

Ausführliche Erläuterung
der
P a n d e c t e n
nach
H e l l f e l d
ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrat und öffentlichen ordentlichen Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.



Sebzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
verlegt bey Johann Jacob Palm.
1813.

Deubel
15 Ak 35

Max-Planck-Institut
für europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

Dig. 9149 43

STAATARCHIV
LÜBECK

2057/13.

64/3387

De pigneratitia actione.

§. 861.

Begriff von *pignus* und *hypotheca*. Unterschied zwischen beyden.

Der dritte Realcontract ist der Pfandcontract (*contractus pigneratitius*), welcher das Unterscheidende hat, daß er ein blos accessorischer Contract ist, der dazu dient, eine schon vorhandene Verbindlichkeit zu verstärken, so daß der Gläubiger wegen ihrer Erfüllung mehr gesichert ist. Er wird auch *pignus* schlechthweg genannt. Man verbindet aber mit dem Worte Pfand, *pignus*, bekanntlich einen dreifachen Begriff. Es wird nämlich I) für Pfandrecht genommen, und dann versteht man darunter ein dingliches Recht, welches dem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an der Sache eines Andern dargestellt zusteht, daß er sich in dem Falle, da die Schuld nicht gebührend bezahlt wird, an die Sache halten, und durch Verdüsserung derselben aus ihrem Erlöß sich bezahlt machen kann ¹⁾). II) Für den Gegenstand dessel-

1) Unter den ältern Rechtsgelehrten haben die Lehre vom Pfandrecht vorzüglich *Hug. DONELLUS*, *Franc. BALDUINUS*, *Mercur. MERLINUS*, *Gab. MUDAEUS*, *Reinh. BACHOVIVS* und *Ant. NEGUSANTIVS* in ihren Werken *de pignoribus et hypothecis* abgehandelt; unter den neuern ist *Ernst Christ. WEISZ* Glücks Erläut. v. Pfand. 14. Th.

dieselben, oder die verpfändete Sache selbst, welche man das Pfandstück nennt. Erhält der Gläubiger zugleich den Besitz der Sache, so ist dies ein *pignus* im eigentlichen Sinn, und wird bey beweglichen Sachen ein handhabendes Pfand, oder Pfandrecht, oder auch ein Faustpfand, bey unbeweglichen Gütern hingegen ein Unterpfand oder Unterpfandsrecht genannt. Wird aber die Sache ohne Uebergabe verpfändet, so heißtt dies eine Hypothek, oder Pfandverschreibung, und dieses Wort wird ebenfalls sowohl für das Recht selbst, als für den Gegenstand desselben genommen. Ulpian sagt L. 9. §. 2. *D. de pigner. act. Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem;* und Florentinus bemerkt L. 35. §. 1. *D. eodem. PIGNUS, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem.* Der Unterschied besteht also darin. a) Eine Hypothek wird durch den bloßen Vertrag, ein Faust-

phals Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen Röm. Gesetze vom Pfandrecht. Leipzig 1770. und 1794. 8. die beste Schrift. Man verbinde jedoch noch damit *Io. Henr. Christ. ERXLEBEN Principia de iure pignorum et hypothecarum. Goett. 1779. 8.*

- a) In der L. 238. §. 2. *D. de Verb. Signif.* wird das Wort *pignus* von *pugnus* abgeleitet, *quia res, quae pignori dantur, manu traduntur.* Allein Andere wollen das Wort *pignus* vielmehr von dem alten Worte *pago* oder *pigo* herleiten, welches soviel als *iungo* oder *figo* oder *obligo* heißt. *S. MENACIUS Amoenitat. iuris civ. cap. 39.* *vossius in Etymolog. v. Pignus;* und *Ant. SCHULTING Thes. controversial. iuxta seriem Dig. Decad. 65. §. 1.*

Gau si p fand aber durch Uebergabe der verpfändeten Gau che bestellt. Hierher gehört §. 7. I. de action. wo es heißt: PIGNORIS appellatione eam proprie rem contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditor, maxime si mobilis sit. At eam, quae sine traditione nuda conventione tenetur, proprie HYPOTHECAE appellatione contineri dicimus. Diesem ist die L. 1. D. h. t. nicht entgegen. Denn wenn es daselbst heißt: *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum sit; so wird hier das Wort pignus für Pfandrecht im allgemeinen Sinn genommen*³⁾. b) Das pignus im eigentlichen Sinn giebt dem Gläubiger ein Retentionsrecht, welches er nicht nur wegen der Pfandschuld selbst, sondern auch wegen anderer Forderungen geltend machen kann, wofür das Pfand nicht gegeben ward⁴⁾; vorausgesetzt, daß der Gläubiger den Besitz des Pfandes von dem Schuldner selbst durch Vertrag erhielt⁵⁾. Ein solches Retentionsrecht ist hingegen bey einer Hypothek undenkbar, weil sie mit keinem Besitz verbunden ist. c)

U 2

Zum

3) S. Ant. FABRI Rational. in Pandect. ad L. 1. D. h. t. de cocceji ius civ. controv. h. t. Qu 3. et EMMINGHAUS ad Eundem not. **.

4) L. un. Cod. Etiam ob chirographarium pecuniam pignus retinandi posse. S. WIESE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem, quam ob diversa debita. Rostochii 1780. §. 13. 1o. Ant. Thilemann de SCHENK Diss. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium. Bremae 1730. und Sam. Frid. WILLENSBERG Diss. de retentione pignoris. §. 14. in eius Exercitation. Sabbatin. P. II. Nr. XXXIV.

5) S. Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Gem. 10.

Zum Pfande können ferner nur gegenwärtige Sachen gegeben werden. Allein eine Hypothek kann auch künftige Sachen zum Gegenstande haben. *L. 15. pr. D. de pign. et hypoth.* sagt: *Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt; ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata.* d) Gewöhnlich besteht ein *Pignus* in beweglichen, eine Hypothek aber in unbeweglichen Sachen⁶⁾). Es ist jedoch dieser Unterschied nicht wesentlich. Denn so wie nach klaren Gesetzen auch unbewegliche Sachen zu einem Unterpfande eingeräumt werden können⁷⁾; so können im Gegentheil bewegliche Sachen auch zur Hypothek verschrieben werden⁸⁾. In Absicht auf das dingliche Recht hingegen, und die daraus entspringende hypothekarische Klage ist zwischen *pignus* und *hypo-*

- 6) *L. 238. §. 2. D. de Verb. Signif. §. 7. I. de action. S. Reinh. BACHOVII Tract. de pignorib. et hypoth. Lib. I. cap. 1. und WALCH Introduc. in Controv. iuris civ. pag. 417.*
- 7) *L. 11. §. 1. L. 31. D. de pignor. L. 16. §. 2. D. de pigner. act. L. 9. D. de oper. novi nunciat.*
- 8) *L. 34. D. de pignor. S. IO. AUG. HELLFELD Diss. de hypotheca mobilium. Jenae 1743. Cap. 3. und HÖPFNERS Commentar über die Institutionen §. 712.* Im Zweifel wird jedoch das auf beweglichen Sachen des Schuldners bestellte Pfandrecht eher für ein handhabendes Pfand, als für eine Hypothek gehalten. Daher werden auch dem Gläubiger an den ihm von dem Schuldner zur Sicherheit seiner Forderung übergebenen Schulscheinen eines Dritten die Rechte eines handhabbaren Pfandes ohne Bedenken eingeräumt, weil nach gemeinen Rechten ausgeliehene Capitalien als bewegliche Sachen des Schuldners betrachtet werden. *S. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. Bemerk. 42.*

hypotheca kein Unterschied⁹⁾). Bloß in dieser Beziehung sagt *Marcian L. 5. §. 1. D. de pign. et hypoth.* Inter *pignus* et *hypothecam* tantum nominis sonus differt, wie nicht nur aus der Inscription der angeführten *L. 5. de pign. et hypoth.* erscheint, welche so lautet: MARCIANUS libro singulari ad formulam hypothecariam¹⁰⁾; sondern auch in einer Stelle der Institutionen *§. 7. IV. 6. de actionib.* ausdrücklich gesagt wird, wo es heißt: Inter *pignus* autem et *hypothecam* (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest. Nam de qua re inter creditorem convenerit, ut sit pro debito obligata: utraque hac appellatione continetur. Ein Faustpfand hat daher nach gemeinem Rechte vor der Hypothek keinen Vorzug¹¹⁾). Jedoch bes-

43

grün-

9) Daher werden die Ausdrücke *pignus* und *hypotheca* in den Gesetzen zuweilen als gleichbedeutend genommen. So wird die Hypothek *pignus* genannt *L. 17. §. 2. D. de pactis* und wiederum das *pignus* Hypothek *L. 5. §. ult. D. de pignor.* *S. HU-*
BERTI Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 1. Auch die *hy-*
pothekarische Klage wird deswegen nicht selten in den Gesetzen *actio pignoratitia* genannt. *L. 41. D. de pigner. act.*
L. 3. §. 3. D. ad exhib. *L. 7. §. 12. D. Communi divid.* *L. 19.*
L. 30. §. 1. D. de except. rei. iud. *L. 5. Cod. Si res aliena*
pignori. *S. BRIBONIUS* de Verb. Significat. voc. *Pignerati-*
tius. nr. 5. und *BACHOVIVS* de *pignor. et hypoth.* Lib. I.
cap. 1. pag. 2.

10) *S. voet Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 1. Ant.*
SCHULTING Thes. controversar. Decad. LXXV. §. 3. und be-
sonders *Bern. Henr. REINOLDI* Oratio de inscriptionibus Le-
gum Digestorum et Cod. §. 10. in *Opuscul. iurid.* p. 574. sqq.

11) *L. 12. pr. et §. 10. D. Qui potiores in pignore.* *S. LEYSER*
Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXIII, medit. 1.

gründet es eine persönliche Klage auf Zurückgabe des Pfands des nach geschehener Besiedigung des Gläubigers, welche bey der Hypothek, deren Besitz bey dem Schuldner bleibt, undenkbar ist¹²).

§. 862.

Pfand-Contract. Contractus fiduciae; pactum hypothecae.

Unter *pignus* wird auch III. der Pfandkontract verstanden, welches derjenige Realkontract ist, wodurch dem Gläubiger eine Sache zur Sicherheit seiner Forderung mit der Bedingung übergeben wird, daß er sie nach erhaltener Besiedigung wieder zurückgebe. Davon unterschieden ist der Hypothekvertrag (*pactum hypothecae*), wodurch dem Gläubiger blos ein dingliches Sicherheitsrecht auf des Schuldners Gütern ertheilt wird, ohne ihm den Besitz derselben einzuräumen. Dieser ist ein prätorischer Vertrag, woraus jedoch der Prätor eine dingliche Klage (*actio hypothecaria*) giebt. Allein der Pfandkontract verdankt dem Civilrecht seinen Ursprung, und war schon seit den ältesten Zeiten der Römer verbindlich. Denn wahrscheinlich handelte die letzte der zwölf Tafeln von demselben¹³). Es werden aber dadurch nur persönliche Verbindlichkeiten unter den Contrahenten begründet, auf deren Erfüllung mit der *actio pignoratitia* geflagt werden kann. Hier ist nicht davon die Rede, daß der Gläubiger auch wirklich immer ein

12) Man sehe überhaupt *Iust. Henn. BOEHMERI* Diss. de diverso pignoris et hypothecae iure. Halae 1718. et in *Exercitac. ad Pandect. Tom. III.* pag. 802. sqq.

13) *S. Iac. GOTTHOFARDI* Quatuor fontes iuris civ. pag. 157. nach der Genfer Ausgabe vom Jahr 1653. und im *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 139.

ein Pfandrecht erhalten¹⁴⁾). Denn es kann auch eine fremde Sache zum Pfande gegeben werden. Die Verbindlichkeit unter den Contrahenten ist hier begründet, wenn eine Sache dem Gläubiger zum Pfande gegeben worden ist, sie sey eine eigene Sache des Schuldners, oder eine fremde Sache. Es zeigt sich hierin ein wichtiger Unterschied zwischen der actio pignoratitia und der actio hypothecaria. Letztere setzt immer ein gültiges Pfandrecht voraus¹⁵⁾). Denn sie ist eine dingliche Klage, die gegen jeden Besitzer des Pfandes statt hat. Allein die actio pignoratitia ist eine bloß persönliche Klage, welche nur unter den Contrahenten statt findet. Hier verbindet schon der Contract den Gläubiger (re obligatur), das Pfand, nach erhaltener Bezahlung, zurückzugeben, wenn es auch dem Schuldner nicht gehört¹⁶⁾). Allein wenn der Gläubiger sein Sicherheitsrecht gegen den dritten Pfandinhaber geltend machen will, so muß er beweisen können, daß ihm ein gültiges Pfandrecht bestellt worden sey. Daher sagt Noodt¹⁷⁾ mit Recht: Multum interest, inter obligari pignori, et dari pignori Priori casu res obligatur: posteriori contrahentium personae tenentur: res libera est. Um jedoch wieder auf den Pfandcontract zu kommen, so war ursprünglich die Form dieses Contracts zweifach. Ehe nämlich der Prätor die actio hypothecaria eingeführt hatte, diente das Pfand dem Gläubiger
nur

14) Man sehe vorzüglich Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. Operum pag. 321.

15) L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit.

16) §. 4. I. Quib. mod. re contrah. obligat. L. 9. §. 4. L. 22. §. 2. D. h. t.

17) Cit. loc. et Lib. I. Observation. cap. 7.

nur so lange zur Sicherheit, als er dasselbe in Händen hatte. Verlohr er den Besitz, so hatte er anfänglich gegen den dritten Besitzer, der nicht der Schuldner war, gar keine Klage. Um ihm diese zu verschaffen, pflegte man dem Gläubiger entweder außergerichtlich durch die Geheimschkeit der Mancipation vor fünf Zeugen, oder gerichtlich durch ein cessio in iure mit dem Besitz auch das Eigentum des Pfandes wiederruflich und unter der Bedingung zu überlassen, daß er es dem Schuldner remancipiiren sollte, sobald er von dem lehtern seine Bestiedigung erhalten hätte. Der auf solche Art mit dem Gläubiger geschlossene Pfandkontract wurde *Fiducia*, oder *contractus fiduciarius* genannt, so wie man im Gegentheil den Pfandkontract ohne die lex fiduciae nur schlechthin *pignus*, *depositum pignus*, oder *contractus pignoratius* zu nennen gewohnt war ¹⁸⁾). Merkwürdig ist die den Unterschied zwischen *pignus* und *fiducia* erläuternde Stelle des Isidorus ¹⁹⁾) welcher sagt: *PIGNUS* est, quod propter rem creditam obligatur, cuius rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor, ceterum dominium penes debitorem est. *FIDUCIA* est, cum res aliqua, sumenda mutuae pecuniae gratia, vel mancipatur, vel in iure ceditur. Jedoch wurde auch die Sache selbst, deren Ei-

gen-

¹⁸⁾ S. Ger. noordt Observation. Lib. II. cap. 7. Ant. SCHULTING ad Pauli Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 4. et 13. in *Iurisprud.* Aute Justin pag. 271. et 282. sq. IDEM Thes. controvers. Decad. L. Th. 2. et 3. Rothier Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. in Append. pag. 398. sq. Franc. Car. CONRADI Diss. II. de pacto fiduciae. Helmst. 1732. und Westphals Pfandrecht §. 63.

¹⁹⁾ Origin. Lib. V. cap. 55.

genthum dem Gläubiger zu seiner Sicherheit unter der Bedingung der Remancipation war überlassen worden, *fiducia* oder *res fiduciaria* genannt²⁰). Daher die Redensart *fiduciam distrahere*²¹). Der Name *Fiducia* entstand unstreitig daher, weil man dabei besonders auf die Treue und Ehrlichkeit des Gläubigers bauete. Es beweist dies auch die Formel, deren sich der Schuldner bey Abschließung dieses Contracts bediente: *Ego hanc rem meam tibi mancupo, ut eam mihi remancupes, uti ne proprie te fidemve tuam captus fraudatusve siem*²²). War nun dem Gläubiger das Pfand sub lege fiduciae mancipirt worden, so ward er so lange, als er die Sache noch nicht remancipirt hat, als wahrer Eigenthümer angesehen; er konnte sein Eigenthum nicht nur gegen jeden dritten Besitzer des Pfandes gerichtlich verfolgen, sondern auch das Pfand aussergerichtlich, wo er es fand, an sich nehmen²³). Der Gläubiger konnte sich auch

20) PAULUS *Sentent. Recept.* Lib. II. Tit. 13. §. 2. et 7. et ad Eundem SCHULTING in *Iurisprud. Antejust.* pag. 286.

21) PAULUS cit. loc. §. 1. et 3.

22) G. CONRADI *Diss. I. de pacto fiduciae* §. 16. und *Diss. II* §. 2.

23) L. 66. D. *de Rei vindicant.* PAULUS *Sentent. Receptar.* Lib. V. Tit. 26. §. 4. Creditor fiduciam et pignora apud se deposita persequi, et sine auctoritate iudicis vindicare non prohibetur. G. ANT. SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 524. not. 30. 31. et 32. Als Eigenthümer konnte der Gläubiger auch das Pfand einem Jeden, wem er wollte, vermachen. G. PAULUS c. I. §. 6. Es fand hier sogar ein legatum vindicationis statt, denn das Pfand war iure Quiritium Eigenthum des Gläubigers geworden. ULPIAN. *Fragment.* Tit. 24. §. 7. Hierauf soll sich beziehen, was Papinian L. 9. §. 2. D. *de supellect. legata* sagt: Supellectili sua omni legata, acceptum

auch die Früchte und Nützungen des Pfandes zueignen, allein er mußte sie auf die Schuld abrechnen²⁴⁾). Bezahlte

ptum argentum pignori non continebitur: quia supellectilem suam legavit: utique si non in usu creditoris id argentum voluntate debitoris fuit, sed propositum propter contractus fidem, ac restituendae rei vinculum. Sowohl Eujaz ad Papiniani responsa lib. VII. als Ger. NOODT Observat. Lib. II. c. 10 erklären die Worte *si non in usu pignoris* von dem contractu fiduciae. Jedoch liestet NOODT *Si non iuris creditoris* etc. und versteht unter *ius*, Eigenthum, und statt *propositum* liestet er *depositum*. Ihnen stimmen auch ANT. SCHULTING in Jurispr. Antej. p. 286. und WESTPHAL im Pfandrecht §. 63. Not. 85, und im System der Lehre von den einzelnen Vermächtniß-Arten §. 521. bey, jedoch glaubt er, daß man die Worte *in usu creditoris* auch ohne Abänderung erklären könne, weil die Redensart *in usa mancipioque* sehr gewöhnlich war. Es werde also dadurch ein Besitz angedeutet, wozu man durch eine Mancipation gekommen sey. IO. VAN DE WATER Observ. iur. Rom. Lib. I. c. 10. hält die Worte *in usu* für einen Tribontanismus. Denn Papinian habe: *si non fiduciae* geschrieben. Allein mit Recht verwiesen diese Erklärungen IO. IENSIUS in Strictur. ad juris Rom. Pand pag. 281. sq. und IO. LUD. CONRADI Reprehensor. in observation. super iure civ. diversor. libro sing. pag. 121. sqq. Hat der Testator jemanden seinen Hausrath vermacht, und es befindet sich darunter fremd Silber, welches denselben zwar nur als ein Pfand eingehändigt, wovon ihm aber der Gebrauch verstatte war, so ist dasselbe ohne Zweifel unter dem Legat wie begriffen, nämlich in sofern, daß auch der Legat den Gebrauch davon hat, bis das Pfand eingelöst wird. S. POTIER Pandect. Iustln. Tom. II. Tit. de legatis Nr. CCLXII. not. d. pag. 325.

24) PAULUS Sent. Recept. Lib. II. Tit. 13. §. 2. L. 1. Cod. de pign. act.

te der Schuldner, so fiel das Pfand nicht ipso iure wieder an denselben zurück, sondern der Gläubiger war zur Remancipation verbunden, weshalb dem Schuldner die *actio fiduciae directa* zustand, deren Formel war: *Aio te mihi fiduciam, quam tibi mancupavi, remancupare oportere, ut inter bonos bene agier oportet, et sine fraudatione*²⁵). Hatte aber der Gläubiger wegen ausgebliebener Zahlung der Schuld das Pfand verkauft; so konnte der Schuldner mit jener Klage wenigstens den Ueberrest der Kaufsumme, welcher *hyperocha*²⁶) genannt wird, fordern²⁷). Dahingegen konnte auch der Gläubiger, wenn er des Pfandes wegen Kosten aufgewandt hätte, mit der *actio fiduciae contraria* auf deren Ersatz klagen²⁸). Es erscheint aus dem Alten, daß es unrichtig sei, wenn Cujaz²⁹) behauptet, daß der *contractus fiduciae* allemal mit der *Lex commissoria* verbunden gewesen sey, nämlich daß bei ausbleibender Bezahlung der Schuld das Pfand an den Gläubiger verfallen wäre³⁰); obwohl nicht zu läugnen ist, daß vor Constantin dem Großen die *lex commissoria* dem Pfandkontract

25) G. CONRADI de pacto fiduciae Exercit. II. §. 6.

26) L. 20. D. Qui potior, in pignore.

27) PAULUS cit. loc. §. 1. SCHULTING c. I. pag. 283.

28) PAULUS Sent. Recept. cit. loc. §. 7. CONRADI Exercitat. II. cit. §. 7. et 8.

29) Ad PAULI Sent. recept. lib. II. Tit. 13. ad Rubricam.

30) Man sehe vielmehr Iac. GOTTHOFREDUS Comm. ad L. un. Cod. Theodos. de commissoria rescindenda. Tom. I. p. 290. sqq. edit. Ritter und Ant. SCHULTING ad Pauli Sent. Recept. p. 283. auch CONRADI Ex. I. de pacto fiduciae §. 20.

Kontract gültig angehängt werden konnte³¹⁾). Bey dem Pfandkontract, der ohne eine Mancipation oder eine in iure cessio geschlossen wurde, war alles ganz anders. Hier stand dem Gläubiger weder die rei vindicatio noch die actio publiciana zu³²⁾). Denn das Eigenthum blieb bey dem Schuldner, und der bloße Besitz ging auf den Gläubiger über³³⁾). Dieser simple Pfandkontract, der ohne die lex fiduciae geschlossen wurde, scheint nur bey den rebus nec mancipi üblich gewesen zu seyn³⁴⁾). Weil jedoch der contractus fiduciae mit manchen Schwierigkeiten verbunden war, indem auf diesem Wege nur römische Bürger ein wirksames Pfandrecht erlangen konnten, und bey der Handlung der Mancipation immer fünf mannbare Bürger, als Zeugen, mit einem libripens zugegen seyn mußten, oder auch, wie bey der cessio in iure, die Gegenwart des Prätoris erforderlich war; der dabei unter den Gegenwärtigen auszusprechenden feierlichen Worte nicht zu gedenken; so waren dies Gründe genug, welche den Prätor, zur Beförderung des gemeinen Verkehrs und Credits, veranlaßten, in seinem Edikt eine neue einfachere Art der Verpfändung einzuführen, welche ohne Tradition der Sache, und ohne alle Feierlichkeiten durch einen bloßen, mündlich oder schrift-

31) Cicero Orat. pro Flacco Cap. 21.

32) L. 13. §. 1. D. de public. in rem actions. Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt, sed ex his non solet competere tale iudicium: illa scilicet ratione, quia neque creditor, neque is, qui precario rogavit, ex animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.

33) L. 35. §. 1. D. pignerat. act.

34) ERXLEBEN de iure pignorum §. 22.

schriftlich eingegangenen Vertrag, geschehen könne. Man nannte diese Art der Pfandbestellung zum Unterschied vom pignus traditum mit einem griechischen Namen, von *ὑποτίθεσις*, *hypotheca*. Ob die Sache eine res mancipi war, oder nicht, ob sie dem Schuldner ex iure Quiritium gehörte, oder sich nur in bonis desselben befand, war hierbei gleichgültig³⁵⁾). Der Prätor unterschied auch nicht zwischen Bürgern und Nichtbürgern³⁶⁾). Noch weniger kam es dabei auf gewisse Worte und Formeln an³⁷⁾). Die bloße Einwilligung der Pauscenten allein war zur Begründung eines Pfandrechts hinreichend. Die Hauptsache aber bestand darin, daß aus dem bloßen Vertrage, wodurch der Schuldner dem Gläubiger ein Pfandrecht auf seinem Vermögen bestellt hätte, ohne ihm jedoch das Pfand zu tradieren, eben sowohl gegen den Schuldner als gegen den dritten Besitzer sollte gelagt werden können³⁸⁾). D'osneau³⁹⁾ hat die Worte des Edicts, nach Maasgebung der Gesetze des Titels de pignoribus et hypothecis, auf folgende Art zusammen gesetzt: *Si pro eo, quod ei debetur, res aliqua pignoris hypothecae nomine obligata esse dicetur ab eo, cuius in bonis ea res est, aut aliqui, cui de*

35) L. 15. §. 1. D. de pignor. et hyp. L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit.

36) G. Ger. NOODT Observation. Lib. II. cap. 8.

37) L. 4. D. de pignor. et hypoth. L. 23. §. 1. D. eodem.

38) L. 17. §. 2. D. de pactis. De pignore iure honorario nascitur pacto actio. G. NOODT cit loc. pag. 326. L. 17. D. de pignorib. et hyp. Pignoris persecutio in rem patit actionem creditoris.

39) Tr. de pignorib. et hypothecis. Cap. 1.

de ea re constitueri ius est: ei hereditate eius, quoad pecunia solvetur, aut eo nomine illi satisfactum erit, in eum, qui eam rem possidebit, tenebitve, aut dolo malo fecerit, quominus possideret, actionem dabo, ut si ea res arbitrio iudicis non restituatur, quanti ea res erit, condemnatio sequatur. Diese dingliche Klage wird die hypothekarische Klage genannt, und findet in jedem Falle statt, dem Gläubiger mag eine Sache zum Pfand gegeben worden seyn, die er aber zufällig aus seinem Besitz wieder verloren hat, oder eine Hypothek seyn constituit worden⁴⁰⁾. Ursprünglich hieß sie *actio Serviana*. Fast alle nennen hier den Prator **Servius Sulpicius**, als den Erfinder⁴¹⁾. Allein auch davon abgesehen, daß die Klage alsdenn *actio Sulpicia* hätte heißen müssen; so war auch **Servius Sulpicius** weder praetor urbanus, noch peregrinus, sondern praetor quaestionum⁴²⁾. Solche Prätoren hatten keine Jurisdiction⁴³⁾; wie auch schon Anton Schulteing⁴⁴⁾ und Ev. Otto⁴⁵⁾ erinnert haben. Es muß also

40) *L. 28. D. de pign. act. L. 18. Cod. de pignor.*

41) *Ant. AUGUSTINUS de Nominib. propriis Pandectar. in Thes. iuris Rom. Otton. Tom. I. pag. 334. Iac. CURTIUS Emaessw. Lib. III. cap. 39. Westphals Pfandrecht §. 262. Not. 293. S. 383. u. a. m.*

42) Er hatte nämlich die quaestio peculatoris. *CICERO pro Muren. cap. 20. S. EV. OTTONIS lib. sing. de vita, studiis, scriptis et honorib. Servii Sulpicii. TRAJ. ad Rhens. 1737. 8. Cap. X. §. 1.*

43) *TACITUS Agric. cap. 6. EV. OTTO c. l. §. 2. pag. 145.*

44) *Thes. controversar. Decad. LXXVI. Th. 1.*

45) *Vita Servii Sulpicij Cap. X. §. 2.*

also wohl irgend ein anderer Prætor aus der gens Servia der Erfinder jener Klage seyn⁴⁶). Soviel ist jedoch gewiß, daß die actio Serviana nur dem Vermieter eines praedii rustici wegen der ihm für das Pachtgeld verpfändeten Sachen des colonus Statt hatte, wegen welcher die Worte des Edict nach der Restitution des Gerhard Vloode⁴⁷), so gelautet haben sollen: *Quae in fundum conductum a colono inducta, invecta, locator conventione eius, cuius in bonis sint, pro mercede sibi obligata esse dicet, de his illi, nisi arbitrio iudicis restituantur, adversus eum, qui possidebit, quanti res erit, iudicium dabo.* Erst in der Folge wurde sie erweitert, und auch jedem andern Pfandgläubiger ohne Unterschied gestattet, dem ein gültiges Pfandrecht, es sey durch den Pfandkontract, oder durch Hypothekverschreibung, bestellet worden. Nun erhielt sie den Namen der *actio hypothecaria*, oder *quasi Serviana*⁴⁸). Nachdem nun die Gläubiger ihres Pfandrechts wegen

46) VELLIUS PATERCULUS Lib. II. cap. 15. gedenkt eines Prætors Servius.

47) Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. Oper. Tom. II. p. 432.

48) So lehrt uns Justinian §. 7. I. de actionibus. Item *Serviana et quasi Serviana*, quae etiam *hypothecaria* vocatur, ex ipsius Praetoris iurisdictione substantiam capiunt. *Serviana* autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur. *Quasi Serviana* autem est. quae creditores pignora hypothecasve persequuntur. Underer Meinung ist jedoch Herr von Lohr in Grömlans Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung 3. Bandes 1. Heft. Nr. IV. S. 129. ff. wo von ihm einige Bemerkungen über die dinglichen Pfandklagen vorkommen. Er glaubt nämlich, daß schon früher eine auf das Civilrecht sich gründende Klage, *vincitatio*

wegen einer dinglichen Klage hatten, fing der contractus fiduciae an seltner zu werden. Unrichtig ist es jedoch, wenn

dicatio utilis, Statt gesunden habe, welche die Pfand- und Hypotheken-Gläubiger, so gut wie der Superficial, der Emphyteuta und mehrere andere Mietteiligenhümer gehabt hätten. Es werde dieses ganz ausdrücklich gesagt *L. 16. D. de Servitatis*. Hier sage Julian: *Ei, qui pignori fundum accepit, non est iniquum, utilem petitionem servitutis dari, si euti ipsius fundi utilis petitio dabatur.* Allein offenbar ist die *utilis petitio fundi*, welche hier dem Pfandgläubiger gegeben wird, keine andere, als die *actio quasi Serviana*, wie auch WESTPHAL *de libertate et servitut. praedior. §. 976. not 853.* ganz richtig bemerkt hat. Doch nicht genug. Außer jener Klage soll der Haushpfandgläubiger auch noch die *actio pigneratitia*, wenn das Pfandrecht schon von Anfang gültig bestand, und sich die Sache im römischen Eigenthum des Schuldners befand, gehabt haben; in dem entgegengesetzten Falle aber habe die *actio Serviana* statt gehabt, die sich zu der *actio pigneratitia* eben so, wie die *Publiciana* zu der *rei vindicatio* verhalten habe. Allein daß es außer der prätorischen Pfandklage noch eine andere dingliche Klage nach dem Civilrechte gegeben habe, davon schweigt das ganze römische Alterthum. Auch Theophilus in seiner griechischen Paraphrase der Institutionen *ad §. 7. 1. de action.* sagt kein Wort davon. Die deshalb angeführten Gesetze sprechen freylich von einer *actio pigneratitia in rem*; allein es ist ja Jedermann bekannt, daß hierunter keine andere als die prätorische Pfandklage verstanden wird, man sehe die Note 9. dieses Paragraphen. Es wird ja auch diese *actio pigneratitia L. 3. §. 3. D. ad exhib.* deutlich genug *pigneratitia Serviana* genannt. Soviel ist indessen richtig, daß wenn ein bonae fidei possessor, dem der Prätor die *Publiciana*-Klage giebt, ein Pfandrecht auf der Sache bestellt, dem Gläubiger die hypothekarische Klage auch nur unter eben der Einschränkung zusteht, wie dem Schuldner die *actio Publiciana*.

Gle

wenn Cuijaz⁴⁹⁾ behauptet, er sei vom Kr. Constantin dem Großen L. ult. Cod. de pactis pignor. aufgehoben worden, denn dieses Gesetz verbietet nur die Lex commissoria bei Verpfändungen⁵⁰⁾. Noch in einer neuern Constitution der Kr. Arcadius und Honorius⁵¹⁾ wird der contractus fiduciae bestätigt⁵²⁾. Er hörte also eigentlich erst auf, nachdem Justinian⁵³⁾ den Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi aufgehoben hat, te⁵⁴⁾. Daher ist es gekommen, daß in dem ganzen Corpus iuris nirgends weiter eine Spur davon gefunden wird.

Der Pfandcontract ist nun I. ein Realcontract, der seine Perfection erst durch die Uebergabe der Sache erhält. Hat jedoch der Schuldner eine Sache zum Pfande zu geben versprochen, so ist dieselbe schon vor der Uebergabe als eine Hypothek anzusehen, weil zur Bestellung

Sie kommt ihm nämlich alsdann nur gegen einen solchen Besitzer des Pfandes zu, der ein schwächeres Recht an der Sache hat, als der Schuldner. L. 18. D. de pignor. et hypoth.

49) Ad PAULI Sentent. Recept. Lib. II. Tit. 13. ad Rubrum.

50) G. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag 383. und JAC. GOTHOFRREDUS in Comm. ad Leg. un. Cod. Theod. de lege commissori. rescind.

51) L. 9. Cod. Theod. de infirmand. his, quae sub tyra.

52) Sidonius Apollinar. Lib. IV. Ep. 24. gedenkt auch des contractus fiduciae, als zu seiner Zeit noch gültig.

53) L. un. Cod. de usucap. transform.

54) G. NOODT Observation. Lib. II. cap. 8. und CONRADI Exercit. II. de pacto fiduciae §. 17. et 18.

tung derselben der bloße Vertrag genügt⁵⁵⁾). Hieraus erklärt sich, wenn Ulpian L. I. §. 1. D. h. t. sagt: Si igitur contractum sit pignus nuda conventione; videamus, an si quis aurum ostenderit, quasi pignori daturus, et aes dederit, obligaverit aurum pignori? et consequens est, ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint; und Anton Faber⁵⁶⁾ bemerkt hierbei ganz richtig: Etsi traditione *pignus* proprie constituitur, non tamen ita accipi debet, ut incipiat *pignus a traditione*, quamvis inutilis traditio est, nisi praecesserit consensus de re obliganda; quo consensu praecedente inutilis quoque traditio est ad pignoris obligationem constituendam, *quae iam satis nudo consensu constituta est*. Ist aber die Übergabe erfolgt, oder der Gläubiger hat sonst den Besitz des Pfandes, sey es auch durch die hypothekarische Klage, erhalten, so ist von der Zeit an auch die *actio pigneratitia* begründet, welche dann dem Schuldner besonders in dem Falle zu statten kommt, wenn der Gläubiger beim Verkaufe des Pfandes betrüglich verfahren, oder dafür mehr gelöst hat, als die Schuld beträgt⁵⁷⁾). Der Pfandcontract ist II. ein bona fidei Contract, welcher mehr nach der Willigkeit, und der vermutlichen Intention der Parteien, als nach einer formalistischen Strenge des Rechts zu beurtheilen ist. Es wird III. zu dessen Gültigkeit kein schriftlicher Auffasß erfor-

55) S. BACHOVIVS de pignorib. et hypoth. Lib. V. cap. 18.

56) Rational. in Pand. ad L. I. §. 1. D. h. t.

57) L. 34. D. de damno infect. L. II. §. 5. D. de pign. act. Ant. SCHULTING Thes. controvers. Decad. L. Th. 4. und BACHOV c. I. pag. 450. sq.

fordert ⁵⁸⁾), sondern die bloße Uebereinkunft der Parteien; das bloße mündliche Versprechen, und die Vollziehung desselben durch die Uebergabe des Pfandes ist zur Perfection desselben hinreichend. Die Scriptur pflegt nur um des Beweises willen hinzukommen ⁵⁹⁾). Es schadet daher auch der Gültigkeit des Contracts nichts, wenn gleich der Auffaß fehlerhaft seyn sollte ⁶⁰⁾; es wäre denn, daß die Gültigkeit des Contracts davon wäre abhängig gemacht worden ⁶¹⁾). IV. Betrug, Zwang und Irrthum haben auch hier dieselbe Wirkung, wie bey andern Verträgen. Jedoch ist hier wohl zu bemerken, daß wenn der Pfandcontract des Zwanges wegen für ungültig gehalten werden soll, der Schuldner wider seinen Willen müsse genöthigt worden seyn, Geld, was er doch weder brauchte, noch verlangte, gegen das ihm abgezwungene Pfand anzunehmen. Hätte der Schuldner das Geld verlangt, der Gläubiger ihm aber solches nicht anders horgen wollen, als gegen Pfandgebung, und der Schuldner, weil er in Noth war, und das Geld brauchte, hierdurch sich gedrungen gesehen, dem Gläubiger, obgleich ungern, ein Pfand zu geben; so kann sich der Schuldner unter diesen Umständen über keinen widerrechtlichen Zwang beschweren. Denn man kann es keinem Gläubiger verdenken, wenn er sein Geld nicht ohne Sicherheit wegleihen will. Dies ist der Sinn der L. 4. Cod. de pignor. wo es heißt: Cum te pecu-

B 2

niam

58) L. 12. Cod. de pignor. et hypoth.

59) L. 4. D. de pignor.

60) L. 34. §. 1. D. eodem.

61) BACHOVIA Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 3. nr. 2. ERILLES
SBN Princip. de iure pignot. §. 43.

niam accepisse, et agros tuos obligasse fatearis, non habes rationem, quod quereris, vi te coactum pignori dare. Si igitur recipere vis rem tuam, solve creditori tuo pecuniam debitam.

In einem solchen Falle nun wo der Pfandcontract wegen Mangels der Einwilligung nichtig ist, giebt er nicht einmal ein Retentionsrecht, wenn auch der Fiskus an des Gläubigers Stelle treten sollte.

L. 25. D. de pignor. Cum vitiose et inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est: nec si bona creditoris ad fiscum pertineant. V. Der Pfandcontract kann zwar eben sowohl unter Abwesenden, als unter Gegenwärtigen geschlossen werden. *L. 23. §. I.*

D. eodem. sagt ausdrücklich: Pignoris obligatio etiam inter absentes recte contrahitur. Ob er aber auch durch einen Bevollmächtigten dergestalt geschlossen werden könne, daß der Principal daraus alle Rechte und Verbindlichkeiten eben sowohl erhält, als wenn er selbst contrahirt hätte, war vor Justinian diesem Zweifel unterworfen, wie aus *L. 11. §. 6. D. de pignor. actione* erschließt; wo es heißt: Per liberam autem personam pignoris obligatio nobis non acquiritur, adeo ut ne per procuratorem plerumque vel tutorem acquiratur: et ideo ipsi actione pigneratia convénientur. Sed nec mutat, quod constitutum est ab Imperatore nostro ⁶²⁾, posse per liberam personam possessionem acquiri. Nam hoc eo pertinet, ut possimus pignoris nobis obligati possessionem per procuratorem apprehendere, ipsam autem obligationem

62) Es wird hier die Verordnung des Kaisers Severus L. 2. Cod. de acquir. possess. gemeint.

tionem libera persona nobis *non semper*⁶³⁾ acquireret. Es lag hier die Regel des ältern Rechts zum Grunde, daß Niemand durch eine freye Person Rechte erwerben, noch zu Etwas verbindlich gemacht werden könne. Da jedoch durch das neuere Recht diese Regel auf mancherley Art modifizirt worden ist, wie schon an einem andern Ort⁶⁴⁾ gezeigt worden; so ist auch nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian insonderheit in Ansehung des Pfandcontracts aller Zweifel gehoben, und es kann nun dieser Contract durch einen Bevollmächtigten mit eben der Wirkung, als in eigener Person, geschlossen werden. Si enim, sagt Justinian L. 2. Cod. *Per quas personas nobis obligat. acquirit. procuratori necessitas legibus imposita est, domino contractus cedere actionem; quare, quemadmodum in personali actione cessio supervacua videbatur, non etiam in pignoribus et hypothecis simili modo dominus contractus habeat hypothecariam actionem, sive pignoris vinculum vel retentio- nem sibi acquisitam?* Schon vor Justinian war bey dem Darlehn Rechtes, daß wenn Jemand auf eines andern Namen Geld ausliehe, es möchte dies nun sein, des Ausleihers, Geld, oder Geld des Andern seyn, auf dessen Namen dasselbe ausgeliehen wurde; Letzter aus solchem Contract gegen den Schuldner klagen konnte, ohne daß

B 3

63) Die Worte *non semper*, so wie das in den Anfangsworten vorkommende *plerumque* wird für einen Zusatz des Tribonianus gehalten. S. cuiacius in Not. ad §. 5. I. *Per quas person. cuique acquirit.* Allein man sehe dagegen über diese Stelle Westphals Pfandrecht §. 56. Not. 77.

64) S. den 4. Theil dieses Commentars §. 243.

er von dem Ausleihen erst eine Cession zu erhalten nötig gehabt hätte⁶⁵). Dennoch konnte der Ausleihen keinen Pfandcontract zum Nutzen des Andern schließen, für den er das Geld ausgeliehen hatte. Hierzu fand Justinian keinen hinreichenden Grund. Daher hob er die Sparsamkeit des ältern Rechts auf. VI. Der Pfandcontract verpflichtet den Gläubiger, die zum Unterpfande erhaltene Sache nach getilgter Schuld dem Verpfändner unweigerlich zurückzugeben⁶⁶).

§. 863.

Welche Sachen können ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn?

Zum Unterpfande können alle Sachen gegeben werden, wenn sie nur dem Gläubiger Sicherheit zu gewähren im Stande sind. Da nun die Sicherheit des Gläubigers hauptsächlich darin besteht, daß er, im Falle der unterbleibenden Bezahlung der Schuld, das Pfand zu seiner Besiedigung zu veräußern besucht ist; so ergiebt sich daraus die allgemeine Regel, welche uns Caius giebt, wenn er *L. 9. §. 1. De de pignoribus* sagt: *Quod emtionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*⁶⁷). Auf die Art der Sachen kommt es nicht an. Es

65) *L. 9. §. 8. D. de reb. cred.*

66) *L. 1. §. 6. D. de obligat. et action.*

67) Diese Stelle steht eigentlich in den Pardeeten nicht an ihrem rechten Orte. Denn Caius handelt *Libro 9. ad Editum provinciale*, woraus dieselbe, wie die Ueberschrift lehrt, genommen ist, von der *actio pignoratitia*, welche aus dem Pfandcontract entspringt, wie aus *L. 10. und L. 12. D.*

Es können daher sowohl bewegliche, als unbewegliche, förperliche und unkörperliche Sachen zum Pfande gegeben werden. Zu den unkörperlichen Sachen, welche ein Gegenstand der Verpfändung seyn können, gehören z. B. Obligationen und Schuldforderungen (*cautiones, nomina*). Der Pfandinhaber kann hier, wenn ihn der Verpfänder nicht befriedigt, actione utili gegen den Schuldner, auf dem die verpfändete Aktivpost haftet, auf die Bezahlung der Schuld klagen ¹⁸⁾). Das erhobene Geld rechnet dann der Gläubiger auf

D. de pignor. act. erhellst. Sie hätte also unter den Titel *de pignoratitia actione* gesetzt, und nicht dem Titel *de pignoribus et hypothecis* einverlebt werden sollen, wie auch *Gen. MOODT Observation. Lib. I cap. 7.* ganz richtig bemerkt hat. Es ist daher ein großer Unterschied, wenn man fragt, welche Sachen ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn, und welche gültig v. Hypothecirt werden können. Denn da der Pfandcontract blos persönliche Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt, so können auch fremde Sachen eben so gut zu einem handhabenden Pfande gegeben werden, als sie ein Gegenstand des Kaufcontracts seyn können. *L. 9. §. 4. D. de pign. act.* verglichen mit *L. 28. D. de contrah. emt.* Dohingegen ist die auf fremden Gütern bestellte Hypothec ganz ungültig, in dem dgraus keine Pfandklage gegen den dritten Besitzer entsteht, als welche jederzeit voraussegt, daß die Sache des Verpfänders Eigenthum sey. *L. 6. Cod. Si aliena res pignori datig sit.* Man sehe auch *Weissphals Pfandrecht* §. 106. Mot. 128. und *Pet. FABRI Semestrium. Lib. II. cap. 17.*

18) *L. 7. Cod. de heredit. vel act. vend.* Postquam eo decursum est, ut *cautiones quoque debitorum pignari dentur*; ordinarium *vism* est, post nominis venditionem utiles emtori, sicut *responsum* est, vel *ipsi creditori postulanti dandas actiones*. Da der Käufer einer Schuldforderung ohne Zweifel diejenige

auf seine Forderung ab. Bestehe aber die Schuld in andern Sachen, welche der Beklagte dem Verpfändner zu geben hatte, so behält er dieselben als Pfand⁶⁹). Es muß nur aber dem dritten Schuldner von der geschehenen Verpfändung Nachricht gegeben werden, weil sonst derselbe die Schuld an seinen Gläubiger bezahlen, und dadurch das einem Anderen daran gegebene Pfandrecht vernichten könnte⁷⁰). Auch Servituten können als ein Pfand eingegeben werden, und zwar nicht nur persönliche, z. B. der Missbrauch, so daß der Gläubiger die Früchte genießen soll, bis die Schuld hierdurch getilgt ist; ⁷¹) sondern auch dingliche Servituten.

Zwar

jenige Klage utiliter erheben kann, welche der Versäufer der Forderung ursprünglich gegen den Schuldner anstellen konnte, so ist auch wohl die Klage des Pfandgläubigers keine andere.

S. Westphal als Pfandrecht §. 141. Mot. 165.

69) *L. 18. pr. De de pigner. act.* Si convenerit, ut nomen debitoris mei tibi pignori sit, tuenda est a Praetore haec convention: ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, queatur. Ergo, si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis. Si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

70) *L. 4. Cod. Quae res pignori.* Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse, iam pridem placuit. Quare si debitor is satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, nisi ei, cui debuit, solvit, nondum certior a te de obligatione tua factus, utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur: quatenus tamen ipse debet.
S. Fratrum BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 68. nr 7. sqq.

71) *L. u. §. 2. L. 15. pr. D. de pignor. at hypoth.* *L. 8. D. Quib.*

Zwar sind Servitutes urbanæ auf keinen Fall dazu geeignete ⁷²). Allein eine Servitus rustica kann dem Gläubiger als Pfand auf einem Grundstück seines Schuldners mit der Wirkung eingeräumt werden; daß er solche, wenn er ein benachbartes Grundstück hat, zum Nutzen desselben bis zur erfolgten Bezahlung der Schuld ausüben, und wenn er nicht befriedigt wird, an einen andern Nachbar verkaufen kann ⁷³). Hier wird also die Servitut erst pfandweise bestellt. Dingliche Dienstbarkeiten hingegen, welche schon auf

Quib. mod. pign. vel hyp. solvit. Der Uſus kann zwar nicht verpfändet werden. Denn in der *L. ult. D. de Usuris et fructu* wird die Verpfändung der Sache bloß zum fructus rei gerechnet. *S. Ant. FABRI Conjecturar. iuris civ. Lib. XIX. cap. 8.* In Ansehung der Habitation hingegen waltet kein Zweifel ab. *S. Casp. Achat. Beck D. II de oppignoratione servitutum. Lenae 1729. §. 18.* Ueberall ist jedoch eigentlich nur der Genug, nicht das Recht selbst dasen ge, was den Gegenstand der Verpfändung ausmacht, wie *Greg. MAJANSIUS* in *Disputationib. iuris civ. Tom. I. Disput. 4. §. 24. sqq. pag. 84. sqq.* sehr ausführlich gezeigt hat.

72) *L. II. §. 3. D. de pignorib.* *Iura praediorum urbanorum pignori dari non possunt.* Igitur nec convenire possunt, ut hypothecae sint.

73) *L. 12. D. de pignor. et hypoth.* Sed an viae, itineris, actus, aquas ductus pignoria conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait, ut tali pactio fiat, ut, quamdiu pecunia soluta, non sit, eis 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. Daß diese Stelle von einer solchen Servitut redet, welche der Eigentümer seinem Gläubiger pfandweise constituit, wird auch durch die

auf einem Grundstück aktiv-hästen, können ohne das Grundstück nicht verpfändet werden, weil sie sich davon nicht trennen lassen ⁷⁴⁾). Wird jedoch das Gut verpfändet, dem sie zustehen, so sind sie stillschweigend unter dieser Verpfändung mit begriffen ⁷⁵⁾). Daß auch fremde Sachen ein Gegenstand des Pfandcontracts seyn können, leidet keinen Zweifel ⁷⁶⁾). Zwar ist die Verpfändung in Ansichtung des Eigenthümers der Sache ungültig, wenn er nicht ausdrücklich oder stillschweigend eingewilligt hat. Dieser kann seine Sache vindiciren ⁷⁷⁾), es wäre denn, daß er um die Verpfändung von Anfang gewußt, und, um den Pfandgläubiger in Schaden zu bringen, sich aus
Ges.

Basilica Tom. IV. pag. 35. beschrifft, wo es bei Fabro heißt: Δυνατὸν δὲ συμφωνεῖν, ἔχειν μακρὰ τὴν ἀγρογέίτους ὁδὸν τενήν καὶ πλατεῖαν, μακρὰν ὑδραγώγιον, ἔως οὐ τὸ χρέος παταβληθῆ μοι κατὰ ἐάν μη καταβληθῆ ἐμπροθεσμῶς, ἐξεῖναι μοι τὰῦτα πιπρασκεῖν. i. e. *Valeat autem conventio, ut licent mihi ire, agere, et aquam ducere per fundum vicini, donec pecunia mihi solvatur: et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas (sc. servitutes) mihi liceat.* **S. VINNIUS Select. juris Quæst. Lib. I. cap. 32.** LYKLAMA Membranar. Lib. VII. Eccl. 45. CHARONDAS Verisimil. Lib. I. nr. 7. in Thes. OTTON. Tom. I. pag. 698. Westphal §. 139. Not. 163.

74) **S. Ant. FABRI** Conjectur. iur. civ. Lib. XIX. cap. 6. et 7.

75) **L. 16. D. de Servitut.**

76) Ernst. Christ. Westphals rechtliche Abhandlung von Verpfändung fremder Güter. Halle 1779. 4. und Christ. Gottl. GMELIN Commentat. juris civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditor debitor in re sibi non propria constituit. Ulmae 1778. 8.

77) **L. 6. Cod.** Si aliena res pignori. dat.

Gefährde nicht gemeldet hätte⁷⁸⁾). Eben so wenig ist sie gegen den dritten Besitzer der Sache von Wirkung. Gegen diesen findet die hypothekarische Klage nicht statt, weil der Gläubiger das Eigenthum des Schuldners beweisen muß⁷⁹⁾). Allein unter den Contrahenten ist die Verpfändung fremder Sachen gültig, und es entstehen daraus eben die Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus der Verpfändung eigener Sachen entstehen, es muß nur der Gläubiger nicht gewußt haben, daß das Pfand einem Dritten gehöre, wenn er wegen der Entwährung eine Forderung an den Schuldner haben soll⁸⁰⁾). Der Gläubiger ist daher verbunden dem Schuldner, wenn dieser Zahlung leistet, das Pfand zurückzugeben, und es wird in dieser Hinsicht auch sogar dem Prædo die actio pignoratitia gestattet⁸¹⁾). Der Schuldner hingegen haftet dem Gläubiger wegen der Entwährung⁸²⁾). Ich habe hierbey noch Folgendes zu bemerken.

I) Da

78) L. 2. Cod. eodem.

79) L. 15. §. 1. D. de pignor. L. fin. §. 2. Cod. Communia de legat. et tot. Tit. Cod. Si alirna res pign. data sit. VIII. 16.

80) L. 16. §. 1. D. h. t. Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, centrarium (sc. iudicium) ei non competit.

81) L. 9. §. 4. D. de pign. act. Is quoque, qui rem alienam pignori dedit, soluta pecunia potest pignoratitia experiri. — L. 22. §. 2. D. eodem. Si praedo rem pignori dederit: competit ei et de fructibus pignoratitia actio.

82) L. 16. §. 1. D. h. t. Contrariam pignoratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam — dedit, tenebitur: quamvis et stellionatus crimen committer. Sed utrum ita demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum

I. Da die Verpfändung fremder Sachen wenigstens unter den Contrahenten gilt, so hat es keinen Zweifel, daß auch selbst die hypothekarische Klage gegen den Verpfänder statt findet. Denn wollte er einwenden, er sei nicht Eigenthümer, so würde ihm die replicatio doli entgegengesetzt werden können.⁸³⁾

II. Wird derjenige, der eine fremde Sache verpfändet hat, in der Folge Eigenthümer, so kommt es darauf an, ob der Gläubiger gleich anfangs gewußt hat, daß die Sache einem Dritten gehöre, oder nicht. In dem letztern Falle convalescit die Verpfändung, und dem Gläubiger wird der Billigkeit wegen die actio hypothecaria utikis gestattet. In dem ersten Falle hingegen kommt ihm nur ein Retentionsrecht

cum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat.

83) L. et. s. t. D. de pignoriō. Si debitor servum, quem a non domino bona fide emerat, et pignoravit, teneat, Servianae locus est: et si adversus eum agat creditor, doli replicatione exceptionem elidet. Daß der Verpfänder die Sache bona fide gekauft hatte, war wohl hier ein ganz gleichgültiger Umstand, und die hypothekarische Klage würde daher eben sowohl auch in dem Falle gegründet seyn, da der Verpfänder die Sache mala fide gekauft hätte. Ulpian scheint also den Fall wohl nur darum gewählt zu haben, um damit anzudeuten, daß der Pfandgläubiger wenigstens immer in bona fide seyn müsse. Denn wußte der Gläubiger um die Beschaffenheit der Sache, so kann ihm die Verpfändung nichts helfen. Dolus nemini debet prodeste. S. Westphals Pfandrecht §. 270. Mot. 300. S. 391. und GMELIN Commentat. de iure pignoris, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 14.

recht zu statten, insofern er sich in dem Besitz des Pfändes befindet; allein auf die hypothekarische Klage kann er auf keine Weise Anspruch machen. Auf diese Art sind folgende Gesetzesstellen zu vereinigen.

L. 41. pr. D. h. t. Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus eius rei esse coepisti: datur utilis actio pigneratitia creditori.

L. 5. Cod. Si aliena res pignori dat. Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est: sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pigneratitiae detur.

L. 1. pr. D. de pignorib. et hypoth. Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quae-sitorum recepta est: in speciem autem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabant, debita: postea debitori dominio quaesito; diligius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur; sed facilior erit possidenti retentio.

In der letzten Gesetzesstelle unterscheidet Papinian zwischen einem General- und Special-Unterpfände. Da ersteres sich auch auf das künftige Vermögen des Schuldners erstreckt, so schadet es der Gültigkeit der Verpfändung nicht, wenn auch der Schuldner erst nachher das Eigenthum einer dazu gehörigen Sache erworben hat⁸⁴⁾.

Benn

84) *L. fin. Cod quae res pignori.* GIMELIN in Comm. cit. §. 50.

Wenig aber der Schuldner eine gewisse Sache, wovon er jetzt noch nicht Eigentümer ist, ohne Einwilligung des Eigentümers, zu einem besondern Uebersandt bleibt; so ist eine solche Verpfändung von Anfang ungültig, wenn der Schuldner zur Zeit der Bestellung des Pfandrechts auch nicht einmal ein persönliches Recht hatte⁸⁵), das Eigentum durch Uebergabe zu erwerben. Erlangt nun auch in der Folge der Verpfänder das Eigentum, so hilft dieses doch dem Gläubiger nichts, wenn er um die Beschaffenheit der Sache wusste. Dies ist der Sinn der Worte: *difficilior dabitur utilis actio*, welche also nichts anders sagen wollen, als: es hat auch nicht einmal eine *actio hypothecaria utilis* statt. Denn Papinian braucht eben so an andern Orten⁸⁶) den Ausdruck *difficilior* in einem verneinenden Sinn. Diese Erklärung nehmen auch die meisten Ausleger⁸⁷) an, und es erscheint hieraus zu-

gleich,

85) Hätte der Verpfänder ein solches Forderungsrecht in Unsehung der Sache gehabt, so wäre die Verpfändung gleich vom Anfang gültig gewesen. L. 3. §. 1. D: *Qui potiores in pignore.*

86) L. 8. D. de dotis collat. L. 95. §. 3. De de solut. L. 24. D. depositi. G. BRISONIUS de Verbor. Signif. voc. *Difficilior* und Ev. OTTO in Papiniano Cap. XV. §. 4. pag. 558. sq.

87) Iac. CUJACIUS ad Africanum Tract. VIII. ad L. 9. §. 3. D: *Qui pot. in pign. Ant. FARRE Conjectur Lib. XX. cap. 17. Hug. DONCELUS de pignorib. et hypoth. cap. 7. Ant. SCHULTING Thes. controversar. Deed. LXXIX. Th. 1. BACHOV de pignotib. et hypoth. Lib. II. cap. 4. nr. 3. Bern. Henr. ALEXANDRVS Varior. Cap. 33. in Opuscul. iurid. pag. 198. GME LIN. cit. Commentat. §. 51. Westphal in Pfandrecht §. 114. HORACKA Princip. iuris civ. R. P. T. II. §. 117a. u. a. m.*

gleich, daß die beyden ersten Geschäftstellen nur von dem Falle zu verstehen sind, wo der Gläubiger die fremde Sache in gutem Glauben als eine eigene Sache des Schuldners zum Unterpfande annahm, wie auch der Grund der Billigkeit, worauf die Entscheidung derselben beruhet, hinlänglich zu erkennen giebt. Es ist daher offenbar unrichtig, wenn Connarus⁸⁸⁾, Voet⁸⁹⁾, Westenberg⁹⁰⁾, dem Gläubiger ohne Unterschied, er mög gewußt haben, daß ihm eine fremde Sache verpfändet sey, oder nicht, eine actio hypothecaria utilis gestattet wissen wollen. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß in einem solchen Falle, wo der Schuldner in der Folge das Eigenthum des Pfandes erwirkt, das Pfand nicht erst von der Zeit der Erwerbung des Eigenthums an, sondern rückwärts als von Anfang an gültig angesehen, und daher die Rangordnung unter den verschiedenen Gläubigern, die vor der Erwerbung des Eigenthums ein Pfandrecht erhalten haben, durch die Zeit der Pfandbestellung bestimmt wird⁹¹⁾. Es gilt dies aber freylich nur in dem Falle, wenn der Nichteigenthümer selbst mehreren seiner Gläubiger ein Pfandrecht auf der fremden Sache vor der Erwerbung

88) Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 13. pag. 289.

89) Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 3. §. 4.

90) Princip. iuris sec. ord. Dig. Lib. XX. Tit. 3. §. 8. nr. 4.

91) L. 14. D. *Qui potiores in pignore. Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit, prior potior est.*
Anderer Meinung ist zwar Ant. FABER Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 10. Allein man sehe Heinrich Ernst Ferd. Wölley Lehre von öffentlichen Unterpfänden. Tübingen 1805. 8. §. 54. f.

werbung des Eigenthums bestellt hat. Denn hätte der wahre Eigenthümer nach der geschehenen Verpfändung des Nichteigenthümers, ehe dieser das Eigenthum erwarb, ein Pfandrecht auf der Sache gegeben, so würde das Pfandrecht des ersten Gläubigers zum Nachtheil des letzten nicht zurückwirken können.

III. Wird der Eigenthümer, ohne dessen Einwilligung die Verpfändung seiner Sache geschehen war, Erbe des Verpfänders, so erhält zwar dadurch die geschehene Verpfändung direct keine Gültigkeit; sondern der Gläubiger kann in diesem Falle nur eigentlich von dem Erben eine Bestätigung verselben, oder die Bestellung einer andern Hypothek durch die *actio pignoratitia contraria* verlangen.⁹²⁾ Allein es fragt sich, ob dem Gläubiger nicht der Billigkeit wegen wenigstens die *actio hypothecaria utilis* zu gestatten sey? Diese Frage ist, wegen des sich hier befindenden Widerspruchs zweyer Stellen in den Pandecten, sehr schwierig. Nach der L. 22. D. de *pignoribus et hypoth.* ist sie zu bejahen. Modestin sagt nämlich daselbst: *Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverit, heres extitero, ex post pignus directo quidem non convalescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Allein gerade das Gegenthell lehrt Paulus L. 41. D. de *pignoratitia actione*, wo die Worte so lauten: *Rem alienam pignori dedisti; deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori. Non et idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, heres extitero:*

92) OMELIN Comment. de iure pignoris etc. §. 53. et 54.

93) S. Westphals Pfandrecht §. 115.

hōc enim modo pignoris persecutio contedenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam utilem pigneratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si convenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe resistit, quominus utilis actio moveatur. Man hat mancherley Versuche gemacht, diesen Widerspruch zu heben, aber ohne glücklichen Erfolg. Viele⁹⁴⁾ glauben, es sey in beiden Stellen von ganz verschiedenen Fällen die Rede. Die L. 22. rede nämlich von dem Falle, da die Verpfändung ohne des Eigenthümers Wissen (ignorante me), die L. 41. aber von dem Falle, da die Verpfändung wider desselben Willen (sine mea voluntate) geschehen ist. Allein wenn gleich diese Erklärung die Auctorität der Basiliiken⁹⁵⁾ für sich hat, so steht ihr doch der wichtige

Grund

94) Pet. FABER Semestrium Lib. II. cap. 18. Herm. VULTEYUS Disceptat. Scholasticar. cap. 27. VOET Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 3. §. 5. HUBER Praelect. ad Pand. eod. lib. et tit. §. 2. van IDsinga Varior. Iuris civ. cap. 16. et 17. Io. van NISPER Diff. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. Libris differentiarum supersunt. Lugd. 1750. Cap. VIII. (in GER. OELRICHS Thes. Dissertat. iuridic. select. in academ. Belgicis habitat. Vol. I. Tom. I. pag. 67.) HEINECCIUS Elem. iuris civ. sec. ord. Pandectar. Lib. XX. Tit. 3. §. 27. Io. Gottf. SAMMET Quaestio[n] for. Nr. III. Lips. 1754. (in Opuscul. pag. 261. sqq.) HOFACKER Princip. iuris Rom. Germ. Tom. II § 1173. CÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 666. MALBLANC Princip. iur. Rom. sec. ord. Dig. P. II. Sect. II. §. 567. pag. 512.

95) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 1. wo die Worte: *sine mea voluntate* übersetzt sind παρά γνωμή μη, i. e. contra voluntatem meam.

Grund entgegen, daß in solchen Fällen, wo die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Einwilligung eines Dritten abhängt, es durchaus gleichgültig ist, ob der Dritte gar nichts davon weiß, oder ob dasselbe wider seinen Willen geschieht, weil es doch in beiden Fällen an der Einwilligung derselben fehlt⁹⁶). Andere⁹⁷) wollen daher vielmehr die L. 41. von der hypothekarischen Klage, die L. 22. hingegen von der *actio pignoratitia contraria* verstehen. Der Unterschied zwischen beiden Fällen leuchte jetzt in die Augen. Denn wenn der Eigentümer des Verpfänders Erbe wird, so folge daraus noch gar nicht, daß dadurch die hypothekarische Klage begründet werde. Die Hypothek gehe das Grundstück an, und eine bloße Veränderung, die bei den Personen vorgeht, könne bei jener keine Veränderung hervorbringen. Allein das Recht, die Bestätigung der von dem Erblasser geschehenen Verpfändung oder eine andere Hypothek zu fordern, stehe dem Gläubiger unstrittig gegen die Erben zu. Denn Contracte gehen auf die Erben über. Der Pfandkontract verbinde also die Erben des Verpfänders eben so, wie den Erblasser. Auf solche Art, glaube man, sei nun alle Schwierigkeit gehoben.

Allein

96) Man vergleiche nur z. B. L. 45. §. 5. *D. de ritu nupt.* Geriner §. 4. 1. *Quod cum eo, qui in alter. potestate mit L. 29. §. 1. D. de peculio.*

97) Nach Accurstus billigen diese Erklärung vorzüglich Franc. BALDUINUS de pignoribus cap. 12. Hug. DONELLUS de pignoribus cap. 7. Franc. CONNANUS Commentar. iuris civ. Lib. IV. cap. 13. pag. 290. Ger. NOODT de forma emendandi doli mali cap. 12. Abraham. WIELING Iurisprud restituta Tom. II. pag. 240. CMELIN Commentat. de iure pignoris etc. §. 57. et 58. Westphal Pfandrecht §. 115. Mot. 137. u. a. m.

Allein weit gefehlt. Daß Modestin L. 22. so gut von der actio hypothecaria utilis spricht, wie Paulus, der sie dem Gläubiger L. 41. geradezu versagt, lehrt schon der Titel, unter welchen das Gesetz gestellt ist. Der Ausdruck actio pigneratitia kann hier nichts dagegen beweisen. Denn daß die hypothekarische Klage in den Gesetzen mehrmals actio pigneratitia genannt wird, ist bekannt. Hatte Modestin blos die actio pigneratitia contraria gemeint, so war es ja nicht nötig zu bemerken, daß das pignus direct nicht convalescere. Wenn jene persönliche Klage hat Statt, wenn auch das Pfandrecht an sich ungültig ist⁹⁸⁾). Sobann aber ist auch nach dieser Ansicht nicht wohl zu begreifen, warum dem Gläubiger gegen den Erben des Verpfänders nur eine actio pigneratitia utilis gestattet wird, da doch gegen den Verpfänder selbst die actio pigneratitia contraria direct statt findet⁹⁹⁾). Der Erbe tritt ja in alle Rechte seines Erblassers ein. Der Widerstreit beider Gesetzesstellen ist also wohl unverkennbar, und kann durch keine Interpretation gehoben werden, wie auch Cujaz¹⁰⁰⁾, Duaren¹⁾, Hotmann²⁾, Charondas³⁾, Russard⁴⁾, Anton Faber⁵⁾, Gi-

C 2 phan,

98) L. 9. pr. L. 16. §. i. L. 32. L. 36. D. pe pigner. act. L. 6. Cod. Si aliena res pign. data.

99) G. van NISSEN cit. Diff. Cap. 8. pag. 67.

100) Observation. Lib. XIX. cap. 26.

1) Disputation, anniversar. Lib. II. cap. 4.

2) Observation. Lib. V. cap. 18.

3) Περὶ τοῦ περιττοῦ. Lib. I. cap. 26. (in Thes. Otton. Tom. I. p. 731.)

4) In edit. Corporis iuris ad has LL. in marg.

5) Conjecturar. iuris civ. Lib. XX. cap. 17.

phan⁶), Bachov⁷), Gornerius⁸), Schulting⁹), Averanius¹⁰), Reinold¹¹), Thibaut¹²) und mehrere andere mit Recht behaupten. Es fragt sich also nur, welcher von beyden Stellen bei dieser Antinomie der Vorzug gebühre? Auch hier sind wieder die Meinungen der angeführten Rechtsgelehrten getheilt. Cujaz, Duaren, Gornerius, Averanius und Reinold sagen, es müsse hier blos das Zeitalter der beyden römischen Juristen entscheiden, wessen Meinung anzunehmen sey. Die billigere Meinung des Modestins verdiene daher unstreitig den Vorzug, weil dieser erst nach Paulus lebte. So wäre denn freylich das Rätsel auf einmal gelöst, wenn man die L. 41. von dem ältern strengen Recht, welches zu Paulus Zeiten galt, die L. 22. aber von dem neuern billigeren Rechte versteht, welches zu den Zeiten des späteren Modestins, vielleicht durch seine Auctorität, war eingeführt worden. Man glaube, sogar schon die Inscriptio der L. 22. gebe dieses Mittel der Auflösung an die Hand. Diese Lehre, daß das gedachte Fragment aus Modestins libro 7. *Differentiarum* entlehnt sei. Modestin habe nämlich daselbst von der Verschiedenheit des Falles gehandelt, ob der Schuldner Erbe des Eigentümers, oder der

6) in Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 2. et 5. Cod. Si aliena res pignori data sit. pag. 340.

7) De pignorib. Lib. II. cap. 4. nr. 8.

8) Antinomiae pignor. Cap. 12. (in CONRADI Parerg. pag. 257.)

9) Thes. controvers. Decad. LXXIX. Th. 2.

10) Interpretation. iuris Lib. IV. cap. 22. nr. 13. et 14.

11) Orat. de inscript. Legum §. 2. (in Opusc. p. 554.)

12) System des Pandectenrechts 2. B. §. 645. a. E.

der Eigentümer Erbe des Schusdners geworden sey. In dem ersten Falle habe man schon zu Paulus Zeiten nicht mehr daran gezweifelt, daß die Verpfändung dadurch gültig geworden sey. Allein in dem letztern Falle habe damals die geschehene Verpfändung dadurch keine Gültigkeit erhalten. Jetzt aber, habe nun Modestin hinzugesetzt, gestatte man auch in diesem Falle dem Gläubiger wenigstens eine actio hypothecaria utilis. Die zu Paulus Zeiten bestandene Differenz sey also zur Zeit des späteren Modestins aufgehoben worden. Allein hier wäre wohl erst noch die Frage zu erörtern, ob denn Modestin wirklich ein späterer Jurist, als Paulus sey? Letzterer war bekanntermassen ein Zeitgenosse Ulpianus, welche beide unter Alexander Severus lebten. Daß Modestinus aber zu eben der Zeit gelebt habe, ist leicht zu beweisen. Gewöhnlich sieht man ihn zwar unter dem Kaiser Gordian, welcher ihm mit Recht das Lob eines *Iurisconsultus non contemnendae auctoritatis* beylegt¹³⁾). Allein Modestin war schon weit früher bekannt. Denn Lampridius¹⁴⁾ zählt ihn mit unter die Räthe des Kaisers Alexander Severus; und Julius Capitonius¹⁵⁾ erzählt, daß er den Sohn seines Nachfolgers, des Kaisers Maximinus, unterrichtet habe. Ja Ulpian, der noch sein Lehrer war, nennt ihn bey Gelegenheit eines Rechtsfalles, wo Modestin ihn consulirt hatte, ausdrücklich, wenn er L. 52. *D. de furtis* sagt: quod et *Herennio Modestino*, studio-
so meo, de Dalmatia consulenti, rescripsi. Guido
Pan-

13) *L. 5. Cod. ad exhibendum.*

14) In *Alexandro Severo cap. ult.*

15) In *Maximin. iunior. cap. 1.*

Panziroli ¹⁶), bemerkt hierbei, Modestin wäre damals Praeses Dalmatiae gewesen. Dagegen hat nun zwar Everhard Otto ¹⁷) Verschiedenes erinnert; allein Jo-
hann van Nispen ¹⁸) hat aus einer alten Inscription
bei Gabrett ¹⁹) die Richtigkeit jener Bemerkung außer
Zweifel gesetzt. Daß er eine Art von Gouverneur gewe-
sen seyn müsse, erhellt schon daraus, weil mehrere Ver-
ordnungen der Kaiser Alexander und Gordian an ihn
gerichtet sind ²⁰). Aus diesen Gründen kann also wohl hier
das Zeitalter nichts entscheiden. Andere z. B. Anton
Saber, Bachov u. s. m. wollen daher vielmehr darauf
gesehen wissen, welche von beyden Meinungen der Rechts-
analogie am meistten entspreche, und geben in dieser Hin-
sicht dem Ausspruche des Paulus, daß keine hypothekarische
Klage, auch nicht einmal eine actio utilis, in dem bemerk-
ten Falle Statt finde, den Vorzug, und diese Meinung
unterschreibe ich ohne Bedenken. Es ist freylich wahr,
wenn der Eigentümer des Verpfänders Erbe wird, so
tritt er auch in dessen Schuldverbindlichkeit ein. Es scheint
also der Willigkeit gemäß zu seyn, daß, wenn er die Schuld
nicht bezahlt, er gegen sich die hypothekarische Klage müsse
gelten lassen. So dachte vermutlich Modestin. Allein
Paulus läugnet mit Recht die aus diesem Grunde abge-
leitete Schlußfolge. Denn es ist, sagt er, zur Begrün-
dung

16) De claris Legum Interpretibus Lib. I. cap. 2. pag. 15.

17) Praefat. Tomi I. Thesauri iuris Romani pag. 22.

18) Diff. cit. ad Fragmenta Herennii Modestini. Cap. I. pag. 6.

19) Inscription. pag. 278.

20) L. 11. Cod. Ex quib. causis infam. irrogat. L. 1. Cod. Si
certum petatur. L. ult. Cod. Si ex falsis instrum.

bung einer actio hypothecaria utilis noch nicht genug, daß derjenige Eigenthümer des Pfandes sey, der das darauf stehende Geld zu bezahlen schuldig ist. Es ist vielmehr ein großer Unterschied, ob der Schuldner und jehige Eigenthümer die nämliche Person ist, welche die Verpfändung unternommen hat, oder ob es zwey verschiedene Personen sind. Denn wird derjenige belangt, der das Pfand selbst bestellt hat, und er sieht dem Kläger die Einrede entgegen, die Sache sey zur Zeit der geschehenen Verpfändung nicht sein Eigenthum gewesen, er habe sie daher auch nicht verpfänden können; so kann ihm der Kläger repliciren, daß ihm diese Einrede darum nicht zu statten kommen könne, weil er sich ja dadurch selbst einer Lüge bezüchtige, indem er die Sache als die scheinige verpfändet habe. Er kann also der Klage auf keine Weise ausweichen. *Nemo de suo mendacio excipere potest; et nemini sua fraus opitulari debet.* Diese Replic kann hingegen dem Eigenthümer nicht entgegengesetzt werden, welcher die Sache nicht verpfändet hat, sondern blos Erbe des Schuldners geworden ist, der die Sache ohne desselben Einwilligung verpfändet hat. Es findet daher gegen ihn auch nicht einmal eine actio utilis Statt. Dies ist unsreitig der wahre Sinn der von vielen mißverstandenen letztern Worte der *L. 41. D. de pign. act. Sed si convenisset de pignore. etc.* wie sie auch Pothier²¹⁾ ganz richtig erklärt hat. Daß der billiger denkende Modestin von der nämlichen actio hypothecaria utilis redet, welche Paulus dem Gläubiger geradezu abspricht, und nicht, wie viele glauben, von der actio pignoratitia contraria, erhelles auch noch inssonder-

²¹⁾ Pandectae Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. 1. Nr. XX. not. d.

sonderheit daraus, weil diese Klage einen Pfandkontract voraussetzt, welcher sich ohne Uebergabe der Sache nicht denken lässt. Allein in dem Falle, wovon die L. 22. spricht, war keine Sache zum Pfande gegeben, sondern durch bloßen Vertrag verpfändet, wie die Worte: *pignori obligave-* rit nicht undeutlich zu erkennen geben ²²⁾).

§. 864.

Der Pfandkontract ist ein accessorischer Contract.

Der Pfandkontract setzt jederzeit das Daseyn einer Hauptschuld voraus, zu dessen Sicherheit er gereichen soll. Er ist daher nichtig, wenn nie eine gültige Schuld vorhanden war ²³⁾), und erlischt, wenn die vorhanden gewesene Schuld getilgt ist ²⁴⁾). Daß die Hauptverbindlichkeit vollkommen wirksam und flagbar seyn müsse, wird zur Gültigkeit desselben nicht erforderlich; es kann auch wegen einer blos natürlichen Verbindlichkeit eine gültige Verpfändung statt finden ²⁵⁾). Folgende Gesetzstellen lassen uns hieran nicht zweifeln. L. 5. pr. D. de pignoribus: *Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, — vel pro civili, vel honoraria, vel tantum naturali.* L. 14. §. 1. D. eodem. *Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit;*

22) *S. ROTHIER. c. loc. not. e.*

23) L. 11. §. 2. et 3. in fin. D. h. t. L. 2. D. *Quae res pignori vel hypoth. datae.* L. 1. et 2. Cod. *Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit.*

24) L. 9. §. 3. 4. et 5. L. 11. §. 1. et 5. D. h. t.

25) Man vergleiche hier vorzüglich Webers systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 103. ff.

stitit; und *L. 101. §. 1. D. de solutionib.* PAULUS respondit, — cum creditor pignus distraheret, licere ei pretium in acceptum referre, etiam in eam quantitatem, quae natura tantum debebatur. Es muß nur freylich die natürliche Verbindlichkeit nicht durch die bürgerlichen Gesetze völlig vernichtet und reprobirt worden seyn. Denn ist die Hauptverbindlichkeit für durchaus ungültig erklärt, oder das Geschäft schlechthin verboten, zu dessen Bestärkung die Verpfändung geschehen ist, so ist auch das Pfandrecht, als ein blos accessorisches Recht, in der Regel ungültig. Daß dem vermeinten Gläubiger deshalb nie die hypothekarische Klage zustehen könne, versteht sich wohl von selbst²⁶⁾). Allein es fragt sich, ob nicht der Gläubiger das ihm übergebene Pfand herausgeben müsse? Es kommt hier darauf an, ob die Zurückforderung des Bezahlten wegen der Hauptschuld Statt hat, oder nicht. In dem ersten Falle kann sich der Gläubiger der Zurückgabe des erhaltenen Pfandes nicht entgegensetzen, weil ihm dieses zum Zweck einer Zahlung gegeben worden ist, welche er den Rechten nach nicht behalten darf²⁷⁾). Dies ist der Fall bey solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld²⁸⁾), imgleichen von einem gerichtlich erklärten Verschwender²⁹⁾), oder von einem Pupillen ohne Auctorität seines Wurmunds³⁰⁾), oder von einer Frauens-

peri-

26) Arg. *L. 127. D. de Verb. obligat.*

27) *L. 3. §. 3. D de conduct. sine causa.*

28) *L. 3. Cod. de aleator.*

29) *L. 10. pr. D. de curat. furios. L. 6. D. de verbos. obligat.*
L. 40. D. de div. reg. iuris.

30) *L. 1. pr. D. de pignorib. L. 1. §. ult. D. de reb. eor. qui
 sub tuteba vel cursa sunt.*

person zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft geschehen sind³¹). In dem letztern Falle hingegen kann demjenigen, welcher das Pfand dem Gläubiger wissenschaftlich übergeben hat, die Zurückforderung desselben nicht gestattet werden. Dies ist der Fall, wenn beyde Theile der Gläubiger und Schuldner sich in pari turpitudine befinden, und die Regel; *possessoris melior est conditio*, eintritt³²). Ist nicht das ganze Versprechen, wofür die

Bere

31) L. 32. §. 1. D. ad SCtum Vellejan. L. 5. et 7. Cod. de pignorib.

32) L. 2. Cod. de conduct. ob turpem causam. L. 3. et 8. D. eodem. S. den 13. Th. dieses Commentars §. 825. S. 54. ff. besonders aber Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 105. Anderer Meinung sind zwar Guil. FORNERIUS in Antinom. pignorum §. 13. (in CONRADI Paterg. pag. 258.) und THIBAUT im Syst. des P. R. 2. Thell. §. 636. Allein die L. 33. D. de pignoribus worauf sie sich berufen, gehört nicht hierher. Es ist daselbst bloß von einem solchen Falle die Rede, wo das Pfand nicht dem Gläubiger, sondern dem *adjecto solutionis gratia* war gegeben worden. Einem solchen *adjectus* konnte zwar der Schuldner Zahlung leisten, und er wurde hierdurch ipso iure von seiner Verbindlichkeit frey. Denn der Gläubiger musste nun mit der *actio mandati* gegen den *adjectus*, als seinen Bevollmächtigten, klagen. §. 4. I. de inutilib. stipulat. Allein konnte der *adjectus* gleich die Zahlung annehmen, so konnte er doch, da er nicht der Gläubiger war, von dem Schuldner so wenig ein Pfand, als einen Bürgen annehmen. L. 33. D. cit. L. 23. D. de fiduciis. Daraus erklärt sich denn, warum zwar das ihm gebene Pfand, nicht aber die ihm geschehene Zahlung zurück gefordert werden konnte. S. Greg. MAJANUS Disst. de *adjecto solutionis gratia*. (in eius Disputat. iur. civ. T. I. Disp. VIII.)

Verpfändung geschehen ist, sondern nur insofern ungültig, als es eine gewisse Summe überschreitet, wie z. B. im Falle eines verbotenen Zinswuchers, desgleichen einer nicht gerichtlich insinuirten Schenkung unter den Lebenden, welche die Summe von 500 Solidis übersteigt; so ist die Verpfändung wenigstens für den gültigen Theil der Hauptschuld für zu Recht beständig allerdings zu halten, und daher nur insofern unwirksam, als die Forderung die gesetzliche Summe übersteigt, und daher selbst die natürliche Verbindlichkeit wegfällt³³⁾). Gestatten hingegen die Gesetze dem Gläubiger wegen der Hauptschuld nur keine Klage, ohne jedoch der natürlichen Verbindlichkeit die übrigen Wirkungen zu entziehen, wie z. B. in dem Falle, da der Gläubiger einem Filiusfamilias ohne Einwilligung seines Vaters baar Geld creditirt hat, und also der Forderung desselben das Senatusconsultum Macedonianum entgegen steht; so kann zwar dem Gläubiger auch wegen des Pfandes die hypothekarische Klage nicht gestehen, weil diese in der That auf dasjenige abzweckt, was die Gesetze dem Gläubiger nicht zugestehen wollen. Insofern jedoch der Gläubiger das Pfand in Händen hat, kann er sich nicht nur durch das Retentionsrecht helfen³⁴⁾, sondern er kann sich auch, wenn der Schuldner keine Zahlung leistet, durch Ver-
äuß.

VINNIUS in Comm. ad §. 4. I. de inutil. stipulat. n. 5. sqq.
UND POTHIER Pandectae Iustinian. Tom. I. Lib. XX. Tit. I.
Nr. XXI. not. f. et g.

33) L. 29. D. de usuris. L. 27. Cod. eodem. L. II. §. 3. D. de
de pigner. act. Weber a. a. D. §. 106.

34) L. II. Cod. de usuris. L. 101. D. de solut. L. un. Cod.
Etiam ob chirographar. pecuniam pignus.

düsserung der Sache bezahlt machen ³⁵⁾). Es finden also hier nur diejenigen Rechtsmittel statt, welche dem Gläubiger wegen der Hauptschuld zugestehen ³⁶⁾). Uebrigens kann die Verpfändung für eine jede Art von gültiger Schuld geschehen, sie röhre aus einem erlaubten Geschäft, oder aus einem Delict her; es wird jedoch in dem letztern Falle vorausgesetzt, daß blos vom Ersatz des Schadens, oder von Bezahlung einer Geldstrafe die Rede sey ³⁷⁾). Zuweilen kann aber auch bey solchen Vergehungen, die nicht zu den schweren peinlichen Verbrechen gehören, die Verhaftung des Angegeschuldigten durch eine Bestellung solcher Pfänder abgewendet werden, deren Verlust für den Angegeschuldigten empfindlicher, als das Unterwerfen unter die Strafe, seyn würde ³⁸⁾). Daß auch für eine noch künftige oder bedingte Forderung Pfänder gegeben werden können, z. B. auf den Fall der Entwährung einer erkaufsten Sache, leidet keinen Zweifel. Marcian sagt dieses ausdrücklich *L. 5. pr. D. de pignorib. et hypoth.* Res hypothecae dari posse, sciendum est, pro quacunque obligatione: — sive pura est obligatio, vel *in diem*, vel *sub conditione*; et sive in praesenti contractu, sive etiam praecedat: sed et *futurae obligationis nomine* dari possunt. Die Hypothek kann indessen freylich der Gläubiger in diesem Falle nicht eher verfolgen, als wenn die Schuld

zur

35) *L. 8. §. 5. D. h. t. L. 101. §. 1. D. de solut.*

36) S. Weber a. a. D. §. 107. und 108.

37) *Bachov de pignorib. et hypothec. Lib. II. cap. 1. nr. 5.*

38) S. Grolmans Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 484 und Tietmanns Handbuch des gemeinen deutschen peinlichen Rechtes. 4. Theil. §. 684.

zur Existenz kommt. Nur in dem Falle, da Gefahr eintritt, die Sicherheit zu verlieren, z. B. wenn der Schuldner sein Vermögen zu verschwenden anfängt, und dem Gläubiger daran liegt, wenigstens den Besitz des Pfandes einsweilen zu seiner Sicherheit zu erhalten, ist der Gläubiger befugt, auch ehe noch die Schuld selbst erigibel ist, seine Hypothek geltend zu machen³⁹⁾). Folgende Gesetze bestätigen dieses ganz deutlich. L. 13. §. 5. D. eodem. Si sub conditione debiti nomine obligata fit hypotheca, dicendum est, *ante conditionem non recte agi, cum nihil interim debeatur*. Sed si sub conditione debiti conditio venerit, rursus agere poterit. L. 14. D. eodem. Quaesitum est, si nondum dies pensionis venit, an et medio tempore persequi pignora permittendum sit? Et puto, *dandam pignoris persecutionem: quia interest mea.*

So gewiß es nun aber ist, daß ohne das Daseyn einer Hauptschuld kein Pfandrecht Statt finden kann; eben so wenig ist zu läugnen, daß dasselbe, wenn es einmal gültig bestellt worden ist, fortdauernd bleibe, und daher, sofern der Gläubiger im Besitz des Pfandes ist, geltend gemacht werden könne, gesetzt auch, daß die der Fortdauerung wegen dem Gläubiger zustehende Personalklage durch Verjährung erloschen seyn sollte. Es sagt dieses nicht nur L. 2. Cod. de latione pignor. ganz deutlich, worin es heißt: *Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota;* sondern es erhellet dieses auch schon daraus,

39) S. Westphal's Pfandrecht §. 269. und Not. 299. begleichen lo. Frid. DANN Commentat. de pignore debito futuro accedente. Tübinger 1790. 8.

taus, weil das Wesen des Pfandes weiter nichts voraussetzt, als das Daseyn einer Verbindlichkeit, welche an sich nicht aufhört, wenn sie auch mittelst gerichtlicher Klage nicht verfolgt werden kann⁴⁰). Submoveri enim potest actio, sagt Averanius⁴¹) ganz richtig, etiamsi non sit sublata principalis obligatio. — Perseverante autem naturali obligatione, perseverat et pignus, licet sublata sit civilis obligatio⁴²) — Existimo tamen, laudatam L. 2. Cod. de luit. pigner. referendam esse ad praescriptionem actionis. Hoc enim casu proprie dicitur *actio submoveri*⁴³). Submota autem actione per lapsum temporis, durant vincula pignoris⁴⁴); quia per lapsum temporis non omnino extinguitur obligatio, cum tempus non sit modus finienda obligacionis⁴⁵). Nach dieser Erklärung steht also die L. 2. cit. mit der Analogie in vollkommenen Einklang, und es ist gar nicht nöthig, mit Doneau⁴⁶) durch Einschlebung der Negation zur Verbesserung des Textes unsere Zuflucht zu nehmen⁴⁷).

§. 865.

40) Weber a. a. D. §. 104.

41) Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 19. et 20.

42) L. 14. §. 1. D. de pignorib.

43) L. 21, Cod. de eviction.

44) L. 59. pr. D. ad SCtum Trebell. L. 30. §. 1. D. ad Leg. Aquil. L. 3. iuncta L. 7. §. 1. Cod. de praescript. trig. vel quadrag. annor.

45) L. 44. §. 1. D. de obligat et action. Man sehe auch BACHOVIA de pignorib. Lib. V. cap. 3.

46) Commentar. in Lib. VIII. Cod. Tit. 31. pag. 659.

*) Man sehe noch Casp. SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4. 5. et 6.

§. 865.

Verpfändung einer fruchttragenden Sache.

Der Pfandcontract giebt blos dem Gläubiger ein Recht das Pfand zu seiner Sicherheit zu besitzen, und, bey ausbleibender Bezahlung der Schuld, daraus durch Verkauf derselben seine Befriedigung zu suchen. Das Eigenthum der Sache geht also dadurch so wenig auf den Gläubiger über, als er dadurch ein Recht erhält, die Sache zu gebrauchen⁴⁷⁾). Der Besitz des Pfandgläubigers ist zwar ein wahrer juristischer Besitz, der ihm das Recht der Interdicte giebt⁴⁸⁾). Es ist aber doch nur ein natürlicher Besitz, der allen animus domini ausschließt, und auch kein Recht zur Usucaption giebt⁴⁹⁾). Daher sagt Aemilius Maser L. 15. §. 2. D. *Qui satisdare cogantur, ausdrücklich: Creditor, qui pignus accepit, possessio non est,*

47) Bey dem alten römischen contractus fiduciae war es freylich anders, wie oben gezeigt worden ist. Auch etwas Eigenthümliches bey dem alten deutschen Pfandcontract war es, daß der Gläubiger die Nutzung des Pfandes erhielt. Daß aber auch das Eigenthum der verpfändeten Sache auf ihn übergegangen sey, läßt sich nicht allgemein behaupten. *S. Joach. POTTGIESER Comm. de indele et natura pignoris, quoad ius gentium, iura et consuetudines Germaniae. Marburgi 1723. 4. Chr. Gottl. RICCI Comm. de dominio pignoris germanici. Gotha 1747. 4. und Ioh. Gottl. de HACKEMANN Diff de dominii translatione in pignore germanico. Francoforti cis Vin. drum 1763.*

48) *L. 16. D. de usurpat et usucap. L. 1. §. 9. D. de vi.*

49) *L. 3. §. 15. D. ad exhib. L. 13. D. de usurpat. et usucap. von Savigny Recht das Besitzes. §. 7. S. 46. ff. und §. 9. S. 108.*

est, tametsi possessionem habeat. Ohne Zweifel soll hier das Wort *possessor* in der Verbindung, in welcher es hier gebraucht wird, nichts anders, als Eigenthümer heissen⁵⁰⁾. Gebraucht der Gläubiger ohne Wissen und Willen des Schuldners die ihm verpfändete Sache, so mache er sich eines Diebstahls schuldig⁵¹⁾, und muß allen dadurch dem Schuldner zugesfügten, selbst zufälligen, Schaden er-
sinnen.

50) Man sieht dies aus L. 15. §. 1. D. *Qui satisdare cog. mo*
Macer sagt: *Possessor autem is accipendus est, qui in agro*
vel civitate rem soli possidet. — Sed et, qui vinctigalem, id
est, emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. Item,
qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Eum
vero, qui tantum usumfructum habet, possessorem non esse
Ulpianus scriptit. S. von Savigny im angef. Buche §. 7.
 S. 85. nr. 3.

51) *L. 54. pr. D de furtis. Si pignore creditor utatur, furti*
tenetur. — §. 6. I. de obligat, quae ex delicto nasc. Sive
creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re
utatur, — furtum committit. Hierher kann auch Art. 170.
 der P. G. O. Carls V. gezogen werden, wo es heißt:
 Welcher mit eines Andern Gütern, die ihm in
 gutem Glauben zu behalten und zu verwahren
 gegeben seyn, williger und gefährlicher Weise
 dem Gläubiger zu Schaden handelt, solche Mis-
 sehat ist einem Diebstahl gleich zu strafen. War
 erklärt man diese Stelle gewöhnlich von einem Depositar. Allein
 daß sie auch auf einen Pfandgläubiger, der mit dem ihm zur
 Sicherheit gegebenen Pfande unrechtfertig umgeht, bezogen werden
 könne, hat Kress in Comm. ad h. Artic. pag. 615. gezeigt.
 Man sehe hier auch vorzüglich Eu. d. Fried. Griesingers
 Commentar über das Würtembergische Landrecht. 1. Band 2. Th.
 7. Tit. §. 125. S. 408. f.

segen ⁵²⁾). Wird daher dem Gläubiger eine fruchtragende Sache zum Unterpfand eingeräumt, so darf der Gläubiger die Früchte der Sache nicht als Nebengewinn ansiehen, sondern er muß dieselben zuerst auf die Zinsen, sofern nämlich ein rechtlicher Grund derselben vorhanden ist, und nächstdem auf das Kapital abrechnen. Folgende Stellen sind hier besonders merkwürdig.

L. 1. Cod. h. t. Ex pignore percepti fructus imputantur in debitum: qui si sufficient ad totum debitum, solvit actio, et redditur pignus. Si debitum excedunt, qui supererunt, redduntur; videlicet mota actione pigneratitia.

L. 2. Cod. eodem. Quod ex operis ancillae ⁵³⁾ , vel ex pensionibus domus, quam pignori detineri dicis, perceptum est: debiti quantitatem relevabit.

L. 3. eodem. Creditor, qui praedium pignori nemum detinuit, fructus, quos percepit, vel percipere debuit, in rationem exonerandi debiti computatae necesse habet.

L. ult. Cod. eodem. Quominus fructuum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residuo debito soluto, — pignora, quae in eadem causa

52) *S. Aug. Frid. schott* Diss. de furto usus. *Lipsiae* 1775.

§. 19. *Hommel Rhapsod.* quaest. for. Vol. II. Obi. 268. *Carl Klenz* Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls. 1. Th. S. 177. ss. und *Frair. BECMANNORUM* Consil. et Decision. Vol. I. Consil. 39. nr. 12.

53) Sklavendienste werden den Früchten gleichgeachtet. *L. 3. et 4. D. de operis servorum*. *Glück's Erläut. d. Pand.* 14. Th. *D*

causa durant, restituat debitori, nullo spatio longi temporis defenditur.

L. 1. *Cod. de distract. pignor.* Fundum pignori obligatum, si creditor ex fructibus debitum consecutus est: quum ipso iure pignus ab obligatione liberatum sit, distrahere minime potest.

L. 2. *Cod. de partu pignoris et omni causa.* Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua, quam accepistis, pecunia proponatis, horum mancipiorum operis, quas creditor accepit, vel quas percipere potuit, in usuras (si promissae sunt) computatis, et post in sortem: extenuato debito residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus, mancipia vobis Praeses provinciae restitui iubebit.

Cujus⁵⁴⁾, dem mehrere⁵⁵⁾ hierin Beifall geben, will zwar behaupten, der Gläubiger dürfe auch in dem Falle, da keine Zinsen versprochen worden, dennoch von den Früchten soviel behalten, als die gesetzlichen Zinsen aus.

54) Observation. Lib. VIII. cap. 17.

55) Ant. FABRI Error. Pragmaticor. Decad. IX. Err. 5. Em. MECHELIUS Observation. Lib. VIII. cap. 23. Lud. VITALIS Lecture. Variar. iuris civ. Lib. II. cap. 15 § 5. sqq (in Ev. OTTONIS Thes. iuris Rom. T. II. pag. 678) Ulr. HÜBER Eunomia Rom. ad L. 8. D. In quib. caus. pignus. pag. 735. sqq. Jo. VOET Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. t. §. 23. Ger. NOODT de foenore et usuris Lib. II. cap. 9. Pet. de GREVE Exercitat. ad Pand. loca difficil. Exercit. XV. §. 11. Ant. SCHULTING Thes. controvers. Déc. LXXIX. Th. 9. Westphal Pfandrecht §. 67. und TRIBAUT Syst. des P. R. 2. §. 653.

ausmachen würden. Man sagt, daß durch die Einräumung eines fruchtragenden Unterpfandes eine antichresis tacita, d. i. ein stillschweigender Vertrag geschlossen werde, vermöge welchen dem Gläubiger für den Gebrauch des Kapitals, statt der gesetzlichen Zinsen; ein Aequivalent an Früchten verwilligt worden sei. Allein nicht ohne Grund wird diese Meinung von andern⁵⁶⁾ verworfen. Es komme hier alles auf den richtigen Sinn der *L. 8. D. in quibus causis pignus tacite contrah.* an, worauf sich hauptsächlich Cujaz beruft. Hier sagt Paulus: *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere.* Es ist wohl kaum noch bemerkenswerth, daß die Richtigkeit der Leseart der Emendation eines Franz Zostomans nicht bedarf, welcher bekanntmaßen: *cum debitor non gratuita pecunia utatur, gelesen wissen will;*

D 2

nach

56) *Arn. VINNIUS Select. juris Quaest. Lib. II. cap. 7. Reinh. BACHOVIVS de pignorib. et hypoth. Lib. I. cap. 14. Claud. SALMASIUS de modo usurarum cap. 14. pag. 622. Franc. HOMOMANNUS Observation. Lib. I. cap. 4. Greg. MAJANSIUS Disputat. iuris civ. Tom. I. Disput IV. §. 33. pag. 87. Sam. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. Io. Henr. Christ. ERXLEBEN Princip. de iure pignorum §. 111. Christ. Fried. Ehne von Süttichs vermischte jurist. mathemat. Abhandlungen (Altona 1769.) Nr. I. Untersuchung der Lehre vom nutzbaren Unterpfand. S. 19. ff. Georg HANDEL Rechte der Gläubiger in Ansehung der Hauptpfänder und antichresischen Versage. Gießen u. Darmstadt 1802. S. 232. ff. Carl. HANCKER Diss. de vera indole et natura antichresecos. Gissae 1783. §. 8. und Io. Iac. KEEES Commentat. ad Legem VIII. Digestorum in quibus causis pignus vel hypoth. tacite contrahitur. Lipsiae 1811.*

nachdem schon längst Johann Robert⁵⁷⁾, Gerhard Stroode⁵⁸⁾, Anton Faber⁵⁹⁾ und Siegmund Reinh. Jauch⁶⁰⁾ solche mit Recht verworfen haben, obwohl Salmasius⁶¹⁾ und Conrad Wilh. Strecke⁶²⁾ ihr dennoch ihren Beifall nicht versagen konnten. Alle bis jetzt bekannte Handschriften und Ausgaben widersprechen laut, und auch die Basiliiken⁶³⁾ bestärken die gemeine Leseart. Es ist auch hier der Fall gar nicht, daß man genöthiget wäre, zu einer so verzweifelten Conjectur seine Zuflucht zu nehmen. Nöthiger ist es, zuvörderst auszumachen, was Paulus unter der *pecunia gratuita* verstanden wissen will. Cujaz erklärt sich darüber auf folgende Art: Utitur debitor mea pecunia *gratuita*, quia usuras ab eo pactus vel stipulatus non sum, cuius beneficii pensandi causa, dum mihi tradit agrum pignori, tacite id agere videtur, ut fructus percipiam, et usurarum vice retineam, quod fiet tamen intra modum quasi tacito consensu. Quodsi foeneratitia fuisset pecunia, fructus perceptos creditor foenori primum, deinde sorti imputaret.

57) Lection. receptar. Lib. I. cap. 14.

58) De foenore et usuris Lib. II. cap. 9.

59) De Errorib. Pragmaticar. Decad. IX. Err. 5.

60) De negationibus Pandectar. Florentin. Cap. XIV. 7.

61) De modo Usurarum. Cap. 14.

62) Diff. de pacto antichretico. Erfordiae 1726. §. 15.

63) Tom IV. Lib. XXV. Tit. 3. Const. 8. pag. 50. Εὰν ὁ χρεώστης αὐτονόμη τὸ χρέος, δύναται παρακρατεῖν ὁ δανειστής ἐκ τῶν καρπῶν μέχρι τοῦ νομίου τὸν. i. e. Si debitor gratuitam habeat pecuniam, creditor de fructibus usuras usque ad legitimum modum retinere potest.

ret⁶⁴⁾). *Gratuita pecunia* est non tantum, de qua convenit, ut gratuita esset, sed et de qua hoc non convenit; si modo et de usuris nihil convenerit. Weil man glaubt, daß es nur denn widersprechend seyn würde, wenn der Gläubiger von einem Kapital, welches der Schuldner, vermöge einer ausdrücklichen Uebereinkunft, ohne Verzinsung gebrauchen sollte, gleichwohl Früchte auf die Zinsen solle abrechnen dürfen; so wollen auch andere, z. B. Stryk⁶⁵⁾, Höhmer⁶⁶⁾, Engelbrecht⁶⁷⁾, Menken⁶⁸⁾, und unser Hellfeld, unter der *pecunia gratuita* einen solchen Geldvorschuß verstehen, wobei wegen der Zinsen nichts Ausdrückliches verabredet worden ist. Allein da sich auch hierdurch der Widerspruch noch nicht vollkommen heben läßt, so erklärt Ernst Alexander Pagenstecher⁶⁹⁾ die *pecunia gratuita* von einer *pecunia commodata*. Denn daß auch Geld der Gegenstand des Leihcontracts seyn könne, ist bekannt, z. B. wenn es bloß zur Prähleren geliehen wird⁷⁰⁾). Hat nun aber dennoch der Commodatar das Geld gegen die Absicht des Contracts gebraucht, und consummirt, so müsse er es dem Geleiher mit Zinsen erstatten. Denn der Leihcontract sey ein bonae.

64) *L. 2. Cod. de pactis pignorum.*

65) *Uf. mod. Pand. h. t. §. 4.*

66) *Introduct. in ius Dig. h. t. §. 9.*

67) *Diff. de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato.* *Helmst. 1724. §. 5.*

68) *Diff. Nullum excessum usurarum in pacto antichretico esse tolerandum.* *Lipsiae 1745. §. 2. in fin. (In Opuscul. pag. 236.)*

69) *Observation. legalium libr. sing.* *Wetzlariae 1724. 4. Observat. VI. pag. 25.*

70) *L. 3. §. 6. L. 4. D. Commodati.*

bone fidei Contract, und in solchen Contracken könnten ohne Bedenken Zinsen gefordert werden. Habe nun der Verleiher von dem Entlehner eine fruchttragende Sache als Pfand inne, sie sei ihm entweder wegen der pecunia commodata, oder wegen einer andern Schuld eingeräumt, oder auch stillschweigend verpfändet, so könnte er sich aus den Früchten des Pfandes auch wegen der Zinsen bezahlt machen. Allein weder diese, noch die erstere Erklärung ist anzunehmen. Es kommt hier lediglich auf den Sprachgebrauch der Gesetze an. Nach diesem aber heißt *pecunia gratuita* nichts anders, als ein solches Kapital, welches der Gläubiger dem Schuldner ohne Verzinsung dargeliehen hat, oder, wie Brison⁷¹) sagt: *Pecunia, quae sine usuris debetur.* Es erhellt dieses nicht nur aus L. 10. §. 8. D. Mandati, wo Ulpian sagt: *Si mandavero procuratori meo, ut Titio pecuniam meam credat SINE USURIS, isque non sine usuris crediderit, an etiam usuras mihi restituere debeat, videamus?* Et Labeo scribit, *restituire eum oportere, etiamsi hoc mandaverim, ut gratuitam pecuniam daret;* sondern es ist auch überhaupt bekannt, daß das Wort *gratuitum* immer als Epitheton Desjenigen gebraucht wird, wofür keine Vergeltung gegeben wird⁷²). Ist nun dieses außer Zweifel, so läßt sich der Widerspruch, daß der Gläubiger von einem ohne Zinsen

71) De Verbor. Significat. voc. *Gratuitus.*

72) 3. B. *gratuita habitatio.* L. 28. §. 2. D. *Locati.* L. 17. pr. D. *praescr. verbis.* *gratuita legatio.* L. 2. §. 1. D. *de legation.* *gratuitum mandatum.* L. 1. §. 4. D. *mandati.* *gratuita opera.* L. 1. §. 17. et 18. L. 5. pr. D. *de exercitor.* acc. *gratuits libertas.* L. 1. Cod. *de libert.* et *eorum liber.*

gen, dargeliehenen Kapital gleichwohl Früchte auf Zinsen abzurechnen besucht seyn solle, auf keine Weise lösen. Ein stillschweigendes Zinsenversprechen läßt sich auch aus der Verpfändung einer fruchtragenden Sache um so weniger folgern, je deutlicher die oben angeführten Geschehe verordnen, daß, wenn keine Zinsen versprochen sind, die Früchte bloß auf das Kapital abgerechnet werden sollen. Hierzu kommt, daß auch schon die Natur des Darlehns, als eines Realcontracts, ein solches stillschweigendes Zinsenversprechen anzunehmen, nicht gestattet, wenn man erwägt, daß nach dem römischen Rechte auch sogar ein ausdrückliches Versprechen der Zinsen beim Darlehn nicht galt, wenn nicht durch Stipulation eine nova obligatio war begründet worden⁷³⁾). Hätte das Gesetz dem Gläubiger der nicht versprochenen Zinsen wegen ein stillschweigendes Pfandrecht an den Früchten des Pfandes geben wollen, wie man vielleicht aus der Ueberschrift des Titels, unter welchen die *L. 8. D. in quib. cauf. pignus tacite contrahitur* gestellt ist, schließen möchte; so würde es gewiß dem Gläubiger keine bloße Retention, sondern eine dem Pfandrecht eigene Persecution gestattet haben, wie Cujaz selbst an einem andern Orte⁷⁴⁾ sehr gut zu unterscheiden wußte. Auf den Umstand, daß Tribonian die *L. 8.* unter den Titel *in quibus caufis pignus etc.* gesetzt hat, läßt sich also wohl mit Cujaz kein sonderliches Gewicht legen, zumal da wir Stellen genug im corpus iuris haben, welche

73) *L. 24. D. de praescript. verbis. L. 1. 3. 4. et 7. Cod. de Usur. S. BOEHMER Diss. de fundamento usurarum pecuniae mutuaticiae. §. 10. sqq. (Exercitat. ad Pand. Tom. IV.)*

74) *Observat. Lib. XV, cap. 22.*

welche aus ihrem Zusammenhange gerissen, an Orte gepflanzt worden sind, wo sie eigentlich gar nicht hingehören. Es ist auch dieses hier um so mehr auffallend, als in der Ausserung des Paulus kein Gedanke von einem stillschweigenden Pfandrechte vorkommt. Selbst der griechische Scholiast, ohnerachtet seiner Erklärung der Euazischen sehr nahe kommt, sagt nichts davon⁷⁵⁾). Wenn wir indessen gleichwohl sehen, daß Paulus dem Gläubiger bei einem ohne ein Zinsenversprechen geschehenen Geldvorschüsse gestattet habe, die gesetzlichen Zinsen an den Früchten der verpfändeten Sache zurück zu behalten, so kann man wohl nicht anders glauben, als daß Paulus im Zusammenhange der Stelle, den uns Tribonian entzogen hat, von dem Falle geredet haben müsse, wo sich der Schuldner in Wiederbezahlung des ohne Verzinsung empfangenen Anlehns eines rechtswidrigen Verzugs schuldig gemacht hat. Auf solche Art hängt auch diese Stelle mit einer andern, welche aus demselben *Libro II. Sententiarum* des Paulus genommen ist, nämlich der *L. 7. D. de pign. act.* genau zusammen, worin es heißt: *Si autem tardius superfluum restituat creditor, id quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praestare cogendus est.* Sehr natürlich läßt

75) *Basilios T. IV. pag. 5a.* Καὶ τάλιν σημειώσας ὅτι ὁ δανειστας καὶ λαβὼν πρᾶγμα εἰς ἐνέχυρον, καὶ μὴ συμφωνήσῃ λαβεῖν τοὺς καρποὺς ἀντὶ τόκων, ὅμως λαμβάνει τοὺς καρποὺς τῇ πράγματος ὄνχῃ πάντας, ἀλλ' ἂχρι τῶν λεγούτων τόκων. I. e. Item nota, creditorem, qui rem pignori accepit, licet pactus non sit, ut vice usurarum fructus perciperet, nihilominus eos percipere, ad modum scilicet usurarum legitimum.

läßt sich hieran unsere L. s. reihen, mit welcher sie vielleicht auf folgende Art zusammenhängt: Sie etiam cum debitor gratuita pecunia utatur, (sofern er sich nämlich gleichfalls eines Verzugs schuldig gemacht hat) potest creditor de fructibus rei sibi pigneratae ad modum legitimum usuras retinere. Die Worte: *ad modum legitimum* gehen also auf das gesetzliche Quantum der Verzugszinsen. Konnten nun auch gleich Verzugszinsen bey dem Darlehn nach dem römischen Recht nicht mit der actio mutui gefordert werden, so hatte doch deswegen eine Retention um so mehr statt, als es schon die Natur des Pfandrechtes mit sich bringt, daß es den Gläubiger auch gegen den unbührlichen Verzug von Seiten des Schuldners in Sicherheit setzen soll⁷⁶).

§. 866.

Rechte des Pfandgläubigers.

Außer dem juristischen Besitz, welcher durch den Pfandcontract auf den Gläubiger übertragen wird, und vermöge dessen er auch, wie bereits oben bemerkt worden, wegen jeder andern Forderung, wofür ihm die Sache nicht verpfändet ist, bis zu seiner völligen Befriedigung, das Retentionsrecht ausüben kann⁷⁷), hat der Pfandgläubiger überhaupt noch folgende Rechte. Er kann nämlich I) die ihm verpfändete Sache, wosfern nicht ein Anders ausdrücklich verabredet worden ist, seinem eigenen Gläubiger

wie-
76) L. 2a. Cod. de Usur. §. Iusl. Henn. BOEHMERI Diss. de usuris pecuniae mutuaticiae. §. 15. und Webers Versuche über das Eivilrecht. §. 175.

77) L. un. Cod. Etiam ob chirographarium pecun.

wieder verpfänden⁷⁸⁾). Der zweite Pfandgläubiger kann dann an dem ihm überlassenen Pfande eben die Rechte ausüben, die sonst einem Pfandgläubiger zustehen⁷⁹⁾). Nur kann freylich der erste Pfandgläubiger auf den zweyten weder der Dauer, noch dem Umsange nach mehr Rechte übertragen, als ihm selbst an der verpfändeten Sache zukommen⁸⁰⁾). Ist daher demselben bloß der Missbrauch eines

Grundi

78) L. 3. Cod. Si pignus pignori datum. Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, iam dudum placuit; scilicet ut sequenti creditoris utilis actio (i. e. hypothecaria) detur, tamdiuque eum is, qui ius repraesentat, (d. i. der Magistrat, welcher das Richteramt beklebt,) tueatur, quamdiu in causa pignoris manet eius, qui dedit. E. Iac. LECTII ad Modestinum de poenis lib. un ad L. 4. D. de crim. stellionat. (in EV. OTTONIS Thes. iuris Rom. Tom. I. p. 142. S. Caeterum.)

79) L. 13. §. 2. D. de pignorib. Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit: quatenus utraque pecunia debetur (d. i. so lange der Schuldner seinem Gläubiger, welcher das Pfand weiter verpfändet hat, noch nicht Zahlung geleistet hat,) pignus secundo creditoris tenetur: et tam exceptio, (nämlich wenn der zweyte Gläubiger in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und das Pfand vor getilgter Schuld zurückgesfordert wird. Hier kann er sich mit der Einrede des ihm zustehenden Pfandrechts sowohl gegen seinen Schuldner, als gegen den ersten Verpfändner schützen) quam actio utilis ei danda est. Die actio utilis ist hier die hypothekarische Klage, welche ihm in dem Falle zusteht, da er nicht in dem Besitz des Pfandes ist. S. GMELIN Comment. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditoris debitor in re sibi non propria constituit. §. 63. pag. 235. sqq.

80) L. 54. D. de div. reg. iuris. Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

Grundstücks verpfändet, so kann er seinem Gläubiger nicht auch die Proprietät verpfänden ⁸¹⁾; und ist der erste Pfandgläubiger befriedigt, so hört auch das Pfandrecht des zweyten Gläubigers auf, und er kann dem Eigenthümer die Herausgabe des Pfandes nicht vorenthalten ⁸²⁾). Es fragt sich aber, ob nicht dem zweyten Gläubiger dasjenige, was der Schuldner seinem, dem ersten Gläubiger, bezahlt hat, als Pfand hatte, und ihm deshalb die hypothekarische Klage gegen den ersten Gläubiger, als seinen Schuldner, zu gestatten sey? Es ist ein Unterschied zu machen, ob die Schuld des erstern Verpfänders in Gelde, oder in andern Sachen bestand, welche derselbe seinem Gläubiger zu leisten hatte. In dem erstern Falle kann der zweyte Gläubiger an dem bezahlten Gelde kein Pfandrecht ausüben, sondern der erste Gläubiger wird solches zu seiner Befriedigung behalten. In dem letztern Falle aber tritt die dem ersten Gläubiger von seinem Schuldner gegebene Sache an die Stelle des durch Befriedigung derselben beseuyeten Pfandes,

und

81) *L. 6. Cod. de Usufructu.* Nam usufructarius quidem proprietatem pignorare non potuit. — *L. 1. Cod. Si pignus pignori.* Sed si vos usumfructum possessionis tantummodo pignori dedistis, isque, qui accepit, alii eam possessionem (i. e. fundum) cuius usumfructum nexum habebat, sine vestra voluntate pignoraverit: creditor eius id, in quo pignoris vinculum non constitit, distrahens, dominio vos privare nequivit.

82) *L. 40. §. 2. D. de pignerat. act.* Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet; nec quicquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque recentio relinquetur.

und der zweyten Gläubiger kann mit der actio hypothecaria deren Ablieferung von Rechtswegen verlangen. Denn die Verpfändung eines Pfandes ist gerade so zu betrachten, als wenn diejenige Forderung, weshalb dem verpfändenden Gläubiger das Pfand angewiesen war, selbst verpfändet worden wäre ⁸³⁾). Es hat daher auch gar keinen Zweifel, daß

83) Dies scheint mir der Sinn der etwas dunkeln Worte Marcianus zu seyn, wenn er L. 13. §. 2. *D. de pignorib.* sagt: *Quod si dominus (nämlich der erste Schuldner, und Verpfändender) solverit pecuniam, pignus quoque perimitur. Sed potest dubitari, numquid creditoris, (nämlich dem zweyten Gläubiger) nummorum solutorum nomine, utilis actio danda sit, an non?* (Offenbar ist hier die Rede von einer Zahlung, die dem ersten Gläubiger geschehen ist. Es ist daher die Erklärung der Glossa, die das solutorum durch solvendorum erklären will, nach meiner Ansicht, unrichtig. Die folgenden Worte streiten offenbar dagegen) *quid enim, si res soluta fuerit? (dem ersten Gläubiger war also wirklich die Schuld bezahlt) 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 Fall, von welchem Pomponius hier spricht, war eigentlich von dem des Marcians verschieden; denn dort zahlte der Schuldner dem zweyten Gläubiger, hier zahlte er dem ersten Gläubiger. Allein darin kommen doch beyde Fälle überein, daß wenn der erste Schuldner die Schuld in Gelde bezahle hat, kein weiteres Pfandrecht darauf hafte, es sei dem ersten, oder dem andern Gläubiger die Zahlung geleistet worden. Man sehe über diese dunkle Stelle vorsätzlich *Emund. MERILIZ Observation. Lib. VII. Cap. 35. und Westphals Pfandrecht §. 143. und 144. Not. 166. S. 206. f.* Die Basiliiken geben hier keinen Aufschluß.

dass der zweyte Gläubiger, so lange der erste Gläubiger von seinem Schuldner, als dem ersten Verpfändeter, noch nicht befriediget worden ist, auch eben sowohl gegen diesen mit der actio utilis auf die Bezahlung der Schuld klagen könnte⁸⁴); als es auch umgekehrt dem ersten Schuldner freystehen würde, die Schuld dem zweyten Gläubiger zu bezahlen, und dadurch das Pfand freizumachen⁸⁵). Ja es

84) Denn da der Pfandgläubiger, dem von seinem Schuldner ein diesem gegebenes Pfand verpfändet worden, wie ein solcher anzusehn ist, der eine Schuldforderung zum Unterpfande erhalten hat: (S. Westphal a. a. D. S. 206.) so findet auch hier die L. 4. Cod. Quae res pignori Anwendung. Eusig ad L. 18. de pigner. act. ad Pauli librum XXII. ad Edit. etrum, dem auch Ant. SCHULTING Thes. controv. Dec. LXXVIII. Th. 5. bestimmt, hält zwar die bey der Verpfändung einer Schuldforderung dem zweyten Gläubiger zustehende actio utilis für die hypothekarische Klage. Allein man kann auch eben sowohl behaupten, es sey diejenige Klage, welche der erste Gläubiger gegen seinen Schuldner hätte anstellen können. L. 7 Cod. de heredit. vel act. vend. S. voET Commentar. ad Pandect. Lib. XX. Tit. 1. §. 17. und Westphals Pfandrecht §. 141. C. 204.

85) Von diesem Falle kann L. 2. Cod. Si pignus pignori datum sehr wohl verstanden werden, wo es heißt: Si creditor possessionem, quae a parentibus tuis pignoris iuri fuerat obligata, non vendidit, sed alii creditor i pignori dedit: examinata fidei veri, poteris eam, soluto eo, quod ex hac causa creditor (nämlich dem ersten Gläubiger) debetur, intercessu praefidis provinciae recuperare, wie auch BACHOV de pignorib. Lib. II. cap. 9. pag. 128. mit Recht behauptet. Mehr, als er seinem Gläubiger schuldig ist, braucht jedoch der erste Verpfändeter dem zweyten Gläubiger nicht zu bezahlen, wenn auch desselben Forderung an seinen Schuldner, oder den ersten Gläubiger, grösser wäre.

es darf nicht einmal der Schuldner seinem; denn ersten Gläubiger, mehr Zahlung leisten, wenn er von der geschehenen weiteren Verpfändung seiner Sache benachrichtigt worden ist⁸⁶). Der Gläubiger hat ferner II. das Recht, wenn keine Bezahlung erfolgt, das Pfand zu verkaufen⁸⁷), und aus dem daraus geldosten Gelde sowohl wegen des Kapitals, als wegen der Zinsen und verwandten Unkosten, und zwar, sofern er in dem Besitz des Pfandes sich befindet, und es blos mit dem Schuldner, oder desselben Erben zu thun hat, unbedingt⁸⁸), sonst aber nur wegen dessen, wofür das Pfand, der Verabredung nach, gilt, sich zu befriedigen⁸⁹). Dieses Recht des Gläubigers, durch Ver-
äusser-

wäre. Von diesem Falle versieht Ant. FABER Rational. in Dig. h. t. auch die oben angeführte L. 40. §. 2. D. *de pign. act.* und schaltet bey den Worten: *nec quicquam amplius prae- stare cogitur*, das Wort *debitor* elti. Ihm stimmt auch schützter in Praxi Iur. Rom. h. t. Exercit. XXVI. §. 11. bey.

86) Arg. L. 4. Cod. *Quae res pign.* G. VOET Comment. ad Pand. Lib. XX. Tit. 6. §. 2. in fin. Ant. FABER Conjectur. iuris civ. Lib. VIII. cap. 15. und Westphal a. a. O. §. 141. Anderer Meinung ist jedoch GMELIN Comm. de iure pignoris vel hypothecae etc. §. 63. pag. 240.

87) §. 2. 1. *Quib. alienare licet.*

88) L. 8. §. 5. D. h. t. *Cum pignus ex pactione venire potest;* non solum ob sortem non soluram venire poterit, sed ob cae- tera quoque, veluti usuras, et quae in id impensa sunt. G. Weber's Versuche über das Civilrecht und dessen Anwen- dung §. 191. ff.

89) Die Frage, ob und wiefern sich das Pfandrecht außer dem Kapital auf Zinsen und Kosten erstreckt? kommt Lib. XX. Tit. 1. §. 1083. vor. Man sehe Weber a. a. O. §. 151. ff.

äusserung des Pfandes sich zu ferner Bezahlung zu verhelfen, ist dem Pfandrecht so wesentlich, daß es weder einer besondern Verabredung bedarf⁹⁰), noch auch durch Vertrag, oder Testament, noch durch irgend eine Protestation des Schuldners verhindert werden kann⁹¹). Nur durch Bezahlung der Schuld, oder ein anderes rechtlisches Mittel, welches der Bezahlung gleichgeachtet wird, kann allein die Veräußerung des Pfandes abgewendet werden⁹²). Dieses Veräußerungsrecht steht auch dem zweyten Gläubiger zu, wenn diesem ein, seinem Schuldner von desselben Schuldner gegebenes Pfand, wieder verpfändet worden ist, es muß nur die Veräußerung des Pfandes geschehen, ehe noch der erste Schuldner, seinem, dem erstern Gläubiger, die Schuld bezahlt hat⁹³). Von der Veräußerung her
Pfän-

Mitgutte's vollständige Darstellung der Lehre vom stützschwiegenden Pfandrecht 1. Th. §. 14. und Hufeland's Lehrbuch des Civilrechts 1. B. §. 775.

90) L. 4. D. h. t.

91) L. 1. et 2. Cod. *Debitorem venditionem pignoris impedire non posse.*

92) L. 8. Cod. *de distract. pignor.* Si priusquam distrahere iurum pignorata possesio, pecuniam creditoris obtulisti, et que non accipiente, facta contestatione eam depositisti; et hodie quoque in eadem causa permanet, pignoris distractio non valet. Quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuit: quod iure subficit, revocari non debet.

93) L. 1. Cod. *Si pignus pignori datum: Quod si non fuit vestro creditoris ususfructus, sed ipsa possesio pignorata, et ante exsolutionem a domino pecuniam creditor secundus pignus acceptum vendidit: non posse venditionem post solutam pecuniam rescindi; divorum principum placitis continetur.* S: Westphala.

Pfänder wird übrigens Lib. XX. Tit. 5. gehandelt werden. Der Gläubiger kann III. das Pfand von jedem Inhaber desselben absordern⁹⁴⁾, wenn nämlich der Schuldner im mora ist⁹⁵⁾, oder auch zuweilen schon vorher, ehe noch die Schuld zahlbar ist, wenn ein besonderes Interesse erwiesen werden kann⁹⁶⁾. Es steht ihm deshalb die hypothekarische Klage zu, von welcher Lib. XX. Tit. 1. gehandelt werden wird. Gegen den Schuldner, aber nicht gegen den dritten Besitzer, kommen ihm auch possessoriische Rechtmittel, nämlich das Interdictum Salvianum und quasi Salvianum, zu stattten⁹⁷⁾, wovon ebenfalls zu seiner Zeit ein Mehreres. Eigenmächtige Besicherung ist hingegen dem Gläubiger nicht erlaubt; auch selbst der Vertrag, vermöge dessen es demselben erlaubt seyn solle, sich im Falle ausbleibender Zahlung selbst in den Besitz des Pfandes zu setzen, giebt dem Gläubiger kein Recht, Gewalt zu brauchen, wenn sich der Schuldner widersetzt, sondern der Gläubiger muß sich auch hier des Quasisalvianischen Interdicts bedienen⁹⁸⁾. Die Absforderung des Pfandes kann jedoch durch

D. S. 207. und GMELIN Commentat. cit. de iure pignoris etc.
§. 63. pag. 237. sqq.

94) L. 16. §. 3. L. 17. D. de pignor. L. 18. Cod. eodem.
L. 28. D. h. t.

95) L. 33. §. 5. D. de pignor. L. 10. Cod. eodem.

96) L. 14. D. eodem.

97) L. 1. Cod. de precario et interdicto Salviano.

98) L. 3. Cod. de pignorib. Creditores, qui, non redditia sibi pecunia, conventionis legem, ingressi possessionem, exercent, vim quidem facere non videntur; attamen auctoritate Praefidis possessionem adipisci debent. S. GRUBENS rechtliche Gedanken. a. Th. Ged. 32. und SÖNNERS Handbuch des gemeinen Proceses 4. Th. Art. LXXXI. §. 37. not. p. S. 481.

durch Anbieten der Zahlung von jedem Besitzer abgewendet werden ⁹⁹). IV. Leidet der Gläubiger durch Eviction und Hauptmängel des vertragsmäßigen Pfandes, so kann er verlangen, daß ihm ein neues eingeräumte ¹⁰⁰), auch daß ihm der, durch Versehen des Schuldners ihm sonst erwachsene Schaden vergütet werde ¹). Er kann ferner V. Erfasß der auf das Pfand verwandten Kosten fordern, jedoch nicht ohne Unterschied. Die Kosten können von verschiedener Art seyn. a) Nothwendige, wohin theils diejenigen gehörten, welche die Erhaltung der Sache unvermeidlich machte, theils auch die Abgaben, denen der Gläubiger, als Besitzer des Pfandes, sich schlechterdings unterziehen mußte. Diese Kosten müssen dem Gläubiger unbedingt vergütet werden, also nicht nur alsdann, wenn bey der Rückgabe des Pfandes dieser Kostenaufwand sich noch als Verbesserung bey der Sache befindet, sondern auch wenn dieser Aufwand durch einen Unglücksfall ohne Verschulden des Pfandinhabers wieder vereitelt worden wäre. ²). Wegen

99) L. 16. §. 3. D. de pignor. L. 12. §. 1. D. Quib. modis pign. vel hypoth. solvitur.

100) L. 2. L. 9. pr. L. 31. et 32. D. h. t.

1) L. 9. pr. L. 31. 32. et 36. pr. D. sodem.

2) L. 8. pr. D. h. t. Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim: non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneratitiam actionem habeo. Finge enim medicis, cum aegrotaret setyus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse, item insulam fulcisse, vel resecisse, et postea deustam esse, nec habere, quod possim retinere. — L. 29. in fin. D. famil. ercisc. Eius, quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori.

gen dieser Kosten ist dem Gläubiger auch die hypothekarische Klage nicht zu versagen, da die Gesetze ganz bestimmt verordnen, daß die nothwendigen Kosten mit zu der Pfandschuld gerechnet werden sollen³⁾). b) Nützliche Kosten, wodurch die Sache verbessert, und ihr Werth erhöhet worden ist. Sind diese Kosten mit Einwilligung des Schuldners gemacht worden, so hat es keinen Zweifel, daß der Gläubiger deren Ersatz fordern könne⁴⁾). Außerdem aber kann der Gläubiger nur alsdann eine Vergütung der nützlichen Kosten fordern, wenn sie nicht so unmäßig sind, daß der Schuldner, um das Pfand einzulösen zu können, wieder anderwärts Geld aufborgen, oder das Pfand gar verstoßen, und uneingelöst lassen müßte. Ob aber und in wiefern die Kosten für mäßig zu halten sind, muß der Richter nach Vorschrift der L. 25. D. de pign. act.⁵⁾ aus den Umständen

3) *L. 6. Cod. de pignorib.* In summa debiti computabitur etiam id, quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarium munieratarum, vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constituerit. S. Webers Versuche über das Elbirecht. S. 186. ff.

4) *L. 25. D. h. t.* Si servos pigneratos artificiis instruxit creditor, si quidem iam imbutos vel voluntate debitoris, erit actio contraria. S. Westphals Pfandrecht §. 24. Not. 41. S. 66.

5) Ulpian sagt hier: Sicut enim negligere creditorem dolus est culpa, quam praestat, non patitur, ita nec talem efficere rem pigneratam, ut gravis sit debitori ad recuperandam; puta salutem grandem pignori datum ab homine, qui vix tueri potest, nedum excolere, tu acceptum pignori excoluisti sic, ut magni pretii faceres: alioquin non est aequum, aut querere me alios creditores, aut cogi distrahere, quod velim receptum, aut tibi penuria coactum derelinquere. Medie sgitur haec a

ständen beurtheilen, und hier einen Mittelpfad einschlagen, ut neque *delicatus debitor*, neque *onerosus creditor audiatur*, d. i. der Richter darf weder der unbilligen Weigerung des Schuldners nachgeben, wenn dieser nach seinen Vermögensumständen, und salvo pignore dem Gläubiger die verwandten Kosten zu vergüten vermag ⁶⁾; noch dem Gläubiger mit seiner unmäßigen Forderung Gehör geben, wenn dieser das Maas des Kostenaufwandes zur Ungebühr überschritten hat. Das Pfandrecht des Gläubigers erstreckt sich jedoch auf diesen Kostenaufwand nicht ⁷⁾, sondern dem Gläubiger steht deswegen nur eine persönliche Klage gegen den Schuldner zu, und auch diese fällt weg, wenn

E 2.

*Iudice erunt dispicienda, ut neque *delicatus debitor*, neque *onerosus creditor audiatur*.*

6) Der Ausdruck *delicatus* bezeichnet bei den Röckern eben solchen Menschen, qui in negotio, in quo alter sine vicio venatur, morosus, difficilis et fastidiosus est, i. e. qui tantum ex sua parte facere detrectat, quantum debet et potest. SENEGA de Beneficiis Lib. II. cap. 24. CICERO Orator cap. 29. ULPIAN. L. 6. §. 3. D. de offic. Procons. Wenden wir diese Bedeutung auf einen *debitor delicatus* an, so ergiebt sich, daß darunter ein solcher Schuldner zu verstehen sey, qui de restituendia impensis, in pignus factis, conventus, creditori non oneroſo; i. e. qui in faciendis impensis modum non excessit, tantum restituere detrectat, quantum debet, et, salvo pignore, potest. Man vergleiche ERN. MART. CHLADENTI Diff. de debitore delictato in contrario fiduciae iudicio ex mente Ulpiani ad Iudg. D. de pign. act. praefide Andr. Flor. ARVINO def. Vitembergae 1743. §. 13. seqq.: In den Basilicis Tom. IV. pag. 102. in fin. heißt es bloß: Τάς μάτας ταῖνης διγράμας ὀφεῖλει σχορτεῖν ὁ δικαστής; i. e. Iudex igitur sumptus modicos spectare debet.

6) C. Webers angef. Versuche S. 182. ff.

er den Aufwand gegen das Verbot des Schuldners mache⁸⁾). c) Kosten, die bloß voluptatis causa von dem Gläubiger verwendet worden sind, werden aber auf keinen Fall demselben erscheint, sondern ihm steht allenfalls ein zus tollendi zu, soweit eine Trennung ohne Schaden der Hauptsache möglich ist⁹⁾). Endlich VI. wenn über das Vermögen des Schuldners ein Concurs entsteht, so erhält der Gläubiger eine vorzügliche Stelle in der zweyten oder dritten Classe¹⁰⁾.

§. 867.

Pflichten des Pfandgläubigers.

Die Pflichten, welche dem Gläubiger in dem Pfandcontracte obliegen¹¹⁾, bestehen darin, 1. daß er das Pfand mit gehöriger Sorgfalt verwahre, damit es weder beschädigt werde, noch wegkomme, oder sonst zu Grunde gehe. Der Pfandgläubiger haftet daher 1.) für jede Arglist; 2.) für jedes auch noch so geringes Versehen durch schädliche Thätigkeit. Denn hier kann er auch mit der *actio legis Aquiliae* belangt werden¹²⁾), in qua et levissima

8) *L. ad. D. mandati. L. ult. Cod. de negot. gest.* LEYSER Medit. ad Pand. Vol. III. Spec. CLVI. medit. 3. Hufelands Lehrbuch des Civilrechts, 1. B. §. 278. Not. f.

9) *S. exceleste iure pignorum* §. 154. und *Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen*, §. 829.

10) Georg Happel Rechte der Gläubiger in Unschung der Hauptpfänder. Gießen und Darmstadt 1802. 8.

11) Henr. Kluit Diff. de obligatione creditoris in pignore. Lugd. Bat. 1786.

12) *L. 18. S. 1. D. Commodati. L. 7. Cod. de pigner act.*

sima culpa venit, wie Ulpian¹³⁾ sagt. 3) Für Unterlassung der nöthigen Sorgfalt und Aufsicht. Ist die Sache dadurch gänzlich verloren oder zu Grunde gegangen, so ist er für jede Unachtsamkeit verantwortlich, und nur der unabwendliche Zufall besreyt ihn von der Verbindlichkeit zum Schadensersatz. Dazu der Faustpfandgläubiger muß nicht nur dolus und culpa, sondern auch custodia prästieren. L. 19. Cod. de pignoribus sagt: *Sicut viui maioren* pignorum creditor praestare non habet necesse: ita dolum et culpam, sed et *custodiam* exhibere cogitur. Eben dieses bestätigt L. 8. Cod. de pign. act. wo es heißt: *Si nulla culpa seu segnitia creditorim imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinet.* Daß es hier auf keinen bestimmten Grad der Culpa ankomme, wenn das Pfand verloren geht, erhelet ferner aus L. 5. Cod. eodem, wo gesagt wird: *Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidierit, restituere id non cogitur: sed si culpae reus deprehenditur,* — quanti debitoris interest, condemnari debet. Hier steht nun also der Pfandgläubiger eben so, wie der Commodatar, der Pächter, und der Verkäufer, welche die Gesetze gleichfalls zur custodia plena verpflichten, für alle Gefahr, wenn die Sache gestohlen wird, oder sonst durch irgend ein Versehen desselben zu Grunde geht¹⁴⁾. Ulpian sagt ganz bestimmt L. 14. §. 16. *D. de furt.* *Pluto omnibus, quorum periculo res alienas sunt, veluti commodatae,*

item

13) L. 44. D. ad Leg. Aquil. S. den 10. Th. dieses Commentars §. 699.

14) S. Christoph. Lud. CRELL Disp. de custodia et periculo pignoris. Vitemb. 1733.

item locatae, pignorisue nomine acceptae, si haec subreptas sint, omnibus furti actiones competere ¹⁵⁾). Ist hingegen das Pfand durch Vernachlässigung des Gläubigers bloß beschädigt, und dadurch in seinem Werth vermindert worden, so kommt es darauf an, ob der Contract, wie gewöhnlich, zum Vorteil beider Theile geschlossen worden ist; oder, wie zuweilen der Fall seyn kann, bloß dem Gläubiger allein zum Vorteil gereicht. In dem ersten Falle steht der Pfandgläubiger nur für culpa levis, d. h. er hatet nur dann für den Schaden, wenn er durch eine solche Nachlässigkeit geschehen ist, verglichen kein ordentlicher und vorsichtiger Mensch begangen haben würde. Es gehören hierher folgende Stellen,

§. 4. I. Quib. modis re contrah. obligatio. Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia et ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei credatur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam custodiendam exactam diligentiam adhibeat.

L. 5. §. 2. D. Commodati. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in emto, in locato, in dote, in pignore — et dolus et culpa praefstatur.

Dass hier unter der culpa nur die culpa levis und nicht levissima zu verstehen sei, erhellt aus dem Nachsatz: *Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius, cui commodatur; et ideo verior est QUINTI MUCII sententia*

15) Von der custodia plena des Verkäufers redet L. s. 9. 1.
L. 3. D. de periculo et comm. rei venditione.

tentia existimantis, et *culpam praefandam et diligentiam*. Offenbar soll doch wohl *diligentia* hier mehr bedeuten, als *culpa*. Um des *Prefarium* willen konnte auch wohl Ulpian das *Commodat* nicht so ausgezeichnet haben, als bey welchem nur *dolus* und *culpa lata* prässirt wird, da hierüber gar kein Zweifel war. Sicher dachte auch hier Ulpian *libro 28. ad Edictum* an das *Prefarium* nicht, von welchem er *L. 8. §. 3. D. de precario*, *libro 71. ad Edictum* sagt: *Illud adnotatur, quod culpam non praestat, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat; quamquam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpani praestat.* Hier konnte freylich dem römischem Juristen, um das *Commodat* vom *Prefarium* zu unterscheiden, schon die Bemerkung genügen, daß der *Commodatar* *dolus* und *culpa* prässire, der *Beytrag*, er hätte auch für *diligentia*, war hier nicht nöthig, wohl aber dort, wo er *L. 5. §. 3. D. Commodati*, das *Commodat* vom *pignus*, und andern Contracten zu unterscheiden suchte, aus welchen beyde Contrahenten in der Regel gleichen Vortheil ziehen¹⁶⁾. Folgende Stelle aus *Cajus libro 9. ad Edictum* wird aber vollends allen Zweifel heben.

L. 18. pr. D. Commodati. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus exhibet: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit; veluti mor-

16) Herr von Löhr in f. Theorie der Culpa. Giessen 1806.
1. Abschn. S. 46. ff. ist zwar anderer Meinung. Allein man sehe Schmidts Handbuch des Civilrechts 2. V. S. 242. ff. und MAELBLANC Diff. de culpa eiusque speciebus et gradibus. Tübingen 1807. §. 7.

mortes servorum, quae sine dolo et culpa eius accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum, qui custodiri non solent. — — Haec ita, *si duntaxat accipientis gratia comodata fit res.* At si *utriusque*, velut; si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque eius rei curam suscepisses, et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, *ne et culpa praefanda fit:* ut ita culpae fiat aestimatio, *sicut in rebus pignori datis,* et dotalibus *aestimari solet.*

Besonders merkwürdig sind noch folgende Fragmente.

L. 14. D. de pign. act. Ea igitur, *quas diligens patrifamilias in suis rebus praestare solet,* a creditore exiguntur.

L. 23. D. de dip. reg. juris. Contractus quidam *dolum malum* duntaxat recipiunt: quidam et *dolum et culpam*: *dolum taatum*, depositum et precarium: *dolum et culpam*, mandatum, commodatum, venditum, *pignori acceptum*, locatum, item dotis *datio*, tuleiae, negotia gesta, in his quidam et *diligentiam*.

Ein Beispiel von culpa levis giebt *L. 15. D. h. t.* wo Ulpian sagt: *Creditor cum pignus reddit, de dolo debet debitori repromittere: et si praedium fuit pigneratum, et de iure eius repromittendum est, ne forte servitutes, cessante uti creditore, amissae sint.* Hat der Gläubiger Servituten, die dem verpfändeten Grundstück zugestanden, durch unterlassene Ausübung derselben

ben erlöschten lassen; so hat er dadurch das Grundstück deteriorirt, und er hafstet daher für seine Culpa.

Ist hingegen der Pfandcontract bloß zum Vortheil des Gläubigers geschlossen worden, so steht er unbedingt für jedes, auch das geringste Versehen, eben so wie der Commodatar, wenn er allein den Nutzen aus dem Contract zieht. Nur daß dieses beym Commodat der gewöhnliche, beym Pfandcontract aber der ungewöhnliche Fall ist¹⁷⁾. Man rechnet hierher den Fall, wenn sich der Gläubiger, um sein Geld sicher unterzubringen, dem Schuldner aufdrang, da ihm ein anderer Freund ohne Pfandgebung creditiren wollte; oder wenn der Gläubiger dem Schuldner vorher ohne Pfand creditirt hatte, letzter aber nachher von freyen Stücken dem Gläubiger zu mehrerer Sicherheit ein Pfand glebt; oder wenn ein Dritter für den Schuldner das Pfand bestellt: *Solius autem creditoris utilitas tunc vertitur*, sagt Voet¹⁸⁾), *cum non debitor, sed tertius pro debitore, pignus dat: quamvis enim debitoris quoque intersit, pignus dari, dum sine eo forte fidem haud inveniret, tamen, si contractum pignoris spectes, quod iam non inter creditorem et debitorem, sed inter creditorem et tertium pignus dantem intercedit, solius creditoris gratia, non item tertii pignus dantis, et inde pigneratitia exentiuntis, pignus celebratum appetet.* Von diesem Falle will denn nun auch Voet, nach Cuijaz¹⁹⁾, dem auch

Mal-

17) S. Ge. Sam. MADIHN Comment. Creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. Halae Magdeb. 1764.

18) Commentar. ad Pand. h. t. §. 5.

19) Observation. Lib. XIX. cap. 24.

Malblanc²⁰⁾ bestimmt, die so sehr bestrittene L. 13. §. 1. D. h. t. verstehen; wo Ulpian sagt: *Venit autem in hac actione et dolus, et culpa, ut in commodato; venit et custodia; vis maior non venit.* Von jeher hat diese Stelle unsere Ausleger in groÙe Verlegenheit gesetzt, und es sind darüber mancherley Interpretationen sowohl, als fricische Emendationen zum Vorschein gekommen, welche wohl einmal ordentlich zusammengestellt, und etwas genauer, als bisher geschehen ist, geprüft zu werden verdienen. Man kann sie ganz füglich unter zwey Hauptklassen bringen. Die eine Parthen²¹⁾ behauptet, daß unter der *hac actione* gar nicht die *actio pignoratitia directa*, die dem Schuldner nach getilgter Schuld gegen den Pfandgläubiger auf Zurückgabe des Pfandes zusteht, sondern eine ganz andere Klage zu verstehen sey, deren in dem Principium dieses Fragments gedacht wird; nämlich die Reivindication, oder *actio in factum*, welche dort dem Schuldner gegen den Dritten gestattet wird, an dem der Gläubiger das Pfand, ehe er noch dazu befugt war, unter der Bedingung verkaust hatte, dasselbe gegen Entstättung des Kaufgeldes wieder zurückzugeben, wenn der Schuldner nachher noch Zahlung leisten würde. Ohne Zweifel, sagt man, müsse hier der Käufer für culpa levissima haften, da er wissentlich eine fremde verpfändete Sache an sich gekauft habe,

20) Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 497. pag. 350.

21) Abrah. WIELING Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7. Jo. Henr. Christ. ERXLEBEN Princip. de iure pignor. et hypothecar. §. 161. und Höpfler im Commentar über die Heinesc. Institutionen §. 796.

welche der Gläubiger ihm zu verkaufen nicht besugt war. Allein auch davon abgesehen, daß es an sich schon wider-sinnig scheint, in einem Falle, wo eine unerlaubte Handlung den Beklagten für jedes Versehen verantwortlich mache, den Maassstab der zu prästirenden Culpa von dem Commodat herzunehmen, mit welchem doch jener Fall gar nicht die mindeste Aehnlichkeit hat; so leuchtet ja die offensbare Unrichtigkeit dieser Erklärung sofort jedem in die Augen, welcher die L. 13. mit der gleich folgenden L. 14. im Zusammenhange zu lesen sich die Mühe nimmt. Denn hier wird, als Folgerung aus dem vorhergehenden §. 1. der L. 13. ganz deutlich gesagt: *Ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.* Welches Unsinn's müßte man den Thibotian fähig halten, wie Thibaut²²⁾ hier sehr richtig erinnert hat, wenn man annehmen wollte, er habe den §. 1. der L. 13. nicht vom Pfandgläubiger verstanden! Die andere Klasse der Ausleger, und diese zählt die meisten Stimmen, machen diejenigen aus, welche die L. 13. §. 1. cit. von der *actio pigneratitia directa* verstehen, und diese haben denn in so weit zwar allerdings Recht; nur sind sie freylich in der Erklärung des Fragments selbst wieder sehr verschiedener Meinungen. Einige suchen dasselbe ohne alle Emendation mit den übrigen oben angeführten Stellen zu vereinigen, und hier giebt es wieder viererlei Meinungen. Nach der einen²³⁾ wird behauptet, durch die an-

geföhrt

22) Theorie der logischen Auslegung des Röm. Rechts §. 36. S. 156; s. der zweyten Auflage.

23) Barth. chesius Interpretat. iuris Lib. I. cap. 45. nr. 11. crell. in Diss. de custodia et periculo pignoris §. 5.

geführten Worte der L. 13. werde die Regel aufgestellt, daß der Pfandinhabende Gläubiger auch für das geringste Versehen haften müsse. Um über diesen Satz gut keinen Zweifel übrig zu lassen, vergleiche Ulpian nicht nur die Pfandklage in dieser Hinsicht mit der aus dem Lehncodex entstehenden, welche auch auf Ersatz eines jeden nicht rein zufälligen Schadens gehe, sondern füge auch sogar noch in den Worten: *vis maior non venit*, den Gegenseitz hinzzu, daß nur äußere Gewalt, welcher der Pfandgläubiger zu widerstehen nicht im Stande war, zu seiner Entschuldigung hinreichend solle. Gerade das Nämliche werde auch in der oben angeführten Stelle der Institutionen, und L. 19. Cod. de pignoribus gesagt, und so stehe den alles in dem besten Einklange. Allein nach dieser Meinung bleibt ja der Widerspruch zwischen der L. 13. und L. 5. §. 2. auch L. 18. pr. D. Commodati unverkennbar, wo ganz bestimmte gesagt wird, der Pfandgläubiger prässire nur *dolus* und *culpa*, der Commodatar aber nicht nur diese, sondern auch *diligentia*. Nach einer zweyten Meinung, welche, wie bereits oben bemerkt worden ist, Cujaz, Voet und Malbank annehmen, soll die L. 13. §. 1. bloß von dem Falle zu verstehen seyn, wenn der Gläubiger von der Pfandgebung allein den Vortheil hat. Allein wer sollte wohl glauben, daß Ulpian, der hier die Natur der *actio pigneratitia directa* erklären wollte, und sich daher ganz allgemein ausdrückt von einem Falle geredet

RIVINUS Diss. de culpa levissima in pignore a creditore praestanda. Vitemb. 1751. Schiba uit System des Pandectenrechts s. Band. §. 653. und besonders B. W. Pfeiffer vermischt Aufsätze über Gegenstände des Deutschen und Römischen Privatrechtes (Marburg 1803.) S. 89. ff.

der haben sollte, der bey dem Pfandcontract eine eben solche Seltenheit ist, als bey dem Commodat der Fall des beiderseitigen Vortheils? Nach einer dritten Meinung, welche Johann Wilhelm Starkart²⁴⁾ und Franz Schömann²⁵⁾ vertheidigen, wird die von Ulpian zwischen pignus und commodatum in Hinsicht auf dolus und culpa angestellte Vergleichung dadurch gerechtfertigt, daß in beiden Contracten culpa levis praestare werde, für diligentia im eigentlichen Sinn hingegen, welche noch außerdem der Commodator praestire müsse, (L. 5. §. 2. D. commodati) siehe der Pfandschuldiger nicht, wohl aber für custodia; in Ansehung dieser entschuldige ihn nichts, als reiner und unabwendlicher Unglücksfall. *Vix maior non venit. Vim maiorem pignorum creditor praestare non habet necesse.* Diese Erklärung ist allerdings die natürliche, welche auch mit dem Sprachgebrauche der Gesetze, und den übrigen Stellen, welche von diesen Contracten handeln, am besten übereinstimmt. Wie Ulpian hier bey der Bestimmung der Culpa im Pfandcontract auf das Commodat verfiel, läßt sich auch leicht erklären. In dem Edicto perpetuo war unmittelbar vor dem Pfandcontract, vom Commodat die Rede gewesen. Man sieht dies unter andern daraus, weil in des Paulus Sententiis receptis lib. II. auf den Tit. 4. de comodato, gleich Tlt. 5. de pignore folgt. Das aber diese Sententias receptae nach der Ordnung des edicti perpetui abgefaßt waren, hat Anton Schulzing²⁶⁾ ausführlich bewiesen. Es erhebt

24) Probabil. receptar. Lection. iuris civ. (Trajecti ad Rhen. 1737.) pag. 110. seqq.

25) Lehre vom Schadensersatz 1. Th. S. 160. f.

26) Iurisprud. Antejust. pag. 211. seqq.

set dieses auch daraus, weil Ulpian *Libro. 28. ad Edictum* von dem *commodatum* und *pignus* gehandelt hat, wie die Inscription der in den Pandecten daraus entlehnten Fragmenten beweist. Es ist daher die Inscription der *L. 13. D. h. t. ULPIANUS libro 38. ad Edictum* offenbar fehlerhaft; und muß vielmehr *libro 28.* gelesen werden, wie auch Jacob Labittus²⁷⁾ bemerkt hat. Hieraus erflärt sich auch, warum in den Pandecten der Tit. *de pigneratitia actione* auf den Tit. *Commodati* folgt. Die Richtigkeit jener Erklärung ergiebt sich endlich noch insoweit daraus, daß auch an andern Orten Ulpian das *pignus* und *commodatum* in Absicht auf *dolus* und *culpa* einander gleichstellt²⁸⁾. Mit Recht sage daher Anton Faber²⁹⁾: *Quod hic scribitur in pignore, non tantum dolum venire; sed etiam culpam, sicut in commodato, non tollit differentiam, quae est inter pignus et commodatum, quod ad culpam levissimam pertinet.* Endlich nach einer vierten Meinung, welche besonders Samuel von Cocceji³⁰⁾, Georg Sam. Masdihm³¹⁾ und Westphal³²⁾ haben, soll Ulpian in den Worten: *ut in ccommodato*, auf den Unterschied gedeutet haben, der Caius *L. 18. pr. D. Commodati* beym Leibniz³³⁾ so verstanden wird: *ut in ccommodato, ut in pignore*.

27) *Uſus Iudicis Pandectar. Cap. VI. §. 8. in Abr. WIELING, Iurisprud. restit. T. II. pag. 118.*

28) *L. 23. D. de div. reg. iur. L. 18. pr. D. Commodati.*

29) *Rational. in Pand. ad L. 13. §. 1. D. h. t.*

30) *Iur. civ. controv. h. t. Qu. 18.*

31) *Cit. Commentat. Creditorem in pignore media diligentia non semper liberari. Haleæ 1764. pag. 14.*

32) *Pfandrecht §. 21. Not. 50. S. 79.*

contract mache. Es komme nämlich bey dem Pfandcontract eben so, wie bey dem Leihcontract, in Absicht auf die Präfation der Kulpab darauf an, ob die Verpfändung zum Vortheil beider Contractantent, oder bloß um des Gläubiger's willen geschehen sey. In dem ersten Falle stehe der Pfandgläubiger nur für culpa levis; eben so, wie der Commodatar, wenn der Contract nicht bloß ihm, sondern auch dem Verleihher zum Vortheil gereicht; in dem letzten Falle aber müsse der Pfandgläubiger für das gerlingsste Versehen haften, eben so, wie der Commodatar, wenn der Contract, wie gewöhnlich, bloß zu seinem Vortheil gereichte. Ob nun wohl auch diese Erklärung vor jeder Emendation den Vorzug verdient; so behaupten dennoch viele, sowohl ältere als neuere Rechtsgelehrten, daß der Schwierigkeit, ohne eine Änderung vorzunehmen, auf keine Weise abzuholzen sey. Es scheilen sich aber auch hier wieder die Meinungen der Kritiker. Einige wollen statt: *ut in Commodo: venit et custodia: so lesen: AT in commodato venit et custodia.* Gerhard Noodt³³⁾ macht diese Emendation hauptsächlich zu der seinigen; obwohl schon vor ihm Johann Miellius³⁴⁾ eben so emendirte. Gegen den Vorwurf eines Plagiats hat ihn indessen sein Biograph Johann Barbeyrac³⁵⁾ vollkommen gerechtfertiget. Nach dieser Emendation habe nun also Ulpian hier den Unterschied zwischen pignus und commodatum in Absicht auf

33) *Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 4.*

34) *Differenz. feudal. Diff. III. §. ult. lit. k.* Mehrere Nachrichten von diesem Miellius giebt Abr. WIELING in *Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7. Not. **, pag. 24. sq.

35) *Vita Ger. nootii in fin. §. Non possum, Praefationi Operum eius adjecta.*

auf die culpae praestatio angeben wollen, und diesen darin gesetzt, daß der Pfandgläubiger nur für dolus und culpa sc. levis hätte, der Commodator aber nicht bloß diese, sondern auch culpa levissima prästiren müsse. Ob nun gleich diese Noodtische Emendation nicht nur die L. 19. Cod. de pignorib. sondern auch die Auctorität der Basiliiken³⁶⁾ gegen sich hat, und daher mit Recht von Christfried Wächtler³⁷⁾ angegriffen wurde, so suchte dennoch Noodt seine Conjectur noch weiter³⁸⁾ zu bestätigen, und erwarb sich dadurch mehrere Anhänger, welche seine Meinung nicht nur annahmen³⁹⁾, sondern auch ge-

36) Tom. IV. Lib. 25 Tit. 1. pag. 6. Απαιτεῖ δὲ περὶ του ἐνεχόμενου πληγῆ δόλον καὶ ράδημα, ὡς δὲ περὶ τοῦ ἐν χρήσει δοθέντος πληγῆ, καὶ δὲ περὶ Φυλακῆν πληγῆ, i. e. *Actione pignoratitia exigit dolum et negligentiam, sicut actione commodati, et actione de custodia.* Die Uebersetzung der Griechen ist zwar in den letztern Worten ganz unrichtig, wo sie unter der *custodia* das depositum verstecken wollen; man sieht aber doch sofort, daß das *ut*, *ως*, nicht soviel, als *at*, *& λα*, sondern *sicut* heißen soll, wie solches L. 18. pr. D. *Commodati* gebraucht wird. Gáboró t hat hier, statt den griechischen Text zu übersetzen, geradezu die Worte Uspians beibehalten.

37) Notae ad G. NOODTII Probabil. Iur. civ. Lib. I. cap. 4. in Opusc. pag. 202.

38) Probabil. Lib. IV. cap. 3.

39) *Io. Ort. WESTENBERG* Princip. iur. sec. ord. Dig. h. c. §. 29. *Io. Gottl. HEINECCIUS* in Annotation. ad Vinnii Commentar. in §. ult. I. Quid. mod. re contrah. obligat. nr. 5. *Iust. Henn. BOEHMER* Iur. Dig. h. c. §. 6. *Aug. a LEYSER* Meditat. ad Pand. Specim. CLIII. medit. 3. und *Christ. Henr. ECKHARD*, Hermeneut. iuris Lib. I. §. 76. Not. *) pag. 85.

gen die neuern Anfechtungen des Wächters⁴⁰⁾ aus mehren Gründen zu vertheidigen suchten⁴¹⁾. Allein die ihr entgegensstehenden Zweifel sind auf keine befriedigende Art gelöst; sie wurde daher mit Rechte von Huber⁴²⁾, Wiesling⁴³⁾ und Welch⁴⁴⁾ verworfen. Eine andere Conjectur brachte zwar Pagenstecher⁴⁵⁾ zum Vorschein, welcher statt *ut*, durch Gemination *utut* lesen, und dieses durch obgleich übersehen will. Allein dieser Emendation stehen die nämlichen Zweifel, wie der Noodtischen, entgegen. Die meisten neuern Rechtsgelehrten lesen daher die Worte des Textes unabgeändert, und streichen bloß das Unterscheidungszeichen nach den Worten: *ut in commodato*; weg, und lesen: *ut in commodato venit et custodia*. Diese weichen aber wieder in ihren Erklärungen von einander

40) Notae postum. ad Ger. NOÖDTII libr. IV. Probabil. iuris civ. in *Actis Erudit. Lipsiens. Mens. Novembr. Anni 1735.* pag. 514. sqq.

41) DÜCKER in *Observation. Miscell. Batav. Vol. III. Tom. I.* pag. 123. (*ut in RÜTTMANNI Opuscul. iuridic. ex Observat. Miscell. Batav. in unum Volum. collect. Helaæ 1782. 8.* pag. 39. sqq.) und Adrian van DORP in *Diss. ad loca quaedam iuris et alia Observationes. Franequeræ 1760. Cap. 4.* (in *Ger. ÖBLÄICHS Thes. Dissertation, iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. III.* pag. 41.)

42) Eunom. Romæn. ad L. 13. §. 1. D. h. c. pag. 541. sq.

43) Lection. iuris civ. Lib. I. cap. 7.

44) Ad Eckhardi Hermeneuti iur. pag. 86. und in *Introduc. in controvers. iuris civ. pag. 543. Not. **)

45) Adversat. Lib. II. cap. 10.

Glücks Erläut. d. Pand. 14. 20.

ander ab. Einige⁴⁶⁾ kommen darin mit Noodt überein, daß sie glauben, Ulpian habe hier den Unterschied zwischen pignus und commodatum in Absicht auf culpae praestatio angeben wollen. Der Sinn der bestreittenen Stelle sey also der: im Pfandcontract werde dolus und culpa levis, prästirt, gleich wie im Leihcontract, außer dolus und culpa levis, auch levissima prästirt werde, wie die Worte *ut et*, d. i. quemadmodum etiam deutlich genug anzeigen. Allein daß von einem solchen Unterschiede auch nicht eine Spur in dem Fragment zu finden sey, leuchtet in die Augen. Andere⁴⁷⁾ bezlehen daher richtiger die Worte: *venit et custodia*: in Gemäßheit der L. 19. Cod. de pignor. auf die actio pigneratitia. Unter diesen hat Wächeler wohl am besten erklärt, wenn er sagt, Ulpian deute hier auf eine doppelte Pflicht des Pfandgläubigers, a) daß das Pfand bey ihm nicht detriert werde; b) daß es auch nicht bey ihm verloren gehe. Wegen jener stehe er für culpa, sc. levis, wegen dieser aber für custodia, d. i. für culpa levissima. Aus allem ergiebt sich übrigens soviel, daß man nicht nöthig habe, mit Schilter⁴⁸⁾ und Godefrot⁴⁹⁾ einen nicht zu ver-

46) Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 6 und Died. God. LAMPRECHT Commentat. ad L. 13. D. de pign. act. Goettingae 1750. §. 13.

47) Andr. Guil. CRAMER Dispunction. iuris civ. lib. sing. (Suerin et Wismar. 1792. 8) Cap. 13. Not. rrr. pag. 1:8. Christ. Guil. WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. causar. damni praestandi. §. 6. pag. 63. und Christfr. WAECHTLER Opuscul. pag. aoz.

48) Prax. Iur. Rom. Exercitat. XXVI. §. 6.

49) Commentar. in Tit. Pand. de div. regulis iur. ad L. 23. D. cod. pag. 133. in fin.

vereinigenden Dissensus unter den Römischen Juristen in dieser Lehre anzunehmen.

§. 868.

Verbindlichkeit des Pfandgläubigers zum Schadensersatz.

Geht nun das Pfand durch eine solche Causa zu Grunde, für welche der Pfandgläubiger haften muß, so muß er zwar den Schaden, und alles Interesse erszehn; allein er kann auch dasjenige abrechnen, was er selbst an Capital, Zinsen und aufgewandten Kosten zu fordern hat. L. 7. Cod. h. t. sagt: *Creditor, qui fundos et domos pignori vel hypothecae accepit, damnum in deciden- dis arboribus domibusque destruendis ab eo datum, in rationem debiti⁵⁰⁾ deducere cogitur. Et si dojo vel culpa rem suppositam deteriorem fecerit: eo quoque nomine pigneratitia actione tenebitur, ut talem restituat, qualis fuerat tempore obligationis.* Creditor autem necessarios sumtus, quos circa res pigneratias fecit, exigere non prohibetur.

Für die Unglücksfälle darf jedoch der Pfandgläubiger in der Regel nicht haften. Diese muß billig der Verpfändeter allein tragen, da er das Eigentum des Pfandes behält. Ein Anders wäre, wenn der Gläubiger die Unglücksfälle durch Vertrag übernommen hätte. Es gehörten hierher folgende Gesetzestellen.

L. 6. Cod. h. t. *Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerint, (in quibus etiam aggressu-*

§ 2. ra

⁵⁰⁾ Cujacius in Recitat. solemn. in Cod. ad L. 7. h. t. und Westphal im Pfandrecht §. 31. Not. 50. halten das Wort *debiti* für überflüssig, allein dazu ist kein hinlänglicher Grund vorhanden. Die Glossa erklärt die Worte *in rationem debiti* richtig *compensationem debiti*.

ra latronum est) nullo bonaे fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi casu interierint, praestare non compellitur: nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem.

L. 9. Cod. eodem. Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire, in dubium non venit. Cum igitur adseveras in horreis pignora deposita: consequens est, secundum ius perpetuum pignoribus debitori pereuntibus, (si tamen in horreis, quibus et alii solebant publice uti, res depositae sint) personalem actionem debiti reposcendi causa integrum te habere. Sollte jedoch der Unglücksfall durch contractswidrigen Gebräuch des Pfandes veranlaßt worden seyn, oder sollte sich gar der Gläubiger mit Unrecht und gegen den Willen des Schuldners ein Unterpfand an seinen Sachen angemäßt haben, so versteht es sich, daß er auch für den ungefährten Zufall häftet muß, insofern verselbe eine Folge seiner unerlaubten Handlung war. Einen solchen Fall hat Paulus L. 30. D. b. t. Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecunia non solvetetur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit; postea flumen crevit, et ratem abstulit: si invito ratiario retinuisse, eius periculo ratem fuisse, respondit; sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim maiorem.

§. 869.

Verbindlichkeit zur Restitution des Pfandes. Lex commissoria.

Der Gläubiger ist II: das Pfand, dessen Besitz er erhalten hat, in Natur zurückzugeben schuldig, sobald die Schuld getilgt ist. Er muß nur vollkommen befriedigt

seyn.

seyn⁵¹). Ist dieses geschehen, so kann ihn von seiner Verbindlichkeit nichts befreien, als wenn er klar beweist, daß ihm das Eigenthum des Pfandes selbst zustehe, weil damit die Gültigkeit des Pfandcontracts nicht bestehen kann⁵²). Dahingegen kommt dem Gläubiger die Einrede, daß das Pfand nicht dem Schuldner, sondern einem Dritten zugehöre, nicht zu statten. Denn diese betrifft die Rechte eines Dritten, wodurch keiner der Contrahenten sich besugt halten darf, die gegenseitigen Forderungen aus dem Contract abzulehnen. Überdem ist bekannt, daß der Pfandcontract sich nicht auf eigenhümliche Sachen des Schuldners beschränkt, sondern auch in Ansehung fremder Sachen wenigstens unter den contrahirenden Theilen seine rechtlichen Wirkungen behauptet⁵³). Daher versagen die Gesetze auch sogar dem Diebe und Räuber die Klage aus dem Pfandcontracte nicht, wenn die Schuld getilgt ist, weil sie für die Sache haften müssen⁵⁴). Eben so wenig kann auch der commissorische Vertrag den Gläubiger gegen die Verbindlichkeit schützen, das Pfand nach getilgter Schuld zurückzugeben. Man versteht unter dem commissorischen Vertrage⁵⁵) überhaupt eine solche Ver-

51) L. 9. §. 3. D. h. t.

52) L. 45. D. de div. reg. iuris. Neque pignus, neque depositum, neque emtio, neque locatio rei suae consisteret potest. S. Webers Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Eintreden 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 87. ff.

53) L. 9. §. 4. D. h. t.

54) L. 22. §. 2. D. eodem.

55) Gartfr. a IENA Diss. de lego commissoria. Francof. 1656. 4. Mart. Gottl. PAULI Diss. ciusd. arg. Vitemb. 1763. und Ge. Frid. KRAUZ Diss. de eod. arg. Ibid. 1766.

abredung, wodurch bey Schleßung eines Contractis festge-
setzt wird, daß derjenige Theil seines Rechts aus dem Con-
tract verlustig seyn solle, welcher seiner Verbindlichkeit
nicht zur bestimmten Zeit nachkommen würde. Bekanntlich
geht das Recht eines Contrahenten der Regel nach darum
noch nicht gleich verloren, weil er zur bestimmten Zeit sei-
ner Verbindlichkeit kein Genüge geleistet hat ¹⁶⁾). Wenn also

56) In dem römischen Recht wird dieser Vertrag *Lex commissoria* genannt. Das Wort *Lex* wird also hier für *pactum* ge-
nommen. Es kann aber auch eine gewisse Bestimmung an-
deuten, unter welcher sich Jemand zu diesem oder jenem an-
heischig macht, wie Weber in den Versuchen über das Civil-
recht S. 359. ganz richtig bemerkt. Der bekannte Satz *pacta
dant legem contractui*, rechtfertigt diese Erklärung vollkom-
men. So sagt ferner *L. 60. D. de contrah. emt. vend.* Lege
venditionis comprehensum erat. Was aber die Bedeutung des
Worts *committere* anbetrifft, so sind deshalb die Ausleger nicht
einerley Meinung. *Hug. DONELLUS* in Commentar. iuris
civ. Lib. XVI. cap. 19. erklärt dieses Wort so; rem alte-
rius arbitrio et potestati subiicere, ut sit eius electio, utrum
contractum irritum facere, an valere velit sua lege contemta.
Andere z. B. *FRANTZKE* in Comment. ad Pand. Lib. XVIII.
Tit. 3. §. 2. und *MENCKEN* in Diff. de lege commissoria iure
reprobata §. 1 nr. 2. erklären es durch *amittere*, *perdere*. Al-
lein *COMMITTERE* heißt hier eigentlich sopiael, als etwas bege-
ben oder gegen ein Gesetz handeln, welches den Verlust eines
Rechts drohet. *S. BRISSONIUS* de Verbor. Signif. voc. Com-
mittere. *COMMISSUM* wird daher dasjenige genannt, dessen sich
Jemand durch pflichtwidrige Handlungen dergestalt verlustig
gemacht hat, daß das verwirkte Recht dadurch an einen An-
bern fällt, wie aus dem Tit. de publicanis, vectigalibus atque
commissis erschellt. *S. Ios. FINESTRES* in Hermogeniano. ad
L. 7. D. de lege commiss. pag. 454. In dem Canonischen
Recht

also z. B. ein Käufer das Kaufgeld nicht in dem bestimmten Termin bezahlt hat, so ist deshalb der Verkäufer nicht gleich berechtigt, auf die Aufhebung des Contracts zu klagen. Der Verkäufer bleibt immer noch an den einmal geschlossenen Handel gebunden, und kann gegen den Käufer nur auf die Erfüllung des Contracts klagen. Gesezt aber, die Contrahenten hätten die Verabredung getroffen, daß wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zur bestimmten Zeit berichtigen würde, der Contract sodann nicht weiter gelten solle, so sagt man, der Kauf sey sub lege commissoria geschlossen⁵⁷). Wendet man dieses auf Verpfändungen an, so wird unter *Lex commissoria in pignore* derjenige Vertrag verstanden, wodurch ausbedungen wird, daß das Pfand, im Falle die Schuld nicht zur bestimmten Zeit wieder bezahlt werden würde, verfallen seyn, und dem Gläubiger, ohne weiteren Verkauf, für die schuldige Summe eigenthümlich verbleiben solle⁵⁸). In den Gesetzen der Pandecten geschieht dies

Recht kommt der Ausdruck *pactum legis commissoriae* vor. Cap. 7. X. de pignorib. Ant. FABER De errorib. Pragmaticor. Decad. XXI. Err. 1. Ev. OTTO in Praefat. ad Tom. I. Thes. iuris Rom pag. 31. und WISSENBACH in Exercitat. ad Pand. Disput. XXXIV. Th. 16. erklären ihn geradezu für ungereimt, ebea so als wenn man sagen wollte, *pactum pacti commissorii*. Allein CUJACIUS in Comment. ad Tit. Cod. de pactis pignor. und CORN. VAN BYNKERSHOEK in libro sing. ad L. Lecta 40. D. de reb. credit. cap. 11. pag. 92. haben die Ehre des Pabbles zu retten gesucht. Sagt doch auch KR. ALEXANDER L. 4. Cod. de pactis inter emt. et vendit. commissoriae venditionis legem exercere.

^{57) L. 1. 2. et 4. D. de lege commissoria.}

^{58) Von dem commissorischen Vertrage bei Verpfändungen handeln ANT. FABER de Errorib. Pragmaticor. Decad}

dieses Vertrags bey Verpfändungen nirgends Erwähnung. Denn der bekannte Titel in den Pandecten de lege commissoria (XVIII. 3.) handelt blos von dem commissoris schen Vertrage beym Kaufcontract. Dass indessen dieser Vertrag ehemals auch bey Verpfändungen für erlaubt gehalten worden, und auch sogar bey Hypotheken üblich gewesen sey, lehrt eine Stelle des Cicero⁵⁹), in welcher von hypo-

cad. XXI. Err. 1 — 5. Casp. SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum, Lib. III. Tract. 13. Qu. 1 — 4. Iac. MAEATERTIUS Tr. de lege commissoria in pignoribus. Lugd. Batav. 1639. Io. Guil. ENGELBRECHT Diff. de lege commissoria contractui pignoratitio illicite, et emtioni venditioni aliisque contractibus licite adjecta. Helmstadii 1729. Io. Guil. van MUSSCHENBROECK Spec. iurid. inaug. de lege commissoria in pignore. Lugd. Batav. 1752. (in Ger. OELRICHs Thes. novo Diff. iuridicar. Belgicar. Vol. I. Tom. II. Nr. X. pag. 633. sqq.) Ad. Diet. Webers kurze Erörterung der Frage: Wie weit erstreckt sich eigentlich bey Verpfändungen das Verbot der Lex commissoria? In Derselben Versuchen über das Civilrecht Nr. V. S. 351. ff. (auch in des D. Koppe Niedersächsischem Archiv für Jurisprudenz u. Litteratur I. B. 3. St. Nr. 14. S. 160. ff.) und Otto Kudw. von Eichmann rechl. Anmerkungen von der Uebereinstimmung und Verschiedenheit einiger Rechte in Ansehung der L. commissoria, wenn etwas verpfändet wird; (in Derselben Sammlung kleiner Abhandlungen. Nr. XIX.) die irrigen Ideen des Euja; und Anton Gabers von der L. commissoria bey Verpfändungen, welche behaupten, sie sey zum Besten des Schuldners dem alten contractus fiduciae hinzugesfügt worden, hat Westphal im Pfandrecht S. 260. Not. 292, S. 379. ausführlich widerlegt. Man sehe auch Fras. Car. CONRADI de pacto fiduciae Exercit. I. §. 20.

⁵⁹⁾ Epistol. famil. Lib. XIII. Epist. 56. Philotes Alabandensia *πτερογήνας Cluvio dedit. Hae commissae sunt. Cures velim,*

hypothecis commissis die Rede ist, die wegen ausgeblichener Bezahlung der Schuld an den Gläubiger verfallen waren, und zu deren Ueberlassung daher der Schuldner von dem Proprätor, an welchen deshalb Cicero schrieb, angehalten werden sollte. Weil jedoch dieser Vertrag wegen der Härte und Habsucht der Gläubiger für die Schuldner sehr nachtheilig war, so ist derselbe, um alle unbillige Bedrückungen und Vervortheilungen, denen sie von Seiten der Gläubiger ausgesetzt waren, in Zukunft zu verhindern, in dem neuern römischen Recht gänzlich verboten worden. Merkwürdig ist deshalb die Verordnung des Kaisers Constantius des Großen, L. 3. Cod. de pactis pignorum ut de lege commissoria in pignoribus rescindenda vom Jahre 326, oder eigentlich 320, ⁶⁰), worüber Jac. Gochofres

dus

ut de hypothecis decedat, ensque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat. Philotes hatte seinem Gläubiger Cluvius Hypothek unter der Bedingung gegeben, daß dieselbe, wenn die Schuld zur bestimmten Zeit nicht abgetragen werden würde, dem Gläubiger für die Schuld eigenthümlich verbleiben solle. Da der Schuldner am Zahlungstage nicht erschienen war, so war die Bedingung eingetreten, und die Hypothek an den Gläubiger verfallen. Cluvius bestand in dessen nicht auf die Strenge des Vertrags, sondern wollte davon abstehen, wenn ihm noch die Schuld bezahlt würde. Daher kommt hier die Alternative, ihm entweder die Hypothek eigenthümlich einzuräumen, oder die Schuld zu bezahlen, S. MUSCHENBROECK cit. Diff. Cap. 2. pag. 652.

60) In dem Justinianischen Codex lautet die Unterschrift zwar: *Datum 2. Calendar. Februar. Sardicae CONSTANTINO A. 7. et CONSTANTIO C. Coss. 326.* Allein richtiger im Theodosianischen Codex Lib. III. Tit. 2. Tom. I. pag. 290. der Ritterschen Ausgabe so; *Dat. pridie Calendar. Febr. Sardicae*

dus⁶¹⁾ mit der ihm eigenen Gelehrsamkeit commentirt hat. Quoniam inter alias captiones, so lauten die Worte, *praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas; placet infirmari eam, et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit, et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare⁶²⁾, quod dederunt.* Vermöge dieser Verordnung sollen also die Gläubiger des sich angemaßten Eigenthums des Pfandes, jedoch nicht des Pfandrechts selbst, verlustig seyn, und sich dem Verlangen der Schuldner auf keine Weise widersezen, wenn diese, gegen Bezahlung der Hauptschuld samt Zinsen und Kosten, das Pfand wieder einlösen wollen. Es ergiebt sich hieraus nicht nur, worin das Wesen des commissorischen Vertrags bey Verpfändungen besteht⁶³⁾; sondern

CONSTANTINO A. VI. et CONSTANTIO Caef. Coss. 320. C.
Jac. GOTHOFREDI Chronologia Codicis Theodosiani Tom. I.
pag. XVIII, und van MUSSCHENBROECK Dissert. cit. Cap. 3.
pag. 665. sqq.

61) Cod. Theod. Lib. III. Tit. 2 de commissoria rescindenda.
Tom. I. pag. 290. sqq.

62) Im Theodosianischen Codex wird hier der schlichtere Ausdruck *recipere* gebraucht.

63) Zur mehreren Bestärkung können auch hier die Basilien Tom. IV. pag. 82. dienen, wo das Wesentliche der L. 3. Cod. de pact. pign. in folgenden Worten zusammengefaßt ist: Εὰν ἔπιη δανειστῆς, ὅτι εἰ μὴ καταβληθέντη μοι τὸ χρέος εὐτὸς γοδὲ τὴ χρόνου, δεσπότης ἔσομαι τὴ ἐγεχόου, τέτο τὸ σύμφωνον αυτοχυρον ἔστω. i. e. Si creditor pactus fuerit,

hern es ist auch zugleich daraus klar zu ersehen, daß dieser Vertrag vor Constantinus dem Großen noch nicht verboten gewesen, sondern vielmehr bei Verpfändungen sehr gewöhnlich gewesen sei. Zwar wollen dennoch einige⁶⁴⁾ das Gegenteil aus L. i. Cod. eodem erwiesen, wo der Kaiser Alexander presribiert: *Qui pactus est: Nisi intra certum tempus pecuniam, quam mutuam accepit, solveret, cessum se creditoribus, hypothecae venditionem non contraxit, sed id comprehendit, quod iure suo creditor in adipiscendo pignore habiturus erat.* Communi itaque iure creditor hypothecam vendere debet. Allein hier ist nicht vom commissorischen Vertrage die Rede, sondern es wird dort blos der Streit über den Sinn und die Absicht eines Vertrags entschieden, welcher den Verkauf des Pfandes betrifft⁶⁵⁾, wie Godefroi⁶⁶⁾

und

ut si ad diem pecunia soluta non sit, pignus ei adquiratur, pactum iustum et ratum non est.

64) de IENA de lege commissoria §. 15. STRUV Synt. iur. civ. Exercit XXVI, §. 7. Allein man sehe van MUSSCHENBROECK cit. Diff. Cap. 2. pag 647. sqq. und LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLVIII. medit. 1.

65) Noch deutlicher erhellet dieses aus den Basilicis Tom. IV, pag. 82. wo die L. i. so übersetzt ist: Εὰν συμφωνησῃ τις πρὸς τὸν δανειστὴν, ὅτι εἰ μὴ καταβαλῇ ἐντὸς τούτου τῷ χρόνῳ, παραχωρεῖ τὰς υποθήκας, ὃν δοκεῖ πιπράσκειν αὐτῷ, ἀλλὰ τὸ κατὰ πάγτων δίκαιον διδόναι αὐτῷ, τοῦτο ἔστι τὸ ἐξεῖναι πιπράσκειν αὐτῷ. i. e. Si quis cum creditore pactus sit, ut pecunia ad diem certam non soluta pignus cedat creditori, non videtur ipsi vendere, sed adversus omnes ius ipsi concedere, hoc est, facultatem distrahendi pignoris.

66) Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissoria rescind. Tom. I. pag. 293. der Ritter. Ausgabe.

und Muschenbröt⁶⁷⁾) ausführlich gezeigt haben⁶⁸⁾). Der commissorische Vertrag ist nun also bei Verpfändungen schlechterdings verboten und für ungültig erklärt. Es ist auch kein Unterschied, er mag gleich anfangs bei Eingehung des Pfandcontracts, oder erst in der Folge geschlossen worden seyn, weil die Notz eines Schuldners, der nicht Zahlung leisten kann, eben so gut, als die Verlegenheit dessen, der erst Geld aufnehmen will, Veranlassung zur Eingehung eines so nachtheiligen Vertrags werden kann, das Gesetz aber durchaus nicht will, daß die Gläubiger sich die Verlegenheit der Schuldner zu Nutze machen sollen, um sie um das Ihrige zu bringen⁶⁹⁾). Es entstehe aber

67) Cfr. Diff. Cap. 2. pag. 658. sq.

68) Man vergleiche noch RAGUELLI Commentar. ad rescripta Alexandri Severi ad L. 1. Cod. de pact. pign. und HOTOMANN. Observation. Lib. X. cap. 10.

69) S. voET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 25. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 3. Cod. de pactis pignor. nr. 8. WALCH Introduc. in controv. iuris civ. pag. 542. und Westphals Pfandrecht §. 260. Not. 292. S. 378. Andere Ansichten haben ANT. FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. XXI. Err. 2. VLAHOV de pignorib. Lib. I. Cap. 16. nr. 4. und Thibaut im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 649. Allein die L. 13. Cod. de pignorib. steht unserer Meinung nicht entgegen. Das Gesetz sagt nur, daß der Schuldner, wenn er das Pfand verkaufen will, solches dem Gläubiger an Zahlungsstatt überlassen könne, welches auch durch mehrere andere Gesetze bestätigt wird. L. 12. D. de distract. pignor. L. 20. §. ult. L. 34. D. de pign. act. L. 7. §. 6. D. de donat. int. vir. et uxor. L. 10. Cod. de distract. pignor. S. Ant. SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 284. not. 14. und Westphals Pfandrecht §. 194. Not. 215. S. 289.

aber hier die Frage, ob nicht der commissorische Vertrag den Verpfändungen dadurch gültig werde, wenn er mittelst Eides bekräftigt worden? Die Rechtsgelehrten sind darüber sehr verschiedener Meinung. Einige⁷⁰⁾ glauben, daß nach dem Canonischen Rechte die Frage zu bejahen, und nur der Fall auszunehmen sei, wenn der Schuldner, um seinem ehdlichen Versprechen nachzukommen, zwar alle Anstalt zur Einführung des Pfandes getroffen hatte, dennoch aber ohne seine Schuld das Geld nicht zur rechten Zeit in die Hände des Gläubigers gekommen ist. Bloß auf diesen Fall gehe das cap. 7. X. de pignorib. worin es heißt: Significante Rotberto, cive Pisano nobis innotuit, quod, cum domum suam G. Pisano civi pro CCL. libris pignori obligasset, ac promisisset praestito iuramento, quod, nisi domum ipsam statuto termino recolligeret (i. e. redimeret), creditorem ulterius super eo minime molestaret; et intra statutum tempus per certum et fidelem nuntium, prout ei videbatur, creditori pecuniam numeratam remisit, quam idem nuntius infideliter agens, sicut ei iniuratum fuerat, non persolvit: et postmodum idem R. ab Imperatore detentus, multa pericula sustinuit, et labores, nec dicto G. satisfacere potuit, ut debuit. (Nunc per Dei gratiam libertati pristinae restitutus,

para-

70) BRUNNEMANN Commentar. ad L. 3. C. de pact. pignor. nr. 11. SCHLEIERMACHER Diff. de pacto commissorio in pignore. Gieffae 1702. §. 20. Frid. BEHMERI novum ius controversum Tom. II. Obs. 137. Reinhard BACHOVIVS de pignorib. et hypothecis Lib. I. cap. 16. und Adolph Dietl. Bebers systemat. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 122. Not. 3. S. 540. f.

paratus est pecuniam reddere creditori: licet ipse profsus recusaret recipere, quia ei non fuerit statuto termino persoluta.) *Cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum; et praedictus R. quantum in eo fuit, iuramenti debitum adimpleverit; cum per eum, quem certum nuntium esse sperabat, pecuniam remiserit termino statuto, sed, dum fuit in captione detentus, satisfacere non potuit creditori, mandamus, quatenus, si est ita, praedictum creditorem, ut sorte sua contentus existat, pensionibus praefati pignoris computatis in eam, et domum illam praefato R. omni dilatione postposita, resignet, pacto tali vel iuramento nequaquam obstante, censura ecclesiastica cogatis.* Allein es ist hier nicht aus der Ache zu lassen, daß der Papst Innocenz III. in dessen von Baluze herausgegebenen Briefen Lib. I. Epist. 33. diese Decretale noch ganz befindlich ist, zwey Entscheidungsgründe anführt, von welchen der obenan steht, daß der commissorische Vertrag gesetzlich verboten ist; - der andere aber, daß der Schuldner sich auch keines Verzugs schuldig gemacht habe, nur zur mehreren bestärkung der päpstlichen Entscheidung ist hingefügt worden. Sollte nun auch der letztere Grund nicht in jedem Falle für den Schuldner sprechen, so folgt doch daraus noch nicht, daß nun auch die päpstliche Verordnung selbst nicht anwendlich sey, weil ja der erste Grund, welchen das Gesetz als den Hauptgrund anführt, noch immer vollgültig bleibt. Denn es ist bekannt, daß wenn ein Gesetz auf mehreren Gründen zugleich beruhet, und auch einer dieser Gründe wegfällt, das Gesetz dennoch durch die übrigen eben so seine Gültigkeit behält, als wenn diese Gründe anfangs nur allein vorhanden gewesen wären, wie Thibaut

baut⁷¹⁾ durch mehrere Beispiele ganz einleuchtend gezeigt hat. Mit Recht halten daher andere Rechtsgelehrten⁷²⁾ den commissorischen Vertrag bey Verpfändungen in Gemäßheit des angeführten Textes für ungültig, wenn er auch durch einen Eid bekräftigt worden wäre. Zwar wollen einige⁷³⁾ noch einen Unterschied gemacht wissen, ob unter dem commissorischen Vertrage ein unerlaubter Zinswucher verborgen sey, oder nicht. Nur in dem ersten Falle soll der Vertrag auch selbst nach dem Canonischen Rechte des Eides ungeachtet unverbindlich seyn, in dem letztern aber soll er wegen des hinzugekommenen Eides gelten. Allein da sich nicht wohl annehmen lässt, daß gerade um des unerlaubten Zinswuchers willen der commissorische Vertrag von den Gesetzen verboten worden sey, so lässt sich von diesem Unterschiede um so weniger ein Gebrauch machen, als auch das Canonische Recht dazu keine Veranlassung giebt. Daß das Verbot des commissorischen Vertrages auch noch heutzutage vollkommene Gültigkeit habe, lässt sich auf keine Weise bezweifeln, da nicht nur die ältern

Deut-

71) Theorie der logischen Auslösung §. 25. S. 108.

72) Ant. MERENDA Controversiar. iuris Lib. I. cap. 3.

Iust. Henn. BOEHMER Iur. Eccles. Protestant. Lib. II. Tit. 24.

§. 25. Ant. FABER de Errorib. pragmaticor. Decad. XXI.

Err. 8. STRYK Us. Mod. Pand. h. t. §. 9. MALBLANC Doctr.

de iure iurando. §. 118. pag. 511. Not. 176. *de SELCHOW Elem.*

iuris germ. §. 458. Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte

2. Th. §. 212. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 5. Band Medit 288. und Danz Hand-

buch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 221. S. 350.

73) ERXLEBEN Princip. de pignorib. et hypoth. §. 118.

deutschen Gesetze⁷⁴), sondern auch die neuern Gesetzgebungen⁷⁵) dasselbe bestätigt haben. Von dem commissorischen Vertrage ist jedoch die Verabredung zu unterscheiden, daß dem Gläubiger die verpfändete Sache im Falle nicht gehörig erfolgten Zahlung für einen vereinst zu bestimmenden billigen Preis käuflich verbleiben solle. Eine solche Verabredung zu treffen, ist in den Gesetzen nirgends verboten, vielmehr wird sie als ein bedingter Kauf ausdrücklich erlaubt. Matcian sagt L. 16. §. ult. D. de pignor. *Potest ita fieri pignoris datio, hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emitoris possideat rem, iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim*

74) R. Policey-Ordn. vom J. 1577. Tit. 20. §. 5. „Und diemal man in Erfahrung kommt, daß die Juden mit den Christen sondere Geding machen, da die eingesezte Pfänd in benannter Zeit nicht gelöst würden, daß also dannu dieselbige ihnen verfallen seyn sollten. Wenn aber dasselbig den Rechten zuwider, so ordnen wir, daß solche Geding verboten, und nichtig seyn sollen ic.“

75) Code Napoléon Art. 2078. *Toute clause, qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle.* S. Jac. von Malaville Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, übersetzt von Blanchard 4. Band S. 166. und Brauers Erläuterungen über den Code Napoleón. 4. Band. S. 92. ff. Außerdem noch das allgem. Preußische Landrecht 1. Th. 20. Tit. §. 33. Württembergisches Landrecht 2. Th. 7. Th. S. 24 d. w. Krieb. Griesingers Commentar 1. Band S. 445. ff. Mehrere Beispiele führt Christ. Gottl. Riccius in Problem. iuris germ. *Num pactum commissorium circa pignora in Germanorum foro — rursus sit invehendum et approbandum?* Iende 1743. 4. §. 18.

enim casu videtur quodammodo conditionalis esse venditio: et ita DIVUS SEVERUS et ANTONINUS rescriperunt. Man wendet zwar ein, daß auch diese Verabredung unläugbar als eine Gattung des commissorischen Vertrags anzusehen, und daher unter dem allgemeinen Verboce der L. 3. Cod. de pactis pignor. begriffen sey, welcher das Gesetz der Pandecten auf jeden Fall weisen müsse ⁷⁶⁾). Allein dann müßte man ja die Verfasser der Pandecten der größten Unachtsamkeit und Pflichtvergessenheit beschuldigen, daß sie Fragmente aus den Schriften der Rechtsglehrten, welche den commissorischen Vertrag begünstigen, in die Pandecten aufzunehmen, und hierdurch das Andenken eines Vertrags zu erneuern kein Bedenken getragen hätten, welches die Verordnung des Kaisers Constantinus, die sie doch gewiß schon dem ersten Codex des Kaisers Justinian einverleibt hatten, gänzlich verfügt wissen wollte. Sodann aber ist noch die Frage, ob die gegenwärtige Verabredung wirklich für eine Art des commissorischen Vertrags zu halten sey? woran sich mit Grund zweifeln läßt, wenn man erwäge, daß das Wesen des commissorischen Vertrags eigentlich darin besteht, wenn sich der Schuldner dem Gläubiger verbindlich macht, daß ihm, wosfern die Schuld nicht zu bestimmten Zeit bezahlt werden würde, das Pfand, ohne weiteren Kauf, für die schuldige Summe eigenhümlich verbleiben solle. Dieses ist nun aber bei der Verabredung, wovon die L. 16. cit. redet, der Fall aer nicht, indem hier der Gläubiger das Pfand vermöge eines neuen Contracts um einen durch billige

76) E. Weber's angeführte Abhandlung §. 7. et 8. In Derselben Versuchen S. 365. ss.

Glücks Erläut. d. Pand. 14. Th.

billige Ware zu bestimmenden Preis erhält, wobei also die Besorgniß einer Vervortheilung gar nicht entstehen kann. Die meisten Rechtsgelehrten ⁷⁷⁾) unterscheiden daher mit Rechte diese Verabredung von dem commissorischen Vertrage, und halten sie auch noch jetzt für erlaubt. Eben dieses Unterschiedes wegen, soll, wie Wissenbach ⁷⁸⁾ behauptet, und auch schon Bachov ⁷⁹⁾ vermutete, denen Huber ⁸⁰⁾ ebenfalls beypflichtet, Tribonian die Worte: *iusto pretio tunc aestimandam* beigefügt haben, weil zu

Mar-

⁷⁷⁾ S. Franc. BALDUINUS de pignoribus cap. 17. Iac. GOTHOFREDUS in Comm. ad L. un. Cod. Theod. de commissoria resc. Tom. I. pag. 293. sq. Reinh. BACHOVIVS de pignorib. Lib. I. cap. 16. nr. 9. Hubert. GIPHANIUS Explanat. difficillor. LL. Cod. ad L. ult. de pact. pignor. T. II. pag. 401. Ulr. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 15. Ger. NOODT Comm. ad Dig. Lib. XVIII. Tit. 1. Operum. T. II pag. 389. Io. Ortwin. WESTENBERG Princip. iuris sec. ord. Pand. Lib. XX. Tit. 1. §. 32. Guil. BEST Ratio emendandi leges. Cap XXI §. 5. et 6. van MUSSCHENBROECK cit. Specim. de lege commissoria in pignore Cap. 2. pag. 657. Io. Bern. Ernst. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. Lib. XIII. Tit. 7. Qu. 10. not. f. Westphal im Pfandrecht §. 194. Iul. Frid. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. § 571. Christ. Aug. GÜNTHER Princip. iuris Rom. priv. noviss. T. II § 684. THIBAUT Syst. des P. R. T. II. §. 649. und Christ. Gottl. Gmelin von Auffägen über Verträge, insonderheit von Schuld- und Pfandbeschreibung. §. 64. S. 131. f.

⁷⁸⁾ Emblemata Triboniani. Cap. IV. init. pag. 46. edit. Halens. 1736. 8.

⁷⁹⁾ Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 16. nr. 9 pag. 81.

⁸⁰⁾ Eunomia Rom. Lib. XX. ad L. 19. §. ult. D. de pign. et hypoth.

Marcians Zeiten der commissorische Vertrag auch bei Verpfändungen noch unbedingt gültig war. Dieses wäre denn ein neues Argument, die mehr gedachte Verabcedung von dem Verbote des commissorischen Vertrages auszunehmen. Es hält indessen Johann Wybo⁸¹⁾ ein solches Emblema anzunehmen nicht einmal für nöthig, weil der Unterschied schon an sich einleuchtet, überdem auch die Entscheidung durch ein Rescript der Kaiser Sever und Antonin bestärkt wird. Ob aber der Vertrag auch dann gültig sey, wenn ausbedungen worden, daß das Pfand dem Gläubiger für einen schon jetzt, zur Zeit des Vertrags, bestimmten Preis auf den Fall verkauft seyn solle, da der Schuldner nicht zur gesuchten Zeit Zahlung leisten würde, ist streitiger. Einige⁸²⁾ erklären denselben, dem commissorischen Vertrage gleich, für schlechterdings ungültig. Allein ist der in dem Vertrage bestimmte Preis so billig, daß der Schuldner nichts dabei verliert; so läßt sich gegen die Gültigkeit desselben mit Grund nichts einwenden⁸³⁾. Der Grund des Gesetzes ist auch hier noch treffender, als in jenem Falle, da der Preis erst bestimmt werden soll, wenn die Bedingung eintritt. Denn hier ist wirklich ein bedingter Kauf geschlossen worden. Dort konnte nur

G 2

gesagt

81) De Triboniano ab Emblematisbus Wissenbachii liberato. Cap. IV. 5. 1. pag. 283 edit. Halens.

82) HUBER Praelect. 20 vnd. Lib. XX. Tit. 1. §. 15. WERNHER Observat. for Tomi. III. p. 22 Obs. 62.

83) LEYSER Meditat. ad Pfand. Specim. CLVIII. cur. 1. Bestoff phals Pfandrecht § 194. Mot. 216 a. Gmelin von Aufsäzen über Verträge § 63. S. 130. Thibaut System des P. R. 2. B. §. 649. a. E.

gesagt werden: *videtur QUODAMmodo conditionalis esse venditio*, weil es noch an der Beslimmung des Preises fehlte, welche zu einem eigentlichen Kaufcontract erforderlich ist. *Wilhelm Best*⁸⁴⁾ hat daher diese Stelle sehr gut erläutert, wenn er sagt: *Sed quid sibi vult istud quodammodo? Soliusne modestiae est particula, non vero necessitatis? Imo necessitatis. Indicat enim illa vox, hoc pactum proprie non esse conditionalem venditionem.* Eiusque rei ratio non est valde abscura. Conventio illa appellatur *venditio quodammodo conditionalis*, quia per omnia venditioni sub conditione factae non est similis; cum, quia pretii certi non est promissio, quod tamen requiritur, ut emtio omnibus suis numeris constet⁸⁵⁾; tum quia hic alius contractus, pigneratitius nempe, praecedit, et intentio utriusque non tam in eo est, ut venditio contrahatur, quam ut debitum solvatur, et restituatur pignus⁸⁶⁾). Movit itaque Ictum, et Imperatores, ut hoc pactum confirmarent, novus emtionis contractus, qui huic pacto inhaeret, et ex postfacto, si perficiatur, omnem metum fraudis excludit. Noch ist zu bemerken, daß auch in der Praxis für die Gültigkeit des Vertrags, vermöge welchen der Gläubiger, bey ausbleibender Bezahlung der Schuld, das Pfand für einen jetzt oder vereinst zu bestimmenden Preis käuflich behalten solle, häufig gesprochen worden ist⁸⁷⁾)

Aus

84) *Ratio emendandi Leges Cap. XXI. §. 6.*

85) §. 1. *I. de contrah. emt. L. 7. §. 1. D. eod.* —

86) *cvg. L. 80. fin. D. de con... emt. L. 12. D. ad SCium Macedon. L. 50. s. 2. D. pro socio.*

87) *G. Io. Ulr. de CRAMER Observ. iuris univ. Tom. I. Obi. 434.*

LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 11. und Ernst

Gerd.

Aus gleichen Gründen ist von dem Verbo des commissorischen Vertrags diejenige Verabredung auszunehmen, vermöge welcher ausgemacht wird, daß das Pfand dem für den säumigen Schuldner zahlenden Bürgen um einen billigen Preis künftlich verbleiben solle. Von diesem Vertrage, als einem erlaubten bedingten Kaufe, handelt *L. ult. D. de contrah. emt. vendit.* wo Scavola sagt: *Titius, cum mutuos acciperet tot aureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fideiussorem Lucium, cui promisit, intra triennium proximum se eum liberaturum, quod si id non fecerit die supra scripta, et solverit debitum fideiussor creditor i, iussit praedia⁸⁸⁾ emta esse, quaer creditoribus⁸⁹⁾ obligaverat: Quaero, cum non sit liberatus Lucius fideiussor a Titio, an, si solverit creditor i, emta haberet supra scripta praedia?* Respondit⁹⁰⁾, *si non ut in causam obligationis, sed ut emta habeat, sub conditione emtio facta est⁹¹⁾ et contractam esse obligationem.* Der Fall, den hier Scavola entscheidet, war eigentlich folgender. Ein Schuldner hatte seinem Gläubiger nicht

nut

Ferd. Kleins Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten 18. Band S. 266. ff.

88) *Guil. BEST Ratio emendandi Leges Cap. 21. §. 10.* glaubt, daß hier das Wort ei noch einzuschalten sei, scil. *Lucio fideiussori.*

89) *Haloander* liest hier *creditori*, allein *Guil. BEST c. l.* besser *creditori suo.*

90) Statt *Respondit*, lesen *Haloander* und *Gaudoza* besser *Respondi*, womit auch der Erlanger Codex übereinstimmt.

91) Statt *facta est*, et will *Guil. BEST c. l. pag. 310.* lieber *facta esset* lesen. Eben so *Brentmann* in dem Gebauerischen Corpus iuris ad h. L.

nur Grundstücke zum Pfande, sondern auch zugleich einer Bürgen zur Sicherheit gegeben. Dem Bürgen hatte er jedoch versprochen, daß er binnen einer bestimmten Zeit von der Bürgschaft wieder frey gemacht werden sollte; auf den Fall aber, da er sein Versprechen nicht erfüllen, und der Bürge für den Schuldner bezahlt haben würde, war verabredet worden, daß die dem Gläubiger verpfändeten Grundstücke dem Bürgen käuflich zufallen sollten. Nun hielt der Schuldner sein Wort nicht, der Bürge aber hatte für denselben bezahlt. Es fragte sich also, ob der Bürge den auf diesen Fall bedungenen Kauf geltend machen könne? Scavola entscheidet, der Vertrag sey gültig, wenn die Meinung der Interessenten sey, daß der Bürge auf den bedungenen Fall die verpfändeten Grundstücke für einen billigen Preis käuflich erhalten solle; ungültig hingegen, wenn die Absicht der Interessenten dahin gehe, daß der Bürge die Hypothek bloß für dasjenige, was er dem Gläubiger für den Schuldner bezahlt hat, zum Eigenthum bekommen solle. Ganz richtig. Denn in dem letztern Falle ist der commissarische Vertrag unverkennbar. Daß hier nicht dem Gläubiger selbst, sondern einem Dritten das Pfand zufällt, macht keinen Unterschied. Wie leicht könnte sonst das gesetzliche Verbot durch Einverständniß mit dem Bürgen vereitelt werden? Ueberdem wird ja auch der Bürge, welcher für den Schuldner bezahlt hat, desselben Gläubiger. Daß er aber doch ein neuer Gläubiger sey, wie Anton Saber⁹²⁾ hier einwenden will, entscheidet hier eben so wenig, als das Vorurtheil, daß der Bürge mehr, als der Gläubiger, zu begünstigen sey. Allein in dem ersten Falle gilt der Vertrag

90) Rational. in Pand. ad L, ult. pr, D. de contrah. E. V,

trag als ein bedingter Kauf, und hier ist es denn ganz gleichgültig, ob er mit dem Gläubiger selbst oder mit dem Bürger geschlossen wird, weil der Schuldner dabei keinen Schaden leidet, indem aus dem Werthe der Sache die Schuld berichtigt, und der Überschuss an den Schuldner herausgezahlt wird. So erklären diese Stelle Franz Baldrian⁹³), Jacob Gothofredus⁹⁴), Hubert Gasparinus⁹⁵), Johann Voet⁹⁶), Wilhelm Best⁹⁷), und Johann Wilhelm van Muschenbroek⁹⁸). Ist diese Erklärung richtig, worüber wohl kein gegründeter Zweifel entstehen kann, so hat Scavola hier den Unterschied des Vertrags, über dessen Gültigkeit er entschied, von dem commissorischen deutlich genug dargelegt, und es ist daher offenbar unrichtig, wenn man jene Verabredung unter das Verbot des letztern Vertrages ziehen, und behaupten will, daß das Gesetz der Pandecten durch die *L. ult. Cod. de pactis pignorum* sey ausgehoben worden⁹⁹).

§. 870.

93) *De pignorib et hypoth. cap. 17. in fin.*

94) *Commentar. ad L. un. Cod. Theodos. de commissor. rescind.*
Tom. I. pag. 291.

95) *Explanat. difficilior. et celebrior. Legum Codicis Libr. VIII.*
ad L. 3. de pactis pignorum pag. 399.

96) *Commentar. ad Pand. Lib. XX. Tit. 1, §. 25. in fine.*

97) *Ratio emendandi LL cap. XXI. §. 7 — 12. pag. 306. sqq.*

98) *Cit. Specim. de lge commiss. in pignore Cap. II. in Ger.*
OELRICHs Thes. nov. Disserrt. Belgic. Vol. I. T. II. p. 656. sq.

99) Hierin stimmen auch Westphal im Pfandrecht §. 260.
Mot. 292. nr. 3. §. 379. f. *de cocceji in iure civ. controv.*
h. c. Qu. 16. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. f. und Thiseau im System des Pandectenrechts 2. Th. §. 649. a. E. ein.

§. 870.

Vom antichretischen Vertrage.

Zu den Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers gehört ferner III. daß, wenn das Pfand eine fruchtragende Sache ist, derselbe wegen der sowohl gezogenen als vernachlässigten Früchte Rechnung ablege¹⁰⁰⁾). Diese Verbindlichkeit fällt jedoch weg, wenn dem Pfandcontract der antichretische Vertrag ist angehängt worden. Es wird darunter derjenige Vertrag verstanden, wodurch dem Gläubiger die Benutzung der verpfändeten Sache dergestalt ist eingeräumt worden, daß er die Früchte, statt der ihm gebührenden Zinsen, jährlich genießen soll¹⁰¹⁾). Die Benennung

100) L. 1. L. 3. Cod. h. t.

101) Es sind hier folgende Schriften zu bemerken. *Wolfg. Ad. LAUTERBACH Disquisit. de iure antichresis. Tübingerae 1654.* *Henr. cocceji Disput. de antichresi. Heidelbergae 1678.* (*in eius Exercitat. Vol. I. nr. 29.*) *Io. Phil. STREIT Diss. de antichresi Erford. 1706.* *Io. Guil. MAN Diss. de pacto antichretico. Ultrajecti 1709.* *Hug. Franc. HUNOLD Diss de pacto pignoris antichretico. Erfordiae 1721.* *Conr. Wilh. STRECKER Diss. de pacto antichretico. Erf. 1726.* *Henr. BROKES Diss. de antichresi, quatenus est usurarie pravitatis involucrum, cautelis eliminanda. Vitembergae 1734.* *Ern. Io. Frid. MANTZEL Positiones inaug. de limitibus contractus antichretici. Rostochii 1738.* *Aug. a LEYSEN de pgnore antichretico, in eius Meditat. ad Pand. Specim. CLVI.* *Hier. Frid. SCHORCH Pr. de usu pignoris a debitore loco asurarum concessio. Erf. 1748.* *Christ. Fried. Lönné von Küttichau Jurist. mathemat. Untersuchung der Lehre vom nutzbaren Unterpfand; (in Dasselben vermischten jurid. mathematischen Abhandlungen. Altona 1769. 8.) Nr. I. God. Dan. HOFFMANN ICtus mathematicus et in specie analysta circa antichresin. Tüb.*

nung selbst stammt aus dem Griechischen her. Man ist indessen noch nicht einig, ob man sie von dem Worte $\chi\epsilon\tau\sigma\alpha\iota$, welches soviel, als *utendum dare*, heißt, oder von $\chi\epsilon\eta\sigma\theta\alpha\iota$, *utendum accipere*, seu *uti*, ableiten soll ²⁾). Soviel ist gewiß, daß das Wort: *antichresis* der Etymologie nach soviel als *mutuus usus*, Gegennutzung, heißt; und wird theils für den Vertrag genommen, wodurch ein gegenseitiger Gebrauch verschiedener Sachen unter den Parteien bedungen worden ist, theils für das durch einen solchen Vertrag erworbene Gebrauchsrecht, theils für den Gegenstand desselben oder die Sache selbst, welche mittelst eines solchen Vertrags dem Andern eingeräumt worden ist. Dieser Vertrag ist zwar bey dem Pfandcontract am gewöhnlichsten, aber doch demselben nicht so eigen, daß er nicht auch bey andern Geschäften geschlossen werden könnte. Denn die Natur der Antichryse besteht nicht darin, daß der Gläubiger Sicherheit erhalten, sondern daß er die Früchte einer Sache statt der Zinsen genießen solle. Sie kann daher auch ohne die Verpfändung der Sache gedacht werden, und bey allen und jeden Contracten, sowohl benannten als unbenannten, Statt haben, in welchen sich die Contrahenten den gegenseitigen Gebrauch verschiedener

Sach

1767. Sam. Reinh. WEBER Tract. iurid. mathemat. de pacto antichretico. Goettingae 1772. Garlieb HANKER Diss. de vera indole et natura Antichreseos. Giessae 1783. und Georg H a p p e l die Rechte der Gläubiger in Unschung der Faustpfänder, und antichretischen Versägen besonders bey ausgebrochtem Concurre. Gießen u. Darmstadt 1802. 8.

a) G. Claud. SALMASIUS Tr. de modo usurarum cap. 14. Arn. VINNIUS Select. iuris Quaestio. Lib. II. cap. 7. Ger. NOODT Observation. Lib. II. cap. 9.

Sachen ausbedingen³). Die Beispiele, welche wir in den Gesetzen⁴) von einer solchen Antichresis finden, wobey keine Verpfändung geschehen ist, seien dieses außer Zweifel. Viele⁵) behaupten zwar dennoch mit Cujaz⁶) das Gegentheil, welcher lehrt; *αὐτίχρησις est species pignoris ita dati, ut donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur fruatur in vicem usurarum.* Allein wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß die Gesetze gewöhnlich bey dem Pfandcontract der Antichrese gedenken⁷), und daher den Genuß der Früchte des Pfandes statt der Zinsen mit diesem Namen im eigentlichen Sinn bezeichnen⁸); so läßt sich doch deswegen eben so wenig behaupten, die antichresis sei eine Art des Pfandes oder Pfandcontracts, - als man sagen kann, der commissorische Vertrag sei eine Art des

3) S. Henr. cocceji Diff. cit. de antichresi. §. 3 — 6. und Io. Iac. Kress Commentat. ad L. 8. D. in quib. causa pignus vel hyp. tacite contrahitur. Lipsiae 1811. pag. 12. sqq.

4) L 6 Cod. Quod cum eo, qui in aliena potest. L. 14. Cod. de usuris.

5) Janus a COSTA in Comm. ad §. 7. I. de action. Frid. Es. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 169. Westphal Pfandrecht §. 66. Mot. 89. S. 125. HANKER in Diff. de vera indole et natura antichresecos §. 4. u. a. m.

6) Observation. Lib. III. cap. 25.

7) Daher handelte der Röm. Jurist MARCIAN in seinem libro singulari ad formulam hypothecariam auch von der Antichresis, wie aus L. 33. D. de pigneratit. actione erhellet.

8) In den Schriften der Basiliken heißt es Tom. IV. p. 30. *Αὐτίχρησις ἔστιν, ὅτε τῇ ὑποθεμένῃ ἀγρῷ τας καπ-ποὺς ἀντὶ τόκων διαλαμβάνω. i. e. ANTICHERESIS est, cum quis fundi pignerati fructus in vicem usurarum percipit.*

des Kaufcontracts. Die Stellen des Römischen Rechts, welche von der antichresis handeln, werden uns die Natur derselben näher kennen lehren. Es gehören hierher folgende,

1) *L. 33, D. h. t.* Si pecuniam debitor solverit, potest pignoratitia actione uti ad recuperandam αὐτὴν, χρησιν, nam cum pignus sit, hoc verbo poterit uti.

Es ist hier von einem solchen Falle die Rede, wo der antichretische Vertrag dem Pfandcontract war bengesetzt worden, und der Schuldner, nach getilgter Schuld, das antichretische Pfand zurückverlangte. Das Wort *antichresis* wird also hier für eine solche Sache genommen, welche dem Gläubiger sub pacto antichretico verpfändet worden ist. Verweigerte hier der Gläubiger die Zurückgabe derselben, so war ohne Zweifel die *actio pignoratitia* gegründet. Die Worte: *hoc verbo poterit uti*, heißen also hier soviel, als *hac formula*, oder *hac actione poterit uti*⁹⁾. Der Grund der Entscheidung wird darin gesucht, weil hier ein Pfandcontract geschlossen worden sei. Dies ist unstreitig der Sinn der Worte: *cum pignus sit*, welche *Salmasius*¹⁰⁾ ohne allen Grund für ein Glossem hält.

2) *L. 11.*

9) Die Bedeutung des Worts: *Verbum* für *formula* seu *actio* kommt auch an andern Orten vor. *L. 4. §. 2. D. de vulgaritate et pupill. substitut.* *L. 35. Cod. de inoff. testam.* *L. 2. Cod. de bonis vacantib.* *S. Barn. BRISSONIUS de Verborum Significatio. voc. Verbum.* und *Weßphals Pfandrecht* §. 66. Mot. 89. *S. 125.*

10) loc. cit. Auch die Basilioten Tom. IV. pag. 12. haben η ἀντιχρησις εὐέχει ποτι.

2) L. 11. §. 1. D. de pignorib. et hypoth. Si ei. τιχενσις¹¹⁾ facta sit, et in fundum, aut in aedes aliquis inducatur, eousque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur; cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque: itaque si amiserit possessionem, solet in factum actione uti.

Das Wort *antichresis* wird hier, wie Noodt¹²⁾ gegen Salmastius ganz richtig bemerkt, für den antichretischen Vertrag genommen. Dieser war hier ohne Verständigung der Sache eingegangen worden. Nach dem Vertrage sollte nun zwar der Gläubiger den Besitz des Grundstücks solange statt eines Pfandes inne behalten, bis das Kapital wieder bezahlt seyn würde, und die Früchte statt der Zinsen genießen, dennoch aber hatte derselbe den Besitz der Sache schon früher verloren. Es fragte sich also, welche Klage dem Gläubiger zustehé, um deshalb Entschädigung zu erhalten? Marcian entscheidet für die *actio in factum*. Diejenigen Rechtsgelehrten,

wel-

11) Die Vulgata liest hier: *id est, mutuus pignoris usus pro credito.* Allein diese Worte fehlen in der Florentinischen Handschrift der Pandecten, und auch in den Basiliken Tom. IV. pag. 34. stehen sie nicht. In unserem Erlanger Codex liest man sie auch nicht. Nicht ohne Grund hält sie daher LAUTERBACH in Diss. de iure antichreos Th. 2. für ein Glossem. Lächerlich ist es übrigens, wenn die Glossatoren aus Unwissenheit der griechischen Sprache statt αντιχρησις, antiphona gelesen haben wollen, welches, wie schon ANDR. ALCIATUS Dispunction. Lib. II. cap. 3. bemerkt, hier gar keinen Sinn hat.

12) Observation. Lib. II. c. 9.

welche sich einbilden, eine Antichrysis sey ohne ein Pfandrecht gar nicht denkbar, gerathen bey dieser Entscheidung in nicht geringe Verlegenheit. Cujaz¹³⁾ meint zwar der Schwierigkeit dadurch am leichtesten abzuheben, daß er mit Azo sagt, die actio in factum, deren hier Erwähnung geschieht, schließe die hypothekarische Klage nicht aus. Ihm stimmt auch Westphal¹⁴⁾ bei, welcher sogar glaubt, die hier angegebene actio in factum sey in effectu keine andere, als die hypothekarische Klage. Allein dagegen erinnerte schon Reinhard Bachov¹⁵⁾ nicht ohne Grund, daß bey Verpfändungen der actio in factum sonst nirgends gedacht werde, und daß es dem Römischen Juristen ein Leichtes gewesen wäre, die hypothekarische Klage zu nennen, wenn er geglaubt hätte, daß sie in diesem Falle Statt finde. Vielleicht, meint er, liege der Grund, warum der Römische Jurist hier nur eine persönliche Klage gestattet, darin, weil der Gläubiger durch die Antichrysis, tanquam ex personali obligatione, nur das Recht erwirbt, die Früchte der Sache zu genießen. Er getrauet sich indessen nicht, hierin Etwas mit Gewißheit zu behaupten. Mit mehrerer Kühnheit sucht Gerhard Vloodt¹⁶⁾ den Knoten aufzulösen. Er nimmt zur Emendation des Textes seine Zuflucht, und liest statt in factum actione, *hac actione*, worunter er dann die hypothekarische Klage versteht, von welcher der Titel der Pandecten handelt, unter den Marcians

13) Lib. III. Observation. cap. 35. in fin.

14) Pfandrecht §. 66. Mot. 89. S. 125.

15) Tr. de pignoribus et hypothec. Lib. III. cap. 19. nr. 2.
pag. 234.

16) Observation. Lib. II. cap. 9.

cians Fragment gestellt ist. Allein mit Recht haben diese eben so gewaltsame, als unethige Entendation Joh. Iesius¹⁷⁾, Fried. Esaias von Pufendorf¹⁸⁾, Pothier¹⁹⁾ und Westphal²⁰⁾ verworfen. Nicht nur die Basiliken²¹⁾ streiten für die Richtigkeit des Textes, in welchen die letzten Worte unsers Fragments so übersetzt sind: Καὶ επίπτων τῆς νόμης περὶ τοῦ πράγματος ἀγωγὴν κινέει; sondern auch die Natur des antichretischen Vertrags, welcher an sich kein Pfandrecht giebt, macht die Behbehaltung der Leseart nothwendig, deren Aenderung überdem die genaue Uebereinstimmung aller Handschriften und Ausgaben der Pandecten verbietet. Auch der Scholiast der Basiliken²²⁾ gedenkt der *actio in factum* namenlich, und giebt zugleich den Grund an, warum die hypothekarische Klage nicht Statt haben könne. Er sage nämlich: Οὐ τὴν Σερβιανήν, ἀλλὰ τὴν τὸ Φάντουμ. οὐ γάρ ἐνέχυρόν εστὶ κυρίως, ἀλλὰ πίγνορις λόγο τὴν ἀντίχρησιν ἔχει. i. e. Non Serviana, sed *in factum*: non enim proprio pignus est, sed pignoris loco antichresin habet. Daß in dem Text von keinem antichretischen Unterpfande die Rede sei, geben übrigens die Worte: eosque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, so deutlich zu

verga

17) Strictur. ad Rom. iuris Pandectas L. II. §. 1. D. de pignori. pag. 140.

18) Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 169.

19) Pandectae Iustiniani. Tom. I. Lib. XX. Tit. 1. Nr. XXV. not. d. pag. 561.

20) Pfandrecht §. 66. Not. 89. S. 125.

21) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 11. §. 1. pag. 34.

22) Tom. IV. pag. 49. Schol. 1.

verstehen, daß man sich billig wundern muß, wie der große Noodt auf eine solche ganz unpassende Emendation habe verfallen können. Weit scharfsinniger urtheilt Ulrich Züber²³⁾), dessen Worte hier einen Platz verdienen. *Mihi sic videtur*, sagt er, *pignus et antichresis esse duas res distinctas, et ex earum conjunctione nasci pignus antichresticum.* Ex hoc *hypothecariam actionem* dari, non est ratio dubitandi. Sed in hoc §. I. *antichresis solam creditor accepisse proponitur*, hoc est, *conventio, qua covenit, ut creditor usurarum loco tertii praedii fructus percipiat*, est celebrata, nihil amplius. *De iure pignoris* nihil est dictum, et tamen sine speciali de pignore conventione non constituitur expressum pignus: etsi, quando creditori praedium conceditur ad fructus in vicem usurae inde percipiendos, ea res *loco pignoris* sit. Verum sine conventione de pignore non potest, inquam, *actio hypothecaria* nasci; ideoque *personalis in factum* duntaxat, non contra tertium, sed adversus debitorem, qui illam conventionem debito principali adjecit, datur. *De pignoris iure constituto* nihil hic est proditum. Nam quod attinet ad verba, *mutuum pignoris usus*, illa non sunt MARCIANI, sed Interpretis, graecam vocem *αντιχρησίας* interpretantis: quae tamen nihil, quam *mutuum usum* denotat. Mit Züber stimmt auch Peter von Greve²⁴⁾ überein, wenn er sagt: „*Antichresis* differt a pignore, nam si, cui antichresis con-

cessa

23) Eunomia Romana Libr. XX. ad L. II. §. I. D. de pignorib. §. 2. pag. 726. sq.

24) Exercitat. ad Pandectar. loca difficiliora Exerc. XV. Th. II. pag. 373.

cessa est, amiserit possessionem, non habet actionem hypothecariam, sed utitur *actione in factum*. Wäre in dem Falle, wovon *Marcian* spricht, wirklich eine Verpfändung geschehen, und, ohne dieselbe, wie man gewöhnlich lehrt, ein antichretischer Vertrag nicht denkbar, so wäre unbegreiflich, warum dem Gläubiger, im Falle des verlorenen Besitzes, nicht eben so gut die *actio pignoratitia contraria* gegen den Schuldner zustehen sollte, als sich dieser, nach getilgter Schuld, der *actio pignoratitia directa* gegen den Gläubiger bedienen kann. Eben dieses erinnert auch *Eimund Merillius*²⁵⁾ gegen die gemeine Lehre der Rechtsgelehrten ganz richtig, nur kann ich ihm darin nicht beypflichten, wenn er unter der *actio in factum*, eine *actio praetoria* verstehen will, *quae datur deficientibus aliis actionibus*. Warum sollte hier nicht die *actio in factum praescriptis verbis* statt finden? Der Schuldner hatte ja dem Gläubiger dafür, daß er ihm den Gebrauch eines Kapitals gestattete, den Besitz eines Grundstücks eingeräumt, um die Früchte, statt der Zinsen, zu genießen. Es war also kein bloßes Darlehn, sondern ein unbenannter Contract geschlossen worden, welchen *Marcian* *avtixgenos* nennt. Daß hier von einer in einem solchen Falle gewöhnlichen Klage, und also von der *actio praescriptis verbis*, die Rede sey, beweisen auch die Worte: *solet in factum actione uti*. Hierdurch widerlegt sich zugleich die Meinung des *Heinrich Coccejii*²⁶⁾, welcher *Marcians* Fragment von einem solchen Falle verstehen will, wo der antichretische Vertrag *ex intervallo*

dem

25) Observation. Lib. VIII. cap. 23. in fin.

26) Diss. de antichresi. Th. 8.

dem Pfandcontract war behgesügt worden, und darin den Grund seßt, warum hier die *actio pignoratitia contraria* nicht Statt gefunden habe. Die L. 39. D. h. t. worauf er sich beruft, gehöre gar nicht hierher. Denn es ist dort von keinem antichretischen Vertrage die Rede. Dem Gläubiger war der Genuß des verpfändeten Grundstücks, nicht der Zinsen wegen, sondern um sich wegen des Kapitals dadurch bezahlt zu machen, eingeräumt worden. Von einer Klage war auch hier die Frage nicht²⁷⁾:

3) *L. 6. Cód. Quod cum eo, qui in aliena potestate. Si servus tuus sine permisso tuo, accepta pecunia mutua, in usurarum vicem habitandi facultatem creditori concessit: nullo iure adversarius tuus hospitium ex hac causa sibi vindicat: cum te servi factum non obligaverit, et ingrediens rem tuam, contra vim eius, auctoritate competentis iudicis protegeris.*

Auch in diesem Falle war der antichretische Vertrag ohne Verpfändung der Sache geschlossen worden, und es wäre gegen die Gültigkeit desselben nichts einzuwenden gewesen, wenn ihn nur der Slave nicht ohne Erlaubniß seines Herrn geschlossen hätte, wie aus der folgenden Gesetzesstelle erhelle.

4) *L. 14. Cod. de usuris. Si ex pactione uxori tua mutuam pecuniam dedit, ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usq; est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quaestionem, quasi plus domus redigeret, si locaretur, quam usura.*

27) Wen sehe über die L. 39. h. t. Westphals Pfandrecht S. 15. Not. 29. S. 42. f.

usurarum legitimatum ratio colligit, minime oportet. Licet enim ubiiore forte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur.

Ohne Zweifel ist zwar hier von einem antichretischen Vertrag, aber von keiner Verpfändung die Rede. Von einer antichretischen Verpfändung hingegen spricht folgende Gesetzstelle:

5) L. 17. Cod. Iudiciorum. Si te lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtenu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum proveniū rescindi placita non possunt.

Aus den angeführten Gesetzstellen ergeben sich nun folgende Wahrheiten.

I. Der antichretische Vertrag kann nicht nur dem Pfandcontract, als Nebenvertrag, beygefügt, sondern auch, ohne Verpfändung der Sache, nach Art eines unbenannten Contraces eingegangen werden. In dem letzten Falle ist es ein *contratus do ut facias*, nicht *do ut des*, wie Heintich Coccej²⁸⁾ ganz richtig bemerkt, dem auch Gottfr. Dan. Hoffmann²⁹⁾ bestimmt. Denn das Wort *dare* drückt in der Sprache des röm. Rechts eine Uebertragung des Eigenthums aus³⁰⁾. Allein hier ist von einer bloßen Einräumung des Besitzes und Gebrauchs

28) Diff. cit. de antichresi Th. 3.

29) Diff. sub tit. Iureconsultus mathematicus et in specie analysta circa antichresin et interusurium. Tübingerae 1767. Sect. I. §. 11.

30) §. 14. I. de actionib.

brauchs einer Sache die Rede. Solche Geschäfte qualifizieren sich zu keiner *datio*, sondern bloß zur *traditio*, und diese wird zum *factum* gerechnet ³¹⁾). Die hieraus entstehende Klage ist, wie uns *Marcian* ³²⁾ oben lehrte, die *actio in factum praescriptis verbis*, welche, als eine *actio bonae fidei*, auf alles geht, was die Willigkeit erfordert, und also auch auf Leistung des Interesse, wenn etwa die antichretisch eingeräumte Sache evincit wird. Ist die Schuld bezahlt, so findet nicht, wie *Zoffmann* ³³⁾ behauptet, die *condictio sine causa* statt, weil hier dem Schuldner sein Eigentumsrecht unverändert bleibt ³⁴⁾; sondern die *rei vindicatio*, oder die *actio in rem publiciana*. Ist hingegen der antichretische Vertrag dem Pfandcontract beigefügt worden, so ist die aus dem Pfandcontract entstehende *actio pigneratitia* begründet, wie uns ebenfalls *Marcian* lehrte ³⁵⁾).

II. Der antichretische Vertrag setzt immer eine ausdrückliche Verabredung voraus. Viele ³⁶⁾ behaupten zwar

§ 2 mit

31) *L. 28. D. de verbor. obligat. S. 10. van NECK Diss. ad L. ult. D. de condict. cauf. data. Cap. a.* (in *GER. OELRICHS Thej. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. II. T. II. p. 393. sqq.*)

32) *L. 11. §. 1. D. de pign. et hyp.*

33) *Cit. loco.*

34) Man sehe den Tit. *de condictione sine causa* §. 836. im 13. Th. dieses Commentars *S. 183. ff.*

35) *L. 33. D. h. t.*

36) *VOERT Comm. ad Pand. h. t. §. 23. GER. NOODT 27. de foenore et usuris Lib. II. cap. o. IO. FRID. BISCHNAART Diss. rationem computationis fructuum ex pacto antichretico perceptor. sist.* (in *Opusc. Nr. XV.*) Sect. L. §. a. *Iof. MAR. SCHNEIDER*

mit Cuias³⁷⁾); daß dieser Vertrag auch durch eine still schweigende Uebereinunft geschlossen werden könne; welche nämlich in dem Falle anzunehmen sey, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine fruchttragende Sache zum Unter pfande eingeräumt hat, ohne wegen der Früchte eine besondere Verabredung zu treffen. Man beruft sich deshalb auf die bereits oben vorgekommene L. 8. *D. in quib. caus. pignus* wo Paulus sagt: Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere. Allein daß hier von keiner antichresis tacita die Rede sey, ergiebt sich, wie schon längst Bachov³⁸⁾, Vinnius³⁹⁾ und Samuel von Coccejt⁴⁰⁾ gezeigt haben, daraus ganz offenbar, daß nach dem angeführten Gesetz der Gläubiger nur so viel von den Früchten, als das Maas der gesetzlichen Zinsen beträge, zurück behalten kann, die übrigen aber auf das Kapital abrechnen muß; dagegen das Wesen der Antichresis darin besteht, daß der Gläubiger sich blos wegen der Zinsen durch die Früchte entschädigen soll, ohne daß das Kapital dadurch getilgt wird⁴¹⁾). Dort muß da-

her
SCHNEIDER Specim. arithmeticæ sublimior. et politicae ad materiam de usuris, antichresi, interusilio et redditibus annuis applicatae. Wirsburgi 1784. Cap. 3. §. 64. Conr. WILHELM STRECKER Diss. de pacto antichretico, §. 14. sqq. u. a. m.

37) Observation. Lib. VIII. cap. 17.

38) Tr. de pignor. et hypoth. Lib. I. cap. 14. nr. 3. et. 4...

39) Select. juris Quaest. Lib. II. cap. 7.

40) Iur. cr. controv. h. t. Qu. +

41) S. Ha poel gracie der Gläubiger in Ansehung der Graust pfänder. 4. Abschn. S. 230. ff. und HANKER Diss. de Vera indeole et natura antichrefoeos. §. 8.

her der Gläubiger wegen der Früchte Rechnung ablegen, und auch die vernachlässigten Früchte werben ihm angerechnet⁴²⁾; diese Berechnung fällt hingegen bei dem antichretischen Vertrage weg⁴³⁾, weil hier der Gläubiger wegen des ungewissen Ertrags der Früchte nicht an die Größe der gesetzmäßigen Zinsen gebunden ist; wie in der oben angeführten Stelle, L. 17. C. de Usuris, der Kr. Philipp prescrivit; und da er die Jahresfrüchte statt der Zinsen, ohne Berechnung derselben behält, so kann auch keine Frage davon seyn, wie viel an Früchten hätte geerntet werden können; weil hier dem Gläubiger, der blos um seines eigenen Vorteils willen die Früchte zieht, keine Culpa zur Last gelegt werden kann, deren Wirkung bekanntlich nur die fructus percipiendi sind.⁴⁴⁾

III. Da das Wesen des antichretischen Vertrags darin besteht, daß der Gläubiger die sämtlichen Früchte der Sache ohne alle Berechnung behalten, und sie auf die Zinsen seines Kapitals rechnen soll; so darf damit die Verabredung nicht verwechselt werden, vermöge welcher nämlich der Gläubiger nur besugt seyn sollte, von den Früchten der verpfändeten Sache soviel zu behalten, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen, den Ueberschuß aber entweder auf das Kapital abrechnen; oder dem Schuldner jährlich herausgeben soll. Ein Beyispiel von einer solchen Verabredung führt Papinian an, wenn er L. I.

§. 3.

42) L. 1. a. et 3. Cod. h t. L. 2. Cod. de partu pignoris et omni causa. L. 1. Cod. de distract. pignor.

43) S. Io. Wilh. ENGELBRECHT Dis^t de creditore antichretico ad fructus percipiendos non obligato. Heimst. 1724. §. 7. sqq.

44) §. 2. I. de officio iudicis.

§. 3. *D. de pignor. et hyp.* sagt. *Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae*⁴⁵⁾, quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit: cum, ad diem minore foenore non soluto, *legitimae maiores usurae* stipulanti recti permitti potuerunt. Daß hier keine wahre Antichresis vorhanden sey, hat mit Cuijaz auch Westphal⁴⁶⁾ ganz richtig bemerkt, und daß auch bey dieser Verabredung der Gläubiger Rechnung ablegen müsse, versteht sich⁴⁷⁾. Ein gleiches gilt in dem Falle, wovon die Novelle 120. Cap. 4. handelt, wo es heißt: *Si contingat, ut quaedam ex dictis venerabilibus domibus ad fiscalia tributa, vel aliam quamcunque necessitatem venerabili domui incidentem, pecunia indigeat; liceat administratoribus earum rem immobilem obligare, et speciali pignori dare, ut creditor eam rem possideat, et fru-*

45) In den *Basiliken* T. IV. pag. 12. heißt es μέχρι τῆς υπίου τόκου. Es war also in dem Falle des Gesetzes das Maximum der gesetzmäßigen Zinsen, folglich *usura centesima*, ausgebungen, wenn der Schuldner nicht zur bestimmten Zeit die stipulierten geringeren Zinsen bezahlen würde. Diese centesima pars sortis in singulos menses wird auch vorzüglich *usura legitima* genannt. L. 9. §. 1. *D. de usuris* L. 8. C. Si certum petat. S. ROTHIER Pandectae Iustinian. T. I. Tit. de Usuris Nr. XXI. not. 8. et Nr. XXIX. pag. 623. NOODT de foeno-re et usuris Lib. II. cap. 3. van BYNCKERSHOEK Observat. iur. Rom. Lib. VI. cap. 19. Der griechische Scholast der *Basiliken* T. IV. pag. 48. erklärt die Worte *legitimas usurae* durch τῆς ἡμενατοστικου, i. e. semifinalis.

46) Pfandrecht §. 64. Not. 87.

47) S. HANKER cit. Diff. §. 5.

fructus eius colligat, sibi quo partim in ipsam pecuniam creditam, partim in usuras, quarta parte centesimae non maiores, imputet. Si debitum solvant, qui venerabili domui praefuerunt; vel ex fructibus creditoris satisfiat: res ad venerabilem domum, a qua data est, rursus redeat.

IV. Aus allem ergiebt sich also soviel, daß, wenn eine wahre Antichresis Statt haben soll, nicht nur Zinsen versprochen, sondern auch ausdrücklich verabredet worden seyn müsse, daß der Gläubiger statt derselben die Früchte der Sache genießen und behalten solle. Sind daher entweder gar keine Zinsen versprochen, oder es ist wegen der Früchte nichts verabredet worden, so darf der Gläubiger die ihm verpfändete Sache nicht für sich benutzen, noch die Früchte statt der Zinsen sich zueignen⁴⁸⁾, sondern er muß dieselben auf das Kapital abrechnen, auf die Zinsen aber nur insofern, als ein rechtlicher Grund dazu vorhängen ist, und den Ueberschuß an den Schuldner herausgeben, mithin Rechnung über die Früchte ablegen, wobei ihm denn auch die vernachlässigtesten Früchte abgerechnet werden können⁴⁹⁾.

V. Der antichretische Vertrag ist nach dem römischen Rechte zwar ein erlaubter Vertrag, er darf aber doch nicht zur Bedeckung eines unerlaubten Zinswuchers dienen, wenn er auch gleich nicht gerade an die Strenge des gesetzmaßigen Zinsenmaßes gebunden ist, wie die oben angeführten Gesetze L. 14. et 17. Cod. de Usuris klar beweisen. Das
canon.

48) §. 6. I. de obligat. quae ex delicto. L. 54. D. defurt.

49) L. 1. 2. 3. et 12. Cod. h. t. L. 1. Cod. de distract. pigner.

canonische Recht missbilligt zwar diesen Vertrag, weil er dem Gläubiger erlaubt, die Früchte der Sache, statt der Zinsen, zu genießen, welche das canonische Recht verdammt⁵⁰). Der Gläubiger darf also nach diesem Rechte die Früchte blos auf das Kapital abrechnen, und ist auf solche Art das Kapital abgetragen worden, so muß er das Pfand ungesäumt zurückgeben⁵¹). Es werden aber doch auch selbst in dem canonischen Recht zwei Fälle ausgenommen, wo es dem Gläubiger erlaubt wird, die Früchte auf die Zinsen zu rechnen, ohne daß dadurch das Kapital gefährdet wird, nämlich 1) wenn ein Vasall das Feudum dem Lehnsherrn antichretisch verpfändet⁵²); 2) wenn der Ehemann zur Sicherheit des ihm versprochenen Heirathsguts einst gewesen von seinem Schwiegervater ein antichretisches Unter-

Pfand

50) Cap. 1. et 2. X. de Usuris. Cap. 7. et 32. X. de iureiur.

Cap. 4. X. de pignorib. GONZALEZ TELLAZ Commentar. ad Cap. 6. X. de pignorib. Tom. III. pag. 378. sq.

51) Cap. 6. X. de pignorib. Cap. 8. X. de Usuris. IAN. A COSTA Commentar. in Decretales ad cap. 6. X. de pignorib. pag. 517.

52) Cap. 1. X. de feudis. Hier rescribit Innocentius III. In insinuatione praesentium declaramus, quod gageris, quam de feudo ecclesiae tuae a M. dignosceris recepisse, a te potest libere detineri, fructibus non computatis in sortem, ita videlicet, ut, quam diu fructus illios ceperis, in sortem minime computantos, idem M. a servitio, in quo tibi et ecclesiae tuae pro feudo ipso tenetur, interim sit immunis. Das Wort Gageris bedeutet hier ein antichretisches Unterpfand. S. BOHMER in edit. Corp. iuris canon. ad hoc cap. pag. 485. und Ant. Dad. ALTEZZI INNOCENTIUS III. ad idem capit. pag. 428.

pfand erhalten hat⁵³). Allein in Deutschland war von jeher der antichretische Vertrag bei Verpfändungen üblich, und die Grundsäße des canonischen Rechts haben die Gültigkeit derselben zu entkräften nicht vermocht, wie Böhmer⁵⁴) aus vielen Urkunden des Mittelalters bewiesen hat.

VL Um den Rechtsbestand des antichristischen Vertrags näher zu beurtheilen, unterscheiden die meisten Rechtsglehrten⁵⁵), ob die Nutzungen der verpfändeten Sache in gewissen Einkünften bestehen, deren jährlicher Betrag genau bestimmt werden kann, z. B. die Einkünfte bestehen in bestimmten Geldzinsen, die ein Jahr, wie das andere, von den Zinspflichtigen entrichtet werden müssen; oder ob sie in ungewissen Einkünften bestehen, deren Betrag nicht ein Jahr, wie das andere, fällt, sondern von dem Wachschuh und zufälligem Werthe der Früchte abhänge.

In

53) Cap. 16. X. de usuris. wo Innocenz III. folgende Entscheidung giebt. *Sane generum ad fructus possessionum, quae ibi a socero sunt pro numerata dote pignori obligatae, computandos in sortem, non credimus compellendum: cum frequenter dotis fructus non sufficiant ad onera matrimonii supportanda.* Stat numerata muss hier mit ALTESERRA c. i. numeranda gelesen werden.

54) Iur. eccles. Protest. T. V. Lib. V. Tit. 19. §. 28.

55) LAUTERBACH Diff. de iure antichreos. Th. 44. sqq. et in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 2. §. 15. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5. STAETZER Diff. de pacto antichretico. §. 8. HOFFMANN Diff. de antichresi. Sect. I. §. 7. BESSPHAL Pfandrecht §. 65. HORACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1201. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. II. §. 571. und Smelius Aussage über Verträge §. 44.

In dem ersten Falle, sagt man, dürfe die Benutzung die Größe der gesetzmäßigen Zinsen nicht überschreiten; der Gläubiger müsse also den Ueberschuss am Kapital abrechnen, sonst mache er sich eines verbotenen Zinswuchers schuldig. In dem letztern Falle hingegen komme es wegen des ungewissen Ertrags der Früchte, nicht so genau auf die gesetzmäßige Größe der Zinsen an; daher sey auch hier der Gläubiger nicht so, wie in jenem ersten Falle, verbunden, von den bezogenen Früchten des Gutes Rechnung abzulegen, es müsse denn der jährliche Ertrag der Früchte gewöhnlicher Maassen so ansehnlich seyn, daß er auch in mittelmäßigen, ja schlechten Jahren immer noch die Größe bedeutend übersteige. Allein andere verwerfen diesen Unterschied, und diese theilen sich wieder in zwey Parteien. Einige⁵⁶⁾ lassen durchaus kein Uebermaß der Zinsen zu, und halten daher den antichretischen Gläubiger in jedem Falle zur Ablegung der Rechnung verpflichtet. Denn die römischen Gesetze ertheilten hierüber keine allgemeine Vorschrift, sondern sprächen nur von besondern Fällen, wo die Gewissheit der Nutzungen entweder gar nicht auszumitteln stand, oder wo wenigstens der Gesetzgeber nach den vorgetragenen Umständen die Ausmittelung für unmöglich hielt. Z. B. der Schuldner beschwerte sich über unbilligen Bucher des Gläubigers, ehe noch die Zeit verstrichen war, bis auf welche der antichretische Vertrag geschlos-

56) Nic. PRAGEMANN Diss. de processu liquidationis in antichresi. Jenae 1718. God. Lud. MENCKEN Diss. Nullum excessum usuruarum in pacto antichretico esse tolerandum. Lipsiae 1745. Ant. SCHULTING Thes. controversial. Decad. LXXXIX. Th. 10. und besonders H A P P E L Rechte der Gläubiger in Absehung der Haushälter 4. Abschn. S. 362. ff.

schlossen worden. Hier habe freylich der Schuldner nach L. 17. Cod. de usur. noch zur Zeit kein Gehör finden können, weil, wenn auch der Gläubiger in den ersten Jahren gewonnen hatte, es doch leicht möglich war, daß er wieder schlechte Jahre haben könnte. Der Rechtsbestand des antichretischen Vertrags müsse daher vielmehr aus den deutschen Gesetzen⁵⁷⁾ beurtheilt werden, welche alle wucherlichen Contracte ausdrücklich mißbilligten, und also auch keinem Gläubiger erlaubten, wenn er statt der Zinsen Früchte zu beziehen hat, mehr davon sich zuzueignen, als ihm am Geld bezahlt werden würde. Andere⁵⁸⁾ hingegen halten den Unterschied zwischen gewissen und ungewissen Nutzungen darum für ungegründet, weil sie die L. 17. Cod. de Usuris als eine allgemeine Vorschrift ansehen, in welcher die Worte: *propter incertum fructuum proventum* keine Restriction enthielten, sondern den Hauptentscheidungsgrund ausdrückten, warum der antichretische Gläubiger keine Rechnung abzulegen verbunden, sondern vielmehr der Vertrag für gültig zu halten sey, wenn auch der Schuldner darschun könnte, daß der Gläubiger mehr an Früchten gewonnen habe, als die gesetzmäßigen Zinsen betragen. Die deutschen Gesetze hätten auch dieses nicht abgeändert. Denn diese sprächen nur von Wiederkaufsgütern, welche von Zinsen auf mehr als eine Art sich unterschieden. Die rich-

tige

57) Reichs Policey Ordnung vom J. 1530. Art. 26.

58) Diet. Herm. KEMMERICH Diff. de creditore antichretico rationes non reddente. *Ienae 1733.* Io. Conr. Sigism. TOPP Diff. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico iure Rom. non fundata. *Helmstadii 1755.* und Gerl. HANKER Diff. de vera indole et natura antichreseos §. 11.

sigste Meinung ist unstreitig die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten⁵⁹⁾, welche, ohne zwischen gewissen und ungewissen Nutzungen zu unterscheiden, zum Grundsatz annehmen, daß der antichretische Vertrag so lange für gültig zu halten, und der Gläubiger zur Ablegung der Rechnung nicht verbunden sey, als der Schuldnier nicht beweist, daß ein unerlaubter Zinswucher darunter verborgen sey. Es kann denn auch nicht in Betracht kommen, ob die Früchte bürgerliche oder natürliche sind, und ob der Gläubiger das Grundstück selbst benutzt, oder es verpachtet gehabt habe⁶⁰⁾. Bey dieser Berechnung ist jedoch nicht auf den Ertrag eines einzelnen Jahrs zu sehen, sondern die gewonnenen Früchte müssen nach einem Durchschnitt berechnet werden. Beispiele, wie eine solche Berechnung zu machen sey, haben Hofmann⁶¹⁾, Weber⁶²⁾, Schneidt⁶³⁾ und Langsdorf⁶⁴⁾.

VI. Der

59) LEYZER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 157. medit. s. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 76. und Tom. III. Obs. 57. Böhmer ausgerlesene Rechtsfälle 1. B. 2. Abth. Nr. 71. EISENHART Diff. rationem computationis fructuum ex pacto antichretico perceptorum in foro receptam nec iuri nec sequitati convenire. Helmst. 1768. (in Opusc. Nr. 15.) WALCH Introd. in controv. iuris civ. pag. 540. sqq. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 5. Not. u. pag. 253. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 653.

60) L. II. §. 1. D. de pignor.

61) ICtus mathemat. et in specie analysta circa antichresin et interusurium Sect. I. §. 15.

62) Diff. de pacto antichretico. P. II.

63) Diff. sist. specimen arithmeticae sublimior. et politicæ ad materiam de usuris, antichresi etc. Cap. III. §. 69. sqq.

VII. Der antichretische Gläubiger, welcher die Früchte der Sache, statt der Zinsen, ohne Berechnung derselben, genießt, muß billig auch die Lasten des Nutznießers übernehmen, ohne deshalb dem Schuldner etwas anrechnen zu dürfen⁶⁵).

§. 871.

Wenn ist der Gläubiger zur Restitution des Pfandes verbunden?

Das Pfand kann jedoch nicht eher zurückgesfordert werden, als wenn die ganze Schuld nebst den Zinsen und Kosten an den Gläubiger⁶⁶), oder auf seine Anweisung an einen Dritten bezahlt worden ist⁶⁷), oder die Schuld sonst auf rechtliche Art, z. B. durch Compensation, getilgt ist; oder es wenigstens nicht an dem Schuldner gelegen, daß die Schuld an den Gläubiger nicht abgetragen wurde, weil dieser die Annahme der Zahlung ohne rechtmäßige Ursache verweigerte⁶⁸). Zuweilen kann jedoch das Pfand zu-

74) Arithmetische Abhandlungen über juristische staats- und so s. wissenschaftliche Fragen. Heidelberg und Mainz 1810. 8. Auflage, 1812. — Siehe auch oben S. 102.

65) LEYSER Specim. CLVII. medit. 7 — 9.

66) L. 9. §. 3. D. h. t. *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio.*

67) L. II. §. 5. D. h. t. *Solutam autem pecuniam accipientem, non solum si ipsi, cui obligata res est, sed et si alii sic soluta voluntate eius: vel ei, cui heres extitit, vel procuratori eius, vel servo pecuniae exigendis praeposito.*

68) L. 20. §. 2. D. h. t. *Si per creditorem stettit, quominus ei solvatur, recte agitur pigneratitia. — L. 3. Cod. de luit pign. Si reddita debita quantitate, vel rebus in solutum datis, sive distractis, et compensato pretio satis ei, contra quem supplicas,*

rückgesfordert werden, wenn gleich die Schuld noch gar nicht bezahlt, oder noch nicht ganz getilgt ist. Es komme nämlich hierbei auch auf die getroffene besondere Verabredung zwischen dem Gläubiger und Schuldner an. Ist dieser ein Genüge geschehen, so kann der Gläubiger das Pfand nicht weiter zurückhalten. Man sehe also den Fall, es sey verabredet werden, daß das gegebene Pfand nur so lange halten sollte, bis dem Gläubiger eine andere Sicherheit durch Bürgen, oder Delegation eines andern Schuldners, und durch eine andere Hypothekbeschreibung würde gegeben worden seyn. Ist hier dem Willen des Gläubigers ein Genüge geschehen, so muß er das Pfand zurückgeben, sobald er die neue Sicherheit angenommen hat, wenn gleich der Gläubiger sich eine Befriedigung hätte anweisen lassen, wobei er weniger gesichert ist. Denn dies ist alsdann seine eigene Schuld, daß er sich nicht besser vorgesehen hat⁶⁹⁾.

Ferner

cas, factum esse, adito praeside provinciae probaveris, vel si, quod residuum debetur, obtuleris, ac si non acceperit, deposueris consignatum: restituvi tibi res pacto pignoris obligatas providebit: cum etiam edicto perpetuo actione proposita, pecunia soluta creditori, vel si per eum factum sit, quominus solveretur: ad reddenda ea, quae pignori acceperat, iure eum satis evidenter urgeri, manifestum est.

69) L. 9. §. 3. D. h. t. Satisfactum autem accipiens, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum, sive alio pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat; sive fidelis toribus, sive reo dato, sive prelio aliquo, vel nuda conventione: nascitur pigneratitia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei SATISFACTUM, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.

Zur Erläuterung ist hier zu bemerken, daß reus soviel als ex-

Ferner wenn das Pfand entweder ausdrücklich blos für das Kapital, mit Ausnahme der Zinsen, oder blos wegen der Zinsen allein wäre gegeben worden, und der Schuldner hat das bezahlt, wofür die Verpfändung wirklich geschehen ist, so muß er das Pfand zurückgeben, wenn auch dadurch die ganze Schuld nicht getilgt ist ¹⁰⁾). Außerdem würde eine bloße

promissor, und *de cip*, sich selbst hintergehen, heißt. G. Westphals Pfandrecht §. 223. Mot. 247.

76) L. 11. §. 3. D. h. t. *Si in sortem duntaxat, vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pigneratitia. Sive autem usurae in stipulatum sunt deductae, sive non: si tamen pignus et in eas obligatum fuit, quam diu quid ex his debetur, pigneratitia cessabit.* Cujacius Observation. Lib. V. cap. 28. will hier statt vel in usuras, vielmehr nec in usuras lesen, weil es nachher heißt: Si tamen pignus et in eas obligatum fuit. Er hat diese Emendation nachher Lib. XV. cap. 22. noch mehr zu bestärken gesucht, wo er den Grund hinzufügt, weil, wenn die Verpfändung blos der Zinsen wegen geschehen wäre, der Schuldner nicht mit Wirkung auf die Zurückgabe des Pfandes würde klagen können; so lange das Kapital nicht bezahlt ist, sondern dem Gläubiger nach L. un. Cad. *Etiam ob chirographiniam pecuniam* eine Retention des Pfandes gestehen würde. Allein daß zu einer solchen Emendation kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, hat schon Ioh. ROBERT in recept. Lection. Lib. I. cap. 27. und Animadversion. Lib. I. c. 26 et 27. gezeigt. Eu, ja z hat auch nachher Lib. XIX. Observat. cap. 27. seine Conjectur selbst wieder aufgegeben. Die Basiliken Tom. IV. pag. 5. bestärken ebenfalls die gemeine Leseart wo es heißt: Εκεί ὑπὲρ μόνου τὰ κεφαλαιά, οὐτε ὑπὲρ τῶν τὸν δοῦλον εὐθύνουσιν, καλ καταβληθῆ τὸ υπέρ οὐδὲ γνωχυριάσθη, κινέται. η περὶ τὰ ἐνεχύρου ἀγωγῆ. i. e. *Sive in sortem duntaxat, sive in usuras pignus datum sit, eo soluto, propter quod pignus ob-*

strictum

bloße Abschlagszahlung den Schuldner nicht zur Zurückforderung des Pfandes berechtigen, es würde vielmehr der Gläubiger allerdings berechtigt seyn, das Pfand auch wegen der noch rückständigen Zinsen zurück zu behalten⁷¹⁾;

§. 872.

Herausgabe des Ueberschusses.

Hat der Gläubiger wegen unterbliebener Bezahlung der Schuld das Pfand verkauft, so muß er, wenn er mehr darans gelöst hat, als die Schuld beträgt, den Ueberschuss herausgeben. Man nennt diesen Ueberschuß *Hyperocha*⁷²⁾. Hat ihn der Gläubiger benutzt, oder wohl gar davon Zinsen gezogen; oder hält er solchen dem Schuldner ungebührlich vor, so muß er in jenem Falle die Nutzungen dem Schuldner berechnen, in dem letztern aber die Verzugszinsen bezahlen. L. 6. §. 1. D. h. c. sagt: *Si creditor pluris fundum pignoratum vendiderit, si id foeneret, usuram eius pecuniae praestare debet ei, qui dederit pignus. Sed et si ipse usus sit ea pecunia, usuram praestari oportet.* L. 7. D. eodem. *Si autem tardius super-*

fluum strictum erat, agitur pigneratitia. Es ist daher zu verwundern, wie dennoch POTIER in Pand. Iustin. Tom. I. h. c. Nr. V. not. h. pag. 394. der Cujasischen Emendation hat seinem Befall geben mögen. Man sehe noch WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disp. XXVII. Th. 16. ANT SCHULTING Thes. controversial. Dec. L. Th. 8. und besonders WEBERS Versuche über das Civilrecht S. 156. und S. 170.

71) *L. un. C. Etiam ob chirograph. pecuniam pignus retineri posse.*

72) CHRISTOPH. PHIL. RICHTER Diff. de hyperocha seu de eo, quod amplius est in pignore. Jenae 1668. rec. 1757.

stuum restituat creditor id, quod apud eum depositum est, ex mora etiam usuras debitori hoc nomine praeflare cogendus est. Hat der Käufer des Pfandes das Kaufgeld noch nicht bezahlt, so kann der Gläubiger zur Herausgabe des Überschusses nicht schlechterdings genötigt werden, sondern der Schuldner muß warten, bis der Käufer bezahlt, oder sich mit einer Cession an den Käufer begnügen, wobei jedoch auf jeden Fall der Gläubiger die Gefahr trägt. L. 24. §. 2. D. eodem sagt deshalb: Si vendiderit quidem creditor pignus pluris, quam debitum erat: nondum autem pretium ab emtore exegerit: an pigneratio iudicio conveniri possit ad superfluum reddendum? an vero vel exspectare debeat, quoad emtor solvat, vel suscipere actiones adversus emtorem? et arbitrator, non esse urgendum ad solutionem creditorem, sed aut exspectare debere debitorem, aut, si non exspectat, mandandas ei actiones adversus emtorem, periculo tamen venditoris. Quodsi accepit iam pecuniam, superfluum reddit⁷³⁾). Ein Anders wäre, wenn dem Gläubiger eine Nachlässigkeit zur Last fallen sollte, daß er das Kaufgeld noch nicht erhalten hat. Hier kann er sofort angehalten werden, den Überschuß, und zwar mit den

73) *Ant. FABER* in Rational. ad Pand. h. L. glaubt hier nichts als Tribonianismen zu finden, welche noch dazu lauter Ungeheimnisse enthielten, und von der größten Unwissenheit in den bekanntesten Rechtsprincipien zeigten. Allein *Utric. HUBERTUS* in Eunomia Rom. ad h. L. pag. 547. hat Tribonius in Ehre vollkommen gerettet, und Faber's Grillensdrey, wie sichs gehöhrt, abgefertigter. Man sehe auch Weisbachs Pfandrecht S. 518. Not. 241.

den Zinsen des Verzugs, herauszuzahlen, ohne den Schuldner an den Käufer verweisen zu dürfen. Von diesem Falle ist die L. 42. D. eodem zu verstehen, wo Papinian sagt: Creditor iudicio, quod de pignore dato propo-
nitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, iure co-
gitur. Nec audiendus erit, si velit emtorem delegare: cum
in venditione, quae sit, ex facto⁷⁴⁾ suum creditor ne-
gotium

74) Die Lesart dieser Worte ist streitig, und lautet nicht in allen Handschriften und Ausgaben so, wie hier die Florentinische Ausgabe liest. Unser Erlanger Codex hat: in ven-
ditione, quae rite facta est. Eben so lesen Halaander und
Baudouza. Eujas hingegen glaubt, daß statt: quae sit, ex
facto vielmehr quae sit ex pacto gelesen werden müsse. Ihm
stimmt auch Ger. NOODT in Commentar. ad Pand. h. t. T. II.
Operum pag. 325. §. *Venit igitur dey,* und führt ein Dey,
spiel aus L. 6. Cod. de Solut. an, wo auch stat^t factum pa-
cium gelesen werden müsse, wie er Lib. II. Observation. cap. 24.
weiter zu beweisen sich bemüht hat. Noodt erklärt daher
die Worte Papinians auf folgende Art: *Quod in pignoris
venditione a creditore facta ex pacto de distrahendo pignore*
(quod in L. 4. C. h. t. dicitur *vulgarē pactū*) creditor non
gerit debitoris negotium, sed gerit negotium suum: ita non
est causa, cur invitus cogatur debitor delegatione creditoris
mutare actionem, et alium sibi admittere debitorem: aliter ac
si creditor gessisset debitoris negotium; nec eius culpa argui
posset. Den schienbaren Widerspruch zwischen L. 42. und L. 24.
§. 2. h. t. sucht er auf folgende Art zu heben. His non refu-
stere Ulpianum facile intelligetur: cogitantibus, duplē esse
dubitacionem; unam, an creditorem oporteat debitori reddere
superfluum pretii: alteram, quando oporteat cruditorem debi-
tori superfluum reddere. Ad priorem questionem respondet
PAPINIANUS d. L. 42. ad posteriorem ULPIANUS d. L. 24. §. 2.
Alt igitur PAPINIANUS, creditorem teneri, debitori reddere
super-

gocium gerat. So lassen sich beide Gesetzstellen sehr wohl vereinigen. Johann Alcamiranus⁷⁵⁾ hat dieses sehr gründlich ausgeführt. Ego ex iuris principiis, sagt er, recte convenire *Papinianum* cum *Ulpiano* existimo, si advertamus, regulam supra dictam, quae affirmat, eum, qui tenetur, quia habet actionem, liberari, si eam mandare velit: ita accipientiam, si, qui habet actionem, nullo alio iure teneatur; quod si alio iure insuper obstrictus sit, veluti ex propria negligentia, si praestare velit actiones, audiendus non est: quod est expressum in L. 21. §. ult. D. de negot. gest. L. 60. §. servum. D. locati, L. 8. §. ult. D. mandati. Hinc si creditor iure suo pignus vendat, et dilationem emtori modicam forte, vel necessariam ad solutionem concedat, (quod potest, quia cum debitoris sit velut procurator in pignoris venditione. L. 29. D. fam. exercit. non tenetur semper praesenti pecunia vende-

§ 2

re,

superfluum; nec posse invito debitori delegare nomen emtoris. ULPIANUS vero ait, creditorem non esse obligatum, debitori superfluum pretii restituere ante, quam id ab emtore exegerit: propterea, quod non debet id de suo solvere. Quodsi debitor recuset exspectare emtoris solutionem, scilicet, quod suspecta ei sit creditoris negligentia, posse a creditore accipere mandatas actiones, quibus ipse adversus emtorem experiatur. Auch voigt in Comm. ad Pand. h. t. §. 4. und FOTHIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XX. Not. g. h. geben nicht undeutlich der Cujosischen Emendation ihren Beifall. In den Basiliiken finden sich diese letztern Worte nicht.

75) Commentar. in priores XIII. libros ex XX. Quaest. Q. Cervidil Scævolæ Tract. II. ad L. 51. D. de peculio §. 7. in Thes. Meerman. Tom. II. pag. 399.

re, argum. L. 1. §. 1. *D. de except. rei vend.* L. 5. §. item si *inflitor* 15. *D. de institutor. act.* quod ius, quia in pignore iudiciorum non recipitur L. 15. §. 7. *D. de re iudic.* necessario uterque textus de pignore conventionali intelligi debet) multum interest, an agam contra creditorem pro superfluo intra tempus, quo ipse neque recuperavit ab emtore, neque est in culpa, cur non recuperaverit, an iam postquam est in culpa, cur non exegerit, veluti post transactum tempus ad solvendum datum. Primo casu recte ULPIANUS, non esse urgendum ad solutionem creditorem, qui pignus vendidit, imo debitorem expectare debere, ut emtor solvat, aut si non expectet, mandandas ei actiones, affirmabat; quia cum simus intra tempus ad solvendum datum, creditor, qui non exegit, non est in culpa, sed tenetur tantum, quia habet actionem; quodsi paratus sit praestare, absolvetur ex regula supra tradita. At vero si creditor negligenter se gessit in pretio pignoris exigendo, imo tantum temporis elabi passus est, ut iam usurae debeantur: si vēlit emtorem delegare, audiendum non esse, optime PAPINIANUS respondet; quia iam non tantum, quia habet actionem, sed quia in non exigendo negligentiam admisit, debitori tenetur dict. L. 21. §. ult. *de negot. gest.* Nam quamvis in venditione, quae fit ex facto ipso venditionis, suum creditor negotium gerat, hoc est, sui lucri causa, non autem debitoris, ut sic non videatur ex propria negligentia teneri: nihilominus pro superfluo, quod restituere debet, immo magis ex propria negligentia tenebitur ad superfluum cum usuris restituendum, ut in simili eleganter docet ULPIANUS

in L. 6. §. Sed et si quis negotia mea D. de negot gest. Mit dieser Erklärung des spanischen Rechtsgelehrten stimmt auch der griechische Scholast der *Vassiken*⁷⁶⁾ überein, welcher bey der L. 42. die Bemerkung macht: ταῦτα νόνον ἐνδεκούλπα ἐλέγχεται. i. e. Hoc ita intelligendum est. si culpa eius arguatur. Geschlecht es jedoch durch einen bloßen Zufall, daß der Käufer insolvent wird, ohne daß dem Gläubiger dabei eine Nachlässigkeit mit Recht kann Schuld gegeben werden, so darf der Gläubiger diesen Schaden nicht tragen, sondern es bleibt ihm vielmehr der Schuldner verpflichtet, bis die Schuld bezahlt ist, wie uns Paulus lehrt, wenn er L. 9. pr. *D. de distract. pignor.* sagt: Quae situm est, si creditor ab emitore pignoris pretium servare non potuisset, an debitor liberatus esset? Putavi, si nulla culpa imputari creditori possit, manere debitorem obligatum: quia ex necessitate facta venditio non liberat debitorem, nisi pecunia percepta.

§. 873.

Verbindlichkeit des Schuldners.

Die Verpflichtungen des Pfandschuldners gehen I) auf Ersatz alles Schadens, den der Gläubiger aus der Verpfändung erlitten hat. Dahin gehört, wenn der Schuldner arglistig eine andre Sache unterschob, als er dem Gläubiger zum Pfande zu geben versprochen hatte; oder eine fehlerhafte, oder fremde, oder schon einem Andern verpfändete Sache zum Pfande gegeben hat. Ob es von dem Schuldner wissenschaftlich geschehen ist, oder nicht, darauf kommt in Absicht auf die Verbindlichkeit desselben zur

76) Tom. IV. pag. 30. in fin. et sq.

zur Entschädigung des Gläubigers nichts an; sondern dieser Unterschied kommt nur dann in Betrachtung, wenn die Frage davon ist, ob sich der Schuldner eines Stellionats schuldig gemacht habe. Jedoch fällt die Verbindlichkeit zur Entschädigung alsdann weg, wenn der Gläubiger wissentlich eine fremde, oder die einem Andern schon verpfändete Sache zum Pfande annahm, oder wenn die einem Andern schon verpfändete Sache von so bedeutendem Werthe ist, daß sie auch dem zweyten Gläubiger noch hinlängliche Sicherheit gewährt. Hier kann freylich von keiner Entschädigung die Frage seyn, wenn auch der erste Gläubiger sein Pfandrecht geltend macht. Über diese Fälle dienen folgende Gesetzstellen zum Belege.

L. 1. §. 2. D. h. t. *Si quis, cum aes pignori daret, adfirmavit hoc aurum esse: ita ut pignori dederit: videndum erit, an aes pignori obligaverit; et numquid, quia in corpus consensum est, pignori esse videatur? Quod magis est. Tenebitur tamen pigneratitia contraria actione, qui dedit: praeter stellionatum, quem fecit.*

L. 36. pr. D. eodem. *Si quis in pignore pro auro aes subjecisset creditori: qualiter teneatur, quaesitum est? In qua specie rectissime *Sabinus* scribit: siquidem dato auro aes subjecisset, furti teneri; quodsi in dando aes subjecisset ⁷⁷⁾, turpiter fecisse, non furem esse. Sed et hic puto pigneratitium iudicium locuta habe-*

⁷⁷⁾ In den *Basiliken* Tom IV. pag. 12. heißtt es: εἰ δὲ μόνον ἔπιδελξες τὸ χρυσοῦν ὑπῆλλαξεν, i. e. sed si euro duntaxat offenso aes subiecerit.

habere: et ita POMPONIUS scribit. Sed et extra ordinem stellionatus nomine plectetur, ut est saepissime rescriptum.

§. I. eiusd. L. Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem criminis plectetur. Plane si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet, cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneratitiam et de dolo actionem: quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.

L. 16. §. I. D. eodem. Contrariam pigneratitiam creditori actionem competere certum est. Proinde si rem alienam. vel alii pignoratam, vel in publicum obligatam dedit, tenebitur: quamvis et stellionatus crimen committat. Sed utrum ita. demum, si scit, an et si ignoravit? Et quantum ad crimen pertinet, excusat ignorantia: quantum ad contrarium iudicium, ignorantia eum non excusat, ut *Marcellus* libro 6. Digestorum scribit. Sed si sciens creditor accipiat vel alienum, vel obligatum, vel morbosum, contrarium ei non competit.

L. 32. D. eodem. Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pigneratitia agere, etsi solvendo debitor sit ⁷⁸⁾.

Hat

78) Die Basiliken T. IV. pag. 12. haben das etsi nicht, sondern übersetzen die Stelle so: Εὰν δυπορός εστιν ὁ ἄλλοτρος διεσχυράτας, ἐνύγεται τῇ περὶ εὐεχύρων ἀγωγῇ. i. e. Si solvendo sit, qui rem alienam pignori dedit, actions pigneratitia tenetur.

Hat der Gläubiger durch die ihm zum Pfande gegebene Sache selbst Schaden erlitten, z. B. das zum Pfande gegebene Pferd hat auf eine dem Instinct dieser Thiergattung sonst nicht gewöhnliche Art ohne alle Veranlassung und Schuld des Gläubigers geschadet; so kommt es darauf an, ob der Verpfändner dabei ausser aller Schuld war, oder dem Gläubiger diesen ihm bekannten Fehler der Sache verschwieg. In dem ersten Falle kann der Schuldner dem Gläubiger die verpfändete Sache statt des Schadensersatzes überlassen. In dem andern Falle hingegen steht ihm dieser Ausweg nicht offen, sondern der Gläubiger kann hier mit Recht Entschädigung fordern, wie aus folgender Stelle des Africans erheslet.

L. 31. D. h. t. Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxae deditione relinquere. Quod si sciens furem pignori mihi dederit, et si paratus fuerit pro noxae dedito apud me relinquere, nihilominus habiturum me pignerasitiam actionem, ut indemnem me praestet. Eben diese Entscheidung findet auch bey allen andern Contracten statt, wenn eine schädliche Sache dem Andern überlassen worden ist⁷⁹⁾.

II. Der Schuldner haftet auch für den Schaden, den er selbst durch Deterioration der verpfändeten Sache verursacht hat, es wäre denn, daß der Schade durch eine Hand.

79) *L. 26. §. 7. D. mandati. L. 45. D. locati. L. penult. Cod. Commodati. L. 21. §. 2. D. de act. rerum amotar. L. 58. pr. D. de nedilit. edicto. L. 61. §. 2. seqq. D. de furris. C. Inc. cujaciis ad Africanum Tract. VIII. ad L. 31. D. de pignerat. act. und Westphals Pfandrecht §. 26. Mot. 44.*

Handlung geschehen wäre, wozu der Schuldner berechtigt war. Marcellus giebt uns hiervon L. 27. D. *de pignor.* folgendes Beispiel: *Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit: an aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id, quod deeest, persequendum?* Quid si eum interfecisset, aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, *ad exhibendum* tenetur, ubi autem eluscasset, *quasi damni iniuriae* dabimus *actionem* ad quantum interest, quod debilitando, aut vinciendo persecutionem pignoris ex inanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat; non existimo indignam rem animadversione et auxilio Praetoris. Ulpianus notat: si, ut creditor i noceret, vinxit, tenebitur, si merentem, non tenebitur. Zur Erläuterung dieser Stelle ist zu bemerken, daß ein Sklave, der von seinem Herrn wegen eines Vergehens einmal war in Ketten gelegt und gestraft worden, hierdurch viel von seinem Werthe im Handel verloren hätte. Der Herr durfte daher auch diesen Umstand bey dem Verkauf des Sklavens nicht verschweigen, wenn es der Käufer nicht etwa schon selbst wußte ⁸⁰⁾). In dem Falle, von welchem Marcellus spricht, hatte der Herr seinen Sklaven, den er seinem Gläubiger verpfändet hatte, unverdienter Weise gestraft, und dadurch den Werth desselben dergestalt vermindert,

daß

80) S. L. 48. §. 4. D. *de aedilit. edicto.* Io. SUAREZ de MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquilliam. Lib. II. cap. III. Sect. II. nr. 45. (in *Thef. Meerman.* Tom. II. pag. 124.)

daß bey dem Verkauf des Sklaven der Gläubiger aus dem daraus gelösten geringen Werth nicht seine vollkommene Bezahlung erhielt. Es fragte sich also, ob die von dem Verpfändeter verschuldeten Deterioration des Sklaven nicht für sich eine Klage begründe, wenn auch allenfalls die Schuldklage des Gläubigers unterdessen erloschen wäre⁸¹⁾? Marcellus entscheidet diese Frage bejahend, und giebt dem Gläubiger in dem Falle, da der Schuldner den Sklaven totgeschlagen, die *actio ad exhibendum*; hätte er ihn aber ein Auge aus dem Kopf, oder sonst zum Krüppel geschlagen, die *actio Legis Aquiliae* nämlich *utilis*, denn die *actio directa* kommt bloß dem Eigenthümer zu⁸²⁾). Ulpian macht bey dieser Entscheidung noch die Bemerkung, daß wenn der Sklave eine solche Züchtigung verdient hätte, z. B. der Herr hatte ihn im Ehebruch bey seiner Frau betroffen⁸³⁾; so dürfe der Schuldner für den daraus entstandenen Schaden dem Gläubiger nicht haften.

III. Der Schuldner ist ferner den Gläubiger zu entschädigen verbunden, wenn letzter nach Veräußerung des Pfandes aus besondern Gründen sollte zur Evictionsleistung angehalten worden seyn, wosfern ihm nur kein Dolus noch Culpa dabei zur Last falle. Einen hierher gehörigen Fall entscheidet Ulpian *L. 22. §. 4. D. de pignerat. act. Si credi-*

81) In den *Basilicis T. IV.* pag. 40. heißt es: Τι γὰρ ὅτι εφ-
δάρην ἢ ἐπὶ τῷ χρέει ἀγωγὴ; i. e. Quid enim si actio cre-
diti interierit?

82) Die *Basilica c. 1.* haben τῷ αὐτοῦ λόγῳ οὐτικίῳ.

83) S. SUAREZ de MENDOZA in Commentar. ad Leg. Aquil.
cit. loc. pag. 121. nr. 28. sqq.

creditor, quum venderet pignus, duplam promisit (nam usū hoc evenerat) et conventus ob evictionem erat, et condemnatus: an haberet regressum pigneratitiae contrariae actionis? Et potest dici, esse regressum; si modo sine dolo et culpa sic vendidit, et ut paterfamilias diligens id gessit; si vero nullum emolumentum talis venditio attulit, sed tanti vendidit, quanti vendere potuit, etiam si haec non promisit, regressum non habere. Es war nämlich in der Praxis der Fall vorgekommen, daß der Gläubiger beim Verkauf der verpfändeten Sache dem Käufer, im Falle der Eviction, das Duplum versprochen hatte. Der Gläubiger war hierauf, wegen der nachher wirklich erfolgten Entwährung, belangt, und auch seinem Versprechen gemäß verurtheilt worden. Es entstand daher nun die Frage, inwiefern ihm deshalb der Regress gegen den Schuldner zu gestatten sey? Ulpian unterscheidet, ob sich der Gläubiger bei dem Verkaufe des Pfandes mit der gehörigen Vorsicht und Klugheit benommen habe, und zugleich dabei auf den Nutzen des Schuldners bedacht gewesen sey, oder nicht. Ist das Erstere, und der Gläubiger hat z. B. bei der Veräußerung des Pfandes die Bezahlung des Duplum deswegen übernommen, weil er ohne diese Bedingung den Verkauf entweder gar nicht, oder nicht so vortheilhaft zu Stande bringen konnte; so kann ihm der Regress auf keine Art verweigert werden. Denn hier ist ihm durchaus nichts zur Last zu legen, da er zu der Vermuthung berechtigt war, daß ihm der Schuldner keine fremde Sache werde verpfändet haben. Ueberdem würde ja der Käufer, ohne jenes Versprechen des Gläubigers den Schuldner selbst in Anspruch nehmen.

nehmen können⁸⁴). Hat hingegen der Schuldner von dem Versprechen des Gläubigers gar keinen Vortheil gehabt, weil die Sache um den Preis, welchen der Käufer dafür bezahlt hat, ohne Schwierigkeit verkauft werden konnte, wenn gleich der Gläubiger sich zur Wiedererstattung des doppelten Kaufgelds auf den Evictionsfall nicht verpflichtet hätte; so kann der Gläubiger wegen des bezahlten Duplums von dem Schuldner keine Entschädigung verlangen, weil hier die Verpflichtung des Gläubigers unnöthig war, folglich dem Schuldner nicht zugemuthet werden kann, die nachtheiligen Folgen eines Versprechens zu tragen, welches weder ihm noch dem Verkäufer in irgend einer Rücksicht vortheilhaft werden konnte⁸⁵). Der Gläubiger kann also in diesem Falle von dem Schuldner weiter nichts verlangen, als die Bezahlung der Schuld, wie Tryphonin in der gleich nachher folgenden, und mit jener in der genauesten Verbindung stehenden Stelle sagt, *L. 23. D. eodem.* Nec enim amplius a debitore, quam debiti summam, consequi poterit. Sed si stipulatio usurarum fuerat, et post quinquennium forte, quam pretium ex re obligata consecutus est, victus eam (*sc. duplam*) emtori restituit, etiam medii temporis usuras a debitore petere potest; quia nihil ei solutum esse, ut auferri non possit,

84) *L. II. §. 16. D. de act. E. et V. L. 10. D. de distract. pignor. L. 74. §. 1. D. de eviction. L. 1. Cod. creditor. eviction. pignoris non deb.*

85) *S. Franc. DUARENUS* in Commentar. ad h. Tit. cap. 9. Oper. pag. 967. und *Thibaut* Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts 1. Band 6. Abhandl. S. 89. ff.

possit, palam factum est; sed si simulum praestitit, dolii exceptione repellendus erit ab usurarum petitione; quia habuit usum pecuniae pretii, quod ab emtore acciperat. Tryphonin entscheidet hier noch zwey and're Fälle. Erstens, wenn der Gläubiger bey der Veräußerung des Pfandes dem Käufer auf den Evictionsfall die Restitution des Kaufgeldes mit Zinsen versprochen hat. Dieser Fall ist in den Worten ausgedrückt: *si stipulatio usurarum fuerat*⁸⁶⁾. Zweyten, wenn der Gläubiger dem Käufer des Pfandes blos das Simulum, d. h. das Kaufgeld ohne Zinsen zurückzugeben versprochen, und solches

86) Es ist ganz unrichtig, wenn man diese Worte von dem Falle erklärt, da sich der Gläubiger bey der Darleihung des Kapitals vom Schuldner hat Zinsen durch Stipulation versprechen lassen. Denn dazu wäre wegen der hier geschehenen Pfandgebung auch schon das bloße Pactum hinreichend gewesen. *L. II. §. 3.* *D. h. t. L. 37. D. de Usur. L. 3. L. 4. L. 5. L. 21. Cod. eodem. L. 5. §. 2. D. de solut.* Ueberdem hätte es auch dann heißen müssen: *si stipulatus usuras fuerat*. War lieset wirklich *Ha-
lo und er so*, und ihm sind *Vintimill* in edit. Pandectar. *Paris 1548. 8.* und *Sevila qua* in edit. *Veneta 1549.* ge- folgt. Allein sie haben durch diese Aenderung der Lesart, welche allen Handschriften widerstreitet, zu erkennen gegeben, daß sie diese Stelle nicht verstanden haben. Eben so wenig redet Tryphonin von dem Falle, da der Gläubiger beim Verkaufe des Pfandes dem Käufer auf den Evictionsfall das Doppelte und noch die Zinsen des Kaufgeldes versprochen hat. Ein solches Beispiel wäre in dem römischen Gesetzbuche unerhört, und dem Geist desselben zuwider, weil ja die andere Hälfte der auf den Evictionsfall bedungenen *Dupla* schon als Zinsen gilt, und man sich nicht das nämliche zweymal versprechen lassen kann. *L. 57. D. de reg. iur. L. 18. D. de verb. obligat.*

ches in dem eingetretenen Evictionsfalle auch wirklich geleistet hat. (*Sed si simplus praestitit*)⁸⁷). In dem ersten Falle hält Tryphonin für billig und gerecht, daß der Gläubiger, welcher dem Käufer die Restitution des Kaufgeldes mit Zinsen versprochen, und letztere in dem erfolgten Entwährungsfalle wirklich bezahlt hat, auch die Zinsen von Zeit der Veräußerung an, bis zur Zeit der Eviction⁸⁸) nebstdem Kapital vom Schuldner verlangen könne, weil ja der Gläubiger, wenn er das Kaufgeld mit Zinsen hat zurückzahlen müssen, nun aus dem Verkauf des Pfandes gar keinen Vortheil gehabt hat, folglich die Sache nun so anzusehen ist, als ob gleichsam von der Zeit an der Schuldner in mora gewesen wäre. In dem letztern Falle hingegen, da der Pfandgläubiger wegen der Entwährung dem Käufer nur das bloße Kaufgeld ohne Zinsen zurückgezahlt hat, kann er auch von dem Schuldner keine Zinsen fordern, weil sie durch die Benutzung des Kaufpreises hinlänglich vergütet sind. Denn da die Zinsen für den Nutzen bezahlt werden, den man aus dem Gebrauche des Geldes ziehen kann, diesen Nutzen aber in dem gegebenen Falle der Gläubiger

87) Der *Stipulatio simili* geschieht zwar in der L. 32. h. t. ausdrücklich keine Erwähnung; allein die hier erwähnte Prädikation ließ sich ohne eine Stipulation nicht denken. L. 8. §. 1. D. h. t. L. 59. §. 4. D. Mand. L. 1. Cod. Creditorem evictionem pignoris non deb.

88) So erklären das *medium tempus* die *Basilica* Tom. IV. pag. 9. Απαιτεῖ δέ τὸ χρέος καὶ τούς τόκους τοὺς ἐξ ἀπρωτήσεως τοὺς μετά τὴν πράξιν ἔως τῆς ἐκνικήσεως. i. e. Petit autem debitum et usuras ex stipulatione ex die venditionis in diem evictionis.

biger aus dem ihm von dem Käufer bezahlten Pfandschilling hat ziehen können, so kann ihm mit Recht die excep-
tio doli entgegengesetzt werden, wenn er die Zinsen for-
dern wollte. Man sieht hieraus, daß Tryphonini hier
überall den Fall vor Augen gehabt habe, da der Schuld-
ner Zinsen von dem ihm dargeliehenen Kapital dem Gläu-
biger versprochen hatte. So lassen sich also die angeführ-
ten beyden Gesetzesstellen in ihrer Verbindung mit einander
sehr leicht erklären, bey deren Erklärung die Rechtsgelehr-
ten⁸⁹⁾ fast unüberwindliche Schwierigkeiten gefunden ha-
ben. Da der Schuldner von seiner Verbindlichkeit gegen
den Gläubiger nicht befreyet wird, wenn der letztere, we-
gen übernommener Verbindlichkeit der Evictionsleistung,
den Käufer des Pfandes hat entschädigen müssen; so hat
der Gläubiger die Wahl, ob er im Falle der erfolgten Evi-
ction gegen den Schuldner, wider welchen er den Regress
nehmen kann, die aus dem Pfandcontract entstehende Ge-
genklage, oder die Hauptschuldklage, welche in diesem Falle
gleichsam wieder in das Leben zurückgerufen wird, anstellen
will.

89) Vergleiche Ant. FABRI Rational. in Pand. ad L. 23. D. h. t.
Reinh. BACHOV Tr. de pignorib. et hyp. Lib. III. cap. 25.
nr. 5. et 6. Ant. DAD. ALTESERRA Recitat. quotid. in Claudii
Tryphonini Libros XXL Disputationum (*Tolosae 1679*) T. I.
pag. 51. Westphals Pfandrecht §. 214. Not. 238. Chi-
baut Versuche 1. Band 6. Abb. S. 91. ff. Desselben
Theorie der logischen Auslegung des röm. Rechts §. 38. S.
157. Not. m. Ergänzungsbücher zur allgem. Litterat.
Zeitung jum J. 1785 — 1800. nr. 36. und besonders Ed. Henr.
HEYDENREICH Claudio Tryphoninus de iure pignorum. P. I.
Commentat. ad L. 23. D. de pign. act. praef. Paul. Christph.
Gottl. ANDREAS def. Vitebergae 1812.

will *). Nur dann wird die actio pignoratitia vorgezogen seyn, wenn das, was der Gläubiger wegen der Entwährung bezahlen mußte, die schuldige Summe übersteige, weil diese auf die vollkommene Entschädigung des Gläubigers geht, die Condictio aber nur auf die Bezahlung der schuldigen Summe.

IV. Der Schuldner muß überdem den nothwendigen, so wie auch den mit desselben Einwilligung gemachten, oder aber ihm nicht zu lästigen nützlichen Aufwand dem Gläubiger vergüten, wenn nur in Ansehung des letztern der Gläubiger nicht gegen das Verbot des Schuldners handelt. Es ist jedoch davon schon oben bei den Rechten des Gläubigers (§. 866. S. 65. ff.) ausführlicher gehandelt worden. Endlich

V. wenn der Schuldner den Besitz des Pfandes zu einem gewissen Zweck, z. B. zur Miethe oder zu einem wiederruflichen Gebrauch von dem Gläubiger erhielt, so ist er schuldig, wenn jener Zweck aufhört; das Pfand unverzüglich zurückzugeben **); und hat er das Pfand heimlich aus-

*) L. 12. §. 1. D. de distract. pignor.

**) L. 22. §. 3. D. h. t. *Si post distractum pignus debitor, qui precasto rogavit, vel conduxit pignus, possessionem non restitut, contrario iudicio tenetur.* Hier hatte nicht, wie Westphal h. 25. Not. 42, diese Stelle versteht, der Schuldner, sondern der Gläubiger das Pfand verkauft, welches letzter dem Schuldner zu dem hier angegebenen Gebrauche in seinen Besitz eingeräumt hatte. Mit Recht kann also der Gläubiger gegen den Schuldner auf Zurückgabe des Pfandes klagen, um es dem Käufer tradiren zu können. HOTOMAN Observation, Lib. V. c. 12. will hier statt distractum, contractum lesen; allein BACHOV de pignorib et hyp. Lib. III. cap. 29. nr. 9. pag. 278. hat diese Emendation mit Recht verworfen.

der Gewährsam des Gläubigers entwendet, so macht er sich eines furti possessionis schuldig ⁹⁰⁾.

S. 874.

Klagen aus dem Pfandcontracte.

Die aus dem Pfandcontract entstehenden Klagen sind I. die *actio pignoratitia directa*, oder die Hauptpfandcontractsklage ⁹¹⁾). Diese steht dem Verpfändner zu, er mag das Pfand für seine eigene oder für eine fremde Schuld gegeben haben ⁹²⁾), er sei Eigentümer der Sache oder nicht ⁹³⁾). Selbst dem Diebe und Räuber wird diese Klage gestattet, weil er dem Eigentümer dafür verantwortlich ist ⁹⁴⁾). Daß sie auch den Erben des Verpfänders zusteht, hat keinen Zweifel ⁹⁵⁾). Sie wird gegen den Gläubiger angestellt, welcher das Pfand vermöge des Contracts empfangen hat ⁹⁶⁾), zuweilen auch gegen mehrere

90) §. 10. I. de obligat. quae ex delicto. L. 4. §. 21. D. de usurpat.

91) S. Leonh. Lud. MENCKEN Observationes de actione pignoratitia. Vitembergae 1758. und Schmidt's pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 820. ff.

92) L. 13. §. ult. D. locati. Arg. L. ult. §. 1. D. ad SCtum Vellejan.

93) L. 9. §. 4. L. 20. pr. D. h. t. L. 11. §. 2. D. de pignorib. et hypoth. L. 11. § 7. L. 12. D. eodem. voer Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

94) L. 22. §. 2. D. h. t. Man sehe Ant. FABRI Conjectur. Jur. civ. Lib. VII. cap. 19. und Iust. MEIERI Evagoras Justinian. Dec. V. cap. 4.

95) L. 12. Cod. de pignorib. L. 2. Cod. Si pignus pignori datum sit.

96) §. ult. 1. Quib. modis re contrah. oblig.

Glied's Erläut. d. Pand. 14. Th.

R

Personen, mit welchen der Contract zugleich geschlossen wurde⁹⁷⁾; zu welken auch gegen einen solchen Beklagten, welcher nie Gläubiger geworden war, weil er entweder das Geld, welches er auf das Pfand zu leihen versprach, nachher gar nicht ausgezahlt hat, oder der Pfandcontract unter einer Bedingung geschlossen ward, welche nachher nicht existirte⁹⁸⁾. Die Klage geht a) auf Zurückgabe des Pfandes mit aller Zubehörung und Früchten⁹⁹⁾, weshalb auch Ablegung der Rechnung verlangt werden kann¹⁰⁰⁾, wosfern nicht etwa der Gläubiger die Früchte vermöge eines dem Pfandcontract angehängten antichretischen Vertrags genossen hätte¹⁰¹⁾. b) Auf Herausgabe des bey Gelegenheit des Pfandes erhaltenen Gewinns¹⁰²⁾, z. B. wenn der Gläubiger von dem, welcher ihm das Pfand diebstisch entwendet hatte, das Doppelste oder Viersache erhielt. Es

97) L. 20. §. 1. D. h. t.

98) L. 11. §. 2. D. h. t. Si quasi datus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor, et nulla solutione facta. Idemque etsi accepto lata sit pecunia, vel conditio defecerit, ob quam pignus contractum est. S. BACHOV Tract. de pignor. et hypothec. Lib. V. cap. 17. pag. 446.

99) L. 18. §. 1. D. h. t. L. 22. §. 2. D. eodem. L. 1. et tot. Tit. Cod. de partu pignoris et omni causa. L. 13. L. 29. §. 1. D. de pignor. et hypoth. S. PÜTTER'S außerlesene Rechtsfälle 2. Band 1. Th. Nr. CXCVIII. Ded. I. §. 147. ff. Ded. II. §. 165. 169. 172. 173. Deduct. III. §. 69. 74. 80. 81. f.

100) L. 1. L. 3. Cod. h. t. Der Gläubiger muss jedoch nicht nur die Früchte berechnen, welche er wirklich gezogen hat, sondern auch diejenigen, welche er noch hätte ziehen können, wenn er den Fleiß eines guten Wirths angewandt hätte. L. 4. cit. MENCKEN cit. Diff. §. 8.

101) VOET h. t. §. 4.

*102) L. 21. §. ult. D. de pignor. et hyp.

muß nur nicht etwa der Verpfändeter selbst den Diebstahl begangen haben. Hier lucirt der Gläubiger die Strafe, damit das Vergehen des Verpfänders nicht ungestraft bleibe ²⁾). Es tritt auch hier die Regel ein: *Poenae non solent repeti, cum depensa sunt* ³⁾). Dort muß also der Gläubiger sich den Gewinn auf seine Schuldforderung anrechnen lassen, hier nicht, wie Ulpian sagt *L. 22. pr. et §. 1. D. h. t.* *Si pignore subrepto furti egerit creditor, totum, quidquid percepit, debito eum imputare, Papinianus confitetur.* Et est verum, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit. Multo magis erit dicendum in eo, quod ex condictione consecutus est. Sed quod ipse debitor *furti actione* praestitit creditori, vel *condictione*, an debito fit imputandum videamus? *Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actions praestitit, peraeque relatum est et traditum.* Et ita Papinianus libro 9. Quaestionum ait. Idem Papinianus ait, et si metus causa servum pignoratum debitori tradiderit, quem bona fide pignori acceperat: nam si egerit, quod metus causa factum est, et quadruplum sit consecutus, nihil neque restituere ex eo, quod consecutus est, nec debito imputabit. Die Stelle des Papinians, worauf sich hier Ulpian beruft, steht *L. 79. D. de furt.* wo es heißt: *Si debitor pignus subripuit, quod actione furti solvit, nullo modo recipit.* Ulpian gedenkt jedoch nicht bloß der *actio furti*, sondern auch der *condictio fur-*

¹⁾ *S. Franc. DUAREN* Comment. ad h. t. Cap. 4. Operum pag. 961.

²⁾ *L. 42. D. de condict. indebiti:*

tiva. Diese legtere Klage ist eine *condictio incerti*⁴⁾. Denn die *condictio certi* kommt nur dem Eigentümmer zu⁵⁾. Beide Klagen, die *actio furti* und *condictio furtiva*, stehen dem Pfandgläubiger zu, die Entwendung mag von einem Fremden oder von dem Schuldner selbst geschehen seyn, jedoch mit dem Unterschiede, daß in dem ersten Falle auf den Werth der Sache selbst, in dem letztern aber nur auf die Summe der Schuld gesehen wird, wenn gleich das Pfand mehr werth seyn sollte. Paulus lehrt dieses L. 87. D. *de furtis* ausdrücklich, wo er sagt: *Creditori actio furti in summan pignoris, non debiti competit. Sed ubi debitor ipse subtraxisset pignus, contra probatur: ut in summam pecuniae debitas, et usurarum eius, furti conveniretur.* Und zwar geht die *condictio furtiva* nur auf das Einfache, die *actio furti* auf das Doppelte, oder Vielfache. Ob aber der Gläubiger auch dasjenige lucrare, was er durch die *condictio furtiva incerti* von dem Schuldner erhalten hat, ist unter den Auslegern sehr streitig. Schon die Glossatoren waren deshalb verschiedener Meinung. Azo trug kein Bedenken, die Frage zu bejahen. Ihm folgten Accursius und fast alle übrige. Nur Irnerius war anderer Meinung. Cujaz⁶⁾ trat auch der erstern Meinung bey. Der Hauptgrund für diese Meinung ist, weil sich der Gläubiger, welcher von seinem Schuldner durch die *actio quod metus causa* das Vielfache erhalten hat, auch nicht einmal ein *simplum* auf die Schuld

4) L. 12. §. 2. D. *de conducto furti.*

5) L. 1. D. *eodem.* Siehe diesen Commentar 13. Th. §. 838. S. 218. ff.

6) Recitat. ad Lib. IX. Quæstionum Papiniani h. L.

Schuld braucht anrechnen zu lassen, da doch bey dieser Klage nur das Triplum eigentlich die Strafe ist ⁷⁾). Unter den neuern stimmt dieser Meinung auch Westphal ⁸⁾ bey. Man glaube also hier einen Fall zu finden, wo der Gläubiger zweymal eben dieselbe Sache zu fordern befugt sei. Der Gläubiger erhalte, nämlich zuerst seine Forderung durch die condictio furtiva, wegen der Dieberey des Schuldners, nachher aber erhalte er sie noch besonders durch die Klage aus demjenigen Rechtsgrunde, woraus die Schuld ihren Ursprung nahm. Allein gerade aus diesem Grunde widersprechen Andere, unter denen besonders Anton Gasber ⁹⁾, Janus a Costa ¹⁰⁾, Anton Schulting ¹¹⁾, und Robert Joseph Pothier ¹²⁾ hier genannt zu werden verdienen; und zwar mit Recht. Denn unstreitig ist die Condictio nur eine actio rei persecutoria, welche gegen den Schuldner auf die Bezahlung der Schuld nebst den Zinsen geht, gerade so wie die Schuldklage selbst. Denn darin besteht ja blos das Interesse des Gläubigers ¹³⁾). Darf also der Gläubiger das, was er durch diese Klage erhält, nicht auf die Schuld abrechnen; so fordert er nachher durch die Schuldklage offenbar noch einmal gerade das Mögliche. Dies ist aber den Gesetzen schlechterdings entgegen. Nicht nur Caius ¹⁴⁾ gibt

7) L. 14. §. 9. et 10. D. Quod metus causa.

8) Pfandrecht §. 19. Mot. 35.

9) De Erroribus Pragmaticor. Decad. LXXXI. Err. 3.

10) Commentar. ad Institut. ad §. 10. I. de obligation. quae ex delicto nasc. pag. 480.

11) Thesium controversar. Decad. L. Th. 6.

12) Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. X. not. c. pag. 395.

*) L. 21. §. 3. D. de pignor. et hyp.

13) L. 57. D. de reg. iuris.

glebt die allgemeine Regel: *Bona fides non patitur, ut hic idem exigatur;* sondern auch Paulus sagt ganz bestimmt *L. 51. §. 1. D. de re iudicata,* daß der Schuldner von seiner Verbindlichkeit frey werde, wenn der Gläubiger das Interesse erhaschen hat, und zwar mit Befügung des Grundes: *improbum esse eum, qui velit iterum consequi, quod accepit.* Wie kann also die Klage aus dem Schuldcontract noch Statt finden, wenn der Gläubiger durch die *condictio furtiva* das Seinige bereits vollkommen erhalten hat? oder wie Anton Faber¹⁴⁾ ganz richtig sagt, *Qui fieri potest, ut quicquam adhuc intersit eius, qui jam id omne sit consecutus, quod sua intereat? Aut ut ei, cuius nihil amplius intersit, salva nihilominus supersit actio pecuniae creditae?* Tritum enim est, neque actionem neque exceptionem sältem efficacem ei dandam esse, cuius nihil interest, cum et obligaciones et actiones et exceptiones ad hoc tantum comparatae sint, ut unusquisque quod sua interest, vel acquirat vel consequatur¹⁵⁾). Eben deswegen redet auch Ulpian in der *L. 22. pr. cit.* wenn er lehrt, der Gläubiger, brauchte das nicht zu restituiren, was er von dem Schuldner wegen des von ihm begangenen Diebstahls erhalten hat, ausdrücklich nur von der *actio furti*. Dieser Klage, welche eine eigentliche Pönalklage ist, gedenkt auch Papinian namentlich nur in der Stelle¹⁶⁾), worauf sich hier Ulpian bezogen hat, und Modestin glebt die Regel *L. 74. D. de Solution. Id, quod poenae nomine a debitor*

¹⁴⁾ De Erroribus Pragmaticor. Decad. LX XXI. Err. 3.

¹⁵⁾ L. 3. §. 1. L. 38. §. 17. D. de verbor. obligationib.

¹⁶⁾ L. 79. D. de furtis.

bitore exactum est, lucro debet cedere creditoris. Wie wenig sich eine cumulative Concurrenz der condictio furtiva und der Schuldklage annehmen lässt, ist insonderheit auch daraus zu ersehen. Wenn ein Fremder das Pfand aus der Gewahrsam des Gläubigers entwendet hat, und der Gläubiger hat gegen den Dieb actione furti geklagt, so sagt Ulpian nach Papinians Aussprache, der Gläubiger müsse das, was er von dem Diebe empfangen hat, auf die Schuld abrechnen, und das Uebrige restituiren, wenn er gleich bey dem Diebstahl selbst nicht ausser Schuld ist, und also selbst dabei ein Interesse hat, weil er dem Eigentümer für den Werth stehen muß. Noch viel mehr aber müsse dieses von der condictio furtiva gelten. Denn was er durch die actio furti erhielt, war nichts als Strafe; allein was er durch die condictio furtiva erhält, ist seine Forderung. Diese kann er doch nicht zweymal bezahlt erhalten. Ein Grund, der so einleuchtend ist, daß Ulpian, wenn er nachher den Fall entschiedet, wo der Schuldner den Diebstahl selbst begangen hat, nicht einmal wegen der condictio furtiva weiter etwas hinzuzufügen für nöthig hielt, sondern sich blos auf die actio furti beschränkt, von welcher auch nur Papinian redete. Hieraus erklärt sich nun auch, warum dem Gläubiger das nicht angerechnet wird, was er durch die actio quod metus causa von dem Schuldner erhalten hat. Denn auch diese Klage nimmt die Eigenschaft einer Pönalklage an, wenn der Beklagte sich eines Ungehorsams schuldig macht¹⁷⁾). Wenn nun gleich in dem Quadruplum, wozu der Beklagte verurtheilt werden kann, auch das Simplum steckt, so wird doch

17) §. 25. I. de actionib.

doch bey dieser Klage, sofern sie eine Pönalklage ist, und gegen den Pfandschuldner angestellt wird, darauf keine weitere Rücksicht genommen, weil es eine allgemeine Regel ist, welche *Cajus L. 46. D. de regulis iuris* giebt, wenn er sagt: *Quod a quoquo poenae nomine exactum est, id eidem restituere nemo cogitur.* Mit Recht sagt daher *Janus & Costa*; *Manet ergo certum, creditorum reddere, aut imputare id omne, quod accepit ab extraneo, quod autem ab ipso debitore, ita demum, si egerit condictione furtiva, non si actione furti, quae penal is est.* Mit dieser Erklärung stimmen denn endlich auch die *Basiliken*¹⁸⁾ überein, in welchen es heißt: *Εἰ δὲ ὁ χρεώστης κλέψει, η̄ λαβη̄ πατᾱ φόβον τὰ ἐνέχυρον, ὅπερ καλῆ πίστει ὁ φανταστής τὴν εἰς ἐνέχυρου λαβῶν, τετραπλοῦν, ὅπερ ἀν παράσχῃ διὰ τῆς ἐπὶ κλοπῆς αγωγῆς, ἣν αὐτολαμβάνει, δύτε εἰς τὸ χρέος αὐτῷ λεγίζεται.* i. e. Si vero ipse debitor subripuerit, vel metus causa pignus acceperit, quod bona fide creditor pignori accepérat, quadruplum, quod praestiterit per actionem furti, vel quod metus causa, non recipit, neque in debitum imputatur. Ob nun gleich hier die Worte: *vel condicōns* nicht übersetzt sind, welche in der *L. 22. pr. D. h. t.* stehen; so ist doch deswegen noch kein hinlänglicher Grund vorhanden, solche mit *Anton Faber*¹⁹⁾ für einen unächten Zusatz irgend eines Auslegers zu halten. Der Grund, daß die *condictio furtiva* von einem Nichteigentümmer nicht gegen den Eigentümmer selbst angestellt werden könne, will wenigstens nichts sagen, wie *Ulrich Zuber*²⁰⁾ bereits.

18) Tom. IV pag. 8.

19) De Errorib. Pragmaticor. c. I. Err. 4.

20) Eunomia Rom. ad L. 22. pr. D. h. t. §. 3, pag. 543.

bereits gegen Faber gezeigt hat. Die Uebereinstimmung aller Handschriften und Ausgaben lässt uns auch an der Aechtheit jener Worte nicht zweifeln. Die actio pignoratitia directa geht ferner

c) auf den Ersatz alles mit Vorsatz oder durch eine verantwortliche Culpa verursachten Schadens (§. 867. u. 868); nicht minder auf Leistung des Interesse, wenn der Gläubiger beym Verkaufe des Pfandes betrügerisch gehandelt hat ²¹), Endlich

d) auf Herausgabe des Ueberschusses, und zwar mit Zinsen, wenn der Gläubiger solchen auf Zinsen ausgeliessen, oder in seinem Nutzen verwandt hat, oder bei der Restitution desselben säumig war ²²). Jedoch hat die Klage nicht eher Statt, als wenn das Pfandrecht des Gläubigers erloschen ist, es geschehe dieses entweder mittelbar durch gänzliche Tilgung der Schuldt, oder unmittelbar durch sich selbst, wenn gleich die Schuldbverbindlichkeit fortdauernd bleibe. Denn daß es Fälle giebt, wo das Pfand zurückgefordert werden kann, wenn gleich die Schuldt noch gar nicht bezahlt, oder noch nicht ganz getilgt ist, ist schon oben (§. 871.) gezeigt worden. Daher giebt Ulpian die Regel *L. 9. §. 3. D. h. t.* *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur*

²¹⁾ *L. 4. C. de distract. pignor.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4. et 5.

²²⁾ *L. 6. §. 1. L. 7. L. 24. §. 3. L. 42. D. h. t.* Eine dingliche Klage steht wegen des Ueberschusses dem Schuldnier nicht zu, wenn auch der Gläubiger sich davon ein Grundstück gekauft haben sollte, wie *L. 20. Cod. de distract. pignor.* verordnet. S. Westphals Pfandrecht §. 256.

tur *pigneratitia actio*. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum; welche Bachov²³⁾ fürzer so ausdrückt: *Soluto vinculo pignoris, nasci et competere actionem pigneratitiam*. Hat der Verpfändender vor Bezahlung der Schuld geflagt, so ist zwar, wenn blos durch Tilgung derselben dem Pfand, rechte des Gläubigers ein Ende gemacht werden konnte, die Klage noch zur Zeit unschädlich. Allein der Fehler kann dadurch wieder gut gemacht werden, wenn der Kläger während des Prozesses das Geld gerichtlich anbietet, und deponeirt. Hier kann dennoch der Gläubiger zur Herausgabe des Pfandes und Leistung des Interesse verurtheilt werden²⁴⁾). Uebrigens fehlt die *actio pigneratitia directa* zwar eigentlich einen Pfandcontract voraus; jedoch gestatten sie die Gesetze wegen der persönlichen Verpflichtungen des Pfandgläubigers auch in andern Fällen, wo der Gläubiger ohne jenen Contract ein Pfandrecht, und vermöge desselben den Besitz des Pfandes erlangt hat. Dahin gehört a) wenn der Gläubiger den Besitz des Pfandes mittels der hypothekarischen Klage erhielt, und bey dem Verkauf des Pfandes eine größere Geldsumme lösete, als wore auf ihm die Sache verpfändet war. Diesen Ueberschuss kann sich auch der hypothekarische Gläubiger so wenig als der Faustpfandgläubiger zueignen²⁵⁾). b) Wenn dem hypothekarischen

23) *Tr. de pignor. et hypoth.* Lib. V. cap. 16.

24) *L. 9. s. ult. D. h. t.* Qui ante solutionem egit pigneratitia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam, et, quod sua interest, consequi. *S. Westphals Pfandrecht* §. 255. Mot. 387.

25) *S. BACHOV de pignorib. et hyp.* Lib. V. cap. 18. pag. 450.

parischen Gläubiger bey der Ausübung des Retentionsrechts Mangel an gehöriger Aufsicht und Verwahrung des Pfandes zur Last fällt²⁶⁾. c) Wenn der Gläubiger, denn ein gesetzliches Pfandrecht an der Sache zustand, völlig befriedigt worden ist. So z. B. kann derjenige, welcher ein praedium urbanum gemietet hatte, wenn er nach völlig getilgter Mietshschuld ausziehen, der Vermieter aber ihm seine Sachen, an denen dieser ein gesetzliches Pfandrecht hatte, nicht verabfolgen lassen will, gegen denselben mit der actio pigneratitia directa klagen²⁷⁾. Dass in dieser Hinsicht zwischen pignus und hypotheca kein Unterschied sei, hat Bachov²⁸⁾ einleuchtend gezeigt. Man pflegt jedoch die Klage in diesen Fällen eine actio pigneratitia utilis zu nennen²⁹⁾. Allein Ulpian, auf den man sich hier beruft, meint in der L. 5. §. 21. D. *Ut in possessionem legator.* wo er sagt: *Quinimo et si amplius, quam sibi debetur, perceperit legatarius, exemplo pigneratitiae actionis etiam utilis actio ad id refundendum dari debebit;* wohl eigentlich nur die *actio in factum*, welche nach L. 9. pr. D. *de rebus auct. iudicis possid.* dem Schuldner gegen den immittirten prätorischen Pfandgläubiger gestattet wird, wenn dieser aus dem Ertrag der Güter mehr Nutzen gezogen hat, als die Schuldbeträgt. Ulpian findet

26) L. 34. D. *de damno infecto.*

27) L. 11. §. 5. D. h. t.

28) Cit. loco. pag. 451.

29) *de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 13.* ERXLEBEN de iure pigner. §. 297. Thibaut System des Pand. Rechtes s. B. §. 662.

findet wenigstens an andern Orten³⁰⁾ kein Bedenken, die *actio pigneratitia* ohne alle Modification dem Schuldner in den bemerkten Fällen zu gestatten.

II. Die Gegenpfandcontraetsklage (*actio pigneratitia contraria*). Diese stellt der Gläubiger oder dessen Erbe gegen den Verpfänder oder dessen Erben an, und geht auf eine dem Kläger zu leistende Schadloshaltung. Worin diese Entschädigung besteht, ist schon §. 873. bei den Verbindlichkeiten des Schuldners gezeigt worden.

§. 875.

Findet die *actio pigneratitia directa* gegen den Dritten statt?

Aus Allem ergiebt sich also, daß die Klagen aus dem Pfandcontracte nur Verfolgung der Rechtsverhältnisse zwischen Schuldner und Gläubiger zum Zweck haben. Sie sind folglich ihrer Natur nach persönliche Klagen. So wenig daher 1) die *actio pigneratitia directa* von einem Dritten angestellt werden kann, der weder selbst den Pfandcontract mit dem Gläubiger geschlossen hat, noch des Verpfänders Erbe geworden ist, wenn er gleich dem Schuldner, um ihn aus der Noth zu helfen, seine Sache zum Verpfänden gab; eben so wenig findet auch 2) die genannte Klage gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache statt, wenn etwa der Gläubiger das Pfand weiter versetzt, oder solches gar veräußert hätte. So wie daher in dem ersten Falle der Eigentümer sich an den Schuldner halten, und gegen diesen aus dem mit ihm geschlossenen Con-

30) L. u. §. 5. D. k. t. S. voxt Comm. ad Pand. b. c. §. 11. und Meigners vollst. Darstellung der Lehre vom still-schweigenden Pfandrecht §. 46.

Contract, actione commodati oder actione praescriptis verbis, klagen muß; so muß in dem andern Falle der dritte Besitzer der verpfändeten Sache durch die Eigenthumsklage belangt werden. Ersteres erhellt aus L. 5. §. 12. *D. Commodati*, wo Ulpian sagt: *Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repignoras, ut mihi reddas: LABEO ait, commodati actionem locum habere, quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum, vel ex locato conducto agendum erit.* Hierher gehört ferner die L. 27. *D. h. t.* wo es heißt: *Petenti mutuam pecuniam creditori, cum prae manu debitor non haberet, species auri dedit, ut pignori apud alium creditorem pone. ret: si iam solutione liberatas receptasque eas is, qui suscepserat, tenet, exhibere iubendus est: quod si etiam nunc apud creditorem creditoris sunt, voluntate domini nexae videntur: sed ut liberatae tradantur, domino earum propria actio adversus suum creditorem competit.* Der Eigenthümer kann hier die seinem Gläubiger zum Verpfänden gegebene Sache nicht mit der *actio pignoratitia directa* zurückfordern. Diese Klage findet weder gegen den Gläubiger des Eigenthümers, noch gegen den Gläubiger seines Gläubigers statt, wenn dieser die Sache noch nicht zurückgegeben haben sollte, weil er mit keinem von beyden einen Pfandvertrag über die Sache geschlossen hat. Die *propria actio*, welche hier der Eigenthümer gegen seinen Gläubiger anstellen muß, ist also die *actio praescriptis verbis*, wodurch er verlangt, daß sein Gläubiger das Pfand einlöse, und ihm zurückgabe³¹⁾). Denn er gab die

31) G. FORMIAN Pand. Iustin. Tom. I. Lib. XIX. Tit. 5. Nr. XIV.
noe.

die Sache seinem Gläubiger darum zu verpfänden, um sich hierdurch einen Aufschub der Zahlung zu verschaffen. Der Gebrauch, wozu die Sache gegeben wurde, war also hier kein bloßer usus gratuitus. Daher kann die actio commodati nicht wohl angestellt werden.³²⁾ Das aber auch die actio pignoratitia directa nicht gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt, sondern dieser mit der rei vindicatio oder einer andern passenden Klage beansprucht werden müsse, lehren folgende Gesetzesstellen. a) L. 13. pr. D. s. h. 7. Hier heißt es: *Si cum venderet creditor pignus; convenerit inter ipsum, et emtorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam, scripsit IULIANUS, et est rescriptum, ob hanc conventionem pignoratiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem: sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione aduersus emtorem agere.* Es ist hier ein solcher Fall vorzusehen, wo der Verkauf des Pfandes ungültiger Weise von dem Gläubiger geschehen war, vielleicht weil der Zahlungs-Termin noch nicht eingetreten war. Allein der Gläubiger hatte mit dem Käufer des Pfandes verabredet, daß wenn ihm der Schuldner das Kaufgeld wieder erstatten würde, er ihm das Pfand herausgeben solle. Wegen dieses Vertrags kann nun zwar der Schuldner mit der actio pignoratitia directa gegen den Gläubiger klagen, daß er ihm seine Rechte wegen der Zurückgabe des Pfandes gegen den Käufer desselben abtrete;

not. g. Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. und Westphals Pfandrecht S. 116. Mot. 138.

32) L. 3. Cod. de commodato.

te³³⁾; allein gegen den dritten Besitzer kann er diese Klage nicht anstellen. Gegen diesen wird dem Schuldner die Revindication oder die *actio in factum* gestattet. Diese *actio in factum* ist, wie auch Wepsthal³⁴⁾ annimmt, vermutlich die *actio utilis*, welche nach der Verordnung des Antoninus Pius, ein Mandat auch ohne Cession gegen den Dritten anstellen kann, mit welchem der Bevollmächtigte in seinem Namen gehandelt hat. Denn der Pfandgläubiger handelt bey der Veräußerung des Pfandes als ein Bevollmächtigter des Verpfänders. Der Mandatar muss aber seinem Gewaltgeber seine Rechte gegen den Dritten cediren, mit dem er, als Mandatar, contrahirt hat. Es kann jedoch auch der Principal ohne Cession *actione utilis* klagen³⁵⁾. So stimmt also die Entscheidung Ulpianus mit den Rechtsgrundsätzen seines Zeitalters vollkommen überein, und man hat hier gar nicht nöthig mit Anton Faber³⁶⁾ einen Tribonianismus anzunehmen, wie auch schon Gerhardt Noodt³⁷⁾ gezeigt hat. b) L. 2. D. de

pigno-

33) Sonst kann zwar nach der Subtilität des röm. Rechts Niemand zum Vortheil eines Dritten pacifiziren. L. 73. §. ult. D. de div. reg. iur. Allein da hier dem Gläubiger selbst baran gelegen ist, daß der Vertrag dem Dritten gehalten werde, so wird hier der Vertrag eben so angesehen, als ob ihn der Gläubiger für sich geschlossen hätte. Man sehe auch L. 7. pr. D. de distract. pignor.

34) Pfandrecht §. 219. Mot. 243. S. 317.

35) L. 13. §. 25. D. de act. E. Vend.

36) De errorib. Pragmaticor. Decad. XXII. Err. q.

37) Commentar. ad Dig. Lib. XX. Tit. 1. Operum Tom. II. pag. 443. sq. §. Effectus venditi pignoris etc.

pignorib. Fideiussor, qui pignora vel hypothecas suscepit, atque ita pecunias solvit, si mandati agat, vel cum eo agatur, exemplo creditoris etiam culpam aestimari oportet. *Caeterum iudicio, quod de pignore dato proponitur, conveniri non potest.* Nach dieser Stelle des Papinians kann der Bürge, welcher den Gläubiger befriedigt, und die Pfänder übernommen hat, dennoch vom Schuldner mit der actio pigneratitia nicht belangen werden, wenn er auch durch eine Cession in die Rechte des Gläubigers eingetreten ist. Denn der Cessionar bleibt im Verhältniß zum Schuldner doch nur wie ein Fremder zu betrachten, mit dem er keinen Pfandvertrag geschlossen hat. Das zwischen ihnen statt habende Verhältniß ist also blos nach dem Mandatsvertrage zu beurtheilen³⁸⁾. c) *L. 2. D. Quibus mod. pignus solvit.* Si creditor Serviana actione pignus a possessore petierit, et possessor litis aestimationem obtulerit, et ab eo debitor rem vindicet: non aliter hoc facere concedetur, nisi prius ei debitum offerat. Der dritte Besitzer, gegen welchen der Gläubiger die Hypothek mit der actio Serviana verfolgt hatte, hatte die auf der Sache haftende Schuld bezahlt, und die Hypothek getilgt. Durch diese Befreiung des Grundhülf's von der darauf gehafteten Hypothek hat er die Sache wirklich meliorirt. Dem Schuldner bleibt nun zwar unbenommen, die Sache als sein Eigenthum zu vindicare, aber er muß dem Besitzer die Melioration vergüten, d. i. ihm die Schuld bezahlen, eben so, als ob dieser selbst der Gläubiger wäre. Ganz das nämliche wird *L. 28. pr. D. h. t.* gesagt, wo es heißt: *Si creditor, qui rem pignori acceperat, amissa eius possessio-*

ne

38) C. Weißhals Pfandrecht §. 228. Not. 250.

ne Serviana actione petierit, et litis aestimationem consecutus sit; postea debitor eandem rem petens, exceptione summovetur: nisi offerat ei debitor, quod pro pro eo solutum est. Dass gegen den dritten Besitzer die Eigenthumsklage anzustellen sey, erhebet d) aus L. 65. *D. de rei vindicat.* wo Papinian sagt: Emotor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita, non aliter restituere domino cogetur, quam si pecuniam creditori eius solutam, qui pignori datum praedium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit: scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit. Dass hier nicht von der actio pigneratitia, sondern von der Eigenthumsklage die Rede sey, lehrt schon der Titel, unter welchem dieses Fragment befindlich ist. Eben dieses lehrt der Zusammenhang dieser Stelle mit L. 48. *D. eodem*, welche aus eben dem libro 2. *Responsorum Papiniani*, wie L. 65. genommen ist. Auch hier ist der Fall, wo der dritte Besitzer, welcher ein von dem Eigenthümer verpfändetes Grundstück von einem Nichteigenthümer gekauft, den hypothekarischen Gläubiger wegen Kapitals und rückständiger Zinsen befriedigt hatte. Der Verpfänder flagte gegen den Besitzer mit der Eigenthumsklage. Dass der Besitzer das Grundstück dem rechten Eigenthümer herausgeben müsse, leidet keinen Zweifel. Aber er kann auch von Rechtswegen verlangen, dass ihm von dem Eigenthümer das an den Gläubiger desselben bezahlte Geld, wodurch die auf dem Grundstück vorhanden gewesene Hypothek gerilgt worden ist, wieder ersetzt werde, insofern er nicht etwa durch den Genuss der Früchte, so weit er sie als bona fidei possessor lucrit, dieser Gegenforderung wegen entschädigt

get worden ist³⁹⁾). In Verbindung mit den bisher erklärten Gesetzen können denn auch folgende Stellen des römischen Gesetzbuchs nicht wohl von einer andern Klage, als der Reivindication, verstanden werden; nämlich e) L. 2. Cod. *Si pignus pignori datum sit.* Si creditor possessio-
nem, quae a parentibus tuis pignoris iure fuerat ob-
ligata, non vendidit, sed alii creditor i pignori dedit;
examinata fide veri, poteris eam, soluto eo, quod
ex hac causa creditor debetur, intercessu Praesidis
provinciae recuperare. f) L. 2. Cod. *Si vendito pi-
gnore agatur.* Servos, quos nullo iure a creditore ve-
nisse dicis, pater tuus, vel tu, si hereditas eius ad
te pertinet, a possessoribus petere potes. Quod si
usucapti sunt, petat pater tuus pretium eorum a cre-
ditore, qui non iure eos vendidit. g) L. 3. Cod. eo-
dem. Si uxor tua Praesidi provinciae probaverit, cum
aureos triginta deberet, servos suos amplioris pretii
per gratiam aureis viginti creditorem vendidisse, eum-
que solvendo non fuisse: *iubebit emtores, recepto pretio,*
restituere servos. Zur Erläuterung der letzten Stelle ist zu
bemerken, daß wenn gleich in dem Falle, von welchem die-
selbe redet, der Käufer und Verkäufer nicht außer Ge-
fährde waren, wie die Worte *per gratiam* anzeigen, den-
noch der Verkauf des Pfandes an sich nicht ungültig war.
Daher muß hier der Schuldner zuvörderst die Wiederein-
föhrung in den vorigen Stand suchen, wenn er die Reivin-
dication gegen den dritten Besitzer anstellen will. Denn
das Eigenthum des Pfandes ist auf den Käufer überge-
gangen.

39) S. HUBERI Praelect. ad Pandect. Lib. VI. Tit. I. §. 10. und
Wesphals Pfandrecht §. 258, Mot. 290.

gangen. Hieraus erklärt sich denn auch, warum der Käufer nur dann erst in Anspruch genommen werden kann, wann der Verkäufer außer Stande ist, den Verpfändeter schadlos zu halten. Denn die Restitution in den vorigen Stand ist ein außerordentliches Rechtsmittel, welches in der Regel nur dann gestattet wird, wenn der Verlehrte durch ordentliche Mittel den Schaden vollständig von sich abzuwenden nicht vermag. Daher muß hier der Verpfändeter vor allen Dingen mit der actio pigneratitia directa gegen den Gläubiger auf das Interesse klagen, ehe er den Käufer belangen kann, wie auch Cujaz⁴⁰⁾ ganz richtig bemerkt hat. Dieser Gründe ungeachtet, sind doch viele Rechtsgelehrten⁴¹⁾ anderer Meinung. Man giebt zwar zu, die actio pigneratitia directa sey eine persönliche Klage, man glaubt aber, sie sey zu denjenigen persönlichen Klagen zu zählen, welche auch gegen den dritten Besitzer Statt finden, und welche daher actiones in rem scriptae genannt zu werden pflegen. Den Beweis hiervon meint man nicht nur in den bisher angeführten Gesetzen zu finden, in welchen nämlich der Grund des Pfandcontractsklage, nämlich Bezahlung der Schuld, sehr deutlich ausgedrückt werde; sondern man beruft sich noch

§ 2

insono-

40) Recitatt. solemn. in Codicem ad Tit. 29. libri VIII. Si vendito pignore agatur. §. Quod si iure facta sit venditio. etc. Man sehe auch Westphals Pfandrecht §. 220. Mot. 244.

41) MEVIUS Decision. P. V. Decif. 342. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLV. medit. 5. BERGER Oecon. iuris. Lib. III. Tit. II. Th. 17. not. 3. WERNHER Select. Observation. for. Tom. III. P. III. Obs. 2. Gruben rechtliche Bedenken 5. Eb. Wed. 70. MENCKEN Diff. de actione pigneratitia. §. 13. FÜRTMANN Adversar. iuris univ. Lib. II. cap. 3.

insonderheit auf eine Stelle des kanonischen Rechts, nämlich auf das cap. 6. X. *de pignorib.* wodurch vollends die Sache außer allem Zweifel gesetzt seyn soll. Allein eine nähre Beleuchtung dieser Stelle wird uns von dem Gegenthil überzeugen. Die Stelle lautet so: *Cum contra nobilem virum G. Deentein, civem Anagninum super quibusdam possessionibus, quas quondam pater tuus L. de Saul pro certa quantitate pecuniae obligaverat, et ipsius creditoris heredes praedicto G. pinguoraverant, movisses in nostra praesentia quaestio- nem, legitime probavisti, quod ex earum proventi- tibus tantum fuerat tam ab eodem G. quam ab aliis, quia eas tenuerant, a tempore, quo fuerant obligatae, perceptum, quod fructus sorti poterant adae- quari. Nos igitur attendentes, quod in talibus per- ceptio fructuum in solutione sortis accedat, cum se- cundum canonicas sanctiones fructus restitui, et in fortē debeant computari: considerantes etiam, quod possessiones ipsae iam extenuassent penitus totum onus et debitum annullassent, ipsas tibi restituendas esse decre- vimus, et te per nuncium nostrum in possessionem induci fe- cimus corporalem.* Es wird nun zwar in dieser Stelle aller- dings verordnet, daß nach bezahlter Schuld, und sey sie auch, wie in dem Falle, welchen hier der Papst Inno- cenz III. entscheidet, durch die Früchte der Sache getilgt worden, das Pfand restituit werden müsse, und daß der Verpfändeter besieglt sey, die verpfändete Sache auch von einem dritten Besitzer, an den sie der Pfandgläubiger wie- der verpfändet hat, zurückzufordern. Allein das Gesetz be- stimmt hier so wenig, als es in den bereits angeführten Stellen des Römischen Rechts geschehen war, die Art der

Klage,

Klage, welche gegen den dritten Besitzer der Sache anzustellen sey. Es muß also immer eine dazu geeignete Klage vorausgesetzt werden. Man wendet zwar ein, der ganze Inhalt des Textes werde jeden Unbesangenen, welcher die Worte desselben nur etwas genauer erwägt, lebhaft überzeugen, daß das Gesetz nicht von der Eigenthumsklage verstanden werden könne, sondern die Pfandcontractsklage unverkennbar darin angedeutet werde. Schon das, was der Pfeist vor dem hier unternommenen Beweise ansühre, sehe dieses ausser allem Zweifel. Denn wäre die Eigenthumsklage angestellt worden, so hätte der Kläger sein Eigenthum beweisen müssen. Hiervon werde aber in dem angeführten Text kein Wort gesagt, sondern der Kläger hatte bloß dargethan, daß die Forderung seines Gläubigers durch die ans dem verpfändeten Grundstück gezogenen Früchte getilgt sey. Dieser Beweis würde bey der Reivindication unnütz und lächerlich seyn, wo der Besitzer die Sache umsonst herausgeben muß; hingegen der actio pigneratitia sey er vollkommen angemessen, indem der Kläger bey derselben darthun muß, daß der Beklagte entweder durch baare Bezahlung der Schuld, oder durch Compensation der genossenen Früchte befriediget sey. Man brauche nur die L. 1. Cod. de pignerat act. mit dem cap. 6. X. de pignorib. zu vergleichen, um sich zu überzeugen, daß in beiden Stellen von der Pfandcontractsklage gehandelt werde. Dieß sind die Gründe, welche besonders Leyser gebraucht hat. Er glaubt überdem, daß es auch schon die Willigkeit erforderne, daß der Schuldner die verpfändete Sache nicht umsonst durch die Reivindication wieder erlange, sondern daß er vielmehr das, was er von dem Gläubiger empfangen, dem redlichen Besitzer restituire, um sich

sich nicht mit dessen Schaden zu bereichern. Allein das ganze Leyser'sche Raisonnement beruhet auf einer unrichtigen Ansicht des hier von dem Papst entschiedenen Rechtsfalles. Der Gläubiger, oder, welches hier gleichviel gilt, desselben Erben, hatten das Pfand an einen Dritten weiter verpfändet, der solches also jetzt, und zwar auch nur als Pfandgläubiger, im Besitz hatte. Wie konnte hier der Besitzer auf den Einfall gerathen, sich das Eigenthum anzumaßen, wenn der Verpfänder das Pfand vindicirte? Wie konnte hier ein Streit über das Eigenthum entstehen, welcher den Beweis derselben nothwendig gemacht hätte? Es war genug, wenn der Kläger bewies, daß der Beklagte die Sache von seinem, des Klägers, Gläubiger, als ein Pfand erhalten habe. Man sieht also, warum hier der Beweis des Eigenthums nicht zur Sprache kam. Da jedoch dem Verpfänder durchaus nicht eher ein Recht zusteht, das Pfand zurückzufordern, als wenn die Schuld, oder das Pfandrecht auf irgend eine Art getilgt ist; so kam es freylich in dem gegenwärtigen Falle nur hauptsächlich darauf an, daß der Schuldner nachwies, das Pfandrecht sey durch den Genuss der aus dem verpfändeten Grundstück erhobenen Früchte erloschen, und die Schuld damit getilgt. Natürlich mußte nun der zweyte Gläubiger condamniert werden, die Sache dem ersten Verpfänder zu restituiren, weil dessen Pfandrecht von keiner längern Dauer, als das Pfandrecht des ersten Gläubigers, seyn konnte¹²⁾). So überflüssig also hier der Beweis des Eigenthums gewesen wäre, da Niemand dem Kläger das Eigenthum streitig mache, so nothwendig war der hier von dem Kläger geführte Beweis, weil,

¹²⁾ L. 40. §. 2. D. de pignorat. act.

woll, so lange die Pfandflage gegen den Gläubiger selbst nicht Statt hatte, auch die Sache nicht von dem dritten Besitzer abgesondert werden konnte. Daraus folgt nun also noch gar nicht, daß hier von der actio pigneratitia die Rede sey, da derselben überdem mit keinem Worte gedacht wird. Es widerlegt sich auch dadurch der Einwand, daß bey der Reivindicacion der Beweis, von welchem in unserm Text die Rede ist, unnütz und lächerlich gewesen wäre, weil der Besitzer die Sache umsonst herausgeben müsse. Zwar hat der Saß, daß die Herausgabe der Sache bey der Reivindication umsonst geschehen müsse, als Regel allerdings seine Richtigkeit; er leidet aber doch auch seine Ausnahmen, wie aus der bereits oben angeführten L. 65. pr. *D. de rei vindicat.* deutlich genug erhellet. In der That aber behauptet die angeführte Regel auch hier ihre Gültigkeit. Denn hat der erste Verpfändner seinen Gläubiger völlig befriedigt, so muß der zweyte Gläubiger, an welchen jener das Pfand weiter versetzt hat, solches dem ersten unentgeldlich herausgeben, wenn ihm gleich sein Schuldner das Pfand für eine größere Schuldsumme verpfändet hätte. Dieser mag sich dann an seinen Schuldner und Verpfändner halten. Ein Retentionsrecht steht ihm deswegen gegen den ersten Verpfändner nicht zu, wenn dieser das Pfand vindicirt, wie auch schon bey einer andern Gelegenheit (§. 866. S. 59.) vorgekommen ist. Hätte der Gläubiger die Sache vermöge eines Auftrags des Schuldners weiter verpfändet, oder cedirt er dem letztern seine Klage gegen den dritten Besitzer, so versteht sich zwar von selbst, daß die actio pigneratitia gegen den Dritten Statt finde, allein juristisch ist dieses keine Ausnahme von jenem Saß, wie

wie auch Thibaut⁴³⁾ und Emminghaus⁴⁴⁾ ganz richtig bemerkt haben. Aus allem erhellt nun deutlich genug, wie unerheblich die Gründe sind, womit man die Zulässigkeit der actio pignoratitia wider einen dritten Besitzer beweisen will. Die meisten Rechtsgelehrten⁴⁵⁾ vertheidigen daher mit Recht die entgegengesetzte Meinung.

Aus

43) System des P. N. 2. Band. §. 662.

44) ad cocceji iur. civ. controv. Tom. II. h. t. Qu. 15. not. p. pag. 261.

45) Iust. Henn. BOEHMER Iur. Eccles. Protest. Tom. I. Lib. I. Tit. 2. §. 72. Iu. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVI. §. 8. sqq. Io. ULR. de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 375. Io. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3. Io. Henr. BERGER Supplementa ad Electra disceptation. for. P. I. Tit. 5. §. XXXI. pag. 99. Sam. de COCCAEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. et 15. Reinh. BACHOVIVS Tr. de pignor. et hypoth. Lib. V. cap. 19. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 16. Franc. ALEX. Diss. de usu actionis pignoratiae contra tertium rei oppignoratae possessorem. In Eius diebus academ. s. Opuscul. Heidelb. 1753. 4. Diss. XV. pag. 467. sqq. Westphal Pfandrecht §. 258. Car. Frid. WALCH introd. in controv. iur. civ. pag. 735. sq. Io. Nic. LÜTKENS Diss. de actione pignoratiae contra tertium non competente. Goett. 1777. Christ. Nic. SCHLICHTKRULL Disput. sist. quaestionem: an actio pignoratiae directa contra tertium possessorem institui queat? Gryphiswaldiae 1777. Abrah. BRACK Diss. de actione pignoratiae contra tertium pignoris possessorem competentem et non competentem. Gieffae 1786. Car. Christ. NOTACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1889. Io. Ern. Iust. MÜLLER Observation. pract. ad Leyserum Tom. II. Fasc. I. Observat. 342. und Christ. Heinr. Gottl. Rößel Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelehrtheit. 1. Band Betracht. XVII. S. 226. ff.

Aus den Prämissen entscheidet sich noch eine andere Frage, welche ebenfalls sehr streitig ist, nämlich wann die Pfandcontractslage verjähre werde? Dass dazu die ordentliche Verjährungszeit nicht genüge, ist gewiss. Folgende klare Gesetzesstellen lassen uns auch hieran gar nicht zweifeln.

L. 10. Cod. h. z. *Nec creditores, nec qui his successerunt, adversus debitores pignori quondam res nexas petentes, reddita iure debiti quantitate, vel his non accipientibus, oblata et consignata et deposita, longi temporis praescriptione muniri possunt.*

L. 12. Cod. eodem. *Quominus fructum, quos creditor ex rebus obligatis accepit, habita ratione, ac residuo debito soluto, vel si per creditorem factum fuerit, quominus solveretur, oblati et consignati et deposito, pignora, quae in eadem causa durant, restituat debitori: nullo spatio longi temporis defenditur.*

Daraus folgt nun aber nicht, dass die *actio pignoratitia directa* hiermit für unverjährbar erklärt worden sey, wie viele⁴⁶⁾ behaupten wollen. Zwar kann freylich der Pfandgläubiger durch keine Verjährung das Eigenthum der Sache, welche er als Pfand besitzt, erwerben, weil es ihm an allen Erfordernissen der acquistiven Verjährung mangelt. *L. 13. pr. D. de Usurpat. et usurpat.*

46). LEYSER Meditat. ad. Pand. Vol. III. Specim. CLV. medit. 9.

Io. Lud. SCHMIDT Diff. de praescriptione actionia pignoratitiae directae, praef. *Io. Casp. HEIMBURGIO* def. *Ienae 1756.* § 45. *Aug. Siegm. Rott* Theorie der Verjährung. Leipzig 1811, §. 92. II. 4. m.

soge ausdrücklich: *Pignori rem acceptam usu non capimus, quia pro alieno possidemus.* Eben dies will das deutsche Sprichwort sagen: *Verfaß verjährt nicht*⁴⁷⁾. Allein es ist hier von keiner *acquisitiven*, sondern bloß *expansiven* Verjährung die Rede. Dieser ist die *actio pigneratitia directa* allerdings unterworfen, weil nach der allgemeinen Vorschrift der L. 3. Cod. de *praescript* 30. vel 40. annor. alle Klagen, sie seyen persönliche, oder dingliche, in dreißig Jahren durch Verjährung erlöschten sollen. Von dieser Regel haben die Gesetze in Ansehung der Pfandslage keine Ausnahme gemacht⁴⁸⁾). Es kommt also nur noch darauf an, von welcher Zeit an diese dreißigjährige Präscription bei der *actio pigneratitia directa* ihren Anfang nehme? Dies ist nun eine Frage, worüber sehr gestritten wird. Es gibt hierüber zweyerlei Meinungen unter den Rechtsgelehrten. Einige⁴⁹⁾ nehmen

47) S. Joh. Fried. Eisenharts Grundsätze der deutschen Rechte in Sprichwörtern. S. 321. der neuern Ausgabe. Leipzig 1792.

48) S. Lucas God. MADIBN ad *Menckenii doctr. de actionib. for. Not.* 558. pag. 197. und Christph. Christ. Dabelow über die Verjährung. 2. Th. §. 167. u. 168. In einem Falle dauert jedoch die *actio pigneratitia directa* nur zwei Jahre, nämlich wenn sie auf Einlösung eines dem Gläubiger vom Regenten zugeschlagenen Pfandes gebebt. L. 3. Cod. de iure dominii impetrando. S. Dabelow 2. Th. §. 162. S. 226. und Thibaut System des Pand. Rechts 2. B. §. 1039.

49) Reinhard BACHOVIVS Tr. de *pignorib. et hypoth.* Lib. V. cap. 20. Arn. VINNIUS Select. iuris Quaest. Lib. II. cap. 6. Petr. de TOULLIEU Diff. Iuri suendi ac repetendi pignoris an praescribatur? in eius Collectanea iur. civ. Diff. III. p. 106. sqq.

an, die Verjährbarkeit dieser Klage fange gleich von dem Augenblick an, da der Pfandcontract geschlossen worden. Ihr Hauptgrund ist, weil es eine Nachlässigkeit von Seiten des Schuldners sey, wenn er den Gläubiger nicht binnen rechtsverjährter Zeit befriedigte, und dadurch sich in den Stand setze, seine Pfänder abfordern zu können. Diese Nachlässigkeit könne dem Schuldner nicht zu Statten kommen, weil die Verjährung zur Bestrafung der Nachlässigkeit eingeführt sey. Andere⁵⁰⁾ hingegen behaupten, daß die auf Zurückforderung des Pfandes zu richtende Klage erst von der Zeit an verjährbar werde, da der

Schuld-

§. 70. sqq. Sam. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 19.
Westphal Pfandrecht §. 259. u. a. m.

50) *Io. voet* Commentar. ad Pand. h. t. §. 7. *Ant. SCHULTING*
Thes. controvers. Dec. L. Th. 9. Sam. STRYK Uf. mod. Pandi
h. t. §. 12. Petr. MÜLLER ad *Struvii Syntagma iur. civ.*
Exerc. XIX. Th. 49. not. 2. Ge. FRANTZKII Commentar. in
Pand. h. t. nr. 12 et 13. Io. Henr. de BERGER Oecon. iuris.
Lib. III. Tit. 2. Th. 17. Not. 2. Io. Henr. Christ. ERXLEBEN
Princip. de iure pignor. et hypoth. §. 294. et 295. God. Lud.
MENCKEN Doctr. de actionib. for. pag. 196. §. 93. *Car. Frid.*
VOIGT Diff. de praescriptione actionis pignoratitiae directae,
praef. *Io. Matth. MARTINI*, *Rostochii* 1794. def. *MOUSSON*
Diff. eiusd. argum. praef. *Christ. GMELIN* def. *Tubingae* 1796.
Christ. a. T. HIBAUT über Besitz und Verjährung a. Th. §. 53. *Ioh.*
Ern. Bernh. ZIMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t.
Qu. 19. not. 2. *Ab. Diet. WEBER* zu *Höpfner's* Com-
mentar über die Helvetic. Institutionen §. 1182. Not. 3. §.
1128. *Christoph. Christ. Dabelow* über die Verjäh-
rung. a. Th. §. 167. u. 168. und *Christ. Heinr. Gottl.*
Lösch v. Meditationen über die interessant. Gegenst. des heut.
Civilrechtsgelehrtheit. 1. B. Seite. 18.

Schuldner die Pfandschuld abgetragen hat. Denn die Pfandsklage werde erst in dem Augenblick eine actio nata, da die Bezahlung der Schuld geschehen, und dennoch die Rückgabe des Pfandes nicht erfolgt ist. Das Rechte, ein Pfand vom Gläubiger wieder einzulösen, sei also vor geschehener Zahlung ewigdaurend, und erlöse erst nach derselben binnen dreißig Jahren. Diese letztere Meinung verdient allerdings den Vorzug. Denn es ist eine allgemeine Regel, daß die Verjährbarkeit einer Klage erst von dem Augenblick anfange, da eine rechtliche Möglichkeit zur Anstellung derselben vorhanden war. *Actionis nondum natæ non currit praescriptio.* Dies ist ein Satz, der bey der Präscription aller Klagen seine Anwendung findet ⁵²⁾). Nun machen es die Gesetze zur ausdrücklichen Bedingung, daß die Schuld bezahlt, oder der Gläubiger auf andere Art befriedigt worden seyn müsse, wenn die *actio pignoratitia* mit Wirkung soll angestellt werden können. Folgende Stellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 9. §. 3. D. b. t. *Omnis pecunia exsoluta esse debet, aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignoratitia actio.*

L. 9. §. 5. D. eod. *Qui ante solutionem egit pignoratitia, — non recte egit.*

Man wender zwar dagegen ein, daß die Bedingung, unter welcher dem Schuldner die Pfandsklage zuständig ist, aus dem Grunde hier nicht in Betrachtung gezogen zu werden

52) *L. 7. §. 4. Cod. de praescript. 30. vel 140. annos. L. 1. §. ult. Cod. de annali except.* Dabelow über die Verjährung a. Th. §. 149.

den verdiene, weil es ihm frey siehe, den Gläubiger in Ansehung seiner Forderung zu befriedigen, wenn er will. Der Schuldner habe es sich folglich selbst bezumessen, wenn er das selner Klage entgegenstehende Hinderniß nicht aus dem Wege räume, und es sey dies eine Nachlässigkeit, weswegen die actio pigneratitia eben so gut, als andere Klagen, verjährt werden könnte. Denn wenn die Erfüllung der Bedingung, unter welcher Jemandem ein Recht jufsteht, blos von ihm abhängt, und er wollte sich dennoch durch seine Nachlässigkeit zum Schaden eines Andern einen Vortheil zu verschaffen suchen, so streite dieß der ganzen Rechtsanalogie entgegen. Ueberdem könnten jenen Gesetze stellen, wo gesagt wird, die actio pigneratitia sey nur erst dann nata, wenn der Gläubiger seine Befriedigung erhalten, andere, nämlich die *L. i. §. 6. D. de obligat. et actionib. und §. ult. I. Quib. mod. re contrah. obligat.* entgegen gesetzt werden. Allein, bey einer genauern Prüfung, erscheinen diese Einwürfe als sehr unbedeutend. Man vermische nicht Nachlässigkeit des Schuldners in Entrichtung der Hauptschuld mit der Nachlässigkeit desselben in Zurückforderung des Pfandes. Erstere kann dem Schuldner allerdings zum Vorwurf gereichen, und ihn auch die nachtheiligen Folgen des Verzugs empfinden lassen, ohne daß deswegen die letztere nur denkbar ist. Wir wollen aber einmal annehmen, die letztere wäre vor der ersten unzertrennlich, so müßte doch der Schuldner erst durch eine Interpellation, gleichviel, ob lex, oder dies, oder homo ihn interpellirt hat, in eine mora versetzt worden seyn. Erst von dieser Zeit an könnte also die actio pigneratitia als nata angesehen werden; und von einer Verjährung derselben die Rede seyn. Niimmermehr kann daher auch nach
die-

dieser Ansicht die Verjährung der Pfandklage schon von der Zeit des geschlossenen Contracts ihren Anfang nehmen, wenn man nicht die offensbare Ungereimtheit will Statt finden lassen, daß der Schuldner in dem Augenblick, da er gegen den Empfang des Anlehns das Pfand gab, auch schon die Schuld hätte wieder bezahlen, und das Pfand entlösen sollen. Allein es kann auch nicht einmal die Verjährung der Pfandcontractsklage schon von der Zeit an gerechnet werden, da der Schuldner wegen Bezahlung der Hauptschuld in mora zu seyn anstieg. Denn dieser Verzug berechtigte bloß den Pfandgläubiger, deshalb auf die Bezahlung der Schuld zu dringen. Es war also bloß auf seiner Seite die *actio nata*; aber noch nicht die dem Schuldner zustehende Pfandklage. Denn diese kann der Schuldner schlechterdings nicht eher, als nach Entrichtung der Schuld, anstellen. So lange also diese noch eristirt, kann von keiner Nachlässigkeit des Schuldners, und folglich auch von keiner Verjährung der ihm zustehenden Pfandklage die Rede seyn. Nur den Gläubiger allein trifft daher der Vorwurf der Nachlässigkeit, wenn er, nachdem der Schuldner in mora zu seyn anstieg, die ihm nun zuständige Schuldklage nicht anstelle. Nur dessen Klage ist daher, von dieser Zeit an, der Verjährung unterworfen. Die Verjährung der Pfandklage hingegen kann nach richtigen Ansichten durchaus nicht eher anfangen, als wenn die Schuld bezahlt, oder sonst der Gläubiger befriediget worden ist. Denn bis dahin befand sich der Gläubiger in keinem illegalen Zustande. Dieser fängt erst in dem Augenblick an, da nach geschehener Zahlung die schuldige Rückgabe des Pfandes nicht erfolgt. Erst von jetzt an ist daher die Pfandklage zuständig. So wenig nun die Saum,

selig-

seligkeit des Schuldners in Entrichtung der Hauptschuld auch schon eine Nachlässigkeit desselben in Anstellung der Pfandcontractsklage in sich schließt, eben so wenig ist die Verjährung der Schuldklage mit der Präscription der Pfandklage vergestalt conner, daß die eine auch nothwendig die andere in sich schließt. Es ist daher ganz irrig, wenn einige Rechtsgelehrten ⁵²⁾ behaupten, daß in dem Falle, da die Schuldklage durch Verjährung erlischt, die actio pignoratitia directa zugleich mit verjähre. Offenbar werden hier zwei ganz verschiedene Klagen mit einander vermischt. Ist die aus dem Hauptcontract entspringende Klage durch Verjährung erloschen, so wird dadurch mit Recht die Nachlässigkeit des Gläubigers bestraft. Wie kann aber diese Nachlässigkeit dem Schuldner zum Nachtheil gereichen, dem seiner Seits noch keine Nachlässigkeit in Unsehung der ihm zustehenden Pfandklage zur Last fällt? *Unicuique sua negligentia nocet, non alii* ⁵³⁾. Würde nicht auf solche Art dem Gläubiger seine Nachlässigkeit vielmehr zum Vortheil gereichen, wenn er nun das Pfand behalten dürfte, das leicht mehr werth seyn kann, als die ganze Pfandschuld beträgt? Ueberdem aber steht ja dem Schuldner noch immer, wenn er auf die Restitution der verpfändeten Sache klagt, die Ausflucht entgegen, daß die Forderung noch nicht getilgt sey. Diese Einrede ist an keine Verjährung gebunden ⁵⁴⁾. Denn durch die extinctive Ver-

jahrs

52) Gottlieb STURM *Diss. de praescriptione reiuniorum secundum analogiam iuris civ.* Vitembergae 1728. und Iac. RAVE *Princip. univ. doctrinae de praescriptione* §. 42.

53) L. 173. §. 2. D. de reg. iuris.

54) S. Dabellow über die Verjährung 2. Th. §. 167. S. 240. f. Anderer Meinung ist Lud. God. MADHN ad Mencken Doctr. de actionib. for. Not. 558. pag. 197.

jährung, von welcher hier allein die Rede ist, wird nicht sowohl das Recht und die Verbindlichkeit an sich, als vielmehr nur die gerichtliche Verfolgung derselben durch Klagen ausgeschlossen; es muß folglich wegen der an sich nicht aufgehobenen Verbindlichkeit noch immer eine Einrede statt finden⁵⁵⁾). Gesetze, welche unserer Behauptung entgegen stünden, wird man schwerlich finden. Am wenigsten sind es die, welche man uns entgegen zu sezen sucht. Denn in dem oben angeführten S. ult. I. Quib. mod. re contrah. obligatio, und der ganz gleichlautenden L. I. S. 6. D. de obligat. et action. wird offenbar mehr nichts, als die vollkommene Verbindlichkeit des Gläubigers, die verpfändete Sache zu restituiren, ausgesprochen. Von einer Verjährung der darauf zu richtenden Klage ist gar keine Rede. Dennoch, glaubt man, streite die Rechtsanalogie unserer Behauptung entgegen. Denn wäre es richtig, daß die Pfandklage nicht schon von der Zeit des geschlossenen Pfandcontracts, sondern erst von der Zeit der Bezahlung der Schuld an binnen dreißig Jahren verjährt werde, so dürste man auch bey allen übrigen Klagen, welche aus Bilateral-Contracten entspringen, den Anfang der Verjährung nicht von der Zeit des geschlossenen Contracts an datiren, welches doch die Gesetze gleichwohl verordnen. Allein ganz davon abgesehen, daß bey der Pfandklage deutliche Gesetze vorhanden sind, welche den Zeitpunkt genau bestimmen, da diese actio nata ist; so nimmt man hier offenbar einen Satz als ausgemacht an, dem man doch mit Grund widersprechen muß. Auch bey zweiseitigen Verpflichtungen

55) S. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. S. 10.

pflichtungen kann man als Regel annehmen, daß keine Klage eher entstehe, als bis man sich zu der Leistung, wodurch das Klagerecht begründet wird, wirklich erbiestet⁵⁶). Es kann daher auch bey diesen die Verjährung der Klage nicht eher anfangen. So wenigem Zweifel jedoch die Verjährbarkeit der Pfandklage nach dem Römischen Rechte unterworffen ist, weil nach demselben der gute Glaube zur erlöschenden Verjährung nicht nothwendig erfordert wird, sondern nur insofern in Betracht kommt, als der Präscribens, oder der Besitzer der Sache, an welcher der Andere seine Ansprüche durch die Verjährung verloren hat, solche aus den Händen eines Dritten mit einer dinglichen Klage zurückfordern will⁵⁷); so verhält sich dennoch nach dem Canonischen Rechte die Sache ganz anders. Denn da nach der Vorschrift desselben zur Verjährung solcher Klagen, welche auf Restitution einer fremden Sache gehen, insofern der Besitzer zur Fortsetzung des Besitzes berechtigt werden soll, eine die ganze Verjährungszeit hindurch fortgebauerte bona fides nothwendig erfordert wird⁵⁸); so kann nach diesem Grundsatz der Gläubiger selbst sich gegen den Schuldner nie mit der Einrede der Verjährung schützen, wenn letzter auch erst nach dreißig Jahren von Zeit der Bezahlung der Schuld an gerechnet, auf Zurückgabe des Pfandes klagen sollte⁵⁹).

56) G. Ehbau's System des Pandectenrechts a. Band §. 1034.

57) L. 8. Cod. de praescript. 30. vel 40. annor. G. Dabelow über die Verjährung a. Eb. §. 144. G. 178. f.

58) Cap. 5. et 20. X. de praescript. Dabelow a. a. D. §. 182. G. 300. f.

59) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 1893.

Lib. XIV. Tit. I.

De exercitoria actione.

§. 876.

Begriff der actionum adiectitiae qualitatis.

Die persönlichen Klagen lassen sich in Rücksicht ihrer Anwendung auf zweyerley Art gedenken. Sie werden entweder rein, und in ihrer unveränderten Gestalt gebraucht, so wie es ihre ursprüngliche Natur mit sich bringt, oder es wird einer genannten Klage noch ein Beysaß hinzugefügt, entweder um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen, oder um den Grund vollständig und bestimmt anzugeben, warum der Beklagte entweder überhaupt, oder auch aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belangt werden kann, gegen welchen sonst nach der Strenge des Rechts keine Klage Statt gesunden hätte. Solche persönliche Klagen, welche in einem gewissen Falle nicht rein und in ihrer unveränderten Gestalt gebraucht werden, sondern bey ihrer Anwendung noch einen Beysaß erhalten, um hierdurch eine Eigenschaft derselben anzugezeigen, welche in ihrem Wesen eigentlich nicht aufzufinden ist, sondern durch die Anordnung eines Gesetzes begründet wird, werden von den neuern Rechtsgelehrten *actiones adiectitiae qualitatis* genannt.

nennt⁶⁰⁾). Die Benennung ist blos doctrinell, wozu Paulus die Veranlassung gab, wenn er L. 5. §. 1. D. de *exercitoria actione* sagt: es sey keinem Zweifel unterworffen, daß wenn man mit einem magister navis ein Geschäft schließt, die aus demselben entspringende Klage allerdings noch immer gegen ihn selbst rein und unverändert, wie sie ist, erhoben werden könne, wenn gleich das Edict erlaubt, gegen den exercitor zu klagen. Dies stehe jener Klage nicht entgegen: *hoc enim Edicto non transfertur actio, sed adjicitur*; das heißt, weil das Edict die Klage nicht dergestalt auf den exercitor überträgt, daß man nicht mehr unmittelbar gegen den eigentlichen Schuldner, den magister navis, klagen könnte. Denn das Edict modifiziert nur die Klage, und giebt ihr die neue Eigenschaft, daß sie auch gegen den exercitor erhoben werden kann⁶¹⁾. Die sogenannten *actiones adjectitiae qualitatis* sind also keine eigenen und Hauptklagen, sondern Benennungen einer Modifikation, oder eines Beyfaßes, welcher einer benannten Hauptklage hinzugefügt wird, und von verschiedener Art seyn kann. Eine persönliche Klage kann nämlich zuweilen einen Beyfaß erhalten, um ihren Zweck noch näher zu bezeichnen. Dies ist der Fall bei den bereits vorgekommenen

M. 2.

Beyo-

60) G. Io. Henr. de BERGER fontes adjectitarum qualitatum.

Vitebergae 1682. Ge. ENGELBRECHT Diss. de adjectitiis actionum qualitatibus. Helmst. 1708. Nic. Guil. DRESSEL Diss. de actionibus adjectitarum qualitatum, earumque usu hodierno. Jenae 1718. Hübners Berichtigungen und Zusätze zu den Institutionen des Römischen Rechts §. 9. Nr. 6. S. 84. ff. u. Thibaut System des Pand. N. 1. Th. §. 70. a. E.

61) Herm. VULTEIUS Iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 14.

Beispieln der *actio interrogatoria*⁶²), infofern sie wegen der geschehenen Interrogation auf ein Mehreres gerichtet werden konnte, als sonst der Beklagte hätte leisten dürfen; ferner der *condictio triticiaria*⁶³), der *condictio de eo, quod certo loco*⁶⁴), der *actio in factum ex iure iurando*⁶⁵), der *actio iudicati*⁶⁶) u. m. a. Zuweilen erhält eine Klage einen Besatz, um den Grund bestimmt anzugeben, warum entweder gegen den Beklagten überhaupt die Klage statt findet, welche sonst gegen ihn nicht statt gefunden hätte, wie z. B. bei der *actio interrogatoria* der Fall seyn konnte; oder warum der Beklagte aus der verbindlichen Handlung eines Dritten belangt werden kann. Nach der Strenge des Rechts kann man eigentlich nur aus seinen eigenen Handlungen verbindlich werden⁶⁷). Daher können Verträge Anderer mich in der Regel nicht verpflichten⁶⁸). Selbst der Vater wird nicht aus dem Vertrage seines Sohns verbindlich, wenn er gleich noch in des ersten Gewalt ist. Denn auch selbst das Verhältniß der singulären Personeneinheit ändert nichts in dieser Lehre des Römischen Rechts⁶⁹). Der Prätor milderte jedoch

62) S. den 11. Th. dieses Commentars §. 745. S. 266. f.

63) S. den 13. Th. §. 843. S. 262.

64) S. den 19. Th. §. 845. S. 307.

65) S. den 12. Th. §. 798. b. S. 240. ff.

66) S. Car. God. WINCKLER Opusc. Tom. I. pag. 326.

67) L. 11. D. de obligat. et action. L. 73. §. 4. D. de reg. iuris.

68) L. 27. §. 4. in fin. D. de pact. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 315.

69) §. 10. I. de action.

doch diese Strenge in mehreren Fällen aus Gründen der natürlichen Billigkeit, indem er aus der verbindlichen Handlung eines Dritten eine Klage gestattete. Dies geschehe in allen den Fällen, wo man aus guten Gründen die Handlung des Dritten als die eigene Handlung des Beklagten ansehen könnte. Und so kann denn nun jede Klage adjectitiae qualitatis werden, wenn sie gegen den Beklagten aus der verbindlichen Handlung eines Dritten angestellt wird, dessen Person er zwar den Rechten nach nicht vorstellt ⁷⁰), dessen Handlung aber aus einer gesetzlich gebilligten Ursache als die seintige angesehen wird ⁷¹). Die gesetzliche Ursach, welche einer Klage die besondere Eigenschaft giebt, daß sie gegen einen Dritten angestellt werden kann, mit dem man nicht contrahirt hat, kann sehr mannichfaltig seyn. Sie kann 1) darin bestehen, daß der Dritte von dem Beklagten den Auftrag oder Befehl hatte, ein solches Geschäft zu schließen, als dasjenige ist, aus welchem er belangt wird. Daher die actio exercitoria, institoria, und quod iussu. Oder 2) darin, daß der Beklagte der Person, aus dessen Handlungen er belangt wird, ein peculium oder Waaren gegeben hat, um damit Handel zu treiben. Daher die actio de peculio, und tributoria. Oder auch 3) darin, daß der von dem Dritten geschlossene Contract erweislich zu des Beklagten Nutzen gereicht.

Daher

70) Denn wenn der Beklagte des dritten Person den Rechten nach vorstellt, z. B. als Erbe, als Cessiorar, so wird die aus dem Factum des Dritten entstehende Klage rein und in ihrer unveränderten Gestalt angestellt. L. 2. §. 2. D. de uerb. obligat. L. 5. Cod. de hered. vel act. vendita.

71) S. Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1394.

Daher die *actio de in rem verso*. Von allen diesen Klägen wird in der Folge ausführlich gehandelt werden. Zuweilen kannemand auch 4) sogar aus der unerlaubten Handlung eines Dritten in Anspruch genommen werden, entweder weil er aus dieser Handlung selbst unmittelbaren Vortheil gezogen hat, und also dadurch reicher geworden ist, wie dies der Fall bey der *actio de peculio* seyn kann⁷²⁾; oder weil der Beklagte von dem Dritten, dessen Herr er ist, überhaupt allen Nutzen zieht. Letzteres war der Fall bey den Römischen Moralklagen, von denen schon an einem andern Orte⁷³⁾ gehandelt worden ist. Von dieser gesetzlichen Ursache oder *adjectio*, wie Paulus sagt⁷⁴⁾, erhält also die *actio adjectitiae qualitatis* ihren besondern Namen, und es wird nun der Kürze wegen der Name der aus der verbindlichen Handlung des Dritten entspringenden Hauptklage gewöhnlich weggelassen. Wenn ich also z. B. gegen den Vater klage, dessen Sohne ich zum Behuf der eigenen Angelegenheiten desselben, dem väterlichen Befehle gemäß, baar Geld geliehen habe, so ist die Klage eigentlich die *actio mutui*, welche jetzt den Begriff *quod iussu* erhält. Allein man nennt sie kurz weg *actio quod iussu*. Klage ich hingegen, wie mir ebenfalls freysteht⁷⁵⁾, gegen den Sohn selbst, so ist die Klage die reine *actio mutui*, welche aus dem eingegangenen Geschäft entspringt. Nach dem neuern Civilrecht kann jedoch auch direct, und ohne Befehl, in solchen Fällen gegen den Vater geklagt werden,

72) L. 3. §. 12. D. de *peculio*. L. 58. D. de *reg. iuris*.

73) C. deu 10. Th. §. 712.

74) L. 19. in fin. D. de *in rem verso*.

75) L. 7. D. *Quod cum eo, qui in alien. potest*.

den, wo er aus den Handlungen seines Sohns verbindlich wird. Justinian lehrt uns dieß §. ult. I. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est,* wo es heißt: *Illud in summa admonendi sumus, id quod iussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem eius versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset.* Ei quoque, qui *exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet:* quia huius quoque iussu contractum intelligitur. Hiermit stimmt auch Paulus überein, wenn er *L. 29. D. de rebus credit.* sagt: *Si institorem servum dominus habuerit, posse dici Julianus ait, etiam condici ei posse:* quasi iussu eius contrahatur, a quo praepositus sit. Arnold Vinnius⁷⁶⁾ behauptet mit Recht, daß dieses durch die Auctorität der Römischen Rechtsgelehrten sey eingeführt worden. Er zieht hieraus die Folge, daß nun die *actiones adjectitiae qualitatis* für uns keinen Gebrauch mehr hätten. Allein hierin getraue ich mir nicht ihm beizutreten. Denn die Gesetze reden ja offenbar nur von dem Falle, wenn das Geschäft, aus welchem der Beiflagte belangt wird, mit einer solchen Person geschlossen worden ist, welche unter desselben Gewalt steht, wo dann die Einheit der Person allerdings in Betracht kommt, wie auch Merill⁷⁷⁾ und Barklai⁷⁸⁾ ganz richtig bemerkt haben. Ulpian führt auch diesen Grund selbst an, wenn er *L. 29.*

§. 3.

76) Commentar. ad §. ult. I. *Quod cum eo.*

77) Commentar. ad Tit. Pand. de reb. credit. ad L. 29. h. Tit. in *Thef. Otton.* T. III. pag. 682.

78) Commentar. ad L. 29. D. de reb. credit. in *Thef. Otton.* T. III. pag. 882.

§. 3. *D. de iudic.* sagt: *Quod cum servo contractum est, ita habendum, atque si cum domino contractum sit.* Wo also dieser Grund wegfällt, kann nur mit der *actio adjectitiae qualitatis* oder *actione utili ad exemplum institutiae actionis* geklagt werden, wie auch die Römischen Rechtsgelehrten selbst an andern Orten deutlich lehren⁷⁹⁾. Einige⁸⁰⁾ wollen zwar unter der *Condiction*, welche direct gegen den Vater oder Herrn angestellt werden kann, die generelle *condictio certi* verstehen, mit welcher hier die *actio adjectitiae qualitatis* concurrere. Allein diese Meinung ist schon von andern⁸¹⁾ widerlegt worden.

§. 877.

Actio exercitoria. Exercitor. Magister navi.

Es ist nun zuerst von denjenigen actionibus adjectitiae qualitatis zu handeln, welche die Beförderung des gemeinen Handels und Credits zum Zweck haben. Zu diesen gehört I. die *actio exercitoria*, welche der Prätor gegen einen Schiffsrheder (*exercitor navi*) giebt, wenn man mit desselben Schiffsverwalter (*magister navi*) ein das Schiffsgewerbe betreffendes Geschäft der dem letzten ertheilten Schiffssordre gemäß geschlossen hat. Sie wird auf Leistung dessen gerichtet, was man aus dem Contract

79) *L. 31. D. de negot. gest. L. 19. D. de instit. act. L. 13. §. 25. D. de act. emti vend.* *L. 5. D. de stipulat. praetor.*

80) Nach Eusig behauptet dies besonders POTHIER Pand. Justin. Tom. I. Lib. XIV. Tit. 3. Nr. III. not. b.

81) S. BACHOV Tract. de actionib. Disput. VIII. Th. 15.

tract zu fordern hat ⁸²⁾). Wer nämlich ein eignes oder ganz von ihm zum Gebrauch übernommenes fremdes Schiff zu Geschäften auf seine Rechnung hält, und davon die Einkünfte zieht, heißt *exercitor*, *Schiffsrüeder*, *Schiffspatron*, und wenn mehrere das Schiff gemeinschaftlich ausgerüstet haben, so werden sie *Schiffsfreunde* oder *Mitrueder* genannt. Derjenige hingegen, dem die, auf das Schiff, oder dessen Ladung sich beziehenden, nicht in bloßer Schiffssarbeit bestehenden Geschäfte übertragen sind, wird *magister navis*, *Schiffsmeister*, oder *Schiffsschiffer*, oder *Schiffsfactor* genannt. L. I. §. 1. D. h. t. sagt: *Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.* — §. 3. *Magistri autem imponuntur locandis navibus, vel ad merces, vel vectoribus conducendis, armamentis ve emendis: sed etiam si mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem.* — §. 2. Sed si *cum quolibet nautarum*, (z. B. dem Steuermann, oder einem Botmann, oder Ruderknacht) sit contractum, non datur actio in exercitorem. §. 15. *Exercitorem autem cum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per-*
ater-

82) Von dieser Klage handeln *Franc. DUARENUS* in Comment. ad hunc Tit. *Oper* pag. 967. sqq. *Franc. STYPMANN* in *iur. maritimo*. Cap. XV. *Io. LOCCENIUS* *iur. maritim.* Cap. VII. beyde in *Io. Gottl. HEINECCI* *Scriptorib. iuris nautici* pag. 531. sqq. et pag. 5039. sqq. *Wolfg. Ad. LAUTERBACH* *Diff. de exercitoria actione.* *Nic. Wilh. DRESSEL* *de actionib. adject. qualitat.* Cap. 3. *Alb. Phil. FRICK* *Diff. de actione exercitoria.* *Helmst.* 1793. und *Schmidt's Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden.* §. 1404 — 1408.

aversionem conduxit⁸³), vel ad tempus vel in perpetuum. Hat der magister einen Andern substituit, welches ihm erlaubt ist, so heißt dieser *promagister*. Doher sagt Ulpian *L. i. §. 5. D. h. t. Magistrum autem accipimus, non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Julianus in ignorantia exercitore respondit. Caeterum si scit, et passus est, eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur.*

§. 828.

Grund der Verbindlichkeit des Exercitors. Lex præpositionis.

Jeder magister navis erhält eine Worschrift, oder Anweisung über die Art und Weise der ihm anvertrauten Geschäftsaufgaben.

83) Was die Redensart: *nudem per aversionem conductus* eigentlich ausdrücken soll, darüber sind die Ausleger nicht einig. Man vergleiche ALCIATUS Parergor. Lib. VI. c. 28. CHARONDAS Verisimil. Lib. III. cap. 5. GOVEANUS Variat. Lection. Lib. II. cap. 14. AUGUSTINUS Emendation. Lib. IH. cap. 6. BRISTONIUS de Verbor. Significat. v. Aversio. MERILLIUS Observat. Lib. VI. c. 25. DUCKER Opusc. de Latinitate ICtor. veser. pag. 437. Gewöhnlich erklärt man jenen Ausdruck so, wenn man ein Schiff nicht theilweise, sondern ganz, und ohne Rücksicht auf eine bestimmte Zahl von Lasten (*non ad certum amphorarum numerum*). *L. ult. D. ad Leg. Rhod.* 3 gemiehet hat. S. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Disputat. XXVIII. Th. n. Wenn es kann auch bei einer *conductio per aversionem* eine gewisse Zahl von Lasten bedingen seyn, womit das Schiff befrachtet werden kann. Es wird also darunter vielmehr ein solches Miethen des Schiffes verstanden, da man das ganze Schiff zu eigenem beliebigen Gebrauche hergestalt gemacht hat, daß man für seine Rechnung alle Einkünfte zieht. S. FRICK cit. Diss. §. 3.

Geschäftsführung. Diese wird *lex praepositionis*, Schiffssconcert, oder Schiffssordre genannt. Vermöge derselben ist er befugt, alle zur Vollführung des ihm übertragenen Geschäfts erforderlichen Verträge zu schliessen. Hat er nun den Gränzen seiner Instruction gemäß gehandelt, so wird der Exercitor aus allen Verträgen derselben dem Dritten, welcher mit dem magister contrahirt hat, vollkommen verpflichtet. Der Grund dieser Verpflichtung ist also der, weil er den magister angestellte, und zur Schließung dieser Geschäfte authorisirt hat. Denn durch die Anstellung eines magistri giebt der exercitor jedem das stillschweigende Versprechen, alle die Handlungen seines Schiffswverwalters, die er als solcher unternimmt, eben so gelten zu lassen, als wenn sie von ihm selbst geschehen wären⁸⁴⁾. Sie müssen nur aber das Schiffsgewerbe betreffen, und zwar in den ihm angewiesenen Geschäftskreis wirklich einschlagen; sonst macht kein magister seinen Principal verbindlich. Es gehören besonders folgende Gesetze hierher:

L. i. pr. D. h. t. Utilitatem huius Edicti patere, nemo est, qui ignoret. Nam cum interdum ignari, cuius sint conditionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit, eum, qui magistrum navi imposuit, teneri.

§. 2.

84) G. voET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pandectar. h. t. §. 4. et 7. Ger. NOODT Commentar. ad Dig. h. t. T. II. Oper. pag. 329. Herm. VULTEIUS Comm. ad Institut. Tit. Quod cum eo. §. 2. nr. 6. THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 871.

§. 2. Qui magistrum praeponit, *contrahi cum eo permittit.*

§. 5. Omnia igitur facta magistri debet praestare, *qui eum praeposuit:* alioquin contrahentes decipientur.

§. 7. Non autem ex omni causa Praetor dat in exercitorem actionem, sed *eius rei nomine, cuius ibi praepositus fuerit:* id est, si in eam rem praepositus sit, utputa, si ad onus vehendum locatum sit; aut aliquas res emerit utiles naviganti, vel si quid reficienda navis causa contractum vel impensum est, vel si quid nautae operarum nomine petent.

§. 12. Igitur *praepositio* certam legem dat contrahentibus. Quare si eum praeposuit navi ad hoc sum, ut vecturas exigat, non ut locet, quod forte ipse locaverat, non tenebitur exercitor, si magister locaverit: vel si ad locandum tantum, non ad exigendum, item erit dicendum: aut si ad hoc, ut exercitoribus locet, non ut mercibus navem praefestet, vel contra, *modam egressus, non obligabit exercitorem.*

Sehr bestimmt giebt auch der griechische Paraphrast Theophilus⁸⁵⁾ den Grund der Verbindlichkeit des Exercitors an, wenn er sagt: *Ipsa aequitatis ratio adversus praeponentem dat actionem exercitoriam; qui enim aliquem praeponit, clara voce dicere videtur: Hunc ego praeposui; qui volet, cum eo contrahito.*

§. 879.

86) *Paraphr. graec. Inst. Lib. IV. Tit. 7. §. 2. in fine: — ὁ γάρ προτιῶν τινα, δοκεῖ λαμπρὰ λέγειν τῇ Φωνῇ, ὅτι ἄγω τῇ τον προέστυσα· ὁ βελόμενος ἀντῷ συγαλλαττέτω.*

§. 879.

Personliche Verhältnisse des magistri. Wie wenn mehrere dem Schiffe vorgesetzt sind? Wie hasten mehrere Exercitoren?

Auf die persönlichen Verhältnisse des magister navis kommt gar nichts an. Er kann daher ein freyer oder unsfreyer Mensch, eine Manns- oder Frauensperson, ein Großjähriger oder Minderjähriger, in der väterlichen Gewalt des Exercitors, oder ein homo sui iuris seyn⁸⁶⁾. Leidet der exercitor durch dessen Handlungen Schaden, so hat er es sich bloß allein bezumessen, daß er kein tauglicheres Subject gewählt hat. Ulpian sage ausdrücklich *L. I. §. 4. D. h. t.* Cuius autem conditionis sit magister iste, nihil interest: utrum liber, an servus; et utrum exercitoris, an alienus: sed nec, *cuius aetatis* fit, intererit, *sibi imputaturo, qui praeposuit.* Denn nicht sowohl die Handlung des magister selbst, als vielmehr die Handlung der Präposition ist es, was den Exercitor verbindlich macht. Sind mehrere magistri demselben Schiff vorgesetzt, so kommt es darauf an, ob sie ihr Amt getheilt oder ungetheilt verwalten. In dem ersten Falle wird der exercitor anders nicht verpflichtet, als wenn jeder der Schiffsvorwalter den Gränzen seines Mandats gemäß gehandelt hat. Wer also in diesem Falle mit einem magister contrahirt, muß sich genau erkundigen, wie weit des selben Instruction geht. In dem letztern Falle hingegen ist es in der Regel gleich viel, mit welchem magister man das Geschäft schließt, wenn nur dasselbe das Schiffsgewer-

86) *S. Arn. VINNIUS* in Comm. ad §. 2. I. Quod cum eo, qui in aliena potest. STYPMANN Ius maritim. Cap. XV. nr. 115. sqq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 5.

gewerbe betrifft. Ein anders wäre, wenn sie nach der ihnen ertheilten Ordre nicht allein, sondern gemeinschaftlich contra-hirem solleten. Was hier dann einer ohne den Andern unternimmt, verbindet den exercitor nicht. So lehrt Ulpian L. 1. §. 13. et 14. D. h. t. Si plures sint magistri, non divisis officiis, quodcunque cum uno gestum erit, obligabit exercitorem: si divisis, ut alter locando, alter exigendo, pro cuiusque officio obligabitur exercitor. Sed et si sic praeposuit, ut plerumque faciunt, ne alter sine altero quid gerat, qui contraxit cum uno, sibi imputabit. Hat der magister sich einen Andern substituirt, weil er selbst gehindert war, seinen Geschäften vorzustehen; so wird der exercitor auch aus dessen Handlungen verbindlich, eben so als wenn der Substituirende selbst gehandelt hätte; und dies findet zum Besten der Schiffsmarck auch sogar alsdann statt, wenn es dem magister ausdrücklich wäre verboten worden, einen Andern zu substituiren⁸⁷⁾). Aus eben dem Grunde des gemeinen Nutzens ist auch verordnet, daß mehrere exercitores aus den Handlungen ihres gemeinschaftlichen Factors in solidum verpflichtet seyn sollen⁸⁸⁾). Es kommt denn auch nicht darauf an, welchen Anteil ein jeder derselben an dem Schiffe selbst hat. Derjenige, welcher jedoch das Ganze dem Kläger bezahlt hat, kann gegen die übrigen mit der actio pro socio seinen Regress nehmen⁸⁹⁾). Wie sie wollen jedoch jetzt den Exercitoren die Wohlthat der Thei-

87) L. 1. §. 5. D. h. t.

88) L. 1. §. ult. D. eodem. L. 4. §. 1. et 2. D. eodem.

89) L. 3. D. h. t.

Zeilung gestatten⁹⁰). Allein der Absicht der Gesetze ist dieses nicht gemäß, welche nach L. 2. D. h. t. ausdrücklich dahin geht: ne in plures adversarios destringatur, qui cum uno contraxerit⁹¹). Treiben die mehreren Schiffsfreunde das Schiffsgewerbe selbst, ohne einen Schiffsverwalter zu halten, und sie contrahiren mit einem Dritten, so ist jeder nur zu seinem Anteil verbunden, den er an dem Schiffsgewerbe hat, und sie sind dann mit der aus dem geschlossenen Geschäft entspringenden Klage zu belangen⁹²). Auch gegen die Eben des verstorbenen Schiffsheders kann die Klage nur auf ihren Anteil gerichtet werden⁹³); es sei denn, daß gegen sie aus einem erst nach der Amtretung der Erbschaft von dem Magister geschlossenen Geschäft geklagt wird⁹⁴).

§. 880.

90) S. G. BARTH Diff. de magistro navis. Cap. II. §. 15. Mich. God. WERNHER Lectiss Commentat. in Pand. t. §. 4. Thibaut System des Pandecten N. 2. B. §. 872.

91) S. Franc. DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 2. Oper. pag. 970. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 5. HUBER Eunomia Rom. ad. L. 1. §. ult. D. h. t. p. 551. sq. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 12. not. a. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 16. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 2. FRICK Diff. cit. §. 7. Höpfner im Commentar über die Institutionen §. 1149. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1801.

92) L. 4. pr. D. h. t. S. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. MÜLLER ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. Th. 12. not. y.

93) L. 14. D. de instit. act. L. 6. Cod. familiae ercise. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 4.

94) Arg. L. 17. §. 2. verglichen mit L. 3. §. 3. D. Commod. Thibaut Syst. des P. N. 2. Th. §. 872. a. E.

§. 880.

Wenn findet die actio exercitoria nicht statt? In wie fern wird der Exercitor aus unerlaubten Handlungen seines magistri verbindlich?

Die actio exercitoria fällt weg, I) wennemand nicht mit einem Schiffsfactor, sondern mit andern Schiffssleuten⁹⁵), oder II) nicht mit dem rechten magister contrahirt hat⁹⁶); oder zwar III) mit dem rechten Schiffsvorwalter, aber ein solches Geschäft geschlossen hat, welches nicht zum Umfang seiner Geschäfte gehörte⁹⁷). In diesen Fällen wird der exercitor anders nicht verbindlich, als wenn er entweder das Geschäft genehmigt⁹⁸), oder es durch seine Schuld unmöglich gemacht hat, daß der dritte Contrahent die Rechte des Schiffsvorwalters nach ihrem Umfange wissen konnte, um sich bey Schließung des Vertrags auf nichts mehr einzulassen, als was der Instruction desselben gemäß war⁹⁹). Denn rechtliche und politische Gründe machen es dem exercitor zur Pflicht, daß er nicht nur öffentlich bekannt mache, wem er die Verwaltung seines Schiffes anvertrauet habe, sondern auch auf den Fall, da er den angestellten Schiffsvorwalter nicht alle die Rechte ausüben lassen will, die in der Natur des Schiffsgewerbes liegen, die ihm gegebene Ordre bekannt mache¹⁰⁰). IV)

Auch

95) L. i. §. 2. D. h. t.

96) L. i. §. 13. D. h. t.

97) E. i. §. 12. D. eodem.

98) L. 6o. D. de div. reg iuris.

99) S. Franc. STYPMANN Ius maritimum. Cap. XV. nr. 135 et 136.

LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 6.

100) L. II. §. 2. 3. 4. et 5. D. de inflit. act.

Auch wegen unerlaubter Handlungen des magister ist die actio exercitoria nicht begründet, außer insofern er sie bei Ausübung seines Amtes beging ¹⁾). Denn der exercitor hat es sich hier selbst bezumessen, daß er einem untreuen Menschen das Schiff anvertraute. Zwar ist der exercitor aus den unerlaubten Handlungen seiner Leute unbedingt verantwortlich, wenn dadurch jemanden in dem Schiffe Schaden geschehen ist ²⁾; allein dann hastet er nicht mit der actio exercitoria, sondern aus dem Edict de nautis, cauponibus et stabulariis ³⁾, wovon an einem andern Ort ⁴⁾ gehandelt worden ist. Endlich V) wenn der magister navis Geld geborgt hat, so kommt es darauf an, ob er desselben zum Behuf der Schiffsangelegenheiten bedurfte, und auch ausdrücklich dazu aufgenommen hat, oder nicht. In dem letztern Falle hat der Gläubiger keine Kla-
ge

1) L. 1. §. 10. D. h. t. L. 5. §. 8. L. 13. §. 4. D. de instit. act. L. 5. §. 3. D. de doli mali et met. except. voigt Comm. ad Pand. h. t. §. 7. HUBER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIX. Cor. 1. Thibaut Epist. 2. v. §. 871.

2) L. 1. §. 2. D. h. t. Si cum quolibet nsutarum sit contrahatum, non datur actio in exercitorem: quemquam ex delicto cuiusvis eorum, qui navis navigandas causa in nave sunt, detur actio in exercitorem. Alia enim est contrahendi causa, alia delinquendi: siquidem, qui magistrum praeponit, contrahit cum eo permittit: qui nautas adhibet, non contrahi cum eis permittit, sed culpa et dolo carere eos curare debet. Add. L. 5. §. 6. D. de obligat. et act.

3) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 8. Undeber Meinung sind de coccejz iur. civ. controv. Lib. XIV. Tit. 3. Qu. 4. und LAUTERBACH in colleg. th. pr. Pand. Lib. XXXIX. Tit. 4. §. 32.

4) S. den 6. Th. dieses Commentars §. 845. ff.

Glückl. Geldt. b. Pand. 14. Th.

ge gegen den Exercitor, sondern er muß sich blos an seinen Schuldner halten. In dem ersten Falle hingegen ist die actio exercitoria begründet, wenn auch das Geld nicht zweckmäßig wäre verwendet worden. Denn darum braucht sich der Gläubiger nicht zu bekümmern⁵⁾. Es muß nur 1) das Geld namentlich zur Besörderung einer solchen Angelegenheit dargelichen seyn, welche zum Umfange seiner Geschäfte gehörte, z. B. zur Reparatur des Schiffes, oder zur Anschaffung der Lebensmittel für das Schiffsvolk. 2) Die Anleihe muß nöthig gewesen; und dann 3) dem magister nicht mehr Geld vorgeschoßen worden seyn, als zur Befriedlung des nachgewiesenen Bedürfnisses wirklich erforderlich war⁶⁾. Damit sich aber auch der Gläubiger von dem allen selbst gehörig überzeugen könne, so muß 4) der Vorschuß an dem Orte geschehen, wo die Verwendung geschehen soll. Folgende Stellen sind hier sehr merkwürdig.

L. i. §. 8. et 9. D. h. t. Quid, si mutuam pecuniam sumferit? an eius rei nomine videatur gestum? Et PEGASUS existimat, si ad usum eius rei, in quam praepositus est, fuerit mutuatus, dandam actionem: quam sententiam puto veram. Quid enim, si ad armandam instruendam navem, vel nautas exhibenos

5) S. LAUTERBACH Coll. th. pr. Pand. h. t. §. 6. und HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1803. not. 2.

6) Diese Erfordernisse gehören zur Begründung der Klage, und müssen daher von dem Gläubiger bewiesen werden. S. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLIX. medit. 3. et 4. Kann der Gläubiger jenen Beweis nicht führen, so bleibt ihm bloß die actio de in rem verso übrig. C. LEYSER c. l. cor. 3.

dos mutuatus est? Unde quae^rit OFILIUS, si ad refi- ciendam navem mutuatus, nummos in suos usus con- verterit, an in exercitorem detur actio? Et ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem praeposuerit. Quodsi ab initio consilium cepit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expre^sserit, *quod ad navis causam accipit*, contra esse. Quam distinctionem PEDIUS probat.

L. 7. D. eodem. Lucius Titius Stichum magi- strum navis praeposuit, is pecuniam mutuatus, cavit, *si in refectionem navis eam accepisse*. Quae^ritum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur, quam si cre- ditor probaret, pecuniam in refectionem navis esse consumtam? Respondit, creditorem utiliter acturum, si, cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet. Etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipse reficienda navis curam sus- cipiat, et negotium domini gerat, (*quod certe futu- rum sit, si necesse habeat probare, pecuniam in refe- ctionem erogatam esse*); ita illud exigendum, ut sciat, in hoc se credere, cui rei magister quis sit praeposi- tus: *quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scierit, necessariam refectioni pecuniam esse*. Quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen maior pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere *in solidum* ad- versus dominum navis actionem dari. §. 1. Interdum etiam illud aestimandum, an in eo loco pecunia credi- ta sit, in quo id, propter quod credebatur, comperari

potuerit: quid enim, inquit, si ad velum emendum in eiusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? Et in summa aliquam diligentiam in ea creditorem debere praestare^{7).}

§. 881.

In wieweit kann der magister selbst belangen werden?

So lange der magister in seinem Amte bleibt, hat der Gläubiger die Wahl, ob er gegen den Exercitor mit der actio exercitoria, oder gegen den magister mit der actio ex contractu flagen will^{8).} Er kann jedoch gegen den letztern, wegen der von ihm als Bevollmächtigten geschlossenen Verträge, natürlich nicht als gegen einen Selbstschuldner, sondern nur dahin flagen, daß er ihm von dem exercitor seine Bezahlung verschaffe^{9).} Nach niebergelegtem Amte hingegen hat eigentlich gar keine Klage gegen ihn weiter statt, wosfern er sich nicht etwa für seine Person durch Uebernahme einer Bürgschaft für seinen gewesenen Principal, oder durch Handeln in eigenem Namen, oder durch Ueberschreitung seines Auftrags, oder

durch

7) Man vergleiche über diese Gesetzesstellen besonders Ulr. HUBER Eunomia Rom. pag. 550 et 553. sq. Ant. FABER hat hier, wie gewöhnlich, in Rational. in Pand. ad L. 1. §. 9. D. h. t. manche Tribonianismen zu entdecken vermeint.

8) L. 1. §. 17. D. h. t. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 18.

9) L. 6. §. 1. D. de negot. gest. L. 43. §. 1. D. de admin. tutor. L. 15. Cod. eodem. L. 4. pr. D. de re iudic. G. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. Lib. XIV. Tit. 3. §. 13. et 14. WALCH Controv. iur. civ. p. 679. §. 16. Mich. God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 9. und Zibaut System des P. N. a. Band §. 873.

durch Begehung einer unerlaubten Handlung verpflichtete¹⁰).

§. 882.

Inwiefern steht dem exercitor aus dem geschlossenen Contract seines Schiffverwalters gegen den Dritten eine Klage zu?

Noch ist die Frage zu erörtern übrig, ob nicht auch umgekehrt der exercitor aus dem von seinem magister geschlossenen Contract gegen den Dritten klagen könne, mit welchem das Geschäft geschlossen worden ist? Nach dem römischen Recht ist zu unterscheiden, ob der magister in der Gewalt des Exercitors ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann der exercitor aus dem von seinem magister geschlossenen Contract *actione directa* klagen¹¹). In dem lehtern Falle hingegen kommt ihm gegen den Dritten nach der Strenge des Rechts eigentlich keine Klage zu, sondern er muß entweder *actione locati*, oder *actione mandati* gegen den magister klagen, je nachdem derselbe entweder für seine Dienstleistung einen Lohn erhält oder nicht¹²). Nur im Nothfalle, da er vom magister keine Besiedigung erhalten kann, gestatten ihm die Gesetze eine *actio*

10) *L. ult. D. de instit. act.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 6. et 7. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. c. l. § 61. baut Syst. a. a. O.

11) *Princip. I. per quas personas nobis obligatio acquirit.* §. 1. *I. de stipulat. servor.* L. 38. §. 17. *D. de verb. obligat.* L. 1. *D. de instit. act.* G. Franc. DUARENUS in Comm. ad. h. Tit. Cap. 2. in fin. pag. 970. Pet. MÜLLER ad *Struvium Exercitat.* XX. Th. 15. not. a.

12) *L. 1. §. 18. D. h. t.*

actio utilis ex contractu¹³). Will er außerdem klagen, so muß er sich die Klage von seinem magister cediren lassen¹⁴). Allein heut zu Tage kann der exercitor immer geradezu und unbedingt gegen den Dritten klagen, der mit dem magister contrahirt hat, weil die Ansichten des röm. Rechts, worauf die in den Gesetzen desselben vorgezeichneten Umwege sich gründen, in den deutschen Gerichten keinen Eingang gefunden haben¹⁵); und besonders nach heutigen Rechten jemand auch durch einen Dritten ein Recht erwerben kann, ohne daß es deshalb weder einer förmlichen Cession, noch der Anwendung einer so genannten nüglichen Klage bedarf¹⁶).

13) *L. i. in fin. L. 2. D. de instit act.* MÜLLER ad *Struvium* c. i. not. β. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. 10. §. 6. Nicht actio utilis exercitoria, wie LAUTERBACH in *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14.* will.

14) S. Zöhlbaut System 2. Band. §. 874.

15) Man siehe hier vorzüglich STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 19. und WERNHER Laciss. Commentat. in Pand. h. t. §. 10.

16) S. Webers syst. Entwickl. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 89. s. S. 376.

Lib. XIV. Tit. II.

De lege Rhodia de iactu.

§. 883.

Geschichte und Inhalt der Lex Rhodis.

Rim. mittelländischen Meere, südwestlich gegen Asien, erhebt sich eine von den Cykladischen, oder eigentlich Sposradischen Inseln, berühmt durch ihren Kolossus, durch ihre Künste, ihr Seewesen und Handlung¹⁷⁾; aber noch berühmter durch das von ihr benannte Rhodische Gesetz, welches die Streitigkeiten des Seewesens entschied, und sich von jeher durch Billigkeit vergestalte empfohlen hatte, daß es, als Denkmal der Weisheit, in das Gesetzbuch jeder zur See handelnden Nation des Alterthums überging¹⁸⁾. Mit den Bewohnern dieser Insel hatten auch

17) **C. MEURSII** Rhodus. STRABO *Rer. Geograph.* Lib. XIV. cap. 14. PLINIUS *Histor. nat.* Lib. XXXIV. cap. 7. CICERO *Orat. pro Lege Manilia.* cap. 18.

18) **C. FRANC. DUARENII** Commentar. ad h. Tit. Pandectar. in Operib. pag. 971. *Inc. GOTTHOFREDUS de imperio maris, et de iure naufragii colligendi, Legeque Rhodia.* Genevae 1654. rec. Helmstadii 1732. 4. **FRANC. BALDUINI** Commentar. ad Leg. Rhod. Basiliæ 1559. rec. in *Commentariis ad Leges de iure civili. cum praefat. Nic. Hier. GUNDLINGII.* Halae 1730. 8. pag. 137. sqq. **FRANC. RAMOS del MANZANO** *Analecta ad L.*

auch die Römer ein Freundschaftsbündniß errichtet. Da-
her nennt Gellius ¹⁹⁾ die civitas Rhodiensis eine ami-
ca et socia populi Romani, und nach den Zeugnissen des
Cicero, Suetons, Plutarchs und Appians besuchte
man nicht nur von Rom aus die Schulen zu Rhodus
eben so häufig, wie die zu Athen ²⁰⁾; sondern mit Hül-
fe der Rhodischen Seemacht hatten auch die Römer meh-
rere

L. Rhodiam. Madrid 1673. 4. Wolfg. Ad. LAUTERBACH
Diff. de sequitate et extensione Legis Rhodiae. Tüb. 1671.
Nic. Christph. LYNCKER Diff. de Lege Rhodia de iactu. Jenae
1679. Io. STRAUCH Diff. ad L. 9. D. de L. Rhod. de iactu,
in *Opuscul. a Car. Gottl. KNORRIO edit. Halae 1729.* P. II.
pag. 310, sqq. Arn. VINNIUS ad Peckium de re nautica, leges
navales et ius navale Rhodiorum. Amst. 1668. Hub. van der
HOOP Diff. ad Leg. Rhodiam de iactu. Lugd. Batav. 1711.
Corn. van BYNKERSHOEK ad Legem Ἀξιωτικην de Lege Rhodia
de iactu liber singul. Hagae 1702. et in *Opusc. cura Conradi*
edit. Pet. van der SCHELLING Diatr. de Lege Rhodia de iactu.
Lugd. Batav. 1722. 8. Hieron. Matth. BARELS Diff. de Lege
Rhod. de iactu. Lugd. Bat. 1756. 4. Theod. Joh. PLEVIER
Diff. ad Leg. Rhodiam de iactu. Lugd. Bat. 1784. 4. Franc.
WOLFF Disp. ad eand. Leg. *Ibidem* 1785. 4. SCHOMBERG Tre-
atise on the maritime Laws of Rhodes. Oxford. 1786. 8. Joh.
Andr. Engelbrecht Corpus iuris nautici, oder Sammlung
aller Seerechte der bekannten handelnden Nationen alter und neuer
Zeiten. 1. Band. Lübeck 1790. Nr. I. und Iul. Frid. MAL-
BLANC Diff ad L. 2. D. de Lege Rhodia de iactu, cum ob-
servationibus quibusdam de proportione progressiva in distri-
buendis damnis bellicis. Tübingen 1801. 4.

19) Noct. Atticar. Lib. VII. cap. 3.

20) CICERO in Bruto cap. 90. erzählt von sich selbst, daß er den
berühmten Rhetoriker Apollonius Molo zu Rhodus ge-
hört habe.

vere wichtige Siege zur See erfochten. Als nun dieselben nach dem ersten Punischen Kriege sich von der Nothwendigkeit des Seewesens, und den Vortheilen der Handlung zur See lebhaft überzeugt hatten, so nahmen sie auch das Seerecht der Rhodier auf. Es ist sehr wahrscheinlich, daß diese Aufnahme schon zu den Zeiten des römischen Freystaats geschehen sei. Denn Servius Sulpicius, Aulus Ofilius, und Labeo werden in dem Titel der Pandecten, welcher von der Lex Rhodia handelt, als vorzügliche Ausleger dieses Gesetzes genannt²¹⁾. Darf man einer alten Urkunde trauen, welche sich als Prodomium vor der Sammlung der Rhodischen Seegesetze, so wie sie uns Simon Schard²²⁾, Johann Löwenklau²³⁾, und Arnold Vinnius²⁴⁾, bekannt gemacht haben, befindet; so war der Kaiser Tiberius, nicht Augusts Nachfolger, sondern Tiberius Claudius der erste, welcher das Rhodische Seerecht in eine Sammlung bringen ließ, und solches förmlich bestätigte, da es vielleicht vorher nur als Gewohnheitsrecht galt²⁵⁾. Nach der richtigern lateinischen Version, welche Godesfröi²⁶⁾ geliefert hat, lautet die gedachte Urkunde folgendermaßen.

Lex

- 21) *L. 2. pr. et §. 3. D. h. t. L. 4. pr. et §. 2. D. eodem. G. BALDUIN. cit. Commentar. pag. 139. edit. Halens. 10. Aug. BACH Historia iurisprud. Rom. Lib. II. cap. 2. §. 97. und 10. Gottl. HEINECCII Histor. iuris civ. Lib. I. §. 296.*
- 22) *Leges Rhodiorum navales. Basiliae 1561. 8.*
- 23) *Ioh. LEUNCLAVIUS Iur. Graeco Rom. cura Marq. FREHERI Francof. 1606. edit. Tom. II. pag. 265. sq.*
- 24) *bey seinem Commentar. ad Peckium de re nautica.*
- 25) *G. lac. GOTHOFREDUS de imperio Maris. Cap. IX.*
- 26) *De imperio maris. Cap. 8.*

Lex Rhodia nautica, quam firmarant Sacra-tissimi Imperatores, Tiberius, Hadrianus, Antoninus, Pertinax, Lucius Septimius Severus, semper Augusti.

1) TIBERIUS Caesar Augustus; Pontifex Maximus, tribuniciae potestatis a. XXXII. Supplicaverunt mihi nau-tae, navicularii, et negotiatores, ut quaecunque in mari con-tingunt, in collationem venirent.

Oratione sumta NERO dixit: Maxime, Prudentissime, et Illusterrime TIBERI Caesar. Nihil necesse duco commendare ea, quae a Magnitudine tua hactenus consti-tuta sunt.

Narratio. Mitte, qui diligenter Rhodi inquirat et adnotet ea, quas observantur circa navigantes, seu nautas et navicularios, et negotiatores, et vectores, et merces im-positas, et societas, et navigia, et emiones venditiones, et navium fabricam, et deposita auri et argenti, aliasque di-versas species.

Hact omnia TIBERIUS decreto firmata signataque tradidit Antonino clarissimo Consuli, et Consularibus, qui ad ipsum salutatum venerant, in felicissima, arceque omnium urbium Roma.

2) Lauro et Agrippino Consulibus clarissimis. Hi ob-tulerunt Maximo Imperatori VESPASIANO: Qui et ipse ea firmavit in amplissimo Senatu.

3) ULPIUS TRAIANUS Legem Rhodierum obtinere fuit, una cum amplissimo Senatu.

4) Sed et ANTONINUS supplicantis cuidam respondit. Ego quidem mundi dominus sum, ius vero maris lege Rho-diorum

diorum iactica iudicetur, in quibus ei legum nostrarum aliqua non adversatur.

Es ist jedoch die Authentizität dieser Urkunde, so wie die Sammlung der Rhodischen Seegesetze selbst, nach den Gründen, welche Cornelius van Bynkershöök²⁷⁾ darin der vorgebracht hat, noch vielseitig Zweifel unterworfen. Soviel ist indessen gewiss, daß der Kaiser Antoninus Pius in dem merkwürdigen Rescript, welches uns Vos lusius Macianus in der L. 9. D. h. t. aufbewahrt hat, das Rhodische Seerecht, als das entscheidende Recht in Streitigkeiten des Seewesens, sehr leicht anerkannt habe, soweit kein römisches Gesetz entgegen stand. Das Rescript selbst, nebst der vorausgehenden Supplik des Eudoxion von Nicomedien an den Kaiser Antonin, welches Vla- cian, nach der Inscription (*ex Lege Rhodia*) zu urtheilen, vielleicht aus einer zu seinen Zeiten vorhandenen Samm- lung der Rhodischen Seegesetze entlehnt hat²⁸⁾), ist grie- chisch abgesetzt, zugleich aber in den heutigen Ausgaben unsers Corpus iuris mit einer, jedoch sehr schlecht gerachte-

nen,

27) Ad L. Aelian. Cap. V. et VIII. Man sehe auch Io. Gottl. HEINECCI Histor. iuris civ. Lib. I. §. 295. und Io. Aug. BACH Histor. iurispr. Rom. Lib. IV. cap. 1. Sect. III. §. 26.

28) G. COTHOFREDI Comm. de imperio maris Cap. II. Daß Δάσιαν selbst einen Commentar über das Rhodische Gesetz geschrieben habe, ist unerweislich; sondern die Stelle ist wahr- scheinlich von den Complataoren der Pandecten aus derselben libris publicorum iudiciorum entlehnt, worin er auch von den Seeverbrechen gehandelt hat, zu denen vorzüglich die Verau- bung der Schiffbrüchigen gehörte. L. 1. in fin. L. 2. 3. 4. 5. 7. D. de incendio, ruina, naufragio. L. 18. C. de furtis. und Auth. Navigia. Cod. de furtis.

nen, lateinischen Version versehen. Eine neue richtigere Uebersetzung hat Godefroi²⁹⁾ geliefert, welche hier einen Platz verdient. *Libellus supplex* ($\alpha\zeta\iota\omega\sigma\iota\varsigma$, nicht deprecatio, wie es die vulgata übersetzt hat) *Eudaemonis, Nicomediensis, ad Antoninum Imperatorem. Domine Imperator Antonine, cum naufragium fecissimus in Italia*³⁰⁾, *disrepti sumus a publicis servis* ($\nu\kappa\acute{o}\tau\acute{a}\nu\delta\eta\mu\circ\iota\lambda\nu$, welches unrichtig a publicanis übersetzt wird³¹⁾) *eorum, qui Cycladas insulas incolunt. ANTONINUS Eudomini rescripsit. Ego quidem orbis dominus sum; sed tamen ius maris secundum legem Rhodiorum nauticam iudicetur*³²⁾ *in his, in quibus nulla nostrarum legum ei adversatur. Id ipsum vero et*

sacra-

29) *Cit. Comment. Cap. 3.*

30) Da Ithilen in einer sehr weiten Entfernung von den Epidaischen Inseln liegt, so ist die Emendation des Godefroi de imp. maris. cap. 3. sehr wahrscheinlich, welcher, statt, *su\tau\eta Italia*, lieber *ev\tau\eta Icaria*, sc. Ιαλαγη, i. e. in Icaria mari, in welchem die Insel Icaria liegt, lesen will. Man sehe auch voET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Hug. GROTHI Flotrum sparsio ad ius Iustinian. ad h. L. pag. 156. edit. Halens. 1729. 8. Noch glücklicher ist jedoch die Emendation des Ger. NOODT Observat. Lib. I. cap. 13. welcher statt Italia vielmehr *Aethalia*, eine Insel im Aegeischen Meere zwischen Samos und Lebedos, lesen will.

31) *S. GOTHOFREDUS cit. Comment. cap. 4.*

32) Ohne Sinn übersetzt hier die Vulgata: *Ego quidem mundi dominus, Lex autem maris. Lege id Rhodina, quae de rebus nauticis praescripta est, iudicetur. Nomos τῆς Ιαλασσίς*, heißt vielmehr ius, quod in mari obtinet. Das Unterscheidungszeichen nach Ιαλασσίς ist daher mit Godefroi cit. Comm. cap. 6. et 7. wegzustreichen. Man sehe auch Ant. SCHULTING Thesum controversarum Doc. LI. Th. 9. und voET Comm. ad Pandect. h. t. §. 1.

sacratissimus Augustus³³⁾ decrevit. Aus dieser Stelle läßt sich zugleich schließen, daß man die Seegesetze der Rhodier nicht ohne Auswahl aufgenommen hatte. Es werden daher in den Klassikern³⁴⁾ hin und wieder manche Gesetze angeführt, welche bey den Römern nicht galten^{35).} Zeige kennen wir nur noch eine der vorzüglichsten Entscheidungen als ächt, welche das Kapitel vom Seewurf enthält. Dies ist auch nur das einzige Fragment, welches aus dem Rhodischen Seerecht in unsere Pandecten übergegangen ist. Es ist darin Folgendes verordnet. Wenn bey stürmischer See, zur Rettung des Schiffes, Güter und Waren

33) Dieser *Sacratissimus Augustus* (ὁ θεοτάτος Αὐγύστος) ist nicht der Kaiser Octavianus Augustus, wie viele glauben, sondern der Kaiser Marcus Antoninus, unter welchem Macian lebte. S. GOTTHOFARDI Commentar. cit. Cap. 6. Die letzten Worte der angeführten Stelle sind überhaupt bloß eine Bezeichnung von Macian.

34) CICERO de invent. Lib II. cap. 32. IDAM in Orator. Partition. Cap. 34. STRABO Lib. XIV.

35) S. GUNDLING eit. Commentar. pag. 140. Mehrere wollen überhaupt behaupten, daß die Römer von den Rhodischen Gesetzen nichts, als das caput de iactu, aufgenommen hätten. Denn auch PAULUS in Sentene. Recept. Lib. II. Tit. 7. wo er die *Lex Rhodia ex instituto* erklärt, rede überall nur vom Seewurf. S. HEINACCI Hist. iuris Lib. I. §. 396. Not. *. Allein die L. 9. D. h. t. beweist offenbar das Gegenteil; auch HARMENOPULUS in Promstuario iuris. Lib. II. Tit. 11. princ. sagt: *Nautica omnia et quaecunque in mari controversiae incident, lege Rhodia deciduntur, et ex praescripto Legum Rhodiarum disceptantur, ac iudicantur, ubique lex aliqua non extiterit, quae Rhodiis aduersetur. Sunt enim nauticarum omnium legum Rhodiae vetustissimae.*

ren über Bord geworfen werden mußten; so sollen die Eigenthümer, welche das Ihrige zur Rettung der übrigen im Schiff befindlichen Sachen aufgeopfert haben, von den Eigenthümern der lebtern nach Maasgabe und Verhältniß ihres dadurch geretteten Eigenthums entschädigt werden. Paulus sagt *L. 1. D. h. t. Lege Rhodia eavetur, ut si levandas navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciantur, quod pro omnibus datum est.*

§. 884.

Grund der Verbindlichkeit zur Entschädigung vermöge des Rhodischen Gesetzes.

Das Rhodische Gesetz vom Seewurf geht von dem Grundsatz aus, es sey billig, daß einzelnen der Schade vergütet werde, den sie dadurch erlitten haben, daß sie bei einer mehreren zugleich drohenden Gefahr ihr Eigenthum für Andere aufopferen, wenn biesen dadurch das Ihrige gerettet und erhalten worden ist. Paulus giebt diesen Grund selbst an, wenn er *L. 2. pr. in fin. D. h. t.* sagt: *Aequissimum enim est, commune detrimentum fieri eorum, qui, propter amissas res aliorum, consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.* Denn offenbar würden sich diejenigen, deren Güter gerettet worden sind, mit dem Schaden derjenigen bereichern, welche das Ihrige verloren haben. Die Verbindlichkeit zur Entschädigung, welche das Rhodische Gesetz ausspricht, ist also eine unmittelbare, weil kein besonderes factum obligatorium desjenigen, der hier verpflichtet wird, vorausgegangen ist, welches den nächsten Grund derselben enthält, sondern dieser Grund vielmehr hier in der Vorschrift des Gesetzes selbst

selbst liegt³⁵⁾). Immer setzt aber diese Verbindlichkeit voraus, daß durch den Seewurf die Sachen der übrigen wirklich erhalten worden sind. Mit Rechte sage daher Voet³⁷⁾: non ex iactu, sed ex subsecuta ad jactum conservatione aliarum mercium natam esse contributionis obligationem, quippe quibus non salvis, nulla de iactu actio esset. Soll also eine Verbindlichkeit zur Vergütung des durch einen Seewurf erlittenen Schadens Statt finden; so ist nicht genug, daß ein iactus geschehen ist, sondern es wird vielmehr zur Begründung derselben erforderlich, 1) daß das Schiff in Gefahr gewesen seyn müsse, zu scheitern und unterzugehen³⁸⁾. 2) Die Gefahr muß zufällig z. B. durch Sturm entstanden seyn³⁹⁾. 3) Der Seewurf muß nach dem Urtheile der Verständigen nothwendig gewesen seyn⁴⁰⁾. 4) Die über Bord geworffenen Güter müssen wirklich verloren worden, und dadurch den Eigenthümern derselben ein Schaden entstanden seyn⁴¹⁾; und 5) das Schiff und die übrigen Waaren auf demselben müssen durch den Seewurf gerettet worden seyn⁴²⁾. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so fällt die Verbindlichkeit zur Entschädigung weg.

§. 885.

36) G. MALEBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 501. und Webers syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 32.

37) G. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 2.

38) L. 2. pr. D. h. t.

39) L. 2. §. 2. D. eod.

40) L. 2. §. 1. D. eodem. L. 5. pr. D. eodem.

41) L. 2. §. 7. L. 4. in fin. D. h. t.

42) L. 5. pr. D. eodem.

§. 885.

Die Verbindlichkeit zur Entschädigung fällt weg. 1) wenn keine gemeine Gefahr vorhanden war.

Es muß also 1) eine nahe und gemeine Gefahr vorhanden gewesen seyn, welche es nothwendig machte, zur Erleichterung des Schiffs einen Theil der Ladung über Bord zu werfen. Diese wird rechtlich angenommen, wenn alle auf dem Schiffe in den Seewurf willigten. Ist dieses nicht der Fall, so kommt es, ohne Rücksicht des Orts, das Schiff befindet sich noch auf der hohen See, oder habe schon den Hafen erreichte, hauptsächlich auf das Urtheil der Seefahrten an⁴³⁾). Wenn nun nach dem Urtheile des Geschiffers und des größten Theils der Seeleute auf dem Schiff die Gefahr wirklich so groß ist, daß ohne Erleichterung des Schiffs der Untergang derselben nicht wohl abgewendet werden kann, so wird der Seewurf für nothwendig gehalten, und er kann geschehen, wenn gleich die Eigenthümer der Schiffsgüter nicht darein willigen solüten. Es müssen jedoch, wenn nachher die Contribution zur Sprache kommt, diejenigen, auf deren Beschlüß der Seewurf geschehe, noch durch ihren Eid bekräftigen, daß dieser wirklich aus Noth geschehen sey⁴⁴⁾). Hieraus folgt 1) daß wenn durch die Schuld einer Person, oder durch Unvorsichtigkeit des Geschiffers, welcher z. B. das Schiff

zu

43) S. voxt Comm. ad Pand. h. t. §. 2.

44) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 2. voxt Comm. ad Pand. h. t. §. 2. Van der SCHELLING cit. Diatriba Cap. 6. §. 3. et 4. Io. LOCCENIUS de iure maritimo Lib. II. cap. 7. §. 2. et 3. und Iust. Ge. SCHOTTEL de singularib. quibusd. et antiquis in Germ. iuribus. Cap. 21. §. 6.

zu schwer betrachtet hat, die Gefahr veranlaßt wurde, die Beschädigten sich eigentlich blos an denjenigen halten können, durch dessen Schuld der Schade geschehen ist⁴⁵⁾; oder, welcher wenigstens desselben Culpa zu vertreten hat, wie z. B. der exercitor, wenn der magister navis in Dienstsachen etwas versicht. Sollten sie jedoch von diesen keine Entschädigung erhalten, so kann ihnen der Regress gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen aus dem Rhodischen Gesetz wenigstens jetzt nicht versagt werden⁴⁶⁾. 2) Sind Waaren ohne Noth von einigen Passagieren blos aus eitler Furcht über Bord geworffen worden, so waren es entweder ihre eigenen Sachen, und dann fällt alles Klagerrecht weg; oder es waren fremde Güter, und dann können die Eigenthümer gegen die Urheber dieses Schadens mit der actio legis Aquiliae oder in factum flagen, ja wenn das Auswerffen blos unter dem Vorwand einer vorhandenen Gefahr in der Absicht geschehen wäre, um ihre Sachen für einen desto höhern Preis zu verkaufen, oder sonst die Eigenthümer der ausgeworffnen Sachen in Schaden zu bringen, so findet auch die actio doli statt⁴⁷⁾. Uebri gens ist noch zu bemerken, daß bey dem Auswerffen mit den jen-

45) Arg. L. 27. §. 23. D. ad Leg. Aquil. L. 30. §. 2. D. Locati. HUBER Praelect. h. t. §. 8. und FRANZ. Kudw. von CANTER in Abhandlungen vom Wasserrechte 4. Band 15. Abb. §. 43.

46) SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 3. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Th. §. 983.

47) L. 14. pr. D. de praescripts. verb. S. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 2. ANT. SCHULTING Thes. controversar. Decad. LIE. Th. 1. und HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 1995.

jenigen Gütern der Anfang zu machen sey, welche das Schiff am meisten belästigen, und doch von dem geringsten Werthe sind⁴⁸). Auch müssen die Eigenthümer angeben, was in den Fässern und Kisten ist, und alles von dem Schiffsschreiber genau verzeichnen lassen⁴⁹); sonst werden die ausgeworffenen Güter blos nach dem äußerlichen Anschein oder nach der in dem Frachtblatt (Connoisement) geschehenen Angabe geschahen⁵⁰). Ob übrigens wirkliche Kaufmannsgüter, oder auch nur Sachen, die zur Schiffsrüstung und Armatur gehören, über Bord geworffen worden, ist gleichviel, wenn es nur zur Erleichterung und Rettung des Schiffes geschahen⁵¹).

§. 886.

a) Wenn kein Schaden geschehen ist.

Zur Begründung der Verbindlichkeit, von welcher das Rhodische Gesetz redet, wird ferner II) erfordert, daß durch den Seewurf wirklich ein Schade geschehen sey⁵²) Haben also die Eigenthümer der über Bord geworffnen Sachen das Ihrige in Natur wieder bekommen, so fällt die

48) S. SCHOTTEL cit. loc. §. 7. HUBER cit. loc. §. 2. WOLFF Diff. ad L. Rhod. §. 3. WEDDERKOPP Introd. in ius nautic. Lib. IV. Tit. 1. §. 12.

49) Ioh. Jul. Gurkland Grunds. des Europ. Seerechts §. 83. von Cancrin Abhandl. von dem Wasserrechte Abh. XV. §. 43.

50) HUBER Praelect. h. t. §. 2. van der SCHELLING Diatr. cit. Cap. IX. §. 5. nr. 1. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLX. Corol. 3.

51) L. 3. L. 5. §. 1. D. h. t.

52) L. 4. in fin. D. h. t.

die Verbindlichkeit der Entschädigung von Seiten der übrigen weg⁵³). Denn was entweder durch Taucher wieder aus der See gezogen, oder am Gestade aufgesangen werden ist, muß den Eigenthümern restituirt werden, weil man solche Sachen nicht für verelinquit halten kann; welche blos, um das Schiff zu erleichtern, und von einem drohenden Untergange zu retten, über Bord geworfen worden sind⁵⁴). Paulus sagt L. 2. §. ult. D. h. t. ausdrücklich: *Res autem iacta domini manet, nec sit apprehendentis, quia pro derelicto non habetur.* Und hiermit stimmt auch Julian überein, wenn er diesen Satz L. 8. D. h. t. auf folgende Art erläutert: *Qui levandae navis gratia res aliquas proiiciunt, non hanc mentem habent, ut eas pro derelicto habent; quippe si invenierint eas, ablaturos, et, si suspicati fuerint, in quem locum electae, requisituros: ut perinde sint, ac si quis onere pressus, in viam rem abiecerit, mox cum aliis reversurus, ut eandem auferret.* Niemand darf sich daher an solchen Gütern vergreisen, ohne sich eines Diebstahls schuldig zu machen⁵⁵); auch selbst der Fiskus

Ω 2

hat

53) L. 2. §. 7. D. h. t. *Si res, quae iactae sunt, apparuerint; exoneratur collatio.*

54) Daher findet an solchen Sachen, welche über Bord geworfen worden sind, auch keine Usucaption statt. L. 7. D. pro derelicto. L. 21. §. 1. D. de acquir. vel amitt. possiss.

55) §. ult. I. de rerum divis. L. 4. D. de incend. ruina; naufragio etc: L. 18. C. de furt. Ian. a COSTA ad §. ult. I. de ter. divis. pag. 183. Diesem ist L. 43. §. 11. D. de furtis nicht entgegen. Denn hier ist von einer solchen Falle die Rede, da eine Sache ins Meer geworfen worden ist, von welcher gewiß war, daß sie sogleich zu Grunde gehen und verderben müsse.

Hier

hat daran keinen Anspruch mehr⁵⁶). Kr. Constantin⁵⁷ verordnet ausdrücklich L. 1. Cod. de naufragiis: Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quando aliquam terram attigerit⁵⁸), ad dominos pertineat. Fiscus meus sese non interponat. Quod enim ius habet fiscus in aliena calamitate, ut de rem luctuosa compendium sectetur? Noch nachdrücklicher und unter Androhung von Strafen wiederholt dieses Kr. Friedrich II. in der Auth. Navigia. Cod. de furtis, in welcher es heißt: Navigia quocunque locorum pervenerint, si quo casu contingente rupta fuerint, vel alias ad terram pervenerint, tam ipsa navigia, quam navigantium bona illis integra reserventur, ad quos spectabant, antequam navigia huiusmodi periculum incur-

Hier ist freylich animus derelinquendi rechtlich anzunehmen. S. de cocceji iur. civ. controv h. t. §. 6. und Höpfner im Commentar über die Institutionen § 306. Dies hat noch weniger Zweifel, wenn die Sache, außer dem Fall der Rechtfreiwiligkeit ins Meer geworfen wird, wie Vinnius in Comment. ad §. ult. I. de rer. divis. nr. 1. und EMMINGHAUS ad Coccejum cit. loc. not. k. diese Stelle erklären.

56) S. Theod. PAULI Diff. de bonis naufragorum fisci et privatorum acquisitionem effugientibus. Regiom. 1689.

57) So nach der Inscription. Allein SALMASIUS de modo Usurparum cap. 5. hält richtiger den Kr. Antonin für den Urheber dieser vorzülichen Constitution. Denn in dem Theodosianischen Codex findet sich dieselbe in dem Titel de naufragiis nicht. Auch Halloander liest statt Constantinus Imp. ANTONINUS.

58) Statt aliquam terram attigerit, liestet SALMASIUS c. l. reliqua terram attigerint, welche Lesart auch VINNIUS in Comm. ad §. ult. I. de rerum divis. in fin. billigt.

currissent: sublata penitus omnium locorum confuetudine, quae huic adversatur sanctioni: nisi talia sint navigia, quae piraticam exerceant pravitatem, aut sint nobis, sive christiano nomini inimica. Transgressores autem huius nostrae constitutionis bonorum suorum publicatione multentur: et si res exegerit, eorum audacia juxta mandatum nostrum modis aliis compescatur. Bey den alten Deutschen herrschte zwar ehemals die höchst unbissige, gesunde Vernunft und Menschenrecht beleidigende Gewohnheit, vermöge welcher die durch Schiffbruch verunglückten Personen und Sachen, welche an das Gestade waren getrieben worden, ein Eigenthum desjenigen wurden, welcher die Jurisdiction über das Ufer ausübte. Man sagte im Sprichwort: der Schiffer kann Leib und Guth versfahren, wenn er Schiffbruch leidet, und nannte dieses barbarische Recht das Strandrecht³⁹⁾). Allein dieses Recht ist als eine böse und unvernünftige Gewohnheit durch Reichsgesetze⁴⁰⁾ schon längst aufgehoben worden. Ausgeworffene und gesrandete Sachen müssen also jetzt von den Kindern an die deshalb angeordneten Berggehäuser abgeliefert werden,

aus

39) S. SCHOTTEL de singularib. quibusdam et antiquis in Germania iurib. Cap. 20. Ioach. KLAEMPFER Diss. de iure appulsus. Lenae 1680. Iac. SCHUBACK Diss. de iure littoris, vom Strandrechte. Goett. 1750. ETIUSD. Commentar. de iure littoris. Hanib. 1751. 4. Ins Deutsche übersetzt durch Joh. Christ. Gretsch. 1. Th. Hamburg 1767. 2. Th. Eben-daselbst 1781. 4.

40) Peinl. Gerichts-Ordn. Carls V. Art. 218. Reichs-Verf. vom J. 1559. §. 35. REINHARTH Select. Observationes ad Christinae Decision. Vol. V, Obs. 8.

aus welchen sie der wahre Eigentümer gegen Erlegung eines Bergegeldes (Servaticium) zurückhält⁶¹⁾. Findet sich dann kein Eigentümer, so kann sie der Fiskus zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten verkaufen. Dies nennt man das Strandrecht im heutigen Sinn⁶²⁾. Durch die Interpretation der römischen Rechtsgelehrten wurde übrigens die Lex Rhodia noch auf folgende Fälle angewendet; 1) wenn zur Erleichterung des Schiffes ein Theil der Ladung in ein Boot gebracht worden, dieses aber gesunken ist. Ein solcher Verlust wird einem Seewurf gleichgeachtet, gesetzt auch, daß der Schade erst bey der Einfarch in den Hafen geschehen wäre. Callistratus war dieser Meinung, wie aus *L. 4. pr. D. h. t. erheslet*, wo er sagt: *Navis onustae levandae causa, quia intrare flumen vel portum non potuerat cum onere, si quaedam merces in scapham trajectae sunt, ne aut extra flumen periclitetur, aut in ipso ostio vel portu, eaque scapha submersa est, ratio haberi debet inter eos, qui in nave merces salvas habent, cum his, qui in scapha perdiderunt, perinde tanquam si iactura facta esset.* Idque SABINUS quoque libro 2. *Responorum probat*⁶³⁾. 2) Wenn Sachen zwar nicht über Bord geworfen, allein durch das Auswerfen anderer, und dadurch verurs

61) *Io. Sam. Frid. BOEHMERI Diss. de servaticio, quod vulgo Bergegeld vocant. Halae 1743.*

62) S. Franz. Lubw. von Cander in Abhandl. vom Strandrecht. In Derselben Abhandlungen von dem Wasserrechte. 3. Band. 13. Abhandl. §. 5. ff. S. 103 ff.

63) S. Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. c. Tom. II. *Operum pag. 329. u. z. sch. SCHULTING Thes. controv. Decad. LII. Th. 6.*

verursachte Besprüchen mit Seewasser verderbt worden sind. Der Grund ist hier der nämliche. Quid enim interest, sagt Callistratus *L. cit. 4. §. ult. D. eodem*, *jactatas*⁶⁴⁾ res meas amiserim, an nudatas⁶⁵⁾ deteriores habere coepirim? Nam sicut ei, qui perdiderit, subvenitur: ita et ei subveniri oportet, qui deteriores propter iactum res habere coepit. Haec ita PAPIRIUS FRONTO respondit. 3) Wenn jemand ein von den Seeräubern weggenommenes Schiff mit seinem Gelde loskaufst. Hier müssen alle zum Erfolg des Lösegeldes verhältnismäßig beitragen. Dies gilt aber nur, wenn das ganze Schiff ist rancionirt worden. Denn haben die Seeräuber blos das Schiff geplündert, so trägt den Schaden Niemand, als der Eigenthümer. Paulus sagt *L. 2. §. 3. D. h. t.* *Si navis a piratis redempta sit, SERVIUS, OFILIUS, LABEO, omnes conferre debere, aiunt. Quod vero prædones abstulerint, cum perdere, cuius fuerint: nec conferendum ei, qui suas merces redemerit.*

§. 887.

3) Wenn das Schiff dennoch unterging.

Es müssen ferner III. das Schiff und die übrigen Sachen auf demselben durch den Seewurf wirklich gerettet

64) Statt *jactatas* liest *Gauboga iactas*, womit auch unser Erlanger Codex übereinstimmt.

65) *Gauboga* liest hier *inundatas*. Diese Leseart hält POTIER in Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. VI. not. h. et k. für besser. Allein Franc. DUARENUS in Comm. ad h. Tit. cap. 3. und Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t. pag. 329. haben gezeigt, daß auch mit Beibehaltung der florentinischen Leseart ein richtiger Sinn herauskomme.

tet worden seyn, wenn eine Verbindlichkeit zur Contribution statt haben soll. Diese Verbindlichkeit fällt daher weg, wenn das Schiff dennoch gescheitert ist, gesetzt auch, es wäre ein Theil der Ladung aus dem Schiffbruch geborgen worden. Es können z. B. Sachen durch ein Boot gerettet, oder durch Täucher aus der See gezogen worden seyn. Hier sind die Eigenthümer derselben nicht verbunden, etwas zur Entschädigung derjenigen bezutragen, die das Ihrige durch den Seewurf verloren haben, weil das Schiff dadurch nicht gerettet worden ist. Was also jeder aus dem Schiffbruche noch gerettet hat, ist eben so anzusehen, als wenn es bey einem plötzlich ausgebrochenen Brande aus dem Feuer gerettet worden wäre. Ein anders wäre, wenn das Schiff einmal durch Aufopferung eines Theils der Ladung wirklich aus einer drohenden Gefahr gerettet worden, hierauf aber bey einem zweyten Unglücksfall gescheitert wäre, jedoch an einem solchen Orte, wo es noch möglich war, einen Theil der Güter aus dem Schiffbruche zu retten⁶⁶⁾). Hier müssen sich die Eigenthümer der geretteten Sachen mit den Eigenthümern der über Bord geworffenen Güter billig ausgleichen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 4. pr. D. h. t. Si scapha cum parte mercium salva est, nāvis periit, ratio haberi non debet eorum, qui in navi perdiderunt: quia iactus in tributum, nāve salva, venit.

§. 1. eiusd. L. 4. Sed si navis, quae in tempestate, iactu mercium unius mercatoris, levata est, in alio loco submersa est, et aliquorum mercatorum merces

66) S. voet Comis. ad Pand. h. t. §. 9.

ces per urinatores extractae sunt data mercede, rationem haberi debere eius, cuius merces in navigatione levanda navis causa iactae sunt, ab his, qui postea sua per urinatores servaverunt, SABINUS aque respondit. Eorum vero, qui ita servaverunt, invicem rationem haberi non debere ab eo, qui in navigatione iactum fecit, si quaedam ex his mercibus per urinatores extractae sunt⁶⁷): eorum enim merces non possunt videri servandae navis causa iactae esse, quae periit.

L. 5. D. eodem. Amissae navis damnum collationis consortio non sarcitur per eos, qui merces suas naufragio liberaverunt: nam huius aequitatem tunc admitti placuit, *cum iactus remedio caeteris in communii periculo, saeva navi, consultum est*⁶⁸).

L. 7. D. eodem. Cum depressa navis aut dejecta esset, quod quisque ex ea suum servasset, sibi servare respondit, tanquam ex incendio.

Hat das Schiff oder die Schiffsrüstung durch Sturm gesunken, die Ladung ist aber ohne Seewurf geborgen worden, so kann der Schiffseigner eben so wenig einen Beitrag zur Schadloshaltung fordern, als ein Handwerker, der über der Arbeit sein

67) Ganz ohne Grund will hier *Ant. FABER* in Rational, in Pand. ad h. L. statt *extractae non extractae* gelesen wissen. Daß die gemeine Leseart richtig sey, zeigen *Ant. SCHULTING* Thes. controversial. Decad. LII. Th. 5. *ROTHIER* Pandect. Iustin. h. c. Nr. VII. not. l. et m. und *EMMINGHAUS* ad *Coccejij ius civ. controvers.* h. c. Qu. a. not. c. Tom. II. pag. 268.

68) Man sehe über diese Stelle *Ger. NOODT* ad h. Tit. p. 331. und besonders *Ios. FINESTRAES Hermogenian.* Lib. II. p. 437. sqq.

sein Handwerkzeug zerbricht; es wäre denn, daß es ihm von den Besuchern ausdrücklich versprochen worden, oder daß das Schiff auf Verlangen derselben, und aus Furcht, daß es scheitern möchte, seiner Masten und Rüstung wäre entledigt worden. Dann muß ihm billig der Schade ersetzt werden, wie folgende Gesetzstellen beweisen.

L. 2. §. 1. D. h. t. *Si conservatis mercibus de-*
terior facta sit navis, aut si quid exarmaverit ⁶⁹⁾ *nul-*
la facienda est collatio: quia dissimilis ⁷⁰⁾ *earum re-*
rum causa sit, quae navis gratia parentur, et earum,
pro quibus mercedem aliquis acceperit. Nam et si
faber incudem aut malleum fregerit, non imputaretur
ei, qui locaverit opus: sed si voluntate vectorum
vel ⁷¹⁾ *propter aliquem metum id detrimentum factum*
sit, hoc ipsum sarciri oportet.

L. 6.

69) *D. i. si quaedam armamenta amiserit.* *S. Ger. NOODT*
Comm. ad Pand. h. t. pag. 329.

70) *CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 35.* liest statt *dissi-*
milis, *similis*. *POTHIER* in *Pand. Iustin. h. t. Nr. III. not. b.*
will non dissimilis lesen. *Ger. NOODT* hingegen meint in *Comm.*
ad Dig. h. t. pag. 329. es lasse sich diese Stelle auch ohne
Emendation erklären; allein seine Erklärung ist gezwungen.

71) *CUJACIUS Observation. Lib. XXIII. cap. 35.* glaubt, daß *vel*
sep wegzustreichen. Ihm stimmt auch *POTHIER* in *Pand. Iu-*
stin. h. t. Nr. III. not. c. bey. Allein *vel* heißt hier soviel als
veluti oder *puta*, wie *NOODT* in *Comment. ad Dig. h. t. p. 330.*
aus mehreren Stellen sowohl der römischen Klassiker als des
corpus iuris gezeigt hat. *Ruffard* bemerkte in seiner Aus-
gabe des corpus iuris, daß in einigen Handschriften auch wirk-
lich veluti gelesen werde.

L. 6. D. eodem. Navis adversa tempestate depreſſa, ictu fulminis deuſtis armamentis, et arbore et antemna, Hippoñem delata est, ibique tumultuariis armamentis ad praeſens comparatis, Ostiam navigavit, et onus integrum pertulit. Quaeſitum eſt, an hi, quo-rum onus fuit, nautae pro damno conſerre debeant? Respondit, non debere: hic enim ſumtu inſtruenda magis navis, quam conſervandarum mercium gratia factus eſt.

§. 888.

Regeln bey der Berechnung und Vergütung des Schadens nach der Lex Rhodia.

Sind nun die angegebenen Erforderniffe in einem vor kommenden Falle wirklich vorhanden, so können diejenigen, welche durch Aufopferung ihrer Sachen die im Schiffe befindlichen Sachen Anderer gerettet haben, eine verhältnismäßige Entschädigung fordern. Diese Verbindlichkeit liegt jedoch den Eigenthümern der geretteten Sachen nur pro rata ob, wäre daher einer von denselben insolvent geworden, z. B. die ihm gehörigen Sachen sind einem Andern verpfändet, oder nachher durch Feuer, oder Seeraub verloren gegangen, so brauchen die übrigen für ihn nicht zu haften ⁷²⁾). Auch sind diejenigen von der Contribution frey, welche die ihnen geretteten Sachen verentwertet, oder sie dem Vor-

72) *L. 2. §. 6. D. h. t. S. de cocczji iur. civ. controv. h. t.*
Qu. 4. Mich. God. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand.
h. t. §. 7. et 8. und Thibaut System des Pandect. N. 2. S.
§. 984. Anderer Meinung ist MALBLANC in Princip. iuris Rom. P. II. §. 502.

Worsteher des Schiffes für die Fracht überlassen haben⁷³⁾). Die Berechnung des Beytrags zur Entschädigung derer, welche das Ihrige durch den Seewurf verloren haben, oder sonst dadurch beschädigt worden sind, geschieht in dem nächsten Hafen, und wird daher Haverey⁷⁴⁾ genannt, obwohl diese Benennung von anderen⁷⁵⁾ vielmehr von dem Worte Habe hergeleitet werden will, worunter das Schiffsgut verstanden wird, so wie man auch sonst in dem deutschen Redegebrauch Habe und Gut zu sagen pflegt. Man nennt die Haverey, von welcher hier die Rede ist, die große (*havaria magna seu grossa*), zum Unterschied der gemeinen, oder ordinären Haverey, (*havaria communis*) welche in einem bloßen Beytrage derjenigen Unkosten besteht, die, außer dem Fall eines Seewurfs und der Gefahr des Schiffbruchs, blos zur Besförderung der Secreise, und zum gemeinen Nutzen der Waaren auf dem Schiffe erfordert wurden, und daher auch nur von den Eigenthümern derselben, ohne Beziehung des Schiffsherrn, verhältnismässig zu entrichten sind. Zu dieser gemeinen Haverey rechnet man das Anker-, Lootsen- und Grundgeld, ferner das Convoy-, Pfälz. Brücken- und ordi-

73) S. MÜLLER ad *Struvii Synt. iuris civ. Exercit. XX. Th. 18.*
not. γ. Nr. III.

74) S. Iust. Ge. SCHOTTEL de singularib. quibusd. et antiquis
in Germ. iuribus Cap. XXI. §. 2. et 3. Reinh. Fried. von
Sahme Einleitung zum Eeerecht des Königreichs Preussen.
Tit. 10. §. 1. und Franz Ludw. von Cancrin Abhand-
lungen vom Wasserrechte. 4. Band 9. Tit. S. 59. ff.

75) S. Ioh. SCHILTER Prax. iuris Rom. Exercit. XXVII. §. 28.
Iust. Henn. BOEHMER Disput. de discriminis tempestatis mariti-
mae Cap. II. §. 23.

ordinaire Quarantinegeld⁷⁶). Die große Haveren hingegen geht über Schiff und Gut⁷⁷). Nur die zur Consumption der Schiffssleute, und der auf dem Schiffe sich befinden, den Passagiere bestimmten Es- und Trinkwaaren, sie mögen das Eigenthum der letztern seyn, oder nicht⁷⁸); desgleichen die freien Menschen auf dem Schiffe⁷⁹), so wie jetzt auch die täglichen Kleider, welche sie auf dem Leibe tragen⁸⁰), sind bey der Contribution ausser Anschlag zu lassen. Jedoch gestattet man nach dem heutigen Gerichtsgebrauche auch demjenigen, welcher mit Aufopferung seiner Gesundheit Sa-

chen

76) S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 3. I. WEDDERKOPP Ius naut. Lib. IV. Tit. 1. und I. Heinr. FRICKE Diss. de havariorum discriminis in primis ex Legibus Germ. septentrionalis. Kilonii 1773.

77) S. SCHOTTEL cit. loc. §. 13. S. 411.

78) L. 2. §. 2. D. h. t. — nisi si qua consumendi causa imposita forent: quo in numero essent cibaria, eo magis, quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet, in commune conferret. S. Hug. GROTIUS de iure belli ac pacis Lib. II. cap. 2. §. 6. Pet. van der SCHELLING Distr. de L. Rhod. Cap. IX. § V nr. 5. und MALBLANC Diss. ad L. 2. §. 2. D. de L. Rhod. de iactu. §. 7.

79) L. 2. §. 2. D. h. t. Corporum liberorum aestimatio nulla fieri potest.

80) VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 14. In der L. 2. §. 2. D. cit. heißt es zwar ausdrücklich: *Vestimentorum cuiusque aestimationem fieri oportere, visum est.* Allein die heutige Praxis nimmt die vestes quotidianae, quibus indui sunt navigantes, aus. S. LOCCENIUS de iure maritimo Lib. II. cap. 8. § 21. und Pet. van der SCHELLING in Diar. de Lege Rhod. Cap. IX. §. V. nr. 4. pag. 32.

chen rettete, Ansprüche auf Entschädigung ⁸¹⁾). Es müßten nun hiernächst I. alle contribuiren, denen daran gelegen war, daß der Seewurff geschahe ⁸²⁾; also nicht nur diejenigen, deren Waaren und Sachen dadurch gerettet worden sind; der Schiffsherr, wie die Befrachter des Schiffes, sondern auch selbst die Eigenthümer der über Bord geworffenen Güter. Denn auch ihnen mußte ja an dem Seewurff gelegen seyn, weil sie sonst Alles verloren hätten. Da sie nun durch die Contribution das verlohrne Gut wieder ersetzt bekommen, so können sie ja der Willigkeit nach nicht den ganzen Ersatz fordern; sondern sie müssen sich natürlich ihren Beitrag abrechnen lassen. Mit Recht sagt daher Voet ⁸³⁾: Porro et ipse mercium iactarum dominus oneri contributionis exemptus non est, quippe cui pro rata tanto minus tribuendum, quantum caeteris per contributionem decedit, vel abest; adeoque si domini mercium salvatarum ex centum salvatis viginti quinque conferre teneantur, non amplius

81) S. SCHOTTEL cit. loc. §. 16. I. H. BOEHMER Diss. de discrim. tempest. marit. Cap. II. §. 24. SCHELLING cit. loc. §. V. nr. 4. pag. 31. und Thibaut Syst. §. 984.

82) L. 2. §. 2. D. h. t. Placuit, omnes; quorum interfuerit iacturam fieri, conferre oportere, quia id tributum observatae res (nach Vandoza ob servatas res) deberent: itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse.

83) Comment. ad Pand. h. t. §. 11. Anderer Meinung ist zwar Ant. MATTHAEUS in Disputat. de Lege Rhodia Th. 16. Allein Voet a. a. D. hat die Gründe desselben geprüft, und hinlänglich widerlegt. Man sehe auch Ant. FABER Rational. in Pand. ad L. 2. §. 4. D. h. t. van der SCHELLING cit. Diatr. Cap. VIII. §. 2. Ant. SCHULTING Thes. controv. Decad. LII. Th. 4.

plius quam septuaginta quinque ex contributione consequentur, quorum iactae merces aureis centum aestimatae sunt; uti id evidentissime colligi potest ex iis, quae de mercibus per aquae aspergionem occasione iactus corruptis ac depretiatis *L. 4. §. 2. D. h. t.* sancita sunt. Sind Sachen durch den Seewurf zwar erhalten, aber doch durch das Besprühn von Seewasser beschädigt worden, so kommt es darauf an, ob der Schaden den Werth ihres Beitrags übersiegt, oder nicht. Im ersten Falle dürfen die Eigenthümer derselben nichts weiter contribuiren, wohl aber im letztern Fall, jedoch rechnen sie den erlittenen Schaden ab. *L. 4. §. 2. D. h. t.* sagt hierüber folgendes: Cum autem iactus de nave factus est, et alicuius res, quae in navi remanerunt, detiores factae sunt, videndum, an conferre cogendus sit: quia non debet dupli damno onerari, et collationis, et quod res detiores factae sunt? Sed defendendum est, hunc conferre debere pretio praesente rerum. Itaque verbi gratia si vicenum merces duorum fuerint, et alterius aspergine decem esse coeperunt, ille, cuius res integrae sunt; pro viginti conferat, hic pro decem. Potest tamen dici etiam illa sententia, distinguentibus nobis, detiores ex qua causa factae sunt: id est, utrum propter iacta nudatis rebus damnum fecutum est, an vero alia ex causa, veluti quod alicubi jacebant merces in angulo aliquo, et unda penetravit; tunc enim conferre debebit. An ex priore causa collationis onus pati non debet, quia iactus etiam hunc laefit. Adhuc numquid et si aspergine propter iactum res detiores factae sunt. Sed distinctio subtilior admittenda est, quid plus sit, in dam-

damno, an in collatione. Si verbi gratia haec res vi-
ginti fuerunt, et collatio quidem facit decem, da-
num autem duo: deducto hoc, quod dampnum passus
est, reliquum conferre debeat. Quid ergo, si plus
in damno erit, quam in collatione? Utputa decem
aureis res deteriores factae sunt: duo autem collatio-
nis sunt? Indubitata utrumque onus pati debet.

II. Alle Sachen, und zwar nicht nur die geretteten, welche nicht zur Consumption bestimmt, sondern als Waare und Schiffsgut anzusehen sind, selbst das Schiff mit eingeschlossen, jedoch nach Abzug der Fracht⁸⁴⁾, sondern auch die durch den Seewurf verloren gegangenen oder beschädigten Sachen müssen geschäht, und darnach der Beytrag eines jeden bestimmt werden. Paulus giebt die allgemeine Regel L. 2. §. 2. D. h. t. Iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet. Es kommt daher auch nicht auf die Schwere der Waaren an, ob sie das Schiff mehr oder weniger belasten. Auch Ringe, Juwelen, Medaillen, und andere Pretiosen, welche das Schiff auch nicht im mindesten belasten, müssen daher so gut in Anschlag gebracht werden, als schwere Frachtgüter, wie Paulus an dem angeführten Orte ausdrücklich sagt.

III. Die über Bord geworffnen Güter werden in Gemäßheit des gemeinen Rechts⁸⁵⁾ nach dem Einkaufspreise,

84) Van der SCHELLING Diatr. de L. Rhod. Cap. X. §. 8. WEDERKOPP Introduct. in ius nautic. Lib. IV. Tit. I. §. 32. Surlands Grundsätze des Europ. Seerechts §. 330. und Ehrentaut System 2. Th. §. 984.

85) Nach dem heutigen Seerechtsgebrauche unterscheidet man, ob der Seewurf geschahe, ehe noch die Hälfte der Seereise zu-

preise, die durch den Seewurf geretteten, jedoch beschädigten, nach ihrem gegenwärtigen Werthe, die unbeschädigten aber, mit Inbegriff der Kleider, welche die Passagiers in Koffern und Kisten bei sich führen, nach dem Werthe berechnet, für welchen sie verkaufe werden können⁸⁶). Merkwürdig sind hier folgende Stellen. L. 2. §. 4. D. h. t. Portio autem pro aestimatione rerum, quae salvae sunt, et earum, quae amissae sunt, praestari solet. Nec ad rem pertinet, si hae, quae amissae sunt, pluris veniri poterunt: quoniam detrimenti, non lucri, fit praestatio. Sed in his rebus, quarum nomine confendum est, aestimatio debet haberi, non quanti emiae sint, sed quanti venire possunt. — L. 4. §. 2. D. eodem. Cum autem iactus de nave factus est, et alicuius res, quae

in

tück gelegt war, oder erst nachher. Nur in dem ersten Falle werden die verloren gegangenen Sachen nach dem Einkaufspreise, in dem andern aber nach demjenigen Werthe geschätzt, für welchen sie an dem bestimmten Orte hätten verkauft werden können. S. SCHOTTEL de ſing. et antiqu. in Germ. iurib. Cap. XXI. §. 11. STRYK Uſ. mod. Pand. h. t. §. 6. Van der SCHELLING cit. Diat̄. Cap. X. §. 7. von Cander in Abhandlungen vom Wasserrechte 4. B. §. 109. S. 62.

86) S. LAUTERBACH Colleg. th. pt. Pand. h. t. §. 7. et 8. VOXT in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. röhmt zwar vorzüglich die aus dieser Vorschrift hervorleuchtende besondere Weisheit und Billigkeit; allein dem berühmten ANT. SCHULTING in Thes. controv. Dec. LII. Th. 8. hat sie nicht einleuchten wollen. Gottel ist gewiß daß es b. z. T. an vielen Orten anders ist. S. I. H. BOEHMELI Diff. de disertim. tempest. maritima Cap. 2. §. 29. Im Zweifel geht es nach der Verordnung des gemeinen Rechts. S. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

in navi remanserunt, *deteriores factae sunt*, videndum an conferre cogendus sit? — Et defendantum est hunc conferre debere *pretio praesente rerum*.

IV. Ist auf solche Art die Summe gefunden, so müssen beyde Theile sich einen verhältnismäßigen Abzug gesessen lassen, und der Schaden wird nach einem geometrischen Verhältniß auf alle repartirt. Man nennt diese Berechnung die Dispatchen- oder Haverey-Rechnung⁸⁷).

§. 889.

Art der Klage.

So lebhaft auch die Römer von der Billigkeit der Entschädigung im Falle eines durch Sturm veranlaßten Seewurfs überzeugt waren, so kennt dennoch das röm. Recht keine Klage aus dem Rhodischen Gesetz, welche deshalb gegen die Eigenthümer der geretteten Güter angesetzt werden könnte. Denn mit ihnen haben die Eigenthümer der verloren gegangenen Güter nicht contrahirt. Es war auch keine Ahnlichkeit mit irgend einem andern Geschäft vorhanden, woher man die Klagesformel hätte entlehnen können. Nach der Subtilität des röm. Rechts müssen daher letztere in Gemäßheit des Ausspruchs

der

87) Beispiele von dieser Rechnung findet man in ZOLACK Mathes. for. pag. 64. seq. Joh. Ge. Estor's Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses 3. Theil herausgegeben von BOLDAB Burckhardt i. Frankf. a. Main 1756. S. 43. ff. Man sehe auch LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1997. Gleich rechnet hingegen voet in Comm. ad Pand. h. t. §. 15. C. Thibaut Epist. des P. N. z. B. §. 984. Not. h.

der L. 11. D. *de obligat. et act.* Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, gegen den Vorsteher des Schiffes, und zwar wenn sie ihm ihre Waaren als Schiffsladung zum Transport verdungen haben, mit der *actio locati*, haben sie aber blos einen Platz im Schiff gemietet, mit der *actio conducti*, oder wenn beides ungewiss ist, mit der *actio in factum*, s. *praescriptis verbis* dahin klagen, daß dieser ihnen von den Eigenthümern der geretteten Sachen Entschädigung verschaffe. Der magister navis kann dann nach dem angegebenen Unterschied der Fälle gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen bald mit der *actio conducti*, bald *locati*, bald mit der *actio praescriptis verbis* auf ihren Betrag zur allgemeinen Ausgleichung klagen. Haben diese ihm Waaren, als Schiffsladung, zum Transport verdungen, so kann er diese Güter auch zurückhalten, bis er den schuldigen Betrag von ihnen erhalten hat. Dieses Retentionsrecht schließt aber die *actio conducti* von Seiten des magister navis eben so wenig aus, als die persönliche Klage deswegen gegen einen Schuldner ausgeschlossen wird, wenn der Gläubiger ein Pfand von ihm in Händen hat. Nur dann ist freylich kein Retentionsrecht denkbar, wenn Passagiere blos einen Platz im Schiff gemietet haben, und diesel Sachen bei sich führen, die zwar der Contribution unterworffen sind, aber keine Schiffsladung ausmachen, wie z. B. Perlen, Juwelen, Ringe u. dgl. Kostbarkeiten, welche das Schiff nicht belasten. Gegen diese kann der magister navis blos mit der *actio locati* auf ihren Betrag klagen. So erklären sich dann ganz natürlich und ohne alle Emendation nach

nach Baldwin⁸⁸) folgende Gesetzesstellen. *L. 2. pr. D. h. t. 89*, Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent; is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communiqueretur, agere potest. SERVIUS quidem respondit, ex locato agere (sc. dominos cum magistro navis debere, ut caeterorum vectorum merces retineat, donec portionem dampni praestent. Immo, et si retineat⁹⁰) merces magister, ultra

88) Commentar. ad Leg. Rhodiam, inter eius Commentarios ad Leges de iure civili pag. 142. sqq. edit. Gundlingian.

89) Diese Stelle ist aus PAULI libro 34. ad Edictum genommen, in welchem Buche dieser Röm. Jurist über das Edict de locato et conducto commentiert hat, wie aus L. 1. 30, 22, et 24. D. locati erschellet. Da nun die actiones locati und conducti auf die Lex Rhodia angewendet wurden, so erklärt sich hieraus, warum die Röm. Juristen bei diesen Klagen von der Lex Rhodia gehandelt haben.

90) *Etsi retineat* liest die Florentinische Handschrift. Gleichwohl halten viele diese Leseart für unrichtig, und emendiren: *etsi non retineat*. So lesen auch wirklich einige codicis vulgaris; z. B. unser Erlanger Codex; und diese Leseart billigen HALCONBER in seiner Ausgabe der Pandecten, und schon längst vor ihm auch HUGO a PORTA, unter den Auslegern aber vorzüglich FRANZ DUAREN in Comm. ad h. Tit. cap. 2. Oper. pag. 971. ANT. SCHULTING Thes. controv. Dec. LII. Th. 3. Posthier in Pand. Iustinian. h. t. Nr. XI. not. b. VENNUS ad Peckij Comment. ad rem nautic. in L. 2. h. t. VAN DER SCHELLING in Diatr. de Lege Rhodia Cap. XIII. §. 3. und and. m. Allein mit Recht verworfen diese Emendation EUJAS Observation. Lib. III. cap. 2. Geßh. Noodt Commentar. ad Dig. h. t.

*ultra*⁹²⁾ ex locato habiturus est actionem cum vecto-ribus; quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas

pag. 332, Siegm. Reich. auch Meditat. crit. de negationib. Pandect. Florent. Cap. V. nr. 6. pag. 61. besonders aber Baldwin c. l. und Petz, Duitsema Conjectural. juris civ. Lib. I. cap. 6 pag. 104. sq.

91) Ueber die Bedeutung des Wortes *ultra* sind hier auch die Ausleger nicht einig. Diejenigen, welche *non retineat* lesen wollen, suchen, dieser Emendation gemäß, dem Worte eine solche Bedeutung beizulegen, daß es soviel heißen soll, als wenn etwas sine facto aliquo adventitio geschieht. Hier heißt es also soviel, *albetiam sine retenzione*. S. RICHTER Tract. de significat. adverbiorum voc. *Ulro*. und KIRCHMAIER Opuscula de Latinitate Digestor. et Institut. Opusc. II. voc. *Ulro* pag. 63. edit. Halens. 1772. 8. Hingegen Eujaz a. a. D. erklärt es durch *prius*, und legt also folgenden Sinn in die Stelle; wenn gleich der magister navis die Sachen der Gefrachter des Schiffes zurückhalte, so könne er dennoch sogleich, und ohne abzuwarten, bis sie noch das übrige zurückgesordert hätten, ex locato klagen, besonders gegen diejenigen, welche zwar Sachen bey sich hätten, von denen sie ihren Beitrug zur Entschädigung der übrigen geben müssen, übrigens aber doch das Schiff mit keiner Ladung betrachtet hätten. Dieser Erklärung stimmen auch Baldwin a. a. D. S. 146. Noott a. a. D. und Barn. BRISONIUS de Verbor. Significat. voc. *Ulro* bey. Allein richtiger erklärt es Duitsema a. a. D. §. 3. S. 104. durch *insuper, adhuc, amplius*. Paulus berichtigt nämlich hier die Meinung des Servius, welcher behauptete, die Eigenthümer der verlobten gegangenen Güter könnten nur ex locato gegen den magister navis dahin klagen, daß er die Waaren der übrigen Gefrachter so lange zurückhalte, bis sie ihren Beitrug zur Entschädigung gegeben hätten. Allein Paulus zeigt vielmehr, daß der magister navis, wenn er auch die Waaren zurückhält, doch überdem noch klagen könne, weil ja Passagiere auf dem Schiffe sich

nas⁹²) habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non⁹³), [et] totam navem conduxerit, ex conducto aget:

sich befinden können, gegen die kein Retentionsrecht statt findet, welche also der magister ex locato belangen müsse. Das Wort *ultra* kommt auch in dieser Bedeutung sowohl bey den Klassikern, als den Röm. Juristen öfters vor. *S. VIRGILIUS Lib. II. Aeneid. v. 145. L. 25. D. de liberat. leg. verglichen mit L. 3. §. 3. D. eodem. S. HORAT. TURSELLINUS de particulis linguae latinae h. v.*

92) *Sarcinae* sind hier Waaren, welche das Schiff belasten. *S. CUJACIUS Observat. lib. III. c. 2.*

93) Die Worte: *At si non [et] totam navem conduxerit*, haben den Auslegern ebenfalls viele Schwierigkeiten verursacht. Die Lesart in den Handschriften ist nämlich hier sehr verschieden. Selbst die Florentinische ist hier nicht richtig dargestellt. Denn in dieser fehlt das *et*, welches Laurell eingeschaltet haben soll. Daher ist es in Klammern eingeschlossen. Andere Handschriften haben dieses *et* gar nicht. Brenkmann bemerkte in der Gebauerschen Ausgabe, daß sieben Handschriften, welche er verglichen, das *et* nicht hätten. Sodann haben mehrere Handschriften statt *conduxerit*, *ex conducto aget*, den Pluralis, und lesen mit hinweglassung des *et* auf folgende Art: *at si non totam navem conduxerint*, *ex conducto agent*, wie ebenfalls Brenkmann bemerkte. Auf diese Art emendirte auch Cujas Observat. Lib. III. c. 2. den florentinischen Text, und erklärt nun die Worte in Verbindung mit den Anfangsworten dieser Stelle von dem zweyten Falle, da nämlich die Eigenthümer der verloren gegangenen Sachen ihre Waaren nicht als Schiffsladung zum Transport verdungen, sondern blos das Schiff gemiethet haben. Hier könnten sie nur *ex conducto* gegen den magister *navis* klagen, wenn sie nicht das ganze Schiff, sondern blos einen Platz in demselben gemiethet haben. Denn hätten sie das ganze Schiff gemiethet, so fiele die Klage gegen

aget: sicut vectores, qui laca in navem ⁹⁴⁾ conduxe-
runt. — L. I. §. 1. D. praescript. verbis. Domino
mer-

bent magister navis ganz weg, und sie würden nun selbst, wenn sie die Schiffsladung von den übrigen in Empfang genommen hätten, auch von diesen belangt werden können, sofern letztere durch Seewurf einen Schaden erlitten haben. Dieser Eujagannischen Erklärung geben auch Noo dt in Comm. ad Dig. h. c. in fin. pag. 333. Duirksema a. a. D. §. 4. S. 109. und Pothier in Pand. Iustin. h. c. Nr. IX. not. e. ihren Beifall. Halo ander hingegen liest, und interpungirt die streitigen Worte auf folgende Art: *at si non: et totam navem conduxerit: ex conducto aget:* Nach dieser Leseart bezügen sich also die Worte nicht, wie Euja; will, auf den Fall, welcher dem in den Anfangsworten angeführten gegenüber steht; sondern vielmehr auf das unmittelbar Vorhergehende, nämlich wenn keine Waaren auf dem Schiff vorhanden sind, woran der magister ein Retentionsrecht ausüben kann. Diese Erklärung hält Franz Baldurin in Comment. de Lege Rhodia pag. 148. für die richtigste. Der Sinn geht also nach dieser Emendation dahin: Wenn keine Frachtgüter vorhanden sind, welche retinir werden können; so kann derjenige, welcher das ganze Schiff gemietet hat, im Falle eines durch Seewurf erlittenen Schadens, ex conducto auf Entschädigungsbeitrag gegen diejenigen selbst klagen, welchen diese Verbindlichkeit obliegt; so wie die Passagiere, welche nicht das ganze Schiff, sondern nur einen Platz in demselben gemietet haben, ex conducto gegen den Vorsteher des Schiffes klagen müssen, wenn sie wegen des erlittenen Seewurfs Entschädigung verlangen. Denn derjenige, welcher das ganze Schiff gemietet hat, ist nun selbst als Vorsteher des Schiffes anzusehen. Nur er, sonst kein Anderer, kann daher die Eigentümer der geretteten Sachen belangen, daß sie ihren Beitrag thun, weil sie mit keinem Andern, als mit ihm selbst, contrahirt haben. Hat hingegen ein Passagier, dessen Waaren über Bord geworfen worden sind, nur einen Platz in dem Schiff gemietet, so klagt er ex conducto gegen den magister navis, daß dieser ihm von den Eigentümern der geretteten Sachen Entschädigung verschaffe, welcher sich dann der actio locati gegen die letztern bedient. Noch ist eine dritte Lesart zu bemerken, welche Baudo za hat, die so lautet: *aut si non: si totam navem conduxerant, ex conducto agent.* Mit dieser stimmt auch unser Erlanger Code z fast überein, nur daß hier nach den Worten: *aut si non noch* steht.

94) In navem liest die Florentine. Alle andere Ausgaben haben in nave, und diese letztere Lesart billigt auch Grenfman.
Der

mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduixerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, LABEO scribit. Eine gesetzliche Hypothek hastet jedoch wegen der Entschädigung nicht auf den geretteten Sachen, weshalb eine Reklage gegen den dritten Besitzer derselben angefliest werden könnte⁹⁵). Ist der magister navis bereit, seine Klage gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen den Eigenthümern der verlorenen gegangenen Sachen zu cediren, so kann er sich dadurch von allen weltlern Ansprüchen der lehtern frey machen⁹⁶), denn für die Zahlungsfähigkeit der Passagiers darf er ja ohnehin nicht haften⁹⁷). Allein nach dem heutigen Recht gestattet man, ohne jenen Umweg, den die Eigenthümer der verlohrnen Güter nach dem röm. Rechte nehmen musten, eine *condictio ex Lege Rhodia* gegen die Eigenthümer der geretteten Sachen auf verhältnismäßige Entschädigung⁹⁸). Der Mangel einer Klageformel, welcher nach dem röm. Rechte jenen Umweg veranlaßte, kann uns heut zu Tage nicht mehr in Verlegenheit setzen, weil es nach den Vorschriften des kanonischen Rechts⁹⁹) nur

Der Accusativ statt des Ablatius ist indessen auch bey den Klassikern nichts Seltenes. S. DUCKER Opusc. de Latinitate ICor. vet. pag. 350.

95) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. Unberer Meinung sind zwar WISSENSBACH Exercitat. ad Pand. Disp XXVIII. §. 8. und van der SCHELLING cit. Diatr. Cap. XIII. §. 2. in fin. Allein man sehe ANT. SCHULTING Thes. controvers. Dec. LII. Th 9. und de COCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7.

96) Arg. L. 5t. D. de peculio in fin. VOET c. l. ANT. SCHULTING Thes. controv. c. l. Th. 2. LAUTERBACH Colleg. theor. pr. Pand. h. t. §. 10. in fin.

97) L. 2. §. 6. D. h. t.

98) S. IO. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVI. §. 25. I. H. SOEHMERS Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 8. §. 112. Joh. LUDW. SCHMIDT Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1433. Man sehe jedoch EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controv. h. t. Qu. 7. not. iii.

99) Cap. 6. X. de iudic.

nur darauf ankommt soll, ob in dem vorkommenden Falle überhaupt ein Klagerrecht begründet sey ¹⁰⁰). Daher wird auch eine bloße Imploration des richterlichen Amtes schon für hindreichend gehalten ¹⁾. Dem allen ungeachtet bleibt doch auf jeden Fall der magister navis für die Waaren auf dem Schiffe verantwortlich, und darf sie daher nicht eher verabsfolgen lassen, als bis die Haverensfälle berichtet sind, sonst muß er den Eigenthümern der verlorenen gegangenen Sachen für den Schaden stehen. Es hat in dieser Hinsicht auch keinen Zweifel, daß die geretteten Schiffsgüter mit Arrest belegt werden können ²⁾.

§. 890.

heutige Ausdehnung des Rhodischen Gesetzes auf Feuersbrünste und Kriegsschäden.

Mehr wendet heut zu Tage die Grundsätze des Rhodischen Gesetzes analogisch noch auf manche andere Fälle an, wo ein Bürger durch Aufopferung des Seinsigen eine mehreren zugleich drohende Gefahr abwendet hat ³⁾. Am gewöhnlichsten ist es, die Vorschriften jenes Gesetzes auf Kriegsschäden ⁴⁾ und Feuersbrünste ⁵⁾; wenn nämlich,

100) E. Claproths Einleitung in den ord. bürgerl. Proces s. Th. h. 1. Not. b. und SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 6.

1.) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 8.

2.) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. und WERNHER. Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 7. et 8. pag. 553.

3.) S. LAUTERBACH Diss. de aequitate et extensione Legis Rhodiae. Tübinger 1671. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 12. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLX. med. 3.

4.) S. Strubens rechl. Bedenken. 1. Th. Ned. 45. und 3. Th. Ned. 21. Mütters ausgerlesene Rechtsfälle 2. B. 4. Th. Resp. 241. Carl Gottfr. von Winkler Abh. von Kriegsschäden der Pächter und Mietblieute. 2. Abschn. 9. Hauptst. Art. 6. ff. S. 499 ff. Frid. PLATNER Pr. super usu legis Rhodiae de iactu in bello terrestri. Lipsiae 1762. u. a. m.

5.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 14. van der SCHELLING cit. Diatr. Cap. XIV. §. 2. sqq. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 7. et 8. pag. 553. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. III. §. 1999.

lich, um die Ausbreitung der Flamme zu hemmen, gewisse Gebäude niedergerissen werden, auszudehnen. Allein daß in diesen Fällen weder eine Gleichheit des Grundes anzutreffen sey, noch auch der Maasstab, welchen die Lex Rhodia annimmt, in denselben zum Muster genommen werden könne, ist schon von ältern und neuern Rechtsgelehrten ganz klar erwiesen worden ⁶⁾). Man hat nun richtigere Grundsätze aufgestellt, welche uns der Nothwendigkeit überheben, die Gründe der Entscheidung in solchen Fällen aus der Vorschrift des Rhodischen Gesetzes zu erbogen ⁷⁾). Ueberhaupt darf man, wenn man hier nicht willkührlich verfahren will, nie über das Princip hinausgehen, wer durch Aufopferung des Seinigen wirklich einen auszumittelnden Schaden von Andern abgewandt hat, kann insofern, als er dem Andern nützte, Entschädigung verlangen. Der Umstand allein, daß ihm ein Unglück traf, welches auch einen Andern hätte treffen können, ist unlängst noch nicht hinreichend, die Entschädigungsfrage zu begründen ⁸⁾).

6) vozt Comm. ad Pand. h. t. §. 18. Io. SUAREZ de MENDOZA Commentar. ad Leg. Aquiliam. Lib I. cap. 2 Sect. 6. nr. 22. sqq. Pet. de GREVE Exercitat. ad Pandectar. loca difficil. Exercit. XII. Th. 21. p. 306. sq. de cocceji iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. Thibaut Theorie der logischen Auslegung des Rdm. Rechts §. 18. S. 81. f. Weber über die Reparation der Kriegsschäden. Würzburg 1798. §. 10. ff. und eines Ungenannten Abh. über den neuesten Standpunkt und das Princip der jurid. Lehre vom Ersatz der Kriegsschäden. 1806. S. 18. ff.

7) Außer den in der vorigen Note bereits angeführten beiden Schriften Webers und des Ungenannten sind noch zu bemerken Franz. Jos. Bodmanns Erörterung der Grundsätze, wonach die Kriegsschäden jeder Art festzustellen, zu erstatzen, und zu verquicken sind. Frankf. a. Main 1798. 8. Haub über Ersatz und Vertheilung der Kriegsschäden. Mühlberg 1801. und Haßfeld Prüfung der Grundsätze, welche über Verquitation der Kriegslasten bisher sind aufgestellt worden. Frankf. a. M. 1801. 8.

8) S. Thibaut Syst. des P. R. s. Th. §. 985.