht wohl einzusehn.

ofen S. 551*) behauptet, dass die utilis pignoratitia actio an die Fortdauer des Eigenthums in der Person des Verpfänders geknüpft sei, also nur gegen ihn selbst gestattet werden könne, so dass also, auch wenn die Convalescenz durch Eigenthumserwerb eingetreten, aber vorher vom Verpfänder wieder eine Veräußerung vorgenommen sei, die Klage gegen den neuen Eigenthümer nicht mehr zu gestatten sei, es müsste denn sein, dass der neue Eigenthümer von der Verpfändung Kenntniss hatte, — so scheint Africans Ausspruch sehr bestimmt auf das Gegenheil hinzuweisen, denn er sagt: Maevius könne sein Pfandrecht deshalb nicht gegen den neuen Eigenthümer geltend machen, weil dasselbe nicht zur Convalescenz gekommen sei, und es sei nicht zur Convalescenz gekommen, weil zur Zeit, wo der erste Pfandgläubiger abgefunden sei, der Verpfänder das Eigenthum nicht mehr gehabt habe. Es ist demnach wohl der Schluss gerechtfertigt, dass, wenn das Letztere der Fall gewesen wäre und das Pfandrecht also convalescirt hätte, auch die utilis pignoratitia actio gegen den neuen Eigenthümer gestattet sein müsste.

§ 18.

Es ist hier noch eine dritte Frage zu erörtern, was nämlich eintrete, wenn der Verpfänder einer res aliena Erbe des Eigenthümers derselben, oder wenn andererseits der Eigenthümer einer, ohne sein Wissen verpfändeten Sache, Erbe des Verpfänders derselben geworden ist. Im ersten Falle kann (schon nach l. 73 D. de evict. (21, 2) wol kein Zweifel gegen die Convalescenz des Pfandrechts erwachsen. Was den zweiten Fall betrifft, so nimmt zuvörderst die Antinomie zwischen Modestinus und Paulus hierbei unsere Aufmerksamkeit in Anspruch. Ersterer erkennt das Pfandrecht des Pfandgläubigers gegen den Erbe-Eigenthümer ohne Bedenken an

*) Vergl. dagegen *Vangerow* S. 949.

und gestattet ihm eine actio pignoratitia utilis gegen denselben, letzterer verweigert sie ihm in gleich präciser Weise. Modestin's Ausspruch lautet l. 22 D. de pign. (20, 4):

Si Titio, qui rem meam ignorante meo creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex postfacto pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.

Paulus Entscheidung finden wir l. 41 D. de pign. act. (13, 7):

Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei ejus esse coepisti; datur utilis actio pignoratitia creditori. Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero; hoc enim modo pignoris persecutio concedenda non est creditori, neque utique sufficit ad competendam utilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur.

An zahlreichen Versuchen diese Antinomie durch Interpretation oder Kritik zu beseitigen hat es nicht gefehlt. Das Auffällige derselben, so wie die grosse Wichtigkeit, die ihre richtige Beurtheilung für uns hat, müssen uns zu einer genaueren Erörterung hierüber veranlassen. Um nicht oft Gesagtes und oft Widerlegtes hier zu wiederholen*), sei es uns gestattet, von den älteren Interpreten nur Donellus**) namhaft zu machen, dessen Ansicht längere Zeit vielen Beifall gefunden und wel-

*) Eine erschöpfende Darstellung der älteren Literatur in Bezug auf unsere Frage giebt Glück. XIV. S. 32—40.

**) Tractatus de pignoribus et hypothecis (editit. Bacher. 1833) Cp. 7 § 20: pignoratitia utilis verbo pignoratitiam contrariam intelligit, quae adversus heredem dabitur ut rem, cujus dominus est, pignori nunc det, quae jam olim ab ejus decessore obligata est.

cher unter Anderen sich auch Westphal, S. 115, Anm. 137, angeschlossen hat. Donellus will die l. 41 c. von der hypothekarischen Klage, die l. 22 dagegen von der actio pignoratitia contraria verstanden wissen. Wäre dem aber so gewesen, dann war es, (wie Glück l. c. S. 35 richtig bemerkt), überflüssig, dass in l. 22 ausdrücklich hervorgehoben wird, dass das pignus direct nicht convalescirt, denn jene persönliche Klage findet statt, wenn auch das Pfandrecht an sich ungiltig ist. Auch ist nach dieser Ansicht nicht wohl zu begreifen, warum dem Gläubiger gegen den Erben des Verpfänders nur eine actio pignoratitia utilis gestattet wird, da doch gegen den Verpfänder selbst die act. pign. contraria direct stattfindet, der Erbe aber ganz in die Stelle des Erblassers eintritt. Einen weiteren, ebenfalls älteren Versuch, diesen Widerspruch zu heben, der dadurch an gestellt ist, dass man annimmt, es sei in beiden Stellen von ganz verschiedenen Fällen die Rede, indem die l. 22 von der Verpfändung ohne den Willen des Eigenthümers (ignorante me) und die l. 41 von der Verpfändung gegen seinen Willen (sine mea voluntate) handle, weist Glück S. 33 mit Grund darum zurück, weil in solchen Fällen, wo die Giltigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Einwilligung eines Dritten abhängt, es durchaus gleichgiltig ist, ob der Dritte gar nichts davon weiss, oder ob dasselbe gegen seinen Willen geschieht, da seine Einwilligung, die hierbei jedenfalls nöthig war, in beiden Fällen gleich sehr mangelte. — Von neueren Schriftstellern sieht Büchel l. c. S. 15. Anm. 30. den Widerspruch darum als nicht vorhanden an, weil Paulus nur leugne, dass gegen den, den Verpfänder beerbt habenden Eigenthümer die Pfandklage aus demselben Grunde zulässig sei, aus welchem sie gegen den, das Eigenthum später selbst erwerbenden Besitzer stattfindet, — nämlich wegen seines dolus. Büchel legt dabei alles Gewicht auf die Worte hoc enim modo, so dass also Modestinus mit Recht die Pfandklage gegen den Erben als Erben zulasse, da ja der Erbe die vom Erblasser vorgenommenen Verfügungen anerkennen muss. Doch auch dieser Vereinigungsversuch

— (abgesehn davon, dass es schwer sein möchte hierbei überhaupt eine Vereinigung zu entdecken.) — der in höchst willkürlicher Weise dem Paulus und Modestinus eine Unterscheidung unterschiebt, die bei einer unbefangenen Beurtheilung ihrer Aussprüche unmöglich aus denselben zu entnehmen sind, kann uns durchaus nicht befriedigen. Paulus gestattet ja auch die Klage nur in einem Falle, und aus einem ganz andern Grunde wie den, der Modestinus untergeschoben wird; — auch heisst hier *hoc enim modo*, wie sonst sehr häufig, sicher nicht weiter, als in diesem Falle. — Büchel scheint in der Folge selbst diesen Interpretationsversuch verworfen zu haben, da er (nach Vangerow S. 951) in der zweiten Auflage seiner civilistischen Erörterungen sich durch Conjecturalkritik zu helfen sucht, indem er mit Veränderung der herkömmlichen Interpunktion liest: . . . *qui rem meam obligaverat, sine mea voluntate heres existero, etc.* — so dass hier nur von dem Falle die Rede wäre, wenn der Erbe ex Scto Pegasiano gezwungen die Erbschaft antrete, während die l. 22 von dem Falle der freiwilligen Antrichtung handele. Doch auch diese Ansicht möchte schwerlich zu billigen sein. Anders als Büchel verfährt endlich Sintonis l. c. S. 93 ff. Er macht darauf aufmerksam, dass l. 41 am Schlusse die Gültigkeit und Klagbarkeit eines solchen Pfandrechts in dem Falle anerkennt, dass der Erbe — Eigenthümer die Verpfändung seiner Sache durch nachherige Genehmigung gutgeheissen habe. Dies und nichts weiter bezeichneten nun die Worte *ex postfacto* in l. 22 ebenfalls, nämlich ein späteres Ereigniss überhaupt, d. h. hier: die Einwilligung des Erben. Sonach ständen beide Stellen im vollkommenstem Einklange. Das ist aber nicht der Fall, denn es ist durchaus nicht zu übersehen, dass Modestinus sein *postfactum* in den Eingangsworten der Stelle deutlich genug erläutert und dadurch jede andere Interpretation von vorn herein zurückweist, so dass die Worte *ex postfacto* einzig nur auf die Beerbung zu beziehen sind, wie ja auch Sintonis selbst in seiner Uebersetzung des C. J. S. 485 dies so versteht.

§ 49.

Unbefriedigt von allen diesen Vereinigungs-Bemühungen, wenden wir uns zu den Versuchen, die durch Conjecturalkritik hier zu helfen trachten. Abgesehn von dem schon an sich Misslichen dieses Unternehmens muss die Art, in der Mayer, Archiv IX. S. 262 hierbei mit der l. 41 c. verfährt, — eine Art, der Mangel an Kühnheit allerdings nicht vorzuwerfen ist, — uns billig in Erstaunen setzen. Er schlägt demzufolge nicht weniger vor als:

1) statt „non est“ zu lesen „nonne est“. Die Einschlebung des „ne“ zwischen „non“ und „est“ rechtfertigt sich leicht durch die Betrachtung, dass jenes „ne“ dadurch ausgefallen sein könnte, dass End- und Anfangsbuchstaben der zwei Wörter, zwischen welche dasselbe zu stehen kommt, gerade dieses Wörtchen „ne“ bilden;

2) für „hoc enim“ zu lesen „haec enim“, da „hoc“ und „haec“ ebenfalls leicht verwechselt würden, endlich:

3) die Interpunktion anders zu gestalten, so dass zu lesen wäre: . . . *haec enim, modo pignoris, persecutio etc.* und dass nach *exitero* und *debet* Fragezeichen anzubringen seien. Mayer übersetzt demnach wie folgt: „Du hast eine fremde Sache verpfändet und bist nachher Eigenthümer dieser Sache geworden; also hat der Gläubiger eine Pfandklage. Ist nun nicht eben das zu behaupten, wenn ich Titius beerbe, der meine Sache ohne meinen Willen verpfändet hatte?“ Ist denn diese Klage, als wäre ein wahres Pfandrecht vorhanden, dem Gläubiger nicht zuzugestehn und reicht es nicht hin, dass der Eigenthümer auch (als Erbe) Schuldner ist? Aber etc.

Wir sehen, die Uebereinstimmung mit Modestinus ist so allerdings erreicht, auch halten wir die Ansicht Mayer's, dass dem Gläubiger ein Pfandrecht zuerkannt werden müsse, ebenfalls für die richtige. Jedoch der Weg, wie er zu derselben gelangt, ist gewiss nicht zu billigen. Welche Antinomie in unseren Quellenaussprüchen liesse sich mit ähnlicher Willkür nicht alsbald in Ueber-

einstimmung bringen? Kann aber das Resultat eines solchen Verfahrens irgend wissenschaftlichen Werth für uns haben? Sicher nicht.

Kaum schonender als Mayer geht Huschke l. c. S. 244 zu Werke, indem er annimmt, dass in der l. 22 vor utilis aus Verwandtschaft mit dem folgenden *u* und wegen der, dem Abschreiber unerwarteten Wendung, die die Rede nimmt, ein *u'* d. h. „*uec*“ ausgefallen sei, so dass der Jurist dann sagen würde: durch dieses spätere Ereigniss convalescirt das Pfandrecht direkt freilich nicht, aber dem Gläubiger wird auch nicht einmal eine *actio utilis* gegeben. Die überaus schwache Begründung auch dieser Lesart braucht gewiss nicht noch näher in Berücksichtigung gezogen zu werden. Müller's Vorschlag Archiv XI. S. 404 endlich, der nach dem Vorgange des Cujaz, obs. XIX, 26 sich mit einer historischen Erklärung der beiden Stellen begnügt und dem Fragmente Modestins, als das neuere und mildere Recht enthaltend, den Vorzug giebt, verdient eben so wenig Beachtung, denn dies kann immer nur der äusserste und letzte Weg sein, den wir einschlagen dürfen, da auf ihm eigentlich jedem Widerspruch der Gesetze auszuweichen möglich ist.

§ 20.

Der Widerspruch der beiden Gesetzesstellen bleibt, das muss zugegeben werden. Welcher Weg ist also hier einzuschlagen? Unserer Ansicht nach heben, durch den nicht zu beseitigenden Widerspruch, die beiden Stellen sich gegenseitig auf und unsere Frage ist, als ob gar kein Gesetz darüber vorhanden wäre, d. h. nach Rechtsanalogie zu entscheiden. Vor allem fällt hier die Analogie unseres Falles mit dem in § 16 besprochenen in die Augen. Dort wurde dem Pfandgläubiger gegen den Verpfänder, wenn derselbe in der Folge Eigenthümer der von ihm verpfändeten *res aliena* geworden, eine *actio utilis* eingeräumt. Liegt es also nicht sehr nahe, gegen

den, der in der Folge Erbe des Verpfänders einer *res aliena* geworden ist, ebenfalls eine solche zu gestatten? Und zwar wird (nach § 17) wenn Mehrere vorhanden waren, denen der Erblasser nach einander dieselbe Sache verpfändet hatte, hier, nach Analogie des besprochenen Verhältnisses, wo mehrere Pfandgläubiger des nachher Eigenthümer gewordenen Verpfänders vorhanden waren, auch hier der frühere Creditor vor dem späteren den Vorzug haben.

Wenn man schon wegen dieser Analogie, übereinstimmend mit Modestin, dem Pfandgläubiger gegen den Erben des Verpfänders ein Pfandrecht einräumen muss, so bestätigen die Grundsätze über die *exceptio rei venditae et traditae*, die hier vollkommen passend als analog ihre Anwendung finden, — dies vollends. Paulus argumentirt l. 44 so: der Verpfänder selbst würde, wenn er die Sache dem Pfandnehmer gegenüber einmal als eine eigne behandelt hat, sich der Gewährung einer *act. pign. ut. improbe* widersetzen, bei dem, den Verpfänder beerbenden dominus könne jedoch hiervon keine Rede sein. Der dolus des Pfandgebers bewirkt also die *actio utilis*. Die *exceptio rei vend. et traditae* nun kann ohne Zweifel gegen den Eigenthümer, welcher den Verkäufer beerbt hat, geltend gemacht werden, gleichwie gegen den Verkäufer, welcher in der Folge das Eigenthum erworben hat l. 1 § 4 D. de *except. rei vend. et trad.* (21, 3). — Ferner wird die *Vindication* des Erben, dessen Sache vom Erblasser veräußert worden ist, durch die *exceptio doli mali* zurückgewiesen, wie Paulus selbst l. 73 D. de *evict.* (21, 2) entscheidet; ebenso die *Vindication* des Verkäufers selbst: l. 17 et 18 D. de *evict.* (21, 2) l. 4 § 32 de *doli mali except.* (44, 4). Wenn also gänzliche Veräußerung stattgefunden hatte, so wurde der Erbe, welcher Eigenthümer der vom Erblasser veräußerten Sache ist, und der Veräußerer, der erst nachher dominus wurde, dem Empfänger gegenüber ganz gleich beurtheilt. Ist nun wol ein Grund vorhanden, der es hinlänglich rechtfertigt, dass bei der Verpfändung einer *res aliena* dem Erben des Verpfänders, welcher den

Contract des Erblassers nicht halten will, dieser dolus nicht vorgeworfen werden soll, indem doch, wenn der Erblasser sogar über das Eigenthum des Erben disponirt hatte, also ein noch viel stärkerer Grund zur Vindication vorhanden war, die Vindication des Erben mit der *exceptio doli mali* zurückgewiesen wird?

Aus dem hier Erörterten scheint die Bedeutungslosigkeit des Grundes, den Paulus gegen das Pfandrecht des Gläubigers geltend macht und damit die, seiner ganzen Entscheidung ziemlich deutlich hervorzugehen und damit zugleich unsere Ansicht, dass ein solches Pfandrecht dem Gläubiger allerdings zuzusprechen, gegenüber der entgegengesetzten von Glück XIV S. 38, Gesterding l. c. S. 144 und 142; Huschke l. c. S. 244 ff. Bachofen 547 ff. gerechtfertigt. Diese unsere Ansicht vertheidigt auch Yangerow l. c. S. 951 und 952 und Trotsche l. c. S. 93 ff.

§ 21.

Das vom non dominus constituirte Pfandrecht wird gültig, wenn der wahre Eigenthümer seine Einwilligung ertheilt l. 20 pr. D. de pign. act (13, 7):

Aliena res pignori dari voluntate domini potest; sed etsi ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit.

Diese Einwilligung kann sowol ausdrücklich, als tacite durch eine Handlung, die ohne Einwilligung in die Verpfändung sich vernünftigerweise nicht denken lässt, ertheilt werden. Beispiele einer solchen stillschweigenden Einwilligung enthalten die l. 5 § 2 D. in quib. caus. pign. (20, 2) und l. 26 § 4 D. de pign. (20, 4).

Der Einwilligung im Augenblicke der Verpfändung gilt die spätere Genehmigung gleich l. 20 c. l. 16 § 4 D. de pign. (20, 1) und dieselbe wird dann so angesehen, als sei sie gleich anfangs bei der Constituirung des Pfandrechts geschehn. Es ist dies allgemeinen Grundsätzen von der Genehmigung gemäss, jedoch versteht es

sich, dass die Zurückziehung der Ratihabition auf die Zeit des Contractsabschlusses, — auf die vom Eigenthümer selbst inzwischen, (d. h. nach der erten Verpfändung, aber vor der Ratihabition,) an der Sache constituirten Pfandrechte keinen Einfluss haben, so dass diese stets den nachher genehmigten vorgehn. Es ist dies natürlich, da die Convalescenz niemals einen Vortheil verleihen kann, der dem Berechtigten bei sofortiger Gültigkeit des Geschäfts nicht zu Theil geworden wäre.

Gleiche Wirkung wie die Einwilligung des Eigenthümers hat es, wenn derselbe, wohl wissend, dass seine Sache Jemandem vom Nichteigenthümer verpfändet werde, arglistig dazu schwieg und die Verpfändung zum Betrage des Gläubigers geschehn liess: l. 2^o C. si al. res. (8, 16):

Si probaveris, praedia vel hortos, de quibus agbatur, tuos esse, intelligis, obligari eos creditori ab alio non potuisse, si non sciens hoc agi in fraudem creditoris ignorantis dissimulasti.

D. Die Verpfändung zukünftiger Sachen*).

§ 22.

Ein Pfandrecht an zukünftigen Sachen kann auf vierfache Weise bestellt werden. Es wird unterschieden:

- 1) Die Verpfändung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens; —
- 2) Die Verpfändung einer res aliena unter der Bedingung, dass sie dem Verpfänder dereinst gehören werde: si in dominium meum pervenit; —
- 3) Die Verpfändung einer res aliena debita, d. h. die Verpfändung einer fremden Sache, worauf dem Verpfänder eine Forderung zusteht, und die er, als ob sie ihm schon jetzt gehöre, verpfändet; —
- 4) Die Verpfändung zukünftiger Früchte*).

§ 23.

Was 4) die Verpfändung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens, die Generalhypothek, betrifft, so ist diese eingetretten, wenn der Schuldner omnia quae habeo habiturusque sum verpfändet hat. Durch die bekannte Constitution Justinians I. 9 C. quae res pignori obligari etc. (8, 17) wurde verordnet, dass wenn Jemand: fide et periculo rerum ad se pertinentium oder durch die Formel: per eorum executionem satisfieri tibi promitto sich verbunden habe, dann nicht nur die wirkliche Verpfändung seiner gesamten Habe angenommen werden solle, sondern auch stillschweigend und kraft Gesetzes die res futurae mitverpfändet seien.

*) Vergl. Glück P. C. XVIII. S. 216 ff. Westphal l. c. § 131. Gesterding l. c. S. 249 ff. Hepp in Rosshirt's Zeitschrift. S. 336 ff. Rosshirt, ebendas. S. 6 ff. Huschke l. c. S. 195 ff. S. 262 ff. Sintenis l. c. S. 384 ff. 481 ff. Bachofen S. 63 ff., 153, 247 ff. Trotsche l. c. S. 99 ff. Vangerone l. c. S. 950 ff.

*) Will man hierzu noch 5) die Verpfändung einer res aliena, die vom Verpfänder simpliter geschieht, hinzunehmen, so ist von diesem Fall schon § 15 und 16 gehandelt worden.

auch wenn derselben nicht besonderer Erwähnung geschehen sei*).

Um zuvörderst den Umfang der Generalhypothek festzustellen, so erstreckt sich dieselbe auf alle Einzelheiten, die bei der Verpfändung im Vermögen sind und bis zur Geltendmachung des Pfandrechts in dasselbe kommen und haften daran, wie wenn dieselben speciell verpfändet wären l. 15 § 4 D. de pign. (20, 4). Die in den Schlussworten des Fragments enthaltene Erklärung der Verpfändungsformel ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae, — spricht klar dafür, dass eine, durch ein allgemeines Pfandrecht ergriffene Sache ganz ebenso hafte, wie wenn sie besonders verpfändet wäre, wenn dies nicht schon l. 2 C. de pign. (8, 14)*) bestätigte. Andererseits in Bezug auf ein, von der Generalhypothek ergriffener Gegenstand, wenn derselbe mit Einwilligung des Gläubigers veräußert wird, so soll diese Einwilligung als ein Verzicht auf das Pfandrecht von Seiten desselben angesehen werden, so dass, wenn dieser Gegenstand nachher wieder in das Vermögen des Schuldners zurückkehrt, derselbe vom Gläubiger nicht als ein ihm von Anfang an verhafteter in Anspruch genommen werden kann l. 14 C. de remiss. pign. (8, 26). Der Generalhypothek ferner nicht unterworfen sind: Sachen, welche der Verpfänder auch nicht einzeln und besonders hätte verpfänden können, also z. B. Sachen, deren Veräußerung überhaupt verboten ist l. 1 § 2 D. quae res (20, 3) oder Sachen, die dem Verpfänder durch Vertrag oder Testament zu veräußern untersagt sind. Von der conventionellen Generalhypothek endlich,

*) Aus der Constitution Justinian's entnehmen wir zugleich, dass statt der Formel omnia, quae habeo etc., später der Ausdruck generalis hypotheca als technische Bezeichnung für das Vermögenspfand sich bildete, wie denn überhaupt die Bezeichnung für dasselbe sehr verschieden lautete, z. B. generale pactum de omnibus bonis pignori dandis l. 5 C. quae res (8, 17); — ferner universa bona generaliter pignori acceptissae l. 2 C. de pign. (8, 14).

*) Quamvis constet specialiter acceptissae, et universa bona generaliter acceptissarium tunc pignori acceptissae, et aequale jus in omnibus habere etc.

deren Umfang nach der vermuthlichen Absicht des Verpfänders zu beurtheilen ist, sind diejenigen Gegenstände ausgeschlossen, von denen es nicht wahrscheinlich ist, dass der Schuldner sie besonders würde verpfänden haben, also Sachen, die demselben zum täglichen Gebrauche unentbehrlich sind, z. B. Hausgeräth, Kleider, Handwerkszeug etc. so wie solche, zu denen der Schuldner eine besondere Zuneigung *) hat l. 6, l. 7, l. 8 D. de pign. (20, 1) l. 4 C. quae res pign. (8, 17).

§ 24.

Wenn nun also der Umfang der Generalhypothek leicht dahin zu bestimmen ist, dass mit Ausschluss der oben erwähnten ausgenommenen Sachen, dieselbe auf alle Gegenstände sich erstrecke, sowol auf die, die der Schuldner schon jetzt im Vermögen hat, als auf die, welche er noch erwerben wird, — so ist die Frage desto streitiger und desto schwieriger zu entscheiden, von welchem Augenblicke die Generalhypothek in Betreff der später erworbenen Sachen ihren Anfang nehme, ob vom Zeitpunkt der Erwerbung der Sache von Seiten des Verpfänders oder vom Augenblicke der Pfandbestellung; ob demnach, wenn mehreren Gläubigern nach einander eine Generalhypothek bestellt ist, die Pfandrechte dieser verschiedenen Gläubiger in denselben Zeitpunkt fallen und dadurch eine Concurrenz derselben pro rata ihrer Forderungen begründet wird, oder ob die Priorität der Zeit hier zur Geltung komme? (Es versteht sich, dass der erste Gläubiger zwar an den Gütern, die der Schuldner noch vor der zweiten Hypothek erworben hatte, den Vorzug behauptet; der Fall, dass die verschiedenen Gläubiger gleiche Rechte haben also nur auf die, nach Bestellung beider Hypotheken erworbenen Güter zu beziehen ist).

In der That müssen wir der Theorie folgen, welche den mehreren Gläubigern gleiche Rechte giebt, und sie pro rata ihrer Forderungen an den verschiedenen Gene-

*) Ob diese Affectio für vernünftig zu halten, und ob überhaupt eine solche Beschränkung zu gestatten sei, ohne die Sicherheit des Gläubigers zu gefährden, das muss der Beurtheilung des Richters überlassen bleiben. Dem Schuldner kann jedenfalls der Eid darüber deferirt werden.

ralhypotheken theilnehmen lässt *), und zwar aus folgenden Gründen:

Der Grund der Gültigkeit der Verpfändung von Gütern, die künftig erst zu erwerben sind, liegt offenbar darin, dass bei ihr die Uebereinkunft auf eine Zeit bezogen wird, wo das Hinderniss des mangelnden Eigenthums nicht mehr vorhanden ist, in welcher überhaupt, nach erfüllter Bedingung des Erwerbes, beide wesentliche Erfordernisse der Pfandbestellung: Uebereinkunft und ein Object dieser Uebereinkunft, zusammentreffen. An diesem Objecte aber fehlte es bis dahin: erst wenn die künftigen Güter sich in gegenwärtige verwandeln, ist ein solches vorhanden, dann erst kann und dann erst soll das Pfandrecht seinen Anfang nehmen. Die Verpfändung der künftigen Güter des Schuldners, die im Augenblicke der Verpfändung für ihn noch fremde sind, geschah also unter der stillschweigenden Bedingung: wenn der Schuldner sie einst werde erworben haben. Sieht man nun, — wie dies unvermeidlich, — die Verpfändung künftiger Güter als eine bedingte an, so kann hier der eingetretenen Bedingung keine auf die Zeit der geschehenen Pfandbestellung rückwirkende Kraft beigelegt werden, indem bei einer Bedingung, die nur von dem Willen des Schuldners abhängt, alle und jede Zurückziehung wegfällt und Recht und Ausübung des Rechts erst dann beginnt, wenn der Schuldner die fragliche Willenshandlung vorgenommen hat, denn bis dahin existirt eigentlich noch gar kein Rechtsverhältniss, l. 108 §. 1 de verb. obli. (45, 1). Der künftige Erwerb von Gütern hängt hier aber offenbar von der Willkür des Schuldners ab, da er allein über das Ob und das Wann und das Was dieses Erwerbes zu bestimmen hat, — also kann von einer Rückziehung hier auch nicht die Rede sein. Ähnlich fängt das zum Voraus an den *invectis et illatis* bestellte Pfandrecht nicht früher als mit der Illation an, weil es von der Willkür des Miethmanns abhängt, ob, was und wann er inferiren will. Mithin geht das, in der Zwi-

*) Entgegengesetzter Meinung sind: *Trotscha* l. c. S. 99 ff. *Wenting-Ingenhens*: Lehrbuch, § 311. *Mühlenbruch*: Lehrbuch, S. 223, Note 8.

schenzeit zwischen dem Pfandvertrage und der Illation an denselben Sachen für eine andere Forderung bestellte Pfandrecht vor l. 11 § 2 D. qui pot. (20, 4). So wie nun bei der Verpfändung der *invecta et illata* man nichts Anderes sagen will, als: ich verpfände Dir meine Mobilien, sobald ich sie infertit haben werde, so bei der Verpfändung der künftigen Güter nichts Anderes als: sobald ich sie erworben haben werde. In beiden Fällen ist die Bedingung eine stillschweigend sich von selbst verstehende. — Aus allem Erörterten ist ersichtlich, dass zur Zeit der Erwerbung die mehreren Gläubiger, auch wenn ihnen zu verschiedenen Zeiten verpfändet war, immer nur ein gleiches Recht haben, folglich wird ihnen auch immer nur eine Concurrenz pro rata ihrer Forderungen zugestanden werden können und das prior potior kommt hier nicht in Anwendung.

§ 25.

Diese Ansicht findet durch mehrfache Quellenaussprüche ihre Bestätigung. Heben wir die wichtigsten hervor, so entscheidet Gajus l. 45 § 1 D. de pign. (20, 4):

Quod dicitur, creditorem probare debere, quum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datae, caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea acquisierit, perinde atque si specialiter hae res fuissent obligatae.

Gajus will hier vor einem Missverständnisse bewahren. Gewöhnlich sei es gegründet, dass der Gläubiger, welcher mit der *actio hypothecaria* datis, zweierlei beweisen müsse, dass verpfändet sei, und dass die Sache zur Zeit der Verpfändung dem Schuldner gehört habe. Dieses letztere nun, bemerkt Gajus, sei auf den Fall einer gewöhnlichen speciellen Verpfändung zu beziehen, nicht auf den, der Generalhypothek, welche die zukünftigen Güter mit umfasse, indem hier die Parteien stillschwei-

gend ihre Uebereinkunft auf den Zeitpunkt der Acquisition zurückbezogen hätten, auf den es also allein bei dem Beweise ankommen könne. — Ferner demonstirt Ulpian l. 7 § 1 D. qui pot. in pign. (20, 4):

Si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium ejus acquisiero putat Marcellus, concurrere utrumque creditorem et in pignore. Non enim multum facit, quod de suo numos debitor dederit, quippe quum res ex numis pignoris emta non sit pignorata ob hoc solum, quod pecunia pignorata erat.

Geht man hier von der richtigen Voraussetzung aus, dass Generalpfand sei zuerst und das Specialpfand später constituit, so beweist Ulpian's Fragment, — da concurrere utrumque creditorem in pignore jedenfalls auf die Verhältniss-Bestimmung der beiden Pfandrechte zu beziehen ist, — schlagend, dass das zum Voraus am zukünftigen Vermögen bestellte Pfandrecht nicht mit der Pfandbestellung, sondern erst mit dem Erwerb beginne. Ebenso beginnt das am fundus unter der Bedingung bestellte: si in dominium meum pervenit erst mit dem Erwerbe, also ist die nothwendige Folge das Zusammentreffen beider Pfandrechte, das des älteren Generalpfandgläubigers und das des jüngeren Specialpfandgläubigers. — Dies würde bei der successiven Verpfändung eintreten.

Supponirt man jedoch, wie dies mehrfach geschieht, (unter Anderen von Trotsche l. c.) eine gleichzeitige Bestellung des General- und Specialpfandes, so ist dagegen anzuführen, dass die letzte Hälfte unserer Stelle diese Annahme unmöglich macht. Einer richtigen Interpretation nach ergibt sich aus derselben Folgendes: Der gemeinschaftliche Gläubiger hatte nach der Generalverpfändung sich Geld verschafft, z. B. durch ein Darlehn von einem Dritten. Dieses Darlehn fiel nach l. 34 § 2 de pign. (20, 4) mit unter das Generalpfand, denn die Verpfändung des zukünftigen Vermögens war einmal anerkannt und in sofern konnte kein Vermögensrecht davon eximirt werden. Vom Specialpfand wurde dieses

Geld nicht ergriffen. Mit diesem ihm gehörigen, dem Generalpfandgläubiger verpfändeten Gelde, schaffte sich nun nachmals der Schuldner einen fundus an (de suo numos debitor dedit — *numis pignoris emta*). Dieser fundus fiel natürlich unter das Generalpfand, war aber auch dem zweiten Pfandgläubiger auf den Fall des Erwerbes verpfändet. Nur so lässt sich das hier angenommene Verhältniss denken. Ueberdies spricht für die successive Verpfändung auch der Umstand, dass bei allen menschlichen Handlungen die Succession die Regel bildet, im Zweifel aber die Präsumtion für die Regel streitet. — Das Geld, womit der fundus gekauft und womit das Pfandrecht des Specialpfandgläubigers in's Dasein gerufen wurde, ist als dem General-Pfandgläubiger bereits mitverpfändet genannt. Es wird also der ältere General-Pfandgläubiger das präterdite Vorzugsrecht darauf gegründet haben, dass er mit Ausschluss des Gegners ein Pfandrecht am Gelde und deshalb auch ein ausschliessliches Pfandrecht an dem damit erkaufen fundus habe. Dies verwirft jedoch Ulpian und lässt das Pfandrecht des General-Pfandgläubigers nicht von der Zeit des empfangenen Darlehens datiren. In eine frühere Zeit kann dieses Pfandrecht unmöglich gesetzt werden, mithin kann es erst mit dem Erwerbe des fundus entstehen. — Das Specialpfandrecht entsteht, wie nicht geläugnet werden kann, ebenfalls erst mit dem Erwerbe des fundus. Wenn daher Ulpian eine Concurrenz beider Gläubiger annimmt, so muss er auch das Generalpfand in demselben Momente wirksam werden lassen, wie das Specialpfand und dies ist eben der Moment des Erwerbes.

§ 26.

Eine dritte, nicht minder bestrittene Stelle, die gegen unsere Ansicht angeführt wird, beweist keineswegs gegen dieselbe. Es ist dies l. 24 pr. D. qui pot. in pign. (20. 4):

Titius Seiae ob summam, qua ex tutela 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 Seiae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit; quaesitum est, an Seia praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem obligationem acquisit, donec universam debitam suam consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Man argumentirt nun so: wenn unsere Ansicht die richtige wäre, so könnte Seia nur ein Vorzugsrecht geniessen in Bezug auf die Sachen, welche Titius bis zu dem Contracte mit dem Fiskus erworben hatte. In Ansehung der später erworbenen Güter könne dieses Vorzugsrecht jedoch nicht stattfinden, wie doch Scaevola behaupte, da ja beiden, der Seia und dem Fiskus das gesammte gegenwärtige und zukünftige Vermögen verpfändet war, sie daher unserer Ansicht nach (s. § 24) pro rata ihrer Forderungen concurriren müssten. In dem vorgelegten Falle ist nun aber keineswegs sowohl dem Fiskus als der Seia das gegenwärtige und zukünftige Vermögen verpfändet worden, sondern nur der Seia beides, dem Fiskus nur das erstere, d. h. res suas omnes und darunter waren vor Justinians Constitution l. 9 C. quae res pign. (8, 17) nur die bona praesentia begriffen, so dass mithin der Fiskus gegenüber der Seia ein Pfandrecht am gesammten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen keineswegs präterdiren, er also auch mit ihr nicht concurriren konnte. Wenn dagegen eingewendet wird, dem Fiskus stehe ja ein stillschweigendes Generalpfand an dem Vermögen seiner Debitoren zu, so ist auch dies für die Zeit der Abfassung unserer Stelle nicht zuzugeben. In derselben verpfändet Titius dem Fiskus sein ganzes gegenwärtiges Vermögen für eine Darlehensschuld. Wozu hätte es aber dieser ausdrücklichen Verpfändung bedurft, wenn sich die Verpfändung des ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens von selbst verstand? Scaevola's Entscheidung

zeigt, dass die erst späterhin erworbenen Sachen gar nicht als verpfändet betrachtet werden, denn in Betreff dieser würde die Regel der l. 28 D. de jure fisci (49, 14) zur Anwendung kommen, so nämlich, dass der Fiskus vorgehn müsste. Dann könnte aber der Seja kein ausschliessliches Recht eingeräumt und von ihr nicht ausdrücklich gesagt werden: donec universum debitum consequatur. Die l. 21 ist demnach im Zusammenhange so zu erklären: Titius, welcher der Seja, wegen der über sie geführten Tutel, eine Summe Geldes schuldete, bestell (da nach dem Rechte zur Zeit des Scaevola Pupillen an dem Vermögen ihrer Tutoren noch kein stillschweigendes Pfandrecht hatten) vertragsmässig wegen dieser Schuldforderung eine Generalhypothek, in welche er sein gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen einschloss. (Das zukünftige war zur Zeit Scaevola's bei der Verpfändung des gesammten Vermögens nur dann als verpfändet zu verstehen, wenn dies besonders bestimmt wurde). Nach diesen, die Seja betreffenden Vorgängen, nimmt Titius von dem Fiskus ein Darlehn auf. (Nach späterem Rechte wäre der Fiskus durch ein stillschweigendes Pfandrecht gesichert gewesen, nach damaligem aber nicht, s. oben). — Titius verpfändet dem Fiskus res suas omnes, d. h. nur das zur Zeit vorhandene Vermögen. Mit diesem Gelde trug er der Seja einen Theil seiner Schuld ab und nahm wegen des Restes eine Novation vor, wobei jedoch ausdrücklich bedungen wurde, dass die früher bestellte Hypothek auf die neue Schuld übergehe, — in qua obligatione similiter, ut supra de pignore conventit, — d. h. dass für diese neue der Seja sein gesamtes gegenwärtiges und zukünftiges Vermögen hafte. Nunmehr entstand die Frage: hebt die Novation die der Seja zeither zustehende Priorität auf? Dies verneint Scaevola, und mit Recht, denn bei der Novation trat die neue Obligation in Stelle der alten und da das frühere Pfandrecht ausdrücklich für die neue Obligation vorbehalten war, so behält die Seja ihre frühere Priorität vor dem Fiskus und ihr Verhältniss zum Fiskus muss so beurtheilt werden, als sei keine Novation

vorgekommen. Es kommt ihr daher in Allem, was so- wol ihr, als dem Fiskus verpfändet ist, — die ursprüngliche frühere Entstehung ihres Pfandrechts zu Stat- ten: aus diesem Grunde geht sie dem Fiskus vor, sowohl in Ansehung der, schon zur Zeit der ersten Verpfändung vorhandenen, als von da bis zur Verpfändung seines Vermögens hinzuverworbenen Güter. Was aber den Erwerb seit der Verpfändung an den Fiskus betrifft, so hat der Fiskus an diesem gar kein Pfandrecht, da die ihm bestellte Hypothek das künftige Vermögen nicht mit umfasst. Vielmehr ist dieser Erwerb nur der Seja verpfändet. So also kann dieselbe verlangen vor dem Fiskus vollständig befriedigt zu werden (donec universum suum debitum consequatur).

§ 27.

Dies sind die am meisten streitigen und zugleich die bei weitem wichtigsten Stellen für unsre Frage. Wir haben gesehn, sie sprachen zugleich für unsere Ansicht, dass das am zukünftigen Vermögen bestellte Pfandrecht erst im Augenblicke des Erwerbs entsteht und demnach auch eine Concurrenz der Pfandrechte verschiedener Gläubiger nur pro rata ihrer Forderungen begründet wird.

Andere Stellen, die man theils für, theils wider dieselbe angezogen hat, beweisen theils zu wenig, theils sind sie auf ganz andere, als den eben behandelten Fall zu beziehen. So kann, wie mitunter geschieht (Gesterding, l. c. S. 251) für unsere Ansicht die l. 34, § 2 de pign. (20, 1) nicht angeführt werden, da es sich in derselben nicht sowohl um das Datum des Pfandrechts, als vielmehr nur um die Frage handelt, ob überhaupt ein Pfandrecht angenommen werden könne. Wenn man andererseits die l. 9, § 3 D. qui pot. in pign. (20, 4) gegen unsre Ansicht auführt, so gehört dieses Fragment gar nicht hierher, wie aus § 17, wo dasselbe seine Erläuterung gefunden hat, hinlänglich ersichtlich.

§ 28.

Manches Verwandte mit der Generalhypothek hat das Pfandrecht an einer universitas rerum (z. B. einer

Heerde, einer Bibliothek etc.). Dieses Pfandrech erstreckt sich ebenfalls sowohl auf das Ganze, d. h. den Inbegriff der mehreren darin enthaltenen einzelnen Sachen, wie es an diesen einzelnen, individuell bestimmten selbst haftet. Es erstreckt sich ferner nicht nur auf diejenigen Sachen, aus denen die universitas zur Zeit der Verpfändung besteht, sondern auch auf diejenigen, welche in der Folge hinzukommen, sollte sich auch im Verlaufe der Zeit die ganze universitas erneuert haben, l. 43 pr. D. de pign. (20, 1):

Grege pignori obligato, quae postea nascuntur, tenentur; sed et si prioribus capitibus decedentibus, totus grex fuerit renovatus, pignori tenetur.

Die Heerde, die hier als verpfändet angegeben ist, wird so betrachtet, dass die hinzugeborenen Stücke, — und dasselbe muss auch von den hinzugekauften behauptet werden, — nicht sowol als selbstständige neue Theile, sondern vielmehr als die in allen Stücken stets fortdauernde Heerde anzusehn ist. Dieses Beispiel der Heerde ist aber offenbar auch auf andere Fälle der Verpfändung einer universitas rerum auszudehnen. — Die in der Stelle c. enthaltene Regel erleidet nur eine Ausnahme, wenn bei der Pfandbestellung ausdrücklich die später hinzukommenden Sachen von der universitas ausgeschlossen sind.

Besonderer Erwähnung ist hier noch der taberna zu thun. Die Verpfändung einer taberna (eines Waarenlagers, Magazins) begreift alle Waaren in sich, mit denen das Lager noch etwa künftig vermehrt wird. Diejenigen jedoch, die vor erhobener Pfandklage davon verkauft werden, sind darunter nicht zu begreifen. Es erstreckt sich also die Verpfändung blos auf diejenigen Waaren, welche zur Zeit der Pfandklage noch auf dem Lager sind l. 34 pr. D. de pign. (20, 1). Der Grund liegt offenbar in der nöthigen Aufrechthaltung des Handelsbetriebes, der natürlich sofort ein Ende haben müsste, wollte man in diesem Falle die einzelne Sache als verpfändet anschn.

§ 29.

2) Die Verpfändung einer res aliena unter der Bedingung, dass sie dem Verpfänder dereinst gehören

werde, — si debitoris facta fuerit oder si in dominium meum pervenit ist in den Quellen als gültig anerkannt l. 16 § 7 D. de pign. (20, 1) und l. 7 § 1 D. qui pot. in pign. (20, 4). Dass der Anfang dieses Pfandrechts erst mit dem Erwerbe der Sache, nicht mit der Pfandbestellung zu datiren sei, geht aus dem, was wir bei der Generalhypothek (§ 24.) in Bezug auf Potestativbedingungen bemerkten, genugsam hervor, denn auch hier hängt die Erfüllung der Bedingung von der Willkür des Schuldners ab.

§ 30.

3) Was die Verpfändung einer res aliena debita betrifft, so unterliegt auch die Gültigkeit einer solchen den Quellenaussprüchen gemäss keinem Zweifel l. 1 pr. D. de pign. (20, 1), l. 3 § 1 D. qui pot. in pign. (20, 4). Gegenstand des Pfandrechts ist auch hier eine res futura, jedoch eine solche, worauf dem Verpfänder eine Forderung zusteht. Die Realisirung des Pfandrechts ist hier leichter, denn er braucht nur seine Forderung geltend zu machen, um sofort die Sache zu Eigenthum zu erwerben. Der Anfang auch dieses Pfandrechts ist nach Analogie des § 29 besprochenen Falles, erst mit dem Erwerbe der Sache zu statuiren. Bei der Verpfändung einer res aliena debita ist nämlich ebenfalls die Bedingung si debitoris facta fuerit, oder si in dominium meum pervenit als stillschweigend darin enthalten anzunehmen, denn dem Verpfänder steht ja eine Forderung auf die verpfändete Sache zu, vermöge welcher er auf Tradition derselben zu dringen befugt ist.

§ 31.

4) Die Verpfändung von Früchten als einer zukünftigen Sache.

Bei der fruchttragenden Sache sind die Früchte der verpfändeten Sache stillschweigend als mitverpfändet anzusehn. l. 3 C. in quib. caus. pign. (8, 45):

Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur

tacita pactione esse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire, nulli prudentium placuit.

Unter Früchten sind hier im Allgemeinen: ea, quae non sunt, futura tamen sunt, d. h. im Werden begriffene, natürliche Früchte zu verstehen.

Ungenau aber ist es, die natürlichen Früchte ohne nähere Bestimmung im Allgemeinen unter dieser Art künftiger Sachen zu begreifen. Die Quellen charakterisiren sie meist ausdrücklich näher als pendentes, ea quae nascuntur, fetus, — sie sind also als künftige Erzeugnisse einer andern Sache anzusehn, und dies gilt selbst in Bezug auf die zur Zeit der Verpfändung hängenden Früchte, indem dieselben erst nach der Separation als selbstständige Rechtsobjecte auftreten, z. B. l. 15 pr. D. de pign. (20, 1). — Verpfänden kann dieselben nur der, welcher zur Zeit der Verpfändung an der Sache, welche sie hervorbringen wird, das Eigenthum hat l. 41 § 3 D. de pign. (20, 1).

Ueber den Anfang des Pfandes an den fructus futuri entscheiden unsere Rechtsquellen nicht, denn die häufig hierfür benutzte l. 41 § 3 c. bestimmt eben nur, als Bedingung der Gültigkeit des Pfandrechts, dass das Grundstück etc. sich zur Zeit der Verpfändung in bonis debitoris befunden haben müsse. Es ist aber ohne Zweifel dieser Anfang nach denselben Principien, wie wir sie für die bisher erwähnten Arten der Verpfändung zukünftiger Sachen aufstellten, zu beurtheilen, denn auch hier wird Etwas zum Voraus verpfändet, was man mehr oder minder bestimmt zu erwerben hofft. Dies ist um so unläugbarer, weil, wer seine bona futura verpfändet, damit auch die etwaigen fructus futuri verpfändet, und in sofern was von jenen gilt, auch von diesen behauptet werden muss.

FRÜCHTEN.

- 1) *Das Pfandrecht ist keinesfalls zu den sog. dinglichen Rechten zu zählen.*
- 2) *Es giebt ein Pfandrecht an eigener Sache.*
- 3) *Die Denunciation an den Cessus ist als gültig geschehn zu betrachten, sowol wenn sie vom Cessionar, als wenn sie vom Cedenten ausgegangen ist. Auch genügt in gewissen Fällen jede anderweitige Kunde, welche der Cessus von der erfolgten Cession erhalten, um sein Verhältniss zum Cessionar festzustellen.*
- 4) *Das Gewohnheitsrecht kann als Rechtsquelle dem geschriebenen Rechte gleichgestellt werden.*
- 5) *Im Civilprocese ist es dem Richter durchaus nicht zu gestatten, ausser in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen, ex officio Fragen an die von den Partheien aufgeführten Zeugen zu stellen.*
- 6) *Der Advocat, der seine eigene Sache geführt, ist, sobald sein Gegner zur Erstattung der Kosten verurtheilt worden, sur Forderung des Honorars berechtigt.*