



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>

WIDENER LIBRARY



HX GFEE N

AH 7203.141



Harvard College Library

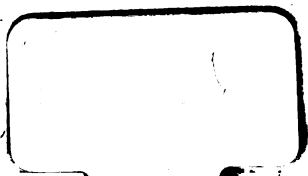
FROM

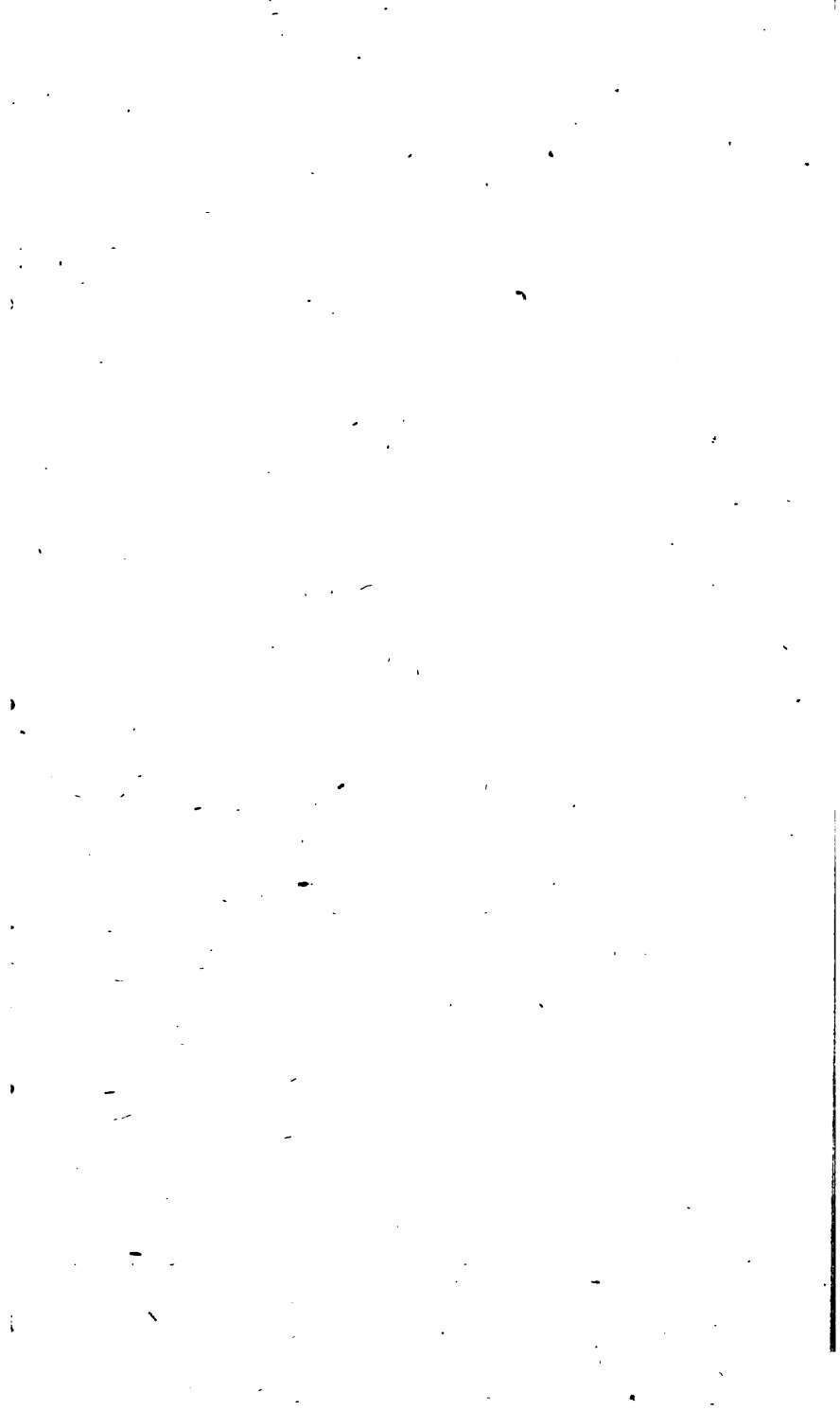
THE LIBRARY OF

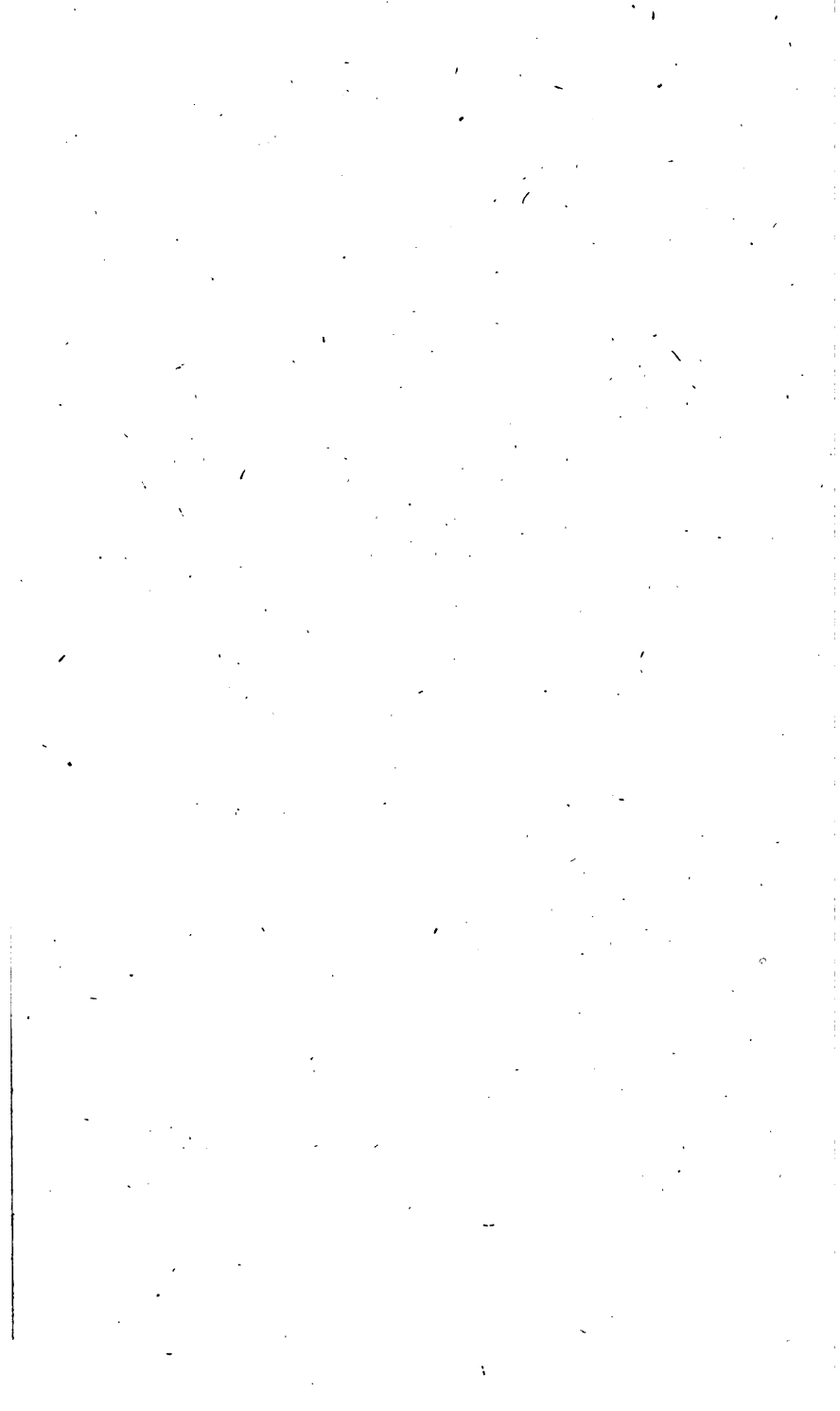
PROFESSOR E. W. GURNEY,

(Class of 1852).

Received 29 June, 1891.







Ausführliche Erläuterung

der

P a n d e c t e n

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der
Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Achtzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

in der Palmischen Verlagsbuchhandlung.

1816.

~~VI 7255~~

AH 7203.141

✓ Harvard College Library,

29 June 891.

From the Library of

Prof. E. W. GURNEY.

Fortsetzung des Titels Locati conducti.

§. 1061.

Endigung des Mieth- oder Pacht-Contracts.

Die Erlösungsgründe dieses Contracts *) sind sehr verschieden. I. Gemeine, als mutuis dissensus, wenn der Contract noch von keinem Theile erfüllt ist; eben so, wie bey dem Kaufcontract **); desgleichen Verletzung über die Hälfte, ohne Unterschied, es mögen Sachen oder Dienste vermietet worden seyn †). II. Eigenthümliche. Diese können a) in einer Verabredung der Partheyen beruhen. Dahin gehört u), wenn die in dem Contract bestimmte Zeit abgelaufen, und der Contract nicht

a) Gottl. Willh. DINKLER Diss. de modis dissolvendi contractum locationis conduct. rerum Lipsiae 1786.

§. ult. l. Quib. mod. tollit obligat. L. 80. D. de Solution. BRUMMER Exerc. de locat et cond. Cap. V. §. 23. Man sehe auch den 17. Th. dieses Commentars §. 1027.

2) BRUMMER Exercit. cit. Cap. V. §. 9. et 10. und Th. 17. §. 1049. S. 343 f.

Glücks Erläut. d. Pand. 19. Th.

nicht erneuert worden ist⁴⁾). Es kann auch bey der Verbindung eines Werks verabredet worden seyn, daß wenn es binnen einer gewissen Zeit nicht würde geliefert werden, dem Besteller frey stehen solle, dasselbe durch einen Andern verfertigen zu lassen, wobey denn aber freylich vorauszusetzen ist, daß die dem Ersteren gefetzte Zeit ganz abgelau fen seyn müsse, ehe die Arbeit einem Andern übertragen werden kann⁵⁾). Es muß auch dem Erstern möglich gewesen seyn, binnen der bestimmten Zeit die Arbeit zu vollenden⁶⁾), welches dem billigen Ermessen der Sachverständigen überlassen bleibt. Fordert etwa der Zweyte für eben diese Arbeit mehr, so muß der Erstere dem Besteller des Werks diesen Schaden ersetzen, wosern nicht etwa noch sonst ein Interesse wegen der Zeitversäumniß erweislich gemacht werden könnte.

L. 13.

4) L. 11. Cod. h. t. Invitos conductores seu heredes eorum post tempora locationis impleta non esse retinendos, saepe rescriptum est. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 39.

5) L. 72. §. 1. D. de Verbor. obligat. L. 124. D. eodem. HAASE de opere locato et conducto. Exerc. iur. civ. Rom. II. Cap. I. §. 4. Westphal vom Kauf, Pacht u. §. 959.

6) Wäre eine so kurze Zeit bestimmt worden, daß binnen derselben die Vollendung des Werks ganz unmöglich gewesen, so ist der ganze Contract nichtig, denn man nimmt an, es sey keinem Theile ein Ernst gewesen, denselben zu schließen §. 5. I. de Verb. obligat. L. 2. §. 6. D. de eo quod certo loco. L. 24. D. de operis libertor. L. 31. D. de obligat. et act. L. 185. D. de div. reg. iur. WILLENBERG Exercit. cit. de opere conducto §. 11.

L. 13. §. 10. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum. Si lege operis locandi comprehensum esset, ut, si ad diem effectum non esset, relocare id liceret, non alias prior conductor ex locato tenebitur, quam si eadem lege relocatum esset: nec ante relocari id potest, quam dies efficiendi praeterisset.

L. 58. §. 1. D. h. t. LABEO libro 4. Posteriorum a JAVOLENO epitomatorum. In operis locatione erat dictum, ante quam diem effici deberet: deinde, si ita factum non esset, quanti locatoris interfuisset, tantam pecuniam conductor promiserat. Eatenus eam obligationem contrahi puto, quatenus vir bonus de spatio temporis aestimasset: quia, id actum apparet esse, ut eo spatio absolveretur, sine quo fieri non possit.

Daß auch der Verzug des Werks selbst dem Unternehmer desselben kein Hinderniß darfe in den Weg gelegt haben, versteht sich. War schon ein Theil des Werks fertig, es ist aber durch einen Unfallsfall alles mit-
 das vernichtet worden, so daß das ganze Werk von vorne
 7) *L. 39. D. de reg. iur. L. 105. D. de temp. obligat.*

L. 23. D. de obligat. et action.

8) *Ant. FABER* in *Rational*, ad *Pand.* hat diese Worte irrig so verstanden, als ob die Befristung einer nämlich zu bestimmenden Zeit bei bonae fidei Contracten als nicht beigelegt angesehen werde. Allein diese Meinung widerlegt mit Recht *Barth. CHESIVS* *Interpretat. iuris* Lib. I, cap. 22. p. 103. sqq. (*Liburni* 1657. f.). Man sehe auch *23. §. 1. p. 959. C. 722.*

wieder anfangen werden muß; so erlischt der Contract nicht, wenn nun das neue Werk nicht binnen der Zeit fertig wird, die noch zur Vollendung des erstern übrig war; sondern es muß jetzt dem Arbeiter die ganze Zeit wieder gestattet werden.

L. 15. *D. de Verbor. obligat.* POMPONIUS libro 27. *ad Sabinum*. Et ideo haesitatur, si aliqua pars insulae facta sit, deinde incendio consumpta sit, an integrum tempus computandum sit rursus ad aedificandam insulam, an vero reliquum dumtaxat expectandum, quod deerat? et verius est, ut integrum ei detur.

2) Der Verabredung der Parthenen zu Folge, endiget sich auch der Contract, wenn die Bedingung desselben nicht erfüllt wird. Z. B. der Unternehmer eines Werks hatte einen zu niedrigen Kosten-Anschlag gemacht. Hier kann der Besteller von dem Contract abgehen, wenn sich nachher der Irrthum entdeckt, und hatte er beim Unternehmer bereits das Geld dazu vorgeschossen, so muß dieser den noch nicht verwendeten Theil desselben wieder herausgeben. Sollte gar ein Defect mancher Theile des Unternehmens erweislich seyn, so würde das volle Interesse, mithin auch Ersatz des schon verwendeten Geldes gefordert werden können⁶⁾.

1860.

9) C. GUTHRIE'S Selections Lib. IN: cap. 3. In
Thes. jur. Rom. Ottom. 17. IN: pag. 85. HALL cit.
17. Dec. II. Cap. VI. 6. 1. und Westf. 1. 1018.

8) L. 13. § 1-3. D. de act. Emi. Vend. Jac. CULACINS
Observation. Lib. XIX. cap. 22.

L. 60. §. 4. D. h. t. Labeo Posteriorum libro 5. a Iavoleno epitomatum. Mandavi tibi, ut excuterer, quanti villam aedificare velles; renuntiasti mihi, decentorum impensam excutere: certa mercede opus tibi locavi; postea comperi non posse minoris trecentorum eam villam constare: data autem tibi erant centum, ex quibus cum partem impendisses, vetui te opus facere. Dixi, si opus facere perseveraveris, ex locato tecum agere, ut pecuniae mihi reliquum restituas.

Außer der Verapredung können aber auch b) andere rechtmäßige Ursachen eintreten, welche a) den Contract von selbst aufheben. Dahin gehört, a) Untergang der vermieteten oder verpachteten Sache, oder des zur Erbauung eines Hauses dem Baumeister angewiesenen Platzes¹¹⁾. b) Erwerbung des Eigenthums der gemieteten Sache¹²⁾. c) Tod einer der Parthenen, insofern auf ihre Person Rücksicht genommen worden ist¹³⁾; außer-

11) *L. 9. §. 1. D. h. t. Westphal §. 1027. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts 4. B. §. 680. HAASE cit. Exerc. II.*

Cap. VI. §. 4. 12) *L. 9. §. ult. D. h. t.* wo Ulpian sagt: Si alienam domum mihi locaveris, eaque mihi legata vel donata sit, non teleri me tibi ex locato ob pensionem. Sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur? Et puto solvendum. Nur für das Vergangene kann also noch actio locati erhoben werden. Westphal §. 919.

13) *L. un. §. 9. Cod. de caducis toll. (VI. 51.). S. HAASE cit. Commentat. II. de opere locato et conducto. Cap. III. §. 6.*

ausserdem hört der Contract durch den Tod der Parteyen nicht auf, da die beyderseitigen Verbindlichkeiten auf die Erben übergehen¹⁴⁾, wenn auch selbst die Vervollständigung eines Werths wäre verbunden worden¹⁵⁾. Hätte jedoch der Vermiether die Dauer des Contracts von seinem Belieben abhängig gemacht, so ist der Contract, wenn er ihn nicht schon bey seinem Leben aufgekündigt hat, wenigstens mit seinem Tode erloschen¹⁶⁾. d) Erlöschung des Rechts

14) §. 6 J. h. t. L. 19. §. 8. D. L. 10. et 11. Cod. eodem. L. 18. Cod. de iure dot. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 58.

15) L. 13 Cod. de contrah. et committ. stipulat. (VIII. 38.) Em. MERILLIUS, Exposit. in L. Decision. Iustinianj. Nr. X. pag. 23. cit. Neapol. 1720. 4. und HAASE cit. loc. Seltsam ist der Fall, welcher in der L. 15 Cod. eodem. entschieden wird: Si quis sponderit insulam, cum moriebatur, aedificare stipulatori, impossibilis veteribus videbatur huiusmodi stipulatio: add nobis sensum contrahentium discutientibus, verisimile esse videtur hoc inter eos actum, ut incipiat quidem contra morientem obligatio, immineat autem heredibus eius, donec ad effectum perducatur. Nemo enim ita stultus invenitur, ut putaret, posse tantum aedificium in uno momento horae extollere: vel summi, qui moritur, talem habere sensum, quod ipse sufficeret ad huius operis completionem. Sanctimus itaque, si quid tale exenerit, heredes eius teneri, ut factum, quod mortis tempore facere promissit, hoc heredes eius adimplant, quasi speciali heredis mentione habita, licet hoc minime fuerit expressum.

16) L. 4. D. h. t. Locatio, precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset, dedissetve, vellet, morte eius, qui locavit, tollitur. Denn der Wille hört mit dem Tode auf Ant. PEREZ Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 65. nr. 37. BRUMMER Cit. Exercit. Cap. V. §. 14.

Rechts des locators an der verpachteten oder vermieteten Sache. Dieß ist der Fall, wenn der locator ein bloß temporäres Recht an der Sache hatte, wie z. B. der usufructuar. Hat dieser das nuznießliche Grundstück auf mehrere Jahre verpachtet, und er stirbt vor Endigung der Pachtzeit, so hört der Pacht auf, und es findet gegen den Erben desselben kein weiterer Anspruch Statt. Ja wenn auch der Pächter auf die Sache einen Aufwand gemacht hätte, der ihm erst durch die längere Dauer des Contracts wieder zu Gute gekommen wäre, so kann er doch wegen des dadurch für ihn entstehenden Schadens keinen Ersatz verlangen, weil er den Fall der frühern Beendigung des Contractsverhältnisses als möglich voraussehen konnte. Dieß setzt aber freylich voraus, daß der locator die temporäre Beschaffenheit seines Rechts dem Pächter nicht verschwiegen habe. Denn hätte er sich für den Eigenthümer ausgegeben, und in dieser Eigenschaft verpachtet, so müßte er wegen dieses Betrugs billig für das ganze Interesse haften. Auf jeden Fall wird aber der Miethzins nur nach dem Verhältniß der Zeit bezahlt, da der Pächter den Nutzen gehabt hat.

L. 9. §. 1. D. h. t. ULPIANUS libro 32. ad Edictum. Hic subjungi potest, quod MARCELLUS libro sexto Digestorum scripsit: si fractuarius locaverit fundum in quinquennium, et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis quam, insula exusta, teneretur locator conductori. Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fructus est, pensionem praestet, MARCELLUS quaerit: quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas condidisset, vel habitationem.

Et

... teneri eum: et est acquisi-
... querit, si sumtus fecit in fundum,
... quennio fruiturus, an recipiat? Et ait,
... accepturum; quia, hoc evenire posse, pro-
... debuit. Quid tamen, si non quasi fructua-
... et locavit, sed si quasi fundi dominus? Vi-
... tenebitur: decepit enim conductorem: et
... Imperator ANTONINUS cum DIVO SEVERO re-
... scripsit. In exustis quoque aedibus eius temporis,
... quo aedificium stetit, mercedem praestandam re-
... scripserunt.

Nicht ganz das Nämliche gilt in dem Falle, wenn der
Ehemann ein zum Heyrathsgut der Frau gehöriges Grundstück
auf mehrere Jahre verpachtet hat, und vor deren Ablauf die
Ehe getrennt wird. Die Frau ist zwar den Contract zu
halten nicht verbunden. Jedoch kann sich der Mann, oder
dessen Erbe, wenn ihr das Heyrathsgut prälegirt worden
ist, von der Frau versprechen lassen, daß sie den Pächter
nicht vertreiben wolle, und sie erhält dann das Heyrathsgut
nicht eher zurück, als bis sie deshalb Schadon geleistet
hat, daß sie auch den Mann entschädigen wolle, wenn er
wegen dem Pächter das Interesse zu leisten verurtheilt wer-
den sollte. Dagegen gebührt ihr aber auch von Zeit der
Trennung der Ehe an das Pachtgeld, und auch ihr muß
deshalb Sicherheit geleistet werden *).

L. 25.

177) C. Jac. Cujacius in Relio Pauli L. 25. §. 4. D. de
matrim. (in Opusculis postum.) at FABROTO Latetiae
Parisien. 1658. edit. Tom. XI. pag. 596. sqq.) Ant. FABER
de Erroribus Pragmaticorum Decad. XXIV. Err. 4. Jo.
Voss Commente ad Pand. lib. 1. §. 212. und Jo. D'AVEGAN
Con-

L. 25. §. 4. D. de Solutio matrimonii. PAULUS libro 36. ad Edictum. Si vir in quinquennium locaverit fundum, et post primum forte annum divortium intervenerit: SABINUS ait, non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid praeter unius anni locutionem maritus damnatus sit, id a se spectatum iri; sed et mulieri cavendum, quidquid praeter primum annum ex locatione vir consecutus fuerit, se ei restitutum.

L. 1. §. ult. D. de dote praeterea. ULPIANUS libro 19. ad Sabinum. Ibidem MELA conjungit, si fundus in dote fuit locatus a marito ad certum tempus: uxorem non alias fundum ex relegatione consequi, quam si caverit, si passuram colonum frui: dummodo ipsa pensiones percipiat.

Ob auch freiwillige Veräußerung einer solchen Sache, woran der Locator das unumschränkte Eigenthum hatte, z. B. durch Kauf, Schenkung, Vermächtniß, oder durch Uebung der Sache in Nießbrauch, dem darüber schon vorher auf bestimmte Zeit geschlossenen Pacht oder Mieth, contract noch vor Ablauf derselben ein Ende mache, ist streitig. Nach der bekannten Verordnung des Kaisers Alexander in der L. 9. Cod. h. A. ist der Käufer nicht schuldig, den Conductor in dem Pacht zu lassen, außer wenn ihm, der Verkäufer die Fortsetzung des Contractes mit dem bisherigen Pächter zur ausdrücklichen Bedingung gemacht hat. Hier ist dann der Fall vorhanden, da Je-

Contractum Lib. II. Tr. II. de locat. et conduct. §. Pos-
sunt et alias. (Thy. Meermann. T. IV. pag. 192.)

mand zum Besten eines Dritten, des Conductors, etwas versprochen hat. Da nun der locator, dem das Versprechen geschehen ist, ein pecuniäres Interesse bey der Erfüllung desselben hat, so kann er nicht nur selbst auf die Erfüllung klagen, sondern es erwirbt auch der Dritte, nämlich der Conductor, welchem der locator, als Promissor, seine Rechte hätte abtreten können, nach den Verordnungen des neuern Römischen Rechts¹⁸⁾, ohne diese Cession als notwendig zu erfordern¹⁹⁾, ein Recht aus jenem Vertrage, welches utiliter auch von ihm selbst geltend gemacht werden kann²⁰⁾. Betrachten wir aber die Worte der angeführten Verordnung genauer, so erscheint daraus ganz klar, daß der Kaiser nichts weniger, als die Absicht gehabt habe, dadurch einen neuen Rechts-satz einzuführen, sondern alles zeigt vielmehr, daß er blos einen allgemeinen längst bekannten Rechts-satz auf einen vorliegenden Fall anwenden wollte. Sie lauten folgen-dermaßen:

Emptorem quidem fundi necesse non est statim colono, cui prior dominus locavit: nisi in lege erat. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductio maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio est quod placuit, parere cogetur.

Das

18) *L. pen. C. ad exhib. l. 3. et 4. C. Si certum petat p. 127. §. 3. D. de legat. III. l. 26. p. 10. D. Depositi.*

19) Ueberer Meinung ist zwar Ulr. Hoyer Praelect. ad Iust. Inst. Lib. III. Tit. 25. §. 11. in fin. Allein die L. 9. Cod. h. t. widerlegt ihn schon selbst.

20) E. Döberl. Syst. Entwicklung der Lehre von der natiirlichen Verbindlichkeit. §. 59. n. C. 371. ff.

Daß aber dieses alles schon längst vorher nicht nur bey dem Verkaufe, sondern auch bey jeder andern Veräußerung bekannten Rechts war, erhellet aus folgenden Fragmenten der Römischen Rechtsgelehrten.

L. 25. §. 1. D. h. t. CAIUS libro 10. ad Edictum provinciale. Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo *ex conducto*.

L. 32. D. eodem. JULIANUS libro 4. ex Minicio. Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit, et eum fundum legavit. CASSIUS negavit, posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quodsi colonus vellet colere, et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere, et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset, necdum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus.

L. 120. §. 2. D. de legat. 1. ULPIANUS libro 2. Responsorum. Fructus ex fundo pure legato, post aditam hereditatem a legatario perceptos, ad ipsum pertinere: colonum autem cum herede *ex conducto* habere actionem.

L. 59. §. 1. D. de usufructu. PAULUS libro 3. Sententiarum. Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet: pen-

pensiones quoque iam antea locatorum agrorum, si ipse quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.

Der in diesen Gesetzen gegründete Satz, daß der successor singularis, er sey Käufer, legatar, Donatar, oder auch nur Usufructuar an den vor der Veräußerung mit einem Dritten über die Sache geschlossenen Miet- oder Pacht-Contract nicht gebunden, sondern den Conductor vor der Zeit zu vertreiben berechtigt sey, ist übrigens, so auffallend er auch scheint, doch der Rechtsanalogie vollkommen gemäß. Er ist eine ganz natürliche Folge des Grundsatzes des Römischen Rechts, daß ein ius in rem, welches gegen jeden Dritten, der sich mit auch auf keine Weise verbindlich gemacht hat, verfolgt werden kann, im Falle der Collision dem iuri in personam vorgeht, weil letzteres nur gegen eine bestimmte mit verpflichtete Person geltend gemacht werden kann. Der Conductor hat aber vermöge des Contracts nur ein persönliches Recht gegen den locator, von welchem er denn auch billig Ersatz alles Schadens verlangen kann, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet. An den Dritten hat er keine Forderung, dem der Verpächter ein dingliches Recht an der nämlichen Sache gegeben hat. Sehr treffend vergleicht daher Julian den Pächter mit einem Käufer, dem die Sache noch nicht übergeben worden war, welche der Verkäufer nachher einem Andern in seinem Testament vermacht hatte. Der Käufer hat hier, wie der Pächter, nur ein persönliches Recht; beide müssen dem legatar weichen, auf welchen mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum der

der

der Sache übergegangen ist, und können bloß von dem Erben Entschädigung fordern.

So klar läßt sich also die Richtigkeit des noch jetzt geltenden Sprüchwortes: Kauf bricht Miete, aus den Gesetzen und der Rechtsanalogie erweisen²¹⁾. Dennoch haben mehrere Rechtsgelehrten²²⁾ die Gültigkeit desselben

21) S. Hugo civilistisches Magazin 1. Band S. 268. ff. Westphal §. 1028. und Eisenhart's Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. IV. Abth. Nr. XXXI. A. S. 388. ff. (Leipzig 1792.)

22) Bekannt ist Herm. ZOLLII Disput. ad L. 9. Cod. de loc. cond. Rintelii 1687. Dagegen erschienen zwar Otto Phil. ZAUNSCHLIFTER Vindiciae secundum interpretationem L. 9. Cod. de loc. et cond. Marb. 1688. et in Oper. iurid. Francof. ad Moen. 1699. Allein es folgte H. ZOLLII Defensio sententiae novae, Kauf hebt Miete nicht auf. Rintel. 1690. Zaunschliffer antwortete in der Schrift: Vindiciae vindiciarum tritici illius: Kauf geht vor Miete. Marb. 1691. Das letztere Wort blieb aber in folgender Schrift dem Herm. Zoll: Kauf hebt Miete nicht auf, sive Commentatio ad L. 9. Cod. de loc. et cond. qua communis sententia et hinc enata vulgaris paroemia: Kauf geht vor Miete: denuo et fusius refellitur. Rintel 1704. welche nachher nochmals vermehrt und verbessert Ienae 1735. erschienen. Die Gründe beyder Theile haben nachher erwogen Ephr. GERHARD in Diss. de regula iuris Germ. Kauf geht vor Miete. Altorfii 1725. Dan. Frid HOHEISEL Decisio quaestionis inter DD. agitatissimae: utrum successor singularis expellere queat conductorem? vulgo: Ob Kauf Miete bricht? Halae 1735. Ev. otto Diss. de iure emtoris expellendi conductorem. Ultraj. 1736. und Sal Will: STORM Diss. de iure emtoris expellendi conductorem ad L. 9. C. de loc. cond. Franequerae 1755. und

pensiones quoque iam antea locatorum agrorum, si ipse quoque specialiter comprehensae sint. Sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.

Der in diesen Gesetzen gegründete Satz, daß der successor singularis, er sey Käufer, legatar, Donatar, oder auch nur Usufructuar an den vor der Veräußerung mit einem Dritten über die Sache geschlossenen Miet- oder Pacht-Contract nicht gebunden, sondern den Conductor vor der Zeit zu vertreiben berechtigt sey, ist übrigens, so auffallend er auch scheint, doch der Rechtsanalogie vollkommen gemäß. Er ist eine ganz natürliche Folge des Grundsatzes des Römischen Rechts, daß ein ius in rem, welches gegen jeden Dritten, der sich mit auch auf keine Weise verbindlich gemacht hat, verfolgt werden kann, im Falle der Collision dem iuri in personam vorgeht, weil letzteres nur gegen eine bestimmte mit verpflichtete Person geltend gemacht werden kann. Der Conductor hat aber vermöge des Contracts nur ein persönliches Recht gegen den locator, von welchem er denn auch billig Ersatz alles Schadens verlangen kann, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet. An den Dritten hat er keine Forderung, dem der Verpächter ein dingliches Recht an der nämlichen Sache gegeben hat. Sehr treffend vergleicht daher Julian den Pächter mit einem Käufer, dem die Sache noch nicht übergeben worden war, welche der Verkäufer nachher einem Andern in seinem Testament vermacht hatte. Der Käufer hat hier, wie der Pächter, nur ein persönliches Recht; beide müssen dem legatar weichen, auf welchen mit dem Tode des Erblassers das Eigenthum der

der Sache übergegangen ist, und können bloß von dem Erben Entschädigung fordern.

So klar läßt sich also die Richtigkeit des noch jetzt geltenden Sprüchwortes: Kauf bricht Miethe, aus den Gesetzen und der Rechtsanalogie erweisen²¹⁾. Dennoch haben mehrere Rechtsgelehrten²²⁾ die Gültigkeit desselben

21) C. Hugo civilistisches Magazin 1. Band S. 268. ff. Westphal §. 1028. und Eisenharr's Grundsätze der deutschen Rechte in Sprüchwörtern. IV. Abth. Nr. XXXI. A. S. 388. ff. (Leipzig 1792.)

22) Bekannt ist Herm. ZOLLII Disput. ad L. 9. Cod. de loc. cond. Rintelii 1687. Dagegen erschienen zwar Otto Phil. ZAUNSCHLIFFER Vindiciae secundum interpretationem L. 9. Cod. de loc. et cond. Marb. 1688. et in Oper. iurid. Francof. ad Moen. 1699. Allein es folgte H. ZOLLII Defensio sententiae novae, Kauf hebt Miethe nicht auf. Rintel. 1690. Zaunschliffer antwortete in der Schrift: Vindiciae vindiciarum triti illius: Kauf geht vor Miethe. Marb. 1691. Das letztere Wort blieb aber in folgender Schrift dem Herm. Zoll: Kauf hebt Miethe nicht auf, sive Commentatio ad L. 9. Cod. de loc. et cond. qua communis sententia et hinc enata vulgaris paroemia: Kauf geht vor Miethe: denuo et fusius refellitur. Rintel 1704. welche nachher nochmals vermehrt und verbessert Ienae 1735. erschienen. Die Gründe beyder Theile haben nachher erwogen Ephr. GERHARD in Diss. de regula iuris Germ. Kauf geht vor Miethe. Altorfii 1725. Dan. Frid HOHEISEL Decisio quaestionis inter DD. agitatissimae: utrum successor singularis expellere queat conductorem? vulgo: Ob Kauf Miethe breche? Halae 1735. Ev. OTTO Diss. de iure emtoris expellendi conductorem. Ultraj. 1736. und Sal. Will. STORM Diss. de iure emtoris expellendi conductorem ad L. 9. C. de loc. cond. Franequerae 1755. und

selben lebhaft zu bestreiten gesucht. Sie haben darguthun sich bemüht, daß jener angenommene Satz höchst unbillig und in keinem Rechte gegründet sey, vielmehr sowohl dem natürlichen²³⁾, als dem Römischen²⁴⁾, so wie dem Canonischen,

und der gemeinen Meinung den Vorzug gegeben. Allein Aug. Rud. Ios. BÜNEMANN in Diss. de emtore conductorem secundum ius civile non expellente. Göttingae 1761. suchte sie aufs neue an, und nahm die Röllische Meinung in Schutz. Er wurde aber von Io. Christoph LUDEWIG in Diss. de emtore non stante locationi antecessoris. Göttingae 1762. mit vieler Gründlichkeit widerlegt, während Io. Henr. Herm. FRIES in Meditat. jurid. de iniquitate et instabilitate vulgati: Kauf geht vor Miethe. Francof. ad Moenum 1762. 4. die entgegengesetzte Meinung wieder zu vertheidigen gesucht hat. Für die gemeine Meinung sind nachher noch folgende neuere Schriften erschienen. Io. Christ. QUISTORP Diss. an et quatenus successores locatoris tam universales quam singulares ex locatione ab ipso celebrata teneantur. Rostochii 1766. und Henr. LAMPE Diss. de vi et efficacia cautelarum pro tuendo iure conductoris adversus emtorem rei locatae expellentem. Göttingae 1795. Man sehe übrigens über diese Controvers Mittelblatts Beiträge zur jurist. gelehrten Historie. St. VII. Nr. 4. S. 525. ff. und Car. Fr. WALCH Introd. in controuv. iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Memb. IV. Subs. II. §. 12. pag. 642.

23) Car. Andr. CHRISTIANI Diss. Num paroemia iuris, emtor expellit conductorem, Kauf geht vor Miethe, sit iuris naturalis? Regiom. 1749.

24) L. 7. §. 7. D. de pact. L. 29. C. eodem. L. 5. Cod. de obligat. et act. L. 54. L. 160. §. 9. L. 175. §. 1. L. 177. pr. D. de div. Reg. iuris.

(ſchen²⁵⁾), und deutſchen Rechte²⁶⁾ offenbar widerſtreite. Denn alle ſtimmten darin überein, daß man Wort halten müſſe, und kein Contrahent dem andern hintergehen dürfe. Alle ſprechen vereint den Satz aus, daß man nicht mehr Recht auf den Andern übertragen könne, als man ſelbſt habe, und ſolglich auch Niemand mehr Recht haben könne, als ſein Auctor hatte, von dem er das Recht erhielt. So wenig alſo der Verkäufer den Pächter habe vor der Zeit vertreiben können, ſo wenig könne auch der Käufer dazu berechtiget ſeyn. Dieſem wären auch die angeführten Geſetze nicht entgegen. Denn die *L. 9. Cod. h. t.* rede nicht von einem ſolchen Falle, wo der Pacht auf beſtimmte Zeit geſchloſſen worden, und dann ſey auch die Leſart ſelbſt noch zweifelhaft, indem in einigen alten Handſchriften geſeſen werde: *Emtori quidem fundi necesse non est stare colonum.* Das Geſetz ſage alſo nur ſoviel, daß der Pächter in dem Falle, da die Sache verkauft worden, die Pachtzeit auszuhalten nicht verbunden ſey, wofern er es nicht durch einen Vertrag verſprochen habe. Die übrigen Geſeßſtellen aber redeten theils nicht von jedem Conductor, ſondern nur von einem colonus, welchem es weit leichter ſey, einen eben ſo nußbaren Fundus wieder in Pacht zu erhalten, als einem Inquillinus eine eben ſo bequeme Wohnung; theils ſey auch nur von einem prohibere, oder repellere colonum die Rede, welches alſo den Fall vorausſeße,

25) *Cap. 46. Cap. 79. de reg. iuris in VI. Cap. 1. 3. et 9. X. de pactis. Cap. 1. et 3. X. de locato.*

26) *Capitulare Caroli et Ludov. Pii. L. VI. c. 133. 149. et 365.*

sehe, daß der Pächter noch nicht im Besiß sey, wohl aber derjenige, an den die Sache veräußert worden. Denn repellere sey unterschieden von expellere, welches einen Besiß voraussetze. Daß aber der neue Erwerber oder Successor singularis den Pächter auch aus dem Besiß der gepachteten Sache zu vertreiben befugt sey, werde nicht gesagt. Allein alle diese Gründe sind sämmtlich von Andern schon geprüft, und hinlänglich widerlegt worden²⁷⁾. Daß der Saß, Kauf bricht Miethe, sogar dem Naturrechte nicht zuwider sey, hat der unsterbliche Kant²⁸⁾ ausführlich gezeigt, obwohl ihm hierin die meisten Neuern²⁹⁾ widersprechen. Er ist auch der Verbindlichkeit der Verträge nicht entgegen, weil dem Conductor in allen Gesetzen die Klage aus dem Contract gegen den locator gestattet wird. Die Regel: Nemo plus iuris in alterum transferre potest, quam ipse haberet, welche Ulpian L. 54. D. de Reg. iur. giebt, gehört nicht hierher. Sie geht auf den Erben, wie Jac. Gothofredus³⁰⁾ gezeigt hat, nicht auf den Successor singularis, den

27) Man sehe hier besonders die in der Note 22. angeführte Schrift von LUDWIG als die beste und ausführlichste. Ueber dem Sam. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 24.

28) Erläuternde Anmerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre von Immanuel Kant. Königsberg 1798. Nr. 4. S. 12. ff.

29) S. Hufeland Lehrsätze des Naturrechts. S. 631. Not. 2. Thomas Lehrbuch der natürlichen Rechtswissenschaft. S. 157. Not. c. und H. HofR. Gros Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft. S. 215. Not. 1. (S. 161. der 3. Ausgabe, Tübingen 1815.)

30) Commentar. in Tit. Dig. de divers. regulis iuris ad L. 54. cit. pag. 242. 299.

den die Handlungen seines Auctors nicht verbinden³¹⁾. Es ist daher die Emendation der L. 9. C. h. t. schlechthin zu verworfen. Denn sie paßt nicht zu den Worten: nisi ea lege emit³²⁾. Die Unrichtigkeit der übrigen Geseßerklärungen leuchtet aus den Worten der Geseße von selbst hervor. Das Canonische Recht steht auch dem Satz eben so wenig entgegen. Die oben angeführten Texte beweisen wenigstens nichts. Endlich haben auch die meisten deutschen Landesgeseße³³⁾ den Satz des Römischen Rechts bestätigt. Nur wenige weichen davon ab³⁴⁾; und wo die Landesgeseße darüber nichts entscheiden, da hat die Praxis das Römische Recht angenommen³⁵⁾.

Es giebt endlich 2) auch Ursachen, welche bald den Locator, bald den Conductor berechtigen, den Contract

B 2

31) *le. DOMAT Les Loix civiles dans leur ordre naturel.* Liv. I. Tit. 4. Sect. 3. §. 4.

32) *E. Höpfners Commentar über die Institutionen §. 890. Not. 4. C. 946.*

33) Eine Menge solcher Stadt- und Landrechte führt *LUDEWIG* in *Diss. de entre non stante locationi antecessoris* §. 49. an.

34) *B. B. das Hamburgische Stadtrecht* P. II. Tit. 9. Art. 13. *Frankfurter Reformation* P. II. Tit. 1. §. 1. und Tit. 14. §. 11. *Ostfriesisches Landrecht* Lib. II. Cap. 270. *Preussisches Landrecht* 1. Th. 21. Tit. §. 358.

35) *SCHILTER Prax. iur. Röm. Exerc. XXXI. §. 23. MEVIUS P. V. Decis. 33. et 339. P. VI. Decis. 144. L. B. a WERNHER Select. Observat. for. Tom. I P. II. Obs. 470. et Tom. II. P. VII. Obs. 3. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXX. medit. 7. STRYK^A Us. mod. Pand. h. t. §. 30. Struben rechtliche Bedenken. 3. Th. Sed. 57. C. 211.*

tract vor der Zeit aufzukündigen, welche aber schon oben §. 1052. und §. 1058. vorgekommen sind.

§. 1062.

Rechtsmittel gegen den Conductor, welcher dem Successor singularis in Güte nicht weichen will. Kann der Conductor zur Fortsetzung des Contracts genöthiget werden, wenn er nicht bleiben will?

Den Gesetzen und der Praxis ist es also gemäß, daß der Successor singularis des locators nicht schuldig sey; die Sache dem Conductor so lange, als die Contractszeit dauert, im Genuße zu lassen; sondern vielmehr befugt sey, sogleich auf die Abtretung der Sache zu dringen, wenn nicht der locator bey der Veräußerung derselben den Erwerber die Fortsetzung des Contracts ausdrücklich zur Pflicht gemacht hat³⁶). Denn in diesem Falle tritt der neue Erwerber in das Contractsverhältniß seines Auctors ein, und kann daher auch nur die Pachtgelder für die Zukunft fordern, welche seinem Auctor, als Verpächter, sind versprochen worden, nicht aber diejenigen, welche bey einer Afterverpachtung von dem Conductor bedungen worden sind, wenn diese etwa mehr betragen sollten³⁷). Noch andere

36) Handelt der Erwerber diesem Vertrage entgegen, so kann der Conductor dem locator *litem denunciren*, oder dem Successor auch selbst *utiliter* die *exceptio pacti conventi* entgegensetzen. Denn der Successor hat hier die Vertragsverbindlichkeit seines Auctors übernommen. L. 25. §. 1. D. h. t. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 65.

37) L. 53. pr. D. de act. emti et vend. L. 58. pr. D. Locati. C. Ge. D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. I. cap. 22.

andere Ausnahmen von jener Regel werden §. 1063. vorkommen.

Wenn nun aber die Frage entsteht, was dem Successor singularis des Verpächters gegen den Conductor für Rechtsmittel zustehen, wenn dieser im Falle einer geschickten Veräußerung der vermieteten oder verpachteten Sache den Besitz zu räumen sich weigert, so sind diese sehr verschieden³⁸⁾. Der Successor singularis kann

I) gegen seinen Auctor, und dessen Erben aus dem Geschäft selbst klagen, aus welchem die Sache auf ihn gekommen ist, z. B. actione empti, und sein Gesuch darauf richten, daß ihm der Beklagte, den geräumten Besitz der Sache verschaffe. Er kann aber auch

II) gegen den Conductor klagen, und zwar 1) mittelst des von dem locator ihm abgetretenen Rechts. Dies setzt aber freylich voraus, daß der locator selbst schon ein Klagerrecht hatte. Es muß also der Contract entweder wegen geendigter Pachtzeit oder aus irgend einem andern rechtlichen Grunde geendigt seyn. Denn die dem Successor abgetretene Klage ist die Contractsklage. Mit dieser kann aber der Successor vor geendigtem Contract den Conductor nicht verdrängen, da er, als

38) E. Ge. Henr. AYERER Progr. de genere actionis adversus conductorem emptor. cedente nolentem instituendae. (in Opusc. minor. Gett. 1740. Tom. I. Nr. 6. pag. 217.)
 Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 2. Th. herausgegeben von Wiese. Leipzig, 1798. Bemerk. VIII. S. 26. ff. und Adolph Diet. Weber Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück. Schwerin und Wismar 1802. Nr. 14. S. 97. ff.

Cessionar des locators, nicht mehr Recht, als dieser, sich zueignen, folglich auch nicht früher, als es diesem der Contract erlaubt, auf die Ablieferung der Sache dringen kann. Hatte der locator dem Käufer aufgetragen, in das verpachtete Gut zu gehen, und sich den Besitz desselben von dem Pächter einkäumen zu lassen, der Pächter aber den Besitz zu räumen schlechterdings verweigert; so findet gegen den Conductor auch das Interdictum unde vi³⁹⁾, oder nach dem Canonischen Recht die Spolienklage⁴⁰⁾ Statt. Nihil enim interest, sagt Marcellus⁴¹⁾, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset, an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. Igitur colonum Interdicto Unde vi LOCATORI obstructum fore, quem deiecit tunc videtur, cum emptori possessionem non tradidit: nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset. Dieß setzt nun aber natürlich wieder voraus, daß der Verpächter selbst die Sache wieder in Besitz zu nehmen befugt, mithin die Pachtzeit geendigt seyn müsse. Der Käufer kann sich daher dieser Rechtsmittel nur insofern bedienen, als sich sein Vorgänger, in dessen Namen er handelt, derselben bedienen konnte. Es können mithin diese aus der Weigerung des Pächters, und der dadurch geschehenen Störung des Be-

39) L. 12. et L. 18. D. de vi et vi armata. Beide Stellen hat sehr gut erklärt WERNHER Sel. Observat. for. T. II. P. VII. Obs. 3. Man sehe auch LUDEWIG Diss. cit. de emptore non stante locationi antecessoris. §. 27.

40) LUDEWIG cit. Diss. §. 47.

41) L. 12. D. de vi.

Besitzes des Verpächters entstehenden possessorischen Klagen auf den Fall nicht bezogen werden, da der Käufer vor geendigtem Contract sein besonderes Recht an der Sache geltend machen will⁴²⁾). Hätte der Käufer nachher selbst wider den Pächter Gewalt gebraucht, um den Besitz der Sache zu erhalten, so wird das Interdictum Unde vi sogar dem Pächter gegen den Käufer gestattet, wenn gleich der Conductor durch widerrechtlich verweigerte Ablieferung der Sache sich schon vorher dem locator verantwortlich gemacht hatte. Es gereicht dem Käufer auch nicht einmal zur Entschuldigung, wenn ihm der Verkäufer selbst geheissen hätte, Gewalt zu gebrauchen, weil ein solcher Auftrag unerlaubt ist, wie aus folgender Gesetzesstelle erhellt.

L. 18. pr. D. de vi et vi armata. PAPINIANUS libro 26. Quaestionum. Cum fundum, qui locaverat, vendidisset, iussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colonum expulit; interdictis unde vi quaesitum est. Placebat, colonum interdicto venditori teneri: quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori: quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret, propter emptorem,

42) Anderer Meinung sind zwar viele, z. B. LUDWIG cit. Diss. S. 27. und Schmidt im Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden S. 1004. denen auch HELLFELD beiptrifft. Allein man sehe WEBER in den angef. Beiträgen S. 99. und Derselben Anmerkung zu Schmidt's angef. Lehrbuche S. 732. Not. i.

torem, quam emtor adeptus non fuisset: *emtorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum Interdicto COLONO teneri: non enim ab ipso, sed a venditore, per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata.* Quaesitum est, an emtori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? Dixi, non esse invandum, qui mandatum illicitum suscepit.

2) Mittelft etgenem Rechts kann sich der successor singularis der Reivindication oder auch der actio Publiciana bedienen, es muß ihm nur in Fällen, wo dieses zur Erwerbung des Eigenthums erfordert wird, die Sache schon übergeben worden seyn⁴³⁾. So wie ihm nun diese petitorische Realklage des Eigenthums wider den

43) LUDEWIG in Diss. cit. §. 25. läugnet zwar, daß die actio Publiciana hier Statt finde, weil sie voraussetze, daß der Kläger einen früheren Besitz, als der Beklagte, gehabt haben müsse. Denn die *L. ult. D. de public. in rem act.* sage, es sey diese Klage dazu eingeführet, ut is, qui bona fide emit, possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat. Allein dem Pächter steht ja nicht einmal ein juristischer Besitz an der Sache zu. *L. 3. §. 12. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 1. §. 19. D. de vi.* und da das persönliche Recht dem dinglichen weichen muß, so ist ja der Conductor immer ein solcher, der ein schwächeres Recht hat, als der Kläger. Noch weiter geht BÜNEMANN in Diss. de emtore conductorem secundum ius civ. non expellente §. 28. Dieser will dem Käufer nicht einmal die Reivindication gestatten, weil sich der Pächter die Sache nicht zueigne. Allein daß auch gegen den Conductor die Reivindication Statt finde, lehrt Ulpian in der *L. 9. D. de Rei indicat.*

den Besitzer der Sache zusteht, so wird dem Successor in der Praxis auch noch eine *Condictio* gegen den *Conductor* gestattet. Nach einigen die *Conditio ex L. 9. Cod. de locato et conducto*⁴⁴⁾, nach andern die *Condictio sine causa*⁴⁵⁾. Allein nach der Theorie läßt sich dagegen einwenden, daß eine *Condictio ex Lege* nach *L. un. D. de condict. ex Lege* eine *obligatio lege nova introducta* voraussetzt: für ein neues Gesetz aber kann die *L. 9. Cod. h. t.* nicht gehalten werden, da schon frühere Gesetze in den Pandecten darüber vorhanden sind. Die *Conditio sine causa* aber, welche man darauf gründen will, daß der Pacht- oder Mietcontract durch den geschehenen Verkauf des Grundstücks von selbst aufgehört haben, concurrirt nicht mit der *Reivindicatio*. *Proditum est enim*, sagt *Ulpian*⁴⁶⁾, *neminem rem suam, nisi sibi, revocare posse*. Da indessen das Recht des Klägers wegen der für ihn sprechenden klaren Gesetze außer Zweifel ist, so mag hier gelten, was der Pacht *Alexander III.* in dem *Causa 6. X. de iudiciis* sagt: *Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut in multis fieri solet, cuiusmodi actio intentatur, inquiratis, sed simpliciter et puro factum ipsum et*

44) Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1004. AYRER c. 1. p. 243.

45) AYRER c. 1. pag. 244. von Quistorp a. a. O. S. 29. denen auch Hellfeld beipflichtet.

46) *L. ult. D. Usufruct. quemadm. cav.* S. den 23. 26. dieses Commentars §. 836. S. 183. ff.

47) Daß weder die eine noch die andere *Condictio* hier Statt finde, ist auch von LÜDEWIG cit. Diss. §. 28. jedoch aus andern Gründen gezeigt worden.

*veri veritatem secundum formam canonum Legum-
que praescripta investigare curetis.*

Es wenig nun der Successor singularis dem Con-
ductor die Contractszeit auszuhalten schuldig ist; eben so
wenig kann auch der Conductor, wenn er nicht bleiben
will, zur Fortsetzung des Contracts von dem neuen Ei-
genthümer genöthiget werden. Denn zwischen ihnen ist
kein Contractsverhältniß vorhanden. Julian, sagt dieses
auch in der oben angeführten L. 22. D. h. t. ausdrück-
lich, wo er den Fall entscheidet, da der Eigenthümer das
Grundstück, was er auf mehrere Jahre verpachtet hatte, in
seinem Testament nachher einem Dritten vermachte, und dann
noch vor gredingter Pachtzeit starb. Hier entstanden zwei
Frägen? 1) Ist der Pächter dem Contract zu halten schul-
dig, wenn dem Legatar daran gelegen ist, ihn zu behalten?
2) Wenn der Pächter gern bleiben möchte, ist der Legatar
ihn in dem Contract zu lassen schuldig? beides Frägen
entscheidet Julian verneinend; und beruft sich in Betreff
der ersten Frage auf die Auctorität des Cassius: Cas-
sius negavit, sagt er, posso cogi colorem, ut eum
fundum coleret, und füge noch den Grund hinzu: quia
nihil heredis interesset. Denn von Zeit der angetretenen
Erbchaft an gehörten die Früchte dem Legatar, wie Ul-
pian L. 120. §. 2. D. de legat. 1. In diesem nämlichen
Falle lehrt, welcher daher dem Pächter die actio con-
ducti gegen den Erben, der für die Handlungen seines
Erblassers haften muß, wegen der Entschädigung des
Pächters giebt. Daß diese Entschädigung alsdann weg-
falle, wenn der neue Eigenthümer den Pächter in dem bis-
herigen Contractsverhältniß lassen, der Pächter aber den-
noch

noch nicht bleiben will; hat keinen Zweifel⁴⁸⁾. Denn da für hatte ja auch nur der vorige Eigenthümer bey der Veräußerung der Sache zu seiner Deckung zu sorgen, daß der Pächter von seinem Nachfolger nicht vertrieben werde⁴⁹⁾. Allein es fragt sich, ob nicht der neue Eigenthümer, wenn ihm an der Fortsetzung des Pachtcontracts gelegen ist, den Pächter dadurch halten könne, daß er sich von dem vorigen Eigenthümer das Recht desselben aus dem Contract cediren läßt? Fast alle⁵⁰⁾ beantworten diese Frage bejahend. Ihr diese Meinung läßt sich auch anführen, daß hier nicht nur keine persönlichen Verhältnisse der Cession im Wege stehen, indem es ja dem Conductor gleichviel seyn muß, ob er seinen Pachtzins an den vorigen oder an den neuen Eigenthümer bezahlt; sondern daß auch eine solche Cession selbst der Gleichheit des Rechts unter den Parteyen entspricht, welche die Billigkeit erheischt. Denn so wie der neue Erwerber der Sache, wenn er sich dem vorigen Eigenthümer durch Vertrag dazu verpflichtet hat, den Pächter behalten muß; bis der Contract geändert ist, und letzter sich deshalb das Recht des locators aus diesem Vertrage kann abtreten lassen; eben so ist auch der Päch-

48) C. LUDEWIG Diss. cit. de emtore non stante locationi antecessoris §. 32.

49) L. 25. §. 1. D. Locati.

50) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 69. Zach. HUBER Diss. ad L. 32. D. Locati §. 6. sqq. (in Eius Dissertation. iurid. et philolog.) P. III. (Franequerae 1706. 4.) pag. 358. sqq. LUDOVICI Doctr. Pand. h. t. §. 28. Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. P. II. §. 197. Wessphal von Kauf. Pacht. und Mieth-Contract. §. 1034. u. 4. m.

Pächter zu bleiben schuldig, wenn sich der Käufer die Rechte des Verkäufers cediren läßt, in dessen Stelle er dadurch eintritt. Demohngeachtet halten mehrere⁵¹⁾ eine solche Cession für unnütz, weil das Rechtsverhältniß auf Seiten des Pächters, vom dem auf Seiten des neuen Eigenthümers ganz verschieden sey. Der letztere, sagt man, habe in den Vertrag gewilliget, darum sey er auch an sein Versprochen gebunden. Allein nicht so der Pächter, daher würde man auch von ihm nicht gleiche Verbindlichkeit erwarten. Diesem könne es nicht gleichviel seyn, mit wem er in Contrahatsverhältnissen stehe. In solchen Fällen erfordere auch die Cession die Einwilligung des cedirten Schuldners⁵²⁾. Nam alteri per alterum non debet iniqua conditio inferri⁵³⁾. In der Gerechtigkeit der Unter den Partheyen zu erhaltenden Gleichheit liege eher ein Grund für, als gegen den Pächter. Diese fordere, demselben einen eben so freien Abzug zu gestatten, als dem neuen Eigenthümer das unumschränkte Recht zustehe, denselben zu vertreiben. *Nemo enim debet armati idem ius sibi dici, quod ipse alius dixit, vel sibi affectu*⁵⁴⁾. Diesem allein aber ipse noch der Ausspruch des römischen Rechtsgelehrten Julianus bey, welcher

51) C. Phil. Lud. BECK Diss. de conductore in locatorem iuste retorquente paroemiam: *Saxt bricht Miethe, Alteris* 1745. und LUDWIG Diss. de emtore non stante locatoni antecessoris §. 31.

52) L. 3. C. de hered. vend. L. 2. C. Ne liceat. potent.

53) L. 74. D. de div. regulis iuris.

54) L. 1. D. Quod quisque iuris in alterum stat.

welcher ausdrücklich sage: *non posse cogi colonum; quia nihil heredis interesset*. Zwar giengen diese Worte nur auf den Erben. Allein habe der Erbe kein weiteres Interesse, was könne er dann für Rechte dem legatar dirigiren⁵⁵⁾? Sollen also der Pächter zur Fortsetzung des Contracts genöthiget werden können, so müsse es entweder bei der Verpachtung zur Bedingung gemacht seyn, daß der Contract fortdauernd gültig bleiben solle, der Verpächter bleibe Eigenthümer des verpachteten Grundstücks, oder veräußere solches vor geendigter Pachtzeit an einen Dritten; oder es müsse der Pächter seine Einwilligung in die Fortsetzung des Contracts dadurch zu erkennen gegeben haben, daß er nach der geschehenen Veräußerung in dem Pachte geblieben, und dem neuen Eigenthümer den Pachtzins bezahlt hat⁵⁶⁾. Allein dagegen ist zu erinnern, daß die Gesetze, welche dem Verkäufer die Vorsichtsregel geben, daß er sich von dem Käufer die Fortsetzung des Contracts mit dem bisherigen Conductor versprechen lasse, wenn er gegen die Ansprüche des letztern gedeckt seyn will, nirgends zur Rechtsbeständigkeit und Wirksamkeit eines solchen Vertrags die Einwilligung des Pächters erfordern⁵⁷⁾; sie lehren uns vielmehr, daß der Verkäufer dem Käufer, der Miete und Miethegelde wegen, allerdings *iura cessa* geben könne⁵⁸⁾. Der Ausspruch des Julianus steht diesen auch nicht entgegen. Denn hätte
der

55) Dionys. GOTHOFREDUS ad L. 39. D. h. t.

56) Dav. MEVIUS Tom. I. P. V. Decis. 29.

57) L. 25. §. 1. D. h. t. L. 9. Cod. eodem.

58) L. 53. pr. D. de act. E. et V. L. 58. pr. D. Locati.
Westphal von Kauf etc. §. 626. und §. 910.

der Testator dem Legatar das Grundstück mit dem ihm zustehenden Pachtrechte vermacht, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß der Legatar, tanquam ex nominis legato, gegen den Pächter actione ex contractu utili auf die Fortsetzung des Contracts würde klagen können⁵⁹⁾. Dieß war nun aber freylich hier nicht geschehen. Konnte denn also der Erbe, der doch den Erblasser repräsentirt, nicht diesen Mangel ergänzen, und dem Legatar das Contractsrecht des Erblassers cediren? Zacharias Zuber⁶⁰⁾ trägt kein Bedenken, dieses zu bejahen, weil es rechtlich nicht unmöglich sey, ein Recht oder Klage zu cediren, die man selbst nicht habe. Er beruft sich desfalls auf eine Stelle des Paulus, welcher in der L. 63. D. de Usufr. sagt: Quod nostrum non est, transferemus ad alios; velut is, qui fundum habet, quamquam usumfructum non habeat, tamen usumfructum cedere potest. Allein diese Stelle kann hier nicht zur Entscheidung dienen. Es wird hier der Rückfall eines Rechts vorausgesetzt, welches schon jetzt auf den Fall der Consolidation allerdings auf einen Andern übertragen werden kann⁶¹⁾. Allein in dem Falle, wovon Julian redet, hatte der Erbe gar kein Recht mehr, was er hätte abtreten können, weil das Eigenthum des vermachten Grundstücks gleich nach dem Tode

59) Arg. §. 21. I. de legatis und L. 18. Cod. eodem.

60) Diss. cit. ad L. 32. D. h. t. §. 6.

61) S. Franc. Car. CONRADI Diss. ad Iulii Paulii ex libro sing. de iure singulari reliqua. Lipsiae 1728. Fragm. II. (In Gr. OELRICHS Collect. Dissertation. historico-antiquario-iuridicar. (Bremæ 1785.) p. 368. sqq.)

Tode des Testators, mithin noch ehe der Erbe die Erbschaft antrat, *recta via*, und ohne eine Handlung des Erben, auf den Legatar übergien⁶²⁾. Daher erklärt sich der von Julian angeführte Entscheidungsgrund: *Quia nihil heredis interest*. Der Legatar aber könnte noch weniger klagen, weil auf ihn, als einen Successor singularis, die *actio locati* nicht übergien⁶³⁾. Ein ganz anderer Fall aber ist es, wenn der locator bei der Veräußerung der Sache die ihm aus dem Mieth- oder Pachtcontract zustehenden Rechte dem Käufer zugleich mit dem Eigenthum der Sache cedirt. Hier ist die Cession so gütig, als wenn ihm diese Rechte mit der Sache im Testament wären vermacht worden. Man kann auch nicht sagen, daß dadurch die Lage des Pächters verschlimmert werde, weil der Successor singularis nur an die Stelle des Verpächters tritt, und sich der Rechte desselben bedient. Sollte der Grund etwas gelten, es könne dem Pächter nicht gleichviel seyn, mit wem er im Contractsverhältnisse stehet; so würde sich der Conductor auch für berechtigt halten können, dem Erben des locators nach Gefallen den Contract aufzusagen. Wer möchte dieses wohl behaupten?

Daß übrigens der Conductor Ersatz alles Schadens fordern könne, den er durch die frühere Beendigung des Contracts leidet, worunter denn auch der ihm dadurch entzogene Gewinn begriffen ist⁶⁴⁾, hat keinen Zweifel. Die oben angeführten Gesetze gestatten ihm deshalb die *actio*

62) L. 80. D. de Legatis 11. L. 64. D. de furtis.

63) C. POTHIER Pand. Justin. Tom. I. h. t. Nr. XIX. not. g.

64) L. 33. D. h. t.

*actio conducti*⁶⁵⁾. Diese findet nicht nur gegen den *locator*, gegen welchen der *Conductor* auch zum *iuramento in litem* gelassen werden mußte⁶⁵⁾; sondern auch gegen denselben Erben statt, wenn der Erblasser die verpachtete Sache einem Dritten vermacht, und der Legatar den Pächter verdrängt hat. Der Pächter fordert hier seine Entschädigung von dem Erben⁶⁷⁾. Nur dann fällt die Entschädigungsflage weg, wenn der Verpächter ein bloß temporäres Recht an der Sache hatte, und diese Beschaffenheit seines Rechtes auch dem *Conductor* nicht verschwiegen⁶⁸⁾.

§. 1063.

Ausnahmen von der Regel: Kauf bricht Pacht.

Die Regel, daß der *Successor singularis* dem Pächter seines Vorgängers den Contract zu halten nicht verbunden sey, leidet folgende Ausnahmen.

1) Wenn Jemand ein fiscalisches Gut gepachtet hat, und dieses noch vor geendigter Pachtzeit verkauft wird. Hier wird als stillschweigende Bedingung angenommen, daß der Käufer den Pächter nicht vertreiben dürfe, theils um den Fiskus gegen alle Entschädigungsansprüche zu sichern, theils aber auch zugleich dem Pächter desselben volle Sicherheit wegen der Benutzung auf die contractmäßige

65) L. 25. §. 1. D. h. t.

66) L. 5. pr. D. de in litem jur. C. Runde Verträge zur Erläut. rechtl. Gegenstände 1. Th. C. 445.

67) L. 32. D. h. t.

68) L. 9. §. 1. D. eodsm.

mäßige Pachtzeit zu gewähren⁶⁹⁾. Der Käufer erhält das für auch den Pachtzins von Zeit der Adjudication an⁷⁰⁾.

L. 50. D. de iure fisci. PAULUS libro. 3. Decretorum: — PAPINIANUS et MESSIUS novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum esse fructus ei auferri universos, sed colonum quidem percipere, eps. debere, emptorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset, atque si hoc ipsum in emendo convenisset: pronunciavit tamen (sc. Procurator fisci) secundum eorum opinionem, quod si quidem a domino colerentur, universos fructus haberet; si vero sub colono, pensionem acciperet (sc. emptor).

2) Wenn ein Gläubiger blos rei servandae causa in die Güter seines Schuldners immittirt worden ist, und der Schuldner noch vor der Immission eine Sache verpachtet oder vermiethet hatte; so wird dadurch der Contract nicht aufgehoben, sondern durch die Billigkeit des prätorischen Rechts ben Kräften erhalten; wenn auch gleich die Sache um ein geringeres locarium verpachtet worden seyn sollte, als man hätte erhalten können; es mag nur nicht geschehen seyn, um die Gläubiger zu betrügen.

L. 8. §. 1. D. de rebus auctoritate iud. possidend. ULPIANUS libro 61. ad Edictum. Si quis fructus

69) LUDWIG Diss. ult. de emptore non stante locationi antecessoris §. 14. und JUST. FRIEDRICH RÜNDE Beiträge zur Erläuterung rechtlicher Gegenstände 1. Band Nr. XVI. S. 444. ff.

70) C. Em. MERILLIUS Observation. Lib. II. cap. 20. in Anst. Glücks Erläut. d. Pand. 18. 3b. C

ex praedio debitoris capi poterit, hunc creditor, qui in possessionem praedii missus est, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, si ante neque venierit, neque locatus erit. Nam si iam a debitore vel locatus erat vel venierat: servabit Praetor venditionem et locationem a debitore factam, et si minoris distraetum est vel locatum, nisi si in fraudem creditorum hoc fiat; tunc enim Praetor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant.

Ob diese Bestimmung des Römischen Rechts auf den heuigen Concurs der Gläubiger anzuwenden sey, und daher die Gläubiger des verschuldeten Verpächters gezwungen werden können, den Contract mit dem Pächter, den sie auf den schuldenrischen Suche finden, fortzusetzen, ist streitig. Einige⁷¹⁾ glauben, es sey dieses, vermöge des angeführten Gesetzes, auch heut zu Tage gar keinem Zweifel unterworfen. Andere⁷²⁾ behaupten, daß die Concursgläubiger, auch schon deswegen, weil sie als Repräsentanten des Gemeinschuldners zu betrachten sind, und also in dieser Eigenschaft keine andere Rechte haben könnten, als der Creditur, die von demselben vor der Eröffnung des Concurses

71) LEXSEN Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCXCIV. Medit. 9. WERNHER Sel. Observat. for. T. III. P. III.

20 Obs. 47. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I.

Obs. 193. Ge. Lud. BOEHMER Electa iuris civ. Tom. I.

72) Exercit. XI. §. 1. pag. 331. und Weber zu Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen. §. 1005. Not. u. C. 734.

73) von Busow und Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtslehre. 3. B. Erört. L. C. 283. Dabelfo ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurs der Gläubiger C. 708. ff.

curses eingegangenen Verpachtungen anzuerkennen schuldig wären. Noch andere⁷³⁾ hingegen tragen Bedenken, jene Verordnung auf den deutschen Conkurs anzuwenden, und halten die Gläubiger, eben so wenig, als andere besondere Nachfolger, für verpflichtet, eine von dem Schuldner noch vor dem Conkurs unternommene Pachtverpachtung fortzusetzen. Soviel ist gewiß, daß das römische Recht unsern heutigen Conkurs gar nicht kennt⁷⁴⁾. Die Immission in das Vermögen des Schuldners, von welcher die angeführte L. 8. redet, hat daher darauf gar keine Beziehung. Denn sie gieng nur die nicht privilegierten chirographarischen Gläubiger an⁷⁵⁾, und wurde auch einem einzelnen Gläubiger bewilliget⁷⁶⁾, z. B. wenn sich der Schuldner betrügerisch entfernt hatte, oder verborgen hielt, oder ohne Erben starb⁷⁷⁾. Denn sie geschah bloß rei servandae causa⁷⁸⁾. Der Gläubiger, welchen der Prätor immittirte

C 2

hatte,

73) Fried. Gottl. ZOLLER Progr. de Quaestione, utrum existente concursu creditorum, creditores locationem a debitore celebratam servare teneantur? Lipsiae 1757. Eribaut System des Pandect Rechts 3. Bd. S. 1223. KIND Quaest. forens. Tom II. Cap. 5. pag. 28 Karsten Versuch über die Verhältnisse eines Pachtinteressen zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten Hamburg 1809.

74) E. von Bonner Handbuch des gemeinen Prozeßes 4. B. Nr. LXXXII. §. 2.

75) L. 10. C. de reb. auctori, iud. possidend.

76) L. 8. §. 4. L. 12. D. eodem.

77) L. 1. 2. L. 7. L. 8. D. Quib. ex. l. aus. in possessionem eatur.

78) L. 1. L. 5. pr. L. 7. pr. D. eodem.

hatte, erhielt dadurch weder Eigenthum noch juristisches Besitz, sondern nur ein prätorisches Pfandrecht⁷⁹⁾, und die Aufsicht über das Vermögen⁸⁰⁾. Rechtsgültige Verträge, die der Schuldner vor der Immission abgeschlossen hatte, durften daher nicht aufgehoben werden, wosern sie nur nicht in fraudem creditorum waren eingegangen worden⁸¹⁾. Es lag vielmehr dem immittirten Gläubiger ob, für die Erhaltung der Güter des Schuldners zu sorgen, ohne sich die Früchte und Einkünfte davon zueignen zu dürfen, er mußte sie zum Nutzen desjenigen, dem die Güter-Masse gehörte, verkaufen, oder verpachten, insofern dieses nicht etwa schon früher von dem Schuldner selbst geschehen war, und dem Curator, oder auch dem Schuldner selbst von deren Verwendung Rechenschaft ablegen⁸²⁾. Denn trat Jemand für den Schuldner ins Mittel, oder mußte der Schuldner selbst nachher noch Rath zu schaffen, so mußte ihm das Vermögen wieder abgetreten werden⁸³⁾. Nur wenn Keines von beiden geschah, und auch sonst

79) L. 26. D. de pigner. act. L. 3. §. 1. D. de reb. cor. qui sub tut. vel cura sunt.

80) L. 3. §. 23. D. de acquir. vel. qmitt. possess. Qui creditorem rei servandae causa — mittit in possessionem, — non possessionem, sed custodiam rerum et observationem concedit. L. 12. D. Quib. ex caus. in possess. ent.

81) Die Immission hinderte nicht einmal die Disposition des Schuldners über sein Vermögen, wenn nur der Dritte, der mit dem Schuldner contrahirte, in bona fide war. L. 9. D. Quae in fraud. creditor.

82) L. 8. L. 9. et L. 12. D. de reb. auct. iudicis possid.

83) L. 33. §. 1. D. eodem.

sonst kein Hinderniß obwaltete, konnte der Magistrat den Verkauf der Güter zur Befriedigung der Gläubiger erlassen⁸⁴⁾, welches man die *missio ex secundo decreto* nannte⁸⁵⁾. Erst diese Immission, welche nun dem Schuldner alle Verfügung über sein Vermögen benahm, enthielt eine wahre Abjudication, und berechtigte die Gläubiger, welche dieselbe erhalten hatten, zur Veräußerung zu schreiten, wodurch denn nun auch die von dem Schuldner gegebene Verpachtung aufhörte⁸⁶⁾. Allein dieses römische Verfahren in Schuldsachen hat in Deutschland keinen Eingang gefunden; unabhängig von demselben entwickelte sich der deutsche Conkurs, dessen Hauptverfahren mit dem richterlichen Erkenntniß auf Eröffnung desselben seinen Anfang nimmt⁸⁷⁾. Der Schuldner verliert hierdurch alle Disposition über sein bisheriges Vermögen, als welche mit dem Administrations- und Veräußerungsrechte auf die Gläubiger übergeht⁸⁸⁾. Das prätorische Pfandrechte aber fällt, als Folge der Immission, heut zu Tage weg.

84) L. 21. §. 2. D. Ex quib. caus. majores. L. 6. §. 1. et 2. L. 7. §. 1. L. 13. D. Quib. ex causis in possess. eatur. L. 9. Cod. de bonis auctorit. iudicis possid.

85) S. Lud. Cour. SCHROEDER Opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii. Sect. 1. Cap. 1. §. 22. sqq.

86) S. Dabelow, angef. Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 478. f. und KIND Question. for. Tom. II. Cap. 5. pag. 31.

87) von Gönner a. a. O. §. 21. S. 556.

88) von Gönner §. 25. Schweppe System des Concurses der Gläubiger, §. 29. Martin Lehrbuch des bürgerl. Process. §. 212.

weg⁸⁹⁾). Auch bleibt das Eigenthum bey dem Gemein-
schuldner bis auf den Augenblick, da es auf den Käufer
übergeht⁹⁰⁾). Daher kann man die Concurs-Gläubiger
nicht füglich als Successoren des Eddars, noch weniger
aber als Successores universales im römischen Sinn
betrachten⁹¹⁾). Dagegen treten diese Gläubiger in
Rücksicht des verschuldeten Vermögens in eine Gemein-
schaft, und werden durch die Einheit ihrer Rechtsverhält-
nisse sowohl, als ihres Zwecks zu einer Genossenschaft ver-
bunden. Dieses Corps der Gläubiger erwirbt nun durch
den Concurs die Befugniß, alle Mittel anzuwenden, um
sich aus dem schuldnerischen Vermögen zu befriedigen. Es
kann daher alles, was zu diesem Vermögen gehört, seinem
Dispositionsrechte unterwerfen, und es so benutzen, wie
es der Schuldner, nach der Natur der Sache, selbst be-
nutzen konnte⁹²⁾). Die Gläubiger sind aber auch die Ver-
pflichtungen des Schuldners insofern anzuerkennen verbun-
den, als sie die Bedingungen enthalten, unter welchen die
Sache, mit welcher sie conner sind, überhaupt nur ein
Theil des schuldnerischen Vermögens seyn kann. Nach
dieser Ansicht läßt es sich allerdings rechtfertigen, wenn
man den Gläubigern eine active und passive Reprä-
sen-

89) Schweppe a. a. O. §. 50. S. 72.

90) Der Schuldner kann daher, bis zum Verkauf seiner Sa-
chen, wieder in alle Güter eintreten, und sich von dem Con-
curs frey machen, wenn er die Gläubiger befriediget. Th. I.
h. a. u. Syst. m. des Pand. Rechts 3. B. §. 1223.

91) KIND Quaest. for. T. II. cap. 5. und Dabelow S. 715. f.

92) Strubenrechtl. Bedenken 1. Th. Bed. 120. Schweppe
§. 52.

sentation des Gemeinschuldners bezeugt⁹³⁾). Hat nun also der Schuldner vor dem Ausbruche des Concurſes eine zu ſeinem Vermögen gehörige Sache vermiethet oder verpachtet, ſo wird durch den Eintritt des Concurſes der Contract nicht aufgehoben. Es hat daher keinen Zweifel, daß die Gläubiger von den Rechten, welche der Cridar, als Verpächter, durch den geſchloſſenen Contract gegen den Pächter erworben, als deſſen Stellvertreter, zum Behuf ihrer Beſriedigung, Gebrauch machen können. Es ſteht ihnen alſo auch allerdings ein Zwangsrecht gegen den Pächter des Gemeinschuldners zu, daß er bleiben, und ſeinen Contract erfüllen muß. Dieſer repräſentative Character der Gläubiger ſteht ihnen aber auch nicht entgegen, daß die verpachtete Sache zum Nutzen derſelben veräußert, und das daraus gelöſete Geld zur Concurſmaſſe gezogen werden kann. Denn der Schuldner ſelbſt hatte ja die Befugniß, des Pachts, oder Mieth-Contracts ungeachtet, die Sache zum Verkauf zu bringen, und ein gleiches Recht muß auch den Gläubigern geſtattet werden. Wird nun aber hierdurch der Pächter genöthiget, das Pachtguth vor der Zeit zu räumen, ſo bleibt ihm, wegen des Schadenersatzes, nichts anders übrig, als dem Corps der Gläubiger beizutreten, und beim Concurſe zu liquidiren, was ihm dadurch entgeht, daß ihm die Contractzeit nicht ausgehalten worden iſt⁹⁴⁾).

Eine andere Frage iſt, wenn der Gemeinschuldner vor dem Concurſe fremde Sachen gemiethet oder gepachtet hat

93) Dabelow S. 708. f. Gönnert a. a. O. S. 26. Martini a. a. O. S. 312.

94) S. Dabelow S. 709.

hat, ob das Pachtverhältniß hierdurch aufgehoben wird? Mehrere⁹⁵⁾ behaupten dieses. Allein es sind hier zwei Fragen zu unterscheiden. 1. Sind die Gläubiger den von dem Gemeinschuldner geschlossenen Pachtcontract, wenn sie dabey Nutzen finden, nach entstandnem Concurse fortzusetzen berechtigt? Diese Frage ist ohne alles Bedenken zu bejahen. Denn als Repräsentanten des Schuldners haben die Gläubiger auch das Recht, in die von dem Creditar vor dem Concurse geschlossenen Contracte, sofern es ihnen vortheilhaft ist, einzutreten⁹⁶⁾. Nur bei einigen Contracten machen die Geseze eine Ausnahme, welche durch den Ausbruch des Concurses für die Folge erlöschen; nämlich bey Pachtungen vom Fiskus⁹⁷⁾, Güter-Sozietät⁹⁸⁾, und Compromissen⁹⁹⁾. Diese Ausnahmen sind aber auch zugleich ein Beweis für die dadurch stillschweigend anerkannte Regel. Wenn also der Pächter Concurse macht, so können sich die Gläubiger die Vortheile, welche aus dem geschlossenen Pachtcontract für den Schuldner entspringen, allerdings zueignen. Denn sie sind als ein Bestandtheil seines Vermögens anzusehen. Da nun die Gläubiger durch den Concurse in alle Vermögensrechte des Schuld-

95) *Ge. Lud.* BÖHMER *Pr. de iure circa conductionem, orto adversus conductorem concursu creditorum.* (in *Elect. iur. civ.* T. I. Exerc. XI. p. 322. sqq.) *Io. Ern. Iust.* MÜLLER *Observat. pract. ad Leyserum* T. V. Fasc. II. Obs. 813. *Hufeland Lehrbuch des Civilrechts.* 1. Bd. §. 679.

96) *Schweyge* in dem angef. System §. 56. S. 82.

97) *L. 2. Cod. de fundis rei privatae.* (XI. 65.)

98) *L. 65. §. 1. D. Pro socio.*

99) *L. 17. pr. D. de recept.*

Schuldners, welche von seiner Person abgesondert werden können, treten, so kann sich der Verpächter seiner Verbindlichkeit, die Bedingungen eines vortheilhaften Pachtcontracts den Creditoren des Pächters zu erfüllen, eben so wenig entziehen, als er ihnen die Befugniß streitig machen kann, alles das für sich zu benutzen, was dem Pächter selbst Vorthelle gewährte¹⁰⁰). Wenn hingegen II. die Frage ist, ob die Concursgläubiger auch verpflichtet sind, den Pacht, oder Mieth-Contract, welchen der Gemeinschuldner vor dem Concurs über fremde Sachen abgeschlossen hat, fortzusetzen, so ist hier nicht das nämliche Rechtsverhältniß vorhanden. Denn den Ansprüchen gegen den Creditor, insofern diese nicht mit der Sache selbst conner sind, sind die Gläubiger nicht unterworfen, weil es ein Grundsatz ist, wer an den Creditor Ansprüche hat, muß als Concursgläubiger auftreten, und der Verpächter kann vor andern Gläubigern nichts voraus verlangen. Es folgt auch nicht, daß, weil die Gläubiger von den Rechten, welche der Schuldner aus einem von ihm geschlossenen zweiseitigen Vertrage erwarb, zu ihrem Vorthell Gebrauch machen können, dieselben nun auch, diese Berechtigungen des Schuldners sich anzueignen, gezwungen werden könnten, wenn die Gläubiger keinen Vorthell dabey finden.

100) *C. Christ. Frid. Imman. schorck* Diss. An creditores, orto concursu conductionem debitoris, qui bonis cessit, continuare teneantur? *Erf. 1774.* (in *Opuscul. Nr. IX.*) *WALTHER* Diss. An et quatenus successores conductoris ex conductione ab ipso celebrata, iura et obligationes adquirant? *Butzovii 1775.* vorzogl. Dabey
Ihm Entwid. der Lehre vom Concurs der Gläubiger. S. 711.
und 712.

finden. Ihnen steht ein unumschränktes Befriedigungsrecht aus der Masse zu. Nur ihre Conventienz und eigene Ueberzeugung zur Erreichung des höchsten Vortheils für sich, kann demnach entscheiden, wieweit sich die Grenzen der creditorischen Administrations-Befugniß zum Zweck ihrer Befriedigung erstrecken¹⁾. Treten jedoch die Concursgläubiger in den von dem Cridar geschlossenen Contract ein, so müssen sie natürlich auch eben so gut, wie derselbe, die Verbindlichkeiten und Bedingungen des Contracts für die Zukunft zu erfüllen²⁾. Endlich entsteht noch die Frage, wenn Sachen des Gemeinschuldners während des Concurfes von den Gläubigern oder dem Güterpfleger, vermiehet oder verpachtet worden sind, muß der Cridar, wenn er sich nachher durch Befriedigung seiner Gläubiger von dem Concurse frey macht, und sein Vermögen vor geschehener Veräußerung zurücknimmt, den geschlossenen Pachtcontract aushalten? Geht man von dem Gesichtspunct aus, daß die Gläubiger als Repräsentanten des Cridars handeln, so kann die Bejahung dieser Frage keinem Zweifel unterworfen seyn. Dean wollte der Gemeinschuldner einen solchen Contract nicht erfüllen, zu dessen Schließung die Concursgläubiger vermöge des auf sie durch den Concur übergegangenen Administrations- und Dispositionsrechtes nicht allein berechtigt, sondern sogar verpflichtet waren; so sind nicht die Gläubiger dem Pächter zur Evictionsleistung verbunden, sondern derselbe ist viel.

1) Dabelow S. 710. Karsten angeführter Versuch über die Verhältnisse eines Pacht-Interessenten zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten S. 19. ff. und Schweppe System des Concurfes, §. 56. S. 82. und 82.

2) Schweppe §. 56. S. 82.

vielmehr befreit, sich, der Entschädigung wegen, an den Schuldner zu halten, in dessen Namen und an dessen Stelle die Verpachtung geschehen ist³⁾.

Zu den Ausnahmen der Regel: Kauf bricht Mieth, rechnet man, 3) wenn sich der Conductor von dem locator hat versprochen lassen, daß er die Sache vor Endigung der Mieth- oder Pachtzeit nicht veräußern wolle, und zur Sicherheit dieses Versprechens ein Pfandrecht auf die Sache bestellt worden ist. Hier glaubt man gewöhnlich, die Hypothek sichere den Conductor vor der Gefahr, von dem Käufer ausgetrieben zu werden⁴⁾. Darin ist man zwar einverstanden, daß weder das pactum de non alienando an sich, noch die Hypothek, welche, ohne diesen Vertrag, bloß zur Bestätigung des Contracts, auf der verpachteten Sache bestellt worden ist, dem Conductor hinlängliche Sicherheit gewähre. Denn das erstere giebt dem Conductor nur ein persönliches Recht gegen den loca-
tor

3) Fried. von Bülow und Th. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Erst. L.

4) WERNHER Sel. Observat. for. Tom I. P. II. Observ. 360. et Tom. II. P. VII Obs. 227. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 81. et in Cautelis contract Sect II cap. 9 §. 15. et 16 LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62. et 63. I. H. BOEHMER Select. quaed. capita eaque plurimum pract. circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. III. §. 4 (Tom. III. Exercitat. p. 484) Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingebung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 305. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controuv. h. t. Qu. 22. not. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1984. Weiprecht vom Kauf. u. §. 1031. u. a. m.

finden. Ihnen steht ein unumschränktes Befriedigungsrecht aus der Masse zu. Nur ihre Conventienz und eigene Ueberzeugung zur Erreichung des höchsten Vortheils für sich, kann demnach entscheiden, wieweit sich die Grenzen der creditorischen Administrations-Befugniß zum Zweck ihrer Befriedigung erstrecken¹⁾. Treten jedoch die Concursgläubiger in den von dem Cridar geschlossenen Contract ein, so müssen sie natürlich auch eben so gut, wie derselbe, die Verbindlichkeiten und Bedingungen des Contracts für die Zukunft zu erfüllen²⁾. Endlich entsteht noch die Frage, wenn Sachen des Gemeinschuldners während des Concurfes von den Gläubigern oder dem Güterpfleger, vermiethet oder verpachtet worden sind, muß der Cridar, wenn er sich nachher durch Befriedigung seiner Gläubiger von dem Concurse frey macht, und sein Vermögen vor geschעהner Veräußerung zurücknimmt, den geschlossenen Pachtcontract aushalten? Geht man von dem Gesichtspunct aus, daß die Gläubiger als Repräsentanten des Cridars handeln, so kann die Bejahung dieser Frage keinem Zweifel unterworfen seyn. Denn wollte der Gemeinschuldner einen solchen Contract nicht erfüllen, zu dessen Schließung die Concursgläubiger vermöge des auf sie durch den Concurse übergegangenen Administrations- und Dispositionsrechts nicht allein berechtigt, sondern sogar verpflichtet waren; so sind nicht die Gläubiger dem Pächter zur Evictionsleistung verbunden, sondern derselbe ist
viel.

1) Dabelow S. 710. Karsten angeführter Versuch über die Verhältnisse eines Pacht-Interessenten zu den Concursgläubigern des andern Mitcontrahenten S. 19. ff. und Schweppe System des Concurfes, §. 56. S. 82. und 83.

2) Schweppe §. 56. S. 82.

vielmehr befreit, sich, der Entschädigung wegen, an den Schuldner zu halten, in dessen Namen und an dessen Stelle die Verpachtung geschehen ist³⁾.

Zu den Ausnahmen der Regel: Kauf bricht Mieth, rechnet man, 3) wenn sich der Conductor von dem Locator hat versprochen lassen, daß er die Sache vor Endigung der Mieth- oder Pachtzeit nicht veräußern wolle, und zur Sicherheit dieses Versprechens ein Pfandrecht auf die Sache bestellt worden ist. Hier glaubt man gewöhnlich, die Hypothek sichere den Conductor vor der Gefahr, von dem Käufer ausgetrieben zu werden⁴⁾. Darin ist man zwar einverstanden, daß weder das pactum de non alienando an sich, noch die Hypothek, welche, ohne diesen Vertrag, bloß zur Bestätigung des Contracts, auf der verpachteten Sache bestellt worden ist, dem Conductor hinlängliche Sicherheit gewähre. Denn das erstere giebt dem Conductor nur ein persönliches Recht gegen den loca-
tor

3) Fried. von Bülow und Th. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 3. Band. Erdt. L.

4) WERNHER Sel. Observat. for. Tom I. P. II. Observ. 360. et Tom. II. P. VII Obs. 227. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 81. et in Cautelis contract. Sect II cap. 9 §. 15. et 16 LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62. et 63. I. H. BOEHMER Select. quaed. capita eaque plurimum pract. circa locat. et conduct. praedior. rusticor. Cap. III. §. 4 (Tom. III. Exercitat. p. 484) Elaprotb Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingebung der Verträge und Contracte 2. Th. §. 305. EMMINGHAUS ad Cocceji ius civ. controuv. b. t. Qu. 22. not. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 1984. Weppert zum Kauf. §. 1031. u. d. m.

tor auf Leistung des Interesses, wozu aber der Locator, vermöge des Contracts, schon ohnehin verpflichtet ist. Das Pfandrecht hingegen hat an sich nur die Wirkung, daß der Conductor, im Fall einer erfolgenden Veräußerung, sich an die Sache selbst halten, und diese so lange restituiren kann, bis ihm Entschädigung wegen der früher geendigten Conduction geleistet worden ist. Sobald aber diese erfolgt ist, so erlischt das Pfandrecht⁵⁾. Wenn hingegen beides mit einander verbunden wird, dann, glaubt man, sey der Conductor vollkommen gedeckt. Denn wenn nun der Locator, dem Vertrage zuwider, die Sache veräußert, so sey die Veräußerung nichtig, und das Eigenthum werde nicht übertragen⁶⁾. Allein wie eine Hypothek in Verbindung mit dem pactum de non alienando das zu bewirken im Stande seyn sollte, was weder das Eine noch das Andere für sich zu bewirken vermag, ist unbegreiflich. Man beruft sich zwar auf die L. 7. §. 2. D. de distract. pignor. Allein diese Stelle, über deren Lesart noch sehr gestritten wird, wie ich an einem andern Orte⁷⁾ gezeigt habe, redet von einem ganz andern Falle. Der Gläubiger läßt sich von dem Schuldner versprechen, daß er das Pfand oder die Hypothek nicht verkaufen wolle. Ein solcher Vertrag soll nach Marcians Aussprüche die Wirkung haben, daß die demselben zuwider geschehene Veräußerung ungültig sey. Hier paciscirte also der Gläubiger, der ein dingliches Sicherheitsrecht hatte. Ganz verschieden davon ist der Fall,

5) L. 6 §. 1. L. 12. §. 1. D. Quib. modis pignus vel hyp. solvitur.

6) Arg. L. 7. §. 2. D. de distract. pignor.

7) S. den 17. Th. dieses Commentars §. 976. S. 57. ff.

Fall, wenn sich der Pächter von dem Verpächter versprechen läßt, die Sache während der Pachtzeit nicht zu veräußern, und der locator dem Conductor zur Sicherheit dieses Versprechens ein Pfandrecht auf der Sache bestellet hat. Die Wirkung der Hypothek, als ein Accessorium der Hauptverbindlichkeit, kann sich doch hier weiter nicht erstrecken, als soweit die Verbindlichkeit des locators geht. Nun besteht aber diese blos in der Leistung des Interesse, wenn der Conductor im Falle einer erfolgten Veräußerung vor der Zeit vertrieben, und also hierdurch an der Benutzung der Sache gehindert wird. Nur in Rücksicht dieses Interesse wird also der Conductor durch die ihm zur Bestärkung des pacti de non alienando gegebene Hypothek sicher gestellt, nicht in Rücksicht der Fortdauer des Contrahis. Ist also dieses Interesse dem Conductor von dem Käufer der ihm verpfändeten Sache geleistet worden, so hört die Wirkung des Vertrags auf, und der Pacht- oder Miethcontract ist geendigt. Denn durch die Bestellung der Hypothek wird die Natur des Pacht- oder Miethcontracts nicht geändert⁸⁾. Es ist ein offener Irrthum, wenn

- 8) Man vergleiche *Reinh. BACHOV* Not. et Animadvers. ad *Treutlerum* Vol. I. Disput. XXIX. Th. 8. ad v. *Sed quid si locator.* pag. 1123. Io. Nic. *HERTIUS* Diss. de pacto, ne dominus rem suam alienet. §. 22. (in *eius Commentation. et Opuscul.* Vol. I. Tom. III. pag. 104.) *Christ. GRELIN* Diss. de pacto. ne dominus rem suam alienet. *Tübingae* 1789. §. 12. *Henr. LAMPE* Diss de vi et efficacia cautelar. pro tuendo iure conductoris adversus emtorem rei locatae expellentem. *Goett.* 1795. §. 7. et 8. und *Ehibaut* *Ess.* des *Pand. Rechts.* 2. B. §. 994.

wenn einige ältere Rechtsgelehrten⁹⁾ dem Eide, womit das Versprechen des locator, den Contract zu halten, und die vermietete oder verpachtete Sache während der Pachtzeit nicht zu veräußern, bekräftigt worden ist, die Wirkung einer Special-Hypothek belegen, und daher eine solche eidlche Bestärkung als eine vorzügliche Cautel empfehlen wollen. Denn die Verbindlichkeit aus einem Eide ist eine bios persönliche. Der Eid verbindet zwar den locator, Wort zu halten, oder das Interesse zu leisten; allein er hindert die Uebertragung des Eigenthums der vermieteten oder verpachteten Sache eben so wenig, als er den Käufer verbindet¹⁰⁾. Den angeführten Ausnahmen fügt Zelffeld endlich

4.) noch die hinzu, wenn der successor singularis sich selbst dem locator zur Fortsetzung des Contracts mit dem bisherigen Conductor verpflichtet hat, von welcher aber schon oben gehandelt worden ist. War es jedoch nicht bei der Veräußerung der Sache zur Bedingung gemacht, daß der neue Erwerber den Conductor nicht vor der Zeit austreiben solle, so läßt sich eine stillschweigende Verpflichtung daraus, daß der Eigenthümer bei der Veräußerung bios anführte, die Sache sey verpachtet, mit Grund nicht folgern¹¹⁾, weil die Entsagung eines Rechts

9) BARBOSA Comment. ad L. 9. Cod. de locat. et cond. nr. 16. SERAPHINUS de privileg. aprom. pag. 158. nr. 2.

10) TITIOS Observat. ratiocinant. ad Compend. iuris Lauterbach. Obs 598. und de coccys. Inr. civ. contrav. h. t. Qu. 23.

11) Anderer Meinung ist zwar de coccys in iure civ. contrav. h. t. Qu. 24. Verb. *At aliud est.* nr. 3. Allein die L. 9. Cod.

im Zweifel nicht vermuthet werden kann¹²⁾. Eben so wenig kann auch der locator den neuen Erwerber der vermiethteten oder verpachteten Sache durch Retention derselben zu einer Cautionsleistung nöthigen, dem Conductor die Contractszeit auszuhalten, oder ihn, seinen Auctor, in dem entgegengesetzten Falle zu entschädigen. Denn was die Gesetze¹³⁾ blos bey dem Rückfall verpachteter Dotalgüter verordnet haben, läßt sich nicht auf jede andere Veräußerung verpachteter Sachen anwenden, wie schon Anton Faber¹⁴⁾ gegen Cujaz¹⁵⁾ gezeigt hat.

Eine sicherere Cautel für den Pächter wäre dagegen die, wenn er sich auf den Fall der Veräußerung ein dingliches Nutznießungsrecht bestellen ließe¹⁶⁾. Zwar erlischt der ususfructus durch den Tod des Berechtigten, der

Cod. h. t. beweiset nichts für diese Behauptung. Die Worte: *Verum si probetur, aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat*, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio, ei, quod placuit, parere cogetur, deuten auf einen nachher zwischen dem neuen Eigenthümer und den locator ausdrücklich, oder stillschweigend geschlossenen Vertrag hin, z. B. der Käufer läßt den Conductor in der Miete, und nimmt auch von ihm die Bezahlung des Mietzinses an. *C. 10. si-CHARD Praelect. in Cod. ad L. 9. cit. nr. 7.*

12) *Mich. Cod. WERNHER Lectiss. Commentar. in Pand. h. t. §. 34.* vgl. LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 62.*

13) *L. 25. §. ult. D. Solut. matrim.* *C. oben §. 1061. C. 10. f.*

14) *De errorib. Pragmaticor. Dec. XXIV. Err. 4.* Verb. *Sed in eo videtur mihi valde errasse Cujacius.*

15) *Commentar. ad Iul. Paulum L. 25. §. 4. D. Solut. matrim.* in *Operib. a Fabroto edit. T. II. pag. 596. sq.*

16) *C. LAMPE Diss. cit. §. 9.*

der Usufructuar trägt auch die Lasten der nußnießlichen Sache, welches bey der Conduction nicht so ist. Allein da dieses theils nicht zu dem Wesen des Nießbrauchs gehört, theils aber auch ein Ususfructus so bestellt werden kann, daß er sowohl dem Usufructuar als den Erben desselben zustehen soll¹⁷⁾; so kann durch Verabredung der Parteyen dieses alles, was sonst bey dem Pacht gilt, auch bey der Bestellung des Ususfructus auf den Veräußerungsfall festgesetzt werden. Daß überdem der Ususfructus, eben so wie ein Pacht, auf eine bestimmte Zeit, so wie auch von einer gewissen Zeit an, constituit werden kann, leidet keinen Zweifel¹⁸⁾. Es scheint, daß die, auf bey den Verpachtungen, nach dem ältern Rechte der Römer üblich gewesene Mancipation, mit Beyfügung des pacti fiduciae, ebenfalls als Cautel zur Sicherheit des Pächters gebraucht worden sey, wovon ich schon an einem andern Orte¹⁹⁾ gehandelt habe.

§. 1064.

Klagen aus dem Mieth- oder Pacht-Contract.

Durch den Mieth- oder Pachtcontract werden in der Regel zwey Klagen erzeugt, welche, für beyde Contractirenden Hauptklagen (*actiones utrimque directae*) sind, nämlich die *actio LOCATI*, welche dem locator gegen den Conductor zusteht, und die *actio CONDUCTI*, welche

17) L. 38. §. 12. D. de Verbor. obligat.

18) L. 16. §. 2. D. Fam. ercisc. L. 30. §. 1. D. de Usu et Usufr. legato.

19) C. den 17. Th. C. 271. f.

welche der Conductor gegen den locator anstellt²⁰⁾. Bezogen geht es auf die Erfüllung der Verpflichtungen, welche jedem Theile vermöge des Contracts obliegen, und richten sich darnach, ob Sachen oder Dienste vermietet worden sind; sie gehen nicht minder auf Erfüllung der dem Contract angehängten Nebenverträge²¹⁾. Dene Klagen gehen auch auf die Erben über²²⁾. Zuweilen entsteht jedoch nur eine Klage aus dem Contract, nämlich wenn er nur von der einen Seite eine Hauptverbindlichkeit begründet. Dieß kann a) die *actio ex locato* seyn, wenn nicht der locator, sondern nur der Conductor durch den Contract verpflichtet wird, wie; B. in dem Falle, wenn dem Käufer bis zur Bezahlung des Kaufgeldes das verkaufte Grundstück verpachtet worden ist. Hier ist der Verkäufer aus dem Pachtcontract zu nichts verpflichtet. Seine Verpflichtungen bestimmt bloß der Kaufcontract. Die *actio conducti* gegen den Verkäufer, als Verpächter, ist daher nicht denkbar. Allein der Käufer muß bis zur Bezahlung des Kaufgeldes den Pachtzins entrichten. Diese Verpflichtung entspringt nicht aus dem Kaufe, sondern aus dem neben demselben geschlossenen Pachtcontract. Dieser Neben-Contract endiget sich also, sobald das Kaufgeld ganz bezahlt ist, ohne daß deswegen eine besondere Aufhebung desselben nöthig ist. Nur nach dem Verhältniß

20) E. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden.
§. 955. ff.

21) E. Hofmanns Commentar über die Helvet. Institutionen
§. 892 — 94.

22) L. 15. pr. L. 19. §. 8. D. h. t. L. 10. Cod. eodem,
§. 6. l. eodem.

nß dieser Zeit können daher die Pachtgeber mit der *actio locati* oder auch *venditi* von dem Käufer gefordert werden²³⁾. b) Zuweilen bleibt nur noch die *actio conducti*, wenn der *locator* dem *Conductor* seine Verpflichtungen aus dem Contract erlassen hat, welches auch im Testament geschehen kann²⁴⁾.

Sind die Dienste eines Handwerkers oder Künstlers zur Verfertigung eines gewissen Werks gedungen worden, so wird nach dem Sprachgebrauche der Röm. Rechtsgelehrten dem Eigenthümer, welcher das Werk verfertigen läßt, die *actio locati*, dem Unternehmer aber, welcher das Werk ausführt, die *actio conducti* zugeeignet²⁵⁾. Beide Klagen gehen denn auch natürlich auf die Erfüllung der im Betreff des verdungenen Werks beyden Contrahenten obliegenden Verbindlichkeiten; nämlich die *actio locati*, gegen den Unternehmer des Werks, auf die Ausführung desselben den Bedingungen und Vorschriften des Contracts gemäß, oder, wenn dieses gar nicht, oder nicht in der gehörigen Zeit geschehen ist, auf Leistung des Interesse, oder Bezahlung der bedungenen Strafe, nicht minder auf Erlass des durch die fehlerhafte Arbeit verursachten Schadens, und wenn der Contract aufgehoben worden ist, auf Herausgabe des zur Ausführung des Werks erhaltenen und noch

23) L. 20. §. 2. L. 21. und L. 22. D. h. t. C. des 17. Th. dieses Commentars §. 1050.

24) L. 24. §. 5. D. h. t. ROTHEN Pand. Instin. h. t. Num. XIV. not. 2.

25) L. 13. §. 5. et 10. L. 24. pr. L. 48. pr. L. 51. §. 1. L. 60. §. 4. D. Loc. cond. L. 38. §. 21. et 23. D. de Verb. Oblig. L. 2. C. h. t.

noch nicht verwendeten Geldes. Die actio conducti hingegen geht gegen den Besteller des Werks auf Bezahlung des bedungenen Lohns, Erstattung der auf das Werk im Namen des Eigentümers verwendeten Kosten, und Auslagen, auch in Säumningsfall mit Zinsen, so wie auf Erfüllung alles dessen, was etwa noch sonst ist ausgemacht worden²⁶⁾.

Zuweilen können auch beyde Klagen aus demselben Geschäft dem einen Contrahenten gegen den andern zugleich zustehen. Einen solchen Fall hat Afrikan L. 35. §. 1. D. h. t. Cum fundum communem habuimus, et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus: tu, cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti. Agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato. Locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua duntaxat propria in iudicium venient. Deinde ita notat: Nonne, quod ad meam partem attinebit, communi dividendo praestabitur a te mihi damnum? Recte quidem notat. Sed tamen etiam SERVII sententiam veram esse puto: cum eo²⁷⁾ scilicet, ut,

D 2

cum

26) C. HAASE Comm. II. de opere locato et cond. Cap. VII. §. 2.

27) Cum eo heißt hier cum haec adiectione seu observatione. Afrikan drückt sich an einem andern Orte, L. 39. D. de solut. eben so aus. Es ist daher die bey Haloander und Bandoja vorkommende Lesart in eo ganz unrichtig, wie auch schon Eujaz Tr. VIII. ad Africanum h. L. bemerkt hat. Man sehe auch ROTHEN Pand. Justin. h. t. Nr. XVII, Not. c.

cum alterutra actione rem servaverim, altera perimatur. Quod ipsum simpliciter ita quaeremus, si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberet, ut fructus mercedis nomine pensaretur.

Der Fall, den African hier vorträgt, ist also folgender: Ich besitze mit dem A. gemeinschaftlich ein Grundstück. Um allem bisherigen Streite über die Theilung der Früchte für die Zukunft ein Ende zu machen, vereinigen wir uns dahin, daß Einer dem Andern seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Grundstück verpachten wolle, so daß also einer nach dem andern die Früchte ein Jahr um das andere für ein bestimmtes Pachtgeld allein sollte erheben können. Der Vertrag wird vollzogen. Alleist der Mitelgenthümer, an dem gerade die Reihe war, verdirbt, wie sein Jahr zu Ende geht, das Grundstück absichtlich auf eine solche Art, daß die Frucht für das folgende Jahr, da ich das Grundstück zu benutzen habe, verlohren war²⁸). Was werde ich nun hier für eine Klage gegen den Mitelgenthümer anstellen? Servius Sulpicius, dem die ersten Worte dieses Fragments bis, *in iudicium veniant*, angehören, meinte, daß ich mich der beiden Klagen aus dem Pachtcontract bedienen könne; nämlich der *actio locati* wegen meines eigenen Antheils, den ich dem Andern verpachtet hatte, und der *actio conducti* wegen

28) Ulpian führt L. 23. *D. Communi divid.* einen ähnlichen Fall an, nur war daselbst nicht so, wie hier, ein Pachtcontract geschlossen worden, daher fiel die Klage aus dem Pachtcontract weg.

des Antheils des Mitelgenthümers, den ich für das folgende Jahr gepachtet hatte. Denn auf beyden Theilen des Grundstücks war die Frucht verderbt worden. Julian erinnerte dagegen, daß ich vielmehr wegen meines Antheils mit der actio communi dividundo auf Schadenersatz klagen müsse. Die Worte: Deinde ita notat, bis praestabitur a te mihi damnum, enthalten diese Note des Julianus. Beyde Meinungen sucht nun Afrikan dahin zu vereinigen, daß er zwar dem Julian in so weit Recht giebt, daß mir wegen meines Antheils die actio communi dividundo zustehe, aber auch die Meinung des Servius für richtig hält. Denn allerdings kann ein Socius von dem andern wegen eines solchen Dolus, der hier war zu Schulden gebracht worden, mit der actio communi dividundo Schadenersatz fordern; allein da hier unter den Mitelgenthümern ein Pacht geschlossen war, so hatte ohne Zweifel auch die aus dem Contract entspringende Klage Statt. Weil indessen doch beyde Klagen auf Ersatz alles Schadens und Leistung des Interesse gehen, welches man natürlich nicht zweymal verlangen kann; so bestimmt Afrikan das Verhältniß beyder Klagen zu einander näher dahin, daß ich mich mit einer von beyden Klagen begnügen müsse, und daher, wenn ich durch die eine meine vollkommene Entschädigung erhalten habe, die andere Klage erlösche. Soviel bleibt doch aber immer gewiß, daß ich, wenn ich aus dem Pachtcontract klage, mich der actio locati und conducti bedienen könne. Eben diese beyden Klagen finden auch noch in einem andern weniger verwickelten Falle Statt, nämlich wenn zwey Nachbarn ihre an einander gränzenden eigenthümlichen Ländereyen einander gegenseitig dergestalt verpachtet haben,

daß,

daß, statt des Pachtgelbes, der Eine des Andern Grundstück benutzen solle²⁹⁾).

Als bloße Personalklagen finden sie gegen einen Dritten nicht Statt. Ist daher

1) die nämliche Sache mehreren vermietet oder verpachtet worden, so hat der erstere Conductor keine Klage gegen den letztern, dem die Sache bereits zur Benutzung ist eingeräumt worden, sondern er kann bloß wegen nicht gehaltenen Contracts gegen den locator auf Entschädigung klagen³⁰⁾. Ist die Sache noch keinem von beynen übergeben, so geht der erstere Conductor dem spätern vor, nach der Regel: *prior tempore est potior iure*. Der letztere klagt dann gegen den locator auf das Interesse³¹⁾. Es behaupten jedoch mehrere Rechtsgelehrten³²⁾, daß auch in dem ersten Falle die erfolgte Uebergabe dem spätern Conductor kein vorzügliches Recht gebe, wenn dieser gewußt hat, daß über die Sache schon früher mit einem Andern ein gültiger Pachtcontract sey abgeschlossen worden. Die Praxis hält in diesem Falle nicht einmal für nöthig, daß der erste Pächter gegen den Verpächter auf Leistung des Inter-

29) Man vergleiche über diese Gesetzesstelle *CUJACIUS ad Afric-
num Tract. VIII. ad L. 35. §. 1. D. h. t. und WESPHAL
von Kauf, Pacht- und Miethcontract. §. 918.*

30) *Arg. L. 6. Cod. de hered. vel act. vend. et L. 15. Cod.
de rei vindicat. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 15.*

31) *L. 26. D. h. t.*

32) *BRUNNEMANN Comm. ad L. 15. Cod. de Rei vind nr. 6.
in fin. Frid. de BEHMER Nov. iure contr. T. II.
Obs 92. p. 573. und Pütter auserlesene Rechtsfälle 4. Ban-
des 1. Th. Resp. 357. nr. 18.*

Interesse klage, sondern giebt demselben gegen den spätern Pächter eine Klage, nämlich die *actio de dolo*, oder *revocatoria in factum*. Beim Kaufe sey es freylich anders. Allein da wirke auch die Tradition ein dingliches Recht; der Pächter hingegen habe, der Tradition ungeachtet, nur ein persönliches Recht.

2) Hat der Conductor die Sache sublocirt, so hat der erste locator gegen den Subconductor keine Klage. Denn es sind zwey ganz verschiedene Contracte vorhanden, die nicht mit einander vermischet werden dürfen³³⁾. Das Rechtsverhältniß zwischen dem ersten locator und seinem Conductor wird dadurch nicht geändert. Daher bleiben die von dem Aferpächter gezogenen Früchte dem Pfandrechte des erstern Verpächters und zwar für den ganzen Pachtzins, den der Aferverpächter dem ersten Verpächter noch schuldig ist, eben so unterworfen, als ob er sie selbst eingärnet hätte³⁴⁾; es muß auch der erste Conductor für jedes Verschulden in Rücksicht der Wahl des Subconductors haften³⁵⁾. Da jedoch der Miethecontract nur unter den Contrahenten wechselseitige persönliche Verbindlichkeiten hervorbringt, so kann freylich jeder Contrahent nur gegen seinen Mitcontrahenten klagen; und es finden daher zwischen

33) -ANDERSON. Diss. de iure. quod competit primo locatori in subconductorem. Goett. 1777.

34) L. 24. §. 1. D. h. t. Si colonus locaverit fundum, res posterioris conductoris domino non obligantur, sed fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percipisset. S. Meißner's vollständige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte 1. Th. §. 69.

35) L. 11. pr. D. h. t. |

sehen dem ersten locator und dem Subconductor gegenseitig keine Klagen statt³⁶. Darum haftet auch der Bürge des Subconductors dem ersten locator nicht, weil dieser mit jenem in keinem Contractsverhältniß steht³⁷). Das hingegen erstreckt sich das stillschweigende Pfandrecht des erstern Vermiethers auf die invecta und illata des Aftermiethmannes so gut, wie auf die des erstern Conductors, jedoch nur soweit der Aftermiether seinem Aftervermiether den Miethzins noch schuldig ist³⁸). Hätte jedoch der Aftermiethmann das Miethgeld an den ersten Vermiether bezahlt, so wird er dadurch auch von seiner Schuld in Ansehung des Aftervermiethers befreit, insofern nämlich dieser seinem locator den Miethzins selbst noch schuldig war. Die Hypothek, welche auf seinen Illaten haftete, blieb

36) L. 7. et 8. D. h. t. L. 73. §. fin. D. de div. reg. iuris

37) L. 53. D. h. t. PAPINIANUS libro II. Responsor. Qui fidelussor extitit apud mancipem pro colono publicorum praediorum, quae manceps ei colono locavit, Reipublicae non tenetur: sed fructus in eadem causa pignoris manent. MANCEPS wird hier derjenige genannt, welcher bey einer Societas vectigalium, oder bey der Verpachtung fiscalischer Grundstücke, den Pacht unternahm, und mit dem Staat contrahirte, an welchen sich daher auch, als den princeps publicanorum, wie ASCONIUS PEDIANUS in Divinat. c. 10. sagt, der Staat hielt. Er hieß Manceps nach FESTUS, quia, in licitatione superior, manu sublata significabat, se esse auctorem emtionis. C. Pet. BURMANN de Vectigalib. Pop. Rom. Cap IX. p. 133.

38) L. II. §. 5. D. de pign. act. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 6. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

wird dadurch getilgt, und er kann dieselben mit der directen Pfandklage zurückfordern, wenn der Pächtervermiether sie zurückhält.³⁹⁾

3) Endlich ist noch zu bemerken, daß nach geendigter Mieth- oder Pachtzeit der Conductor nicht genöthiget werden kann, den Contract fortzusetzen.⁴⁰⁾ Er kann aber auch, wenn er sich nicht ausbedungen hat, keinen Vorzug vor dem neuen Pächter verlangen, wenn er gleich die besseren Bedingungen des letztern zu erfüllen bereit wäre.⁴¹⁾ Eine Ausnahme findet jedoch bey Verpachtungen öffentlicher Revenüen, und fiskalischer Güter Statt. Hier muß der alte Pächter bleiben, wenn sich bey einer neuen Verpachtung keine Liebhaber finden, jedoch auch nur dann, wenn derselbe bey dem ersten Pacht außerordentlich gewonnen hätte.⁴²⁾; außer diesem Falle bleibt es auch in Ansehung solcher öffentlicher Pachtungen bey der Regel.⁴³⁾

Da

39) Meisner angef. Darstellung 2. Th. §. 64.

40) L. 11. Cod. h. t.

41) L. 32. Cod. eodem. S. Christ. WILDEVGEL Diss. de iure praesentiae in locatione. Ienae 1703, Cap. III. §. 1. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 13. Sam. de processu iur. civ. contro. h. t. Qu. 14. und Besphel §. 1015. 3.

42) L. 11. §. 5. D. de publicanis. PAULUS libro 5. Sententiarum. Qui maximos fructus ex redemptione vestigalium consequuntur, si postea tanto locari non possunt, ipsi ex prioribus pensionibus suscipere compelluntur.

43) L. 3. §. 6. D. de iure fisci. CALLISTRATUS libro 3. de iure fisci. Cum quinquensium, in quo quis pro publico conductore obligavit, excessit, sequentis temporis nomine non tenetur; idque Principibus Rescriptis exprimitur. Dionysius etiam MARCIANUS deinde verba rescripsit:

mod. l. 1. §. 1. negat. cond. §. 1. Kal-

Dagegen sollen nach einer Verordnung der Kaiser Honorius und Theodos II.⁴⁴⁾ die Pächter öffentlicher Güter bey der Wiederverpachtung ein Vorzugsrecht haben, wenn sie die besseren Bedingungen des neuen Pächters erfüllen wollen. Die Rechtsgelehrten sind zwar über die heutzige Gültigkeit dieser Verordnung nicht einig. Einige⁴⁵⁾ wollen nämlich die Anwendbarkeit derselben in Deutschland darum bezweifeln, weil theils das Römische Recht überhaupt in Gegenständen der deutschen Staatsverfassung nicht ange-

Valde inhumani mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint: nam et facilius inveniuntur conductores, si scierint fore, ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur. S. Iul. PACIUS EVAGRIUS seu Legum conciliatar. Centur. VI. Qu. 79.

44) *L. 4. Cod. de locat. praedior. civilium vel fiscal. sive templor. s. rei privatae vel dominicae. (XI. 70.)* Congruit aequitati, ut veteres possessores fundorum publicorum novis conductoribus praeferantur, si facta per alios augmenta suscipiant. Diese Verordnung geht nicht bloß auf fiskalische Güter, sondern auch auf Patrimonialgüter des Regenten, wie theils aus der Rubrik des Titels, theils aus *L. 3. Cod. Theod. de locat. fundor. iur. emphyt. (X. 2.)* erhellet. Man wendet sie auch auf Pachtungen städtischer Güter an. S. WERNHER Select. Observat. for. T. II. P. X. Obs. 330. Weßphal §. 1016. Man sehe überhaupt über dieses Gesetz Goth. SUEVI Diss. ad L. 4. C. cit.

45) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXI. §. 13. Andr. Flor. RIVINUS in Diss. An et quatenus in locat. fundorum publicor. veteres possessores praeferendi sint. Vitsimb. 1737. §. 34. besonders §. 9. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. 2. Bem.

angenommen sey, theils die Staatspächter bey den Römern verhaßt gewesen, und sich daher zu solchen Pachtungen eben nicht viel Liebhaber gefunden hätten, welches aber jetzt ganz anders sey, daher der Grund des Gesetzes nun weg falle. Allein diese unbedeutenden Gründe sind schon längst von andern widerlegt, und der heutige Gebrauch jener römischen Verordnung durch die Praxis, vorzüglich bey Kammerpachtungen, bestätigt worden⁴⁶). Bey den Verpachtungen der Kirchen-Ländereyen wird jedoch dem alten Pächter kein Vorzugsrecht gestattet⁴⁷).

Ausser jenen Contractsklagen finden auch nach Endigung des Contracts possessoriſche Rechtsmittel Statt, nämlich 1) von Seiten des Vermiethers oder Verpächters das *interdictum unde vi* oder auch die *Spolienklage*, wenn der Conductor ohne gerechte Ursache die Zurückgabe der Sache verweigert; 2) von Seiten des Conductors das *Interdictum de migrando*, welches jedoch nur bey gemietheten Wohnungen dem Inquilin zusteht, wenn ihm beym Abzuge der Vermiether seine Sache nicht verabsolgen lassen

46) BERGER *Oecon. iur. Lib. III. Tit. 5. Th. 25. not. 3.*
 LEYSER *Meditat. ad Pand. Spec. CCXV. medit. 4.* PUFENDORF *Observat. iuris univ. T. I. Obs. 136. §. 1. besonders Tob. Iac. REINHARTH' Observat. select. ad Christianassi Decis. Vol. V. Obs. 14.* Pütter *auserlesene Rechtsfälle 4. B. 1. Th. Resp. CCCLIII. nr. 19. u. 20. und von Bülow u. Hagemann pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 3. Band Erört. 30.*

47) Gebr. O v e r b e t-Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 20. Band Medit. 315.

lassen will, ohnerachtet er ihm nichts mehr schuldig ist⁴⁸⁾. Von den erstern ist schon oben (§. 1060.) gehandelt worden, von den letztern handelt Tit. 32. des 43. Buchs der Pandecten.

48) *L. 1. §. 1. D. de migrando.* Hoc interdictum proponitur *inquilino*, qui soluta pensione vult migrare; nam *colono* non competit. C. FABER de Errorib. Pragmaticorum Decad. LVIII. Err. 3. Weßphal vom Kaufe 2. §. 1038. ff.

Lib. XIX. Tit. III.

De Aestimatoria.

§. 1065.

Begriff und Natur des Trödelcontractes.

Wenn ich Jemandem eine Sache für einen bestimmten Preis zum Verkauf unter der Bedingung einhändige, daß er entweder diesen Preis einliefern, oder die Sache selbst wieder zurückgeben soll, so nennt man diesen Vertrag den Trödelcontract, *contractus aestimatorius*⁴⁹⁾. Zu welcher Gattung von Contracten derselbe zu rechnen sey, scheint schon unter den römischen Rechtsgelehrten zweifelhaft gewesen zu seyn, wie aus *L. 1. pr D. h. t.* zu ersehen ist; und noch jetzt giebt es zwey Partheyen unter den Rechtsgelehrten, deren eine den Trödelcontract zu den genannten⁵⁰⁾, die andere⁵¹⁾ aber zu den ungenannten

49) *Guil. Hier. BRÜCKNER* Diss. de contractu aestimatorio. *Ienae 1710.*

50) *E. Io. Ern. FLOERCKE* Diss. de contractu aestimatorio tanquam contractu nominato. *Halae 1756.* *Io. Gottl. LANGSDORF* Trö de pactis et contractib. Romanor. *Mannheimii 1772.* §. 34. (in *Hugo civilist. Magazin* 1. Band *S. 441. f.*) und *Io. Gottl. MÜLLER* *Vindiciae contractus aestimatorii secundum eos, qui in nominatorum numerum adserunt, tentatae.* *Lipsiae 1778.*

51) *VOET* *Comm. ad Pand. h. t. §. 1.* *BRÜCKNER* cit. Diss. §. 3. *De coccej iur. civ. contro. h. t. Qu. 1. et ad* *Run-*

ten Contract zählt. Es ist allerdings nicht zu läugnen, daß der Trödelcontract mit manchem genannten Contract eine Aehnlichkeit hat, ja zuweilen schwer davon zu unterscheiden ist; und es konnte daher leicht ein Zweifel entstehen, ob nicht die *actio ex vendito*, oder *ex conducto*, oder die *actio mandati* Statt finde, wenn man erwägt, daß doch der Empfänger die ihm zum Verhandeln gegebene Sache für den käuflich angeschlagenen Preis selbst behalten, oder daß er für das Verhandeln der Sache einen Lohn erhalten, oder auch wohl dieses Geschäft ganz unentgeltlich übernehmen kann. Ja wenn man sich auch diesen Contract vom Kauf, Miethecontract, und Mandat, als ganz verschieden denkt, so kann doch leicht die aus diesem Contract gegebene *actio aestimatoria* den Glauben an einen genannten Contract erwecken. Allein ganz entscheidend lehrt Ulpian *libro 32. ad Edictum*, woraus die *L. 1. D. h. t.* genommen ist, das Gegentheil: *Actio de aestimata*, sagt er, *proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem: an ex conducto, quasi operas conduxissem: an mandati?* Melius itaque visum est, *hanc actionem proponi. Quoties enim de NOMINE CONTRACTUS ALICUIUS ambigeretur, conveniret tamen aliquam*

Eundem EMMINGHAUS not. n. Io. Melch. Gottl. BEERKE
Diss. de origine modorum contrahendi apud Rom. Halae
1778. §. 25. GÜNTHER Princip. iur. Rom. priv. nov.
T. II. §. 1041. Thibaut Syst. des Pand. N. 2. B. §. 896.
Bucher Recht der Forderungen §. 120. u. a. m.

*quam actionem dari, dandum aestimatoriam*⁵²⁾ **PRÆSCRIPTIS VERBIS actionem: est enim negotium civile gestum, et quidem bona fide.** Quare omnia et hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus. Deutlich genug wird in dieser Stelle gesagt, der Trödelcontract sey ein negotium civile, welches zwar eine causa, aber kein nomen hat; und auf welches keine der Klagen aus benannten Contracten passe⁵³⁾. Wie hätte auch sonst Zweifel über die Klage entstehen können, wenn dieser Contract eben so, wie die emptio, venditio, locatio, conductio, und andere Contracte, denen ein proprium nomen beigelegt ist, in das Verzeichniß der Contracte wäre aufgenommen worden? und wozu wäre die actio praescriptis verbis nöthig gewesen? Der Bepfaff *aestimatoria* darf uns nicht irre machen. Denn dieser ist nur eine adiectitia qualitas, wodurch die Eigenschaft der actio praescriptis verbis ausgedrückt wird, welche von der diesem Contract wesentlichen Aestimation her-

- 52) Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. l. hält das Wort *aestimatoria* für die Classe irgend eines unwissenden Interpreten, welche weggestrichen werden müsse. Eben dieses behauptete auch schon vor ihm Franc. HOTOMANN Observat. Lib. V. cap. 16. Man kann jedoch die Stelle mit Accursius auch so verstehen, dandum esse praescriptis verbis actionem, quae in hoc casu *aestimatoria* appellatur. Denn es versteht sich wohl von selbst, daß die actio praescriptis verbis nicht in jedem andern Falle diesen Bepfaff erhalten könne. Man sehe auch Ios. Fern. de RETES Opuac. Lib. II. Sect. I. Cap. 8. Num. 4. (in Thes. Meerm. T. VI. p. 106.)
- 53) Man vergleiche hiermit die L. 7. §. 1. et 2. *D. de pactis.* und Christ. Fried. Ge. MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 26. et 27. (in Opuac. Goett. 1766. pag. 355. sqq.)

hergenommen ist, aber kein nomen contractus bedarf. Denn der Nomen contractus aestimatorius findet sich in dem ganzen Evidenz nicht. Von dem Kaufe unterscheidet sich nun der Erbschaftscontract darin, daß die Sache nicht dem Erbschaffer selbst käuflich überlassen, sondern ihm für einen bestimmten Preis zum Wiederkauf gegeben wird, und daß es in seiner Willkür steht, entweder die Sache selbst zurückzugeben, oder den dafür bestimmten Werth einzuliefern. Eben so steht es aber auch dem Eigenthümer frei, seine Sache, so lange sie noch nicht verkauft ist, wieder zurückzufordern. Alles dieses

54) C. de cocceji iur. civ. contr. Lib. XIX Tit. 5. Qu. 1. MEISTER Diss. cit. de in factum actionibus. §. 27. in Opuscul. p. 306. Thibaut Syst. §. 296.

55) L. 1. §. 1. D. h. t. sagt: Aut ipsam rem debet incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua conuenit. C. BRÜCKNER cit. Diss. §. 5. de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 3.

56) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 19. de cocceji iur. civ. contr. h. t. Qu. 12. HOFACKER Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 2055. Das Gegentheil behauptet zwar FLOERKE cit. Diss. §. 14. dem auch Christ. Gottl. RICCIUS in Diss. de mercibus in commissionem mercatori ad vendendum datis §. 54. (in eius Exercitat. in univ. ius cambiale. Exercit. XI. Sect. II pag. 70.) be stimmt. Allein der Grund, daß der Erbschaffer nur alternativ verbunden sey, und ihm daher die Wahl zustehet, tritt nur dann ein, wenn mit der Klage aus dem Contract auf die Erfüllung desselben gedrungen wird, hindert aber den Eigenthümer nicht, vor dem Verkaufe seiner Sache, den Contract aufzuheben. Denn da dieser Contract seine rechtliche Natur und Bestimmung lediglich aus dem Röm. Recht erhalten hat, so müssen auch

dieses widerstreitet der Natur des Kaufcontractes. Von einem Mandat ist der Erbselcontract darin verschieden, daß in dem letztern der Empfänger von seiner Verbindlichkeit frey wird, wenn er nur denjenigen Preis erlegt, wofür die Sache des Verkaufs wegen angekauft worden, gesetzt auch, daß er die Sache um einen höhern Preis verkauft hätte⁵⁷⁾. Denn dieser Gewinn gehört ihm nach der Natur des Contracts, es mag ausgemacht seyn oder nicht⁵⁸⁾. Der Mandatar hingegen darf sich keinen Gewinn zuelignen, sondern muß seinem Gewaltgeber einliefern, was er

auch die Grundlage desselben hier rein anwendet werden.

S. Lud. God. MADIHN ad Mencken Introd in doctr. de actionibus forens. not. 937. pag. 302. und EMMINGHAUS ad Coccejum h. t. Qu. 12. not. e.

57) *L. 1 §. 1. D. h. t.* wo Paulus sagt: der Erbselcontracte nur *aestimationem*, *DE QUA CONVENIT*, zu bezahlen. *S. de COCCEJI iur. civ. controuv. h. t. Qu. 14. und HOFACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2055. in fin.*

58) Anderer Meinung sind zwar *VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 2. ZOESIUS Comm. ad Pand. eod. tit. nr. 3.* Allein die *L. 13. pr. D. de praescript. verb.* ist nicht entgegen. Denn wenn *Ulpian* daselbst sagt: *Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut quo plus vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem: sed in factum, quasi alio negotio gesto;* so folgt daraus noch nicht, daß es, ohne ein solches Vertrag, anders sey. Denn davon war hier die Frage nicht, sondern nur von der Art der Klage. *S. de COCCEJI iur. civ. controuv. h. t. §. 21. BERGER Resolut. legum obstant. h. t. Qu. 6.*

Ulpian Erläut. d. Pand. 18. 19.

E

er durch den Auftrag erhalten hat⁵⁹⁾. Er übernimmt auch das Geschäft aus Freundschaft unentgeltlich, dahingegen dem Trödler ein Lohn versprochen werden kann⁶⁰⁾. Im Trödelcontract muß ferner die zum Verhandeln übergebene Sache zu einem gewissen Preise käuflich angeschlagen seyn. Allein in dem Mandate braucht nicht die Sache gerade ihrem Werthe nach bestimmt geschätzt zu seyn. Ich kann sagen, der Empfänger solle sehen, wie hoch er die Sache ausbringen könne. Dieß kann nicht als ein Trödelcontract, wohl aber als ein Mandat gelten⁶¹⁾. Von einer location unterscheidet sich endlich der Trödelcontract darin, daß hier nicht nothwendig, wie im Miethcontract, ein gewisser Lohn versprochen werden muß, mit welchem sich hingegen der locator begnügen muß, ohne sich den Ueberschuß des Kaufpreises, wie im Trödelcontract, zueignen zu können⁶²⁾. Von allen dreyn Contracten ist der contractus aestimatorius überhaupt darin unterschieden, daß derselbe, als ein ungenannter Realcontract, seine Perfection erst durch die Uebergabe der käuflich geschätzten Sache erhält:

59) L. 10. §. 8. et 9. D. mandati. L. 20. pr. D. eodem. L. 13. pr. D. de praescript. verbis. Iust. Henn. BOEHMER Diss. de translatione dominii in contractu aestimatorio. Halae 1703. §. 13. (in Exercit. ad Pand. T. 3.) de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 5. BRÜCKNER cit. Diss. §. 6.

60) L. 1. §. 4. D. Mandati. Mandatum, nisi gratuitum, nullum est. L. 2. D. h. t. Haec actio utilis est, et si merces intervenit.

61) BOEHMER Diss. cit. §. 14. und RICCIUS cit. Diss. §. 44.

62) Sam. de COCCEJI Qu. 4. et ad Eundem EMMINGHAUS Not. u. BRÜCKNER C. I.

erhält: alioquin, si res nondum tradita sit, sagt Paulus L. 1. §. 2. D. de rerum permutatione, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent; ut in emtione, venditione, conductione, mandato. Noch deutlicher giebt dieses Ulpian zu erkennen, wenn er L. 1. pr. D. h. t. das Wesen unsers Contracts darin setzt: cum res aestimata vendenda datur⁶³⁾. So wie also vor der Uebergabe der Sache noch gar keine obligatio ex re begründet ist; so entsteht dagegen dieselbe, nach der Uebergabe, nur auf Seiten des Empfängers in so weit: ut aut ipsam rem incorruptam reddat, aut aestimationem, de qua convenit, praestet, wie ebenfalls Ulpian L. 1. §. 1. D. h. t. lehrt. Ob aber durch die Uebergabe auch das Eigenthum der Sache auf den Trödler übertragen werde? ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Viele⁶⁴⁾ glauben, eine solche Uebertragung aus der alternativen Verbindlichkeit des Trödlers erweisen zu können. Denn wäre das Eigenthum nicht auf den Empfänger übergegangen, so würde ja der Geber befugt seyn, die Sache schlechthin zurückzufordern. Man sagt ferner, die Schätzung geschehe ja bei dem Trödelcontract venditionis

E 2

63). Hierdurch widerlegt sich die entgegenge setzte Meinung des TITIIUS in Observat. ad Lauterbachium, Obs. 626.

64) STRYK Tr. de actionibus investig. Sect. I Membr. IV. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th pr Pand. h. t. §. 9 BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 1. Iust. HENN. BÖEHMER Diss. cit. de translatione dominii in contractu aestimatorio. §. 33. sqq. KNORRE select Observat. ad Pand. Obs. 432. FLOERCKE Diss. de contractu aestimatorio §. 12. BRÜCKNER Diss. cit. §. 17. sqq. Lud. God. MADIHN Princip. iuris Rom. P. II, §. 233. u. a. m.

tionis gratia. Durch einen solchen käuflichen Anschlag der Sache gebe also der Eigenthümer zu erkennen, daß er die Sache nicht weiter behalten, sondern nur den Preis dafür haben wolle. Daher müsse denn auch der Tröbder, als Eigenthümer, die Gefahr tragen. Aestimatio autem, sagt Ulpian ganz bestimmt, L. 1. §. 1. D. h. t. periculum facit eius, qui suscepit. Und ist es wahr, was die Philosophen sagen, *effectus testantur de causa*, so sey vollends kein Zweifel mehr übrig, daß der Tröbder durch die Uebergabe Eigenthümer der zum Verkauf gegebenen Sache werde. Denn er könne ja alle mögliche Eigenthumsrechte ausüben, von ihm hänge es ab, die Sache fest zu behalten, oder einem Andern dieselbe zu schenken, sie zu verpfänden, oder zu verkaufen, und alles dieses können derjenige, von welchem er die Sache zum Verkauf erhalten habe, nicht hindern, sondern dieser müsse sich mit dem angebotenen Werthe der Sache begnügen. Allein aller dieser Gründe ungeachtet wird dennoch von andern⁶⁵⁾

meist

65) SCHULTER Prax. iur. Rom. Exerc. XXXII. §. 5. TITIVS ad Lauterbachium. Obs. 627. SAM. de COCCEJI iur. civ. controuv. h. l. Qu. 2. et ad Eundem ZMMINGHAUS Not. p. Io. HENR. STUHLMANN Diss. de dominio per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem non translato. Goett. 1770. CAR. FRID. WALCH Int-od. in controuv. iuris civ. Sect. III. cap. V. §. 2. Io. ERN. LUST. MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum T. II. Fasc. II. Obs. 448. HÖPFNER theor. pr. Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 302. CHRIST. HEINR. GÖTTL. RÖCHY REQUISITIONEN über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit 1. B. 14. Betr. S. 168. ff. EMBAUZ EYSL. des Pand. Rechts 2. B. §. 896. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 2055. et not. C. GÜNTHER Prin-

weit richtiger das Gegentheil behauptet. Denn in der Natur des Contracts läßt sich kein Grund auffinden, der uns von einer Uebertragung des Eigenthums auf den Empfänger die vollkommene Ueberzeugung gäbe; es liegt vielmehr darin der vollgültigste Beweis für das Gegentheil. Sey es auch immerhin dem Eigenthümer, der seine Sache Jemandem zum Vertrödeln übergiebt, noch so gleichgültig, ob der Empfänger dieselbe für den angeschlagenen Werth behält, oder ein Dritter sie dafür kauft, wenn er nur sein Geld bekommt; so ist doch wenigstens seine Absicht gewiß nicht dahin gerichtet, das Eigenthum gleich bey der Schließung des Contracts dem Trödler zu überlassen; es ist vielmehr selbst die alternative Verbindlichkeit, welche der Trödler in diesem Contract übernimmt, der überzeugendste Grund, daß das Eigenthum nicht eher auf den Empfänger der Sache übergehe, als bis derselbe durch wirkliche Bezahlung des angeschlagenen Werths erklärt hat, daß er das Eigenthum an der Sache erwerben wolle, weil es ja vorher noch immer ungewiß bleibt, ob er die Sache zurückliefern, oder den Werth dafür entrichten wird. Daß auch diese alternative Verbindlichkeit des Trödlers den andern Theil, der die Sache zum Verhandeln gegeben hat, nicht hindere, dieselbe vor geschehenem Verkaufe und Bezahlung des angeschlagenen Werths zu vindiciren, ist schon oben bemerkt worden. Die Frage, wer die Gefahr der Sache trägt, setzt auch nicht schlechterdings die Uebertragung

Princip. iur. Rom. priv. noviss. T. II. §. 1043. MALBLANC
 Princip. iur. Rom. T. II. Sect. II. §. 561. not. e. MACEL-
 DEY Lehrbuch der Institutionen §. 521. SCHWEPPE Römis-
 Privatrecht 2. B. §. 415. u. a. m.

tragung eines Eigenthums voraus. Denn es ist ja gar nichts Ungewöhnliches, daß das *periculum* auch in einem solchen Contract übernommen werden kann, in welchem an Uebertragung des Eigenthums gar kein Gedanke ist, z. B. im Leih- oder Hinterlegungs-Contract. Und mehr sagt auch gewiß der Ausspruch des Ulpian nicht. *Aestimatio facit periculum eius, qui susceperit*. Denn dieß heißt nichts anders, als der Trödler trägt die Gefahr, wenn er sie übernahm⁶⁶). In wiefern er sie aber übernimmt, ist aus andern Stellen zu ergänzen. Ulpian hat sich darüber an einem andern Orte bestimmter erklärt. Es ist die L. 17. §. 1. *D. de praescriptis verbis*, welche aus libro 28. *ULPIANI ad Edictum* genommen ist. Hier sagt Ulpian: *Si margaritā tibi aestimata dederō, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum: deinde haec perierint ante venditionem: cuius periculum sit? Et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor⁶⁷) rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes*. Ulpian unterscheidet hier drei Fälle. Erstens, der Trödler hat den Eigenthümer, ihm die Sache zum Verkauf zu geben. Hier trägt er das *periculum*. Zweitens, der Eigenthümer hat den Trödler, ihm

66) *Aestimatio* ist hier nicht für Schätzung, sondern für den *contractus aestimatorius* zu nehmen. S. Fr. Schöman Handbuch des Civilrechts. 1. Bd. S. 328. f.

67) So liest die Laurellische Ausgabe. Haloander und Bauboga haben *venditorem*. Eben so Cod. Pand. Erlang. Allein Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L. hält beyde Lesarten für unrichtig, und emendirt *venditurum*.

Ihm seine Sache zu verkaufen. Hier trägt der Eigenthümer die Gefahr. Drittens Keiner hat den andern gebeten; auch hier muß der Eigenthümer das *periculum* tragen, und der Trödler haftet nur für *dolus* und *culpa*. Wozu wohl diese ganze Distinction, wenn die Natur des Contracts eine Uebertragung des Eigenthums mit sich brächte? So wie nun der Trödler nach Ulpian durch bittweisen Antrag zum Verkauf, stillschweigend das *periculum* übernimmt, so geschieht es auch dadurch, wenn er den Werth bestimmt zu geben verspricht⁶⁸⁾. Auch dieser Fall hat Ulpian in einer Stelle bemerkt, welche eben so, wie die *L. 17.*, aus *libro 28. ad Edictam* entlehnt ist: *L. 5. §. 3. D. Commodati* ist es, wo es heißt: *Et si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit.* Was in beiden Fällen stillschweigend geschieht, kann auch wohl ausserdem ohne Bedenken ausdrücklich versprochen werden. Nun erwäge man aber noch, daß es doch gewiß beim Trödelcontract, als einer bloßen Einleitung zum Kaufe, nicht anders seyn kann, als bey dem Kaufe selbst. Die Natur des Kaufcontracts bringt es ja aber mit sich, daß das Eigenthum nicht anders auf den Käufer übergeht, als wenn der Verkäufer bezahlt ist, oder Credit gegeben hat⁶⁹⁾. Nur unter dieser Bedingung gelten auch die von dem Trödler gemachten Dispositionen über die

68) C. Seigers und Glück's Rechtsfälle 1. Band Nr. XIII. §. 5. C. 246. Not. 13. und Ehlbaut a. a. O.

69) *L. 19. D. de contrah. emt. §. 41. I. de ver. divis. L. 5. §. 18. D. de tributor. act.* C. Christ. Wilt. WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior, et causar. damni praestandi. Cap. IV. §. 32. p. 225.

die Sache, und es steht in dem entgegengesetzten Falle dem Eigenthümer unstreitig ein Vindication'srecht, so wie, wenn über des Trödlers Vermögen ein Concur's entsteht, ein Absonderungsrecht zu⁷⁰⁾).

§. 1066.

Wird der Trödelcontract im Zweifel vermutet?

Nach der richtigern Meinung geht also das Eigenthum nicht anders auf den Trödler oder dessen Käufer über, als wenn dem Verkäufer das anschlagsmäßige Kaufgeld bezahlt, oder dem Käufer Credit gegeben worden ist. Es ist daher alles unrichtig, und schon widerlegt, was Hellfeld hier aus dem Satz ableiten will, daß der Trödler durch die Uebergabe Eigenthümer der Sache werde. Da übrigers der Trödelcontract eine große Aehnlichkeit mit der Dienstmiethe und dem Mandat hat, so entsteht die Frage, was im Zweifel für ein Geschäft zu vermuthen sey, wenn eine Sache Jemandem für einen käuflich angeschlagenen Werth zum Verhandeln gegeben wird? Hellfeld behauptet, es sey im Zweifel nie ein Trödelcontract zu präsumiren. Allein Böhmert⁷¹⁾ behauptet das Gegentheil, weil ja nach *L. 1. D. h. t. tollendae dubitationis causa* die *actio praescriptis verbis aestimatoria* eingeführt worden sey. Es kommt wohl auch hier, wie bey allen Contracten, zunächst auf die Intention der Contrahenten an, diese muß entscheiden, was für ein Geschäft geschlossen worden

70) Christ. Gottl. von Smelin Ordnung der Gläubiger bey dem Santproc.ße. Kap. 2. §. 49. S. 135. f.

71) Diss. de translatione domini in contractu aestimatorio. §. 16.

den sey. Es ist z. B. der sogenannte Commissionshandel nicht nach den Grundsätzen vom Trödelcontract, sondern nach den Regeln des Bevollmächtigungs-Contracts zu beurtheilen, wenn gleich der Commissionär für seine Bemühung eine Provision erhält ⁷²⁾). Eben so ist es ferner keinem Zweifel unterworfen, daß wenn ich einem Freunde, der gerade auf die Messe reiset, eine Sache mitgebe, um sie mir, wenn sich ein Liebhaber dazu finden sollte, für einen zu dem Ende käuflich angeschlagenen Preis zu verkaufen, dieses Geschäft für keinen Trödelcontract, sondern für ein bloßes Mandat zu halten sey ⁷³⁾). Es ist also in vorkommenden Fällen theils darauf zu sehen, ob das Geschäft, wie der unter Kaufleuten übliche Commissions- und Expeditionshandel ⁷⁴⁾, seine eigene Natur hat, wo dann die demselben eigenen Grundsätze zur Anwendung kommen; theils aber auch auf die Qualität der Person, mit der das Geschäft geschlossen wird. Ist diese eine solche Person, welche vom Vertrödeln Profession macht, und damit ein eigenes Geschäft treibt; so ist der

Con-

72) C. Jos. Lud. Ern. RÜTTMANN de negotiatione, quae procuratorio nomine exercetur, in eius *Miscellaneor. ad ius pertinent.* Spec. IX. und Io. Christ. KOCH Diss. de mercibus in commissionem datis. *Giessae* 1766.

73) BOEHMER cit. Diss. §. 14.

74) C. Westphals *deutsches Privatrecht* 1. Th. Abh. 14. von Bülow und Hagemann's *practische-Ordnungen*. 4 B. Erdt. 78. Carl. Frid. GÜNTHER *Commentat. de expeditoribus mercium per varia emporia transportandarum.* *Lipsiae* 1808.

Contract, den man mit derselben schließt, ohne Zweifel für einen aestimatorischen Contract zu halten⁷⁵⁾.

§. 1067.

Klage aus dem Trödelcontract.

Die aus dem Trödelcontract entspringende persönliche Klage ist die *actio praescriptis verbis aestimatoria*⁷⁶⁾. Sie wird nicht nur von demjenigen angestellt, welcher die Sache zum Vertrödeln gab, oder dessen Erben, gegen den Empfänger, oder dessen Erben, auf Erfüllung der dem Beklagten aus dem Contract obliegenden alternativen Verbindlichkeit, entweder die Sache unterlegt wieder zurückzugeben, oder das Geld, wofür sie käuflich angeschlagen worden ist, und zwar mit den Zinsen des Verzugs⁷⁷⁾ zu bezahlen, nicht minder alle verursachten Schäden und Kosten zu ersetzen; sondern es kann sich auch der Trödler derselben bedienen, wenn ihm ein Lohn für seine Mühwaltung versprochen worden ist⁷⁸⁾; und geht dann auch auf die Bezahlung desselben mit den Zinsen des Verzugs, oder auch auf Ersatz aller etwa sonst beim Verkauf, gehaltenen Kosten oder erlittenen Schäden. Zellfeld und mehrere ande-

75) BOEHMER cit. loc. §. 15.

76) S. Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden §. 1054. ff.

77) §. 28. 1. de action. L. 32. §. 2. *De de Usur.* Denn L. 1. pr. *D. h. t.* sagt: *Omnia hic locum habent, quae in bonae fidei iudiciis diximus.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 3.

78) L. 2. *D. h. t.* Haec actio utilis est, et si merces intervenit.

andere Rechtsgelehrten ⁷⁹⁾ nennen jene Klage die *actio directa ex contractu*, diese aber die *actio contraria*. Allein die Gesetze kennen diesen Unterschied nicht. Sie sagen vielmehr ausdrücklich die *actio praescriptis verbis aestimatoria* sey *utilis*, et si merces intervenit, das heißt, sie sey auch in dem Fall zu gebrauchen, wenn ein Lohn versprochen worden, und komme also nicht minder dem Trödler zu statten. Die Klage wird also hier nicht *utilis* genannt, im Gegensatz der *actio directa*, sondern der Ausdruck *utilis est*, heißt hier soviel, als *actio haec institui s. adhiberi potest, oder proficua est* ⁸⁰⁾. Ueberhaupt giebt jeder ungenannte Contract immer demjenigen, welcher denselben seiner Seits erfüllt hat, eine directe Klage, gegen den Andern, wegen dessen, was dieser vermöge des Contracts zu leisten hat, welche ohne Unterschied *actio praescriptis verbis* genennet wird ⁸¹⁾. Ist die zum Verhandeln gegebene Sache durch Zufall zu Grunde gegangen, und es ist ein solcher Fall vorhanden, wo der Trödler die Gefahr übernahm, so geht die Klage gegen ihn gerade zu auf die Bezahlung des angeschlagenen Werths ⁸²⁾.

79) SUENDENDOERFFER de actionib. Cap. III. Membr. 33. Sect. 2. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 1. Th. 3. n. II. HEINECCIUS Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. h. t. §. 342.

80) C. Ant. FABER Rational. ad L. 2. h. t. STRYK Tract. de actionib. forens. Sect. I. Membr. VII. §. 9.

81) Schmidt Lehrbuch von Klagen §. 1055. Not. e.

82) L. 10. §. fin. D. de iure dot. L. 2. §. 3. D. de eo, quod certo loco. L. 95. pr. et §. 1. D. de solut. LAUTERBACH Colleg. Pand. th. pr. h. t. §. 16.

Lib. XIX. Tit. IV.

De rerum permutatione.

§. 1068.

Ungenannte Contracte. Besondere Eigenschaft und Unterschied derselben von benannten Contracten.

Mit diesem Titel, glaubt Zelfeld, gehe erst die Lehre von unbenannten Contracten an, weil er den contractus aestimatorius noch zu den benannten Contracten zählt. Allein es ist schon gezeigt worden, daß dieser Contract, wenn er auch, wie noch verschiedene andere, welche Zelfeld selbst ohne Bedenken zu den ungenannten Contracten rechnet, im gemeinen Leben einen besondern Namen hat, dennoch in den Gesetzen durch kein *proprium nomen* bezeichnet ist, sondern nur durch eine Umschreibung kenntlich gemacht wird⁸³⁾. Unbenannte Contracte, von deren Ursprung ich schon an einem andern Orte⁸⁴⁾ gehandelt habe, sind nun zweiseitige Verträge, und an sich *pacta nuda*, welche nach der Lehre des Römischen Rechts zwar durch Erfüllung von Seiten des einen Theils eine *causa*, d. h. eine bürgerliche Wirksamkeit, oder einen rechtlichen Grund der Verbindlichkeit erhalten.

83) L. 1. pr. D. de aestimat. L. 17. §. 1. D. de praescript. verb.

84) S. den 4. Th. dieses Commentars §. 308. S. 231. ff.

erhalten, aber durch kein proprium nomen contractus, wie Ulpian⁸⁵⁾ sagt, in den Civil-Gesetzen bezeichnet sind, und daher nur eine unbestimmte Civilklage, die actio praescriptis verbis hervorbringen⁸⁶⁾. Die Ge⁸⁷⁾ sagen: Nam cum deficient *vulgaria atque usitata actionum nomina*, PRAESCRIPTIS VERBIS *agendum est*: in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae iura civili proditae sunt. Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. Diese Contracte sind also 1) Real-Contracte, die erst dadurch ihre Vollgültigkeit erhalten, wenn zu der Einwilligung von einer Seite die wirkliche Leistung hinzukommt. Re contrahitur obligatio. Sie haben also an sich eine Bilateral-Convention zum Grunde, welche dadurch in einen Contract übergeht, daß von dem einem Theile Etwas geleistet worden, und diese Leistung unter der Bedingung geschehen ist, daß eine andere Leistung dagegen erfolge. Denn es ward in dem römischen Gerichtsgebrauche der allgemeine Grundsatz angenommen, daß man bey jedem

an

85) L. 7. §. 1. D. de pact.

86) C. FROMMANN Dis. de contractuum nominatorum et innominatorum differentia. Tüb. 1671. H. DONELLUS Comment. iur. civ. Lib. XIV. c. 35. Jos. Fern. de RETES Opusc. Lib. II. Sect. I. (in Thes. Meerm. VI. 89. sqq.) Jo. D'AVEZAN Contractuum libr. I. cap. 7. 9. et 12. (in Thes. Meerm. T. IV. p. 17. 21. 27. sqq.) Jo. GALL. REINICKE singularia quaedam ad contractus Romanorum innominatos. Francof. ad Viadr. 1810. Hugo civilist. Magazin 1. Band S. 468. ff.

87) L. 2. 3. et 4. D. de praescript. verbis.

an sich nicht klagbaren Vertrage durch die wirkliche Leistung seinen Mitcontrahenten zur Gegenleistung vollgültig verpflichten könne⁸⁸⁾. 2) Die causa dieser Contracte, durch welche die obligatio civilis bey denselben erzeugt wird, bestehet in der Annahme der von Seiten des einen der Contrahenten geschenehen Leistung, und durch die Art dieser Leistung wird auch ihr Name bezeichnet, der sich dann freylich nur auf die allgemeine Formel praesto ut praestes reducirt. Es giebt zwar unter diesen Contracten einige, welche im gemeinen Leben einen besondern Namen erhalten haben, nämlich die permutatio, der contractus aestimatorius, und der contractus suffragii; allein dieß ist kein nomen contractus, in sofern dadurch die Individualität, und vollkommene Bestimmtheit einer Conventionsart characterisirt werden soll. Nur ein solcher Name, giebt dem Contract den Character eines bekannten, welcher den Vertrag und seinen Inhalt für einen individuellen sich immer gleichbleibenden Fall genau bezeichnet, und welchen denn auch natürlicher Weise die Klage trägt, die für diesen Individuellen sich immer gleichen Fall ein für allemal bestimmt ist⁸⁹⁾. Wenn hingegen eine Convection, ihres Namens ungeachtet, unendlicher willkührlicher Modificationen fähig war, so daß aus demselben im Voraus die Klagformel in ihrer möglichsten und in der Hauptsache sich gleichbleibenden Bestimmtheit nicht gefaßt werden

88) S. Christ. Frid. Ge. MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 26. in Opusc. T. I. pag. 355. sqq. und Ertbaut Syst. des Pand. Rechts 1. Th. §. 164.

89) S. Hübner's und Eittmann's Bibliothek kleiner juristischer Schriften. 2. B. S. 289.

werden konnte, so hatte ein solcher Contract nur eine causa, aber kein nomen. Es war hier, wie Aristoben Ulpian⁹⁰⁾ sagt, zwar ein συναλλαγμα, ein verbindliches Geschäft vorhanden, sed quod in alium contractum, nempe nominatum, non transibat; man sah es für ein negotium novum⁹¹⁾, für ein negotium proprii contractus⁹²⁾ an, und nannte es einen contractus incertus⁹³⁾, cuius appellatio nulla iure civili prodita est⁹⁴⁾. Es ist daher die Eintheilung, welche Zellfeld hier vorbringt, wenn er die unbenannten Contracte in regulares und irregulares eintheilt, nicht römisch. 3) Der Unterschied zwischen benannten und unbenannten Contracten besteht demnach darin⁹⁵⁾. Benannte Contracte sind fest bestimmt und begrenzt, so daß ihr Inhalt durch den Namen, welcher ihnen in dem Civilrecht beigelegt ist, klar angedeutet wird, jeder derselben wirkt daher eine besondere nach ihm benannte Klage, denn sie waren einer individuellen Klagformel fähig. Sie werden deswegen contractus certi genannt. Contractus igitur certos, sagt D'Azémar⁹⁶⁾, dicere debemus eos, quibus lex certam et propriam naturam,

90) L. 7. §. 2. D. de pactis. Man sehe über diese Stelle vorzüglich Ger. NOODT de pactis et transact. Cap. 9.

91) L. 22. in fin. D. de praescript. verb.

92) L. 19. D. eod. C. RETES Opuscul. Lib. II. Sect. I. Cap. 1. nr. 5.

93) L. 9. pr. D. de rebus credit. L. 7. §. 2. D. de pactis.

94) L. 3. D. de praescrip. verbis.

95) C. Ehtbaut Enstem §. 164.

96) Contractuum Lib. I. Cap. 9. pag. 27.

turam, potestatem, conceptionem, definitionem propriam, certos terminos et fines, certum denique ius dedit, hoc est *contractus nominatus*, quorum scilicet propriae appellationes iure civili proditae sunt, qui ideo *certi* dicuntur, quia vel ex ipsa nominis pronuntiatione apparet, qualis quisque sit, et quid eius potestate naturaliter insit. Von ganz anderer Art sind die unbenannten Contracte. Bey diesen war, wegen ihrer unendlichen Mannigfaltigkeit, eine solche feste Bestimmung und Begrenzung nicht möglich. Ihre Bestimmung hing mehr von der Willkühr der Contrahenten, als von gesetzlicher Vorschrift ab. Daher mußte in jedem einzelnen Falle die Klagformel nach den besondern vorliegenden Umständen normirt werden, und diese konnte also auch, nach der Natur des Geschäfts, keine andere, als eine *actio incerta* seyn, welche man deswegen *actio in factum* oder *praescriptis verbis* nannte, weil es gewöhnlich war, dem Rechtsgelehrten, welcher die Klagformel aufsetzte, zum Behuf derselben eine *Species facti* zu überreichen, nach welcher sie normirt würde⁹⁷⁾. In dieser Hinsicht rescribirten die Kaiser Diocletian und Maximian L. 6. *Cod. de rer. permutat.* *Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, praescriptis verbis INCERTAM civilem dandam actionem, iuris auctoritas demonstrat.* Daß die Klage auf Erfüllung des Contracts zuweilen einen Zusatz erhielt, wenn nämlich der Vertrag im gemeinen Leben einen besondern Namen hatte, wie schon

97) C. MEISTER Diss. cit. §. 32. und HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 5. §. 2.

schon bey der *actio praescriptis verbis aestimatoria* vorgekommen ist, änderte das Wesen der Sache nicht. Ungenannte Contracte haben ferner das Besondere, daß sie nur auf Seiten desjenigen verbindlich sind, welcher die Leistung angenommen hat. Bestand daher die Erfüllung in einem Geben, so stand dem Geber, so lange die Gegenleistung noch nicht erfolgt war, die Wahl frey, ob er mit der *actio praescriptis verbis* gegen den Empfänger auf die Erfüllung des Contracts klagte, oder dieses Recht aufgeben, und das Gegebene zurückfordern wollte, weshalb ihm denn, schon der bloßen Reue wegen, welche nur in wenigen Fällen unstatthaft war⁹⁸⁾, die *condictio ob causam datorum*, oder *condictio causa data, causa non secuta* gestattet wurde⁹⁹⁾, von der schon an einem andern Orte¹⁰⁰⁾ gehandelt worden ist. Eine solche einseitige Aufhebung des Vertrags war bey den genannten Contracten, nur wenige ausgenommen, nicht erlaubt, wie auch schon an einem andern Orte¹⁾ vorgekommen ist. Ebenso konnte aber auch, wenn ein unbenannter Contract durch Leistung eines Factum entstand, nur auf die Erfüllung oder das Interesse geklagt werden. Jedoch mußte die generelle *actio praescriptis verbis*, im Falle eines erweislichen offenbaren Dolus, der speciellen *actio* doh weichen.

98) L. 8. D. de cond. caus. dat. causa non sec. L. 29. C. de Transact. C. den 13. Th. dieses Commentars. §. 822.

99) L. 5. §. 1. et 2. D. de praescrip. verbis. L. 7. D. eodema 100) Th. 13. C. 9 ff.

1) C. den 4. Th. §. 313. C. 291. ff.

welchen²⁾. Nam, *cum deficiant vulgaria atque irritata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est*³⁾.

§. 1069.

Verschiedene Arten der unbenannten Contracte.

Die ungenannten Contracte werden nun auf die vier allgemeinen Classen reducirt, welche Paulus *L. 5. pr. D. de praesc. verbis* auf folgende Art aniebt: Aut *do tibi, ut des*: aut *do, ut facias*: aut *facio, ut des*: aut *facio, ut facias*. Es ist merkwürdig, daß Paulus in dieser Stelle unter den angeführten vier Formen auch benannte Contracte begreift, um zu zeigen, wie bey der so unendlich mannichfaltigen Modification der möglichen Fälle daraus geklagt werden müsse. In quibus quaeritur, sagt er, *quae obligatio (i. e. actio) nascatur?* Die Veranlassung zu dieser Erörterung gab ihm die Frage, was hat für eine Klage Statt, wenn ich in Gemäßheit einer mit Dir getroffenen Convention, nach welcher Du meinem natürlichen Sohne, der Dir dient, die Freyheit schenken sollest, ich aber auch dagegen deinen natürlichen Sohn, der mir dient, manumitircen wolle, den deinigen wirklich in Freyheit gesetzt habe, Du aber den meinigen in der Sklaverey zurückbehälst? Um diese Frage beantworten zu können, geht Paulus zuvor alle Arten von Conventionen durch, bey welchen eine *datio ob rem* vorkommt. (In hac quaestione totius ob rem dati tractatur inspicere potest.) Er fängt mit dem Contract *do, ut des* an, und

2) *L. 3. §. 2. D. h. t. L. 4. Cod. de dolo.*

3) *L. 2. D. h. t. Ed. CALDERA Variar. Lexion. Lib. II. cap. 10. (Thes. Meerman. Tom. III. pag. 619.)*

und unterscheidet zwei Fälle. a) *Pecuniam do, ut rem accipiam*. Dieß ist ein Kauf, sagt er, und natürlich ist hier die Klage keine andere, als die aus diesem Contract entspringende. b) *Rem do, ut rem accipiam*; dieß ist kein Kauf, sondern eine *permutatio*. Daraus entspringt zwar auch eine *obligatio civilis*, allein die Klage ist hier nicht die *actio empti*, sondern die *actio praescriptis verbis*, welche nicht auf Zurückgabe des Empfangenen, sondern auf die verabredete Gegenleistung geht, oder, wie Paulus sich ausdrückt, in *qua actione id. veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damnoxi mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere*. Ich kann aber doch auch, vermöge des hier statt habenden Reurechts, wenn ich dieses ausüben will, auf Zurückgabe dessen klagen, was der Beklagte von mir empfangen hat. Dieß ist dann die *condictio causa data, causa non secuta*. Diese letztere Klage hebt aber den Contract wieder auf, dahingegen die erstere ihn aufrecht erhält. Das hier abgeschlossene Geschäft gehört also in die Zahl der Contracte, die kein *proprium nomen* haben. Paulus zeigt zugleich in einem Beispiele, wer hier das *periculum* trage. Ich gebe Dir Bechet (*scyphi*), daß Du mir dagegen deinen Strichus gebest. Stirbt derselbe vor der Uebergabe, so trifft der Schaden mich⁴⁾, und Du darfst nur für *Culpa* haften. *Explicitus est articulus ille do, ut des*. Er kommt nun auf den Contract *do, ut*

§ 2

4) Nämlich insofern, daß ich nicht mit der *actio praescriptis verbis* den Werth desselben verlangen kann. Ob ich aber nicht das Gegeben zurückfordern könne? ist eine andere Frage, die hier nicht entschieden wird. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 326. C. 384. Not. 59.

at facias. Auch dieser begreift wieder zwey Species unter sich. 1) Das Factum der Gegenleistung ist ein solches, worüber man sonst einen Miethcontract abzuschließen pflegt, z. B. Du sollst mir ein Gemälde mahlen. Habe ich dem Andern Geld zum Lohn gegeben, so ist eine locatio vorhanden; habe ich ihm aber eine andere Sache dafür gegeben, so ist dieß kein genannter Contract, sondern es entspringt daraus entweder die actio civilis in hoc, quod meum interest, oder die condictio ad repetendum. 2) Das Factum ist ein solches, quod locari non possit, z. B. Du sollst einen deiner Sklaven manumittiren, es sey eine Zeit dazu bestimmt, oder nicht. Auch hier ist das Geschäft ein unbenannter Contract. Es kann also das Gegebene zurückgefordert, oder praescriptis verbis geklagt werden. Wie aber, wenn ich Dir einen Sklaven gegeben habe, um dagegen den Deinen freizulassen. Du hast auch deinen Sklaven manumittirt, aber der Sklave, den ich Dir gegeben habe, ist evincirt worden; was wird hier für eine Klage statt haben? Paulus unterscheidet zwey Fälle. Erstens; ich gab wissentlich Dir einen fremden Sklaven, hier hat nach Julians Meinung gegen mich die actio doli statt. Zweytens ich wußte nicht, daß der Sklave einem Andern gehöre. Hier ist die actio in factum civilis anzustellen. Paulus kommt nun auf die Convention si faciam, ut des, und unterstellt den Fall, wo ich zwar der Convention ein Genüge gethan habe, allein der andere Theil mit der Gegenleistung zurückbleibt. Hier sagt Paulus, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. Paulus betrachtet endlich noch die Convention: si facio, ut facias. Er zeigt hier, daß auch diese Convention, als genus, einen benannten Contract in sich fassen

fassen könne, so gut, wie die Convention do, ut des, eine emtio, und die conventio do, ut facias, eine locatio. Paulus giebt das Beispiel: Si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae: vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem: et ego aedificavi, et tu cessas. Wir haben also mit einander den Vertrag geschlossen, daß Du von meinem Schuldner zu Carthago auf deine Kosten, ich aber von dem Deinigen zu Rom auf meine Kosten eine Summe erheben solle; oder Du sollst auf meinem Grunde, und ich will auf dem deinigen bauen, ich habe auch die Convention meiner Seits erfüllt, allein es liegt an Dir, sie auch noch deiner Seits zu erfüllen. Was ist dieses für ein Geschäft? Es scheint, sagt Paulus, es liege hier ein Mandat zum Grunde, denn ohne ein solches könnten ja keine fremden Gelder erhoben werden. (In priorem speciem *mandatum* quodammodo intervenisse videtur, *sine quo exigere pecunia alieno nomine non potest.*) Zwar macht sich Paulus den Einwurf, es seyen doch auch Kosten damit verbunden, welche jeder von uns bey Eintreibung des Geldes übernehmen sollte. Nach der Natur des Contracts müssen aber eigentlich dem Mandatar die Kosten erstattet werden⁵⁾. Allein dieser Einwurf lasse sich heben, wenn man erwäge, daß wir doch einander gegenseitig einen Dienst leisten; und daß eine Bevollmächtigung zuweilen, vermöge eines Nebenvertrags, auch über ihre natürlichen Gränzen hinausgehen könne, gleich jedem andern Contracte. Paulus sagt: *Quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus;*

et

5) L. 27. §. 4. D. Mandati.

et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. Er führt das Beispiel an: Ich frage Sie auf, daß Du dem Titius eine Sache überbringen, und auf den Fall, daß er sie etwa nicht annimmt, diese mir verwahren sollest; hier hat dennoch nicht die actio depositi, sondern mandati statt. So erklärt die Worte: (Possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes,) Cujaz⁶⁾. Oder auch auf den vorliegenden Fall zurückzukommen; Du sollst bei der Eintreibung des Geldes nicht mehr als 10. aufwenden, nämlich so, daß wenn Du einen größern Kostenaufwand machst, Du keinen Ersatz verlangen kannst (et non plus impendas in exigendo, quam decem). Und in der That, wenn wir beide einen gleichen Kostenaufwand machten, wer könnte daran zweifeln, daß das Geschäft doch ein Mandat sey, denn hier würden sich die Kosten gegen einander dergestalt aufheben, daß es eben so gut seyn würde, als wenn keiner für den Andern Kosten verwandt hätte, wenn auch nur einer von uns erst den Auftrag vollzogen haben sollte. (Dieß, dünkt mir, der Sinn der Worte zu seyn: et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est, sin autem alter fecerit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas.) Dennoch ist, genau ermogen, kein wahres Mandat vorhanden, der Kostenaufwand mag von beiden Seiten gleich, oder ungleich seyn. Denn in dem letztern Falle hat der eine

Theil

6) In Iulio Paulo, ad h. L. *Operum* Tom. II. pag. 1074.
Man sehe auch POTHIER *Pandectae Iustin.* T. I. h. t. Nr. XX. not. d.

Theil offenbaren Schaden, den er bey'm Mandat nicht
 leiden darf⁷⁾; in dem ersten aber hat jeder Theil die
 Kosten, die er für den andern aufwandte, auch zu seinem
 eigenen Vortheil verwendet⁸⁾. Das Mandatum ist also
 nicht gratuitum. Ist aber kein wahres Mandat vor-
 handen, so kann auch die actio mandati nicht füglich
 angestellt werden. Das Sicherste wird also seyn, die
 Actio praescriptis verbis zu gebrauchen. Diese ver-
 tritt hier die Stelle der actio mandati eben so, wie sie
 in den obigen Fällen die der actio locati und emti
 vertrat, und ist für beyde Fälle geeignet, so wohl für
 den der Eintreibung der Gelder von unsern beyderseitigen
 Schuldner'n, als für den oben angeführten andern Fall
 der gegenseitigen Ausführung eines Gebäudes. Denn
 auch in dem letztern Falle scheint ein Mandat zum Grunde
 zu liegen, doch auch kein wahres Mandat. Denn diesel-
 bigen Zweifel wälten hier ob. Es ist also auch hier die
 actio praescriptis verbis sicherer; obwohl zwischen bey-
 den Fällen noch der Unterschied Statt findet, daß ich
 von Deinem Schuldner nicht ohne dein Mandat Geld
 beschreiben kann, wohl aber ohne ein solches Mandat von
 Dir erhalten zu haben, auf deinen Boden bauen kann.
 So erklären sich nun die Worte: Sed tutius erit, et
 in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis
 praescriptis verbis dari actionem: quae actio si-
 milis erit mandati actioni: quemadmodum in supe-
 rioribus casibus, locationi et emtioni. Nach dieser
 Erörterung kommt nun Paulus endlich auf die Ent-
 schel-

7) L. 20. pr. D. Mandati.

8) Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L.

Scheidung der gleich anfangs aufgeworfenen Frage zurück. Der Fall war der. Mein natürlicher Sohn ist dein Sklave, und dein natürlicher Sohn dient mir. Wir schließen mit einander den Vertrag, daß Du den meinigen und ich den deinigen freilassen wolle. Ich habe den deinigen manumittirt, allein Du nicht den meinigen. Die Frage war nun, was ich gegen Dich für eine Klage anzustellen habe? Paulus entscheidet dieselbe durch einen Schluß aus dem Vorhergehenden. Die Convention ist ein *Contractus facio*, *ut facias*. Dieser begründet die *actio civilis praescriptis verbis*, wenn er Ähnlichkeit mit einem benannten Contract hat. Sie ist also auch hier anzustellen, und darauf zu richten, daß mir das Interesse geleistet werde. Dieses Interesse konnte aber nur darnach bestimmt werden, daß ich jetzt den Sklaven, den ich freiließ, nicht mehr habe, den ich aber nicht manumittirt haben würde, wenn mir nicht mein Gegner die gegenseitige Manumission meines natürlichen Sohns versprochen hätte. Denn die einmal erfolgte Manumission kann nicht revocirt werden⁹⁾. Sollte aber nicht etwa davon abzurechnen seyn, daß ich doch einen Freigelassenen habe? Nein, dieß kommt hier nicht in Anschlag, weil sich das Patronatrecht nicht schätzen läßt¹⁰⁾. Die Entscheidung des Paulus lautet wörtlich folgendermaßen: *Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, (sc. ut actio praescriptis verbis locum*

9) L. 4. *Cod. de dolo malo*. L. 5. §. 1. *D. de condict. causa data causa non secuta*.

10) CUIACIUS in Iul. Paulo ad h. L. Tom. II. *Operum* pag. 1075.

Iocum habeat) et in proposita quaestione idem dici potest: et necessario sequitur, *ut eius fiat conditio, quanti interest mea, servum habere, quem monuisti.* An deducendum erit, quod liberum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

Aus diesem Fragment des Paulus ergibt sich nun 1) soviel, daß die actio praescriptis verbis nicht aus allen unbenannten Contracten gegeben werde, sondern nur aus solchen, welche mit benannten Contracten eine Ähnlichkeit haben¹¹⁾. So entsteht aus dem unbenannten Contract, der einem Kaufe gleicht, die actio praescriptis verbis proxima actioni emti; aus dem unbenannten Contract, der dem Miethcontract nahe kommt, die actio in factum proxima locati; aus dem unbenannten Contract, der einem Societäts-Contract ähnlich ist, die actio in factum proxima actioni pro socio¹²⁾; aus dem unbenannten Contract, der einem Mandat gleicht, die actio in factum proxima mandati; und aus dem Contract, welcher einem Commodat ähnlich ist, die actio praescriptis verbis proxima commodati¹³⁾. Aus solchen unbenannten Contracten hingegen, die an keinen benannten Contract gränzen, entspringt die actio civilis praescriptis verbis nicht, sondern hier wird entweder die actio de dolo¹⁴⁾, oder die condictio ob rem dati

11) S. Em. MERILLIUS Observation. lib. VIII. cap. 15.
MEISTER Diss. de in factum actionibus, §. 37.

12) L. 13 §. 1. D. de praestr. verbis.

13) L. 17. D. eodem.

14) L. 5. §. 3. L. 15. D. eodem.

dati¹⁵⁾), oder die actio praetoria in factum¹⁶⁾ gestattet.

2) Es ist höchst wahrscheinlich, daß man anfangs bloß aus den mit einer datio rei beginnenden Geschäften eine Civilklage zu gestatten geneigt gewesen sey¹⁷⁾. Denn dieß ist der wesentliche Charakter der Realcontracte, von denen die unbenannten Contracte eine Species sind. RE enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit, sagt Paulus L. 17. pr. D. de pactis. und es ist merkwürdig, daß Ulpian gerade da, wo er von benannten und unbenannten Contracten handelt, nur die Contracte *do, ut des*, und *do, ut facias* anführt, und zwar als solche, woraus ein obligatio civilis entspringt. Es ist nämlich die L. 7. pr. et §. 1. et 2. D. eodem, wo es heißt: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, (behalten den allgemeinen Namen Conventio nicht) sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio,*

15) L. ult. D. de condict. causa data causa non rec.

16) L. 7. §. 2. D. de pact. L. 1. D. Si mentor falsum modum dixerit.

17) Karl Reichhelm Versuch eines Beweises, daß der Römer nur zwey Arten unbenannter Contracte kannte, *do, ut des* und *do, ut facias*. Halle 1800. EMMINGHAUS ad COCCEJI ius civ. contr. h. t. Qu. 6. not b. Tom. II. p. 510. Eibt aut System des Pand. Rechts 1. B. §. 164. a. E. Man vergleiche jedoch auch die Bibliothek kleiner juristischer Schriften, herausgegeben von Ehr. Gottf. Habner u. Carl Aug. Zittmann, 2. Band, Leipzig 1801. Nr. LXVIII. S. 285. ff.

tio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. Sed et si in alium contractum res non transeat (wenn aber auch die Convention kein benannter Contract ist) subsit tamen *causa*¹⁸⁾: eleganter ARISTO Celso respondit, esse obligationem: utputa, *dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias*, hoc συναλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem. Der Unterschied zwischen dare und facere ist auch wirklich so auffallend, daß die Interpretation von dem Einem auf das Andere nicht süglich argumentiren könnte. Denn das dare schränkt sich hier auf die Ueberlieferung einer Sache ein¹⁹⁾. Da nun durch die Annahme des Gegebenen der Empfänger sich zur Gegenleistung verpflichtet, so ergiebt sich daraus die Nothwendigkeit einer datio rei zur Begründung einer obligatio civilis, quae re contrahitur. Dieß kann also nur der Fall seyn, bey den Contracten *do, ut des*, und *do, ut facias*; nicht aber bey einer Convention *facio, ut des*. Denn durch die Leistung eines Factum wird ja nichts auf den Andern übertragen, was dieser empfangen, und wodurch von seiner Seite eine obligatio, quae re contrahitur, begründet werden konnte.

Es

18) Von dieser *Causa contractuum* habe ich schon bey einer andern Gelegenheit B. IV. §. 306. dieses Commentars gehandelt.

19) Das Wort dare wird jedoch bey den Real-Contracten nicht durchaus in der engern Bedeutung genommen, wo es eine Uebertragung des Eigenthums ausdrückt. Man denke an das Commodatum, depositum, pignus; §. 2. 3. et 4. I. *Quid, mod re contrahitur obligatio*. Ferner an den contractus aestimatorius. L. 1. pr. D. de aestimatoria.

Es konnte folglich auch keine *actio civilis* aus diesem Geschäft gegen denjenigen entstehen, welcher, nach geschehener Leistung des *Factums*, mit der versprochenen Gegenteistung zurückblieb. Man konnte also das Geschäft nur von der Seite als verbindlich ansehen, daß der Andere sich eines *Dolus* schuldig mache, welcher sich weigere, dasjenige zu geben, was er auf den Fall, daß ein gewisses *Factum* geleistet werden würde, welches nun auch wirklich geleistet worden ist, zu geben versprochen hatte. Dieser *Dolus* konnte hier von seiner Seite um so mehr angenommen werden, da er wissen mußte, daß man ein *Factum*, wenn es einmal geleistet worden ist, nicht ungeschehen machen könne²⁰⁾, und daher nicht zu befürchten sey, daß das Geschäft vielleicht aus Reue wieder rückgängig gemacht werden dürfte. Hieraus erklärt sich nun, wenn Paulus sagt *L. 5. §. 3. D. h. t. Quod si faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare; nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur*. Ganz diesem gemäß rescribirten denn auch die Kaiser Diocletian und Maximian in der *L. 4. Cod. de dolo malo*. *Cum proponas, inter te, et eum, quem in contubernio ancillam tuam sibi coniunxisse memorasti, placuisse, ut tibi pro eadem daret mancipium: intelligis, quod si manumisisti, vel ei tradidisti, et ille manumisit, revocandae libertatis potestatem non habes, sed solum, si necdum statutum tempus excesserit, et fidem placiti rampat, desiderare debes, de dolo tibi discerni actionem*. Daß hier von keinem *contractus do, ut des*, sondern von einer *con-*

20) *L. 12. §. 2. D. de captivis*.

conventio facio, ut des, die Frage war, geht daraus klar hervor, weil das Geschäft mit dem *factum manumissionis* begann. Denn die Verabredung ging dahin, daß der Herr seine Sklavin manumittiren wollte, um sie mit demjenigen zu verheyrathen, welcher dem Herrn einen andern Sklaven dagegen zu geben versprochen hatte. Ob sie nun nachher der Herr selbst freyließ, oder sie dem Andern in der Absicht übergab, um sie freyzulassen, war gleichgültig, und änderte die Natur des Geschäfts nicht, wie auch Anton Faber²¹⁾ ganz richtig bemerkt hat. Uebrigens ward auch hier, da keine Revocation der Freyheit statt fand, blos die *actio doli* gegen den Andern auf Leistung des Interesse gestattet. Ist jedoch das *Factum* ein solches, woraus dem Andern ein pecuniärer Vortheil erwächst, wie z. B. die Entsagung einer angestellten Erbschaftsfrage gegen eine bestimmte Abfindungs-Summe, wodurch der Beklagte von allen weiteren Ansprüchen des Klägers befreiet wird; oder findet sich sonst bey der *Conventio facio*, ut des, eine Ähnlichkeit mit irgend einem andern benannten Contract, so hielt man die *actio praescriptis verbis* für unbedenklich, wie aus folgenden Gesetstellen erhellet.

L. 6. Cod. de Transactionib. Imp. ALEXANDER A. Pomponius. Cum mota inofficiosi querela matrem vestram cum diversa parte transegisse, ita, ut partem bonorum susciperet, et a lite discederet, proponatis: instaurari quidem semel omissam querelam per vos, qui matri heredes extitistis, iuris ratio non sinit. Verum, si fides placitis praestita non

21) Rational. in Pand. ad h. L. Tom. III. pag. 592. sq.

non est: in id, quod interest, diversam partem recte convenietis. Aut enim stipulatio conventioni subdita est, et ex stipulatu actio competit: aut, si omissa verborum obligatio est, *utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.*

L. 15. D. h. t. ULPIANUS lib. XLII. ad Sabinum. Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur: quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedes huius rei accipere, et sic indicare: nec videtur, illicitum esse hoc, quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbam causam, non timet conditionem. Quodsi solum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, *ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere?* Et quidem conventio ista non est fuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: *ergo civilis actio oriri potest, id est, praescriptis verbis; nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.*

Der Vertrag, ich verspreche Dir eine gewisse Belohnung²²⁾, wenn Du mir den Aufenthaltsort meines entlaufenen Knechts anzeigst, war an sich eine convention-

22) Eine solche Belohnung für die Anzeige des Aufenthaltsorts eines entlaufenen Eclavens wird in den Gesetzen *iudicium aequum*, *L. 4. §. 4. D. de condict. ob turpem vel iniust. causam*.

ventio nuda. Hatte aber der Andere mir den Ort wirklich angezeigt, so hatte nun eine Klage gegen mich Statt. Denn die Conventio war in einen Contract übergegangen, welcher wohl zu keiner andern Form gehörte, als zu facio, ut des. Allein welche Klage findet hier Statt? Anton Faber²³⁾ versteht den Ulpian so, daß auch in diesem Falle nur die actio de dolo als zulässig angenommen worden sey. Denn Ulpian berichte in den Worten: *nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat*, mit der den Röm. Rechtsgelehrten eigenen Bescheidenheit, die vorher bloß als Zweifelsgrund aufgestellte Meinung, daß in diesem Falle die actio civilis praescriptis verbis Statt finde. Es sey allerdings ein nicht unerheblicher Zweifelsgrund vorhanden gewesen, weil doch nicht geläugnet werden könne, daß ein verbindliches Geschäft, zwischen dem Herrn des entlaufenen Sklaven, und dem Anzeiger desselben geschlossen worden sey, so daß es daher allerdings das Ansehen gehabt habe, als ob auch eine actio civilis daraus entstehen könne. Allein der Grund des Ulpian: *Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, actionem ex pacto non oriri etc.*, sey nicht so zu verstehen, als sey hier wirklich ein συναλλαγή, d. h. ein Contract geschlossen worden, woraus die actio praescriptis verbis civilis notwendig entstehen müsse. Nein; Ulpian habe hier nur überhaupt den Grund angeben wollen, warum das Geschäft für keine conventio nuda gehalten werden könne. Daß jedoch diese ganze Erklärung irrig, und den Worten offenbar

23) Rational. in Pand. ad h. L. pag. 606.

ber zuwider sey, hat schon Ulrich Huber²⁴⁾ gezeigt. Die Worte: *sed habet in se negotium aliquod, ergo civilis actio oriri potest, id est, praescriptis verbis*, sagen ja deutlich genug, daß das Geschäft ein unbenannter Contract sey, woraus die *actio civilis praescriptis verbis* entstehen könne; nur alstann, sagt Ulpian, finde, auch in dem gegenwärtigen Falle, die *actio doli* statt, wenn von Seiten des Beklagten ein *dolus* erwiesen sey, weil nun jene allgemeine Klage der speciellen weichen muß²⁵⁾. Warum, außer diesem Falle, auch die *actio civilis praescriptis verbis* zulässig sey, läßt sich daraus erklären, weil das Geschäft, da ich Jemandem eine Belohnung versprach, der den Aufenthaltsort meines entlaufenen Sklaven aufkundschaften würde, sich einer *location* näherte. Daher wird auch die Belohnung *merces* genannt. Für eine eigentliche *location* aber konnte freylich das Geschäft darum nicht gehalten werden, weil dazu erfordert wird, daß die Dienste nicht nur für den *Conductor* Nutzen haben, sondern auch entweder an seiner Person oder an seiner Sache geleistet werden müssen²⁶⁾, welches aber hier der Fall nicht ist.

L. 22. D. eodem. tit. CAIUS lib. 10. ad Edictum provinciale. Si tibi polienda sarcierende vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio: si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotio.

24) Funtbmia Rom. ad L. 5. D. de praescr. verb. §. 3. pag. 720.

25) L. 2. et 3. D. de praescr. verbis.

26) C. den 17. Th. dieses Commentars §. 1048. C. 315. f.

negotium geritur. Quod si neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit: placet, quasi de novo negotio; in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.

Wenn ich Dir Kleider rein zu machen und auszubessern gegeben habe, so lassen sich drei Fälle gedenken. 1) Du hast diese Bemühung unentgeltlich übernommen. Wer wird daran zweifeln; daß in diesem Fall unter uns ein Mandat eingeangen worden sey, und daß mir die actio mandati zustehe? 2) Es ist Dir ein Lohn dafür gegeben oder versprochen worden. Hier ist es eben so gewiß, daß das Geschäft eine location sey. 3) Du hast diese Bemühung nicht umsonst übernommen, es ist aber doch bei Schließung des Geschäfts (protinus) weder ein Lohn gegeben, noch versprochen, sondern nur ausgemacht worden, daß man über den Lohn nachher noch übereinkommen wolle. Unterdessen hast Du mir meine Kleider aufs Beste hergerichtet. Was ist dieß nun für ein Geschäft? und welche Klage wird hier Statt finden? Dieß war eigentlich die Hauptfrage in der ganzen Stelle. Es war allerdings zweifelhaft, ob es nicht auch eine location sey? Denn gesetzt, der Richter müßte auch am Ende den Lohn bestimmen; ist doch auch ein Kauf nicht minder gütlich geschlossen, wenn auch ein Dritter nachher den Preis bestimmet²⁷⁾. Allein die location erfordert wesentlich die

Be-

27) L. ult. Cod. de contr. emt.

Bestimmung eines gewissen Lohns, sonst kann sie so wenig, als ein Kauf ohne einen bestimmten Preis, bestehen. Hieran fehlte es aber in dem gegenwärtigen Falle. Dennoch war ein verbindliches Geschäft unter uns vorhanden, welches in eine Art von unbenannten Contract überging, und an sich wohl kein anderes, als ein *contractus facio ut des*, woraus denn auch, wegen der Ähnlichkeit mit der *location*, keine andere Klage entstand, als die *actio in factum praescriptis verbis*²⁸⁾. Streitiger war jedoch

3) der Fall, wenn ich Dir einen Sklaven gegeben habe und zwar mit dem Beding, daß Du deinen Sklaven dagegen freylassen sollst. Du hast auch deinen Sklaven wirklich freigelassen, allein der Sklave, den ich Dir gegeben habe, wird Dir evincirt. Es ist schon oben bemerkt worden, daß Paulus einen Unterschied macht, ob ich wissentlich einen fremden Sklaven gegeben habe, oder unwissend. In dem ersten Falle habe die *actio doli*, in dem andern Falle aber die *actio in factum civilis*, und also *praescriptis verbis* gegen mich statt. Paulus beruft sich hier auf Julian. Vergleicht man aber hiermit ein anderes Fragment, nämlich die Stelle Ulpian's L. 7. §. 2. *D. de pactis*, wo auch derselbe Julian in demselben Falle angeführt wird, so entsteht hier eine fast unüberwindliche Schwierigkeit. Ulpian sagt nämlich: *Et ideo puto, recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est. Stichus: Iulianus scribit in factum actionem a Praetore dandam: ille ait, civilem incerti actionem, id est, praescriptis verbis,*

28) C. Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L.

his, sufficere: esse enim contractum, quod *Aristo* συναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio. *Maurician* tadelt hier den *Julian*, daß er behauptet habe, man müsse sich in diesem Falle die actio in factum von *Prätor* geben lassen. *Maurician* sagte, eine actio praetoria sey nicht nöthig, da die actio civilis incerti s. praescriptis verbis genüge, und *Ulpian* stimmt mit in diesen Tadel ein. Allein nach *Paulus* war ja *Julian* der nämlichen Meinung. Sollten also etwa *Maurician* und *Ulpian* den *Julian* unrichtig verstanden, und ihn mit Unrecht getadelt, oder vielleicht *Paulus* *Julians* Meinung unrichtig vorgetragen haben? Mehrere Ausleger²⁹⁾ haben dieses freylich zu behaupten gesucht. Allein es ist schwer, sich hiervon zu überzeugen. In der L. 7. §. 2. D. de pactis kommt zwar die Distinction nicht vor, welche *Paulus* macht. Es ist aber auch wohl gewiß darüber kein Streit gewesen, daß die actio doli in dem Falle Statt finde, wenn ein offener Betrug vorhanden ist, oder wie *Paulus* sagt, si servum, qui evictus est, sciens dedi. Dieß haben auch schon *Jac. Cujaz*³⁰⁾, *Ulrich Huber*³¹⁾, und *Jos. Fernandez De Reter*³²⁾,

G 2

sehr

29) Man vergleiche *Lud. Charondas Περὶ τῶν Σ. Verisimil.* Lib. II. c. 7. *Eguinar. Baro* ad L. 7 §. 1. D. de pactis. und *Reichhelm* in dem Not 17. C. 90. angef. Versuche eines Beweises §. 5. C. 29.

30) *Iul. Paulus* ad L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. *Opusculum* T. II. p. 1070.

31) *Eunomia Rom.* ad L. 5. §. 2, et 3. D. de praescript. verb. §. 4. pag. 721.

32) *Opuscul.* Lib. II. Sect. I. cap. 10. nr. 3. (*Thes. Meerman*, T. VI. pag. 118.)

sehr richtig bemerkt. Denn wenn gleich in der Regel die *actio doli*, als eine *actio famosa*, nicht Statt findet, wenn eine andere *actio civilis* oder *honoraria* zu Gebote steht³³⁾; so ist doch die *actio civilis incerti*, *praescriptis verbis*, nicht hieher zu rechnen, weil, wenn offenkundiger *dolus*, als der Grund der speciellen *actio doli*, vorhanden ist, die *generalis actio praescriptis verbis* nach *L. 2. D. de praescr. verb.* wegsfallen, und die *actio specialis doli* derselben vorgezogen werden muß³⁴⁾. Der Streit kann also nur die Frage betroffen haben, was für eine Klage Statt finde, wenn derjenige, welcher den evinciren Sklaven gab, in *bona fide* ist, oder, wie Paulus sagt, *si ignorans dedi servum*? Nach dem *Fr. 7. §. 2. D. de pactis* waren hierüber Julian und Maurician ganz verschiedener Meinung. Julian behauptete nämlich, in *factum actionem a Praetore dandam*. Daß Julian wohl nicht die *actio in factum civilis* gemeint haben könne, welche mit der *actio praescriptis verbis* gleichbedeutend ist, läßt sich mit Grund nicht bezweifeln. Denn diese Klage war es ja, welche Maurician für hinreichend, und daher jene prätorische, ohnehin nur subsidiarische, Klage für unnöthig hielt. Wie hätte also Maurician deshalb den Julian tadeln, und Ulpian in diesen Tadel einstimmen können? Für Julians Meinung sprachen auch gewiß nicht unbedeutende Gründe. Denn die *actio in factum praescriptis verbis* steht demjenigen zu, welcher in einem unbenannten Contract etwas geleistet hat,

33) *L. 1. §. 4. D. de dolo malo.*

34) S. die Bibliothek Helmer jurist. Schriften von Hübner und Ertmann 2. B. Nr. LXVIII. S. 292.

hat, wenn der Andere unterläßt, den Contract seiner Seits zu erfüllen. In dem gegebenen Falle hatten aber beide Theile den Contract erfüllt. Die Frage war also nur, was demjenigen, welcher seiner Seits den Sklaven manumittirt hatte, für eine Klage zustehe, daß ihm ein anderer Sklave gegeben werde? Da nun der evincirte Sklave so gut als nicht gegeben, mithin der Contract von dieser Seite als nicht erfüllt anzusehen war³⁵⁾; so erhielt das geschlossene Geschäft, wie auch Moode³⁶⁾ wirklich behauptet, gleichsam das Ansehen eines *Contractus facio ut des*, aus welchem, wie Paulus sagt, keine *civillis actio* gegeben wird, wenn das Geschäft, wie hier, mit keinem der benannten Contracte eine Aehnlichkeit hat. Was blieb nun übrig, da hier wegen der Unwissenheit desjenigen, welcher den Sklaven gegeben hatte, daß er ein fremder Sklave sei, kein *Dolus* vorhanden war, für eine andere Klage übrig, als die subsidiarische *actio in factum pactionis*. Dennoch tabelte Maitrejan den Iulian wegen dieser Ansicht mit Recht. Er geht von dem ganz richtigen Grundsatz aus. Es war hier ein Contract, oder, wie Aristo sagt, ein *συνάλλαγμα* vorhanden, aus dem die *actio praescriptis verbis* entsteht. Unstetig war aber dieses Geschäft ein *contractus do ut facias*, wofür es auch Paulus hält *L. 5. §. 2. D. de praescript. verbis*. Daß der Sklave nachher war evincirt worden, änderte die Natur des Contracts nicht, weil alle Contracte, besonders aber unbenannte, nach ihrem Anfange, weil sie eingegangen worden sind, und nicht nach ihrer Erfüllung beurtheilt werden.

35) *L. 167. pr. D. de div. reg. iuris.*

36) *De pactis et transact. Cap. IX. Oper. Tom. I. pag. 506.*

werden. Ober glaubte erda Julian nicht, daß aus dem *contractus do ut facias* ein bürgerliches Geschäft auf Seiten des *facientis*, sondern nur auf Seiten des *actantis*, entstehe, so halte er, wie Anthon Faber³⁷⁾ bemerkt, auch hiein Unrecht. Allein nach dem, was Paulus sagt, war ja Julian mit Maurician vollkommen einverstanden. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres; et manumisisti, et is, quem dedi, evictus est: si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem IULIANUS scribit; si ignorans, in factum civilem. Hierin liegt eben die fast unüberwindliche Schwierigkeit, welche die Ausleger hier gefunden haben. Die Rechtsgelehrten theilen sich hier in zwei Partheyen. Einige³⁸⁾ halten das Wort *civilem* für eine Interpolation des Tribonian, welcher dieses Wort hinzugefügt, habe, um die Meinung des Julian mit der des Maurician zu vereinigen. Andere haben der Schwierigkeit ohne eine solche Interpolation abzuhelfen gesucht, und diese sind wieder auf mancherley zum Theil scharfsinnige Vermuthungen gerathen, von denen

37) Rational. in Pand. ad-L. 5. §. 2. D. de praescript. verb. pag. 591.

38) Franc. DUARENUS Comm. ad L. 7. §. 2. D. de pactis (*Operum* pag 53) Anton. GOVEANUS Variar. Lection. Lib. II. cap. 27. Ulf. HUBER Eunomia Rom. ad L. 5. §. 2. et 3. D. de praescript. verb. pag. 719. Fr. HOTOMANUS de praescript. verb. Cap. 2 nr 17. Ant. FABER Rational. in Pand. c. 1. Ant. SCHULTING Thes. controvers. Dec. LXXIV. Th. 5. Chr. Fr. Ge. MEISTER Diss. de in factum actionibus. §. 37. (*Opuscul.* pag. 393.) EMMINGHAUS ad Cocceji ius civile controvers. L. XIX. Tit. 5. Qu. 6. not. b. pag. 511.

ich nur einige anführen will. Lud. Charondas³⁹⁾ meint, Ulpian und Paulus hätten aus verschiedenen Schriften des Julian geschöpft. Julian, der mehrere Bücher über das Civilrecht geschrieben, habe nämlich die gegenwärtige Frage an mehreren Orten abgehandelt. An dem einen habe er nur im allgemeinen gesagt: *actionem in factum a Praetore dandam*; dieß habe Maurician getadelt, weil er ihn so verstanden, als habe er die *actio in factum praetoria* gemeint. Diese Schrift des Julian mit der Note des Maurician habe Ulpian vor Augen gehabt. An einem andern Orte aber habe sich Julian über seine Meinung näher erklärt, und hier sey ihm Paulus gefolgt, welcher, wie der Index Pandectarum lehrt, selbst den Julian mit Anmerkungen erläutert habe. Dieser Conjectur giebt auch Johann Carl van Wachendorf⁴⁰⁾ Beyfall. Gerhard Noodt⁴¹⁾ hingegen glaubt, Julian sey wirklich der Meinung gewesen, daß die *actio in factum civilis* in dem Falle statt finde, wo kein Dohis vorhanden ist. Deswegen sey auch Julian von Maurician nicht getadelt worden, sondern dessen Tadel bestehe darin, daß Julian behauptet habe, der Prätor müsse nach Beschaffenheit der Sache bald die *actio doli*, bald die *actio civilis in factum* geben, wie Paulus näher angegeben habe. Die Worte des Julian: *in factum actionem a Praetore dandam*, müßten also nicht schlechterdings von

39) Hesdauw S. Verisimil. Lib. II. cap. 7. (in Thes. Otton. Tom. I. pag. 745.)

40) Diss. de pactis nudis: (in ZIVAD. Dissertation. Triad. Traj. ad Rhen 1730. 8. p. 302. sqq.)

41) De pactis et transact. Cap. IX.

von der *actio in factum praetoria* verstanden werden, sondern in *factum* heiße hier soviel als *ex facto*, oder in *facto*, oder *ex facti specie*, sive *pro re nata*. Nach dieser Ansicht hätte also Paulus die Meinung Julian's nur historisch angeführt, ohne sie zu der seinigen zu machen. Eben dieses meint auch Voet⁴²⁾. Allein wer wird glauben, daß Paulus an einem Orte, wo er selbst entscheiden wollte, die Meinung eines andern Rechtsgelehrten nur historisch habe anführen wollen? Es ist vielmehr, wie schon Ulrich Zuber⁴³⁾ bemerkt, eine bekannte Maxime der Römischen Rechtsgelehrten, daß sie die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche sie anführten, ohne dieselbe zu verwerfen, billigen. Eine ganz andere Ansicht hat Wilhelm Schmuck⁴⁴⁾. Julian, sagt er, wär der Meinung, daß die *actio praescriptis verbis* aus einem unbenannten Contract nur, *re adhuc integra*, gegeben werde, und auf Erfüllung desselben gehe, wenn der Kläger seiner Eides der Convention ein Genüge geleistet hat. Allein ist *res* nicht mehr *integra*, d. h. wenn nicht mehr auf die Erfüllung des Contracts geklagt werden kann, wie nun in dem gegenwärtigen Falle, wo der von dem einen gegebene Sklave, um dessen willen der Andere den seinigen manumittirt hatte, war evincirt worden; so solle die *actio praescriptis verbis* weg. Hier müsse also eine *actio ex*

42) Commentar. ad Pand. Lib. XIX. Tit. 5. §. 4.

43) Eunomia Rom. ad E. §. 2. D. de praescript. verbis §. 4. pag. 721.

44) Ad Jac. LABITTI Usum Indit. Pandectarum Cap. V. §. 23. Not. g. bey Abr. WIELING in Iurisprud. Redituta. Part. poster. pag. 103.

extraordinaria in factum eintreten, diese sey die actio de dolo contra scientem, und die actio simplex in factum contra ignorantem, welche Julian datum actio civilis gestänkt habe, weil diese nicht auf die Verurtheilung des Dolus, wie jene, sondern nur auf das Interesse gehe. Vor allen diesen zeichnet sich die scharfsinnige Interpretation des Joseph Fernandez de Retes⁴⁵⁾ aus. Er sagt, der Fall, in welchem Maurician den Julian gezeigelt habe, sey ein ganz anderer, und von dem ganz verschieden, in welchem Paulus seiner Meinung folgte. Es seyen nämlich drey Fälle, welche Julian erörtert habe. Der erste ist, wenn ich wissentlich einen fremden Sklaven gab. Diesen Fall habe Julian so entschieden, daß die actio de dolo Statt finde. Dieß habe auch so wenig Maurician, als Ulpian gemißbilliget. Der zweyte Fall ist, wenn ich unwissend einen fremden Sklaven gegeben habe. Vergleicht man hier beyde Texte, so stellen sich wiederum zwey Fälle dar, welche sehr fein unterschieden werden. Erstens, es war nur überhaupt verabredet, daß ich Dir einen meiner Sklaven geben wolle, ohne gerade einen zu nennen; ich gab Dir also den Strichus, für welchen ich Dir auch einen andern hätte geben können. Ist dieser nun evincire worden, so habe gegen mich die actio in factum civilis, id est, praescriptis verbis Statt. Diesen Fall berühre Paulus, und billige die Meinung Julians. Diese habe aber auch Maurician nicht verworfen, denn von diesem Falle sey keine Rede gewesen. Zweitens, es war ausdrücklich verabredet worden, daß ich Dir

45) Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 10. tit. 13. (in Thib. Meerman. Tom. VI. pag. 112.)

Dir den Sklaven Erihus geben solle, und keinen andern. Ich habe Dir auch denselben Sklaven Erihus übergeben, und nun rich Dir dieser evincirt. Hier glaubte Julian, es entsiehe aus diesem Geschäft keine Civilklage, sondern Du müßest Dir vom Prätor die actio in factum geben lassen. Dieß war nun der Fall, in welchem Maurician anderer Meinung war, und wo er auch, wie in dem vorliegenden, die actio in factum civilis für zulässig hielt. Ulpian stimmte ihm hierin bey, und verworf diesen subtilen Unterschied. Der Grund, welcher den Julian zu dieser Subtilität bestimmt habe, scheine folgender zu seyn.

Wenn ich Dir nämlich nur überhaupt einen von meinen Sklaven zu geben versprochen habe, so schien ich zu dem, welchen ich Dir gab, keine besondere Affection zu haben. Hätte ich wissen können, daß er Dir evincirt werden würde, so hätte ich Dir einen andern Sklaven gegeben. Wenn aber verabredet worden ist, daß ich Dir den Sklaven Erihus geben wolle, und ich habe Dir auch diesen Sklaven für die Manumission deines Sklavens gegeben, so hatte ich nicht die Absicht, auf den Fall der Eviction, einen andern zu geben, und folglich auch nicht die Absicht, auf diesen Fall zu contrahiren. Denn vielleicht war gerade der Erihus ein Herumstrecher, und fauler Kerl, mit dem ich keinen meiner übrigen Sklaven vertauscht haben möchte. Julian glaubte also, es fehle hier an einem *αναλλαγμα*, daher müsse man zu einer actio praetoria seine Zuflucht nehmen. Dem Maurician hingegen wollte diese Subtilität darum nicht einleuchten, weil derjenige, welcher einen Sklaven unter der Bedingung giebt, daß ein anderer Sklave dagegen manumittirt werde, auch vermöge einer ganz natürlichen Folge will, daß der Eigenthümer den
 Werth

Worth seines Slavens nicht verliere. Doch vielleicht hätte die Erklärung eines Jacob Cujas⁴⁶⁾ den ersten Platz verdient, welche ich noch zuletzt mit seinen eigenen Worten hier anführen will. Quod ergo PAULUS refert in §. *Sed si dedi*, partim est ex Iuliano, in scientem scilicet dari actionem de dolo, partim ex nota Mauriciani ad Iulianum, nempe in ignorantem esse actionem in factum civilem, id est praescriptis verbis, non ut Iulianus putabat, in factum praetoriam. Et hoc est certissimum. Auch Samuel von Cocceji⁴⁷⁾ ist der Meinung, Paulus habe sich nur bey dem Falle der actio doli auf Iulians Auctorität berufen; die letzteren Worte: *si ignorans*, in factum civilem, seyen nicht Worte des Julian, sondern des Paulus. Warum sollte man denn aber nicht annehmen können, Paulus habe hier die von Mauritician berichtigte Meinung des Julian vorgetragen, und diese in dem angeführten Falle zu der seinigen gemacht, wenn man nicht gar mit Arnold Vinnius⁴⁸⁾ alle Vereinigung zwischen Ulpian und Paulus für unmöglich halten will?

§. 1070.

Contractus suffragii. Permutatio.

Zu den ungenannten Contracten rechnet man noch insonderheit den *contractus suffragii*, vermöge welchen

46) Julius Paulus ad L. 5. §. 2. D. de praescr. verb. Operum Tom. II. pag. 1070.

47) Iur. civ. controver. Lib. XIX. Tit. 5. Qu. 6. Verb. Intro etc. T. II. pag. 509.

48) Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 46. in fin.

welchen ich Jemanden etwas mit der Bedingung gebe oder verspreche, daß er sich für mich bey dem Regenten verwende, und ihm meine Angelegenheit empfehle.⁴⁹⁾.. Merkwürdig ist die darüber vorhandene Verordnung des Kaisers Theodos des Großen, welche in dem Justinianischen Codex lib. IV. Tit. 3. befindlich ist. Diese *L. un. C. de Suffragio* lautet daselbst folgendermaßen:

Imppp. THEOD. ARCAD. et HONOR. AAA. Rescriptio P. P. Si qui desideria sua explicare cupientes, ferri sibi a quoquam *suffragium* postulaverint, et ob *referendam vicem* se sponsione constrinxerint: promissa restituant, cum ea, quae optaverint, consequantur: si artibus moras nectant, ad solutionem debiti coarctandi sunt. §. 1. Et si quid eo nomine in auro vel argento, vel ceteris rebus mobilibus datum fuerit: traditio sola sufficiet, et contractus habebit firmitatem: quoniam collatio rei mobilis inita, integra fide ac ratione cumulatur. §. 2. Quod si praedia rustica, vel urbano placitum continebit: scriptura, quae ea in alium transferat, emittatur: sequatur et traditio corporalis, et rem fuisse completam gesta testentur:

49) Io. Ott. TABOR Exposit. paratitlar. *L. un. C. de suffragio*, in qua praecipue agitur de suffragatorum opera et remuneratione; (in Eius *Tractat. synoptic. trib. Argentorati 1646. 8.*) pag. 107. sqq. lac. GOTHOFREDUS Commentar. ad Codicem Theodos. Lib. II. Tit. 29. Const. 2. Si certum petatur de suffragiis Tom. I. pag. 255. sqq. edit. Ritter. und Io. Benj. REISIG Diss. de contractu suffragii. Goett. 1737.

tur: aliter enim ad novum dominum transire non possunt, neque de vetere iure discedere. §. 3. Quodsi quis, dum solo commonitorio suffragio⁵⁰⁾ nititur, bona duxerit occupanda: reus temeritatis ac violentiae retinebitur, ac in statum pristinum possessio reducetur, eo a petitione excluso, qui non dubitavit invadere, quod petere debuisset.

Unrichtig haben die Glossatoren diese Constitution von den Salarien und Belohnungen der Advocaten verstanden, deren Meinung aber von allen spätern Auslegern mit Recht verworfen, und insonderheit von Godefroi ausführlich widerlegt worden ist. Sie spricht vielmehr von denjenigen, welche, um etwas bey dem Regenten zu erlangen und auszuwirken, Jemanden, der bey dem Regenten in Gunst und Ansehen steht, um sein Vormort und die Unterstützung ihrer Angelegenheit bitten, und sich demselben in dieser Rücksicht zu einer gegenseitigen Vergeltung (ad referendam vicem) verpflichten. Man nennt den zu diesem Zweck geschlossenen Contract Suffragium, obwohl das Wort *suffragium* eigentlich soviel, als Verwendung, Fürsprache, Empfehlung, Vertretung bedeutet, und auch wohl für die Vergeltung oder Belohnung selbst, welche dem Fürsprecher gegeben oder versprochen wird, hin und wieder genommen zu werden pflegt⁵¹⁾. Ein solcher Ver-

50) In dem Theodosianischen Codex L. II. Tit. 29. Const. 2. heißt es richtiger: cum solo commonitoria de suffragio nititur. Die Richtigkeit dieser Lesart wird sich nachher aus der richtigen Bestimmung des Sinnes dieser Worte ergeben.

51) Iac. GOTHOFREDUS c. 1. pag. 253. sagt: *Suffragium* est non modo auxilium, intercessio, commendatio, verum et

Vertrag wird nun hier für gültig und klagbar erklärt, doch soll nur dann eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der versprochenen Belohnung Statt finden, wenn durch die Verwendung des Empfehlers bey dem Regenten ein den Wünschen des Promittenten entsprechender Erfolg ausgewirkt worden ist; wie die Worte *cum ea, quae optaverint, consequantur*, anzeigen. Diese Convention wäre dann ein *contractus facio ut des*, so wie, wenn die Belohnung schon vorausgegeben worden, dieselbe ein *contractus do ut facias* seyn würde. Man nennt hier die Klage *actio ex suffragio*, insofern das Gesuch derselben auf Leistung des Versprochenen geht⁵²⁾. Jedoch kann auch das Gegebene mit der *condictio causa data, causa non secuta* zurückgefordert werden, wenn der Empfänger der Bedingung des Contracts kein Genüge geleistet hat; es müßte denn etwa verabredet worden seyn, daß dem Suffragator das ihm Gegebene für seine Mühe verbleiben solle, wenn auch der Erfolg den Wünschen des Gebenden nicht entsprechen würde⁵³⁾. Wird die Belohnung nicht gleich bey Schließung des Vertrags gegeben, sondern bloß versprochen, wenn der Andere die Erfüllung des Ver-

et praemium seu remuneratio, seu id, quod suffragii nomine datur suffragatori, aut promittitur. L. 7. pr. Cod. de advocat. div. iudicum. L. 1. C. de offic. magistr. offic. L. 2. Cod. Ut lite pend. Nov. 8 Guid. PANCIOLOI Thesaur. Variar. Lection. Lib. I. cap. 77. und FABER cit. Tract. Pericop. §. 11. p. 137.

52) S. Schmidt pract. Lehrbuch von Klagen und Einreden. §. 1064. ff.

53) S. Iac. GOTHOFREDUS cit. Comm. ad Cod. Theodos. c. 1. T. I. pag. 257.

Verlangens des Promittenten bey dem Regenten ausgesprochen haben wird, so kann diese Conventlon entweder schriftlich, oder durch ein mündliches Versprechen eingegangen werden. In dem ersten Falle wird der schriftliche Aufsat, wodurch Jemand um seine Fürsprache bey dem Landesherrn zur Auswirkung der Erfüllung eines Verlangens gebeten, und ihm dafür eine Vergeltung versprochen wird; in dem Gesetz *commonitorium*⁵⁴⁾ *de suffragio* genennt. Merkwürdig ist übrigens der Unterschied, der hier zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen in Absicht auf die Uebertragung des Eigenthums gemacht wird. In Ansehung der erstern soll die bloße Uebergabe genügen. In Ansehung der letztern aber wird dreyerley erfordert, wenn das Eigenthum daran von dem Suffragator erworben werden soll. 1) Der Contract muß schriftlich errichtet; 2) das Grundstück hierauf wirklich übergeben; und 3) über die Vollziehung des Geschäfts ein gerichtliches Protocoll aufgenommen werden. Unerlaubt ist jedoch das Suffragium, wenn es dazu dienen soll, ein obrigkeitliches Amt zu erschleichen⁵⁵⁾. Auch darf sich Niemand für sein Wortwort etwas bezahlen lassen,

54) *Iac. GOTHOFREDUS c. l. p 258. sagt: Commonitorium de suffragio est scriptura clientis, qua quis suffragium suscipere rogatur, eidemque pro labore, suffragio, ad referendam vicem, si ea, quae optaverit, consequatur, aliquid promittebatur. Im Allgemeinen ist Commonitorium, wie GODEFREDI sagt: libellus, quo velut memoriali et monitorio negotium aliquod committebatur. Man sehe auch BRISSONIUS de Verb. Signif. h. voc.*

55) *Nov. 108. cap. 1. et Nov. 107.*

sen, der schon von Amtswegen zur Unterstützung einer Sache verbunden war⁵⁶⁾.

Auch die *Permutatio* wird gewöhnlich zu den ungenannten Contracten, und zwar nach Zellfeld zu den irregulären gezählt. Allein sie ist es nicht immer. Ueberhaupt sind unsere Rechtsgelehrten über den Begriff derselben noch gar nicht einig. Einige⁵⁷⁾ halten die *Permutatio* für den *contractus innominatus do ut des*, und berufen sich auf das Zeugniß des Paulus L. 5. §. 1. *D. de praescriptis verbis*. Andere⁵⁸⁾ sagen, die *Permutatio* sey in mehr als einer Rücksicht von dem *contractus do ut des* unterschieden. Vorzüglich hat sich Anton Faber⁵⁹⁾ bemüht, diesen Unterschied auseinander zu setzen. Nescio, sagt er, an quisquam adhuc dixerit, quod mihi videtur, in eo differre *permutationem a contractu do ut des*, quod *permutatio* non est, priusquam res, quae permutantur, vicissim dentur. At *contractus do ut*

56) E. Weber syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 67. Not. 6, S. 243.

57) Io. CORASIUS *Miscellaneorum iuris civ. Lib. II. cap. 15.*
 Jos. Fernand. *de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. II.*
 n. 9. et 10. (*Thes. Meerman. Tom. VI pag. 93.*) Io.
 VOET *Commentar. ad Pand. h. t. §. 1. Sam. de COCCERJ*
iur. civ. controuv. h. t. Qu. 9. und Car. Frid. WALCH
Introd. in controuv. iur. civ. Sect. III. Membr. IV. Cap. V.
 §. 3.

58) LAUTERBACH *Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 18. Mich.*
God. WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 1.
 Höpfner *Commentar über die Heinemann. Institut. §. 802.*
 S. 871.

59) *Conjecturar. iur. civ. Lib. VI. cap. 9. pag. 148.*

ut *des* fit ex eo sole, quod ego tibi de ea lege, ut vicissim mihi des. Itaque quamvis non dederis, attamen accepisse te sufficit; ut ex contractu tamquam perfecto sis obligatus, ut proinde mirum non sit, teneri te in id, quod mea interest, si ex parte tua dare nolis. Praesertim cum rem ipsam dare praecise tibi non possis: quia in id non sis obligatus. At ex contractu *permutationis* fieri non potest, ut obligeris, priusquam permutatio facta sit: neque rursus, ut permutatio facta videatur, antequam res utrimque tradita fuerit. Sed quoniam qui primus tradidit, rei suae dominium in accipientem transtulit, conditioni locum esse necesse est, ut, quod datum fuit, repetatur. Quam ob causam traditio, quae ex una tantum parte facta est, obligationi initium praebere dicitur, non quod agi in id possit; ut vicissim res detur, vel ut quod interest, praestetur, sed quod obligatus esse incipiat is, qui accepit, ut quod sibi datum est, restituat, nisi permutationem implere velit. Contractus igitur *do ut des* non permutatio est; sed principium permutationis, quae tum demum perficitur, cum, postquam ego dederō, tu vicissim dederis. Denique permutatio non est, cum *do ut des*, sed cum *do*, quia tu dedisti. Uterque quidem contractus innominatus, sed ille traditionem ab altero ex contrahentibus faciendam: *permutatio* ab utroque factam demonstrat. In contractu *do ut des* negotium contrahitur inter dantem et accipientem. Neque enim potest quis dare, ut sibi detur, quin is, qui accepit, accipiat ea lege, ut det vicissim.

Permutatio autem non requirit, datum esse ab uno, ut ab altero daretur: sed si permutationis placitum praecesserit, deinde alter ex contrahentibus dederit pure, hoc est, nulla dationi lege adiecta, *permutatio* erit, si quod ab eo, qui accepit, dari convenit, postea detur. — Denique *permutatio* non fit sine praecedente pacto *permutandi*, ut dignosci possit, an ea contrahentium voluntas fuerit, ut permutationem potius, quam aliud negotium contraherent. At contractus *do ut des* praecedentem conventionem nullam desiderat. Satis enim, quid agatur, demonstrat is, qui dicit se rem dare, ut rem accipiat: et qui accipit ea lege, id ipsum velle se, si non verbis, certe facto testatur. Hinc verò fit, ut quamvis ex utroque contractu *permutationis* et *do ut des*, sicut ex caeteris innominatis, nascatur *actio praescriptis verbis*: ea tamen, quae ex *permutatione* oritur, bonae fidei sit, illa vero, quae ex contractu *do ut des*, sicut caeterae omnes, praeter aestimatoriam, sit stricti iuris⁶⁰).

Der Streit ist leicht zu heben, man unterscheide nur die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks *permutatio*. Der Tausch beginnt, wie Faber ganz richtig lehrt, mit dem gegenseitig acceptirten Versprechen, für eine Sache eine andere geben zu wollen. Dieses ist ein simpler Vertrag, welchen die Gesetze⁶¹) mit dem Ausdruck *placitum permutationis* bezeichnen, und der nach dem Römischen Recht noch keine bürgerliche Verbindlichkeit erzeugt, wenn er nicht

60) §. 28. I. de actionib. L. 2. Cod. de rerum permutat. L. 2. D. eodem.

61) L. 3. et 4. Cod. (IV. 64.) de rerum permutat.

nicht in eine Stipulation eingekleidet worden. Ex placito permutationis, so rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian L. 3. Cod. h. t. nulla re secuta, constat, nemini actionem competere: nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem. Nach dem heutigen Rechte würde dieser Vertrag flagbar seyn, und ein Tauschcontract genannt werden können⁶²⁾. Schon Paulus sagt ja L. 1. §. 2. D. h. t. PERMUTATIO ex re tradita initium obligationi praebet. Hat also einer der Contrahenten dem Andern gegeben, was er ihm versprochen hatte, um von dem Andern das gegenseitig Versprochene zu erhalten, so ist nun zwar, wie Ulpian⁶³⁾ lehrt, ein συναλλάγμα, das heißt ein Contract vorhanden, wodurch eine obligatio civilis begründet wird. Allein so lange der Andere noch nicht das Gegenversprechen erfüllt hat, ist das Geschäft nach dem röm. Civilrecht kein anderes, als der contractus innominatus *do, ut des*. Dieser Contract wird zwar auch *Permutatio* genannt. Sin autem *rem do, ut rem accipiam*: quia non placet PERMUTATIONEM RERUM emtionem esse; sagt Paulus⁶⁴⁾, du-

§ 2

bium

62) LAUTERBACH Colleg. th pract. Pandectar. h. t. §. 3—6. ist zwar anderer Meinung. Allein bringt heutzutage der bloße Vertrag die nämliche Wirkung hervor, welche einst die Stipulation bei den Römern hatte; so kann doch wohl das placitum permutationis keine Ausnahme machen. S. Ludw. Fried. Griesinger von der Verbindlichkeit der Verträge (Tübingen 1793.) 2. Buch §. 26. S. 126. f. und §. 28. S. 137. f. Just. Claproth Rechtswissenschaft von richtiger und vorsichtiger Eingehung der Verträge und Contracte. 2. Th. §. 330. und Weber zu Höpfners Commentar über die Helvet. Institutionen §. 802. Not. 6. S. 872.

63) L. 7. §. 2. D. de pactis.

64) L. 5. §. 1. D. de praescrip. verbis.

bium non est, nasci civilem obligationem. Allein eine *Permutatio* im eigentlichen Sinn des Wortes ist es nicht. Der Contract heißt *Permutatio* in dem Sinn, wie auch der Ausdruck *donatio* im uneigentlichen Verstande das Schenkungsversprechen andeutet. Wenn aber beyde Contrahenten, welche mit einander übereingekommen waren, Sache um Sache zu geben, diesen Vertrag durch gegenseitige Auswechselung und wirkliche Weggebung der einander versprochenen Sachen vollzogen haben, so ist dieses eine *permutatio* oder Austauschung im eigentlichen Sinn, so wie sie ursprünglich vor Einführung des Geldes nach der Vorstellung des Paulus die Stelle des jüngern Kaufcontracts vertrat. So heißt denn also die Vollziehung des *contractus innominati rem do, ut rem accipiant*, gerade eben so *Permutatio*, als wie das wirkliche Weggeben einer Sache in der Absicht, dem Andern das Eigenthum daran unentgeltlich zu überlassen, eine Schenkung, *donatio* im eigentlichen Sinn, genennet wird⁶⁵⁾. In dieser Bedeutung erklärt nun auch Brissou⁶⁶⁾ das Wort *permutare* ganz richtig, wenn er sagt: *Permutate dicuntur, qui res, quarum domini sunt, invicem mutant, ultro citroque dando et accipiendo*⁶⁷⁾.

Wenn gleich die Kaiser Diocletian und Maximian L. 2. Cod. h. t. rescribiren, *Permutationem*, utpote re

65) L. 1. pr. D. de donationib.

66) De Verbor. quae ad ius civ. pertinent, Significat. voc. *Permutare*.

67) Man vergleiche hier noch Reichhelm's angef. Versuch eines Beweises, daß der Römer nur zwey Arten unbenannter Contracte kannte. §. 3.

re ipsa bonae fidei constitutam, *vicem emtionis obtinere*, non est iuris incogniti; so hat doch Paulus in dem aus dessen *libro 32. ad Edictum*⁶⁸⁾ in die Pandecten aufgenommenen *fr. 1. h. t.* den Unterschied zwischen Kauf und Tausch sehr genau angegeben! Da diese Stelle von mehreren mißgedeutet worden ist, so verdient sie etwas genauer betrachtet zu werden.

Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emtor, alius venditor: ita pretium aliud, aliud merx: at in *permutatione* discerni non potest, uter emtor, vel uter venditor sit: multumque differunt praestationes: emtor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet. In *permutatione* vero, si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius: sed cum debeat et res, et pretium esse, non potest inveniri, quid eorum merx, et quid pretium sit: nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat, et pretium sit emtionis.

§. 1.

68) CUIACIUS in Commentar. postum. ad Paulum Tom. II. *Operum a FABROTO editor.* pag. 526. und Iac. LABITTUS *Us. Indicis Pandectar.* Cap. 3. §. 19. (In *Abr. WIELING Jurisprud. Restit.* T. II. p. 45.) halten jedoch diese Inscription für unrichtig, weil Paulus im 32. Buch über das Edict von dem Mandat und der Societät, und erst im 33. Buch von dem Kaufe gehandelt hat, wie aus der Inscription der *L. 1. D. de contrah. emt.* erhellet, welche beyde Stellen wegen ihres ursprünglichen Zusammenhanges mit einander zu verbinden wären.

§. 1. Unde si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur, in *factum dandam actionem* respondetur.

§. 2. Item emtio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur: *permutatio* autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin, si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus: quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent: ut in emtione, venditione, conductione, mandato.

Paulus giebt hier einen doppelten Unterschied zwischen Kauf und Tausch an.

1) Beim Kaufe muß zwar der Käufer dem Verkäufer das Eigenthum des Kaufgeldes verschaffen; der Verkäufer hingegen ist nur verbunden, die Sache dem Käufer zum freien Besitze zu übergeben, und ihn auf den Evictionsfall schadlos zu halten. Verschaffung des Eigenthums kann der Käufer nicht schlechterdings verlangen. Daher gilt auch der Kauf über eine fremde Sache, wenn nur dem Verkäufer kein Dolus zur Last fällt. Wenn also auch der Käufer in der Folge erfährt, daß die von ihm gekaufte Sache eine fremde sey, so kann es dennoch, vor erfolgter Eviction, nicht gegen den Verkäufer klagen, ausser wenn letzter dem unwissenden Käufer wissentlich eine fremde Sache verkauft hat⁶⁹⁾. Anders ist es bey der Permutation. Diese erfordert wechselseitige Uebertragung des Eigenthums; die gegen einander auszuwechselnden Sachen mögen in Geld oder Waare

69) L. 30. §. 1. D. de action. emti et vend.

Waare bestehen. Denn auch Gelder können, wie Waare, gegen einander ausgewechselt werden⁷⁰⁾. Gerhard Floodt⁷¹⁾ und Edmund Merille⁷²⁾ wollen zwar behaupten, daß die Uebertragung des Eigenthums beim Tausch so wenig, wie beim Kaufe, erforderlich sey. Allein Paulus widerspricht offenbar dieser Meinung, und zeigt dieses hier κατ' ἀνάγκην. Der Sinn der Worte: *In permutatione vero etc.* ist folgender. Der Tausch ist vom Kaufe ganz verschieden. Denn wollte man annehmen, auch durch Kaufen und Verkaufen geschehe ein Tausch, so würde daraus folgen, daß wenn dasjenige, was beyderseits gegeben worden, in Gelde besteht, auch jeder von dem, was er empfangen hat, Eigentümer werden müßte. Denn dieß bringt die Natur der Permutation mit sich. Allein dieses ist dem Kaufe und Verkaufe zuwider. Also ist dieser von jener unterschieden. Der Zusammenhang der Ideen ist, weil im Kaufe jederzeit das Eigenthum des Kaufgeldes auf den Verkäufer übertragen wird. Wollte man ferner annehmen, daß dasjenige, was gegenseitig ausgetauscht wird, Waare sey; so würde daraus folgen, daß keiner von Beiden nothwendig Eigentümer von dem werden müsse, was ihm von dem andern gegeben worden ist. Denn so ist es im Kaufcontract rücksichtlich der Waare. Dieses widerspricht aber der Natur des Tausches. Endlich sagt Paulus, wenn auch sowohl Geld als Waare gegen einander ausgetauscht würde,

70) VOET Comm. ad Pand. l. t. §. 1.

71) Probabil. iuris civ. Lib. II. cap. 12. Oper. Tom. I. pag. 54.

72) Observation. Lib. II. cap. 13. und Lib. V. cap. 6.

würde, so sey doch der Kauf dem Tausch nicht ähnlich, weil in einem wahren Tausche nicht unterschieden werden könne, welches von beiden die Waare und welches das Pretium sey, was aber doch zum Wesen eines Kaufs gehört, weil verhältnißvoller Weise nicht die nämliche Sache beider Stelle vertreten kann. So erklärt diese Stelle sehr natürlich Christfried Wächter⁷³⁾, und diese Erklärung stimmt auch mit den Basiliken⁷⁴⁾ und den Scholien⁷⁵⁾ derselben überein. Erstere stellen folgenden Hauptsatz aus diesem Fragment auf: ἐπὶ δὲ τῆς ἀνταλλαγῆς ἐκάτερος ἀναγκάζεται ποιεῖν δευτέρῃ τὸν λαμβάνοντα. i. e. In permutatione uterque cogitur accipientem dominum facere. Die übrigen Worte des Paulus: si merx, neutrius hat der Schottast sehr gut erklärt: ἐπὶ δὲ τῆς περιουσιότητος, εἰ μὲν τὸ ἐξ ἐκατέρου πλευροῦ παρεχομένου τμήμα νομίζεται, ἐκάτερος οφείλει δευτέρῃ γενέσθαι τοῦ δεδομένου, εἰ δὲ τὸ ἐξ ἐκατέρων δεδομένων πεπραῖσθαι δοκεῖ, τούτεστι πρᾶσιμόν εἶναι φορεῖται, οὐδὲ ἕτερον ἀνάγκη δευτέρῃ ποιῆσαι τοῦ δεδομένου. i. e. In permutatione utroque, si quidem quod ex utroque latere datum est, pretium existimatur, uterque eius, quod datum est, dominus fieri debet. (Et sic non est emptio venditio). Sin autem, quod utrim-

73) Notae ad Ger. NOODT Probabil. iuris civ. ad Libr. I. cap. 12 (in Opusculis iurid. philolog. a. Chr. Henr. TROTZ edit. Traj. ad Rhen. 1733. pag. 188. sq.)

74) Tom. II. Lib. XX. Tit. 3. Const. 1. pag. 496. edit. Fabricii.

75) Ibid. pag. 497.

que datum est, venditum videatur, hoc est, merx venalis, neutrum necesse est dominum fieri eius, quod datum est. Et sic non est permutatio. Es ist daher

eine ganz unrichtige Erklärung, wenn einige die Worte:

In permutatione vero si utrumque u. s. w. so haben ver-

stehen wollen, als komme es bei der Permutatio darauf

an, ob das, was gegenseitig gegeben worden, ein pretium,

oder merx sey, und daß nur in dem ersten Fall jeder Ei-

genthümer des Empfangenen werde, aber nicht in dem

letzten Falle. Diese Erklärung hat schon Anton Ga-

ber⁷⁶⁾ mit Recht verworfen, und dagegen eingewendet:

Quomodo fieri possit, ut utrimque pretium detur,

nisi admittas, quod PAULUS mox negat dici posse,

unam eandemque rem et mercem et sui ipsius pre-

tium videri? Deinde quis, nesciat, permutationem

non aliter contrahi posse, quam si utraque ex parte

rerum, quae permutantur, dominium transferatur? Et

bestimmt nun den Sinn der Worte des Paulus ganz mit

der obigen Erklärung übereinstimmend dahin. PAULUS

ergo sententia est, sagt er, vel in eo maxime di-

gnosci emtionis et permutationis differentiam, quod

sum in emtione merx tradatur, et pretium detur,

in permutatione utrimque rem dari oporteat: quod

tamen falsum esset, si permutatio emtionis iure

censeri posset. Dicendum namque esset, si merx

utrimque permutteretur, nulla ex parte dominium

transferri, sed eo tantum casu, quo pretium utrim-

que daretur, quemadmodum in emtione et vendi-

tionem

76) Conjecturar. iuris. civ. Lib. VI. Cap. 9. pag. 147. (Aurelianas Allobrog. 1609. f.)

tione contingit, ut qui mercem debet, non nisi ad tradendum, qui vero pretium, etiam ad dandum sit obligatus.

2) Ein anderer Unterschied zwischen Kauf und Tausch besteht nach Paulus Lehre darin. Der Kauf wird durch die bloße Einwilligung der Contrahenten geschlossen, und er kann auch über eine fremde Sache geschlossen werden⁷⁷⁾. Allein die Permutatio erzeugt erst eine Verbindlichkeit, wenn die Sache von dem einen Theile dem andern übergeben worden ist, und erfordert schlechterdings zu ihrer Gültigkeit, daß die dem Andern übergebene Sache eine eigenthümliche Sache des Gebenden gewesen sey⁷⁸⁾. So lange also noch keine Übergabe erfolgt ist, ist nach dem Römischen Recht noch keine obligatio, d. i. noch keine klagbare Verbindlichkeit, sondern ein bloßes pactum vorhanden; und wird eine fremde Sache gegeben, so ist der Tauschhandel nichtig. Es kann daher auch nicht mit der aus dem Tauschcontract sonst entstehenden actio praescriptis verbis gegen den Empfänger derselben geklagt werden; daß er die dagegen versprochene Sache gebe, oder das Interesse leiste. Denn man kann hier nicht sagen, daß derjenige den Vertrag seiner Seite erfüllt habe, der dem Andern eine fremde Sache gegeben hat. Es findet daher blos eine Condition Statt, mit welcher die gegebene Sache zurückgefordert werden kann, welche

77) L. 28. D. de contrah. emt.

78) Man sehe hier vorzüglich Io. Iust. RAABE Disquisit. de peculiari indole permutationis, quod ad traditionem attinet, quæ Em. MERILLII hac de re doctrinam expendit; Marburgi 1754. §. 14. sqq.

welche nicht aus der permutatio, sondern aus der Billigkeit entspringt⁷⁹⁾). Denn der Empfänger wird nun auch so angesehen, als ob er seiner Seits den Vertrag nicht erfüllt habe. Dieß ist, nach der richtigen Erklärung des Cujaz⁸⁰⁾, der Sinn der letztern Worte des Paulus: *Igitur ex altera parte traditione facta, rei scilicet alienae, si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus, ut quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit, solvatur scilicet nobis, sed, ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est, quasi re non secuta.* Die Richtigkeit dieser Erklärung setzt der unmittelbare Zusammenhang dieses Paragraphen mit dem vorhergehenden S. 3. außer Zweifel; und es ist daher der Vorwurf, den hier Kaspar Schifordegher⁸¹⁾ dem Cujaz gemacht hat, daß seine Erklärung lächerlich sey, ganz ungegründet. Nieht hat ihn gegen diesen ungerechten Tadel Georg Franzke⁸²⁾ gerechtfertiget. Hätte jedoch derjenige Contract, welcher den Vertrag seiner Seits durch Gebung einer ihm eigenen Sache erfüllet hatte, nachher unwillkürlich von dem andern Theile eine fremde Sache empfangen; so ist der Contract nicht ungültig. Der Empfänger der fremden Sache kann dieselbe usucapiren, und wird sie von dem Eigenthümer evincirt, so hat er die Wahl, ob er mit der *actio praescriptis verbis*, welche aus der Permutation entspringt, auf das Interesse klagen, oder seine Sache mit der *condictio causa data causa non secuta* zurückfordern

79) L. 65. §. 4. D. de conflict. indeb.

80) Observation. Lib. XXIII. Cap. 28.

81) Ad Anton. Fabrum Lib. II. Tract. III. Qu. 4.

82) Commentar. in Pand. h. t. n. 6.

bern wolle, weil die Uebertgabe einer fremden Sache hier eben so anzusehen ist, als wäre von dieser Seite der Contract gar nicht erfüllt worden⁸³⁾.

Ein dritter Unterschied zwischen Tausch und Kauf, den Paulus hier nicht ausdrücklich berührt hat, besteht darin, daß im Tausche das Eigenthum der gegebenen Sache sogleich auf den Empfänger derselben übergeht, wenn dieser auch gleich den Contract seiner Seits noch nicht erfüllt hat⁸⁴⁾; welches bey dem Kaufe nicht geschieht, wenn nicht auf Credit gehandelt worden ist⁸⁵⁾. Hätte daher der Empfänger, ehe er noch seiner Seits das Gegenseprechen geleistet hat, die von dem andern Theile erhaltene Sache wieder verkauft, so kann nicht gegen den Käufer auf Restitution der Sache geklagt werden, sondern es findet nur eine persönliche Klage gegen den andern Mitcontrahenten Statt, welcher die veräußerte Sache erhielt, und zwar dahin, daß er entweder den Contract erfülle, oder die ihm gegebene Sache wegen nicht erfolgter Gegenleistung zurückgebe, wie aus folgender Constitution der Kaiser Diocletian und Maximian erhellet.

L. 4. Cod. h. t. Cum proelibus tuis expresseris, placitum inter te, et alium permutationis intercessisse, eumque fundum a te datum vendidisse proponis, contra emptorem quidem te nullam habere actionem

83) *L. 1. §. 1. D. h. t. L. 1. Cod. eodem. L. 29. Cod. de eviction. §. 10. Nic. HERTII Diss. de conventionibus dominii translativis. §. 11. (in Commentat. et Opusc. eius. Vol I. Tom. III. pag. 74. sq.)*

84) *L. 4. Cod. h. t.*

85) *§. 41. l. de rerum divisione.*

tionem perspicis, cum ab eo suscepit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negas. Sed si secundum fidem placiti stipulatio subjecta est: successores eiusdem, cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis. Si vero nulla stipulatio intercessit, praescriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta restituatur.

Es findet daher auch hier nicht so, wie beym Kaufe, ein Vorbehalt des Eigenthums Statt ⁸⁶⁾. Der Empfänger ist jedoch schlechterdings verbunden, das Gegenversprechen zu erfüllen, und kann, wenn die versprochene Sache noch vorhanden ist, sich nicht wider den Willen des auf Erfüllung klagenden Theils durch Leistung des Interesses davon losmachen ⁸⁷⁾. Zwar find mehrere Rechtsgelehrten ⁸⁸⁾ anderer Meinung. Sie berufen sich auf den Ausspruch des Paulus L. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis, wo es heißt: Sin autem rem do, ut rem accipiam: quia non placet permutationem rerum emtionem esse, dubium non est,

86) C. RAABE cit. Disquisit. §. 17.

87) *Lid.* MENCKEN Synops. theoriae et praxeos Pandectar. h. t. §. 6. in fin. RAABE cit. Disquisit. §. 17. Schmidt pract. Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 1062.

88) *Ant.* FABER de Erroribus Pragmaticor. Dec. LXXXIII. Err. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. Unter den ältern sind Baldus, Bartolus, Raphael Fulgostus, Paulus Castrensis, und Cynus derselben Meinung. Nicht minder Ge. FRANTZRIUS Commentar. in Pand. Lib. XIX. Tit. 5. nr. 63. u. Casp. SCHIFFORDENGER ad *Ant.* Fabrum Lib. II. Tr. III. Qu. 4.

est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest meum, illud de quo convenit, accipere. Man hat daher hierin einen wichtigen Unterschied zwischen genannten und ungenannten Contracten zu finden geglaubt, daß nur in den erstern der Contractant genöthiget werden könne, gerade diejenige Sache zu übergeben, welche er vermöge derselben zu geben verbunden ist, in den letzteren aber nicht, sondern da müsse man sich mit dem Interesse begnügen. Denn der Beflagte habe die Wahl, ob er den Contract erfüllen oder das Interesse leisten wolle. Allein von diesem Unterschiede läßt sich kein vernünftiger Grund angeben. Es unterstützt aber auch Paulus diesen Unterschied gar nicht, sondern Paulus wollte nur, wie Joseph Fernandez de Retes⁸⁹⁾ sehr richtig bemerkt, die äußersten Grenzen dieser Klage bezeichnen, wie weit nämlich die actio praescriptis verbis reicht, und was man durch dieselbe erhalten kann; z. B. im Falle des Verzugs. Daß aber der Beflagte mit der actio praescriptis verbis im Tausche so gut, wie mit der actio emti der Verkäufer, angehalten werden könne, den Contract zu erfüllen, lehren nicht nur die L. 4. und L. 8. Cod. h. t. ganz klar, sondern es folgt dieses auch schon daraus, weil die actio praescriptis verbis, welche aus der Permutation entspringt, nach L. 2. Cod. eodem dieselbe Wirkung hat, wie die actio ex emto.

Sobiel übrigens die Præstation der Culpa beim Tausche im uneigentlichen Sinne anbetrifft, so berührt Paulus dieselbe in der L. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis
nur

89) Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 10. nr. 1 — 3. (Tom. VI. Thes. Meerman. p. 110.)

mit im Vorbergehen, wenn er sagt: *Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit: ac tu tantaxat culpam praestare debes.* Da die Römer den Tausch, sowohl es die Grundsätze des angegebenen Contracts zulassen, nach dem Kaufe beurtheilen⁹⁰⁾; so ist von jedem Contrahenten das zu prästiren, was die Gesetze von dem Verkäufer verlangen⁹¹⁾. Muß aber auch derjenige, dem die Sache im Tauschcontract versprochen worden, wenn sie vor der Uebergabe zu Grunde geht, das periculum eben so, wie der Käufer, übernehmen? Ich meine hier das periculum casus. Müßte er es tragen, so würde natürlich das Gegebene nicht wieder zurückgefordert werden können. So wollen denn auch wirklich viele die Worte des Paulus: *periculo meo Stichus erit*, erklären. Allein daß Paulus hier bloß von der actio in factum praescriptis verbis rede, und nur soviel sagen wolle, daß hier wegen der nicht erfolgten Gegenleistung kein Interesse gefordert werden könne, damit aber die condictio ob causam datorum nicht habe ausschließen wollen, lehrt der Zusammenhang dieser Stelle augenscheinlich, wie ich schon an einem andern Orte⁹²⁾ gezeigt habe.

Noch

90) *L. 2. D. h. t.* ARISTO ait, quoniam permutatio vicina esset emtioni, sanum quoque, furtis noxisque solutum, et non esse fugitivum servum, praestandum, qui ex causa daretur. Adde *L. 2. C. eodem.*

91) *S. Franz Schöman Lehre vom Schadensersatz §. 201. f.*

92) *S. den 13. Th. dieses Commentars §. 823. S. 47.* Vergleiche auch noch *Casp. SCHIFFORDT ad Ant. Fabricum Lib. III. Tr. XVIII. Qu. 4.*

Noch ist zu bemerken. So wie die Gefahr und der Vortheil mit der Uebergabung der Sache auf den Empfänger derselben, als Eigenthümer, übergeht; so gebühren auch von der Zeit der Uebergabe an demjenigen, welcher dadurch den Contract seiner Seite zu erfüllen den Anfang machte, die Früchte der dagegen von dem andern Theil versprochenen Sache, ja es muß dem Erfüllenden von jener Zeit an alles Interesse vergütet werden, wenn der Empfänger mit der versprochenen Gegenleistung zögerte⁹³⁾. Denn mit der von dem einen Theile geschenehen Leistung fängt bey zweyseitigen Geschäften der Verzug sofort für den andern Theil an⁹⁴⁾.

§. 1071.

Geldwechsel, eine Art der Permutation. Ursprung der heutigen Wechsel.

Eine bey den Römern sehr gewöhnliche Art des Tausches war der Geldwechsel, welcher nicht nur darin bestand, wenn man gleich in der Bank des Argentars Münzen gegen ein Aufgeld, welches man *Collybu*.⁹⁵⁾ nannte, umsetzte, von welchem Geschäft die Argentarii den Namen *Collybistae*⁹⁶⁾, in dem Mittelalter aber

93) L. 5. §. 1. *D. de praescript. verb.* Ioann. Iust. RAABE cit. *Disquisit. de peculiari indole permutationis, quod ad traditionem attinet*, §. 20. et 21.

94) Eibhart Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 105.

95) CICERO *Epist. ad Attic.* Lib. XII. Ep. 5. et in *Verrem*. Lib. III. cap. 78.

96) ZONARAS ad Can. 76. Synodi Trullanæ pag. 189. OGG
CUJACIUS Obs. Lib. X. c. 14. anführt, sagt: *Κολυβιστῆς*

prores oder *Cambiatores*, von dem auch den Römern nicht ganz unbekannten Worte *cambire*⁹⁷⁾, d. i. permutare, erhielten; (*Julius Pollux*⁹⁸⁾ nennt diese Geldverwechslung *ἀργυρίου ἀλλαγὴ*); sondern auch häufig auf die Art geschähe, daß man das Geld, was man Einem zu Rom ausgezahlt hatte, an einem dritten Orte, wo man es brauchen wollte, z. E. in Athen, oder Corinth, gegen eine vorgezeigte Assignation wieder erhielt, wovon viele Beispiele bey *Cicero*⁹⁹⁾ vorkommen¹⁰⁰⁾. Mehrere Rechts-
gelehr-

εἰσιν οἱ τὰ λεπτὰ νομίσματα πωλοῦντες, ἧτοι τοὺς νούμους. i. e. *Collybistae* sunt; qui minuta numismata vendunt, vel nummos.

97) *C.* APULEJUS in *Apolog.* pag. 284. edit. *Elmenhorst.* wo der Ausdruck vorkommt *mutuarias operas cambire*, welches Wort *CHARISIUS* lib. III. *Institut. Grammatic.* cap. 4. et 10. für *mutare* erklärt. Hierher gehört auch die Stelle aus *PRISCIANI* lib. X. *Grammat.* c. 2. pag. 906. edit. *Futschii.* *Cambio*; ἀμειβομαι, ponit *Charisius*, et eius praeteritum *campsi*, quod ἀπὸ τοῦ κάμπτω ἐναμψαί Graeco esse videtur: unde *campso campsas* solebant vetustissimi dicere. *C.* DU CANGE *Glossar. voc. Cambiare.* *Io.* Vossius *Etymol. linguae lat. v. Cambio*; und *ALCIATUS Pargor.* Lib. I. cap. 45. und *GESNER* in *Thes. ling. lat. voc. Cambire.*

98) *Onomastic.* III. 9. VII. 30.

99) *Ad Atticum* Lib. XII. Ep. 24. et Lib. XV. Ep. 15. *ad diversos* Lib. II. Ep. 17. et Lib. III. Ep. 5. *C.* ERNESTI *Opuscula orator.* pag. 402.

100) *C.* *Io.* Gottfr. MEYER *Diss. I. de argentiis Lipsiae* 1737. §. 16. et *Diss. II. Lipsiae* 1739. §. 8. (in *Io.* Melch. Gottl. BESEKE *Thes. iur. cambial.* P. I. pag. 9. et 20.)

Glücks Erläut. d. Pand. 18. Th.

J

und

gelehrten *) wollen hier die ersten Spuren des heutigen Wechselgeschäfts gefunden haben; allein daß jener Geldwechsel der Römer von dem heutigen Wechselgeschäft in Form und Wirkung ganz verschieden gewesen sey, hat schon Heineccius *) sehr richtig bemerkt. Der Ursprung der heutigen Wechsel kann also keineswegs von den Römern hergeleitet werden. Es ist auch der Wechselcontract ein eigener Contract, welcher zu keinem der römischen Contracte gerechnet werden kann *). Er hat das Eigene, daß er nur schriftlich errichtet werden kann, und sein Wesen besteht darin, daß man sich durch Ausstellung oder Annahme einer des Wert Wechsel in sich enthaltenden Schrift verbindlich

und Form. HUBERT Disp. de argentariis Veterum Diss. I. (Par. ad Rhem. 1739. §. 4. sqq. und Disp. II. Ibidem 1740. §. 1. et 2. (In Gir. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. in antiquum Belgicis habitari. Vol. II. T. I. Nr. 1. et 2.)

*) G. L. HUBER Praelect. iur. civ. in Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 12. G. HONR. AYSER Diatribe de cambialis instrumentis vestigiis apud Romanos. in BESKE Thes. iur. camb. P. I. Nr. III. p. 80. sqq.

*) Jura de vitio negotiationis collybisticae vel cambialis. Cap. I. §. 2. in Opusc. pag. 457. und Desselben Elem. iuris cambial. Cap. I. §. 7.

*) Christ. GUTH. novae Exercit. iur. cambial. I. Sect. I. de illustrata iura cambialis. §. 1.

*) G. L. HUBER Praelect. iur. Rom. Ex. XXXII. §. 10. HEINECCIUS Elem. Jura Cap. I. §. 12 — 16. RICCIUS Exercit. iuris cambial. II. De contractu cambiali. Goett. 1779. Paul Wegold Ueber den Wechselcontract. Leipzig 1810. und Joseph von Moser Ueber den Wechselcontract nach seiner historischen, teleologischen und philosophischen Ansicht. Prag 1812.

bindlich macht, eine Summe Geldes bey Vermeidung der schleunigsten Execution zur bestimmten Zeit zu bezahlen. Das heutige Wort Wechsel oder *Cambium* bezeichnet nun bald diesen Contract, bald den Wechselbrief, worin Jemand einem Andern eine gewisse prompte Zahlung verspricht, und zwar entweder so, daß er sich selbst zur Bezahlung einer gewissen Summe gegen den Gläubiger verbindlich macht, welches ein eigener oder trockener Wechsel, (*cambium proprium s. siccum*) genennet wird; oder so, daß einem Dritten darin der Auftrag gegeben wird, dem Vorzeiger des Wechsels eine gewisse Summe zur bestimmten Zeit zu bezahlen, welches ein trassirter Wechsel oder schlechthin eine Tratte (*cambium trassatum*) genennet wird. Das trassirte Wechselgeschäft ist das eigentliche ursprüngliche Wechselgeschäft, welches zu dem ganzen Ursprünge des strengen Wechselrechts die Gelegenheit gegeben hat. Fragt man aber wo, wann und warum es zuerst eingeführt worden, daß wenn aus einer Handschrift, welche das Wort Wechsel enthält, gegen den Aussteller, oder Acceptanten geklagt wird, dieser mit Verwerfung aller, wenigstens nicht auf der Stelle erweislichen, Einreden sofort zahlen, oder sich den persönlichen Arrest gefallen lassen müsse? so ist es wohl nach den historischen Untersuchungen, welche Herr von Martens*) diesem Gegenstande gewidmet hat, keinem weiteren Zweifel unterworfen, daß die Handels- und Geldgeschäfte auf den Messen die Veranlassung dazu gegeben, und der erste Grund

J²

des

5) Ge. Fried. von Martens Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts. Göttingen 1797.

des strengen Wechselrechts in dem Privilegium der Messschulden zu suchen sey. Denn es ist erwiesen, daß die Messwechsel die ersten gewesen, auf welche das, was man strenge Wechselexecution nennt, verfügt worden ist. Der Gang dieser Begebenheit war sehr natürlich. Seitdem der Handel in Europa vorzüglich durch die Kreuzzüge einen höhern Schwung und mehr Beträchtlichkeit erhalten hatte, fühlte man nunmehr, wie nothwendig die Anlegung der Messen sey, um dadurch die Schließung kaufmännischer Geschäfte zu erleichtern, desto lebhafter, je mehr man sich durch die Erfahrung überzeugt hatte, daß es mit gar zu vielen Schwierigkeiten verknüpft sey, den Handel von Hause aus durch Correspondenz zu führen. Unter den mancherley Privilegien, wodurch man Messen vor bloßen Jahrmärkten auszeichnete, war allerdings eines der zweckmäßigsten, die Bestimmung, daß in Streitfachen, welche aus Messcontracten entstanden sind, mit Uebergehung aller proceßualischen Förmlichkeiten die schleunigste Rechtshülfe statt haben solle. Es lag dieses auch schon in sofern in der Natur der Sache, als Fremde hier nur auf eine kurze Zeit beisammen waren, und daher derjenige, welcher an den festgesetzten Zahlungstagen nicht die schuldige Zahlung leistete, nicht nur seinen Credit verlor, sondern auch, als der Flucht verdächtig, auf Anrufen des Klägers in persönlichen Arrest gezogen werden konnte⁶⁾. Diese schleunige Rechtshülfe, welche anfangs ein gemeinschaftliches Vorrecht aller schriftlicher Messcontracte gewesen zu seyn scheint, ward aber nachher bey den auf den Messen ausgestellten Wechsel-Assignationen

6) Die Belege wird man in des H. von Martens angef. Versuche §. 3. finden.

nen der Campforen noch durch mehrere Gründe verstärkt. Je häufiger nämlich im Mittelalter die Veränderungen und Verfälschungen der Münzen waren, desto mannigfaltiger waren die Veranlassungen zur Verwechselung derselben, desto nothwendiger war es aber auch, selbst für den Staat, zuverlässige Leute zu haben, durch welche die Münzen ausgewechselt würden, damit das unwillkürliche Volk nicht durch unmäßiges Aufgeld beym Verwechseln den Bedrückungen Anderer ausgesetzt seyn möchte. Solche Campforen, wie man sie von diesem Wechselgeschäft nannte, wurden daher besonders verpflichtet, sie mußten überdem Caution leisten, und wurden angewiesen, ihre Bücher ordentlich zu führen; diesen Büchern sollte dagegen aber auch nach den frühern Gesetzen mehrerer italienischen und französischen Handelsstädte des 14ten Jahrhunderts voller Glaube beigemessen werden⁷⁾. Der Hauptfiß der Geschäfte dieser Campforen war nun auf den, insonderheit in Italien und Frankreich, schon damals so häufigen Messen⁸⁾. Hier machte nicht nur die Mannigfaltigkeit der zusammentreffenden fremden Münzen das Geschäft des sogenannten Hand- oder Kleinwechsels beträchtlicher, sondern es entstanden auch hier beym Handel die häufigsten und mannigfaltigsten Veranlassungen für kaufmännische Zahlungen und Anweisungen. Denn brachte der fremde Kauf-

7) Man sehe die Belege dazu in H. von Martens angef. Versuche S. 4.

8) S. das Verzeichniß bey BALDUCCI PEGOLOTTI Cap. 37. in der Della decima, e delle altre gravezze della mercatura de' Fiorentini sino al secolo XVI. Lisbona a Lucca 1765. Tom. III. pag. 165.

Kaufmann Gelder mit, die er, der Umstände wegen, nicht vorthellhaft benutzen konnte, so sahe er sich veranlaßt, sie bey einem Campfor umzusetzen, und hatte er Gelder auf der Messe erhoben, so war es ihm entweder zu beschwerlich, oder bey der Unsicherheit der Wege zu bedenklich, selbige baar bey sich zu führen, oft konnte er auch nicht einmal die eingenommenen Münzsorten zu Hause gebrauchen. Er trug also seine Baarschaft hin zum Campfor, und ließ sich von diesem in der Münzsorte, die er brauchte, und für den Ort, oder Messe, wo er das Geld nöthig hatte, eine schriftliche Anweisung geben. Eine solche Anweisung, die übrigens, wie eine jede andere Assignment einen Auftrag an einen Dritten enthielt, eine Summe Geldes zu bezahlen, welcher übrigens von diesem acceptirt oder abgelehnt werden konnte, erhielt den Namen *lettera di cambio*. Nun waren zwey Fälle möglich.

1. Die von einem Campfor auf der Messe ausgestellte Wechsel-Assignment (*lettera di cambio*) wurde von dem Dritten, an den der Auftrag gerichtet war, den man den Trassaten nannte, nicht acceptirt. Hier traten nun folgende Gründe ein, aus welchen der Aussteller ohne alle Frist, und bey Vermeidung des Gefängnisses zur Zahlung angestrengt werden konnte.

1) Abgesehen davon, daß die Schuld aus einem Meßcontract herrührte, und also ohnehin schon mit dem Vorrecht schleuniger Rechtshülfe versehen war, so war es eine von einem Campfor gegebene Assignment, dessen Geschäfte mehr noch, als die eines andern Kaufmanns, eine pünctliche Zahlung zur Erhaltung seines Credits unentbehrlich machten, indem er für Fallit würde gehalten seyn, wenn

er

er am Zahltag auf der Messe nicht gezahlt hätte, ja selbst für die pünctliche Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hatte Caution leisten müssen, und dessen Scheine den instrumentis publicis gleichgeachtet werden sollten⁹⁾. Sodann aber deutete

2) schon selbst das Wort *di cambio*, welches als ein wesentliches Stück einer solchen Handschrift angesehen wurde, an, daß die Schuld durch einen Wechsel, oder Geldverwechslung (*change*, nicht *échange*) veranlaßt worden sey, woben das Geld schon zum voraus vom Campsor erhoben war, wenn auch nicht das ausdrücklich hinzugesetzte Bekenntniß der Valuta dieß noch mehr bestätigt hätte. Dieser baare Empfang der Valuta, gleichsam als Kaufpreis des Wechsels betrachtet, ließ dem Campsor gar keinen vernünftigen Grund zur Weigerung der Zahlung übrig, und es ist nicht zu läugnen, daß hier in ein sehr wichtiger Grund für die Strenge des Verfahrens bey Wechseln beruhe; obwohl freylich dieser Grund der baar gezahlten Valuta nicht für sich allein als die befriedigende Ursach des Ursprungs des strengen Wechselrechts, auch nicht als der nächste und unmittelbare Grund desselben, wie Herr Professor Büsch¹⁰⁾ meint, angesehen werden könne; indem dieser vielmehr, wie Herr von Martens¹¹⁾ sehr gründlich gezeigt hat, in den Vorrechten der

9) S. das Statut von Placenza vom Jahr 1391. bey Martens im Anhang S. 18. und das Statut von Bologna 1454. Ebendaselbst im Anhang S. 57.

10) Abhandlung von dem Ursprunge des Wechselrechts, in Büsch und Ebellings Handlungsbibliothek 1. B. 3. St. S. 377.

11) In dem angeführten Versuche einer hist. Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts, §. 10.

der Messen zu suchen ist. Diese Behauptung stimmt nicht nur mit dem ganzen Gange, den der Handel in Italien, Frankreich und Spanien seit dem zwölften Jahrhundert nahm, überein, sondern sie wird auch dadurch unterstützt, daß in den frühesten Urkunden, welche von wahren Wechseln handeln, dieses Geschäft mehrentheils als ein solches angesehen worden ist, welches von Messe zu Messe (*di fiera in fiera, de foire en foire*) getrieben wird. Daher kommen die Meßwechsel unter dem Namen *cambia regularia* vor, dahingegen Auffer-Meßwechsel *cambia irregularia* genannt werden.

II. Der Trassat hatte den auf ihn gezogenen Wechsel oder Anweisung des Campsors acceptirt, aber zur gesetzten Zeit keine Zahlung geleistet. Hier konnte nun zwar die baare Valuta kein Entscheidungsgrund seyn, um gegen ihn mit eben der Strenge zu verfahren, welche im Falle der nicht erfolgten Acceptation gegen den Aussteller dieser Anweisung Statt gefunden hätte. Allein sobald man annimmt, daß das strenge Wechselrecht zuerst bei Meßwechseln eingetreten, und die mehresten Wechselgeschäfte anfangs von Messe zu Messe getrieben worden, so kann man sich daraus ohne Schwierigkeit die Ursache des strengen Wechselrechts gegen den Trassaten erklären, der nach erfolgter Acceptation keine Zahlung leistete. Denn unstreitig hatte der Trassat durch die Acceptation des Wechsels eine Meßschuld contrahirt, es war daher nun ganz in der Ordnung, daß er durch ein *mandement de foire* in Verhaft genommen werden konnte, wenn er mit der Zahlung zögerte. War er, wie auch wohl anfangs mehrentheils der Fall gewesen seyn mag, selbst ein Campsor, so

ent-

entstand hieraus ein neuer Grund, ihn mit der Strenge zu behandeln, die, nach der Beschaffenheit der Campforen, gegen sie angewendet zu werden pflegte¹²⁾.

Man kann also, wenn die Frage entsteht, wenn eher die strenge Personalexecution bey den Wechseln entstanden sey, den Satz als historisch richtig annehmen, sobald es auf Messen aufkam, daß Campforen gegen den Empfang der Valuta Gelder in andern Münzsorten an dritten Orten schriftlich anwiesen, gab es auch in Hinsicht der strengen Execution ein Wechselrecht, und die Execution war dabey gerade das, was aus den angeführten Gründen damals am wenigsten Zweifel und Schwierigkeiten hatte. Es läßt sich indessen das Alter des Wechselrechts nicht wohl über die zweyte Hälfte des zwölften Jahrhunderts hinaussetzen. Denn vor dieser Zeit gab es wohl an wenig Orten öffentliche Campforen, auch war wohl des Geldverkehrs noch zu wenig, um daraus allein einen eignen Nahrungszweig zu bilden, und bis ins zwölfte Jahrhundert war auch die Schließung brieflicher Contracte, die doch unsere Wechsel wesentlich voraussetzen, unter Kaufleuten noch sehr selten¹³⁾. Auf den Champagner Messen, welche im 12. Jahrhundert gestiftet wurden, und im dreizehnten ihren höchsten Flor erreicht hätten, wurden schon eigentliche Wechselgeschäfte geschlossen, und auch für diese fand Wechselexecution statt. Dennoch ist Italien wohl unstreitig als das Vaterland der Wechsel anzusehen. Denn die Italiener und insbesondere die Florentiner waren es, welche theils auf ihren Reisen, theils bey ihrer Flucht und Nie-

ber.

12) S. von Martens Versuch §. 11.

13) S. von Martens §. 12.

gelehrten *) wollen hier die ersten Spuren des heutigen Wechselgeschäfts gefunden haben; allein daß jener Geldwechsel der Römer von dem heutigen Wechselgeschäfte in Form und Wirkung ganz verschieden gewesen sey, hat schon Heineccius **) sehr richtig bemerkt. Der Ursprung der heutigen Wechsel kann also keineswegs von den Römern hergeleitet werden †). Es ist auch der Wechselcontract ein eigener Contract, welcher zu keinem der römischen Contracte getechnet werden kann ‡). Er hat das Eigene, daß er nur schriftlich errichtet werden kann, und sein Wesen besteht darin, daß man sich durch Ausstellung oder Annahme einer das Wort Wechsel in sich enthaltenden Schrift verbindlich

und Herm. HUBERT Disp. de argentariis Veterum Diss. I. Traj. ad Rhen. 1739. §. 4. sqq. und Disp. II. Ibidem 1740. §. 2. et 3. (in Ger. OELRICHS Thes. Dissertation. iurid. in academ. Belgicis habitat. Vol. II. T. I. Nr. 1. et 2.)

1) S. Ulr. HYBER Praelect. iur. civ. in Pand. Lib. XVII. Tit. 1. §. 12. Ge. Henr. AYRER Diatribe de cambialis institutioni vestigiis apud Romanos. in BESKE Thes. iur. camb. P. I. Nr. III. p. 55. sqq.

2) Diss. de vitiis negotiationis collybisticae vel cambialis. Cap. I. §. 3. in Opusc. pag. 457. und Dessenel Elem. iuris cambial. Cap. I. §. 7.

3) Christ. Gottl. RICCI Exercit. iur. cambial. I. Sect. I. de historia iuris cambialis. §. 1.

4) SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex. XXXII. §. 10. HEINECCIUS cit. Diss. Cap. I. §. 12 — 16. RICCIUS Exercit. iuris cambial. II. de contractu cambiali. Goett. 1779. Paul Wegold Recht des Wechselcontracts. Leipzig 1810. und Joseph von Woset der Wechselcontract nach seiner historischen, teleologischen und philosophischen Ansicht. Prag 1812.

Einblick macht, eine Summe Geldes bey Vermeidung der schleunigsten Execution zur bestimmten Zeit zu bezahlen. Das heutige Wort Wechsel oder *Cambium* bezeichnet nun bald diesen Contract, bald den Wechselbrief, worin Jemand einem Andern eine gewisse prompte Zahlung verspricht, und zwar entweder so, daß er sich selbst zur Bezahlung einer gewissen Summe gegen den Gläubiger verbindlich macht, welches ein eigener oder trockener Wechsel, (*cambium proprium s. siccum*) genennet wird; oder so, daß einem Dritten darin der Auftrag gegeben wird, dem Vorzeiger des Wechsels eine gewisse Summe zur bestimmten Zeit zu bezahlen, welches ein trassirter Wechsel oder schlechthin eine *Tratte* (*cambium trassatum*) genennet wird. Das trassirte Wechselgeschäft ist das eigentliche ursprüngliche Wechselgeschäft, welches zu dem ganzen Ursprünge des strengen Wechselrechts die Gelegenheit gegeben hat. Fragt man aber wo, wann und warum es zuerst eingeführt worden, daß wenn aus einer Handschrift, welche das Wort Wechsel enthält, gegen den Aussteller, oder Acceptanten geklagt wird, dieser mit Verwerfung aller, wenigstens nicht auf der Stelle erweislichen, Einreden sofort zahlen, oder sich den persönlichen Arrest gefallen lassen müsse? so ist es wohl nach den historischen Untersuchungen, welche Herr von Martens⁵⁾ diesem Gegenstande gewidmet hat, keinem weitem Zweifel unterworfen, daß die Handels- und Geldgeschäfte auf den Messen die Veranlassung dazu gegeben, und der erste Grund

J²

des

5) Ge. Fried. von Martens Versuch einer historischen Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts. Göttingen 1797.

des strengen Wechselrechts in dem Privilegium der Meßschulden zu suchen sey. Denn es ist erwiesen, daß die Meßwechsel die ersten gewesen, auf welche das, was man strenge Wechselexecution nennt, verfügt worden ist. Der Gang dieser Begebenheit war sehr natürlich. Seitdem der Handel in Europa vorzüglich durch die Kreuzzüge einen höhern Schwung und mehr Beträchtlichkeit erhalten hatte, fühlte man nunmehr, wie nothwendig die Anlegung der Messen sey, um dadurch die Schließung kaufmännischer Geschäfte zu erleichtern, desto lebhafter, je mehr man sich durch die Erfahrung überzeugt hatte, daß es mit gar zu vielen Schwierigkeiten verknüpft sey, den Handel von Hause aus durch Correspondenz zu führen. Unter den mancherley Privilegien, wodurch man Messen vor bloßen Jahrmärkten auszeichnete, war allerdings eines der zweckmäßigsten, die Bestimmung, daß in Streitfachen, welche aus Meßcontracten entstanden sind, mit Uebergehung aller proceßualischen Förmlichkeiten die schleunigste Rechtshülfe statt haben solle. Es lag dieses auch schon in sofern in der Natur der Sache, als Fremde hier nur auf eine kurze Zeit beisammen waren, und daher derjenige, welcher an den festgesetzten Zahlungstagen nicht die schuldige Zahlung leistete, nicht nur seinen Credit verlor, sondern auch, als der Flucht verdächtig, auf Anrufen des Klägers in persönlichen Arrest gezogen werden konnte⁶⁾. Diese schleunige Rechtshülfe, welche anfangs ein gemeinschaftliches Vorrecht aller schriftlicher Meßcontracte gewesen zu seyn scheint, ward aber nachher bey den auf den Messen ausgestellten Wechsel-Assignationen

6) Die Belege wird man in des H. von Martens angef. Versuche §. 3. finden.

nen der Campforen noch durch mehrere Gründe verstärkt. Je häufiger nämlich im Mittelalter die Veränderungen und Verfälschungen der Münzen waren, desto mannigfaltiger waren die Veranlassungen zur Verwechselung derselben, desto notwendiger war es aber auch, selbst für den Staat, zuverlässige Leute zu haben, durch welche die Münzen ausgewechselt wurden, damit das unwissende Volk nicht durch unmäßiges Aufgeld beim Verwechseln den Bedrückungen Anderer ausgesetzt seyn möchte. Solche Campforen, wie man sie von diesem Wechselgeschäft nannte, wurden daher besonders verpflichtet, sie mußten überdem Caution leisten, und wurden angewiesen, ihre Bücher ordentlich zu führen; diesen Büchern sollte dagegen aber auch nach den frühern Gesetzen mehrerer itallänischen und französischen Handelsstädte des 14ten Jahrhunderts voller Glaube begemessen werden⁷⁾. Der Hauptsitz der Geschäfte dieser Campforen war nun auf den, insonderheit in Italien und Frankreich, schon damals so häufigen Messen⁸⁾. Hier machte nicht nur die Mannigfaltigkeit der zusammentreffenden fremden Münzen das Geschäft des sogenannten Hand- oder Kleinwechsels beträchtlicher, sondern es entstanden auch hier beim Handel die häufigsten und mannigfaltigsten Veranlassungen für kaufmännische Zahlungen und Anweisungen. Denn brachte der fremde Kauf-

7) Man sehe die Belege dazu in H. von Martens angef. Versuche S. 4.

8) S. das Verzeichniß bey BALDUCCI PEGOLOTTI Cap. 37. in der Della decima, e delle altre gravezze della mercatura de' Fiorientini sino al secolo XVI. *Lisbona a Lucca 1765.* Tom. III. pag. 165.

Kaufmann Gelder mit, die er, der Umstände wegen, nicht vorthellhaft benutzen konnte, so sahe er sich veranlaßt, sie bey einem Campsor umzusetzen, und hatte er Gelder auf der Messe erhoben, so war es ihm entweder zu beschwerlich, oder bey der Unsicherheit der Wege zu bedenklich, selbige baar bey sich zu führen, oft konnte er auch nicht einmal die eingenommenen Münzsorten zu Hause gebrauchen. Er trug also seine Baarschaft hin zum Campsor, und ließ sich von diesem in der Münzsorte, die er brauchte, und für den Ort, oder Messe, wo er das Geld nöthig hatte, eine schriftliche Anweisung geben. Eine solche Anweisung, die übrigens, wie eine jede andere Assignation einen Auftrag an einen Dritten enthielt, eine Summe Geldes zu bezahlen, welcher übrigens von diesem acceptirt oder abgelehnt werden konnte, erhielt den Namen *lettera di cambio*. Nun waren zwey Fälle möglich.

I. Die von einem Campsor auf der Messe ausgestellte Wechsel-Assignation (*lettera di cambio*) wurde von dem Dritten, an den der Auftrag gerichtet war, den man den Trassaten nannte, nicht acceptirt. Hier traten nun folgende Gründe ein, aus welchen der Aussteller ohne alle Frist, und bey Vermeidung des Gefängnisses zur Zahlung angestrengt werden konnte.

1) Abgesehen davon, daß die Schuld aus einem Meßcontract herrührte, und also ohnehin schon mit dem Vorrecht schleuniger Rechtshülfe versehen war, so war es eine von einem Campsor gegebene Assignation, dessen Geschäfte mehr noch, als die eines andern Kaufmanns, eine pünctliche Zahlung zur Erhaltung seines Credits unentbehrlich machten, indem er für Solist würde gehalten seyn, wenn

er am Zahltag auf der Messe nicht gezahlt hätte, ja selbst für die pünctliche Erfüllung seiner Verbindlichkeiten hatte Caution leisten müssen, und dessen Scheine den instrumentis publicis gleichgeachtet werden sollten⁹⁾. Sodann aber deutete

2) schon selbst das Wort *di cambio*, welches als ein wesentliches Stück einer solchen Handschrift angesehen wurde, an, daß die Schuld durch einen Wechsel, oder Selbverwechslung (*change*, nicht *échange*) veranlaßt worden sey, woben das Geld schon zum voraus vom Campsor erhoben war, wenn auch nicht das ausdrücklich hinzugesetzte Bekenntniß der Valuta dieß noch mehr bestätiget hätte. Dieser baare Empfang der Valuta, gleichsam als Kaufpreis des Wechsels betrachtet, ließ dem Campsor gar keinen vernünftigen Grund zur Weigerung der Zahlung übrig, und es ist nicht zu läugnen, daß hierin ein sehr wichtiger Grund für die Strenge des Verfahrens bey Wechseln beruhe; obwohl freylich dieser Grund der baar gezahlten Valuta nicht für sich allein als die befriedigende Ursach des Ursprungs des strengen Wechsels rechts, auch nicht als der nächste und unmittelbare Grund desselben, wie Herr Professor Büsch¹⁰⁾ meint, angesehen werden könne; indem dieser vielmehr, wie Herr von Martens¹¹⁾ sehr gründlich gezeigt hat, in den Vorrechten der

9) S. das Statut von Placenza vom Jahr 1391. bey Martens im Anhang S. 18. und das Statut von Bologna 1454. Ebendasselbst im Anhang S. 57.

10) Abhandlung von dem Ursprunge des Wechselrechts, in Büsch und Ebelings Handlungsbibliothek 1. B. 3. St. S. 377.

11) In dem angeführten Versuche einer hist. Entwicklung des wahren Ursprungs des Wechselrechts S. 10.

der Messen zu suchen ist. Diese Behauptung stimmt nicht nur mit dem ganzen Gange, den der Handel in Italien, Frankreich und Spanien seit dem zwölften Jahrhundert nahm, überein, sondern sie wird auch dadurch unterstützt, daß in den frühesten Urkunden, welche von wahren Wechseln handeln, dieses Geschäft mehrentheils als ein solches angesehen worden ist, welches von Messe zu Messe (*di fiera in fiera, de foire en foire*) getrieben wird. Daher kommen die Meßwechsel unter dem Namen *cambia regularia* vor, dahingegen Auffer Meßwechsel *cambia irregularia* genannt werden.

II. Der Trassat hatte den auf ihn gezogenen Wechsel oder Anweisung des Campsors acceptirt, aber zur gefetzten Zeit keine Zahlung geleistet. Hier konnte nun zwar die baare Valuta kein Entscheidungsgrund seyn, um gegen ihn mit eben der Strenge zu verfahren, welche im Falle der nicht erfolgten Acceptation gegen den Aussteller dieser Anweisung Statt gefunden hätte. Allein sobald man annimmt, daß das strenge Wechselrecht zuerst bey Meßwechseln eingetreten, und die mehresten Wechselgeschäfte anfangs von Messe zu Messe getrieben worden, so kann man sich daraus ohne Schwierigkeit die Ursache des strengen Wechselrechts gegen den Trassaten erklären, der nach erfolgter Acceptation keine Zahlung leistete. Denn unfreutig hatte der Trassat durch die Acceptation des Wechsels eine Meßschuld contrahirt, es war daher nun ganz in der Ordnung, daß er durch ein *mandement de foire* in Verhaft genommen werden konnte, wenn er mit der Zahlung zögerte. War er, wie auch wohl anfangs mehrentheils der Fall gewesen seyn mag, selbst ein Campsor, so

ent-

entstand hieraus ein neuer Grund, ihn mit der Strenge zu behandeln, die, nach der Beschaffenheit der Campforen, gegen sie angewendet zu werden pflegte¹²⁾.

Man kann also, wenn die Frage entsteht, wenn eher die strenge Personalexecution bey den Wechseln entstanden sey, den Satz als historisch richtig annehmen, sobald es auf Messen aufkam, daß Campforen gegen den Empfang der Valuta Gelder in andern Münzsorten an dritten Orten schriftlich anwiesen, gab es auch in Hinsicht der strengen Execution ein Wechselrecht, und die Execution war dabey gerade das, was aus den angeführten Gründen damals am wenigsten Zweifel und Schwierigkeiten hatte. Es läßt sich indessen das Alter des Wechselrechts nicht wohl über die zweyte Hälfte des zwölften Jahrhunderts hinaussetzen. Denn vor dieser Zeit gab es wohl an wenig Orten öffentliche Campforen, auch war wohl des Geldverkehrs noch zu wenig, um daraus allein einen eignen Nahrungszweig zu bilden, und bis ins zwölfte Jahrhundert war auch die Schließung brieflicher Contracte, die doch unsere Wechsel wesentlich voraussetzen, unter Kaufleuten noch sehr selten¹³⁾. Auf den Champagner Messen, welche im 12. Jahrhundert gestiftet wurden, und im dreizehnten ihren höchsten Flor erreicht hätten, wurden schon eigentliche Wechselgeschäfte geschlossen, und auch für diese fand Wechselexecution statt. Dennoch ist Italien wohl unstreitig als das Vaterland der Wechsel anzusehen. Denn die Italiener und insbesondere die Florentiner waren es, welche theils auf ihren Reisen, theils bey ihrer Flucht und Nieder-

ber.

12) C. von Martens Versuch §. 11.

13) C. von Martens §. 12.

Verlassung in fremden Länden im dreizehnten Jahrhundert das meiste zum Entstehen und zur Ausbreitung dieses Geschäfts beitrugen.

Wenn nun gleich das Hauptgeschäft der Wechsel anfangs in den Händen der Campforen gewesen zu seyn scheint; so läßt sich doch deswegen nicht behaupten, daß Wechselbriefe schlechterdings nicht anders, als von Messe zu Messe hätten gültig ausgestellt werden können. Denn wenn gleich die Meßwechsel die gewöhnlichsten waren, und daher regularia genannt wurden, so mußten doch noch immer Veranlassungen genug übrig bleiben, um Wechsel zumahl von der Messe aus, auf Orte, wo keine Messen waren, und auf Auffer-Meßzeiten auszustellen¹⁴⁾. Schon im Anfang des vierzehnten Jahrhunderts kommen daher cambia a dato, a vista, und a uso, mithin Auffer-Meßwechsel, vor¹⁵⁾. Doch scheint das strenge Wechselrecht für diese erst nach und nach, und durch Nachahmung der Messen, entstanden zu seyn, und natürlich früher an solchen Orten, wo nicht nur Campforen waren, ohne welche überhaupt in jenen frühern Zeiten an keinem Orte Wechselrecht war, sondern auch wo die Kaufmannschaft am frühesten eine feste Verfassung und eine den Messen ähnliche Einrichtung, insonderheit ein eignes Handelsgericht erhielt. Wir müssen daher auch den Ursprung des Wechselrechts aufferhalb der Messen da suchen, wo die Meister in der Kunst

14) Der älteste bis jetzt bekannte Wechsel in heutiger Form, welcher auf uns gekommen ist, vom Jahr 1325. bey BALDUS Lib. I. Consil. 349. ist gerade ein Auffer-Meßwechsel. S. Herrn von Martens Versuch §. 15. Not. o. S. 49.

15) H. von Martens Versuch a. a. O. S. 42.

Kunst des Handels das Verfahren in Handelsfachen vorschreiben konnten; also in Italien, und an den Orten außerhals Italiens, wo den Lombarden durch Privilegien das Recht, sich durch ihre eigenen Handels-Richter oder Consula nach ihren Statuten richten zu lassen, eingeräumt wurde¹⁶⁾. Aber auch in Italien selbst, wo der benachbarten Handelsplätze so viele waren, scheint das Wechselrecht außer den Messen früher in Florenz, als anderswo, entstanden zu seyn, weil die Florentiner schon zu Anfang des dreizehnten Jahrhunderts eine feste kaufmännische Verfassung hatten¹⁷⁾, und das Wechselgeschäft ihre Hauptsache war, auch schon im Jahr 1259. die Kunst der Geldwechselung (*ars cambii*) in ein Corpus gesammelt haben, und schon in ihren Statuten vom Jahr 1299. sich Verordnungen finden, welche beweisen, daß das Wechselwesen hier regelmäßig und nach bestimmten Vorschriften geführt wurde; sie waren mithin wenigstens am mehresten mit dem Geschäft bekannt, dessen nothwendiger Gefährte eine schleunige

16) So ertheilte z. B. der König von Frankreich den Lombarden 1264. und 1278. dergleichen Privilegien, nach welchen sie unter andern auch in Nîmes ihren Capitaneus und ihren Consules haben durften. S. DU CANGE Glossar. voc. *Lombardi*. Eben ein solches Privilegium hatte auch Conrad II. König von Sicilien im Jahr 1268. den Pisanern ertheilt. F. DEL BORGO Diplom. Pisan. p. 201. Mehrere Beispiele von solchen Privilegien führt H. von Martens in dem Veruche S. 53. ff. an.

17) So werden schon in dem Frieden von 1204. zwischen den Florentinern und Siena *Consoli dell' arte del cambio* für die ersten erwähnt. S. Della Decima T. II. pag. 135.

nige Justiz war. Die Gründe für die Einführung der Wechselstrenge bey den Aussermehrswechseln waren theils die allgemeinen, sofern es auch hier die Campforen und zumal die Lombarden waren, die einen Wechsel ausgestellt, oder acceptirt hatten; theils die Erhaltung des Handelscredits unter Kaufleuten, theils der Umstand, daß man auch hier die Valuta für baar bezahlt, mithin die Schuld für völlig liquid hielt. Selbst bey liquiden Waaren Schulden sollte daher nach den Statuten mehrerer Handelsstädte mit Personal Arrest verfahren werden, zumal wenn der Contract vor dem Handelsgericht eingeschrieben war¹⁸⁾. Diese Erweiterung der Wechselgeschäfte veranlaßte nun auch freylich viel Wechselfragen, welche sich nicht immer durch das bloße Uso entscheiden ließen. Hier mußte also die Gesetzgebung ins Mittel treten, und diese Puncte bestimmen. Lange Zeit hielt man die Venetianische Verordnung vom J. 1357. für die erste Wechselordnung. Allein sie ist nichts weniger, als ein Wechselgesetz; sie sollte blos den wucherlichen Contracten der Campforen Gränzen setzen¹⁹⁾. Das älteste eigentliche Wechselgesetz, das man hat auffinden können, ist vielmehr die Verordnung des Magistrats zu Barcelona von 1394. Vollständige Wechselordnungen gab es indessen vor dem 16. Jahrhundert nicht. Desto beträchtlicher mehrten sich die Wechselgesetze in diesem Jahrhundert²⁰⁾. Die vollständigsten und am meisten in dem Geiste

18) Mehrere Beyspiele von Venedig, Verona und Bergamo führt Herr von Martens §. 16. S. 58. an.

19) Herr von Martens hat sie in seinem Versuche S. 20. des Anhangs abdrucken lassen.

20) Einzelne Wechselgesetze für Spanien, Mayland, Venedig, Bergamo, Neapel, Bologna und Genua findet

Geiste unsers Wechselrechts abgefaßten Bestimmungen finden sich jedoch in den Genueser Statuten von 1589, Der Anfang des 17ten und die andere Hälfte des 18ten Jahrhunderts waren indessen wohl die wichtigsten Epochen für die Wechsel-legislation. Herr Prof. Beske²¹⁾ hat ein Verzeichniß derselben, aber eine vollständige Sammlung der Wechselgesetze aller Länder und Handelsplätze in Europa selbst hat nach alphabetischer Ordnung der R. R. Rath Johann Michael von Zimmerl in 3 Bänden Wien 1809. und 1813. 4. geliefert.

§. 1072.

Form der heutigen Wechsel. Wirkung der Wechsel-Elausel.

Die allgemeinen Bestandtheile eines förmlichen Wechsels sind 1) ein schriftlicher Aufsatz, 2) das Wort Wechsel, und 3) die Erfordernisse einer liquiden Schuldurkunde²²⁾. Ist nun a) der Wechsel ein eigener, wodurch der Aussteller sich selbst zur Bezahlung einer gewissen Summe verbindlich macht, so muß derselbe 1) das Versprechen der zu leistenden Zahlung, 2) den Namen des Gläubigers, 3) die Angabe der zu bezahlenden Summe, 4) die Zahlungszeit, und 5) die Unterschrift des Schuldners enthalten. Das Bekenntniß der Valuta, das heißt, daß dem Aussteller das Geld von dem Gläubiger wirklich gezahlt worden sey, ist nur dann als ein wesentliches Stück

findet man bey H. von Martens im Anhang seines Werks.

21) Thesaur. iuris cambialis P. II. pag. 1288 — 1291.

22) Christ. Gottl. -RICCH Exercit. iur. camb. III. de litteris cambialibus Goett. 1749.

Stück zu betrachten, wenn es die Wechselordnung des Orts, wo der Wechsel ausgestellt wird, als ein notwendiges Erforderniß zur Begründung der Wechselverbindlichkeit vorschreibt²³⁾. Jedoch ist das Bekenntniß der empfangenen Valuta jederzeit räthlich. Gewöhnlich ist zwar auch eine Ueberschrift, welche den Ort und die Zeit der Ausstellung nebst der Wechselsumme enthält. Sie ist aber eben so wenig notwendig, als die unter dem Wechsel stehende Adresse an mich selbst in Leipzig oder wo ich sonst anzutreffen²⁴⁾. b) Ein trassirter Wechsel²⁵⁾ hingegen muß enthalten, 1) die Bestimmung der Zahlungszeit, 2) die Bemerkung, ob es ein Sola. Prima. oder Secunda. Wechsel sey; 3) Ertheilung des Auftrags an den Trassaten; 4) den Namen dessen, dem, oder auf dessen Ordre, die Zahlung geleistet werden soll; 5) das Bekenntniß der erhaltenen Valuta; 6) die Unterschrift des Trassanten, und 7) die Benennung des Trassaten, welche zu Ende des Wechsels linker Hand, der Unterschrift des Trassanten gegen über, hinzugefügt zu werden pflegt. Ehemals stand der Name des Trassaten nicht unter dem Wechsel, sondern, wie die Aufschrift eines Briefs, auf dem Rücken des Wechsels, wie sich dieß nicht nur bey dem ältesten Wechselformular vom Jahr 1325, welches uns

23) Io. Christ. FRANCK Institut. iur. cambial. Lib. I. Sect. I. Tit. 8. §. 9. Wuttmann's Grundsätze des Wechselrechts §. 13. RICCIUS cit. Ex. §. 68. et 84.

24) RICCI Exercit. iur. camb. IV. de cambiis propriis. Goett. 1779.

25) RICCI Exercit. iur. camb. X. de cambiis trassatis vel indossatis. Goett. 1781.

uns Baldus aufbewahrt hat, sondern auch bey so vielen der Wechselformuläre findet, welche Scaccia²⁶⁾, ein Schriftsteller aus dem Anfange des siebenzehnten Jahrhunderts, liefert. Diese Sitte dauerte so lange, bis der Gebrauch der Indossamente allgemeiner wurde, für welche nun der Rücken des Wechsels freigelassen werden mußte²⁷⁾. Nur zu den ausserwesentlichen Bestandtheilen eines trassirten Wechsels gehört 1) die Ueberschrift, worin der Ort und die Zeit, wenn und wo der Wechsel ausgestellt worden ist, desgleichen die Summe und die Münzsorten, worin derselbe zu bezahlen ist, angezeigt worden. 2) Der Vorschlag zur Wiederbezahlung. Denn schon die Zusage künftig Zahlung leisten zu wollen, ist hinreichend²⁸⁾.

Bei einem trassirten Wechselbriefe kommen also eigentlich vier Personen vor. 1) Der Remittent, welcher sich den Wechsel ausstellen läßt, und dafür eine gewisse Summe zahlt, welche *Valuta*, der Werth des Wechsels, genennet wird. Im Deutschen wird er der Wechselnehmer, oder Empfänger des Briefs, Herr und Inhaber des Wechsels genennt. Die Benennung kommt von dem Wort *remittere* her, welches, wie es Riccius²⁹⁾ erklärt, hier soviel heißt, als mandare, ut alter pecuniam ipsi solutam alibi vicissim exsolvat, vel exsolvi

26) De commercis et cambis.

27) S. von Martens Versuch einer hist. Entw. des wahren Ursprungs des Wechselrechts. §. 18. S. 65.

28) S. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts 2. B. §. 233.

29) Exercitac. iur. camb. X. de cambis tractatus. §. 5. not. (*)

solvi procuret. Daher wird auch das Geld, das ein Kaufmann des einen Orts an den Kaufmann eines andern Orts schickt, *Remissa* oder *Remessa*, *Rimessa*, ja die trassirten Wechselbriefe selbst werden *Remessen* genennt³⁰⁾.

2) Der *Trassant*, welcher die *Valuta* oder das Geld empfängt, und den Wechsel dagegen ausstellt, wodurch er sich verbindlich macht, das Geld an einem dritten Orte wieder bezahlen zu lassen; von *trassare*, Etwas von einem Ort auf einen andern ziehen. Er heißt daher auch *Tractans*, oder *Trahens*, der Zieher, ferner *Dator litterarum cambialium*, der Ausgeber des Wechselbriefs, der Wechselgelber, Nehmer. Ferner *Campsor*, *Cambist*, *Collybista*. Dieser ist nun der eigentliche Wechselschuldner. Von diesem wird auch die Wechselsumme, so wie der Wechselbrief, *Trassa* oder *Tratta* genennt. 3) Der *Präsentant*, oder *Campsarius*, welcher das Geld an dem bestimmten Orte auf den Wechsel erheben will, er erhält diesen Namen, weil er den Wechsel demjenigen vorzeigen muß, von welchem er die Bezahlung des Wechsels fordert. Dieser ist entweder der *Remittent* selbst, oder ein anderer, welcher dann bloß der Briefinhaber genennt wird. 4) Der *Trassat*, auf welchen die Anweisung wegen Auszahlung des Geldes gegeben worden ist. Er klärt er sich zur Zahlung bereit, so wird er *Acceptant* genennt. Dieser kann auch der *Trassant* selbst seyn, wenn er den Wechsel an dem dritten Orte durch seinen *Factor* zu bezahlen verspricht. Kommen bey einem trassirten Wechsel nicht alle vier Personen, sondern nur
drey

30) *Raph. de TURRI de cambiis Disputat. I. Qu. I. Nr. 35. et 36.*

drey oder zwey Hauptpersonen vor, so werden solche Wechsel contirte oder calculirte Wechsel³¹⁾ genannt.

Wird einer Schuldverschreibung, welche die Form eines Wechsels nicht hat, sie sey über ein Darlehen, oder über einen Kauf u. dgl. ausgestellt, die Clausel eingerückt, vermöge welcher der Schuldner verspricht, die schuldige Summe nach Wechselrecht zu bezahlen; so nennt man eine solche mit der Wechselclausel versehene Schuldurkunde einen materiellen Wechsel. Eine solche Verschreibung nach Wechselrecht hat in der Regel die Wirkung, daß daraus eben sowohl, als aus einem förmlichen Wechsel, mit Arrestirung des Schuldners verfahren werden kann³²⁾, wofern ihr nicht die Wechselordnung eines Landes diese Wirkung abspricht³³⁾. Es ist jedoch rathsam, dem Schuldner sich

31) S. Phil. Carl Scherer Handbuch des Wechselrechts. 1. Th. S. 471. ff.

32) Io. Flor. RIVINI Diss. de clausula cambiali. Lipsiae 1725. (in BESEKE Thes. iuris cambial. P. I. Nr. XIII. p. 275. sqq.) Christ. Gottl. RICCI Exercit. iur. camb. II. de contractu cambiali. §. 39—46. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 59. Phil. Carl Scherer Rechtsfälle in Wechselfachen Nr. XLVIII. S. 258. ff. u. Derselben Handbuch des Wechselrechts 3. Th. Art. Wechselbrief. §. 54. S. 319.

33) Beispiele geben die Preuß. Wechselordnung vom J. 1724. §. 39. (in Hrn. v. Zimmerl vollst. Sammlung der Wechselgesetze 2. B. 2. Abh. S. 209.) das allgem. Landrecht für die Preuß. Staaten 2. Th. Tit. 8. §. 1182. Ferner die Bremische Wechselordn. Art. 61. bey Zimmerl 1. B. 2. Abth. S. 188. Auch die Elbingische W. O. Kap. 16. §. 68. bey Zimmerl S. 299. Die Altenburger W. O. Glücks Erläut. d. Pand. 18. Th. R Kap.

sich der Einreden des nicht gezahlten Geldes, oder des nicht erfüllten Contracts begeben zu lassen. Denn wenn gleich mehrere Rechtsgelehrten³⁴⁾ diese Einreden nach der Strenge des Wechselrechts anders nicht zulassen, als wenn sie sogleich erwiesen werden können; so sind doch auch viele anderer Meinung, welche dem Kläger diesen Beweis aufbürden³⁵⁾.

§. 1073.

Wechselproceß.

Die Art des gerichtlichen Verfahrens in Wechselfachen, welche man den Wechselproceß nennt³⁶⁾, kommt zwar mit dem Executiv-Proceß darin überein, daß der Richter dem Beklagten aufgiebt, sich über die bey der Klage zum Grunde liegende Urkunde in dem dazu anberaumten Termine ohne Weiters zu erklären, und daß keine an-
deren

Rap. 1. §. 4. bey Zimmerl 1. B. 1. Abth. S. 8. spricht bey Bilateral Contracten der Wechselclausel nur dann den Effect ab, wenn nicht der exceptioni non adimpleti contractus entsagt worden ist.

34) C. RIVINUS cit. Diss. §. 5 — 8. RICCIUS cit. Exercit. iur. camb. II. §. 42. et 43.

35) BOEHMER Consultat. et Decis. T. III. Cons. 753. nr. 4. LUDOLF Obs. for. P. II. Obs. 179. Qu. 2. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 180. Not. 2. Scherer a. a. O. S. 320.

36) Christ, Gottl. RICCH Exerc. iuris camb. XVII. de processu cambiiali. Goettingae 1781. 4. Phil. Karl Scherer Wechselproceß mit Rücksicht auf die meisten bekannten Wechselgesetze. Erlangen 1802-8. u. Desselben Rechtsfälle in Wechselfachen. Frankfurt am Main 1802. 8.

deren Einreden gegen die Klage Statt finden, als welche sofort liquid sind; er hat aber das Unterscheidende, daß der Beklagte, nach wirklich geschehener oder für geschehen angenommener Anerkennung des Wechsels, im Falle der Nichtzahlung, ohne Aufschub in Arrest gebracht werden kann. Der Beklagte muß also in dem zur Anerkennung des Wechsels anberaumten Termine nothwendig in Person erscheinen. Läßt der Kläger einen Anwalt zu, so artet der Wechselprozeß in den Executivproceß aus³⁷⁾. Es ist jedoch dieser strenge Wechselprozeß nicht gemeinen Rechts, sondern findet nur dann Statt, wenn ausdrückliche Gesetze, oder ein erwiesenes Herkommen ihn billigen. Wird daher an einem Orte aus einem Wechsel geklagt, wo der Wechselprozeß nicht eingeführt ist, so wird der Wechselbrief bloß als eine guaranteeirte Urkunde angesehen, welche zwar ein Executivverfahren, auch unbedingte Strafbefehle begründet³⁸⁾; allein daß der Richter nach der Wechselstrenge des Orts, wo der Wechsel ausgestellt worden, verfare, kann der Kläger nicht verlangen, weil fremde Prozeßordnungen dem Richter nie zur Norm dienen³⁹⁾.

Gegen die Erben des Wechselschuldners kann auch nur executivisch auf die Bezahlung, nicht aber auf persönlichen Arrest geklagt werden, weil mit dem Tode des Wechselschuldners die Strenge des Wechselrechts erlöscht⁴⁰⁾.

R 2

Es

37) Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 170. Not. a.

38) Danz Grundsätze der summarischen Prozesse. §. 85. Note c. S. 132. der Gönnerschen Ausgabe.

39) Danz angef. Grundsätze §. 86.

40) Io. Christoph. FRANK Institut. iuris cambial. Lib. II. Sect. VII. Tit. 21. §. 5. et 6. und Vincent. BAUMANN Diss.

Es kann überdem den Erben das *beneficium inventarii* nicht abgesprochen werden⁴¹⁾. Hätte aber der Erbe auf vorhergegangene Präsentation den Wechsel acceptirt, so würde unstreitig der Personalarrest auch wider ihn Statt finden⁴²⁾; so wie auch ausserdem noch an den Orten, wo die Wechselordnungen die Wechselstrenge auch auf die Erben des Wechselschuldners ausdehnen⁴³⁾.

§. 1074.

Indosirung der Wechsel.

Der Inhaber des Wechsels kann auch einem Andern das Recht übertragen, den Wechsel bezutreiben. Dies nennt man den Wechsel indosiren⁴⁴⁾. Eigentlich indorsiren, denn das Wort kommt von *dorsum* her. *Indorsare*, gallice *endosser*, sagt Du Fresne⁴⁵⁾, *est char-*

de obligatione heredis ex cambio defuncti debitoria. *Ultraj.* 1752. (in *Ger. OELRICHS Thes. novae Dissertat. iurid. select. in academ. Belgic. habit.* Vol. I. Tom. II. Nr. XII. und in *BESKE Thes. iuris cambial.* P. I. Nr. XLV. pag. 922. sqq.) *Püttmann Grundf.* §. 62.

41) *Danz angef. Grundsätze* §. 89.

42) von *Rosshamm Einleitung in das gemeine u. Vaterische Wechselrecht* §. 70.

43) *S. i. B. die Braunschweiger W. O. Art. 4. und die Württembergische W. O. Hauptst. 7. §. 9.*

44) *Christ. Gottl. RICCI Exercitat. iuris camb. VI. de indossatione cambiorum propriorum. Goett. 1780. 4. KLÜGEL Diss. de cessione seu indossamento cambiorum. Vitemb. 1770. Io. Mich. GRIES Diss. de indossatione litterarum cambialium. Goettingae 1795.*

45) *Glossar. ad scriptores mediae et infimae Latinitatis Voc. Indorsare.*

chartae dorsum seu tergum, vel cujuscunque scripti partem aversam, aut exteriorem inscribere. Ein Indossament ist also eine kurze, dem Wechselbriefe, gewöhnlich auf der umgewandten Seite desselben, beigefügte schriftliche Erklärung, wodurch der Eigenthümer das Recht, den Wechsel zu erheben, auf einen Andern übertragen hat. Der Wechsel heißt nun ein indossirter oder transportirter Wechselbrief. Derjenige, welcher den Wechsel auf einen Andern überträgt, wird der Indossant, der Schuldner, welcher die indossirte Wechselschuld zu bezahlen hat, der Indossat, und derjenige, auf welchen der Wechsel übertragen worden ist, der Indossatar genannt. Durch das Indossament wird aber entweder das Eigenthum des Wechsels auf den Indossatar übertragen, oder es wird dem letztern nur der Auftrag erteilt, die Wechselsumme im Namen des Indossanten zu erheben. Jenes wird ein eigentliches Indossament, oder *Indossamentum in giro* oder *per modum cessionis*, dieses aber ein *indossamentum in procura*, oder *per modum mandati* genannt ⁴⁶⁾. Ersteres lautet gewöhnlich so: Inhabts dieses zahle Herr N. für mich an H. X. zu Frankfurt. Valuta von demselben baar erhalten. Erlangen den 1816. Nun folgt die Namens-Unterschrift des Indossanten. Letzteres wird folgendermassen abgefaßt: Inhabts dieses zahle Herr A. für mich an H. B. als welchen ich

-hier-

46) G. RICCI Exerc. de indossatione cambiorum per cessionem seu de indossamento in giro, und Desselben Exercit. de indossamento cambiorum in procura, seu per modum mandati, welche die Sect. II. et III. der Exercit. juris camb. VI. ausmachen.

hierdurch bevollmächtige das Geld statt meiner zu erheben, oder es soll mir validiren, oder gute Zahlung seyn. Nun Datum und Namens Unterschrift. Vermöge des erstern wird der Indossatar Eigentümer des Wechsels, und er kann die Wechselsumme entweder für sich einziehen, oder auch den Wechselbrief weiter indossiren. Man pflegt ein solches wiederholt geschenes Indossament Giro zu nennen. Allein die Ausdrücke Indossament und Giro, so wie indossiren und giriren werden in den Wechselordnungen sehr oft als gleichviel bedeutend genommen⁴⁷⁾. Ein Indossament in procura macht hingegen den Indossatar bloß zu einem Bevollmächtigten, er kann daher den Wechsel, ohne specielle Vollmacht des Indossanten, nicht weiter indossiren, sondern muß, dem Auftrage gemäß, die Gelder einziehen, und solche dem Indossanten abliefern. Ist es zweifelhaft, ob ein eigentliches Indossament, oder ein bloßes Indossament in procura ausgestellt worden sey, so ist eher das letztere, als das erstere zu vermuthen⁴⁸⁾. Denn ausserdem, daß überhaupt eine Uebertragung des Eigenthums im Zweifel nicht vermuthet wird, und offenbar dem Indossatar obgelegen hätte, für die deutlichere Fassung des Indossaments zu sorgen, da gegen ihn nun billig auch die Auslegung zu machen ist; so ist ja aus dem Bekenntniß der Valuta zu beurtheilen, welche Art des Indossaments habe ausgestellt werden wollen⁴⁹⁾. Fehlt

es

47) C. RICCI Exercit. iur. camb. VI. Sect. I. de indossatione litterar. cambialium §. 25.

48) C. Scherer Handbuch des Wechselrechts. 2. Th. Art. Indossament §. 5. C. 15. ff.

49) RICCI Exercit. iur. camb. VI. Sect. I. §. 4.

es nun daran, so kann man ja das Indossament nur für ein solches in procura halten⁵⁰⁾.

Da übrigens das auf dem Wechsel befindliche, vermittelt einer wirklichen Abtretung geschehene Indossament gewissermaßen als ein Wechsel anzusehen ist, so daß daraus wider den Indossanten eben so wohl, als aus dem Wechsel wider den Wechselschuldner, nach Wechselrecht verfahren werden kann; so kommen hier dem Indossaten diejenigen Einreden nicht zu statten, die sonst bey einer gemeinen Cession dem Cessionar entgegengesetzt werden können⁵¹⁾.

50) FRANCK Institut. iur. cambial. Lib. I. Sect. II. Tit. 5. §. 23. Anderer Meinung ist LEYSER Meditat. ad Pandect. Spec. CCII. medit. 1. Allein man sehe MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. II. Obs. 421.

51) S. Püttmann Grundsätze des Wechselrechts §. 25. und Scherer, Handbuch des Wechselrechts 2. Th. Art. Indossament §. 4. b. S. 13. u. ff.

Lib. XIX. Tit. V.

De praescriptis verbis et in factum
actionibus.

§. 1075.

Begriff von *actio in factum*, und ihren verschiedenen Arten.
Unterschied zwischen *actio in factum* und *actio ex facto*,
auch *actio utilis*.

Die in den vorhergehenden Titeln enthaltene Lehre von den ungenannten Contracten veranlaßte diesen Titel, in welchem von dem daraus entspringenden Klagen gehandelt wird. Das Römische Recht unterscheidet nämlich, wie uns Papinian⁵²⁾ und Celsus⁵³⁾ lehren, in Rücksicht auf die Benennung zweyerley Arten von Klagen. 1) Solche, welche von jeher ihre bestimmte Formel hatten, und mit einem besondern Namen bezeichnet, öffentlich zu Jedermanns Gebrauche in der Römischen Gerichtsordnung bekannt gemacht waren. Diese hießen *actiones propositae, vulgares, usitatae, legitimae*⁵⁴⁾, auch *formulae* oder *actiones*⁵⁵⁾ im eigentlichen Sinn. Dieß sind die Klagen,

52) L. 1. pr. D. h. t.

53) L. 2. D. eodem.

54) L. 14. §. 3. D. eodem.

55) L. 21. D. h. t.

gen, von denen schon Pomponius⁵⁶⁾ erzählt: Deinde ex his legibus (sc. *duodecim tabularum*) eodem tempore fere, actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent, quas actiones, ne populus, prout veller, institueret, certas solennesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris *legis actiones*, id est, legitimae actiones; und von welchen auch Cicero⁵⁷⁾ sagt: *Sunt iura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae*, ne quis aut in genere iniuriae, aut ratione actionis errare possit. Expressae sunt enim ex uniuscuiusque damno, dolore, incommodo, calamitate, iniuria *publicae a Praetore formulae*, ad quas *privatae* accommodatur.

2) Solche Klagen, für welche in der römischen Gerichtsordnung keine besondere Formel vorgeschrieben, auch kein besonderer Name hergebracht war, sondern bey welcher die Formel in vorkommenden Fällen immer nach der jedesmaligen Beschaffenheit der Sache einzurichten war. Diese heißen *actiones in factum*. Von diesen sagt nun Papinian *L. 1. pr. D. h. t.* Nonnunquam evenit, ut, *causantibus iudiciis proditis et vulgaribus actionibus*, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae *in factum* appellantur. D. h. zuweilen geschieht es, daß in einem vorkommenden Falle alle in der römischen Gerichtsordnung aufgeführten gemelnen Klagformeln nicht anwendbar sind; in einem solchen Falle muß die Formel nach der Beschaffenheit

56) *L. 2. §. 6. D. de orig. iuris.*

57) *Orat. III. pro Roscio Cap. 8. Barn. BRISSONIUS de formulis pop. Rom. Lib. II. p. 385. sq.*

heit desselben abgefaßt werden, und weil die Klage hier keinen eigenen Namen hat, so wird sie *actio in factum* geneunt. Ganz damit übereinstimmend, schreibt Celsus *L. 2. D. eodem*: Nam, cum deficient *vulgaria* atque *usitata actionum nomina*, *praescriptis verbis* agendum est: und Pomponius *L. 11. D. eodem* lehrt: Quia *actionum* non plenus numerus esset, ideo plerumque *actiones in factum* desiderantur. Hiermit ist noch die Stelle Ulpian's zu verbinden, welcher *L. 14. §. 3. D. eodem*. sagt: Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat, eamque ego immisso pecore depascam, ARISTO scribit, non sibi occurrere *legitimam actionem*, qua experiri possim: nam neque ex Lege duodecim tabularum de pastu pecoris, quia non in tuo pascitur, neque de pauperie, neque de damni iniuriae agi posse: *in factum* itaque erit agendum. Hieraus erklärt sich denn auch die Constitution des Kaisers Alexander *L. 6. Cod. de Trans-action*. worin es heißt: aut enim stipulatio conventioni subdita est, et *ex stipulatu actio* competit, aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, *quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat*, danda est. Von derjenigen Art der actio in factum, welche den Beynamen *praescriptis verbis* führt, wird nachher die Rede seyn. Ueberhaupt bezeichnet also der Ausdruck *actio in factum*, wie Meister⁵⁸⁾ ganz richtig lehrt, *actionem deficientibus iure proditis aliis actionibus*

58) Diss. de in factum actionibus; in Selector. Opusculor. maxime ad ius civ. eiusq. histor. pertinent. Syll. I. Nr. VII. Cap. II. §. 29. in fin. pag. 371.

bus competentem, ipsamque rem gestam, ex qua propter aequitatem vel analogiam legum oritur, monstrantem. Diese Klagen waren nun theils *civiles*, theils *praetoriae*, weil sie theils durch die Interpretation, theils durch die Jurisdiction waren eingeführt worden⁵⁹⁾. Beispiele der erstern Art führt Papinian in folgenden Stellen an.

L. 1. §. 1. D. h. t. Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, *civilem actionem in factum* esse dandam, LABEO scribit⁶⁰⁾.

L. 1. §. 2. D. eodem. Item si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit: sed, non exhibita fide, *in factum civilis* subiicitur actio.

Ein Beispiel von einer actio in factum *praetoria* giebt Pomponius *L. 11. D. h. t.* wo er sagt: Sed et eas actiones, quae Legibus proditae sunt, si Lex iusta ac necessaria sit, *supplet Praetor in eo, quod Legi deest*. Quod facit in *Lege Aquilia*, reddendo actiones in factum accommodatas *Legi Aquiliae*: idque utilitas eius Legis exigit⁶¹⁾.

Zu der erstern Art der actiones in factum, nämlich *civiles*, gehören die *actiones praescriptis verbis*. Es werden darunter vorzüglich diejenigen Klagen verstanden, welche aus ungenannten Contracten entstehen. Celsus

59) *L. 13. D. de Legibus Scitusq. consult.*

60) *C. den 14. Th. dieses Commentars §. 889. C. 227. ff.*

61) *C. den 10. Th. dieses Commentars §. 701. C. 335. ff. und Ant. FABER Rational. in Pand. ad h. L.*

sits sagte nämlich in der bereits oben angeführten Stelle: Nam, cum deficient vulgaria atque usitata actionum nomina, *praescriptis verbis agendum est*; und Julian setzt *L. 3. D. h. t.* zur Erläuterung hinzu: In quam necesse est confugere, quotiens contractus existunt, *quorum appellationes nullas iure civili proditae sunt*; woben Ulpian *L. 4. D. h. t.* noch die Bemerkung macht: Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula, und Cajus erinnert *L. 22. D. eodem*, placet, quasi de novo negotio, in factum dandum esse iudicium, id est, *praescriptis verbis*. Nur muß freylich immer dabey ein Vertrag zum Grunde liegen, welcher mit irgend einem benannten Contract eine Aehnlichkeit hat, wie nicht nur Paulus in der bereits oben erklärten *L. 5. D. de praescriptis verbis* bey den einzelnen Arten der ungenannten Contracte ausführlich gezeigt hat, sondern auch aus den Beyspielen erhellet, welche Ulpian in *L. 1. §. 9. D. Depositi*, und *L. 17. §. 2. et 3. D. de praescr. verb.* aufstellt. Hat das Geschäft mit keinem der genannten Contracte eine Verwandtschaft, so hat nicht die actio praescriptis verbis, sondern die actio de dolo, oder die actio in factum praetoria statt⁶²⁾. Daher werden die actiones in factum praescriptis verbis auch *actiones utiles* genannt, weil sie nach dem Beyspiele der Klagen sind eingeführt worden, welche aus genannten Contracten entspringen⁶³⁾. In einem andern Sinn theilt je-

doch

62) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. II. pag. 550.

63) *L. 9. Cod. de pact.* *L. 6. Cod. de Transact.* *Idem.*
Fern. de RETES Opusculor. Lib. II. Sect. I. Cap. 8. nr. 1.

doch Anton Faber⁶⁴⁾ die actiones praescriptis verbis ein in *necessariae* und *utiles*, und nennt erstere diejenigen, welche in solchen Fällen anzustellen sind, wo sonst keine andere Klagen Statt finden, welches bey den ungenannten Contracten, vorzüglich der Fall ist; unter den letztern hingegen versteht er diejenigen, welche zwar mit andern ordentlichen Klagen concurriren, aber im Zweifel am sichersten anzustellen sind. Dieß ist der Fall, wenn die Gesetze sagen, die ordentliche Klage habe zwar Statt, sed tutius esse, praescriptis verbis in factum agere, wovon Ulpian L. 17. pr. D. h. t. und African L. 24. D. eod. Beispiele geben. Daß die actio praescriptis verbis mit einer bestimmten Contractsklage concurriren könne, lehren auch L. 6. D. de rescind. vendit. und L. 2. Cod. de pactis inter emptorem et venditorem compositis. Mit Recht hat daher schon Joseph Fernandez de Retes⁶⁵⁾ bemerkt, daß die actio praescriptis verbis nicht bloß aus ungenannten Contracten entstehe, sondern auch wegen anderer Geschäfte statt finden könne, welche sich auf keinen der ungenannten Contracte zurückführen lassen. Denn so kann z. B. die actio praescriptis verbis mit dem Interdicto de precario⁶⁶⁾, ferner mit der actio familiae erciscundae⁶⁷⁾ concurriren. Es kann jedoch eine

64) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t. in fin.

65) Opuscul. c. 1. Cap. 7. nr. 1.

66) L. 2. §. 2. D. de precario. L. 19. §. 2. D. eodem. S. Ant. SCHULTING in Iurisprud. Antejustin. pag. 461. not. 64. und Io. Ger. VOGEL Diss. de precario. Goett. 1786. §. 2.

67) L. 18. §. 2. D. Familiae ercisc.

eine actio praescriptis verbis nur aus einem erlaubten Geschäft entstehen, nicht aus einem Delict. Hierdurch unterscheidet sich diese Klage von andern actiones in factum, die auch aus einer unerlaubten Handlung entstehen können. Bekannt sind deshalb die actio in factum de calumniatoribus, die actio in factum de effusis vel dejectis, die actio in factum ex alienatione iudicii mutandi causa facta, die actio in factum, si quis missum in possessionem non admitterit, und andere mehr, welche bereits an andern Orten vorgekommen sind.

Woher die Benennung actio praescriptis verbis entstanden sey, wird sehr verschieden erklärt. Die Meinung des Hotoman, Cujaz und Alciat hat schon Anton Faber⁶⁸⁾ geprüft, jedoch ohne ihnen Beifall zu geben. Er selbst erklärt sich darüber so. Dicamus igitur melius, sagt er, actionem praescriptis verbis inventam esse propter controversias Iureconsultorum certantium plerumque de nomine contractus et competentis ex eo actionis, et ita conicientium miseros litigatores in periculum male ac perperam electae actionis, causaeque ideo amittendae cum expensarum omnium condemnatione. Nec enim poterant tolli melius et evitari eiusmodi controversiae, quam si ageretur sine nomine actionis, secundum quod conventionem praescriptum est, narrata conventionem, narrato facto, et demonstrata praescriptis verbis rei gestae veritate, ut loquitur L. 6. Cod. de transact. Etwas anders erklärt diese Benennung

68) Rational. in Pand. ad L. 1. pr. D. h. t.

nennung Joseph Hernandez de Keres⁶⁹⁾). Caeterum
 sagt er, si erant incerta negotia, et sine lege, va-
 riique contractus, quales sunt innominati omnes,
 non poterat certa formula concipi, nec ex con-
 tractu reddebatur actio nomine proprio: sed qui
 iudicio contendere volebat, Praetorem adibat, et
 negotii facta narratione, actionis formulam ab eo
 reportabat, *praescriptis*, id est, ante scriptis con-
 tractus *verbis*; in hunc forsán modum: *Si apparet*
L. Titium dedisse millia pondo, ut Sejus insulam
fulciret, nec fulsit, Sejum condemna. Richtiger ist
 jedoch die Erklärung des Edmund Merille⁷⁰⁾, welcher
 sagt: Verius est tamen, *actionem praescriptis verbis*
 dici, non propter verba conventione praescripta,
 seu praestituta; sed ob verba praescripta, seu pro-
 posita ante actionem. Atque ita voluit HARME-
 NOPULUS intelligere, *προγεγραμμένων συμφώνων*,
praescriptis conventionibus, quod praescriberentur,
 seu proponerentur conventiones, ex quibus in fa-
 ctum agebatur: proponebatur, seu praescribatur
 conventio, negotium uti gestum erat; et postea
 ex verbis illis praescriptis in factum agebatur.
 Veluti, si contractus permutationis initus esset,
 cum Titius rem suam dedisset Maevio, ut ab eo
 aliam acciperet: praescribatur Titius, se rem suam
 dedisse Maevio, ut ab eo aliam acciperet: et ita
 praescriptis verbis agebát ad id, quod intererat sibi

2

69) Opusculor. Lib. II. Sect. I. cap. 6. nr. 2. (In *Thes. Meermann.* Tom. VI. p. 102.)

70) Variant. ex Cujacio Lib. I. cap. 29.

a Maevio rem datam non fuisse, uti convenerat. Dieser Erklärung giebt auch Meißner ⁷¹⁾ seinen Beyfall, und er hat sie durch neue Gründe noch mehr bestärkt. Das Resultat ist in den Worten zusammengefaßt: *Hinc actio praescriptis verbis appellatur, quia concipitur eius formula ex conventionē a cliente patrono causae seu Iureconsulto ante scripta vel proposita.* Ich habe diese Erklärung schon an einem andern Orte ⁷²⁾ auch zu der meinigen gemacht.

Von den actiones in factum unterscheidet Ulpian L. 25. §. 1. D. de obligat. et act. die actiones ex facto. Darunter werden solche Klagen verstanden, welche aus einem Delict entstehen, worauf durch ein bestimmtes Gesetz eine gewisse Strafe gesetzt worden ist, wie z. B. die actio ex damno iniuria dato, quod vindicat Lex Aquilia.

Verschieden von jenen Klagen sind auch endlich die actiones utiles in dem Sinne, wo darunter diejenigen Klagen verstanden werden, welche durch eine billige Auslegung aus dem Grunde eines Civilgesetzes abgeleitet worden sind ⁷³⁾. So z. B. wird §. 16. I. de Lege Aquilia die actio legis Aquiliae utilis von der actio in factum praetoria ausdrücklich unterschieden.

71) Diss. de in factum actionibus. §. 32. Opusc. Tom. I. pag. 378.

72) §. 1068. C. 80.

73) C. HÖMMELE Rhapsod. quaestion. in foro quotidie obvenient. Vol. IV. Obs. 537. nr. 8.

Lib. XX. Tit. I.

De pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur: et de pactis

eorum.

§. 1076.

Natur, Zweck, und Wirkung des Pfandrechts.

Pfänder und Hypotheken sind das allgemeine Versärfungsmittel aller Verbindlichkeiten, so weit deren Erfüllung aus dem Vermögen des Schuldners geschehen kann. Sie sind also, sagt Zellerfeld, als necessaria contrahentium anzusehen. Darum haben die Verfasser der Pandecten nach den Contracten und den daraus entstehenden Klagen davon gehandelt. In dem Edictum perpetuum stand dieser Titel an dem Orte nicht, welchen er jetzt in den Pandecten einnimmt. Denn Ulpian handelte erst im 73. Buch über das Edict vom Pfandrecht, von den Contracten aber schon im 32. Buche, wie die Ueberschriften der daraus in die Pandecten aufgenommenen Fragmente beweisen. Der Titel de pignoribus et hypothecis scheint also in dem Edict ziemlich gegen das Ende gestanden zu haben, so wie auch in dem Codex erst im achten Buche davon gehandelt wird. Justinian giebt in seiner Constitution Omnem reipublicae de Conceptione Digestorum §. 4. einen doppelten Grund an, warum er Glucks Erläut. d. Pand. 18. Tb. hier

hier von der Ordnung des Edicts abgewichen sey: 1) *ne liber ad hypothecariam formulam*, sagt er, quem oportuno loco, in quo de hypothecis loquimur, posuimus, cum *actum sit pignoralitibus actionibus*, quae in libris de rebus positae sunt, abhorreat eorum vicinitatem; 2) *ne pignora et hypothecae à venditionibus cæterisque contractibus*, quorum quasi ministræ sunt, vicinitate ulterius divagentur. Die Römischen Ausdrücke *pignus* und *hypotheca* sind schon an einem andern Orte⁷⁴⁾ erklärt worden. Hier wird das Wort *pignus* für Pfandrecht genommen, in sofern darunter, im weitern Sinne, das einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an der Sache eines Andern zusehende dingliche Recht verstanden wird, vermöge welchen er sich in dem Falle, da die Schuld nicht gebührend bezahlt wird, durch den Verkauf der Sache für seine Forderung bezahlt machen kann⁷⁵⁾. Ein solches Pfandrecht kann nun auf eine doppelte Art bestellet werden, näm-

74) S. den 14. Th. dieses Commentars S. 861.

75) Die vorzüglichsten Schriften sind *Fr. BALDUINUS de pignoribus et hypothecis. Basiliae 1557. 8.* (in HEINECCIJ *Jurispr. Rom. et Att. Tom. I.*) *Reimb. BACHOVIVS de pignor. et hyp. Francof. et Rostochii 1656. 4.* Ernst Chr. Besser hat Versuch einer systemat. Erläuterung der sämtlichen Röm. Gesetze vom Pfandrechte, Halle 1770 und 1794. 8. *Herr, Christ. ERLEBEN Principia juris pignorum et hypothecarum. Goett. 1779. 8.* E. Besser hat Lehre vom Pfandrecht, nach Grundsätzen des Röm. Rechts dogmatisch, polemisch dargestellt. Greifswald 1816. 8. und *Car. Phil. Henr. THIERSACH Historia juris civ. de pignoribus. Specim. I. praes. Io. Godofr. MÜLLERO def. Lipsiae 1818. 4.*

nämlich entweder so, daß die Sache, welche dem Gläubiger Sicherheit gewähren soll, ihm auch zu diesem Zweck überliefert wird, oder so, daß ihm dieselbe zum Zweck seiner Befriedigung bloß angewiesen wird, ohne ihm zugleich den Besitz derselben einzuräumen. Das Pfandrecht im ersten Falle wird Pfandrecht im engern Sinn, im zweiten aber Hypothek genannt⁷⁶⁾. Beides ist zwar in Absicht auf das dingliche Recht selbst, und dessen Befolgung, nur der Benennung nach⁷⁷⁾, in anderer Hinsicht aber auf mancherley Art unterschieden, wie auch schon an einem andern Orte⁷⁸⁾ ausgeführt worden ist. Das erstere scheint jedoch, als das einfachste und natürlichste, ursprünglich die einzige Art der Verpfändung bey den Römern gewesen zu seyn, wie auch die legale Etymologie des Worts *pignus* zu erkennen giebt⁷⁹⁾. Daß dem Gläubiger die Sache des Schuldners verhaftet seyn könne, obgleich er sie nicht in seinem Besitz hat, setzt schon verfeinerte Begriffe voraus, wozu die Römer erst in späteren Zeiten fortschritten⁸⁰⁾. Die Verpfändung, durch Ueber-

tragung

76) L. 9. §. 2. *D. de pign. act.* §. 7. *I. de action.*

77) L. 5. §. 1. *D. h. t.* Inter *pignus* et *hypothecam*, tantum nominis sonus differt. §. 7. *I. de actionibus.* Inter *pignus* autem et *hypothecam* (quantum ad actionem *hypothecariam* attinet) nihil interest.

78) C. den 14. Th. dieses Commentars §. 261. C. 2. ff.

79) L. 238. §. 2. *D. de Verb. Signif.* *PIGNUS*, appellatur a pugno: quia res, quas pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse, quod quidam putant, *pignus* proprie rei mobilis constitui.

80) C. Hugo Lehrbuch der Geschichte des Röm. Rechts. §. 326. 5te Auflage und Oesterling Lehrer vom Pfandrecht. §. 1. C. 2.

tragung des Besizes geschieht nun durch den Pfandcontract, woraus persönliche Rechte und Verbindlichkeiten unter den Parthenen erwachsen, wo auch wegen irgend eines Mangels kein Pfandrecht entsteht, wenn nur die Sache zum Zweck desselben überliefert war⁸¹⁾. Hiervon ist schon oben Lib. XII. Tit. 7. (Th. 14.) ausführlich gehandelt worden. Hypothek aber wird durch bloßen Vertrag bestellt. Diese Art der Verpfändung, welche ohne Tradition der Sache geschieht, verdankt dem Edict des Prätors ihren Ursprung, ihre nachherige Erweiterung aber der Interpretation⁸²⁾. Von dieser Verpfändung ist Ulpian zu verstehen, wenn er *L. n. pr. D. de pign. act.* sagt: *Pignus contrahitur etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*

Das Pfandrecht wird also

I. zur Sicherheit einer Forderung bestellt. Es ist folglich seiner Natur nach ein blos accessorisches Recht, und setzt eine Verbindlichkeit voraus, welche durch dasselbe zur Hauptverbindlichkeit, so wie das derselben correspondirende Recht des Gläubigers durch dasselbe zum Hauptrecht wird⁸³⁾. Die Wirkung des Pfandrechts hängt daher lediglich von der Beschaffenheit der Hauptverbindlichkeit ab. Hieraus folgt, 1) daß alle Einreden, welche der Hauptschuld entgegenstehen, auch das derselben wegen eingeräumte

81) *L. 9. §. 4. L. 11. §. 2. L. 16. §. 1. L. 22. §. 2. D. de pign. actione.*

82) C. THIERBACH *Historia iuris civ. de pignoribus*. §. 7. und dieses *Commentars* Th. 14. §. 862. S. 12. ff.

83) 1218) AVERANIUS, *Interpretat. iuris*. Lib. II. cap. 12. nr. 1. 849.

räumte Pfandrecht zugleich mit treffen⁸⁴⁾. So wie demnach derjenige, welcher in der Hoffnung, Geld zu erhalten, einen Schuldschein ausgestellt hat, wenn er unter zwey Jahren auf die Bezahlung der Schuld aus seiner Handschrift belangt wird, sich mit der *exceptio non numeratae pecuniae* schützen kann; so kann er auch, wenn wegen der Schuld Hypothek gegeben worden ist, diese nämliche Ausflucht der hypothekarischen Klage entgegensetzen; und hätte etwa der Aussteller des Schuldscheins vor Empfang des Geldes dem Inhaber desselben die Pfänder übergeben, so kann er, wenn er nachher das Geld nicht erhält, nicht nur mit der Eigenthumsklage, sondern auch mit der *actio pignoratitia directa* seine Pfänder zurückfordern. Sollte ihm dann etwa der Pfandinhaber die Ausflucht der geschehenen Verpfändung entgegenstellen, und von ihm verlangen, daß er zunächst die Schuld bezahlen solle, so kann der Verpfänder mit Recht repliciren, daß ihm das Geld noch nicht gezahlt sey, und also der Beklagte das Pfand ohne rechtmäßige Ursache besitze. Denn auch hier hat der Pfandgeber bey der Zurückforderung des Pfandes binnen zwey Jahren die Vermuthung für sich, daß er das Geld noch nicht erhalten habe.

L. 1. Cod. VIII. 33. *Si pignoris conventionem numeratio pecuniae secuta non fuerit. Si pecuniam tibi non esse numeratam, atque ideo frustra captionem emissam adseris, et pignus datum probaturus es, in rem experiri potes: nam intentio⁸⁵⁾ dati pigno-*

84) L. 2. D. Quae res pignori. Westphals Pfandrecht §. 6.

85) Das Wort *intentio* heißt hier eben soviel als *exceptio*. In den Basiliken steht *καταρρησιν*.

*pignoris, neque redditae pecuniae, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit*⁸⁶). Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.

L. 11. §. 2. D. *de pignorat. act.* Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pignoratitia actione tenebor, et nulla solutione facta.

2) Ist die Hauptverbindlichkeit, zu deren Bestärkung die Verpfändung geschehen ist, von den Gesetzen für durchaus ungültig erklärt, so ist auch das bestellte Pfandrecht, als solches, ungültig, und es kann dem vermeintlichen Gläubiger deshalb nie die hypothekarische Klage zustehen. Dieß ist der Fall bei solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld, ingleichen von einem gerichtlich erklärten Verschwender, ferner von einem Pupillen ohne des Vormunds Einwilligung, oder von einer Frauensperson zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft geschehen sind⁸⁷).

3) Ist hingegen die Hauptverbindlichkeit durch die bürgerlichen Gesetze nicht ganz vernichtet, sondern nur in Ansehung ihrer gerichtlichen Wirkung beschränkt, so kann wegen einer solchen, wenn auch gleich nicht klagbaren Forderung, ein gültiges Pfandrecht statt finden. Ulpian sagt dieses

L. 14.

86) Der Pfandinhaber muß also die Auszahlung des Darlehens beweisen, außerdem ist seine Ausflucht ohne Wirkung. Der Kläger hingegen braucht hier weiter nichts, als die geschehene Verpfändung zu beweisen, wosfern sie der Beklagte nicht von selbst einräumt. S. Westphal §. 7. Not. 18. b.

87) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 864. S. 41. f.

L. 14. §. 1. D. h. t. ausdrücklich: Ex quibus casibus *naturalis obligatio*⁸⁸⁾ consistit, pignus perseverare constituit. Es versteht sich aber, daß in diesem Falle dem Gläubiger wegen des Pfandrechts auch nur dieselbe beschränkte Art der Rechtsverfolgung, wie in Ansehung der Hauptschuld selbst, zustehen könne. Wenn daher dem Gläubiger bei einer *obligatio naturalis* kein Klagerrecht zusteht, wie z. B. im Falle des *Senatusconsulti Macedoniani*; so kann er zwar nicht auf Abtretung des Pfandes klagen, wohl aber kann er, wenn er in dem Besiz desselben sich befindet, sein Pfandrecht durch Retention der Sache, und, wenn der Schuldner keine Zahlung leistet, auch durch Veräußerung derselben geltend machen⁸⁹⁾.

4) Da das Wesen des Pfandrechts darin besteht, daß es zur Sicherheit einer Schuldforderung gereichen soll, so folgt, daß wenn die Hauptschuld ganz getilgt ist, auch das derselben wegen eingeräumte Pfandrecht erlösche⁹⁰⁾. Dagegen bleibt die ganze Forderung des Gläubigers gültig, wenn gleich durch den Untergang des Pfandes das Pfandrecht aufhört⁹¹⁾. Sollte indessen nur die

88) *Obligatio naturalis* heißt bekanntermaßen im strengsten Verstande des Civilrechts eine solche Verbindlichkeit, welche den völligen gerichtlichen Effect, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden ist, nicht hervorbringt. S. Werber Syst. Entw. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 55.

89) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 864. C. 43. f.

90) L. 13. §. 4. et L. 16. §. 3. D. h. t. L. 9. §. 3. D. de pign. act. S. den 14. Th. dieses Comm. §. 869. und §. 71.

91) L. 25. Cod. de pignorib. Servo, qui fuerat pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio.

die der Forderung wegen dem Gläubiger zustehende Personalflagge durch Verjährung, oder durch eine verschuldete Versäumniß im Prozeß, erloschen seyn, so kann, weil dadurch die Verbindlichkeit des Schuldners selbst nicht aufgehoben wird, daß Pfandrecht doch noch fortbauern, wie Kr. Gordian rescribirt *L. 2. Cod. de luitjone pignoris: Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submotā*⁹²⁾.

II Das Pfandrecht kann seinem Zweck nach nur an einer Sache Statt finden, welche in Ansehung des Gläubigers eine fremde Sache ist. Die Verpfändung ist daher ungültig, wenn dem Gläubiger, obgleich ohne sein Wissen, seine eigene Sache zum Pfande gegeben wird, welche der Schuldner in gutem Glauben als sein Eigenthum besaß. Julian sagt *L. 33. §. 5. D. de Usurpat. et Usucap. Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignorantem tuam esse, desino usucapere: quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere*; und in der *L. 45. D. de diversis reg. iuris* heißt es: *Neque pignus, neque depositum, — neque locatio rei suae consistere potest.* Aus gleichem Grunde hört die Sache auf Pfand zu seyn, wenn der Gläubiger nachher Eigenthümer derselben wird, wenn er sie

92) Unrichtig verstehen die *L. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19.* und Westphal im Pfandrecht §. 9. von dem Falle des vorhergehenden Gesetzes. Richtiger erklären dieselbe *Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 18. Casp. SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4—6. Jos. ÁVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 17—20,* und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 104.

ſie auch nicht von dem Schuldnet, ſondern von einem Dritten erhielt, dem die Sache eigenthümlich gehörte; welche der Verpfänder in gutem Glauben von einem Nicht-eigenthümer gekauft hatte. So lehrt Julian L. 29. D. de pign. act. Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse: et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur; und Paulus ſagt L. 30. §. 1. in fin. D. de except. rei iudicatae — Neque enim potest pignus perseverare, domino constituto creditore.

III. Das Pfandrecht iſt ferner ſeiner Natur nach untheilbar, wenn gleich die Forderung des Gläubigers, wegen welcher es beſtellet worden, eine Theilung zuläßt⁹³). Dieſe Untheilbarkeit des Pfandrechts äußert ſich 1) darin, daß das Pfand nicht eher frey wird, als bis die ganze Schuld bezahlt iſt. Hat alſo 2) der Gläubiger mehrere Sachen zum Pfande erhalten, ſo iſt er nicht eher ſchuldig eine davon freyzugeben, als wenn er die ganze Schuld, welche darauf haftet, erhalten hat, weil die Schuld auf jedem Object ganz ruhet⁹⁴). b) Stirbt der Gläubiger, und

93) Fr. BALDUINUS de pignoribus Cap. XIV. pag. 85. Ios. Fern. de RETES Comm. de dividuis et individuis obligationibus Praelud. IV. (in Theſ. Meermann. Tom. VII. pag. 607. sq.) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Weſſphal Pfandrecht §. 33.

94) L. 19. D. h. t. Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universq, quantum debetur.

und hinterläßt mehrere Erben, so kann zwar jeder Miterbe gegen den Schuldner nur auf seinen Antheil klagen; wenn aber der Schuldner keine Zahlung leistet, so kann jeder das ganze Pfand in Anspruch nehmen⁹⁵). Eben so haftet c) jeder Erbe des Schuldners, wenn deren mehrere sind, nicht bloß wegen seines Antheils, sondern für die ganze Schuld, wenn er das Pfand besitzt, er mag es ganz oder zum Theil besitzen⁹⁶). Hätte er daher nur etwa seinen Antheil an der Pfandschuld bezahlt, so hat er dadurch noch nicht den geringsten Theil des Pfandes freygemacht, weil das Pfandrecht nicht eher aufhört, als bis die ganze Schuld getilgt ist⁹⁷). d) Wenn von mehreren Erben des verstorbenen Gläubigers einer von dem Schuldner seine Bezahlung erhalten hat, so kann dieses den übrigen Miterben, in Absicht auf die Verfolgung des Pfandrechts, nicht zum Nachtheil gereichen. Sie halten sich dennoch an das ganze Pfandstück, und suchen durch Ver-

äuße-

95) L. 1. Cod. VIII. 32. *Si unus ex pluribus heredibus creditoris. Manifesti et indubitati iuris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos Lege duodecim tabularum dividi: pignus vero in solidum unicuique teneri.*

96) L. 2. Cod. eodem. *Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur: pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diversi possident, cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant.*

97) L. 16. Cod. de distr. pignor. L. 1. Cod. de luit. pign.

äusserung desselben ihre Befriedigung zu erhalten. Damit jedoch der Schuldner nicht in Schaden komme, so müssen die übrigen Miterben ihm freylich das wieder ersetzen, was er einem der Miterben bezahlt hat. Denn der schon befriedigte Miterbe giebt nichts wieder heraus, weil er das, was er von dem Schuldner erhielt, zu fordern berechtigt war; er kann selbst dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn auch nachher das aus der Veräußerung des Pfandes gelösete Geld zur Befriedigung der übrigen Miterben unzureichend wäre, und auch dem Schuldner weitere Zahlung zu leisten unmöglich seyn sollte⁹⁸⁾. Dieß ist es, was Ulpian L. 11. §. 4. D. de pignor. act. sagt: Si creditori plures heredes exstiterint, et uni ex his pars eius solvatur, non debent cæteri heredes creditoris injuria adfici: *sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit.* Quae sententia non est sine ratione.

2) - Wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts haften auch mehrere Verkäufer einer damit beschwerten Sache im Falle der Entwährung in solidum, wenn der Gläubiger von dem Käufer die Abtretung des Pfandes verlangt hat. Hierher gehört, was Papinian L. 65. D. de evictionib. sagt: Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis spoponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat, *propter indivisam pignoris*

98) S. Weßphal's Pfandrecht §. 33. Not. 52. C. 82. a. E.

ris causam: nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur: quia non duo rei facti proponerentur. Sed *familiae erciscundae iudicium* eo nomine utile est. Nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione, cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. Zwei Erben des Schuldners hatten ein mit Hypothek behaftetes Grundstück verkauft, und sich wegen der Entwährung nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile dem Käufer verpflichtet. Einer von denselben hatte nachher dem Gläubiger seinen Antheil an der Schuld bezahlt, soweit es ihm seiner Eits oblag, um die Hypothek zu löschen. (Dies ist der Sinn der Worte: *cum alter pignus pro parte sua liberasset*) Denn eine bloße Zahlung auf Abschlag wirkt für keinen Theil eine liberatio pignoris⁹⁹). Weil jedoch der andere Miterbe nicht zahlte, so wurde die Hypothek ausgeklagt, und das Pfand von dem Gläubiger evincirt. Daß hier das abgerechnet werden mußte, was der andere Miterbe dem Gläubiger für seinen Antheil schon bezahlt hatte, verstand sich von selbst¹⁰⁰). Allein nun entstand die Frage, welcher von beyden Miterben der Käufer wegen der Entwährung hafte? Hatte dieser etwa nur eine Klage gegen denjenigen Erben, welcher den Gläubiger nicht bezahlt, und deswegen die Eviction veranlaßt hatte? Nein. Papinian entscheidet diese Frage

99) C. POTHIER Pandect. Iustinian. T. 1. Lib. XXI. Tit. 2. Nr. XLVI. not. c.

100) C. Westphal a. a. O. C. 83.

Frage vielmehr dahin, daß beyde Erben von dem Käufer belangt werden könnten, und zwar wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts. Dieß heißt hier *propter indivisam, id est, individuum pignoris causam*. Diese Untheilbarkeit machte, daß auch demjenigen, welcher dem Gläubiger seinen Schuldanteil bezahlt hatte, in Ansehung seines verkauften Antheils an dem Grundstück keine Befreyung in Absicht auf die hypothekarische Verpflichtung zu statten kam. Denn durch die Bezahlung hatte er sich bloß von dem persönlichen Anspruche des Gläubigers befreiet; allein nicht das Pfand, welches noch wegen des Rests der Pfandschuld haftete, und nur erst durch die Bezahlung der ganzen Schuld frey werden konnte¹⁾. Er blieb also als Mitverkäufer dem Käufer, wegen der Entwährung, noch für seinen Antheil verbindlich, so wie er sich auch demselben verpflichtet hatte. Da ihm indessen, als Miterben, mehr nicht zu bezahlen oblag, als er dem Gläubiger schon bezahlt hatte, so mußte er billig von seinem Miterben entschädiget werden. Was wird ihm aber deswegen für ein Rechtsmittel zustehen? Kann er etwa dem Käufer die *exceptio doli* entgegensetzen, und mittelst derselben verlangen, daß er ihm die Klage gegen den Miterben cedire, welcher nicht bezahlt hatte? Nein, weil sich dieselben wegen der Entwährung nicht in solidum verpflichtet hatten. Der Käufer konnte also von Jedem der Mitverkäufer nicht mehr als die Hälfte des Rests fordern. Da also der Beklagte nur seinen Antheil, aber nicht für seinen Miterben zahlte, so konnte er auch

gegen

1) L. 2. Cod. VIII. 29. *Debitorum vendition. pignoris impedire non posse.*

*pignoris, neque redditae pecuniae, non aliter tenebit, quam si de fide debiti constiterit*⁸⁶). Eademque ratione veritas servetur, si te possidente pignus, adversarius tuus agere coeperit.

L. 11. §. 2. D. de pignorat. act. Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pignoratitia actione tenebor, et nulla solutione facta.

2) Ist die Hauptverbindlichkeit, zu deren Bestärkung die Verpfändung geschehen ist, von den Gesetzen für durchaus ungültig erklärt, so ist auch das bestellte Pfandrecht, als solches, ungültig, und es kann dem vermeintlichen Gläubiger deshalb nie die hypothekarische Klage zustehen. Dieß ist der Fall bei solchen Verpfändungen, welche wegen einer verbotenen Spielschuld, ingleichen von einem gerichtlich erklärten Verschwender, ferner von einem Pupillen ohne des Vormunds Einwilligung, oder von einer Frauensperson zur Bestärkung einer übernommenen Bürgschaft geschehen sind⁸⁷).

3) Ist hingegen die Hauptverbindlichkeit durch die bürgerlichen Gesetze nicht ganz vernichtet, sondern nur in Ansehung ihrer gerichtlichen Wirkung beschränkt, so kann wegen einer solchen, wenn auch gleich nicht klagbaren Forderung, ein gültiges Pfandrecht statt finden. Ulpian sagt dieses

L. 14.

86) Der Pfandinhaber muß also die Auszahlung des Darlehns beweisen, außerdem ist seine Ausflucht ohne Wirkung. Der Kläger hingegen braucht hier weiter nichts, als die geschehene Verpfändung zu beweisen, wosfern sie der Beklagte nicht von selbst einräumt. *S. Westphal §. 7. Not. 18. b.*

87) *S. den 14. Th. dieses Commentars §. 864. S. 41. f.*

L. 14. §. 1. D. h. t. ausdrücklich: Ex quibus casibus *naturalis obligatio*⁸⁸⁾ consistit, pignus perseverare constituit. Es versteht sich aber, daß in diesem Falle dem Gläubiger wegen des Pfandrechts auch nur dieselbe beschränkte Art der Rechtsverfolgung, wie in Ansehung der Hauptschuld selbst, zustehen könne. Wenn daher dem Gläubiger bei einer *obligatio naturalis* kein Klagerrecht zusteht, wie z. B. im Falle des *Senatusconsulti Macedoniani*; so kann er zwar nicht auf Abtretung des Pfandes klagen, wohl aber kann er, wenn er in dem Besitze desselben sich befindet, sein Pfandrecht durch Retention der Sache, und, wenn der Schuldner keine Zahlung leistet, auch durch Veräußerung derselben geltend machen⁸⁹⁾.

4) Da das Wesen des Pfandrechts darin besteht, daß es zur Sicherheit einer Schuldforderung gereichen soll, so folgt, daß wenn die Hauptschuld ganz getilgt ist, auch das derselben wegen eingeräumte Pfandrecht erlösche⁹⁰⁾. Dagegen bleibt die ganze Forderung des Gläubigers gültig, wenn gleich durch den Untergang des Pfandes das Pfandrecht aufhört⁹¹⁾. Sollte indessen nur die

88) *Obligatio naturalis* heißt bekanntermaßen im strengsten Verstande des Civilrechts eine solche Verbindlichkeit, welche den völligen gerichtlichen Effect, welcher in der Regel mit einer Zwangspflicht verbunden ist, nicht hervorbringt. S. Werber Syst. Entw. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 55.

89) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 864. C. 43. f.

90) L. 13. §. 4. et L. 16. §. 3. D. h. t. L. 9. §. 3. D. de pign. act. S. den 14. Th. dieses Comm. §. 869. und §. 71.

91) L. 25. Cod. de pignorib. Servo, qui fuerat pignori obligatus, defuncto, debiti permanet integra petitio.

die der Forderung wegen dem Gläubiger zustehende Personalflagge durch Verjährung, oder durch eine verschuldete Versäumniß im Prozeß, erloschen seyn, so kann, weil dadurch die Verbindlichkeit des Schuldners selbst nicht aufgehoben wird, das Pfandrecht doch noch fortbauern, wie Kr. Gordian rescribirt *L. 2. Cod. de luitione pignoris: Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submotā*⁹²⁾.

II Das Pfandrecht kann seinem Zweck nach nur an einer Sache Statt finden, welche in Ansehung des Gläubigers eine fremde Sache ist. Die Verpfändung ist daher ungültig, wenn dem Gläubiger, obgleich ohne sein Wissen, seine eigene Sache zum Pfande gegeben wird, welche der Schuldner in gutem Glauben als sein Eigenthum besaß. Julian sagt *L. 33. §. 5. D. de Usurpat. et Usucap. Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignorantem tuam esse, desino usucapere: quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere*; und in der *L. 45. D. de diversis reg. iuris* heißt es: *Neque pignus, neque depositum, — neque locatio rei suae consistere potest*. Aus gleichem Grunde hört die Sache auf Pfand zu seyn, wenn der Gläubiger nachher Eigenthümer derselben wird, wenn er sie

92) Unrichtig verstehen die *L. 2. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 19.* und Westphal im Pfandrecht §. 9. von dem Falle des vorhergehenden Gesetzes. Richtiger erklären dieselbe *Ant. FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. VII. cap. 18. Casp. SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum Lib. III. Tr. VIII. Qu. 4 — 6. los. AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. II. cap. 12. nr. 17 — 20*, und Weber von der natürl. Verbindlichkeit §. 104.

ſie auch nicht von dem Schuldnet, ſondern von einem Dritten erhielt, dem die Sache eigenthümlich gehörte; welche der Verpfänder in gutem Glauben von einem Nicht-eigenthümer gekauft hatte. So lehrt Julian L. 29. D. de pign. act. Si rem alienam bona fide emeris, et mihi pignori dederis, ac precario rogaveris, deinde me dominus heredem instituerit, desinit pignus esse: et sola precarii rogatio supererit: idcirco usucapio tua interpellabitur; und Paulus ſagt L. 30. §. 1. in fin. D. de except. rei iudicatae — Neque enim potest pignus perseverare, domino constituto creditore.

III. Das Pfandrecht iſt ferner ſeiner Natur nach untheilbar, wenn gleich die Forderung des Gläubigers, wegen welcher es beſtellet worden, eine Theilung zuläßt⁹³⁾. Dieſe Untheilbarkeit des Pfandrechts äußert ſich 1) darin, daß das Pfand nicht eher frey wird, als bis die ganze Schuld bezahlt iſt. Hat alſo 2) der Gläubiger mehrere Sachen zum Pfande erhalten, ſo iſt er nicht eher ſchuldig eine davon freyzugeben, als wenn er die ganze Schuld, welche darauf haftet, erhalten hat, weil die Schuld auf jedem Object ganz ruhet⁹⁴⁾. b) Stirbt der Gläubiger, und

93) Fr. BALDUINUS de pignoribus Cap. XIV. pag. 85. Ios. Fern. de RETES Comm. de dividuis et individuis obligationibus Praelud. IV. (in Theſ. Meermann. Tom. VII. pag. 607. sq.) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. und Weſſphal Pfandrecht §. 33.

94) L. 19. D. h. t. Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi- accepto universo, quantum debetur.

und hinterläßt mehrere Erben, so kann zwar jeder Miterbe gegen den Schuldner nur auf seinen Antheil klagen; wenn aber der Schuldner keine Zahlung leistet, so kann jeder das ganze Pfand in Anspruch nehmen⁹⁵⁾. Eben so haftet c) jeder Erbe des Schuldners, wenn deren mehrere sind, nicht bloß wegen seines Antheils, sondern für die ganze Schuld, wenn er das Pfand besitzt, er mag es ganz oder zum Theil besitzen⁹⁶⁾. Hätte er daher nur etwa seinen Antheil an der Pfandschuld bezahlt, so hat er dadurch noch nicht den geringsten Theil des Pfandes freigemacht, weil das Pfandrecht nicht eher aufhört, als bis die ganze Schuld getilgt ist⁹⁷⁾. d) Wenn von mehreren Erben des verstorbenen Gläubigers einer von dem Schuldner seine Bezahlung erhalten hat, so kann dieses den übrigen Miterben, in Absicht auf die Verfolgung des Pfandrechts, nicht zum Nachtheil gereichen. Sie halten sich dennoch an das ganze Pfandstück, und suchen durch Ver-

aufse-

95) L. 1. Cod. VIII. 32. *Si unus ex pluribus heredibus creditoris. Manifesti et indubitati iuris est, defuncto creditore, multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos Lege duodecim tabularum clividi: pignus vero in solidum unicuique teneri.*

96) L. 2. Cod. eodem. *Actio quidem personalis inter heredes pro singulis portionibus quaesita scinditur: pignoris autem iure multis obligatis rebus, quas diversi possident, cum eius vindicatio non personam obliget, sed rem sequatur, qui possident, tenentes non pro modo singularum rerum substantiae conveniuntur, sed in solidum, ut vel totum debitum reddant, vel eo, quod detinent, cedant.*

97) L. 16. Cod. de distr. pignor. L. 1. Cod. de luit. pign.

äusserung desselben ihre Befriedigung zu erhalten. Damit jedoch der Schuldner nicht in Schaden komme, so müssen die übrigen Miterben ihm freylich das wieder ersetzen, was er einem der Miterben bezahlt hat. Denn der schon befriedigte Miterbe giebt nichts wieder heraus, weil er das, was er von dem Schuldner erhielt, zu fordern berechtigt war; er kann selbst dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn auch nachher das aus der Veräußerung des Pfandes gelösete Geld zur Befriedigung der übrigen Miterben unzureichend wäre, und auch dem Schuldner weitere Zahlung zu leisten unmöglich seyn sollte⁹⁸). Dieß ist es, was Ulpian L. 11. §. 4. D. de pignor. act. sagt: Si creditori plures heredes exstiterint, et uni ex his pars eius solvatur, non debent caeteri heredes creditoris injuria adfici: *sed possunt totum fundum vendere, oblato debitori eo, quod coheredi eorum solvit.* Quae sententia non est sine ratione.

2) - Wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts haften auch mehrere Verkäufer einer damit beschwerten Sache im Falle der Entwährung in solidum, wenn der Gläubiger von dem Käufer die Abtretung des Pfandes verlangt hat. Hierher gehört, was Papinian L. 65. D. de evictionib. sagt: Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit. Quaerebatur, an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat, *propter indivisam pignoris*

98) C. Weiphal's Pfandrecht §. 33. Not. 52. C. 82. a. E.

ris causam: nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, praestarentur: quia non duo rei facti proponerentur. Sed *familiae eriscundae iudicium* eo nomine utile est. Nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione, cum coheredis negligentia damnosa non debet esse alteri. Zwei Erben des Schuldners hatten ein mit Hypothek behaftetes Grundstück verkauft, und sich wegen der Entwährung nach dem Verhältniß ihrer Erbtheile dem Käufer verpflichtet. Einer von denselben hatte nachher dem Gläubiger seinen Antheil an der Schuld bezahlt, soweit es ihm seiner Eits oblag, um die Hypothek zu löschen. (Dies ist der Sinn der Worte: *cum alter pignus pro parte sua liberasset*) Denn eine bloße Zahlung auf Abschlag wirkt für keinen Theil eine *liberatio pignoris*⁹⁹). Weil jedoch der andere Miterbe nicht zahlte, so wurde die Hypothek ausgeklagt, und das Pfand von dem Gläubiger evincirt. Daß hier das abgerechnet werden mußte, was der andere Miterbe dem Gläubiger für seinen Antheil schon bezahlt hatte, verstand sich von selbst¹⁰⁰). Allein nun entstand die Frage, welcher von beyden Miterben der Käufer wegen der Entwährung hafte? Hatte dieser etwa nur eine Klage gegen denjenigen Erben, welcher den Gläubiger nicht bezahlt, und deswegen die Eviction veranlaßt hatte? Nein. Papinian entscheidet diese Frage

99) C. POTHIER Pandect. Iustinian. T. I. Lib. XXI. Tit. 2. Nr. XLVI. not. c.

100) C. Westphal a. a. D. C. 83.

Frage vielmehr dahin, daß beyde Erben von dem Käufer belangt werden könnten, und zwar wegen der Untheilbarkeit des Pfandrechts. Dieß heißt hier *propter indivisam, id est, individuum pignoris causam*. Diese Untheilbarkeit machte, daß auch demjenigen, welcher dem Gläubiger seinen Schuldantheil bezahlt hatte, in Ansehung seines verkauften Antheils an dem Grundstück keine Befreyung in Absicht auf die hypothekarische Verpflichtung zu statten kam. Denn durch die Bezahlung hatte er sich bloß von dem persönlichen Anspruche des Gläubigers befreiet; allein nicht das Pfand, welches noch wegen des Rests der Pfandschuld haftete, und nur erst durch die Bezahlung der ganzen Schuld frey werden konnte¹⁾. Er blieb also als Mitverkäufer dem Käufer, wegen der Entwährung, noch für seinen Antheil verbindlich, so wie er sich auch demselben verpflichtet hatte. Da ihm indessen, als Miterben, mehr nicht zu bezahlen oblag, als er dem Gläubiger schon bezahlt hatte, so mußte er billig von seinem Miterben entschädiget werden. Was wird ihm aber deswegen für ein Rechtsmittel zustehen? Kann er etwa dem Käufer die *exceptio doli* entgegensetzen, und mittheilt derselben verlangen, daß er ihm die Klage gegen den Miterben cedire, welcher nicht bezahlt hatte? Nein, weil sich dieselben wegen der Entwährung nicht in solidum verpflichtet hatten. Der Käufer konnte also von Jedem der Mitverkäufer nicht mehr als die Hälfte des Rests fordern. Da also der Beklagte nur seinen Antheil, aber nicht für seinen Miterben zahlte, so konnte er auch

gegen

1) L. 2. Cod. VIII, 29. *Debitorem vendition. pignoris impedire non posse.*

gegen ihn keine iura cessa verlangen. Dem Miterben, welcher jetzt mehr bezahlt hatte, als ihm nach dem Verhältniß seines Erbtheils oblag, blieb also kein anderes Mittel gegen den andern Erben übrig, als die Erbtheilungsklage²⁾. Endlich ist noch 3) aus der Untheilbarkeit des Pfandrechts zu erklären, daß dem Miterben, welcher eine Pfandschuld vor noch ungetheilter Erbschaft ganz bezahlt hat, gegen die übrigen Miterben nicht blos die actio negotiorum gestorum, sondern auch die actio familiae erciscundae gestattet wird³⁾. Zuweilen kann jedoch auch das Pfandrecht theilbar seyn. Dieser Fall tritt bey dem Pfandrechte ein, welches die Gesetze wegen der Vermächtnisse auf diejenigen Güter des Erblassers gelegt haben, die dem damit beschwerten Erben oder Legatar zu fallen. Hier sind die Antheile der einzelnen Miterben nur in so weit verhaftet, als die persönliche Klage gegen sie anwendbar ist⁴⁾. Daß aber ein Miteigenthümer blos seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache verpfänden kann,

2) S. CUPJACIUS in Papiniano ad h. L. *Operum postum*, Tom. I. pag. 185 edit. Fabrot. und Christfr. WAGCHTEN Comm. ad Tit. Dig. de evictionibus h. L. in *Opuscul.* a TROTZ edit. pag. 146. sqq.

3) L. 3. *Cod. de negot. gest.* S. Westphal §. 33. Not. 52. a. E. und den 11. Th. dieses Commentars §. 735. S. 112. bis 116.

4) L. 1. §. 1. *Cod. VI. 43. Communia de legatis.* — In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit. S. Westphal §. 98.

Parth⁵⁾), macht das Pfandrecht selbst nicht theilbar. Wird die Sache nachher getheilt, so haftet das Pfandrecht nicht gerade auf der Hälfte, welche der verpfändende Miteigenthümer nun zu seinem Antheile erhalten hat, sondern es bleibt auf beyden abgesonderten Theilen zur Hälfte deren Werths⁶⁾).

Soviel IV. die Wirkung des Pfandrechts an betrifft, so erstreckt sich dieselbe, wenn das Pfandrecht schlichthin und unbestimmt der Forderung wegen dem Gläubiger ertheilt ist⁷⁾,

A) in Rücksicht ihres Umfangs, nach der richtigern Meinung, nicht bloß auf die Hauptschuld, sondern auch, ohne besondere Verabredung, auf die damit verbundenen Nebenforderungen⁸⁾. Dabin gehören

1) Zinsen, und zwar nicht nur Verzugszinsen⁹⁾, sondern auch Conventionalzinsen, insofern sie nämlich zur
Zeit

5) L. un. VIII. 21. Cod. Si communis res pignori data sit. S. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. Band §. 295.

6) L. 7. §. 4. D. Quib. mod. pign. solvitur.

7) Ein Anders wäre, wenn das Pfandrecht ausdrücklich nur auf das Capital oder auf die Zinsen wäre beschränkt worden. L. 11. §. 3. D. de pign. act. Denn es kommt auch hier zunächst darauf an, quod actum est.

8) In der Theorie wird darüber sehr gestritten. S. Weber Erörterung der Frage, ob und in wiefern das Pfandrecht sich ausser dem Kapital auch auf Zinsen, Kosten und Conventionalstrafe erstreckt, wenn deshalb keine ausdrückliche Verabredung vorhanden ist. In Desselben Versuchen über das Eivilrecht und dessen Anwendung S. 151. ff. und Gesterding Lehre vom Pfandrecht §. 3. S. 35. ff.

9) PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 13.

Zeit der Verpfändung schon bewilligt waren, und nicht erst nachher versprochen worden sind²⁰). Steht indessen solcher Zinsen wegen, wozu sich der Schuldner erst nach der Verpfändung verbindlich gemacht hat, auch gleich dem Gläubiger die hypothekarische Klage nicht zu, so ist es doch, sofern er in dem Besiz des Pfandes sich befindet, und es nur mit dem Schuldner, oder desselben Erben zu thun hat, nicht nur das Pfand bis zu deren Bezahlung zurückzubehalten befugt, sondern er kann auch, wenn keine Bezahlung der Schuld erfolgt, am Ende die rechtliche Veräußerung des Pfandes bewirken, und sich auch wegen dieser Zinsen bezahlt machen²¹).

2) Conventionalstrafe, sofern sich der Schuldner zur Zeit der geschehenen Verpfändung zur Bezahlung derselben anheischig gemacht hatte²²).

3) Die

20) L. 4. Cod. de Usuris. Per retentionem pignoris usurae servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et rationem habet: cum pignora conventionis pacti etiam usuris obstricta sint. (Das heißt nicht wenn, sondern weil bey einer überhaupt geschehenen Verpfändung das Pfandrecht sich nach der Verabredung des Vertrags auf die Zinsen mit erstreckt.) Sed enim in causa, de qua agis, haec ratio cessat, siquidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem cum se debitor praestaturum maiores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio: quando eo tempore, quo instrumenta emittebantur, non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur.

21) L. 22. Cod. de Usuris. L. 8. §. 5. D. de pignorat. actione. L. un. Cod. Etiam ob chirograph. pecuniam pign. teneri posse.

22) L. 13. §. ult. D. de pignorib. Idem et in poena dicemus

3) Die auf das Pfand verwandte nothwendige Kosten, welche entweder in öffentlichen Abgaben und Steuern bestehen können, denen der Gläubiger als Pfandbesitzer sich unterziehen mußte¹³⁾; oder in solchen Kosten, welche die Erhaltung der Sache nothwendig machte. Ob auch die nützlichen Ausgaben hierher zu rechnen sind, ist streitig. Herr Prof. Weber¹⁴⁾ räumt dem Gläubiger in Ansehung derselben nur ein Retentionsrecht ein. Auch Thibaut¹⁵⁾ und Schweppe¹⁶⁾ beschränken das Pfandrechth nur auf nothwendige Auslagen. Herr Prof. Gesterding¹⁷⁾ will aber dem Gläubiger auch wegen der nützlichen Verwendungen ein Pfandrechth einräumen, weil die Gesetze nicht unterscheiden¹⁸⁾. Ich habe mich darüber schon an einem andern Orte¹⁹⁾ erklärt.

Was

cemus. Diesem Gesetz steht die L. 22. *Cod. de Usuris* nicht entgegen. Denn hier ist von einem solchen Falle die Rede, wo dem Gläubiger die Conventionalstrafe selbst abgesprochen wurde. Wie konnte also das Pfand dafür haften? S. DONELLUS *Comment.* in *Cod. ad h. L.* und Gesterding *Pfandrechth*. S. 49. ff.

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

14) *Anges. Erörterung* §. 17. u. 18.

15) *Syst. des Pand. Rechth* 2. B. §. 646.

16) *Röm. Privatrechth* 1. B. §. 294.

17) *Pfandrechth* S. 44.

18) L. 8. §. 5. *D. de pign. act.* Cum pignus ex pactione venire potest, non solum ob sortem non solutam venire poterit, sed ob caetera quoque, veluti usuras, et quas

Glücks *Erläut. d. Pand.* 18. Th.

W

in

Was in dem Falle gilt, wenn ein Pfandrecht durch Vertrag bestellet worden ist, ist auch Rechtens, wenn es auf andere Art, es sey durch das Gesetz selbst, oder vom Richter durch Immission bestellet worden ist. Denn immer geht der Zweck der Pfandbestellung dahin, daß der Gläubiger seiner Forderung wegen vollkommen gesichert sey, und deswegen seine völlige Befriedigung erhalte. Sie kann daher nicht blos auf die Hauptschuld eingeschränkt werden²⁰).

II. Dem Gegenstande nach, erstreckt sich die Wirkung des Pfandrechts nicht blos auf die verpfändete Hauptsache, sondern auch auf deren Zubehörung, und selbst auf die nachher noch hinzugekommene Vermehrung²¹). Dahin gehören die Früchte der verpfändeten Sache, welche zur Zeit der angestellten Pfandklage noch hängen, oder erst nach der Einlassung gezogen worden sind. Diese sind dem Pfandrecht unbedingt, die vor der Klage percipirten aber nur insofern unterworfen, als sie noch wirklich vorhanden sind, und die Hauptsache zur Befriedigung des Gläu-

in id impensa sunt. Allein das Gesetz setzt hier Zinsen und Kosten in eine Classe, und spricht von einem Gläubiger, der das Pfand in Händen hat.

19) C. den 14. Th. dieses Commentars §. 866. C. 67.

20) Anderer Meinung ist zwar Ferd. Aug. Meißner vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht. 1. Th. §. 14. Allein man sehe dagegen Schwegge Röm. Privatrecht §. 300. a. E. und Gesterding §. 3. C. 51.

21) Franc. BALDUINUS de pignoribus et hypoth. Cap. 10. und VOET Comm. h. t. §. 3. et 4.

Gläubigers nicht hinreicht²²⁾. Fester der Zuwachs des verpfändeten Grundstücks durch Alluvion²³⁾; auch der Nießbrauch, wenn er nach dem Tode des Usufructuarius wieder mit der verpfändeten Proprietät vereinigt wird²⁴⁾. Ist ferner eine area verpfändet, so hat der Gläubiger auch ein Pfandrecht auf dem darauf gesetzten Gebäude²⁵⁾, so wie bey einem verpfändeten Gebäude sich das Pfandrecht auch mit auf den Boden erstreckt²⁶⁾. Dagegen ist das Geld, welches aus dem Verkaufe einer verpfändeten Sache gelöst worden ist, dem Pfandrechte des Gläubigers eben so wenig unterworfen, als das, was wieder mit diesem Gelde angeschafft worden ist²⁷⁾. Denn die Regel *pretium in locum rei et res in locum pretii succedit*, findet hier nicht Statt.

III. In Absicht auf den Schuldner besteht die Wirkung des Pfandrechts darin.

1) Er bleibt, der Verpfändung ungeachtet, Eigenthümer der verpfändeten Sache. Denn das Pfand soll

M 2

nur

22) L. 1. §. 2. D. de pign. act. L. 16 §. 4. D. eod. L. 3. Cod. In quib. caus. pignus. L. 1. Cod. de distract. pignor. VOET c. 1. §. 3. Westphal Pfandrecht. §. 17. und Thibaut System des Pandectenrechts §. 646.

23) L. 16. pr. D. de pignorib. L. 18. §. 1. D. de pignorat. actione.

24) L. 18. §. 1. D. de pigner. act.

25) L. 16. §. 2. D. h. t.

26) L. 21. D. de pigner. act. L. 29. §. 2. D. de pignorib.

27) L. 1. D. de distr. pign. L. 7. §. 1. in fin. D. Qui potior. in pign. L. 3. Cod. In quib. caus. pign. ut hyp. tacite contrah. VOET h. t. §. 5. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. II. §. 1168.

nur zur Sicherheit des Gläubigers dienen²⁸⁾). Er kann sich daher a) gegen jeden unrechtmäßigen Besitzer, selbst sogar gegen den Gläubiger, wenn dieser sich den Besitz des Pfandes, bey einer bloß bestellten Hypothek, widerrechtlich anmaßt, der Revindication bedienen²⁹⁾). Nach einer Verordnung des Kaisers Gordian³⁰⁾), scheint es zwar, daß die Revindication nur unter der Voraussetzung Statt finde, wenn der Gläubiger zuvor befriediget worden ist³¹⁾). Es heißt nämlich: *Si dominium eius possessionis, quae pignori data esset, a debitrice domina ad te translatum est, eamque postea creditor vel eius heredes detinere coeperunt: vindica eam rem, Praeside provinciae curante, ut fructuum deducta ratione, residuoque a te oblato, si fuerit satisfactum, ea possessio tibi reddatur.* Allein es ist diese Verordnung offenbar von einem solchen Falle zu verstehen, wo dem Gläubiger der Besitz des Grundstücks zu seiner Befriedigung war eingeräumt worden. So wenig also hier die Schuldnerin selbst das Grundstück mit der *actio pignoratitia* eher hätte zurückfordern können, als bis der Gläubiger seine Befriedigung erhalten hat; eben so wenig konnte solches auch der neue Eigenthümer desselben, dem das verpfändete Grundstück, wie es in den Basiliken³²⁾ heißt, war geschenkt worden, unter einer andern Vor-

aus

28) L. 35. §. 1. D. de pign. act.

29) Westphal Pfandrecht §. 15. und Not. 29.

30) L. 9. Cod. h. t.

31) Eben dieses behauptet auch Gesterding im Pfandrecht §. 20. C. 128.

32) Tom. IV. Lib. XXV. Tit. 2. Const. 46. pag. 44.

aussetzung, vindiciren³³⁾). Bei einer Hypothek aber gehört der Besitz der verpfändeten Sache dem Schuldner, und der Gläubiger kann ihn nicht eher zu seiner Befriedigung verlangen, als wenn der Schuldner in mora solvendi ist³⁴⁾). b) Dem Schuldner gehören auch die Früchte des Pfandes, sofern er sie nicht dem Gläubiger ausdrücklich oder stillschweigend überlassen hat³⁵⁾). Er muß aber auch, als Eigenthümer, die Unglücksfälle tragen³⁶⁾). c) Der Schuldner behält ferner das Recht, die verpfändete Sache zu veräußern, ohne daß dazu die Einwilligung des Gläubigers erfordert wird³⁷⁾). Denn die Veräußerung ist dem Gläubiger nicht nachtheilig, weil sie unbeschadet seines Rechts geschieht. Res enim cum sua causa transit³⁸⁾). Ausnahmen finden jedoch statt, 1) wenn der Gläubiger mit dem Schuldner den Vertrag geschlossen hat, daß letzterer das Pfand oder die Hypothek nicht verkaufen solle. Ein solches pactum, *ne liceat debitori hypothecam vendere vel pignus*, hat nach L. 7. §. 2. D. de distract. pignor. die Wirkung, daß die demselben

33) C. CUIACIUS *Reclat. ad Cod. h. L.* und *Hug. DONEL-
LUS Comm. ad Cod. h. L.*

34) L. 5 7. et 8. *Cod. de distract. pignor.*

35) L. 23. *pr. D. h. t. L. 8. D. In quib. caus. pignus
vel hyp. contrah.*

36) L. 21. §. 2. *D. de pignor. L. 5. Cod. de pigner. act.
L. 6. 8. et 9. Cod. eodem.*

37) L. 15. *Cod. de pignor. et hyp. L. 12. Cod. de distract.
pignor. L. 10. Cod. de remiss. pignor. Nov. CXII.
cap. 1.*

38) L. 18. §. 2. *D. de pigner. act.*

selben zuwider geschehene Veräußerung ipso iure nichtig ist³⁹⁾. Auch wollen 2) die Gesetze die Veräußerung einer besonders verpfändeten beweglichen Sache als Diebstahl behandelt wissen, obwohl nicht zu ersehen ist, daß deswegen die Veräußerung selbst ungültig seyn solle⁴⁰⁾; und 3) einen speciell verpfändeten Sklaven durfte ebenfalls der Schuldner nicht freilassen; obwohl bey einer allgemeinen Verpfändung des ganzen Vermögens einzelnen darin begriffenen Sklaven die Freiheit mit der Wirkung geschenkt werden konnte, daß kein Pfandrecht weiter an ihnen haftete⁴¹⁾.

2) Wenn auch der Schuldner den Besitz des Pfandes auf den Gläubiger übertragen hat, so wird dennoch eine angefangene Utiucapion dadurch nicht gehindert, sondern der Schuldner wird in Rücksicht derselben juristisch eben so behandelt, als ob er noch Besitzer wäre⁴²⁾. Ein Anders ist,

39) Viele legen zwar der L. 7 §. 2. *D. de distr. pignor.* einen andern Sinn bey, und halten die Lesart für unrichtig. Allein die Richtigkeit derselben ist schon an einem andern Orte dieses Commentars Eb. 16. §. 976. C. 57. ff. außer Zweifel gesetzt worden.

40) L. 66. pr. *D. de furt.* Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam: quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat, idque et IULIANUS putat. Man vergleiche noch L. 19. §. 6. *D. de furtis* und Gesterding §. 20. C. 125. f.

41) L. 3. *Cod. de Servo pignori dato manumisso.*

42) L. 1. §. 15. L. 36. *D. de acquir. vel amitt. poss.* L. 16. *D. de Usurpat. et usucap.* L. 33. §. 4. *D. eod.* C. von Savigny Recht des Besizes. §. 24. C. 281. f. Franz.

ist, wenn der Gläubiger nachher Eigenthümer der ihm zum Pfande gegebenen Sache wird, z. B. der Eigenthümer hat ihn zum Erben eingesetzt. Hierdurch erlischt der Pfandcontract, und die Usucapion wird unterbrochen⁴³⁾.

Endlich soviel IV. noch die Wirkung des Pfandrechts in Beziehung auf den Gläubiger anbetrifft, so erhält dieser überhaupt ein dingliches Recht, vermöge dessen ihm die verpfändete Sache zum Zweck seiner Befriedigung, und zwar, wenn die Sache aus mehreren Stücken besteht, die gesammten Pfandstücke bis dahin, daß seine Forderung völlig getilgt ist, verhaftet bleiben⁴⁴⁾. Der Besitz kommt zwar dem Verpfänder zu, wenn er ihn nicht auf den Gläubiger übertragen hat; ist aber dieses geschehen, so erlangt hierdurch der Faustpfandgläubiger einen wahren juristischen Besitz, der ihm das Recht zu Interdicten giebt⁴⁵⁾; er kann dann auch, wie jeder andere Besitzer, die Sache vermietthen; und dieses kann selbst an den Schuldner geschehen, obgleich dieser Eigenthümer ist. Denn der Pacht besteht, als eine locatio possessio-
nis.

Franc. DUARENUS Comm. in L. 1. §. 15. D. de acquir. vel amitt. possess. Oper. pag. 626. GALVANUS de Usufructu Cap. 33. pag. 456. edit. Tübing.

43) *L. 29. D. de pignorat. act. L. 33. §. 5. D. de usurpat. et usucap.*

44) *L. 65. D. de evict. L. 3. Cod. de negot. gest.*

45) *L. 35. §. 1. D. de pign. act. L. 37. D. eodem. L. 37. pr. D. de acquir. rer. dom. L. 16. D. de usurpat. L. 37. L. 40. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 15. §. 2. D. Qui satisfacere cogantur. von Savigny a. a. O. 24. Schwegpe Röm. Privatrecht 1. Band §. 297.*

nis⁴⁶⁾). Allein der Besitz des Faustpfandgläubigers ist kein Civilbesitz in dem Sinn, daß er die ihm verpfändete Sache usucapiren könnte. *Pignori rem acceptam usu non capimus*, sagt Paulus *L. 13. pr. D. de Usurpat. et Usucap. quia pro alieno possidemus*⁴⁷⁾; er eignet sich also mehr zu einem natürlichen Besitz⁴⁸⁾, oder, wie Herr Prof. Zachariä⁴⁹⁾ sagt, er ist ein unvollkommener juristischer Besitz, welcher ihn jedoch vermöge der bekannten Verordnung des Kaisers Gordian in der *L. un. Cod. Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* berechtigt, die Sache, auch wegen jeder andern, als der Pfandschuld, dem Verpfänder vorenthalten zu dürfen⁵⁰⁾, wenn ihm auch wegen derselben kein Klagesrecht zustünde⁵¹⁾. Bey Hypotheken ist die Erlangung des Besitzes durch die mora des Schuldners bedingt, wese-

46) *L. 23. pr. D. h. t. L. 37. D. de pignorat. act. L. 37.* verbunden mit *L. 28. D. de acquir. vel amitt. possess.*

47) *L. 13. §. 1. D. de public. in rem act.*

48) *L. 3. §. 15. D. ad exhibendum.*

49) Institutionen des Röm. Rechts. (Breslau 1816.) S. 362.

50) S. den 15. Theil §. 937. S. 130. f. *Io. Ant. TILMANN* Diss. de retentione pignoris ob aliud debitum chirographarium. *Bremae* 1730. *Walth. Vinc. WIESE* Diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa debita. *Rastochii* 1780. *Ehlbaut Syst. des Pand. Rechts* 2. B. §. 648. *Schweppé Röm. Priv. Recht* 1. B. §. 392. *Westphal Pfandrecht* §. 10. Not. 22. Nun läßt sich ic. S. 37. f. und *Gesterding* §. 21. S. 132. ff.

51) *Weber syst. Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit*, §. 108.

weshalb dem Gläubiger sowohl possessorische als petitorische Rechtsmittel zustehen, wovon in der Folge gehandelt werden wird. Wegen Verzugs des Schuldners ist der Gläubiger auch befugt das Pfand zu verkaufen, und sich aus dem daraus gelöseten Gelde, seiner Forderung wegen, zu befriedigen, worauf Tit. 5. geht. Uebrigens ist von den Rechten und Pflichten des Pfandgläubigers schon an einem andern Orte⁵²⁾ ausführlicher gehandelt worden.

§. 1077.

Entstehung des Pfandrechts.

Ein Pfandrecht kann auf verschiedene Art entstehen. I. Durch den Willen desjenigen, dessen Sachen demselben unterworfen werden. Man nennt ein solches Pfandrecht ein freywilliges, *pignus voluntarium*, und dieses wird entweder A) durch Vertrag bestellet, *pignus conventionale*, und zwar entweder mittelst einer in Gefolge desselben geschehenen Uebergabe, — Pfandcontract; oder ohne Tradition, Hypothekvertrag⁵³⁾. Steht man auf die Bestellungsart eines Conventionalpfandrechts, so kann der Verpfänder seinen Willen entweder durch solche Worte erklären, welche geradezu auf ein zu ertheilendes Pfandrecht gerichtet sind, oder er kann ihn durch Worte oder Handlungen zu erkennen geben, welche blos auf ein zu ertheilendes Pfandrecht schließen lassen, insofern sie nämlich von der Art sind,

52) C. den 14. Th. dieses Commentars §. 866. und §. 867.

53) L. 1. D. de pigner. act. *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est.*

sind, daß sich dabey keine andere Bedeutung und Absicht annehmen läßt, als die, daß die Sache verpfändet seyn solle. In dieser Hinsicht unterscheidet man ein ausdrückliches und stillschweigendes Conventional-Pfandrecht⁵⁴⁾. Es wird davon §. 1082. ausführlicher gehandelt werden. Dem Conventional-Pfandrecht ist noch eine andere Einteilung eigen, welche sich auf die Verschiedenheit der darüber errichteten Beweisurkunde bezieht. Man theilt hiernach das Pfandrecht in ein öffentliches und Privatpfandrecht ein, je nachdem die Bestellung desselben entweder aus einer öffentlichen, oder einer solchen Urkunde erwiesen werden kann, welche in dieser Sphäre einer öffentlichen gleich zu achten ist, oder sich auf eine bloße Privaturkunde gründet. Nach einer Verordnung des Kaisers Leo⁵⁵⁾ soll ersteres einen Vorzug vor dem letztern haben. Davon weiter unten §. 1081.

B) Das *pignus voluntarium* wird durch eine letzte Willensverordnung des Schuldners bestellt. *Pignus testamentarium*. Ulpian gedenkt desselben L. 26. pr. D. de pign. act. wo er sagt: Testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum Patre saepissime rescripsit. Daß jedoch die Kaiser Severus und Antoninus für die Urheber dieser Art der Verpfändung zu halten seyen, wie Westphal behauptet⁵⁶⁾, ist nicht zu glauben, weil die Kaiser durch ihre Rescripte kein

54) L. 4. D. h. t. L. ult. Cod. Quae res pignori. Ge-
sterding Pfandrecht §. 13.

55) L. 11. Cod. Qui potiores in pignora.

56) Pfandrecht §. 35. Not. 56.

kein neues Recht einzuführen pflegten⁵⁷⁾. Es war aller Wahrscheinlichkeit nach schon früher bekannt⁵⁸⁾. Denn ehe Justinian⁵⁹⁾ ein Pfandrechte zur Sicherung der Vermächtnisse gesetzlich einführte, war es nicht ungewöhnlich, daß der Testator den Legatarien zur Sicherheit ihrer Vermächtnisse im Testament ein *pignus* constituirte⁶⁰⁾, entweder an Sachen, die sie von dem Testator noch in Besitz hatten, oder auch an bestimmten Sachen der Erbschaft, welche der Erbe den Legatarien einstweilen als ein Pfand auszuhändigen sollte; weshalb ihnen denn die *actio personalis ex testamento* gegen den Erben zustand; so wie sie hingegen in dem ersten Falle sich mit der *exceptio doli mali* gegen den Erben schützen konnten⁶¹⁾. Eine solche Ablieferung war jedoch in der Folge nicht mehr nöthig, nachdem durch das Edict des Prätors, und durch Interpretation das dingliche Recht der Hypothek eingeführt wurde. Ueberhaupt aber ward diese Vorsorge des Testators durch jene Constitution des Kaisers Justinian, nach

57) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 10. S. 67.

58) S. 10. God. MÜLLER *Histor. iuris civ. de pignoribus.* §. 12.

59) L. 1. *Cod. Communia de legatis et fideicommissis.*

60) Beispiele enthalten L. 9. *D. de annuis legatis* und L. 12. *D. de alimentis vel cibis legat.* Justinian sagt es selbst L. 1. *Cod. Communia de legatis.* Cum enim iam hoc iure nostro increbuit, licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento, quibus voluerit, dare.

61) Ger. NOODT *Commentar. ad Dig. h. t. §. Reliquum est.* Tom. II. *Operum* pag. 446.

nach welcher sich das Pfandrecht der Legatarien an dem Erbtheil dessen, der ein Legat entrichten sollte, nun von selbst verstand, unnöthig⁶²⁾. Allein ist gleich dadurch der Gebrauch des testamentarischen Pfandrechts sehr vermindert, so ist er doch nicht aufgehoben worden, sondern es kann noch immer zur Sicherung einer Forderung bestellt werden, die derjenige schon hat, dem das Pfandrecht vermacht wird⁶³⁾. Ja es kann selbst in dem Falle, da es einem Legatar, in Rücksicht seines Vermächtnisses, bestellt worden ist, der gesetzlichen Hypothek ungeachtet, von Nutzen seyn, weil es, wie das vom Erblasser bey Lebzeiten bestellte Pfandrecht, nicht eher an dem Antheile irgend eines der Erben aufgehoben wird, als bis der Gläubiger wegen des Ganzen befriediget ist⁶⁴⁾. Ein testamentarisches Pfandrecht kann aber nicht nur im Testament, sondern auch in Codicillen bestellt werden, und zwar nicht bloß in bestätigten, wie Anton Faber⁶⁵⁾ behauptet, sondern nach dem neuern Recht unstreitig auch in unbestätigten Codicillen⁶⁶⁾. Noch muß ich bemerken, daß

62) *S. Io. Th. SEGER Historia iuris civ. de pignoribus tacite contractis. (Lipsiae 1772.) §. 18.*

63) *Christ. Henr. BREUNING de legati hypothecae rei immobilis usu hod. Lips. 1773. Gesterding Pfandrecht §. 14.*

64) *Herm. BECKER Prolus. de actione hypothecaria legataris ex L. 1. Cod. Commun. de legatis contra coheredes competente non, ipso iure divisa. Rostochii 1768. und Schwegge Röm. Privatrecht. 3. B. §. 853.*

65) *Rational. in Pand. ad L. 26. pr. D. de pign. act.*

66) *S. Westphal a. a. O. Not. 56.*

daß neuerlich⁶⁷⁾ die Eintheilung des Pfandrechts in ein vertragsmäßiges und testamentarisches als unrichtig, oder doch als unnütz hat verworfen werden wollen, weil nicht das Testament, sondern der Quasi-Contract der Erbschaftsantretung der wahre Grund des so genannten testamentarischen Pfandrechts sey. Durch diesen Quasicontract würden alle einseitigen und an sich unverbindlichen Dispositionen des Testirers in Stipulationen des Erben verwandelt. Dieser schließe daher durch Antretung der Erbschaft auch von selbst ein wahres pactum hypothecae mit demjenigen ab, den der Testirer wirklich oder nach einer gesetzlichen Fiction ein Pfandrecht erteilt wissen wollte. Das testamentarische Pfandrecht unterscheidet sich also in nichts von demjenigen, welches aus einem ausdrücklichen zwischen dem Erben und Legatar abgeschlossenen Pfandvertrage entsteht. Allein diese Ansicht läßt sich mit den angeführten Gesetzen, welche vom testamentarischen Pfandrecht handeln, nicht süglich vereinigen. Diese betrachten das pignus testamentarium als eine Art von Legat. Hat nun der Testirer solches auf seinen eigenen Gütern vermacht, wie die angeführten Gesetze vorsehen, so muß es, nach der Natur solcher Vermächtnisse, welche von dem Legatar auf seine Erben transmittirt werden, auch sogleich mit dem Tode des Testirers seine Bestätigung erhalten⁶⁸⁾, und also auch gleich nach dem

67) S. Ferd. Aug. Weisner, Vollst. Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 3. und §. 178. S. 467.

68) L. un. Cod. de caducis tollend. S. VOET Comm. ad Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 22. von Amelin Ordnung der Gläubiger §. 79. S. 251 Bolley Lehre von öffentlichen Unter.

demselben auf den Gläubiger, zu dessen Gunsten es der Testator verordnet hat, ipso iure übergehen. Denn daß auch das testamentarische Pfandrecht, so wie jedes andere ohne Ausnahme, als ein dingliches Recht, auf die Erben des Gläubigers übergehe, bedarf wohl keines Beweises⁶⁹⁾. Wie läßt sich also wohl nur mit einigem Scheine behaupten, nicht das Testament, sondern der Quasicontract der Erbschaftsantrittung sey der wahre Grund des testamentarischen Pfandrechts? Der Erbe ist zwar aus der Erbschaftsantrittung quasi ex contractu verpflichtet, die Vermächtnisse zu entrichten, und solche, wo es dessen bedarf, den Legatarien auszuhändigen⁷⁰⁾. Allein bey dem Legat eines dinglichen Rechts bedarf es einer solchen Tradition vel quasi gar nicht. Hier geht das Recht nach dem Tode des Testators von selbst auf den Legatär über, nachdem Justinian *L. 1. Cod. Communia de legatis* den Unterschied der Formeln bey Vermächtnissen aufgehoben hat. Also nicht die Erwerbung, sondern allensfalls die Wirksamkeit des Rechts hängt von der Antrittung der Erbschaft ab, weil, wenn dieselbe nicht erfolgt, der Anfall des Vermächtnisses rückwärts vernichtet wird.

Anders verhält sich freilich die Sache, wenn der Testator seinem Gläubiger auf dem Vermögen des Erben ein Pfandrecht verordnet hätte. Denn da hier von dem Testator die Pfandbestellung nicht gültig geschehen ist, so kann auch das Pfandrecht erst von der Zeit, da es wirklich

terpfändern §. 121. HOFACKER *Princip juris civ. Rom.*
Germ. T. II. §. 1185. Gesterding Pfandrecht §. 14.

69) von Smelin *Ordn. der Gläubiger* §. 89.

70) §. 5. *L. de obligat. quas quasi ex contractu.*

lich von dem Erben nach dem Willen des Testirers bestelle worden ist, seinen Anfang nehmen, obwohl freylich diese Bestellung von dem Erben, welcher die Erbschaft angetreten hat, und deswegen quasi ex contractu den Willen des Erblassers zu erfüllen schuldig ist, mit der actio personalis ex testamento gefordert werden kann⁷¹⁾).

Uebrigens kann das testamentarische Pfandrecht eben so, wie das conventionelle, nicht nur ein ausdrückliches, sondern auch ein stillschweigendes seyn, in sofern sich nämlich ein solches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Testators mit Sicherheit schließen läßt. Z. B. ich habe ein Haus von dem Erblasser, der mir schuldig ist, gemiethet, statt der Zinsen genieße ich die Bewohnung desselben, nun verordnet er in seinem Testament, daß ich das Haus verkaufen dürfte, wenn bis an seinen Tod die Schuld nicht getilgt seyn würde; oder es vermacht mir Jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewissen Grundstück, hier habe ich ein stillschweigendes testamentliches Pfandrecht auf diesem Grundstück⁷²⁾).

II. Das Pfandrecht wird ohne den Willen des Schuldners bestellt. Ein nothwendiges Pfandrecht,

71) Christ. Gottl. GMELIN Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. Ulmae 1778. § 66. Mehrere leiten jedoch den Anfang der Gültigkeit eines solchen Pfandrechts schon von der Zeit her, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat. MERLINUS Tr. de pignorib. et hyp Lib. II. Tit. I. Qu. 16. nr. 2. BACHOVIVS de pignorib. Lib. I. c. 7. in fin. et Lib. II. cap. 3. nr. 3. HOFACKER Princip. iur. civ. T. II. §. 1185. not. b. und Gesterding Pfdrecht. §. 14.

72) Höpfner Commentar über die Institutionen §. 714. a. E.

demselben auf den Gläubiger, zu dessen Gunsten es der Testirer verordnet hat, ipso iure übergehen. Denn daß auch das testamentarische Pfandrecht, so wie jedes andere ohne Ausnahme, als ein dingliches Recht, auf die Erben des Gläubigers übergehe, bedarf wohl keines Beweises⁶⁹⁾. Wie läßt sich also wohl nur mit einigem Scheine behaupten, nicht das Testament, sondern der Quasicontract der Erbschaftsantretung sey der wahre Grund des testamentarischen Pfandrechts? Der Erbe ist zwar aus der Erbschaftsantretung quasi ex contractu verpflichtet, die Vermächtnisse zu entrichten, und solche, wo es dessen bedarf, den Legatarien auszuhändigen⁷⁰⁾. Allein bey dem Legat eines dinglichen Rechts bedarf es einer solchen Tradition vel quasi gar nicht. Hier geht das Recht nach dem Tode des Testirers von selbst auf den Legatar über, nachdem Justinian *L. 1. Cod. Communia de legatis* den Unterschied der Formeln bey Vermächtnissen aufgehoben hat. Also nicht die Erwerbung, sondern allensfalls die Wirksamkeit des Rechts hängt von der Antretung der Erbschaft ab, weil, wenn dieselbe nicht erfolgt, der Anfall des Vermächtnisses rückwärts vernichtet wird.

Anders verhält sich freylich die Sache, wenn der Testirer seinem Gläubiger auf dem Vermögen des Erben ein Pfandrecht verordnet hätte. Denn da hier von dem Testirer die Pfandbestellung nicht gültig geschehen ist, so kann auch das Pfandrecht erst von der Zeit, da es wirklich

verpfänden §. 121. HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. T. II. §. 1185. Gesterding Pfandrecht §. 14.

69) von Smelin Ordn. der Gläubiger § 89.

70) §. 5. *L. de obligat. quas quasi ex contractu.*

sich von dem Erben nach dem Willen des Testirers bestellt worden ist, seinen Anfang nehmen, obwohl freylich diese Bestellung von dem Erben, welcher die Erbschaft angetreten hat, und deswegen quasi ex contractu den Willen des Erblassers zu erfüllen schuldig ist, mit der actio personalis ex testamento gefordert werden kann⁷¹⁾.

Uebrigens kann das testamentarische Pfandrecht eben so, wie das conventionelle, nicht nur ein ausdrückliches, sondern auch ein stillschweigendes seyn, in sofern sich nämlich ein solches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Testators mit Sicherheit schließen läßt. Z. B. ich habe ein Haus von dem Erblasser, der mir schuldig ist, gemiethet, statt der Zinsen genieße ich die Bewohnung desselben, nun verordnet er in seinem Testament, daß ich das Haus verkaufen dürfte, wenn bis an seinen Tod die Schuld nicht getilgt seyn würde; oder es vermacht mir Jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewissen Grundstück, hier habe ich ein stillschweigendes testamentliches Pfandrecht auf diesem Grundstück⁷²⁾.

II. Das Pfandrecht wird ohne den Willen des Schuldners bestellt. Ein nothwendiges Pfandrecht,

71) *Christ. Gottl. Gmelin* Commentat. iur. civ. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. *Ulmae* 1778. § 66. Mehrere leiten jedoch den Anfang der Gültigkeit eines solchen Pfandrechts schon von der Zeit her, da der Erbe die Erbschaft angetreten hat. *MERLINUS* Tr. de pignorib. et hyp Lib. II. Tit. I. Qu. 16. nr. 2. *BACHOVIVS* de pignorib. Lib. I. c. 7. in fin. et Lib. II. cap. 3. nr. 3. *HOFACKER* Princip. iur. civ. T. II. §. 1185. not. b. und *Gesterding* Pfdrecht. §. 14.

72) *Höpfner* Commentar über die Institutionen §. 714. a. E.

recht, *pignus necessarium*. Dieses ist wieder von zweyerley Art. Es entsteht entweder durch unmittelbare Verordnung der Gesetze, oder es wird durch eine Verfügung des Richters bestellt. In jenem Falle wird es ein gesetzliches, *pignus legale*, oder auch ein stillschweigendes, *pignus tacitum*⁷³⁾, und zum Unterschiede von demjenigen, welches sich auf einen stillschweigenden Vertrag, oder letzten Willen gründet, ein gesetzliches stillschweigendes Pfandrecht genannt. In diesem aber ein richterliches Pfandrecht, *pignus iudiciale*. Dieses begreift wieder zwey ganz verschiedene Arten unter sich. Es wird nämlich dem Gläubiger entweder ohne Definitive Sentenz bloß durch Einweisung in die Güter des Schuldners (*missio in bona*) bestellt, oder es entsteht durch Auspfändung, zur Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils. Ersteres wird allein *pignus praetorium*⁷⁴⁾ ge-

73) In den Gesetzen wird es darum *pignus tacitum* genannt, weil man bey dessen ursprünglichen Einführung die Fiction einer stillschweigenden Einwilligung des Schuldners zu Hülfe nahm, wie aus *L. 4. pr. D. In quib. causis pig. vel hyp. tacite contrahitur. L. 6. D. eodem. L. 2. et 3. Cod. eodem. L. 4. D. de pactis.* erhellet. Daher wollen auch noch jetzt einige Rechtsgelehrten das gesetzliche Pfandrecht zu den freiwilligen rechnen. S. Volley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 3. und Meißner Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrecht §. 6.

74) *L. 26. D. de pign. act. L. 1. et 2. Cod. de praetorio pignore.* CUIACIUS Observation. Lib. V. cap. 30. Christ. Wlh. KÜSTNER Diss. I de ritu pignorum capiendorum apud veteres Rom. praes. Io. Aug. ERNESTI def. Lipsiae 1742. et Diss. II. de ritu pignorum capiendorum in republica Rom. praes. Car. Otto RECHENBERG def. Lipsiae 1743.

genennt, weil es aus dem prätorischen Rechte herrührt⁷⁵⁾, daher von denen, welche die Immiffion erhalten haben, gesagt wurde, *ex Edicto possident*⁷⁶⁾. Letzteres heißt *pignus in causa iudicati captum*⁷⁷⁾. Gewöhnlicher aber wird dieses Pfandrechte *pignus iudiciale* im eigentlichen Sinn genennt. Beide Arten des richterlichen Pfandrechts unterscheidet Ulpian ganz genau, wenn er L. 3. §. 1. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt sagt: Pignori tamen capi iussu Magistratus vel Praesidis, vel alterius potestatis, et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarum a Praetore quis potest: et ius pignoris contrahitur sive legatorum servandorum causa, sive damni infecti: et ut procedat⁷⁸⁾, juberi etiam possideri poterit. Das *pignus in causa iudicati captum* scheint zwar mehr durch die Constitutionen, als durch das Edict des Prätors, sein Daseyn und Form erhalten zu haben, wie sich aus

L. 31.

75) L. 3. Cod. Ut in possessione legator.

76) CICERO Orat. pro P. Quinctio. cap. 27.

77) Vid. L. 1. Cod. Si in causa iudicati pignus captum.

Res ob causam iudicati datas eius iussu, qui ius iubendi fuit, pignoris iure teneri, ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Christ. Wülh. KÜSTNER Pignus in causa iudicati captum. Lipsiae 1744. und Besphal Pfandrecht §. 50.

78) Petr. DUISSEMA Conjecturalium iuris civ. (Groeningae 1714.) Lib. II. cap. 5. §. 3 et 4. glaubt, es müsse gelesen werden: et, ut Praetor procedit. CUJACIUS Observat. Lib. II. c. 36 et Lib. XVII. c. 23. glaubt hingegen, man müsse bey procedat das Wort *usucapio* oder *dominium* hinzusetzen.

Glücks Erläut. d. Pand. 18. Tb.

N

L. 31. D. de re indicata ersehen läßt; daß es aber doch dem Edict nicht ganz unbekannt gewesen sey, läßt sich gewissermaßen aus *L. 4. §. 3. D. eodem.* schließen. Soll jedoch das *pignus praetorium* von Wirkung seyn, so muß derjenige, dem durch das richterliche Decret der Besitz zugesprochen ist, dadurch wirklich in den Besitz gekommen seyn. Ulpian erfordert dieses ausdrücklich, wenn er *L. 26. §. 1. D. de pign. act.* sagt: *Sciendum est, ubi iussu Magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.* Es war aber vor Justinian mit keiner dinglichen Klage verbunden, sondern der Prätor schützte bloß den, welcher ein solches Pfandrecht erhalten hatte, in dem Besitz durch ein Interdict, wie aus dem Titel der Pandecten: *Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* (Lib. XLIII. Tit. 4.) erhellet. Erst Justinian verordnete, *L. 2. Cod. de praetorio pignore*, daß das prätorische Pfandrecht mit dem conventionellen gleiche Kraft und Wirkung haben sollte. Von beyden Arten des richterlichen Pfandrechts wird §. 1031. noch ausführlicher gehandelt werden. Jetzt bemerke ich nur noch im Allgemeinen, daß sich das nothwendige Pfandrecht von dem freywilligen besonders noch darin unterscheide, daß es auch auf den Gütern solcher Personen Statt findet, welcher sonst die Fähigkeit nicht haben, ein *pignus voluntarium* zu bestellen, z. B. auf den Gütern der Pupillen und Minderjährigen; wie die oben angeführte *L. 3. §. 1. D. de reb. eorum, qui sub tut. vel cura* lehrt. Es gilt aber dieses nicht nur von einem richterlich bestellten, sondern auch von einem gesetzlichen Pfandrecht, wenn nur das Hauptgeschäft, welches die Forderung des Gläubigers

bigers begründet, an sich gültig abgeschlossen worden ist ⁷⁹⁾. Das prätorische Pfandrecht unterscheidet sich auch noch von einem conventionellen darin, daß die missio in bona wenigstens ex primo decreto dem Gläubiger keinen eigentlichen juristischen Besitz, sondern eine bloße Detention custodiae causa giebt, welche aber keine possessorischen Interdicte begründet ⁸⁰⁾.

Ob nicht auch durch Verjährung ein Pfandrecht erworben werden könne? ist eine Frage, worüber besonders in neueren Zeiten viel gestritten worden ist. Man denke sich den Fall, der Schuldner habe dem Gläubiger eine fremde Sache ohne Wissen und Einwilligung des Eigenthümers zum Pfande gegeben, der Gläubiger habe sie in der Meinung, sie sey ihm rechtmäßig verpfändet, zehn Jahre unter Gegenwärtigen oder zwarzig unter Abwesenden besessen. Die ältern Rechtsgelehrten Regusantius ⁸¹⁾, Merlinus ⁸²⁾ und Bachov ⁸³⁾ läugnen, daß der Gläubiger dadurch ein Pfandrecht erworben habe. Ihnen widersprechen jedoch unter den neuern Christ. Gortl. Gungelin ⁸⁴⁾ und Joh. Lud. Schmidt ⁸⁵⁾. Allein ihre Grün-

N 2

79) HUBER Praelect. in Pand. Lib. XX. Tit. 2. §. 9. Gesserdin § 86.

80) L. 3. §. 23. L. 10. §. 1. D. de acquir. vel amit. possess. L. 3. §. 8. D. Uti possidetis. S. von Caignon Recht des Besitzes §. 23. S. 267. f. u. §. 24. S. 275. und Zacharia Institutionen des Röm. Rechts S. 350. Anmerk. **).

81) Tr. de pignor. et hypoth. P. II. Memb. III. nr. 58.

82) Tr. de pignorib. et hypoth. L. II. Tit. I. Qu. 2. nr. 38.

83) De pignorib. et hypoth. Lib. II. Cap. 3 nr. 2. pag. 100.

84) Comm. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 23. p. 74 sq.

85) Öffentliche Rechtsprache Jena 1777. Nr. LXVIII. §. 5.

de wurden in einer unter Johann Baptista Bernhard Wankels Namen erschienenen Inaugural Dissertation⁸⁶⁾, widerlegt, und die Meinung jener ältern Rechtsgelehrten noch mit mehreren Gründen unterstützt. Ernst Gottfried Schmidt⁸⁷⁾ unternahm zwar dagegen die Vertheidigung der neuern Meinung, und ihm stimmte auch Christoph Christian Dabelow⁸⁸⁾ bey; dennoch geben Thibaut⁸⁹⁾, Unterholzner⁹⁰⁾ und Zacharia⁹¹⁾ der Meinung der ältern Rechtsgelehrten mit Recht den Vorzug. Denn 1) von einer Usucapion des Pfandrechts findet sich nirgends die geringste Spur in dem römischen Recht. Sie konnte auch, als eine bloß civilrechtliche Erwerbungsart, auf ein Institut des prätorischen Rechts, ohne dem Geist des Röm. Rechts zu nahe zu treten, um so weniger ausgedehnt werden, da man nicht einmal eine Usucapion bey Servitutn gestattete; und die vom Justinian bloß für bewegliche Sachen, nach dem Muster der alten Usucapion, eingeführte Verjährung von drey Jahren paßt vollends nicht auf sie. Eben so wenig kann aber auch 2) durch die *longi temporis praescriptio* ein Pfandrecht gegen den Eigenthümer erworben werden, welches durch die hypo-

86) Diss. de pignore usucapto. Giessae 1786. 4.

87) Der Erwerb des Pfandrechts durch die Verjährung erwogen. Jena 1788. 4.

88) Ueber die Verjährung 1. Th. Halle 1805. §. 97. S. 439.

89) Ueber Besitz und Verjährung §. 37. S. 116. und System des Pandect. Rechts 2. B. §. 1032.

90) Lehre von der Verjährung durch fortgesetzten Besitz. Breslau 1815. §. 6. Abschn. 2. und §. 43. Abschn. 6.

91) Institutionen des Röm. Rechts S. 351.

pothekarische Klage verfolgt werden könnte. Denn auch dafür haben wir kein Gesetz. Zwar kann der Gläubiger, wenn er sich dreißig Jahre im ungestörten Besiße des Pfandes befunden hat, von dem Eigenthümer daraus nicht vertrieben werden, sondern sich gegen die Ansprüche desselben mit der Einrede der Verjährung schützen, bis er seine Befriedigung erhalten hat⁹²⁾. Allein theils ist dieses eine bloß erlöschende Verjährung, welche dem Gläubiger kein dingliches Recht giebt, theils läßt sich eben daraus mit vollkommenem Grunde schließen, daß gerade dieses Schuttmittel das Einzige seyn sollte, was von dem Gläubiger durch Zeitablauf gegen den Eigenthümer erworben werden könnte, dem sonst eigentlich die ohne sein Wissen und Willen geschehene Verpfändung seiner Sache zu keinem Nachtheil gereichen soll⁹³⁾. Hierzu kommt noch, daß wenn die hypothekarische Klage gegen den dritten Besiher angestellt wird, außer der geschehenen Verpfändung, auch das Eigenthum dessen erwiesen werden muß, der dem Kläger das Pfandrecht bestellt hat. Daher sagt die *L. 6. Cod. Si aliena res pignori data sit, quod Serviana etiam actio declaret evidenter, iure pignoris teneri non posse, nisi quas obligantis in bonis fuerint: et per alium rem alienam invito domino pignori obligari non posse, certissimum est.*

Zur gültigen Bestellung eines *pignus voluntarium* wird übrigens erfordert, daß der Verpfänder nicht nur Eigenthümer sey, sondern auch die freye Verwaltung seines Vermögens habe. Er muß also.

1. Ei.

92) *L. 3. et 4. Cod. de praescript. 30. vel 40. annorum.*

93) *L. 1. 2. 4. 6. et 8. Cod. Si aliena res pignori data sit.*

I. Eigenthümer der Sache fern, dann gilt das Pfandrecht, wenn er auch schon vorher einem Andern dieselbe Sache verpfändet⁹⁴⁾ oder das Eigenthum einem Andern, dem er z. B. die Sache vorher geschenkt hatte, zu übertragen versprochen haben sollte, wenn nur die Verpfändung noch vor der Uebergabe geschehen war⁹⁵⁾. Hat der Verpfänder nur ein niederrufliches Eigenthum, so dauert das Pfandrecht des Gläubigers doch immer wenigstens so lange, bis das Recht des Verpfänders aufhört. Ja es erlischt auch denn nicht einmal immer, wofern nicht das Recht des Verpfänders rückwärts so aufgelöst wird, als ob er es nie gehabt hätte⁹⁶⁾. 3. B. Wenn

94) Zwar ist die Wirkung des Pfandrechts in Ansehung des erstern Pfandgläubigers, so lange derselbe seine Befriedigung noch nicht erhalten hat, beschränkt, allein in Ansehung eines jeden Andern, der nicht etwa das Pfand von dem erstern Pfandgläubiger gekauft hat, übt der zweite Pfandgläubiger alle Rechte einer gültigen Hypothec aus. L. 12. pr. et §. 7. D. Qui potiores in pignore. L. 15. §. 2. D. de pignorib.

95) L. 35. §. 1. D. de donat. Lucius Titius fundum Maeviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Sejo pignori obligavit, et intra dies triginta Maeviam in vacuum possessionem eiusdem fundi induxit. Quaero an donatio perfecta sit? Respondit, secundum ea, qua proponerentur, perfectam; verum creditorem firmam pignoris obligationem habere.

96) S. Gmelin Commentat. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. §. 6. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. II. c. 5. Io Paul. TRUMMER Diss de effectu hypothecae post resolutum dominium constituentis. Lipsiae 1749. und Heint. Ernst Ferd. Volley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 31.

der Verpfänder die verpfändete Sache unter der Bedingung gekauft hätte, daß er sie dem Verkäufer wieder zurückgeben dürfe, wenn sie ihm nicht mehr gefällt, so erlischt das auf der Sache dem Gläubiger bestellte Pfandrecht nicht, wenn auch nachher der Verpfänder die Sache dem Verkäufer wieder zurückgibt; hatte er aber die Sache unter der resolutive Bedingung der *addictio in diem* gekauft, und er muß die Sache nun dem bessern Käufer abtreten, so hört mit seinem Eigenthume auch das Pfandrecht auf. Hat der Verpfänder nur ein prätorisches Eigenthum, wie der *bonae fidei possessor*, dem der Prätor die Publicianische Klage giebt, so ist das Pfandrecht zwar nicht gegen den wahren Eigenthümer, wohl aber gegen jeden Dritten, der mit schwächerem Rechte besitz, wirksam, und der Gläubiger kann sich gegen einen solchen Besitzer des Pfandes der hypothekarischen Klage mit eben der Wirkung bedienen, mit welcher auch der Verpfänder selbst gegen ihn die *actio Publiciana* würde gebrauchen können⁹⁸). Der Nichteigenthümer kann hingegen auf der frem-

97) *L. 3. D. Quid, mod. pignus vel hyp. solvitur. Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem conditionem invenisset, fueritque tradita, et forte emtor, antequam melior conditio offerretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro 5. Digestorum ait, finiri pignus, si melior conditio fuerit allata: quanquam ubi sic res distracta est, nisi emtori displicuisset, pignus finiri non putet. Add. L. 4. §. 3. D. de in diem addict.*

98) *L. 18. D. de pignor. Si ab eo, qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi: sic tueretur me per Servianam Praetor, quemadmodum debitorem per Publicianam. S. Ant. FABER de Errorib Prag-*

fremden Sache sein Pfandrechte gültig bestehen. Zwar gilt die Verpfändung in so fern unter den Contrahenten, daß gegen den Schuldner, wenn er in dem Besitz der Sache ist, mit der *actio hypothecaria* auf Abtretung des Pfandes geklagt werden kann⁹⁹⁾; allein in Abtretung des Eigenthümers, ohne dessen Einwilligung, ist gar nicht, so wie in Abtretung des dritten Besitzers der Sache ist sie ungültig¹⁰⁰⁾. Der Gläubiger kann sich weder eines Reclamationsschritts gegen den Eigenthümer bedienen, wenn dieser sein Eigenthumsrecht vertritt¹⁰¹⁾; noch auch die hypothekarische Klage gegen den dritten Besitzer mit Wirkung aufstellen¹⁰²⁾, weil er das Eigenthum des Verpfänders beweisen muß¹⁰³⁾. Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn die Verpfändung der fremden Sache ausdrücklich nur unter der Bedingung geschehen ist, sofern der Schuldner das Eigenthum derselben noch verlangen würde. Hier ist die Verpfändung gültig; das Pfandrechte entsteht aber nicht eher, als wenn die Bedingung in Erfüllung geht; dann kann der Gläubiger alle Rechtsmittel eines solchen Pfandes mehr gebrauchen⁴⁾.

2) Wenn

Pragmaticor. Dec. LXIII. Err. 6. und GMELIN cit. Comment. §. 42.

99) L. 21. §. 1. D. de pignor. E. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. E. 28. Ros. 83.

100) Vid. tot. Tit. Cod. Si aliena res pignori data sit. VIII. 16. GMELIN Comm. cit. §. 13 et 14.

101) L. 6. Cod. Si alien. res pign. dat. sit.

102) L. ult. §. 2. Cod. Communia de legatis.

103) L. 15. §. 1. D. de pignorib.

4) L. 16. §. 7. D. h. t. Aliena res utiliter potest obligari sub

a) Wenn die Verpfändung zwar unbedingt geschähe, der Schuldner aber nachher noch das Eigenthum der Sache erwirbt. Hier gilt das Pfandrecht, wenn der Schuldner a) zur Zeit der Verpfändung schon ein persönliches Recht hatte, vermöge dessen er die Uebergabe der Sache von dem Eigenthümer fordern konnte⁵⁾; und b) wenn zwar der Schuldner zur Zeit der Verpfändung an der Sache noch gar kein Recht hatte, der Gläubiger aber in bona fide war, d. h. es nicht wußte, daß ihm eine fremde Sache verpfändet worden sey. Denn hätte er dieses gewußt, so kommt ihm, wenn er im Besiß der Sache ist, zwar ein Retentionsrecht, ein Pfandrecht aber auf keine Weise zu⁶⁾.

Hat der Schuldner eine fremde Sache zu verschiedenen Zeiten unbedingt verschiedenen Personen verpfändet, und er erwirbt in der Folge das Eigenthum derselben, so wird nach Afrikans Meinung vor der Hand nur das Pfandrecht desjenigen Gläubigers gültig, dem die Sache zuerst verpfändet ward. Erst wenn dieser befriediget ist, wird das Pfandrecht des zweyten Gläubigers wirksam. Dieß setzt aber freylich voraus, daß der Schuldner

sub conditione, si debitoris facta fuerit. GMELIN Cit. Comment. §. 55. Volley von öffentlichen Unterpfändern §. 52. und Gesserding Pfandrecht §. 9. C. 73.

5) L. 1. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. D. Qui potior. in pignore. L. 56 D. ad SCtum Trebellian.

6) L. 1. pr. D. h. t. L. 41. pr. D. de pigner. act. L. 5. Cod. Si aliena res pignori data sit. C. den 14. Theil dieses Commentars §. 862. C. 30. f. Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Non igitur. pag. 436. sqq. und Gesserding Pfandrecht §. 9. C. 74. ff.

ner zu der Zeit, da das Pfandrecht des zweiten Gläubigers in seine Wirkung treten soll, noch Eigenthümer der verpfändeten Sache sey. Hatte also der Schuldner die Sache in der Zwischenzeit veräußert, ehe das Pfandrecht des ersten Gläubigers erloschen war, so kann nun das Pfandrecht des zweiten Gläubigers darum nicht convalesciren, weil jetzt die Sache schon wieder, was sie zur Zeit der Verpfändung war, eine fremde Sache geworden ist. Hätte indessen der neue Eigenthümer um die geschehene Verpfändung der Sache gewußt, so würde ihn wenigstens der Dolus verantwortlich machen⁷⁾. Die Worte des Africanus in der L. 9. §. 3. *D. Qui potior in pignore* lauten folgendermaßen: *Titia praedium alienum Titio pignori dedit: post Maevio: deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit: si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat: tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris invenitur: in proposito autem maritus emtoris loco est: atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit: haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit Maevio obligatum esse.*

Wird

7) Siehe *Iac. Cujacius ad Africanum Tract. III. ad L. 9. §. 3. D. Qui potior. in pign.* *POTHIER Pand. Justin. T. I. h. t. Nr. XIX. not. b. pag. 560. und Gesterding Pfandrecht §. 9. C. 78. ff.*

Wird der Eigenthümer Erbe des Schuldners, so ist kein Grund vorhanden, warum ein Pfand, welches der Erblasser ungültig constituirte hatte, durch die Antretung der Erbschaft gültig werden sollte. Paulus⁸⁾ spricht daher auch dem Gläubiger in diesem Falle mit Recht die hypothekarische Klage geradezu ab. Modestinus⁹⁾ will ihm zwar eine *actio hypothecaria utilis* einräumen; allein dem Gläubiger kann nur allenfalls die *actio pigneratitia contraria* gegen den Erben des Verpfänders gestattet werden, um entweder auf Bestätigung des vorigen, oder auf Bestellung eines neuen Pfandrechts zu bringen.

3) Wenn der Eigenthümer in der Folge seine Genehmigung erteilt hat; so besteht das Pfandrecht eben so, als wenn er gleich Anfangs bey der Bestellung desselben eingewilliget hätte¹⁰⁾. Nur darf freylich diese Zurückwirkung nicht zum Nachtheil derjenigen Gläubiger reichen, die schon vor erfolgter Ratihabition ein gültiges Pfandrecht von dem Eigenthümer erhalten haben¹¹⁾.

4) Wenn der Eigenthümer, welcher um die Verpfändung mußte, arglistig schwieg, um den Gläubiger, welcher

8) L. 41. D. de pign. act.

9) L. 22. D. h. t. Von diesen beyden sich widersprechenden Gesetzstellen ist schon an einem andern Orte Th. 14. §. 863. S. 32. ff. gehandelt worden. Man vergleiche auch Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 80. ff.

10) L. 16. §. 1. L. 21. pr. D. de pignorib. L. 20. pr. D. de pigner. act.

11) GMELIN cit. Comm. §. 46. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1175. Hufeland Abhandlungen aus dem Civilrecht Nr. IV. S. 222. und Gesterding S. 71.

der in bona fide war, in Schaden zu bringen; so macht dieses betrügliche Schweigen denselben nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus¹²⁾ verbindlich, nicht anders, als ob er stillschweigend seine Einwilligung erteilet hätte. Zu den Ausnahmen, wo die Verpfändung einer fremden Sache gleich Anfangs gilt, kann man noch folgende Fälle rechnen,

5) daß der Gläubiger, wie die Kaiser Gordian, Diocletian und Maximian rescribirt haben, die ihm verpfändete Sache einem Andern wieder verpfänden kann¹³⁾. Ich habe davon jedoch schon an einem andern Orte¹⁴⁾ ausführlicher gehandelt.

6) Daß Tutoren und Curatoren bewegliche Sachen ihrer Mündel und Pflegebefohlenen, wenn es diesen zum Nutzen gereicht, auch ohne obrigkeitliches Decret gültig verpfänden können; wie uns Paulus¹⁵⁾ lehret, und Kr. Antoninus Caracalla¹⁶⁾ auch als Ausnahme von der Regel gebilliget hat. Eben so ist auch

7) dem

12) L. 2. Cod. Si aliena res pignori data.

13) L. 1. et. 2. Cod. Si pignus pignori detur. Hiermit ist noch zu vergleichen L. 13. §. 1. D. ad SCtum Vellejanum.

14) O. den 14. Th. dieses Commentars §. 866. u. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. II. c. 9.

15) L. 16. pr. D. de pignex. act. Tutor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est et in curatore adolescentis vel furiosi. — L. 11. D. de curatoribus. Pignus a curatore furiosi datum valet, si utilitate furiosi exigente id fecit.

16) L. 3. Cod. Si aliena res pign. dat. Curator adulti, vel

7) dem Vater erlaubt, das Vermögen seiner Kinder, welches er vermöge der väterlichen Gewalt benützt und verwaltet, in so weit zu verpfänden, als ihm die Veräußerung derselben ausnahmsweise erlaubt ist¹⁷⁾, ohne deshalb eines obrigkeitlichen Decrets bedürftig zu seyn, wie schon an einem andern Orte vorgekommen ist¹⁸⁾. Es gehören jedoch hierher nur vorzüglich folgende Fälle, a) wenn dringende Schulden der Kinder; oder b) der nothwendige Unterhalt derselben, oder auch der Eltern selbst; oder c) Auszahlung von Vermächtnissen, welche der Testator den zu Erben eingesetzten Kindern auferlegt hat, eine Verpfändung ihrer Güter rechtfertigen¹⁹⁾.

Der Verpfänder muß aber nicht nur Eigenthümer, und zwar bey einem speciellen Pfandrechte in der Regel schon zur Zeit der Bestellung desselben Eigenthümer seyn, sondern auch

II. die freie Verwaltung seines Vermögens, und also die rechtliche Fähigkeit zu alieniren haben. *Nexum non facit praediorum*, sagt L. 8. C. *Si aliena res pignori*

vel tutor pupilli propriam rem mobilem eius, cuius negotia tuetur, pignoris iure obligare non potest: nisi in rem eius pecuniam mutuam accipiat. S. Westphal Pfandrecht §. 125. Not. 149.

17) L. ult. §. 2. 4. et 5. Cod. de bonis, quae liberis.

18) E. den 14. Th. dieses Commentars §. 907. S. 376.

19) GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit §. 27. Vollen Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 58. und 70. God. MÜLLER Histor. iuris civ. de pignoribus §. 8. pag. 41. sqq.

pignori data sit, nisi persona, quae iure potuit obligare. Diese Fähigkeit wird denn auch natürlich in dem Falle vorausgesetzt, da eine fremde Sache entweder gleich Anfangs mit Einwilligung des Eigenthümers verpfändet worden, oder dieser in der Folge seine Genehmigung erteilt hat²⁰⁾. Daher können

1) Pupillen und Minderjährige nicht ohne die Einwilligung ihrer Vormünder²¹⁾ und insonderheit Grundstücke, oder auch bewegliche Sache von bedeutendem Werth nicht ohne Decret der Obrigkeit verpfänden²²⁾. Eine solche Erlaubniß der Obrigkeit wird auch dann noch erfordert, wenn gleich ein Minderjähriger *venia aetatis* erhalten hat²³⁾. Eben so kann

2) das

20) *L. 20. pr. D. de pignor. act. L. 16 §. 1. D. h. t. — Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.*

21) *L. 1. pr. D. Quae res pignori. Pupillus sine tutoris auctoritate hypothecam dare non potest. L. 1 §. 2. et 4. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori: non puto pignus valere. Nam ubi dominium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.* In der folgenden *L. 2. D. eod.* wird jedoch dieses limitirt. *E. Ger. NOODT Comm. ad Pand. Lib. XXVII. Tit. 9. §. Verat. T. II. Operum pag. 585.*

22) *L. 1. L. 5. Cod. de praediis et aliis rebus minor. sine decreto non alienand. L. 2. Cod. de Curatore furiosi vel prodigi. L. 22. Cod. de admin. tutor GMELIN cit. Commentat. §. 29. und MÜLLER cit. Histor. iur. civ. de pignorib. §. 8. pag. 35.*

23) *L. 3. Cod. De his, qui veniam aetatis impetrar. Wolley von öffentlichen Unterpfändern §. 65.*

2) das Vermögen eines Wahnsinnigen, oder gerichtlich erklärten Verschwenders nur durch den Curator derselben, und wenn von unbeweglichen, oder diesen gleichgeachteten Gütern die Rede ist, nach ertheiltem gerichtlichem Decret verpfändet werden, wenn die Verpfändung nämlich nöthig, oder für sie nützlich ist²⁴⁾. Und

3) Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, können weder das *peculium profectitium*, noch das *adventitium*, wovon dem Vater der Nießbrauch und die Verwaltung zusteht, ohne Einwilligung des Vaters verpfänden²⁵⁾. Haben sie hingegen ein solches Vermögen, worüber sie frey disponiren können, so können sie solches auch ohne Wissen und Willen des Vaters gültig verpfänden²⁶⁾. Sind sie jedoch noch minderjährig, so vertritt der Vater in der Regel die Stelle des Curators, und es wird daher desselben Einwilligung, und dann auch ebenso, wie bey Minderjährigen, ein Decret der Obrigkeit erfordert²⁷⁾.

§. 1078.

24) *L. 10. pr. D. de curatorib. L. 6. D. de verbor. obligat. L. 2. Cod. de curatore furiosi.*

25) *L. 18. §. 4. et L. 19 D. de pignorat. act. L. 1. §. 1. D. Quae res pignori. L. 8 §. 5. Cod. De bonis, quae liberis. Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de hisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori assignare. MÜLLER cit. loc. pag. 42.*

26) *Nov. CXVII. cap. 1.*

27) *E. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 568. und §. 583. und Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 60.*

fremden Sache kein Pfandrecht gültig bestellen. Zwar gilt die Verpfändung in so fern unter den Contrahenten, daß gegen den Schuldner, wenn er in dem Besiß der Sache ist, mit der *actio hypothecaria* auf Abtretung des Pfandes geklagt werden kann⁹⁹); allein in Ansehung des Eigenthümers, ohne dessen Einwilligung sie geschehen ist, so wie in Ansehung des dritten Besizers der Sache ist sie ungültig¹⁰⁰). Der Gläubiger kann sich weder eines Retentionsrechts gegen den Eigenthümer bedienen, wenn dieser sein Eigenthumsrecht verfolgt¹); noch auch die hypothekarische Klage gegen den dritten Besizer mit Wirkung anstellen²), weil er das Eigenthum des Verpfänders beweisen muß³). Ausnahmen finden jedoch Statt,

1) wenn die Verpfändung der fremden Sache ausdrücklich nur unter der Bedingung geschehen ist, dafern der Schuldner das Eigenthum derselben noch verlangen würde. Hier ist die Verpfändung gültig; das Pfandrecht entsteht aber nicht eher, als wenn die Bedingung in Erfüllung geht; dann kann der Gläubiger alle Rechtsmittel eines solchen Pfandes mehr gebrauchen⁴).

2) Wenn

Pragmaticor. Dec. LXIII. Err. 6. und GMELIN cit. Comment. §. 42.

99) L. 21. §. 1. *D. de pignor.* C. den 14. Th. dieses Commentars §. 863. C. 28. Not. 83.

100) Vld. tot. Tit. Cod. *Si aliena res pignori data sit.* VIII. 16. GMELIN Comm. cit. §. 13 et 14.

1) L. 6. Cod. *Si alien. res. pign. dat. sit.*

2) L. ult. §. 2. Cod. *Communio de legatis.*

3) L. 15. §. 1. *D. de pignorib.*

4) L. 16. §. 7. *D. h. v.* *Aliena res utilisiter potest obligari sub*

2) Wenn die Verpfändung zwar unbedingt geschah, der Schuldner aber nachher noch das Eigenthum der Sache erwirbt. Hier gilt das Pfandrecht, wenn der Schuldner a) zur Zeit der Verpfändung schon ein persönliches Recht hatte, vermöge dessen er die Uebergabe der Sache von dem Eigenthümer fordern konnte⁵⁾; und b) wenn zwar der Schuldner zur Zeit der Verpfändung an der Sache noch gar kein Recht hatte, der Gläubiger aber in bona fide war, d. h. es nicht wußte, daß ihm eine fremde Sache verpfändet worden sey. Denn hätte er dieses gewußt, so kommt ihm, wenn er im Besiß der Sache ist, zwar ein Retentionsrecht, ein Pfandrecht aber auf keine Weise zu⁶⁾.

Hat der Schuldner eine fremde Sache zu verschiedenen Zeiten unbedingt verschiedenen Personen verpfändet, und er erwirbt in der Folge das Eigenthum derselben, so wird nach Afrikans Meinung vor der Hand nur das Pfandrecht desjenigen Gläubigers gültig, dem die Sache zuerst verpfändet ward. Erst wenn dieser befriediget ist, wird das Pfandrecht des zweyten Gläubigers wirksam. Dieß setzt aber freylich voraus, daß der Schuldner

sub conditione, si debitoris facta fuerit. GMELIN Cit. Comment. §. 55. Volley von öffentlichen Unterpfändern §. 52. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 73.

5) L. 1. pr. D. h. t. L. 3. §. 1. D. Qui potior. in pignore. L. 56 D. ad SCtum Trebellian.

6) L. 1. pr. D. h. t. L. 41. pr. D. de pigner. act. L. 5. Cod. Si aliena res pignori data sit. S. den 14. Theil dieses Commentars §. 862. S. 30. f. Ger. NOODT Comment. ad Dig. h. t. §. Non igitur. pag. 436. sqq. und Gesterding Pfandrecht §. 9. S. 74. ff.

ner zu der Zeit, da das Pfandrecht des zweiten Gläubigers in seine Wirkung treten soll, noch Eigenthümer der verpfändeten Sache sey. Hatte also der Schuldner die Sache in der Zwischenzeit veräußert, ehe das Pfandrecht des ersten Gläubigers erloschen war, so kann nun das Pfandrecht des zweiten Gläubigers darum nicht convalesciren, weil jetzt die Sache schon wieder, was sie zur Zeit der Verpfändung war, eine fremde Sache geworden ist. Hätte indessen der neue Eigenthümer um die geschehene Verpfändung der Sache gewußt, so würde ihn wenigstens der Dolus verantwortlich machen⁷⁾. Die Worte des Africanus in der L. 9. §. 3. *D. Qui potiores in pignore* lauten folgendermaßen: Titia praedium alienum Titio pignori dedit: post Maevio: deinde domina eius pignoris facta, marito suo in dotem aestimatum dedit: si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Maevii pignus convalescere placebat: *tunc enim, priore dimisso, sequentis confirmatur pignus, cum res in bonis debitoris inveniatur*: in proposito autem maritus emtoris loco est: atque ideo, quia neque tunc, cum Maevio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Maevii convalescere possit: haec tamen ita, si bona fide in dotem aestimatum praedium maritus accepit, id est, si ignoravit Maevio obligatum esse.

Wird

7) Siehe Iac. CUJACIUS ad Africanum Tract. III. ad L. 9. §. 3. *D. Qui potior. in pign.* POTHIER Pand. Justin. T. I. h. t. Nr. XIX. not. b. pag. 560. und Besterding Pfandrecht §. 9. S. 78. ff.

Wird der Eigenthümer Erbe des Schuldners, so ist kein Grund vorhanden, warum ein Pfand, welches der Erblasser ungültig constituirte hatte, durch die Antretung der Erbschaft gültig werden sollte. Paulus⁸⁾ spricht daher auch dem Gläubiger in diesem Falle mit Recht die hypothekarische Klage geradezu ab. Modestinus⁹⁾ will ihm zwar eine actio hypothecaria utilis einräumen; allein dem Gläubiger kann nur allenfalls die actio pigneratitia contraria gegen den Erben des Verpfänders gestattet werden, um entweder auf Bestätigung des vorigen, oder auf Bestellung eines neuen Pfandrechts zu bringen.

3) Wenn der Eigenthümer in der Folge seine Genehmigung erteilt hat; so besteht das Pfandrecht eben so, als wenn er gleich Anfangs bey der Bestellung desselben eingewilligt hätte¹⁰⁾. Nur darf freylich diese Zurechtwirkung nicht zum Nachtheil derjenigen Gläubiger reichen, die schon vor erfolgter Ratihabition ein gültiges Pfandrecht von dem Eigenthümer erhalten haben¹¹⁾.

4) Wenn der Eigenthümer, welcher um die Verpfändung wußte, arglistig schwieg, um den Gläubiger, welcher

8) L. 41. D. de pign. act.

9) L. 22. D. h. t. Von diesen beyden sich widersprechenden Gesetzhellen ist schon an einem andern Orte Eb. 14. §. 363. S. 32. ff. gehandelt worden. Man vergleiche auch Beserding Pfandrecht §. 9. S. 80. ff.

10) L. 16. §. 1. L. 21. pr. D. de pignorib. L. 20. pr. D. de pigner. act.

11) Gmelin cit. Comm. §. 46. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1175. Hufeland Abhandlungen aus dem Eivilrecht Nr. IV. S. 222. und Beserding S. 71.

der in bona fide war, in Schaden zu bringen; so macht dieses betrüglische Schweigen denselben nach einer Verordnung der Kaiser Severus und Antoninus¹²⁾ verbindlich, nicht anders, als ob er stillschweigend seine Einwilligung ertheilet hätte. Zu den Ausnahmen, wo die Verpfändung einer fremden Sache gleich Anfangs gilt, kann man noch folgende Fälle rechnen,

5) daß der Gläubiger, wie die Kaiser Gordian, Diocletian und Maximian, rescribirt haben, die ihm verpfändete Sache einem Andern wieder verpfänden kann¹³⁾. Ich habe davon jedoch schon an einem andern Orte¹⁴⁾ ausführlicher gehandelt.

6) Daß Tutoren und Curatoren bewegliche Sachen ihrer Mündel und Pflegbefohlenen, wenn es diesen zum Nutzen gereicht, auch ohne obrigkeitliches Decret gültig verpfänden können; wie uns Paulus¹⁵⁾ lehret, und Kr. Antoninus Caracalla¹⁶⁾ auch als Ausnahme von der Regel gebilliget hat. Eben so ist auch

7) dem

12) L. 2. Cod. Si aliena res pignori data.

13) L. 1. et. 2. Cod. Si pignus pignori detur. Hiermit ist noch zu vergleichen L. 13. §. 1. D. ad SCtum Vellejanum.

14) C. den 14. Th. dieses Commentars §. 866. u. BACHOV Tr. de pignorib. Lib. II. c. 9.

15) L. 16. pr. D. de pignex. act. Tutor, lege non refragante, si dederit rem pupilli pignori, tuendum erit: scilicet si in rem pupilli pecuniam accipiat. Idem est et in curatore adolescentis vel furiosi. — L. 11. D. de curatoribus. Pignus a curatore furiosi datum valet, si utilitate furiosi exigente id fecit.

16) L. 3. Cod. Si aliena res pign. dat. Curator adulti, vel

7) dem Vater erlaubt, das Vermögen seiner Kinder, welches er vermöge der väterlichen Gewalt benützt und verwaltet, in so weit zu verpfänden, als ihm die Veräußerung derselben ausnahmsweise erlaubt ist²⁷⁾, ohne deshalb eines obrigkeitlichen Decrets benöthiget zu seyn, wie schon an einem andern Orte vorgekommen ist²⁸⁾. Es gehören jedoch hierher nur vorzüglich folgende Fälle, a) wenn dringende Schulden der Kinder; oder b) der nothwendige Unterhalt derselben, oder auch der Eltern selbst; oder c) Auszahlung von Vermächtnissen, welche der Testator den zu Erben eingesetzten Kindern auferlegt hat, eine Verpfändung ihrer Güter rechtfertigen²⁹⁾.

Der Verpfänder muß aber nicht nur Eigenthümer, und zwar bey einem speciellen Pfandrechte in der Regel schon zur Zeit der Bestellung desselben Eigenthümer seyn, sondern auch

II. die freie Verwaltung seines Vermögens, und also die rechtliche Fähigkeit zu alieniren haben. *Nexum non facit praediorum*, sagt L. 8. C. *Si aliena res pignori*

vel tutor pupilli propriam rem mobilem eius, cuius negotia tuetur, pignoris iure obligare non potest: nisi in rem eius pecuniam mutuam accipiat. S. Westphal Pfandrecht §. 125. Not. 149.

17) L. ult. §. 2. 4. et 5. Cod. de bonis, quae liberis.

18) S. den 14. Th. dieses Commentars §. 907. S. 376.

19) GMELIN Commentat. de iure pignoris vel hypoth. quod creditori debitor in re sibi non propria constituit §. 27. Volley Lehre von öffentlichen Unterpfändern §. 58. und 70. God. MÜLLER Histor. iuris civ. de pignoribus §. 8. pag. 41. sqq.

pignori data sit, nisi persona, quae iure potuit obligare. Diese Fähigkeit wird denn auch natürlich in dem Falle vorausgesetzt, da eine fremde Sache entweder gleich Anfangs mit Einwilligung des Eigenthümers verpfändet worden, oder dieselbe in der Folge seine Genehmigung ertheilt hat²⁰⁾. Daher können

1) Pupillen und Minderjährige nicht ohne die Einwilligung ihrer Vormünder²¹⁾ und insonderheit Grundstücke, oder auch bewegliche Sache von bedeutendem Werth nicht ohne Decret der Obrigkeit verpfänden²²⁾. Eine solche Erlaubniß der Obrigkeit wird auch dann noch erfordert, wenn gleich ein Minderjähriger *venia aetatis* erhalten hat²³⁾. Eben so kann

2) das

20) *L. 20. pr. D. de pign. act. L. 16 §. 1. D. h. t. — Voluntas autem fere eorum demum servabitur, qui et pignori dare possunt.*

21) *L. 1. pr. D. Quae res pignori. Pupillus sine tutoris auctoritate hypothecam dare non potest. L. 1 §. 2. et 4. D. de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt Si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solveret, essent pignori obligata venditori: non puto pignus valere. Nam ubi domicilium quaesitum est minori, coepit non posse obligari.* In der folgenden *L. 2. D. eod.* wird jedoch dieses limitirt. *E. Ger. NOODT Comm. ad Pand. Lib. XXVII. Tit. 9. §. Vetat. T. II. Operum pag. 585.*

22) *L. 1. L. 5. Cod. de praediis et aliis rebus minor. sine decreto non alienand. L. 2. Cod. de Curatore furios vel prodigi. L. 22. Cod. de admin. tutor GMELIN cit. Commentat. §. 29. und MÜLLER cit. Histor. iur. civ. de pignorib. §. 8. pag. 35.*

23) *L. 3. Cod. De his, qui veniam aetatis impetrar. Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 65.*

2) das Vermögen eines Wahnsinnigen, oder gerichtlich erklärten Verschwenders nur durch den Curator derselben, und wenn von unbeweglichen, oder diesen gleichgeachteten Gütern die Rede ist, nach ertheiltem gerichtlichem Decret verpfändet werden, wenn die Verpfändung nämlich nöthig, oder für sie nützlich ist²⁴⁾. Und

3) Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, können weder das *peculium profectitium*, noch das *adventitium*, wovon dem Vater der Nießbrauch und die Verwaltung zusteht, ohne Einwilligung des Vaters verpfänden²⁵⁾. Haben sie hingegen ein solches Vermögen, worüber sie frey disponiren können, so können sie solches auch ohne Wissen und Willen des Vaters gültig verpfänden²⁶⁾. Sind sie jedoch noch minderjährig, so vertritt der Vater in der Regel die Stelle des Curators, und es wird daher desselben Einwilligung, und dann auch ebenso, wie bey Minderjährigen, ein Decret der Obrigkeit erfordert²⁷⁾.

§. 1078.

24) *L. 10. pr. D. de curatorib. L. 6. D. de verbor. obligat. L. 2. Cod. de curatore furiosi.*

25) *L. 18. §. 4. et L. 19 D. de pignorat. act. L. 1. §. 1. D. Quae res pignori. L. 8 §. 5. Cod. De bonis, quas liberis. Filiis autem familias in his duntaxat casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de hisdem rebus testari permittimus, neque citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia eis concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecae titulo dare, vel pignori adsignare. MILLER cit. loc. pag. 42.*

26) *Nov. CXVII. cap. 1.*

27) *E. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. T. I. §. 568. und §. 583. und Bolley von öffentlichen Unterpfändern §. 60.*

§. 1078.

Eintheilung des Pfandrechts in das allgemeine und besondere.

Das Pfandrecht ist nach dem Umfange seines Gegenstandes entweder ein allgemeines (*pignus generale*), oder ein besonderes (*pignus speciale*), je nachdem es sich entweder auf das ganze Vermögen des Schuldners erstreckt, oder nur einen Theil desselben, oder einzelne Sachen zum Gegenstande hat. Andere²⁸⁾ nennen jedoch das erstere ein *pignus universale*, und unterscheiden davon ein *pignus generale*, worunter sie denn ein solches Pfandrecht verstehen, welches mehrere Arten von Sachen zugleich umfaßt, und nennen dagegen nur dasjenige ein *pignus speciale* oder *particulare*, welches nur auf eine einzelne Sache beschränkt ist. Allein diese Eintheilung stimmt weder mit den Gesetzen, noch mit dem bisherigen Sprachgebrauche der Rechtsgelehrten überein. Und dieß ist auch von der Eintheilung derjenigen²⁹⁾ zu sagen, welche das *pignus generale* wieder in *generale simpliciter tale* und *generale secundum quid tale* eintheilen, je nachdem es entweder das ganze Vermögen des Schuldners,

28) G. WORDENHOFF Diss. de concursu et collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis Tráj. ad Rhen. 1752. §. 2. in fin. (in GER. OELRICHS Thes. novo Dissertat. iurid. Belgicar. Vol. I. Tom. II. Nr. XI. pag. 698.)

29) BACHOVIVS Tr. de pignorib. Lib. I. c. 5. Io. NIC. HERTIUS in Diss. de differentiis pignoris generalis et specialis Cap. I. §. 3. et 4. (in EIVS Commentat. et Opusc. Vol. II. Tom. III. pag. 200. sq.) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20.

ners, gegenwärtiges und zukünftiges, oder nur eine gewisse Art des Vermögens, nämlich entweder bloß das gegenwärtige oder bloß das zukünftige, oder das Mobilien- oder das Immobilien-Vermögen allein umfaßt. Eine General-Hypothek begreift also das ganze Vermögen des Schuldners unter sich. Es sind daher alle sowohl einzelne dazu gehörige Sachen als Arten derselben damit befaßt, nicht anders, als ob sie alle besonders genannt, und einzeln verpfändet worden wären³⁰⁾; gleichviel wie die Hypothek bestellt worden ist, sie sey eine gesetzliche oder Conventional-Hypothek. Der Gläubiger behält daher auch sein Pfandrecht an den einzelnen Sachen, welche von dem Schuldner ohne seine Einwilligung veräußert worden sind³¹⁾. Vor Justinian mußte es zwar ausdrücklich verabredet seyn, wenn sich eine General-Hypothek auf das gesammte sowohl gegenwärtige als zukünftige Vermögen des

30) L. 15. §. 1. D. h. t. Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse: ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut specialiter rebus hypothecae nomine datis, caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet, et quae postea adquisierit, perinde atque si specialiter haec res fuissent obligatae. L. 2. D. Qui potiores in pign. L. 2. Cod. de pignorib. S. BACHOVIVS cit. Tract. Lib. I. Cap. 5. §. 3. NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. A speciali. pag. 435.

31) L. 8. §. ult. in fin. Cod. de sec. nupt. L. un. Cod. Rem alienam gerentib. L. ult. Cod. de remiss. pignor. L. 15. Cod. de pignor. L. 17. Cod. de distract. pignor. S. 10. Her. BECKER Diss. de pignore universitatis. Iena 1791. §. 6. sq.

des Schuldners erstrecken sollte. Daher war bey General-Hypotheken die gewöhnliche Formel: *ut omnia bona pignori obligata essent, quae quis habet, habiturus sit*³²⁾. Hatte hingegen der Schuldner nur schlecht hin sein Vermögen, oder auch sein gesammtes Vermögen, (*omnia bona sua*), verpfändet, so wurde eine solche allgemeine Verpfändung der Güter im Zweifel nicht auf die erst in der Folge erworbenen gedeutet³³⁾. Es scheint sogar Anfangs zweifelhaft gewesen zu seyn, ob überhaupt durch Vertrag das künftige Vermögen habe verpfändet werden können, weil doch dieses zur Zeit der Verpfändung noch als ein fremdes Gut zu betrachten war³⁴⁾. Papinian's Aeußerung in der *L. 1. pr. D. h. t.* giebt dieß wenigstens nicht undeutlich zu erkennen, wenn er sagt: *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est;* und man rechtfertigte eine solche Verpfändung des künftigen Vermögens bloß dadurch, daß sie unter der Bedingung der künftigen Erwerbung geschehe, unter welcher man auch die specielle Verpfändung einer fremden Sache für gültig hielt³⁵⁾. Ganz unrichtig aber ist es, wenn man daraus auch die

L. 9.

32) *L. 6. L. 15. L. 34. §. ult. D. de pignorib. L. ult. D. Qui potiores in pignore. L. 6. D. Qui sine manumiss. L. 28. D. de iure fisci.* C. BRISSONIUS de Formulis et solemnib. Pop. Rom. verbis. Lib. VI. Cap. 101. p. 507. sq.

33) C. Casp. SCHIFORDEGHER ad Anton. *Fabrum*. Lib. III. Tract. XII. Qu. 2. Westphal Pfandrecht §. 36. Rot. 57. MÜLLER Histor. iur. civ. de pignoribus §. 9. p. 56.

34) C. DONELLUS de pignoribus Cap. 7.

35) *L. 17. §. 7. D. h. t.*

L. 9. pr. D. eodem zu erklären gemeint, und noch weniger zu rechtfertigen ist es, wenn man sich deswegen eine so gewaltsame Krift, als durch die Unterschiebung einer Negation geschieht, erlaubt hat³⁶⁾. Denn wenn Caius daselbst sagt: Sed et quod ad eas res, quas eo tempore, quo paciscēbatur, in bonis habuit³⁷⁾, idem observari debet; so gehen diese Worte offenbar nicht auf die bona futura, welche unter der General-Hypothek nicht mit begriffen seyn sollen; denn dieses stünde ja in evidentem Widerspruche mit L. 6. D. eodem, wo gerade von einer obligationē generali rerum, quas quis habuit, habiturus sit, die Rede ist; sondern sie beziehen sich auf diejenigen Sachen, von welchen in den vorhergehenden Gesetzen die Rede war, nämlich Kleider, Hausgeräthe, und was sonst der Schuldner zum täglichen Gebrauche nöthig hat, und er auch selbst einzeln nicht verpfändet haben würde. Solche Sachen sind der General-Hypothek nicht unterworfen, wenn sie auch zur Zeit des geschlossenen Pfandvertrags schon zu dem Vermögen des Schuldners gehört haben sollten, worüber allerdings hätte Zweifel entstehen können³⁸⁾. Den besten Beweis, daß vor

D 2

Jm

36) Z. B. Westphal im Pfandrechte §. 36. Not. 57. C. 92. dem auch MÜLLER in Hist. iur. civ. de pignoribus, p. 561 bestimmt.

37) Hier will man in bonis non habuit, lesen. So auch IACCHIUS de Negation! Pandect. Cap. 16. Allein diese Aenderung der Lesart ist von aller Auctorität entblößt, und hat auch die Basilica T. IV. Lib. XXV. Tit. 2. p. 34. gegen sich.

38) C. Io. Guil. MARCKART Interpretat. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. II. Cap. 8. §. 1. und Io. Gottfr. SAMMET Re-

Justinian eine allgemeine Conventional-Hypothek ohne ausdrückliche Verabredung nicht auf das künftige Vermögen sich erstreckt habe, giebt uns die Constitution des Kaisers Justinian selbst, wodurch dieses geändert worden ist. Es ist *L. 9. Cod. Quae res pignori*, welche folgendenmaßen lautet: *Si quis in cuiuscunque contractus instrumento ea verba posuerit: Fide et periculo rerum ad me pertinentium, vel: Per parum exactionem satisfieri tibi promitto: sufficere ea verba ad rerum tam earum, quas in praesenti debitor habet, quam futurarum hypothecam sancimus: nec ex prioribus sanctionibus minus habere, specialis hypothecae memoriam videri: cum sit iustum, voluntates contrahentium magis, quam verborum conceptionem inspicere. Super qua generali hypotheca illud quoque ad conservandam contrahentium voluntatem sancimus, ut si res suas supponere debitor dixerit, non adjecto: tam praesentes, quam futuras: ius tamen generalis hypothecae etiam ad futuras res producat. Nach dieser Constitution erstreckt sich nun also ein allgemeines Pfandrecht immer auf das gesammte, sowohl gegenwärtige als künftige Vermögen des Schuldners, es bestehe in körperlichen oder unkörperlichen*), beweglichen oder unbeweglichen Sachen, und wenn Jemand auch nur schlechtweg sein Vermögen verpfändet hat, so geht auch diese Verpfändung sowohl auf bona praesentia, als futura, wenn gleich der letzteren keine*

Receptar. Lexion. ad Iacchium lib. sing. Cap. 10. (in Opuscul. pag. 144.)

*) *L. 49. D. de Verb. Sign. L. 30. §. 1. D. ad SCtum Trebell. L. 4. C. Quae res pignori.*

keine Erwähnung geschehen ist: Denn da man bey einer allgemeinen Verpfändung gewöhnlich den Vertrag auf diese ausdrücklich mit erstreckte³⁹⁾; so glaubte Justinian, es sey der Absicht der Contrahenten gemäß, durch ein allgemeines Gesetz zu verordnen, daß dasjenige, was bisher durch Vertrag war festgesetzt worden, sich nun von selbst verstehen solle⁴⁰⁾. *Quod enim pactis conventis fieri conceditur*, sagt Justinian an einem andern Orte⁴¹⁾, *et in usu quotidiano semper versari adpicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur?*

Wenn nun also nach der angeführten Constitution des Kaisers Justinian eine General-Hypothek tam eas res, quas in praesenti debitor habet, quam futuras unter sich begreift, so ist noch zu bemerken, daß der Ausdruck *res futuras* in einem doppelten Sinn genommen werde. Es werden nämlich darunter 1) solche Sachen verstanden, welche noch nicht in rerum natura vorhanden sind, sondern erst noch künftig hervorgebracht werden sollen, z. B. Früchte, foetus pecorum u. d. 2) Solche Sachen, welche sich zur Zeit der Verpfändung noch nicht in dem Eigenthume des Schuldners befanden, sondern erst in der Folge desselben Eigenthum geworden sind. Diese letztere Art von *res futurae* bezeichnet diejenigen Sachen, von welchen bey einer allgemeinen Güter-

ver-

39) *L. ult. Cod. de remiss. pignor. ib. propter verbum futurarum rerum, quod in generalibus hypothecis poni solitum est.*

40) *Ios. AVERANIUS in Interpretat. iuris Lib. III. Cap. 25. nr. 32.*

41) *L. ult. in fin. Cod. de fideiussoribus.*

verpfändung vor Justinian die Formel gebraucht wurde, *res, quas quis habiturus sit*. In Ansehung der ersten Art zukünftiger Sachen ist es nun schon genug, wenn nur die Hauptsache dem Schuldner zur Zeit der Verpfändung gehörte, woraus diese *res futurae* entstehen; dann können sie auch schon vor ihrer Entstehung verpfändet werden⁴²⁾. Ein an Früchten constituirtes Pfandrecht ist daher ohne Zweifel nicht erst von Zeit der Separation der Früchte, sondern schon von Zeit der Bestellung des Pfandrechts an zu rechnen⁴³⁾. Ganz anders verhält es sich dagegen mit derjenigen Art von *res futurae*, woran der Schuldner erst nach der Verpfändung das Eigenthum erwirbt. Hier nimmt die Hypothek an solchen *rebus futuris* nicht schon mit dem Augenblick ihrer Bestellung, wie viele⁴⁴⁾ in Beziehung auf die unrichtig verstandene L. 21.

pr.

42) L. 15. pr. D. h. t. Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt: ut fructus pendentes, partus ancillae, foetus pecorum, et ea, quae nascuntur, sint hypothecae obligata. Idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usufructu, aut de his, quae nascuntur: sive is, qui usumfructum habet.

43) L. 11 §. 3. D. Qui potior. in pignore. Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicut est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris? Et in fructibus, si convenit, ut sint pignori, aequè quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris.

44) Hug. DONELLUS de pignoribus. Cap. 14. Ant. MERENDA Contrö. iuris Lib. VI. cap. 38. Io. Christ. KOCH Diss. de concursu hypothecae specialis et generalis. Giessae

1782.

fr. D. Qui potiores in pignore⁴⁵⁾ behaupten, sondern viel-

1782. §. 10. Westphal Pfandrecht §. 114. Not. 136. Fratr. BECMANNI Consil. et Decis. P. I. Dec. XLI. nr. 6. u. a. m.

45) Scävola entscheidet hier folgenden Fall. Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset: postea mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter, ut supra, de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco. et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit: item in his rebus, quas post priorem obligationem adquisiit, donec universum debitum suum consequatur? Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda. Da Seja ward zuerst eine allgemeine Hypothek bestellt, in der Folge auch dem Fiskus. Der Schuldner trug hierauf einen Theil der Schuld seiner ersten Gläubigerin ab, und ging mit ihr wegen des Rückstandes eine Novation ein. Die Seja hatte jedoch dabey zur ausdrücklichen Bedingung gemacht, daß ihr Pfandrecht, wie zuvor, fortbauern solle. L. 11. §. 1. D. de pignorat. act.) Dennoch giebt ihr Scävola den Vorzug vor dem Fiskus, auch in Ansehung derjenigen Güter, welche der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiskus, und bis zu der Zeit hin, da sie gänzlich befriediget sein wird, erworben hat. Und zwar mit vollkommenem Recht. Denn der Fiskus hatte damals noch nicht einmal eine gesetzliche, geschweige eine privilegierte Hypothek. Sonst hätte er nicht nöthig gehabt, sich durch Vertrag ein Pfandrecht bestella zu lassen. Nun hatte der Fiskus zwar eine Generalhypothek erhalten, allein es wird nicht gesagt, daß er sich auch die bona futura habe mit verpfänden lassen. Diese waren aber, wie Scävola bemerkt, der ersten Gläubigerin, mit
der

vielmehr, wie schon längst Anton Faber ⁴⁶⁾ und Reinhard Bachov ⁴⁷⁾ lehrten, und neuerlich Gesterding ⁴⁸⁾ durch die einleuchtendsten Gründe außer allen Zweifel gesetzt hat, erst mit dem Zeitpunkt ihren Anfang, da der Schuldner das Eigenthum derselben erwirbt; welches dann die wichtige Folge hat, daß wenn der Schuldner verschiedenen Gläubigern zu verschiedenen Zeiten eine General-Hypothek ertheilt, der erste Gläubiger zwar an den Gütern, die der Schuldner noch vor der zweiten Hypothek erworben hatte, den Vorzug behauptet, in Ansehung der nach Bestellung beider Hypotheken erworbenen Güter aber beide Gläubiger gleiche Rechte haben. Denn zu der Zeit, da die Hypothek constituit wurde, waren die Sachen, welche der Schuldner noch künftig erwerben würde, in Ansehung desselben nach fremde Sachen, deren Verpfändung also unter der stillschweigenden Bedingung geschah, wenn der Schuldner sie dereinst erwerben wird. Haben nun auch beide Gläubiger ihr Pfandrecht zu verschiedenen Zeiten erhalten, so haben sie doch zu der Zeit, da die Erwerbung geschieht, ein gleiches Recht daran, und es ist ganz unrichtig, wenn man hier der eingetretenen Bedingung eine auf die Zeit der geschehenen Pfandbestellung zurückwirkende Kraft beylegen will, weil ja die künftige Erwerbung blos von der Willkür

der vor Justinian üblichen Formel, ausdrücklich mit erpfändet. Der Fiskus hatte daher an den bonis futaris nicht einmal ein Pfandrecht. S. Gesterding S. 220. ff.

46) Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 10.

47) Tract. ed pignorib. Lib. IV. Cap. 6.

48) Lehre vom Pfandrecht. §. 4. S. 58. ff.

führt des Schuldners abhängt. Explorati quidem iuris est, sagt Joseph Auerani⁴⁹⁾, conditionem casualem et mixtam in contractibus retrotrahi ad tempus celebrati contractus; sed in *potestativa*, hoc est in ea, quae pendet a potestate debitoris, secus est. *In hac enim spectatur tempus impletae conditionis, non vero contractus, ad cuius initium ea non retrotrahitur*⁵⁰⁾. Eben so lehrt auch Philibert Brüssel⁵¹⁾: Si principali obligationi vel etiam in pignore dando adscripta conditio in arbitrio et potestate eius fuerit, qui pignus dedit, eiusve qui principaliter obligatus sit: ex communi omnium sententia, *ab ipsa demum conditione existente, pignus obligatum esse dicitur*. — Proinde si inter duos creditores quaeratur, uter potior in pignore sit, AFRICANUS⁵²⁾ sub conditione creditorem tuendum non esse scripsit adversus eum, cui postea quicquam deberi ceperit, si talis fuerit, conditio; *quae invito debitore impleri non possit*. — Rursus cum constet, *futurorum bonorum obligationi* hanc inesse conditionem, si mea fiant: MARCELLUS, si tibi, quae habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum illum, si in dominium meum pervenerit, moxque dominium eius adquisiero; pares vos futu-

49) Interpretat. iuris Lib. III. cap. 9. nr. 1. et 2.

50) L. 4. D. Quae res pignori. L. 9. §. 1. D. et L. 11. §. 2. D. Qui potior, in pignore.

51) De conditionibus. Lib. II. nr. 16. pag. 217. sqq.

52) L. 9. §. 1. D. Qui potior, in pign.

futuros esse scripsit⁵³⁾: *ut hic non conventionis diem, sed existentis spectemus conditionis.* Alles dieses bekräftigt endlich noch vorzüglich die Stelle des Scävola, welcher L. 34. §. 2. D. h. t. sagt: *Creditor pignori accepit, a debitore, quidquid in bonis habet, habiturusve esset: Quaesitum est, an corpora pecuniae, quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cum in bonis eius facta sint, obligata creditoris, pignoris esse coeperint?* Respondit coepisse. Es ist also gar keinem Zweifel weiter unterworfen, daß bey einer Generalhypothek das Pfandrecht an rebus futuris erst mit dem Augenblick des Erwerbs anfangt.

Hat der Schuldner dem Gläubiger namentlich sein bewegliches und unbewegliches Vermögen verpfändet, so ist es streitig, ob dieses für eine Verpfändung des ganzen Vermögens zu halten sey, welche sich auch auf die dazu gehörigen unkörperlichen Sachen, und namentlich auf die ausstehenden Forderungen des Schuldners mit erstrecke? Mehrere Rechtsgelehrte⁵⁴⁾ bezweifeln dieses aus dem Grunde, weil die unkörperlichen Sachen als eine dritte von

53) L. 7. §. 1. D. Qui potiores in pignore. Si tibi, quas habiturus sum, obligaverim, et Titio specialiter fundum, si in dominium meum pervenerit, mox dominium eius adquisiero, putat MARCELLUS, concurrere utrumque creditorem et in pignore.

54) Ant. FABER Cod. definit. for. Lib. VIII. Tit. 6. def. 19. ZOESIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 11. STRYK Caut. Contract. Sect. II. cap. 4. §. 15. Joh. Ludw. Schmidt hinterlass. Abhandlungen verschied. pract. Rechtsmaterien 2. B. Nr. XLIX. §. 7. u. a. m.

von beweglichen und unbeweglichen ganz verschiedene Art von Sachen zu betrachten wären⁵⁵⁾, und daher auch bey einem Vermächtniß der beweglichen und unbeweglichen Sachen die ausstehende Forderungen nicht mit darunter begriffen wären *). Allein es sind hier zwey Fälle zu unterscheiden. 1) Es ist des beweglichen und unbeweglichen Vermögens, bloß als Zusatz einer allgemeinen Güterverpfändung, gedacht worden. Z. B. ich setze meinem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung mein gesammtes Vermögen, beweg- und unbewegliches, zum Unterpfande ein. Hier ist das auf eine solche Art constituirte Pfandrecht allerdings für ein allgemeines, auch die unkörperlichen Sachen mit unter sich begreifendes zu betrachten⁵⁶⁾. Dieß ist nicht nur der Analogie⁵⁷⁾, sondern auch der Absicht der Contrahenten gemäß, nach welcher eher zu vermuthen ist, daß jener Zusatz bloß zum Ueberfluß, als zur Einschränkung sey beygefügt worden⁵⁸⁾. 2) Der Schuldner hat

nur

55) L. 7. §. 4. *D. de pecul.* L. 86. pr. *D. de legat. II.*
L. 15. §. 2. *D. de re indicata.*

*) L. 79. §. 1. L. 86. *D. de legat. III.*

56) BACHOV Tr. de pignor. Lib. I. Cap. 6. nr. 7. BERGER
Oecon. iuris Lib. II. Tit. 5. §. 9. n. 1. KOCH Diss. de con-
cursu hypoth. specialis et generalis. §. 3. not. 3. HOF-
ACKER Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1167. not. b.
Smeltin von Aufssätzen über Verträge, insbes. von Schuld-
und Pfandverschreibungen §. 52. C. 105. und Gesterding
§. 11.

67) L. 21. *D. de Verbor. Signif.* L. 9. *Cod. Quae res
pignori.*

58) L. 12. §. 46. *D. de instrum. et instr. legato.* L. 9. pr.
D. de supell. legata. Corn. van BYNKERSHOEK Observ.
iur.

nur allein sein bewegliches und unbewegliches Vermögen verpfändet, ohne dabei zugleich des gesammten Vermögens Erwähnung zu thun. In diesem Falle erlaubt der eingeschränkte Begriff beweg- und unbeweglicher Sachen nicht, daß man auch die zu dem Vermögen des Schuldners gehörigen unkörperlichen Sachen unter der geschehenen Verpfändung mit begreife⁵⁹⁾.

Ob nun gleich ein allgemeines Pfandrecht alles unter sich begreift, was der Schuldner nicht nur zur Zeit der Verpfändung in bonis hat, sondern auch was er noch in der Folge erwirbt, so erstreckt es sich doch 1) nicht auf diejenigen Sachen, welche der Schuldner auch nicht einzeln und besonders hätte verpfänden können. Dahin gehören diejenigen Sachen, welche der Schuldner nicht veräußern darf, es sey ihm nun die Veräußerung entweder durch ein besonderes Gesetz, oder durch Testament, oder durch Vertrag verboten. Denn Sachen, deren Veräußerung verboten ist, können auch nicht verpfändet werden⁶⁰⁾. Wir werden davon Tit. 3. *Quae res pignori* mit Mehrerem handeln. 2) Bey einem durch Vertrag bestellten allgemeinen Pfandrecht sind diejenigen Sachen ausgeschlossen,

iur. Rom. Lib. III. cap. 2. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 226.

59) L. 15. §. 2. *D. de re iudic.* WERNHER Select. Observ. for. Tom. I. P. V. Obs 30. Schmidt Abhandlungen 2. B. Nr. 49. §. 8. Anderer Meinung ist zwar BERGER c. 1. allein man s. HAUBOLD ad Eundem not. 2. Tom. I. p. 558.

60) L. 1. §. 2. *D. Quae res pignori.* L. 9. §. 1. *D. de pignorib.* L. ult. *Cod. de rebus alien. non alienand.*

fen, von denen es nicht wahrscheinlich ist, daß der Schuldner sie besonders würde verpfändet haben. Denn der Umfang eines solchen Pfandrechts muß nach der vermuthlichen Absicht des Verpfänders beurtheilt werden. Vermöge derselben werden daher a) diejenigen Sachen nicht als mit verpfändet angesehen, welche der Schuldner zum täglichen Gebrauche nöthig hat. Z. E. Hausgeräthe, Handwerkszeug, Kleider, u. d. b) Auch diejenigen nicht, zu denen der Schuldner eine besondere Zuneigung hat, weshalb er sie einzeln nicht verpfändet haben würde. Z. B. wenn unter den Sklaven natürliche Kinder des Verpfänders sich befanden, die er mit einer Sklavin, mit welcher er in Concubinat lebte, erzeugt hatte, so waren weder diese Kinder, noch die Concubine des Schuldners dem von ihm bestellten allgemeinen Pfandrecht unterworfen. Es gehören hieher folgende Gesetzstellen.

L. 6. D. h. t. ULPIANUS libro 73. ad Edictum. Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturus sit, ea non continebuntur, quae verisimile est, quemquam specialiter obligaturum non fuisse: utputa supellex: item vestis relinquenda est debitori; et ex mancipiis, quae in eo usu habebit, ut certum sit, eum pignori daturum non fuisse: proinde de ministeriis eius perquam ei necessariis, vel quae ad affectionem eius pertineant;

L. 7. PAULUS Lib. 68. aa Edictum. Vel quae in usum quotidianum habentur, Serviana non competit.

L. 8.

L. 8. ULPIANUS Lib. 73. ad Edictum. Denique concubinam, filios naturales, alumnos constituit generali obligatione non contineri, et si qua alia sunt huiusmodi ministeria.

L. 1. Cod. Quae res pignori. SEVERUS et ANTONINUS AA. *Optato.* Alumnos tuos, et ceteras res, quas neminem credibile est pignori specialiter daturum fuisse, generali pacti conventionione, quae de bonis tuis facta est, in causa pignoris non fuisse, rationis est.

Da die Beispiele, welche sowohl in der *L. 8. D.* als *L. 1. C. cit.* angeführt werden, auf unsere Zeit nicht mehr passen, so würde es heut zu Tage der Beurtheilung des Richters zu überlassen seyn, ob die besondere Affectio, wegen welcher der Schuldner eine gewisse Sache von der General-Hypothek ausgeschlossen haben will, für vernünftig zu halten, und überhaupt einer solchen Beschränkung Statt zu geben sey, ohne dem Sicherheitsrecht des Gläubigers zu nahe zu treten. Dem Schuldner kann darüber der Eid deferirt werden. Ob nicht der Tod des Schuldners hlerin eine Aenderung mache, und diese Ausnahme aufhebe, ist zweifelhaft. Die meisten Rechtsgelehrten⁶¹⁾ sind der Meinung, daß der Gläubiger auch selbst noch nach dem Tode des Schuldners die einmal vom allgemeinen Pfandrecht erimirten Sachen nicht angreifen könne.

Allein

61) BACHOV Tr. de pignorib. Lib. I. cap. 7. nr. 1. CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 23. Def. 11. und HERT' cit. Diss. Cap. IV. §. 8.

Allein dagegen läßt sich freylich noch einwenden, daß nun der Grund wegfälle. Denn mit dem Tode des Schuldners hören ja tägliche Bedürfnisse und Zuneigung auf. Was kann also nun noch dem Wahlrecht des Gläubigers, aus welcher Sache er seine Befriedigung suchen wolle, so wie ihm solches die General-Hypothek gewährt⁶²⁾, entgegen stehen⁶³⁾? Indessen verdient der Erbe allerdings Gehör, wenn er ein besonderes Interesse beweisen kann, daß die Execution in eine gewisse Sache nicht vollstreckt werde; und da überhaupt jene Sachen nur so lange ausgenommen sind, als noch anderes Vermögen des Schuldners zur Befriedigung des Gläubigers vorhanden ist, so würden auf jeden Fall diese ausgenommenen Sachen, sofern nicht einem Andern dingliche Rechte daran erteilt sind, auch noch nach dem Tode des Schuldners dem Gläubiger zum Object der Execution dienen, wenn er sonst nicht befriediget werden kann⁶⁴⁾. Denn die eigenen Güter des Erben sind der von dem Schuldner bestellten General-Hypothek nicht unterworfen⁶⁵⁾.

Eine

62) *L. 2. pr. D. Qui potiores in pignore.*

63) *C. WORDENHOFF* *Diat. de concursu et collisione utriusque hypothecae tum generalis tum specialis* §. 13. und *Io. Herm. BECKER* *Diss. de pignore universitatis. Ienae 1791. §. 4.*

64) *HOFACKER* *Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1167. not. d. Westphal's Pfandrecht* §. 37. *Not. 59.* und *Ehribaut* *Ess. des Pand. Rechts* 2. B. §. 638.

65) *L. 29. pr. D. h. t.* *PAULUS* respondit, generalem quidem conventionem sufficere ad obligationem pignorum: sed ea, quae ex bonis defuncti non fuerunt, sed postea ab herede eius ex alia causa acquisita sunt, vindicari non posse a creditore testatoris.

Eine allgemeine Hypothek giebt übrigens dem Gläubiger das Recht, aus jedem darunter begriffenen Stück der Güter des Schuldners, nach seinem Gefallen, seine Befriedigung zu suchen⁶⁶⁾, wenn auch die Sache, welche er mit der *actio hypothecaria* verfolgt, einem spätern Gläubiger besonders wäre verpfändet worden, und das übrige Vermögen zur Befriedigung des allgemeinen Pfandgläubigers genüge⁶⁷⁾; es müßte denn ausdrücklich ausgemacht worden seyn, daß die dem spätern Gläubiger gegebene Special-Hypothek nur dann erst angegriffen werden sollte, wenn das allgemein verpfändete übrige Vermögen zur Befriedigung des ersten Gläubigers nicht hinreichen würde. Nun sind zwei Fälle denkbar. Der erste Pfandgläubiger erhält seine Befriedigung. Hier ist nun der Fall nicht eingetreten, auf welchen die Special-Hypothek des zweyten Gläubigers dem ersten Gläubiger haften sollte, und der Special-Pfandgläubiger hat nun an der ihm verpfändeten Sache die alleinige Hypothek. In dem zweyten Falle hingegen kann sich nun auch der allgemeine Pfandgläubiger an die Special-Hypothek halten, als welche ihm auf diesen Fall in *subsidium* haftet⁶⁸⁾.

66) L. 8. D. de distract. pignor.

67) L. 2. D. Qui potior. in pignore. Westphal §. 41.

68) S. WORDENHOFF cit. Diss. §. 8. et 9.