Rostocker Dokumentenserver
Dieses Werk wurde Ihnen durch die Universitätsbibliothek Rostock zum Download bereitgestellt.
Für Fragen und Hinweise wenden Sie sich bitte an: digibib.ub@uni-rostock.de

Samuel Gottfried Liekefett

**Praktischer Commentar über die Pandekten**

# Eilfter Theil : Welcher das zwanzigste und ein und zwanzigste Buch der Pandekten, und vom zwey und zwanzigsten Buche den ersten bis dritten Titel enthält

Leipzig: bey Adam Friedrich Böhme, 1801

**http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256**

Band (Druck) Freier Zugang PUBLIC DOMAIN

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0001
DFG

K-f-653 (II)
K.f.-653.(II.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0002
DFG

Praktischer

# Commentar

über

# die Pandekten

nach dem Lehrbuch

des Herrn GRR. Hellfeld.

---

## Eilfter Theil,

welcher das zwanzigste und ein und zwanzigste Buch der Pandekten, und vom zwey und zwanzigsten Buche den ersten bis dritten Titel enthält.

---

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1801.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0005
DFG

Ex Bibliotheca Academiae Rostockiensis

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn1701685256/phys_0006
DFG

# Inhalt.

## Lib. XX. Tit. I.

## de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum.

### §. 1077.

Die Grundsätze von der Pfandgebung und von der Pfandverschreibung sind im römischen Rechte zum Nachtheil der Deutlichkeit getrennt worden, S. 1. Wie ist eine Pfandgebung und eine Pfandverschreibung unterschieden? 1. Die Verpfändungen waren schon in den ältesten Zeiten bey den Römern gebräuchlich, 1. Wie wurde die Pfandgebung in den ältesten Zeiten bey den Römern vorgenommen? 2. Vom pacto fiduciae bey der Pfandgebung, 2. Was veranlaßte die Einführung der Hypotheken? 2. Was für ähnliche Rechte dürfen nicht mit den Hypotheken verwechselt werden? 3. Das Pfandrecht setzt eine Schuld voraus, zu deren Sicherheit es ertheilt wird, und ohne solche läßt sich gar kein Pfandrecht denken, 3. Der Schuldner hat bey Zurückforderung seiner Pfänder binnen zwey Jahren die Vermuthung für sich, daß ihm das Geld noch nicht gezahlt worden sey, 3. Der Gerichtsgebrauch hat diese Einrede noch weiter ausgedehnt, 3. Wenn wurde bey den Römern der Ausdruck: solutioni adiectus, gebraucht? 4. Erstreckt sich die geschehene Verpfändung zur Sicherheit der Hauptschuld, auch auf die Zinsen, die Kosten und die Verwendungen?

dungen? 4. Ein wegen der Zinsen besonders ertheiltes Pfandrecht schließt den Hauptstamm nicht mit ein, 4. Wie muß die Forderung beschaffen seyn, zu deren Sicherheit die Verpfändung geschehen ist? 5. Geht es an, die Abrede zu nehmen, daß die Pfandverschreibung sich nur auf einen bestimmten Theil der Forderung erstrecken soll? 5. Weil die Schuld die Hauptsache ist, so kann das Pfandrecht wegfallen, die Schuldforderung aber dennoch fortdauern, 5. Weil der Pfandgeber Eigenthümer seines Pfandes bleibt, so kann er die Eigenthumsklage wider jeden Besitzer, und selbst gegen den Gläubiger anstellen, 5. Der Pfandgeber erhebt alle Nutzungen des Pfandes, und der Pfandgläubiger darf nichts davon fordern, 6. Was für Rechte kann der Pfandgläubiger an den Früchten der verpfändeten Sache ausüben? 6. Der durch einen Fluß an ein Grundstück nach und nach angesetzte Erdstrich gehört dem Eigenthümer des Pfandes, 6. Macht der Pfandinhaber durch das Pfand, bey Gelegenheit einer deshalb ausgeführten Klage, einen Gewinnst, so ist dieser dem Eigenthümer zu berechnen, 7. Der Pfandschuldner kann eine Veräußerung einzelner beweglicher Sachen vornehmen, wenn sich die Hypothek über das ganze Vermögen erstreckt, 7. Der Besitz des übergebenen Pfandes wird ein natürlicher, der Besitz des Schuldners und Eigenthümers hingegen ein bürgerlicher genennt, 7. Die Realklagen und die actiones in rem scriptae können blos wider den Eigenthümer der Hypothek angestellt werden, 7. Die Angesessenheit kommt dem Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks zu gute, 8. Weil der Verpfänder bürgerlicher Besitzer des Pfandes ist, so kann er die Verjährung des Eigenthums fortsetzen, 8. Was für Folgen in Ansehung des Besitzes hat es, wenn der Pfandgeber die verpfändete Sache von seinem Pfandschuldner geborgt, bittweise oder miethweise in Besitz erhalten haben sollte? 8. Gehindert wird der Lauf der Verjährung, wenn der Pfandinhaber einem Andern einen wirklichen bürgerlichen Besitz eingeräumt hat, 9. Die Verjährung des Verpfänders wird dadurch nicht unterbrochen, wenn der Pfandinhaber den Besitz des Pfandes aufgegeben, es

hat

hat sich aber Niemand Anders in den Besitz dieser Sache gesetzt, 10. Wie wird die Verjährung des Eigenthums der zur Hypothek überlassenen Sache unterbrochen? 9. Weil der Verpfänder Eigenthümer bleibt, so muß er auch alle Lasten, Abgaben und Kosten übernehmen, die auf dem verpfändeten Grundstück haften, 9. Der Pfandinhaber muß die nothwendigen Kosten einstweilen auslegen, wenn er nicht den aus Unterlassung dieser Besorgung herrührenden Schaden ersetzen will, 10. Wenn darf der Pfandinhaber Verbesserungen des Pfandes vornehmen? 11. Wer muß beweisen, daß dem Pfande durch einen Unglücksfall ein Nachtheil zugefügt worden sey? 11.

§. 1078 — 1081.

Wie ist ein allgemeines und ein besonderes Pfandrecht unterschieden? S. 11 und 17. Wie wird es bey der Ausklagung des Pfandschuldners gehalten, wenn sich der Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht und auch ein besonderes einräumen lassen? 11. Muß bey der allgemeinen Verpfändung das künftige Vermögen ausdrücklich mit genannt werden? 11. Sollte der Schuldner anderwärts Geld geborgt, und solches noch baar liegen haben, so erstreckt sich das allgemeine Pfandrecht auch hierauf, 11. Was für eine Hypothek wird unter dem Ausdrucke: sämmtliches Vermögen, verstanden? 12. Wie ist eine Universalhypothek und eine generelle Hypothek unterschieden? 12. Was für Sachen dürfen bey einer allgemeinen Hypothek nicht eher angegriffen werden, als bis kein Vermögen weiter da ist? 12. Erstreckt sich die allgemeine Hypothek auf das eigene Vermögen des Erben? 12. Erstreckte sich die allgemeine Hypothek auf die käuflichen Bedienungen bey den Römern? 13. Was für eine Bewandniß hatte es bey diesen Bedienungen in Rücksicht auf die Vererbung? 13. Es war erlaubt, dergleichen Bedienungen bey Lebzeiten an Jemanden zu überlassen, wofür der Nachfolger im Amte eine Summe Geldes bezahlte, 14. Die Art, wie sich der Gläubiger an den Dienst halten konnte, war verschieden, 14. Wenn hatte der Gläu-

Gläubiger an solchen käuflichen Bedienungen ein Pfandrecht? 14. Wurde vermuthet, daß der Schuldner die Bedienung mit seinem Gelde bezahlt, oder daß ein Anderer das Geld dazu hergegeben habe? 14. Was für einen Unterschied setzte Justinian hierbey in Rücksicht auf die Wechsler und Kaufleute und andere Personen fest? 15. Hatte der Kaufmann die Stelle für seine Kinder oder Verwandten gekauft, so mußte man vermuthen, sie sey mit des Darleihers und Gläubigers Gelde gekauft worden, und behauptete Jemand das Gegentheil, so lag ihm der Beweis ob, 15. Giebt es einen Fall, wo die Generalhypothek zur Sicherheit unzulänglich ist, die Specialhypothek hingegen nicht? 16. Ist die allgemeine und die besondere Hypothek der Zeit nach einander gleich, so bewirken beyde gleichen Anspruch auf die nämliche Sache, 16. Kann der allgemeine Pfandgläubiger solche Gelder zurück fordern, die sein Pfandschuldner vor Ausbruch des Concurses an einen spätern Gläubiger bezahlt hat? 17. Wenn der spätere Gläubiger die von seinem Schuldner bezahlt erhaltenen Gelder, an den Fiskus, wegen seines habenden stärkern Rechts, zurück geben muß, so kann er nicht zugleich angehalten werden, Zinsen dieses Geldes für die Zeit der Benutzung zu bezahlen, 17. Hat er diese Gelder ohne sein Verschulden eingebüßt, daher er nicht mehr reicher davon ist, so braucht er gar nichts dafür zu vergüten, 17. Ist eine allgemeine Hypothek oder eine besondere für den Pfandgläubiger vortheilhafter? 18. Wenn sich der Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht und ein besonderes ertheilen lassen, welche Hypothek kann zuerst angegriffen werden? 19. Weil die Entstehungsart des Pfandrechts nicht immer ebendieselbe ist, so lassen sich Eintheilungen des Pfandrechts darnach machen, 19. Die testamentarische Hypothek ist von dem Kaiser Severus eingeführt worden, 20. Wenn wird das Pfandrecht ein beglaubtes genennt? 20. Was für Verpfändungen gehören zu den beglaubten? 20. Welche Verpfändungen werden Privatverpfändungen genennt? 21. Wie ist das prätorische Pfandrecht entstanden? 21. Die Gläubiger erhielten durch die Immission in das Vermögen ihres Schuldners anfangs eine bloße

bloße Detention, die mit der Verwaltung verbunden war, und ein Recht, das auf gewisse Weise ein Pfandrecht war, auf gewisse Weise aber auch nicht, 22. Hatten einige Gläubiger eines und eben desselben Schuldners das prätorische Pfandrecht erhalten, so kam solches auch den übrigen zu statten, wenn sie sich nur nicht spät dazu meldeten, 23. Wenn hatte immissio ex primo et secundo decreto statt? 23. Wenn erlangte man nach dem römischen Rechte ein richterliches Pfandrecht? 24.

§. 1082.

Was wird erfordert, wenn Jemand ein Pfandrecht an des Andern Gütern bekommen soll? S. 25. Wenn existirt kein Pfandrecht? 25. Sowohl der Hypothekvertrag, als der Pfandcontract werden mehr nach der Billigkeit, als nach formularischer Strenge beurtheilt, 25. Das bloße mündliche Versprechen ist schon hinlänglich, 25. Ein Pfandcontract kann auch bildlich und symbolisch geschlossen werden, 26. Der Verpfänder muß nicht nur Eigenthümer seyn, sondern auch die Freyheit haben, über sein Vermögen willkührlich disponiren zu können, 26. Manchen Personen war es bey den Römern untersagt, in gewissen Gegenden ein Pfandrecht zu erwerben, 26. Alles, was bey andern Verträgen eine Ungültigkeit verursacht, macht auch einen Pfandcontract ungültig, 27. Ein völlig ungültiger Pfandcontract bewirkt nicht einmal ein Retentionsrecht, 27. Dieser Contract darf für keine Novation gehalten werden, wenn er zur Sicherheit einer alten Schuld geschlossen worden ist, 27. Dieser Pfandcontract muß von dem alten contractu fiduciae wohl unterschieden werden, 27. Die Wirkung des contractus fiduciae bestand darin, daß der Gläubiger so lange ein Eigenthum des Pfandes erhielt, bis der Schuldner die Zurückgabe, welche Handlung die Remancipation genennt wurde, verlangte, 27. Ein Schuldner konnte das Pfand seinem Gläubiger, mit dem er in contractu fiduciae stand, nicht verkaufen, weil letzterer

schon Eigenthümer war, 27. Unter dem Vermächtniß seiner Sclaven waren diejenigen nicht mit begriffen, die der Erblasser schon an Jemanden durch den contractum fiduciae überlassen hatte, 28. Da die Mancipation älter ist, als die Gesetzsammlung der zwölf Tafeln, so ist der contractus fiduciae wahrscheinlich ebenfalls älter, 28. Was für Klagen bewirkte dieser Contract? 28. Dieser Contract ist noch lange nach Constantin dem Großen im Gebrauch gewesen, 28. Wenn ist er außer Gebrauch gekommen? 28. Durch den Pfandcontract wurde der Gläubiger nicht Eigenthümer, sondern blos Verwahrer, daher dieser Contract depositum pignus genennt wurde, 28. Was ist mit dem Nebenvertrage bey der Pfandgebung, daß der Pfandgläubiger auf den Fall der nicht zu gehöriger Zeit geleisteten Bezahlung, den Besitz der Hypothek eigenmächtig zu ergreifen berechtigt seyn solle, für eine Wirkung verbunden? 29. Von der gerichtlichen Bestätigung einer ertheilten Hypothek, 29. Wer muß darum bitten? 30. Kann der Gläubiger für sich allein beym Richter darum bitten? 30. Wenn auch der Schuldner im Gericht eingestanden hat, daß sein Gläubiger eine Privathypothek an seinem Vermögen habe, ohne um die gerichtliche Bestätigung derselben nachzusuchen, so wird dadurch keine gerichtliche Hypothek ertheilt, 30. Welcher Kaiser hat die gerichtliche Bestätigung der Hypotheken anbefohlen? 30. Warum hat man die gerichtliche Bestätigung der Hypotheken eingeführt? 30. Die alten Teutschen hatten keine Hypotheken, 31. Bey welchem Richter kann die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek gesucht werden? 31. Wenn die Sache einen privilegirten Gerichtsstand hat, so muß die Hypothek hier bestätigt werden, weil dieser dem Gerichtsstande der gelegenen Sache gleich gehalten wird, 32. Warum findet bey der Bestätigung der Hypothek keine freywillige Anerkennung einer fremden Gerichtsbarkeit statt? 32. In welchen Fällen darf die Bestätigung einer Hypothek von jedem Richter vorgenommen werden? 32. Die Bestätigung der Hypothek muß vom Richter an ordentlicher Gerichtsstelle in Beyseyn der Gerichtsschöppen vorgenommen werden, 33. Sollte die bürgerliche

liche und die peinliche Gerichtsbarkeit getrennt seyn, so gehört die Bestätigung der Hypothek für den bürgerlichen Richter, 34. Wenn muß die Bestätigung der Hypothek von dem nächsten Oberrichter vorgenommen werden? 34. Kann der Richter eine Hypothek bestätigen, da er selbst der Schuldner ist? 34. Wie wird es mit der Bestätigung der Hypothek gehalten, wenn der Richter selbst der Gläubiger ist, oder die Hypothek wenigstens zu seinem Vortheil gereicht? 34. Ist der Richter selbst der Schuldner, so kann er keinen Auszug aus dem Hypothekenbuche ertheilen, 35. Fehlt es dem Richter an der Befugniß, eine Hypothek zu bestätigen, so entsteht aus der vorgenommenen Bestätigung eine Nichtigkeit, und er muß diejenigen Personen schadlos halten, denen dadurch Schaden verursacht worden, 35. Muß der Schuldner mündlich oder schriftlich um die Bestätigung der Hypothek nachsuchen? 35. Kann der Schuldner durch einen Bevollmächtigten um die Bestätigung der Hypothek nachsuchen? 35. Wie muß die Vollmacht zu dieser Handlung beschaffen seyn? 36. Kann auch in dem Falle die Bitte um gerichtliche Bestätigung der Hypothek durch einen Bevollmächtigten angebracht werden, wenn der Schuldner eydliche Verzichtleistungen leisten muß? 36. Wenn kann der Gläubiger für sich allein um die gerichtliche Bestätigung der Hypothek bitten? 36. Was ist Rechtens, wenn der Schuldner sich weigert, die gerichtliche Bestätigung der Hypothek auszuwirken? 37. Wenn der Richter eine Hypothek bestätigen soll, so muß er vor allen Dingen untersuchen, ob der Schuldner berechtigt ist, die Sache gerichtlich zu verpfänden, 37. Die schriftliche Unterpfandsverschreibung muß den contrahirenden Theilen im Gericht vorgelesen werden, und sind es Personen, welche dergleichen Aufsätze nicht verstehen, so wird ihnen der Inhalt derselben genau erklärt, 38. Kommen in der Schuldverschreibung unerlaubte Verträge vor, so muß den Partheyen aufgelegt werden, diese Punkte abzuändern, 38. Beyspiele solcher unerlaubten Punkte, 38. Undeutliche Worte und Redensarten müssen von den Contrahenten genau bestimmt werden, 39. In welchen Fällen kann sich ein Dritter der gerichtlichen

lichen Bestätigung der Hypothek widersetzen? 39. Bey Bestätigung der Hypothek muß der Richter untersuchen, ob die zur Hypothek verschriebene Sache dem Gläubiger die nöthige Sicherheit gewähre, oder nicht? 40. Bey der Bestimmung des Werths der zur Hypothek verschriebenen Sache richtet sich der Richter nach der Kaufsumme, wofür die Sache zuletzt verkauft, oder wofür sie im Erbe angenommen worden, 40. Wenn der Werth der Sache jetzt mehr beträgt, so wird sie taxirt, 40. Wie bringt es der Richter heraus, ob die Sache schon mit so viel Hypotheken beschwert ist, als darauf haften können? 40. Wenn sagt man, die Hypothek gehe auf des Gläubigers Gefahr? 41. Verweigert der Richter die Bestätigung der Hypothek unter dem Vorwande, daß weiter keine Hypothek ertheilt werden könne, so kann der Schuldner beym Oberrichter Beschwerde führen, 41. Wie wird die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek vorgenommen, wenn sich keine Bedenklichkeit dabey findet? 41. Wenn schriftliche Schuldverschreibungen überreicht worden sind, so kann die Bestätigung der Hypothek entweder unter das Original gesetzt werden, oder der Richter stellt eine eigene Urkunde darüber aus, 41. Wie verfährt der Richter bey der Confirmation der Hypothek, wenn die Partheyen mündlich darum gebeten haben? 42. Die Bestätigungsurkunde der Hypothek wird entweder ganz, oder nur dem wesentlichen Inhalte nach in das Consensbuch eingetragen, 42. Kann an der Gültigkeit der Hypothek etwas ausgesetzt werden, wenn die Bestätigungsurkunde nicht in das Consensbuch eingetragen worden? 42. Wer kann das Original der Schuldverschreibung vom Gericht ausgeliefert verlangen? 42. Warum muß der Schuldner dem Gläubiger die Obligation nicht eher vom Gericht zustellen lassen, als bis er das Geld in Empfang genommen hat? 43. Was ist Rechtens, wenn der Schuldner bey mehrern Kapitalisten, ohne Wissen des Andern, Geld geborgt hat, und jedem eine gerichtliche Hypothek bestellen will? 43. Wie wird es gehalten, wenn die Obligation verlohren gegangen ist? 43. Was versteht man unter dem Consensbuche oder Hypothekenbuche? 44. Wenn es möglich ist, bekommt jedes

jedes Gut oder Grundstück eine eigene Stelle, 44. Das Hypothekenbuch muß sich auf das Flurbuch oder Steuerkataster beziehen, 45. In einem Hypothekenbuche findet man die Grundstücke mit ihren Besitzern angeführt, und den Werth angegeben, welcher nach dem Kaufpreise oder der Erbesannahme bestimmt worden ist, 45. In einer besondern Abtheilung des Consensbuches findet man die beym Kaufe angenommenen Schulden, 45. Es wird eine eigene Abtheilung für die allgemeinen Hypotheken gemacht, und eine andere für die besondern, 45. Wie muß die Fortsetzung des Hypothekenbuchs beschaffen seyn? 45. Sollte die Schuldverschreibung nicht wörtlich eingetragen worden seyn, so bezieht man sich auf die Seite des Gerichtshandelsbuchs, wo die Abschriften der Obligation nebst der Confirmation stehen, 46. In das Hypothekenbuch müssen auch die geleisteten Cautionen und die stillschweigenden Hypotheken eingetragen werden, 46. Bey dem Namen des Bürgen muß die geleistete Bürgschaft angemerkt werden, damit der Richter weiß, wie sehr sein Vermögen beschwert ist, 46. Hat Jemand seinem Gläubiger versprochen, daß er weiter kein Geld auf die Hypothek borgen wolle, so muß dieses Versprechen im Hypothekenbuche angemerkt werden, 47. Wie verfährt der Richter bey der Cassation einer Hypothek? 47.

§. 1083 — 1085.

Worauf ist vor allen Dingen Rücksicht zu nehmen, wenn man wegen einer geschehenen Verpfändung zu klagen genöthigt ist? S. 47. Was für Klagen haben statt, wenn das Pfandrecht erst gesucht wird? 47. Wenn muß die hypothekarische Klage angestellt werden? 48. Worauf gründet sich diese Klage? 48. Es würde ein Fehler der Klage seyn, wenn man anführte, Beklagter sey zur Bezahlung verpflichtet, 48. Wesentlich nothwendig ist es anzuführen, daß Beklagter die verpfändete Sache wirklich besitze, 49. Wenn kann actio hypothecaria vtilis angestellt werden? 49. Von mehrern Erben des Gläubigers kann ein jeder auf das ganze Pfand klagen, 49.

Was

Was wird in Gesetzen exceptio pigneratitia genennt? 49. In manchen Fällen kann der Gläubiger die hypothekarische Klage anstellen, wenn er gleich die verpfändete Sache im Besitz hat, 50. Wenn wird die hypothekarische Klage actio Seruiana genennt? 50. Unter welchen Umständen wurde bey den Römern der Ausdruck: actio Seruiana vtilis, actio quasi-Seruiana, gebraucht? 51. Wider wen muß die hypothekarische Klage angestellt werden? 51. Warum kann sie wider einen dritten Besitzer der zur Hypothek verschriebenen Sache angestellt werden? 51. Wie wird geklagt, wenn der Schuldner die zur Hypothek verschriebene Sache selbst im Besitz hat? 57. Von der Abfassung des Gesuchs in der hypothekarischen Klage, 52. Wie wird gebeten, wenn die verpfändete Sache, nach geschehener Einlassung auf die Klage, nicht mehr vorhanden ist? 54. Was wird vorausgesetzt, wenn die hypothekarische Klage exekutivisch angestellt werden soll? 52. Ueber den Nebenumstand, daß Beklagter die verpfändete Sache selbst besitze, kann ihm der Eyd deferirt werden, 52. Wenn kann die angestellte Klage wider den Schuldner nicht als unschlüssig verworfen werden? 53. In verschiedenen Fällen kann die hypothekarische Klage mit der persönlichen aus dem Darlehn alternativisch kumulirt werden, 53. Was für Einreden können der angestellten hypothekarischen Klage entgegen gesetzt werden? 53. Der Regel nach wird eine klagbare Hauptschuld erfordert, 54. Was muß der Kläger beweisen, wenn er aus einem Privatpfandrechte wider den besitzenden Schuldner selbst, oder seinen Erben geklagt hat? 54. Ist wider einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache geklagt worden, so muß der Kläger, wenn der dritte Besitzer die Sache von dem Schuldner selbst erhalten hat, beweisen, die verpfändete Sache habe dem Schuldner zur Zeit der Verpfändung wenigstens rechtlicher Vermuthung nach zugehört, 55. Wenn hat die Einrede statt, es sey kein gültiges Pfandrecht ertheilt worden? 55. Es kann vorgeschützt werden, das Pfandrecht sey erloschen, 56. Kann ein dritter Besitzer, wenn die Herausgabe des Pfandes von ihm gesucht worden, die Einrede der Exkussion vorschützen? 56.

Es

Es muß hier ein Unterschied gemacht werden, ob dem klagenden Gläubiger ein allgemeines oder ein besonderes Unterpfand ertheilt worden sey, 57. In welchen Fällen darf die Einrede der Exkussion nicht gebraucht werden? 57. Von der Einrede, Beklagter besitze die Sache nicht, 58. Wenn Beklagter vorschützt, die verpfändete Sache sey verunglückt, so muß er es beweisen, 58. Von der Einrede, Kläger sey schuldig, die nothwendigen oder nützlichen Kosten zu vergüten, 59. Von der Einrede der Verjährung, 59. Unstatthaft ist die Einrede der Theilung, 59. Der Beklagte darf nicht vorschützen, der Kläger müsse ihm erst das Kaufgeld bezahlen, 60. Was für possessorische Rechtsmittel kann der Pfandgläubiger brauchen? 60. Vom Interdict ex Lege 3. C. de pignoribus, 61. Was versteht man unter dem pacto de ingrediendo? 61. Widersetzt sich der Schuldner der Besitznehmung des Pfandes, so darf der Pfandgläubiger nicht durch eigenmächtige Gewalt sein Auspfändungsrecht ausüben, 62. Wider einen dritten Besitzer des Pfandes darf das Interdict nicht gebraucht werden, sondern wider diesen hat die hypothekarische Klage statt, 62. Wie wird das Gesuch bey diesem Interdict abgefaßt? 63. Was für Einreden haben wider das Interdict statt? 63. Welche interdicta retinendae possessionis kann der Pfandgläubiger brauchen? 63. Von den interdictis recuperandae possessionis, die der Pfandgläubiger brauchen kann, 64.

## Lib. XX. Tit. II.

## in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

### §. 1086.

Wie ist pignus voluntarium und necessarium unterschieden? S. 65. Wenn ist ein stillschweigendes conventionelles Unterpfand ertheilt worden? 65. Was nennt man pignus testamentarium expressum et tacitum? 66.

Wie

Wie wird das nothwendige Pfandrecht eingetheilt? 66. Ein prätorisches Pfandrecht erhielt man bey den Römern, wenn der Prätor Jemanden in die Güter des Andern einsetzte, 66. Welche Arten des prätorischen Pfandrechts sind in Teutschland anwendbar? 67. Was versteht man unter einem gesetzlichen Unterpfande? 67. Warum haben die Gesetze dergleichen Hypotheken eingeführt? 67. Diese Hypotheken erfordern eine ausdrückliche Verordnung der Gesetze, 68. Was für ein Unterschied tritt ein, wenn eine solche Hypothek durch das gemeine Recht eingeführt worden, und wenn sie sich blos auf ein Partikulargesetz gründet? 68. Einige Rechtslehrer haben einen ungegründeten Unterschied zwischen gesetzlichen und bedingten Unterpfändern zu behaupten gesucht, 68. Die gesetzlichen Unterpfänder werden in allgemeine und in besondere eingetheilt, 69. Welche gesetzliche Hypotheken sind als allgemeine zu betrachten? 69. In welchen Fällen hat der Fiskus ein allgemeines gesetzliches Unterpfand? 69. In was für Fällen ist der Ehefrau ein allgemeines Pfandrecht ertheilt worden? 69. Wenn haben Unmündige und Minderjährige ein allgemeines Pfandrecht an dem Vermögen ihrer Vormünder und ihres Stiefvaters? 69. Die Legatarii haben ein allgemeines gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Testators, 70. In welchen Fällen existirt ein besonderes gesetzliches Pfandrecht? 70.

§. 1087.

Von dem gesetzlichen Unterpfande, das dem Vermiether eines praedii vrbani, wegen des Miethgeldes und des verursachten Schadens, an allen Sachen des Miethmanns zusteht, die er in das gemiethete Gebäude gebracht hat, S. 71. Dieses gesetzliche Unterpfand ist wahrscheinlich das älteste, 71. Was wird als der Grund desselben angesehen? 71. Was wird hier unter dem Ausdruck: praedium vrbanum, verstanden? 72. Die Sachen müssen wirklich in ein solches praedium in der Absicht hereingebracht worden seyn, daß sie daselbst bleiben sollen, 72. Waaren für das Waarenlager gehören unter

unter die stillschweigend verpfändeten Sachen, 72. Kann sich der Vermiether auch an fremde Sachen halten? 73. Wenn der Hausvater für sich und seine Familie ein Haus miethet, so ist das Vermögen seiner Frau, Kinder und Dienstboten dem Vermiether nicht für stillschweigend verpfändet zu halten, 74. Wie weit sind die Sachen eines Unmündigen für stillschweigend verpfändet zu halten, der ein Logis gemiethet hat? 74. Hat der Vermiether ein stillschweigendes Unterpfand an den Sachen desjenigen, den man den Aftermiethmann nennt? 74. Läßt der Miethmann Jemanden umsonst bey sich wohnen, so haftet auf seinem Vermögen keine stillschweigende Hypothek, 75. Was für Sachen des Abmiethers sind von einer solchen stillschweigenden Verpfändung ausgenommen? 75. Vom Miethgelde, wofür ein stillschweigendes Unterpfandsrecht eintritt, 76. Solche stillschweigend verpfändete Sachen des Miethmanns gehen mit dieser Beschwerde auf den neuen Besitzer über, wenn sie von ihm veräußert worden, und der Vermiether kann die Pfandklage deswegen anstellen, 77. Dieses stillschweigende Unterpfand erstreckt sich auch auf andere Verbindlichkeiten des Miethmanns, die er nach dem Miethcontracte zu erfüllen schuldig ist, 77. Es fängt von der Zeit an, da die Sachen in das Logis gebracht worden sind, 77. Dieses Unterpfand gehört in gewisser Rücksicht unter die allgemeinen Hypotheken, in anderer Rücksicht aber ist es als ein besonderes zu betrachten, 78. Steht dem Erbzinsherrn eine gesetzliche Hypothek an den in das Erbzinsgut gebrachten Sachen zur Sicherheit des Canons zu? 79. Hat der Verpachter eines Landguts an den in das gepachtete Gut gebrachten Sachen ein Unterpfandsrecht? 79. Was für ein Grundstück wird hier vorausgesetzt? 80. Was ist in Ansehung der Früchte zu merken, die dem Verpachter stillschweigend verpfändet sind? 80. Selbst der erste Verpachter hat ein Unterpfandsrecht an den Früchten, die der Afterpachter erbaut hat, 80. Diese Hypothek fängt von der Zeit an, wo die Früchte vom Grund und Boden abgenommen worden sind, 81. Ob der Erbzinsherr eine stillschweigende Hypothek an den Früchten seines Erbzinsmannes habe, darüber streiten die

die Rechtslehrer, 81. Von dem stillschweigenden Unterpfande desjenigen, der zur Ausbesserung eines Gebäudes Geld vorgeschossen hat, 81. An was für Personen muß Geld zu diesem Endzweck bezahlt worden seyn? 82. Das Geld muß zur Ausbesserung eines alten Gebäudes geliehen worden seyn, 82. Hat derjenige, welcher zur Erbauung eines ganz neuen Hauses Geld geliehen hat, ein stillschweigendes Unterpfand daran? 83. Was für Bestimmungen sind in Rücksicht auf die Beschaffenheit des ausgebesserten Gebäudes gemacht worden? 83. In welchen Fällen ist keine stillschweigende Hypothek dieser Art vorhanden? 83. Das zur Ausbesserung des alten Gebäudes geborgte Geld muß auch wirklich dazu verwendet worden seyn, 84. Wie wird's gehalten, wenn der Gläubiger das Geld zwar zur Ausbesserung des Gebäudes geborgt, aber nicht dazu verwendet, sondern andere Schulden damit bezahlt hat, und nachher läßt er das Haus auch repariren? 85. Sollte nicht das ganze Haus von dem Gelde reparirt worden seyn, sondern nur ein Theil desselben, so liegt das stillschweigende Pfandrecht auch nur auf diesem Theile, 86. Es erstreckt sich dieses Pfandrecht auch auf die Zinsen dieses Darlehns, 87. Von dem stillschweigenden Unterpfande desjenigen, der von gewissen Grundstücken jährlich etwas zu seinem Lebensunterhalte bekommen muß, 87. Der Fiskus hat an dem Vermögen desjenigen, mit dem er einen Contract geschlossen hat, zur Sicherheit der aus diesem Contract herrührenden Ansprüche, ein gesetzliches Unterpfand, 87. Was für Güter werden für solche gehalten, die der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiskus erworben hat? 88. Es wird nicht darauf gesehen, aus was für einem Contracte die Schuld entstanden sey, 88. Wer muß den Beweis führen, daß die Güter nach dem Contracte mit dem Fiskus erworben worden? 88. Vom gesetzlichen Unterpfande der Unmündigen an Sachen, die von ihrem Gelde gekauft worden sind, 89.

§. 1088. 1089.

Von der allgemeinen Hypothek des Fiskus an dem Vermögen derjenigen, welche dem Staate etwas schuldig sind, S. 90. Vom Unterpfande der Kriegskasse an dem Vermögen des Kriegszahlmeisters, 90. Was verstanden die Römer unter einer Primipilarschuld? 90. Diese Hypothek hat auch noch heutiges Tages statt, 91. Ausgedehnt darf dieses privilegirte Unterpfand nicht werden, 91. Vom allgemeinen gesetzlichen Unterpfande des Fiskus wegen rückständiger Steuern und Gaben, 91. Ist dieses Unterpfand nur auf einige Jahre eingeschränkt worden? 92. War der Beamte bey Einhebung der Steuern nachläßig, so kann der Fiskus sich an ihn halten, und Schadenersatz von ihm verlangen, 92. Dieses Unterpfandsrecht hat der Fiskus nicht eher, als von der Zeit an, wo die Steuern bezahlt werden sollen, 92. Kosten, welche um der Erhebung der Steuern willen gemacht worden sind, genießen gleichen Vorzug mit den Steuern, 93. Darf auch derjenige von diesem Unterpfande Gebrauch machen, der für den Andern die Steuern bezahlt hat? 93. Wer die Rechte des Fiskus hat, kann auf die angeführte Hypothek Anspruch machen, 93. Wie werden die Steuern bewiesen? 94. Haben die Landstädte das angeführte Vorzugsrecht wegen der mit ihnen geschlossenen Contracte zu genießen? 94. Vom allgemeinen gesetzlichen Unterpfande desjenigen, dem ein Brautschatz versprochen worden, 95. Es erstreckt sich dasselbe auf die Zinsen davon und auf den Schaden, den er deswegen leidet, weil ihm der Brautschatz von einem Dritten evincirt worden ist, 95. Wenn kann keine Vergütung wegen der Eviction des Brautschatzes gesucht werden? 96. Von welcher Zeit nimmt dieses gesetzliche Unterpfand seinen Anfang? 96. Das Heyrathsgut genoß schon nach dem ältern römischen Rechte ein persönliches Privilegium, 96. Was für eine Wirkung ist mit dem gesetzlichen Unterpfande des Brautschatzes verbunden? 97. Wie wird es gehalten, wenn die Frau geschieden worden, und nachher heyrathet sie diesen geschiedenen Mann wieder? 98. Das privilegirte Pfandrecht

des Heyrathsgutes erstreckt sich auch auf die Vermehrung desselben, wenn kein Betrug dabey zum Grunde liegt, 98. Wegen der sogenannten Aussteuer hat dieses Vorzugsrecht nicht statt, 99. Vom gesetzlichen Unterpfande der Ehefrau wegen ihres Paraphernalvermögens, 100. Kann die Ehefrau den Werth dieser Dinge, wenn sie durch einen Unglücksfall verlohren gegangen sind, aus des Mannes Vermögen zurück fordern? 100. Fordert die Frau Geld, welches sie ihrem Manne gelehnt hat, zurück, so steht ihr deswegen kein stillschweigendes Pfandrecht zu, 101. Von welcher Zeit an existirt das stillschweigende Unterpfand wegen des Paraphernalvermögens der Frau? 101. Wenn verwandelt sich das Paraphernalgut in mütterliches Erbgut? 101. Für ihren Antheil an den Hochzeitgeschenken genießt die Frau ebenfalls einer gesetzlichen Hypothek, wenn sie als Paraphernalgut betrachtet werden müssen, 102. Vom gesetzlichen Unterpfande der Kinder an dem Vermögen des Vaters wegen ihrer von der Mutter erhaltenen Güter, 102. Sind die Güter nicht für mütterliches Vermögen zu halten, so genießen die Kinder deswegen kein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen ihres Vaters, 103. Wegen solcher Güter, die zum peculio castrensi, quasi-castrensi oder aduentitio irregulari der Kinder gehören, wenn sie auch der Vater als natürlicher Vormund verwaltet haben sollte, haben die Kinder kein gesetzliches Unterpfandsrecht an dem Vermögen des Vaters, 104. Was wird allemal vorausgesetzt, wenn Kinder eine gesetzliche Hypothek wegen ihres Vermögens an den Gütern ihres Vaters behaupten wollen? 104. So oft die Kinder mütterliches Vermögen aus dem Concurs über ihres Vaters Vermögen fordern, muß es solches Vermögen seyn, welches Heyrathsgut oder Paraphernalgut ihrer verstorbenen Mutter war, 105. Ob die Kinder majorenn sind oder nicht, ob der Vater ihr Vermögen aus Bosheit oder aus Nachläßigkeit übel verwaltet hat, darauf kommt bey dem ihnen zustehenden Pfandrechte nichts an, 106. Von welcher Zeit an nimmt dieses gesetzliche Unterpfand der Kinder ihren Anfang? 106. Wegen ihres Pflichttheils oder wegen dessen Ergänzung genießen die Kinder kein

kein stillschweigendes Unterpfand, 107. Von dem stillschweigenden Unterpfande der Kinder, wenn ihre Mutter ihre Vormünderin gewesen, und sich vor Ablegung der Rechnung wieder verheyrathet hat, 107. Von der gesetzlichen Hypothek der Pupillen und Minderjährigen an dem Vermögen ihres Vormundes, wegen dessen, was er ihnen wegen der geführten Verwaltung ihres Vermögens schuldig geblieben ist, 108. Kann dieses Unterpfand auf alle Rasende, Verschwender und andere Personen dieser Art ausgedehnt werden? 108. An dem Vermögen aller freywilligen Verwalter fremder Güter, wenn sie gleich die Administration vorsetzlich schlecht besorgt haben, haftet kein gesetzliches Unterpfand, 109. Auch an den Gütern vieler nothwendigen Pfleger, z. B. der Kriegsvögte der Frauenzimmer, eines Vollstreckers des letzten Willens, wenn solcher auch pias cauſſas betreffen sollte, haftet kein gesetzliches Pfandrecht, 110. An dem Vermögen der Protutorum ist blos durch die Praxis eine stillschweigende Hypothek eingeführt worden, 110. Wie ist die gesetzliche Hypothek der Kirchen und milder Stiftungen an dem Vermögen ihrer Güterverwalter eingeführt worden, 110. Was wird zu der gesetzlichen Hypothek der Pupillen und Minderjährigen an dem Vermögen ihrer Vormünder erfordert? 110. Die Schuld, zu deren Sicherheit dem Pupillen ein gesetzliches Unterpfand zusteht, muß aus der übel geführten Verwaltung des Vermögens des Pupillen herrühren, 111. Sogar wegen einer Schuld, welche der Vormund dem Vater des Pupillen zu bezahlen schuldig war, wird dieses gesetzliche Unterpfand begründet, 112. Der Fall ist selten, wo die Forderung eines Pupillen oder Minderjährigen an seinen Vormund nicht ein gesetzliches Unterpfand zu genießen hat, 112. Das stillschweigende Unterpfand des Pupillen wird durch die ausdrückliche Verpfändung seines ganzen Vermögens, welche an den mehresten Orten von den Vormündern verlangt wird, nicht unkräftig gemacht, 113. Auf was für Gütern des Vormundes haftet dieses stillschweigende Unterpfand? 113. Von welcher Zeit nimmt solches seinen Anfang? 114. Von der gesetzlichen Hypothek zur Sicherheit der

donationis propter nuptias, 115. Dieses Unterpfand geht auch auf die Kinder oder andere Erben der Frau über, 115. Von der gesetzlichen Hypothek der Vermächtnißnehmer und solcher Personen, denen eine Schenkung auf den Todesfall gemacht worden, 116. Der Erben oder anderer beschwerter Personen eigenes und nicht vom Testirer erhaltenes Vermögen ist diesem Unterpfande nicht unterworfen, 117. Daran liegt nichts, ob gewisse Dinge zur Zeit der Antretung der Erbschaft schon in derselben gewesen, oder ob sie erst nachher dem Erben durch die Erbschaft zugefallen sind, 117. Giebt es einen Fall, wo der Universalfideikommissarius ein gesetzliches Unterpfand genießt? 118. Haftet auf den Sachen selbst, welche als ein Vermächtniß, oder als eine Schenkung von Todeswegen hinterlassen worden, eine gesetzliche Hypothek? 119. Was muß derjenige erweisen, der dieses Unterpfand brauchen will? 119. In wiefern ist dieses nicht privilegirte Unterpfand für allgemein zu halten, und in wiefern gehört es unter die besondern Unterpfänder? 120. Von welcher Zeit an existirt es? 120. Die im römischen Rechte vorkommenden gesetzlichen Hypotheken sind im Zweifel in ganz Teutschland gültig, wo nicht eins oder das andere derselben durch ein Landes- oder Stadtgesetz abgeschafft worden ist, 120. Es giebt eine große Anzahl von den Rechtslehrern erdachter Hypotheken, davon in Gesetzen nichts steht, 120. Die Kirche hat kein stillschweigendes Unterpfand an dem Vermögen dessen, von dem sie zerstört, verbrannt oder beraubt worden ist, 121. Hat der Beklagte ein stillschweigendes Unterpfand an dem Vermögen des Klägers? 121. Haftet auf dem Grundstück, wovon jährliche Gülten bezahlt werden müssen, ein stillschweigendes Unterpfand? 122. Ungegründet ist das Unterpfand, welches man einer Ehefrau an den Sachen beylegt, welche mit ihrem dem Manne geschenkten Gelde gekauft worden sind, 123.

## Lib. XX. Tit. III.

## Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt.

§. 1090 — 1092.

Diejenigen Sachen, die nicht veräußert werden können, dürfen auch nicht verpfändet werden, S. 123. Was für Wirkungen hat es, wenn man seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache verpfändet hat? 123. Ganz fremde Güter soll man ohne Einwilligung des Eigenthümers billig gar nicht verpfänden; geschieht es aber, so ist eine solche Verpfändung dem Eigenthümer unschädlich, indessen gilt die Verpfändung doch unter den Contrahenten, 125. An Gütern, die zur Zeit des entstandenen Pfandrechts dem Schuldner nicht mehr gehörten, kann selbst der Fiskus keinen Anspruch machen, 125. Wußte der Eigenthümer gleich anfangs etwas davon, daß Jemand seine Sache verpfändet habe, und er schwieg mit Vorsatz dazu stille, um den Pfandgläubiger in Schaden zu bringen, so muß er das Pfandrecht gelten lassen, 126. Wenn der Verpfänder einer fremden Sache durch Erbgang, oder auf andere Weise Eigenthümer der von ihm verpfändeten Sache geworden ist, so muß er die Verpfändung für gültig anerkennen, 126. Wird der Eigenthümer der Sache, die ohne seine Einwilligung verpfändet worden ist, Erbe des Verpfänders, so erlangt die geschehene Verpfändung dadurch immer noch keine Gültigkeit, 127. Wenn der Eigenthümer der Sache, die ein Fremder verpfändet hat, nach der Verpfändung darein willigt, so wird die Verpfändung wider den Eigenthümer ebenfalls wirksam, 127. Was ist Rechtens, wenn über das Eigenthum der verpfändeten Sache ein Proceß entstanden ist? 128. Von der Verpfändung der Kinder bey den Römern und anderer freyen Menschen, 128. Was verordnet das römische Recht über die Verpfändung des Sclaven? 129. Ein Unterpfand, welches ein Schuldner an einer fremden Sache bestellt hat, gilt, wenn es unter der Bedingung ertheilt worden ist, wenn die Sache ein Eigenthum

des Schuldners werden sollte, 129. Von der Verpfändung des Vermögens der Frau, 130. Ungültig ist das Unterpfand, wenn der Gläubiger seiner Eltern oder Kinder Güter verpfändet hat, 131. Von der Verpfändung der Lehngüter, 131. Bisweilen haben statutarische Rechte dieses oder jenes stillschweigende Unterpfand des römischen Rechts an einem Lehne bestätigt, 132. Nur in dem Lehen, nicht aber in den Allodialgütern, bewirkt des Lehnsherrn und der Stammsverwandten Einwilligung einen Vorzug, 134. In welchen Fällen kann der Lehnsherr die Einwilligung der Stammsverwandten und Mitbelehnten, und der Richter die Einwilligung des Lehnsherrn suppliren? 134. Wird die ertheilte Einwilligung des Lehnsherrn in die Verpfändung des Lehns schon deswegen vermuthet, weil er den Contract, zu dessen Sicherheit die Hypothek ertheilt worden ist, gerichtlich bestätigt hat? 135. Die im Voraus ertheilte Einwilligung des Lehnsherrn, das Lehn bis auf eine bestimmte Summe verpfänden zu können, ist allemal auf das strengste auszulegen, 135. Wird die Lehnshypothek cedirt, so ist es rathsam, die Bestätigung des Lehnsherrn zu verlangen, 136. Die stillschweigenden Hypotheken haften auf den Gütern der Unmündigen eben so gut wie auf dem Vermögen volljähriger Personen, 136. Dasjenige, was in den öffentlichen Spielen zur Belohnung der Geschicklichkeit ausgesetzt worden war, durfte bey den Römern nicht im Voraus verpfändet werden, 137. Schon erhaltene Prämien durfte man verpfänden, 137. Ehrensäulen, die an öffentlichen Plätzen zu Ehren anderer Personen aufgestellt worden waren, durften bey den Römern nicht verpfändet werden, 137. Künftige Güter darf man eben so gut verpfänden als gegenwärtige, 138. Verpfändet man ein Gebäude, so haftet das Pfandrecht auch auf dem Grund und Boden, worauf es steht, 138. Das Pfandrecht an der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Pertinenzstücke, 139. Wie weit erstreckt sich das Pfandrecht an einem Waarenlager? 139. Wenn erstreckt sich die Verpfändung auch auf die Früchte der verpfändeten Sache? 139. Darf ein Erbzinsmann sein Erbzinsgut für sich allein verpfänden?

den? 140. Ein Flächenrecht darf verpfändet werden, 140. Ist eine Servitut der Verpfändung fähig? 140. Warum schicken sich die Land- und Ackerbauservituten besser zum Verpfänden als die Stadtservituten? 141. Wenn das Grundstück verpfändet worden ist, so sind auch alle Gerechtsame desselben für mit verpfändet zu halten, 141. Dürfen alle persönlichen Servituten verpfändet werden? 141. Verpfändet der Schuldner eine ihm zustehende Activpost, so bekommt der Pfandgläubiger an solcher dadurch eben die Rechte, die er bey einer an ihn geschehenen Cession erlangen würde, 142. Was das für nützliche Klagen sind, welche ein Pfandgläubiger, dem der Verpfänder seine Activa versetzt hat, anstellen kann, darüber streiten die Rechtslehrer, 143. Kann von dem beneficio excussionis bey dieser Hypothek Gebrauch gemacht werden? 143. Ist man darüber einig, daß die actio vtilis gegen den Schuldner, dessen Schuld verpfändet worden ist, erst alsdenn angestellt werden könne, nachdem der Verpfänder ausgeklagt worden, so ist es gleichgültig, ob man annimmt, unter der nützlichen Klage sey die actio hypothecaria zu verstehen, oder ob man der Meynung ist, es sey eben die Klage gemeynt, welche der Pfandgeber hatte, 145. Wenn der Schuldner, dessen Verbindlichkeit sein Gläublger verpfändet hat, dem Verpfänder kein Geld bezahlen, sondern ihm andere Dinge leisten soll, so ist die Verpfändung gleichsam als eine symbolische Verpfändung anzusehen, 145. Die Gesetze halten die geschehene Verpfändung einer Förderung für eine Art der Cession, 145. Was für eine Bewandniß hat es mit der Verpfändung solcher Sachen, woran der Verpfänder selbst nur ein Pfandrecht hat? 146. Der Eigenthümer der verpfändeten Sache darf seinem Gläubiger die Schuld nicht bezahlen, sobald er von der weitern Verpfändung seiner Sachen benachrichtigt worden ist, 146. Was für eine Wirkung hat nach dem gemeinen Rechte die ohne gerichtliche Insinuation geschehene Verpfändung seiner unbeweglichen Sachen? 146. Wie kann eine stillschweigende Ertheilung des Pfandrechts vorgenommen werden? 147. Wer sich wissentlich für eine Schuld verbürgt, zu deren Sicherheit seine

Sachen verpfändet worden sind, hat diese Verpfändung stillschweigend genehmigt, 147. Wenn das bloße Eigenthum der Sache vom Eigenthümer verpfändet worden ist, und er bekommt in der Folge auch die Benutzung dieser Sache, so ist nunmehr diese für stillschweigend verpfändet zu halten, 148. Was ist bey der Verpfändung Rechtens, wenn die Contrahenten mehr auf die Materie, als auf die Form der verpfändeten Sache gesehen haben? 148. Die stillschweigenden Hypotheken dürfen mit den gesetzlichen Hypotheken nicht verwechselt werden, 148. Wenn ist die durch einen ausdrücklichen Vertrag ertheilte Hypothek für hinlänglich erklärt zu halten? 149. Was für Ausdrücke werden hierbey gebraucht? 149. Eine Verpfändung ist sogar alsdenn geschehen, wenn auf die vorige getilgte Schuldverschreibung, worin ein gewisses Grundstück verpfändet worden, aufs neue ein Darlehn aufgenommen wird, 150. Wenn ist keine Verpfändung vorgenommen worden? 150. Das Zurückbehaltungsrecht giebt keine Hypothek, 150.

## Lib. XX. Tit. IV.

## Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

§. 1093.

Was nennt man die Rangordnung der Pfandgläubiger? S. 151. Wenn wird der Ausdruck: ein absolut privilegirter Personalgläubiger, gebraucht? 151. Blos die Begräbnißkosten des gemeinen Schuldners gehen nach dem römischen Rechte einer oder der andern Hypothek vor, 152. Absolut privilegirte Forderungen sind solche, die nicht auf dem Concurse haften, die sich auch nicht zum Absonderungsrechte qualificiren, und die doch allen privilegirten Hypotheken vorgehen, 152. Ein älteres Pfandrecht hat allemal vor dem jüngern den Vorzug, 152. Worauf wird bey der Frage von dem Alter einer Hypothek

Hypothek Rücksicht genommen? 152. Wie wird das Alter der Hypothek bey einer bedingten Schuld berechnet? 153. Eine Schuld, wobey ein dies certus der Termin der existirenden Verbindlichkeit ist, wird einer unbedingten Verbindlichkeit gleich gehalten, 154. Bey Verträgen ist der Satz, daß die Bedingung, wenn sie erfüllt worden ist, zurückgerechnet werden muß, in jeder Rücksicht wahr, 154. Bey den Römern bezog man die Miethwohnungen den ersten Tag vom Monat Julius, 154. Vom Anfang der Hypothek eines bedingten Legats wegen, 155. Eine schon vorhanden gewesene, in der Folge aber nur aufs neue anerkannte Hypothek wird nicht von dem Tage dieser Bestätigung an gerechnet, sondern von ihrer ersten Entstehung an, 155. Ist mehreren zu gleicher Zeit eine Hypothek ertheilt worden, so kommt es darauf an, ob die Ertheilung jedem besonders geschahe, oder ihnen allen zu gleicher Zeit, 156. Wenn die Hypothek jedem besonders ertheilt worden, so hat der Besitzer den Vorzug, 156. Wie ist die Absicht der Gläubiger zu erklären, wenn sich zwey Gläubiger zwar zu gleicher Zeit gemeinschaftlich ein Pfandrecht ertheilen lassen, die Forderung des einen Gläubigers ist aber eher zahlbar, als die des andern? 156. Wie ist pignus priuilegiatum und pignus simplex unterschieden? 157. Das pignus simplex hat seiner Natur nach keinen Vorzug, 157. Nicht nur verschiedene gesetzliche Hypotheken, sondern auch einige conventionelle, sind zu privilegirten Hypotheken gemacht worden, 157. Es giebt acht solche privilegirte Hypotheken, 157.

§. 1094.

Unter den privilegirten Hypotheken verdienen hauptsächlich diejenigen Forderungen bemerkt zu werden, weswegen ein sogenanntes Absonderungsrecht eintritt, S. 158. Was wird erfordert, wenn der spätere Pfandgläubiger, der zur Ausrüstung des Schiffs oder der Ausbesserung desselben Geld hergegeben, dem ältern Gläubiger dieser Art vorgehen soll? 159. Von dem Vorrechte des zum Unterhalte des Schiffsvolks vor-

geschossenen Geldes, 159. Eben die Bewandniß hat es mit dem Fuhrlohn bey Landfrachten, 159. Der Unterschied zwischen Forderungen an den gemeinen Schuldner und solchen, die an die Concursmasse gemacht werden, ist sehr erheblich, 160. Diejenigen, welche Waaren an den gemeinen Schuldner verkauft haben, welche Waaren noch bey der Concursmasse gefunden werden, genießen ein Absonderungsrecht, 160. Die Grundzinsen, beständigen Gefälle und öffentlichen Abgaben mindern unser Eigenthum an dem Grundstück so, daß uns nicht mehr davon zugehört, als so viel nach Abzug dieser Grundbeschwerden übrig bleibt, 161. Vom Vorrechte des Heyrathsgutes, 161. Eine stillschweigende Hypothek, die mit einem privilegirten Vorzuge begünstigt worden, hört deswegen weder auf, noch verliert ihren Vorzug, weil der Gläubiger zu mehrerer Sicherheit sich auch eine ausdrückliche Hypothek ertheilen lassen, 162. Unter öffentlichen Hypotheken gehen die öffentlichen privilegirten Hypotheken vor, und unter bloßen Privathypotheken genießen privilegirte Privathypotheken den Vorzug, 163. Was versteht man unter der Benennung conditionales in Gesetzen? 163. Die Aufsätze solcher Schreiber in den Städten, welche tabularii hießen, hatten eine öffentliche Glaubwürdigkeit, 164. Privatverschreibungen stehen deswegen den öffentlichen nach, weil man sich nicht darauf verlassen kann, ob sie nicht retroducirt sind, weil der Schuldner dieses leicht zum Vortheil eines spätern Gläubigers thun kann, 164. Eine Privathypothek, welche unbeglaubt ist, erhält ihre Rangordnung nach der in der Handschrift angeführten Zeit, wenn sie mit einer eben so beschaffenen concurrirt, 165. Eine falsche Regel ist es, daß stillschweigende Hypotheken allemal den ausdrücklichen nachstehen, 165. Die stillschweigende Hypothek eines Unmündigen erhält mit Recht unter den beglaubten Hypotheken ihren Platz, 166. Eine andere falsche Regel ist es, diejenige Forderung, welcher, an sich betrachtet, ein Personalvorrang zusteht, erlangt das Vorrecht einer privilegirten Hypothek, sobald der Gläubiger um solcher willen eine Verpfändung erhalten hat, 166. Die Personalforderungen stehen

stehen allemal den Hypotheken nach, unter einander aber erhalten sie durch den Vorgang der Zeit keinen Vorzug, 167. Nur diejenigen hypothekarischen Forderungen sind privilegirt, denen die Gesetze in dieser Eigenschaft einen Vorzug ertheilt haben, keinesweges aber alle, die, wenn sie bloße Personalforderungen geblieben wären, ein Vorrecht genossen haben würden, 167. Wie wird das Alter einer Hypothek berechnet? 168. Der Vorgang der Zeit wird bis auf die Stunde und Minute beobachtet, 168. Nach dem römischen Rechte wird nicht einmal der Fiskus vorgezogen, wenn er der jüngere Gläubiger seyn sollte, 168. Der ältere Pfandgläubiger kann selbst den jüngern, der das Unterpfand besitzt, mit der Pfandschaftsklage belangen, 169. Wie wird es gehalten, wenn mehreren zu gleicher Zeit an einer Sache ein Unterpfand abgesondert bestellt worden ist? 169. Sollte die Sache mehreren zugleich ohne allen weitern Beysatz verpfändet worden seyn, so richtet sich der Antheil an dem Pfandrechte nach dem Verhältniß der Größe ihrer Forderung, 170. Für den ältern Gläubiger der Zeit nach hält man denjenigen, der eher contrahirt und auch eher ein Unterpfand erhalten hat, 170. Wurde der Contract sub die oder in diem geschlossen, so fängt das Unterpfand ebenfalls von Zeit des Contracts und bestellten Unterpfandes an, 171. Wie wird das Alter der Hypothek bey Contracten berechnet, die unter einer Bedingung geschlossen worden? 171. Die Kraft der Hypothek äußert sich gleich nach völlig geschlossenem Contracte und bestellter Hypothek, wenn auch die aus dem Contracte herrührende Schuld noch nicht gefordert werden kann, oder gar damals noch nicht existirte, 171. Wenn fängt das Pfandrecht an dem Vermögen des Verwalters fremder Güter an? 172. Von dem Unterpfande an einer fremden Sache, 172. Wenn fängt die Hypothek an, wenn statt der bisherigen eine neue ertheilt worden? 172. Ein Pfandrecht, dessen Anfangstag gar nicht bekannt ist, oder bey dem blos eine allgemeine Zeit bemerkt ist, wird allen Hypotheken nachgesetzt, deren Zeit gewiß ist, 174. Hat der Pfandgläubiger sein Pfandrecht an einen Andern abgetreten, so fängt das Pfandrecht des Cessionars

sionars nicht von dem Tage der Abtretung an, sondern es wird auf die Zeit der ersten Pfandverschreibung zurückgesetzt, 174. Wenn rechnet man den Anfang eines gesetzlichen Unterpfandes? 174. Nur unter den Pfandgläubigern gleicher Ordnung bewirkt der Vorgang der Zeit den Vorzug des Pfandrechts, 174. Ob eine Hypothek eine allgemeine oder eine besondere sey, ist in Rücksicht auf das Vorzugsrecht gleichgültig, 174. Das Recht eines ältern allgemeinen Pfandgläubigers erstreckt sich jederzeit auch auf die künftigen Güter, 175. Ist der Gläubiger, der blos eine Specialhypothek hatte, in dem ersten Concurs nicht davon befriedigt worden, so wird er bey dem zweyten Concurs nur den gemeinen Gläubigern gleich gehalten, 175. Ein älterer besonderer Pfandgläubiger kann sich nur an sein besonderes Unterpfand und dessen Zubehörungen halten, 176. Es wird so lange vermuthet, daß das besondere Unterpfand zureiche, bis das Gegentheil erwiesen ist, 176. Eine Veränderung der Sache durch Zuwachs oder Abnahme hebt das Pfandrecht im Ganzen nicht auf, 176. Brennt das verpfändete Haus ab, so ist das Unterpfand erloschen, 179. Wenn kann ein besonderer Pfandgläubiger von seinem besondern Unterpfande Schaden haben? 177. Wer sich auf die Bestellung einer Hypothek beruft, muß solche erweisen, 178. Auch die Existenz eines gesetzlichen Unterpfandes muß bewiesen werden, 178. Die besondere Eigenschaft eines Unterpfandes muß ebenfalls bewiesen werden, 178. Nach dem römischen Rechte ist es zu Erlangung einer öffentlichen Hypothek hinreichend, wenn sie in einer öffentlichen Urkunde ertheilt worden ist, 178. Was wird nach teutschen Gesetzen zur Bestellung einer öffentlichen Hypothek erfordert? 179. Wenn kann die Obrigkeit wider des Schuldners Willen eine Hypothek bestätigen? 179. Die Bestätigung der Obrigkeit wird nicht nur in Rücksicht auf den Hauptcontract erfordert, sondern sie muß sich auch auf das verpfändete Unterpfand selbst erstrecken, 179. In welchen Fällen ist keine gerichtliche Hypothek ertheilt worden? 180. Dadurch entsteht kein gerichtliches Unterpfand, wenn ein zuvor außergerichtlich bestelltes Unterpfand nachher von der Obrigkeit bestätigt

bestätigt worden ist, 180. Ein Unterpfand, welches in einem dem Landesherrn oder dem Gericht übergebenen Testament bestellt worden, wird dadurch kein öffentliches, 180. Um ein öffentliches Unterpfand zu erhalten, muß solches vor einer Person, die Gerichtsbarkeit hat, bestellt werden, 181. Es steht zwar den Contrahenten immer frey, ob sie ein gerichtliches Unterpfand bestellen wollen, für sich allein können sie es aber doch nicht thun, sondern der Richter muß von seiner Seite ebenfalls alles besorgen, was ihm obliegt, 181. Wenn das Unterpfand durch die geschehene Bezahlung einmal getilgt worden ist, so kann es nicht wieder erneuert werden, sondern nunmehr ist es als ein später ertheiltes zu betrachten, 181. Wenn kann ein öffentliches Unterpfand doch wenigstens als eine Privathypothek betrachtet werden? 182. In einem Schuldscheine kam die Clausel vor, daß derselbe die Kraft einer gerichtlichen Obligation haben soll; hier entstand die Frage: was diese Clausel für eine Wirkung habe? 182. Ein Unterpfand, welches der Schuldner der Obrigkeit selbst ertheilt hat, und welches in ihrem eigenen Gerichte bestätigt worden ist, gilt allerdings, 182. Von der Clausel in der Hypothekbestätigung: unbeschadet der Rechte Anderer, 183. Wenn bewirkt die Hypothek kein Vorzugsrecht? 183. Die sogenannten Uebertheuerungen gehen immer den ersten Unterpfändern nach, 183. Wenn wird der Anfang einer öffentlichen Hypothek berechnet? 184. Von welcher Zeit an hört eine öffentliche Hypothek auf? 184. Erlangt derjenige ein öffentliches Unterpfand, der vom Richter in des Schuldners Güter eingesetzt worden ist? 185. Die Immission in das Vermögen des Schuldners kann den ältern Gläubigern ihr Recht nicht nehmen, 186. Von der Wirkung eines prätorischen Unterpfandes in Rücksicht auf den Vorgang, 187. Ein gesuchter und erlangter Arrest ist zu Hervorbringung eines Hypothekrechts nicht hinreichend, 188. Von der privilegirten Hypothek des Fiskus wegen rückständiger öffentlicher Abgaben, 189. Von der Hypothek des Fiskus an dem Vermögen des Schuldners, welches er erst nach dem Contract erworben hat, 189. Von der Hypothek zur Sicherheit des Erbzinses,

zinses, 190. Von der privilegirten Hypothek desjenigen, der Geld zum Ankauf einer öffentlichen Bedienung vorgeschossen hat, 190. Was heißt militia ex casu? 191. Lassen sich die Grundsätze von den käuflichen Bedienungen bey den Römern in Teutschland anwenden? 192. Am sichersten geht man wohl, wenn man behauptet, die Verordnung des römischen Rechts lasse sich nur auf solche Aemter anwenden, die von dem Schuldner wieder verkauft werden können, 193. Von dem Darlehn zu Ankauf einer gewissen Sache, zu dessen Sicherheit eine Hypothek bestellt worden ist, 195. Von der Hypothek zur Sicherheit der rückständigen Kaufgelder, 194. Geht ein Gläubiger, der zum Ankauf des Hauses Geld geborgt hat, der Ehefrau des Käufers, die ihren Brautschatz zurückfordert, vor? 194. Bey diesen Hypotheken wird eine unbewegliche Sache vorausgesetzt, 195. Das Geld muß wirklich zum Ankauf der unterpfändlich verschriebenen Sache angewendet worden seyn, 196. Es muß eine Hypothek an dieser Sache ausbedungen worden seyn, 196. Die Hypothek muß noch vor der Uebergabe versprochen worden seyn, in welchem Falle sie auf der Sache haftet, und mit dieser Beschwerde auf den neuen Besitzer übergegangen ist, 197. Wird das Unterpfand dem Darleiher zu Ankauf einer Sache noch vor der Uebergabe der Sache versprochen, so können die ältern allgemeinen Gläubiger dieses Schuldners ein solches Pfandrecht nicht für ungültig erklären, das ihnen nachstehe, weil sie kein Recht an der Sache damals hatten, als die Sache gekauft werden sollte. 197. Derjenige, welcher zu Bezahlung des Kaufschillings, des Angeldes oder der Termine eines schon gekauften und dem Käufer übergebenen Hauses Geld lehnt, hat kein privilegirtes Pfandrecht, 199. Wollte man auch solchen Personen ein privilegirtes Pfandrecht zugestehen, die zur Bezahlung des Kaufgeldes einer schon gekauften Sache Geld geliehen, so würde der wichtige Nachtheil daraus entstehen, daß unter diesem Vorwande viele Gläubiger der zweyten Classe gemacht werden könnten, folglich selbst die öffentlichen Hypotheken ihre Sicherheit verlieren würden, 199. Wie kann der Gläubiger die Eigenschaften der privilegirten

vilegirten Hypothek wegen des Darlehns zum Ankauf einer gewissen Sache beweisen? 200. Werden zum Vorbehalt einer Hypothek auf der verkauften Sache eben die Feyerlichkeiten erfordert, die bey der Verpfändung derselben nöthig sind? 200. Wenn geht die Hypothek wegen unbezahlter Kaufgelder verlohren? 201. Es gereicht nicht nur zur Sicherheit des Hauptstuhls, sondern auch der Zinsen, 201.

§. 1095 — 1097.

Alle Unterpfänder gehen auf die Erben desjenigen über, dem sie ertheilt worden sind, S. 202. Damit derjenige, dem eine Forderung abgetreten worden, auch das damit verknüpfte Unterpfand erlangt, so muß ihm zugleich das Pfandrecht oder die Pfandschaftsklage abgetreten worden seyn, 202. Die Pfandschaftsklage geht so wenig, wie andere Rechte und Klagen, ja noch weniger, ohne besondere Abtretung über, so wie körperliche Dinge ohne die hinzugekommene Uebergabe nicht acquirirt werden können, 203. Der Cessionarius kann die Hauptklage mit allen ihren wesentlichen Rechten anzustellen befugt seyn, wenn er gleich die aus einem ausdrücklich bestellten Unterpfande entstehende Pfandschaftsklage nicht anstellen darf, 204. Auch die gesetzlichen Verordnungen von den Verbindlichkeiten eines Bürgen bestätigen es, daß die Pfandklage nicht mit der Hauptklage ohne besondere Abtretung übergehe, 204. Es ist bekannten Rechten gemäß, daß der, welcher den Fiskus für Jemanden bezahlt hat, das Pfandrecht des Fiskus nicht anders, als nach geschehener Cession erlange, 204. Wenn der Bürge eine Schuld für den Hauptschuldner bezahlt hat, so soll er sich die Klagen des Gläubigers cediren lassen, wenn er dessen Unterpfandsrecht erlangen will, 205. Wenn mehrere Etwas zusammen gemiethet haben, und der eine von ihnen bezahlt die ganze Miethe, so kann er die Ablieferung der Sachen verlangen, woran der Vermiether ein Pfandrecht hatte, 205. Was versteht man unter der Pfandnachfolge? 206. Sie geschieht entweder mit Einwilligung des vorhergehenden Gläubi-

Gläubigers und des Schuldners, oder wider Willen des vorigen Gläubigers, 207. Geschieht eine solche Bezahlung wider Willen des ersten Gläubigers, so kann sie wieder entweder mit Bewilligung des neuen Gläubigers und des Schuldners geschehen, oder mit Bewilligung des ältern Gläubigers und des Schuldners, 207. Dieses ius offerendi findet selbst wider den Fiskus und das Heyrathsgut statt, jedoch hat der Fiskus, wenn er von dem iure offerendi Gebrauch gemacht hat, keine größern Rechte, als die seines Vorgängers waren, 208. Nach der angenommenen Meynung der Rechtslehrer ist bey dem iure offerendi ein Unterschied zu machen zwischen nachfolgenden Pfandgläubigern und solchen, die eine bloße Personalforderung haben, 208. Wenn der erste Gläubiger abgefunden worden ist, so wird der zweyte natürlicher Weise der erste, weil kein vorhergehender mehr vorhanden ist, 209. Ein Personalgläubiger kann, ohne Zuthun des Schuldners, kein Eintretungsrecht gegen einen vorgehenden Gläubiger ohne Zuthun des Schuldners ausüben, 209. Wenn kann sich der Pfandgläubiger nicht weigern, dem Andern iura cessa zu geben, der ihn bezahlen will? 209. Ob in dem Falle, da der nachgehende Pfandgläubiger nicht durch einen Vertrag und Cession einen Vorzug vor dem vorgehenden, sondern ein obsiegliches Urthel gegen diesen erhalten, jener dadurch eben so in des Vorgehenden Stelle trete, als wenn eine Cession geschehen wäre, ist streitig, 210. Von dem Eintretungsrechte bloßer Personalgläubiger, 214. Von den Fällen, wo ein Gläubiger zu eines andern Gläubigers Befriedigung sein Geld hergiebt, muß derjenige unterschieden werden, wo Jemand ein mit Hypotheken behaftetes Grundstück kauft, und nun mit des Käufers Gelde eine Hypothek bezahlt wied, 215. Ein nachstehender Pfandgläubiger kann gegen einen vorgehenden auch wider seinen Willen das Eintretungsrecht ausüben, 216. Der Personalgläubiger hat zu dieser Art des Zwanges kein Recht, 216. Wenn der Pfandgläubiger das Eintretungsrecht wider den nachfolgenden ausgeübt hat, so muß er sichs gefallen lassen, daß es nun gegen ihn selbst ausgeübt wird, 217. Es giebt viele Fälle, wo das Eintretungsrecht

ausgeübt

ausgeübt werden kann, 217. Wenn der zweyte Pfandgläubiger einen Dritten hinter sich hat, so darf er sich in dieser Gesellschaft anderer Mitinteressenten kein weiteres Recht am Pfande anmaßen, als daß er seine Befriedigung vom Pfande bekommt, 218. Es ist zu vermuthen, daß er die Sache blos deswegen gekauft hat, um zu seiner Forderung zu kommen; daher muß er wieder abstehen, wenn ihn der nachfolgende Gläubiger völlig schadlos hält, 218. Gleiche Bewandniß hat es mit dem Bürgen, der von dem ersten Gläubiger nach geschehener Befriedigung die Pfänder ausgeliefert erhalten hat, und wenn es auch in Form eines Kaufs geschehen sollte, 218. Eben so ist es, wenn sich der Bürge nicht die dem Schuldner eigenthümlich zugehörenden Pfänder, sondern die, welche seine Mitbürgen dem Gläubiger zu seiner Sicherheit gegeben haben, gegen Befriedigung des Gläubigers ausliefern läßt, oder gekauft, und mit dem Kaufgelde den Gläubiger abgefunden hat, 219. Wenn geht das Eintretungsrecht eines jeden Andern mit verlohren? 219. Wenn kann derjenige, der meinen Schuldner bezahlt hat, Zinsen von Zinsen von mir fordern? 219. Worin besteht der Hauptvortheil des Eintretungsrechts? 220. Warum bekommen die Zinsen vom Capitale eben die Stelle unter den hypothekarischen Forderungen, welche das Kapital selbst erhält? 220. Muß sich der hypothekarische Gläubiger mit in den Concurs über seines Schuldners Vermögen einlassen? 220. Die Pfandgläubiger können durch die vorgenommene Absonderung des Pfandes von der Concursmasse, den ältern oder sonst vorzüglichern Pfandgläubigern nicht schaden, 221. Verlangt der Pfandgläubiger die Absonderung seines Unterpfandes, so muß er mit diesem Unterpfande zufrieden seyn, 222. Wie wird es gehalten, wenn drey Gläubiger ein allgemeines, oder an einer Sache ein besonderes Unterpfand haben, und einer von ihnen wendet ein Rechtsmittel gegen seine Lokation ein, erhält auch eine andere Stelle? 222.

## Lib. XX. Tit. V.

## de distractione pignorum et hypothecarum.

§. 1098 — 1101.

Worin besteht die Hauptwirkung des Pfandrechts? S. 225. Kann der Schuldner die Veräußerung des Pfandes hindern? 226. Der Pfandgläubiger darf von den ihm verpfändeten Sachen nur so viel verkaufen, als nöthig ist, um seine Bezahlung zu bewirken, 226. Kann Jemand den Pfandgläubiger wider seinen Willen zum Verkauf des Pfandes nöthigen? 227. Was ist erforderlich, wenn der Schuldner das Pfand verkaufen will? 227. Wenn ein nachgehender Gläubiger auf den Verkauf des Pfandes dringt, und der vorgehende widerspricht, so wird aus dem Verkaufe nichts, wenn sich der nachgehende Pfandgläubiger nicht des Eintretungsrechts bedienen will, 228. Wie wird's gehalten, wenn sich der erste Gläubiger anfangs nur eine Specialhypothek an gewissen Grundstücken bestellen lassen, ein zweyter Gläubiger erhielt nach ihm eine Generalhypothek, und nun wurde dem ersten Gläubiger auch eine Generalhypothek bestellt, worauf dieser Sachen davon veräußern ließ, 228. Ersteht der Schuldner oder Jemand an seiner Stelle das Pfand bey der Versteigerung desselben selbst, so ist dieser Kauf, an sich betrachtet, ohne Wirkung, wenn der Gläubiger nicht völlig von dem Kaufgelde hat befriedigt werden können, 229. So lange der Schuldner die ganze Schuld noch nicht bezahlt hat, ist er auch nicht berechtigt, auf die Zurückgabe des Pfandes zu dringen, 229. Ein Mitschuldner, der zugleich Miteigenthümer der verpfändeten Sache ist, kann diese Sache, wenn sie der Gläubiger öffentlich verkaufen läßt, an sich kaufen, und nach dem Kaufe ist er nicht weiter verbunden, des Andern sein Miteigenthum weiter anzuerkennen, 230. Kann der Gläubiger das Pfand selbst an sich kaufen, wenn es gerichtlich verkauft wird? 231. Im römischen Rechte wird ein Unterschied zwischen der gerichtlichen und außergerichtlichen Veräußerung des Pfandes gemacht, wenn die Frage ist: ob der Pfandgläubiger

nläubiger das Pfand an sich kaufen könne? 231. Will der Gläubiger auf den Verkauf des Pfandes dringen, so muß der Schuldner vorher gemahnt, ihm eine Zahlungszeit angesetzt, und auf den Unterlassungsfall der Verkauf des Pfandes angedroht worden seyn, 232. Die auf verschiedene Termine gesetzte Bezahlung macht zusammen nur eine Schuld aus, 233. Was hilft die Clausel in der Schuldverschreibung: der Gläubiger solle bey unterbliebener Zahlung berechtigt seyn, sogleich auf den Verkauf dringen zu können? 233. Vom Privatverkauf einer Hypothek nach dem römischen Rechte, 233. Was nennt man eine Denunciation bey dem Privatverkauf der Hypothek? 234. Wie wird der Vertrag erklärt, der Gläubiger solle das Pfand nicht verkaufen dürfen? 234. Der Pfandgläubiger mußte das Pfand öffentlich verkaufen, 235. Was wird unter dem Ausdruck verstanden, der Verkauf muß bona fide geschehen? 236. Wie wurde es gehalten, wenn sich Niemand fand, der das Pfand kaufen wollte? 236. Das pactum de alienando pignore darf mit dem pacto commissorio nicht verwechselt werden, 236. Was versteht man unter dem pacto commissorio? 236. Wenn das Pfand nicht so theuer verkauft worden, daß die ganze Schuld davon bezahlt werden können, so blieb der Schuldner immer noch zur Bezahlung des Rests verbunden, 237. Beobachtete man bey der Privatveräußerung einer Hypothek alle in den Gesetzen vorgeschriebenen Feyerlichkeiten, so erlangte der Käufer ein gegründetes Eigenthumsrecht, 237. Wenn konnte der Schuldner gegen den geschehenen Verkauf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand brauchen? 237. Bisweilen hatte die Nichtigkeitsklage wider den Verkäufer statt, womit man die Reivindication kumulirte, 238. Was ist Rechtens, wenn ein Dritter das verkaufte Pfand in Anspruch genommen, und der Käufer es heraus geben müssen, 237. In welchen Fällen ist der Pfandgläubiger, der das Pfand verkaufen lassen, schuldig, den Käufer schadlos zu halten? 239. Wie wird die Bezahlung der Schuld vorgenommen, wenn das Pfand verkauft worden? 239. Die Zinsen werden bey der Bezahlung der Regel nach zuerst in Rech-

nung gebracht, 239. Der Schuldner hat von dem Verkauf der Hypothek den Vortheil, daß seine Schuld getilgt oder gemindert wird, 240. Ist das Pfand theurer verkauft worden, als zu Tilgung der Schuld nöthig war, so muß der Verpfänder den Ueberschuß heraus bekommen, 240. Behält der Gläubiger den Ueberschuß in Händen, benutzt ihn, oder verweigert doch die Herausgabe desselben widerrechtlicher Weise, so muß er dem Pfandschuldner die Nutzungen berechnen, und Zinsen dafür bezahlen, 240. Wie wird es gehalten, wenn das Pfand viel zu wohlfeil verkauft worden? 241. Wie lange kann die wider den Verkauf des Pfandes zuläßige Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden? 242.

## Lib. XX. Tit. VI.

## Quibus modis pignus vel hypotheca soluitur.

### §. 1102 — 1104.

Das Pfandrecht soll seiner Natur nach dem Gläubiger nur eine Zeitlang Sicherheit leisten, S. 242. In Gesetzen wird zur Löschung des Pfandrechts weiter nichts erfordert, als die geschehene Bezahlung, oder daß solche vom Schuldner nicht angenommen worden ist, da er doch dazu verpflichtet war, 243. Bey der Bezahlung der Gegenrechnung und der gerichtlichen Niederlegung der Gelder kommt es nicht darauf an, ob der Gläubiger sein Pfandrecht aufgeben will, oder nicht, sondern durch diese Arten der Befriedigung verliert er sein Pfandrecht wider seinen Willen, 243. Die Bezahlung muß so geschehen seyn, daß der Gläubiger nicht genöthigt werden kann, das erhaltene Geld wieder herauszugeben, 243. Ein Gläubiger, der das erhaltene Geld an den Fiskus wieder herausgeben müssen, ist nicht gehörig befriedigt worden, folglich dauert auch sein Pfandrecht noch fort, 244. Es ist einerley, ob der Schuldner selbst bezahlt hat, oder ein Anderer für ihn, 244. Hat der Bürge bezahlt, so ist außer der geschehenen Cession alles nach den Grundsätzen des Mandatscontracts zu beurtheilen,

len, 245. Der Schuldner hat durch die Cession keine Rechte erworben, die er nicht vorher schon hatte, und der Cessionarius bleibt in Ansehung der Rechte, die der Schuldner hatte, ein Fremder, mit dem dieser Schuldner nicht contrahirt hat, 245. Was für ein Unterschied tritt zwischen der freywilligen und nothwendigen Novation ein? 245. Die freywillige Novation hebt alle vorigen Rechte auf, und es sind eben die Wirkungen damit verbunden, welche die geschehene Bezahlung hervorbringt, 245. Die nothwendige Novation, wozu die Einlassung auf die Klage und die rechtskräftige Entscheidung gehört, läßt nicht nur die ehemaligen Rechte ungekränkt, sondern verbessert sie auch, 246. Was heißt succesſio creditoris in suum ipsius locum? 256. Wie kann die Erlassung des Pfandrechts stillschweigend vorgenommen werden? 247. In welchen Fällen hat die bloße Wissenschaft des Pfandgläubigers, daß das Pfand veräußert werde, die Aufhebung des Pfandrechts zur Folge? 247. Aus der Einwilligung des Pfandgläubigers in die Veräußerung der ihm verpfändeten Sache wird vermuthet, er habe auf sein Pfandrecht Verzicht geleistet, 248. Selbst alsdenn wacht das einmal verlohrne Pfandrecht nicht wieder auf, wenn die Sache in der Folge aufs neue ein Eigenthum des Schuldners geworden ist, ja man sieht diese Sache nicht einmal alsdenn als wieder verpfändet an, wenn dem Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht alles gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens ertheilt worden ist, 248. Durch der Einwilligung in die fernere Verpfändung der ihm verpfändeten Sache entsagt der Pfandgläubiger wenigstens zum Vortheil des neuen Pfandgläubigers, 249. Wenn die Frage ist, ob nach Befriedigung des zweyten Gläubigers das Pfandrecht des ersten Gläubigers, der sich desselben zum Besten desselben begeben, wieder eintrete, so kommt es darauf an, was über diesen Fall abgeredet worden, 249. Wenn ein Pfandgläubiger zum Besten eines Andern in die weitere Verpfändung willigt, so erlangt gelegentlich auch derjenige einen Vortheil dadurch, welcher dem, zu dessen Besten die Einwilligung geschehen ist, vorgeht, 250. Willigt derjenige

in die Erlöschung des alten Pfandrechts, der sich ein neues Pfandrecht hat geben lassen? 250. Wenn sich der Pfandgläubiger zu mehrerer Sicherheit seiner Forderung auch einen Bürgen geben lassen, so begiebt er sich dadurch seines Pfandrechts nicht, 261. Durch ein älteres besonderes ausdrückliches Unterpfand wird ein nachgehendes gesetzliches allgemeines oder besonderes gesetzliches Unterpfand auf einer andern Sache nicht gehindert, wohl aber ein besonderes an eben der Sache, 251. Es giebt viele Arten, wie das Pfandrecht aufhört, 251. Durch die Schenkung der Hauptschuld, wie auch durch Entsagung hört das Pfandrecht auf, 251. Bewirkt die ohne Protestation und Vorbehalt gegebene Einwilligung des Gläubigers in die von dem Schuldner vorgenommene Veräußerung des Pfandes eine Erlassung des Pfandrechts? 252. Die Regel, daß die bloße Wissenschaft der vom Schuldner vorgenommenen Veräußerung des Pfandes dem Gläubiger nicht schadet, hat mehrere Ausnahmen, 252. Die Gesetze enthalten Fälle, wo der Schweigende sich durch sein Stillschweigen-Schaden thut; man findet aber auch Fälle angegeben, wo das beobachtete Stillschweigen unschädlich ist, 252. Wenn wird die vom Pfandgläubiger geschehene Unterschrift des Kaufbriefes über das verpfändete Grundstück für eine stillschweigende Begebung des Pfandrechts gehalten? 254. Sollte der Schuldner in der Folge wieder Eigenthümer des verpfändet gewesenen Grundstücks werden, so wird die Sache dem vorher darauf gehafteten Pfandrechte nicht wieder unterworfen, wenn die Rückkehr des Eigenthums ohne Gefährde des Schuldners, und durch eine Erwerbungsart geschehen ist, die mit der geschehenen Veräußerung in gar keinem Zusammenhange steht, 254. Wäre wirklich dadurch eine Gefährde begangen worden, daß der Schuldner dem Gläubiger seine Bezahlung von dem Kaufgelde versprochen, er hatte aber bey dieser Versicherung blos die Absicht, durch diese Vorspiegelung die Befreyung von der Hypothek zu erhalten, so ist die Aufhebung des Pfandrechts als gar nicht geschehen zu betrachten, 256. In welchen Fällen ist die Veräußerung des verpfändeten Grundstücks als nicht geschehen zu betrach-

betrachten, folglich darf auch das Pfandrecht als erneuert angesehen werden? 256. Aus der Zurückgabe des Pfandes, oder der Pfandverschreibung, wenn keine besondere und andere Absicht dabey zum Grunde liegt, wird eine stillschweigende Erlassung des Pfandrechts geschlossen, 257. Bey der Rückgabe des Pfandes und der Pfandverschreibung äußert sich der wichtige Unterschied, daß jene blos das Pfandrecht tilgt, diese aber die Forderung aufhebt, 258.

§. 1105.

Die Aufhebung des Pfandrechts kann sich entweder auf das ganze Pfand erstrecken, oder blos auf einen Theil desselben, S. 258. Ist das Pfandrecht einer ungetheilten Hälfte erlassen worden, so bleibt doch jeder Theil des Ganzen immer noch mit dem Pfandrechte behaftet, 258. Der Gläubiger kann gegen jeden von den Miteigenthümern einer gemeinschaftlichen Sache einzeln die hypothekarische Klage anstellen, und der Beklagte kann ihm die Einrede mehrerer Interessenten nicht entgegen setzen, 259. Ein Erlassungsvertrag, der mit des Schuldners Bevollmächtigtem geschlossen worden, bewirkt nach dem römischen Rechte die Einrede des Betrugs? 259. In Teutschland bedarf es zur Annahme der Erlassung gar nicht einmal einer Vollmacht, 260. Wie muß die Erlassung des Pfandrechts beschaffen seyn, die von dem Cessionarius vorgenommen worden ist? 260. Bey Unmündigen ist die Begebung des Pfandrechts, als eine nachtheilige Handlung, nicht anders gültig, als wenn ein gerichtliches Decret darüber ertheilt worden ist, 260. Von der Erlassung des Pfandrechts, die von dem Fiduciarerben bewirkt worden ist, 360. Sobald der zeitherige Pfandgläubiger Eigenthümer des Pfandes geworden ist, so fällt das Pfandrecht durch die Confusion weg, 261. Wenn der Verpfänder nur ein wiederrufliches Recht an der verpfändeten Sache hat, so fällt das Pfandrecht weg, sobald sein Recht aufgehört hat, 261. Von der Verpfändung des Erbzinsmanns, oder wenn der Eigenthümer sein jetziges Eigenthum wegen des pacti addictionis in diem, oder wegen des

legis commissoriae sein Eigenthum an der Sache verliert, 261. Was wirkt die addictio in diem? 261. Von der Wirkung des pacti displicentiae, 261. Giebt der Käufer die mangelhafte Sache zurück, so geschieht dieses nach seiner freywilligen Entschließung; er kann daher durch solche dem Gläubiger, dem er selbst ein Pfandrecht ertheilt hat, dasselbe nicht wieder nehmen, 262. Mit der Verjährung des Pfandrechts muß die Verjährung des Eigenthums der verpfändeten Sache nicht verwechselt werden, 262. Es kann der Fall eintreten, daß in einem einzelnen Falle von ohngefähr, binnen eben der Zeit, wo das Eigenthum gegen den Verpfänder verjährt wird, auch das Pfandrecht gegen den Gläubiger von einem dritten Besitzer des Pfandes verjährt wird, 263. Die Glossatoren glaubten, die dreyjährige Verjährung der Mobilien allein werde vsucapio, die zehen- und zwanzigjährige Verjährung der Grundstücke aber allemal praescriptio genennt, 263. Unter dem Kaiser Gordianus war weiter keine Usukapion bekannt, als die von ein und zwey Jahren, und jede andere Verjährung hieß praescriptio, 263. Es ist irrig, daß die zehen- und zwanzigjährige Verjährung der Grundstücke nicht vsucapio, sondern praescriptio genennt wird, 264. Die Usukapion des Eigenthums wird binnen drey Jahren bey beweglichen, und binnen zehen oder zwanzig Jahren bey unbeweglichen Sachen vollendet, das Pfandrecht hingegen erlöscht nie binnen einer kürzern Zeit, als zum wenigsten von zehen oder zwanzig Jahren, und alsdenn heißt es nicht vsucapio, womit sich der Besitzer gegen den Gläubiger schützt, sondern praescriptio, 264. In welchen Fällen wird die Usukapion des Eigenthums und die Verjährung des Pfandrechts nicht zugleich vollendet? 265. Wie wird es gehalten, wenn der Gläubiger das schon usukapirte Grundstück durch die hypothekarische Klage in Anspruch genommen, und solches zu seiner Befriedigung ausgeliefert erhalten hat; nach der Zeit meldet sich der Verpfänder, bietet dem Gläubiger die Bezahlung an, und verlangt sein Pfand heraus, muß es der Gläubiger herausgeben? 265. Wenn der Gläubiger allein daran Schuld ist,

ist, daß eine dritte Person die Verjährung des Eigenthums wider den Verpfänder vollenden können, so muß jener dem Verpfänder allen Schaden vergüten, 266. Bey der Verjährung des Pfandes kommt es darauf an, ob der Schuldner, oder sein Erbe, oder ein Dritter das Pfand besitzt, 266. Besitzt ein dritter Besitzer das Pfand als Eigenthümer, und weiß nichts davon, daß ein Pfandrecht darauf haftet, so ist die Verjährung nach zehen oder zwanzig Jahren vollendet, 267. Nach dem Tode des Schuldners wird ein dreyßig- oder vierzigjähriger Besitz erfordert, um gegen das Pfandrecht eines andern Gläubigers gedeckt zu seyn, 267. Der Kaiser Theodosius hat die Verjährung der Schuldforderung eingeführt, wodurch der Schuldner selbst von der Schuld befreyt, und des Gläubigers Personalforderung getilgt wird, 267. Daß die hypothekarische Klage vierzig Jahre dauern soll, hat vermuthlich keinen andern Grund, als die Verjährung bisher in dergleichen Fällen gar nicht statt hatte, und man sie deswegen nunmehr der Verjährung in andern Fällen nicht gleich machen wollte, 267. Worin liegt der Grund, warum die hypothekarische Klage nach des Schuldners Tode noch dreyßig Jahre wider den dritten Besizzer angestellt werden kann? 268. Kann das Pfandrecht durch den Mißbrauch aufgehoben werden? 268. Bey dem Verlust des Pfandrechts wegen geschehener Verwandlung der Sache kommt es darauf an, ob der Sache die vorige Gestalt wieder gegeben werden kann, oder nicht, 268. Ist das Pfanprecht abgesprochen oder abgeschworen werden, so fällt es weg, 269.

## Lib. XXI. Tit. I.

## de aedilitio edicto.

### §. 1106 — 1112.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Gewähr der Mängel ist zwar von der Verbindlichkeit zur Gewährsleistung unterschieden, aber wegen mancher Schäden des Käufers kann die Forderung der Entschädigung, als Gewährsleistung der Mängel und als Evictionsleistung zugleich angebracht wer-

den, S. 270. Für Mängel, welche die verkaufte Sache hat, muß der Verkäufer haften, wenn er es auch nicht versprochen, sondern nur dem Käufer nichts von diesen Fehlern gesagt hat, 271. Bey dem Verkauf mehrerer zusammengehörender Stücke rechtfertigt der Fehler an dem einen oder dem andern Stücke die Rückgabe aller, 271. Von Fehlern der Grundstücke stand nichts im Edict der Aedilen, es wurde aber durch die Juristen darauf ausgedehnt, 271. Was wird unter den Worten morbus und vitium im Edict verstanden? 271. Die gekaufte Sache muß diejenigen Eigenschaften haben, die gewöhnlich daran vorhanden sind, oder welche der Käufer zu vermuthen und zu erwarten berechtigt ist, 272. Kein Fehler, wofür die Gewähr zu leisten, ist es, wenn zwar der Sache etwas fehlt, womit sie von Natur begabt ist, der Käufer hat aber von diesem Mangel keinen Schaden, oder er rechnete gar nicht auf die fehlende Eigenschaft, 272. Wer ein Pferd zum Reiten kauft, dem ist ein Wallache nützlicher als ein Hengst, also haftet ihm der Verkäufer nicht, daß das Pferd Wallache ist, 272. Ist der Schnitt beym Wallachen nicht gut gerathen, und dem Pferde dadurch Schaden geschehen, so ist es auf alle Fälle ein zu gewährender Mangel, 272. Eine Ungestaltheit schadet nicht, wenn sie die Benutzung der gekauften Sache nicht hindert, 273. Es läßt sich schwer bestimmen, wie die Römer morbus und vitium unterschieden haben, 273. Ausgemacht ist es, daß sich morbi nur bey Menschen und Thieren denken lassen, vitia aber auch bey andern Sachen, 273. Ein Fehler der Sache ist es, wenn das Grundstück mit Servituten behaftet ist, 273. Die vom Verkäufer versicherten Eigenschaften dürfen nicht wider die Billigkeit erklärt, und müssen nur nach der Mittelmäßigkeit beurtheilt werden, 274. Bey bloßer Erwähnung und Anführung gewisser Eigenschaften kommt es darauf an, ob sich der Verkäufer bestimmt auf etwas eingelassen, oder nur im Allgemeinen Etwas von der Güte der ausgebotenen Sache einfließen lassen, 274. Was blos auf allgemeines Lob hinausläuft, ist kein Versprechen, sondern nur eine unverbindliche Aeußerung, 275. Der Verkäufer haftete, wenn

er

er die Sclavin für eine Jungfer ausgegeben, und sie war es nicht, 275. Ein Gewährsmangel ist es, wenn die verkaufte Sache von einer andern Materie ist, als wofür sie verkauft worden, 275. Der Irrthum in der Materie, besonders wenn die vorhandene mit der verabredeten gar nichts gemein hat, verursacht eine Ungültigkeit des Kaufs, 276. Weil beym Kauf auf das Geschlecht des Thiers immer viel ankommt, wenn beym Handel ausdrücklich darauf Rücksicht genommen worden, so verursacht es natürlich eine Nichtigkeit, wenn sich das Geschlecht nicht findet, das man hat kaufen wollen, 277. Die Mängel, wofür der Verkäufer schon an sich, ohne besondere Zusage und Aeußerung haften soll, müssen nicht so auffallend gewesen seyn, daß sie der Käufer leicht bemerken können, 277. Die Versicherung des Verkäufers gegen den Augenschein besteht entweder blos in einer allgemeinen Empfehlung, oder sie muß so erklärt werden, daß der Verkäufer nur für solche Fehler haften wolle, davon der Augenschein den Käufer nicht sogleich belehrte, 277. Die Wissenschaft des Sclaven schadete dem Herrn allemal, wenn dieser gleich keine Wissenschaft hatte, auch dann, wenn er auf Befehl des Herrn handelte, 277. Wie wird die Wissenschaft oder das Nichtwissen beurtheilt, wenn der Handel durch einen Bevollmächtigten oder einen Geschäftsführer geschlossen worden? 278. Die Gesetze wollen, daß blos auf Fehler von Erheblichkeit, die nicht in die Augen fallen, Rücksicht genommen werden soll, aber nicht auf Kleinigkeiten, 278. Es war kein Hauptfehler, wenn sich der gekaufte Sclave links gewöhnt hatte, oder wenn er aus dem Munde roch, und dieser üble Geruch nicht von einer Krankheit der innern Theile herrührte, 278. Die Untugend, daß ein Zugvieh blos auf der Seite gehen will, woran es einmal gewohnt ist, trifft man fast bey allen Thieren dieser Art an, 279. Eine Krankheit, die zwar nicht immer anhält, die aber doch einige Zeit dauert, kann das Thier lange unbrauchbar machen, und dem Käufer viel Kosten verursachen, daher muß der Verkäufer dafür haften, 279. Bekommt die verkaufte Sache erst nach dem Verkaufe den Fehler, so trifft dieser Unglücksfall den Käu-

Käufer, 280. Die Gewähr der Mängel ist bey allen Sachen anwendbar, sie mögen beweglich oder unbeweglich seyn, 280. Bey verkauften Gefäßen muß der Verkäufer dafür haften, daß sie ganz und brauchbar sind, denn jeder Käufer erwartet für sein Geld ein brauchbares Gefäß, 281. Wenn der Verkäufer von seiner Sache behauptet, sie habe gewisse Eigenschaften, so muß er für die Richtigkeit seiner Angabe stehen; ist er nicht in dolo, so ist er doch in culpa, daß er Eigenschaften behauptet hat, von denen er nicht gewiß wußte, ob sie an der Sache anzutreffen sind, 281. Der Verkäufer haftet dafür, wenn er Kleider verkauft, und solche für neu ausgegeben hat, da sie doch nur gewandt waren, 282. Wie wird es mit der Gewähr der Mängel bey einer vniuersitate rerum gehalten? 282. Die Ursache, warum die Gewähr der Mängel geleistet werden muß, läßt sich auf alle zweyseitige Verträge anwenden, 282. Auf den Pacht- Mieth- und verschiedene andere zweyseitige Contracte sollte das Aedilische Edict nicht angewendet werden, sondern man mußte nöthigen Falls die Klage aus dem Miethcontracte brauchen, 283. Aus den Gesetzen sieht man deutlich, daß überall, wo das Edict nicht gebraucht werden konnte, die Gewähr der Mängel aber doch nach der offenbaren Billigkeit eintrat, man deswegen aus der Natur des Contracts klagte, 283. Was für Fehler des Gemüths findet man in Gesetzen angegeben? 283. Die Regel, daß blos Mängel des Körpers die Gewährsleistung begründen, hat manche Ausnahmen, 283. Wenn wurde der Sclave fugitius genannt? 284. Ein Sclave, welcher der Feinde wegen von seinem Herrn weggelaufen war, konnte nicht als ein Flüchtling betrachtet werden, weil er wieder zurückkommen wollte, sobald die Ursache seiner Flucht wegfiel, 284. Ein Fehler des Sclaven war es, wenn er ein Herumläufer war, und deswegen erro hieß, 285. Ein anderer Fehler des Sclaven war es, wenn er grobe Verbrechen begangen, die wichtige Leibesstrafen nach sich zogen, 285. War der Sklave eines groben Verbrechens wegen bestraft worden, so ließ das eine sehr verdorbene Gemüthsart vermuthen, 285. Ein Sclave, welcher Handlungen der Verzweiflung

zweiflung und des Lebensüberdrusses vorgenommen, war dem Käufer gefährlich, 285. Die Fehler der Seele und des Gemüths wurden alsdenn nach dem Aedilischen Edict beurtheilt, wenn ihr Ursprung im Körper gesucht werden konnte, 286. Was für Fehler des Körpers an Sclaven und Thieren werden in Gesetzen angeführt? 286. Es wird in Gesetzen als ein körperlicher Fehler angeführt, wenn Finger oder Zähen, oder andere Glieder fehlen, oder gelitten haben, und der Sclave wurde dadurch am Gebrauch der Hände, oder am Gehen und Arbeiten gehindert, 287. Ein Fehler des Thieres ist es, wenn das gekaufte Thier unter keinem andern Joch ziehen will, als unter dem, woran es sich bey dem Verkäufer gewöhnt hatte, da doch dieses nicht mehr vorhanden ist, 288. Was versteht man unter der Wandelung? 289. Bey den Römern mußte der Verkäufer dem Käufer von allen Fehlern der Sache benachrichtigen, und bey dem Viehverkauf mußte er gar Sicherheit bestellen, 289. Wie haben sich Kaufleute zu verhalten, wenn ihnen schlechte Waare von auswärts zugeschickt worden, die sie verlangt haben? 290. Sind die Waaren durch schlechte Packung beschädigt worden, so kommt es darauf an, ob der Absender oder der Fuhrmann sich etwas dabey zu Schulden kommen lassen, 290. Warum wird im Frachtbriefe bemerkt, daß die Fracht nur nach richtiger und guter Lieferung bezahlt werden solle? 290. Die Wandelung hat sowohl in Ansehung des Hauptgegenstandes als der Beystücke statt, wofern letztere nicht ein ganzes zusammengehörendes Ganze ausmachen, z. B. eine Erbschaft, ein Pekulium, oder das Inventarium des Guths, 291. Auch wenn das verkaufte Thier ohne Verschulden des Käufers und der Seinigen krepirt ist, so hat die Wandelungsklage auf die Zurückgabe des Kaufgeldes statt, 291. Die Wandelungsklage kann nicht angestellt werden, wenn der Fiskus eine Sache verkauft hat, welches Vorrecht aber auf andere öffentliche Anstalten nicht ausgedehnt werden darf, 291. Bey Sachen von geringem Werthe kann die Wandelungsklage nicht gebraucht werden, weil der Proceß mehr kosten würde, als der dadurch erlangte Vortheil,

theil, 292. Beyspiele natürlicher Fehler eines Thieres, die im römischen Rechte vorkommen, 292. Der Spatt, die Steingalle und Rehe sind nicht immer sichtbar, und müssen daher dem Käufer angezeigt werden, 293. Ein Fehler des Thieres ist die Verstopfung oder ein unnatürlicher Gang der Reinigung, 293. Ein stetiges Pferd, oder welches über jede Kleinigkeit scheu wird, sich sodann bäumt, ausschlägt und flüchtig wird, ist für fehlerhaft zu halten, 291. Die vier Hauptfehler bey Pferden sind heutiges Tages, der Rotz, das Herzpochen oder kurzer Athem, die Staarblindheit und die Stetigkeit, 299.

§. 1113. 1114.

Was für Klagen können wegen der Mängel, welche die verkaufte Sache hat, angestellt werden? S. 294. Wie wurde der Verkäufer bey den Römern gestraft, wenn er wegen der Mängel der verkauften Sache keine Stipulation eingehen wollte? 294. Es steht dem Kläger frey, bey Hauptmängeln, welche die verkaufte Sache hat, nicht auf die Aufhebung des ganzen Contracts zu klagen, sondern blos die Vergütung des Schadens zu verlangen, 295. Sowohl die Klage auf die Aufhebung des ganzen Contracts, als die auf Vergütung des Schadens kann mehr als einmal angestellt werden, 295. Wurde der Kläger abgewiesen, so verlohr er den Proceß blos des angeführten Mangels wegen, und daher steht es ihm frey, ihn eines andern Fehlers wegen anzufangen, 295. Bey dergleichen Processen muß darauf Rücksicht genommen werden, daß der Käufer nicht anstatt blos entschädigt zu werden, Gewinn zieht, 295. Wider was für Personen können die Klagen wegen vorhandener Mängel der gekauften Sache angestellt werden? 296. Wie lange darf man diese Klagen anstellen, ehe sie für verjährt zu halten sind? 296. Von welcher Zeit an, fängt die Verjährung dieser Klagen zu laufen? 296. Die Zeit, wo es der Käufer gewahr wurde, daß die gekaufte Sache den Fehler habe, ist nicht der Zeitpunct, wo die Verjährung der deswegen statt findenden Klage anfängt; es wäre denn, daß er

er nicht eher etwas von dem Fehler habe erfahren können, 297. Die Klage, wodurch die Aufhebung des Contracts gesucht wird, heißt, wenn sie sich auf das Aedilische Edict gründet, actio redhibitoria, weil man die Sache dem Käufer zurückgeben will, 297. Hängt der Kauf von der Erfüllung einer Bedingung ab, so darf die gegenwärtige Klage nicht eher gebraucht werden, als bis die Bedingung erfüllt worden, wodurch der Contract unwiederruflich wird, 298. Sind mehrere Sachen zugleich gekauft worden, und nur die eine davon ist mangelhaft, die andere aber nicht, so kommt es darauf an, ob sich diese Dinge trennen lassen, oder ob es nicht angeht, 298. Die redhibitorische Klage geht darauf, daß der Käufer die Sache, der Verkäufer aber das dafür erhaltene Geld zurückgebe, 299. Der Käufer ist schuldig, die Sache mit allem Zubehör zurück zu geben, und auch die indeß erhobenen Nutzungen muß er dem Verkäufer deswegen vergüten, weil dieser das Kaufgeld nebst den Zinsen davon zurück geben muß, 299. Es wird nicht darauf gesehen, ob die Nutzungen, welche der Käufer von der Sache erhoben hat, von dem Verkäufer ebenfalls würden erhoben worden seyn, 299. Wenn ist eine Sicherheitsbestellung nöthig? 300. Die zurückgegebene Sache muß unbeschädigt seyn, 301. Wegen der Unglücksfälle haftet der Käufer nicht, 301. Die Gesetze nehmen bey Vergütung der Schäden auf culpam leuem Rücksicht, 301. Für seiner Kinder Schaden, ja für seines Vormundes Beschädigung haftet der Käufer ebenfalls, 301. Ist der Käufer durch einen Unglücksfall um die Sache gekommen, indem das gekaufte Thier ohne sein Verschulden krepirt ist, so kann er nichts desto weniger vom Verkäufer alles fordern, was er fordern könnte, wenn die Sache noch vorhanden wäre, 302. Was für Verbindlichkeiten hat der Verkäufer bey der redhibitorischen Klage zu erfüllen? 302. Er muß das erhaltene Kaufgeld, und jeden Vortheil, der ihm um des Kaufs willen zu Theil geworden ist, zurückgeben, 303. Hat der Käufer manches unnöthiger Weise bezahlt, so wird ihm dieses nicht vergütet, 303. In wie fern haftet der Verkäufer wegen der Schäden, die dem Käufer durch die gekaufte Sache verur-

verursacht worden sind? 303. Die Schadensvergütung für die Mangel darf sich niemals so hoch belaufen, als der Werth der gekauften Sache beträgt, 303. Der Verkäufer muß ferner dem Käufer alle auf die Sache verwendeten Auslagen erstatten, 304. Wird das Futter, welches das gekaufte Thier gefressen hat, ebenfalls vom Verkäufer vergütet? 304. Wie wird die Klage eingerichtet, wenn mehrere Interessenten auf des Beklagten Seite sind? 304. Bey der Hauptsache müssen alle Interessenten, die am Kauf Antheil haben, in die Anstellung der Klage willigen, weil die Aufhebung des Contracts eine Sache ist, die keine Vertheilung zuläßt, 305. Wie wird der Werth der einzelnen fehlerhaften Stücke berechnet? 305. Bleiben die auf die Sache gelegten Beschwerden, der Rückgabe ungeachtet, bey Kräften? 305. Wie wird es hier mit der Entschädigung gehalten? 305. Bisweilen hat wegen geschehener Rückgabe der gekauften Sache die Paullianische Klage statt, 306. Wenn wird der zurückgegebenen fehlerhaften Sache wegen die actio in factum wider den Verkäufer angestellt? 306. Wenn hat actio quanti minoris statt? 307. Klagt der Käufer quanti minoris, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er sich eine Minderung des Kaufgeldes will gefallen lassen, oder ob er lieber die Sache zurück nehmen, und das Kaufgeld zurück geben will, 307. Man kann nicht zugeben, daß bey Mängeln, welche die Sache nicht ganz unbrauchbar machen, der Käufer wegen des Betrugs des Verkäufers die Zurückgabe brauchen darf, 308. Wie ist der Vertrag zu erklären, wenn sich der Verkäufer vom Käufer ausdrücklich hat versprechen lassen, daß er ihn um keiner Fehler willen in Anspruch nehmen wolle? 308. Was versteht man unter dem Ausdruck, Wandel? 308. Die Wandelungsklage hat statt, wenn man eine Sache eingetauscht, oder an Zahlungsstatt bekommen hat, oder wenn sie uns durch die Theilung zugefallen ist, 309. Die Sache muß bereits zur Zeit des Contracts einen solchen Fehler gehabt haben, der sie ganz und gar unbrauchbar macht, 310. Wenn wird es vermuthet, die Sache sey zur Zeit des Contracts mit dem Fehler behaftet gewesen? 310. Der Fehler muß ein verbor-

verborgener seyn, 310. Was für Hauptmängel werden bey Thieren in Betracht gezogen? 310. Die Wandelungsklage kann auch deswegen angestellt werden, weil der Sache die Eigenschaften oder Zierrathen fehlen, welche solche nach dem Vorgeben des Veräußerers haben sollte, und worauf der Bewerber sein Absehen hauptsächlich gerichtet hat, 311. Dieser Umstand muß erwiesen werden, 311. Wenn koncurrirt die actio emti mit der Wandelungsklage electivisch? 312. Von wem kann die Wandelungsklage angestellt werden? 312. Was heißt exceptio redhibitoria? 313. Sind mehrere Erben eines Käufers vorhanden, so müssen sie zusammen in die Anstellung der Wandelungsklage willigen, und einen gemeinschaftlichen Anwald bestellen, 313. Wie wird die Klage gebraucht, wenn sie gegen mehrere gebraucht werden soll? 314. Bey der Klage aus dem Kauf haften mehrere Verkäufer nur als socii für ihren Antheil, 314. Mehrere Erben eines Verkäufers haften pro rata, weil sich die Verbindlichkeit zur Restitution des Kaufgeldes theilen läßt, 314. Wie wird die Bitte in der Wandelungsklage abgefaßt? 314. Das Interesse muß der Beklagte alsdenn prästiren, wenn er den Fehler gewußt hat, und der Kläger hat Schaden davon gehabt, 315. Wenn die Sache nicht mehr vorhanden ist, sondern deswegen nicht mehr zurückgegeben werden kann, weil sie ohne Verschulden des Klägers zu Grunde gegangen ist, so muß dieser Umstand in der Klage angeführt werden, 315. Die Redhibitorienklage kann auch alsdenn gebraucht werden, wenn sich der Beklagte weigert, wegen eines besorglichen Fehlers Sicherheit zu bestellen, 316. Was für Einreden können dieser Klage entgegen gesetzt werden? 316. Wenn der Fehler der Sache sich erst nach geschlossenem Contract zeigt, so rührt er entweder von einer Verwahrlosung des Käufers her, oder von einem Zufalle, 317. In Sachsen giebt es nur vier Hauptfehler eines Pferdes, wofür der Verkäufer stehen muß, 318. Von der Einrede, Kläger habe die Sache bereits in eine andere Art von Sachen verwandelt, 318. Wenn kann die Einrede der Verjährung der Wandelungsklage entgegen gesetzt werden? 318. Wenn ist die Ein-

rede zulässig, Kläger als Verkäufer könne die Wandelungsklage nicht anstellen? 319. Es giebt verschiedene unstatthafte Einreden, die gegen die Wandelungsklage nicht gebraucht werden dürfen, 320. Was für Rechtsmittel haben statt, wenn die Zurückgabe der fehlerhaften Sache bereits geschehen ist? 321. Wenn hat actio in factum nach zurückgegebener Sache statt? 321. Was für Rechtsmittel kann der Verkäufer brauchen, wenn ihm die verkaufte Sache nicht so gut zurückgegeben worden, als er sie verkaufte? 321. Die actio in factum hat dreyßig Jahr statt, 322. Wodurch unterscheidet sich die actio quanti minoris, oder aestimatoria von der Wandelungsklage? 322. Der Umstand, wie viel die gekaufte Sache weniger werth sey, muß durch Kunstverständige bewiesen werden, 322. Was die actio redhibitoria voraus setzt, das gilt auch von dieser Klage, 322. Wenn bey einer öffentlichen Feilbietung dem Käufer dingliche Lasten verschwiegen worden sind, so hat actio aestimatoria und actio emti statt, 323. Von der Person des Klägers und Beklagtens bey der ästimatorischen Klage, 323. Vom Gesuch der Klage, 323. Was für Einreden können der ästimatorischen Klage entgegen gesetzt werden? 323. Wenn ist die gegenwärtige Klage für verjährt zu halten? 324. Beyde actiones aedilitiae concurriren mit der actione emti electivisch, 324. Was für ein Vortheil ist mit diesem electivischen concursu verknüpft? 325. Der Kläger hat das Recht, die Aestimatorienklage anstatt der Wandelungsklage anzustellen, wenn diese letztere gegründet ist, 325. Warum ist es der Klugheit gemäß, die Aestimatorienklage mit der Redhibitorienklage alternativisch zu kumuliren? 325. Kann man erst die Aestimatorienklage anstellen und nach solcher auch noch die Wandelungsklage brauchen? 326. Wegen eines und eben desselben Fehlers kann man nicht zum zweytenmal klagen, wenn man schon einmal mit diesem Vorgeben abgewiesen worden ist, ja nicht einmal als Einrede kann dieser Umstand gebraucht werden, 326.



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0054
DFG

## Lib. XXI. Tit. II.

## de euictione et duplae ſtipulatione.

### §. 1115 — 1117.

Was verſteht man unter der Entwährung? S. 328. Die Römer ſchloſſen beſondere Verabredungen in eigenen Stipulationen über die Entwährung der verkauften Sache, 329. Der Verkäufer durfte ſich nicht weigern, ein ſolches Verſprechen einzugehen, oder es wurde in contumaciam für geſchloſſen gehalten, 329. Ein Hauptpunct bey dieſen Verabredungen war es mehrentheils, daß der Verkäufer dem Käufer den Schaden doppelt vergüten wolle, 329. Bey Sachen von keinem beträchtlichen Werth durfte niemals mehr als das Einfache gefordert werden, 329. Man richtete ſich genau nach dem Inhalte der Stipulation, ſie mochte bey einem Kaufcontracte, oder bey einem andern Geſchäfte gebraucht worden ſeyn, 330. Die Uebergabe iſt nicht der Grund der Gewährsleiſtung, ſondern der Contract und die Verabredung, 330. Es tritt hierbey die Regel ein: ich bin Käufer, und gleichwohl iſt mir das Recht nicht ertheilt worden, welches ich zu erwarten berechtigt war, 331. Bey was für Geſchäften kann von der Gewähr Gebrauch gemacht werden? 331. Warum findet ſie bey legatis ſpecierum nicht ſtatt? 331. Die Ueberlaſſung an Zahlungsſtatt wird einem Kaufe gleich gehalten, und deswegen muß hierbey die Gewähr ebenfalls geleiſtet werden, 331.

### §. 1118 — 1121.

Die Gewährsleiſtung fällt in vielen Fällen weg, S. 332. Wie kann der Vertrag, daß man nicht für die Entwährung der Sache ſtehen wolle, geſchloſſen werden? 332. Wenn hat ſich der Verkäufer von gewiſſen Entwährungen implicite losgemacht? 332. Ließ ſich der Verkäufer verſprechen, er ſolle wegen geſchehener Entwährung nicht in Anſpruch genommen werden, ſo entſtand die Frage bey den Römern: ob dieſer Vorbehalt den Verkäufer blos von der Leiſtung des Intereſſe befreye,

oder auch von der Zurückgabe des Kaufgeldes? 333. Der Vertrag, für die Gewähr nicht haften zu wollen, ist allgemein geschlossen worden, warum wollte man ihn also eingeschränkt blos von dem Interesse erklären? 335. Bey der Delegation fällt die Gewähr weg, 337. Wenn der Verkäufer den Entwährer schon befriedigt hat, so fällt die Gewährsleistung weg, 337. Für eine Entwährung, woran der Käufer selbst Schuld ist, braucht der Verkäufer nicht zu stehen, 338. Die Evictionsleistung kann nicht gesucht werden, wenn der Käufer in den Schaden, den er leidet, selbst gewilligt hat, 338. Die Gesetze rechnen jede Verschuldung hierher, die dem Käufer bey der Entwährung zur Last gelegt werden kann, 339. Die Gewährsleistung fällt weg, wenn der Käufer es schon wußte, da er die Sache kaufen wollte, daß ein Anderer Ansprüche darauf mache, 340. Kann bey Schenkungen die Gewährsleistung statt finden? 341. Wenn der Käufer und Verkäufer einander beerben, so fällt der Regreß wegen der Entwährung weg, 342. Bisweilen wird Jemand durch die Gesetze gehindert, von dem Entwährungsrechte Gebrauch zu machen, 342. Wenn steht dem Entwährer die exceptio rei venditae et traditae entgegen? 342.

## §. 1122 — 1124.

Wenn muß die Gewährsleistung geschehen? S. 345. Sollte blos ein Theil der verkauften Sache entwährt worden seyn, weil sie dem Verkäufer nicht gehörte, so muß er deswegen doch die Entschädigung leisten, 346. Wenn Jemandem hundert Acker Feld verkauft worden sind, so muß er sie bekommen, und fehlt etwas daran, so kann von dem Verkäufer die Entschädigung gesucht werden, 346. Wie wird es mit den Gränzen gehalten, wenn sie erst nach geschlossenem Handel angewiesen werden sollen? 346. Hat bey vniuersitatibus eine Gewährsleistung statt? 346. Wie wird der Schaden berechnet, wenn ein Theil der Sache entwährt worden ist? 347. Hat man mehrere Sachen für einen gemeinschaftlichen Werth erhan-

erhandelt, so wollen die Gesetze, daß die Güte der noch vorhandenen Sachen, bey der Vergütung des Schadens wegen der entwährten Stücke mit in Anschlag gebracht werden soll, 347. Sind Pertinenzien entwährt worden, so findet der Regreß statt, sie mögen nach einem Vertrage oder nach den Gesetzen für Zubehörungen zu halten seyn, 348. Für Lasten, die auf der gekauften Sache liegen, und wovon der Käufer nichts wußte, muß die Gewähr geleistet werden, 348. Wenn wurde ein Sclave statu liber genennt? 349. Auch für die Entwährung im Besitzstande soll der Verkäufer haften, 350. Wenn die Entwährungsklage statt haben soll, so muß durch die geschehene Entwährung ein Schaden verursacht worden seyn, 350. Wie wird es gehalten, wenn der Entwährer dem Käufer die entwährte Sache geschenkt hat? 351. Die Regreßklage wird nicht eher verjährt, als von der Zeit an, wo die Entwährung wirklich erfolgt ist, 552. Giebt es Fälle, wo der Käufer wirklich keinen Schaden von dem Kaufe hat, und er doch die Entwährungsklage anstellen darf? 352. Wenn der Käufer nicht durch die Entwährung um die Sache gekommen ist, sondern durch einen andern Zufall, so kann deswegen kein Regreß wider den Verkäufer gesucht werden, 353. Weil der Verkäufer für keinen Schaden zu stehen braucht, der von einem Unglücksfalle herrührt, so entstehen mancherley Fragen, wie es mit der Entschädigung des Käufers zu halten sey, wenn sich ein von ohngefähr entstandener Schaden des Käufers in die Entwährung mit eingemischt hat? 354.

§. 1125. 1126.

Was versteht man unter der Aufforderung zur gemeinschaftlichen Vertheidigung, oder der Litisdenunciation? S. 356. Wenn muß solche geschehen? 356. Den Bürgen braucht diese Anzeige nicht nothwendig zu geschehen, 356. Sind mehrere Erben da, so müssen sie sämmtlich zur Vertretung aufgefordert werden, 256. Die Litisdenunciation muß zu einer Zeit geschehen, wo noch alle Vertheidigung gebraucht werden kann, 357.

Wie wird es mit den vorgeschützten Einreden gehalten? 357. Wer kein Recht gehabt hat, die Sache zu verkaufen, der braucht nicht zur gemeinschaftlichen Vertheidigung aufgefordert zu werden, 357. Eine Aufforderung zur Vertretung ist nicht nur bey Streitigkeiten über das Eigenthum erforderlich, sondern auch bey Rechtshändeln über Anderer Ansprüche, weswegen ein Regreß statt hat, 358. Haben Mehrere die Sache verkauft, so muß die Anzeige ihnen allen geschehen, 358. Wem soll die Denunciation geschehen, wenn die Sache von einem Unmündigen verkauft worden ist? 359. War der Verkäufer selbst Schuld daran, daß ihm die Denunciation nicht geschehen können, so fällt dem Käufer nichts zur Last, 359. Die Intervention des Verkäufers ist blos eine accessorische, 360.

§. 1127.

Was für eine Klage kann nach erfolgter Entwährung des Regresses wegen angestellt werden? S. 360. Ließ sich von der Klage ex stipulatu bey geschehener Entwährung kein Gebrauch machen, oder konnte man nicht alles dadurch erlangen, was man suchte, so bediente man sich der Klage ex emto, 361. Kommt ein Fall vor, wo die Entwährung erst nach dem Tode des Verkäufers geschehen ist, so hat der Regreß gegen seine Erben statt, 361. Kann der zweyte Käufer wider den ersten Verkäufer der Entwährung wegen klagen? 361. Derjenige, gegen welchen die Klage angestellt werden kann, muß der Verkäufer selbst seyn, 364. Der Käufer des Pfandes kann von dem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm seine actionem pignoratitiam contrariam cedire, wodurch er das id quod interest von dem Schuldner suchen kann, der eine fremde Sache verpfändet hat, 364. Haften mehrere sammt und sonders für den Regreß, so ist es der Natur dieser Verbindlichkeit gemäß, daß, wenn gegen einen geklagt worden, und er hat bezahlt, nunmehr die andern frey sind, 365. Die Gewährsleistungsklage geht zugleich darauf, daß der Verkäufer den Werth zurück gebe, den er für die Sache bekommen hat, 365.

Auch

Auch das id quod interest kann gesucht werden, 365. Zu dem Interesse, welches vergütet werden muß, gehört auch der entgangene Nutzen der Sache, 365. Wird die Sache nicht ganz entwährt, so schätzt man blos den entwährten Gegenstand, und beurtheilt die zu gebende Vergütung darnach, 366. Es versteht sich von selbst, daß dasjenige, was der Käufer bereits erhalten hat, bey der anderweitigen Vergütung mit in Anschlag gebracht werden müsse, 366. Mit der Gewährsleistung ist die Leistung der Gewährsmängel nicht zu verwechseln, 367. Warum kann nicht exekutivisch auf die Gewährsleistung geklagt werden? 367. Was für Einreden können der gesuchten Gewährsleistung entgegen gesetzt werden? 367. Der auctor ist nur derjenige, der die Sache aus seinem eigenen Rechte und in seinem Namen veräußert hat, 368. Wer wird in Gesetzen auctor secundus genennt? 368. Von der Einrede, Kläger habe die Sache durch seine eigene Schuld eingebüßt, 369. Beklagter kann vorschützen, Kläger habe sich der Denunciation nicht zu rechter Zeit bedient, 370. Es kann vorgeschützt werden, Kläger fordere zu viel, 371. Wenn ist die Klage auf die Gewährsleistung für verjährt zu halten? 372. Bey welchem Richter muß die Klage auf die Gewährsleistung angebracht werden? 372.

## Lib. XXI. Tit. III.

## de exceptione rei venditae et traditae.

### §. 1128.

Die in diesem Titel enthaltenen Grundsätze gehören mit zu der Lehre von der Gewährsleistung, S. 373. Von wem kann die exceptio rei venditae et traditae vorgeschützt werden? 373. Hat der Anwald wider das Verbot des Principals gehandelt, so wird er bey dieser Ueberschreitung der Vollmacht nicht als Bevollmächtigter betrachtet, und es kann hier die exceptio rei venditae et traditae nicht gebraucht wer-

den, 374. Ist der Käufer in einem solchen Falle verklagt worden, wo er die exceptionem rei venditae et traditae brauchen kann, so hat er die Wahl, ob er sie vorschützen, oder die Sache zurückgeben will, 375.

## Lib. XXII. Tit. I.

## de vsuris et fructibus et causa et omnibus accessionibus et mora.

### §. 1129 — 1133.

Was versteht man unter dem Worte Zinsen? S. 376. Zinsen werden für den Gebrauch bezahlt, er mag wirklich gemacht worden seyn, oder doch gemacht werden können, 376. Worin besteht das Fundament der Zinsen nach der gewöhnlichen Vorstellungsart der Rechtsgelehrten? 376. Die Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, rührt entweder unmittelbar aus einem Gesetz her, oder aus einer verbindlichen Handlung, 376. In verschiedenen Fällen rührt die Verbindlichkeit zur Zinsenbezahlung aus dem gemeinen Rechte her, 377. Bisweilen gründet sich die Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, auf ein Privilegium des Gläubigers, 377. Die verbindliche Handlung, worauf sich die Pflicht, Zinsen zu bezahlen, gründet, kann entweder ein Vertrag seyn, oder eine einseitige Handlung, 377. Was für einseitige erlaubte Handlungen bringen eine Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, hervor? 377. Der Käufer, welcher die Früchte der gekauften Sache erhoben hat, muß den Kaufschilling verzinsen, 378. Eine einseitige unerlaubte Handlung, woraus eine Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, entsteht, ist die Saumseligkeit oder der Verzug, 378. Heutiges Tages muß der Schuldner in allen Fällen, sobald er saumselig ist, Zinsen bezahlen, und nur bey Schenkungen wird eine Ausnahme gemacht, 378. Wie viel Procent Zinsen durfte man bey den Römern nehmen? 379. In Teutschland hat man die Zinsen des Verzugs auf fünf Procent gesetzt, 379. Kann man sich sechs Procent Zinsen versprechen lassen? 380.

§. 1134.

§. 1134 — 1138.

Was wird unter dem Ausdruck, Wucherey treiben, verstanden? S. 381. In welchen Contracten dürfen in Teutschland mehr als fünf Procent Zinsen genommen werden? 381. In Ermangelung einer besondern Verabredung laufen bey Kaufleuten die Verzugszinsen erst nach Ablauf eines Jahres, wenn die Schuld liquid war, 382. Können heut zu Tage auch noch in denjenigen Fällen zwölf Procent Zinsen gefordert werden, wo es bey den Römern erlaubt war? 382. Der Regel nach durfte bey den Römern Niemand Zinsen von Zinsen nehmen, 383. Wie ist der anatocismus coniunctus und separatus unterschieden? 383. In welchen Fällen können noch heutiges Tages Zinsen von Zinsen genommen werden? 384. Was werden vsurae vltra alterum tantum genennt? 384. Zinsen, welche das Kapital übersteigen, sind alsdenn für erlaubt zu halten, wenn sie sich entweder auf ein rechtskräftiges Urthel gründen, oder wenn von Städten und piis corporibus die Rede ist, 386. Unerlaubt würde es seyn, wirkliche Zinsen per modum interesse vltra alterum tantum fordern zu wollen, 387. Wenn sieht man die Wucherey für wirklich vollbracht an? 388. Die Einrede des begangenen Wuchers kann noch bey der Exekution vorgeschützt werden, 390. Wie wurde der Wucher nach dem ältern römischen Rechte bestraft? 390. Strafe der Wucherey nach dem neuern römischen Rechte, 390. Was für eine Strafe ist im kanonischen Rechte auf den Wucher gesetzt worden? 391. Ein Contract, der sich auf Wucherey gründet, ist ungültig, 392. Wie soll der Zinswucher nach den Reichsgesetzen bestraft werden? 393.

## Lib. XXII. Tit. II.

## de nautico foenore.

§. 1139 — 1141.

Was versteht man unter der Assekuranz? S. 395. Sollten von mehrern Assekurateurs verschiedene Polizzen ausgefertigt

worden seyn, so sind es eben so viel verschiedene Contracte, 396. Wer kann sich mit Assekuranzgeschäften abgeben? 396. Die Polizze muß allemal schriftlich abgefaßt werden, 397. Vom Inhalte derselben, 397. Wie werden die assekurirten Sachen in der Polizze angegeben? 399. Was nennt man die Reassekuranze? 399. Was für Schäden werden für solche gehalten, wofür die Assekuranz geleistet worden ist? 400. Wie viel wird als Prämie bezahlt? 401. Wenn verliert der Assekuranzvertrag seine Kraft? 402.

§. 1142.

Was nennt man die Bodmerey? S. 403. Wie ist pecunia traiectitia und foenore nauticum unterschieden? 403. Wer kann den Bodmereycontract eingehen? 404. Von der Abfassung des Bodmereycontracts, 405. Wie wird dieser Contract aufgehoben? 406.

§. 1143.

Was nennt man einen Leibgedingskontract? S. 407. Was für Personen können diesen Contract eingehen? 408. Für den Unterhalt werden entweder gewisse Güter oder Gelder, ja bisweilen wird gar das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen überlassen, 409. Ereignen sich Münzveränderungen, so muß alles nach dem Fuß bezahlt werden, welcher zur Zeit des Contracts gültig war, 409. Was für Personen werden zu diesem Contract erfordert? 409. Wie wird der Leibgedingscontract aufgehoben? 411. Geht es an, diesen Contract durch beyderseitige Einwilligung aufzuheben? 412. In welchen Fällen darf der Leibgedingscontract nicht für aufgehoben gehalten werden? 413. Was versteht man unter dem Leibzuchtscontracte? 414. Ist der Sohn, dem die Güter überlassen werden sollen, noch nicht majorenn, so muß ihm zu Eingehung dieses Contracts ein Curator bestellt werden, 416. Was für Bedingungen enthält der Leibzuchtscontract? 417.

Können

Können die übrigen Kinder diese Vertheilung aus dem Grunde anfechten, das Gut sey um mehr als die Hälfte zu geringe angeschlagen worden? 419. Wie wird der Unterhalt des Auszüglers bestimmt? 420. Wie wird es gehalten, wenn sich ein Auszugsvater oder eine Auszugsmutter wieder verheyrathet? 412. Wie wird der Leibzuchtscontract aufgehoben? 423.

## Lib. XXII. Tit. III.

## de probationibus et praesumtionibus.

### §. 1144.

Allgemeine Bemerkungen über die Natur des Beweises, S. 424. Was nennt man den Beweis? 424. Die Lehre vom Beweise in Rechtssachen hat, so wie der menschliche Verstand und die Regeln des Mein und Dein, unzählige Revolutionen erlitten, 426. In den römischen Gesetzbüchern ist keine richtige Theorie vom Beweise vorgetragen worden, 427. Wie hat man die Lehre vom Beweise in den Proceßordnungen abgehandelt? 428. Es ist eine nützliche Beschäftigung, die Grundsätze vom Beweise in dem Zirkel der Geschäfte zu studiren, 429. Worauf hat man bey jedem Beweise zu sehen? 430.

### §. 1145.

Bey jedem Beweise werden gewisse Sätze vorausgesetzt, die erwiesen werden sollen, S. 431. Der Inhalt der Sätze ist von einem großen Umfange, daher mancherley Eintheilungen derselben statt finden, 432. Was nennt man Sätze der Vernunft? 432. Welche Sätze werden historische Sätze genennt? 432. Wie sind bejahende und verneinende Sätze unterschieden? 433. Mit verneinenden Sätzen werden oft bejahende Sätze verbunden, 433. Wie können verneinende Sätze in bejahende verändert werden? 433. Viele Sätze, davon behauptet wird, daß es verneinende Sätze sind, müssen in der That für bejahende Sätze gehalten werden, oder doch für

Folgen

Folgen davon, 434. Bejahende und verneinende Sätze sind unbestimmte Ausdrücke, und die Eintheilung und Unterabtheilung derselben hat nicht den Nutzen, den sich die Rechtsgelehrten davon versprechen, 434. Thatsachen, willkührliche Begebenheiten und Eigenschaften einer Sache, ungewöhnliche Verhältnisse, werden nicht vermuthet, sondern müssen von demjenigen erwiesen werden, der solche behauptet, 434. Wenn Thatsachen, Begebenheiten oder die Sache selbst nicht bezweifelt werden, so ist man nicht schuldig, was daraus nothwendig folgt, oder die wesentlichen Eigenschaften der Sache, zu erweisen, wenn gleich die Behauptungen als bejahende Sätze angesehen werden können, 435. Von erweislichen und unerweislichen Sätzen, 435. Was ist als der Gegenstand der Beweisführung in Rechtssachen zu betrachten? 435. Das verwickelte Rechtssystem und das Subtilisiren trägt schon viel dazu bey, daß Treue und Glauben sich verlohren haben, 438. Worüber entstehen die verwickeltesten Processe? 441.

§. 1146.

Kann ein Beweisführer von mehrern Beweismitteln eins wählen, so muß er von dem Zuverläßigsten Gebrauch machen, S. 443. In welcher Rangordnung stehen die Beweismittel? 443. Worauf hat man bey der Wahl eines Beweismittels zu sehen? 444. Ob Urkunden bey dem Beweise einer unerdenklichen Verjährung gebraucht werden können, darüber streiten die Rechtslehrer, 444. Die Gedanken und Absichten eines Dritten können nicht anders als mittelbarer Weise durch Zeugen erwiesen werden, 445. Vermuthungen sind da keine Beweismittel, wo die Gesetze eine ausdrückliche Willenserklärung erfordern, welches bey der Veränderung der vorigen Verbindlichkeit der Fall ist, 446. Es giebt schleunige Beweismittel, und davon sind diejenigen unterschieden, wo es einige Zeit erfordert, ehe der Beweis als geführt betrachtet werden kann, 446. Das sicherste Beweismittel in Proceßsachen ist das Geständniß desjenigen, gegen welchen Beweis geführt werden soll, 447. Das Geständniß wird in das gerichtliche und außergerichtliche,

in

in das simple und qualificirte eingetheilt, 447. Vom ausdrücklichen und stillschweigenden Geständniß, 448. Wie muß ein verbindliches Geständniß beschaffen seyn? 449. Von der Wirkung eines gerichtlichen und eines außergerichtlichen Geständnisses, 450. Das Wort Geständniß wird im weitläuftigen und im engern Verstande gebraucht, 452. Muß das Geständniß erwiesen werden? 453. Das Geständniß ist entweder ein mündliches, 454, oder schriftliches, oder stillschweigendes, 454, oder bestimmtes, oder unbestimmtes, 455, oder ein verstelltes, oder unverstelltes, 455, freywilliges, gezwungenes, relatives, bedingtes, 455. Die Geständnisse sind oft vermischt, 456. Wie muß die Beweiskraft eines Geständnisses beurtheilt werden? 457. Es giebt auch privilegirte Geständnisse, 459. Der Umfang der Geständnisse ist so weitläuftig, als der Umfang der Geschäfte, 460. Aus eben den Gründen, weshalb gegen gerichtliche Urkunden der Beweis des Gegentheils nachgelassen ist, wird auch der Beweis des Gegentheils gegen gerichtliche Geständnisse, daß solche nämlich simulirte Handlungen gewesen, verstattet werden müssen, 461. Betrifft das Geständniß verschiedene Punkte, so kann solches in Ansehung einiger Punkte angenommen, in Ansehung anderer aber geleugnet werden, 461. Wenn das Geständniß nur Einen Punkt zum Gegenstande hat, und es leugnet Jemand einige Theile der Behauptung, andere räumt er aber ein, so kann die Parthey dieses Geständniß in Ansehung desjenigen, so geleugnet worden, nicht zu ihrem Vortheil erklären, und sich dadurch vom Beweise befreyen wollen, sondern sie muß ihre Behauptung ganz beweisen, 462. Wie ist ein qualificirtes Geständniß zu beurtheilen? 464. Nur sodann, wenn gegen die angehängte Limitation eine rechtliche Vermuthung streitet, kann die Parthey das Geständniß theilen, solches ohne Einschränkung annehmen, und der, der dasselbe abgeleugnet hat, muß die angehängte Limitation erweisen, 464. Bisweilen ist das Geständniß als eine bejahende Einlassung zu betrachten, womit eine von der Hauptsache ganz verschiedene Einrede verknüpft worden ist, 464. Bisweilen ist es zweifelhaft, ob die dem Geständnisse beygefügte Limi-

Limitation mit dem eingestandenen Factum unzertrennlich verbunden ist, oder nicht, 465.

§. 1147. 1148.

Der Beweis darf nicht freywillig nach der Partheyen Willkühr angetreten, sondern er muß vom Richter aufgelegt werden, S. 465. Die Antretung des Beweises muß zu gehöriger Zeit geschehen, 466. Vor der Festsetzung der Streitfrage kann nicht zum Beweise geschritten werden, weil man noch nicht weiß, was bewiesen werden soll, 466. In welchen Fällen kann ein außerordentliches Zeugenverhör vorgenommen werden? 466. Vom Beweise zum ewigen Gedächtniß, 468. Woher rührt diese Beweisführung? 469. Wenn kann der Kläger Gebrauch davon machen? 469. Auch der Beklagte darf sich desselben bedienen, 469. Diese Beweisführung kann mehrmals wiederholt werden, 470. Was für eine Wirkung ist damit verbunden? 470. Was hat derjenige zu beobachten, der die Beweisführung zum ewigen Gedächtniß brauchen will? 471.

§. 1149 — 1151.

Der Beweis ist entweder ein künstlicher oder ein simpler, S. 472. Was nennt man einen feyerlichen und einen summarischen Beweis? 473. Vom einfachen und gemischten, vorläufigen und aufgelegten Beweise, 474. Was versteht man unter dem Hauptbeweise, und was heißt der Nebenbeweis? 475. Der Beweis ist ein schleuniger und ein nicht schleuniger, ein vollständiger und ein unvollständiger, 476.

§. 1152.

Was versteht man unter einer Vermuthung? S. 477. Wenn ist Wahrscheinlichkeit vorhanden? 475. Die Vermuthungen werden in simple und in Rechtsvermuthungen eingetheilt, 479. Worauf gründen sich die mehresten Rechtsvermuthungen? 480. Was für Vermuthungen treten in Rücksicht auf die Naturbegebenheiten, Eigenschaften und Verhältnisse der Personen und Sachen ein? 480. In Ansehung einseitiger

seitiger Handlungen giebt es viele Vermuthungen, 481. Was wird in Ansehung der Verträge vermuthet? 482. Was wird bey Gesetzen und den daraus herrührenden Rechten und Verbindlichkeiten vermuthet? 483. Praesumtiones iuris et de iure sind keine Vermuthungen im eigentlichen Verstande, sondern Verbindlichkeiten, welche durch Gesetze aufgelegt worden sind, 485.

§. 1153. 1154.

Wer muß den Beweis im Proceß führen? S. 485. Der Beweis wird bey ordentlichen Gerichten durch ein Zwischenurthel aufgelegt, 487. Ein ganz unbestimmter verneinender Satz läßt sich eben so wenig beweisen, als ein ganz unbestimmt bejahender, 489. Wie kann das Beweisthema angegeben werden? 490. Die vorzüglichste Methode, den Beweis zu bestimmen, scheint diese zu seyn, wenn der Beweis allein auf die Verbindlichkeit, auf das Personenrecht, oder auf das Sachenrecht gerichtet wird, 492. Die Regeln, wie dingliche und persönliche Klagen einzurichten, finden auch bey der Bestimmung des Beweises statt, 494. Wenn kann sich der Richter bey der Bestimmung des Beweises weniger irren? 495. Ein Richter muß bey dem Definitiverkenntniß nicht zu strenge an den Worten des Beyurtheils auf Beweis und Gegenbeweis kleben, 499. Was für Nachtheil entsteht daraus, wenn das Beweisthema im Beyurthel auf Beweis nicht gehörig bestimmt worden ist? 501. Wie wird das Beweisinterlokut abgefaßt, wenn durch den Eyd bewiesen werden soll? 504.

§. 1155.

Was nennt man den Beweistermin? S. 506. Wenn wird der Beweistermin die Ordnungsfrist genennt? 506. Der Beweistermin ist nach einem allgemeinen Gerichtsgebrauche für eine Nothfrist zu halten, 507. Der Richter ist an keine Beweisfrist gebunden, 508. Findet nach Verlauf der Beweisfrist besserer Beweis statt? 509. Von welcher Zeit an nimmt die Beweisfrist ihren Anfang? 510. Wie wird es gehalten,

halten, wenn gegen das Urtheil auf Beweis Rechtsmittel eingewendet worden sind? 511. Kann der Richter den Beweistermin verlängern? 514. Wie muß der Beweis abgefaßt werden, wenn der Kläger Beweis führt? 516. Vom Beweise des Beklagten, 517. Vom Gegenbeweise, 518. Was muß der Beweisführer außer der Abfassung der Beweisartikel thun? 520. Was nennt man Beweisartikel? 523. Eintheilung derselben, 525. Wie stellt man die Beweisartikel an? 526. Wie werden die Beweisartikel eingerichtet, wenn der Kläger den Grund seiner Klage beweisen will? 527. Wie muß der Beklagte die Beweisartikel einrichten, wenn er seine Einreden beweisen will? 528. Wie werden die Beweisartikel rubricirt? 529.

§. 1156.

Was versteht man unter dem Gegenbeweise? S. 531. Eintheilungen desselben, 531. Warum ist der Gegenbeweis gegen den geführten Gegenbeweis unzuläßig? 532. Was für Beweismittel kann der Gegenbeweisführer brauchen? 532. Von der Collision des Beweises und Gegenbeweises, 534. Wie wird in solchen Fällen gesprochen? 534. Von der Berechnung der Gegenbeweisfrist, 536. Wie wird der Gegenbeweis abgefaßt? 538. Was wird mit den Beweis- und Gegenbeweisartikeln zugleich dem Richter angegeben? 541. Allgemeine Bemerkungen über die Beweis- und Gegenbeweisgründe, 542. Von den Beweisgründen kann man zwey Hauptklassen machen, und sie in Gründe der Vernunft und Gründe der Erfahrung eintheilen, 543. Von Beweisgründen aus der Vernunft, 546. Von Beweisgründen aus der Erfahrung, 546. Historische Sätze können durch Vernunftschlüsse nicht erwiesen werden, 547. Wenn man die Beweise aus der Erfahrung analysirt, so lassen sich solche auf zwey Gattungen zurückführen, 548.

---



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0068
DFG

# Lib. XX. Tit. I.

## de pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum.

§. 1077.

Die Materie von der Pfandgebung, pignus, und von der Pfandverschreibung, hypotheca, ist im römischen Rechte, zu nicht geringem Nachtheil der Deutlichkeit getrennt, und erstere bey den Contracten, letztere aber bey den dinglichen Rechten abgehandelt worden. Eine Pfandgebung besteht darin, daß dem Andern eine Sache zur Sicherheit wirklich übergeben worden ist; die Pfandverschreibung hingegen ist der Regel nach weiter nichts als ein Versprechen, daß eine gewisse Sache ein Sicherheitsmittel des Andern, wegen seiner habenden Ansprüche, seyn soll, ohne daß er die Sache selbst im Besitz erhält. Die Gesetze über beyde Gegenstände sind in den einzelnen Theilen von Justinians Gesetzbuche enthalten, und man findet sie in den Institutionen, in den Pandekten, im Codex und in den Novellen zerstreut vorgetragen.

Schon in den ältesten Zeiten waren die Verpfändungen den Römern bekannt; denn bereits in den Gesetzen der zwölf Tafeln standen Verordnungen darüber; wir wissen aber nur ihren eigentlichen Inhalt nicht. Daß in dem beständigen Edict nicht nur ein Titel de pignoratitia actione gestanden, sondern auch von Hypotheken und dem

Salvianischen Interdict eigene Titel gemacht worden, ist gewiß; man kann es aber nur nicht mit Gewißheit angeben, wo diese Titel vorgekommen, und in was für Ausdrücken von diesen Dingen gehandelt worden ist [a]). Wahrscheinlich hat der Titel de pignoratitia actione mit zu dem Titel: de rebus creditis, gehört, und der Titel: de pignoribus et hypothecis stand vermuthlich nicht an der Stelle, wo man ihn jetzt findet, sondern ganz hinten.

In den ersten Zeiten des römischen Freystaats bestand die Pfandgebung darin, daß derjenige, welcher dem Andern durch seine Sache Sicherheit geben wollte, ihm diese Sache durch die feyerliche Mancipation und Cession übergab, wodurch der Besitzer Eigenthümer der verpfändeten Sache wurde; er versprach aber, diese Sache an den Verpfänder zurück zu geben, wenn seine Forderung getilgt seyn würde, welcher Vertrag pactum fiduciae genennt wurde [b]). Diese Art, eine Verpfändung vorzunehmen, hatte, wie alle feyerliche Handlungen, manche üble Folgen, die sich besonders alsdenn zeigten, wenn ein römischer Bürger mit einem Fremden Geschäfte machen wollte; denn hier konnte von der Mancipation kein Gebrauch gemacht werden, folglich fiel auch die Sicherheit weg, die mit dem pacto fiduciae verbunden war. Durch diesen Nachtheil wurde der Prätor veranlaßt, die ohne Feyerlichkeiten geschehene Pfandbestellung, wo die verpfändete Sache gar nicht übergeben werden durfte, unter der Benennung: Hypothek, einzuführen. Man versteht ein auf unsere Güter gelegtes, damit beständig verknüpftes, und dahin gehendes Recht darunter, daß ein Gläubiger sich daran halten und seine Befriedigung daraus suchen könne,

a) Hr. GJR. Westphal vom Pfandrechte, S. 19 flg.

b) Isidorvs in origin. V, 25. Schvlting et Cviacivs ad Pavli rec. sent. II, 13. Conradi de pacto fiduciae, Exerc. I, §. 16. Raevard de auctoritat. Prudent. cap. 5. Noodt in Obs. Lib. II, cap. 10.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0070
DFG

könne, wenn die Schuld nicht gehörig bezahlt worden seyn sollte. Von diesem Rechte ist das Zurückbehaltungsrecht wohl zu unterscheiden, wenn gleich in Gesetzen [c]) nicht selten der Ausdruck: pignus oder quasi pignus, davon gebraucht wird; denn es giebt weniger Rechte als jenes; dahingegen das Recht, welches man bey den Römern an der Person eines noxae dati oder addicti hatte, stärkere Befugnisse enthielt. Das Pfandrecht braucht übrigens nicht nothwendig unter dieser Benennung eingeräumt zu werden, sondern Worte, welche das nämliche ausdrücken, bewirken eben die Rechte, als wenn das Wort: Verpfändung, gebraucht worden [d]).

Das Pfandrecht setzt eine Schuld voraus, zu deren Sicherheit es ertheilt wird, und ohne solche läßt sich gar kein Pfandrecht denken. Ist die Schuld den Rechten nach ungültig, so ist auch die sich darauf beziehende Verpfändung unverbindlich, und alle Einwendungen, welche der Hauptschuld entgegen stehen, treffen das dabey eingeräumte Pfandrecht zugleich mit. Setzt also der Schuldner dem Gläubiger die Einrede des nicht empfangenen Geldes entgegen, so hat dieser Umstand eben die Folgen, als wenn diese Einrede bey Ansprüchen, die in keiner Verpfändung bestehen, dem angeblichen Gläubiger entgegen gesetzt worden ist; es hat nämlich auch hier der Schuldner bey Zurückforderung seiner Pfänder binnen zwey Jahren die Vermuthung für sich, daß ihm das Geld noch nicht gezahlt sey [e]). Nach dieser Zeit sollte der Schuldner mit der Einwendung, daß er noch kein Geld bekommen, weiter gar nicht gehört werden; aber der Gerichtsgebrauch hat die Regel eingeführt, daß der Schuldner diese Einrede



c) L. 15. §. fin. D. de furt. L. 13. §. 8. D. de act. emt. vend. L. 5. D. de dote prael. L. 22. D. de hered. vel act. vendit.

d) L. 3. §. fin. D. qui pot. in pign.

e) L. 1 et 2. C. si pignoris conuent. num. pec. sec. non fuer.

sogar nach zwey Jahren brauchen könne, wenn er den Beweis übernehmen wolle, es sey ihm wirklich kein Geld bezahlt worden. Ein fast ähnlicher Fall ist es, wenn ein Pfandrecht Jemandem deswegen eingeräumt worden, weil er dafür versprochen hat, eine Zahlung an einen Andern zu übernehmen, und nun bezahlt er nicht. Hier muß er das Pfand zurück geben [f]). Diesen Grundsätzen gemäß nahmen die Römer ferner an, daß der Schuldner einer dritten Person, für welche Jemand zugleich eine alternative Acceptation vorgenommen, kein gültiges Pfandrecht habe ertheilen können [g]), weil nach römischem Rechte ein Dritter, welcher solutioni adiectus genennt wurde, aus der seinetwegen im Vertrag geschehenen Erwähnung kein Recht zu einer Klage, und überhaupt gar kein Recht erhalte; den Fall ausgenommen, daß, wenn ihm, und nicht dem Acceptanten, die Bezahlung wirklich geleistet worden war, es nunmehr dabey sein Bewenden behielt. Bey uns wird von jenen Grundsätzen kein Gebrauch gemacht, sondern es kann allerdings ein gültiges Versprechen zum Vortheil einer dritten Person geleistet werden.

Weil das Pfandrecht allemal zur Bedeckung einer Schuld dient, und sich nach dieser richtet, so entsteht die Frage: ob, wenn die Verpfändung wegen des Hauptstammes ihre Richtigkeit hat, solche ohne besondere Verabredung auch auf die Zinsen, die Kosten und Verwendungen, ja selbst auf die Conventionalstrafe mit auszudehnen sey, oder ob dieses nicht angehe? desgleichen, ob ein wegen der Zinsen besonders eingeräumtes Pfandrecht, den Hauptstamm mit einschließe? Die Gesetze haben die erste Frage bejahend entschieden, die letztere aber verneinend bestimmt [h]). Ferner kann man fragen, ob, wenn der Schuld-

f) L. 26. D. de pignor. et hyp.

g) L. 33. D. de pign. et hyp.

h) L. 8. §. 3. L. 11. §. 3. D. de pignor. actione. L. 13. §. vlt. D. de pignor. L. vn. C. de vsur. L. 4 et 22. C. eod.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0072
DFG

Schuldner vom Richter zu Etwas mehr, als ihm von Rechtswegen obliegt, verurtheilt worden, sich nunmehr auch das zugestandene Pfandrecht auf diese ungegründete Schuld erstrecke? Diese Frage wird in Gesetzen [i]) ebenfalls verneinet. Uebrigens ist es einerley, ob die Forderung, zu deren Sicherheit die Verpfändung geschehen ist, sich auf eine bürgerliche, oder auf eine blos natürliche Verbindlichkeit gründet, oder ob sie erst künftig entstehen wird. Es ist hinreichend, wenn auf den Fall, daß wirklich eine Verbindlichkeit existirt, der Gläubiger Sicherheit nöthig hat [k]); ja der Schuldner kann deshalb seinem Bürgen auf den Fall, wenn dieser für den Gläubiger zu bezahlen genöthigt worden seyn sollte, zur Sicherheit seiner Rückanforderung sein Vermögen verschreiben [l]). Die Gesetze haben es nicht verordnet, daß die ganze Forderung allemal durch das Pfand gedeckt werden solle; und daher geht es an, die Abrede zu nehmen, daß die Pfandverschreibung sich nur auf einen bestimmten Theil der Forderung erstrecken, in Ansehung der übrigen Theile der Verbindlichkeit aber es bey dem bloßen Personalanspruche bleiben solle [m]). Weil die Schuld die Hauptsache ist, und nicht das Pfand, so kann das Pfand oder Pfandrecht aufhören, die Schuldforderung aber dennoch fortdauern [n]).

Der Pfandgeber bleibt nach geschehener Verpfändung immer noch Eigenthümer seines Pfandes, und deswegen kann er die Eigenthumsklage, der Verpfändung ungeachtet, gegen jeden Besitzer, und selbst gegen den Gläubiger anstellen [o]). Er hat alle Nutzungen, die von der verpfändeten Sache mit Recht oder Unrecht erhoben werden

 können,

i) L. 16. §. 6. D. de pign. et hyp.
k) L. 5. pr. L. 14. §. 1. D. de pignor. et hyp.
l) L. 9. §. 1. D. de pign. act.
m) L. 5. §. 1. D. in quib. cauff. pign.
n) L. 25. C. de pignor. et hyp.
o) L. 35. §. 1. D. de pignor. act. L. 9. C. de pignor.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0073
DFG

können, allein zu genießen, und der Pfandgläubiger hat nicht den geringsten Antheil daran p). Verpfändete man bey den Römern einen Sclaven, so gehörte aller Erwerb desselben während der Verpfändung nicht dem Pfandinhaber, sondern dem Eigenthümer q). Bey der Verpfändung einer Sclavin blieb zwar das Kind, das sie zur Verpfändungszeit selbst, gebohren hatte, dem Eigenthumsherrn; hingegen die übrigen Kinder, die sie nach geschehener Verpfändung zur Welt gebracht hatte, wurden für mit verpfändet gehalten; darüber streitet man aber, wie es mit denjenigen Kindern gehalten worden sey, wenn die Sclavin nach der Zeit das Eigenthum eines Dritten geworden war r). Wenn das Pfand eine Früchte bringende Sache, oder ein Thier ist, welches Junge hat, so wird zwar der Pfandgläubiger nicht Eigenthümer dieser Früchte und jungen Thiere, er kann aber dennoch seine Sicherheit auch an diesen Früchten, wenn sie noch vorhanden sind, ausüben, die Früchte mögen durch den Schuldner selbst, oder einen andern nachfolgenden Besitzer erzeugt worden seyn s). Der durch einen Fluß an ein Grundstück nach und nach angesetzte Erdstrich gehört nach neuern Gesetzen t) dem Verpfänder; die ältern römischen Rechtsgelehrten hingegen waren der Meynung, dieser Ansatz müsse unter das Pfandrecht gezogen werden. Macht der Pfandinhaber durch das Pfand, bey Gelegenheit einer deshalb ausgeführten

p) L. 21. §. 2. D. de pignor. et hyp. L. 12. §. 1. D. de distract. pignor. L. 1. 2. 3. C. de pignor. act.

q) L. 37. pr. D. de acquir. rer. dom. L. 1. §. 15. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 2. C. de partu pignor. Pavli rec. sentent. Lib. II. tit. 13. §. 2.

r) L. 1. pr. D. de Salu. Interd. L. 26. §. 2. D. de pignor. L. 29. §. 1. eod. L. 18. §. 2. D. de pignor. act. L. 1. C. de partu pignor.

s) L. 1. §. 2. L. 16. §. 4. D. de pignor. L. 3. C. in quib. caus. pign. L. 1. C. de distr. pignor.

t) L. 16. D. de pignor.

ten Klage, einen Gewinnst, so ist dieser dem Eigenthümer zu berechnen [u]). Dem Pfandschuldner steht sogar das Recht zu, das Pfand nach Belieben zu verkaufen, oder sonst zu veräußern, nur muß diese Veräußerung nicht zum Nachtheil des Pfandgläubigers gereichen [x]). Der Verpfänder kann das Pfand verkaufen, wenn es der Pfandgläubiger selbst im Besitz hat, ihm folglich dadurch kein Schaden verursacht wird, da er es nicht eher herauszugeben braucht, als bis er völlig befriedigt worden ist. Es darf der Verkauf geschehen, wenn die Hypothek in einem Grundstück besteht, welches also nicht weggetragen werden kann; oder wenn sich die Hypothek über das ganze Vermögen erstreckt, in welchem Falle es erlaubt ist, einzelne bewegliche Sachen zu veräußern [y]). Die Freylassung eines verpfändeten Sclaven kann ohne Nachtheil des Pfandgläubigers nicht vorgenommen werden; daher ist solche, wenn ihm eine Specialhypothek an demselben zusteht, verboten; eine Generalhypothek hingegen hindert die Freylassung nicht, wenn der Schuldner nur noch so viel anderes Vermögen besitzt, daß er den Pfandgläubiger befriedigen kann [z]).

Wenn gleich der Pfandgläubiger wirklicher Besitzer des ihm übergebenen Pfandes ist, so heißt dieser Besitz doch nur ein natürlicher, der Besitz des Schuldners und Eigenthümers hingegen wird der bürgerliche genennt [a]). Aus diesem Grunde müssen die Realklagen und die actiones in rem scriptae, der Regel nach, allein wider den Verpfänder angestellt werden; und braucht man sie wider



u) L. 22. pr. et §. 1. D. de pignor. act.

x) L. 12. C. de distract. pignor. L. 10. C. de remiss. pign. L. 15. C. de pignor.

y) L. 3. C. de seru. pign.

z) L. 3. C. de seruo pign. L. 4. L. 27. §. 1. D. qui et a quib. manum. L. 3. D. de manumiss.

a) L. 13. pr. D. de vsurp.

eine andere Person, so wird von solcher die nominatio auctoris gebraucht; jedoch hat bey der Klage auf die Vorzeigung einer Sache, actio ad exhibendum, eine Ausnahme statt [b]). Die Angesessenheit wegen eines verpfändeten Grundstücks kommt ebenfalls nicht dem Gläubiger, sondern dem Verpfänder zu gute [c]). Weil der Verpfänder bürgerlicher Besitzer der zum Unterpfande überlassenen Sache bleibt, so kann er dieses ihm zustehenden Besitzes wegen alle Rechte ausüben, die ein Besitzer hat, namentlich kann er eine schon angefangene Verjährung des Eigenthums der Sache gegen einen Dritten fortsetzen und vollenden, wenn gleich der Pfandinhaber die Sache an Jemand anders zum natürlichen Besitz überlassen haben sollte [d]). Der Pfandschuldner behält bey der Verpfändung allemal einen bürgerlichen, der Pfandinhaber hingegen bekommt von Faustpfändern einen natürlichen Besitz. Jener kann daher die Verjährung, der Verpfändung ohnerachtet, fortsetzen, weil dazu nur ein bürgerlicher Besitz erfordert wird. Beyder Theile Rechte bleiben in dieser Rücksicht eben dieselben, wenn auch der Pfandgläubiger dem Pfandgeber das Pfand geborgt, wiederruflich eingegeben; oder vermiethet haben sollte; denn wer durch die Miethe oder eine andere ähnliche Art, von einem Andern eine Sache in Händen hat, übt eben dadurch des Vermiethers u. s. f. Besitz aus. Der Pfandgeber erlangt in diesem Falle keinen bürgerlichen Besitz, denn diesen hatte er schon vorher; auch keinen natürlichen Besitz, welcher des Pfandinhabers Besitz aufhöbe, weil er eben durch die Miethe u. s. f. des Gläubigers Besitz anerkennt; die Verjährung leidet also in allen diesen Fällen nicht den allergeringsten Abbruch. Gehindert wird die Verjährung, wenn

b) L. 2. C. vbi in rem act.

c) L. 15. §. 2. D. qui satisd. cogant.

d) L. 36 et 37. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 35. §. 1. L. 37. D. de pignor. act. L. 23. pr. D. de pignor.

wenn der Pfandinhaber einem Andern einen wirklichen bürgerlichen Besitz eingeräumt hat. Wenn dem Pfandinhaber sein pfandrechtlicher Besitz von einem Sclaven desselben, oder des Schuldners, dergestalt entrissen worden ist, daß diese Entwender sich dadurch des bürgerlichen Besitzes angemaßet, so ändert dieser Vorfall in dem Besitz des Gläubigers und Verpfänders nichts. Eben so wird die Eigenthumsverjährung des Verpfänders dadurch nicht gehindert, wenn der Pfandinhaber den Besitz des Pfandes aufgegeben, ohne daß Jemand anders sich in den Besitz der Sache gesetzt hat. Unterbrochen wird sie, wenn der Pfandinhaber vor Vollendung der Eigenthumsverjährung des Verpfänders die Rechte des wahren und rechten Eigenthümers erlangt, oder der Versetzer von ohngefähr bey der Verpfändung an den eigentlichen Eigenthümer der Sache kommt, und diesem in der Unwissenheit seine eigene Sachen zum Pfande übergiebt. Eine Hypothek, welche der Schuldner seinem Gläubiger zugestanden, verschafft ihm auch nicht einmal den natürlichen Besitz, und deswegen kann der Schuldner seine angefangene Eigenthumsverjährung ungestört fortsetzen.

Weil der Verpfänder das Eigenthum des Pfandes behält, so muß er auch alle Lasten, Abgaben und Kosten übernehmen, die auf dem verpfändeten Grundstück liegen, und alle Unglücksfälle tragen, die sich dabey ereignet haben e). Der Pfandinhaber kann die auf die verpfändete Sache verwendeten nothwendigen Kosten nicht nur alsdenn vergütet verlangen, wenn die darauf verwendeten Kosten das Pfand bey der Zurückgabe desselben wirklich noch besser machen, sondern auch alsdenn, wenn diese Verbesserungen ohne Verschulden des Pfandinhabers nicht mehr vorhanden seyn sollten; denn diese Besorgung wird völlig nach den Rechtssätzen von der negotiorum gestio beurtheilt. Der Pfandinhaber muß für die nothwendigen



e) L. 8. pr. L. 25. D. de pignor. act. L. 6. C. de pignor.

Kosten und Verwendungen sorgen, wenn er nicht den aus Unterlassung dieser Besorgung herrührenden Schaden ersetzen will; folglich kann der Verpfänder die Vergütung dieser Auslagen nicht verweigern. Verbesserungen anzubringen, ist der Pfandinhaber nur alsdenn befugt, wenn der Verpfänder ausdrücklich oder stillschweigend seine Einwilligung dazu ertheilt hat. Eine solche stillschweigende Einwilligung wird z. B. angenommen, wenn der Pfandinhaber die von dem Verpfänder bereits angefangene zur Verbesserung gereichende Handlung blos fortgesetzt hat. Uebrigens ist dieses nur von solchen Verbesserungen zu verstehen, die vielleicht nicht jeder für Verbesserungen hält, und deren Nutzen wenigstens zweydeutig seyn kann. Die wirklichen Verbesserungen, die jeder gute Wirth machen würde, und die von ohnstreitigem guten wirthschaftlichen Nutzen sind, kann der Pfandinhaber auch ohne Anfrage unternehmen; nur muß dabey die Beschaffenheit der Umstände des Verpfänders nicht überschritten werden; sonst würde die Unbilligkeit herauskommen, daß der Verpfänder, um sein Pfand einlösen zu können, wieder anderwärts Geld aufborgen, oder das Pfand verkaufen, oder auf immer uneingelöst stehen lassen müßte. Von der Beurtheilung der Unglücksfälle, die dem Pfande zugestoßen, handeln mehrere Gesetze [f]). Hier kommt die Frage vor: wer den Beweis zu übernehmen habe, wenn der Verpfänder sein Pfand wieder verlangt, dieses aber verdorben, beschädigt, oder gar verlohren gegangen ist, und der Pfandinhaber giebt vor, ein bloßer Unglücksfall habe den Schaden verursacht. In der L. 5. C. de pign. act. wird dieser Beweis dem Pfandgläubiger aufgelegt. Die Forderung des Eigenthümers wegen der nöthigen Entschädigung ist so lange gegen den Pfandinhaber gegründet, bis er alle Verschuldung durch rechtlichen Beweis von sich abgelehnt hat. Dieses ist der Natur der Sache um so gemäßer, da es eine

f) L. 43. §. 1. D. de pignor. act. L. 5. 6. 8. C. eod.

eine Ausflucht ist, womit sich der Pfandgläubiger schützen will, und jeder seine Einwendung beweisen muß.

## §. 1078 — 1081.

Das **Pfandrecht** ist nach den verschiedenen Eintheilungsgründen verschieden eingetheilt und benannt worden. Bisweilen erstreckt es sich über das ganze Vermögen des Schuldners, und nun heißt es das **allgemeine Pfandrecht**; wenn es hingegen blos auf gewisse Güter des Schuldners eingeschränkt ist, so wird es das **besondere Pfandrecht** genennt. Zu mehrerer Sicherheit läßt sich bisweilen der Gläubiger ein **allgemeines** Pfandrecht und auch noch ein **besonderes** einräumen. In dergleichen Fällen muß erst das besondere Pfandrecht durchgefochten werden, ehe die allgemeine Hypothek angegriffen werden kann; jedoch kommt es hierbey auf den Umstand an, ob man es in Ansehung beyder Hypotheken nur mit dem **Schuldner**, oder doch wenigstens in Ansehung der einen Hypothek mit ihm, in Ansehung der andern aber, mit einem dritten Besitzer zu thun hat, oder ob überhaupt ein Dritter wider einen Dritten klagt [g]). Das allgemeine Pfandrecht geht auf alle Arten der Güter des Schuldners, bewegliches und unbewegliches Vermögen, gegenwärtiges und zukünftiges, wie auch auf seine Rechte und Forderungen, und es ist nicht nöthig, daß bey der allgemeinen Verpfändung das künftige Vermögen ausdrücklich mit genannt werden muß [h]). Sollte der Schuldner anderwärts Geld aufgeborgt, und dasselbe noch baar liegen haben, so erstreckt sich das allgemeine Pfandrecht auch hierauf, und der Darleiher muß dem hypothekarischen Gläubiger nachstehen, wenn er kein Pfandrecht hat, das älter ist [i]). Kommt in der Hypothekbestellung

g) L. 2. C. de pignor. L. 9. C. de distract. pignor.
h) L. 9. C. quae res pign.
i) L. 34. §. 2. D. de pignor.

bestellung der Ausdruck, sämmtliches Vermögen, vor, so kann man mit Recht den Schluß machen, es sey eine allgemeine Hypothek bestellt worden; heißt es aber darin, bewegliches und unbewegliches Vermögen, so streiten die Rechtslehrer darüber, ob in diesen Fällen die Hypothek sich auch über die unkörperlichen Sachen erstrecke; jedoch wird das letzte von den mehresten behauptet [k]). Mit der allgemeinen Hypothek darf die universelle und die generelle Hypothek nicht verwechselt werden. Die Universalhypothek soll diejenige seyn, welche sich über das ganze Vermögen einer Person erstreckt, sowohl über das gegenwärtige als über das zukünftige; unter der generellen Hypothek hingegen versteht man die geschehene Verpfändung aller Güter einer bestimmten Art. Uebrigens darf ein Pfandgläubiger, dem eine allgemeine Hypothek ertheilt worden ist, wenigstens so lange noch andere Güter vorhanden sind, sich nicht sogleich an denjenigen Sachen des Schuldners vergreifen, die er vorzüglich nöthig hat, welches der Fall bey den Handwerkssachen, bey seinen nothwendigsten Hausgeräthen ist, oder die ihm besonders am Herzen liegen [l]), wohin vorzüglich die Kinder bey den Römern gerechnet wurden, die Jemand mit einer Concubine erzeugt hatte. Der Erbe des Schuldners muß das allgemeine Pfandrecht an dem Vermögen seines Erblassers ebenfalls anerkennen, jedoch sind die eigenen Güter des Erben nicht zugleich mit darunter begriffen [m]). Der Erbe haftet zwar für die Schuld seines Erblassers, so weit die Kräfte der Erbschaft zureichen; er würde auch schuldig seyn, das Pfandrecht, wenn es der Erblasser auf ein oder das andere Stück seines, des Erben, Vermögen wirklich hätte legen wollen, anzuerkennen, weil er gleichsam

k) Erxleben in Princip. de iure pign. et hypoth. §. 144.

l) L. 6. 7. et 8. D. de pignor. L. 1. C. quae res pignor.

m) L. 29. pr. D. de pignor.

sam unter dieser Bedingung die Erbschaft erhalten; allein es ist nicht zu vermuthen, daß des Erblassers Wille stillschweigend so weit gegangen sey. Geschahe die allgemeine Verpfändung bey den Römern durch einen Sclaven, in Angelegenheiten seines Herrn, so war der contrahirende Sclave selbst mit unter dem allgemeinen Pfandrechte begriffen n). Ob und in wie weit sich die Generalhypothek, auf eine käufliche Bedienung, unter den römischen Kaisern erstrecken könne, darüber wurde anfangs in Gerichten gestritten, bis dieser Fall genauer bestimmt wurde o). Es gab am kaiserlichen Hofe Bedienungen, militiae, die auf gewisse Art käuflich waren, und woran die Erben eines solchen Hofbedienten einigermaaßen Antheil hatten, wie dieses bey dem Siegelführer in der Canzley, adiutor Quaestoris, und bey andern Bedienten der Fall war. Bisweilen vererbten sich solche Hofbedienungen auf die Söhne, wenn sie auch nicht Erben des Vaters seyn wollten, ja selbst ein Fremder konnte das Amt erhalten, wenn er von dem verstorbenen zum Erben eingesetzt worden war; nur mußten die Söhne oder die fremden Erben beym Antritt ihres Amtes eine Summe Geldes an ihre Mitbedienten bezahlen. Manche solcher Hofstellen giengen zwar nicht auf die Söhne oder die fremden Erben des verstorbenen Hofbedienten über, jedoch mußte der ernannte Nachfolger in der Bedienung, der Wittwe und den Kindern, und in deren Ermangelung den Gläubigern des Vorgängers beym Antritt seiner Stelle eine gewisse Summe Geldes auszahlen, die entweder durch die Observanz des Collegiums oder ein kaiserliches Gesetz bestimmt wurde. In sofern hatte bey diesen Bedienungen eine Art von Vererbung statt, weil, obgleich die Bedienung selbst nicht auf die Erben gieng, sie ihnen doch gleichsam abgekauft werden mußte. Es war auch erlaubt, dergleichen Bedienungen bey

n) L. 29. §. 3. D. de pignor.
o) L. fin. C. de pignor.

bey Lebzeiten an Jemanden zu überlassen, wofür der Nachfolger an den zeitherigen Hofbedienten eine Summe Geldes bezahlte, deren Größe durch die Observanz bestimmt wurde. Gemeiniglich geschahe dieses alsdenn, wenn Jemand eine höhere Bedienung erhalten hatte. Ertheilte nun Jemand seinem Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht auf seine zukünftigen Güter zur Sicherheit eines aufgenommenen Darlehns; so verordnete Justinian, daß sich der Gläubiger, außer den übrigen, von Zeit der Verpfändung dem Schuldner zugefallenen Erwerbungen, auch an die in der Folge erkaufte gewissermaaßen erbliche und käufliche Hofbedienung, und an die Einkünfte davon solle halten können. Diese Einkünfte bestanden in einer Besoldung, in Naturalien und in manchen andern Accidenzien. Die Art, wie sich der Gläubiger an den Dienst halten konnte, war verschieden, und es kam dabey darauf an, ob der Schuldner schon todt war, oder noch lebte. In dem letzten Falle mußte derselbe entweder so viel zur Befriedigung des Gläubigers bezahlen, als man für das Amt bekommen würde, wenn es verkauft würde, oder der Schuldner mußte es sich gefallen lassen, daß die Hofstelle gerichtlich verkauft, und der Gläubiger hierdurch befriedigt wurde. War der Hofbediente gestorben, so konnte sich der Gläubiger desselben nur an dasjenige Geld halten, welches der Nachfolger des Hofbedienten den Nachgelassenen des Verstorbenen oder seinem Gläubiger, den oben vorgetragenen Grundsätzen gemäß, herauszahlen mußte. Uebrigens hatte der Gläubiger nicht nur alsdenn an solchen Bedienungen ein Pfandrecht, wenn sie der Schuldner für sich selbst gekauft hatte, sondern auch alsdenn, wenn sie sein Sohn, oder ein Verwandter, oder ein Fremder bekommen sollte; nur mußte der Schuldner in allen diesen Fällen das Amt mit seinem Gelde bezahlt haben, und nicht etwa Jemand anders. Daher entstand die Frage: ist es zu vermuthen, daß der Schuldner die Bedienung mit seinem Gelde bezahlt, oder daß ein Anderer das Geld hergegeben habe? Justinian entschied diese Frage;

jedoch

jedoch redet er blos von Kaufleuten p), nicht deswegen, weil diese das mehreste Geld hatten, und daher am gewöhnlichsten die käuflichen Bedienungen an sich brachten, oder weil sie den mehresten Verkehr hatten, und es daher bey ihnen am öftersten zur Frage kommen konnte, ob der Schuldner, oder ein Anderer, das Geld für den Dienst bezahlt habe, sondern weil Justinian seine Verordnung allein auf die Wechsler und Kaufleute eingeschränkt wissen wollte. Er befahl nämlich, daß, wenn Jemand, der kein Wechsler und kein Kaufmann war, eine allgemeine Hypothek ertheilte, und mit dem geborgten Gelde nicht für sich, sondern für Jemanden von den Seinigen, oder gar für einen Fremden ein Amt gekauft habe, dem Darleiher an dieser Bedienung keine Hypothek zustehen solle, oder es solle doch wenigstens keine Vermuthung eintreten, daß der Dienst mit des Gläubigers Geld angekauft worden sey, weil der Schuldner just damals bey Erhandlung der Bedienung Dienste geleistet habe. In Ansehung der Kaufleute und Wechsler gieng die Verordnung des Justinians dahin, daß, wenn der Kaufmann die Bedienung für einen Fremden gekauft, so müsse der Gläubiger und Darleiher beweisen, daß der Kaufmann solche mit dem erborgten Gelde bezahlt habe. Hatte der Kaufmann die Stelle für seine Kinder oder Verwandte gekauft, so mußte man vermuthen, sie sey mit des Darleihers und Gläubigers Gelde gekauft worden; behauptete Jemand das Gegentheil, so lag ihm der Beweis ob. Der Grund, warum der Ankauf des Dienstes, für die Kinder, Verwandte oder sonstige gute Freunde des Schuldners geschehen seyn mußte, liegt darin, weil dieses Amt sonst mit dem Vermögen des Schuldners in gar keiner Verbindung gestanden haben würde; denn war die Stelle und Bedienung für Jemanden Anders und nicht für den Schuldner gekauft worden, und hat auch der Schuldner kein Geld dazu hergegeben, wie

p) L. vlt. C. de pignor.

wie läßt sich eine Verbindung derselben mit seinem Vermögen annehmen? War sie aber mit des Schuldners Gelde gekauft worden, so hat sie der Schuldner eigentlich gekauft, und nur nachher an einen Andern überlassen; der Gläubiger behält daher ein Pfandrecht daran, als an einer Sache, die ehedem seinem Schuldner zugehörte. Daß vor Justinian wirklich darüber gestritten worden: ob sich eine allgemeine Hypothek auf dergleichen Bedienungen erstrecke, und ob dergleichen Stelle gültig verpfändet werden könnte, ist aus Gesetzen [q]) erweislich. Justinian bestätigte die Generalhypothek, und verordnete nur in den angeführten Fällen etwas anders, wenn nämlich diese Bedienung nicht dem Schuldner selbst, sondern Jemandem Anders durch des Schuldners Vermittelung zu Theil geworden war.

Eine allgemeine Hypothek ist eben so kräftig, als eine besondere, daher man behaupten kann, daß es keinen Fall giebt, wo die Generalhypothek zur Sicherheit unzulänglich ist, aber die Specialhypothek nicht [r]). Concurrirt die letzte mit der erstern bey verschiedenen Gläubigern, so geht es in diesem Falle nach dem Vorrecht der Zeit, und der Gläubiger, dem eine allgemeine ältere Hypothek zusteht, kann von jedem dazu gehörenden Stücke der Güter seines Schuldners seine Befriedigung suchen, wenn gleich der spätere Pfandgläubiger ein besonderes Pfandrecht daran haben sollte, sein Schuldner besitzt aber noch mehr Vermögen, woran er sich halten kann. Sind beyde Hypotheken, nämlich die allgemeine und die besondere, der Zeit nach einander gleich, so kann derjenige, dem eine allgemeine Hypothek an einer Sache ertheilt worden, mit dem Gläubiger, dem eine besondere Hypothek daran zusteht, gleichen Anspruch darauf machen [s]).

So

q) Nov. 53. cap. 5.
r) Ant. Faber Err. pragm. Dec. 6. Err. 4.
s) L. 2. L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign.

So weit gehen aber die mit einer allgemeinen Hypothek verbundenen Rechte nicht, daß der allgemeine Pfandgläubiger auch diejenigen Gelder zurück fordern könnte, die sein Pfandschuldner vor Ausbruch des Concurses einem spätern und ihm nachstehenden Gläubiger wieder bezahlt hat [t]; und nur der Fiscus genießt dieses Vorrecht [u]; auch braucht der zurückgebende Gläubiger nicht von dem empfangenen Gelde Zinsen zu geben, weil er die Sachen nur in die Umstände zurück setzen muß, worin sie vor der an ihn geschehenen Auszahlung waren. Es ist ferner kein Zweifel, daß, wenn der schon bezahlte Gläubiger die erhaltenen Gelder ohne Gefährde wieder eingebüßet oder verlohren haben, folglich nicht reicher davon seyn sollte, er in diesem Falle dem Fiskus nichts zurück zu geben braucht. Beyde Gattungen von Hypotheken, nämlich die Generalhypothek und die Specialhypothek, sind übrigens hauptsächlich darin unterschieden, 1) daß, wenn ich ein allgemeines Unterpfand habe, ich von meines Schuldners Vermögen ein Stück angreifen darf, welches ich will; habe ich aber nur ein besonderes Pfandrecht, so muß ich mich an die verpfändete Sache halten. 2) Ein specielles Pfand darf der Schuldner nicht ohne Einwilligung des Gläubigers veräußern, bey einem generellen aber ist die Veräußerung erlaubt, wenn nur der Schuldner ein anderes gleich gutes Stück dagegen an sich gebracht hat [x]. Einige Rechtslehrer [y] haben zu behaupten gesucht, wenn man sein Vermögen nur allgemein verpfändet habe, so dürfe der Pfandgläubiger gegen den dritten Besitzer dieser verpfändet gewesenen Sache die hypothekarische Klage nicht an-

t) L. 6. §. 6. L. 24. D. quae in fraud. credit. L. 6. §. 2. L. 12. pr. D. de reb. arb. iud. poss.

u) L. 18. §. 10. D. de iure fisci. L. 5. §. C. de priuil. fisci.

x) Decis. Cassell. Tom. I. Dec. 50. Cramers Wetzlar. Nebenstunden, 12ter Thl. S. 80 u. flg.

y) Hommel Rhapf. Obf. 327.

anstellen; diese Behauptung streitet aber mit den deutlichsten Gesetzen [z]), und wird daher von andern Rechtslehrern [a]) für falsch erklärt.

Die Frage: ob eine allgemeine Hypothek oder eine besondere für den Pfandgläubiger vortheilhafter sey, läßt sich nicht überhaupt beantworten, weil jede Art dieses Unterpfandes ihre eigenthümlichen Vortheile hat. Eine allgemeine Hypothek verschafft zwar allerdings eine stärkere Sicherheit, weil vermöge derselben das ganze Vermögen des Schuldners angegriffen werden kann; bey besondern Hypotheken hingegen muß sich der Gläubiger zuerst daran halten, und geht diese Hypothek zu Grunde, so kann er nicht die übrigen Sachen als ebenfalls verpfändet angreifen, sondern hier gehen ihm die allgemeinen Hypotheken vor. Mit der allgemeinen Hypothek ist die Unannehmlichkeit verbunden, daß eine Sache, worauf blos eine allgemeine Hypothek liegt, welche von einer dritten Person nach Eigenthumsrecht erworben worden ist, nicht eher angegriffen werden darf, als bis der Hauptschuldner erst ist ausgeklagt worden; welches bey besondern Hypotheken nicht der Fall ist, sondern hier hält sich der Gläubiger gleich an sein specielles Unterpfand. Die praktischen Rechtslehrer empfehlen die Vorsicht, man solle sich beyde Arten der Hypothek ertheilen lassen. Erstlich läßt man sich eine gewisse Sache, wovon man am sichersten und geschwindesten befriedigt werden kann, zur speciellen Hypothek verschreiben, und hiermit wird sodann eine allgemeine Hypothek des ganzen Vermögens verbunden. Diese Cautel hat die Wirkung, daß der Gläubiger sich zwar

z) L. 8. §. fin. C. de sec. nupt. L. vn. C. rem alien. gerent. L. 3. C. de remiss. pign. L. 12. C. de distr. pignor. L. 15. C. de pignor.

a) Bachov de pignor. cap. 5. nr. 3. Hert Diss. de differ. pignor. gen. et spec. cap. 5. §. 1. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien, 1ster Band, 2ter Thl. S. 110.

zwar vorher an die besondere Hypothek halten muß, eher als er etwas von dem übrigen Vermögen angreifen darf; reicht aber die specielle Hypothek zu seiner Befriedigung nicht zu, so kann er nunmehr, vermöge seiner habenden allgemeinen Hypothek, von dem sämmtlichen Vermögen des Schuldners angreifen, was er will [b]). Wenn sich der Gläubiger ein allgemeines Pfandrecht und ein besonderes darneben ertheilen lassen, so muß er nach der Verordnung der Gesetze erst das besondere Pfandrecht ausklagen, ehe er sich an das allgemeine halten darf; jedoch wird der Unterschied gemacht, ob man es in Ansehung beyder Hypotheken nur mit dem Schuldner, oder wenigstens in Ansehung der einen Hypothek mit ihm, in Ansehung der andern aber mit einem dritten Besitzer, oder ob es überhaupt ein Dritter mit einem Dritten zu thun hat [c]). Der Grund, warum der Gläubiger sich erst an sein besonderes Pfandrecht halten soll, ehe er ein Stück, das zur allgemeinen Hypothek gehört, angreifen darf, ist in der vermuthlichen Willensmeynung der Contrahenten zu suchen, weil sonst die genommene Verabredung der Contrahenten ohne allen Nutzen seyn würde.

Weil die Entstehungsart des Pfandrechts nicht immer eben dieselbe ist, so lassen sich darnach Eintheilungen des Pfandrechts machen. Es entspringt entweder aus den Gesetzen unmittelbar, wo es ein stillschweigendes Pfandrecht genennt wird, oder die Obrigkeit ist der Urheber, und hier heißt es ein gerichtliches Pfandrecht. Diese Art des Pfandrechts gründet sich entweder auf eine gerichtlich verfügte Hülfsvollstreckung, oder auf allerhand andere durch den Richter auf des Schuldners Vermögen angelegte Beschläge [d]), wodurch hauptsächlich



b) Nov. 4. c. 2. Nov. 122. c. 1. Stryck in caut. contr. Sect. II. cap. 4. §. 16 et 17. Carpzov in Iurispr. for. Part. II. Const. 23. Def. 29.

c) L. 2. C. de pignor. L. 9. C. de distract. pignor.

d) L. 26. pr. D. de pignor. act.

das sogenannte Prätorische Pfandrecht eingeführt worden ist. Das Pfandrecht kann sich ferner entweder auf einen letzten Willen des Erblassers gründen, oder auf einen mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag. Im ersten Falle heißt es: ein testamentarisches Pfandrecht, im letztern aber ein verabredetes. Die testamentarische Hypothek ist von den Kaisern Severus und Antonin eingeführt worden, da sie vorher unbekannt war [e]). Daß eine solche Hypothek blos in einem Testamente, oder bestätigten Codicill, nicht aber durch ein unbestätigtes Codicill angeordnet werden könne, war zwar nach den ältern römischen Gesetzen Rechtens [f]); dieses hat sich aber nachher geändert, als die Codicille durch spätere Gesetze ihre eigene Gültigkeit erhalten haben.

In Ansehung der Glaubwürdigkeit wird das Pfandrecht in das beglaubte eingetheilt, und in das Privatpfandrecht. Ein beglaubtes Pfandrecht ist dasjenige, welches eine vollkommene, entweder gerichtliche oder ähnliche Glaubwürdigkeit hat, und eine solche vollkommene Beglaubigung ist vorhanden, wenn sich das Pfandrecht entweder auf gerichtliche Handlungen gründet, oder auf das Zeugniß drey dazu gezogener glaubwürdiger Männer. Alle andere Verpfändungen, wobey es an dem einen oder dem andern fehlt, bewirken blos ein Privatpfandrecht. Diesen Grundsätzen gemäß gehören unter die beglaubten Verpfändungen, 1) alle stillschweigenden, wenn die Handlung, worauf sich das stillschweigende Pfandrecht gründet, für eine vollkommene Beglaubigung gehalten werden kann. 2) Alle richterlichen Pfandrechte. 3) Die Verpfändungen, die sich auf ein Testament oder auf einen Vertrag gründen, wenn eine von den angeführten Beglaubi-

e) L. 26. D. de pignor. act. L. 9. D. de ann. leg. L. 12. D. de alim. legat. L. 1. C. comm. de legat.

f) Faber in Ration. ad Pand. ad L. 26. pr. D. de pignor. actione.

glaubigungen dabey ist; folglich haben nach dem römischen Rechte alle Verpfändungen, die in einem solennen Testamente geschehen sind, oder auch nur in einer solchen Art der letzten Willensverordnungen, wobey drey Mannspersonen, oder gar noch mehrere als Zeugen gebraucht worden sind, eben die Kraft. Für Privatverpfändungen sind zu halten, 1) die Jemand in einer nicht feyerlichen, außergerichtlichen letzten Willensverordnung, wobey weniger als drey Mannspersonen, oder gar keine Mannspersonen, als Zeugen gebraucht worden sind, ertheilt hat. 2) Die aus einem nicht beglaubten Vertrage herrühren. 3). Die stillschweigenden Verpfändungen, wenn es dem Geschäfte, woher sie rühren, an einer vollkommenen Beglaubigung fehlt.

Das Prätorische Pfandrecht war von besonderer Art. Wenn ein Schuldner wegen gänzlicher Unvermögenheit zur Befriedigung seiner Gläubiger ihnen sein Vermögen freywillig in der Absicht überließ, damit sie sich auf rechtliche Weise daraus bezahlt machen könnten, welche Handlung cessio bonorum hieß, oder wenn der Beklagte nach angestellter Klage ungehorsam ausblieb, oder wenn eine Abwesenheit des Schuldners, die ihm nicht gestattete, sich um das Seinige zu bekümmern, und die vielleicht von langer Dauer seyn konnte, ihn auch Niemand im Gericht vertrat, oder die Unvermögenheit des Schuldners zur Zahlung, oder eine sonstige Gefahr für die Gläubiger eine schleunige Sicherstellung derselben nothwendig machte, oder wenn der Schuldner gestorben war, und es wollte Niemand sein Erbe seyn, so wurden die Gläubiger, oder wer sonst einen Anspruch hatte, von den Gerichten in den Besitz seines Vermögens mit der Wirkung eingesetzt, daß sie alles besorgen konnten, was geschehen mußte, dasselbe so zu erhalten, wie es am besten zu ihrer Befriedigung dienen konnte. Eine solche Immission erstreckte sich mehrentheils über das ganze Vermögen; jedoch gab es auch Fälle, wo sie nur einzelne Stücke desselben betraf. Anfangs erstreckte sie sich nicht auf die ausstehenden Forderun-

gen des Schuldners, er mußte denn weiter gar nichts im Vermögen haben; Justinian änderte diese Einrichtung aber ab [g]), und erlaubte, die Immission sogleich in die Activa des Schuldners vornehmen zu können, wenn er gleich noch anderes Vermögen hatte.

Die Gläubiger erhielten dadurch anfangs nur eine bloße Detention, die mit der Verwaltung verbunden war, und ein Recht, das auf gewisse Art ein Pfandrecht war, auf gewisse Art aber auch nicht. Sie hatten ein Pfandrecht, in sofern sie die Güter ihres Schuldners, ihrer Sicherheit wegen, in Händen hatten, sich durch deren Veräußerung zu ihrer Zahlung verhelfen, und, wenigstens nach Justinians neuesten Verordnungen, gegen Andere, die an der Immission keinen Antheil nehmen durften, und einige Sachen, worein die Gläubiger schon die Immission bekommen, in Besitz und an sich gebracht hatten, die hypothekarische Klage brauchen konnten [h]). Kein Pfandrecht hatten sie, in sofern man sie unter einander betrachtete; denn jeder Gläubiger behielt die Art der Forderung und die Stelle und Ordnung, die er ohne diese Immission im Concurs gehabt haben würde [i]); auch gab die eher erhaltene Immission dem, der solche für sich anführen konnte, keinen Vorzug vor demjenigen Gläubiger, dem sie später ertheilt worden war [k]); jedoch trat alsdenn eine Ausnahme ein, wenn die Immissionen von ganz verschiedener Art zu verschiedenen Zeiten geschehen waren [l]). Wie man aus der angeführten L. 2. C. qui pot. in pign. sieht, war die Immission, die dem Gläubiger ertheilt worden war, nicht wegen einer Schuld des Erblassers geschehen, denn diese würde allemal vor dem Fideikommiß den Vorzug

g) L. 1. C. de praet. pignor.
h) L. 2. C. de praet. pignor.
i) L. 3. C. qui pot. in pignor.
k) L. 5. §. 3. D. vt in poss. legat.
l) L. 2. C. qui pot. in pignor.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0090
DFG

Vorzug gehabt haben, sondern es war eine Schuld des Erben, weswegen die Hülfe gesucht wurde. Diese Hülfsvollstreckung war nun nicht durch eine von Gerichtspersonen vorgenommene Auspfändung geschehen, sondern durch die Immission des Gläubigers in die Güter des Schuldners, damit er sich daran halten könnte; mithin hatte er hier kein richterliches, sondern ein prätorisches Pfandrecht.

Hatten einige Gläubiger eines und eben desselben Schuldners dieses prätorische Pfandrecht erhalten, so kam solches auch den übrigen zu statten, wenn sie sich nur nicht zu spät dazu meldeten; denn diejenigen Gläubiger, die in der Folge erst beytreten wollten, mußten, wenn sie gegenwärtig waren, binnen zwey Jahren, abwesende aber wenigstens binnen vier Jahren, und ehe die Veräußerung der Güter schon geschehen war, sich erklären, die Immission ebenfalls suchen, auch denen schon in den Besitz eingesetzten Gläubigern einen Theil ihrer bezahlten Gerichtskosten wieder geben. Meldeten sie sich zuerst, so giengen wenigstens die zuerst zur Immission gelangten Gläubiger in der Befriedigung vor, und nur der Rest des Geldes, der nach ihrer Befriedigung noch vorhanden blieb, wurde zur gerichtlichen Verwahrung gebracht, und zur Abfindung der übrigen Gläubiger verwendet. Die zur Immission gelangten Gläubiger suchten einige Zeit nachher um öffentliche Versteigerung der Güter bey der Obrigkeit an, welche nunmehr eine willkührliche Frist dazu ansetzte, und sodann die Versteigerung nach rechtlicher Art vornahm.

War die Immission, wegen des Ungehorsams des Beklagten vor der Einlassung auf die Klage, erkannt worden, so mußte nach dem ersten Erkenntniß, immissio ex primo decreto, noch ein Jahr gewartet werden, ob sich der Ungehorsame vielleicht noch melden würde. Nach Verlauf eines Jahres erfolgte das zweyte Erkenntniß, immissio ex secundo decreto, wenn der Beklagte immer noch ungehorsam war. Diese Verfügung hatte die Wirkung, daß der Kläger, wenn er einen Realanspruch angebracht hatte, nunmehr das Possessorium mit vollem Rechte

anstellen konnte, und der Gegentheil das Petitorium brauchen mußte. Der Kläger hatte auch nun einen rechtlichen Titel, vermöge dessen er, wenn die übrigen Erfordernisse einer Verjährung dazu kommen, mit der Zeit selbst im Petitorium den Proceß gewann. Nicht weniger behielt er die zeither erhobenen Nutzungen auf eben die Art, wie es bey jedem redlichen Besitzer der Fall war. Wenn Jemand, zur Sicherheit einer persönlichen Verbindlichkeit, um die Immission in den Besitz des Vermögens seines Schuldners nachgesucht hatte, so wurde so viel, als zu des Gläubigers Befriedigung nöthig war, von den Gütern versteigert, und der Gläubiger damit befriedigt. Blieb der Beklagte nach der Einlassung auf die Klage ungehorsam aus, oder es konnte einem Abwesenden, für welchen Niemand im Gericht erschien, kein eigentlicher Ungehorsam Schuld gegeben werden, so mußte der Proceß in der Hauptsache, nach der ersten Immission, gegen den Abwesenden oder Unvertheidigten, vermuthlich erst in der Maaße, wie man gegen solche Personen rechtlich zu verfahren pflegte, rechtskräftig entschieden werden, ehe in Ansehung der erhaltenen Immission Etwas weiter vorgenommen werden konnte; alsdenn aber wurde mit der Hülfsvollstreckung des rechtskräftigen Urtheils, immissio iudicati exequendi causſa, verfahren.

Soll ein richterliches Pfandrecht vorhanden seyn, so muß ein rechtskräftiges Urthel abgefaßt, und eine Auspfändung so vieler Sachen des Schuldners geschehen seyn, als zur Befriedigung desselben nöthig waren. Eine solche Auspfändung durften bey den Römern nur die Statthalter der Provinz vornehmen, die obrigkeitlichen Personen in den Municipalstädten aber nicht anders, als mit Vorwissen des Statthalters [m]). Einige Sachen durften gar nicht abgepfändet werden [n]). Von Zeit der geschehenen Aus-

m) L. 11. C. de pignor.

n) L. 7 et 8. C. quae res pign.

Auspfändung an, erhielt der Gläubiger ein wahres beglaubtes Pfandrecht o), welches ihm auch gegen andere Gläubiger, die keine hinreichende Hypothek hatten, zu statten kam. Erhielten mehrere Gläubiger diese Hülfsvollstreckung zu verschiedenen Zeiten, so wurde ihr Vorzug unter einander nach der Ordnung der Zeit bestimmt p), ob sie gleich sämmtlich allen Personalgläubigern, die keine solche Hülfsvollstreckung erhalten hatten, vorgezogen wurden.

## §. 1082.

Es ist Niemandem erlaubt, sich einseitig oder eigenmächtig ein Pfandrecht an des Andern Gütern anzumassen, sondern es muß dazu einer von den zeither kurz erläuterten rechtlichen Entstehungsgründen vorhanden seyn q). In Ermangelung eines solchen Rechtsgrundes hat daher derjenige ordentlicher Weise kein Pfandrecht, welcher nichts weiter für sich anführen kann, als daß sein Geld zum Ankauf einer Sache verwandt worden, oder daß das ausgeliehene Geld, welches Jemand Anders auf seinen eigenen Namen verborgt hat, und sich deswegen ein Pfandrecht bestellen lassen, sein Geld gewesen sey r). Sowohl der Hypothekvertrag als der Pfandcontract werden mehr nach der Billigkeit, als nach einer formularischen Strenge beurtheilt; es wird auch kein schriftlicher Aufsatz zu dessen Gültigkeit erfordert, sondern das bloße mündliche Versprechen ist schon hinlänglich s). Man kann beyde Verträge



o) L. 26. §. 1. D. de pign. act. L. 1. C. si in causſa iudic.

p) L. 10. D. qui pot. in pignor.

q) L. 30. D. de pignor. act. L. vn. C. null. ex vican. L. 4. C. de execut. Nov. 52. c. 1. Nov. 134. cap. 4. Auth. sed omnimodo C. ne fil. patre.

r) L. 16 et 17. C. de pignor. L. 19. C. de distract. pignor.

s) L. 4. D. de pignor. L. 34. §. 1. eod. L. 12. C. de pignor.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0093 DFG

nicht nur selbst in Person schließen, sondern auch einen Andern als seinen Bevollmächtigten und eine Mittelsperson brauchen [t]; und daher geht es an, daß selbst Abwesende diese Verträge zu schließen berechtigt sind [u]. Ein Pfandvertrag kann nicht nur ausdrücklich und mit deutlichen Worten eingegangen werden, sondern auch bildlich und symbolisch, das heißt, stillschweigend, welches z. B. dadurch geschieht, daß man die brieflichen Urkunden, z. E. die Kaufcontracte, welche die Sache betreffen, dem Gläubiger zum Unterpfande überläßt [x].

Der Verpfänder muß nicht nur Eigenthümer seyn, sondern auch die Freyheit haben, über sein Vermögen willkührlich zu disponiren. Unmündige und solche Personen, welche unter der Curatel stehen, und mit den Unmündigen gleiche Rechte haben, können nicht anders Verpfändungen vornehmen, als mit Beobachtung derjenigen Feyerlichkeiten, die bey andern Veräußerungen beobachtet werden müssen, ja sie können überhaupt für sich allein keinen Pfandvertrag schließen [y]. Wie man aus der L. 24. D. de pignor. sieht, läßt sich der Fall denken, daß es manchen Personen untersagt seyn kann, in gewissen Gegenden ein Pfandrecht zu erwerben. Das angeführte Gesetz nahm wahrscheinlich auf die Bedienten des Statthalters oder dirigirenden Ministers in der Provinz Rücksicht, die nach der L. 62. pr. D. de contrah. emt. vend. in der Provinz keine Grundstücke für sich ankaufen, aber doch nach der L. 34. D. de reb. credit. Geld ausleihen, und sich daher auch zur Sicherheit des Daelehns Grundstücke verpfänden lassen durften. Alles, was bey andern Verträgen eine Ungültigkeit verursacht, hat auch bey dem Pfandvertrage die

t) L. 11. §. 6 et 7. D. de pign. act. L. 12. eod. L. 11. pr. L. 16. §. 1. L. 21. pr. D. de pignor.

u) L. 23. §. 1. D. de pignor.

x) L. 2. C. quae res pignor.

y) L. 38. D. de pignor. act.

die nämliche Wirkung. Es ist daher ausgemacht, daß ein Betrug, ein gebrauchter Zwang, und andere ähnliche Dinge, der Verbindlichkeit des Pfandvertrags zuwider sind [z]). Ist nun der Pfandvertrag ganz und gar ungültig, so ist er von gar keiner rechtlichen Wirkung, und bewirkt auch nicht einmal eine Retention [a]); wenn gleich sonst zum öftern da, wo keine gültige Verpfändung vorhanden ist, dennoch ein Zurückbehaltungsrecht eintrit [b]). Uebrigens enthält dieser Vertrag, er mag so gültig geschlossen worden seyn als möglich, wenn er zur Sicherheit einer alten Schuld eingegangen worden, an sich keine Novation [c]).

Dieser Pfandcontract muß von dem alten contractu fiduciae wohl unterschieden werden. Er war mit vielen Feyerlichkeiten verknüpft, und hieß contractus fiduciae, weil überhaupt alle bey Mancipationen verabredeten Rückkäufe so genennt wurden. Es bestand dieser Contract entweder in einer außergerichtlichen Handlung, wobey Münze, Waage und die gewöhnlichen Ceremonien einer Mancipation gebraucht wurden, oder man überließ dem Gläubiger das Pfand gerichtlich, durch eine sogenannte Cession in iure. Die Wirkung davon war, daß der Gläubiger ein Eigenthum des Pfandes so lange erhielt, bis der Schuldner die Zurückgabe, welches die Remancipation hieß, verlangte. Daraus, daß der Pfandinhaber durch diesen Contract Eigenthümer des Pfandes wurde, entstanden allerley Verschiedenheiten zwischen demselben und dem heutigen Pfandcontracte; denn so konnte z. B. der Schuldner das Pfand dem Pfandgläubiger, mit welchem er in contractu fiduciae stand, nicht verkaufen, weil letzterer schon Eigenthümer war [d]). Jener war nicht mehr Eigenthümer,

z) L. 4. C. de pignor.
a) L. 25. D. de pignor.
b) L. 1. pr. D. de pignor. L. 1. C. si al. res.
c) L. 10. D. in quib. causs. pign.
d) Pavli rec. sent. Lib. II. tit. 13. §. 3.

thümer, und unter dem Vermächtniß seiner Sclaven waren diejenigen nicht mit begriffen, die er schon Jemandem durch den contractum fiduciae überlassen hatte [e]); der Pfandgläubiger aber konnte die in Händen habenden Pfänder zu Vermächtnissen bestimmen, ja sogar durch ein legatum vindicationis darüber als über sein Eigenthum disponiren [f]). Da die Mancipation älter ist, als die Gesetzsammlung der zwölf Tafeln, so ist der contractus fiduciae vermuthlich ebenfalls älter. Er wurde auch im eigentlichen Verstande nexus genennt, obwohl jede andere Mancipation, in der weitläuftigen Bedeutung dieses Worts, diese Benennung bekam. Es entstand daraus die actio fiduciae directa und contraria, welche Klagen mit der actione pignoratitia directa und contraria übereinkamen, und actiones bonae fidei waren. Dieser Contract ist noch lange nach Constantin dem Großen im Gebrauch gewesen, wodurch die Behauptung des Cujaz widerlegt werden kann, die von diesem Kaiser bey Verpfändungen aufgehobene Lex commissoria sey mit dem contractu fiduciae für einerley zu halten. Erst die neuere Verordnung Justinians, worin der Unterschied zwischen rebus mancipi und nec mancipi aufgehoben wurde, bewirkte die Abschaffung dieses Contracts. Der Gläubiger erhielt dadurch, als Eigenthümer, ein Recht, wider jeden Besitzer klagen zu können. Von ganz anderer Art war der eigentliche Pfandcontract. Durch diesen wurde der Gläubiger nicht Eigenthümer, sondern blos Verwahrer, daher dieser Contract depositum pignus genennt wurde. Vermuthlich war er bey rebus nec mancipi gebräuchlich, und wurde etwa bey rebus mancipi alsdenn gebraucht, wenn man entweder nicht Lust hatte, den contractum fiduciae einzugehen, oder es fehlte die Gelegenheit dazu. Anfangs bewirkte dieser Vertrag für den Gläubiger kein dingliches Recht,

e) Pavlvs l. c. Lib. III. tit. 6. §. 69.
f) Pavlvs l. c. Lib. II. tit. 13. §. 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0096
DFG

Recht, vermöge dessen er gegen jeden andern Besitzer, nach Verlust des eigenen Besitzes, hätte klagen können [g]).

Ein ungültiger Nebenvertrag bey der Pfandgebung ist es, daß der Pfandgläubiger auf den Fall der nicht zu rechter Zeit geschehenen Tilgung der Verbindlichkeit, den Besitz der Hypothek eigenmächtig zu ergreifen bereit seyn solle; und diese Verabredung ist ungültig, und berechtigt den Gläubiger keinesweges zum Gebrauch der Selbsthülfe [h]). Man muß indeß bey diesem Vertrage den Unterschied machen, ob der Gegentheil sich bey der Besitznehmung widersetzt, ob er abwesend ist, oder ob er gar darein willigt, daß man selbst zugreife. In diesen beyden letzten Fällen ist keine unrechte Handlung begangen und die öffentliche Ruhe nicht gestört worden, folglich kann der Vertrag diese That entschuldigen. Im ersten Falle hingegen entsteht eine Verletzung der öffentlichen Ruhe, und der Vertrag kann nicht gelten, 1) weil es ohne Unterschied ein Verbrechen ist, Jemanden mit Gewalt aus dem Besitz zu sezzen [i]); 2) weil alle Verträge ungültig sind, die zu schädlichen und verbotenen Handlungen verleiten können [k]). Die Verabredung des Schuldners mit seinen Pfandgläubigern, daß, wofern er zur bestimmten Zeit mit der Bezahlung nicht inne halten sollte, er ihnen auf diesen Fall die Pfänder zu ihrer Befriedigung einräumen und überlassen wolle, ist zwar gültig, sie hat aber keinen besondern Nutzen [l]).

Die vom Richter vorgenommene Bestätigung des Hypothekvertrags ist eine so wichtige Handlung, daß sie mit

g) SCHULTING in iurispr. Anteiust. ad CAII Instit. Lib. I. tit. 6. §. 3. et ad PAULI rec. sent. Lib. II. tit. 13.

h) L. 3. C. de pignor. L. 11. C. de pignor. act.

i) L. 5. C. ad Leg. Iul. de vi.

k) L. 6. C. de pact. L. 5. D. de pact. dotal. L. 23. D. de reg. iur.

l) L. 1. C. de pact. pignor.

mit der gehörigen Vorsicht vorgenommen werden muß. Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß dergleichen Hypotheken an Gerichtsstelle bestätigt werden müssen, und zu dem Ende muß der Schuldner entweder in Person, oder durch einen richtig Bevollmächtigten vor der Obrigkeit erklären, daß er seinem Gläubiger eine Hypothek ertheilt habe, und er wolle daher bitten, daß sie der Richter bestätigen wolle. Der Gläubiger darf nicht für sich allein, ohne daß der Schuldner beym Richter darauf angetragen hat, darum bitten, daß ihm eine öffentliche Hypothek an dem Vermögen seines Schuldners bestellt werden möge; und hat er es gleichwohl gethan, so wird die zeitherige Privathypothek dadurch keine öffentliche, wenn sie auch der Richter bestätigt haben sollte [m]). So ist es auch nicht hinreichend, um eine gerichtliche Hypothek zu erlangen, wenn der Schuldner im Gericht eingestanden hat, daß Cajus eine Privathypothek an seinem Vermögen habe, ohne dabey um die gerichtliche Bestätigung zu bitten [n]). Der Kaiser Leo hat die gerichtliche Bestätigung der Hypotheken anbefohlen, wie man aus der L. 11. C. qui pot. in pignor. sieht. Man hatte die Absicht dabey, den heimlichen Betrügereyen, welche bey Schuldverschreibungen vorgehen können, vorzubeugen. Diese Betrügereyen kommen zwar hauptsächlich bey dem Hauptgeschäfte vor, zu dessen Sicherheit eine Hypothek bestellt wird; aber bey Ertheilung einer Hypothek kann es geschehen, daß der Schuldner Sachen zur Hypothek verschreibt, die ihm nicht gehören; oder daß er mehr auf eine Sache borgt, als sie werth ist. Um dieses zu verhüten, führte der Kaiser die obrigkeitliche Bestätigung einer ertheilten Hypothek ein, und

m) de Pufendorf in Obs. Tom. II. Obs. 160. Harprecht D. de pignoribus public. nr. 94. in Diss. Vol. I. pag. 1091.

n) Schweder D. de auctor. publ. ad pignor. constit. necess. §. 12. in Eius Diss. Vol. II. pag. 334. de Pufendorf Obs. Tom. II. Obs. 160.

und legte ihr mehr Kraft bey, als andern Hypotheken, wo diese Bestätigung fehlt o). Das römische Recht macht übrigens zwischen beweglichen und unbeweglichen Gütern, bey dieser gerichtlichen Confirmation der Hypothek keinen Unterschied. Der Richter war auch blos schuldig, auf die Gültigkeit des Hauptgeschäftes und der Hypothek seine Aufmerksamkeit zu richten.

Die alten Teutschen hatten keine Hypotheken p), sondern sie übergaben die verpfändete Sache ihrem Gläubiger, oder verkauften sie ihm, mit der Bedingung, solche wieder an sich kaufen zu können. In neuern Zeiten hat man die römischen Grundsätze von Hypotheken ebenfalls angenommen, führte aber zugleich die Nothwendigkeit ein, die auf unbewegliche Cammergüter oder Bürgergüter gelegte Hypothek bey Strafe der Nichtigkeit von dem gehörigen Richter bestätigen zu lassen q). Ist nichts anders ausdrücklich erklärt worden, so geht die Absicht dieser Verordnungen dahin, daß alle auf unbewegliche Bauer- und Bürgergrundstücke gelegte Hypotheken in das Hypothekenbuch eingetragen werden müssen, damit jeder vorsichtige Gläubiger aus demselben belehrt werden kann, wie viel der Eigenthümer bereits an hypothekarischen Schulden auf seinem Grundstück liegen habe, und ob es folglich rathsam sey, ihm noch mehr darauf zu borgen.

Es geht nicht an, eine Hypothek von jedem Richter bestätigen zu lassen, sondern nur derjenige Richter ist dazu berechtigt, dessen Gerichtsbarkeit das Grundstück unterworfen

o) Wahl D. de validit. et effectu reseru. dominii, Sect. gen. §. 13.

p) Estors bürgerl. Rechtsgelehrs. 2ter Thl. S. 476.

q) Schweder in Diss. de auctor. publ. in pignor. et hypoth. constit. necess. §. 19 – 21. Harppprecht D. de pignore publ. §. 12. Wahl D. de validit. et effectu reseru. dominii.

worfen ist, worauf die Hypothek haften soll [r]). Wenn gleich der Eigenthümer dieses Grundstücks einen persönlich privilegirten Gerichtsstand hat, so wird er dadurch dennoch nicht von der Verbindlichkeit befreyt, die von ihm ertheilte Hypothek von dem Richter bestätigen zu lassen, in dessen Gerichtssprengel das verpfändete Grundstück liegt. Anders verhält es sich freylich, wenn die Sache selbst einen privilegirten Gerichtsstand hat; denn dieser wird dem Gerichtsstande der gelegenen Sache gleich gehalten, welches bey Hypotheken auf schriftsäßige Grundstücke der Fall ist [s]), welche von der Canzley oder Regierung bestätigt werden müssen. Bey der Bestätigung einer Hypothek lassen sich nicht einmal die Grundsätze von der freywilligen Anerkennung einer fremden Gerichtsbarkeit, oder von der Prorogation des Gerichtsstandes, anwenden, wenn gleich die contrahirenden Partheyen sich dazu verstanden haben sollten; denn wäre es erlaubt, daß die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek vor allen und jeden Gerichten geschehen dürfte, wie einige Rechtslehrer [t]) zu behaupten gesucht haben, so würde die Absicht, die dabey zum Grunde liegt, gar oft nicht erreicht werden, und diese Absicht besteht darin, daß ein Grundstück nicht mit mehr Schulden beschwert werden soll, als die Gesetze verstatten. Alsdenn geht es jedoch an, die Hypothek von jedem Richter bestätigen zu lassen, wenn eine bewegliche Sache der Gegenstand derselben seyn soll, weil hierüber kein Hypothekenbuch geführt

r) Carpzov in Iurispr. forens. Part. II. Const. 23. Def. 20 et 21. Berlich in Concl. pract. Tom. II. Concl. 29. nr. 65 – 72. Hr. Hofr. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen. S. 46. Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze, 1ster Thl. S. 601.

s) Stryck D. de obligat. feud. conf. mun. Harprecht D. de pign. publ.

t) Mevius ad Ius Lubec. Part. III. Tit. IV. Art. I. nr. 24. de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 53. pag. 164. Strubens rechtl. Bedenken, 1ster Thl. S. 49.

geführt wird, sondern das römische Recht blos darüber zur Richtschnur dient. Das nämliche ist bey Hypotheken Rechtens, die auf solchen beweglichen Sachen liegen, und den unbeweglichen im Rechtsverstande gleich gehalten werden. Daher kann die Hypothek an einer Heerde, an einer Bibliothek, an einem Waarenlager, an einer Schuldforderung, wenn diese auch auf unbeweglichen Sachen liegen sollte, sowohl von demjenigen Richter bestätigt werden, dem der Schuldner für seine Person unterworfen ist, als auch von dem Richter der belegenen Sache, ja sogar von jedem Richter, bey dem Handlungen der ganz freywilligen Gerichtsbarkeit, actus iurisdictionis merae voluntariae vorgenommen werden dürfen, kann sie bestätigt werden [u]).

Die Wichtigkeit der Sache erfordert es, daß die gerichtliche Bestätigung einer Hypothek von dem Richter an der gewöhnlichen Gerichtsstelle vorgenommen wird, im Beyseyn der Gerichtspersonen [x]). In den Patrimonialgerichten befolgt man diese Einrichtung zwar nicht immer, sondern die Gerichtsverwalter nehmen die Bestätigung einer Hypothek blos in ihrer Wohnung vor. Ist dieses in Gegenwart der Gerichtspersonen geschehen, und die Urkunde hat in Ansehung des Orts eben die Unterschrift, wie sie unterschrieben wird, wenn die Bestätigung an wirklicher Gerichtsstelle vorgenommen worden ist, so läßt man in den Gerichtshöfen eine solche Handlung gelten, und nimmt die Hypothek in Rücksicht auf diese Eigenschaft als gültig an. Sollte die bürgerliche und die peinliche Gerichtsbarkeit getrennt seyn, so gehört die Bestätigung der Hypothek

u) de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 180. pag. 483. Hr. Hofr. Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 44.

x) Schweder D. de auctor. publ. ad pign. seu hypoth. publ. constit. nec. §. 19. Carpzov in Iurispr. forens. Part. II. Const. 23. Def. 5. Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 1ster Thl S 610.

thek für den bürgerlichen Richter. Streiten mehrere Gerichte über die Zuständigkeit der Gerichtsbarkeit in Ansehung desjenigen Grundstücks, worauf die Hypothek haften soll, so gehört die Bestätigung der Hypothek so lange für den nächsten Oberrichter, bis dieser Proceß entschieden ist, oder man bittet den Oberrichter, daß er einem niedern Gericht Auftrag ertheilen wolle, die Bestätigung der Hypothek vorzunehmen, oder man läßt die Hypothek von beyden streitenden Gerichten bestätigen y). Sollte der Richter, für welchen die Bestätigung der Hypothek gehört, selbst der Schuldner seyn, der die Hypothek ertheilen will, so kann er diese Handlung der Bestätigung in seinem eigenen Gericht vornehmen, weil er sich durch diese Handlung blos verbindlich macht, aber kein Recht erwirbt, daher er in dergleichen Fällen nicht für verdächtig gehalten werden kann z). Andere Rechtslehrer sind der Meynung, er dürfe auch in diesem Falle die Bestätigung der Hypothek nicht selbst vornehmen, sondern müsse es entweder durch einen Gerichtsbeysitzer, oder gar durch den Oberrichter thun lassen. Diese Behauptung ist aber übertrieben, und es wird der Fall damit verwechselt, wo der Richter selbst der Gläubiger ist a). Wenn der Richter der Gläubiger oder doch derjenige ist, zu dessen Vortheil die Hypothek bestellt werden soll, so muß die Bestätigung schlechterdings von den übrigen unverdächtigen Mitgliedern des Gerichts, oder wenn diese nicht da seyn sollten, von dem

y) Erxleben in Princip. de iure pignor. et hypothec. §. 50.

z) L. 1 et 2. D. de offic. Praet. L. 2. D. de offic. Praef. L. 3 et 4. D. de adopt. L. 18 et 20. §. fin. D. de manum. vind. L. 13. §. 4. D. ad Sctm. Treb. Hert in Diss. de vno homine plur. fust. pers. Sect. IV. §. 2.

a) Carpzov in Iurispr. forens. Part. II. Const. 23. Def. 5. Berger in Diss. de potest. pers. publ. in semet ipsam, §. 29. Pistor in Quaest. Part. III. Qu. 9. nr. 19.

dem nächsten Oberrichter geschehen [b]). Auch nicht einmal einen Auszug aus dem Hypothekenbuche darf der Richter ertheilen, wenn er selbst der Schuldner ist, weil er damit ein Zeugniß in seiner eigenen Sache ablegen würde. Nur wirkliche Gerichte dürfen die Bestätigung einer Hypothek vornehmen, und kein Beamter darf es, der keine Gerichtsbarkeit hat, ja nicht einmal ein ganzes Collegium ist dazu befugt, wenn ihm die Befugniß dazu nicht besonders ertheilt worden ist, welches bey Rentkammern z. B. der Fall ist. Fehlt es dem Richter an der Befugniß, eine Hypothek bestätigen zu können, so entsteht aus der vorgenommenen Bestätigung eine Nichtigkeit, und der Beamte muß diejenigen Personen schadlos halten, denen dadurch Schaden verursacht worden ist [c]).

Die richterliche Bestätigung einer Hypothek geschieht auf folgende Weise. — Der Schuldner, welcher seinem Gläubiger eine Hypothek ertheilen will, muß den Richter entweder mündlich oder schriftlich ersuchen, den über die Unterpfandsbestellung errichteten Vertrag zu bestätigen. Gehört das Gericht, von dem die Hypothek bestätigt werden soll, unter die Obergerichte, welches bey Canzleyen und Regierungen der Fall ist, so wird die Bitte um Bestätigung der Hypothek schriftlich vorgebracht; wenn aber die verpfändete Sache unter die Gerichtsbarkeit eines Unterrichters gehört, so pflegt alles mündlich vorgebracht, und ein Protokoll über die ganze Handlung gehalten zu werden. Wenn es gleich besser ist, der Schuldner sucht um die Bestätigung der ertheilten Hypothek in eigener Person an [d]), so geht es doch auch an, durch einen Bevollmächtigten das



b) L. 33 et 34. D. de reb. credit. Boehmer D. de maiest. imp. magistr. maior. cap. I. §. 5. nr. 9. Wernher in Obs. Part. VII. Obs. 248. Schilter Exerc. V. §. 5.

c) de Pvfendorf in Obs. iur. vniu. Tom. I. Obs. 45. pag. 145. Hr. Hofr. Claproth von freywilligen Gerichtshandlungen, S. 44.

d) Carpzov in iurispr. for. Part. II. Const. 23. Def. 23.

Nöthige besorgen zu lassen. Die Vollmacht muß aber schlechterdings auf die Anerkennung des Inhalts und der Unterschrift der Pfandverschreibung, wie auch auf die Entsagung der Rechtswohlthaten gerichtet seyn; nur darf eine solche Vollmacht nicht schon deswegen für unzulänglich gehalten werden, weil es nicht ausdrücklich darin angeführt worden, daß der Bevollmächtigte eine öffentliche Hypothek ertheilen und um deren Bestätigung nachsuchen soll, wenn diese beyden Puncte schon in der Schuldverschreibung selbst gehörig ausgedrückt worden sind [e]). In dem Falle geht es freylich nicht an, die Bestätigung einer Hypothek suchen zu können, wenn vor der wirklichen obrigkeitlichen Confirmation erst eydliche Versicherungen, oder eydliche Renunciationen vom Schuldner geleistet werden sollen; es müßte denn nach den Landesgesetzen erlaubt seyn, den Eyd durch einen Procurator leisten zu können, und der Gläubiger ist damit zufrieden, oder der Schuldner kann nicht gut persönlich erscheinen, weil er sehr weit entfernt ist. Für sich allein kann der Gläubiger nicht anders um die Bestätigung der erhaltenen Hypothek nachsuchen, als wenn er vom Schuldner in der Schuldverschreibung ausdrücklich, oder durch eine besondere Vollmacht dazu berechtigt worden ist, den Consens auszubringen [f]). Manche Gläubiger lassen daher in die Schuldverschreibung folgende Stelle setzen: sollte mein Herr Gläubiger in Zukunft zu seiner Sicherheit für nöthig erachten, Lehn- und Landesherrlichen Consens in Ansehung der auf mein besitzendes Mannlehngut ertheilten Hypothek zu suchen, so will ich ihm hiermit volle Macht und Gewalt gegeben haben, diesen Consens ohne meine weitere Einwilligung und Mitwirkung, als ein Bevollmächtigter zu seinem eigenen Vortheil zu suchen, und sich

e) Hr. Hofr. Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 48.

f) Mevius in Dec. Part. VII. Dec. 179 et 232. Wahl D. de valid. et effectu reseru. hypoth. §. 14. Boehmer in Comp. Dig. h. t. §. 2.

sich auf meine alleinige Kosten eine gerichtliche Hypothek bestellen zu lassen [g]). Dadurch erlangt ein Gläubiger das Recht, um die gerichtliche Bestätigung der ihm ertheilten Hypothek ansuchen zu können, welches er sonst nicht thun dürfte. Hat der Schuldner zwar eine Hypothek versprochen, ohne jedoch dabey zu erklären, daß sie gerichtlich bestätigt werden soll, und er widersetzt sich nachher der gerichtlichen Bestätigung, da der Gläubiger darauf dringt, so kann er gegen den Schuldner klagen, und auf die gerichtliche Bestätigung dringen. Es wird auch für ihn gesprochen, und weigert er sich der Recognition seiner ausgestellten Schuldverschreibung, so wird die Recognition zur Strafe als geschehen angenommen. Wollte man nicht so verfahren, so würde der Gläubiger den größten Nachtheil davon haben, weil in einigen Ländern die Hypotheken auf unbewegliche Güter nicht anders gelten, als wenn sie gerichtlich bestätigt worden sind [h]).

Ist der Richter gehörig ersucht worden, eine Hypothek zu bestätigen, so ist es seine erste Pflicht, auf die Eigenschaften einer gesetzmäßig ertheilten Hypothek Rücksicht zu nehmen, und zu untersuchen, ob sie bey dem gegenwärtigen Falle angetroffen werden. Zu diesem Ende prüft er, ob der Verpfänder Eigenthümer der zur Hypothek verschriebenen Sache sey, und ob er zugleich das Recht habe, die Sache verpfänden zu können, oder ob Landesgesetze, Verträge, ein auf dem Grundstück liegendes Fideikommiß u. d. gl. die Verpfändung entweder schlechterdings verhindern, oder doch nicht anders gestatten, als wenn eine dritte Person ihre Einwilligung dazu ertheilt hat. Es ist eine bekannte Sache, daß bey Gütern der Unmündigen das Pupillenkollegium, bey Stadt- und Gemeindegütern der



g) Hr. Canzl. von Trützschler in der Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze, 1ster Thl. S. 582.

h) Mevius ad Ius Lubec. Part. III. Tit. I. Art. 6. nr. 6. Idem in Decis. Part. VIII. Dec. 128. Hr. Hofr. Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 48.

Landesregent, bey Kirchengütern das Consistorium, bey Lehn- oder Bauergütern der Lehn- oder Gutsherr in die Bestellung der Hypothek einwilligen muß i). Damit der Richter bey der Untersuchung der Frage: ob der Aussteller der Schuldverschreibung, worin eine Hypothek ertheilt worden, berechtigt gewesen sey, solche zu ertheilen? keinen Fehler begeht, so muß er die Rechtswahrheiten von der Fähigkeit desjenigen, der eine Hypothek bestellen will, genau inne haben, und solche auch richtig anwenden.

Findet der Richter an den Eigenschaften desjenigen, der die Hypothek ertheilt hat, nichts zu erinnern, so prüft er nunmehr den zwischen den Interessenten geschlossenen Vertrag, wobey vor allen Dingen darauf zu sehen ist, ob ihm ein schriftlicher Vertrag überreicht worden ist, oder ob die Paciscenten ihre Abrede mündlich angebracht haben. Die schriftliche Unterpfandsverschreibung muß den Paciscenten vom Richter oder einer Gerichtsperson vorgelesen werden, und sind es gemeine Leute oder Personen, welche solche Aufsätze nicht verstehen, so wird ihnen der Inhalt besonders erklärt. Eine recht genaue Erklärung ist besonders alsdenn nöthig, wenn in der Schuldverschreibung auf gewisse Rechtswohlthaten Verzicht geleistet worden, und diese Entsagung im Gericht sogar eydlich bestätigt werden soll. Kommen in der Schuldverschreibung unerlaubte Verträge vor, so darf dieses nicht gut geheißen, sondern es muß den Partheyen aufgelegt werden, diese Puncte abzuändern. Ein solcher verbotener Vertrag würde es seyn, wenn er einen offenbaren oder versteckten Zinswucher enthält, welches alsdenn der Fall seyn würde, wenn ausbedungen worden, daß das erborgte Capital, oder die Zinsen davon, in bessern Münzsorten bezahlt werden sollen, als der Schuldner empfangen hat. Es darf ferner nicht ausgemacht werden, daß der Schuldner, bey entstandenem

i) Hr. Hofr. Claproth in der Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandl. S. 51.

ſtandenem Proceß über die Schuldverſchreibung, ſo viel an Koſten bezahlen wolle, als ihm der Gläubiger anſetzen werde; oder der Schuldner wolle ſo und ſo viel als Conventionalſtrafe an den Gläubiger bezahlen, wenn die Wiederbezahlung nicht zu der feſtgeſetzten Zeit erfolgt ſeyn ſollte [k]). Undeutliche Worte und Redensarten müſſen von den Contrahenten genau beſtimmt werden.

Sollte ein Dritter wider die verlangte gerichtliche Beſtätigung einer Hypothek eingekommen ſeyn, ſo muß der Richter die Sache unterſuchen, und die Beſtätigung nicht eher ertheilen, als nach ausgemachter Sache [l]). In folgenden Fällen iſt ein Dritter berechtigt, ſich gegen die gerichtliche Beſtätigung einer Hypothek zu ſetzen, nämlich 1) wenn der Schuldner nicht berechtigt geweſen, die Sache mit einer Hypothek zu beſchweren, weil er entweder das Eigenthum derſelben nicht hat, oder doch nicht damit ſchalten und walten kann, wie er will. 2) Kann ſich ein Dritter der gerichtlichen Beſtätigung der Hypothek widerſetzen, wenn er ſelbſt an der Sache eine Hypothek hat, und der Eigenthümer dieſer Sache ihm verſprechen müſſen, Niemandem anders auch noch eine Hypothek an dieſer Sache zu ertheilen. 3) Iſt die Proteſtation gegen die gerichtliche Beſtätigung der Hypothek geſetzmäßig unternommen worden, wenn Jemand an denjenigen, der auf ſeine Sache eine Hypothek legen will, gegründete Anforderungen hat, und er beweißt, daß ſein Schuldner nun nicht ſoviel im Vermögen behalten werde, ihn zu befriedigen, wenn er noch mehr borge. Findet der Richter ein ſolches Vorgeben nach unterſuchter Sache gegründet, ſo muß er die Beſtätigung der Hypothek abſchlagen.

Vor Beſtätigung der Hypothek hat der Richter ferner zu unterſuchen, ob die zur Hypothek verſchriebene Sache



k) Hr. Hofr. Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 52.

l) Hr. Hofr. Claproth a. a. O. S. 55.

dem Gläubiger die nöthige Sicherheit leiste, oder nicht. In dieser Rücksicht muß er dem Gläubiger den wahren Werth der zur Hypothek verschriebenen Sache anzeigen, er muß herauszubringen suchen, wie viel ausdrückliche und stillschweigende hypothekarische Schulden bereits auf dem Vermögen desjenigen haften, der die Hypothek ertheilt hat, welche gerichtlich bestätigt werden soll [m]). Bey der Bestimmung des Werthes der zur Hypothek verschriebenen Sache richtet sich der Richter nach der Kaufsumme, wofür die Sache zuletzt verkauft, oder wofür sie im Erbe angenommen worden. Ist die Sache zu wohlfeil verkauft oder im Erbe angenommen worden, oder ist der Preis der Grundstücke jetzt sehr gestiegen, so wird die Sache taxirt. Findet sich bey der Bestimmung des wahren Werths der Sache keine gegründete Bedenklichkeit, so ist es des Richters Schuldigkeit, darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Landesgesetze festgesetzt haben, auf welche Summe die gerichtliche Bestätigung der Hypothek erlaubt seyn soll. Wenn dieses der Fall ist, so darf er die gerichtliche Bestätigung nicht höher ertheilen, als auf die vorgeschriebene Summe; es mögen bereits gerichtliche Hypotheken auf der Sache liegen oder nicht. Im ersten Falle rechnet er die sämmtlichen consentirten Posten zusammen, und nun kann er leicht bestimmen, ob die verlangte Bestätigung auf die ganze Summe ertheilt werden kann, oder nicht. Sollte der Schuldner bereits so viel gerichtliche Hypotheken auf der Sache haben, als nach den Gesetzen ertheilt werden können, und der Gläubiger verlangt gleichwohl die Bestätigung der gegenwärtigen Hypothek auch noch, so muß der Richter ihm hierin nicht anders willfahren, als wenn der Gläubiger ausdrücklich erklärt hat: daß, im Fall er in der Folge nicht zu dem Seinigen kommen sollte, er sich deswegen nicht an den Richter halten wolle, welches die

m) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 1ster Thl. S. 605.

die Wirkung hat, daß die Hypothek auf des Gläubigers Gefahr beurtheilt wird n). Damit sich auch der Richter nicht etwa in der Summe der consentirten Posten irrt, so hat er auf die Münzsorten Rücksicht zu nehmen, in welchen die Schuld bezahlt worden ist. Verordnen die Landesgesetze nichts darüber, wie hoch die Grundstücke mit gerichtlichen Hypotheken beschwert werden können, so ist der Richter in der größten Gefahr, wegen der von ihm ertheilten gerichtlichen Bestätigung einer Hypothek, irgend einmal Verantwortung zu bekommen, und daher handelt er am vorsichtigsten, wenn er lieber eine zu kleine Summe bestätigt, als eine zu große. Die Interessenten könnten zwar darüber beym Oberrichter Beschwerde führen; allein wenn ihm dieser nunmehr die Bestätigung anbefiehlt, so kann er in der Folge nicht zum Schadensersatze angehalten werden, wenn sichs zeigt, daß nicht genug Sicherheit vorhanden gewesen; denn er hat auf Befehl seines Oberrichters gehandelt, und ist folglich ohne Schuld o).

Findet sich bey der zu ertheilenden gerichtlichen Bestätigung der Hypothek nicht die geringste Bedenklichkeit, so muß der Richter den Contrahenten in ihrem Gesuch willfahren, und die Hypothek von Gerichtswegen bestätigen. Die Art und Weise der Bestätigung richtet sich darnach, ob eine Schuldverschreibung übergeben worden ist, oder ob die ganze Sache mündlich angebracht, und ein Protokoll darüber gehalten worden ist. Im ersten Falle ertheilt der Richter seine Bestätigung entweder unter das Original der Obligation, oder er stellt eine eigene Urkunde darüber aus p). Haben die Interessenten mündlich um die gerichtliche Bestätigung der unter ihnen verabredeten Hypothek



n) Strubens rechtl. Bedenken, 5ter Thl. S. 7. Claproth a. a. O. S. 40.

o) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 1ster Thl. S. 610.

p) Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandl. S. 59.

angesucht, so wird alles, was dabey vorgegangen ist, zu Protokoll genommen, und nach dem Inhalt dieses Protokolls läßt der Richter sodann eine besondere Urkunde ausfertigen, welche die Vereinigung und Abrede der Contrahenten über das ganze Geschäfte enthält, womit sodann die wirkliche gerichtliche Bestätigung verbunden wird q).

Wenn die Bestätigungsurkunde der gerichtlichen Hypothek ausgefertigt worden ist, so wird sie entweder ganz, oder nur dem wesentlichen Inhalte nach in das Hypothekenbuch eingetragen. Zum wesentlichen Inhalte gehört 1) der Name des Schuldners und Gläubigers, 2) die Summe der Schuld, die Münzsorte und der Zinsfuß, 3) die zur Hypothek verschriebenen Grundstücke, 4) Tag und Jahr der Verschreibung und des ertheilten Consenses r). Die Eintragung der gerichtlichen Bestätigung in das Hypothekenbuch gehört nicht zum Wesen der Hypothek selbst, und man darf deswegen nichts an der Gültigkeit derselben aussetzen, weil die Eintragung noch nicht geschehen ist. Nach geschehener Eintragung in das Hypothekenbuch bekommt der Schuldner das Original der ausgefertigten obrigkeitlichen Bestätigung der Hypothek, wofür er die Gerichtsgebühren allein zu bezahlen hat, da die Bestätigung vorzüglich zu seinem Besten vorgenommen worden ist, und der Gläubiger ihm sonst kein Geld geborgt haben würde. Der Gläubiger ist nur alsdenn berechtigt, das Original der Unterpfandsverschreibung vom Gericht zu fordern, wenn er das Geld wirklich an den Schuldner ausgezahlt, oder dieser erklärt hat, das Gericht möge dem Schuldner die Obligation zustellen. Es ist der Vorsicht gemäß, daß der Schuldner und der Gläubiger bey der Auslieferung der Obligation die nöthige Vorsicht anwendet. Der Schuld-

q) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 1ster Thl. S. 615.

r) Mevius Part. VII. Dec. 179. nr. 5. Hahn ad Wesenb. tit. qui pot. in pign. nr. 2.

Schuldner muß dem Gläubiger die Obligation nicht eher zustellen lassen, als bis ihm das Geld wirklich baar ausgezahlt worden ist. Es könnte kommen, der Gläubiger stürbe, ohne vorher das Geld ausgezahlt zu haben, und seine Erben fänden die Obligation, wüßten es aber nicht, ob die Bezahlung geschehen sey oder nicht. Hier würde immer die Vermuthung für sie streiten, weil der Regel nach kein vorsichtiger Mann eine Obligation abliefert, wenn ihm das darin verschriebene Geld noch nicht ausgezahlt worden ist, folglich könnte sich hier der Schuldner den schweren Beweis des nicht empfangenen Geldes aufbürden [s]). Auch der Gläubiger hat Ursache, dafür zu sorgen, daß der Schuldner nicht die Unterpfandsbestellung zu seinem Nachtheil bey sich hat, ob ihm gleich das Geld ausgezahlt worden ist; denn die Obligation kann verlohren gehen, und nun behauptet der Schuldner, er habe sie schon an den Gläubiger abgeliefert; es ist also am sichersten, das Geld wird gegen Aushändigung der Obligation ausgezahlt. Sollte der Schuldner vor der gerichtlichen Bestätigung der Hypothek aufs neue Geld gegen ertheilte Hypothek geborgt haben, und er hat diese schon gerichtlich bestätigen lassen, so kann der ältere Gläubiger, dem noch keine gerichtliche Hypothek ertheilt worden, nunmehr von dem Versprechen des Darlehns gänzlich zurück treten, weil sich die Umstände geändert haben, und der Schuldner nun nicht mehr so sicher ist, als vorher. Hat er aber das Geld bereits vor dem zweyten Gläubiger ausgezahlt, so darf ihm die öffentliche Hypothek, von dem Tage der versprochenen gerichtlichen Bestätigung an gerechnet, nicht abgeschlagen werden [t]). Sollte die Obligation verlohren worden seyn, so wird eine ganz neue aufgesetzt, eben des Inhalts

s) Claproths Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandl. S. 50.

t) Arg. L. 1. §. 7. 8. et 11. C. de fide instr. Hr. Hofr. Claproth a. a. O.

halts wie die verlohrne, mit deren Vorlesung und Genehmigung es eben so gehalten wird, wie bey der ersten Obligation zu Werke gegangen wurde, und nur eine nochmalige Entsagung der Rechtswohlthaten und die Wiederholung des Eydes geschieht nicht. Ist die verlohrne Obligation bereits in das Hypothekenbuch eingetragen worden, so wird eine vidimirte Abschrift davon ertheilt, welche gleiche Kraft mit dem Original hat, jedoch muß der Gläubiger einen Mortificationsschein der für verlohren ausgegebenen Obligation ausstellen.

Was die Beschaffenheit des Hypothekenbuchs betrifft, so versteht man das Verzeichniß aller, in einem gewissen Gericht, innerhalb einer gewissen Zeit, bestätigten Hypotheken, nebst dem Register derjenigen Personen, darunter, auf deren Grundstücken die Hypotheken liegen u). Soll die geschehene gerichtliche Bestätigung einer Hypothek von einem recht ausgebreiteten Nutzen seyn, so ist nöthig, daß jede einzelne Confirmation angemerkt wird. Man hat daher in den Gerichten die Einrichtung getroffen, daß die Schuldverschreibungen in ein besonderes Buch wörtlich eingeschrieben werden, oder es wird wenigstens der Name des Schuldners, die Summe des erborgten Capitals, die Münzsorte, und Jahr und Tag der ausgestellten Obligation darin angeführt. In das Hypothekenbuch werden die sämmtlichen allgemeinen und besondern Hypotheken, welche auf gewissen Grundstücken liegen, eingetragen, so wie auch der dazu ertheilte Guts- oder Lehnsherrliche Consens, und die Bürgschaft, die zur Sicherheit der Hypothek geleistet worden ist, dabey steht. Wenn es möglich ist, bekommt jedes Gut, oder wo ledige und ungehufte Grundstücke vorkommen, jeder Besitzer, eine eigene Stelle. Die Ordnung ist entweder nach dem Alphabet eingerichtet, oder

u) Hr. Canzler von Trützschler in der Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 1ster Thl. S. 617. Hr. HR. Claproth von freywilligen Gerichtshandl. S. 127.

oder man befolgt die Ordnung des Flurbuchs oder Steuerkatasters, so daß das Hypothekenbuch sich genau darauf bezieht. In einem solchen Hypothekenbuche findet man die Grundstücke mit ihren Besitzern angeführt, und den Werth derselben, welcher nach dem Kaufpreise oder der Erbtheilung bestimmt wird. Weil diese Dinge im Gerichtshandelsbuche oder in dem Flurbuche eingetragen stehen, so wird darauf verwiesen, und es heißt z. B.: Christian Thedens Hufengut ist 1790. für 3000 Rthlr. im Erbe angenommen worden; die Lehnwaare beträgt 70 Rthlr. Grundbuch S. 9. Nr. 5. Gerichtshandelsbuch vom Jahr 1790. S. 29. Anmerk. Die dazu gekauften Grundstücke findet man S. 60 und 98. unter Nr. 70 u. 90. eingetragen. Auf diese Abtheilung folgt eine andere Rubrik, welche die beym Kauf angenommenen Schulden enthält, mit Zurückweisung auf die darüber ertheilte gerichtliche Bestätigung. Es heißt z. B.: 500 Rthlr. an Mevius in Conventionsspeciesthalern, laut vorigen und jetzigen Kaufs als alte Consensschuld, als unbezahlte Kaufgelder übernommen. Gerichtshandelsbuch vom Jahr 1760. S. 90. und vom J. 1780. S. 12. In eben diese Abtheilung werden auch die auf das Kaufgeld schuldig gebliebenen Summen eingetragen, mit Zurückweisung auf den Kaufbrief. Sollten Termine dabey ausbedungen worden seyn, so wird dieses ebenfalls angemerkt, und es heißt z. B.: 300 Rthlr. an Käufers Miterben vermöge des Kaufs, welche in Terminen bezahlt werden, als 200 Rthlr. Michael 1790, und 100 Rthlr. Weihnachten 1794. Nach dieser Abtheilung folgt eine andere, in welcher die Veränderung der Gläubiger, und die geschehene Bezahlung einer Schuld, oder die Cassation einer Hypothek angeführt wird. Es folgt ferner eine eigene Abtheilung für die allgemeinen Hypotheken, und eine andere für die besondern. Bey der Fortsetzung des Hypothekenbuchs geht man folgendergestalt zu Werke, daß man die gerichtliche Bestätigung der aufs neue ertheilten Hypotheken einträgt. Zu dieser Absicht wird der Name des Gläubigers, die Zeit

des

des erborgten Capitals, die Summe, die Münzsorten, die Art und Weise der Wiederbezahlung, die Verzinsung bis zur Wiederbezahlung, wie auch die verabredete Aufkündigung des Capitals angemerkt. Sollte die Schuldverschreibung nicht wörtlich eingetragen worden seyn, so bezieht man sich auf die Seite des Gerichtshandelsbuchs, wo die Abschriften der Obligation und der ertheilten Confirmation stehen. Ist durch eine gerichtlich bestätigte Hypothek eine übernommene Schuld entweder gänzlich abgetragen worden, oder ein Theil davon, oder es ist ein Rückstand von Kaufgeldern bezahlt worden, so muß dieses genau angemerkt werden. Die geschehene Bezahlung wird sowohl in dem Kaufbriefe selbst, als auch bey dem Entwurfe des Consenses, im Gerichtshandelsbuche bezeugt, indem es z. B. heißt: 500 Rthlr. wiederbezahlt an Paulus laut Quittung und Verzicht. Gerichtshandelsbuch vom J. 1790. S. 40. Ist bey einer Schuld eine Cession vorgenommen und diese sodann bezahlt worden, so heißt es: 300 Rthlr. cedirt an Zänkern 1790, den 4ten August, Gerichtshandelsbuch S. 40; wiederbezahlt den 8ten März 1800. Gerichtshandelsbuch S. 104.

In das Hypothekenbuch müssen auch die Sicherheitsbestellungen eingetragen werden, desgleichen die stillschweigenden Hypotheken, welche dem Richter bekannt geworden sind. Weiß der Richter von diesen Verbindlichkeiten nichts, so kann er auch kein sicheres Zeugniß von den wahren Vermögensumständen eines Schuldners ertheilen. — So wie die Hypothek des Hauptschuldners bey seinem Namen beygeschrieben wird, so muß auch die Hypothek, die der Bürge in der nämlichen Obligation auf seine Grundstücken bestellt hat, sogleich zu dem Namen des Bürgen beygeschrieben werden. Wenn gleichlautende Namen vorkommen, so muß der Richter die größte Aufmerksamkeit darauf verwenden, daß keine Verwechselung im Hypothekenbuche geschieht. Hat Jemand seinem Gläubiger versprochen, daß er weiter keine Hypothek auf das ihm verpfändete Grundstück legen wolle, so muß dieses Versprechen

im

im Hypothekenbuche angemerkt werden, damit der Richter nicht etwa nach der Zeit doch die Bestätigung einer neuen Hypothek ertheile. Auch wenn blos wider die fernere Verpfändung protestirt worden ist, so muß diese Protestation so lange angemerkt werden, bis sie wieder zurück genommen ist.

Sollte eine Schuld wirklich völlig wiederbezahlt worden seyn, und der Schuldner bescheinigt dieses durch öffentliche Urkunden, so wird dieser Umstand genau eingetragen. Wenn aber die Urkunde dem geringsten Zweifel unterworfen ist, so darf die Hypothek nicht anders aufgehoben werden, als wenn der Gläubiger erst darüber gehört worden ist. Uebergiebt der Schuldner die durchstrichene oder zerrissene Obligation, so ist dieser Umstand immer noch kein untrüglicher Beweis, daß er bezahlt habe; denn er kann sie ja selbst durchstrichen oder zerrissen haben, oder ein Anderer hat es gethan. Die Bezahlung oder Erlassung der Schuld muß durch eine richtige Quittung, welche auch auf der Obligation stehen kann, bescheinigt werden.

## §. 1083 — 1085.

Was die Klagen betrifft, zu deren Einführung das Pfandrecht Gelegenheit gegeben hat, so ist vor allen Dingen ein Unterschied zu machen, ob über den Besitz oder über das Recht gestritten wird. In diesem letzten Falle ist nochmals auf zwey Fälle Rücksicht zu nehmen, nämlich 1) ob das Pfandrecht erst gesucht wird; oder 2) ob bereits wirklich ein Pfandrecht vorhanden ist. Wird das Pfandrecht erst gesucht, so haben persönliche Klagen oder Implorationen des Richters statt, die entweder aus Gesetzen unmittelbar herrühren, z. B. wenn von einem gerichtlich zu ertheilenden Pfandrechte die Rede ist [x]), oder sie gründen sich auf eine vorhergegangene verbindliche That.

So

x) Eckard in Exam. act. forens. Part. XI. pag. 158.

So hat die actio ex pacto statt, wenn mir Jemand, dem ich 1000 Rthlr. geborgt habe, sein Haus gerichtlich zu verpfänden versprochen hat, und er thut es nicht freywillig. Wird über ein bereits errichtetes Pfandrecht gestritten, welches aber dem Gläubiger geleugnet wird, so hat die sogenannte hypothekarische Klage statt [y]), welche Klage mit der actione *pignoratitia directa* nicht verwechselt werden darf; denn die hypothekarische Klage entsteht aus der Pfandverschreibung, und ist eine dingliche Klage, die dem Pfandgläubiger zusteht. Die actio pignoratitia hingegen entsteht aus dem Pfandcontracte, und ist eine persönliche Klage, welche von dem Pfandschuldner angestellt werden kann; zuweilen wird jedoch die actio hypothecaria in Gesetzen [z]) nur schlechtweg actio pignoratitia genennt. Sie gründet sich auf ein Pfandrecht, welches dem Kläger wegen einer Schuld an der Sache zusteht, die der Beklagte besitzt, es mag das Pfandrecht ein ausdrückliches oder ein stillschweigendes [a]) seyn, das Pfandrecht mag in einer Hypothek oder in einem Faustpfande bestehen [b]); denn wenn auch gleich der Gläubiger den Besitz des Pfandes hat, so kann ihm dieser Besitz gleichwohl entzogen werden, und nun kann er sich der hypothekarischen Klage mit Vortheil bedienen. Der Schuld muß in der Klage mit gedacht werden, weil ohne solche gar kein Pfandrecht existirt; aber hüten muß man sich, anzuführen, daß Beklagter die Schuld zu bezahlen, übernommen habe. Dieses wäre eine persönliche Verbindlichkeit des Beklagten, welche gar nicht vorhanden zu seyn braucht,

y) Eckard in Exam. act. forens. Part. II. §. 56 – 90. Hofacker in Princ. Iur. ciuil. Tom. II. pag 402. Hr. GJR. Westphal in der systemat. Erläuterung der sämmtl. römischen Gesetze vom Pfandrechte, § 262 flg.

z) L. 3. §. 3. D. ad exhib. L. 9. pr. D. quib. mod. pign. L. 19. et penult. §. 1. D. de exc. rei iudic. L. 41. D. de pign. actione.

a) L. 12. C. de distract. pignor.

b) §. 7. Inst. de act.

braucht, wenn man blos hypothekarisch klagt, wo man sich blos an die verpfändete Sache hält. Führt man jenen Umstand mit an, so ladet man sich einen unnöthigen Beweis auf den Hals, wenn der Beklagte die Uebernahme der Schuld geleugnet hat. Wesentlich nothwendig ist es hingegen, anzuführen, daß der Beklagte die verpfändete Sache wirklich besitze.

Der Kläger ist der Gläubiger, dem das Pfandrecht zusteht, nur muß er dieses auf eine Sache des Schuldners erlangt haben; denn an einer fremden Sache, welche dem Schuldner nicht gehörte, hat er ohne Einwilligung des Eigenthümers kein Pfandrecht erlangen können [c]); sollte indessen der Schuldner nach der Zeit Eigenthümer der verpfändeten fremden Sache geworden seyn, z. B. der Mann hat ein seiner Frau gehöriges Haus verpfändet, ist aber nach der Zeit ihr Erbe geworden, so kann nunmehr der Gläubiger actionem hypothecariam vtilem anstellen [d]). Auch der Erbe des Gläubigers kann von dieser Klage Gebrauch machen, und sind mehrere Erben vorhanden, so kann jeder von ihnen auf das ganze Pfand klagen, nach der Regel: pignoris causa est indiuidua [e]). Der Regel nach darf der Kläger die verpfändete Sache nicht besitzen; denn besitzt er sie, und es wird solche von dem Schuldner oder einem Dritten in Anspruch genommen, so kann er sich mit der Einrede des ihm daran zustehenden Pfandrechts, welche Einrede in Gesetzen [f]) exceptio pigneratitia genennt wird, schützen. Dieser Fall trägt

c) L. 2 et 6. C. si aliena res pignori data.

d) L. 5. C. si aliena res. WERNHER in Obs. Part. VIII. Obs. 251.

e) L. 1. C. si vnus ex plurib. hered. credit. L 65. D. de euict. L. 16. §. 5. D. de pignor. BECKER Prol. acad. de actione hypothecaria, legatariis ex L. 1. C. commun. de legat. contra hered. competente, non ipso iure diuisa, Gryphisw. 1768.

f) L. 6. §. 9. D. communi diuid.

trägt sich zu, wenn die verpfändete Sache dem Gläubiger in Besitz gegeben worden ist, in welchem Falle ein Faustpfand vorhanden ist. Bisweilen geht es auch an, daß der Gläubiger die hypothekarische Klage anstellen darf, ob er gleich die verpfändete Sache im Besitz hat, nämlich alsdenn, wenn der Schuldner solche einzulösen zögert. Hier kann er wider ihn alternativisch klagen, und bitten: daß beklagter Schuldner die libellirte Schuld dem klagenden Gläubiger entweder bezahle oder gewärtige, daß das Pfand gerichtlich verkauft werde, in welchen Fällen die Klage ebenfalls, wie überhaupt, beym Richter der gelegenen Sache angestellt werden kann g). Die Römer legten dieser Klage verschiedene Benennungen bey; denn klagte der Verpachter eines Landgutes, dem der Pachter gewisse Sachen verpfändet hatte, so wurde die Klage actio SERVIANA genennt, von ihrem Erfinder, einem Prätor, Namens SERVIVS. Diese verpfändeten Sachen des Pachters können zweyerley Art seyn; nämlich solche, die stillschweigend, und andere, welche ausdrücklich durch einen Vertrag verpfändet worden sind. Sachen der ersten Art sind die Früchte, welche auf dem gepachteten Grundstück erbauet worden h). Zu diesen gehören gemeiniglich die Sachen, welche in das gepachtete Landgut mit hereingebracht worden sind, und inuecta et illata genennt werden, an denen der Verpachter nur durch einen Vertrag ein Pfandrecht bekommt, welches bey dem Verpachter eines praedii vrbani anders ist; denn dieser hat eine stillschweigende Hypothek an den inuectis und illatis seines Miethmanns i). Stellte ein anderer Gläubiger die gegenwärtige Klage bey den Römern an, wozu auch der Verpachter eines praedii vrbani gehörte, so hieß die Klage actio

g) WERNHER Obs. Part. III. Obs. 61. MOLENBECK in thes. iur. ciuil. Lib. V. tit. 1. nr. 134. BERGER in Oecon. iur. Lib. IV. tit. 4. §. 2. not. 8 sqq.

h) L. 7. D. in quib. caus. pign. tac. contrah.

i) L. 4. pr. D. in quib. caus. pign. tac. contrah.

actio SERVIANA vtilis, actio QVASI-SERVIANA, oder schlechtweg actio hypothecaria [k]). Heutiges Tages macht man zwischen der actione SERVIANA und QVASI-SERVIANA keinen Unterschied, sondern man nennt jede Klage, welche aus dem Pfandrecht entsteht, actionem hypothecariam; der Pfandgläubiger sey der Verpachter eines Landgutes, oder ein Anderer.

Der Beklagte ist ein jeder Besitzer der verpfändeten Sache, welcher dem Kläger das Pfandrecht ableugnet. Bezweifelt der Beklagte dem Kläger das Pfandrecht nicht, so hat dieser auch nicht nöthig, dieses Recht wider ihn durch die hypothekarische Klage auszuführen. Der Besitzer ist entweder der Schuldner selbst, oder sein Erbe, oder ein Dritter. Letzterer haftet deswegen, weil das Pfandrecht ein dingliches Recht ist, das sich gegen jeden Besitzer der Sache wirksam zeigt; es ist auch einerley, ob er die Sache vom Schuldner selbst, oder von einem Andern erhalten hat, er mag sie wirklich oder nur im Rechtsverstande besitzen [l]); und in diesem letzten Falle wird der Kläger wider ihn zum iuramento in litem gelassen. Besitzt der Schuldner die verpfändete Sache, so hat der Gläubiger die Wahl, ob er wider denselben blos persönlich aus der Verbindlichkeit klagen will, woraus er ihm verhaftet ist, in welchem Falle die Pfandrechtsklage statt hat, oder ob er die persönliche und die hypothekarische Klage mit einander kumuliren will [m]). Sollte er schon die eine von diesen beyden Klagen angestellt haben, aber noch nicht befriedigt worden seyn, so kann er sie liegen lassen, und sich der andern bedienen [n]).



k) §. 7. Inst. de act. L. 4. D. de pact. L. 1. §. 2. D. de pignor. et hyp. L. 2. C. de pact. pignor. L. 1. C. commun. de legat.

l) L. 16. §. 3. D. de pignor.

m) Nov. IV. cap. 2.

n) L. 13. §. 4. D. de pignor. L. 3. C. eod. MEVIVS in Decis. Part. VIII. Dec. 189. SCHOEPFER in Synops. iur. Rom. Lib. XX. tit. 2. nr. 17 sqq.

Die Bitte wird darauf gerichtet, zu erkennen, daß Klägern an der in der Klage angezeigten Sache die Pfandgerechtigkeit zustehe; daher Beklagter ihm solche so lange, bis er, Kläger, wegen seines Capitals und Interessen, völlig befriedigt worden, einzuräumen schuldig o). Sollte die verpfändete Sache, nach geschehener Einlassung auf die Klage, durch des Beklagten Verschulden nicht mehr vorhanden seyn, so wird das Interesse von ihm gefordert, wobey es darauf ankommt, ob der Beklagte selbst der Schuldner ist, oder ob gegen eine dritte Person geklagt worden ist. Jener leistet weiter nichts, als was er schuldig ist; denn weiter hat der Gläubiger in Ansehung desselben kein Interesse; der Dritte hingegen muß den ganzen Werth der Sache, mit allen Nutzungen und was sonst dazu gehört, ersetzen, wenn es gleich mehr, als des Gläubigers Forderung ausmacht, betragen sollte; denn was darüber ist, muß der Gläubiger seinem Schuldner herausgeben p). Uebrigens kann die hypothekarische Klage sowohl wider den Schuldner, als auch wider einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache exekutivisch eingerichtet werden, wenn der Kläger die dazu erforderlichen Urkunden in Händen hat q); z. B. einen gerichtlichen Consens, wenn nämlich zur Sicherheit der Schuld eine gerichtliche Hypothek bestellt, und eine Pfandverschreibung darüber unter Obrigkeits Hand und Siegel ausgefertigt worden ist. Ueber den Nebenumstand, daß Beklagter die verpfändete Sache selbst besitze, kann diesem im Leugnungsfall der Eyd zugeschoben werden r). Klagt der Gläubiger wider den Schuldner selbst exekutivisch, und zwar sowohl persönlich

o) L. 66. pr. D. de euict.

p) L. 21. §. 3. D. de pign.

q) MEVIVS in Dec. Part. VIII. Dec. 191. BERGER Part. II. Suppl. ad elect. discept. for. in addit. tit. 25. §. 1. CARRACH in annotat. ad BOEHMERI doctr. de action. Sect. III. cap. 3. §. 100. not. c.

r) HOMMEL in Rhapf. Obs. 155.

lich als hypothekarisch aus der Schuld- und Pfandverschreibung, so sollte er zwar eigentlich in der Klage ausdrücklich bemerken, daß Beklagter das verpfändete Grundstück besitze; hat er es aber nicht gethan, so darf die Klage deswegen doch nicht als inept verworfen werden, weil die persönliche Klage wider den Schuldner die Hauptklage ist, und die andere nur auf ein accessorium geht. In einigen Fällen kann die hypothekarische Klage mit der persönlichen, z. B. mit der Klage aus dem Darlehn, alternativisch kumulirt und in diesem Falle gebeten werden: daß Beklagter entweder die 1000 Rthlr. zu bezahlen, oder das mir verpfändete, im Besitz habende Haus so lange einzuräumen schuldig, bis ich wegen meines Capitals und der Interessen völlig befriedigt bin. Eine solche alternativische Cumulation findet statt, wenn wider den Schuldner selbst geklagt wird; denn dieser ist dem Gläubiger auch persönlich verbunden; oder es ist wider einen Dritten, der die Schuld zu bezahlen übernommen hat, geklagt worden, z. B. er übernahm eine auf dem Hause, das er gekauft hat, liegende Hypothek, und versprach sie als unbezahlte Kaufgelder zu bezahlen. Außerdem ist die alternativische Cumulation, wenn wider einen Dritten geklagt wird, unstatthaft, weil er nicht verbunden ist, zu bezahlen, sondern dieses lediglich von seinem freyen Willen abhängt [s]). Will er die Schuld lieber bezahlen, als den Besitz des Pfandes verlieren, so kann er es freylich thun, und dadurch den Besitz erhalten [t]).

Was die Einreden betrifft, welche der hypothekarischen Klage entgegen gesetzt werden können, so gehört 1) die Einrede hierher, daß die Klage angebrachtermaaßen nicht statt habe, welche Einrede vorzüglich alsdenn gegrün-



s) Wernher in Obs. Part. I. Obs. 236. nr. 6. Sim. Henr. Mvsaevs D. de libello alternatiuo in hypothecaria actione admittendo, Kil. 1701.

t) L. 16. § 3. D. de pignor. et hypoth.

det ist, wenn wider einen dritten Besitzer alternativisch geklagt worden ist, der sich durch keinen besondern Vertrag verbindlich gemacht hat, die Schuld zu bezahlen. In den Gerichten weist man freylich den Kläger nicht völlig ab, sondern beurtheilt das Schreiben so, als wenn gebeten worden, daß Beklagter die verpfändete Sache Klägern einzuräumen schuldig, er wolle denn die darauf haftende Schuld freywillig bezahlen [u]). Der Beklagte kann 2) die Einrede vorschützen, es sey keine Schuld vorhanden, und nunmehr muß der Kläger ihre Existenz beweisen [x]), und der Regel nach wird eine klagbare Hauptschuld erfordert [y]). Man kann 3) vorschützen, Kläger habe gar kein Pfandrecht [z]); und nun muß er ausführen, daß ihm solches wirklich zustehe. Bey einem Privatpfandrechte muß der Kläger, wenn er wider den besitzenden Schuldner selbst, oder seinen Erben klagt, das durch Vertrag oder Testament erlangte Pfandrecht darthun, wo ihm aber nicht entgegen gesetzt werden darf, daß dem Schuldner zur Zeit der Verpfändung die Sache nicht gehört habe; denn es ist genug, daß er sie jetzt als seine Sache besitzt [a]). Ist wider einen dritten Besitzer geklagt worden, so liegt dem Kläger ob, wenn der dritte Besitzer die verpfändete Sache von dem Schuldner selbst erhalten hat, zu beweisen, daß die verpfändete

u) Wernher Obs. Part. I. Obs. 236 et 245. Leyser Spec. 254. Med. 2. Rivinus in Diss. de libello in actione hypothecaria rite formando, Lips. 1706. §. 10. Boehmer de action. Sect. II. cap. 3. §. 100. not. d.

x) Ios. Averanius in interpr. iur. ciuil. II, 12. I. C. Franck D. de obligatione accessoria, principali quoad effectus ciuiles submota nonnunquam valida, Viteb. 1786.

y) Hr. Prof. Weber von der natürl. Verbindl. §. 130 flg. Klüber in der kl. juristi. Bibl. V, 178. I. F. Dan D. de pignore debito futuro accedente, Tub. 1790.

z) L. 3. pr. L. 6. 7. 8. L. 26. §. 2. D. de pignor. Hommel Rhapf. Obs. 327.

a) L. 41. D. de pignor. act.

pfändete Sache, zur Zeit der Verpfändung, dem Schuldner wenigstens nach rechtlicher Vermuthung eigenthümlich zugehört habe [b]). Daher steht dem Kläger die Einrede entgegen, daß der Schuldner die Sache zur Zeit der Verpfändung nicht vermöge eines rechtmäßigen Titels besessen habe. Wenn der dritte Besitzer die Sache nicht selbst vom Schuldner, sondern von einem Andern im guten Glauben und durch einen rechtmäßigen Titel an sich gebracht hat, so muß der Kläger beweisen, daß der Schuldner zur Zeit der Verpfändung wahrer Eigenthümer der Sache gewesen sey [c]). Außer den angeführten Einreden kann 4) vorgeschützt werden, daß die Sache dem Beklagten eigenthümlich zugehöre, und das darauf gehaftete Pfandrecht aufgehört habe [d]); oder 5) daß auf keine gültige Art ein Pfandrecht bestellt worden [e]); welches alsdenn der Fall ist, wenn die in den Landesgesetzen bey der Verpfändung vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden ist. So können z. B. die Güter der Minderjährigen anderergestalt nicht, als nach vorgängiger obrigkeitlicher Untersuchung und Ertheilung eines Decrets, Lehngüter nicht anders als mit Einwilligung des Lehnherrn [f]) und der Agnaten, und in Sachsen dürfen unbewegliche Güter nicht ohne Consens



b) L. 15. §. 1. L. 18. D. de pignor. et hyp. WERNHER in Obs. Part. VIII. Obs. 484.

c) L. 23. D. de probat. L. 128. D. de reg. iur. L. 9. §. 4. D. de Publ. in rem act.

d) L. 1 et 2. C. si adu. credit. praescr. opp. L. 8. pr. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. SCHMIDT in Opusc. de praescr. Opusc. III. §. 8 et 9. pag. 201.

e) WERNHER in Obs. Tom. III. Part. II. Obs. 436. Christ. HANACCII Progr. de singulari hypothecae specie, quae tertiis possessoribus omnino est innoxia omnique metus caussa destituta, Viteb. 1744. ad Diss. inaug. ROESNERI Praes. Bastineller.

f) SCHORCH in Respons. et Sentent. Erfordens. Nr. 21 et 184.

des iudicis rei sitae verpfändet werden. Man kann nicht einwenden, daß die Contrahenten einig geworden, die Verpfändung solle auch ohne Beobachtung der nöthigen Confirmation gültig seyn [g]). Uebrigens muß es der Beklagte beweisen, daß keine gültige Hypothek vorhanden sey [h]). Es kann 6) vorgeschützt werden, die Schuld oder das Pfandrecht sey erloschen [i]); z. B. durch Zahlung, oder Abrechnung; denn wenn das Pfandrecht aufgehört hat, so bedarf es weiter keiner Sicherheit, weshalb die Verpfändung zeither bestanden hat. Ferner kann 7) vorgeschützt werden, die Pfandgerechtigkeit sey erlassen worden [k]); oder 8) der Kläger müsse sich erst an die ihm besonders verpfändete Sache halten, welche Einrede selbst der Pfandschuldner in gewissen Fällen brauchen kann [l]); oder 9) er müsse sich an dem Hauptschuldner, oder Bürgen zu erholen suchen. Die Rechtslehrer haben sehr darüber gestritten, ob ein dritter Besitzer der verpfändeten Sache, wenn die hypothekarische Klage wider ihn angestellt worden ist, diese Sache dem Kläger herausgeben müsse, oder ob er nicht vielmehr die Einrede der Excussion vorschützen und dadurch bewirken könne, daß der Kläger zuvörderst den Schuldner, oder die Bürgen, welche für die Schuld zu haften übernommen haben, ausklagen müsse, und dann erst,

g) Bastineller D. de commodo ac periculo praedii venditi, Viteb. 1744.

h) L. 5. §. 1. D. de probat. L. 15. §. 1. L. 23. D. de probat. L. 52. D. de adquir. rer. dom. Wernher in Obs. Part. II. Obs. 484.

i) L. 13. §. 11. D. locat.

k) L. 8. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hyp. solu. L. 4. L. 78. D. eod. L. 3. D. de pact. tot. tit. Cod. de remiss. pignor.

l) L. 2. C. qui pot. in pign. L. 9. C. de distract. pignor. Mevius Part. IV. Dec. 48. Schaumburg ad Struv. Iurispr. for. II, 35. 10. Weber in den Beyträgen zum stillschweigenden Convent. Pfandr. Nr. II.

erst, wenn er auf diesem Wege nicht zu seiner Bezahlung gelangt ist, sich an die verpfändete Sache halten könne m). Die richtige Meynung ist wohl ohnstreitig diejenige, nach welcher der Unterschied gemacht wird, ob der klagende Gläubiger ein allgemeines Unterpfand hat, oder nur ein besonderes. — Ist jenes, so kann der dritte Besitzer der verpfändeten Sache allerdings die Einrede der Excussion brauchen, und der Gläubiger muß erst den Hauptschuldner ausklagen n). Hat hingegen der Kläger nur eine Specialhypothek, so hilft dem dritten Besitzer der Sache die Einrede der Excussion nichts, sondern er muß dem Kläger die verpfändete Sache herausgeben o). Mehrere Rechtslehrer behaupten freylich, ein dritter Besitzer könne sich allemal mit dieser Einrede schützen, und es komme nichts darauf an, ob der Kläger ein allgemeines, oder ein besonderes Unterpfandsrecht habe; allein die 112te Novelle Cap. 1. worin dem Beklagten die Einrede der Excussion zu deutlich abgesprochen wird, ist zu klar, als daß ihr durch eine gezwungene Auslegung offenbare Gewalt angethan werden könnte. Unwirksam ist freylich die vorgeschützte Einrede der Excussion, 1) wenn der Schuldner



m) Nov. IV. cap. 2. Nov. 112. cap. 1. Carpzov in Iurispr. for. Part. II. Const. 18. Def. 19. Io. Balth. Wernher D. de beneficio ordinis seu excussionis possessori extraneo aduersus creditorem siue ex generali siue ex speciali hypotheca agat, contra spuriam Nov. 112. cap. 1. interpretationem competente, Viteb. 1725. Io. Mich. Rotterm vndt de beneficio excussionis hypothecarum competente, Erford. 1734. Io. Chr. Kochii D. de beneficio excussionis tertio hypothecae specialis possessori competente, ad Nov. IV. et CXII. Giess. 1771. Frid. Ioach. Schlveter Diss. inaug. de beneficio excuss. possessori hypothecae generalis et specialis competente, 1775. Quistorps Beyträge, Nr. 12. Hr. GJR. Westphal vom Pfandrechte, §. 280.

n) Nov. IV. cap. 2. Avthent. hoc si C. de pignor.

o) Nov. 112. cap. 1. de Cramer in Obs. iur. vniu. Obs. 656. Stryck in caut. contr. Sect. II. cap. 4. §. 16.

oder der Bürge nicht im Stande ist zu bezahlen', oder schwer belangt werden kann [p]); oder 2) wenn es der Beklagte gewußt hat, die Sache sey dem Kläger verpfändet worden; denn hier hat er dem Gläubiger vorsetzlich zu schaden gesucht [q]). Beyde Umstände kann der Kläger als Replik anführen.

Unter die Einreden, welche der hypothekarischen Klage entgegen gesetzt werden können, gehört 10) die Einrede, Beklagter besitze die verpfändete Sache nicht, und nun muß Kläger den Besitz beweisen; aber freylich darf der Beklagte den Besitz nicht leugnen, wenn er ihn wirklich hat, weil ihn nunmehr die Strafe des boshaften Leugnens, die auf diesen Fall gesetzt ist, trifft [r]). Es kann 11) vorgeschützt werden, die Sache sey ohne des Beklagten Verschulden nicht mehr vorhanden [s]), wo der Beklagte aber beweisen muß, die Sache sey verunglückt. 12) Kann vorgeschützt werden, die angegebene Sache sey Klägern nicht mit verpfändet worden; oder 13) die Sache sey Beklagtem eher als dem Kläger verpfändet worden [t]); oder 14) Beklagter sey bereit, die Schuldforderung des Klägers zu bezahlen [u]); und 15) Kläger sey zuvor schuldig, sein Recht abzutreten [x]). Man kann 16) vorschützen, Kläger müsse erst die nothwendigen oder nützlichen Kosten vergüten;

p) LAUTERBACH in Coll. Pand. Lib. XX. tit. I. §. 75.

q) CARPZOV in Iurispr. forens. Part. II. Const. 18. Def. 19.

r) NOV. 18. cap. 10. Auth. item possessor C. qui pot. in pign.

s) L. 16. §. 3. D. de pignor. Arg. L. 27. §. 1. D. de rei vindicat.

t) L. 10. D. de pignor. L. 2. C. qui pot. in pignore.

u) L. 16. §. 3. D. de pignor. L. 6. §. 1. L. 12. §. 1. D. quib. mod. pign. solvit.

x) L. 19. D. qui pot. in pignor.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0126
DFG

ten [y]); aber freylich kann nur ein dritter Besitzer der verpfändeten Sache, welcher solche bona fide et iusto titulo an sich gebracht, z. B. gekauft hat, von dieser Einrede Gebrauch machen, da ihm wegen des gemachten Aufwandes das Retentionsrecht zusteht. Wird wider den Schuldner selbst geklagt, so kann er diese Einrede nicht brauchen, weil ihm die verpfändete Sache, auf welche Kosten verwandt worden, selbst zugehört. Endlich hat 17) die Einrede statt, die Klage sey schon verjährt [z]); wobey aber zu unterscheiden ist, ob wider den Schuldner, oder seinen Erben, oder wider einen Dritten geklagt worden ist. Im ersten Falle hat die dreyßig- bis vierzigjährige Verjährung statt [a]). Im zweyten Falle kommt es darauf an, ob der dritte Besitzer die Sache bona fide et iusto titulo an sich gebracht hat, oder ob es nicht auf diese Art geschehen ist. Ist jenes, so kommt ihm die Verjährung der langen Zeit zu statten, weil er blos des Klägers dingliches Recht dadurch zu heben sucht [b]). Ist das letzte, so tritt die Verjährung von dreyßig Jahren ein, weil diese jedem Besitzer zu statten kommt, und alle Klagen dadurch aufgehoben werden [c]).

Unstatthaft ist 1) die Einrede der Division; denn der Beklagte kann nicht vorschützen, er besitze die Sache nicht allein, sondern es hätten noch mehrere Personen Antheil daran, weil das Pfandrecht untheilbar ist, und wenn gleich das Pfand von mehrern Personen besessen wird, so

y) L. 38. D. de hered. petit. L. 27. §. 5. D. de rei vindicat.

z) Franc. Ios. WEIDMANN D. de praescriptione actionis hypothecariae, Arg. 1713. Io. Lud. SCHMIDT in Opusc. de praescriptione, Opusc. III, pag. 195 sqq.

a) L. 7. §. 1 et 2. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

b) L. 1 et 2. C. si aduerf. credit.

c) L. 7. pr. L. fin. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. ibique BRVNNEMANN.

so kann sich gleichwohl der Pfandgläubiger an jeden Besizzer halten, und die Sache ganz von ihm fordern [d]). Unstatthaft ist 2) die Einrede mehrerer Erben, und hier treten die oben angeführten Gründe ein [e]); jedoch ist der Fall ausgenommen, wenn der Vermächtnißnehmer oder Fideikommissarius die hypothekarische Klage wider einen von mehrern Erben oder andere Personen anstellt, denen das Legat oder Fideicommiß aufgelegt worden ist. Hier braucht der Beklagte die verpfändete Sache dem Kläger nicht abzutreten, wenn er sich erbietet, den auf ihn kommenden Theil des Vermächtnisses oder Fideikommisses abzuliefern [f]). Der Beklagte darf 3) nicht vorschützen, der klagende Gläubiger müsse ihm erst das Kaufgeld bezahlen, wofür er die Sache an sich gebracht habe, wenn wider einen dritten Besitzer und nicht wider den Schuldner selbst geklagt wird. Die Abforderung des Pfandes, die man durch die hypothekarische Klage zu bewirken sucht, ist eine Vindication des Pfandes [g]); bey einer Vindication findet aber diese Forderung nicht statt; es hätte auch der Gläubiger keine Sicherheit, wenn er die verpfändete Sache dem Beklagten bezahlen sollte; er mag sich an seinen Wehrmann halten, und von diesem die Gewährleistung fordern.

Will ein Pfandgläubiger possessorisch klagen, so kann er nach Beschaffenheit der Fälle von den interdictis adipiscendae, retinendae und recuperandae possessionis

d) L. 11. §. 4. D. de pign. act. L. 19. D. de pignor. L. 65. D. de euict. L. 2. C. si vnus ex plurib. hered. Wernher in Obs. Part. IV. Obs. 115. Hvber ad Dig. Lib. XX. tit. I. §. 8. Westphal vom Pfandrechte, S. 81.

e) L. 2. D. de hered. act. Wernher Part. V. Obs. 32.

f) L. 1. in fine C. commun. de legat. Herm. Becker Prol. acad. de actione hypothecaria legatariis ex L. 1. C. communia de legatis contra heredes competente non ipso iure diuisa, Gryphisw. 1763.

g) L. 16. §. 3. D. de pignor.

nis Gebrauch machen [h]). Unter die bey Verpfändungen statt habenden interdicta adipiscendae possessionis gehört 1) das interdictum de tabulis exhibendis, wenn der Schuldner seinem Gläubiger das Pfand vermacht hat [i]); 2) das interdictum Saluianum directum et vtile [k]); und 3) das interdictum ex L. 3. C. de pignor. Die beyden ersten Interdicte werden in der Folge vorkommen; was aber das letzte Interdict betrifft, so setzt solches einen Vertrag voraus, worin der Schuldner seinem Gläubiger das Recht verwilligt hat, daß dieser, auf den Nichtzahlungsfall, von seinen Gütern eigenmächtig solle Besitz nehmen können [l]), welcher Vertrag das pactum de ingrediendo genennt wird. Bey nicht geleisteter Bezahlung kommt es in dergleichen Fällen darauf an, ob sich der Schuldner dem Gläubiger, welcher sich in den Besitz der Güter setzen will, widersetzt, oder nicht. Ist das letztere, z. B. der Schuldner widerspricht nicht, oder sein Widerspruch besteht blos in Worten, oder in solchen Handlungen, wobey kein Ausbruch von Thätlichkeiten oder Tumult zu besorgen ist, so kann sich der Gläubiger seines ihm verwilligten Auspfändungsrechts bedienen, und diese Selbsthülfe ist auch in den Reichsgesetzen nicht verboten. Widersetzt sich aber der Schuldner der Besitznehmung, so darf der Gläubiger nicht durch eigenmächtige Gewalt sein Aus-

h) MEVIVS in Dec. Part. V. Dec. 39. Frid. BECKER Tract. de possessione creditoris in pignore, Arg. 1670.

i) L. 3. §. 10. D. de tab. exhib. L. 16. C. de legat. SCHAVMBVRG in not. ad STRVVII iurispr. for. Lib. II. tit. 24. §. 4. not. h.

k) §. 3. in fine Inst. et L. 2. §. 3. D. de interd.

l) Io. Ad. KOPP de iure pignor. conuentionali, Marb. 1738. de PVFENDORF in Obs. Tom. II. Obs. 62. Westphal vom Pfandrechte, §. 70. Strubens rechtl. Bedenk. 2ter Thl. 32. Bedenk. 3ter Thl. 57. Bedenk. Danz Handbuch des heutigen teutschen Rechts, §. 222. Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze, Thl. 10. S. 2377 flg.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0129
DFG

Auspfändungsrecht ausüben; denn dadurch würde die öffentliche Ruhe und Sicherheit sehr gestört werden, und der Gläubiger sich einer strafbaren Selbsthülfe schuldig machen. Thut er es, so kann der Schuldner die Spolienklage wider ihn anstellen und verlangen, daß er gleich wieder in Besitz gesetzt, und der Dejicient, als der Gläubiger, sein habendes Recht im Petitorium auszuführen angewiesen werde; jedoch ist mit dieser Selbsthülfe der Verlust des Rechts nicht verbunden; denn der Schuldner hätte sich, wegen des Vertrags, nicht mit Gewalt widersetzen sollen [m]); bestraft wird aber der Gläubiger, weil er die Obrigkeit nicht um ihre Hülfe ersucht [n]), und das gegenwärtige Interdict angestellt hat. Ist über das pactum de ingrediendo eine Urkunde ausgefertigt worden, so kann nach Beschaffenheit der Umstände exekutivisch daraus geklagt werden [o]).

Der Implorant ist der Gläubiger, dem dieses Recht verwilligt worden, wie auch sein Erbe. Man stellt das Interdict wider den Schuldner an, der seinem Gläubiger ein solches Recht verwilligt, und sich gleichwohl der eigenmächtigen Besitznahme mit Gewalt widersetzt hat [p]). Auch wider seinen Erben kann geklagt werden; aber nicht wider einen dritten Besitzer, weil sich dieses Interdict auf einen Vertrag gründet; sondern wider diesen kann die actio hypothecaria angestellt werden, weil dieser Vertrag ein pignus conuentionale tacitum begründet [q]). Der Schuldner

m) SCHAVMBVRG ad STRVVII Iurispr. forens. Lib. II. tit. 35. §. 21.

n) L. 18. D. de vi et vi armata.

o) HAHN ad WESENB. ad tit. de distract. pignor. nr. 16.

p) L. 3. C. de pignor. MEVIVS in Dec. Part. IV. Dec. 217. nr. 7. BRVNNEMANN ad L. 3. C. de pignor. nr. 4. CARPZOV Lib. I. Resp. 5. IDEM in Iurisprud. forens. Part. I. Const. 32. Def. 27.

q) BRVNNEMANN Cent. I. Dec. 77. HAVER in memor. act. pag. 329.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0130
DFG

Schuldner verwilligt dadurch dem Gläubiger zu seiner Sicherheit das Recht, sich bey nicht geleisteter Zahlung an die Güter selbst halten zu können, und dieses ist in der That nichts anders als ein Pfandrecht.

Die Bitte besteht darin, dem Imploraten durch ein mandatum S.C. anzubefehlen [r], daß er dem Imploranten den Besitz der verschriebenen Güter so lange einräume, bis er wegen des Capitals, der Zinsen und Unkosten völlig befriedigt worden.

Der Implorat kann folgende Einreden vorschützen, und zwar 1) er habe dem Gläubiger das vorgebliche Recht nicht verwilligt, wo nunmehr der Implorant den angeführten Vertrag beweisen muß. Es hat 2) die Einrede statt, Implorat sey kein Schuldner des Imploranten, welche Einrede alsdenn gebraucht werden kann, wenn nicht selbst wider den Schuldner, sondern wider einen Dritten geklagt worden ist. Man kann 3) vorschützen, die Schuld sey bereits bezahlt; nur muß diese Bezahlung sogleich bewiesen werden, weil jede illiquide Einrede in die Reconvention verwiesen wird. Endlich kann 4) vorgeschützt werden, die Güter, in deren Besitz der Implorant eingesetzt zu werden verlange, gehörten nicht dem Imploraten eigenthümlich zu.

Die Interdicta retinendae possessionis, von denen der Pfandgläubiger Gebrauch machen kann, sind außer der summarischen Possessorienklage, 1) das interdictum vti possidetis oder vtrubi [s]; 2) das interdictum quod vi aut clam [t]; 3) das interdictum de noui operis nunciatione;

r) Abschied des Deputationstages zu Speyer vom Jahr 1600. §. 31 und 32. Gerstlacher a. a. O. S. 2095. Danz im Handb. a. a. O. Ebenderselbe in den Grundsätzen des Reichsgerichtsprocesses, §. 287.

s) L. 35. §. 1. D. de pignor. act. Hopp ad §. 4. Inst. de interd. verb. interdicto quidem vti possidetis. Lauterbach in Coll. Pand. Lib. XLIII. tit. 17. §. 5.

t) L. 11. §. 14. D. quod vi aut clam.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0131
DFG

ciatione [u]); 4) das interdictum de precario [x]), bey welchem letzten Interdict aber vorausgesetzt wird, daß der Schuldner nicht schon bezahlt habe; denn in diesem Falle würde das precarium zugleich mit aufgehoben worden seyn. Gesetzt, der Schuldner bittet seinen Gläubiger, bey dem er eine Uhr versetzt hat, er möchte ihm doch diese Uhr herausgeben, damit er sie verkaufen könne; er bekommt indessen Geld ein, und bezahlt den Pfandschilling an den Gläubiger. Nun kann dieser nicht auf die Zurücklieferung der Uhr dringen, weil er ihm den Besitz nur bittweise überlassen habe. Durch die Bezahlung ist alles Recht zum fernern Besitz aufgehoben worden.

Von den interdictis recuperandae possessionis kann der Pfandgläubiger 1) das Interdict vnde vi brauchen [y]); 2) die Spolienklage. Alle remedia retinendae et recuperandae possessionis kann der Pfandgläubiger besonders alsdenn brauchen, wenn ihm eine Hypothek cum clausula constituti possessorii verwilligt worden ist [z]). Hat der Schuldner den Pfandgläubiger völlig bezahlt, und er will ihm den Besitz des Pfandes nicht zugestehen, so kann er ebenfalls von dem interdicto recuperandae possessionis Gebrauch machen [a]).

u) L. 9. D. de oper. nou. nunc.

x) L. 6. §. vlt. D. de precario.

y) L. 1. §. 9. D. de vi et vi armata.

z) Mevius in Dec. Part. V. Dec. 159. Wernher in Obs. Part. IV. Obs. 154. nr. 1. de Cramer in Obseruat. Tom. I. Obs. 300.

a) Boehmer de actionibus, Sect. II. cap. 4. §. 38.

Lib.

# Lib. XX. Tit. II.

## In quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur.

§. 1086.

Das Pfand ist in Absicht seines Fundaments, oder seiner wirkenden Ursache entweder pignus *voluntarium* oder *necessarium*. Voluntarium heißt es, wenn es vom Schuldner bestellt, necessarium, wenn es ohne seine Einwilligung gegeben wird. Das pignus *voluntarium* ist entweder *conuentionale* oder *testamentarium*. Jenes wird durch einen Vertrag, dieses durch einen letzten Willen bestellt. Sowohl das conventionelle, als das testamentarische, wird in das expressum oder tacitum eingetheilt. Pignus conventionale expressum ist vorhanden, wenn ich dem Gläubiger mit klaren Worten ein dingliches Recht zu seiner Sicherheit ertheile; tacitum, wenn sich aus Handlungen oder auch aus einem ausdrücklichen Vertrage schließen läßt, daß ich ihm ein solches Recht habe geben wollen. Dahin gehört der Fall, wenn ich eine Urkunde, worin Jemand meine Sachen verpfändet, unterschreibe, wenn ich meinem Gläubiger, seiner Forderung wegen, den Besitz einer meiner Sachen einräume [a]). Pignus testamentarium

a) Hert Diss. de pignore conuentionali tacito, in Eivs Opusc. Vol. II. Part. III. pag. 206. Leyser Spec. 223. Med. 3. Spec. 235. Med. 1. Erxleben in Princip. de iure pignor. et hypothec. pag. 39 sqq. Hr. Prof. Weber in den Beyträgen zur Lehre von stillschweigenden Convent. S. 39.

mentarium expressum ist vorhanden, wenn der Erblasser einem chirographischen Gläubiger ein Pfandrecht ausdrücklich vermacht [b]); tacitum, wenn sich ein solches Pfandrecht aus der Willensverordnung des Testators schließen läßt; z. B. wenn mir Jemand eine jährliche Einnahme aus einem gewissen Grundstück vermacht, so habe ich ein stillschweigendes testamentliches Pfandrecht auf das Grundstück. Das nothwendige Pfandrecht ist entweder ein gesetzliches, legale, oder ein Prätorisches, das Prätorische entweder praetorium stricte sic dictum, oder *iudiciale*. Die Gesetze selbst geben in vielen Fällen dem Gläubiger ein Pfandrecht, dergestalt, daß er nicht nöthig hat, sich dergleichen auszubedingen. Dieses heißt pignus legale, auch *tacitum;* man sollte aber diese letzte Benennung lieber nicht gebrauchen, weil es, wie oben gesagt worden, auch pignora conuentionalia und testamentaria *tacita* giebt, der Name: pignus *tacitum*, also zweydeutig ist.

Ein Prätorisches Pfandrecht erhielt man bey den Römern, wenn der Prätor Jemanden in die Güter immittirte, per missionem in bona. Dieß geschahe bey den Römern, 1) wenn mein Gegentheil im Proceß ungehorsamlich außenblieb [c]), contumaciae coercendae causa; 2) wenn sich Jemand weigerte, eine Caution de damno infecto zu leisten; 3) wenn ich gegen meinen Schuldner noch zur Zeit nicht klagen konnte, und doch Gefahr lief, durch Verzug um mein Recht zu kommen; z. B. es war mir ein Vermächtniß nach einer gewissen Zeit, oder unter einer Bedingung hinterlassen, und ich mußte fürchten, daß der Erbe bis dahin alles durchbringen werde; dieser mir auch keine Caution leisten konnte, oder wollte; oder mein Schuldner war in feindlicher Gefangenschaft. 4) Eine Wittwe erhält dergleichen durch die bonorum possessionem ventris nomine. 5) Wenn ich eine

b) Erxleben l. c. pag. 41 sqq.
c) Glücks Pandekten, 3ter Thl. S. 353.

eine Personalklage angestellt, und den Proceß gewonnen habe, der Beklagte aber die Sentenz nicht befolgen kann, oder nicht will. Hier nimmt man ihm von seinen Gütern so viel weg, als zu meiner Bezahlung nöthig ist, und setzt mich in den Besitz. Der Gegner ist binnen zwey Monaten befugt, die Sachen einzulösen; unterläßt er dieses, so werden sie verkauft, ich befriedigt, und ihm der Ueberschuß herausgegeben. Man nennt das Prätorische Pfandrecht, das ich in diesem Falle erhalte, weil es gegeben wird, iudicati exsequendi causa, pignus *iudiciale*, welcher Name aber im römischen Rechte nicht vorkommt, sondern es heißt pignus, quod in causa iudicati capitur; die andern Pfänder hingegen heißen pignora praetoria *stricte sic dicta*. Die zwey ersten Gattungen des Prätorischen Pfandrechts sind in Teutschland nicht gewöhnlich, wohl aber die übrigen [d]). Einige Rechtslehrer haben behauptet, daß man durch Anlegung eines Arrestes ein Prätorisches Pfandrecht erhalte; diese Meynung ist aber falsch [e]).

Ein gesetzliches Unterpfand ist dasjenige, welches von dem Gesetze selbst zur Sicherheit der Schuld verordnet worden, wenn es gleich nicht ausdrücklich ausbedungen worden ist [f]). Die Gesetze ertheilen ein solches Pfandrecht gemeiniglich entweder aus besonderer Begünstigung des Gläubigers, oder seiner Forderung, oder wegen der vermutheten Uebereinkunft des Gläubigers und Schuldners,



d) Lud. Conr. SCHROEDER Opusc. de natura et effectibus pignoris praetorii atque iudicialis, Marb. 1751. §. 163 sqq. ERXLEBEN l. c. pag. 74 sqq.

e) Strubens rechtl. Bedenken, 3ter Thl. S. 77.

f) L. 1. C. commun. de legat. L. 6. C. de bonis quae liber. LAUTERBACH in tract. synopt. tit. de tacit. seu legal. hypoth. th. 1. SCHNORR Praes. SEEGER D. historia iuris ciuilis de pignoribus tacite contractis.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0135 DFG

ners [g]), oder auch aus andern Gründen der Billigkeit [h]). Es erfordert dieses Pfandrecht ein ausdrückliches Gesetz, worin es deutlich verordnet worden ist, und kann ohne dasselbe weder erdichtet, noch von einem Falle auf den andern, noch von einer Person auf die andere, noch von einem Orte auf den andern ausgedehnt werden [i]). Ob ein solches Gesetz ein allgemeines, oder ein Land- oder Stadtgesetz, ob es ein geschriebenes oder nicht geschriebenes Gesetz sey, daran liegt nichts [k]); nur wird von einem gesetzlichen Unterpfande des gemeinen Rechts nur im Zweifel vermuthet, daß es überall, wo es nicht abgeschafft worden ist, statt finde; dahingegen das in einem besondern Land- oder Stadtgesetz enthaltene, oder auf eine Gewohnheit sich gründende Pfandrecht theils auf ein anderes Land nicht ausgedehnt werden kann, theils auch, wenn es geleugnet wird, bewiesen werden muß [l]). Ungegründet ist der von mehrern Rechtsgelehrten angegebene Unterschied zwischen gesetzlichen und bedingten Unterpfändern, daß die mit jenen beschwerten Sachen ohne die Beschwerde des Pfandrechts an einen Andern veräußert werden könnten, und nur bey diesen die Beschwerde des Unterpfandes mit der Sache auf jeden Besitzer übergehe, weil die gesetzlichen Unterpfänder im Zweifel immer gleiche Wirkung mit den bedingten haben, und also bey jenen sowohl, als bey diesen es Statt findet, daß die verpfändete Sache niemals ohne die darauf haftende Unterpfandsbeschwerde veräußert werden kann, und der für jenen Unterschied

g) L. 4. L. 6. D. in quib. caus. pign. LAVTERBACH l. c. th. 4.

h) HELLFELD Progr. de eo, quod in hypothecis tacitis aequum vel iniquum est, th. 1. in Opusc. et Diss. iur. ciuil. nr. 11.

i) LAVTERBACH D. de tacito pignore, th. 8. HARPPRECHT Resp. 92. nr. 192 et 194. SCHVLTING in thes. controu. Decad. 76. nr. 6. in Comment. acad. Vol. III. pag. 259.

k) LAVTERBACH cit. tract. syn. th. 3.

l) HARPPRECHT Differ. iur. ciuil. et Wirtemb. th. 7.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0136
DFG

schied angeführte Grund, weil die gesetzlichen Unterpfänder allgemein sind, in doppelter Rücksicht falsch ist, da es ja auch besondere gesetzliche Unterpfänder giebt, und der allgemeine Unterpfandsgläubiger ja ebenfalls gegen jeden Besitzer einer Sache, die zu seinem allgemeinen Unterpfande gehört, klagen kann [m]).

Die gesetzlichen Pfandrechte sind entweder allgemein, gehen auf das ganze Vermögen des Schuldners, oder nur speciell, sie gehen nur auf einen Theil des Vermögens. Zu den allgemeinen gehört 1) das Pfandrecht, welches dem Fiskus zusteht, und zwar α) an dem Vermögen derer, die mit ihm Contracte, z. B. einen Kauf-, Miethcontract u. d. gl. schließen, und daher auch auf dem Vermögen seiner Verwalter, Cassirer, Rentmeister, insonderheit des primipili oder primipilaris cohortium, des Kriegskassirers, oder Kriegsproviantmeisters; β) auf den Gütern der Unterthanen, welche Abgaben schuldig sind.

2) Die Ehefrau hat wegen ihres Eingebrachten, sowohl des Brautschatzes als der Paraphernalgüter und der donationis propter nuptias wegen, ein gesetzliches Unterpfand auf dem Vermögen ihres Ehemannes; und der Ehemann hat ein gleiches Recht an dem Vermögen desjenigen, der ihm einen Brautschatz versprochen hat.

3) Die Unmündigen und Minderjährigen haben ein dergleichen Pfandrecht an dem Vermögen ihrer Vormünder, wie auch ihres Stiefvaters. Wenn nämlich die Mutter Vormünderin ihrer Kinder war, und zur zweyten Ehe schreitet, ehe sie Rechnung abgelegt hat, so ist das Vermögen des zweyten Ehemannes den Kindern verpfändet.

4) Wenn ein Ehegatte von dem verstorbenen Ehegatten etwas geerbt, es aber nur nutznießlich bekommen, oder durch Eingehung einer zweyten Ehe das Eigenthum des



m) L. 15 et 18. C. de pignor. L. 12. C. de distract. pignor. L. vlt. in fine C. de sec. nupt.

Erbtheils verlohren hat, so haben die Kinder deswegen ein gesetzliches Unterpfand an seinem Vermögen. Auch wenn der Vater Güter besitzt, die den Kindern gehören, und von ihrer Mutter oder mütterlichen Ascendenten herkommen, so haben die Kinder an seinem Vermögen ein gesetzliches Pfandrecht. Also nicht wegen aller Adventitien steht ihnen dasselbe zu, aber doch auch nicht blos wegen des mütterlichen Brautschatzes.

5) Die Vermächtnißnehmer, fideicommissarii singulares, und donatarii mortis causa haben ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Verstorbenen. Hiervon ist zu merken: α) wenn man den Legatarien ein gesetzliches Pfandrecht zuschreibt, so ist dieses nicht von der legirten Sache zu verstehen; denn davon sind sie Eigenthümer. β) Dieses Pfandrecht liegt nur auf den Gütern, welche der Erbe vom Erblasser bekommen hat, nicht auf des Erben eigenen Gütern. γ) Sachen, welche Andern vermacht worden sind, gehören ebenfalls nicht unter dieses Pfandrecht, das heißt, wenn dem A. das Haus, dem B. der Garten vermacht ist, so hat A. kein Pfandrecht auf den Garten, und B. keins aufs Haus. δ) Weil die Vermächtnisse nicht eher, als nach Bezahlung aller Schulden ausgezahlt werden, so wird ein Legatar vermöge dieses Pfandrechts keinem Gläubiger, wenn er auch ein bloßer chirographarius ist, vorgezogen.

Ein specielles Pfandrecht haben

1) die Pupillen und Minderjährigen, wenn Jemand, der Gelder von ihnen im Besitz hat, damit etwas kauft.

2) Wer Geld zur Herstellung oder Ausbesserung eines Gebäudes borgt; denn dem Staat ist daran gelegen, daß die Gebäude nicht zusammenfallen, und die eingefallenen wieder hergestellt werden. Borge ich Jemandem Geld zu Aufbauung eines neuen Gebäudes, auf einen Platz, wo vorher keins gestanden hat, so habe ich kein gesetzliches Pfandrecht an diesem Hause.

3) Der locator eines praedii vrbani an den inuectis und illatis des Miethmanns, wenn solcher etwas aus dem

Contract

Contract ſchuldig iſt, z. B. das Miethgeld nicht bezahlt, die gemiethete Sache verdirbt. Praedium vrbanum heißt hier α) jedes Gebäude, Wohnhaus, Scheune, Stall, u. ſ. f. β) ein leerer Platz, den man nicht in der Abſicht miethet, Früchte darauf zu erzeugen, ſondern in anderer Abſicht, z. B. um Holz dahin zu legen. Wenn ich ein ſolches praedium miethe, ſo ſind die Sachen, die ich dahin bringe, Meubles, Bücher, Vieh, u. ſ. w. dem Vermiether geſetzlich verpfändet. Wenn ich hingegen

4) ein praedium ruſticum pachte, das heißt, einen Platz, Garten, Acker, Wieſe, Landgut, um Früchte darauf zu erbauen, ſo ſind dem Verpachter die Früchte geſetzlich verpfändet, aber nicht die illata.

## §. 1087.

Da die Rechtswahrheiten von ſtillſchweigenden Unterpfändern von großer Wichtigkeit ſind, ſo müſſen die einzelnen hierher gehörenden Fälle ausführlich erläutert werden. Der Anfang ſoll mit demjenigen geſetzlichen Unterpfande gemacht werden, welches das römiſche Recht dem Vermiether eines Gebäudes, locatori praedii vrbani, wegen des Miethgeldes und des verurſachten Schadens auf alle diejenigen Sachen des Abmiethers gelegt hat, die er in das gemiethete Gebäude hereingebracht hat [n]). Wahrſcheinlich iſt dieſes Unterpfand das älteſte römiſche geſetzliche Unterpfand, und es gründet ſich auf eine zwiſchen dem Vermiether und dem Abmiether vermuthete Uebereinkunft, welche in ältern Zeiten ſehr oft geſchahe [o]). Damit ein



n) L. 4. pr. D. de pact. L. 14. §. 1. D. de relig. L. 34. D. de damno inf. L. 2. L. 3. L. 4. L. 6. L. 7. §. 1. D. L. vlt. C. in quib. cauſ. pign. L. 5. C. locat. BRVNNEMANN in Proc. conc. cred. cap. 5. §. 51. LAVTERBACH D. de tacito pignore, th. 40. HERTIVS D. de pignore conuentionali tacito, §. 21 ſqq.

o) L. 1. pr. D. de migrand. SATOR D. de pignorum praerogatiua generatim, etc. §. 6.

solches Pfandrecht vorhanden sey, wird erfordert, 1) daß ein praedium vrbanum, ein leerer Raum, worauf keine Früchte erbaut werden, vermiethet worden sey, ein Haus p), ein Keller, ein Laden q), eine Scheune, sie mag zur Aufbewahrung der Früchte oder Waaren, oder zum Dreschen und zur Reinigung der Früchte r) gebraucht werden, ein leerer Platz zu Hinlegung gewisser Sachen, oder zur Ausübung einer Kunst, eines Weinschanks, eines Wirthshauses, eine Mühle, ein Stall s), selbst derjenige, welcher für das zu einem Feldgute gehörige Vieh bestimmt ist. Die Sachen müssen 2) schon wirklich in das Gebäude eingebracht worden seyn, und nicht erst herein gebracht werden sollen t); daher das Unterpfand nicht eher, als von der Zeit anfängt, wo die Sachen wirklich eingebracht worden sind u). 3) Ist nöthig, daß die Sachen in dieser Absicht eingebracht worden, daß sie daselbst bleiben, und ihren gewöhnlichen Platz haben sollen x). Auf dasjenige, was nur um eines auf kurze Zeit eingeschränkten Gebrauchs willen, z. B. wegen Feuersgefahr, oder wegen eines Ueberfalls der Feinde, eingebracht worden, darf dieses Unterpfand nicht ausgedehnt werden; jedoch braucht das Einbringen nicht gerade in der Absicht geschehen zu seyn, daß die Sache beständig hier bleiben soll y). Wenn daher ein Miethmann Früchte, Wein und dergleichen, die auf seinen

p) L. 4. pr. D. de pact. L. 2. D. in quib. caus. pign.

q) Lavterbach D. de iure in curia mercatorum vsitato, §. 83.

r) L. 3. D. in quib. caus. pign.

s) Lavterbach in tr. syn. de tacit. s. legali hyp. th. 79 sqq.

t) L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign. Lavterbach D. de tac. pign. th. 40.

u) L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign.

x) L. 7. §. 1. D. in quib. caus. pign. L. 32. D. de pign. et hyp.

y) Lavterbach in Coll. Pand. tit. in quib. caus. §. 95.

seinen Gütern gewachsen sind, oder die er gekauft hat, in das gemiethete Haus in der Absicht bringt, daß diese Dinge zum Nutzen seiner Familie daselbst liegen und bleiben, das überflüßige davon aber zu seiner Zeit verkauft werden soll, so erstreckt sich das Unterpfand hierüber ebenfalls [z]). Daher sind Waaren, welche in der Absicht in das gemiethete Haus gebracht worden sind, damit der Miethmann sie verhandeln könne, sie also, überhaupt genommen, für das Waarenlager bestimmt sind, dem Pfandrechte des Vermiethers unterworfen [a]). Eben dieses ist auch von dem baaren Gelde zu behaupten, es mag solches zu künftigen nothwendigen Ausgaben, oder zum täglichen Gebrauch bestimmt seyn [b]). Es sind 4) blos diejenigen Sachen ein Gegenstand dieses Unterpfandes, die von dem Miethmann verpfändet werden konnten, und welche er wahrscheinlicher Weise verpfänden wollte; daher keine solche Sachen dazu gehören, die für fremde Sachen gehalten werden müssen [c]), wiewohl der Vermiether berechtigt ist, an solchen gegen den Abmiether ein Zurückbehaltungsrecht auszuüben [d]). Es thut auch nichts, wenn es gleich der Eigenthümer gewußt hat, daß sie der Miethmann in das gemiethete Haus mit herein nimmt; es müßte sie denn der Miethmann für sein Eigenthum gegen den Vermiether ausgegeben, der Eigenthümer dieses gewußt, und hierzu in der Absicht geschwiegen haben, um den Vermiether zu hintergehen [e]). Besitzt der Abmiether eine fremde Sache bona fide, so erstreckt sich das zeither erläuterte Unterpfand



z) LAVTERBACH in cit. tract. syn. th. 75.

a) LAVTERBACH in cit. D. th. 41. nr. 7. Overbecks Meditationen, 4ter Band, 252ste Medit.

b) LAVTERBACH in cit. tract. syn. th. 87.

c) TILESIVS in D. de cautela: bey Verpfändung aller meiner Haab und Güter, §. 9.

d) L. 1. §. 5. D. de migrando.

e) Arg. L. 2. C. si res alien. pign. L. 11. C. de distract. pignor. LAVTERBACH in Coll. Paud. h. t. th. 109.

auf solche f). Wenn daher ein Hausvater für sich und seine Familie ein Haus gemiethet hat, so ist das Vermögen seiner Ehefrau, seiner Kinder und Dienstbothen dem Vermiether nicht verpfändet; so wie sich auch dieses stillschweigende Unterpfand nicht auf die Sachen des Pupillen, des Minderjährigen, oder eines andern Eigenthümers erstreckt, wenn der Vormund oder Curator jener Personen, oder ein bloßer Bevollmächtigter für sich ein Haus gemiethet, und Sachen herein gebracht hat, die jenen Personen gehören g). Miethet der Minderjährige mit seinem Pfleger ein Haus, oder er thut es, wenn er keinen Curator hat, für sich, so werden nunmehr seine Sachen mit dem Pfandrechte behaftet h); es müßten denn solche Sachen seyn, welche ohne ein gerichtliches Dekret nicht veräußert noch verpfändet werden können i). Sollte ein Minderjähriger, der einen Curator hat, für sich allein und ohne Bewilligung des Curators ein Haus gemiethet haben, so kann durch diesen ungültigen Contract kein Pfandrecht bewirkt werden, wenn gleich der Minderjährige durch selbigen reicher geworden seyn sollte; ja es haftet auch auf denjenigen Sachen kein Unterpfand, welche der Minderjährige, der mit seinem Pfleger ein Haus gemiethet, wider dessen Willen in dasselbe gebracht hat k). Die Sachen desjenigen, der dem Miethmann einige von den gemietheten Stuben u. s. f. abgemiethet hat, werden zwar diesem stillschweigend verpfändet, aber der

f) LAVTERBACH in cit. tract. synopt. th. 83.

g) Arg. L. 16. pr. D. de pign. act. L. 1 et 3. C. si res alien. pign. dat. LAVTERBACH cit. th. 83.

h) Arg. L. 16. pr. D. de pignor. act. L. 27. D. de admin. tutor. SCHVLTING in thes. controu. Decad. 76. nr. 10. SCHMID D. de cauſis, ex quibus permiſſa eſt rerum, quae minorum ſunt, alienatio, §. 20.

i) LAVTERBACH in cit. Diſſ. th. 41.

k) Arg. L. 7. §. 1. D. in quib. cauſ. pign. LAVTERBACH in cit. tract. syn. th. 82. HERTIVS D. de pignore conuentionali tacito, §. 23.

der erste Vermiether hat kein Pfandrecht daran [l]); bezahlt also jener seinen Zins, so fällt damit zugleich dieses stillschweigende Pfandrecht weg, wenn gleich der erste Miethmann seinen Hauszins noch schuldig ist. Hingegen wenn der zweyte Miethmann den Miethzins noch nicht bezahlt hat, so sind, nach der meisten Rechtsgelehrten Meynung, dem ersten Vermiether auch die vom zweyten Miethmanne eingebrachten Sachen, für die Summe, welche dieser schuldig ist, verpfändet [m]). Läßt der Miethmann Jemanden umsonst bey sich wohnen, so haftet auf seinen eingebrachten Sachen kein stillschweigendes Unterpfand [n]). Dinge, welche der Miethmann wahrscheinlicher Weise nicht ausdrücklich verpfändet haben würde, und eben deswegen von einem allgemeinen Unterpfande ausgenommen zu werden pflegen [o]), welches bey den Büchern eines Gelehrten, den Waffen der Soldaten, dem Handwerkszeuge eines Handwerksmannes, den alltäglichen Kleidern und Betten der Fall ist, gehören auch zu dem gegenwärtigen und stillschweigenden Unterpfande nicht, es müßten denn gar weiter keine Sachen, die einen Gegenstand des Pfandrechts

1) GMELIN in comm. de iure pignoris vel hypothecae, quod creditori debitor in re sibi non propria constituit, §. 25. pag. 78 sqq. ANDERSON in Diss. de iure, quod competit primo locatori in subconductorem occas. Part. II. tit. 9. Art. 10. Statut. Hamburg. §. 23.

m) Arg. L. 11. §. 5. D. de pignor. act. LAUTERBACH l. c. th. 84. HERTIUS in cit. Diss. §. 24. SCHULTING in thes. controu. Decad. 76. nr. 9. in comment. acad. Vol. III. pag. 260. ANDERSON in cit. Diss. §. 23. Overbecks Meditationen, 4ter Band. 151ste Medit.

n) Arg. L. 5. pr. D. in quib. caus. pign. L. 11. §. 5. D. de pignor. act.

o) L. 6 et 7. D. de pignor. et hyp. CRELL Diss. de retent. hypothecae ob nouum debitum non permissa, §. 1. pag. 9.

rechts abgeben könnten, vorhanden seyn [p]). Hiernach ist die Frage zu beurtheilen, ob das Hausgeräthe unter diesem Pfandrechte mit begriffen sey? welche Frage von den Rechtslehrern bejahend entschieden wird [q]). Endlich wird 5) erfordert, daß das Haus um ein gewisses Miethgeld vermiethet worden sey; denn wenn der Gebrauch des Hauses Jemandem umsonst überlassen worden ist, so tritt das gegenwärtige Unterpfand nicht ein [r]). Ob das Miethgeld in baarem Gelde, oder in etwas anderm besteht, darauf wird nicht gesehen [s]); so wie auch darauf nichts ankommt, ob der Miethmann die Sachen selbst in das gemiethete Haus gebracht hat, oder ein Anderer mit seinem Willen [t]); ob der Vermiether Eigenthümer des vermietheten Hauses ist, oder nicht, weil auch derjenige Miethzins fordern kann, der ein fremdes Haus oder Logis vermiethet hat [u]); ob der Miethcontract ausdrücklich geschlossen oder nur stillschweigend erneuert worden ist [x]). Dieses gesetzliche Unterpfand hat ferner selbst alsdenn statt, wenn sich der Vermiether ein ausdrückliches Unterpfand ertheilen lassen [y]), oder wenn auch der Miethmann dagegen protestirt hat, daß er seine ins Logis gebrachten Sachen nicht mit diesem stillschweigen-

p) Lavterbach in Coll. Pand. ad tit. loc. cond. §. 115. et ad tit. in quib. cauſ. pignus §. 113. Hertius in Diſſ. de differentiis pignoris generalis et ſpecialis, cap. 4. §. 8.

q) Overbecks Meditationen, 4ter Band, 253ste Meditat.

r) L. 5. pr. D. in quib. cauſ. pign. Lavterbach in cit. tract. ſyn. th. 78 ſqq.

s) Arg. L. 5. pr. D. in quib. cauſ. pign. Lavterbach l. c. th. 77.

t) L. 5. C. locat. Arg. L. vlt. C. in quib. cauſ. pign. Lavterbach l. c. th. 75. nr. 6.

u) Arg. L. 9. §. vlt. D. locat. cond.

x) L. 13. §. 11. L. 16. C. loc. cond. Lavterbach l. c. th. 89. Winckler D de relocatione tacita, §. 8.

y) Brvnnemann in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 51. nr. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0144
DFG

schweigenden Unterpfande beschweren wolle, es müßte denn der Vermiether damit zufrieden gewesen seyn [z]); sondern die Sachen werden gleich von der Zeit an, wo sie ins Logis gebracht worden sind, für stillschweigend verpfändet gehalten, wenn sie auch noch nicht verschlossen, noch mit Arrest belegt worden seyn sollten. Die Wirkung hiervon ist, daß sie zwar veräußert werden können, aber nicht anders, als mit der Pfandbeschwerde, auf den Dritten übergehen, und dieser allezeit von dem Vermiether mit der Pfandklage belangt werden kann [a]); jedoch gehen die stückweise aus dem eingebrachten Waarenlager verkauften Waaren frey und ohne Beschwerde auf den Käufer über [b]).

Dieses stillschweigende Unterpfandsrecht hat nicht nur wegen des Miethgeldes statt, der Miethmann mag es von wenigen oder von vielen Jahren schuldig seyn [c]); sondern es erstreckt sich auch auf die Vergütung der an der gemietheten Sache verursachten Schäden, kurz auf alle Verbindlichkeiten, die der Miethmann nach dem Miethcontracte zu erfüllen hat [d]); jedoch darf es auf andere Forderungen, die der Vermiether an den Miethmann zu machen hat, z. B. wenn dieser von ersterm die Kost erhalten, oder Geld geborgt hat, nicht ausgedehnt werden [e]). Es fängt von der Zeit an, wo die Sachen ins Logis gebracht worden sind, und nicht schon mit dem Tage des geschlossenen Mieth-

z) LAVTERBACH in cit. tract. synopt. th. 74. nr. 3.

a) Arg. L. 15. C. de pignor.

b) SCHOEPFF D. Differentiae nonnullae iuris communis et statutarii Vlmensis in concursu creditorum, Diff. 7. SCHVLTING in thes. controu. Decad. 75. nr. 9. in Comment. acad. Vol. III. pag. 256.

c) SCHOEPFF l. c.

d) L. 2. D. in quib. caus. pign. Arg. L. 1. §. 4. D. de migrando. LAVTERBACH in D. de tac. pign. th. 40. WINCKLER l. c. §. 8.

e) Strubens rechtl. Bedenken, 3ter Thl. 12tes Bedenk.

Miethcontracts [f]); folglich geht derjenige, welcher nach geschlossenem Miethcontracte, und noch vor der Einbringung der Sachen, ein Unterpfand an dem Vermögen des Miethmannes erhalten hat, dem Vermiether vor [g]). Dieses Unterpfand ist vorhanden, sobald der Miethmann die Sachen in das gemiethete Haus gebracht hat, und nimmt nicht erst von der Zeit an seinen Anfang, da der Miethmann das Miethgeld schuldig wurde [h]); daher kann auch der Vermiether schon auf das Pfand klagen, wenn gleich der Miethzins noch nicht gefällig ist [i]). Wenn ich Jemandem ein Haus verkauft habe, mit der Bedingung, daß die Miethe des ersten Jahres nach dem Kauf noch an den Verkäufer bezahlt werden solle, von den folgenden Jahren aber könne sie der Käufer einheben, beyde Theile sollten auch gleiche Ansprüche auf die Sachen der Miethleute in Rücksicht des auf solchen liegenden Unterpfandes zu machen befugt seyn, so geht das Pfandrecht des Verkäufers dem des Käufers vor [k]). Der Natur der Sache ist es übrigens gemäß, daß der Gläubiger sowohl den Miethcontract beweißt, als auch den Umstand, daß die eingebrachten Sachen noch vorhanden sind. Endlich verdient auch bemerkt zu werden, daß dieses Pfandrecht kein privilegirtes, sondern ein einfaches ist, und unter die allgemeinen gehört, insofern es sich auf alle eingebrachten Sachen erstreckt; für ein besonderes hingegen muß es gehalten werden, wenn es blos auf den eingebrachten Sachen liegt, und auf andere nicht ausgedehnt werden darf [l]).

Was

f) BERGER in Oecon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 6. not. 1.

g) L. 11. §. 2. D. qui pot. in pign. LAVTERBACH cit. theſ. 40.

h) L. 9. pr. D. qui pot. in pign.

i) L. 14. pr. D. de pign. et hypoth.

k) L. 13. D. qui pot. in pign.

l) LAVTERBACH cit. tract. ſynopt. th. 90 ſqq. SCHOEPFF cit. diff. 7.

Was der Erbzinsmann in das Erbzinsgut eingebracht hat, ist nach der Behauptung verschiedener Rechtslehrer [m]) dem Erbzinsherrn weder für seine jährliche Abgabe, wiewohl andere dieses behauptet haben [n]), noch wegen der Verschlimmerung des Guts verpfändet [o]); auch hat der Eigenthümer eines solchen Hauses, oder der Hausvater, an den eingebrachten Sachen seiner Dienstboten kein Unterpfand zur Sicherheit des von ihnen verursachten Schadens; so wie auch der Miethmann an dem Vermögen des Vermiethers, wegen seiner Schadloshaltung, keine Hypothek hat.

Der Verpachter eines Landgutes hat zwar nach dem römischen Rechte an den Früchten, welche der Pachter auf dem gepachteten Gute erbauet hat, ein stillschweigendes Unterpfand [p]); ob sich solches aber auch auf die eingebrachten Sachen des Pachters mit erstrecke, darüber wird sehr gestritten [q]). Diejenigen Rechtslehrer, welche es leugnen, haben wohl nicht darauf Rücksicht genommen, wie viel Schaden ein ungerechter Pachter dem Eigenthümer des Landgutes durch die Nichterfüllung seines Contracts verursachen kann, und wie selten der Verpachter zu seiner Befriedigung

m) LAVTERBACH l. c. th. 93.

n) GEISLER D. de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici, §. 7.

o) HARPPRECHT in trutina viginti pignorum tacitorum spurior. §. 8.

p) L. 7. pr. D. in quib. caus. pign. tac. L. 24. §. 1. L. 53. D. loc. cond. BRVNNEMANN in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 51. nr. 4.

q) L. 4. pr. D. in quib. caus. pign. CVIAC. in Parat. ad tit. C. in quibus caus. pign. BRVECKNER Progr. de tacito pignore locatoris in rebus conductis illatis. BOEHMER D. selecta quaedam capita circa locationem conductionem praediorum rusticorum, cap. 2. §. 4. STRYCK Interesse controversiarum iuris in foro, cap. 8. §. 8. SCHVLTING in thes. controu. Decad. 77. nr. 4. in Comment. acad. Vol. III. pag. 261. PVETTMANN in aduersar. iur. vniuers. Lib. II. cap. 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0147
DFG

digung wegen des erlittenen Schadens gelangt, theils wegen der Schwierigkeiten, die sich bey solchen Processen finden, theils deswegen, weil die Pachter ihr Vermögen schon vor der Zeit bey Seite zu schaffen, oder zu verheimlichen suchen. So wie bey dem vorigen Unterpfande eine solche Sache vorausgesetzt wird, die keine Früchte trägt, so wird hier ein solches Grundstück erfordert, wovon Früchte erhoben werden können, z. B. Aecker, Wiesen, Gärten, Weinberge, Wälder u. s. f. In Ansehung der darauf erzeugten Früchte ist zu merken, 1) daß sie schon abgebracht und 2) von dem Pachter eingesammelt worden sind; denn stehen sie noch auf dem Grund und Boden, oder es hat sie Jemand Anders und nicht der Pachter erhoben, so haftet kein Unterpfand auf diesen Früchten [r]). Ob sie von selbst wachsen, oder durch Fleiß erzeugt werden, daran liegt nichts [s]). Es müssen 3) diese Früchte noch nicht verbraucht worden seyn; denn auf den verbrauchten liegt dinses Unterpfand nicht. Hat also der Pachter die Früchte verkauft, so ist weder ihr Werth, noch die damit gekaufte Sache für stillschweigend verpfändet zu halten; wenn gleich ein Dritter, der diese Früchte noch besitzt, mit der Pfandschaftsklage gesetzmäßig verklagt werden kann [t]). Hat der Pachter das gepachtete Gut, oder einen Theil davon wieder an Jemanden Anders verpachtet, so steht ihm wegen des zu fordern habenden Pachtgeldes ebenfalls ein Pfandrecht an den erbauten Früchten zu, wenn sie gleich der zweyte Pachter zu erheben berechtigt ist, und selbst der erste Verpachter hat ein Pfandrecht an diesen Früchten, so lange ihm das Pachtgeld noch nicht bezahlt worden ist [u]). Diese

Hypothek

r) Arg. L. 46. D. de reg. iur. L. 16. §. 1. D. de furt.

s) Arg. L. 7. pr. D. in quib. cauſ. pign. L. 24. §. 1. D. loc. cond. Lavterbach in tr. ſyn. tit. de tac. ſ. legal. hyp. theſ. 91.

t) Lavterbach l. c.

u) L. 24. §. 1. D. locat. Anderson D. de iure quod primo locatori in ſubconductorem competit, etc. §. 23.

Hypothek ist blos zur Sicherheit des Pachtgeldes eingeführt worden, und erstreckt sich daher nicht auf die Vergütung der verursachten Schäden, vielweniger auf andere Ansprüche und Forderungen. Sie fängt von der Zeit an, wo die Früchte vom Grund und Boden abgenommen worden sind, und nicht schon damals, als der Pachtcontract geschlossen wurde, weil die Früchte dem Pachter nicht eher gehören, als nach geschehener Absonderung, solche also auch nicht eher verpfändet werden können, wiewohl Berger x) zu behaupten gesucht hat, der Anfang dieses Unterpfandes sey von der Zeit des geschlossenen Contracts an zu rechnen. Die auf dem Eingebrachten liegende Hypothek nimmt von der Zeit der Einbringung an ihren Anfang. Der Verpachter ist nicht nur schuldig, den geschlossenen Pachtcontract zu beweisen, sondern er muß auch darthun, daß der Pachter die Früchte erhoben habe, und sie noch besitze.

Ob der Erbzinsherr ein solches Unterpfand an den Früchten seines Erbzinsmannes habe, die auf dem Erbzinsgute erbaut worden sind, darüber streiten die Rechtslehrer, indem es von einigen behauptet y), von andern aber geleugnet wird z), der Erbzinsherr müßte denn beweisen, es sey kein Erbzinscontract, sondern ein wirklicher Pachtcontract in dem gegenwärtigen Falle geschlossen worden. Der ausgetriebene Pachter darf sich ebenfalls kein Unterpfand zur Sicherheit dessen beylegen, was er für seine Mühe, Arbeit und Unkosten, die zur Erbauung der Früchte nöthig waren, zu fordern hat a).

Das römische Recht hat ferner demjenigen, welcher zu einem nöthigen Bau oder zu nöthiger Ausbesserung eines Gebäudes Geld gelehnt, anfangs ein persönliches einfaches Privi-

x) Berger in Oecon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 6. not. 1.

y) Geisler in D. de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici, §. 6.

z) Lavterbach l. c. th. 97.

a) Harpprecht in trut. viginti pignor. spur. §. 13.

Privilegium [b]), nachher aber ein einfaches stillschweigendes Unterpfand ertheilt [c]). Damit dieses Unterpfand Statt finde, wird erfordert, 1) daß Jemand Geld geborgt habe, welches jedoch auch von demjenigen vermuthet wird, der Geld dem Baumeister oder Jemandem gegeben hat, der die Erbauung oder Ausbesserung für einen gewissen Lohn übernommen hat, doch muß er von dem Schuldner dazu Vollmacht erhalten haben [d]). Diese Hypothek legt man auch demjenigen bey, der den Arbeitern das Geld bezahlt, oder zur Ausbesserung des Hauses, Holz, Steine und andere Materialien hergegeben hat [e]); oder der das Gebäude selbst ausgebessert [f]), oder auch nur den Bauplatz abgeräumt, oder den Riß zu dem herzustellenden Hause gemacht, oder, indem er des Schuldners Geschäfte als die seinigen besorgt hat, das Haus auf seine Kosten hergestellt hat [g]). 2) Wird vorausgesetzt, daß das Geld besonders und namentlich zur Erbauung und Besserung eines alten Hauses [h]) erborgt worden sey. Schulting behauptet zwar nicht ohne Grund, daß das römische Recht nur demjenigen, welcher ad restitutionem, nicht aber dem, welcher ad refectionem eines Gebäudes Geld verborgt

b) L. 25. D. de reb. cred. L. 1. D. de rest. bonor. L. 24. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. et WESTENBERG ad h. l. in Divo Marco, Diss. XLI. in Oper. Tom. III. pag. 356. WALCH in D. de priuilegio pecuniae in refectionem aedium creditae, Sect. I. §. 6.

c) L. 1. D. in quib. caus. pign. CRELL D. priuilegium pecuniae ad certum vsum creditae ex animo dantis aestimandum, §. 5. WESTENBERG l. c. §. 12.

d) L. 1. D. in quib. caus. pign. L. 51. §. vlt. D. locat. WALCH cit. Diss. Sect. 2. §. 5. CRELL in Diss. cit. §. 5.

e) WALCH cit. Diss. Sect. 2. §. 6. BOEHMER in D. de iure mercedis opificum in concursu creditorum, §. 9 et 12.

f) HARPPRECHT l. c. nr. 137 sqq. WALCH cit. §. 6. BALTHASAR in Collat. de classif. credit. pag. 209.

g) WALCH cit. Sect. 2. §. 7.

h) CRELL cit. D. §. 6.

borgt hat, ein stillschweigendes Unterpfand ertheilt habe, welches auch dem Ursprunge desselben gemäß ist [i]); in der Praxis ist aber das Gegentheil als gemeine Meynung angenommen worden. Wer zur Erbauung eines ganz neuen Hauses Geld borgt, hat nach dem römischen Rechte kein stillschweigendes Unterpfand, ausgenommen, wenn das neue Haus auf einen zuvor überbaut gewesenen Platz errichtet worden ist [k]). Bey dem Gebäude macht das römische Recht keinen Unterschied, ob es zur Wohnung oder zu einem ökonomischen Gebrauch dient [l]); auch kommt darauf nichts an, ob das wiederherzustellende Haus schon eingefallen ist, oder nur den Einfall droht; ob ein altes Gebäude blos ausgebessert worden ist, oder an die Stelle desselben ein ganz neues aufgeführt werden müssen [m]). Wer blos zur Erweiterung oder zur Verschönerung eines stehenden Gebäudes Geld vorgeschossen hat, darf auf kein privilegirtes Unterpfand Anspruch machen [n]). Hat Jemand nur schlechtweg und nicht ausdrücklich zur Reparatur eines baufälligen Hauses Geld gelehnt, so kommt ihm das privilegirte Unterpfand nicht zu statten, wenn gleich sein Geld zu diesem Zwecke wirklich verwendet worden seyn sollte [o]). Es hat ferner nicht statt, wenn Jemand erst nach beendig-



i) Schulting in thes. contr. Decad. 76. nr. 7. in Comment. acad. Vol. III. pag. 260. Walch l. c. Sect. I. §. 4.

k) Arg. L. 1. D. in quib. caus. pign. Walch cit. Sect. II. §. 3 et 4. Henne in Progr. de priuilegio personali, creditori ad rem emendam mutuo danti, orto super bonis debitoris concursu competente, §. 3 et 4.

l) Walch cit. Sect. 2. §. 2. Hvber in Praelect. ad tit. in quib. caus. pign. nr. 8.

m) Walch l. c. §. 3 sqq.

n) Lavterbach in tract. synopt. tit. cit. th. 57. Walch cit. Sect. 2. §. 3 et 4.

o) Arg. L. 1. D. in quib. caus. pign. Gail Lib. II. Obs. 12. nr. 2. Leyser Spec. 485. Med. 2. Walch cit. Sect. II. §. 8.

ter Reparatur des Gebäudes Geld borgt, um die Reparaturkosten davon zu bezahlen, weil es hier sogleich bewiesen ist, daß das Darlehn nicht zu dem erforderlichen Zwecke gegeben worden ist [p]), und es ändert nichts, daß mit dem geborgten Gelde eine durch Wiederherstellung des Hauses gemachte Schuld getilgt worden ist. 3) Wird erfordert, daß das zur Erbauung oder Ausbesserung eines Hauses gelehnte Geld auch wirklich dazu verwendet worden sey, und deswegen ist gar kein Pfandrecht vorhanden, wenn das baufällige Gebäude nicht ausgebessert worden ist [q]). Wurde zwar nicht alles Geld, aber doch ein Theil davon zur Reparatur des Gebäudes verwendet, so erstreckt sich das stillschweigende Unterpfand nur bis auf diese Summe [r]); jedoch wird das privilegirte Pfandrecht, wenn das Geld zur Reparatur des Hauses erborgt und wirklich darauf verwendet worden, immer nach der Analogie der L. 13. pr. D. de instit. act. statt finden. 4) Muß das ausgebesserte Haus dem Schuldner selbst gehört haben; daher das privilegirte Unterpfand nicht statt findet, wenn der Schuldner in einem gemietheten Hause, oder worin er nur seines Amtes wegen zu wohnen berechtigt ist, auf seine Kosten eine Ausbesserung vornehmen lassen, weil dasselbe sich nicht auf das gebaute oder ausgebesserte Haus erstreckt, mithin kein Vorzugsrecht bewirken kann, wenn das Haus nicht zu des Schuldners Vermögen gehört. Alle diese Umstände muß der Gläubiger, wenn er seines Unterpfandes wegen in die zweyte Classe gesetzt werden will, beweisen [s]). Daß das Geld zu Wiederherstellung eines Hauses geborgt worden sey, wird durch den Schuldschein am leichtesten [t]), jedoch auch auf andere Weise erwiesen, und die wirkliche Ver-

p) Walch l. c. §. 4 et 8.
q) Crell cit. Diss. §. vlt. pag. 23.
r) Lauterbach l. c. th. 59. Walch cit. §. 8.
s) Walch l. c. §. 7.
t) Gmelin von Aufsätzen über Verträge, §. 51. S. 104. Crell cit. Diss. §. 6.

Verwendung läßt sich dadurch in Gewißheit setzen, wenn bescheinigt wird, daß die Ausbesserung gleich nach dem Empfange des Geldes vorgenommen worden sey [u]). Hier kann die Frage vorkommen: ob das Pfandrecht eintrete, wenn der Gläubiger zwar das Geld zur Ausbesserung des Gebäudes gelehnt hat, der Schuldner braucht es aber nicht dazu, sondern bezahlt Schulden davon, und nachher läßt er auch sein Haus repariren? — Wenn gleich in einem solchen Falle der Gläubiger alle Vermuthung für sich hat, daß das geborgte Geld zu dem vorgegebenen Endzwecke verwandt worden sey, so scheint es doch der Rechtsanalogie gemäßer zu seyn, daß sich der Darleiher in dem Falle, wo das Gegentheil gehörig erwiesen worden, jenes privilegirten Unterpfandes nicht zu erfreuen habe, weil das Haus nicht mit seinem Gelde reparirt worden ist, sondern mit anderm Gelde, folglich auch mit jenes Darleihers Gelde derjenige in den Rechten besonders begünstigte Vortheil nicht erreicht worden ist, worauf sich das privilegirte Unterpfand gründet. Der verstorbene Crell war zwar in der angeführten Abhandlung §. 6. der Meynung, das Pfandrecht habe allerdings in dergleichen Fällen auch statt, und wollte seine Behauptung durch einige Gesetze [x]) beweisen; in diesen Gesetzen ist aber von besondern Ursachen die Rede, warum hier der Gläubiger nicht nöthig habe, sich darum zu bekümmern, ob sein Geld zu dem bestimmten Endzweck verwendet worden sey, oder nicht. Uebrigens fällt dieses privilegirte Unterpfand nicht etwa auch deswegen weg, weil andere Gläubiger behaupten, es sey ungeschickt oder zu kostbar erbaut worden, oder der ganze Bau hätte viel wohlfeiler unternommen werden können [y]).



u) LAUTERBACH cit. loc. th. 60. BERGER in Oecon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 5. not. 1. WALCH l. c. §. 8.

x) L. 1. §. 9. L. 7. §. 2. D. de exerc. act. L. vlt. C. de pignor.

y) de PUFFENDORF in animaduerſ. iur. vniu. Tom. I. animadv. 108.

Wie bereits bemerkt worden, darf dieses Unterpfand nicht auf diejenigen Darlehne ausgedehnt werden, die zur Ausbesserung und Erhaltung anderer Dinge, als der Gebäude contrahirt worden sind [z]); es hat auch alsdenn nicht statt, wenn durch Bezahlung einer Schuld des Schuldners Haus von dem darauf liegenden Pfandrechte befreyt worden ist [a]). Wer nach ausgebrochenem Concurs zu Ausbesserung des dem Gemeinschuldner gehörenden Hauses Geld gelehnt hat, wird deswegen allen andern Gläubigern vorgezogen [b]). Es haftet dieses Unterpfand allein auf dem Hause, zu dessen Ausbesserung das Geld gelehnt worden ist; und sollte nicht das ganze Haus davon reparirt worden seyn, sondern nur ein Theil desselben, so liegt das Pfandrecht auch nur auf diesem Theile des Gebäudes [c]). Geht das ganze durch das erborgte Anlehn reparirte Haus zu Grunde, so nimmt damit zugleich auch das stillschweigende Unterpfand ein Ende [d]); wenn es aber z. B. eingefallen oder niedergebrannt ist, und es wird auf dem nämlichen Platze wieder ein neues Gebäude errichtet, so wacht damit zugleich das alte Pfandrecht wieder auf [e]), und es schadet nichts, daß die durch des Gläubigers Darlehn bewirkte ehemalige Reparatur des Gebäudes nunmehr den übrigen Gläubigern nichts weiter hilft [f]). Der Anfang dieses privilegirten Pfandrechts wird von der Zeit des

z) Donellvs de pignor. et hyp. tit. in quib. cauſ. tac. pign. nr. 159. Lavterbach D. de tacito pign. th. 26 ſqq. Frick D. de iuribus illius, qui ad rem emendam credidit, §. 6 et 7.

a) Arg. L. 1. D. quib. mod. pign. Harpprecht Reſp. 92. nr. 191.

b) Leyser Spec. 485. Med. 1.

c) Arg. L. 7. pr. D. qui pot. in pign.

d) Arg. L. 8. pr. D. quib. mod. pign. ſoluit.

e) Arg. L. 21. pr. D. de pign. act. L. 29. §. 2. D. de pignor. Lavterbach in tract. ſynopt. cit. tit. th. 61.

f) Crell cit. Diſſ. §. 6. pag. 26 ſqq.

des gegebenen Darlehns, und ausgebesserten Gebäudes angerechnet, und es erstreckt sich zugleich auf die Zinsen dieses Darlehns [g]).

Außer den bereits angeführten besondern stillschweigenden Hypotheken wird auch demjenigen eine solche Hypothek beygelegt, der von gewissen Grundstücken jährlich etwas zu seinem Lebensunterhalte bekommen muß; dieses Recht mag durch ein Vermächtniß, oder auf eine andere Art vermittelst eines Contracts entstanden seyn [h]).

Der Fiskus hat an dem Vermögen desjenigen, mit dem er einen Contract geschlossen, ein einfaches gesetzliches Unterpfand, zum Besten der aus diesem Contract herrührenden Schuld [i]), welches Vorrecht auch auf denjenigen übergeht, der dem Fiskus nachfolgt [k]). Sollte der Schuldner nach dem mit dem Fiskus geschlossenen Contract neues Vermögen erworben haben, so genießt gedachtes Pfandrecht den Vorzug, daß der Fiskus bey diesem neuen Vermögen allen nicht privilegirten, obschon der Zeit nach ältern Gläubigern vorgezogen wird [l]), welcher Vorzug nach der Behauptung mehrerer Rechtslehrer [m]) blos aus



g) LAVTERBACH l. c. th. 59.

h) HARPPRECHT D. ius contractus vitalitii in conc. credit. §. 18.

i) L. 2. C. in quib. cauf. pign. BRVNNEMANN in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 51. LAVTERBACH D. de tacito pignore, th. 33. RICHTER D. de vniuersitate, cap. 4. §. 4. HELLFELD D. de hypotheca fisci, praesertim in bonis post contractum quaesitis, §. 7 sqq. ENGAV in Dec. Part. II. Dec. 69. nr. 2.

k) L. 6. D. de iure fisci.

l) L. 28. D. de iure fisci. HARPPRECHT Resp. 93. nr. 94 et 275. HELLFELD l. c. cap. 2. in Opusc. nr. 10.

m) KAEMPFE D. de vera causa praerogatiuae hypothecae fisci in bonis post contractum acquisitis. SATOR D. de pignorum praerogatiua generatim, speciatim de pignore publico, pignori legali non indistincte anteferendo, §. 12.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0155
DFG

einem Privilegium hergeleitet werden muß; und er erstreckt sich auch auf das neue erworbene Vermögen fiskalischer Verwalter [n]). Für Güter, welche der Schuldner nach dem Contract mit dem Fiskus erworben hat, sind diejenigen zu halten, welche dieser nach dem Contract entweder von den schon vorher besessenen Gütern, oder anderswoher, entweder titulo oneroso, oder lucratiuo bekommen hat; wozu mit Recht auch diejenigen zu rechnen sind, welche der Schuldner für andere vor dem Contract besessene eigene Güter nach dem Contract eingetauscht hat [o]). Es ist einerley, aus was für einem Contracte die Schuld entstanden sey; und daher wird mit Recht und hauptsächlich jenes Unterpfand dem Fiskus auch an dem Vermögen der fiskalischen Verwalter beygelegt [p]), nicht nur wegen des aus der Verwaltung schuldigen Restes selbst, sondern auch der von Zeit dessen Berichtigung deswegen schuldigen Zinsen [q]); jedoch sind viele Rechtslehrer der Meynung, es könnten gar keine Zinsen gefordert werden [r]); wogegen aber zu bemerken ist, daß, da der Verwalter durch den Mandatscontract bestellt wird, dieser aber ein contractus bonae fidei ist, er auch für die Zinsen verbindlich werde. Der Beweis, ob die Güter vor oder nach dem Contract mit dem Fiskus von dem Schuldner erworben worden, muß allemal vom Kläger geführt werden [s]), folglich fällt er

n) Berger in Oecon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 3. not. 3. Hellfeld in cit. Diss. §. 30.

o) Hellfeld in cit. Diss. §. 27 sqq.

p) Hellfeld cit. Diss. §. 8. Cannegieser in Dec. Hassq. Cassel. Tom. VII. Dec. 184. nr. 3.

q) Henne D. de iure fisci et hypotheca tacita in bonis administratorum rerum fiscalium competente, §. 15.

r) Mevius in Dec. Part. II. Dec. 162. Berger in elect. discept. forens. Suppl. 2. nr. 5. ad obs. 7. pag. 855. Schmidt D. de iure praelationis, fisco intuitu tributorum etc. competente.

s) Berger D. de iure fisci in dubiis quaestionibus, §. 34.

Beck

er auch mehrentheils bey entstandenem Concurs auf den Fiskus [t]). Uebrigens scheint dieses Unterpfand, in sofern es privilegirt ist, nicht von der Zeit des Contracts an zu existiren, sondern erst mit dem Tage, da die neu erworbenen Güter als Vermögen des Schuldners betrachtet werden konnten [u]), und es erstreckt sich nur über die nach dem Contract erworbenen Güter; daher das Pfandrecht des Fiskus wegfällt, wenn kein solches Vermögen da ist.

Endlich haben auch die Pupillen und Minderjährigen ein specielles gesetzliches Pfandrecht, wenn Jemand, der ihr Geld in Händen gehabt hatte, für sich selbst damit etwas gekauft hat [x]). Damit man die wahre Beschaffenheit dieses Pfandrechts gehörig beurtheilen kann, ist auf folgende Fälle Rücksicht zu nehmen. 1) Der Vormund nimmt Geld aus der Vormundschaftskasse, und kauft sich etwas dafür. 2) Ein Anderer hat Geld des Pupillen oder Minderjährigen als Bevollmächtigter, als Depositar u. d. gl. in Händen, und kauft etwas dafür. 3) Es borgt Jemand Geld vom Vormunde, um etwas damit zu kaufen. Im ersten Falle kann der Pupill und Minderjährige die Sache vindiciren, und vtilem rei vindicationem anstellen; er hat aber auch ein Pfandrecht daran. Im zweyten Falle kann er die Sache zwar nicht als eigen in Anspruch nehmen, ein Pfandrecht hat er aber daran. Im dritten Falle steht dem Pupillen und Minderjährigen gar kein Recht an der Sache zu.



Beck in tract. de iure detractus, cap. 11. Obs. 4. Hofmanns teutsche Reichspraxis, 2ter Thl. §. 1282.

t) Hellfeld in cit. Diss. §. 33.

u) Kaempfe in cit. Diss. §. 6.

x) L. 7. D. qui pot. in pignore. L. 3. pr. D. de rebus eorum qui sub tut. L. 2. D. quando ex facto tut. Erxleben in cit. tract. pag. 68. Höpfners Comment. §. 715.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0157 DFG

§. 1088. 1089.

Eine allgemeine gesetzliche Hypothek genießt nach dem römischen Rechte der Fiskus, wenn Jemand eine öffentliche Bedienung verwaltet hat, und dadurch des Staats Schuldner geworden ist; oder wenn Jemand öffentliche Abgaben schuldig geblieben ist, oder wenn Jemand mit dem Staate irgend einen Vertrag geschlossen hat, und daraus etwas schuldig geblieben ist. In allen diesen Fällen liegt auf dem Vermögen des Staatsschuldners eine allgemeine gesetzliche Hypothek. Namentlich geschieht in Gesetzen des Kriegsfiskus Erwähnung, dem an dem Vermögen des Primipils ein so außerordentliches Privilegium ertheilt worden ist, daß er ohne Unterschied, ob der Mann das Amt des Primipils, des Kriegskassirers, vor oder erst während der Ehe bekommen hat, nicht nur dem Brautschatze immer vorgezogen wird, sondern ihm auch alles Vermögen der Ehefrau des Schuldners stillschweigend für die Primipilarschuld verpfändet ist, jedoch so, daß wegen einer solchen Schuld der Frau Vermögen nicht eher, als wenn der Mann und seine Nomination nicht mehr bezahlen können, angegriffen werden darf [y]); jedoch liegt die Hypothek selbst auf demjenigen Vermögen der Frau, welches sie nach dem Absonderungsrechte von der Concursmasse abzufordern berechtigt ist [z]). Eine Primipilarschuld wurde bey den Römern diejenige genennt, die daher entstand, weil der Primipilaris cohortalium das den Soldaten auszutheilende Getraide nicht ausgetheilt hatte [a]), sondern es schuldig geblieben war. Der Grund dieses

y) L. 3. C. de primipil. Schlitte D. de eo, qui posterior tempore, prior iure, cap. 2. §. 4 sqq. Henne D. de iure fisci et hypotheca tacita fisco in bonis administratorum rerum fiscalium competente, §. 16. Bravn D. de debito primipilari, §. 8.

z) Strubens rechtl. Bedenk. 4ter Band, 132stes Bedenk.

a) Bravn in Diss. cit. §. 5.

dieses Pfandrechts lag darin, weil die Soldaten sehr leicht zu einem gefährlichen Aufstande verleitet werden konnten, wenn ihnen ihr versprochener Sold nicht zu rechter Zeit bezahlt wurde [b]). Es ist kein Zweifel, daß noch heut zu Tage in ganz Teutschland, der Kriegskasse an dem Vermögen ihrer Verwalter, sie mögen Proviantmeister oder Kriegskommissarien genennt werden, wegen einer jeden aus ihrer Verwaltung herrührenden Schuld, das angeführte privilegirte allgemeine Unterpfand zustehe; weil theils eben diejenigen Gründe, welche ehemals bey den Römern dazu Anlaß gegeben, noch heut zu Tage statt finden, theils aber dieser Vorzug der Kriegskasse nirgends aufgehoben worden ist [c]). Ausgedehnt darf dieses privilegirte Unterpfand freylich nicht werden, welches doch geschehen würde, wenn man behauptete, es habe auch bey Rentmeistern, Landschaftseinnehmern, Steuereinnehmern statt, wenn gleich die Kriegskasse aus der ihnen anvertrauten Kasse ihre Gelder ziehen muß. Vielweniger ist dem geistlichen Fiskus dieser Vorzug unter dem Vorwande einer himmlischen Ritterschaft zu gestatten, wie ehedem behauptet wurde [d]).

Ein allgemeines gesetzliches Unterpfand hat der Fiskus, wegen aller ordentlichen und außerordentlichen Steuern, sie mögen gefordert werden, unter welchem Namen sie wollen, an dem Vermögen desjenigen, der diese Steuern als Unterthan zu bezahlen hat [e]); und es geht auch auf die Güter dessen über, der ein Grundstück mit der Bedingung gekauft hat, er wolle die verfallene Steuern entrichten. Dieses vorzügliche Unterpfand wegen der Steuern kommt dem

b) Henne l. c. §. 16.

c) Lavterbach in tract. synopt. tit. de legal. ff. tac. hypotheca, th. 5. Bravn l. c. §. 18 sqq. Ludovici Einleitung zum Concursproceß, Cap. 10. §. 31.

d) de Cramer in Obs. Tom. IV. Obs. 1265. pag. 807.

e) L. 1. C. in quib. caus. pign.

dem Fiskus ohne Einschränkung auf eine gewisse Anzahl Jahre zu, und geht, wenn gleich der Beamte die öffentlichen Abgaben durch seine Nachlässigkeit zu hoch anwachsen lassen, nicht verlohren [f]), wenn gleich einige ältere Rechtslehrer [g]) dieses behauptet haben; sie sind aber dadurch irre geführt worden, daß einige Landesgesetze diese Einschränkung gemacht, und das Vorzugsrecht wegen der Steuern auf einige Jahre eingeschränkt haben [h]). War der Beamte bey Einhebung der Steuern nachläßig, so kann sich der Fiskus allerdings an ihn halten, und den Schadensersatz suchen [i]). Es erstreckt sich dieses Pfandrecht nach dem römischen Rechte auf diejenigen Güter, wovon die Steuern bezahlt werden sollen; mit einem Vorzuge, in Rücksicht auf das übrige Vermögen des Schuldners aber kann es blos als ein einfaches Pfandrecht betrachtet werden; und daher kommt dem Fiskus zwar wegen der Abgaben, welche der Schuldner, als Besitzer eines Grundstücks, in fremdem, z. B. in des Verkäufers Namen, zu bezahlen hat, das vorzügliche Unterpfandsrecht zu, hingegen in Ansehung derjenigen Abgaben, die der Schuldner, als ehemaliger Besitzer eines gegenwärtig veräußerten Grundstücks, abtragen soll, genießt der Fiskus ein bloßes einfaches Pfandrecht [k]). Das zeither erläuterte Unterpfand hat der Fiskus übrigens nicht eher, als von der Zeit an, wo die Steuern aufgelegt worden sind [l]). Verzugszinsen pflegen von Steuern niemals verlangt, und noch weniger zugesprochen zu

f) Schmid in cit. Diss. de iure praelat. etc. §. 18.

g) Berlich Part. I. Concl. 64. nr. 12. Richter de priuileg. credit. cap. 2. mbr. 5. nr. 15.

h) Schoepff Diff. nonn. iuris communis et statutar. Vlmens. in conc. credit. §. 3. Nevnhoefer D. Analecta iuris statutarii Augustani ad sing. quaed. doctr. de pignor. et hyp. §. 12.

i) Schmid in cit. Diss. §. 19 sqq.

k) Berger in Oecon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 3.

l) L. 2. C. si propt. publ. pensitat.

zu werden, es müßte denn in Gesetzen eine deutliche Verordnung darüber vorkommen [m]); aber die auf die Einforderung der Steuern verwendeten Kosten müssen bezahlt werden, und sie genießen gleichen Vorzug mit den Steuern [n]).

Hat eine Privatperson, oder auch eine Stadtobrigkeit, die Steuern Namens des Schuldners bezahlt, so genießt er, wenn er das Bezahlte von dem Schuldner wiederfordert, den Vorzug der Steuern nicht; es müßte denn ein Landesgesetz dieses festgesetzt haben, oder es hat Jemand die Steuern im Nothfalle, oder während des Concursprocesses für den Schuldner bezahlt, oder der Fiskus hat dem Bezahlenden seine Rechte ausdrücklich abgetreten [o]).

Wer die Rechte des Fiskus hat, kann auf die angeführte Hypothek Anspruch machen, folglich in Teutschland der Kaiser, und alle Reichsstände, wozu auch die unmittelbaren Reichsstädte gehören [p]), desgleichen der unmittelbare Reichsadel und die Reichsritterschaftlichen Ortskassen [q]). Die mittelbaren teutschen Unterthanen und die Landstädte, die einem Landesherrn unterworfen sind, folglich das Recht des Fiskus nicht haben [r]), genießen diesen Vorzug

m) Moegling D. de fauore dubio vsurarum in conc. credit. qu. 2. Schmid cit. Diss. §. 21.

n) Balthasar in Collat. iur. de classificat. credit. p. 36.

o) Schoepff Dec. 340. nr. 13. et Dec. 349. nr. 2. Ludovici Concursproceß, Cap. 10. §. 29.

p) Richter D. de vniuersitate eiusque variis speciebus et iuribus. cap. 4. §. 4. Schmid D. de iure praelationis fisco intuitu tributorum prae creditore hypothecario, cuius simul pecunia fundus est acquisitus, et cui dominium a venditore cessum, competente, §. 4.

q) Beck de iure detractus, cap. 11. Obs. 6. Gmelins und Elsässers Beobachtungen, 4ter Band, Nr. VI. §. 95.

r) Beck l. c. Obs. 7. Schmid in D. cit. §. 5. Schaaf D. de iure fisci ad ciuitates mediatas municipales pertinente.

Vorzug wegen der Steuern nicht, sie müßten ihm denn durch das Herkommen oder ein besonderes Privilegium erhalten haben, welches in den mehresten teutschen Provinzen der Fall ist [s]).

Auch diese und andere dergleichen herrschaftlichen Forderungen müssen von demjenigen, welcher sie Namens des Fiskus einklagt, gehörig bewiesen, und deswegen förmliche Extracte aus den Steuerregistern, Abrechnungsbüchern, Protokollen und andern öffentlichen Urkunden vorgelegt werden.

Wenn gleich die Landstädte, weil sie das Recht des Fiskus nicht haben, das gesetzliche Unterpfand des Fiskus an dem Vermögen derer, die mit ihm contrahirt haben, nicht genießen [t]), so legt man ihnen gleichwohl an dem Vermögen ihrer Verwalter, in der Praxis, wiewohl ohne Beystimmung der Gesetze, ein gesetzliches Unterpfand bey [u]). Die für diese Meynung angeführten Gesetze beweisen nichts, sondern die Praxis gründet sich vielmehr darauf, daß die Städte und Gemeinden sich nach der L. 3. C. de iure reipubl. und der L. 4. C. ex quib. cauſ. maior. der Rechte der Pupillen und Minderjährigen zu erfreuen haben [v]).

Daß

s) Lavterbach in D. de tacito pignore, th. 11. nr. 1. Hvber in praelect. ad tit. qui potior. in pign. nr. 9. Strubens rechtl. Bedenk. 4ter Thl. 165stes Bedenken.

t) L. 10. D. ad municip. Schaaf D. de iure fiſci ad ciuitates mediatas ſeu municipales non pertinente, Sect. II. §. 18.

u) Arg. L. vlt. C. quo ordine quisque conuen. L. fin. §. 5. D. de adminiſtr. rer. ad ciuit. pert. L. 2. C. de cap. et diſtrah. pign. L. 2. C. de debit. ciuitat.

v) Hvber in Praelect. ad Dig. tit. in quib. cauſ. pign. nr. 5. Stephani de priuilegiis creditorum et eorundem ordine in concurſu, §. 15. Lavterbach in Conſ. Fac. Tubing. Vol. II. Conſ. 102. nr. 24. Richter l. c. cap. 2. §. 3. Harpprecht Scrutin. XVIII. hypoth. ſpur. §. 15. Bayer D. de pignore pupilli, §. 38.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0162
DFG

Daß ein versprochener Brautschatz auch in dem Falle gefordert werden könne, wenn über das Vermögen dessen, der diesen Brautschatz versprochen hat, der Concurs ausgebrochen ist, leidet keinen Zweifel [x]), wenn auch gleich der Versprecher zur Zeit des geschehenen Versprechens schon mehr schuldig war, als er bezahlen konnte [y]), wenn nur nichts in der Absicht geschehen ist, die Gläubiger zu hintergehen. Die römischen Gesetze haben zur Sicherheit dieses Versprechens dem Ehemanne an dem Vermögen der Ehefrau, des Schwiegervaters und eines jeden, der sich zu Bestellung eines Brautschatzes verbindlich gemacht hat, ein stillschweigendes allgemeines Unterpfand ertheilt [z]), welches sich sogar auf die Zinsen davon und den Schaden erstrecket, den er davon hat, daß ihm das Heyrathsgut von einem Dritten evincirt worden; wenn nur in diesem Falle das gegebene Heyrathsgut vorher versprochen, oder die zum Brautschatze gegebene Sache um Verkaufs willen angeschlagen, oder eine fremde, nicht angeschlagene Sache wissentlich zum Heyrathsgute gegeben worden ist [a]); denn wenn das nicht zuvor versprochene Heyrathsgut dem Manne ohne Anschlag bona fide übergeben und hernach evincirt worden ist, so steht ihm deswegen

x) de Pvfendorf in Obs. iur. vniu. Tom. I. Obs. 66. §. 4 et 5.

y) Zoller Exerc. vtrum promissio dotis a patre facta, existente postea concursu creditorum effectum habeat? Hommel Rhapf. Obs. 290.

z) §. 29. Inst. de action. L. vn. §. 1. C. de rei vxor. act. Gabr. Helfrich D. de iure dotium, th. 48. Richter D. de legali dotium hypotheca, §. 7. Schoepff Dec. 107. nr. 22 sqq. Stryck D. de iure mariti in bona vxoris, cap. 2. §. 21.

a) L. vn. §. 1. C. de rei vxor. act. L. 1. C. de iure dot. ibique Brvnnemann et in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 51. nr. 10. Lavterbach D. de tacit. pignor. th. 2. Schoepffer D. de alimentis et dote filiarum nobilium, membr. 2. nr. 32 sqq.

wegen gar keine Klage, und also auch kein Unterpfand zu [b]). Hingegen findet dieses Unterpfand auch statt, wenn die Ehefrau wider einen Dritten wegen des versprochenen Heyrathsguts klagt [c]), ja es scheint auch statt zu haben, wenn ein Dritter ein Heyrathsgut gegeben, und sich dessen Zurückgabe nach getrennter Ehe ausbedungen hat [d]). Dieses nicht-privilegirte Unterpfand haftet auf dem ganzen Vermögen der Ehefrau oder dessen, welcher das Heyrathsgut versprochen hat. Es fängt, wenn das Heyrathsgut vor der Ehe versprochen worden, von Zeit der ehelichen Verbindung an; wenn es aber erst nach eingegangener Ehe versprochen worden, von Zeit des Versprechens [e]). Bey einem nicht versprochenen, aber evincirten Heyrathsgute scheint das Unterpfand von der Zeit anzufangen, wo dem Ehemanne dieses evincirte Heyrathsgut gegeben worden ist.

Das Heyrathsgut, oder dasjenige Vermögen der Ehefrau, welches sie dem Manne zur Bestreitung der ehelichen Beschwerden übergeben hat, genoß schon nach dem ältern römischen Rechte ein persönliches Privilegium [f]); und in neuern Gesetzen ist zum Besten desselben ein privilegirtes Unterpfand an dem ganzen Vermögen des Ehemannes, oder dessen, der dieses Heyrathsgut für den Ehemann in Empfang genommen, bestellt worden [g]). Ver-

b) d. L. 1. C. Richter l. c. §. 8.

c) Zoller Obseruat. singular. circa dotem obuenientes, §. 6.

d) L. vn. §. 1. C. de rei vxor. act.

e) Lavterbach in tract. synopt. tit. de tacit. seu leg. hyp. §. 12. nr. 4 et 5. Stryck l. c. § 24.

f) L. 12. pr. C. qui potior. in pign. L. 19. pr. D. de reb. auct. iud. possid. L. 52. pr. §. 1. D. de pecul. L. 22. §. 13. D. solut. matr.

g) L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. §. 29. Inst. de action. L. vn. §. 1. C. de rei vxor. act. L. 29. L. 30. C. de iure dot. Nov. 97. cap. 2. Nov. 109. cap. 1. cap. 5. X. de pignor. Richter de legali dotium hypotheca, §. 12. Lavterbach

Vermöge desselben wird sie allen andern Pfandgläubigern, wenn sie gleich ein älteres ausdrückliches Unterpfand haben [h]), vorgezogen, sie mag Kinder haben oder nicht [i]), ihr Mann mag volljährig oder noch minderjährig seyn [k]), das Heyrathsgut mag schriftlich versprochen worden seyn, oder nur mündlich; der Mann mag es selbst oder mit dessen Einwilligung ein Anderer empfangen haben; sie mag es selbst, oder an ihrer Stelle ein Anderer gegeben haben [l]). Hier entsteht die Frage: wenn mit dem Heyrathsgute ein älteres ausdrückliches, und ein gesetzliches Unterpfand, welches noch älter ist, als das ausdrückliche, concurriren, wie sie alsdenn locirt werden? Die besondere Begünstigung des Heyrathsgutes, welche durch das Herkommen und die Praxis festgesetzt worden, entscheidet nicht unbillig für dasselbe, und giebt ihm den Vorzug vor dem ausdrücklichen und stillschweigenden Unterpfande [m]); zumal in zweifelhaften Fällen nach den gemeinen Rechten zu entscheiden ist. Eben dieses wird statt finden, wenn mit

BACH D. de tacito pignore, th. 13. WALCH D. de discrimine bonorum vxoriorum, iure Rostochiensi sublato, Sect. II. §. 11.

h) Gabr. HELFFRICH D. de iure dotium th. 47. LAUTERBACH in Conss. Fac. Tubing. Vol. II. Cons. 13 nr. 12 sqq. STRYCK in vsu mod. tit. de reb. auctor. iud. poss. §. 4. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 1ster Band, 22ste Meditat.

i) L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign.

k) GAIL Lib. II. Obs. 83. nr. 8 sqq.

l) L. vn. §. 1. C. de rei vxor. act.

m) THOMASIVS in Diss. de prioritate atque posterioritate temporis dubia atque incerta, §. 119. SCHWEDER D. de iuribus mulierum in conc. credit. ratione allodii et feudi, Sect. I. §. 8. BERGER in Oecon. iur. Lib. 2. tit. 5. §. 4. not. 2. KAPFF D. de dote pignori anteriori expresso postponenda, §. 45. Illustr. BAYER D. regulae si vinco vincentem te, vinco te ipsum, perperam in concursu creditorum locum dari, §. 5.

mit dem Heyrathsgute ein einfaches ausdrückliches, der Zeit nach älteres, und ein jüngeres privilegirtes Unterpfand concurrirt n).

Der angeführte Vorzug steht der Ehefrau auch alsdenn zu, wenn sie ihrem Manne in die erste Ehe ein Heyrathsgut gebracht, diese Ehe durch die Scheidung aufgehoben worden, und sie nachher wieder, ohne ihr Heyrathsgut zurückgenommen zu haben, mit ihrem ersten Manne aufs neue in die Ehe tritt, weil immer das in die erste Ehe eingebrachte Heyrathsgut in der zweyten wieder eingebracht worden zu seyn vermuthet wird o). Heyrathet die von ihrem Manne durch den Tod oder die Scheidung getrennte Ehefrau einen Andern, so kann jene Vermuthung, welche die Gesetze nur auf den Fall der Wiederherstellung einer getrennten Ehe unter den gleichen Eheleuten aufgestellt haben, nicht eintreten; sondern das dem zweyten Manne zugebrachte Vermögen wird für Paraphernalgut gehalten, wenn nicht erweislich Alles oder ein Theil desselben als Heyrathsgut ausdrücklich eingebracht worden p). Jener Vorzug hat nicht nur wegen des Heyrathsguts selbst statt, sondern auch wegen der Vermehrung desselben q), wenn nur, welches leicht geschehen kann, durch letztere nichts zum Betrug

n) Brvnnemann in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 72. Schoepff in D. de iure praeclus. creditor. a iudic. conc. pag. 31. cas. 1 et 2.

o) L. 30. L. 40. L. 64. D. de iur. dot. L. pen. §. 5. D. solut. matrim. Grass D. de redotatione §. 10. pag. 11. Schoepff D. de reuiuiscentia iurium cas. 10. Meister D. de bonis vxoris ex Romani iuris praesumtione non paraph. sed dotal. §. 10.

p) Renz in D. iura rei vxoriae ad normam societatis bonorum coniugalium exacta, §. 4.

q) L. 31. §. vlt. D. solut. matr. Arg. L. 8. C. de iure dot. Nov. 97. c. 2. Brvnnemann in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 28. Richter cit. D. §. 25.

Betrug der Gläubiger geschehen ist [r]). Es erstreckt sich auch auf die nach getrennter Ehe genossenen Früchte [s]), und die von dem Heyrathsgute schuldigen Zinsen [t]). Verschiedene Rechtslehrer haben behauptet, der angeführte Vorzug erstrecke sich auch auf die sogenannte, von dem Heyrathsgute unterschiedene Aussteuer, weil sie als ein Anhang des Heyrathsgutes zu betrachten sey [u]); allein da diese Aussteuer neben dem Heyrathsgute gegeben und eben dadurch angezeigt wird, daß sie nicht zum Heyrathsgut gehöre, so ist die Meynung derjenigen gegründet, welche solche blos dem Paraphernalvermögen gleich halten, weswegen blos ein einfaches Unterpfand statt habe [x]). Gegründet ist der gedachte Vorzug wegen des für das Heyrathsgut erhaltenen Kaufgeldes [y]); desgleichen wegen desjenigen dotalitii, welches als ein Ersatz des Heyrathsgutes also festgesetzt worden, daß es die Ehefrau statt desselben empfängt, und folglich das Heyrathsgut nicht fordern kann [z]); jedoch fällt in diesem Falle das dotalitium nach dem Tode der Frau zur Concursmasse zurück, weil damit ihr Recht darauf aufgehört hat [a]).



r) Nov. 97. cap. 2. in med. Boehmer D. de suspectis conuentionum formulis, cap. 2. §. 42.

s) Arg. L. vn. §. 7. C. de rei vxor. act. L. 11. L. 31. §. fin. D. solut. matr.

t) L. vn. §. 7. C. L. 18. D. qui pot. in pign. Lauterbach in tract. syn. tit. de legal. s. tac. hypoth. §. 23.

u) Renz in D. iura rei vxoriae ad normam societatis bonorum coniugalis exacta, §. 13.

x) Häberlins Hofgerichtsurtheile, Bescheide ꝛc. S. 612. Schoepff Dec. 344. nr. 17 et 18. Pierer in D. de differentia dotis et instructus muliebris, cap. 7.

y) Lauterbach D. de tacito pignore, th. 23. nr. 2 sqq.

z) Mylius in D. de muliere domina, cap. 3. §. 15. Stryck de iure mariti in bona vxoris cap. 2. nr. 62 sqq.

a) Hommel Progr. de iuribus vxoris nobilis in concursu mariti, §. 12.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0167 DFG

Der Ehefrau, welche bey entstandenem Concurs über ihres Mannes Vermögen alles, was sie erweislich demselben zugebracht hat, ganz, nicht nur in so weit er dadurch reicher geworden, zurückzufordern berechtigt ist [b]), kommt in Ansehung ihrer Paraphernalgüter, oder derjenigen, welche sie ihrem Ehemanne außer dem Heyrathsgute in die Ehe gebracht und seiner Verwaltung überlassen hat [c]), zwar nicht eben das Privilegium, welches wegen des Heyrathsgutes statt hat, aber doch ein einfaches gesetzliches Unterpfand an dem ganzen Vermögen des Mannes zu [d]). Wenn dieses Unterpfand statt finden soll, so wird erfordert, 1) daß die Paraphernalgüter nicht durch einen Zufall verlohren gegangen, weil in diesem Falle die Frau, als Eigenthümerin, den Unglücksfall tragen muß, und den Werth dieser Dinge von dem Ehemanne, als bloßem Verwalter, nicht zurück fordern kann [e]). 2) Ist nöthig, daß die Frau diese Art des Vermögens nicht nur wirklich eingebracht, sondern auch 3) die Verwaltung desselben dem Manne überlassen hat; denn überläßt ihm die Frau von einem Theile ihres Vermögens die Verwaltung nicht, sondern besorgt solche selbst, so hat sie deswegen weder ein stillschweigendes Unterpfand an dem Vermögen des Mannes, noch ein anderes Vorzugsrecht [f]), wenn gleich der Mann etwas damit vorgenommen haben sollte, aber

b) L. 17. C. de donat. int. vir. et vxor.

c) Stryck in vsu mod. Dig. §. 4. ad quaest. 7. de reb. aut iud. possid. Walch Diss. de discrimine bonorum vxoriorum, iure Rostochiensi sublato, Sect. I. §. 2.

d) L. fin. C. de pact. conu. Gail Obs. Libr. II. Obs. 92. nr. 10. Walch cit. D. Sect. II. §. 12. Meister D. de bonis vxoris, ex iuris Romani praesumtione non paraphernalibus, sed dotalibus, §. 5. not. 19.

e) Lavterbach in Conss. Fac. Tub. Vol. II. Cons. 102. nr. 3.

f) Stryck D. de iure vxoris in bona mariti, cap. 2. nr. 76 sqq. Meister cit. §. 5. pag. 30 sqq.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0168
DFG

aber ohne Einwilligung der Frau. Fordert die Frau Geld, welches sie ihrem Manne gelehnt hat, zurück, so genießt sie das stillschweigende Unterpfand nicht [g]); dagegen hat sie den Vortheil, daß sie von diesen vorbehaltenen Gütern Früchte und Zinsen fordern kann [h]).

Das nicht privilegirte Unterpfand der Ehefrau wegen ihres Paraphernalvermögens haftet auf dem ganzen Vermögen des Ehemannes [i]), fängt von der Zeit des Einbringens der Paraphernalgüter [k]), oder vielmehr von der Zeit an, wo der Mann die Nutzungen davon zu ziehen angefangen, nicht aber erst von der Zeit an, wo sie der Mann veräußert hat, wie Huber [l]) behaupten wollen. Es geht dieses Unterpfand auf alle Erben, mithin auch auf die Kinder der Ehefrau über [m]). Ist die Theilung der mütterlichen Verlassenschaft geschehen, und das mütterliche Erbtheil der Kinder dem Vater zur Verwaltung und Benutzung überlassen worden, so verwandelt sich das Paraphernalgut in mütterliches Erbgut, wegen dessen den Kindern zwar auch ein gesetzliches Unterpfand, aber erst von Zeit der vom Vater angetretenen Verwaltung an, zusteht.



g) Stryck D. de iure mariti in bona vxoris, cap. 4. §. 8. Richter l. c. §. 28. Balthasar in Collat. iur. de classif. cred. pag. 76.

h) Renz D. iura rei vxoriae ad normam societatis bonorum coniugalis exacta, §. 19.

i) L. fin. C. de pact. conu. Brvnnemann in Proc. concr. credit. cap. 5. §. 7. ibique Stryck voc. paraphernalium. Senckenberg de iure et priuilegio dotis illatorumque, cap. 1. §. 8.

k) Mylius D. de muliere domina, §. 18.

l) Hvber ad tit. in quib. caus. pign. nr. 2.

m) Schoepff Dec. 107. nr. 14. Fedden D. de tacitis hypoth. quae liberis in bonis parentum competunt, §. 17.

Für ihren Antheil an den Hochzeitgeschenken [n]), für das, was sie, wo keine Gemeinschaft des Errungenen unter den Eheleuten statt hat, durch ihre Kunst erwirbt [o]), und für alle Sachen, die ihr von dem Ehemanne oder von andern Personen auf gültige Weise geschenkt worden sind, hat die Ehefrau ebenfalls ein stillschweigendes Unterpfand, wenn sie diese Dinge der Verwaltung des Ehemannes überlassen, und also Paraphernalgut daraus gemacht hat [p]). Kein gesetzliches Unterpfand hat die Frau weder wegen der Morgengabe [q]), oder des versprochenen Brautgeschenkes [r]), noch wegen dessen, was die Schwiegereltern dem Schuldner geliehen, noch wegen der Errungenschaft, welche sie nämlich auch da, wo eine Gemeinschaft des Errungenen Statt hat, bey entstandenem Concurs über ihr Vermögen fordern kann, wenn sie nicht Verzicht darauf geleistet hat, oder sie der Mann erst nach getrennter Ehe verschwendet, oder des Mannes Vermögen blos mit solchen Schulden beladen ist, die er allein bezahlen muß [s]). Wo keine Gemeinschaft des Errungenen statt hat, kann die Frau nicht selten die Früchte des Paraphernalvermögens zurückfordern [t]), und hier ist kein Zweifel, daß sie auch wegen dieser das gesetzliche Unterpfand habe.

Den Kindern steht nach dem gemeinen Rechte ein einfaches gesetzliches Unterpfand an dem ganzen Vermögen des Vaters zu, wegen ihrer von der Mutter erhaltenen Güter,

n) Pet. Mvellер D. de donis nuptial. cap. 4. §. 7.

o) Baver D. de iure artificialibus vxorum operis acquisitorum, §. 14.

p) Mvellер D. de bonis constante matrimonio quaesitis, cap. 7. §. 1. Richter D. de legal. dot. hyp. §. 30.

q) Harpprecht in scrut. XVIII. hypoth. spur. §. 6. Senckenberg cit. Diss. cap. 1. §. 6.

r) Harpprecht l. c. §. 5.

s) Idem l. c. §. 7.

t) Seiz l. c. §. 33 sqq.

Güter, und derjenigen, welche mütterlicher Art ſind [u]); es mag der Vater in die zweyte Ehe getreten ſeyn, oder nicht. Güter mütterlicher Art nennt Struben [x]) nur diejenigen, welche von den mütterlichen Verwandten in anſteigender Linie herrühren [y]). Neuerlich hat Fedden [z]) dieſes geſetzliche Unterpfand an dem Vermögen des Vaters ſehr beſtritten, und behauptet, daß den Kindern außer dem Fall der zweyten Ehe kein anderes geſetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Vaters zuſtehe, als wenn ſie eine Sache von ihrer Mutter geerbt haben; allein ſo viele Wahrſcheinlichkeit auch dieſe Meynung bey den undeutlichen Ausdrücken des Juſtinians hat, ſo ſpricht man doch in der Praxis ganz nach jener Meynung. Alle Kinder haben an dem ganzen Vermögen des Vaters und der Mutter ein geſetzliches Pfandrecht wegen derjenigen Güter, welche der überbleibende Ehegatte von dem andern geerbt oder geſchenkt bekommen hat, die er aber wegen ſeiner zweyten Verheyrathung wieder verliert, und den Kindern aus der erſten Ehe, unbeſchadet ſeiner Nutznießung und Verwaltung, wieder herausgeben muß [a]). Kein geſetzliches Unterpfand haben die Kinder an dem Vermögen des Vaters wegen ſolcher Güter, die nicht mütterlich noch mütterlicher Art ſind, wenn ſchon der Va-



u) L. 8. §. vlt. C. de ſec. nupt. L. 6. §. vlt. C. de bonis, quae lib. Schoepff Dec. 284. nr. 14. Schulting in theſ. controv. decad. 76. nr. 6. in Comment. Acad. Vol. III. pag. 264. Hellfeld D. de diuerſo pignoris iure, liberis in bonis parentum competente, §. 17. in Opuſc. nr. 7.

x) Strubens rechtl. Bedenken, 3ter Thl. 54. Bedenk.

y) L. 2. C. de bon. mat.

z) Fedden in D. de tacitis hypothecis, quae liberis in bonis parentum competunt.

a) L. 3. L. 5. pr. et §. 2. L. 6. L. 8. §. 4 et 5. C. de ſec. nupt. Nov. 22. cap. 34. Hellferich D. de ſecund. nuptiis, §. 11. Huber ad tit. in quib. cauſ. pign. nr. 3. Fedden Diſſ. cit. §. 14.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0171 DFG

ter deren Nutznießung und Verwaltung hat, noch wegen der rerum profectitiarum, die sie zurückfordern [b]); auch nicht wegen solcher Sachen, welche zum peculio castrensi, quasi castrensi und aduentitio irregulari gehören, wenn sie auch der Vater als natürlicher Vormund verwaltet [c]), noch wegen der mütterlichen Sachen, welche der Vater nicht verwaltet hat [d]), selbst nicht einmal wegen der Pathengeschenke, es müßten denn solche von den Verwandten mütterlicher Seite herrühren, und der Vater die Verwaltung und Benutzung derselben gehabt haben [e]). Noch weniger haftet ein solches Pfandrecht auf dem Vermögen des Vaters, wenn er das Vermögen der Kinder über die gebührende Zeit benutzt hat, so wie auch das Vermögen der Mutter nicht damit beschwert ist [f]). Damit das zeither genannte stillschweigende Unterpfand Statt habe, wird erfordert, 1) daß sich die Kinder der väterlichen Erbschaft entschlagen, oder solche doch nur mit der Wohlthat des Inventariums angenommen haben; denn sonst können sie gar nichts aus derselben zurückfordern [g]). 2) Müssen diese Sachen nicht durch einen Zufall verlohren gegangen seyn, weil sie sonst den Kindern verlohren gehen, und

b) Thomasius in Progr. de vsu peculii practico, pag. 6 sqq.

c) Struben a. a. O.

d) Frommann D. de administratione aduentitiorum legitima, §. 36. Leyser Spec. 164. Med. 8. Hellfeld cit. D. §. 8 sqq.

e) Frommann D. cit. Harpprecht in scrut. XVIII. hypoth. spur. §. 14. Schoepff Dec. 284. nr. 15. Hellfeld cit. Diss. §. 33. Lvz in D. sub Praes. D. Kapff defensa de iure pecuniae lustricae, speciatim in concursu creditorum, §. 19.

f) Lavterbach Diss. iur. ciu. et Wirt. Part. II. th. 9. Thomasius l. c. pag 9. Hellfeld l. c. §. 35.

g) Harpprecht Cons. Tub. 59. nr. 68 sqq.

und also nicht zurück gefordert werden können [h]); es müßten denn Dinge seyn, welche durch den Gebrauch abgenutzt werden, und deren Eigenthum also gleich auf die nutznießenden Eltern übergeht, besonders wenn sie angeschlagen worden, weil dieses des Verkaufs wegen geschehen zu seyn vermuthet wird [i]). 3) Werden nach dem gemeinen Rechte mütterliche Güter, davon der Vater die Benutzung zieht und die Administration hat, erfordert. 4) Hat nur alsdenn ein Unterpfand statt, wenn das Vermögen der Kinder des Vaters Benutzung unterworfen ist.

So oft die Kinder mütterliches Vermögen in dem Concurs über ihres Vaters Vermögen fordern, muß es solches Vermögen seyn, welches Heyrathsgut oder Paraphernalgut ihrer verstorbenen Mutter war. Als Erben der Mutter können sie es nur alsdenn fordern, wenn nach der Mutter Absterben ihr Vermögen noch ungetheilt bey dem Vater ist; sobald aber die Theilung geschehen ist, werden nach der Praxis die Kinder nicht mehr nach den Rechten der Mutter, sondern nach ihrem eigenen Rechte als mit mütterlichem Gute locirt; es müßte denn mit ihnen die zweyte Frau ihres Vaters ihr Heyrathsgut zurückfordern, in welchem Falle sie mit ihrem mütterlichen Vermögen, in soweit es erweislich der Brautschatz ihrer Mutter war, der Stiefmutter wegen ihres Heyrathsguts vorgehen. Das mütterliche Heyrathsgut fordern die Kinder, wenn sie Namens ihrer Mutter eintreten, kraft des damit verbundenen privilegirten Pfandrechts in der zweyten Klasse, und das Paraphernalvermögen der Mutter, auch Kraft des ihr deswegen zustehenden einfachen Pfandrechts in der dritten Klasse. Wegen ihrer noch vorhandenen Vermögensstücke genießen sie allezeit das Absonderungsrecht, die hinweggekommenen Stücke hingegen fordern sie nach demjenigen



h) Lauterbach in Conss. Fac. Tub. Vol. III. Conf. 233. nr. 23.

i) Idem l. c. nr. 40 sqq.

Werthe, den sie zur Zeit der übernommenen väterlichen Verwaltung hatten, und nicht nach dem, den sie zur Zeit der Wiederherausgabe haben, zurück [k]). Ob die Kinder volljährig oder minderjährig sind, oder der Vater ihr Vermögen aus Bosheit oder aus Nachläßigkeit übel verwaltet hat, darauf kommt bey der Begründung des ihnen zustehenden Pfandrechts nichts an [l]).

Aus dem Angeführten erhellet, was die Kinder zu beweisen haben, wenn sie sich auf das gesetzliche Pfandrecht berufen wollen; nämlich, daß sie Vermögen gehabt haben, welches der Verwaltung und Benutzung ihres Vaters unterworfen gewesen; daß dieses Vermögen mütterliches, oder mütterlicher Art gewesen. Behauptet ein Gläubiger, daß sich die Kinder in die väterliche Erbschaft eingelassen, oder daß ihre Vermögensstücke durch einen Zufall verlohren gegangen, mithin keine Zurückforderung statt habe, so liegt ihm der Beweis seines Angebens ob. Dieses Unterpfand ist nicht privilegirt, und fängt nicht erst von der Zeit der übelgeführten, sondern der angefangenen [m]), oder vielmehr der anzufangenden Verwaltung des Vaters, also in Ansehung des mütterlichen von der Zeit an, wo der Vater die mütterliche Erbschaft im Namen der Kinder hätte antreten sollen [n]); so, daß von dieser Zeit an die Vermögensstücke der Eltern auf Fremde nicht anders, als mit dem den Kindern zustehenden Unterpfande übergehen [o]); jedoch können die Kinder aus diesem Grunde die Veräußerung

k) Schoepff Dodecim differentiae iur. commun. et Wirt. §. 7.

l) Lavterbach in tract. syn. tit. de tacitis s. legal. hypoth. th. 46.

m) L. 6. §. vlt. C. de bonis quae liber.

n) Berger in Oecon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 3. lit. d.

o) Arg. L. 18. C. de pignor. et hyp. L. 12. C. de distract. pignor. Harpprecht cit. Conf. 59. nr. 58. Lavterbach D. de tacito pign. th. 39. Hellfeld c. l. §. 26.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0174
DFG

rung derſelben nicht anfechten oder verhindern p). Uebrigens haben die Kinder wegen ihres Pflichttheils, oder deſſen Ergänzung, kein ſolch ſtillſchweigendes Pfandrecht zu genießen q).

Nach dem römiſchen Rechte muß die verwittwete Mutter, wenn ſie ihrer Kinder Vormünderin werden will, ehe ſie von der Obrigkeit als Vormünderin beſtätigt wird, eydlich verſprechen, daß ſie ſich nicht wieder verheyrathen wolle. Verheyrathet ſie ſich gleichwohl, nachdem ſie die Vormundſchaft ihrer Kinder übernommen, gegen dieſen Eyd, ehe ſie ihren Kindern einen andern Vormund beſtellen laſſen, Rechnung abgelegt und das, was ſie aus der Vormundſchaft ſchuldig iſt, bezahlt hat, ſo haben die Kinder nicht nur an dem Vermögen ihrer Mutter, ſondern auch des Stiefvaters oder desjenigen, an welchen ſich ihre Mutter dem Eyde zuwider verheyrathet hat, ein ſtillſchweigendes Unterpfand wegen alles deſſen, was ſie aus der vormundſchaftlichen Verwaltung ihres Vermögens zu fordern haben r). Ein gleiches Unterpfand haben auch die natürlichen unehelichen Kinder an dem Vermögen ihrer Mutter, wenn ſie ihre Vormünderin geweſen, und an dem Vermögen deſſen, den ſie geheyrathet hat s). Dieſes Unterpfand iſt allgemein, und haftet auf dem ganzen Vermögen

p) L. 8. §. 5. C. de ſec. nupt. THOMASIVS l. c. pag. 10.

q) LAVTERBACH in tract. ſynopt. tit. de legal. ſ. tacit. hypoth. th. 48.

r) L. 2. C. quando mul. tutor. offic. fung. L. 6. C. in quib. cauſ. pign. L. 8. §. 4. C. de ſec. nupt. welche Geſetze aus der Nouella Theodoſii quinta de tutor. und der L. vlt. C. de tutor. et curat. creand. genommen ſind. MVELLER D. de odio ſecundarum nuptiarum, cap. 4. §. 5. HELLFELD D. de diuerſo pign. iure liberis in bonis parentum competente, §. 39 ſqq. BALTHASAR in collat. iur. de claſſif. cred. pag. 77. FEDDEN D. de tacitis hypothecis, quae liberis in bonis parentum competunt, §. 9.

s) NOV. 22. cap. 40. pr.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0175
DFG

mögen der Mutter und des Stiefvaters, und fängt bey jener von Zeit der übernommenen Vormundschaft, bey diesem aber von der Zeit an, da er die Mutter geheyrathet hat.

Den Pupillen und Minderjährigen hat das römische Recht wegen dessen, was ihnen der Vormund oder Pfleger aus der geführten Verwaltung ihres Vermögens schuldig ist, anfänglich blos ein persönliches Privilegium [t]), nachher ein stillschweigendes Pfandrecht ertheilt [u]), welche Hypothek aber nicht privilegirt ist [x]), wiewohl Berger es behaupten wollen. Nach dem römischen Rechte steht dieses Unterpfand nur den Pupillen und Minderjährigen zu [y]), wiewohl es auch den Tollen nicht ohne Grund zugeschrieben wird [z]); auf Verschwender aber und Andere kann es nicht ausgedehnt werden [a]). An dem Vermögen derer, denen von einer Privatperson die Verwaltung ihres Vermögens auf-

t) L. 19. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. L. 42. L. 44. §. 1. D. de admin. tut. L. 52. pr. et §. 1. D. de pecul.

u) L. 20. C. de administr. tut. L. vn. §. 1. C. de rei vxor. act. NOV. 118. cap. 5. in fine. FALCKNER D. de iuribus impuber. singular. cap. 5. §. 11. HVBER in praelect. ad tit. in quib. caus. nr. 4. et ad tit. qui potior in pign. nr. 20. CHLINGENSPERG D. de tutelis et curat. ass. 100. nr. 3. HELLFELD D. de eo, quod in hypoth. tacita minoribus competente aequum videtur, in Opusc. et Diss. iur. ciuil. nr. 12. WALCH D. de hypotheca pupillorum ac minorum feudali Saxonica tacita, §. 1.

x) SCHLITTE D. de eo, qui posterior tempore, prior iure, cap. 3. BRVCKNER D. de rationibus administratorum, cap. 5. th. 3. BERGER in D. de iure fisci in dubiis quaestionibus, §. 39.

y) SCHOEPFF Dodecim different. iur. ciuil. et Wirt. th. 12.

z) L. fin. §. 5. C. de curat. fur. BERGER in Oecon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 2. not. 1. BAVER D. de pignore pupilli, §. 31. 32.

a) BAVER l. c. §. 33 sqq.

aufgetragen worden; der Bevollmächtigten oder Gewalthaber, oder derer, welche ohne Vollmacht des Andern Geschäfte besorgen, und überhaupt aller freywilliger Verwalter [b]), wenn sie gleich aus Bosheit die Verwaltung übel geführt haben [c]), hat kein dergleichen Unterpfand statt. Wenn daher ein Minderjähriger nach zurückgelegter Minderjährigkeit seinem gewesenen Vormunde aus freyem Willen die Verwaltung seines Vermögens noch ferner überläßt, so hat er wegen dessen, was ihm der gewesene Vormund aus dieser fernern Verwaltung schuldig geworden, kein gesetzliches Pfandrecht. Verlangt der Volljährige nach zurückgelegter Minderjährigkeit von seinem zeitherigen Curator die Ablegung der Rechnung, und die Abtretung von der Güterverwaltung, der Curator unterläßt es aber Rechnung abzulegen, so dauert das gesetzliche Unterpfand fort, wenn gleich der Pfleger die Verwaltung noch Jahre lang wider des Eigenthümers Willen fortgesetzt haben sollte. Eben so findet dieses Unterpfand wegen derjenigen Summen, die der Pfleger noch schuldig geblieben ist, und für die davon zu entrichtenden Zinsen statt, er mag mit Berichtigung dieser Schuld so lange säumig gewesen seyn, als er will, wenn nur keine Novation vorgenommen worden ist. Auf den Gütern vieler nothwendiger Pfleger, nämlich der Kriegsvögte der Frauenzimmer [d]), der Pfleger der Minderjährigen bey einem Proceß [e]); des von dem Vormund oder Pfleger bestellten Actoris oder Bevollmächtigten [f]); des Bürgen der Vormünder oder Pfleger; eines Voll-

b) LAVTERBACH in tract. synopt. tit. de legal. seu tac. hyp. th. 40.

c) HARPPRECHT in trutina viginti pignor. spur. th. 10. nr. 60.

d) OTTO D. de perpetua feminarum tutela cap. 2. §. 8. BERGER cit. not. 1. REINHART D. genuina curae sexus et aetatis differ. cum vsu pract. §. 29.

e) HARPPRECHT Diff. iur. ciuil. et Wirteb. §. 7. nr. 64.

f) NEGVSANTIVS in tract. de pignor. Part. II. mbr. 4. nr. 9.

Vollstreckers der letzten Willen, wenn sie auch pias cauſſas betreffen ſollten [g]); des Verwalters der Einkünfte einer Handwerkszunft [h]), und der im Nothfall belangten Obrigkeit [i]), haftet dieſes ſtillſchweigende Unterpfand niemals, ſo wie es auch mit der Klage des Vormundes oder Pflegers gegen den Pupillen oder Minderjährigen niemals verknüpft iſt [k]). An dem Vermögen der Protutorum ertheilt zwar kein Geſetz, aber doch die allgemeine Praxis ein ſtillſchweigendes Unterpfand [l]), und eben dieſes wird nach den Geſetzen und Gewohnheiten der meiſten Orte, welche jedoch immer zu beweiſen ſind, weil dieſes Pfandrecht im gemeinen Rechte nicht gegründet iſt [m]), nach dem Beyſpiele der Minderjährigen, allen Kirchen, Hoſpitälern und andern piis corporibus an dem Vermögen ihrer Verwalter geſtattet [n]), wiewohl andere Rechtslehrer an der allgemeinen Praxis mit Recht zweifeln [o]).

Zu dem ſtillſchweigenden Unterpfande der Pupillen und Minderjährigen wird 1) erfordert, daß ihnen der Vor-

g) Harpprecht ſcrutin. XVIII hypoth ſpur. §. 12.

h) Idem l. c. §. 16. Weiſſer, Recht der Handwerker, 3ter Abſchn. §. 28. S. 55.

i) Arg. L. 1. §. 14. D. de magiſtr. conu. Baver cit. D. §. 22.

k) Grass in Praxi antiquo moderna actionum forenſium in ſpecie directarum et contrariarum, Sect II. §. 5.

l) Lavterbach D. de tacito pignor. th. 35. Grass Delibata ex materia iuris protutorum, th. 7. Baver cit. Diſſ. §. 21.

m) Beyer D. de tacito pignore, cap. 3. §. 6. Harpprecht in Conſ. nov. 69. nr. 115. et Conſ. nov. 74. nr. 24.

n) Lavterbach D. ad iur. prov. Wirt. Part. I. th. 94. Boehmer D. de adminiſtratoribus bonorum eccleſiae, cap. 3. §. 6. Baver cit. Diſſ. §. 38. Meister Singul. iuris Statut. Luneb. in materia conc. creditor. §. 27.

o) Gonne in D. de Xenodochiorum rationibus cap. quaedam ſelect. §. 13.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0178
DFG

Vormund oder Pfleger aus der Vormundschaft etwas schuldig geworden ist; denn an dem Vermögen anderer Personen, die ihnen etwas schuldig sind, haben sie kein gesetzliches Pfandrecht p), und nur hin und wieder genießen die Pupillen, vermöge eines Herkommens, ein persönliches Privilegium an dem Vermögen aller ihrer Schuldner, wie z. B. in der Herrschaft Haigerloch q). Ob der Vormund und Pfleger ein gesetzlicher oder ein im Testament ernennter, ob es eine Mannsperson oder eine Frauensperson, nämlich die Mutter oder die Großmutter sey, ob der Vormund oder Pfleger selbst verwalte, oder einem Andern die Verwaltung überlasse, ist immer einerley r); nur daß der, welcher nicht selbst verwaltet, erst alsdenn, wenn der verwaltende Mitvormund nichts mehr zu bezahlen hat, zur Bezahlung angehalten werden kann s). Uebrigens haftet selbst auf dem Vermögen des nur Ehren halber, oder zur Aufsicht gegebenen Vormundes das gegenwärtige stillschweigende Unterpfand t). Es wird zur Begründung dieser Hypothek 2) erfordert, daß die Schuld wegen der übel geführten oder vernachläßigten u) Verwaltung des Vermögens des Pupillen oder Minderjährigen entstanden sey. Wenn nun gleich das stillschweigende Unterpfand auf andere Schulden des Vormundes nicht ausgedehnt werden kann, so findet es doch statt, wenn der Vormund entweder allein, oder mit Zuziehung eines besondern zu dieser Handlung nöthigen Curators, oder des Mitvormundes, ein Darlehn aus des Pupillen Vermögen bekommt, oder auf andere

p) HARPPRECHT in Conf. Tub. 60. nr. 85 et 92. et Resp. 92. nr. 31 sqq.

q) Gmelins Ordnung der Gläubiger, S. 272.

r) LAUTERBACH D. de tacito pignore, th. 38.

s) L. 8. C. de admin. tutor. L. 2. C. si tutor vel curator. BAYER cit. Diss. §. 14.

t) IDEM l. c. §. 17 sqq.

u) L. 20. D. de admin. tut. tot. tit. C. si tutor vel curat. non gess.

andere Weise, z. B. als Bürge, in welchem Falle er ebenfalls tutelae iudicio gehalten ist [x]), dem Pupillen etwas schuldig geworden ist [y]); ja sogar wegen einer Schuld, welche der Vormund dem Vater des Pupillen zu bezahlen hatte, wird es begründet; denn in diesen beyden Fällen hat der Vormund gefehlt; im erstern, daß er sich, da er doch nicht bezahlen konnte, des Pupillen Geld geborgt, oder borgen lassen, oder es nicht von sich selbst wieder gefordert hat, da er noch bezahlen konnte. Im zweyten, daß er des Pupillen vom Vater herrührende Forderung nicht zu rechter Zeit, da er noch zu bezahlen im Stande war, von sich selbst eingetrieben hat, weswegen er mit der Vormundschaftsklage belangt werden kann [z]); hat aber diese wider den Vormund statt, so haftet auch auf seinem Vermögen ein stillschweigendes Unterpfand [a]); und daher ist der Fall selten, wo die Forderung eines Pupillen oder Minderjährigen an den Vormund oder Pfleger nicht mit einem Pfandrechte verknüpft ist, es müßte denn der Zahltag erst nach geendigter Vormundschaft oder Pflegschaft einfallen [b]).

Dieses stillschweigende Unterpfand hat nicht nur wegen der Vormundschaftsschuld selbst statt, sondern auch wegen der davon schuldigen Zinsen, und wenn der Vormund des Pupillen Geld in seinen Nutzen verwendet hat, erstreckt es sich auf die Zinsen von Zinsen [c]). Was der Gläubiger dabey zu erweisen habe, ist leicht einzusehen, nämlich, daß

x) L. 69. D. de fideiuss.

y) Brockes D. de tacita pupilli hypotheca per mutuum tutoris non expirante, §. 16 sqq.

z) L. 6. §. 4. L. 9. §. 1. D. de admin. tut. Arg. L. 31. D. mandat. Strubens rechtl. Bedenk. 4ter Thl. 149 Bedenk.

a) L. 9. §. 1. D. de administr. tut.

b) Lavterbach in Conss. Fac. Tub. Vol. III. Cons. 210. nr. 105.

c) Mencken D. de tutore et curatore ad vsuras ex suo debito vsurarum obligato, th. 31.

daß ihm der Schuldner etwas wegen der geführten Vormundschaft oder Pflegschaft schuldig sey.

Das stillschweigende Unterpfand des Pupillen wird durch die ausdrückliche Verpfändung aller Güter nicht gehindert, welche an den mehresten Orten von den Vormündern gefordert zu werden pflegt [d]); ja letztere ist vielmehr dem Pupillen nützlich, nicht nur deswegen, daß sie ihm nach manchen Provinzialrechten manchmal den Vorzug vor dem Brautschatz verschafft, sondern auch darum, daß öfters der Vormund seine Güter gerichtlich vor der Obrigkeit, die ihn bestätigt, verpfänden muß, und der Pupill dadurch ein öffentliches Unterpfand erlangt. Dieses stillschweigende Unterpfand erstreckt seine Wirkung auch gegen die Erben des Pflegers oder Vormundes, jedoch so, daß er nur die von diesen ererbten Güter betrifft [e]); so wie es auch als ein dingliches Recht allen Erben und Nachfolgern des Pupillen zusteht, da hingegen sein persönliches Privilegium auf die Erben nicht übergeht [f]). Es haftet dieses Unterpfand auf allen Gütern der Pfleger und Vormünder, beweglichen und unbeweglichen, sowohl denen, welche sie zur Zeit der geführten Pflegschaft und Vormundschaft schon besessen, als auch denen, welche sie erst nach beendigter Vormundschaft erworben haben [g]), und es fängt nicht erst von der Zeit der Verurtheilung des Vormundes, oder der schlechten

d) BREVNING Spec. iur. controu. de differentia cautionis, rem pupillo saluam fore, ex iure Romano et foro hodierno, §. 6.

e) Arg. L. 29. pr. D. de pignor. NEGVSANTIVS de pignoribus, Part. II. Mbr. 4. nr. 11. LAVTERBACH in tract. syn. tit. de legal. s. tacit. hyp. th. 34.

f) LAVTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 41. BAVER in cit. Diss. §. 25. WALCH Progr. de priuilegio pupilli ad L. 19. D. de reb. auct. iud. poss. eiusque heredi denegato. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 1ster Band, 37ste Meditat.

g) LAVTERBACH l. c. §. 43.

schlechten Verwaltung, sondern gleich von der Zeit an, wo der Schuldner Pfleger oder Vormund zu seyn angefangen hat [h]), oder vielmehr von der Zeit an, da er die Pflegschaft oder Vormundschaft hätte übernehmen sollen [i]), und in Teutschland, wo die Vormünder in Eyd und Pflicht genommen werden, vom Tage der Bestätigung an, wenn sich gleich die Güter des Pupillen oder Minderjährigen erst nach der Uebernahme vermehrt haben sollten [k]). Das Unterpfand wird weder durch Endigung der Vormundschaft oder Pflegschaft, noch durch Ablegung der Rechnung, sondern allein durch die geschehene Bezahlung wieder getilgt [l]). Endlich haftet das Unterpfand der Pupillen allein auf den Allodial- und nicht auf den Lehngütern [m]); jedoch wird nach der gemeinen Meynung, wenn der Lehnsherr den Vormund oder Pfleger bestellt, diese Bestellung für seine Einwilligung gehalten, und alsdenn haftet das Unterpfand in Ermangelung der Allodialgüter zum Nachtheil des Lehnsherrn auch auf dem Lehne, wenigstens in Churſachsen [n]), woran aber nach dem gemeinen Rechte billig

h) Iac. GOTHOFREDVS ad L. 1. C. Theod. de adminiſtr. tut. et curat. Arg. L. 6. §. vlt. C. de bonis, quae lib. CRELL D. de retentione hypothecae ob nouum debitum non permiſſa, §. 5.

i) L. 15. C. de excuſ. tut. L. 1. §. 1. D. L. 6. C. de adminiſtr. tut. BROCKES cit. Diſſ. §. 13. BAVER D. ex quo tempore tacita pupilli hypotheca bona tutoris afficiat? §. 2 et 3.

k) LAVTERBACH l. c. §. 46. CRELL D. de debito et hypotheca conditionali, th. 7.

l) HOFACKER in Princ. iur. ciuil. Romano-German. §. 1183.

m) WALCH in Diſſ. de hypotheca pupillorum ac minorum feudali Saxonica tacita, §. 4 ſqq. BAVER D. de tacita hypotheca pupillo in bonis tutoris allodialibus pariter atque feudalibus in territorio et extra territorium ſitis competente §. 11.

n) SIEGEL D. an hypotheca tacita in feudo debito feudali contrahatur? §. 3.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0182
DFG

billig zu zweifeln ist o); den Stammsverwandten und Mitbelehnten aber kann diese Last nicht schaden; so gewiß es übrigens ist, daß die Pupillen und Minderjährigen an den Früchten des Lehngutes ihres Vormundes allerdings ein stillschweigendes Unterpfand haben p).

Nach dem römischen Rechte steht der Ehefrau an dem Vermögen ihres Mannes, zur Sicherheit der Wiederlage, oder donationis propter nuptias, auf welche sie aus einem Gedinge, Gesetz oder Gewohnheit zu klagen berechtigt ist, ein stillschweigendes Unterpfand zu q); welches Unterpfand auch demjenigen dotalitio, so anstatt dieser Wiederlage verlangt wird, zuzuschreiben ist. Verlangt die Ehefrau diese Wiederlage als eine für das Heyrathsgut besonders versprochene Sache, damit ihr durch solche der Brautschatz ersetzt werde, so genießt sie deswegen das privilegirte Unterpfand des Heyrathsgutes r); gleichwie auch kein Zweifel ist, daß, wenn sie wegen derselben sich ein gerichtliches Unterpfand bestellen lassen, sie unter die gerichtlichen Pfandgläubiger gesetzt werde s).

Dieses Unterpfand geht auch auf die Kinder oder andere Erben der Ehefrau über t), ist aber nicht privilegirt,



o) WALCH in cit. Diss. §. 18 sqq.

p) WALCH in cit. Diss. §. 17 sqq.

q) L. 12. §. 2. C. qui potior. in pign. L. 29. C. de iure dot. NOV. 109. cap. 1. RICHTER D. de legali dotium hypotheca, §. 30. LAVTERBACH in D. de donatione propter nuptias, th. 55. nr. 3. et in Diss. de tacito pign. th. 24. nr. 2. HEINECCIVS D. vxor Romana per propter nuptias donationem de alimentis secura tantum, cap. 1. §. 30 sqq.

r) NOV. 61. cap. 1. BRVNNEMANN in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 34. MYLIVS D. de muliere domina, cap. 3. §. 20.

s) LAVTERBACH in Conss. Fac. Tub. Vol. II. Cons. 13. nr. 18.

t) FEDDEN D. de tacitis hypoth. quae liberis in bonis parentum competunt, §. 19.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0183 DFG

haftet auf dem ganzen Vermögen des Mannes, und fängt von der Zeit an, wo die Schenkung versprochen und die Ehe vollzogen worden. Es wird einer ketzerischen Ehefrau in den Gesetzen ausdrücklich versagt [u]), und kann auch dem Manne, welcher seine Wiederlage wieder zurück fordert, nicht zugeschrieben werden [x]). — Hierher ist auch das einfache stillschweigende Unterpfand zu rechnen, welches den Erben der Ehefrau in Ansehung des Heyrathsguts derselben zusteht.

Nach dem vermutheten Willen des Erblassers geben ferner die römischen Gesetze denjenigen, welchen ein Vermächtniß, Partikularfideikommiß oder Schenkung von Todes wegen hinterlassen worden ist, wegen derselben und der davon schuldigen Zinsen ein stillschweigendes Unterpfand an dem von dem Testirer erlangten Vermögen dessen, welchem dessen Bezahlung aufgelegt worden ist [y]). Damit dieses Pfandrecht statt finde, ist 1) nöthig, daß der Schuldner auch von demjenigen bedacht worden, welcher das Vermächtniß hinterlassen hat, nämlich daß er entweder als Erbe, oder auch unter jedem andern Titel etwas aus dessen Verlassenschaft bekommen habe. 2) Muß gerade des Schuldners Erbtheil mit Bezahlung jenes Vermächtnisses beschwert worden seyn. Wenn daher allen Erben zugleich dessen Bezahlung auferlegt worden, so liegt zwar das Unterpfand auf aller Erbtheile, aber auf eines jeden doch nur nach demjenigen Antheil, auf welchen er mit der persönlichen Klage aus dem Testamente belangt werden kann [z]), wiewohl nicht alle Rechtslehrer dieser Meynung sind.

u) Nov. CIX. cap. 1.

x) Harpprecht in trutina viginti pignor. spurior. th. 20.

y) §. 2. Inst. de legat. L. 1. L. 2. Comm. de legat. Arg. L. 37. pr. D. L. vlt. C. de mort. caus. donat. Vinnius in Comment. ad §. 2. Inst. de legat. nr. 4. Brvnnemann in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 51. nr. 5.

z) L. 1. in fine C. comm. de legat. ibique Brvnnemann nr. 7. Lavterbach D. de tacito pignore, th. 31.

Schwe-

sind [a]). Hat nur einer von den Erben das Vermächtniß zu bezahlen, so haftet das Unterpfand allein auf seinem Erbantheile. 3) Muß der Schuldner außer dem, welches er abgeben muß, auch noch anderes Vermögen von dem Testirer bekommen haben; denn der Erben oder anderer beschwerter Personen eigenes und nicht vom Testirer erhaltenes Vermögen ist diesem Unterpfande nicht unterworfen [b]), wenn sie gleich das ganze vom Testirer erhaltene Vermögen bereits verzehrt haben, oder betrüglicher Weise dessen Besitz fahren lassen [c]); ja, wenn sie auch die Erbschaft ohne die Rechtswohlthat des Inventariums angetreten, und sich dadurch zu Bezahlung aller Erbschaftsschulden verbindlich gemacht haben [d]). Daran liegt aber nichts, ob gewisse Dinge zur Zeit der Antretung der Erbschaft schon in derselben gewesen, oder ob sie erst nachher dem Erben durch die Erbschaft zugefallen sind [e]). 4) Muß das Vermächtniß von dem Vermögen dessen, dem es der Testirer zu bezahlen auferlegt hat, und nicht aus dem Vermögen des Testirers gefordert werden; denn im letztern Falle hat der, welcher das Vermächtniß fordert, so wenig ein Unterpfand, daß er vielmehr allen, auch gemeinen Gläubigern nachgeht, weil dieses Vermächtniß nicht eher, als nach vorher geschehener Berichtigung aller Schulden, bezahlt werden darf [f]). Daher wird auch derjenige, dem



SCHWEDER in Conss. Fac. Tub. Vol. I. Cons. 123. nr. 33. VINNIVS l. c. SCHVLTING in thes. controu. decad. 67. nr. 7. in comment. acad. Vol. III. pag. 264.

a) BECKER in Proluf. de actione hypothecaria, legatis ex L. 1. comm. de legat. competente, non ipso iure diuisa.

b) L. 4. §. 1. D. de separat. L. 1. in fine C. commun. de legat. ibique BRVNNEMANN nr. 9. VINNIVS l. c.

c) LAVTERBACH in cit. tract. synopt. th. 52.

d) HARPPRECHT in Cons. Fac. Tubing. 18. nr. 360 sqq.

e) Arg. L fin. C. quae res pign. oblig. LAVTERBACH cit. th. 51.

f) cap. vlt. §. 3. §. vlt. Inst. de Lege Falcid. L. 3. pr. et §. 1. L. 66. §. 1. D. ad Leg. Falcid. L. 6. D. de separat. L. 6. pr. C. de Lege Falcid.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0185 DFG

der Verstorbene als Erbe eines Andern ein Vermächtniß zu bezahlen hatte, demjenigen immer vorgezogen, dem der Verstorbene ein Vermächtniß hinterließ [g]). 5) Muß das, was der Gläubiger fordert, ein Vermächtniß, ein Partikularfideikommiß, oder eine solche Schenkung von Todes wegen seyn, die durch die Uebergabe der Sache noch nicht berichtigt ist; denn das gegenwärtige Unterpfand hat weder der Erbe an dem Vermögen dessen, welcher die Erbschaft oder einen Theil derselben besitzt, noch der Universalfideikommissarius an dem Vermögen des fiduciarischen Erben [h]), noch derjenige, dem eine Sache von Todes wegen geschenkt, und zugleich übergeben worden ist, so wie es auch die Gläubiger des Erblassers weder an seinem noch an seines Erben Vermögen haben [i]); auch steht es den Kindern des Verstorbenen zur Sicherheit ihres Pflichttheils nicht zu [k]). Ein ganz besonderer Fall, wo sich der Universalfideikommissarius eines gesetzlichen Unterpfandes zu erfreuen hat, ist durch neuere römische Gesetze [l]) festgesetzt worden. Wenn nämlich der Testator verordnet hat, daß dasjenige, was der eingesetzte Erbe zur Zeit seines Absterbens noch von des Testirers Erbschaft übrig haben würde, einem Andern als ein Fideikommiß überlassen werden solle, so kann zwar der eingesetzte Erbe mit drey Viertheilen des vom Testirer erhaltenen Vermögens nach seinem Belieben machen, was er will, und kann diese drey Viertheile veräußern; aber ein Viertheil muß er dem fideikommissarischen Erben unversehrt erhalten, auch deswegen Sicherheit leisten.

g) L. 1. C. de bon. auct. iud. poss. Schweder in Conss. Tub. Vol. I. Cons. 123. nr. 33.

h) Lavterbach de tacito pignore, th. 29. in fine. Harpprecht Trutina XX. pignor. spur. th. 12.

i) Idem l. c. th. 15.

k) Lavterbach D. de tacito pignore, th. 32. nr. 7.

l) Auth. contra cum rogatus C. ad Sctm. Trebell. Nov. CVIII. cap. 2.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0186
DFG

sten m). Hat nun gleichwohl der eingesetzte Erbe dieses letzte Viertheil der vom Testirer erhaltenen Erbschaft, wider diese Verordnung durchgebracht, und er besitzt weiter kein Vermögen, wovon dem fideikommissarischen Erben sein Viertheil ersetzt werden kann, so steht ihm an den zu des Testirers Verlassenschaft gehörigen Dingen ein gesetzliches Unterpfand zu, und in diesem Betracht kann er wider die Käufer und andere Besitzer der zu jener Verlassenschaft gehörigen Dinge die Pfandschaftsklage anstellen.

Die Sachen selbst, welche als ein Vermächtniß, Partikularfideikommiß oder Schenkung von Todes wegen hinterlassen worden, sind weder demjenigen, dem sie hinterlassen worden, noch einem Dritten stillschweigend verpfändet; jenem nicht, weil das Eigenthum der vermachten Sache sogleich auf ihn übergeht, wenn sie ihm ohne Bedingung vermacht worden ist, und er sie nicht ausgeschlagen hat n), daher er sie Kraft des Absonderungsrechts aus des Erben Vermögen fordern kann o); und diesem ebenfalls nicht, weil ihm kein Unterpfand an einer fremden, dem Schuldner niemals eigenen Sache, zustehen kann p).

Der Gläubiger, der dieses Unterpfand gebrauchen will, muß beweisen, 1) daß ihm ein Vermächtniß, Partikularfideikommiß oder Schenkung von Todes wegen hinterlassen; 2) daß dessen Bezahlung vom Schuldner aufgelegt worden sey; 3) daß dieser die Erbschaft angetreten, oder sonst von dem Testirer bedacht worden sey, und diese ihm ausgesetzte Sache angenommen habe; und 4) daß der Schuldner noch etwas von dem vom Testirer erhaltenen Vermögen besitze. Endlich ist zu bemerken, daß dieses nicht privilegirte Unterpfand für allgemein zu halten, in



m) Nov. CVIII. cap. 1. et 2. in fine.

n) L. 64. D. de furt. L. 80. D. de legat. II. L. 45. D. de R. I. L. 1. C. de comm. de legat.

o) Balthasar in collat. iur. de classific. creditor. pag. 80.

p) Brvnnemann ad L. 1. C. commun. de legat. nr. 9.

sofern es alles vom Testirer hinterlassenes Vermögen umfaßt; hingegen ein besonderes Unterpfand ist es, in sofern es nichts weiter, als dieses begreift [q]). Es fängt von der Zeit des Absterbens des Testirers an, es mag die Sache mit oder ohne Bedingung auf einen gewissen oder ungewissen Tag ausgesetzt worden seyn [r]), wenn nur die Bedingung hernach in Erfüllung gegangen, und der ungewisse Tag gekommen ist [s]); hingegen mehrere, welchen in einem Testament oder von einem Testirer etwas hinterlassen worden ist, haben weder wegen der Zeit, noch wegen eines andern Vortheils einen Vorzug unter einander [t]), wenn gleich in der letzten Willensverordnung einer eher genannt worden ist, als der andere, oder dem einen im Testament, dem andern in einem beygelegten Zettel oder Codicill ein Vermächtniß hinterlassen worden ist; denn alle letzte Willensverordnungen bekommen erst durch das Absterben des Erblassers ihre Kraft und rechtliche Wirkung.

Die im römischen Rechte vorkommenden gesetzlichen Hypotheken sind im Zweifel in ganz Teutschland gültig, wo nicht ein oder das andere derselben ausdrücklich durch ein Landes- oder Stadtgesetz aufgehoben worden ist. Die Rechtslehrer haben aber noch eine große Anzahl derselben erdichtet, ohne einen richtigen Beweis aus Gesetzen dafür führen zu können, und diese muß man ebenfalls kennen, daher ich etwas davon anführen will. Ein solches unächtes stillschweigendes Unterpfand ist dasjenige, welches man den Kirchendienern und andern freye Künste und Wissenschaften ausübenden Personen [u]); den Vormündern und Pfle-

q) L. 1. in fine C. commun. de legat.

r) L. 5. §. 1. L. 21. D. quando dies legat.

s) L. 21. D. quando dies legat. L. 9. §. 2. D. qui pot. in pign. Brvnnemann l. c. nr. 11.

t) Lavterbach cit. tract. synopt. th. 54.

u) Harpprecht in trutina viginti pignorum vel indubie spuriorum

Pflegern wegen ihrer Belohnung [v]); der Kirche an dem Vermögen dessen, welcher sie zerstört, verbrannt oder beraubt hat [x]); dem Beschädigten oder Bestohlnen an dem Vermögen des Beschädigers oder Diebes [y]); dem Beklagten an dem Vermögen des Klägers [z]); dem Gläubiger an dem Vermögen eines Schuldners, welcher die Schuldverschreibung anerkannt hat [a]); dem Fuhrmann an dem, was auf seinen Wagen; dem Schiffer an dem, was auf sein Schiff gebracht worden [b]); einem in Gesellschaft Stehenden an einer mit seinem Gesellschafter gemeinschaftlich besitzenden Sache, auf welche er allein Unkosten verwendet hat [c]); oder überhaupt an den gemeinschaftlichen Sachen, wegen dessen, was er von der Gesellschaft zu fordern hat [d]); oder dem Verkäufer der Erbschaft an den erbschaftlichen



spuriorum vel summe dubiorum, §. 4 sqq. BARDILI D. de salariis, th. 40.

v) MENCKEN de salario tutorum et curatorum, §. 26.

x) HARPPRECHT cit. Trut. §. 3.

y) IDEM l. c. §. 10. nr. 61. et in Vol. nov. Conf. 69. nr. 227. et Conf. 73. nr. 71. LAVTERBACH in tract. synopt. tit. de tacitis f. legal. hyp. th. 104. SCHLITTE D. de eo, qui posterior tempore, prior iure, cap. 3. §. 10. SCHVLTING thes. controuers. Decad. 45. nr. 8. in Comment. Acad. Vol. III. pag. 247. BOEHMER in Med. ad Ord. Crim. art. 157. §. 8. Quistorp in seinen Beyträgen zur Erläuterung verschiedener noch unentschiedener Rechtsmaterien, 33stes St. S. 498 flg. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 4ter Band, 250ste Medit.

z) HARPPRECHT cit. Trut. §. 16.

a) IDEM l. c. §. 17.

b) HARPPRECHT in tr. de iure aurigarum circa contractus, cap. 4. §. 31. et in D. actio vtilis de recepto, vtrum contra rhedarum meritoriarum exercitores etc. obtineat? 36.

c) IDEM cit. Trutin. §. 19.

d) SCHOEPFF de concursu creditorum particulari, §. 10. LAVTERBACH D. de iure in curia mercatorum vsitato, §. 161.

lichen Dingen [e]) beylegt. Ohne Grund wird dem bezahlenden Bürgen ein stillschweigendes Unterpfand an dem Vermögen des Hauptschuldners [f]); dem, welcher aus Irrthum Etwas bezahlt hat, was er nicht schuldig war, an dem Vermögen dessen, der die Bezahlung angenommen [g]); dem Lehnsmanne wegen der Verbesserungen des Lehns [h]); dem Eigenthumsherrn wegen des Hauptrechts an dem Vermögen des Leibeigenen [i]) zugeschrieben. Auch findet kein solches Unterpfand-statt an dem Vermögen derer, welche unerlaubte Zinsen nehmen, wegen deren Wiedererseßung [k]); an einem Grundstück wegen der davon jährlich abzugebenden Gülten [l]); an dem Vermögen des Contrahenten, welcher einen Betrug begangen [m]), oder dessen, welcher sich verglichen hat, und den Vergleich nicht hält [n]); an dem Lehne, wegen der Lehnschulden [o]); an dem unbeweglichen Gute dessen, welcher wegen Besiß desselben von der Leistung des Vorstandes frey ist [p]). Ungegründet

e) Claproth von Verträgen und Contracten, 2ter Thl. §. 280. S. 821. nr. 12.

f) Harpprecht in Scrutin. XVIII. hypothecarum vel indubie spuriarum, vel summe dubiarum, §. 10.

g) Idem l. c. §. 11.

h) Idem l. c. §. 17.

i) Idem l. c. §. 18.

k) Idem cit. Trut. §. 10. Lavterbach l. c. th. 105.

l) Idem l. c. th. 99. Harpprecht Resp. 93. nr. 175. Geisler D. de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici, §. 12. Schvlting in thes. controuers. Decad. 76. nr. 8. in Comment. Acad. Vol. III. pag. 264. Schröter in seinen vermischten Abhandlungen, 1ster Band, S. 373.

m) Harpprecht cit. scrut. §. 9. Hertivs D. de pignore conuent. tacito, §. 20.

n) Lavterbach cit. th. 99.

o) Harpprecht cit. scrut. §. 17.

p) Haerlin D. vsus practicus distinctionis rerum mobilium et immobilium, th. 22.

gegründet ist endlich das Unterpfand, welches man einer Ehefrau an den Sachen beylegt, welche mit ihrem dem Manne geschenkten Gelde gekauft worden sind [q]; desgleichen dasjenige, welches man demjenigen an dem Grundstück eines Dritten zuschreibt, der mit Jemandem zum Vortheil dieses Grundstücks contrahirt hat [r].

---

## Lib. XX. Tit. III.

# Quae res pignori vel hypothecae datae obligari non possunt.

§. 1090 — 1092.

Es ist eine allgemeine Regel, daß diejenigen Sachen, die überhaupt nicht veräußert werden können, auch nicht verpfändet werden dürfen [a]. Wer die Güter mit Pfandrecht belegen will, muß Eigenthümer seyn, und die Freyheit haben, mit dem Seinigen nach eigener Einsicht zu schalten. Um des ersten Erfordernisses willen ist die Verpfändung fremder Güter ungültig. Ist man zwar Eigenthümer, aber nicht allein, sondern neben einem Miteigenthumsherrn, so ist man zwar befugt, seinen Antheil an der gemeinschaftlichen Sache zu verpfänden, aber nicht den Antheil seines Miteigenthümers; jedoch hat dieser die Unbequemlichkeit davon, daß, wenn der Gläubiger bey vorgenommener Theilung des gemeinschaftlichen Grundstücks

q) L. 55. D. de donat. int. virum et vxor. SATOR in D. de pignorum praerogativa generatim etc. §. 6.

r) HELLFELD in Iurisprud. for. §. 918.

a) L. 9. §. 1. D. de pignor. L. 7. C. de reb. alien. non alien.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0191 DFG

stücks nicht ganz befriedigt worden ist, dieser sein Pfandrecht an beyden abgesonderten Antheilen zur Hälfte des Werthes suchen kann [b]). In der L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. soluit. wird gesagt, daß, wenn eine gemeinschaftliche Sache von dem einen Miteigenthümer für seinen Antheil verpfändet worden, der Gläubiger dadurch ein Pfandrecht auf die Hälfte des Werthes der Sache, oder auf die eine ungetheilte Intellectualhälfte des Grundstücks erhalten habe. Dieses Recht bleibt ihm, wenn gleich in der Folge eine körperliche Theilung des Ganzen unter den beyden Theilhabern vorgenommen worden, nach der Regel: res inter alios acta tertio non nocet. Daher behält der Gläubiger sein Pfandrecht auf den Theil, den sein Schuldner durch die Theilung nunmehr abgesondert bekommen, zur Hälfte dessen Werthes, und auf den Theil des andern unabgesonderten Miteigenthümers auf eben die Art. Cajus und Titius sind die beyden Miteigenthümer, der Erste ist zugleich der Pfandgeber auf seinen Antheil. Da sie sich theilen wollen, so nimmt der Letzte darauf Bedacht, daß er sich von dem Ersten Sicherheit bestellen läßt, auf den Fall, daß Sempronius, der Gläubiger, ihn auf die Hälfte des Werthes seines abgesondert in Händen habenden Antheils in Anspruch nehmen sollte; denn Cajus hat die Schuld allein gemacht; er muß also den Titius schadlos halten. Die Sicherheit besteht in dem Fall des Gesetzes in einem eingeräumten Rechte, sich durch Veräußerung des Antheils des Cajus zu seiner Wiederbezahlung zu verhelfen. Der Rechtsgelehrte, von dem das Gesetz herrührt, hält dieses mit Recht für eine Verpfändung, deren wesentliche Wirkung in dem Veräußerungsrechte besteht. Sempronius hat wirklich den Titius auf die Hälfte des Werthes seines Antheils in Anspruch genommen, und dieser hat bezahlen müssen. Er nimmt seine

b) L. 3. §. 2. D. qui pot. in pign. L. 7. §. 4. D. quib. mod. pign. soluit. L. vn. C. si commun. res pign.

seine Rückklage gegen den Cajus. Sempronius hat diesen, wegen des andern abgesonderten Antheils, den dieser Cajus in Händen hat, auf die Hälfte dessen Werthes noch nicht ausgeklagt; jetzt aber will er sein Pfandrecht verfolgen. Titius meldet sich zu gleicher Zeit mit seiner Rückklage, deshalb er ebenfalls ein Pfandrecht hat. Nun fragt sichs: welcher von beyden dem andern vorgehe? Es scheint, daß Sempronius den Vorzug vor dem Titius haben müsse, weil sein Pfandrecht älter ist; allein der Streit über den Vorzug ist unnöthig. Sempronius kann ja ohnedem nur die Hälfte des Werthes von dem in des Cajus Händen befindlichen Antheile in Anspruch nehmen; und die andere dem Sempronius unverpfändete Hälfte verbleibt dem Titius zu seiner Entschädigung; also bekommen beyde auf ihre Art ihre Befriedigung.

Ganz fremde Güter soll man ohne Einwilligung des Eigenthümers billig gar nicht verpfänden; geschieht es aber dennoch, so ist eine solche Verpfändung dem Eigenthümer unschädlich, und er kann sein Eigenthum allemal, der ungültigen Verpfändung ungeachtet, gegen jeden Besitzer ausführen; indessen gilt die Verpfändung doch nur den contrahirenden Theilen [c]). Dieser Beschaffenheit der Sache gemäß, heißt es in Gesetzen [d]), daß eine auf fremde Güter gelegte Hypothek zu Recht nicht beständig sey, das heißt, es entstehe keine Pfandklage daraus gegen einen jeden Besitzer, der an der geschehenen Verpfändung weder Theil genommen, noch des Verpfänders Erbe geworden sey. An Gütern, die zur Zeit des entstandenen Pfandrechts dem Schuldner nicht mehr gehörten, kann selbst der Fiskus keinen Anspruch machen. Dagegen streitet es nicht, daß es in andern Gesetzen heißt, es könnten zu einem Faustpfande fremde Sachen so gut, als eigene überlassen werden;

c) L. 12. §. 1. D. de distract. pignor.
d) L. 2. D. de pign. act. L. 4. C. de priuil. fisci.

den [e]); denn hierdurch wird zu verstehen gegeben, der Verpfänder erlange aus einem solchen Pfandvertrage gegen seinen Gläubiger, und dieser gegen jenen eben die Rechte, Forderungen und Klagen, als bey Verpfändungen eigener Sachen entstehen. Dem Eigenthümer geht freylich diese Pfandüberlassung nichts an; und er kann seine Sache von dem Pfandinhaber nach Belieben abfordern [f]); es wäre denn, daß er um die Verpfändung vom Anfange an wußte, und er meldete sich aus Gefährde nicht, um den Pfandgläubiger in Schaden zu bringen [g]). Dieser Verfolgung des Eigenthums steht gar nicht entgegen, daß der Verpfänder die Sache vermöge eines mit dem Eigenthümer geschlossenen Mieth- Pfand- oder andern ähnlichen Contracts in Händen gehabt hat; denn alle diese Contracte berechtigen den Besitzer nicht, die Sache ohne Bewilligung des Eigenthümers zu verpfänden. Das Eigenthum ist dem bisherigen Herrn durch diese Verträge nicht entzogen worden, und er kann sich daher auch desselben wider Jedermann bedienen [h]). So ungültig inzwischen die Verpfändung fremder Sachen ist, so kann sie dennoch bey veränderten Umständen gültig werden. Eine solche Veränderung gieng alsdenn vor, wenn der Verpfänder durch Erbgang, oder auf andere Weise in der Folge Eigenthümer der verpfändeten Sache geworden ist. Bey dieser Veränderung wird die Pfandgebung wenigstens alsdenn gültig, wenn der Pfandgläubiger, ohne um die Beschaffenheit der Sache zu wissen, fremde Güter zum Unterpfande erhalten hat [i]). Im umgekehrten Fall, wo der Eigenthümer, ohne dessen

e) L. 9. §. 4. L. 16. §. 1. L. 22. §. 2. D. de pignor. act.

f) L. 6. C. si alien. res.

g) L. 2. C. si alien. res.

h) L. 8. C. si alien. res.

i) L. 1. pr. D. de pignor. L. 15. §. 1. L. 16. §. 7. eod. L. 3. §. 1. D. qui pot. in pign. L. 5. C. si alien. res. L. 2. D. de exc. rei vend. et trad. L. 56. D. ad Sctm. Treb. L. 7. §. 2. D. de Scto. Maced.

dessen Bewilligung die Verpfändung geschehen ist, des Verpfänders Erbe geworden ist, erlangt die geschehene Verpfändung keine Gültigkeit. Der Gläubiger kann in diesem Falle zwar von dem Erben eine andere Hypothek, oder die Bestätigung der zeither ungültig erhaltenen, durch die actionem pignoratitiam contrariam verlangen [k]); erfolgt aber die Bestätigung nicht, so ist die Verpfändung an sich noch immer unkräftig; und sollte das Pfandstück weiter an einen dritten Besitzer gekommen seyn, so hat gegen diesen weder eine Pfandklage, noch ein anderes Rechtsmittel statt. Da also eine Hypothek durch die Vererbung an sich nicht gültig wird, so scheint es etwas besonders zu seyn, daß es bey der Freylassung anders war [l]). Der Grund dieses Unterschiedes läßt sich aber leicht entdecken. Bey der Freylassung hatte es der Erbe blos mit dem Freygelassenen selbst und seinen Erben und Nachkommen zu thun, nicht aber ein Gläubiger mit einem dritten Besitzer. Zwischen der Contrahenten Erben war nämlich der Vertrag allemal von einiger Wirkung. Willigt der Eigenthümer von Anfang darein, daß ein anderer seine, des Eigenthümers Sachen, zu eigenem Behuf verpfände, oder er giebt wenigstens in der Folge seine Einwilligung dazu; so ist im ersten Falle die Verpfändung gleich anfangs gültig, im andern Falle aber wird sie wenigstens hernach gültig [m]), und der Eigenthümer wird durch seine Einwilligung auf gewisse Art für die Schuld Bürge [n]), indem er hierdurch erklärt hat, daß er sich so lange die ganze Strenge des Pfandrechts gefallen lassen wolle, bis der Gläubiger seine Befriedigung erhalten hat.

Wenn

k) L. 22. D. de pignor. L. 41. D. de pignor. act.

l) L. 31. D. de lib. cauf.

m) L. 20. pr. L. 27. D. de pignor. act. L. 5. §. 2. D. de pignor. et hypoth. L. 16. §. 1. eod.

n) L. 1. §. 4. D. de pignor. L. 5. §. 2. jn quib. cauf. pign. L. 2. D. quae res pign. L. 11. C. de distract. pign. L. 5 et 7. C. ad Sctm. Vellei. L. 8. pr. D. eod.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0195
DFG

Wenn über das Eigenthum einer Sache ein Proceß geführt wird, so ist es eben so wenig erlaubt, sie während des Processes zu verpfänden, als sonst zu veräußern o). Entsteht der Streit über das Eigenthum erst nach geschehener Verpfändung, so muß der Pfandgläubiger, wenn er von diesem Rechtsstreit des Verpfänders mit demjenigen, der das Eigenthum in Anspruch nimmt, Nachricht erhält, dazu nicht still sitzen, sondern er muß sich der Sache mit annehmen; denn wenn der Verpfänder den Proceß, wegen Unrichtigkeit seiner Gründe, verlieren sollte, und die Entscheidungen sind rechtskräftig geworden, so muß sich der Pfandgläubiger solche ebenfalls gefallen lassen. Geht der Proceß so verlohren, daß der Pfandgläubiger von dem ganzen Rechtsstreit gar nichts erfuhr, so schadet ihm solcher nichts, sondern der Pfandgläubiger kann, wenn er will, denselben für sich besonders von neuem anfangen p).

Weil seit den Zeiten der Kaiser Diokletian und Maximinian, die der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinder nicht mehr verkauft werden durften, so war auch die Verpfändung derselben bey Strafe der Deportation oder Relegation des Pfandgläubigers untersagt q); da indessen Constantin der Große dem Vater das Recht ertheilt hatte, ganz neugebohrne Kinder im äußersten Nothfall verkaufen zu können, so muß es damals wohl auch erlaubt gewesen seyn, sie in diesem Falle zu verpfänden. Es gab auch noch einen besondern Fall, wo man eine Art des Pfandrechts an einem freyen Menschen erlangen konnte; nämlich, wenn Jemand einen Kriegsgefangenen für sein Geld aus der Gefangenschaft loskaufte, so erhielt er, bis er sein ausgelegtes Geld wieder bekommen hatte, ein Recht auf

o) L. 1, §. 2. D. quae res pign.

p) L. 3. et §. 1. D. de pignor. L. 5. C. eod. L. 63. D. de re iudic. L. 4. §. 4. D. de appellat.

q) L. 5. D. quae res pign. L. 6. C. eod. Nov. 134. cap. 7.

auf die Person des Freygewordenen, das einem Pfandrecht ähnlich war [r]).

Ein Sclave konnte bey den Römern, wie jede andere eigenthümliche Sache, verpfändet werden; und ein Sclave, der künftig frey werden sollte, statu liber, durfte wenigstens so lange verpfändet werden, bis er wirklich die Freyheit erhalten hatte [s]). War ein Sclave verpfändet worden, so durfte der Pfandgläubiger sein Pekulium nicht für zugleich mit verpfändet halten, weil dieses Pekulium keine Zubehör desselben war [t]); denn auch beym Kauf und bey Vermächtnissen hielt man das Pekulium für keine Zubehör des Sclaven [u]). Dasjenige, was ein Sclave als sein Pekulium in Händen hatte, durfte er auch wohl verpfänden, wenn ihm die freye Verwaltung desselben überlassen worden war [x]); jedoch hatte er diese Freyheit nur alsdenn, wenn die Verpfändung in eigenen Geschäften desselben geschehen war, nicht aber zum Behuf anderer Leute [y]). Was nicht zum Pekulium gerechnet wurde, und dem Vater oder Herrn gehörte, das durfte weder der Sohn noch der Sclave verpfänden [z]).

Da ein Unterpfand, welches der Schuldner auf einer fremden Sache bestellt hat, nicht anders, als unter der Bedingung gilt, wenn die Sache dem Schuldner eigen werden sollte [a]), so bewirkt ein Unterpfand, welches ein Schuld-

r) L. 2. C. de postlim. reuers.
s) L. 13. §. 1. D. de pignor.
t) L. 1. §. 1. D. de pignor.
u) L. 29. D. de contrah. emt. vend. L. 24. D. de pecul. legat.
x) L. 18. §. 4. D. de pign. act.
y) L. 1. §. 1. D. quae res pign.
z) L. 4. C. si alien. res.
a) L. 16. §. 7. D. de pignor. et hypoth. L. 5. C. si alien. res pign. L. fin. §. 2 et 3. C. commun. de legat. et fideic. Negvsantivs de pignor. Part. II. mbr. 3. nr. 52 sqq. Schvlting in thesib. controu. Decad. 79. §. 1 et 2. in Comment. Acad. Vol. III. pag. 269. Hvber in praelect. ad tit. quae res pign. nr. 2. Hofacker in Princ. iur. Rom. §. 1171 sqq.

Schuldner auf seines Eheweibes Gütern bestellt hat, um so weniger ein Recht, als ohnehin dieses Unterpfand ganz nichtig ist, und der Mann das Vermögen seiner Frau ohne ihre Einwilligung nicht verpfänden kann [b]), ja eine solche für des Mannes Schuld geschehene Verpfändung der Güter der Ehefrau, wenn sie auch darein gewilligt hat, nach ältern römischen Rechten durch die Einwendung des Vellejanischen Rathschlusses entkräftet wird [c]), und nach dem neuern an sich ungültig ist [d]), weil eine solche Verpfändung, wenn sie von der Ehefrau geschehen ist, als eine Uebernahme einer fremden Schuld betrachtet werden muß. Gültig wird eine solche von ihr geschehene Verpfändung, wenn sie nicht nur nach einiger Zeit ihre Einwilligung wiederholt, sondern auch dem Vellejanischen Rathschlusse und der Auth. si qua mulier, eydlich, gerichtlich, und nachdem ihr beyde wohl erklärt worden, mit einem Kriegsvogt, an solchen Orten, wo sie zu ihren bürgerlichen Handlungen einen nöthig hat, entsagt hat [e]), oder wenn die Schuld auch zu ihrem Nutzen gemacht worden ist [f]); oder wenn sie durch Verheelung des Umstandes, daß die verpfändeten Sachen ihr gehören, oder auf andere Weise den Gläubiger hintergangen, oder wenn sie Geld für sich, um es ihrem Manne wieder zu leihen, entlehnt, und der Gläubiger letzteres nicht gewußt hat [g]). Die Dotalgüter der Ehefrau aber

b) Gmelin D. de obligatione vxoris ad soluenda debita a coniugibus contracta, moto imprimis super bonis mariti concursu creditorum, §. 26.

c) L. 5. L. 7. C. ad SC. Velleian.

d) Auth. si qua mulier. C. ibid.

e) Gmelin in cit. comment. §. 5.

f) Gmelin in cit. comment. §. 5.

g) L. 28. §. 1. L. 29. pr. D. ad SC. Velleian. L. 5. C. ibid. L. 11. C. de distract. pignor. Schoepff Dec. 184. nr. 5. Koch D. de alienatione bonorum vxoriorum, partim valida, partim inualida, §. 40.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0198
DFG

aber können niemals, auch nicht mit ihrer Einwilligung verpfändet werden h).

Ungültig ist ferner das Unterpfand, wenn der Gläubiger seiner Eltern oder Kinder Güter verpfändet i), wenn gleich der Schuldner diese Güter seinen Kindern vor der Verpfändung geschenkt hätte k). Widerrechtlich ist es ferner, wenn ein Gewalthaber das Vermögen seines Principals ohne besondere Vollmacht l), oder ein Vormund die Sache des Pupillen zu seinem Vortheil verpfändet hat m).

Gleichwie Fideikommiß- und anererbte Stammgüter ohne der Stammsverwandten Einwilligung nichtig verpfändet werden n), also ist auch ein auf dem Lehn ohne des Lehnsherrn und der Stammsverwandten und Mitbelehnten Einwilligung bestelltes Unterpfand ungültig, und bewirkt



h) Pr. Inst. quib. alien. licet. Tit. Dig. et Cod. de fundo dotal. L. vn. §. 15. C. de rei vxor. act. KRAVSE Diss. requisita hypothecae conuentionalis in immobilibus constituendae, §. 40. MENCKEN D. de rebus vxoris extant. a concursu creditor. separand. §. 6 sqq.

i) L. 51. §. 2. D. de SC. Maced. L. 2. C. de bon. matern. L. 5. pr. C. de secund. nupt. NOV. 22. cap. 24. L. 2. L. 4. L. 6. §. 2. L. 8. §. vlt. C. de bonis, quae liber. L. 4. C. si alien. res pign. KVRRER D. de alienat. bonor. aduenit. §. 17. SCHOEPFF Dec. 284. nr. 3 sqq. et Dec. nou. 16. nr. 22.

k) L. 6. C. si res alien. pign.

l) L. 1. L. 8. C. si res alien. pign. GMELIN in cit. comment. §. 28.

m) L. 7. C. si res alien. GMELIN in cit. comment. §. 29.

n) Arg. L. fin. C. de reb. alien. non alienand. L. 3. §. 2. et Auth. res, quae subiacent. C. communia de legatis. KOBIVS de pecunia mutuaticia tuto collocanda, cap. 5. §. 58. HELLFELD Progr. de oppignoratione allodiorum auitorum in Opusc. et Diss. iur. ciuil. nr. 13. SCHWEDER D. de alienatione bonorum fideicommisso obnoxiorum, §. 20. RICHTER D. tentamen theoriae de fideicommissis familiarum illustrium et nobilium Germaniae, ad habitum et mores hodiernos spectatae, cap. 3. §. 3.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0199
DFG

an dem Lehne kein Pfandrecht o). Es verbindet allein den Schuldner und die von ihm abstammenden Lehnserben, von den Lehnsfrüchten die Schuld zu bezahlen, nicht aber den Lehnsherrn und andere Lehnsnachfolger p); ja es bewirkt kein stillschweigendes Unterpfand des römischen Rechts, wenn es aus einem ohne des Lehnsherrn Einwilligung geschlossenen Contract herrührt, ein Vorzugsrecht in Ansehung des Lehens q); und kein allgemeines Unterpfand, das ohne des Lehnsherrn Bewilligung bestellt worden, haftet auf dem Lehen, es müßte denn ein solches seyn, dessen Veräußerung ganz von dem Willen des Vasallen abhängt r). Etwas anders ist es, wenn statutarische Rechte ausdrücklich dieses oder jenes stillschweigende Unterpfand des römischen Rechts auch auf dem Lehen bestätigen, wie z. B. im Churfürstenthum Sachsen das Unterpfand des Pupillen, wenn keine Erbgüter vorhanden sind, sich auch auf die Lehngüter des Vormundes erstreckt, wenn der Lehnsherr diesen Vormund gesetzt hat s). Eine Schuld, für welche mit Bewilligung des Lehnsherrn, der Stammsverwandten und Mitbelehnten das Lehen verpfändet worden, wird im Concursproceß allen Pfandschulden, wobey diese Einwilligung fehlt, dem Lehn vorgezogen, wenn diese auch gleich der Zeit nach älter seyn, oder ein Privilegium des

o) II. Feud. 8. §. vlt. II. Feud. 55. pr. Boehmer Princ. iur. feud. §. 319. Kobivs l. c. cap. 6. tot. Pvettmann D. de neceſſitate agnatorum ſimultaneeque inueſtitorum, in feudi oppignorationem conſentiendi.

p) Pvettmann cit. Diſſ. §. 9.

q) Siegel D. an hypotheca tacita in feudo debito feudali contrahatur? §. 1 ſqq. Baver in Progr. ad Ivnii Diſſ. de ſorte remedio ſubſidiario cauſas dubias dirimendi. Hommel Progr. de iuribus vxoris nobilis in conc. creditor. §. 3 ſqq.

r) Walch D. de hypotheca pupillorum ac minorum feudali Saxonica tacita, §. 23 ſqq. Pvettmann cit. Diſſ. §. 12.

s) Siegel l. c. cap. 3.

des gemeinen Rechts für sich haben sollten [t]); und dieses findet nicht nur in Ansehung des nutzbaren Eigenthums selbst, sondern auch in Ansehung der zukünftigen Lehnsfrüchte, als der Hauptwirkung des nutzbaren Eigenthums statt [u]); wiewohl auf diese auch ein ohne des Lehnsherrn Bewilligung bestelltes Unterpfand seine Kraft erstreckt [x]). Wenn der Lehnsherr allein, nicht aber der Stammsverwandte und Mitbelehnte in die Verpfändung eingewilligt haben, so kann diese Verpfändung den Letztern keinen Nachtheil verursachen, der Lehnsherr aber muß, wenn ihm das Lehn zufällt, die Verpfändung nach allen ihren Wirkungen anerkennen; wenn aber zwar der Stammsverwandte und Mitbelehnte, nicht aber der Lehnsherr, eingewilligt haben, so müssen jene die Verpfändung zu dem Ende anerkennen, daß die Bezahlung der Schulden von den Früchten des Lehns geschehen darf, wenn ihnen das Lehn angefallen ist; dem Lehnsherrn kann aber eine solche Verpfändung nicht nachtheilig seyn, und er kann daher den Verkauf des Lehns untersagen [y]). Bey einem neuen Lehen ist nur die Einwilligung des Lehnsherrn und der Mitbelehnten, nicht aber der Stammsverwandten nöthig [z]); so gewiß es sonst ist, daß auch die Expectivirte, wenn sie euentualiter Mitbelehnte sind, ihre Einwilligung geben müssen, und widrigenfalls ihnen die Verpfändung des Lehns nicht nachtheilig seyn könne [a]). Uebrigens ist wohl zu bemerken, daß nur in dem Lehen, nicht aber in den



t) SCHOEPFF D. de concursu creditorum particulari, §. 12. de CRAMER Obs. 313. FRICK in lib. sing. de debitoris demortui creditoribus hypothecariis ad separationis beneficium admittendis, § 19.

u) SCHWEDER D. de fructibus feudi, §. 13.

x) BRUNNEMANN in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 22. ibique STRYCK voc. fructus.

y) PUETTMANN in cit. Diss. pag. 9 sqq.

z) IDEM in cit. Diss. pag. 11.

a) IDEM in cit. Diss. pag. 13 sqq.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0201 DFG

Allodialgütern des Lehnsherrn der Stammsverwandten Einwilligung einen Vorzug bewirke [b]), und daß daher ein Pfandgläubiger, dem ein solches Pfandrecht zusteht, im Allodialvermögen einem andern Pfandgläubiger nicht vorgezogen wrrde, ausgenommen wenn ihm der Vorzug wegen des Vorgangs der Zeit oder des Privilegiums gebührt, vielmehr dieser, wenn er sonst vor jenem den Vorzug hat, auch vor jenem aus dem Allodialvermögen seine Befriedigung erhalte [c]); ja wenn gleich der Lehnsherr und die Stammsverwandten ausdrücklich oder stillschweigend in eine Schuld gewilligt, wodurch sie unstreitig eine Lehnsschuld geworden, so folgt daraus noch gar nicht, daß der Gläubiger auch ein Unterpfandsrecht an dem Lehen habe, wenn dasselbe nicht ausdrücklich bewilligt worden [d]). Uebrigens kann weder der Lehnsherr, noch ein Stammsverwandter, noch ein Mitbelehnter, der Regel nach zur Einwilligung in die Verpfändung des Lehns gezwungen werden, sie müßten sich denn durch Reversbriefe oder auf andere Weise überhaupt, oder auf gewisse Fälle, oder auf eine gewisse Summe, hierzu verbindlich gemacht haben; oder es müßte eine solche Verbindlichkeit auf gewisse Fälle durch Gesetze oder Gewohnheiten hergebracht seyn; oder sie ganz und gar keinen Nachtheil davon haben, oder die Nothwendigkeit oder andere rechtmäßige Ursachen, worüber der Lehnsherr mit dem Lehnshof zu erkennen hat, erforderten die Verpfändung, in welchem Falle der Lehnsherr die Einwilligung der Stammsverwandten und Mitbelehnten, oder der Käufer die Einwilligung des Lehnsherrn suppliren kann [e]). Die Einwilligung des Lehnsherrn wird nicht vermuthet, sondern sie muß als wirklich ertheilt bewiesen werden; sie folgt auch nicht schon daraus, weil der Contract, worin

b) Schoepff in Conff. Fac. Tub. Vol. VIII. Conf. 63. nr. 59. Berghof D. de succeſſione hypothecaria, §. 45.
c) Brvnnemann l. c. §. 23. Schoepff l. c. nr. 61.
d) Siegel in cit. Diſſ. §. 10 ſqq.
e) Pvettmann cit. Diſſ. pag. 17.

worin eine Hypothek ertheilt worden ist, von dem Lehnsherrn selbst gerichtlich bestätigt worden ist; jedoch billigen die Rechtslehrer f) über diesen Fall verschiedene Meynungen. Selbst alsdenn, wenn der Lehnsherr die Veräußerung des Lehns bewilligt hat, darf nicht gesagt werden, daß hiermit zugleich die Freyheit, dasselbe zu verpfänden, ertheilt worden seye; denn diese Handlungen weichen in den Wirkungen merklich von einander ab, sind also auch nicht als stillschweigend mit einander verbunden zu halten g). Die im Voraus ertheilte Einwilligung des Lehnsherrn, das Lehn bis auf eine bestimmte Summe verpfänden zu können, ist allemal auf das strengste auszulegen, daher muß seine Erklärung sehr deutlich und bestimmt abgefaßt und erklärt werden; wer also auf ein Lehn Geld borgen will, muß sich sehr genau darnach erkundigen, was es für eine Bewandniß damit habe. Ist der Lehnsherr zugleich Gerichtsherr, so wird seine Einwilligung in die Verpfändung zugleich in der gerichtlichen Bestätigung der Hypothek ertheilt; muß aber die gerichtliche Bestätigung der Hypothek bey einem andern Gerichte gesucht werden, so wird von dem Lehnsherrn entweder ein besonderer Vergünstigungsschein zur Verpfändung ertheilt, oder er unterschreibt blos die gerichtliche Bestätigungsurkunde der Hypothek h). Wenn es bey einer Lehnskurie hergebracht ist, daß der Consens zur Verpfändung bis auf eine gewisse Summe ertheilt werden muß, so darf man nicht denken, es sey nun auch gar nicht einmal nöthig, bey wirklich geschehener Verpfändung des Lehns um die besondere Bestäti-



f) Struv syntagm. iur. feud. cap. 13. §. 7. nr. 4. Carpzov in Resp. Lib. IV. Resp. 29. Stryck in caut. contract. Sect. II. cap. 4. §. 4.

g) Eichmann D. de consensu domini directi in alienat. feudi dato ad eius oppignor. non trahendo, Ien. 1770.

h) Hr. von Trützschler in der Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze, 1ster Thl. S. 579.

gung dieser Verpfändung nachzusuchen; sondern diese muß schlechterdings verlangt werden. Weil auch die Rechtslehrer i) über die Frage, ob es nöthig sey, die lehnsherrliche Einwilligung zur Cession einer Lehnshypothek zu suchen, verschiedener Meynung sind, so ist es der Klugheit gemäß, daß derjenige, dem die Hypothek an einem Lehngute abgetreten werden soll, auf die lehnsherrliche Genehmigung der vorgenommenen Cession dringt, und verlangt, daß die Erklärung geschehe, die Cession solle als keine Novation betrachtet werden, sondern der Cessionar solle in alle und jede Rechte des ersten Gläubigers, auch in Ansehung der Zeit treten.

Sollen die Güter der Unmündigen veräußert werden, so haben die Gesetze die Beobachtung gewisser Feyerlichkeiten vorgeschrieben, und diese ist auch nöthig, wenn eine Verpfändung derselben vorgenommen werden soll k); dieser Umstand macht aber nicht, daß die richterlichen und stillschweigenden Hypotheken nun auch nicht anders, als mit Beobachtung dieser Feyerlichkeiten erlangt werden können; sondern diese Unterpfänder haften allerdings ohne solche auf dem Vermögen der Unmündigen, weil sie sich unmittelbar auf die Gesetze und die Verfügung der Obrigkeit gründen, und nicht auf die Einwilligung des Schuldners l). Daher konnte der Vormund die Caution de iudicio sisti, selbst mit Verpfändung der pupillarischen Grundstücke, ohne Dekret bestellen, weil sie schlechterdings nöthig war m).

Grab-

i) Schrader de feudis, Part. VII. cap. 2. nr. 26. Mevius in Dec. Part. VIII. Dec. 284. Carpzov in Resp. Lib. V. Resp. 36. nr. 5.

k) L. 16. pr. D. de pignor. act. L. 1. pr. D. quae res pign. L. 3 et 7. C. si alien. res etc.

l) L. 2. L. 3. §. 1. D. de rebus eorum qui sub tut.

m) L. fin. §. 3. C. de admin. tut. L. 1 et 2. C. de praed. minor.

Grabstätten, Begräbnisse, und andere der Religion gewidmete Sachen, konnten bey den Römern nicht verpfändet werden n). So durfte auch dasjenige, was in den öffentlichen Spielen, wobey es auf eine Geschicklichkeit des Körpers ankam, zur Belohnung ausgesetzt war, dem Gläubiger nicht zum Voraus durch einen Verpfändungsvertrag besonders verschrieben werden o). Diese Prämien bestanden in gewissen jährlichen Einkünften, die in Naturalien und Geldrenten bestanden. Die Heyden glaubten durch Anordnung solcher Spiele ihren Göttern eine Art von gottesdienstlicher Verehrung zu beweisen. Zum Voraus solche Prämien zu verpfänden, war deswegen nicht erlaubt, weil der Verpfänder weniger Eifer bewiesen haben würde, den Preis zu erlangen, da er wußte, sein Gläubiger bekomme den Gewinn. Schon erhaltene Prämien durfte man verpfänden, weil auch eine gerichtliche Auspfändung darauf gerichtet werden konnte p); und deswegen haftete vermuthlich auch eine stillschweigende, eine Prätorische und eine Conventionalhypothek darauf, so gut wie auf andern Sachen. Die geschehene allgemeine Verpfändung erstreckte sich zwar nicht auf dergleichen erst zu hoffen habende Prämien; es konnte aber gleichwohl die Execution in solche verhängt werden, wenn der Schuldner sich noch im Besitz derselben befand.

Ehrensäulen, die an öffentlichen Plätzen zu Jemandes Ehren aufgestellt worden sind, und andere Monumente, welche eine Privatperson zur Verschönerung der Stadt, an einem öffentlichen Orte errichten lassen, sind weder ein Eigenthum dessen, der sie hat setzen lassen, noch desjenigen, zu dessen Andenken sie errichtet worden sind; beyde



n) L. 3. C. quae res pign.

o) L. 5. C. quae res pignor.

p) L. 40. D. de re iudic.

dürfen also auch keine Verpfändung dieser Dinge vornehmen, um ihre Schuldner dadurch zu befriedigen [q]).

Künftige Güter darf man eben so gut verpfänden, als gegenwärtige; denn wenn man schon im Voraus ein gegründeres Recht darauf hat, so sind künftige Güter den gegenwärtigen gleich zu halten [r]); gehören sie aber für jetzt einem Andern, so ist nur eine bedingte Verpfändung derselben auf den Fall, daß sie unser werden sollten, gültig, und eine allgemeine Verpfändung wird mit Recht auch auf solche künftige Güter ausgedehnt. Eine unbedingte Specialverpfändung derselben ohne Bewilligung des Eigenthümers ist unverbindlich; sollte aber der Verpfänder in der Folge Eigenthümer werden, so bewirkt dieser Umstand allenfalls, wenn der Gläubiger von der Beschaffenheit der Sache nichts wußte, eine nützliche Klage; war er aber davon unterrichtet, so kann er blos eine Einrede vorschützen [s]).

Verpfändet man ein Gebäude, so haftet das Pfandrecht auch auf dem Grund und Boden, worauf es steht, und umgekehrt, erstreckt sich die Verpfändung auch auf die Gebäude, die auf dem Platze stehen, welcher verpfändet worden ist [t]). Sollte ein dritter Besitzer den leeren Platz bebaut haben, so müssen ihm vor allen Dingen erst seine Kosten vergütet werden, ehe der Pfandgläubiger sich an den Platz halten kann. Hat dieser dritte Besitzer blos auf die Reparatur des verpfändeten Gebäudes Kosten verwendet, so wird ihm in Gesetzen [u]) die Erstattung dieser Kosten abgesprochen,

q) L. 29. D. de reb. auct. iud. poss. L. 11. §. 1. quod vi aut clam. L. 23. D. de except. L. 41. D. de acquir. rer. domin.

r) L. 15. pr. D. de pignor.

s) L. 11. §. 3. D. qui pot. in pign.

t) L. 21. D. de pignorat. actione.

u) L. 29. §. 2. D. de pignor.

sprochen, im Fall er durch einen Kauf oder einen andern ähnlichen Vertrag zum Besitz gelangt seyn sollte.

Das Pfandrecht an einem Grundstück erstreckt sich zugleich auf die Pertinenzstücke desselben x); und die Verpfändung eines Waarenlagers begreift alle Waaren unter sich, womit dieses Waarenlager nach der Zeit vermehrt worden ist; aber diejenigen Waaren können nicht dazu gerechnet werden, welche schon vor angestellter Pfandklage davon verkauft worden sind; folglich erstreckt sich die Verpfändung in jenem Falle einzig und allein auf diejenigen Waaren, die zur Zeit der angestellten Pfandklage noch in dem Waarenlager befindlich waren y). Der Grund dieser Verordnung der Gesetze liegt theils in dem vermuthlichen Willen des Verpfänders, theils in der nöthigen Aufrechthaltung des Handels. Der Verpfänder müßte aufhören zu handeln, wenn sich das Pfandrecht auf alle zur Zeit der geschehenen Verpfändung vorhandene Waarenstücke dergestalt erstrecken sollte, daß sie nicht veräußert werden dürften. Dieß kann also seine Absicht nicht gewesen seyn, sondern er wollte vielmehr, der Verpfändung ohnerachtet, dennoch forthandeln. Die Käufer würden bey einer Verpfändung, die sich auch auf die nach der Zeit der Verpfändung verkauften Waaren erstreckte, nicht mit Sicherheit kaufen können, und würden sich daher des unsichern Ankaufs der Waaren lieber gar enthalten.

Ertheilt der Eigenthümer einer Sache, wovon ein Anderer den Nießbrauch zieht, an solcher Jemandem ein Pfandrecht, und nach der Zeit hört dieser Nießbrauch auf, und fällt an den Eigenthümer der Sache zurück, so erstreckt sich die geschehene Verpfändung nun auch auf diese Nutzungen z). Die Früchte sind allemal zugleich mit verpfändet worden, wenn eine Verpfändung einer Früchte tragen-

x) L. 32. D. de pignor.
y) L. 34. pr. D. de pignor.
z) L. 18. §. 1. D. de pignor. act.

tragenden Sache geschehen ist. Konnte nun gleich in unserm Fall der Eigenthümer die Früchte seiner Sache vom Anfang nicht mit verpfänden, weil er sie nicht erheben durfte, so fiel doch dieses Hinderniß in der Folge weg, und nun geht es wieder nach der Regel. Ein Erbzinsmann kann sein Erbzinsgut auch ohne Einwilligung des Erbzinsherrn verpfänden; nur gilt diese Verpfändung nicht länger, als das Recht des Erbzinsmanns dauert; und sie hört auf, sobald das Erbzinsgut an den Erbzinsherrn zurück gefallen ist, weil das Recht des Pfandgläubigers nicht länger dauern kann, als das, welches der Verpfänder hatte [a]). Der Verpfänder hatte kein beständiges, fortdauerndes und völlig von seiner Willkühr abhängendes Recht, sondern sein Besitz war blos temporär, und auf den Fall eingeschränkt, wenn sich keine Consolidation und Privation ereignete. Diejenigen, welche das Recht haben, auf einem fremden Grund und Boden etwas zu bauen, oder hinzustellen, können dasjenige zum Unterpfande einsetzen, was sie gebaut oder hingestellt haben [b]). Daß eine Superficies verpfändet werden könne, ist deswegen für erlaubt zu halten, weil der Verpfänder völliger Eigenthümer des Gebäudes ist, das auf dem fremden Grund und Boden steht, so wie bey der Servitut der Lastgerechtigkeit das Gebäude, welches auf der fremden Wand liegt, demjenigen gehört, der diese Servitut hat.

Eine Servitut ist in sofern einer Verpfändung fähig, daß der Eigenthümer eines Grundstücks seinem Pfandgläubiger eine Servitut dergestalt einräumen kann, daß er solche so lange ausüben darf, als die Schuld noch nicht bezahlt, und er auch berechtigt ist, sich durch Ueberlassung derselben an einen Andern zu seinem Gelde zu verhelfen. Da übrigens die Land- und Ackerbauservituten mehrern Käufern vortheilhaft seyn können, als die Stadtservi-

a) L. 16. §. 2. D. de pignor. act. L. 31. D. de pignor.
b) L. 13. §. 3. D. de pignor. L. 15. D. qui pot. in pign.

servituten, so schicken sich jene auch besser zur Verpfändung, welche doch am Ende immer auf einen Verkauf der verpfändeten Sache an einen Andern hinausläuft [c]). In den angeführten Gesetzen wird von einer Servitut geredet, welche der Eigenthümer des mit der Servitut beschwerten Grundstücks ertheilt hatte [d]); denn weil der Eigenthümer des Grundstücks, welches die Servitut ausübt, diese Servitut nicht ohne das Grundstück an Andere überlassen, und davon trennen darf, ja nicht einmal das Recht hat, die Servitut von einem Theile seines Gutes auf einen andern zu verlegen, so ist auch keine getrennte Verpfändung möglich [e]). Wenn die Servituten zugleich mit dem Grundstück, worauf sie active haften, verpfändet worden sind, so läßt sich nichts dagegen einwenden; eigentlich ist aber eine namentliche Verpfändung der Servituten, wenn das Grundstück, worauf sie haften, verpfändet worden ist, ganz überflüßig, weil, wenn das Grundstück verpfändet worden, auch alle Gerechtsame desselben als stillschweigend verpfändet zu betrachten sind [f]). Der Eigenthümer des mit einer Activservitut begabten Grundstücks darf diese Servitut an keinen Andern, der nicht zugleich Besitzer dieses Grundstücks wird, verpfänden; weil sich eine Servitut von dem Gute, dem sie zusteht, nicht trennen läßt. Die persönlichen Servituten, nur die nothdürftige Nutznießung ausgenommen, können gar wohl an Jemanden abgetreten und überlassen werden; daher geht es an, daß derjenige, der eine solche persönliche Servitut hat, solche auch, ohne erst die Einwilligung des Grundeigenthümers dazu nöthig zu haben, Jemandem verpfänden darf [g]). Daß der Nießbrauch verkauft werden könne, läßt sich nach der

c) L. 11. §. 3. L. 12. D. de pignor.
d) Vinnius in sel. quaest. Lib. I. cap. 31.
e) L. 14. L. 33. §. 1. D. de seruit. praed. rustic.
f) L. 36. D. de seruitut.
g) L. 11. §. 2. D. de pignor.

der L. 12. §. 2. D. de vsufr. behaupten. Gerichtlich Jemandem seinen Nießbrauch abzutreten, war zwar bey den Römern nicht erlaubt, weil dieses gegen die Persönlichkeit des Nießbrauchs zu seyn schien; allein eine gerichtliche Abtretung ist bey einer Verpfändung des Nießbrauchs eben so wenig, als bey dem geschehenen Verkauf desselben nöthig. Der Usufructuarius kann nicht nur sein Recht selbst verpfänden, sondern auch die Sache, deren Benutzung ihm überlassen worden ist. Diese letztere Verpfändung gilt denn wenigstens so lange, als der Nießbrauch dauert. Der Nießbrauch kann Jemandem eben so gut auf eine Zeitlang gestattet werden, als auf Zeitlebens; es ist daher nicht so ganz wider die Natur dieser Servitut, daß sie einstweilen, bis ein geborgtes Kapital wieder bezahlt ist, eingeräumt werde, als es gegen die Beschaffenheit der Realservituten ist [h]).

Verpfändet der Schuldner eine ihm zustehende Activpost, so bekommt der Pfandgläubiger dadurch an solcher eben die Rechte, die er bey einer an ihm geschehenen Cession erlangen würde. Er kann, falls der Pfandgeber nicht zu gehöriger Zeit bezahlen sollte, diejenige Klage gegen des Verpfänders Schuldner nützlicher Weise anstellen, die jener gegen ihn brauchen konnte; und das erhobene Geld rechnet er auf seine Forderung ab. Sind es andere Sachen, die der Beklagte dem Verpfänder geben sollte, so behält der Kläger solche als Pfandstücke so lange im Besitz, bis er von seinem Schuldner, dem Verpfänder, befriedigt worden ist [i]). Was das für nützliche Klagen sind, wovon in den angeführten Gesetzen geredet wird, welche ein solcher Pfandgläubiger, dem des Verpfänders Activa versetzt worden, anstellen kann, darüber streiten die

h) Hr. GJR. Westphal in der Erläuterung der römischen Gesetze vom Pfandrechte, §. 140. S. 201.

i) L. 18. pr. D. de pignor. act. L. 20. D. de pignor. L. 4. C. quae res pign. L. 7. C. de hered. vel act. vend.

die Rechtslehrer. Daß dieselben gegen den Schuldner, auf dem die verpfändete Activpost haftet, nicht eher gebraucht werden können, bis der Gläubiger, der diese Posten verpfändet hat, ausgeklagt ist, und es sich nun zeigt, daß nichts von ihm zu erhalten ist, läßt sich Argumento L. 4. C. quando fisc. vel priuat. deb. allerdings behaupten; denn wenn gleich dieses Gesetz nur von fiskalischen Forderungen redet, so ist doch etwas ähnliches von jedem richterlichen Pfandrechte verordnet, kraft dessen die ausstehenden Schulden nicht eher angegriffen werden können, bis die beweglichen und unbeweglichen Güter des Gläubigers bey der Hülfsvollstreckung nicht zureichen [k]). Wenn man überdieses nicht, wie Faber [l]) gethan hat, unter der nützlichen Klage eine persönliche Klage, sondern die auf Herausgabe des Gegenstandes zur Veräußerung und Befriedigung des Gläubigers gehende hypothekarische Klage annimmt, so muß man es um so mehr bey der Justinianeischen Verordnung über die Anwendung des beneficii excussionis bewenden lassen. Fabers Grund zur Behauptung des Gegentheils, weil der Schuldner, dessen Passivschuld von seinem Gläubiger verpfändet worden ist, nicht eigentlich als ein dritter Besitzer angesehen werden könne, ist wenigstens nicht erheblich, und die ganze Verpfändung einer Forderung ist im Grunde etwas uneigentliches. Eben so unwichtig ist der Grund, daß der Schuldner, dessen Passivschuld verpfändet worden ist, gegen seinen Gläubiger, nachdem er den Pfandkläger bezahlt, keinen Regreß, der Schadloshaltung wegen zu nehmen Ursache habe; denn es ist falsch, daß die Rechtswohlthat der Excussion deswegen eingeführt worden ist, damit dieser Regreß nicht anstatt eines Processes zwey veranlasse. Sonst müßte bey jedem fremden Besitzer einer Hypothek allemal untersucht werden, ob er nicht etwa durch eine Schen-

k) L. 2. C. quando fisc. vel priuat. debit.

l) Ant. Faber in Error. pragm. Dec. 5. Error. 10.

Schenkung, oder sonst auf eine andere, den Regreß ausschließende, Art zu dem Besitze gekommen sey. Dieses letzte wird jedem, als gegen Justinians Novellen anstossend, einleuchten, wenn gleich Faber m) in seinen besondern Meynungen so weit gegangen ist, daß er sogar jedem fremden Besitzer, der keinen Regreß hat, die Rechtswohlthat der Excussion abgesprochen. Eben dieser Verfasser behauptet auch Cap. 17.: es sey zwischen einer Conventionalhypothek über eine Forderung, und dem Falle, wo bey der Hülfsvollstreckung eine Forderung des condemnirten Schuldners mit angegriffen wird, der Unterschied, daß nämlich jene auch alsdenn angegriffen werden könne, wenn gleich der Schuldner, dessen Schuld verpfändet worden, diese Schuld geleugnet hat, hingegen die Hülfsvollstreckung in eine ausstehende Forderung des condemnirten Schuldners finde nicht statt, sobald sein Schuldner diese Forderung nicht zugeben will; denn in dem ersten Falle könne der Pfandgläubiger die Richtigkeit der Forderung gegen den verpfändeten Schuldner ausführen, in dem letzten aber, oder wenn blos eine stillschweigende Hypothek vorhanden sey, müsse die Hülfsvollstreckung und Befriedigung aus andern Gütern des Verurtheilten gesucht werden, oder gar unterbleiben n). Dieser Unterschied lasse sich wohl hören, bemerkt der GJR. Westphal; doch müsse man die angeführten Gesetze vermuthlich so verstehen und annehmen, daß im äußersten Nothfalle auch illiquide Forderungen des Verurtheilten unter die Execution gezogen, und die Sache durch den Executionsimpetranten wider des Gegentheils Schuldner ausgeführt werden könne, weil ein Urthel, so lange es immer möglich ist, vollstreckt werden muß. Ist man darüber einig, daß die actio vtilis gegen den Schuldner, dessen Schuld verpfändet worden ist, erst

m) Faber in Coniect. Lib. VIII. cap. 15 sqq.

n) L. 15. §. 9. D. de re iudic. L. 3. C. quando fiscus vel priuat. debit.

erst alsdenn gebraucht werden dürfe, nachdem der Verpfänder ausgeklagt worden, so ist es gleichgültig, ob man sagt, unter der actio vtilis sey die actio hypothecaria zu verstehen, oder ob man der Meynung ist, es sey eben die Klage gemeynt, welche der Pfandgeber hatte. Da die Klage aber doch in der angeführten L. 7. auch dem Käufer der Forderung zugestanden wird, der doch ohne Zweifel eben die Klage anstellen kann, welche der Verkäufer dieser Forderung brauchen konnte, so hat wohl Donell eher Recht, welcher die Forderung des Verpfänders darunter versteht, als Cujaz, der eine Pfandklage daraus machen wollte. Wenn der Schuldner, dessen Verbindlichkeit sein Gläubiger verpfändet hat, kein Geld, sondern andere Dinge dem Verpfänder leisten soll, so ist die an dem Gläubiger geschehene Verpfändung der Verbindlichkeit gleichsam als eine symbolische Verpfändung anzusehen, wo der Verpfänder anstatt der ihm schuldigen Sachen, die solche vorstellende Forderung und Obligation verpfändet hat. Daher kann der Pfandgläubiger, dem eine solche Verbindlichkeit verpfändet worden ist, sich an die zu leistenden Sachen, wenn der Schuldner solche abgeliefert haben sollte, als an sein Pfand halten. In Gesetzen o) wird die Verpfändung einer Forderung auch darin einer Cession gleich gemacht, daß dabey in Erwägung gezogen werden soll, ob der Schuldner, dessen Verbindlichkeit verpfändet worden, von dieser geschehenen Verpfändung benachrichtigt worden ist, oder nicht; welcher Umstand bey einer geschehenen Cession ebenfalls nicht übersehen werden darf p). Ob die bloße Wissenschaft des Schuldners, daß die Verpfändung geschehen sey, ihn hindere, die Bezahlung immer noch an den Verpfänder zu leisten, oder ob ihm schlechterdings von dem Pfandgläubiger der Vorgang der Sache gemeldet, und die Bezahlung gefordert worden seyn müsse, darüber wird hier ebenfalls, wie bey der Cession,

o) L. 4. C. quae res pignor.
p) L. 3. C. de nouat.

sion, gestritten. Das von einigen Rechtslehrern angeführte Gesetz q) beweißt hier freylich nichts; es ist daher eine ganz besondere Anzeige allerdings nöthig, wenigstens sicherer.

Gleiche Bewandniß hat es mit der Verpfändung solcher Sachen, woran der Verpfänder selbst nur ein Pfandrecht hat. Es ist gleichsam diejenige Forderung eben dadurch verpfändet worden, weswegen diese Pfänder dem verpfändeten Gläubiger überlassen worden sind. Uebrigens dauert das Pfandrecht desjenigen, dem eine verpfändete Sache von dem Gläubiger verpfändet worden ist, nicht länger, als das Recht des verpfändenden Gläubigers selbst. Ist diese bezahlt, so kann auch sein Gläubiger sich an dem zeither im Besitz gehabten Pfande, wider den Eigenthümer weiter kein Recht anmaßen; doch darf der Eigenthümer seinem Gläubiger nichts bezahlen, sobald er von der geschehenen weitern Verpfändung seiner bey dem Gläubiger verpfändet gewesenen Sachen benachrichtiget worden ist r).

Nach dem gemeinen Rechte kann der Schuldner seine unbeweglichen Güter ohne gerichtliche Insinuation mit dieser Wirkung verpfänden, daß der Gläubiger dadurch das Recht eines Privatunterpfandes und damit den Vorzug vor andern gemeinen oder einfach privilegirten Gläubigern oder jüngern außergerichtlichen Pfandgläubigern erwirbt s). Diese Grundsätze können auch bey uns im Zweifel angewendet werden, so, daß, wenn gleich die Veräußerung unbeweglicher Güter ohne gerichtliche Insinuation nicht geschehen darf, dennoch die Verpfändung derselben ohne sie vorgenommen werden kann t); und daß, wenn gleich

q) L. fin. D. de act. emti vend.

r) L. 40. §. 2. D. de pignor. act. L. 13. §. 2. D. de pignor. L. 1 et 2. C. si pign. pign.

s) L. 4. D. de pignor. Lavterbach in Coll. pand. ad tit. de pign. §. 37 et 46. Kobivs de pecunia mutuat. tuto collocand. cap. 5. §. 54.

t) Negvsantivs in tract. de pignoribus, Part. II. Mbr. 3. nr. 74. de Cramer Obs. 68.

gleich die Insinuation der verpfändeten unbeweglichen Güter mit der Erklärung in den Landesgesetzen anbefohlen worden ist, daß die gerichtlich angezeigten Hypotheken den nicht bestätigten vorgehen sollen, gleichwohl das nicht angezeigte Unterpfand doch die Wirkung einer außergerichtlichen Hypothek erlangt [u]). Wie bekannt, ist es durch vieler Orte Gesetze und Gewohnheiten eingeführt worden, daß die Verpfändung unbeweglicher Güter nicht anders, als mit Zuziehung des öffentlichen Ansehens der Obrigkeit, und im Gericht selbst geschehen, ohne diese Feyerlichkeit aber ganz nichtig seyn soll [x]). Ein durch bloßen Vertrag ertheiltes Pfandrecht wird entweder durch ausdrücklichen, oder durch stillschweigenden Willen der Contrahenten bestellt. Der stillschweigende Wille besteht in Handlungen, welche eine Einwilligung in die Verpfändung zu erkennen geben, und dahin gehört z. B. der Fall, wenn sich Jemand wissentlich für eine Schuld verbürgt hat, wofür seine Sache verpfändet worden ist [y]); oder eine Urkunde schreibt, oder unterschreibt, worin seine Sache verpfändet worden ist [z]). So erklären die Gesetze die auf den verpfändeten Grundstücken gezogenen Früchte für stillschweigend mit verpfändet [a]); welches auch bey verpfändeten Sclavinnen und andern Accessionen im römischen Rechte



u) HARPPRECHT Differ. iur. commun. et prouinc. March. Badens. §. 70.

x) KRAVSE D. Requisita hypothecae conuentionalis in immobilibus constituendae, §. 13. KOBIVS l. c. CANZ D. de emtione venditione annuorum redituum, etiam sine consensu Magistratus vel Principis iure Wirtembergico valida, §. 5. HELLFELD D. de praerogatiua hypothecae publicae, tacitae aeque ac expressae competente, §. 34 sqq. NEVNHOEFER D. Analecta iuris statutarii Augustani ad singularia quaedam doctrinae de hypothecis et pignor. sub Praes. KAPFF, Tubing. 1784. §. 7.

y) L. 5. §. 2. D. in quib. caus. pign.

z) HERTIVS de pignore conuentionali tacito, §. 13 sqq. HOFACKER in Princ. iur. ciuil. Romano-Germ. §. 1177.

a) L. 3. C. in quib. caus. pign. SCHVLTING in thes. controv. Dec. 79. §. 6. in Comment. acad. Vol. III. pag. 271.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0215 DFG

deutlich enthalten ist [b]). Wenn eine Schuldverschreibung zum Pfande gegeben worden ist, so wird das in derselben verschriebene Capital dadurch für stillschweigend verpfändet [c]) gehalten. Wenn das bloße Eigenthum oder die Proprietät einer Sache vom Eigenthümer verpfändet worden ist, und er bekommt in der Folge auch die Nutznießung dieser Sache; so ist nun auch diese mit verpfändet. Ist das verpfändete Gut durch eine Alluvion vermehrt worden, so gehört auch diese mit zum Unterpfande [d]). Es wird ferner, wenn die Contrahenten mehr auf die Materie, als auf die Form der verpfändeten Sache gesehen haben, und die Form derselben ist nachher verändert worden, nunmehr vermuthet, daß die Verpfändung nach ihrem stillschweigenden Willen fortdauere [e]); dagegen ist z. B. die mit verpfändetem Gelde gekaufte Sache, das aus einem verpfändeten Walde zu Verfertigung eines Schiffs genommene Holz nicht für verpfändet zu halten [f]). Verpfändet der Schuldner alle seine Sachen, ohne die zukünftigen Güter mit zu nennen, so wird vermuthet, daß er auch diese habe mit verpfänden wollen [g]). Uebrigens sind diese stillschweigenden Unterpfänder von den gesetzlichen, welche auch bisweilen stillschweigende genennt werden, wohl zu unterscheiden [h]).

Die

b) L. 29. §. 1. L. 26. §. 2. D. in quib. caus. pign. L. 1. C. de pact. pignor. L. 18. §. 1 et 2. D. de pignor. act. L. 1. D. de Salv. interd.

c) Arg. L. 18. pr. D. de pign. act. L. 2. L. 9. C. quae res pign. SCHAVMBVRG in Comp. Dig. §. 2. tit. de pignor.

d) L. 18. §. 1. D. de pignor. act. HOFACKER in Princ. Iur. Rom. German. §. 1168.

e) L. 16. §. 2. D. de pignor.

f) L. 18. §. 3. D. de pign. act. L. 7. §. 1. D. qui pot. in pign.

g) L. vlt. C. quae res pign. oblig. SATOR D. de pignorum praerogatiua generatim, §. 5.

h) GEISLER in Diss. de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteutici, §. 2. BEYER Diss. de tacito pignore, cap. I. §. 3.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0216
DFG

Die durch einen ausdrücklichen Vertrag ertheilten Hypotheken werden blos durch die Erklärung der Einwilligung des Schuldners und des Gläubigers, auch ohne geschehene Uebergabe der Sache, und ohne daß ein schriftlicher Aufsatz nöthig ist, bestellt. Es ist genug, wenn die Erklärung nur deutlich ist [i]), sie mag übrigens zu erkennen gegeben werden, auf welche Art es ist [k]), und durch welche Worte es sey, z. B. wenn gesagt worden: ich setze hiermit mein Gut zum Unterpfande; ja es schadet nichts, wenn das Wort Unterpfand gar nicht gebraucht worden, sondern der Schuldner hätte etwa gesagt: ich versichere meinen Gläubiger auf meine Güter; meine Güter sollen ihm haften; mein Gläubiger soll in Entstehung der Bezahlung sich aus meinen Gütern bezahlt zu machen befugt seyn, oder Macht und Gewalt haben, mich an meinem Haab und Gütern zu suchen, bis er die völlige Schuld erhalten; ich verschreibe, ich versetze ihm mein Gut, u. s. f. [l]); er soll, wenn ich nicht zu rechter Zeit bezahle, mein Gut zu verkaufen, und vom Erlös seine Befriedigung zu nehmen; er soll mit eigener Gewalt dasselbe in Besitz zu nehmen, und anzugreifen berechtigt seyn [m]); es mögen solche und ähnliche Worte unter Gegenwärtigen oder Abwesenden durch einen Bevollmächtigten oder in einem Briefe gebraucht worden seyn [n]). Eine Verpfändung ist sogar alsdenn geschehen, wenn ein Darlehn auf die vorige getilgte Schuld-



i) L. 4. D. de pignor. et hypoth. Hvber ad tit. de pignor. et hypoth. §. 5.

k) Kobivs in comment. de pecunia mutuatitia tuto collocanda, cap. 5. §. 54.

l) L. 9. C. quae res pign. Berger in Oecon. iur. Lib. II. tit. 5. §. 8. not. 1. Hvber l. c. Schavmbvrg ad tit. de pignor. et hypoth. §. 2.

m) de Cramer in Obs. iur. vniu. Tom. II. Part. II. Obs. 671.

n) Mencken Diss. de actione pignorat. §. 1. Hofacker in Princ. §. 1176.

verschreibung aufgenommen worden, worin ein gewisses Grundstück verpfändet war.

Keine Verpfändung ist vorhanden, wenn blos der Vertrag geschlossen worden, daß eine Hypothek bestellt werden solle; z. B. die Partheyen haben sich des Ausdrucks bedient: es solle diese Schuld mit nächstem verbrieft werden, der Schuldner wolle mit nächstem ein Pfand, oder ein Unterpfand geben o). Auch ist zu Bewirkung eines Pfandrechts das Zurückbehaltungsrecht nicht hinreichend, wenn es gleich nach den Gesetzen ausgeübt werden darf, weil ein dergleichen Recht nur wider den Schuldner selbst, nicht aber wider dessen Gläubiger seine Kraft äußert; denn die Gesetze p) legen dem Zurückbehaltungsrechte niemals die Wirkung eines Pfandrechts bey; vielmehr gestatten sie jenes öfters, wo dieses nicht statt hat, oder aufgehört hat. Daher hat selbst der Pfandgläubiger, welcher sich des Zurückbehaltungsrechts nach bezahlter Pfandschuld wegen einer andern Schuld bedient, an der zurückbehaltenen Sache kein Pfand- und Vorzugsrecht q).

o) Harpprecht Resp. 92. nr. 206 sqq. Grass D. de pacto futuri contractus praeparatorio, §. 21. Petermann D. de valore pactorum, quibus praeparantur contractus, §. 26.

p) L. 15. §. 2. D. de furt. L. 1. C. si alien. res pignor. L. 1. pr. D. de pign. et hyp. L. vn. C. etiam ob chirogr. pec.

q) L. vn. C. etiam ob chirogr. pecun. Crell. D. de retentione hypothecae, ob nouum debitum non permissa, §. 3 et 4. Mencken l. c. §. 9 sqq. Schmid D. de iure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante, §. 11. Christ. Gmelin in D. de concursu creditorum materiali, §. 91.

# Lib. XX. Tit. IV.

## Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

### §. 1093.

Die Hypotheken oder Pfandgerechtigkeiten haben unter einander eine gewisse Rangordnung, das heißt, wenn das verpfändete Vermögen eines Schuldners nicht zu ihrer aller Befriedigung zureicht, so wird dieser und jener Pfandgläubiger dem Andern bey der Bezahlung vorgezogen. Vor allen Dingen ist zu merken, daß die sämmtlichen hypothekarischen Gläubiger allen privilegirten Personalforderungen vorgehen, weil es nach dem römischen Rechte keine sogenannten absolut privilegirten Gläubiger giebt [a]). Ein absolut privilegirter Personalgläubiger heißt derjenige, welcher von dem gemeinen Schuldner aus dem Concurs ebenfalls etwas zu fordern hat, es steht ihm aber deswegen kein Pfandrecht zu, und gleichwohl bekommt er seine Bezahlung eher als alle hypothekarischen Gläubiger. Für solche privilegirte persönliche Ansprüche wird nach teutschen Rechten z. B. das Liedlohn gehalten. Dem Satze: daß nach dem römischen Rechte alle Pfandgläubiger den privilegirten Personalforderungen vorgehen, steht nicht entgegen, daß gewisse Gläubiger ein Absonderungsrecht haben; denn mit diesem Vorrecht hat es eine



a) L. 9. C. qui potior. in pign.

ganz andere Bewandniß, als mit den Hypotheken. Blos die Begräbnißkosten des gemeinen Schuldners gehen einer oder der andern Hypothek vor; keinesweges aber überhaupt allen Hypotheken [b]). Die Concurskosten haben zwar ebenfalls vor allen Gläubigern, selbst vor den hypothekarischen, einen Vorzug; allein, ob sie gleich von Rechtswegen vor allen übrigen Forderungen bezahlt werden müssen, so beweißt dieser Umstand doch wohl immer noch nicht, daß diese Kosten unter die absolut privilegirten Personalforderungen gerechnet werden müssen [c]); denn die Gerichte und andere Personen, welche Concurskosten zu fordern haben, sind Gläubiger, die deswegen ein Absonderungsrecht verlangen können, weil sie für die ganze Concursmasse gearbeitet haben; wodurch sie in der That mehr Gläubiger des Concurses und der Masse geworden sind, als des gemeinen Schuldners; sie gehören folglich nicht zu den absolut privilegirten Personalgläubigern. Unter absolut privilegirten Forderungen sind solche zu verstehen, welche nicht auf dem Concurse selbst haften, sich nicht zum Absonderungsrechte qualificiren, und doch allen auch privilegirten Hypotheken vorgehen. Alles dieß paßt auf die Concurskosten nicht.

Wenn man den durch die Gesetze in jedem Falle festgesetzten Vorzug unter den einzelnen hypothekarischen Gläubigern gehörig bestimmen will, so müssen folgende Hauptregeln angewendet werden. Die erste Hauptregel ist diese: ein älteres Pfandrecht hat allemal vor dem jüngern den Vorzug [d]). Weil also auf den Vorzug der Zeit so viel ankommt, so wird oft sehr darüber gestritten, ob unter mehreren Hypotheken die eine oder die andere die ältere zu nennen sey. War die Schuld, zu deren Sicherheit die Verpfändung geschehen ist, gleich bey der Verpfändung

b) L. 45. D de religios. L. 14. §. 1. eod.
c) L. 8. D. depos.
d) L. 8. C. qui pot. in pign. L. 12. et §. 7. D. eod.

pfändung vorhanden und unbedingt gegründet, so hat es keine Schwierigkeit; denn jetzt geht das Alter der Hypothek von dieser Zeit an. Entsteht die Schuld erst nach geschehener Verpfändung, so kommt es darauf an, ob es blos von der Willkühr der contrahirenden Partheyen abhängt, daß die Schuld auch nicht entsteht, oder ob der Gläubiger wenigstens selbst Ursache ist, daß die Schuld nach der Verpfändung nicht eher wirklich geworden ist, oder ob der Gläubiger zur frühern Entstehung der Schuld nichts beytragen können, und es nicht von der Willkühr des einen Theils abgehangen, daß aus der Schuld gar nichts werden konnte. In dem letztern Falle geht das Pfandrecht von Zeit der Verpfändung an, im erstern aber von der Zeit, wo die Schuld ihr wirkliches Daseyn erhielt e). Bey der L. 4. D. quae res pign. bemerkt Cujaz, daß es in diesem Gesetze hauptsächlich darauf ankomme, daß der Schuldner nicht die Hypothek wirklich ertheilt, sondern nur gewisse Sachen erst zum Unterpfande bestimmt habe; allein die übrigen Worte des Gesetzes zeigen deutlich, daß die Verpfändung schon wirklich zum Voraus geschehen seyn müsse, weil sonst die aufgeworfenen Fragen kaum vorkommen können. Auch die übrigen Worte des Gesetzes erweisen deutlich, daß eine wirklich zum Voraus ertheilte Hypothek in dem erzählten Falle dennoch erst von Zeit der geschehenen Auszahlung des Darlehns würde den Anfang genommen haben. Die L. 1. pr. D. qui pot. in pign. handelt von einem Falle, wo sich Jemand zu Bestellung eines Heyrathsguts verbindlich gemacht hatte. Da dieses Versprechen der Frau, welcher das Heyrathsgut geschenkt seyn sollte, ein gegründetes Recht ertheilte, das ihr weder der Versprecher, noch der Ehemann nehmen konnte, so hieng die Auszahlung des Heyrathsgutes weder



e) L. 4. D. quae res pign. L. 1. pr. et §. 1. D. h. t. L. 9. pr. et §. 1 et 2. eod. L. 11. pr. et §. 1 et 2. eod. L. 12. §. 2. eod.

von dem Willen des Einen, noch des Andern ab; also war nicht von einem Falle die Rede, wo die Hypothek erst mit der wirklichen Zahlung angeht. Cujaz merkt ganz richtig an, daß der Umstand, daß der Dotirer einen Theil des Heyrathsgutes sogleich, den andern Theil aber erst einige Zeit hernach ausgezahlt hatte, von keiner Erheblichkeit sey; denn wenn auch die ganze Summe erst lange nach dem Versprechen wäre ausgezahlt worden, so würde dennoch die Hypothek gleich mit der Verpfändung des Mannes angegangen seyn. Darin hat aber Cujaz wohl unrecht, daß er den ersten Paragraphen dieses Gesetzes auch noch von dem Falle eines dem Manne eingegebenen Heyrathsgutes versteht, wobey kein Versprechen vorhergegangen. Es fällt in die Augen, daß nicht weiter vom Brautschatze in diesem Paragraph die Rede ist, sondern von einem bloßen Darlehn, wobey freylich der Grund völlig wegfällt, der in dem angeführten Falle vorhanden war.

In der L. 9. D. quae res pign. geht der Rechtsgelehrte, von dem diese Stelle herrührt, stufenweise von einem ungezweifelten Falle zu mehr zweifelhaften fort. Zuerst nimmt er einen solchen Fall an, wo die Verpfändung wegen einer auf gewisse Termine gesetzten Schuld geschehen war. Eine Schuld, wobey ein dies certus der Termin des Anfangs ist, wird nach dem römischen Rechte einer unbedingten und sogleich gegenwärtigen Schuld gleich gehalten; es war daher leicht zu entscheiden, daß das Pfandrecht schon von der Verpfändung an für vorhanden gehalten werden mußte. Hierauf redet der Jurist von einer bedingten Schuld aus einem Vertrage. Bey Verträgen ist der Satz in jeder Rücksicht wahr, daß die Bedingung, wenn sie erfüllt worden ist, zurück gerechnet wird. Daher ließ sich wenig dagegen einwenden, daß eine unter diesen Umständen ertheilte Hypothek zugleich mit dem Pfandcontracte ihren Anfang genommen habe. Den ersten Tag vom Monat Julius war es überhaupt bey den Römern gebräuchlich, seine Miethe anzufangen, und deswegen richtete sich der Rechtsgelehrte in seiner Geschichtserzählung eben-

ebenfalls nach dieser Gewohnheit. Endlich kommt Afrikanus auf das Pfandrecht, welches eines bedingten Legats wegen bestellt worden ist. Die Bedingung eines Legats wird zwar, wenn sie in Erfüllung geht, nicht allemal zurück gerechnet; jedoch hat dieser Umstand auf das Alter der Verpfändung keinen Einfluß, sondern hier geschieht die Zurückrechnung, und der Anfang des Pfandrechts wird auf die Zeit der geschehenen Verpfändung zurück gesetzt. Nur in Ansehung der Personen, denen das Vermächtniß ausgesetzt worden, wird auf den Tag gesehen, an dem die Bedingung erfüllt worden ist, nicht aber bey Beurtheilung der Wirklichkeit des Legats und der Vorzüge desselben.

Bey bedingten Hypotheken wird also, wenn der Fall von der ersten Art ist, die nachher wirklich gewordene Bedingung zurückgerechnet, und eine einzige Abweichung von dieser Regel scheint in einem Gesetze [f]) vorzukommen, worin von einem bedingten Legat die Rede ist. Ein bedingtes Vermächtniß, das einer Person hinterlassen worden, welche zur Zeit des Todes des Erblassers noch unter der väterlichen Gewalt stand, aber zur Zeit der Erfüllung der Bedingung von dieser Gewalt befreyt worden war, wird ein Eigenthum des aus der väterlichen Gewalt herausgegangenen Sohnes, und nicht des Vaters, noch seines Erben. Die Verpfändung, welche dem Vater geschehen war, konnte daher nunmehr ihm nichts weiter helfen, weil er nach der Befreyung des Sohnes von der väterlichen Gewalt auf das Vermächtniß weiter keinen Anspruch machen durfte; diese Verpfändung konnte aber auch dem Sohne nichts helfen, wenn er gleich das Vermächtniß zu fordern berechtigt war, weil sie ihm nicht geschehen war.

Eine schon vorhanden gewesene, in der Folge aber nur aufs neue anerkannte Hypothek, wird nicht von dem Tage der Bestätigung an gerechnet, sondern von Zeit der ersten Verpfändung an [g]).

Wenn

f) L. 28. D. de pignor.
g) L. 21. pr. D. qui pot. in pign.

Wenn mehrere zu gleicher Zeit eine Hypothek erhalten haben, so ist ihnen solche entweder gemeinschaftlich bestellt worden, oder jedem besonders. Im letztern Falle steht jedem die Hypothek an der ganzen Sache zu, und derjenige, welcher zuerst in Besitz gesetzt worden, genießt vor dem andern einen Vorzug. Im ersten Falle hat zwar auch jeder ein Pfandrecht an der Sache, jedoch nur wegen seines Antheils an der Forderung, wenn nicht etwas anders ausgemacht worden ist, folglich hat auch hier der Besitzer den Vorzug. Ist ausdrücklich ausgemacht worden, daß jeder sein Pfandrecht nur auf einen Theil des Pfandes erstrecken soll, so hat es dabey sein Bewenden, und keiner erhält vor dem Andern einen Vorzug. In diesem Falle kann der eine Gläubiger selbst den andern Mitgläubiger, der den Besitz des Pfandes hat, mit der Pfandklage in Anspruch nehmen; ob aber auch von den Interdicten in Pfandsachen hier Gebrauch gemacht werden könne, darüber ist man zweifelhaft [h]).

Haben sich zwey Gläubiger zwar zu gleicher Zeit gemeinschaftlich ein Pfandrecht ertheilen lassen, der eine aber wegen einer eher entstehenden und zahlbar werdenden Forderung, der andere hingegen um eines später entstehenden Anspruchs willen, so ist die Absicht dieser beyden Gläubiger dahin zu erklären, daß das Pfandrecht des erstern vor der Hypothek des letztern einen Vorzug haben soll [i]).

Ein und eben derselbe Gläubiger hat oft an dem nämlichen Schuldner, zu ganz verschiedenen Zeiten verschiedene Ansprüche erhalten. Daher geht er billig in Ansehung der einen als ein älterer Gläubiger einem Andern vor; in Ansehung anderer Posten aber steht er ihm nach, wenn

h) L. 20. §. 1. D. de pignor. act. L. 10. L. 16. §. 8. D. de pignor. L. 1. §. 1. D. de Saluiano Interd.

i) L. 13. D. qui pot. in pign.

wenn diese Forderungen dem Anfange nach jünger sind, als jene k).

Die andere Regel ist diese: eine privilegirte Hypothek geht allemal einer nicht privilegirten vor, und bey solchen Hypotheken, die auf gleiche Weise privilegirt sind, geht es nach der Ordnung der Zeit. Das Pfandrecht ist nämlich entweder dergestalt privilegirt, daß es andern öffentlichen und ältern Pfandrechten vorgeht, oder dieses geschieht nicht. Im ersten Falle heißt es pignus *priuilegiatum*, oder *qualificatum*, oder cum iure praelationis coniunctum; im letzten wird es pignus *simplex* genennt. Das pignus *simplex* hat also seiner Natur nach keinen Vorzug; soll es einen bekommen, so muß es durch äußerliche Umstände geschehen; das heißt, der Vorzug muß ihm entweder durch die öffentliche Autorität oder das Alter verschafft werden; das privilegirte hingegen hat seiner Natur nach einen Vorzug vor andern Hypotheken; es geht andern vor, ob sie gleich älter, oder mit öffentlichem Ansehen versehen sind. Nicht nur verschiedene gesetzliche Hypotheken, sondern auch einige conventionelle haben ein solches Privilegium; es gehören nämlich hierher: 1) das Pfandrecht des Fiskus, das ihm wegen rückständiger Abgaben an dem Vermögen der Unterthanen zusteht; 2) das Pfandrecht desjenigen, welcher zur Erkaufung eines öffentlichen Amtes bey den Römern, welches erblich war, und verkauft werden konnte, Geld vorgestreckt, und sich zugleich nach der darüber vorhandenen Verordnung der Gesetze ein Vorzugsrecht ausbedungen hatte; 3) das Pfandrecht der Kriegskasse, welches ihr an dem Vermögen des primi pili oder primipilaris cohortium, eines Kriegszahlmeisters, Kriegsproviantmeisters zusteht. Es gehört 4) darunter die Hypothek dessen, der zur Wiederherstellung oder Ausbesserung eines Gebäudes

k) L. 3. pr. D. qui pot. in pign. L. 22. §. 3 et 5. D. L. 20. D. eod.

Gebäudes Geld vorgeschossen hat; 5) das Pfandrecht dessen, der zur Erkaufung einer Sache Geld geborgt hat, und sich an dieser Sache ausdrücklich ein Pfandrecht ertheilen lassen. 6) Wer seine Sache auf Credit verkauft, und sich zur Sicherheit des nicht bezahlten Kaufgeldes ein Pfandrecht an dieser verkauften Sache bestellen lassen, dem steht eine privilegirte Hypothek zu. 7) Hat eine solche Hypothek der Pupill, wenn eine Sache mit seinem Gelde gekauft worden ist; 8) die Ehefrau zur Sicherheit ihres Brautschatzes.

## §. 1094.

Unter den privilegirten Hypotheken verdienen vorzüglich alle Forderungen bemerkt zu werden, weswegen ein sogenanntes Absonderungsrecht eintritt; wo der ältere Gläubiger das eigene Vermögen des spätern und jüngern an sich ziehen würde, wenn dieser seine Befriedigung nicht erhalten sollte, und wo der ältere Gläubiger es des spätern Gläubigers Vorschusse zu verdanken hat, daß das Pfand erhalten worden, und nicht verdorben oder verlohren gegangen ist [l]). Der Vorzug dieser Hypotheken gründet sich auf die Vernunft und Billigkeit, und er entspringt aus eben der Quelle, woraus der Rechtssatz hergeleitet wird, daß dem dritten Besitzer einer Hypothek, wenn er gleich durch die Pfandklage in Anspruch genommen worden und deswegen das Pfand herausgeben muß, dennoch die auf das Pfand verwendeten Kosten vergütet werden müssen; aus eben der Quelle, woraus die Condictionen, und besonders die condictio sine causſa entspringt; aus dem Grundsatz: daß Niemand mit des Andern Schaden bereichert werden solle [m]). Wenn der spätere Pfand-

gläubiger

l) Hr. GJR. Westphal vom Pfandrechte, §. 157.

m) L. 5. D. qui pot. in pign. L. 6. pr. et §. 1 et 2. eod. L. 7. pr. D. eod. L. 4. §. 1. D. de reb. cred. L. 1. D. de cess. bon. L. 24. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. L. 26. D. eod.

gläubiger zu Ausrüstung des Schiffs oder dessen Ausbesserung Geld hergegeben, so muß dieser darum vorgehen, weil entweder die Ausbesserung und Ausrüstung jetzt noch vorhanden ist, und also, wenn der erstere Gläubiger von dem Werthe des verkauften Schiffs seine Befriedigung mit Ausschließung des folgenden wegnehmen wollte, er auch den Werth der Ausbesserung und Ausrüstung, welcher doch von dem folgenden herrührt, an sich ziehen würde; oder wenn auch diese Ausrüstung und Besserung nicht mehr vorhanden seyn sollte, doch das Schiff an dem Orte, wo nun der ältere Gläubiger seine Bezahlung erhält, nicht würde haben ankommen können, wenn die Ausbesserung und Ausrüstung nicht geschehen wäre. Der letztere Grund findet auch bey dem zum Unterhalte des Schiffsvolks vorgeschossenen Gelde seine Anwendung. Wenn zu Rettung der Waaren bey bevorstehendem oder schon geschehenem Schiffbruch eines Gläubigers Geld verwandt, oder die Schifffracht davon bezahlt worden, so haben die vorher auf die Waaren versichert gewesenen Gläubiger es diesem zu verdanken, daß sie durch den Unglücksfall nicht gar um ihre Hypothek gekommen sind, oder daß sie an dem Ort angekommen, wo durch deren Veräußerung ihnen ihre Befriedigung verschafft werden kann. Eben die Bewandniß hat es mit dem Fuhrlohn bey Fuhren zu Lande. Die Waaren hätten nicht ohne Schaden aufbewahrt werden können, wenn sie nicht in dem Magazin gelegen hätten. Das Getraide konnte ohne die Dreschtenne nicht ausgedroschen werden, und deswegen hat der dafür schuldige Miethzins ein gleiches Vorrecht. Bey dem Drescherlohn, Arthlohn u. d. g. ist es der nämliche Fall. So kann auch demjenigen, der das Saamenkorn zur letzten Erndte hergegeben hat, und nun brach der Concurs vor der Erndte aus; desgleichen demjenigen, welcher auf dem Grundstück kurz vor Ausbruch des Concurses gearbeitet hat, die Befriedigung aus dem Concurse nicht versagt, noch verkürzt werden. Noch ist zu bemerken, daß in allen diesen Fällen, wenn die Klage gegen einen dritten Besitzer der Hypothek

statt

statt haben soll, vorausgesetzt wird, daß sich der Gläubiger von seinem Schuldner ein ausdrückliches Pfandrecht habe bestellen lassen, er müßte denn etwa schon ein gesetzliches Unterpfand deswegen haben. Ist der Schuldner selbst noch im Besitz der Sache, worauf die privilegirte Forderung haftet, von der jetzt die Frage ist, welches bey einem ausgebrochenen Concurse der Fall ist, so ist der Vorzug des Gläubigers dieser Art schon an sich allemal gegründet, und ohne daß eine besondere Verpfändung nöthig wäre. Seine Forderung ist mehr eine solche, die an die Concursmasse gemacht wird, als eine gemeine Forderung eines Gläubigers, der sich blos an den gemeinen Schuldner halten muß. Dieser Unterschied zwischen Forderungen an den gemeinen Schuldner und solchen, die an die Concursmasse gemacht werden, ist sehr erheblich. Jene müssen im Liquidationstermine angezeigt werden, und man versäumt sich damit, wenn man sich an diesem Termine nicht damit gemeldet hat. Diese haben mit dem Liquidationstermine nichts zu thun, und sind nicht daran gebunden. Bey jenen kommt es darauf an, ob man ein persönliches Recht habe, oder ein dingliches, bey diesen gar nicht. Ein Herr von Adel hatte durch seine üble Wirthschaft es dahin gebracht, daß endlich ein Concurs ausbrach. Er hatte viele Jahre vor dessen Ausbruch seine sämmtlichen Einkünfte und Güter den Händen eines ehrlichen Verwalters überlassen, der an den gemachten Schulden keinen Antheil hatte, und durch seine gute Verwaltung es verhütete, daß das Vermögen nicht noch mehr zerstreut und verringert worden war. Dafür war ihm ein jährlicher Gehalt ausgesetzt gewesen, den er verschiedene Jahre nicht erhalten hatte. Er mußte diesen Gehalt vor allen Gläubigern gleich nach den Concurskosten bekommen, ob er gleich im Liquidationstermine nicht zugleich mit andern Gläubigern liquidirt hatte. Diejenigen, welche Waaren und Sachen an den gemeinen Schuldner verkauft haben, die noch bey der Concursmasse gefunden worden, müssen, wenn sie gleich solche dem Schuldner mit Nachsicht überlassen haben, wodurch

ihr

ihr Eigenthum verlohren gegangen, nichts desto weniger als Gläubiger in die gegenwärtige Klasse kommen; denn nur die öffentlichen Wechsler durften nach dem römischen Rechte [n]) in diesem Falle ihre Waaren wieder zurück nehmen. Gleiche Bewandniß hat es, wenn sie sich die Hypothek oder das Eigenthum, zur Sicherheit des Kaufgeldes vorbehalten haben; denn dieser Vorbehalt ist im Concurs von keinem besondern Nutzen, weil der Verkäufer schon ohne einen solchen Vorbehalt eben so gedeckt ist.

Es gehören zu dieser Klasse ferner alle diejenigen Pfandgläubiger, deren Forderung schon zu einer solchen Zeit entstanden ist, wo der Schuldner, der die spätern Hypotheken ertheilt hat, noch nicht Eigenthümer war. Auch der Vorzug dieser Hypotheken ist der Natur der Sache gemäß; denn der Schuldner und neue Besitzer hat seinen Gläubigern an diesen Sachen nicht mehr Recht einräumen können, als er selbst hatte [o]). Gleiche Vorzüge haben die öffentlichen Steuern und Gaben; und mit Recht wird denjenigen ein Absonderungsrecht beygelegt, die von dem Verkäufer und Vorgänger am Grundstück des jetzigen Eigenthümers und Schuldners ein Pfandrecht erhalten haben. Die Grundzinsen, beständigen Gefälle und öffentlichen Abgaben mindern gleichsam unser Eigenthum an dem Grundstück so, daß uns nichts mehr davon zugehört, als so viel nach Abzug dieser Grundbeschwerungen übrig bleibt.

Das Vorrecht aller Hypotheken dieser Art ist so billig, daß man sich darüber wundern muß, wie Justinian diesen Grundsätzen zuwider das Heyrathsgut davon ausnehmen und verordnen können, daß es, wenn es dem Manne eher zugebracht worden, als diese Hypotheken entstanden sind, den Vorzug haben soll [p]); es müßte denn mit dem Unter-

n) Nov. CXXXVI. cap. 3.

o) L. 15. D. qui potior. in pign. L. 17. D. de pignor. act. L. 1. C. propr. pensit. publ.

p) Nov. XCVII. cap. 3. Auth. quo iure C. qui pot. in pignor.

Unterpfande desjenigen collidiren, der zur Erkaufung einer käuflichen Bedienung Geld vorgeschossen, und sich zu seiner Sicherheit eine Specialhypothek ertheilen lassen q). In der Novelle wird von demjenigen Heyrathsgute geredet, welches schon dem Manne abgeliefert worden war, als der Vorschuß zu einem Amte oder zu einer Ausbesserung gethan worden. Unter diesen Umständen geht die Frau mit dem Heyrathsgute vor, nicht aber mit dem Gegenvermächtniß. Die Ursache, warum der Vorzug bey dem Gegenvermächtniß wegfallen soll, besteht nach der Behauptung der Ausleger darin, daß hier von einem Gewinn die Rede sey, aber bey dem Heyrathsgute könne dieses nicht gesagt werden, und sie berufen sich auf die Worte: a lucris cadant. Allein hieraus würde folgen, daß jener Vorzug auch auf die Paraphernalgüter ausgedehnt werden müsse, deren doch Justinian nicht gedenkt; denn bey diesem sucht die Frau ebenfalls keinen Gewinn, sondern will blos ihren Schaden abwenden; ja bey dieser Bewandniß der Sache müßte jeder eigentliche Gläubiger gleichen Vorzug mit dem Heyrathsgute haben, weil er allemal einen wirklichen Verlust leidet, wenn ihm ein Anderer seine Befriedigung entzieht; der Grund liegt vielmehr in dem Satze: ne vxor reddatur indotata.

Eben dieselben Rechte, welche Justinian angeführtermaaßen dem Heyrathsgute ertheilte, waren schon vorher dem Fiskus wegen seiner habenden Ansprüche zugestanden worden; und solche Forderungen wurden allemal den sämmtlichen Gläubigern dieser Klasse vorgezogen r).

Eine stillschweigende Hypothek, die mit einem privilegirten Vorzuge begünstigt worden ist, hört deswegen weder auf, noch verliert ihren Vorzug, daß der Gläubiger zu mehrerer Sicherheit sich auch eine ausdrückliche Hypothek ertheilen

q) Nov. XCVII. cap. 4. Auth. quod obtinet C. de pignoribus.

r) L. 34. D. reb. auct. iud. possid.

ertheilen lassen, er müßte denn dabey zugleich auf die stillschweigende Hypothek ausdrücklich und besonders Verzicht geleistet haben; wenn gleich Faber s) das Gegentheil wider den Cujaz zu behaupten gesucht hat. Er beruft sich auf die L. 11. C. de pactis conuent. wo Justinian dem Paraphernalvermögen nur alsdenn eine stillschweigende Hypothek ertheilt hat, wenn kein ausdrückliches Unterpfand zur Sicherheit desselben ertheilt worden; sey dieses aber geschehen, so solle es dabey sein Bewenden haben. Hierauf kann man antworten: jene stillschweigende Hypothek hatte in diesem Falle keinen Vorzug; mithin war es unnöthig, neben der ausdrücklichen Hypothek noch eine stillschweigende, dadurch doch kein wirklicher Vortheil bewirkt wurde, beyzubehalten. Auf solche Fälle, wo eine stillschweigende Hypothek einen Vorzug vor andern stillschweigenden hat, läßt sich dieses Gesetz nicht anwenden, und hier heißt es: vnius positio, non est alterius exclusio: ad non cogitata non trahendus consensus: nouatio non praesumitur etc.

Eine andere Regel, die hier zur Anwendung kommt, ist folgende: öffentliche und beglaubte Hypotheken gehen den Privathypotheken vor, mithin haben vor öffentlichen nicht privilegirten nur öffentliche und beglaubte privilegirte Hypotheken; die privilegirten Privatverpfändungen aber nur vor andern Privatverpfändungen den Vorzug t). Der Notarius, von dem in der angeführten L. 11. C. h. t. die Rede ist, war keine öffentlichen Glauben bewirkende Person, welches bey unsern kaiserlichen Notarien der Fall ist, sondern ein jeder Sclave, der zum Schreiben gebraucht wurde, hieß so. Sein Aufsatz war daher niemals ein öffentlich beglaubtes Dokument. Conditionales hießen leibeigene oder auch freye Personen, die zu einer gewissen Art von Verrichtungen dergestalt angewiesen und verpflichtet waren,



s) Ant. Faber in error. pragm. Dec. 6. Err. 1.
t) L. 11. C. qui pot. in pign.

daß sie nicht leicht wieder davon loskommen konnten. Unter andern hatte man bey dem Archiv und der Registratur in den Städten solche Sclaven angestellt, welche der ganzen Stadt gehörten, und welche tabularii hießen. Von ihnen ist in dem angeführten Gesetz die Rede. Ihre Aufsätze hatten eine öffentliche Glaubwürdigkeit. Diese Beamte mochten also das erwähnte Dokumente geschrieben oder unterschrieben haben, oder die Unterschrift mochte von andern Zeugen oder blos von den Contrahenten seyn, oder der Aufsatz war vielleicht nur von einem Privatsclaven abgefaßt worden; alle diese Umstände hatten auf die Gültigkeit der persönlichen Verbindlichkeiten keinen Einfluß. Es wird bey ihnen auch auf kein Datum gesehen. Eine ältere Personalforderung hat mit einer jüngern gleiche Rechte. Es kommt blos darauf an, ob die Verschreibung ausgestellt worden, und dabey ist es genug, daß der Schuldner seine Hand recognoscire, oder die Ausstellung des Dokuments von ihm sonst erweislich sey. Der Schuldner wird nicht leicht eine Handschrift ausstellen, wenn er nichts schuldig ist; er muß sonst bezahlen, was er nicht geborgt hat. Ganz anders ist es mit der Pfandklage. Hier kommt es allerdings darauf an, ob die Pfandverschreibung gerichtlich und unter öffentlicher Glaubwürdigkeit von denen zur Canzley und Registratur bestellten Sclaven ausgestellt und bestätigt, oder wenigstens von drey unbescholtenen Mannspersonen unterschrieben worden sey, oder nicht. Die letztern gehen allemal den erstern nach, wenn sie auch gleich ein älteres Datum enthalten sollten. Man kann sich nicht darauf verlassen, ob sie nicht retrodatirt sind. Es kommt hier alles auf die Zeit der Verfertigung an. Der Schuldner kann leicht zum Schaden anderer Gläubiger, und um einen jüngern Gläubiger zu begünstigen, diesem ein älteres Datum in die Verschreibung setzen. Er hat keinen Schaden davon; bezahlt muß doch der Gläubiger werden. Es ist dem Schuldner einerley, ob jener vor oder nach einem Andern die Zahlung erhalte. Daher soll diese Zeitangabe gegen ein öffentliches beglaubtes oder

von

von drey Mannspersonen, die endlich über die Richtigkeit der Sache abgehört worden, oder deren Unterschriften durch Kenner ihrer Hände außer Zweifel gesetzt werden können, unterschriebenes Dokument nicht in Betracht kommen. Die Unterschrift von drey Mannspersonen gilt nach römischem Rechte in Fällen, wo sonst ein öffentliches beglaubtes Dokument erfordert wird, oft eben so viel, als wenn die öffentliche Beglaubigung vorhanden wäre, wie die Bürgschaft der Frauenzimmer, die Appellation u. s. f. beweißt; nur ist die Gleichheit nicht durchgängig und allgemein.

Eine **Privathypothek**, welche unbeglaubt ist, die mit einer andern eben so beschaffenen concurrirt, kann nach der in der Handschrift angeführten Zeit ihre Rangordnung erhalten. Da es hier nur auf einen völligen Beweis der eigentlichen Zeit der Ausstellung ankommt, so sollte man glauben, daß, wenn zwar die Privathandschrift nicht von drey Mannspersonen unterschrieben worden, die Zeit der Ausstellung aber doch auf andere Art vollkommen und zuverläßig erwiesen werden könnte, eine auf diese Art ertheilte Hypothek allerdings mit unter die beglaubten Hypotheken gerechnet werden könnte. Dagegen streitet aber der Umstand, daß der Kaiser einmal wegen des Ranges gewisser Hypotheken vor andern etwas Bestimmtes festsetzen wollen; denn wenn man diese Idee verläßt, so wird seine Verordnung selbst größtentheils wieder untergraben. Die Sache bleibt noch eben so ungewiß, als sie vorher war. Uebrigens ist diese Verordnung vom Kaiser **Leo**, und eine ganz neue; denn bis auf ihn wußte man von einem Vorzuge der beglaubten Hypotheken vor den Privathypotheken gar nichts.

Eine falsche Regel ist es, daß **stillschweigende Hypotheken allemal den ausdrücklichen, besonders wenn sie gerichtliche und beglaubte sind, nachstehen**; denn hiervon läßt sich kein Beweis hernehmen, daß die **ausdrücklichen Privathypotheken den stillschweigenden**, die etwa auch ein unbeglaubtes Privatgeschäfte voraus setzen, anders, als der Zeit nach vorgehen sollten, schreibt der

Hr. GJR. Westphal [u]) etwas undeutlich, deshalb ist gar kein Grund. Daß aber vor gerichtlichen und beglaubten Verpfändungen die stillschweigenden alsdenn nach dem Vorzug der Zeit oder dem ihnen zustehenden privilegirten Vorgange den Rang behaupten, wenn die Schuld und deren Datum, weshalb die stillschweigende Hypothek durch Gesetze ertheilt worden, eine völlige Glaubwürdigkeit für sich haben, muß nach der Absicht der L. 11. C. qui pot. in pign. behauptet werden. Die stillschweigende Hypothek eines Unmündigen wird daher mit Recht unter den beglaubten Hypotheken ihren Platz erhalten, und eben diesen Vorzug genießen alle fiscalischen mit stillschweigenden Hypotheken begabten Forderungen, desgleichen das Heyrathsgut, wenn solches und dessen Illation aus öffentlichen Urkunden erwiesen worden ist. Eine stillschweigende Hypothek ist an sich weder eine beglaubte noch eine unbeglaubte. Es kommt alles auf den Erweis der Schuld an, zu deren Sicherheit die Hypothek ertheilt worden ist [x]). So wenig aber stillschweigende Hypotheken den ausdrücklichen nachstehen, so wenig haben sie allemal einen Vorzug vor ausdrücklichen Hypotheken, die der Zeit nach älter sind. Diejenigen Gläubiger, welche ein Absonderungsrecht genießen, werden um dieses Rechts willen, nicht aber als hypothekarische Gläubiger betrachtet, andern vorgezogen.

Eine andere falsche Regel ist es: diejenige Forderung, welcher, an sich betrachtet, ein Personalvorzug zusteht, erlangt das Vorrecht einer privilegirten Hypothek, sobald der Gläubiger um solcher willen eine ausdrückliche Verpfändung erhalten hat. Man kann die Unrichtigkeit dieser Regel aus mehrern Gesetzen beweisen. In der L. 4. C. qui pot. in pign. wird von einem Falle geredet, wo eine Stadt sich ihrer Forderung wegen eine ausdrückliche Hypothek bestellen lassen, welche ohne diese Hypothekbestellung nur einen Personalvorzug gehabt haben würde; es war

u) Westphal vom Pfandrechte, §. 167.
x) Ant. Faber in Error. pragm. Dec. 6. Err. 1.

war hier aber schon ein älterer Pfandgläubiger vorhanden. Daß von einer wirklichen Hypothek der Stadt die Rede sey, ist daraus zu ersehen, weil darin von einem Vorzuge der Zeit geredet wird, worauf es nur bey Hypotheken unter sich ankommt. Die Personalforderungen stehen allemal den Hypotheken nach, unter einander aber erhalten sie durch den Vorgang der Zeit keinen Vorzug. Die Stadt würde ohne Hypothek einen Personalvorzug gehabt haben. Nach erhaltener Hypothek fällt dieser Vorzug weg, und die Hypothek der Stadt wird nunmehr unter die andern Hypotheken nach der Ordnung der Zeit locirt. Eben so ist es aus der L. 2. C. de priuil. fisci zu erweisen, daß vor Justinian, wo das Heyrathsgut nur einen bloßen persönlichen Vorzug hatte, die Hypothek, wenn sie zur Sicherheit des Brautschatzes ausdrücklich ertheilt worden, gar keinen Vorzug hatte, und nicht privilegirt war. Also nur diejenigen hypothekarischen Forderungen sind privilegirt, denen die Gesetze in dieser Eigenschaft einen Vorzug ertheilt haben, keinesweges aber alle, die, wenn sie bloße Personalforderungen geblieben, ein Vorrecht genossen haben würden. Umgekehrt läßt sich eher annehmen, daß, wenn eine Forderung mit ihrer ausdrücklichen Hypothek unter den übrigen Hypotheken einen privilegirten Vorzug bekommen hat, sie eben dieses Vorrecht auch ohne Hypothek unter den Personalgläubigern erhalten müsse; denn hier schließt man a maiori ad minus, dort aber a minori ad maius, welches nicht geht.

Eben so kann auch die bey der letztern Verpfändung genommene ausdrückliche Verabredung, daß der Pfandgläubiger berechtigt seyn solle, zur Veräußerung des Pfandes zu schreiten, diesem Pfande keinen Vorzug vor dem ältern Pfandrechte eines andern Gläubigers verschaffen; so wie auch die dem letztern Pfandgläubiger geschehene Uebergabe des Pfandes dem Besitzer des Pfandes keinen Vorgang vor ältern Pfandgläubigern verschafft y).



y) L. 12. §. 10. D. qui pot. in pign.

Da der Satz eine umständliche Erläuterung bedarf: „wenn mehrere Pfandgläubiger von gleichem Range zusammen kommen, so ist der, welcher der Zeit nach älter ist, der vorzügliche in Rücksicht auf seine Befriedigung", so will ich noch einiges darüber sagen. Es wird dieser Vorgang der Zeit bis auf die Stunde und Minute beobachtet [z]; es erstreckt sich auch auf die Zinsen des ältern Pfandgläubigers, wenn sie gleich neuer seyn sollten, als die Hypothek des spätern Pfandgläubigers [a]. Dieser Vorrang der Zeit bestimmt auch den Vorzug, wenn gleich der jüngere Pfandgläubiger zum Besitz des Pfandes gekommen seyn sollte [b], oder ihm das Pfand übergeben worden ist [c], wovon man aber in einzelnen Provinzialgesetzen abgegangen ist [d]. Es wird in diesem Falle nach dem römischen Rechte nicht einmal der Fiscus vorgezogen, wenn er der jüngere Gläubiger seyn sollte [e]; nach welchem auch kein Unterschied zwischen einem gesetzlichen oder bedingten Unterpfande [f], zwischen einem allgemeinen oder besondern [g] gemacht wird.

Daher

z) L. 2. L. 8. L. 10. L. 11. pr. et §. 1. L. 12. §. 2 et 3. D. L. 2. L. 4. L. 7. C. qui pot. in pign. L. 2. C. ad Sctm. Maced. L. fin. §. 6 et 9. C. de iure delib. Nov. 91. cap. 1. Nov. 112. cap. 1. cap. qui potior. de regul. iur. in 6to. Stephani de priuilegiis creditorum et eorundem ordine in concursu, §. 40. Schulting in thes. controv. Decad. 81. nr. 1. in comment. acad. Vol. III. pag. 278.

a) L. 18. D. qui pot. in pign. Arg. L. 8. §. 5. D. de pignor. act.

b) Lauterbach in Conss. Fac. Tubing. Vol. III. Cons. 266. nr. 14.

c) L. 12. pr. et §. vlt. D. qui pot. in pign. Schaefer D. de praelationis iure ex L. 15. C. de rei vindic. th. 9 sqq.

d) Schmid D. de iure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante, §. 7 sqq.

e) L. 8. D. qui pot. in pign. L. 22. §. 1. D. de iure fisci.

f) L. 10. D. qui pot. in pign. Stephani l. c. §. 47.

g) L. 2. C. de pignor. Schaefer cit. Diss. th. 9. Schmid cit. loco, §. 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0236
DFG

Daher wird auch der allgemeine Pfandgläubiger in den nach dem Pfandcontract erworbenen Gütern des Schuldners dem nachfolgenden besondern vorgezogen [h]), wiewohl mehrere Rechtslehrer [i]) das Gegentheil behaupten; ja wenn der nachfolgende Gläubiger sich ausbedungen hat, daß, wenn die Schuld innerhalb einer gewissen Zeit nicht bezahlt seyn würde, ihm die verpfändete Sache verkauft seyn solle, so kann dieser Vertrag immer dem Rechte des ältern Gläubigers nichts schaden [k]); denn der ältere Pfandgläubiger kann sogar den jüngern, der das Unterpfand besitzt, mit der Pfandschaftsklage belangen [l]). Auf diesen Vorgang der Zeit ist bisweilen selbst bey einem einzigen Gläubiger, welcher zweyerley Forderungen hat, Rücksicht zu nehmen, nämlich alsdenn, wenn eines Dritten Forderung zwischen diese beyden kommt, oder es hat sich ein Dritter für eine von jenen Forderungen verbürgt [m]).

Ist zu gleicher Zeit an einer Sache, mehrern abgesondert, ein Unterpfand bestellt worden, so kommt diese Hypothek bey einem Concurs jedem nach dem Verhältniß seiner Forderung zu statten [n]); streiten sie aber blos mit einander, so hat der Besitzer den Vorzug [o]);



h) L. 21. pr. D. qui pot. in pign.

i) HELLFELD D. de hypotheca fisci, praes. in bonis post contractum quaesitis, §. 19 et 25. SATOR in D. de pignorum praerogatiua generatim etc. §. 12.

k) GRASS in Consil. Fac. Tub. Vol. V. Cons. 55. nr. 38 sqq.

l) L. 12. pr. §. 7. D. qui pot. in pign. L. 16. §. 3. L. 17. D. L. 18. C. de pignor.

m) L. 96. §. 3. D. de solut. L. 12. §. 3. L. 20. D. qui pot. in pign. LAVTERBACH in cit. Consil. Vol. III. Cons. 266. nr. 10 sqq.

n) L. 10. L. 16. §. 8. D. de pignor. Arg. L. 20. §. 1. D. de pign. act.

o) L. 10. D. de pignor. THOMASIVS D. de prioritate atque posterioritate temporis dubia atque incerta, §. 120. BALTHASAR in Collat. iur. de classif. cred. pag. 88. de PVFENDORF Obs. Part. IV. Obs. 144.

wenn hingegen eine Sache mehrern zu gleicher Zeit mit einander verpfändet worden ist, so muß unterschieden werden, ob sie allen und jeden ganz verpfändet worden, und hier verhält sich die Sache, wie im ersten Falle; oder ob sie jedem nicht ganz, sondern nur zum Theil verpfändet worden ist? In diesem letzten Falle steht jedem das Pfandrecht an dem bedungenen Theile der Sache zu; ist aber kein Theil ausbedungen worden, so erstreckt sich das Pfandrecht auf den Theil, welcher auf jeden Gläubiger nach der Anzahl der Personen kommt, und es wird nicht auf das Verhältniß der Forderung Rücksicht genommen p). Sollte die Sache mehrern zugleich, ohne allen weitern Beysatz verpfändet worden seyn, so richtet sich der Antheil an dem Pfandrechte nach dem Verhältniß der Größe ihrer Forderung q).

Für den ältern Gläubiger der Zeit nach hält man denjenigen, der eher contrahirt und eher ein Unterpfand bekommen hat r); daher es nicht genug ist, daß Jemand ohne Bedingung eines Unterpfandes zuerst contrahirt, oder daß er vor dem Contract ein Unterpfand erhalten hat. Wenn also A. an dem einen Tage contrahirt, den folgenden Tag contrahirt B. und bekommt ein Unterpfand; den dritten Tag aber wird nun auch dem A. eine Hypothek bestellt; so geht B. dem A. vor s); gleichwie auch, wenn A. vor dem B. zur Sicherheit eines künftigen Contracts ein Unterpfand erhalten hat, nachher contrahirt B. und bekommt ebenfalls ein Unterpfand, worauf A. erst seinen Contract

p) L. 10. D. de pignor. L. 1. §. 1. D. de Salu. interd.

q) Lauterbach in Coll. Pand. ad tit. qui pot. in pign. §. 4 sqq. Ludovici in der Einleitung zum Concursproceß, Cap. 10. §. 57.

r) L. 11. pr. D. L. 8. C. qui pot. Arg. L. 1. C. de non num. pecun. Sator D. pe pignorum praerogatiua, §. 10.

s) L. 11. §. 2. L. 12. §. 2. D. qui pot. in pign. Hvber ad h. t. nr. 22.

Contract schließt, nunmehr dennoch B. dem A. vorgeht [t]). Auf diese Weise wird das Alter der Zeit berechnet, wenn der Contract ohne Beyfügung einer Zeit oder Bedingung geschlossen worden ist. Wurde der Contract sub die oder in diem geschlossen, so fängt das Pfandrecht ebenfalls von Zeit des Contracts und bestellten Unterpfandes an [u]). Ist der mit dem Pfandcontracte verbundene Contract unter Beyfügung einer Bedingung geschlossen worden, so kommt es darauf an, ob die Erfüllung der Bedingung von der Macht und dem Willen des Gläubigers abhängt, oder nicht? Im ersten Falle geht ein Dritter, der vor Erfüllung der Bedingung contrahirt und eine Hypothek bekommen hat, jenem vor, der die Bedingung nicht erfüllt hat [x]); jedoch erklärt Huber die angeführten Gesetze anders [y]). Hängt die Erfüllung dieser Bedingung nicht von dem Willen des Contrahenten ab, und sie wird wirklich erfüllt, so rechnet man ihre Wirkung zurück auf die Zeit des geschlossenen Contracts, und die Hypothek äußert nunmehr ihre Kraft auch gleich vom Tage des geschlossenen Contracts an, wie bey Fällen, wo ein Contract ohne Beyfügung einer Bedingung geschlossen worden ist [z]). Nach völlig geschlossenem Contract und bestellter Hypothek äußert sich ihre Kraft, wenn auch die aus dem Contract herrührende Schuld noch nicht gefordert werden kann, oder vielleicht noch nicht wirklich existirt. So geht der Verpachter eines Gutes, dem eine Sache verpfändet worden ist, immer einem Andern vor, dem die Sache nach ihm ver-

t) L. 4. D. quae res pign. vel hypoth. L. 11. pr. D. h. t.

u) L. 12. §. 2. D. qui pot. in pign.

x) L. 1. §. 1. L. 11. pr. D. qui pot. in pign. Stephani de priuilegiis creditorum, §. 45. Hellfeld D. de hypoth. fisci, §. 24. Sator in cit. §. 10.

y) Hvber ad h. t. nr. 22. ibique Thomasius.

z) L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. D. qui pot. in pign. Lauterbach in Coll. Pand. §. 8 et 9. h. t. Crell D. de debito et hypotheca conditionali, §. 5 et 6.

verpfändet worden ist, wenn er gleich zur Zeit der einem Andern geschehenen Verpfändung noch keinen Pachtzins fordern durfte [a]); wenn gleich der zweyte Pfandgläubiger, nicht aber der erste, sich ausbedungen hätte, daß er das Pfand verkaufen dürfe [b]). Das Pfandrecht an dem Vermögen eines Verwalters fremder Güter fängt nicht erst von Zeit des entstandenen Verwaltungsrestes an, sondern von dem Tage der wirklich übernommenen Verwaltung, oder bey einer Verzögerung von dem Tage, wo sie hätte übernommen werden sollen [c]). Wenn ein Unterpfand auf dem Vermögen der Frau erst durch ihre nach zwey Jahren wiederholte Einwilligung gültig wird, so fängt das Pfandrecht erst von der Zeit der wiederholten Einwilligung an, und nicht von der Zeit der Ertheilung desselben [d]); so wie auch ein an einer fremden Sache ertheiltes Unterpfand, das durch die nachfolgende Genehmigung des Eigenthümers gültig wird, erst von Zeit der Genehmigung [e]), und wenn es durch des Schuldners eigenthümliche Erwerbung gültig wird, obgleich die Sache unter der Bedingung: wenn sie des Schuldners eigen würde, verpfändet worden, erst von der Zeit, da es durch die Consolidation gültig wird, seinen Anfang nimmt [f]). Wird eine Pfandverschreibung erneuert, und statt der bisherigen Hypothek eine neue bestellt, so fängt diese Hypothek erst von der Zeit dieser Erneuerung an, es müßte denn bey dieser auch das vorige

a) L. 9. pr. D. qui pot. in pign.

b) L. 12. §. 10. D. qui pot. in pign.

c) Arg. L. 6. §. vlt. C. de bon. quae liber.

d) Arg. L. 11. D. qui pot. in pign. et L. 22. C. ad Sctm. Vellei. Lauterbach in Concl. for. Exerc. XXVIII. th. 17. Gmelin in comment. de iure pignor. §. 45. pag. 147.

e) Hofacker in Princ. iur. civ. Romano-German. §. 1175. Gmelin l. c. §. 46.

f) L. 9. §. fin. D. qui pot. in pign. Hellfeld cit. Diss. §. 16 et 19. Sator cit. D. §. 11. Gmelin cit. comment. §. 53 et 55.

vorige Unterpfand beybehalten, und die vorigen Rechte reservirt worden seyn [g]). In diesem ausgenommenen Falle wird der Gläubiger nach dem Alter der ersten Hypothek gesetzt, jedoch so, daß, wenn eine neue Schuld oder ein neues Unterpfand dazugekommen, das Recht an dem neuen Unterpfande oder wegen der neuen Schuld erst von der Zeit der Ertheilung des Unterpfandes berechnet wird [h]). Wird also nach getilgter ersten Schuld ein neues Anlehn auf die vorige Verschreibung und auf das vorige Unterpfand gegeben, so kann dieses Pfandrecht nicht eher, als von Zeit der Entstehung der neuen Schuld seinen Anfang nehmen, nach welchen Grundsätzen ein im Jahr 1785. bey der Tübinger Fakultät vorgekommener Fall entschieden worden ist. Dem A. war im Jahr 1772. ein Haus verpfändet worden, im Jahr 1780. aber tauschte der Schuldner dieses Haus gegen ein anderes aus, und vereinigte sich mit seinem Gläubiger A. dahin, daß sein auf dem ersten Hause gehabtes Pfandrecht ihm nunmehr an dem eingetauschten Hause zustehen sollte. Der Schuldner fiel in einen Concurs, in welchem sich mehrere mit einem allgemeinen Pfandrechte versehene Gläubiger von den Jahren 1773 bis 1779 meldeten. Nun entstand die Frage: ob diese dem Gläubiger A. an dem eingetauschten Hause vorgiengen? Die Fakultät erkannte ihnen den Vorzug zu, weil ihr allgemeines Pfandrecht sich auch auf zukünftige Güter erstrecke, folglich vor dem Jahr 1780. seinen Anfang genommen hatte, wo das dem Gläubiger A. im Jahr 1772. bestellte Unterpfand aufgehoben war, und an einer neu erworbenen Sache des Schuldners ihm erst von Zeit der neuen Verpfändung an, ein Pfandrecht zustehen konnte.

Ein Pfandrecht, dessen Anfangstag gar nicht bekannt, oder bey dem blos eine allgemeine Zeit, z. B. zur Meßzeit, um Ostern, im Jahr 1791. u. s. f. bemerkt ist, und dessen

g) Arg. L. 21. pr. D. h. t. Hellfeld l. c. §. 23.
h) Schoepff in Dec. 29. nr. 3 sqq.

dessen eigentliche Zeit auf keine Weise erwiesen werden kann, wird entweder allen andern nachgesetzt, oder man vermuthet im letztern Falle, daß es erst den letzten Tag der allgemein ausgedrückten Zeit bestellt worden sey, in welchen Fällen derjenige sich selbst den Schaden zuschreiben muß, der bey genauerer Bestimmung der Zeit nachlässig gewesen ist [i]). Ist zweyen an einem Tage eine Sache verpfändet worden, davon der eine die Stunde der Verpfändung in die Schuldverschreibung hereinsetzen lassen, der andere aber nicht, so muß dieser jenem nachstehen [k]). Hat der Pfandgläubiger sein Pfandrecht an einen Andern abgetreten, so fängt das Pfandrecht des Cessionarius nicht von dem Tage der Abtretung an, sondern es wird auf die Zeit der ersten Pfandverschreibung zurück gesetzt [l]).

Ein gesetzliches Unterpfand nimmt allemal seinen Anfang von der Zeit an, wo die Handlung vorgenommen, oder der Contract geschlossen worden, worauf sich das stillschweigende Unterpfand gründet.

Noch ist zu bemerken, daß nur unter den Pfandgläubigern gleicher Ordnung, der Vorgang der Zeit den Vorzug des Pfandrechts bewirket, und daher wird der Vorzug der privilegirten Hypotheken vor den nicht privilegirten, der öffentlichen vor den Privathypotheken, der gesetzlichen Unterpfänder vor den Conventionalhypotheken, durch obige Regel nicht geändert.

Ob eine Hypothek eine allgemeine oder eine besondere sey, ist in Rücksicht auf das Vorzugsrecht gleichgültig; denn in jedem Falle geht eine ältere Specialhypothek einer jüngern allgemeinen, und eine ältere allgemeine der

i) Leyser Spec. 486. Med. 8.

k) Thomasius in Diss. de prioritate atque posterioritate temporis dubia atque incerta, §. 121.

l) Brevning in Diss. de cessione hypothecarum, maxime in rebus immobilibus, §. 14.

der jüngern besondern Hypothek vor [m]). Daher kann ein älterer allgemeiner Pfandgläubiger, dessen Rechte sich jederzeit auch auf die künftigen Güter erstrecken [n]), seine Bezahlung von allen und jeden Gütern seines Schuldners suchen, und wenn er aus andern Vermögensstücken nicht befriedigt werden kann, die dem jüngern Pfandgläubiger besonders verpfändeten Sachen angreifen, ja nach dem gemeinen Rechte [o]) braucht er diesen Fall gar nicht abzuwarten, ausgenommen wenn ihm erst eine Specialhypothek ertheilt und eine allgemeine damit verbunden worden ist [p]), wo der Regel nach die besondere Hypothek zuerst, und nur alsdenn, wenn solche nicht zureicht, die andern Güter angegriffen werden, der Gläubiger müßte sich denn nach einer hergebrachten Clausel das Recht vorbehalten haben, seine Specialhypothek fahren lassen, und sich an andere allgemein verpfändete Güter halten zu können [q]). Ist der Gläubiger, der blos eine Specialhypothek hat, in dem ersten Concurs nicht davon befriedigt worden, so wird er bey dem zweyten Concurs, wo dieses besondere Pfandrecht nicht mehr vorhanden ist, nur den gemeinen Gläubigern gleich gehalten, wenn auch sein Pfand

m) L. 2. D. L. 6. C. h. t. WIBEL D. de iure praelat. credit. §. 12. pag. 36. GAIL Lib. II. Obs. 25. nr. 4. STEPHANI de priuilegiis creditorum, §. 56 sqq. KOCH D. de concursu hypothecae specialis et generalis, §. 10. BALTHASAR in collat. iur de classif. credit. pag. 91.

n) L. fin. C. quae res pign. KAEMPFE D. de vera causa praerogatiuae fisci in bonis a creditore post contractum quaesitis, § 8.

o) L. 2. D. h. t. L. 8. D. de distract. pign. L. 6. C. qui pot. in pign. L. 3. C. de remiss. pign. LAUTERBACH in Coll. Pand. h. t. §. 1. SATOR D. de pignor. praerogat. generatim, §. 9. KOCH in cit. Diss. §. 12.

p) KOCH in cit. Diss. §. 13. HOFACKER in Princ. iur. ciuil. Romano-Germ. §. 1191.

q) KOCH cit. Diss. §. 21.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0243
DFG

Pfand beym ersten Concurs in der Masse, und sein Pfandrecht noch so privilegirt war.

Ein älterer besonderer Pfandgläubiger wird zwar in Rücksicht auf die ihm besonders verpfändete Sache ohne Unterschied allen jüngern allgemeinen und besondern Pfandgläubigern vorgezogen; allein er kann sich auch nur an sein besonderes Unterpfand und dessen Zubehörungen halten, und wenn er davon nicht gänzlich befriedigt worden, so verliert er zwar damit das Recht nicht, seinen Rest von dem Schuldner fordern zu können, er muß nur aber diesen Rest in der letzten Classe als ein gemeiner Gläubiger suchen [r]). Sollte sein besonderes Unterpfand ganz und gar verlohren gegangen seyn, und man trifft nichts mehr davon unter des Schuldners Vermögen an, so fällt damit zugleich auch das ganze daher rührende Vorzugsrecht weg, und ein solcher Gläubiger wird in die letzte Classe versetzt [s]), weil sich ein besonderes Unterpfand nie über die verpfändete Sache erstreckt; jedoch wird so lange vermuthet, daß das besondere Unterpfand hinreiche, bis das Gegentheil erwiesen ist [t]). Eine Veränderung der Sache durch Zuwachs oder Abnahme, z. B. wenn aus einem Garten ein Haus, oder umgekehrt, gemacht worden, hebt das Pfandrecht im Ganzen nicht auf [u]). Brennt das Jemandem besonders verpfändete Haus ab, so hört das darauf haftende Unterpfandsrecht auf, wenn gleich der Platz dem Gläubiger verpfändet bleibt [x]); und das

r) L. 28. D. de reb. credit.

s) Balthasar l. c. pag. 90.

t) Mevius Part. II. Dec. 116. Harpprecht Resp. 93. nr. 240. Schoepff Dec. 347. nr. 22.

u) L. 16. §. 2. D. de pign. L. 18. §. 3. D. de pign. act. Hofacker Princ. iur. ciuil. §. 1229.

x) L. 16. §. 2. L. 29. §. 2. D. de pignor. et hyp. L. 21. D. de pignor. act. L. 98. §. 8. D. de solut. Hvber ad tit. quib. mod. pign. nr. 9.

das von neuem darauf gebaute Haus ebenfalls für verpfändet gehalten werden muß [y]). Um des ersten Umstandes willen verschafft die Hypothek an einem Hause dem Gläubiger nicht genugsame Sicherheit, weil der Platz von geringem Werthe ist, und es in des Schuldners Willkühr steht, ob er wieder ein neues Haus aufbauen will, oder nicht; auch wider einen dritten Besitzer, welcher unwissend auf einen solchen Platz gebaut hat, das Pfandrecht nicht anders, als nachdem ihm zuvor der Werth des Gebäudes vergütet worden ist, verfolgt werden kann [z]). Dieser Unbequemlichkeit hat man im Würtembergischen [a]) neuerdings dadurch abzuhelfen gesucht, daß nicht nur den Eigenthümern der abgebrannten Häuser der Werth derselben aus der Brandschadensversicherungskasse ersetzt, sondern auch den Obrigkeiten anbefohlen wird, dafür zu sorgen, damit neue Häuser für das erhaltene Geld erbauet werden; ja, da diejenigen keine Vergütung bekommen sollen, die ihr Haus aus Nachlässigkeit oder Bosheit angesteckt haben, so wird doch von dieser Regel alsdenn eine Ausnahme gemacht, wenn andern Personen ein Unterpfandsrecht an dem Hause zugestanden; und hier soll die Obrigkeit für die Erbauung eines andern Gebäudes von dem Brandkassengelde sorgen.

Ein besonderer Pfandgläubiger kann sogar bisweilen von seinem besondern Unterpfande Schaden haben; nämlich alsdenn, wenn sich zu diesem besondern Unterpfande kein Käufer findet, und das übrige Vermögen des Schuldners, woran andere Gläubiger eine allgemeine Hypothek hatten, ist verkauft worden. Hier haben die allgemeinen hypothekarischen Gläubiger das Recht, sich allein

y) L. 16. §. 2. L. fin. D. de pign. et hyp. LAUTERBACH ad tit. quib. mod. pign. §. 10.

z) L. 29. §. 2. D. de pign. et hyp. L. 44. §. 1. D. de damn. inf.

a) Herzogl. Würtemberg. allemeine Brandschadensversicherungsordnung, §. 76 flg.

allein an das für das allgemeine Unterpfand gelößte Geld zu halten, den besondern Pfandgläubiger davon auszuschließen, und bitten zu können, daß ihm zu seiner Bezahlung sein besonderes Unterpfand, so weit es hinreicht, angewiesen werde [b]).

Die Bestellung des Unterpfandes, da sie eine Handlung ist, muß derjenige Gläubiger beweisen, der sich darauf beruft [c]), so wie es ihm auch obliegt, darzuthun, daß der Schuldner die verpfändete Sache wirklich besitze [d]). Eben so liegt dem, der sich auf ein ihm zustehendes gesetzliches Unterpfand beruft, ob, den Beweis derjenigen Handlung zu führen, wodurch ein solches Unterpfand erlangt worden ist; und wer eine besondere Eigenschaft seines Unterpfandes behauptet, z. B. daß es ein öffentliches oder älteres sey, muß diese Eigenschaft beweisen.

Den Privathypotheken werden, wie bereits oben bemerkt worden, diejenigen vorgezogen, welche unter dem öffentlichen Ansehen der Obrigkeit bestellt worden sind; daher die Lehre von gerichtlichen Unterpfändern sehr wichtig ist [e]). Nach dem gemeinen römischen Rechte, welches im Zweifelsfall, wo durch besondere Gesetze und Gewohnheiten nicht etwas anders eingeführt ist, immer noch angewendet wird, ist es zu Hervorbringung eines solchen öffentlichen Unterpfandes genug, wenn die Verpfändung in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist [f]). Die teut-

b) Weisse in D. sub Praes. D. Schmalcalder hab. de iudiciali bonorum obaerati assignatione, §. 10.

c) Harpprecht Resp. 92. nr. 196.

d) Lavterbach in Conss. Fac. Tub. Vol. III. Cons. 250. nr. 2.

e) Leyser Explicatio L. 11. C. qui pot. in pign. Stryck in caut. cont. Sect. II. cap. 4. §. 2. Sammlung vermischter kleiner Schriften, Bützow und Wißmar. 4tes St. 3te Abhandl. S. 47–68.

f) L. 11. C. qui pot. in pign. Emolins Abhandl. von Aufsätzen über Verträge, §. 56.

teutschen Rechte schreiben zwar noch weit mehr Erfordernisse dabey vor; worin sie aber eigentlich bestehen, darüber streiten die Rechtslehrer; demungeachtet kann es als eine sichere Regel gelten, daß man bey Beurtheilung derselben auf jedes Ortes besondere Gesetze und Gewohnheiten zu sehen habe [g]), und daß nach teutschen Rechten allemal erfordert werde, 1) die ausdrückliche Uebereinkunft des Schuldners mit dem Gläubiger; 2) die Einwilligung und Bestätigung der Obrigkeit; wozu 3) nach der Behauptung vieler Rechtsgelehrten [h]) die Einschreibung in ein öffentliches Unterpfandsbuch hinzukommen muß. Ohne des Schuldners Einwilligung kann also der Regel nach kein öffentliches Unterpfand bestellt werden [i]); allein wenn er mit dem Gläubiger diese Abrede getroffen, und gleichwohl will er nachher sein Wort nicht halten, so kann die Obrigkeit in contumaciam verfahren, und wider des Schuldners Willen die Hypothek bestätigen, welche Bestätigung nun eben die Wirkung hat, als wenn sie mit Bewilligung des Schuldners vorgenommen worden wäre, wenn nur vorher dem Schuldner die Ertheilung einer öffentlichen Hypothek mit der Verwarnung aufgelegt worden, daß sie in fernerem Verweigerungsfalle von Amtswegen confirmirt werden solle, und er beharrt nichts desto weniger in seinem Ungehorsame [k]). Die Einwilligung und Bestätigung der Obrigkeit wird nicht nur in Rücksicht auf den Hauptcontract erfordert, sondern sie muß sich auch auf das verpfändete Unterpfand erstrecken, und zwar muß sie in der Absicht ertheilt worden seyn, ein gerichtliches Unterpfand zu bestellen.



g) Mevius in Dec. Part. VII. Dec. 139. nr. 2 sqq. Boehmer D. de praerogatiua hypothecarum publicarum, cap. I. §. 7.

h) Harpprecht D. de pignore publico, §. 9 sqq. Hofacker D. de praerogatiua pignorum publicorum, §. 30.

i) Balthasar in collat. de classif. credit. pag 72.

k) Krause D. requisita hypothecae conuentionalis in bonis immobilibus constituendae, §. 10.

stellen. Wenn daher gleich der Schuldner vor der Obrigkeit die Bezahlung der Schuld mit Verpfändung aller seiner Güter versprochen hat; wenn auch im Gericht zwischen dem Gläubiger und Schuldner Abrechnung gehalten, und für die übrige Schuld des Schuldners Vermögen unterpfändlich verschrieben worden; wenn gleich die Obrigkeit zu einer ausgestellten Obligation, worin zugleich eine Verpfändung vorgenommen worden, das schriftliche Zeugniß beygefügt, daß die verschriebenen Güter weiter Niemandem verpfändet worden, ihr Werth auch so groß sey, daß die Schuld davon bezahlt werden könne, so entsteht in allen diesen Fällen dadurch doch immer noch kein gerichtliches Unterpfand; auch dadurch nicht, wenn ein zuvor außergerichtlich bestelltes Unterpfand nachher von der Obrigkeit blos bestätigt worden ist [l]). So bewirkt nach teutschen Rechten weder die obrigkeitliche Bestätigung einer Schuldverschreibung [m]), noch der obrigkeitliche Befehl, zu contrahiren, noch die Bestätigung des Landesherrn oder eines öffentlichen Notarius, ein öffentliches oder gerichtliches Unterpfand [n]); auch wird ein Unterpfand, welches in einem dem Landesherrn oder dem Gericht übergebenen Testamente bestellt worden, dadurch kein öffentliches [o]). Selbst die Unterschrift des Richters bewirkt noch kein gerichtliches Unterpfand, wenn er in dieser Unterschrift die Hypothek nicht bestätigt, und allenfalls nur eine Nebensache, z. B. die Tüchtigkeit der Bürgen, oder die Verzichtleistung der Ehefrau bezeugt hat. Das bloße Siegel, welches der Richter oder Beamte einer Urkunde angehängt hat, bewirkt ebenfalls kein öffentliches Unterpfand, hauptsächlich alsdenn,

l) Brvnnemann in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 43. Schweder D. de auctoritate publica ad pignoris seu hypothecae publicae constitutionem necessaria, §. 2. 5. 9. 13. Schoepff Dec. 29. nr. 4 et 11.

m) Balthasar cit. l. pag. 72.

n) Schweder l. c. §. 8 sqq.

o) Harpprecht cit. Diss. §. 13.

denn, wenn im Instrumente nichts von einer Hypothek angeführt wird [p]). Um ein öffentliches Unterpfand zu erhalten, muß solches vor einer Person, oder einem Collegium, welches Gerichtsbarkeit hat, bestellt werden, und es wird daher nur vor dem Landesherrn, oder seiner Canzley, oder vor dem, welchem es der Landesherr überlassen hat, oder vor der Obrigkeit bestellt [q]).

Es steht zwar den Contrahenten immer frey, ob sie ein gerichtliches Unterpfand bestellen wollen; aber für sich allein können sie es niemals thun [r]). Wenn daher der Gläubiger und Schuldner es noch so oft ausgemacht haben, ein solches Unterpfand zu bestellen, so erhält dennoch der Gläubiger nicht das Recht eines gerichtlichen Unterpfandes, wenn es nicht wirklich bestellt worden ist. Auch alsdenn entsteht kein öffentliches Unterpfand, wenn der Schuldner Jemandem zwar den Auftrag gegeben hat, seine Güter in einer öffentlichen Urkunde gerichtlich zu verpfänden, er hat diesen Auftrag aber nicht besorgt [s]). Wird eine Schuldverschreibung, in welcher ein gerichtliches Unterpfand bestellt worden, erneuert, so muß die gerichtliche Einwilligung in die Hypothek ebenfalls aufs neue ertheilt werden; sonst ist es blos ein außergerichtliches Unterpfand; es müßte denn bey der Erneuerung gleich ausbedungen worden seyn, daß das gebrauchte Unterpfand dadurch keine Veränderung leiden sollte, und nun bleibt die alte Hypothek gültig [t]). Ist das Unterpfand durch die geschehene Bezahlung einmal aufgehoben, und nachher ein neues Darlehn gegeben worden, so kann ohne neue Bestätigung der Obrigkeit das erloschene alte gerichtliche Unterpfand nicht



p) Schweder cit. Diss. §. 13.

q) Idem cit. Diss. §. 14 et 28.

r) Mevius Part. VII. Dec. 178. nr. 5. Schweder l. c. §. 2. Harpprecht Resp. 92. nr. 54.

s) Schweder l. c. §. 11.

t) Idem ibid. §. 4.

mehr auf die neue Schuld übergetragen, oder sich vorher halten werden.

Ein öffentliches Unterpfand, dem die gesetzlichen Eigenschaften fehlen, oder bey dem die Zeit, auf welche der Richter seine Bewilligung ertheilt hat, verflossen ist, gilt zwar nun nicht weiter als ein gerichtliches Unterpfand, aber doch als ein außergerichtliches, weil der Mangel der zu einem öffentlichen Unterpfande erforderlichen Eigenschaften die zu einer Privathypothek nöthige Einwilligung nicht aufhebt; denn die L. 1. §. 4. D. de const. pec. steht nicht entgegen. Sollten die Privathypotheken durch Landesgesetze ganz aufgehoben worden seyn, so hört freylich das Unterpfand ganz auf, wenn die vom Richter seiner Einwilligung bestimmte Zeit verflossen ist. In einem Schuldscheine kam die Clausel vor: daß derselbe die Kraft einer gerichtlichen Obligation haben sollte. Hier entstand die Frage: was diese Clausel für eine Wirkung habe? — Da man unter einer gerichtlichen Obligation eine mit einem öffentlichen Unterpfande versehene Schuldverschreibung versteht, so vertrat die Clausel die öffentliche Bestätigung nicht, welche fehlte; man konnte aber doch annehmen, der Darleiher habe durch stillschweigende Einwilligung eine allgemeine Privathypothek erhalten. Dasjenige öffentliche Unterpfand, welches ausdrücklich, unbeschadet der Rechte der ältern Pfandgläubiger, bestellt worden ist, steht allen ältern außergerichtlichen oder Privathypotheken nach [u]). Ein Unterpfand, welches der Schuldner der Obrigkeit selbst ertheilt hat, und welches in ihrem eigenen Gerichte bestätigt worden ist, gilt allerdings [x]).

Die Obrigkeit, wenn sie in eine weitere Verpfändung der ihr verpfändeten Sache, als Obrigkeit, ihre Einwilligung ertheilt hat, entsagt dadurch ihrem als Obrigkeit auf des Schuldners Vermögen habenden Pfandrechte nicht, welches

u) de Cramer Obs. 1200.

x) Krause in cit. Diss. §. 16.

welches sonst bey andern Pfandgläubigern vermuthet wird; besonders kann die Entsagung ihrer Rechte nicht vermuthet werden, wenn die Hypothek nicht vor der Obrigkeit selbst, sondern vor einem Beamten, dem dieses Amt aufgetragen worden, gerichtlich bestätigt wird. Um allen Schwierigkeiten dieser Art vorzubeugen, hat man den Gebrauch eingeführt, daß die Obrigkeit zu jeder Einwilligung in ein gerichtliches Unterpfand die Clausel hinzusetzt: unbeschadet ihrer Rechte.

Eine Hypothek, die erst nach schon ausgebrochenem Concurs, oder auch vorher aus betrüglichen Absichten des Schuldners wider andere Gläubiger ertheilt und gerichtlich bestätigt worden ist, bewirkt kein Vorzugsrecht [y]); ja gegen den Fiskus scheint überhaupt kein Unterpfand wirksam zu seyn, welches von dem schon verschuldeten Schuldner bestellt worden ist [z]).

Die öffentlichen Unterpfänder werden allen nicht privilegirten Unterpfändern, wenn sie auch gleich der Zeit nach älter seyn sollten, vorgezogen [a]), aber unter sich werden sie lediglich nach dem Vorgang der Zeit locirt [b]), und aus den unterschiedenen Arten, sie zu bestellen, entsteht kein Vorzug [c]); daher die sogenannten Uebertheuerungen, wenn nämlich ein schon öffentlich verpfändetes Grundstück mit den gehörigen Formalitäten einem andern Gläubiger nochmals öffentlich verpfändet wird, immer den ersten



y) Grass in Conss. Fac. Tub. Vol. V. Cons. 55. nr. 36. Oeltze D. de creditore sibi vigilante, §. 21. Walch D. de iure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato, §. 19.

z) Arg. L. 18. §. 10. L. 20. L. 21. D. de iure fisci. L. 5. C. de priuil. fisci.

a) Kobius de pecunia mutuatitia tuto collocanda, cap. 5. §. 54.

b) Schweder l. c. §. 22 et 25. Harpprecht in cit. Diss. §. 5 et 6.

c) Mevius Part. VII. Dec. 139.

Unterpfändern nachgehen [d]). Der Anfang einer öffentlichen Hypothek wird von der Zeit der ertheilten gerichtlichen Bewilligung an gerechnet [e]), welche diejenige zu seyn vermuthet wird, wo das Unterpfand in das Hypothekenbuch eingeschrieben worden; nicht aber von der Zeit an, da der Gläubiger und Schuldner sich erklärten, solches zu bestellen, oder von der Zeit des zuvor außergerichtlich bestellten Unterpfandes.

Ein öffentliches Unterpfand hört erst alsdenn auf, wenn entweder die Hauptschuld, zu deren Sicherheit es ertheilt worden, getilgt, oder dasselbe mit Einwilligung des Gläubigers in dem Hypothekenbuche wieder kassiret worden [f]), oder wenn die Zeit, auf welche die obrigkeitliche Einwilligung ertheilt worden, verflossen, wenn gleich dieser Zeiteinschränkung keine Cassationsclausel beygesetzt worden ist [g]).

Nach dem römischen Rechte sind zwar auch solche Unterpfänder den öffentlichen gleich zu halten, und sie haben in Ansehung des Vorzugsrechts gleiche Kraft mit den öffentlichen Hypotheken, welche in einer von den drey glaubwürdigen Mannspersonen unterschriebenen Urkunde bestellt worden sind [h]); allein in vielen teutschen Provinzialgesetzen hat man diese Hypotheken den Privathypotheken gleich gemacht, weil sie sich mit der Natur und dem

d) Nevnhofer D. Analecta iuris statutarii Augustani ad sing. quaedam doctrinae de hypoth. et pignor. §. 10.

e) Balthasar cit. Class. pag. 72.

f) Crell Diss. de retentione hypothecae ob nouum debitum non permissa, §. 2.

g) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 3ter Band, 207. Medit.

h) L. 11. C. qui pot. in pign. ad eamque Leyser in Diss. cap. 2. membr. 2. §. 4 sqq. Hellfeld D. de praerogatiua hypothecae publicae tacitae aeque ac expressae competente, §. 28.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0252
DFG

dem Zweck der teutschen öffentlichen Hypotheken nicht vereinbaren lassen i).

Diejenigen Gläubiger, welche nach rechtmäßig gesprochenem Urthel und vorhergehendem richterlichen Dekret zu Vollstreckung dieses Urthels, oder aus einer Urkunde, aus welcher sogleich auf die Execution angetragen werden kann, oder durch ein landesherrliches Rescript in des Schuldners Güter eingesetzt worden sind, bekommen dadurch an der Sache, in welche sie eingesetzt worden sind, und deren Zubehör, ein gerichtliches und prätorisches Unterpfand, welches ihnen ein Recht in die dritte Classe, bey entstandenem Concurs, giebt k); allein, obgleich viele Rechtsgelehrte diese Unterpfänder für öffentliche gehalten haben, weil sie gerichtlich bestellt werden l), andere Rechtsgelehrte sie den gesetzlichen Hypotheken gleich halten m), so scheint doch die Behauptung derjenigen die richtigste zu seyn, nach welcher man sie für bloße Conventionalprivathypotheken zu halten hat n), weil nur die ausdrücklich verabredeten Unterpfänder, welche zugleich öffentlich bestellt worden sind, einen Vorzug erhalten haben, und der Richter demjenigen, der schon zuvor ein Unterpfand hat, durch



i) Manzel D. de duobus vel tribus viris honestis, in hypothecis, intimationibus, et appellationibus subsidiariis adhibendis, Sect. I. §. 6. Bastineller in D. de iure creditoris literarum cambii cum vel sine clausula hypoth. in conc. §. 3. not. k.

k) L. 10. D. L. 3. C. qui pot. in pign. L. 1. C. si in caus. iud. pign. capt. Schweder in Conss. Fac. Tubing. Vol. I. Cons. 36. nr. 24 sqq.

l) Boehmer D. de praerogatiua hypothecarum publicarum, cap. 1. §. 12. de Cramer Obs. 460.

m) Sator D. de pignorum praerogatiua, §. 7.

n) Stephani de priuilegiis creditorum, §. 48. Schulting in thesib. controv. Dec. 75. nr. 8. in Comment. acad. Vol. III. pag. 256. Estor D. de conturbationibus Illustrium, §. 47 sqq. Hofmanns teutsche Reichspraxis, 2ter Thl. §. 1284.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0253 DFG

die Einsetzung sein Recht nicht hat nehmen können o). Daher muß ein solcher eingesetzter Gläubiger, der sein Unterpfand angreifen will, dieses Unterpfand einem ältern Pfandgläubiger zu seiner Befriedigung herausgeben p), weil jene Immission den ältern und vorzüglichern Gläubigern ihr Recht nicht nehmen kann q). Ist blos von der Location dieser gerichtlichen Unterpfänder unter sich die Rede, so werden sie nach der Ordnung der Zeit locirt r), wogegen die L. 61. D. de re iudic. nichts beweißt, und nach dem gemeinen Rechte werden sie in eben dieser Ordnung mit den gesetzlichen und den conventionellen Privathypotheken locirt. Ihr Anfang ist von der Zeit zu berechnen, da der Gläubiger wirklich eingesetzt worden ist, oder wenn der Schuldner die Immission aus Bosheit verhindert hat, so fängt das Unterpfand mit der Minute an, wo die Immission nach dem Inhalte des richterlichen Decrets hätte geschehen sollen. Ist blos ein Urthel gesprochen, oder blos ein Decret wegen vorzunehmender Einsetzung in die Güter oder Auspfändung ertheilt worden, die wirkliche Immission war aber noch nicht erfolgt, so erhält der Gläubiger hierdurch noch kein Pfandrecht s); es müßte denn die Vollstreckung des Decrets durch die Gewalt des Schuldners oder anderer Leute gehindert, oder von dem Schuldner selbst freywillig erlassen worden seyn, oder die Nachläßigkeit des Richters den Aufschub der Einsetzung verursacht haben t). Weiß es der Gläubiger, daß noch mehr Gläubiger

o) L. 10. D. h. t. Kvestner D. pignus in causa iudicati captum, §. 21.

p) Mevius Part. V. Dec. 38 et 363. Part. VII. Dec. 40. nr. 2.

q) L. 15. §. 5. D. de re iudic. Schoepf in Conff. Fac. Tub. Vol. VIII. Conf. 63. nr. 24 fqq.

r) L. 2. C. qui pot. in pign. Kvestner Diff. cit. §. 21.

s) Estor l. c. §. 44.

t) cap. 9. X. de dolo et contum. Maier D. de miſſione in poſſeſſionem ex primo et ſecundo decreto, th. 13. Schoepff Dec. 284. nr. 9 fqq.

biger vorhanden und der Concursproceß angestellt werden soll, so hilft ihm die Einsetzung in des Schuldners Güter nichts [u]). Ist zwar der Gläubiger in die Güter seines Schuldners eingesetzt gewesen, er giebt aber nach der Zeit, ohne einigen Vorbehalt und ohne im Besitz zu bleiben, dem Schuldner aufs neue Credit, so fällt die Wirkung der Einsetzung, und also auch das Pfandrecht weg.

Ein prätorisches Unterpfand, das vom Richter zur Strafe des Ungehorsams des Schuldners ertheilt worden, bewirkt kein gerichtliches Unterpfand und Vorzug, da der Gläubiger blos um der Verwaltung der Güter wegen eingesetzt worden, und durch diese Art der Einsetzung des einen Gläubigers auch alle übrigen für eingesetzt gehalten werden [x]); jedoch müssen solche Gläubiger, die in der nämlichen Provinz wohnen, innerhalb zwey Jahren, die auswärtigen aber innerhalb vier Jahren sich der Einsezzung anschließen, und dem ersten Impetranten die Unkosten ersetzen [y]). Nach dem gemeinen Rechte hat derjenige, welcher rei seruandae causſa, z. B. legatorum seruandorum causſa, ex Edicto Carboniano, damni infecti oder ventris nomine in das Vermögen eingesetzt worden, schon mit der ersten Einsetzung ein wirkliches und wahres Pfandrecht [z]), wenn er auch gleich den Besitz des Unterpfandes

u) L. 6. §. 7. D. de his, quae in fraud. credit.

x) L. vlt. C. de bon. auct. iud. poſſ. L. 5. §. 2. D. vt in poſſ. legat. MEVIVS Part. V. Dec. 124. MAIER cit. Diſſ. th. 16. STEPHANI l. c. §. 43. SCHVLTING in theſ. controv. Dec. 75. nr. 7. in Comment. Acad. Vol. III. pag. 255. et Decad. 81. nr. 4. ibid. pag. 279.

y) L. vlt. C. de bon. auct. iud. poſſ. BRVNNEMANN in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 55. ibique STRYCK ad verb. ceteri quoque.

z) L. 16. pr. D. de pignor. act. L. 18. §. 6. D. famil. erciſc. L. 2. pr. D. pro hered. L. 3. L. 5. C. vt in poſſ. legator. L. 2. C. qui pot. in pign. L. 3. §. 1. D. de reb. eor. qui ſub tut. HOFACKER in Princ. iur. ciuil. §. 1186.

pfandes verlohren haben sollte [a]); und ein solches prätorisches Unterpfand wird nach den öffentlichen Unterpfändern, unter die Privathypotheken nach der Ordnung der Zeit locirt [b]).

Ein gesuchter und erlangter Arrest ist blos zu Bewachung der Sache hinlänglich, nicht aber zur Hervorbringung eines Unterpfandsrechts [c]); weil es auch den übrigen Gläubigern erlaubt ist, sich demselben anzuschliessen und ihn zu benutzen, damit jeder dasjenige dadurch erlange, was er nach seinem habenden Rechte fordern konnte [d]). Auch ein vom Gläubiger ausgebrachter Befehl, daß der Schuldner nichts veräußere, giebt jenem kein Pfandrecht noch Vorzugsrecht [e]); und aus einer bloßen Anweisung erlangt der Gläubiger auch niemals ein Vorzugsrecht, es mag solche vor oder während des Concursprocesses geschehen seyn, weil diese Privatanweisung weder ein Eigenthum, noch ein Pfandrecht bewirkt, folglich alle solche angewiesene Sachen, da sie des Schuldners Eigenthum geblieben sind, in die gemeine Concursmasse gezogen werden [f]); der Gläubiger müßte denn eine Sache an Zahlungsstatt auf eine rechtmäßige Weise angewiesen erhalten haben, nämlich nicht deswegen, um die andern Gläubiger zu hintergehen, wo der Gläubiger, als nunmehriger Eigenthümer, nicht mehr genöthigt werden kann, diese Sache an die Concursmasse abzuliefern [g]).

Nachdem

a) L. 2. C. de praetor. pign.
b) Kvestner cit. Diss. §. 21.
c) Nevnhoefer Diss. Analecta, etc. §. 8.
d) Brvnnemann l. c. §. 49. Hollandt tr. de arrestorum materia vtiliss. cap. 7. th. 2. Hvber ad tit. in quib. caus. pign. nr. 12. Horn in Consult. et Resp. Class. XIII. nr. 13. Strubens Bedenken, 3ter Band, 12tes Bedenken.
e) Grass D. delineatio mandati iurisdictionalis de non alienando, §. 28.
f) Schoeppf Dec. 244. nr. 4 sqq.
g) Mevivs Part. II. Dec. 344. Leyser Spec. 395. Med. 2.

Nachdem der Unterschied zwischen privilegirten und nicht privilegirten Hypotheken aus einander gesetzt worden, so will ich über die Natur und Beschaffenheit der einzelnen privilegirten Hypotheken noch verschiedenes anführen. Durch die Gesetze des römischen Rechts [h]) haben ein mit einem ganz besondern Vorzugsrechte verknüpftes Unterpfand erhalten alle ordentlichen und außerordentlichen Steuern, sie mögen gefordert werden, unter welchem Namen sie wollen. In den angeführten Gesetzen steht nichts davon, daß dieses Unterpfand in die erste Classe locirt werden solle, wenn über des Schuldners Vermögen ein Concurs entstanden ist; man muß es also aus einer hergebrachten Gewohnheit herleiten [i]). Was es sonst mit diesem Unterpfande für eine Bewandniß habe, davon ist bereits oben im 1088. und 1089. §. das Wichtigste vorgekommen. Eben dieser Vorzug ist dem Fiskus ertheilt worden, wenn ihm Jemand aus einem Contracte etwas schuldig geblieben ist, und er kommt nach der Zeit des geschlossenen Contracts zu Vermögen. Hier besteht der Vorzug des Fiskus darin, daß er in diesem Vermögen allen nicht privilegirten, obschon der Zeit nach ältern, Gläubigern vorgezogen wird [k]). Die Beschaffenheit dieses Unterpfandes findet man im 1087. §. erläutert.

Ueber den Vorzug und die Beschaffenheit der dem Brautschatze ertheilten privilegirten Hypothek ist im 1088.

h) L. 1. C. in quib. caus. pign. L. 1. C. si propt. publ. pensitat.

i) Bechmann de aestimis, §. 52. Henne D. de iure fisci et hypotheca tacita, in bonis administratorum rerum fiscalium competente, § 12 et 18. Klvegel D. de loco vectigalibus vel aliis oneribus realibus et personalibus in concursu credit. attribuendo, §. 9. Hellfeld D. de hypotheca fisci, praesertim in bonis post contractum quaesiris, §. 12.

k) L. 28. D. de iure fisci. Harpprecht Resp. 93. nr. 94 et 275. Hellfeld D. de hypotheca fisci, cap. 2. in Opusc. nr. 10.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0257
DFG

1088. und 1089. §. das Nöthige angeführt worden, wohin ich der Kürze wegen verweise.

Von dem Unterpfande desjenigen, der zur Erhaltung und Reparatur eines baufälligen Gebäudes Geld vorgeschossen hat, ist im §. 1087. das Nöthige gesagt worden.

Wenn gleich nach dem römischen Rechte nicht einmal dem Fiskus, welcher Erbzinsherr oder Bodenzinsherr ist, in Ansehung des jährlichen Erb- oder Bodenzinses ein Vorzugsrecht, sondern blos ein stillschweigendes Unterpfand, wegen des Contracts zusteht, Privatpersonen aber ganz und gar kein Vorrecht wegen dieser Abgaben haben [l]), so ist doch das Gegentheil durch einzelne Landesgesetze mehrentheils eingeführt worden.

War ein Grundstück vor der Veräußerung schon mit einer Hypothek beschwert, und diese Hypothek rührt aus einem Vertrage her, so geht sie auf den neuen Besitzer über, und ertheilt er ebenfalls Hypotheken, so stehen diese jener nach.

Alle diejenigen, welche, vermöge eines schriftlich ausgefertigten und von Zeugen unterschriebenen Vertrags, Geld zum Ankauf der militiae sagatae oder togatae vorgeschossen, und sich ein ausdrückliches Unterpfand ausbedungen haben, wenn es auch gleich außergerichtlich geschehen seyn sollte, diese werden unter den privilegirten Gläubigern befriedigt, und gehen den nicht privilegirten Forderungen vor [m]). Will ein solcher Gläubiger mit seiner Bezahlung

l) Lavteebach in tract. synopt. tit. de legal. seu tac. hyp. th. 98 et 101. Idem in Conss. Fac. Tub. Vol. II. Cons. 47. nr. 74. Geisler in D. de hypotheca tacita domini ex causa canonis emphyteut. §. 9 sqq. Versuch einer genauern Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher oder unableglicher Zinsen, bey entstandenen Concursen, §. 11 und 12.

m) L. 27. et Auth. quod obtinet C. de pignor. Nov. 97. cap. 4. Schlitte D. de eo, qui posterior tempore, prior iure, cap. 2. §. 6. Frick D. de iuribus illius, qui ad emendum credidit, §. 7. Eisenhart D. de iure eius, qui ad militiam

zahlung allen übrigen Pfandgläubigern vorgezogen werden, so muß er sich ausdrücklich und besonders an der gekauften Stelle ein Pfandrecht ausbedungen und vorbehalten haben [n]), und den Vorzug vor allen privilegirten ältern Gläubigern hat er nur alsdenn, wenn er sich diesen Vorzug zugleich mit ausbedungen hat [o]). Sollte ein solcher Gläubiger sich zwar den Vorzug ausbedungen haben, aber in einem Vertrage, der nicht die gesetzlichen Eigenschaften hat, so geht er zwar doch noch allen nicht privilegirten Pfandgläubigern vor, aber unter den privilegirten Pfandgläubigern ist er der Letzte [p]). Hat er sich weder ein Vorzugsrecht noch eine Hypothek vorbehalten, so kommt ihm nichts desto weniger doch immer noch ein gesetzliches Unterpfand an dem erkauften Amte zu, wenn er auch gleich das Geld nicht ausdrücklich zu Erkaufung des Amtes geborgt hat; oder wenn er das Geld nur dem Vater dazu gelehnt hat, um seinem Sohn ein Amt zu kaufen [q]); wobey sich der Unterschied äußert, daß, wenn das Geld nicht ausdrücklich zum Ankauf eines Amtes geborgt worden, die militia ex casu der hinterlassenen Ehefrau und den Kindern eher zufällt, als dem Gläubiger [r]). Unter der militia ex casu versteht man diejenigen Einkünfte, oder diejenige Summe Geld, die nach dem Tode des Beamten an seinen Erben,

militiam emendam credidit, in conc. credit. §. 17. Koch s. Rvmpel D. de pecunia ad emendum credita priuilegiata et non priuil. §. 14.

n) Arg. L. 5. D. qui potior. in pign. L. 6. eod. Nov. 97. cap. 3. Leyser Spec. 485. Med. 3. Guthofredvs ad Nov. LIII. cap. 5. §. 1. Richter de priuil. credit. D. 7. Sect. 4. pag. 191.

o) Nov. XCVII. cap. 4. et Auth. quo iure vtatur. C. qui pot. in pign. Hellfeld D. de diuerso pignor. iure, liberis in bonis parentum competente, §. 23.

p) Lavterbach in tract. synopt. tit. de legal. s. tac. hyp. th. 66. Eisenhart l. c. §. 2.

q) L. fin. C. de pign. et hyp. Eisenhart l. c. §. 12.

r) Nov. LIII. cap. 5. Eisenhart §. 15.

Erben, oder Kinder, oder Ehefrau fällt, und welche von denjenigen bestimmt wird, welche das nämliche Amt haben [s]).

Dieses Privilegium fällt weg, wenn der Beamte zur Zeit des Concursprocesses das Amt nicht mehr hatte; denn nunmehr ist er ja nicht im Besitz dieses Amtes, worauf das privilegirte Unterpfand haftet. Anwendbar ist dieses Vorrecht, wenn mit dem gelehnten Gelde ein Amt bey einem auswärtigen Fürsten gekauft worden, da es in Teutschland angeht, in fremde Kriegsdienste zu treten [t]); es müßte denn der Landesherr seinen Unterthanen ausdrücklich die Annahme fremder Dienste verboten haben [u]). Wenn gleich die römische militia, von welcher in den angeführten Gesetzen die Rede ist, von unsern heutigen öffentlichen Bedienungen sehr verschieden ist, und jene verkauft, verpfändet, ja durch eine letzte Willensverordnung an Jemanden überlassen werden konnte [x]), auch die Natur eines so ganz außerordentlichen Privilegiums keine Ausdehnung zuläßt, und daher viele Rechtslehrer [y]) nicht ohne Grund behaupten, es könne jenes Privilegium nicht auf ein heutiges Darlehn zu Ankauf einer Kriegs- oder andern Bedienung angewendet werden, so sind doch andere Rechtslehrer der Meynung, man könne allerdings von diesem Vorrecht auch bey uns noch die Anwendung machen [z]).

Sie

s) Schvlting in thes. controv. Dec. 80. nr. 7. in Comment. Acad. Vol. III. pag. 275. Eisenhart l. c.

t) Rec. Imp. de anno 1570. §. 4. et de anno 1582. §. 31.

u) Eisenhart l. c. §. 23.

x) Brisson de verb. signif. voc. militia. Schlitte cit. Diss. §. 6. Schorch D. de militia ex casu. Hvber ad h. t. nr. 10.

y) L. vlt. C. de pign. et hyp. Schlitte l. c. cap. 3. §. 5. Voet ad Dig. Lib. XX. tit. 4. Hvber l. c. Eisenhart l. c. §. 24. Koch l. c. §. 14.

z) Balthasar in collat. iur. de classif. credit. pag. 47. Strvv Exerc. 44. th. 49. pr. Estor de conturb. Illustr. §. 37. Hofmanns teutsche Reichspraxis, 2ter Thl. §. 1280.

Sie setzen freylich, weil mit der römischen militia gewisse jährliche Besoldungen verknüpft waren, ein solches Amt voraus, dabey eine jährliche Besoldung ist, und ertheilen nur diesen Stellen jenes Vorrecht, nicht aber bloßen Ehrenstellen, z. B. dem Adel, dem Doctorat, und ähnlichen Würden [a]); jedoch gestattet Hahn [b]) dieses Privilegium ohne Rücksicht auf ein damit verknüpftes Salarium. Am sichersten geht man wohl, wenn man behauptet, die Verordnung des römischen Rechts lasse sich nur auf solche Aemter anwenden, die von dem Schuldner wieder verkauft werden können, weil das Anlehn zum Ankauf der militiae nur auf dieser, und nicht auf des Schuldners übrigem Vermögen ein Pfandrecht bewirkt [c]). Niemals aber genießet derjenige ermeldetes Privilegium, der einem Soldaten, der schon im Sold stehet, obschon zu militairischem Gebrauch, z. B. zur Werbung, Geld gelehnt hat [d]).

Solche Gläubiger, welche zum Ankauf einer gewissen Sache Geld gelehnt, und sich an der für ihr Geld gekauften Sache, bis zur Wiederbezahlung des Darlehns, ausdrücklich ein Unterpfand ausbedungen haben, genießen nach dem römischen Rechte ein privilegirtes Unterpfand [e]). Der Fall, wo Jemand zum Ankauf einer Sache Geld angelehnt hat, muß folgende Eigenschaften haben. Man nehme an:

a) Brvnnemann in Proc. conc. credit. cap. 5. §. 26. ibique Stryck ad verb. equestrem dignitatem etc. Eisenhart l. c. §. vlt.

b) Hahn ad Wesenb. Libr. XLII. tit. 6. §. 44.

c) Hr. Prof. Weber in den Reflexionen zu Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts, S. 20 flg.

d) Eisenhart cit. Diff. §. 22.

e) L. 7. C. qui pot. in pign. Gail Obs. Lib. II. Obs. 12. nr. 4. Mevius Part. VI. Dec. 193. Leyser Spec. 485. Med. 3. Frick D. de iuribus illius, qui ad rem emendam credidit, §. 5. Koch D. de pecunia ad emendum credita, §. 13.

an: A. wünscht ein Haus oder ein anderes Grundstück zu kaufen, welches mit baarem Gelde bezahlt werden muß. Er hat kein baar Geld, und bittet den B. ihm das nöthige Geld dazu zu lehnen. Nachdem er dieses Versprechen erhalten, kauft er das Gut; oder er kauft das Gut unter der Bedingung, wenn er das dazu nöthige Geld gelehnt erhalten sollte, und nun lehnt ihm Jemand das zum Kaufen nöthige Geld. Dergleichen Gläubigern halten die Rechtslehrer diejenigen Verkäufer gleich, die sich an der von ihnen verkauften Sache, bis zur gänzlichen Bezahlung des Kaufgeldes, eine Hypothek entweder vor oder bey der Uebergabe vorbehalten haben [f]), und mit nicht minderm Rechte können diejenigen auf dieses privilegirte Unterpfand Anspruch machen, die ihr Vermögen gegen jährliche Leibrenten an Jemanden überlassen haben [g]). Demjenigen, welcher zu Erbauung eines neuen Hauses Geld gelehnt, und sich an dem damit erbauten Hause eine Hypothek ertheilen lassen, kann dieses privilegirte Unterpfand nach dem römischen Rechte nicht beygelegt werden, da ein solcher Gläubiger mit demjenigen nicht für einerley gehalten werden darf, der zum Ankauf eines Hauses Geld lehnt.

Es giebt Rechtslehrer, die eine Hypothek dieser Art für so privilegirt halten, daß sie selbst vor der Hypothek der Ehefrau wegen ihres Brautschatzes, den Vorzug behaupte. Diese Meynung wird aber von andern mit Recht verworfen. Ein Gläubiger, der zum Ankauf eines Hauses Geld gelehnt hat, geht der Frau in Rücksicht ihres Brautschatzes nicht anders vor, als wenn seine Hypothek älter

f) Wibel de iure praelat. credit. pag. 48. Mavritivs Part. I. Conf. 9. Hvber ad tit. qui pot. in pign. nr. 26. Hertivs D. de reseruat. dominii vel hypoth. in re vendita, Sect. II. §. 11. Balthasar in Collat. iur. de classificat. creditor. pag. 69.

g) Harpprecht D. ius contractus vitalitii in conc. credit. §. 18.

älter ist, als diese [h]); und wenn es gleich scheinen kann, daß der Verkäufer, der sich an einer verkauften Sache vor deren Uebergabe eine Hypothek vorbehalten hat, allen andern Gläubigern vorzuziehen sey, wie Mylius [i]) behaupten wollen, weil er in diesem Falle ein Unterpfand an der Sache erhalten, ehe sie des Schuldners Eigenthum geworden, und ihm daher aus diesem Grunde sogar das Absonderungsrecht zustehe; so erlangt dennoch der Verkäufer vor der Uebergabe der verkauften Sache keine Hypothek, da der neue Besitzer erst nach der Uebergabe Eigenthümer wird, und an seiner eigenen Sache kein Unterpfand bestehen kann; ein solches Unterpfand wird auch vom Schuldner selbst bestellt, folglich kann hier kein Absonderungsrecht eintreten, vielmehr muß der Verkäufer mit den übrigen privilegirten Pfandgläubigern, nach dem Alter der Zeit, in die zweyte Classe locirt werden [k]). Die Gläubiger haben übrigens nicht die Wahl, ob sie dem Darleiher oder Verkäufer in einem Falle dieser Art die gekaufte Sache überlassen, oder sie aus der Masse verkaufen, und jenen in dieser Ordnung befriedigen wollen; und er ist nicht schuldig, die gekaufte Sache wider seinen Willen anzunehmen, wiewohl Hert das Gegentheil behauptete [l]).

Zu dem gegenwärtigen privilegirten Unterpfande wird erfordert, 1) daß der Gläubiger dem Schuldner Geld gelehnt, oder seine Sache verkauft habe, und in beyden Fällen scheint eine unbewegliche Sache nöthig zu seyn, weil



h) Nov. XCVII. cap. 3. Schlitte D. de eo, qui posterior tempore, prior iure, cap. 1. §. 7.

i) Mylius in Diss. de reseruatione hypothecae a venditore facta in securitatem pretii residui, §. 37.

k) Mevius l. c. nr. 7. Schweder in Consil. Facult. Tubing. Vol. VI. Cons. 60. nr. 57 sqq. Hellfeld D. de diuerso pignoris iure, liberis in bonis parentum competente, §. 23.

l) Hert D. de reseruat. domin. Sect. 2. §. 10.

in der L. 7. C. h. t. der Ausdruck praedia vorkommt [m]). 2) Muß das Geld im ersten Falle zum Ankauf einer gewissen Sache geborgt, und die Sache wirklich damit bezahlt worden seyn; denn wenn das Geld nur schlechtweg, und nicht zum Ankauf einer gewissen Sache geborgt worden, wenn auch nachher wirklich etwas damit angekauft seyn sollte [n]), oder wenn das Geld zwar zum Ankauf einer gewissen Sache geborgt wurde, dieser Ankauf geschahe aber doch nicht, so tritt das gegenwärtige privilegirte Unterpfand nicht ein. 3) Ist nöthig, daß sich der Gläubiger oder Verkäufer in beyden Fällen an der gekauften Sache ein Unterpfand ausbedungen habe; denn ohne diesen Vorbehalt kommt ihm kein Recht, unter diesen privilegirten Hypotheken eine Stelle zu verlangen, zu; ja er genießt deswegen nicht einmal ein persönliches Privilegium [o]). Es muß die Hypothek an der verkauften Sache selbst vorbehalten worden seyn; daher das privilegirte Unterpfand nicht statt findet, wenn sich der Darleiher auf einer andern, als der gekauften Sache, ein allgemeines oder ein besonderes Unterpfand vorbehalten hat [p]), wenn gleich das allgemeine Unterpfand, wenn es mit dem besondern auf der gekauften Sache verknüpft worden ist, allerdings ein einfaches Unterpfandsrecht bewirkt [q]). Ferner muß der Vorbehalt des Unterpfandes bey einem Darlehn entweder noch eher als der Kaufcontract geschlossen worden, oder wenigstens doch vor der Uebergabe der verkauften Sache, geschehen seyn, und das Geld angelehnt werden, ehe die Sache dem Käufer

m) Koch in cit. Diss. §. 13.

n) L. 17. C. de pign. et hyp. Arg. L. 7. §. 4 et 5. D. de in rem vers. Koch cit. Diss. §. 13.

o) L. 17. C. de pignor. et hyp. Lavterbach in Conss. Fac. Tubing. Vol. II. Cons. 107. nr. 30 et 42. Hvber ad h. t. nr. 14. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 1ster Band, 22ste Meditat.

p) Balthasar l. c. Koch l. c. §. 13.

q) Mylivs l. c. §. 32.

Käufer übergeben worden ist [r]); der Verkäufer hingegen muß sich die Hypothek entweder vor oder bey dem Verkauf vorbehalten, also, daß in beyden Fällen der Schuldner die Sache nicht anders, als mit der darauf haftenden Beschwerde des Unterpfandes erwirbt, und sie zugleich mit der Sache auf den Käufer übergeht. Der Grund dieser Eigenschaft ist sehr natürlich; sobald nämlich das Eigenthum der verkauften Sache durch die Uebergabe, ohne Pfandbeschwerde auf den Käufer übergegangen ist, so erstreckt sich der ältern Gläubiger allgemeines Pfandrecht auch mit über das gekaufte Gut, welches ihnen der Verkäufer durch ein nachher bestelltes Unterpfand nicht mehr entziehen kann; wird aber das Unterpfand beym Kaufe und vor der Uebergabe vorbehalten, so haben jene Gläubiger kein Recht, dieses Pfandrecht anzufechten, weil sie vor dem Verkäufer kein Recht an der Sache hatten [s]). Die Worte der Gesetze: cuius pecunia praedium comparatum probatur, — quando aliquis propriis pecuniis procurauerit nauim comparare, — aut etiam emi agrum — posteriores creditores, quorum pecuniis emta res est; setzen nicht undeutlich einen Darleiher voraus, welcher durch sein geliehenes Geld dem Schuldner eine Sache verschafft, und erworben hat, durch dessen vorgeschossenes Geld der Schuldner in den Stand gesetzt worden ist, die Sache zu erwerben, welche Bedeutung des Worts comparare in vielen Gesetzen [t]) anzutreffen ist.



r) Koch l. c. §. 13. Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Band, S. 474.

s) Widow D. de dominio mercium, interuenientibus literis recognitionis transmissarum, moto concursu creditoribus cedente, §. 15.

t) L. 2. D. de litig. L. 11. §. 8. D. de pecul. L. 9. §. 2. D. de SC. Maced. L. 7. pr. L. 17. D. qui pot. in pign. L. 3. D. pr. de reb. eor. qui sub tutel. L. 7. §. 2. D. de admin. tut. L. 35. §. 4. D. de hered. inst. L. 23. D. de adi mend.

Dieser Begriff paßt offenbar auf den Darleiher nicht, welcher, nachdem der Schuldner die Sache schon gekauft oder erworben hat, ihm Geld lehnt, um den schuldigen Kaufschilling zu bezahlen; folglich kann ihm auch kein privilegirtes Unterpfand, welches immer möglichst einzuschränken ist, unter diesen Umständen zugesprochen werden; indem auch das Wort statim, welches in dem angeführten Gesetz gebraucht worden, deutlich anzeigt, daß die Verpfändung gleich mit dem comparare verbunden seyn müsse, da es sich nicht auf das Darlehn, dessen in dieser Periode gar nicht gedacht wird, sondern blos auf das praedium comparatum bezieht. Aus den Worten des Gesetzes: iisdem pignoribus, folgt nichts weniger, als daß das Gesetz selbst den Fall voraussetze, daß erst nach gänzlich berichtigtem Kauf dem Käufer Geld zu Bezahlung des Kaufschillings gelehnt worden sey; denn wenn man auch annimmt, daß mehrere Hypotheken auf einer und eben derselben Sache darunter gemeynt sind, so läßt sich doch der Fall denken, daß andere Gläubiger an einem Gute ein älteres Pfandrecht haben, als der, von dem das Geld zu dessen Ankauf hergeliehen worden, und der sich damit zugleich ein Pfandrecht an dieser Sache vorbehalten hat; wenn nämlich erstere ein gesetzliches oder bedingtes allgemeines Unterpfand hatten, welches bekanntermaaßen sich auch auf künftig erworbene Güter erstreckt, und auch in Ansehung dieser als älter berechnet wird. Wenn sich also der Darleiher oder Verkäufer nachher auf der erkauften Sache eine Hypothek bestellen lassen, so erlangen sie dadurch weiter nichts, als ein einfaches Unterpfand [u]), und daher hat derjenige, welcher zu Bezahlung des Kaufschillings, des Angeldes oder der

mend. vel transf. legat. L. 16. C. mand. L. 10. L. 13. C. de distract. pign. L. 3. §. 2. C. de iur. dom. impetr. L. 9. C. de donat. int. vir. et vxor.

u) Widow D. de dominio mercium, interuenientibus literis recognitionis transmissarum, moto concursu creditoribus cedente, §. 9.

der Termine eines schon gekauften und dem Käufer übergebenen Hauses, Geld leihet, kein privilegirtes Pfandrecht v); es müßte ihm denn von dem Verkäufer dieses Recht abgetreten worden seyn. Wollte man auch solchen Personen ein privilegirtes Pfandrecht zugestehen, die zur Bezahlung des Kaufschillings einer schon gekauften Sache Geld geliehen, so würde der wichtige Nachtheil daraus entstehen, daß unter diesem Vorwande viele Gläubiger der zweyten Classe gemacht werden könnten, folglich selbst die öffentlichen Hypotheken ihre Sicherheit verlieren würden. Hat sich der Verkäufer bey dem Verkauf das Eigenthum, und nachher gegen Aufhebung dieses Eigenthums eine Hypothek an dem verkauften Hause bestellen lassen, so genießt er eines privilegirten Unterpfandes; weil in diesem Falle der Käufer das volle Eigenthum des Grundstücks nicht anders, als mit der darauf haftenden Pfandbeschwerde erworben hat. Nicht der gleiche Fall ist es, wenn der Verkäufer, welcher sich das Eigenthum vorbehalten, sich die Bezahlung des Kaufgeldes in Terminen ausbedungen, und nun lehnt Jemand Geld zu Bezahlung dieser Termine. In diesem Falle hatte der Schuldner die Sache schon zuvor, und nicht erst durch Bezahlung der Termine erworben, daher ihm bey der Erwerbung des vollen Eigenthumsrechts nichts weiter im Wege stand, als die Einschränkung durch den Vorbehalt des Verkäufers, welche nun nach der geschehenen Bezahlung aufhört. Man kann hier nicht sagen, daß der Schuldner die Sache niemals ohne die Pfandbeschwerde erworben habe, und weder der Schuldner noch die Concursmasse hat einen Vortheil davon, ob der Schuldner den Kaufschilling dem Verkäufer oder dem Darleiher schuldig ist. Nach der Acquisition des Grundstücks haben die ältern Pfandgläubiger schon ein Pfandrecht an demselben,



v) Mavritivs Part. I. Conf. 9. nr. 13. Mylivs l. c. §. 27 sqq. Koch c. l. §. 7 et 13. Wernher Obf. Tom. I. Part. V. Obf. 188. pag. 1091.

dem ein späterer Darleiher durch ein privilegirtes Pfandrecht keinen Abbruch thun kann. Endlich wird 4) bey Lehengütern, zur Erwerbung dieses Unterpfandes meistentheils auch die Einwilligung des Lehnsherrn erfordert [x]).

Jeder Gläubiger, der seine Befriedigung wegen einer solchen Forderung in der zweyten Classe sucht, muß die angeführten Eigenschaften beweisen [y]). Daß er das Geld zum Ankauf einer gewissen Sache gelehnt habe, beweiset der darüber ausgestellte Schuldschein [z]); daß diese Sache damit erkauft worden sey, ist bewiesen, wenn der Gläubiger zeigt, daß der Schuldner die Sache gleich nach dem Anlehn gekauft habe. Der Vorbehalt eines Unterpfandes wird ebenfalls aus dem Schuldscheine am leichtesten bewiesen, und wenn er darin vorkommt, so wird jederzeit vermuthet, daß er mit Einwilligung der Contrahenten herein gesetzt worden sey, besonders wenn sie den Schuldschein unterschrieben haben [a]). In was für Ausdrücken dieser Vorbehalt geschehen sey, darauf kommt nichts an; sondern es ist genug, wenn es heißt: es sollen 2000 Rthlr. auf dem Gute stehen bleiben [b]). Es thut auch nichts, wenn der Ausdruck: Unterpfand, gar nicht gebraucht worden ist; so wie auch zum Vorbehalt einer Hypothek auf einer unbeweglichen Sache diejenigen Feyerlichkeiten nicht erfordert werden, die sonst nach vielen Landesgesetzen bey der Verpfändung derselben nöthig sind [c]), wiewohl der Hr. von Leyser [d]) anderer Meynung war.

Das

x) Mylius l. c. §. 23 sqq.

y) Huber ad h. t. nr. 13.

z) Balthasar l. c. §. 68. Gmelin von Aufsätzen über Verträge, §. 51.

a) Mylius in cit. Diss. §. 7.

b) Mylius l. c. §. 30.

c) Mylius l. c. §. 12 et 35.

d) Leyser in Med. ad Pand. Vol. VII. Spec. 485. Med. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0268
DFG

Das zeither erklärte privilegirte Unterpfand haftet blos auf der verpfändeten Sache, und geht mit derselben verlohren. Ist daher diese Sache bey entstandenem Concursprocesse nicht mehr vorhanden, so fällt damit zugleich das Recht, in der zweyten Classe die Bezahlung zu fordern, weg [e]); und ein allgemeines Unterpfand, das mit dem besonders vorbehaltenen verknüpft worden, bewirkt blos ein einfaches Unterpfandsrecht, vermöge dessen der Gläubiger erst in der dritten Classe befriedigt wird. Sollte ein Theil des vorbehaltenen Unterpfandes noch bey der Concursmasse befindlich seyn, so haftet das privilegirte Unterpfand darauf, und liegt also, wenn ein Haus abgebrannt ist, auf dem leeren Platze; wird es aber wieder erbaut, so haftet es ebenfalls auf dem neuen Gebäude [f]). Bezahlt der Schuldner das Darlehn oder den Kaufschilling, so hört die Hypothek auf; doch muß die ganze Schuld berichtigt worden seyn; denn wenn nur etwas unbezahlt geblieben, und wenn es blos Zinsen wären, so dauert das Unterpfand zur Sicherheit dieses Restes fort [g]). Es wird auch durch eine freywillige Entsagung des Gläubigers getilgt, welche stillschweigend geschieht, wenn er in den Verkauf oder in eine weitere Verpfändung der ihm verpfändeten Sache eingewilligt hat [h]).

Dieses Unterpfand des Verkäufers darf auf keine andere Forderung desselben ausgedehnt werden, die sich nicht auf den Verkauf gründet [i]). Es fängt von der Zeit an, wo es bestellt worden; geht auf alle Erben des Gläubigers über, und gereicht nicht nur zur Sicherheit des Hauptstuhls, sondern auch der Zinsen [k]).



e) Koch l. c. §. 13.
f) Mylius l. c. §. 46.
g) Idem l. c. §. 44.
h) Idem l. c. §. 45.
i) Huber ad h. t. nr. 26.
k) Mylius l. c. §. 41 et 43.

## §. 1095 — 1097.

Alle Unterpfänder, sie mögen stillschweigende oder ausdrückliche, gerichtliche oder außergerichtliche, privilegirte oder nicht privilegirte seyn, gehen als dingliche Rechte ohne Unterschied auf die Erben über, und können Andern abgetreten werden, ohnerachtet das allenfalls damit verknüpfte Privilegium weder auf die Erben übergeht, noch abgetreten werden kann. Daher geht z. B. das stillschweigende Unterpfand des Heyrathsgutes auf alle Erben über, und kann an jeden abgetreten werden, wenn schon das damit verknüpfte Privilegium der Regel nach weder auf die Erben, noch auf denjenigen übergeht, dem die Forderung abgetreten worden. Daher haben die Kinder und andere Erben der Ehefrau das ihr wegen des Paraphernalvermögens zustehende Unterpfand zu genießen [l]); daher geht auch das dem Pupillen an dem Vermögen seines Vormundes zustehende Unterpfand auf seine Erben über, wenn gleich sein persönliches Privilegium nicht den Erben desselben zu Theil wird. Damit nun derjenige, dem die Forderung abgetreten worden, auch das damit verknüpfte Unterpfand erlangt, so ist es nicht genug, daß ihm die Forderung und die darauf gehende Klage abgetreten worden ist [m]), sondern es muß ihm auch das Pfandrecht oder die Pfandschaftsklage zugleich abgetreten worden seyn [n]). Die Pfandklage ist zwar ein Accessorium der Hauptklage; aber nur in sofern, daß, wenn diese unkräftig ist, auch jene wegfällt, weil jene ohne diese nicht entstehen kann. Allein die Gesetze geben sie nirgends als ein Accessorium in diesem

Betracht

l) Hellfeld D. de diuerso pignoris iure, liberis in bonis parentum competente, §. 25 sqq.

m) Lavterbach in Conss. Fac. Tubing. Vol. III. Cons. 210. nr. 56.

n) Arg. L. 6. D. de hered. vel act. vend. L. vn. C. etiam ob chirogr. pec. L. 73. pr. D. iunct. L. 66. §. 2. D. ad Scm. Trebell. Bachov de pign. Lib. II. cap. 8. nr. 5.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0270
DFG

Betracht an, daß, wer die Hauptklage anstellen darf, nothwendig auch diese anzustellen befugt seyn solle; sondern wenn die Hauptklage an Jemanden abgetreten worden, so kommt es vor allen Dingen darauf an, ob er zur Sicherheit der abgetretenen Klage zugleich ein Pfandrecht haben will, oder ob er dieses nicht verlangt. Will er das erste, so lasse er sich zugleich mit der Hauptklage auch die Pfandschaftsklage abtreten. Wenn er diese Vorsicht nicht gebraucht hat, so giebt er dadurch zu verstehen, daß er jene Sicherheitsstellung für überflüßig gehalten, folglich wird sie ihm auch nicht zu Theil. Wenn ich Eigenthümer einer ancillae, oder eines fundi bin, so kann ich sagen: partus, alluuio, fructus gehören als accessorium mir o); allein dieses wird in Gesetzen niemals von der Pfandschaftsklage gesagt, weil sie in diesem Betracht niemals ein Accessorium der Hauptklage ist, wie die Gesetze deutlich enthalten; daher Justinian nöthig fand, durch ein eigenes Gesetz zu verordnen, daß, wenn ich in eines Andern Namen Geld ausleihe, und mich durch Pfänder sicher stellen lasse, der Andere, in dessen Namen ich das Geld ausgeliehen habe, nicht nur die Klage aus dem Darlehnscontract soll anstellen können, sondern auch die Pfandklage, ohne daß inskünftige, wie nach dem ältern Rechte, eine besondere Abtretung der Pfandklage oder des Pfandrechts erforderlich seyn solle p). Die Pfandschaftsklage geht so wenig, wie andere Rechte und Klagen, ja noch weniger q), ohne besondere Abtretung über, so wie körperliche Dinge ohne Uebergabe nicht acquirirt werden können. Der Grundsatz, daß dem Cessionarius alle Rechte des Cedenten

o) §. 19. 20. 35. 37. Inst. de rer. diuis.

p) L. 2. C. per quas pers. nob. acquirat. iunct. L. 11. §. 6. D. de pignor. act. Arg. L. 10. §. 1. D. quod met. cauf. L. 27. §. 2. D. de minor. L. 13. §. 1. D. ad SC. Velleian. Hertius in D. de obligat. mandantis et mandatarii contemplatione tertii, §. 4.

q) Arg. L. 2. L. 3. pr. D. pro socio.

denten zustehen, ist nur von solchen Rechten zu verstehen, welche wesentlich mit der abgetretenen Hauptklage verbunden und darin enthalten sind, folglich hier keine besondere Abtretung nöthig ist, welches der Fall bey den Bedingungen, bey der Zeit, bey dem Orte der Bezahlung ist. Eben dahin kann man auch die aus der Beschaffenheit der Forderung entspringenden gesetzlichen Pfandrechte rechnen. Die Hauptklage kann der Cessionarius mit allen ihren wesentlichen Rechten anzustellen befugt seyn, wenn er gleich die aus einem ausdrücklich bestellten Unterpfande entstehende Pfandschaftsklage nicht anstellen darf.

Der römische Rechtsgelehrte **Paulus** macht in der L. 6. D. de hered. vel act. vend. die Bemerkung: emtori nominis pignoris quoque persecutio praestari debet; wer die Schuldforderung gekauft hat, dem muß der Verkäufer auch die Pfandschaftsklage abtreten. Die Worte: praestare debet, zeigen die Nothwendigkeit der Abtretung deutlich an; denn was ipso iure übergeht, darf nicht erst prästirt werden. Praestare actionem ist eben so viel als cedere r).

Auch die gesetzlichen Verordnungen von den Verbindlichkeiten eines **Bürgen** bestätigen es, daß die Pfandklage nicht mit der Hauptklage ohne besondere Abtretung übergehe. Es ist eine ausgemachte Wahrheit, daß der **Bürge**, wenn er für den **Schuldner** bezahlt, gegen diesen nur die persönliche Klage aus dem Mandatscontracte oder aus der Geschäftsführung, und nicht die dem Gläubiger zustehende Klage, wenn sie ihm nicht abgetreten worden ist, anstellen könne. Ferner ist es bekannten Rechten gemäß, daß der, welcher den **Fiskus** für Jemanden bezahlt hat, gleichwohl das Pfandrecht des Fiskus nicht anders als nach geschehener Cession erlangt. Ist es hierzu wohl hinreichend, daß er sich überhaupt die Klage des Fiskus abtreten lassen?

r) L. 28. D. de euict. L. 18. §. 1. in fin. D. solut. matr. L. 38. §. 2. D. de admin. et peric. tutor.

lassen? Nein, sondern in der L. 11. D. de fideiuss. wird gesagt, er solle verlangen, vt ius pignoris, quod fiscus habuit, in se transferatur, und nun heißt es: et si hoc ita factum est, cessis actionibus vti poteris; folglich nur alsdenn, wenn dem Cessionarius das Unterpfandsrecht des Fiskus abgetreten worden ist, und nicht anders, hat er sich dessen zu erfreuen. Wenn der Bürge eine Schuld für den Hauptschuldner bezahlt hat, soll er nach den Gesetzen [s]) sich die actiones des Gläubigers cediren lassen, wenn er ein Unterpfandsrecht haben will. Warum nicht actionem, sondern actiones? Ohne Zweifel aus keinem andern Grunde, als weil mit der Hauptklage auch die Pfandschaftsklage abgetreten werden muß. Warum ist ferner dem Bürgen, wenn er wegen der Bürgschaft belangt worden ist, und er die dem Gläubiger gegebenen Unterpfänder abgeliefert verlangt, in Gesetzen [t]) der Vortheil zugestanden worden, die Schuld, wofür er sich verbürgt hat, nicht eher bezahlen zu dürfen, als bis ihm der Gläubiger seine Pfandschaftsklage abgetreten hat? — Gewiß nur darum, weil ihm ohne diese Abtretung kein Recht auf die Pfänder zustehen, und dieses die Abtretung der Personalklage allein nicht bewirken würde. Etwas Aehnliches ist auch in dem Falle verordnet, wenn mehrere etwas zugleich gemiethet oder gepachtet haben, und nun bezahlt der eine von den Miethleuten für den andern Mitgesellschafter an der Miethe. Hier kann er die Ablieferung der Sachen verlangen, an denen der Vermiether ein Pfandrecht hat [u]). Endlich erfordern die Gesetze [x]), wenn Jemand in die Stelle eines Pfandgläubigers treten will, den er befriedigt hat, so solle er ihn nicht anders als mit der Bedingung bezahlen, daß

s) L. 14. C. de fideiuss. Arg. L. 2. C. mand.

t) L. 21. C. de fideiuss.

u) L. 13. C. de locat. et cond. L. 47. D. locat. cond.

x) L. 1. C. de his, qui in prior. cred. Cuiacius Obs. XVIII. cap. 40. et in Paratitl. ad tit. Cod. de his, qui in priorem.

daß ihm des bezahlten Pfandgläubigers Unterpfand verschrieben werden, und er in seine Rechte treten solle. Hier wird also wieder die bloße Abtretung der Personalforderung des Gläubigers nicht für hinreichend gehalten.

Diesen Rechtsgründen kann weder die L. 6. noch die L. 7. C. de obligat. et action. entgegen gesetzt werden. In der ersten Stelle rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximin an den, welchem sein Schuldner eine Forderung an Zahlungsstatt abgetreten hatte: pignora, quae specialiter vel generaliter habes obligata, persequere; sie weisen ihn an, die Pfänder, welche ihm selbst verschrieben worden, nicht aber die, welche dem Cedenten verschrieben waren, anzugreifen. Ein mehr wahrscheinlicher Einwurf ist in der L. 7. enthalten, worin es heißt: si a creditore nomen comparasti, ea pignora, quae venditor nominis persequi potuisset, apud Praesidem prouinciae vindica; allein da auch dieses Gesetz nicht sagt, daß der Cessionarius die Pfänder des Cedenten ohne Abtretung angreifen könne, so ist zu vermuthen, daß nach den erwiesenen allgemeinen Rechtssätzen hier eine Abtretung vorausgesetzt werde, welches durch die Worte des Gesetzes: res tibi, sc. cessionario, obligatas, bestärkt wird.

Die Ordnung der hypothekarischen Forderungen wird bisweilen durch die Pfandnachfolge, successio hypothecaria, geändert, welche darin besteht, daß ein Pfandgläubiger, nachdem er den ihm vorgehenden Pfandgläubiger bezahlt hat, sein gehabtes Pfandrecht erwirbt, damit er an dessen Stelle wegen dieses bezahlten Postens bey dem Concurse oder auch erst nach dem Concurs eintrete [y]). Sie geschieht entweder mit Einwilligung des vorhergehenden Gläu-

x) tot. tit. C. de his, qui in prior. loc. succed. L. 22. C. de pignor. et hypoth. RING D. de iure offerendi posteriori-bus hypothecariis contra priores comperente BERGHOF D. de successione hypothecaria. RECMANN s. MANECKE D. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum. HOFACKER in Princ. iur. civ. Romano-Germ. §. 1216.

Gläubigers und des Schuldners, oder mit Willen des vorigen Gläubigers. Erstere Bezahlung kann geschehen, wenn auch der Bezahlende nicht der nächste in der Ordnung nach demjenigen ist, dem er nachfolgen will, wenn er nur gleich dafür gesorgt hat, daß die Sache, die er von seines Vorgängers Pfandrechte befreyt hat, ihm wieder verschrieben, und damit dessen Pfandrecht auf ihn übergetragen worden ist [z]). Geschieht eine solche Bezahlung wider Willen des erstern Gläubigers, so kann sie wieder entweder mit Bewilligung des neuen Gläubigers und des Schuldners geschehen, wenn jener das Geld, welches dieser schuldig ist, um den ältern Gläubiger damit zu befriedigen, entweder diesem selbst, oder dem Schuldner, jedoch (welches hier nothwendig ist) mit dem Vorbehalt gegen den Schuldner bezahlt, daß der alte Gläubiger entlassen werde, und alle dessen Rechte auf ihn übergehen [a]), oder ohne des ältern Gläubigers und des Schuldners Bewilligung. Zu dem ersten Falle gehört in gewisser Rücksicht auch der Fall, wenn Jemand von dem Schuldner eine verpfändete Sache kauft, und mit dem schuldigen Kaufgelde die ältern und vorzüglichern Gläubiger befriedigt, welcher in sofern an deren Stelle tritt, daß er durch ihre Rechte gegen minder vorzügliche Pfandgläubiger geschützt ist [b]). Wenn der nachfolgende Pfandgläubiger dem ihm vorhergehenden die Bezahlung alles dessen, was er an Capital und Zinsen zu fordern hat, anbietet, so folgt er ihm ohne einen neuen Vertrag wider seinen Willen nach, dergestalt, daß, wenn der vorhergehende die ihm angebotene Summe nicht annehmen

z) L. 3. D. quae res pign. oblig. HOFACKER l. c. §. 1218.

a) L. 3. D. quae res pign. L. 24. §. 3. D. de reb. auct. iud. poss. de SCHAEFER in D. de successione in hypothecam ex pacto cum debitore inito. BORN D. de iure illius, cuius pecunia creditor alterius fuisset dimissus, cap. 1. §. 5. BECMANN in cit. Diss. §. 14.

b) L. 3. C. de his, qui in prior. loc. de SCHAEFER in cit. Diss. §. 7.

men will, und der Nachfolger sie deswegen versiegelt gehörig deponirt, dieser nunmehr alles, dem erstern zugestandene Recht, so weit desselben Forderung geht, auch wider seinen Willen acquirirt [c]), wenn er nur in diesem Falle an eben der Sache, die seinem Vorgänger verpfändet war, ebenfalls ein Pfandrecht hat; und in diesem Falle schützt den ältern Gläubiger selbst das ihm wegen einer andern Forderung zustehende Zurückbehaltungsrecht nicht, weil dieses allein dem Schuldner, wenn er sein Pfand zurück fordert, entgegen steht. Dieses Recht findet selbst wider den Fiskus [d]), und das Heyrathsgut [e]), mithin wider alle, auch privilegirte Pfandgläubiger statt [f]); wenn aber auch der Fiskus sich dieses Nachfolgerechtes bedient, so hat er keine größeren Rechte, als die seines Vorgängers waren [g]). Ob des vorgehenden Gläubigers Unterpfand ausdrücklich oder stillschweigend, gerichtlich oder außergerichtlich, privilegirt oder nicht privilegirt sey, macht in Rücksicht auf die Rechte des Nachfolgers keinen Unterschied [h]).

Bey dem angeführten Eintretungsrechte, ius offerendi, ist nach der angenommenen Meynung der Rechtsgelehrten ein Unterschied zu machen zwischen nachfolgenden Pfandgläubigern und solchen, die eine bloße Personalforderung haben. Jene treten ohne einen besondern Vertrag, und ohne eine förmliche Cession blos dadurch in die Stelle des Gläubigers, den sie mit ihrem Gelde befriedigt haben,

c) L. 11. §. 4. L. 12. §. 6. L. 20. D. L. 1. §. 8. C. qui pot. in pign. L. 6. D. de distract. pignor. L. fin. §. 6. C. de iure delib. Cocceii D. de iure offerendi. Berghof l. c. §. 28 sqq.

d) L. 2. C. de his qui in prior.

e) L. 10. C. qui pot. in pign.

f) Becmann in cit. Diss. §. 17 sqq.

g) L. 3. §. 7. D. de iure fisci.

h) Becmann l. c. §. 29.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0276
DFG

haben, daß ihr Geld zu dessen Abfindung verwendet worden ist i). Sobald die gerichtliche Niederlegung des Geldes geschehen, so soll, wie die Rechtslehrer behaupten, nach dem angeführten Gesetze, der sonst nachgehende Gläubiger, der das Geld niedergelegt hat, in des ersten Stelle getreten seyn. Dieser Satz liegt aber wohl nicht darin; denn es wird ausdrücklich von einem Fall geredet, wo der Eintretende schon an sich die zweyte Stelle hat. Wenn der vorgehende abgefunden wird, so wird der zweyte natürlicher Weise der erste, weil kein vorhergehender mehr vorhanden ist, ohne daß man anzunehmen braucht, des ersten Rechte seyen an den zweyten übergegangen. Da es auch Rechtens ist, daß ein jeder rechtmäßiger Besitzer des Pfandes, der von einem Pfandgläubiger in Anspruch genommen wird, wenn er ihn befriedigt hat, und sich dadurch bey dem Besitz des Pfandes erhält, sich zugleich von dem Kläger iura cessa geben lassen müsse, um sich gegen andere, noch etwa weitern Anspruch machende, Gläubiger zu schützen, so scheint die Ueberflüßigkeit der Cession in jetzigem Falle sehr zweifelhaft. Ein Personalgläubiger kann, wie Jedermann einräumt, kein Eintretungsrecht gegen einen vorgehenden Gläubiger ohne Zuthun des Schuldners ausüben, und einem Pfandgläubiger seine Zahlung wider Willen nicht aufdringen, weil er gegen einen dritten Mann und dritten Besitzer gar kein Recht zu klagen hat. Sobald der Schuldner mit hinzutritt, so muß sich jeder Pfandgläubiger gefallen lassen, von einem jeden Andern das Geld anzunehmen, da es alsdenn so gut ist, als wenn der Schuldner selbst die Zahlung anböte. Auch iura cessa einem jeden Andern zu geben, wird sich alsdenn der Pfandgläubiger nicht weigern können, weil solches ihm nicht schadet, dem neuen Gläubiger aber nützt; ja diese Cession ist gar nicht einmal nöthig.

Ob in dem Fall, da der nachgehende Pfandgläubiger nicht durch einen Vertrag und Cession einen Vorzug vor dem

i) L. 1. C. qui pot. in pign.

dem vorgehenden, sondern ein obsiegliches Erkenntniß gegen diesen erhalten, jener dadurch eben so in des vorgehenden Stelle trete, als wenn eine Cession geschehen wäre, darüber waren die alten Rechtsgelehrten nicht einerley Meynung k). Das angeführte Gesetz setzt im Eingange voraus, daß der dritte Gläubiger das Pfand in Händen gehabt, und die Eutychiana gegen ihn die Pfandklage erhoben, den Proceß aber, weil sie ihr Pfandrecht oder Vorrecht nicht ausgeführt, verlohren habe, und ihr Anspruch an den dritten Gläubiger ihr rechtskräftig aberkannt worden. Turbo nahm eben diesen dritten Gläubiger und Besitzer des Pfandes in Anspruch, verlohr auch und appellirte. Es war die Frage: ob er schon um deswillen mit seiner Appellation abzuweisen sey, weil der Appellat den Proceß gegen die Eutychiana, die dem Appellanten vorgieng, gewonnen hatte? — Wenn die Frage dergestalt bestimmt wird, so mußte sie allerdings verneint werden. Es war dieß ein neuer Einwand, den der Appellat in der zweyten Instanz machte. Der Appellant war dagegen zu hören. Vielleicht leugnete er gar, daß Eutychiana ein Vorrecht vor ihm, dem Appellanten, gehabt, und daß also der an ihre Stelle eintreten wollende Appellat sich aus diesem Grunde den geringsten Vorzug anmaßen könne. Vielleicht leugnete er die Wirklichkeit eines rechtskräftigen Erkenntnisses zwischen dem Appellaten und der Eutychiana, oder daß dieses Urthel die gegenwärtig im Streit befangene Sache betreffe. Gesetzt aber, der Appellant hatte gegen die Wirklichkeit des Erkenntnisses, und daß es die zwischen ihm und seinem Gegner streitige Sache betreffe, auch dagegen, daß die Eutychiana vor ihm, dem Appellanten, den Vorzug habe, nichts einzuwenden; nur bestand er darauf, daß dieses Urthel als res inter alios iudicata, ihm nichts angehe. Er überwog überdieses durch seine anderweitigen Sätze dasjenige, was in

k) L. 16. D. qui pot. in pign.

in der ersten Instanz gegen ihn vom Gegentheil ausgeführt worden war. Nun entstand die Frage: ist die neue Schutzrede des Appellaten in der zweyten Instanz nicht wenigstens so kräftig, ihm ein Bestätigungsurthel zu verschaffen? Paullus antwortet: Nein. — Der Grund hiervon war in der Natur des römischen Processes zu suchen. Das widrige Erkenntniß, welches die Eutychiana erhalten hatte, erklärte nicht, daß der Beklagte ein besseres Pfandrecht an der Sache ausgeführt, als die Klägerin, sondern blos, daß Beklagter nicht schuldig sey, der Klägerin die Sache herauszugeben; mithin war damit die Frage: ob der dritte Gläubiger ein Pfandrecht, oder ein besseres Pfandrecht, als die Eutychiana habe, nicht entschieden; er konnte daher das erhaltene Urthel gegen den Appellanten gar nicht brauchen. Ein Recht des Appellaten war nicht daraus ersichtlich, und als Urthel gieng die Sache nur den an, gegen den gesprochen worden war; der Appellat mußte also dem Appellanten nunmehr das Pfand herausgeben. Wir wollen annehmen, daß die Eutychiana dieses Pfand nunmehr wieder von dem Appellanten abforderte. War sie dazu befugt? Ohne Zweifel. Sie erwies ihr Vorrecht vor dem Turbo, und der vorige unglückliche Proceß gehörte nicht hierher. Wie wurde es nun mit dem dritten Gläubiger? — Konnte er wegen des erhaltenen obsieglichen Urthels das Pfand wieder von der Eutychiana abfordern? Die Glossatoren haben es behauptet, und hier einen ordentlichen Zirkel angenommen, oder eine Art des Irrgartens, der kein Ende hatte. Der dritte Gläubiger forderte jetzt die Sache wieder bey der Eutychiana ab, bald darauf aber Turbo wieder bey dem dritten Gläubiger, dann Eutychiana wieder bey dem Turbo. So drehet sich ein Rad immer um seine Achse herum; allein eine solche lächerliche Entscheidung ist von den klugen Römern nicht zu erwarten. Die Glosse hat den römischen Proceß nicht zu Rathe gezogen. Eutychiana hatte die Sache, nachdem Turbo in der Appellationsinstanz gewonnen, und den Besitz erhalten, bey diesem

wieder abgefordert, und sie auch wirklich ausgeliefert erhalten. Jetzt meldete sich der dritte Gläubiger, und wollte die Sache nach dem erhaltenen rechtskräftigen Urthel von der Eutychiana ausgeliefert haben. Ein Anspruch auf die Sache stand ihm frey; nur durfte er sich dieserhalb nicht auf das vorige Urthel gründen. Dieses Urthel hatte nichts weiter entschieden, als daß damals, da der jetzige Kläger im Besitz war, dieser nicht schuldig seyn sollte, der Klägerin die Sache herauszugeben. Jetzt war dieses nicht weiter der vorige Fall. Die Eutychiana war die Beklagte und die Besitzerin. Sie sollte dem dritten Gläubiger die Sache herausgeben. Dieses war ihr noch durch kein Erkenntniß aufgelegt worden; mithin mußte der dritte Gläubiger einen ganz neuen Proceß anfangen, und sein Vorrecht vor der Eutychiana, als Kläger durch hinlänglichen Beweis unterstützen, wobey auch der Beklagten ihr Gegenbeweis vorbehalten blieb. Gewann er nicht, so hatte der Zirkel ein Ende; gewann er hingegen, so war ihm das Vorrecht zugesprochen, und die Eutychiana mußte ihm die Sache mit allem Zubehör herausgeben, dergestalt, daß sie nichts zurück behielt, was dem Kläger seine rechtskräftig erstrittene Befugniß unnütz machen konnte. Deshalb trat nunmehr der gewinnende Theil billig auch in die Priorität der Eutychiana ein. Dieß haben vermuthlich diejenigen Rechtsgelehrten sagen wollen, von denen Paullus sagt: fuerunt qui dicerent etc. Wenn sie von dem Falle redeten, wo Eutychiana Beklagte war, so hatten sie Recht; in dem Falle aber, da diese als Klägerin den Proceß verlohren hatte, war die Meynung falsch. Paullus, der den letzten Fall annimmt, gieng daher mit Recht von dieser Meynung ab. Die Regel, welche Paullus anführt, hindert dasjenige, was in dem Fall gesagt worden, wo die Eutychiana Beklagte gewesen wäre, gar nicht; sondern nach jener Regel muß auf die angeführte Art entschieden werden. Entweder müßte Eutychiana noch den Vorzug haben, und dann wäre es vergebens, daß solcher dem dritten Gläubiger vor

ihr

ihr zuerkannt worden; oder es müßte gar Niemand gegen den Turbo den Vorzug haben. Alsdenn gewänne Turbo durch einen Rechtsspruch, der ihn gar nichts angeht; oder der dritte Gläubiger würde der erste, Turbo der dritte Gläubiger, und Eurychiana die zweyte Gläubigerin. Alsdenn büßte Turbo durch ein Erkenntniß ein, welches gar nicht wider ihn gesprochen worden. Also bleibt nichts übrig, als daß Eurychiana nun ganz vor dem Turbo und dem dritten Gläubiger zurückstehe, und letzterer völlig an ihre Stelle trete. Sie kann und muß ihm allenfalls iura cessa geben, und wenn das auch nicht geschieht, so sind dem gegen sie obsiegenden Gläubiger nützlicher Weise eben die Rechte beyzulegen, die ein Cessionarius hat. Eurychiana wird nun die letzte unter den Pfandgläubigern. Sie hat sich ihres Pfandrechts eigentlich noch nicht begeben; nur ist es der Natur der Sache gemäß, daß sie dem dritten Gläubiger und dem Turbo nicht weiter vorgehen kann; also bekommt sie die letzte Stelle.

Zur Erläuterung dieser Streitfrage dient auch die L. 30. §. 1. D. de except. rei iudic. In diesem Gesetz wird der Fall vorgetragen, daß derjenige, dem die vorgehende Hypothek zustand, sich aus Unwissenheit der Umstände gar auf diesen Vorzug nicht berufen hatte, da er von dem ihm nachstehenden Gläubiger mit der hypothekarischen Klage war in Anspruch genommen worden, sondern er hatte als Eigenthümer nur die Befreyung seines Grundstücks von des Klägers angeblicher Hypothek behauptet; er hatte aber den Proceß verlohren. Nach der Zeit fand er die Nachrichten wegen der ihm zustehenden vorgehenden Hypothek; daher entstand die Frage: ob er dem obsiegenden Gegner nun das Pfand wieder abfordern könne? Die Antwort war: Ja; weil bisher nur über die Richtigkeit des Pfandrechts des ehemaligen Klägers gestritten worden war. Diese bleibt nun auch unangefochten; nur behauptet der jetzige Kläger, daß er eine bessere Hypothek habe, und dieß war ein neuer, noch unausgemachter Umstand.

Fast eben so, doch nicht völlig, verhält es sich mit der Einwilligung des Pfandgläubigers in eine weitere Verpfändung. Der neue Pfandgläubiger tritt dadurch nicht in des Einwilligenden Stelle; er bekommt aber doch vor diesem den Vorgang, und eben um deswillen wird er, wenn er bisher der erste Gläubiger gewesen, nunmehr bis in die letzte Stelle herunter gesetzt, und die Stelle, welche vorher der einwilligende Gläubiger einnahm, wird nun ganz leer, so daß der, welcher ihm unmittelbar bisher nachgestanden, der erste wird, der wenigstens in des Heruntergesetzten Stelle tritt [l]).

Ich komme auf das Eintretungsrecht bloßer Personalgläubiger. Diese erlangen, so wie auch diejenigen, welche vorher noch gar nicht unter die Gläubiger gehörten, die hypothekarische Stelle vorgehender und schon vorhandener Gläubiger nicht anders, als wenn sie sich entweder die Hypothek desjenigen Gläubigers, dem sie seine Forderung bezahlten, förmlich abtreten lassen; oder wenn sie dem Schuldner das Geld ausdrücklich in der Absicht vorschießen, daß dieser einen hypothekarischen Gläubiger damit befriedigen, und ihnen dagegen seine Hypothek zu Theil werden soll; der Schuldner hat auch diese intendirte Befriedigung wirklich bewerkstelligt [m]). Außer diesem Fall erlangt ein Personalgläubiger oder ein solcher, der bisher noch gar nichts an den Schuldner zu fordern gehabt, des befriedigten Schuldners seine Hypothek nicht; wohl aber dessen Personalrecht [n]).

Von diesen Fällen, wo ein Gläubiger zu eines andern Gläubigers Befriedigung sein Geld hergiebt, muß der-

l) L. 12. §. 4. D qui pot. in pign. L. 12. pr. D. quib. mod. pign.

m) L. 12. §. 8 et 9. D. qui pot. in pign. L. 3. D. quae res pign. L. 1. pr. D. quib. mod. pign. L. 1. C. de his qui in prior. L. 2. C. eod. L. 3 et 7. C. de priuil. fisci.

n) L. 4. C. de his qui in prior. L. 2. D. de cess. bonor. L. 24. §. 3. D. de reb. auct. iud. poss.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0282
DFG

derjenige unterschieden werden, wo Jemand ein mit Hypotheken behaftetes Grundstück kauft, und mit des Käufers Gelde eine Hypothek bezahlt wird. Dieser Käufer tritt allemal schon an sich, und ohne weitere Uebertragung der Hypothek an des abgefundenen Pfandgläubigers Stelle o). In der L. 3. §. 1. D. de distract. pign. wird am Ende bemerkt, daß im Fall eines Verkaufs es eben so sey, als wenn unter Vermittelung des Schuldners der erste Pfandgläubiger mit dem Gelde eines neuen Pfandgläubigers abgefunden worden, und dieser sich dabey die Eintretung in die Stelle des Abgefundenen vorbehalten habe. Zinsen von dem Hauptstamme, die der Abgefundene bezahlt erhalten, müssen dem Käufer billig vergütet werden; aber von den Zinsen, die jener erhalten hat, darf er wohl keine Zinsen fordern, weil er als ein bloßer eintretender Gläubiger anzusehen ist, und wenigstens die Rechte der nachgehenden Pfandgläubiger durch diese Eintretung des Käufers nicht gekürzt werden dürfen, aber dadurch gar sehr gekürzt werden würden, wenn dem Käufer Zinsen passiren sollten, die der Abgefundene nicht würde haben fordern können. Von dem Verkäufer möchte der Käufer eher Zinsen wegen dieser Zinsen fordern können, weil er dessen Geschäftsführer gewesen; es versteht sich auch, daß der Käufer die Nuzzung, welche er von der gekauften Sache gezogen, sich an den Zinsen, die er fordert, kürzen lassen müsse. Die Ursache, warum ein Käufer ohne besondern Vorbehalt dennoch an sich schon in des vorgehenden Gläubigers Recht, zu dessen Bezahlung das Kaufgeld verwendet worden, eintritt, ein bloßer Gläubiger aber nicht, ist, weil der Käufer ein stärkeres Recht als alle Gläubiger, nämlich ein Eigenthum erlangen wollen, und sich eben dadurch wenigstens das beste Pfandrecht, das doch allemal schwächer ist, als ein Eigenthumsrecht, auf alle Fälle vorbehalten hat. Dieß fällt bey einem bloßen Geld vorschießenden Gläubiger weg.



o) L. 3. C. de his qui in prior. L. 3. §. 1. D. de distract. pign.

Ein nachstehender Pfandgläubiger kann gegen vorgehenden, auch wider seinen Willen, das Eintretungsrecht ausüben, ihm seine Zahlung anbieten, solche sogar bey dessen Widersetzlichkeit gerichtlich deponiren, und ihn zu Abtretung seiner Hypothek zwingen; ja es wird die Abtretung im Fall der Widersetzlichkeit als geschehen angenommen; ein Personalgläubiger hingegen hat zu dieser Art des Zwanges keine Befugniß, wenn er nicht den Schuldner mit ins Spiel zieht; billig aber sollten alle Gläubiger hierbey ein gleiches Recht haben, weil der abzufindende Gläubiger keinen Grund hat, nach dem er die angebotene Zahlung verweigern könnte p). Das erste Gesetz von dem angeführten muß von einem solchen Falle verstanden werden, wo entweder der nachstehende Pfandgläubiger im Besitz des Pfandes war, und der vorgehende ihm solches durch die Pfandklage abfordern wollte, oder wo der Schuldner selbst mit dem nachgehenden Gläubiger gemeinschaftliche Sache gemacht hatte, und das Pfand, welches der Schuldner noch selbst besaß, von der Forderung des vorgehenden Gläubigers hatte frey machen wollen, weil sich der nachgehende Gläubiger erboten hatte, das Geld dazu herzugeben. Da der eigensinnige und wunderliche Gläubiger das Geld nicht hatte annehmen wollen, so stellte er in der Folge gegen den Schuldner, als Besitzer, die Pfandklage an. Der Beklagte konnte im ersten Fall so gut, als im andern, die Einrede vorschützen: nisi per actorem factum sit, ne ei pecunia soluatur. In einem andern Fall, wo weder der Schuldner, der sich mit interessirt hatte, noch der nachgehende Gläubiger, der den vorgehenden bezahlen wollen, im Besitz des Pfandes war, und verklagt wurde, wäre diese Einrede de iure tertii gewesen.

Die Frau, die sich nach der L. 10. C. cit. als Pfandgläubigerin, im Besitz der ihr zugleich zur Sicherheit ihres Heyrathsgutes verschriebenen Sachen befand, konnte zwar

p) L. 11. §. 4. D. qui pot. in pign. L. 10. C. eod.

zwar von den nachgehenden Pfandgläubigern in sofern in Anspruch genommen werden, daß sie das Eintretungsrecht wider sie ausüben durften; die Personalgläubiger ihres Mannes aber hatten gar keine Anforderung an sie, weder zur Bezahlung noch zu Gestattung des Eintretungsrechts, weil ein Personalrecht gegen einen dritten Besitzer von keiner Wirkung ist. Wäre der Mann noch am Leben gewesen, wo er eine Mittelsperson dabey hätte abgeben können, so wäre es eher angegangen.

Ein Pfandgläubiger kann das **Eintretungsrecht** nicht nur allemal gegen einen Andern, der ihm vorgeht, ausüben [q]), sondern wenn er es gegen diesen ausgeübt hat, so kann auch ein folgender Gläubiger es gegen ihn, der vorher einen Andern vermöge des Eintretungsrechts befriedigte, wieder auf gleiche Art brauchen. Dieß lehrt die Natur der Sache. Der Gläubiger, welcher das Eintretungsrecht ausgeübt, ist nun der vorgehende Gläubiger geworden; gegen einen vorgehenden Gläubiger hat allemal das Eintretungsrecht statt; folglich ist kein Grund vorhanden, warum er, der nun den Vorgang hat, davon ausgenommen seyn sollte. Dieses Eintretungsrecht kann ferner von einem nachgehenden Pfandgläubiger gebraucht werden, wenn sich ein **vorgehender** Pfandgläubiger von dem gemeinschaftlichen Schuldner das Pfand hat auf Abschlag seiner Forderung verkaufen lassen, und es also statt Zahlung angenommen hat. Desgleichen kann es von jedem Pfandgläubiger gegen denjenigen **Gläubiger** ausgeübt werden, der ohne Einwilligung des ersten Pfandgläubigers das Pfand von dem Schuldner dergestalt gekauft hat, damit er durch diesen Kauf an die Stelle des ersten Gläubigers eintreten möge, und dieser ist auch wirklich von dem Kaufgelde befriedigt worden. Auch kann es jeder Pfandgläubiger gegen einen nachgehenden Gläubiger brauchen, der das Pfand von dem ersten Pfandgläubiger,



q) L. 5. C. qui pot. in pign.

der es seiner Befriedigung wegen verkaufte, erhandelt hat; so wie es ferner jeder Pfandgläubiger gegen den Bürgen des ersten Hauptschuldners billig ausübt, der den ersten Pfandgläubiger bezahlt, und sich dagegen die ihm verpfändeten Pfänder hat abliefern lassen r).

Wenn der zweyte Pfandgläubiger einen dritten hinter sich hat, so darf er sich in dieser Gesellschaft anderer Mitinteressenten kein weiteres Recht am Pfande anmaßen, als daß er seine Befriedigung vom Pfande bekommt. Er ist nur ein Mitgläubiger, und unter diesen ist einer so gut als der andere; nur daß einer seine Befriedigung eher bekommt, als der andere. Wenn er also diesen Vorzug erlangt hat, und diesem nicht zu nahe geschieht, so kann er übrigens von dem folgenden Gläubiger nichts voraus verlangen; er würde sich aber mit dem Schaden seiner nachgehenden Gläubiger bereichern, wenn er dasjenige Pfandstück, worauf sie ebenfalls ein Recht haben, und das vielleicht etwas mehr werth war, als die Summe betrug, die der erste und zweyte Gläubiger zu fordern hatten, und welcher Ueberschuß am Kaufgelde wieder herausgegeben werden sollen, um den geringen Preis behalten wollte, so daß die nachherigen Gläubiger ihre ganze Forderung einbüßen. Es ist zu vermuthen, daß er die Sache blos deswegen gekauft hat, um zu seiner Forderung zu kommen; daher muß er wieder abstehen, wenn ihn der nachfolgende Gläubiger völlig schadlos hält.

Gleiche Bewandniß hat es mit dem Bürgen, der von dem ersten Gläubiger nach geschehener Befriedigung die Pfänder ausgeliefert erhalten hat, und wenn es auch in Form eines Kaufs geschehen seyn sollte. Da er die Pfänder kaufte, so geschahe es, damit er, wenn er als Bürge bezahlen mußte, das Kaufgeld, welches er dem Schuldner

r) L. 2. L. 3. §. 1. L. 5. §. 4. L. 6. D. de distract. pign. L. 59. D. de fideiuss. L. 59. §. 1. D. mand. L. 1. C. de dolo malo. L. 1. C. si aut. cred.

ner dafür schuldig geworden, gleich auf die Summe abrechnen könnte, die er wegen geleisteter bürgschaftlichen Zahlung von dem Schuldner zu fordern berechtigt seyn würde. Er muß froh seyn, daß er keinen Schaden hat; aber bereichern soll er sich nicht. Daher können sowohl die folgenden Gläubiger als der Schuldner selbst gegen Erlegung des Geldes, das der Bürge bezahlt hat, das Pfand von ihm wieder heraus fordern. Eben so ist es, wenn sich der Bürge nicht die dem Schuldner eigenthümlich zugehörenden Pfänder, sondern die, welche seine Mitbürgen dem Gläubiger zu seiner Sicherheit gegeben haben, gegen Befriedigung des Gläubigers ausliefern läßt, oder dieselben gekauft, und mit dem Kaufgelde den Gläubiger abgefunden hat. In diesem Falle können die übrigen Mitbürgen ihre Sachen allemal wieder einlösen, wenn sie dem Käufer oder Besitzer sein Geld wiedergeben, und auch die Zinsen, wenn sie nicht etwa schon durch die erhobenen Früchte vergütet worden sind.

Sollte nicht der vorgehende Gläubiger selbst, sondern ein Anderer das Pfand, welches wegen des ersten Pfandgläubigers Forderung verkauft werden müssen, auf eine rechtmäßige Weise gekauft haben, so geht das Eintretungsrecht eines jeden Andern damit verlohren s).

Befriedigt Jemand auf Verlangen des Schuldners, und um ihm eine Gefälligkeit zu erweisen, dessen Gläubiger, so kann er nicht nur den bezahlten Hauptstamm und die Zinsen, sondern auch von der ganzen bezahlten Summe, die Zinsen mit eingerechnet, wieder Zinsen, und also Zinsen von Zinsen fordern; wenn aber ein Gläubiger nicht aus Gefälligkeit gegen den Schuldner, und auf dessen Bitten, sondern um seines eigenen Vortheils willen, und um seine eigene bisherige Forderung dadurch mehr zu sichern, dem vorgehenden Gläubiger die Schuld bezahlt hat, so kann er blos den Hauptstamm und die davon theils bey Zeiten des

s) L. 3. pr. D. de distract. pign. L. 2. C. si antiqu. credit.

des cedirenden Gläubigers, theils nach der Cession gefällig gewordenen Interessen, keinesweges aber von den dem Cedenten bezahlten Zinsen wieder Zinsen fordern [t]).

Der Hauptvortheil des Eintretungsrechts besteht darin, daß es von des in des vorgehenden Gläubigers getretenen Gläubigers Willkühr nunmehr abhängt, ob das Pfand verkauft werden soll, oder nicht [u]).

Die Stelle, welche der Hauptstamm unter den hypothekarischen Forderungen hat, bekommen auch die davon gefälligen Zinsen; und es ist kein Zweifel, daß alle die andern Nebenforderungen, worauf das Pfandrecht mit geht, hierin gleiche Rechte mit den Zinsen haben [x]). Die Ursache der darüber vorhandenen gesetzlichen Verordnung liegt darin, daß die Zinsen eine Nebenschuld sind, welche die Hauptschuld zum Voraus setzen. Da auch das Pfandrecht, sobald es wegen der Hauptforderung ertheilt worden ist, schon an sich sogleich mit auf die Zinsen geht, so muß der Anfang der deshalb habenden Pfandgerechtigkeit in den Anfang der Hauptschuld gesetzt werden. Das Pfandrecht ist der Zinsen wegen bedingt ertheilt worden, und die Bedingung ist: wenn in der Folge die Zinsen gefällig werden sollten. Eine zur Wirklichkeit gekommene Bedingung wird zurückgerechnet. Da alle diese Gründe auch auf die übrigen Nebenforderungen passen, so ist das angeführte Gesetz von Rechtswegen auch auf diese ausgedehnt worden.

Unter den Rechten, welche ein Pfandgläubiger ausüben kann, ist auch dieses besonders merkwürdig, daß er bey entstandenem Concurs über seines Gläubigers Vermögen sich in denselben nicht einzulassen braucht [y]), sondern befugt

t) L. 12. §. 6. D. qui pot. in pign. L. 22. C. de pignorib.
u) L. 5. pr. D. de distract. pignor.
x) L. 18. D. qui pot. in pign.
y) Walch introd. in contr. Sect. IV. cap. 3. Mbr. 2. §. 3.

befugt ist, seine Befriedigung einzig und allein an dem Unterpfande zu suchen [z]); wiewohl verschiedene Rechtslehrer behaupten, der Pfandgläubiger verliere nach entstandenem Concursproceß sein Zurückbehaltungsrecht, und sie rathen daher an, der Gläubiger solle die Sache zur Sicherheit seiner Forderung unter der Bedingung des dem Schuldner zustehenden Wiederkaufs an sich kaufen [a]). Diese Cautel muß deswegen für unerlaubt gehalten werden, weil ein solcher Kauf als eine Bemäntelung des bey Verpfändungen ungültigen pacti commissorii angesehen werden könnte [b]); dieser Kauf überhaupt auch noch manche Unbequemlichkeiten haben würde [c]); es kann auch, der vom Thomasius angeführten Gründe ungehindert, dem Gläubiger das sogenannte ius insistendi pignori selbst nach ausgebrochenem Concurs nicht abgesprochen werden. Uebrigens können die Pfandgläubiger, durch die vorgenommene Absonderung des Pfandes von der Concursmasse, den ältern oder sonst vorzüglichern Pfandgläubigern nicht schaden, sondern diese können nichts desto weniger mit der Pfandschaftsklage das Pfand zurückfordern, weil die Sache nicht anders, als unbeschadet des zuvor darauf gehafteten Pfandrechts, verpfändet werden konnte [d]), und immer ein Eigenthum

z) Mevius Part. VII. Dec. 250. Harpprecht Resp. 92. nr. 12. Schoepff D. de iure praeclusionis creditorum a iudicio concursus, §. 14. Stryck ad Brvnnemann. in Proc. conc. credit. cap. 2. §. 6. verb. anteriora etc. Responsa Facult. Erfordens. in Cons. 68. nr. 10 et 11.

a) Salgado de Samoza in Labyrintho creditorum, Part. I. cap. 11. nr. 2 et 3. Negvsantivs de pignoribus et hypoth. Part. VI. Mbr. 1. nr. 23. Traug. Thomasivs in Progr. de iure retinendi in concursu creditorum.

b) L. 3. C. de pact. pignor. Mencken D. de lege commissoria iure reprobata.

c) Gmelins Abhandl. von Aufsätzen über Verträge, §. 62.

d) Mevius Part. I. Dec. 141. Part. IV. Dec. 83. Meier D. de eo, quod moto concursu circa pignus, in cuius pos-

genthum des Schuldners, folglich dem Einfluß und der Wirkung der privilegirten und öffentlichen Hypotheken unterworfen bleibt. Verlangt der Gläubiger die Absonderung seines Unterpfandes, so hat dieses die Folge, daß er nun mit diesem Unterpfande zufrieden seyn muß [e]), und auf das übrige Vermögen des Schuldners, wenn es ihm gleich allgemein verpfändet worden, keine Ansprüche mehr machen darf [f]). Diesen Grundsätzen gemäß ist es nur alsdenn nützlich, die Absonderung seines besondern Unterpfandes zu verlangen, wenn keine vorgehenden Gläubiger da sind, und dieses besondere Pfand zur Befriedigung hinreichend ist [g]).

Zum Beschluß dieses Titels soll noch des Falls gedacht werden, wenn drey Gläubiger ein allgemeines, oder an einer Sache ein besonderes Unterpfand haben, durch das Urthel der ersten Instanz aber A. als der erste, B. als der zweyte, und C. als der dritte Gläubiger in Rücksicht auf die Ordnung der Befriedigung locirt worden ist, worauf sich C. über die Vorsetzung des A. beschwert, und nun in der zweyten Instanz ein beyfälliges Urthel bekommt, worin ihm A. nachgesetzt wird; in welchem Falle nunmehr die Frage entsteht: ob B. beyden vor-, oder beyden nachgesetzt werden müsse? Der Glossator Accursius [h]) hielt diese Frage für unauflöslich; denn für jede Entscheidung kann man anführen, B. geht dem C. vor, also muß er nothwendig auch dem ihm nachgesetzten A. vorgehen, oder B. geht dem A. nach, also muß er nothwendig auch dem, diesem vorgesetzten C. nachgehen, und

possessione est creditor, iustum est, th. 6. Leyser Spec. 275. Med. 7. Schoepff in Conss. Fac. Tub. Vol. III. Cons. 63. nr. 28 sqq.

e) Rivinus D. de iure pignoris moto concursu, §. 17.

f) Mevius Part. II. Dec. 287. Schoepff cit. Diss. §. 14.

g) Mevius Part. VII. Dec. 250. Schoepff cit. Cons. 63. nr. 30 sqq.

h) Accursius in Gloss. ad L. 16. D. qui pot. in pign.

und beyde haben den bekannten Satz der Glossatoren für sich, vinco vincentem te, ergo et te, die aber in Concursen gar nicht anwendbar ist [i]). Die richtige Meynung scheint, bey der Voraussetzung, daß die rechtskräftige Entscheidung des Richters dem B. weder schaden noch nüzzen kann, diese zu seyn, daß C., weil er nur gegen den A. allein, und nicht auch gegen den B. die Appellation gebraucht hat, nur in soweit dem B. vorgehen kann, als diesem kein Nachtheil dadurch verursacht wird, weil B. durch das in Rücksicht seiner in die Rechtskraft übergegangene Urtheil ein vollkommenes Recht erworben hat, so viel zu erhalten, als nach Abzug der Forderung des A. übrig bleibt, und C. nur so weit, als des A. Forderung beträgt, in dessen Stelle vorrücken kann; hingegen auch A. ein gegründetes Recht hat, der Summe, welche B. zu fordern hat, vorzugehen. Wenn man daher annimmt, die Forderung des A. beträgt 500, des B. 1000, des C. 1500 Rthlr.; so würde C. mit 500 Rthlr. vor dem B., sodann B. mit seinen 1000 Rthlrn., ferner A. mit 500, und endlich C. mit den übrigen 1000 Rthlrn. nach dem A. befriedigt [k]). Auf gleiche Weise entscheidet Tilesius [l]) diesen Fall, nur daß er den A. beyden andern ganz nachsetzt; allein es scheint, daß A. durch das in Rücksicht des B. rechtskräftig gewordene Urthel, wogegen er aus Mangel einer Beschwerde nicht appelliren konnte, wohl aber C. hätte appelliren können, ein vollkommenes Recht erworben hat, daß seine Forderung in der Summe, welche B. zu fordern hat, dem C. vorgeht, und daß C. in Rücksicht der Summe, welche B. bekommt, an des B. Stelle treten muß, weil das in Beziehung auf den B. rechtskräftige Urthel

i) Illustr. Bayer D. Regulae si vinco vincentem te, vinco te ipsum, perperam in concursu credit. locum dari.

k) Begmann D. de successione creditoris in alterius et sui ipsius locum, §. 21.

l) Tilesius in Coroll. I. ad Diss. de spontanea delicti confessione.

Urthel so wenig zum Vortheil des C. als zum Nachtheil des A. oder B. verändert werden kann, folglich entsteht anstatt der Ordnung in der ersten Instanz, wo A. 500, B. 1000, und C. 1500 Rthlr. erhalten sollte, in der zweyten Instanz die Ordnung, daß C. 500, B. 1000, A. 500, und C. 1000 Rthlr. bekommt, mithin erhält B., welchem die Appellation nichts angeht, seine 1000 Rthlr. ganz in der Ordnung, die ihm nach dem Urthel in der ersten Instanz zusteht; 500 gehen ihm vor, und 1500 nach. A. erhält seine Forderung vor der Summe von 1000, welche B. zu fordern, und wozu er aus dem rechtskräftigen Urthel ein Recht hatte, und es gehen ihm nur 1500 vor; denn nur so viel hat er in der Appellationsinstanz verlohren. C. muß mit 1000 zuletzt stehen, weil ihm nach dem rechtskräftigen Urthel die 1000 des B. vorgehen, nach eben demselben A. berechtigt ist, vor dieser Summe bezahlt zu werden, und es also C. sich selbst beyzumessen hat, daß er nicht auch wider den B. appellirt, oder auf dessen Adcitation angetragen hat. Will man annehmen, die Forderung des C. betrage 500, so wird die Ordnung: A. 500, B. 1000, C. 600 in folgende verändert werden: C. 500, B. 1000, A. 500, C. 100; allein in diesem Fall muß C. dem A., welcher einen rechtskräftigen Anspruch hat, daß ihm die Summe, welche B. zu fordern hat, nachgeht, und also nur 600 vorgehen können, und da ihm jetzt 900 zu viel vorgehen, in so weit wieder entschädigen, als der A. wegen dieser vorgehenden 900 nicht von der Masse befriedigt wird. Reichte z. B. die Masse nur zu 600, so würde C. 500, und B. 100 nehmen; reichte sie zu 800, so würde zwar C. 500, und B. 300 nehmen; weil aber A. in diesem Fall ein gegründetes Recht hat, von den 200, welche die 600 übersteigen, seine Befriedigung zu suchen, so muß ihn C. wegen dieser 200 schadlos halten, und die Vertheilung geschieht nunmehr so, daß A. 200, C. 300, und B. 300 bekommt. Reichte die Masse gerade zu 1100, so würde zwar C. 500 davon, und B. 600 erhalten; weil aber A. auf die 500, welche die 600 übersteigen, ein gegrün-

gegründetes Recht hat, so müßte sie C. dem A. ersetzen, und hier würde die Appellation zufällig ohne Wirkung seyn. Betrüge die Masse z. B. 1600, so würde C. 500, B. 1000, und A. 100 erhalten, C. aber wieder verbunden seyn, dem A. seine fehlenden 400 zu ersetzen, weil dieser auf die Summe, welche die 600 übersteigt, immer gegründete Ansprüche hat. Nehmen wir den Fall an, daß A. 1500, B. 1000, C. 400 zu fordern hat, und C. in der Appellationsinstanz den Vorzug vor dem A. bekommt, so würde die Ordnung der ersten Instanz: A. 1500, B. 1000, C. 400. folgendergestalt verändert werden: C. 400, A. 1100, B 1000, A. 400, und in diesem Fall wird C. den A, wenn er mit den letzten 400 aus der Masse nicht befriedigt wird, wieder entschädigen müssen, weil A. ein gegründetes Recht hat, der Summe von 1000, welche B. bekommen soll, vorzugehen, folglich bleibt auch in diesem Falle die Appellation und die in dem zweyten Urthel geschehene Abänderung ohne rechtliche Wirkung. Es ergiebt sich also hieraus deutlich, daß in einigen von den angeführten Fällen die Appellation eines nachgesetzten Gläubigers und das für ihn ausgefallene Erkenntniß in dieser Instanz ohne Wirkung bleiben muß, wenn nicht die zwischen dem Appellanten und Appellaten locirten Gläubiger mit dem einen oder dem Andern gemeinschaftliche Sache machen.

---

## Lib. XX. Tit. V.

de

# distractione pignorum et hypothecarum.

§. 1098 — 1101.

Die Hauptwirkung des Pfandrechts besteht in dem Rechte des Pfandgläubigers, sich durch Veräußerung des Pfandes zu seiner Bezahlung zu verhelfen, welches Recht

jeder Pfandgläubiger hat, da es für einen wesentlichen Theil des Pfandrechts gehalten werden muß [a]). Diese Veräußerung ist erlaubt, der Schuldner mag im Besitz des Pfandes seyn, oder nicht [b]); und der Schuldner kann diese Veräußerung weder durch eine Protestation, noch ein Verbot [c]), noch eine Verordnung im Testamente [d]) u. d. gl. verbieten. Blos durch die geleistete Bezahlung oder ein anderes gesetzliches Mittel, das der Zahlung gleich gehalten wird, ist es möglich, den Verkauf zu hindern [e]). Eben so wenig kann der nachgehende Gläubiger diese Veräußerung anders, als durch Anbietung zur Befriedigung des vorgehenden Gläubigers hindern [f]). Hatte ein Gläubiger ein Pfand bekommen, und es war ihm zugleich Bürgschaft zur Sicherheit seiner Forderung geleistet worden, so kam es nach dem ältern römischen Rechte [g]) auf seinen Willen an, ob er seine Bezahlung durch den Verkauf des Pfandes suchen, oder die Bürgen ausklagen wollte; nach neuern Rechten aber muß er erst das Pfand verkaufen, und reicht es nicht zu, so kann er nun auch die Bürgen zur Bezahlung anhalten [h]).

Wenn gleich der Gläubiger das Recht hat, die ihm verpfändeten Sachen zu verkaufen, um davon bezahlt zu werden; so kann er doch nur so viel davon veräußern, als nöthig ist, damit die ihm schuldige Summe herausgebracht wird; unerlaubt ist es also, mehr Sachen zu verkaufen, als

a) §. 1. Inst. quib. alien. licet. Brisson de formulis Lib. VI. nr. 47. pag. 482.
b) L. 2 et 14. C. de distract. pign.
c) L. 2. C. deb. vend. pign. imp. non poss.
d) L. 1. C. deb. vend. pign. imp. non poss.
e) L. 8. C. de distract. pign.
f) L. 3. C. si antiqu. credit.
g) L. 51. §. 3. D. de fideiuss.
h) Nov. IV. cap. 1.

als nöthig ist i); berechtigt hingegen ist er, von mehreren ihm verpfändeten Sachen diejenigen verkaufen zu lassen, wovon er am leichtesten befriedigt werden kann k).

So wie den Gläubiger Niemand am Verkauf des Pfandes hindern darf, wenn er kein vorgehendes Recht hat, so kann ihn auch Niemand wider seinen Willen nöthigen, das Pfand zu verkaufen l). Der Fall, wo der vorgehende Gläubiger den Verkauf des Pfandes sich wider seinen Willen gefallen lassen muß, erfordert 1), daß das Pfand mehr werth sey, als die Summe beträgt, die der Gläubiger zu fordern hat; denn sonst hätte er Schaden, wenn er sich eine unzeitige Veräußerung des Pfandes gefallen lassen müßte. 2) Muß der Verkauf vom Schuldner selbst vorgenommen werden. Der nachgehende Gläubiger kann den vorgehenden zum Verkauf nicht zwingen, weil jener keine Rechte zum Nachtheil des letztern erwerben können. Es wird 3) erfordert, daß der Schuldner, wenn das Pfand in Mobilien besteht, die der Pfandgläubiger besitzt, diesem Sicherheit leiste, daß er seine volle Befriedigung erhalten werde, und sollte das Pfand nicht so theuer verkauft werden, daß die ganze Schuld davon getilgt werden könne, wolle er ihn wegen des Rückstandes schadlos halten. Derjenige, dem eine prioritätische Pfandforderung zusteht, kann es zwar geschehen lassen, daß der Schuldner oder der nachgehende Gläubiger das Pfand verkaufe; diese Veräußerung geschieht aber dem prioritätischen Pfandrechte unbeschadet; daher es in diesem Falle anders ist, als in dem, wo der vorgehende Gläubiger die Veräußerung vorgenommen hat; denn in diesem Falle ist das Recht aller nachgehenden Gläubiger zugleich mit erloschen. Wenn blos ein nachgehender Gläubiger auf den Verkauf des Pfandes dringt, und der vorgehende widerspricht, so wird aus dem Verkaufe



i) L. 1. C. de iure dom. impetr.
k) L. 8. D. de dist. act. pign.
l) L. 6. pr. de pignor. act.

kaufe nichts, wenn sich der nachgehende Pfandgläubiger nicht des Eintretungsrechts bedienen will m). In dem ersten Gesetz wird folgender Fall vorausgesetzt. — Der erste Gläubiger hatte anfangs nur eine Specialhypothek an gewissen Grundstücken; der zweyte Gläubiger hingegen hatte sich nachher eine Generalhypothek geben lassen. Nachdem diese zweyte Hypothek schon bestellt worden war, ließ sich der erste Gläubiger ebenfalls ein allgemeines Pfandrecht ertheilen. Ob solches einer neuen oder einer alten Forderung wegen bestellt worden war, darauf kam nichts an. In der Folge hatte der erste Gläubiger seine Bezahlung verlangt, und in deren Unterbleibung solche Sachen von dem Vermögen des Schuldners veräussert, die nur zu seiner neuen Generalhypothek gehörten, und worauf sich seine ältere Specialhypothek nicht erstreckte. Hierdurch hatte er dem ältern allgemeinen Pfandrechte des zweyten Gläubigers nichts entziehen können; indessen veranlaßte dieser Fall die Frage: an wen sich der zweyte Gläubiger nach geschehener Sache halten müsse? Die Antwort war: Blos an die Käufer und jetzigen Besitzer des Pfandes; denn ein Pfandrecht geht auf einen jeden Besitzer des Pfandes über, so lange es noch nicht gehörig getilgt worden ist. Gegen den ersten Pfandgläubiger hat keine Klage statt. Sollte es actio vtilis (pignoratitia directa vtilis) seyn, so müßte der erste Gläubiger selbst dem zweyten Gläubiger das Pfandrecht bestellt haben; das geht aber nicht. Actio furti hat auch nicht statt; denn eines Theils hat der zweyte Gläubiger die verkauften Pfänder nicht im Besitz gehabt, und die Diebstahlsklage kann doch nur wegen solcher Sachen angestellt werden, die Jemandem aus seinem Besitz genommen worden sind; andern Theils fehlt es hier an der Absicht, sich mit fremden Sachen zu bereichern, welche Absicht zu einem Diebstahl erfordert wird. Der Gläubiger hat nur sein Recht wirksam zu machen gesucht,

m) L. 1. D. de distract. pign. L. 17. C. eod.

sucht, und hat blos gegen die Ordnung der Hypothek verstoßen. Die actio ad exhibendum hat nur statt, wenn ein Anderer im Besitz der Sache ist, woran ich Anspruch mache, oder er hat solche gefährlicher Weise wegkommen lassen; folglich kann sie hier nicht gebraucht werden. Der erste Gläubiger ist nie im Besitz gewesen; am allerwenigsten hat er jetzt den Besitz, und Gefährde kann ihm auch nicht zur Last gelegt werden, da er blos gesucht hat, zu dem Seinigen zu gelangen.

Ersteht der Schuldner, oder Jemand an seiner Stelle, das Pfand bey der Versteigerung desselben selbst, so ist dieser Kauf, an sich betrachtet, ohne Wirkung; denn wird der Gläubiger nicht durch das Kaufgeld ganz befriedigt, so kann er sich wegen des Rückstandes immer noch an das Pfand halten; wenn gleich so viel gewiß ist, daß das Pfand wenigstens so weit von dem Pfandrechte befreyt wird, als die Summe der bezahlten Schuld beträgt [n]). In der angeführten L. 40. wird vorausgesetzt, daß der Schuldner bey einer öffentlichen Versteigerung des Pfandes selbst mitgeboten hat. In diesem Falle war der Gläubiger, der auf den öffentlichen Verkauf drang, nicht Willens, das Pfand dem Schuldner selbst zu überlassen; er kann daher mit Recht dagegen protestiren, wenn der Schuldner das erstandene Pfand ausgeliefert haben will. So lange der Schuldner die ganze Schuld noch nicht bezahlt, ist er auch nicht berechtigt, auf die Zurückgabe des Pfandes zu dringen. Diesen Rechtssatz würde er umgehen, wenn es ihm erlaubt wäre, sich durch einen Kauf den Besitz des Pfandes zu verschaffen. Ein Anderes wäre es, wenn der Gläubiger einen Privatverkauf geschlossen und nach demselben es sich gefallen lassen, das Pfand gegen eine geringere Summe, als die Schuld beträgt, zurück zu geben. In diesem Falle hätte er sich der ihm nach den Gesetzen zustehenden Rechte deutlich begeben, und könnte sich nunmehr



n) L. 40. pr. et §. 1. D. de pignor. act.

auch nicht weigern, dem Schuldner das Pfand gegen Bezahlung des verabredeten Werthes auszuantworten. Ein Mitschuldner, der zugleich Miteigenthümer der verpfändeten Sache ist, kann diese Sache, wenn der Gläubiger sie zum Anschlag gebracht hat, an sich kaufen, und nach dem Kauf ist er nicht mehr verbunden, des Andern sein Miteigenthum weiter anzuerkennen o). Etwas Besonderes ist es, daß nach der L. 89. §. 4. D de legat. II. in dem Falle etwas anders angenommen werden soll, wenn der Erblasser unter den sämmtlichen Erben ein gemeinschaftliches Fideikommiß errichtet und zugleich beträchtliche Schulden hinterlassen hat. Es kam hier der Fall vor, daß ein Gläubiger, der an der ganzen Erbschaft eine allgemeine Hypothek hatte, darauf drang, daß das ganze Vermögen, folglich auch die mit dem Fideikommiß belegten Stücke, verkauft werden mußten. Einer von den Miterben erstand die Masse; und nun war die Frage: ob durch diesen Verkauf zugleich das ganze Fideikommiß vernichtet worden sey? Im Gesetz wird dieses geleugnet, und entschieden, die übrigen Miterben könnten die Fortdauer des Fideikommisses dadurch bewirken, wenn sie dem Käufer sein ausgelegtes Geld wieder bezahlten. Der Grund muß hier in der Achtung gegen den Willen des Erblassers liegen, dem ein Erbe nicht zuwider handeln darf, so lange es noch angeht, ihn zu befolgen; dieser Fall tritt aber ein, sobald die übrigen Miterben dem Käufer sein Geld wiedergegeben haben.

Der Gläubiger, auf dessen Verlangen das Pfand verkauft wird, kann dasselbe nicht selbst an sich kaufen, weil eine Gefährde dabey vermuthet wird p). Soll es erlaubt seyn, so ist nöthig, daß 1) nach geschehener gerichtlicher Immission oder Auspfändung der Verkauf unter gerichtlicher

o) L. 17. D. comm diuid. L. 25. §. 7. D. famil. erciſc.
p) L. 10. C. de distract. pignor.

richtlicher Auctorität vorgenommen worden q). Es ist bey diesem gerichtlichen Verkauf leicht begreiflich, warum der Pfandgläubiger selbst einen Käufer abgeben könne. Er ist ja hier nicht selbst der Verkäufer, sondern die Gerichte sind es. Bey einem Privatverkaufe aber würde er der Verkäufer und der Käufer zugleich seyn. Die Gesetze haben sogar bey gerichtlichen Käufen dem Pfandgläubiger den Ankauf einer ihm verpfändeten Sache schwer gemacht, wie die L. 3. C. si in causs. iud. beweißt. Aus Zusammenhaltung dieses Gesetzes mit der L. 2. eod. lassen sich folgende Rechtssätze abstrahiren. — Findet sich bey der gerichtlichen Veräußerung ein fremder Käufer, der ein annehmliches (vermuthlich die Taxe erreichendes, oder nicht viel davon abweichendes) Gebot thut, so kann der Gläubiger sich des Vorkaufs bedienen, und er wird dadurch sogleich Eigenthümer. Sollte sich kein solcher Käufer gefunden haben, so ist der Gläubiger zwar befugt, sich das Pfand um die Taxe zuschlagen zu lassen; es muß aber diese Zuschlagung durch ein landesfürstliches Rescript bestätigt werden. Will der Gläubiger das Pfand, wegen einer viel höhern Forderung, als der Werth des Pfandes beträgt, behalten, und über die ganze Forderung quittiren, so kann es ihm auch ohne die landesfürstliche Zueignung überlassen werden r). Der Unterschied der gerichtlichen Veräußerung von der außergerichtlichen ist vermuthlich nur darin zu suchen, daß, ohne die langen Termine abzuwarten, welche vergangen seyn müssen, ehe ein Pfand dem Gläubiger durch landesherrliche Auctorität zugeschlagen werden kann, wenn ein außergerichtlicher Verkauf geschehen ist, dieser Zeitverlust bey einem gerichtlichen Kaufe erspart, und er hier sogleich Eigenthümer wird, so daß der Pfandschuldner nicht weiter von dem Wiedereinlösungs-



q) L. 2. C. si in caussa iudic. L. 16. D. de reb. auct. iudic. poss.

r) L. 15. §. 3. D. de re iudic.

rechte Gebrauch machen kann, welches ihm beym Privatverkaufe frey steht. Es ist 2) dem Pfandgläubiger erlaubt, das Pfand an sich zu kaufen, wenn der Verpfänder entweder zu der Zeit, wo der Verkauf geschehen soll, besonders darein willigt, daß der Gläubiger das Pfand als Käufer für ein gewisses Geld annehme [s]; oder es wird gleich bey der Verpfändung im Voraus ausgemacht, daß das Pfand, wenn die Wiederbezahlung nicht zu rechter Zeit geschehen seyn sollte, um den im Voraus bestimmten verhältnißmäßigen Preis, oder wie er durch rechtliche Taxe herausgebracht werden würde, verkauft seyn solle [t].

Will der Gläubiger auf den Verkauf des Pfandes dringen, so muß der Schuldner vorher gemahnt, ihm eine Zahlungszeit angesetzt, und auf den Unterlassungsfall der Verkauf des Pfandes angedroht worden seyn [u]. Ist in dem Schuldscheine die Zahlungszeit genau bestimmt worden, so braucht der Schuldner nicht erst gemahnt zu werden, sondern der Gläubiger kann gleich um den Verkauf des Pfandes ansuchen. Weil übrigens der Verkauf der Hypothek eine Art der Execution ist, und mit dieser nicht eher verfahren werden darf, als bis alles ganz liquid ist, so muß die Schuld, zu deren Sicherheit die Hypothek verschrieben worden ist, völlig ausgemacht und gewiß seyn, eher als zum wirklichen Verkauf der Hypothek geschritten werden kann. Beruht die Forderung zum Beyspiel auf Berechnungen, so müssen diese erst völlig berichtigt werden. Ist die Bezahlung auf Termine gesetzt, und es ist nicht ausdrücklich festgesetzt worden, daß wegen unterlassener Nichtbezahlung eines Termins sogleich zum Verkauf geschritten werden soll, so darf auch der Verkauf nicht eher vorgenommen werden, als bis alle Termine verstrichen sind.

s) L. 34. D. de pignor. act.
t) L. 16. §. vlt. D. de pign.
u) L. 16. C. de pignor.

sind x). Die auf verschiedene Termine gesetzte Bezahlung macht zusammen nur eine Schuld aus; und daher darf der Verkauf der Hypothek nicht eher geschehen, als bis alle Termine verflossen sind, weil nunmehr eigentlich erst gesagt werden kann, der Schuldner habe nicht bezahlt. Wer sich dieses nicht gefallen lassen will, muß sichs ausdrücklich ausbedingen, daß, sobald ein Termin nicht bezahlt worden, die ganze Schuld gefällig und zahlbar seyn solle.

Sehr oft stehen in der Unterpfandsverschreibung verschiedene Clauseln, wornach das Recht des Gläubigers, auf den Verkauf der Hypothek dringen zu können, beurtheilt worden ist. Der Schuldner kann sich ausbedingen, daß, der ausbleibenden Zahlung ungeachtet, der Gläubiger nicht berechtigt seyn solle, auf den Verkauf der Hypothek zu dringen. Diese Verabredung wirkt nach dem römischen Rechte y) nur so viel, daß der Gläubiger die Hypothek nicht eher verkaufen darf, als bis er den Schuldner erst dreymal um die Bezahlung gemahnt hat. Heutiges Tages lassen sich die Capitalisten immer versprechen, daß bey unterbliebener Bezahlung des Capitals, die Hypothek sogleich verkauft werden solle, ohne erst auf die Bezahlung geklagt zu haben. Diese Verabredung hilft nichts, sondern es wird allemal erst die Recognition der Urkunden vorhergehen müssen, ehe zum Verkauf geschritten werden kann, da der Richter nicht mit der Execution anfangen kann, vor rechtskräftig entschiedener Sache z).

Bey den Feyerlichkeiten des Verkaufs einer Hypothek wird im römischen Rechte ein Unterschied gemacht, ob ein Privatverkauf vorgenommen werden soll, oder ein gerichtlicher und öffentlicher. Vom Privatverkaufe verdient Folgendes bemerkt zu werden. — Wenn ich einem



x) L. 8. §. 3. D. de pign. act.

y) L. 4. C. de pign. act. Faber de Error. Pragm. Dec. 87. Err. 3. Cannegieter Obs. II, 7.

z) L. 4. C. de pignor. act.

eine Sache verpfände, so ist meine Absicht, ihm Sicherheit wegen seiner Forderung an mich zu geben; er ist daher, im Fall, daß ich nicht zu rechter Zeit bezahle, oder in mora bin, wie die Rechtsgelehrten sich ausdrücken, befugt, das Pfand zu verkaufen; jedoch sind dabey folgende Regeln zu bemerken [a]).

1) Wenn ausdrücklich ausgemacht ist, daß der Gläubiger bey unterbliebener Zahlung das Pfand soll verkaufen können, so kann er zu diesem Verkauf schreiten, sobald der Zahlungstermin verstrichen ist, ohne es vorher dem Schuldner zu denunciren. Denunciren heißt hier, dem Schuldner bekannt machen, daß er bezahlen solle, widrigenfalls werde man das Pfand verkaufen. Diese Erklärung scheint wenigstens die richtige zu seyn [b]), wiewohl Vinnius der Meynung war, man müsse auch in diesem Falle dem Schuldner den vorhabenden Verkauf des Pfandes bekannt machen [c]). Wie aber, wenn blos die Zahlungszeit bestimmt worden ist, und der Schuldner hält sie nicht ein, ist alsdenn keine Denunciation erforderlich? Einige Rechtslehrer [d]) halten sie in diesem Falle ebenfalls für nöthig, andere aber nicht [e]).

2) Ist ausgemacht worden, der Gläubiger solle das Pfand nicht verkaufen, so gilt zwar dieser Vertrag nicht nach dem Buchstaben; denn er ist dem Wesen des Pfandrechts entgegen, wiewohl verschiedene Rechtslehrer behaupten wollen, in diesem Falle dürfe das Pfandrecht gar

a) Höpfners Comment. über die Justit. §. 420.

b) Henr. Pistor Lib. III. Quaest. 16. nr. 2. Franzk. ad tit. de distract. pign. nr. 26. Lauterbach ad h. t. in Coll. Dig. §. 26.

c) Vinnivs ad §. 1. Inst. quib. alien. licet.

d) Bachov de pign. Lib. III. cap. 23. nr. 7. Vinnivs c. l. nr. 2.

e) Faber in Rat. ad L. 24. §. 2. D. de pign. act. Erxleben de pignor. pag. 139.

gar nicht verkauft werden [f]); ihre Gründe beweisen aber nichts, und die L. 4. D. de pignor. act. ist zu klar [g]). Dieser Vertrag hat blos die Wirkung, daß der Gläubiger nicht eher zum Verkauf des Pfandes schreiten darf, als bis er es dem Schuldner dreymal denuncirt hat. Diese drey Denunciationen dürfen auch nicht zu kurz auf einander folgen, sondern es muß zwischen einer jeden ein nach dem Ermessen des Richters hinlänglicher Zeitraum verstreichen [h]).

3) Wenn gar nichts über den Verkauf des Pfandes ausgemacht worden ist, so muß der Gläubiger dem Schuldner den Verkauf denunciren. Löst er das Pfand nicht ein, so kann der Gläubiger das Pfand verkaufen. Viele Rechtsgelehrte [i]) behaupten zwar, der Gläubiger müsse nach der Denunciation noch zwey Jahr warten, ehe er den Verkauf des Pfandes vornehmen dürfe. Dieser Satz ist aber wenigstens zweifelhaft [k]), und in der Praxis wird er gar nicht befolgt [l]).

Uebrigens muß der Gläubiger in allen Fällen, wo er das Pfand verkaufen will, dieses öffentlich thun, und bona fide dabey zu Werke gehen. Oeffentlich, das heißt, der Gläubiger muß das Pfand durch einen öffentlichen Anschlag, Ausruf, Intelligenzblatt u. d. gl. feil bieten lassen,

f) Herm. CANNEGIETER in Obs. iur. Rom. Lib. II. cap. 7. pag. 69.

g) OROZ de apicib. iur. Lib. II. cap. 3. PVETTMANN in Opusc. pag. 109 sqq.

h) VINNIVS l. c. Colleg. iur. Argentor. ad tit. de distract. pignor. th. 2. nr. III. DONELLVS de pign. cap. 12. pag. 144. FRANZK. ad Pand. l. c. nr. 49.

i) BACHOV l. c. Lib. III. cap. 23. nr. 5. ERXLEBEN l. c. pag. 143.

k) DONELLVS l. c. cap. 12. pag. 346. VOET ad tit. de distr. pign. §. 1. STRYCK in vsu mod. eod. tit. §. 17.

l) BRVNNEMANN ad Leg. fin Cod. de iure dom. impetr. HOPP ad §. 1. Inst. quib. alien. licet. STRYCK l. c.

sen, welches in Gesetzen proscribere pignus genennt wird. Bona fide muß der Verkauf geschehen, heißt, der Pfandgläubiger darf das Pfand nicht selbst kaufen; auch muß er es um einen billigen Preis verkaufen und nicht verschleudern. Findet sich Niemand, der das Pfand kaufen will, so muß, nach dem römischen Rechte, α) die Denunciation wiederholt, oder um einen gerichtlichen Zahlungsbefehl gebeten werden; β) der Gläubiger soll sich nunmehr an den Landesherrn wenden; γ) dieser spricht dem Gläubiger das Pfand gegen einen festgesetzten billigen Preis, pro pretio taxato, eigenthümlich zu; doch behält δ) der Schuldner die Erlaubniß, es binnen zwey Jahren einzulösen. Heutiges Tages ist diese impetratio dominii a Principe gar nicht gewöhnlich; sondern wenn der Gläubiger das Pfand nicht anbringen kann, so läßt er es gerichtlich taxiren und sich zuschlagen [m]).

Das pactum de alienando pignore darf mit dem pacto commissorio nicht verwechselt werden. Jenes ist erlaubt, weil es dem Gläubiger ein Recht giebt, das ohnehin in der Natur des Pfandcontracts liegt. Der Schuldner leidet auch durch diesen Vertrag keinen Schaden, weil der Gläubiger weiter nichts thut, als daß er vom Kaufgelde, wofür das Pfand verkauft worden, seine Forderung abzieht, und den Ueberrest an den Schuldner zurückgiebt. Das pactum *commissorium* ist der Vertrag, wodurch festgesetzt wird, das Pfand solle verfallen seyn, wenn der Schuldner nicht zu rechter Zeit bezahle; oder der Gläubiger soll bey ausbleibender Zahlung die Sache für einen gewissen, schon im Voraus bestimmten Preis, käuflich behalten, oder die Sache soll im Fall der unterbleibenden Zahlung für einen durch ordentliche Taxe alsdann erst zu bestimmenden Werth dem Gläubiger eigenthümlich verbleiben [n]). Dieser Vertrag war zwar bis auf die Zeiten Con-

m) Mevius in Dec. Part. VII. Dec. 310.

n) Ad. Dietr. Webers Erörterung der Frage: wie weit erstreckt sich bey Verpfändungen das Verbot der Legis commissoriae?

Constantins des Großen gültig; dieser Kaiser verbot ihn aber, weil der Schuldner großen Schaden dadurch leiden kann, da das Pfand gewöhnlich mehr werth ist, als die Schuld beträgt o).

Wenn die Schuld größer war, als der Werth des Pfandes, so behielt der Gläubiger immer noch das Recht, den Rückstand zu fordern, wenn er im Stande war, diesen Rest zu bezahlen. Hatte die Obrigkeit dem Gläubiger das Pfand zugeschlagen, so behielt der Schuldner immer noch zwey Jahr über das Recht, innerhalb dieser Zeit sein Pfand, gegen Bezahlung der Schuld, der Zinsen und Kosten wieder einzulösen. Nach zwey Jahren hörte das Recht des Schuldners zur Wiedereinlösung des Pfandes völlig auf; jedoch konnte sich der Gläubiger seines unwiederruflich erlangten Eigenthums sowohl ausdrücklich als stillschweigend begeben, und letzteres geschahe dadurch, daß er sich immer noch die Zinsen für die Schuld bezahlen lassen p).

Beobachtete man bey der Privatveräußerung einer Hypothek alle in den Gesetzen vorgeschriebenen Feyerlichkeiten, so erlangte der Käufer ein gegründeteres Eigenthumsrecht, das ihm der Schuldner durch die Wiedereinlösung nicht entziehen konnte q); war aber die Sache viel zu wohlfeil verkauft worden, oder der Gläubiger hatte wissentlich und aus Vorsatz zum Schaden des Schuldners und zum Vortheil des Käufers gehandelt, welches diesem letztern gar wohl bekannt war, so konnte der Schuldner um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen. Erst mußte er wider den Gläubiger auf den Ersatz alles Schadens

missoriae? Kiel 1784. §. 7 flg. und in Koppes Archiv für die Jurisprudenz, 1ster Band, S. 160 flg.

o) L. vlt. C. de pact. pignor.

p) L. 2. C. de iure domin. impetr. Hofacker in Princ. iur. ciuil. Tom. II. pag. 270.

q) L. 7. C. de distract. pignor.

Schadensklagen, und actionem pignoratitiam directam anstellen. War bey dem Gläubiger nichts zu erlangen, so konnte der Käufer, dem der Betrug bekannt war, angehalten werden, das gekaufte Pfand herauszugeben, und er bekam nur alsdenn sein Geld und die Auslage wieder, wenn der Schuldner durch die Herausgabe seiner Sache wirklich Vortheil hatte [r]). In dem Falle, wo bey dem Privatverkaufe des Pfandes eine nothwendige Erforderniß fehlte, woraus eine Nichtigkeit des Verkaufs entstand, brauchte der Schuldner nicht einmal die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen, sondern er stellte die Nichtigkeitsklage wider den Käufer an, womit man die Reivindication kumulirte. Die Veräußerung war alsdenn nichtig, wenn der Gläubiger schlechterdings kein Recht zum Verkauf hatte; und an einem solchen Rechte fehlte es ihm, z. B. wenn er das Pfand verkaufte, da der Schuldner noch nicht in mora war, oder wenn die zur Bezahlung der Schuld ertheilte Frist noch nicht verstrichen war; oder wenn er versprochen, er wolle mit Bezahlung der Schuld noch zwey Jahr warten [s]). Beobachtete der Gläubiger beym Privatverkauf des Pfandes alle in Gesetzen vorgeschriebene Feyerlichkeiten, so verlohr der Schuldner nach erfolgter Uebergabe alle Ansprüche auf die Sache, und der Käufer wurde Eigenthümer; wurde aber der Kauf in der Folge erst wieder ungültig, so wachte damit zugleich das ehemalige Eigenthumsrecht des Gläubigers wieder auf [t]).

Wenn Jemand eine verpfändete Sache gekauft hat, so geschieht es bisweilen, daß ein Dritter diese Sache als sein Eigenthum in Anspruch nimmt, dasselbe beweißt, und der Käufer nunmehr genöthigt wird, die Sache herauszugeben. Hier muß der Käufer seine Entschädigung vom Schuldner suchen, und nicht bey dem Gläubiger, auf dessen

r) L. 1. C. si vend. pign.
s) HOFACKER in Princ. iur. ciuil. Tom. II. pag. 372.
t) L. 10. §. 1. D. quib. mod. pign.

dessen Betrieb die Hypothek verkauft worden ist. Diese Regel hat verschiedene Ausnahmen; der Gläubiger muß nämlich alsdenn den Käufer schadlos halten, 1) wenn er sich für den Eigenthümer der Sache ausgegeben hat; denn der Käufer würde die Sache vielleicht gar nicht gekauft haben, wenn er gewußt hätte, daß die Sache versetzt sey. 2) Muß der Gläubiger den Schaden ersetzen, wenn er es gewußt hat, daß ihm sein Schuldner eine fremde Sache verpfändet habe; oder 3) wenn er ausdrücklich die Gewähr des Kaufs versprochen hat u); oder 4) wenn er selbst kein Pfandrecht an der Sache hatte, und doch verkaufte er die Sache als eine verpfändete. 5) Ist ein hypothekarischer Gläubiger schuldig, den Käufer der verpfändeten Sache, die ihm abgenommen worden, zu entschädigen, wenn er ein schwächeres Recht an der Sache hatte, als ein anderer, und dieser verlangte nachher die Sache.

Der Gläubiger hat von dem Verkauf des Pfandes den Nutzen, daß er nunmehr durch das erhaltene Kaufgeld seine Befriedigung erlangt, indem er, wie bey andern Zahlungen gewöhnlich ist, das Kaufgeld zuerst auf die Zinsen, und sodann erst auf das Capital abrechnen kann x). Dem Schuldner wäre es freylich lieber, wenn die Zahlung erst auf das Capital und hernach erst auf die Zinsen gerechnet würde, weil von Zinsen keine Zinsen bezahlt werden dürfen, wohl aber von dem Rest des Capitals. Allein eben deswegen haben die Gesetze für den Gläubiger gesorgt, weil sonst der Schuldner allemal erst das Capital bezahlen, und den Gläubiger dadurch in Schaden bringen würde, dem der Schuldner doch widerrechtlich seine völlige Zahlung vorenthält. Etwas anders ist es, wenn wegen der Zinsen eine blos natürliche Verbindlichkeit vorhanden ist. Hier ist der Schuldner berechtigt, bey der Bezahlung zu erklären, daß solche nicht auf die Zinsen, sondern auf das Capital

u) L. 2. C. cred. euict. pignor. non deb.
x) L. 35. pr. D. de pignor. act.

pital angerechnet werden solle, weil der Gläubiger dieser Zinsen wegen nicht klagen darf [y]). Unterläßt der Schuldner diese Erklärung bey der Bezahlung, so steht es bey dem Gläubiger, sie ebenfalls zuerst auf die Zinsen anzurechnen. Wird durch das Kaufgeld nicht die ganze Forderung getilgt, und es kann bey der Veräußerung der Hypothek dem Gläubiger nichts zur Last gelegt werden, so kann er den Rest seiner Forderung immer noch vom Schuldner fordern [z]). Der Schuldner hat von dem Verkauf der Hypothek den Vortheil, daß er seine Schuld los wird, und er nun so viel auf seine Schuld bezahlt hat, als aus dem Pfande gelößt worden ist. Auch die für den Schuldner übernommene Bürgschaft wird nach diesem Verhältniß aufgehoben.

Ist das Pfand theurer verkauft worden, als die Schuld betrug, so muß der Verpfänder den Ueberschuß heraus bekommen. Eine Ausnahme wurde bey den Römern gemacht, wenn der Gläubiger bey vorsetzlicher Abwesenheit des Schuldners, seines Ungehorsams wegen, ein Immission in sein ganzes Vermögen, und dadurch ein prätorisches Pfandrecht erhalten. Hier wurde, wenn der Schuldner nicht noch zu rechter Zeit seinen Fehler verbesserte, das Vermögen verkauft, und ihm auch nicht einmal dasjenige herausgegeben, was nach erfolgter Befriedigung der Gläubiger übrig bliebe, er müßte denn besondere Entschuldigungsursachen angeführt haben [a]). Behält der Gläubiger den Ueberschuß in Händen, benutzt ihn, oder zieht wohl gar Zinsen davon, oder hielt er ihn widerrechtlich zurück, so muß er dem Schuldner die Nuzzungen berechnen, und Zinsen dafür entrichten. Der Schuldner hält sich deswegen an seinen Gläubiger, und ist

y) L. 101. §. 1. D. de solut.

z) L. 9. et §. 1. D. de distract. pignor. L. 3. C. eod.

a) L. 7. §. 11. D. quib. ex causs. in poss. Nov. LIII. cap. 3.

ist nicht schuldig, sich an den Käufer des Pfandes verweisen zu lassen [b]). Ist keine von den nothwendigen Feyerlichkeiten, welche bey Veräußerung eines Pfandes beobachtet werden müssen, unterlassen worden, so hat der Käufer ein gegründetes Eigenthum erlangt, das ihm der Verpfänder durch kein anmaßliches Wiedereinlösungsrecht entziehen kann [c]); es wäre denn, daß solches ausdrücklich bey dem Verkauf ausbedungen worden, oder daß der Verpfänder die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand brauchen könnte [d]). Sollte die Sache viel zu wohlfeil verkauft worden seyn, und der den Verkauf betreibende Pfandgläubiger handelte aus Gunst gegen den Käufer, oder auf andere Art betrügerisch dabey, oder der Käufer wußte von diesem Betruge, der Pfandgläubiger ist auch nicht im Stande, den Verpfänder schadlos zu halten, so kann er nach den Gesetzen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen diesen Kauf suchen, doch muß er dem Käufer sein Geld wieder erstatten, und ihn völlig schadlos halten, wenn er an dem Betruge keinen Antheil genommen hat [e]). Eine Gefährde des Käufers würde es seyn, wenn er es allerdings wußte, daß die Sache mehr werth sey, und was für Mittel gebraucht worden, um ihm das Pfand so wohlfeil zu verschaffen, oder wenn er gar den Verkäufer durch Geld zu diesem Handel unterstützt hat. Der Verkäufer des Pfandes muß nicht im Stande seyn, den Eigenthümer des Pfandes, welches zu wohlfeil verkauft worden ist, zu entschädigen; denn hat er so viel im Vermögen, so wird der Kauf nicht aufgehoben [f]). Endlich verordnen

b) L. 6. §. 1. L. 7. L. 24. §. 2. L. 42. D. de pign. act.

c) L. 5. C. si vend. pign. agat. L. 7 et 18. C. de distr. pignor.

d) L. 13 pr. D. de pignor. act. L. 7. pr. et § 1. D. de distract. pign.

e) L. 1. L. 3 et 4. L. 5. C. si vend. pign. agat.

f) L. 1 et 3. C. si vend. pign. agat.

ordnen die eben angeführten Gesetze auch noch, der Verpfänder solle dem Käufer sein Geld und die Zinsen davon wiedergeben; doch muß er dadurch reicher geworden seyn; denn wenn der Eigenthümer des Pfandes von dem Kaufgelde keinen Vortheil gehabt hat, so verdient die Gefährde des Käufers dadurch gezüchtigt zu werden, daß er nichts wieder bekommt. Die in diesem Falle statt findende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann nur alsdenn nicht länger als vier Jahr gebraucht werden, wenn der Käufer des Pfandes dadurch nicht bereichert worden ist; hat er aber Nutzen davon, so ist er allemal schuldig, die Sache wieder herauszugeben. Daß nicht blos der Schuldner, sondern auch die nachgehenden Gläubiger unter den eben angegebenen Umständen, wenn der Schuldner insolvent ist, den Käufer in Anspruch nehmen können, ist allerdings zu behaupten, weil eine solche Veräußerung hauptsächlich zu ihrem Nachtheil gereicht g).

---

## Lib. XX. Tit. VI.

## Quibus modis pignus vel hypotheca soluitur.

### §. 1102 — 1104.

Das Pfandrecht soll seiner Natur nach dem Gläubiger nur eine Zeitlang Sicherheit leisten; es dauert daher nicht beständig, sondern wird mit der Zeit auf mancherley Weise wieder getilgt. Hierbey geht alles darauf hinaus, daß, wenn die Ursache des Pfandrechts weggefallen ist, alsdenn

g) Ant. Faber in Error. Pragm. Err. 6. Dec. 1.

alsdenn dieses Recht auch nicht weiter fortdauern könne [a]). Besonders bringt es die Natur des Pfandrechts mit sich, daß, weil dasselbe blos zur Sicherheit einer gewissen Hauptschuld dienen soll, es sogleich wegfallen muß, sobald der Gläubiger auf irgend eine Art befriedigt [b]), oder die Schuld auf irgend eine rechtmäßige Weise getilgt und aufgehoben worden ist [c]). Durch Bezahlung der schuldigen Summe, oder die gerichtliche Niederlegung oder die Abrechnung befreyt der Schuldner sein Pfand auch wider Willen des Gläubigers, weil in Gesetzen zur Löschung des Pfandrechts weiter nichts erfordert wird, als Zahlung, oder daß der Gläubiger die Zahlung hindert. Die übrigen Befriedigungen des Gläubigers erfordern ein Einverständniß mit demselben. Hat sich der Gläubiger dabey nicht in Acht genommen, und sich eine Befriedigung anweisen lassen, die nicht recht sicher ist, so mag er den Schaden tragen, er hat dennoch sein Pfandrecht verlohren. Hat man einen Betrug mit ihm gespielt, so ist seine gegebene Einwilligung in die Aufhebung des Pfandrechts unschädlich. Bey der Bezahlung der Gegenabrechnung und gerichtlichen Niederlegung der Gelder kommt es nicht darauf an, ob der Gläubiger sein Pfandrecht aufgeben will, oder nicht, sondern durch diese Arten der Befriedigung verliert er sein Recht wider Willen. Die Zahlung muß in guten gangbaren Geldsorten geschehen [d]); auch dergestalt, daß der Gläubiger in der Folge nicht genöthigt werden kann, das erhaltene Geld wieder herauszugeben [e]); denn eine Befriedigung, die man nicht behalten kann, ist so gut, wie gar keine. Der Fiskus hat das Vorrecht, diejenigen in Anspruch zu nehmen, denen vor ausgebrochenem Concurs über



a) L. 2. C. de pact. pignor.
b) L. 3. C. de luit. pign. L. 9. §. 3. D. de pign. act.
c) L. 6. pr. D. quib. mod. pign.
d) L. 24. §. 1. D. de pignor. act.
e) L. 21. D. de iure fisci.

das Vermögen ihres Schuldners von demselben eine Forderung bezahlt worden ist, und nun soll der Fiskus zurück stehen. Daher ist ein Gläubiger, der seine erhaltene Bezahlung wieder an den Fiskus herausgeben müssen, nicht gehörig befriedigt worden, folglich dauert auch sein Pfandrecht noch. Weil es auch bey Quantitäten nicht auf gewisse körperliche Stücken Geld ankommt, sondern nur auf den Werth, so ist es einerley, ob man die erhaltenen Geldstücke selbst hat zurückgeben müssen, oder anderes Geld von gleichem Werthe. Der Schuldner muß die ganze Schuld ohne allen Rest [f]) abtragen; desgleichen alle Nebenposten außer der Hauptschuld. Durch Bezahlung eines Theils der ganzen Post wird das Pfand von dem Pfandrechte nicht befreyt, und der Gläubiger ist auch nicht schuldig, eine in Terminen bestehende Bezahlung anzunehmen. Sollte der Schuldner mehrere Posten verschiedener Art schuldig seyn, und wegen einer jeden Summe ist die Verpfändung geschehen, so muß der Gläubiger zwar einzelne Summen annehmen, wenn der Schuldner die ganze Schuld abtragen will, aber das Pfandrecht besteht so lange, bis alles bezahlt worden ist [g]). Es ist einerley, ob der Schuldner selbst bezahlt hat, oder Jemand anders für ihn; in dem letzten Falle entstehen aber nur besondere Fragen über die Klagen, welche von dem Auszahler wider den Schuldner angestellt werden können [h]). Wie man aus der Ueberschrift sieht, so hängt die L. 32. D. de negot. und die L. 2. D. de pignor. zusammen. Der Bürge, der sich die Pfänder von dem Gläubiger ausliefern und dabey iura cessa geben läßt, braucht die actionem mandati nicht, weil ihm eben die Klage zusteht, die der Cedent hatte. Von diesem ist auch wohl die Stelle in der L. 2. wo

f) L. 6. C. de distract. pign.

g) L. 15. D. quib. mod.

h) L. 2. D. de pign. L. 21. C. eod. L. 2. D. quib. mod. pign. L. 32. pr. D. de negot. gest.

wo es heißt: exemplo creditoris culpam aestimari, zu verstehen. Wenn der Bürge durch die vorgenommene Cession in des Gläubigers Rechte eingetreten ist, so ist es in Ansehung der begangenen Versehen, wodurch dem Pfandschuldner von dem Cessionarius Schaden verursacht worden ist, eben so zu halten, als wenn es der Pfandgläubiger selbst gewesen wäre. Außer dem Fall einer Cession ist alles nach den Grundsätzen vom Mandatscontracte zu beurtheilen. Wenn aber gleich der Cessionarius die action. mand. nicht anzustellen braucht, und er bey der Frage vom Schadensersatze eben so wie der Cedent beurtheilt wird, so darf dennoch der Schuldner die actionem pignor. directam nicht wider ihn anstellen. Der Schuldner hat durch die Cession keine Rechte erworben, die er nicht schon vorher hatte, und der Cessionarius bleibt in Ansehung der Rechte, die der Schuldner hatte, ein Fremder, mit dem dieser Schuldner nicht contrahirt hat; er kann also weiter keine Klage anstellen, als die act. neg. gest. dir. oder act. mand. dir. Weil die Bezahlung wirklich geschehen seyn muß, ehe das Pfandrecht aufhört, so ist die geschehene bloße außergerichtliche Zusage derselben, die noch nicht erfüllt worden ist [i]); desgleichen die auf die Bezahlung gerichtete Klage, wenn auch der Schuldner in diesem Proceß rechtskräftig verurtheilt worden seyn sollte [k]), noch nicht von der Wirkung, daß das Pfandrecht nunmehr als getilgt angesehen werden könnte. Man muß hierbey auf die Natur der Novation Rücksicht nehmen, und auf den Unterschied zwischen der freywilligen und nothwendigen Novation. Erstere hebt alle vorigen Rechte auf, und es sind eben die Wirkungen damit verbunden, welche die geschehene Bezahlung hervorbringt; die andere hingegen, wozu die Einlassung auf die Klage und die rechtskräf-



i) L. 3. D. de pign. act.

k) L. 11. pr. D. de pign. act. L. 13. §. 4. D. L. 8. C. de pignor.

tige Entscheidung gehört, läßt die ehemaligen Rechte ungekränkt, und verbessert sie vielmehr. Daß, wenn ein Erblasser Jemandem eine Sache vermacht hat, worauf ein Pfandrecht haftet, und er diese Verpfändung wußte, der Erbe die darauf haftende Schuld bezahlen müsse; daß aber ein Anderes zu behaupten sey, wenn der Erblasser nichts von der Verpfändung wußte [l]), es müßte denn die ausdrückliche oder stillschweigende Willensmeynung des Erblassers etwas anders mit sich bringen, oder die Sache über den Werth derselben verschuldet, oder das Vermächtniß ein Prälegat seyn; darüber muß bey der Materie vom Erbrechte das Nöthige bemerkt werden.

Die gerichtliche Niederlegung der Gelder wird der Zahlung gleich geachtet, und hat daher auch bey der Aufhebung des Pfandrechts eben die Wirkung wie diese [m]).

Ein Pfandrecht fällt ferner weg, wenn der Gläubiger dasselbe erlassen hat [n]), welches ausdrücklich durch eine völlige Entsagung [o]), oder durch eine Novation der Schuld geschieht [p]), wenn sie anders gültig ist [q]), und der Gläubiger sich nicht dabey sein älteres Pfandrecht ausdrücklich vorbehalten hat [r]). Der Fall, wo der Gläubiger zwar die alte Schuld durch eine Novation aufgehoben, sich aber dabey sein älteres Pfandrecht vorbehalten hat, wird von den Rechtslehrern succeſſio creditoris in ſuum ipſius

l) §. 5. Inst. de legat.

m) L. 20. C. de pign.

n) L. 23. D. de pignor. et hyp.

o) L. 11. §. 3. D. de pign. act.

p) L. 18. D. de nouat. L. vn. C. etiam ob chirogr. pecun. L. 11. §. 1. D. de pign. act. LAUTERBACH in Conſſ. Fac. Tubing. Vol. III. Conſ. 255. nr. 1.

q) L. 5. C. de remiſſ. pign.

r) L. 11. §. 1. D. de pign. act. HOFACKER in Princip. iur. ciuil. §. 1208.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0314
DFG

ipsius locum genennt [s]). Auch stillschweigend kann die Entsagung des Pfandrechts geschehen, z. B. durch die Zurückgabe des übergeben gewesenen Pfandes, es müßte denn solches nur auf einige Zeit, oder um es zu verkaufen und von dem Verkaufsgelde den Gläubiger zu befriedigen, dem Schuldner auf sein Verlangen zurückgegeben worden seyn [t]). Giebt Jemand die Hypothekverschreibung dem Gläubiger zurück, so wird diese Handlung für eine stillschweigende Begebung des Pfandrechts gehalten [u]). Die bloße Wissenschaft, daß das Pfand veräußert werde, hebt der Regel nach das Pfandrecht nicht auf, weil ein Pfandgläubiger hier weiß, daß sein Pfandrecht auf dem Pfande haftet, und auf den neuen Besitzer übergeht [x]); doch giebt es Fälle, wo die Wissenschaft allein die Aufhebung des Pfandrechts zur Folge hat [y]): wenn die verpfändete Sache vom Fiskus verkauft worden ist [z]); oder der Pfandgläubiger läßt die Sache wissentlich an die Kirche verkaufen [a]); oder das Stillschweigen des Pfandgläubigers ist mit einem Betruge gegen den nachfolgenden Pfandgläubiger verbunden [b]). Aus der Einwilligung des Gläubigers



s) Becmann D. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum, §. 23 sqq.

t) Mencken D. de praesumtione iuris et de iure, contrarii probationem admittente, §. 18. Hvber ad tit. quib. mod. pign. nr. 5. Hofacker l. c. §. 1223.

u) Lavterbach D. de tacito pacto remissorio ex redditione chirographi praesumto, §. 17 sqq.

x) L. 18. §. 15. D. quib. mod. pign. L. vlt. C. de remiss. pign. Hvber l. c. nr. 5. Meier D. de praeiudicio tacentis circa contractus, §. 15. Gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle, 2ter Band, Nr. 5. Quistorps Beytr. zur Erläuterung verschiedener mehrentheils noch unentschiedener Rechtsmaterien, 2tes Stück, Nr. IV. S. 104 flg.

y) Hvber l. c. nr. 6. Hofacker l. c. §. 1224.

z) L. 8. C. de remiss. pign.

a) Auth. si seruus C. de episc.

b) L. 2. C. si res alien. pign.

in die Veräußerung der ihm verpfändeten Sache, wenn sie auch nur in einer nachfolgenden Genehmigung bestehen, oder stillschweigend geschehen seyn sollte [c]), wird vermuthet, daß er seinem Pfandrechte entsagt habe [d]), er müßte denn ausdrücklich nur mit Vorbehalt seines Pfandrechts eingewilligt haben [e]). Man kann also aus des Pfandgläubigers Einwilligung in die Veräußerung des Pfandes, nach dem Inhalt der Gesetze, blos die Vermuthung herleiten, daß der Gläubiger seinem Pfandrechte entsagt habe, welche Vermuthung aber nach der angeführten L. 4. §. 1. h. t. und nach allen rechtlichen Grundsätzen wegfällt, wenn der Gläubiger deutlich zu erkennen gegeben, daß er nur mit Vorbehalt seines Pfandrechts eingewilligt habe, welches er aber, weil die Vermuthung wider ihn ist, erweisen muß [f]). Kann der Pfandgläubiger diesen Vorbehalt nicht beweisen, so hat er sein Pfandrecht durch die geschehene Veräußerung des Pfandes dergestalt verlohren, daß er es nicht wieder bekommt, wenn gleich das Pfand in der Folge aus einem rechtmäßigen Titel aufs neue ein Eigenthum seines Schuldners geworden seyn sollte; ja man sieht diese Sache nicht einmal alsdenn als wieder verpfändet an, wenn der Gläubiger ein allgemeines Unterpfand alles gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens haben sollte [g]).

Eben

c) L. 4. §. 1. L. 8. §. 15. D. quib. mod. pign. solu. Hofacker l. c. §. 1224.

d) L. 158. D. de reg. iur. L. 2. L. 4. C. de remiss. pign. L. 5. §. fin. L. 7. D. quib. mod. pign. Arg. L. 12. C. de distract. pign. Wieling in lect. iur. ciuil. Lib. I. cap. 12. Puettmann in D. de remiss. pignoris vxori in bonis mariti competentis absque iureiurando valida, in Eivs Aduers. Tom. I. cap. 7.

e) L. 4. §. 1. D. quib. mod. pign. vel hyp.

f) Schotts unpartheyische Kritik, 63stes Stück, S. 204.

g) L. fin. C. de remiss. pign. Brueckner D. de praescript. pignor. vel hypothec. §. 8. Hofacker l. c. §. 1226.

Eben so entsagt der Gläubiger, durch seine Einwilligung in eine weitere Verpfändung der ihm verpfändeten Sache, seinem Pfandrecht auf diese Sache zwar nicht gänzlich, jedoch zum Vortheil des neuen Gläubigers [h]), wenn gleich diese Einwilligung nur stillschweigend ertheilt worden; z. B. durch die Unterschrift des Schuldscheins, den der Pfandgläubiger als Zeuge unterschrieben hat [i]); wogegen noch weniger eingewendet werden kann, wenn das verpfändete Gut in dem Schuldschein als frey und unverpfändet angegeben wird [k]). In der L. 12. §. 4. D. qui pot. in pign. heißt es ausdrücklich: si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit. Daß aber auch hier wieder eine Ausnahme zu machen sey, wenn der Gläubiger mit Vorbehalt seiner Rechte in die weitere Verpfändung willigt, versteht sich von selbst, weil aus solcher Einwilligung die Entsagung des Pfandrechts nur vermuthet wird, diese Vermuthung aber nicht eintreten kann, wo der entgegen gesetzte Wille des ersten Gläubigers außer Zweifel ist. Wenn die Frage ist: ob nach Befriedigung des zweyten Gläubigers das Pfandrecht des ersten Gläubigers wieder eintrete, alsdenn muß, nach den folgenden Worten eben dieses Gesetzes, darauf gesehen werden, was verabredet worden, und ob der erste Gläubiger dabey gänzlich von seinem Pfandrechte abgegangen ist, oder nur zum Vortheil des zweyten Gläubigers eingewilligt habe. Wenn in diesem Falle aus der Verabredung und deren Umständen nichts entschieden werden kann, so bleibt immer noch die Frage übrig: was wird hier vermuthet? In diesem Falle scheint für die Fortdauer des Pfandrechts des ersten Gläubigers



h) MEVIUS Part. V. Dec. 72. SCHAEFER D. de iure praelationis ex L. 15. C. de rei vindic. th. 11. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 1ster Band, 24ste Medit.

i) SCHOEPFF in Dec. 29. nr. 8. Dec. 346. nr. 14 sqq.

k) L. 9. §. 1. D. quib. mod. pign. HUBER ad tit. qui pot. in pign. nr. 7.

gesprochen werden zu müssen, weil die Entsagung eines gehabten Rechts nicht leicht vermuthet wird; und selbst in dem Falle, wo sie wirklich geschehen ist, doch im Zweifel eingeschränkt erklärt werden muß, welches auch die ersten Worte des Gesetzes: secundum potiorem, zu verstehen geben. Huber [l]) behauptet zwar nach der L. 12. pr. D. quib. mod. pign. die gänzliche Tilgung des Pfandrechts; allein jenes Gesetz will nur so viel sagen, daß, wenn ein Pfandgläubiger zum Besten eines Andern in die weitere Verpfändung willige, damit gelegentlich auch derjenige einen Vortheil erhalte, welcher dem, zu dessen Besten die Einwilligung geschehen ist, vorgeht; nicht aber, daß des Erstern Pfandrecht ganz verlohren gehe, jedoch wenn der Gläubiger ein Faustpfand dem Schuldner, damit es dieser an Jemand anders weiter versetzen könne, zurück giebt, so begiebt er sich seines Pfandrechts gänzlich [m]). Durch eine solche Entsagung gewinnt nicht nur der neue Gläubiger, dem die Sache mit des erstern Willen verpfändet worden ist, sondern auch alle andere Gläubiger, die ein besseres oder älteres Unterpfand haben, als dieser, wenn ihr Recht auch jünger seyn sollte, als das Pfandrecht des ältern war, der in die Verpfändung eingewilligt hat [n]). Versteht sich Jemand zur Annahme eines neuen Unterpfandes, so willigt er dadurch in die Erlöschung des alten Pfandrechts ein, wenn er sich nicht sein Recht ausdrücklich vorbehalten hat [o]), oder sich zu seinem allgemeinen Pfandrechte noch ein besonderes hat ertheilen lassen [p]). Wenn sich

l) Hvber ad tit. quib. mod. pign. nr. 7.

m) Christ. Thomasivs in D. de remissione tacita pignoris per consensum s. expressum s. tacitum creditoris in nouam oppignorationem, §. 1 et 7.

n) L. 12. pr. D. quib. mod. pign. vel hyp. Becmann D. de successione creditoris in alterius et suum ipsius locum, §. 10 sqq.

o) Schoeppf Dec. 29. nr. 3 sqq.

p) Lvdovici D. an species deroget generi? cap. 3. §. 13.

sich der Pfandgläubiger zu mehrerer Sicherheit seiner Forderung auch einen Bürgen geben lassen, so begiebt er sich dadurch seines Pfandrechts nicht [q]).

Durch ein älteres besonderes ausdrückliches Unterpfand wird ein nachgehendes gesetzliches allgemeines, oder besonderes gesetzliches auf einer andern Sache nicht, aber ein besonderes auf eben der Sache gehindert. Durch ein älteres ausdrückliches und allgemeines Unterpfand wird zwar ein jüngeres, gesetzliches und allgemeines, nicht aber ein besonderes gehindert; allein ein älteres gesetzliches Unterpfand wird niemalen durch ein folgendes ausdrückliches aufgehoben [r]).

Daß ein Pfandrecht durch eine Novation [s]), die Delegation [t]) durch diejenige Befriedigung des Gläubigers, wodurch ihm das Pfand oder eine andere Sache an Zahlungsstatt eigenthümlich überlassen wird [u]), desgleichen durch Verschaffung anderer Sicherheit, welches an des Pfandrechts Stelle treten soll [x]), des Gläubigers Pfandrecht aufhebe, ist in Gesetzen deutlich enthalten. Verlangt der Gläubiger keine Befriedigung, so wird das Pfandrecht auch ohne solche getilgt, und dieses geschieht, wenn der Gläubiger seinem Schuldner die Schuld geschenkt hat und nichts weiter von ihm haben will [y]), oder wenn er sich wenigstens seines zeither gehabten Pfandrechts begeben hat,

q) Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 3ter Band, 163ste Meditat.

r) LAUTERBACH in tract. syn. tit. de legal. s. tacit. hypoth. th. 109. HOFACKER in Princ. iur. eiu. Romano-Germ. §. 1278.

s) L. 11. §. 1. D. de pign. act. L. 18. D. de nouat. L. vn. C. etiam ob chirogr. pec.

t) L. 1. §. 2. D. quib. mod. pign.

u) L. 1. C. de pignor.

x) L. 6. §. 2. D. quib. mod. pign.

y) L. 1. §. 1. L. 5. §. 1. D. quib. mod. pign. L. 11. C. ad SC. Velleian.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0319
DFG

hat, welches ausdrücklich oder stillschweigend geschehen kann. Hierdurch wird das Pfandrecht aufgehoben [z]).

Die Gesetze nehmen bey verschiedenen Handlungen des Gläubigers eine stillschweigende Begebung des Pfandrechts an, die eben nicht alle so beschaffen sind, daß schon aus ihrer Natur eine Begebung der Pfandgerechtigkeit gefolgert werden könnte, wenn gleich in Gesetzen nichts darüber festgesetzt worden wäre. Unter diese Fälle gehört die ohne Protestation und Vorbehalt gegebene Einwilligung des Gläubigers in die von dem Schuldner vorgenommene Veräußerung des Pfandes. Eine solche Einwilligung wird als eine stillschweigende Auflassung des Pfandrechts angesehen, wenn der Schuldner den Gläubiger um diese Einwilligung ersucht hat, worauf die Veräußerung erfolgt, auch nicht wieder ungültig geworden, oder wegen veränderter Umstände oder Gesinnung zurück gegangen ist, die Veräußerung wurde auch dergestalt vorgenommen, wie sie der aus den Umständen ersichtlichen Absicht des einwilligenden Pfandgläubigers gemäß vorgenommen werden sollte [a]). Die Regel, daß die bloße Wissenschaft der vom Schuldner vorgenommenen Veräußerung des Pfandes, dem Gläubiger nicht schadet, hat mehrere Ausnahmen, und hierher gehört 1) der Fall, wenn die Veräußerung in einer Freylassung eines verpfändeten Sclaven bestand [b]). Man sieht nicht ein, daß hier die Begünstigung, welche die Freyheit eines Menschen durchgängig in den Rechten hat, an dieser Entscheidung Antheil habe. 2) Wenn zum Verkauf der Hypothek öffentliche Anschläge gemacht, und darin alle diejenigen, die irgend einen Anspruch an der Sache haben, öffent-

z) L. 17. §. 2. D. de pact. L. 5. pr. D. quib. mod. L. 23. C. de pignor.

a) L. 4. §. 1 et 2. L. 8. §. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. L. 10. pr. D. quib. mod. pign. L. 2 et 4. C. de remiss. pign.

b) L. 1. C. de remiss. pign.

öffentlich und präcluſiviſch vorgeladen worden, und gleichwohl haben ſich einige Gläubiger nicht gemeldet [c]). Die Obrigkeit hat das Recht, diejenigen, welche Anſprüche an einem Grundſtück haben, zur Sicherheit des Käufers vorzuladen, und man iſt ſchuldig, ihr zu gehorchen; wer alſo ungehorſam iſt, mag den Schaden tragen. Die Abweſenden ſind zwar eigentlich eben ſo gut, als die Gegenwärtigen von Rechtswegen präcludirt worden, wenn ſie ſich nicht gemeldet haben; es wird ihnen aber wegen erwieſener Abweſenheit und der daher entſtandenen unverſchuldeten Verletzung die Wiedereinſetzung in den vorigen Stand ertheilt. 3) Schadet die bloße Wiſſenſchaft des Pfandgläubigers, der ſich der Veräußerung des Pfandes nicht widerſetzt hat, wenn wegen fiskaliſcher Anforderungen gewiſſe Sachen öffentlich verkauft worden ſind, worauf Hypotheken haften, obgleich diejenigen, welche Anſprüche daran machen, nicht öffentlich vorgeladen worden ſind [d]). Aus mehrern geſetzlichen Verordnungen iſt bekannt, daß fiskaliſche Veräußerungen nicht leicht angefochten werden können, und der Rechtsſatz: qui a fiſco emit, ſtatim ſecurus eſt, iſt ſehr bekannt. Uebrigens gründet ſich die Regel, daß die bloße Wiſſenſchaft dem Gläubiger nicht ſchade, auf den Grundſatz: daß das bloße Stillſchweigen keine ſolche Handlung ſey, daraus man etwas Zuverläßiges ſchließen könne. Die Geſetze enthalten Fälle, wo der Schweigende ſich durch ſein Stilleſchweigen Schaden thut; man findet aber auch Fälle darin vorgetragen, wo das beobachtete Stilleſchweigen unſchädlich war. Letzteres muß ordentlicher Weiſe und als eine Regel angenommen und angeſehen werden; das erſtere aber findet nur alsdenn ſtatt, wenn die bürgerlichen Geſetze ſolches ausdrücklich verordnet haben; denn der Satz: tacite conſentit, qui tacet, cum loqui debuiſſet et potuiſſet, iſt, als Regel betrach-

c) L. 6. C. de remiſſ. pign.
d) L. 8. C. de remiſſ. pignor.

betrachtet, und nach der Vernunft untersucht, eben so falsch als unverständlich.

Untersucht man den Inhalt der Gesetze [e]) genau, so zeigt sichs, daß nur alsdenn die Unterschrift des Gläubigers unter den Kaufbrief eine stillschweigende Begebung des Pfandrechts enthalte, wenn in dem Kaufbriefe steht, daß Niemand eine Hypothek darauf habe, oder wenn die Hypothek wenigstens dem Käufer verschwiegen worden ist, daher dieser in der Voraussetzung, das Grundstück habe keine sonderliche Lasten, den ganzen Werth desselben bezahlt hat. Noch ist zu bemerken, daß, wenn der Pfandgläubiger vielleicht in einer andern Qualität, als in der eines Gläubigers, z. B. als Vormund des Schuldners, seine Einwilligung zur Veräußerung des Pfandes gegeben hat, dadurch demselben an seinem Pfandrechte nichts entzogen worden sey [f]).

Sollte der Schuldner in der Folge wieder Eigenthümer des von ihm verpfändet gewesenen Grundstücks werden, und diese Rückkehr des Eigenthums geschahe ohne Gefährde des Schuldners, durch eine Erwerbungsart, die mit der geschehenen Veräußerung gar keinen Zusammenhang hat, so wird die Sache dem vorher darauf gehafteten Unterpfandsrechte nicht aufs neue unterworfen [g]). Vergleicht man die angeführten Gesetze, so läßt sich der Satz daraus herleiten, daß, wenn mit Einwilligung des Gläubigers eine specielle Hypothek veräußert worden, und solche nach der Zeit, ohne Gefährde, durch einen neuerlichen, und mit der ehemaligen Veräußerung nichts gemein habenden Rechtsgrund, aufs neue von dem Schuldner acquirirt worden, nunmehr das ehemalige Pfandrecht nicht wieder erwache. Die römischen Rechtsgelehrten nahmen diesen Satz

e) L. 8. §. 15. coll. cum L. 9. §. 1. D. quib. mod. pign.

f) Faber ad Cod. ad tit. de remiss. pign. Def. 4.

g) L. 8. §. 7 et 8. L. 11. D. quib. mod. pign. L. vlt. C. de remiss. pign.

Satz als richtig an, aber darüber stritten sie: ob der Gläubiger, der eine allgemeine Hypothek an dem zukünftigen Vermögen seines Schuldners bestellt erhalten, und in die Veräußerung einer Sache gewilligt habe, die seinem Schuldner gehörte, wodurch sein Pfandrecht an dieser Sache gelöscht worden, dieses Pfandrecht aufs neue erhalte, wenn der Schuldner diese veräußerte Sache in der Folge wieder an sich gebracht habe? Justinian sprach ihm dieses Pfandrecht ab. Weil der Gläubiger die verpfändete Sache einmal von dem darauf gehafteten Pfandrechte befreyt hat, so kann er diese Befreyung von der Generalhypothek nicht ausnehmen, weil allgemeine Rechte Ausnahmen von der Regel verstatten. Von der Erneuerung einer alten gelöschten Hypothek zum Vortheil einer dritten Person ist der Anspruch an den Schuldner aus diesem Grunde verschieden. Wird gegen jenen die hypothekarische Klage angestellt, so sollte sie zwar der Strenge nach nicht vorgenommen werden; da der Schuldner aber doch bezahlen muß, und der Kläger sich einen Gegenstand der Hülfsvollstreckung wählen darf, so wird der Einrede der erlassenen Hypothek, die Replica doli mali entgegen gesetzt. Die Stelle im §. 7. der L. 8. wo es heißt: doli mali suspicio inerit, translata ad praesens tempus, muß übersetzt werden: so ist es nach einer rechtlichen und unumstößlichen Vermuthung eben so anzusehen, als wenn eine Gefährde des Schuldners dahinter stäcke, und daher wacht das Pfandrecht auf gewisse Weise eben so wieder auf, wie es geschehen würde, wenn eine wirkliche Veräußerung vorgenommen worden; denn der Schuldner ist jetzt wenigstens nicht außer Gefährde, daß er noch nicht bezahlt hat. Diese Gefährde wird ihm wie diejenige angerechnet, welche bey der Veräußerung selbst begangen worden ist. Wäre also wirklich dadurch eine Gefährde begangen worden, daß der Schuldner dem Gläubiger seine Bezahlung von dem Kaufgelde versprochen, er hatte aber bey dieser Versicherung blos die Absicht, die Befreyung von der Hypothek durch diese Vorspiegelung zu erhalten, und war gar nicht

Willens,

Willens, seinen Gläubiger jetzt wirklich zu bezahlen; so muß die Aufhebung des Pfandrechts für gar nicht geschehen betrachtet werden, und es kann dasselbe allenfalls selbst gegen einen dritten Besitzer der Hypothek verfolgt werden, der die verpfändete Sache, nach einer solchen listig erschlichenen Einwendung, und nachdem der Schuldner dieses Pfand nachher wieder an sich gebracht, solches von diesem acquirirt hat. Von dem Falle, wo das veräußerte Pfand durch einen mit der vorigen Veräußerung ganz und gar nicht zusammenhängenden Handel aufs neue ein Eigenthum des Schuldners geworden ist, darf derjenige Fall nicht verwechselt werden, wo der Veräußerungsvertrag rückgängig geworden ist, z. B. wegen der Legis commissoriae, oder wegen wesentlicher Fehler der Sache, oder wegen der vorbehaltenen Reue, oder weil Betrug, Gewaltthätigkeit, Ausfall der verabredeten Bedingungen, die persönlichen Umstände des Verkäufers oder Käufers, oder andere Umstände eine Ungültigkeit veranlassen. In allen diesen Fällen ist die Veräußerung als nicht geschehen zu betrachten, der Schuldner erhält die Sachen von demjenigen, dem er solche überlassen, als wenn er sie nie veräussert hätte, zurück, und das vorige Pfandrecht bleibt ungekränkt [h]). In der L. 11. D. quib. mod. pign. hat der Rechtsgelehrte, von dem die Stelle herrührt, mit Fleiß den Umstand angenommen, daß die Tochter, Seja Septicia, auf die väterliche Erbschaft Verzicht gethan; denn wenn dieses nicht geschehen wäre, so würde sie nicht nur dem persönlichen Anspruch der Mutter ausgesetzt gewesen seyn, sondern die Mutter würde auch die Hypothekenklage haben anstellen können, weil der Besitz des Pfandes und die persönliche Verbindlichkeit einer Erbin bey der Tochter zusammen kamen. Da der Erblasser, als Personalschuldner, sich bey dem Besitz des Pfandes die Hypothekenklage hätte gefallen lassen müssen, so wäre ein Gleiches von der Erbin zu sagen gewesen.

Eben

h) Arg. L. 10. §. 1. D. quib. mod. pign.

Eben so wird auch aus der Zurückgabe des Pfandes i), oder der Pfandverschreibung k), wenn keine besondere und andere Absicht dabey zum Grunde liegt; desgleichen daraus, weil der Pfandgläubiger, ohne Vorbehalt seines bisherigen Pfandrechts, von dem Schuldner neuerlich einen Bürgen zur Sicherheit angenommen l), eine stillschweigende Erlassung des Pfandrechts geschlossen. Die L. 3. D. de pign. act. setzt voraus, daß der, von dem das Pfand zurück gegeben worden, worauf der Schuldner dasselbe in Besitz genommen, sich auf die Ehrlichkeit des Schuldners verlassen und gewiß vermuthet habe, es werde ihm die Schuld bezahlt werden. War der Gläubiger nicht gesonnen, das Pfand aus den Händen zu geben, und seinen Schuldner damit aus den Händen zu lassen, so behielt er sein Pfandrecht, wie es zeither gewesen war. Die List des Schuldners, der in diesem Gesetz angeführt wird, welcher selbst im Hause blieb, aber das Pfand einem Andern zusteckte, konnte ihm eben so wenig helfen, als in andern Fällen ein Betrug Niemandem hilft. Ueberdieses machte sich der Schuldner eines furti possessionis schuldig, da er dem Gläubiger den Besitz des Pfandes heimlicher und gewinnsüchtiger Weise wider seinen Willen entzogen hatte. Die L. 9. C. de remiss. pign. handelt von einem Falle, wo der Schwiegersohn für seinen Schwiegervater eine Schuldpost bezahlt, sich die Pfänder von dem Gläubiger hatte ausliefern, und das Pfandrecht geben lassen. Nicht lange nachher übergab er dem Schwiegervater das Pfand, welches in Sclaven bestand, ohne daß er die bezahlte Summe dagegen erhalten hatte. Daß er sein Geld nebst Zinsen wieder bekommen mußte, war keinem Zweifel unterworfen; aber fragen konnte man, ob das Pfandrecht für erloschen zu halten sey, oder nicht? und diese Frage wird

i) L. 3. D. de pign. act. L. 9. C. de remiss. pign.
k) L. 7. C. de remiss. pign.
l) L. 14. D. quib. mod.

wird im Gesetz mit Ja beantwortet. Daß es in dergleichen Fällen besonders auf die Umstände ankomme, sieht man aus den Gesetzen m) deutlich. Was die Rückgabe des Pfandes und der Pfandverschreibung betrifft, so tritt dabey hauptsächlich der wichtige Unterschied ein, daß jene blos das Pfandrecht tilgt, diese aber zugleich die Forderung aufhebt n).

## §. 1105.

Die Aufhebung des Pfandrechts kann sich entweder auf das ganze Pfand erstrecken, oder blos auf einen Theil desselben o). Wenn die Verpfändung einer gemeinschaftlichen Sache blos von dem einen Miteigenthümer vorgenommen worden ist, so haftet das Pfandrecht nur auf einem Theile des Pfandes, die hypothekarische Klage mag angestellt werden, gegen welchen Besitzer es sey. Gleiche Bewandniß hat es mit der Aufhebung des Pfandrechts. Ist das Pfandrecht einer ungetheilten Hälfte erlassen worden, so bleibt doch jeder Theil des Ganzen immer noch mit dem Pfandrechte behaftet; daher kann ein Besitzer eines Theils nie des ganzen Theils wegen in Anspruch genommen werden, sondern die Hälfte geht allemal ab. Ob die Abrede über die Erlassung des Pfandrechts mit dem alleinigen Eigenthümer einer ungetheilten Hälfte genommen worden; oder ob zwey Eigenthümer vorhanden sind, und nur der Antheil des Einen wurde von dem Pfandrechte frey erklärt, ist in dieser Absicht einerley; denn es wird doch allemal nur die Befreyung einer unabgetheilten Hälfte dadurch bewirkt. Die Hypothekklage hat daher sogar gegen denjenigen Besitzer des Pfandes statt, dessen gemeinschaftlicher Antheil

m) L. 1. §. 1. D. de liberat. legat.

n) L. 2. §. 1. D. de pact. L. 59. D. de legat. III. L. 3. §. 1. D. de liberat. legata.

o) L. 7. §. 7. L. 8. §. 3. D. quib. mod. pign.

Antheil am Pfande zwar von dem Pfandrechte befreyt worden ist, der aber doch das ganze Pfand besitzt, folglich auch die andere Hälfte, worauf das Pfandrecht noch haftet. Der Gläubiger kann gegen jeden der Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Sache einzeln die Hypothekklage anstellen, und der Beklagte kann ihm die Einrede mehrerer Interessenten nicht entgegen setzen. Das Pfandrecht ist untheilbar, folglich haftet jeder Miteigenthümer der Sache, worauf das Pfandrecht liegt, ganz; nur thut der Kläger nicht wohl, wenn er blos den einen von den Miteigenthümern in Anspruch nimmt, weil der andere diesen Proceß und das darin gesprochene Urthel nicht zu respectiren braucht. Hätte der eine Miteigenthümer seinen Antheil der Schuld bezahlt, so würde das Pfand doch immer noch wegen des unbezahlten Theils der Schuld haften, und da der Beklagte nicht blos den Antheil besitzt, der frey geworden, sondern das ganze Pfand ohne körperliche Abtheilung, so muß er sich wegen des andern Antheils noch auf die Klage einlassen. Gleiche Bewandniß hat es mit der Auflassung des Pfandrechts. Sie ist eben so anzusehen, als wenn der Gläubiger durch Befriedigung sein Pfandrecht verlohren hätte. Der Gläubiger kann also selbst gegen den, dem er auf seinen Antheil das Pfandrecht erlassen, wegen des andern Antheils Klage erheben.

Die Aufhebung des Pfandrechts kann nicht nur in Person declarirt und acceptirt werden, sondern auch durch einen Bevollmächtigten p). Daß ein Erlassungsvertrag, der mit des Schuldners Bevollmächtigten geschlossen worden, dem Schuldner zwar nicht die Einrede des Vertrags, aber doch die, in deren Ermangelung, der Billigkeit wegen eingeführte Einrede des Betrugs verschaffe, ist in Gesetzen deutlich enthalten. Gleiche Bewandniß hat es mit dem Bevollmächtigten des Pfandgläubigers, und sein über die Erlassung des Pfandrechts geschlossener Vertrag ver-



p) L. 7. §. 2. D. quib. mod. pign.

schafft dem Schuldner ebenfalls die Einrede des Betrugs q). Der Sohn und Sclave des Schuldners erwarben bey den Römern dem Vater und Herrn, wegen ihres nähern Verhältnisses, die Einrede des Vertrags r). In Teutschland bedarf es zur Annahme der Erlassung gar nicht einmal einer Vollmacht.

Weil ein Cessionarius und der eingetretene Selbstschuldner eben die Rechte und Verbindlichkeiten haben, welche der eigentliche und erste Gläubiger und Schuldner hatten, und mithin für keine Bevollmächtigte zu halten sind, so ist eine von ihnen verabredete Erlassung der Schuld oder des Pfandrechts, ohne allen Zweifel zu Recht beständig s).

Bey Unmündigen ist die Begebung des Pfandrechts, als eine nachtheilige Handlung, nicht anders gültig, als wenn ein gerichtliches Decret darüber ertheilt und alles andere beobachtet worden, was bey der Veräußerung der Güter der Unmündigen nöthig ist t). Hat der Fiduciarerbe die Erlassung eines Anspruchs bewirkt, der auf den Erbgütern liegt, so kommt diese Aufhebung des zeither vorhandenen Rechts auch dem fideikommissarischen Erben zu Gute u). Die Gesetze machen in dergleichen Fällen einen Unterschied, ob der Vertrag auf eigenem Namen, oder ob er zum Vortheil der Erbschaft geschlossen worden ist. Im letztern Fall kann sich der Fideikommißerbe der von dem Fiduciar erworbenen Rechte schlechthin bedienen; ist aber der Vertrag auf eigenen Namen eingegangen worden, so muß der Fiduciarerbe dem Fideikommissarius sein Recht erst abtreten x).

Sobald

q) L. 10. §. vlt. L 12. D. de pact.
r) Noodt de pactis et transact. cap. 24 et 27.
s) L. 8. §. 2. D. quib. mod. pign.
t) L. 7. pr. D. quib. mod. pign. L. 22. C. de admin. tut.
u) L. 8. §. 1. D. quib. mod. pign.
x) Cuiacius in tract. VII. ad African. ad L. 21. pr. D. de fideiuss.

Sobald der zeitherige Pfandgläubiger Eigenthümer von dem Pfande geworden ist, so läßt sich weiter kein Pfandrecht denken, mithin hört ein Recht dieser Art nach eingetretener Confusion auf y).

Hatte derjenige, von dem das Pfandrecht ertheilt worden ist, kein beständiges, immerwährendes und unwiederrufliches Recht und Eigenthum an der verpfändeten Sache, so kann sein ertheiltes Pfandrecht ebenfalls kein beständiges und bleibendes Recht seyn, sondern sobald des Schuldners Recht aufgehört hat, und das Eigenthum der verpfändeten Sache an solche Personen kommt, die dieses Unterpfand nicht dem Verpfänder zu verdanken haben, so hört auch das Pfandrecht auf. Dieser Fall tritt ein, wenn die Verpfändung von einem Erbzinsmanne geschehen ist, und das Erbzinsgut ist durch die Consolidation oder Privation an den Erbzinsherrn zurückgefallen; oder wenn der jetzige Eigenthümer wegen einer vorhandenen addictionis in diem z), oder wegen der Legis commissoriae, sein Eigenthum wieder verliert; oder wenn das Grundstück einer Stammvererbung unterworfen ist, und es fällt an die Stammnachfolger zurück a). Eine addictio in diem giebt dem Käufer entweder gar kein gegenwärtiges Eigenthum, sondern nur ein noch eventuelles, und von einer künftigen Begebenheit abhängendes Recht, wenn sie suspensiv ist; oder ein zeitliches wiederrufliches Recht, wenn sie resolutiv verabredet worden ist. Das pactum displicentiae läßt dem Käufer sein beständiges Eigenthum, bewirkt aber für den Verkäufer ein persönliches Recht, die verkaufte Sache wieder zurück zu nehmen. Anders verhält es sich, wenn der Verpfänder an sich ein



y) L. 20. §. 3. D. de pign. act. L. 9. pr. D. quib. mod. pign.

z) L. 3. D. quib. mod. pign. L. 4. §. 3. D. de in diem addict. Faber in Error. Pragm. Dec. 23. Err. 1 sqq.

a) L. vlt. C. comm. de legat. Nov. XLIX.

immerwährendes Eigenthum an der Sache hat; er begiebt sich aber desselben aus freyer Willkühr, oder er muß die Sache vermöge einer persönlichen Verbindlichkeit zurück geben. Dieser Fall tritt bey der Redhibition [b]), der Verletzung über die Hälfte, dem Wiederkauf, dem Abtrieb, dem pacto displicentiae, bey dem Wiederruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit des Beschenkten, der condict. indebiti ob turpem causſam, causſa dat. causſa non sec. u. s. f. ein. Giebt der Käufer die mangelhafte Sache zurück, so geschieht dieses nach seiner freywilligen Entschließung; er kann daher durch solche dem Gläubiger, welchem er selbst ein Pfandrecht ertheilt hat, dasselbe nicht wieder nehmen. Deswegen muß der Käufer dem Verkäufer, dem er die mangelhafte Sache zurückgiebt, Vorstand und Sicherheit bestellen, daß er kein Pfandrecht auf die Sache gelegt habe, oder ist es geschehen, daß sich der Verkäufer, der nun seine Sache zurück bekommen, seiner Sicherheit wegen daran halten könne [c]).

Das Pfandrecht ist, wie alle andere Rechte, ebenfalls der Verjährung unterworfen; es muß aber bey dieser Art, das Pfandrecht aufzuheben, allemal die Verjährung des Eigenthums von der verpfändeten Sache, von der Verjährung des Pfandrechts unterschieden werden. Verjährt eine dritte Person das Eigenthum des Pfandes wider den Verpfänder, so folgt daraus noch nicht, daß auch das Pfandrecht des Gläubigers verlohren sey, sondern es ist damit eben so, wie mit der Veräußerung des Pfandes, die der Schuldner vorgenommen hat. Wenn er gleich hierdurch sein Eigenthum verlohren hat, so verursacht dieser Umstand gleichwohl dem Pfandgläubiger nicht den geringsten Schaden. Es kann seyn, daß in einem einzelnen Falle von ohngefähr, binnen eben der Zeit, als das

b) L. 4. pr. D. quib. mod. pign. L. 43. §. 8. D. de aedil. edicto.

c) L. 21. §. 1. D. de aedil. edicto.

das Eigenthum gegen den Verpfänder verjährt wird, auch das Pfandrecht gegen den Gläubiger von einem dritten Besitzer des Pfandes verjährt wird; allein demohnerachtet bleibt die bloße Verjährung von der letztern unterschieden [d]). Die Mühe, welche sich die alten Glossatoren gegeben haben, die L. 7. C. de pign. mit andern bekannten Rechtsgrundsätzen zu vereinigen, war ganz unnöthig. Weil ein dritter Eigenthumsbesitzer, in zehen oder zwanzig Jahren, die Befreyung vom Pfandanspruch erwirbt, so glaubten sie, dieses Gesetz streite dagegen, da es die Verjährung in ordentlicher Verjährungszeit bey dem Pfandrechte ausschließe. Sie erklärten deswegen dieses Gesetz blos von beweglichen Sachen, deren Verjährung in drey Jahren beendigt sey. Die kurze Verjährung von drey Jahren, sagten sie, beraubt zwar den vorigen Eigenthümer seines Eigenthums, aber sie entzieht dem Gläubiger sein Pfandrecht nicht. Sie behaupteten ferner, die dreyßigjährige Verjährung der Mobilien allein werde vsucapio, die zehen- und zwanzigjährige Verjährung der Grundstücke aber allemal praescriptio genennt. — Wenn die Glossatoren mit der Geschichte der Verjährung bekannt gewesen wären, so würden sie keine solche Erklärung gebilligt haben. Man muß sich wundern, wie der große Cujaz [e]) diese Accursianische Erklärung für richtig halten, und sogar behaupten können, daß bey Mobilien sonst nie eine Präscription, sondern allemal nur eine Usukapion statt gefunden habe. Das Gesetz ist unter dem Kaiser Gordianus gegeben worden. In dieser Zeit war weiter keine Usukapion bekannt, als die von ein und zwanzig Jahren, und jede andere Verjährung hieß praescriptio. Das Gesetz enthält blos den Gedanken, wenn ein dritter Besitzer das Eigenthum gegen



d) L. 7 C. de pign. L. 44. §. 5. D. de vsurp. et vsuc. L. 12. D. pro emt. L. 2. D. pro hered. L. 1. §. 2. D. de pign.

e) Cviac. ad L. 7. C. de pignor. et ad tit. Cod. si aduers. cred.

den Verpfänder der Sache in einer Zeit von ein oder zwey Jahren verjährt hat, so wird das Pfandrecht des Gläubigers dadurch noch nicht aufgehoben. Dieser Satz widerspricht den Gesetzen, nach welchen ein dritter Besitzer nach zehen oder zwanzig Jahren durch die Verjährung gegen den Pfandgläubiger gedeckt ist, nicht. Eben so irrig ist es, daß die zehen- und zwanzigjährige Verjährung der Grundstücke nicht vsucapio, sondern praescriptio genennt werde; denn deutliche Gesetze f) beweisen das Gegentheil. Der Kaiser Carakalla hat die dreyßigjährige Präscription der beweglichen Sachen eingeführt, mithin ist es falsch, daß es vor Justinian keine Präscription der Mobilien, sondern blos eine Usukapion derselben gegeben habe. Es ist nicht zu leugnen, daß das Gesetz von der Usukapion sowohl der beweglichen als unbeweglichen Güter zu verstehen sey. Der darin enthaltene Satz war nicht nur zu des Kaiser Gordians Zeiten richtig, sondern er ist es auch nach der Justinianeischen Jurisprudenz geblieben. Die Usukapion des Eigenthums wird binnen drey Jahren bey beweglichen, binnen zehen oder zwanzig Jahren bey unbeweglichen Sachen vollendet. Das Pfandrecht hingegen erlöscht nie binnen einer kürzern Zeit, als zum wenigsten von zehen oder zwanzig Jahren; und alsdenn heißt es nicht vsucapio, womit sich der Besitzer gegen den Gläubiger schützt, sondern praescriptio. Es ist falsch, was Cujaz g) behauptet hat, daß das Pfandrecht an Mobilien binnen drey Jahren von einem dritten Besitzer verjährt werde; denn davon steht in keinem der Gesetze etwas, die von der Verjährung der hypothekarischen Klage handeln. Man nehme also an, daß ein dritter Besitzer, der alle Erfordernisse der Usukapion für sich hat, das Eigenthum in zehen Jahren gegen den Verpfänder verjähre, und er sey binnen dieser Verjährungszeit von dem Pfandgläubiger des

f) Pr. Inst. de vsucap.

g) Cuiacius ad tit. Cod. si aduers. credit. praescript. opp.

des Pfandanspruchs wegen niemals in Anspruch genommen worden, es war ihm auch gar nichts davon bewußt; hier wird es freylich von ohngefähr zutreffen, daß die Usukapion des Eigenthums und die Präscription des Pfandrechts zugleich eingetreten sind; deswegen bleibt aber die erstere Verjährung immer von der zweyten sehr unterschieden. Nicht selten kann sich der dritte Besitzer nicht anders, als durch eine dreyßigjährige Präscription gegen die Anstellung der hypothekarischen Klage schützen; oft ist die Verjährung des Pfandrechts durch eine Interpellation oder auf andere Weise gehindert worden, obgleich die Usukapion des Eigenthums ihren ruhigen Fortgang behalten hat; oder umgekehrt, die Usukapion des Eigenthums hat wegen gewisser Hindernisse nicht vollendet werden können, die Präscription des Pfandes hingegen ist vor sich gegangen; oder die Verpfändung ist erst neuerlich vorgenommen worden, wo der Besitzer die Usukapion des Eigenthums schon längst angefangen hatte. In allen diesen Fällen werden Usukapion des Eigenthums und Präscription des Pfandrechts nicht zugleich vollendet, und es bleibt zwischen beyden allemal ein Unterschied.

Cujaz erörtert zugleich mit den Glossatoren die Frage, wie es werde, wenn der Gläubiger das schon usukapirte Grundstück durch die hypothekarische Klage in Anspruch genommen, und solches zu seiner Befriedigung ausgeliefert erhalten habe? Gesetzt, der Verpfänder melde sich nunmehr, biete dem Gläubiger seine Zahlung an, und verlange sein Pfand von ihm zurück. — Der Gläubiger ist schuldig, solches dem Verpfänder auszuliefern. Kann derjenige, welcher das Eigenthum durch die Usukapion erworben, die Sache dem Verpfänder wieder abfordern? — Diese Frage kann nach dem Justinianeischen Rechte eigentlich gar nicht aufgeworfen werden. Gegen den dritten Besitzer hat kein Pfandanspruch statt, so lange der Schuldner im Stande ist, die Schuld selbst zu bezahlen; folglich läßt es sich nicht gedenken, daß, wenn die hypothekarische Klage gegen einen dritten Besitzer angestellt worden, und

das Urthel vollstreckt werden soll, nun noch der Schuldner kommen und die Bezahlung anbieten könne. Gesetzt aber, daß der Beklagte die Einrede der Rechtswohlthat der Excussion vorzuschützen vergessen, oder der Schuldner erst jetzt zu Gelde gekommen sey; so wird doch diese Frage nicht statt finden. Der Gläubiger darf das ausgeklagte Pfand dem Verpfänder gegen Bezahlung der Schuld nicht herausgeben; oder eine solche Auslieferung wäre null und nichtig. Der dritte Besitzer hat es demselben nicht dazu eingeräumt, daß er damit nach seinem Gefallen verfahren soll. Er soll es zur öffentlichen Versteigerung bringen, seine Befriedigung von dem Kaufgelde nehmen, und das übrige dem Beklagten wieder herausgeben. Es ist eben so, als wenn der Schuldner sein Pfand, worauf von Gerichts wegen bey dem Gläubiger Arrest gelegt worden, von diesem zurückforderte. So wenig in diesem Falle der Verpfänder das Pfand von dem Gläubiger abfordern darf, so wenig kann er es in jenem. Ueberdieses würde, sobald der Schuldner den Gläubiger befriedigt, seine zeitherige Hypothek erlöschen, folglich der Grund wegfallen, weswegen die Hülfsvollstreckung und Ausklagung nöthig war; und daher würde der Beklagte die ausgeklagte Sache nunmehr mit Recht wieder fordern. Daß übrigens, wenn der Gläubiger allein daran Schuld ist, daß eine dritte Person die Usukapion des Eigenthums wider den Verpfänder vollenden können, jener dem Verpfänder allen dadurch verursachten Schaden vergüten müsse, versteht sich von selbst.

Bey der Verjährung des Pfandrechts kommt es ferner darauf an, ob der Schuldner, oder sein Erbe, oder ein Dritter, das Pfand im Besitz gehabt. Im ersten und zweyten Falle wird eine Zeit von vierzig Jahren erfordert, ehe der Gläubiger durch Stillschweigen und Nichterinnern des Schuldners um sein Recht kommt; im dritten Falle hingegen kommt es darauf an, ob der dritte Besitzer das Pfand als Eigenthümer, oder als Pfandgläubiger in Händen hat. Besitzt er das Pfand als Eigenthümer, und weiß es nicht, daß ein Pfandrecht darauf

haftet,

haftet, so ist die Verjährung nach zehen oder zwanzig Jahren vollendet; weiß er es aber, daß ein Pfandrecht darauf haftet, so wird nach dem römischen Rechte eine dreyßigjährige Nachläßigkeit von Seiten des Pfandgläubigers erfordert. Hat der Besitzer den Besitz blos als Gläubiger ausgeübt, so muß er bey Lebzeiten des Schuldners vierzig Jahr ununterbrochen im Besitz gewesen seyn, wenn er sich dadurch gegen das Pfandrecht eines andern Gläubigers decken will. Nach dem Tode des Schuldners wird ein dreyßig- oder vierzigjähriger Besitz erfordert, um gegen das Pfandrecht eines andern Gläubigers gedeckt zu seyn; nachdem er entweder die Zeit seines eigenen Besitzes allein in Rechnung bringt, oder die Zeit mit dazu rechnet, wo der Schuldner das Pfand selbst noch besessen hat [h]). Zu der Zeit, da die L. 1. C. si adu. credit. publicirt wurde, konnte der Schuldner die Pfandklage noch gar nicht verjähren; denn der Kaiser Theodosius hat die Verjährung der Schuldforderungen eingeführt, wodurch der Schuldner selbst von der Schuld befreyet, und des Gläubigers Personalforderung getilgt wird [i]). Eben dieser Kaiser scheint in dem angeführten Gesetze die vor ihm nach zehen oder zwanzig Jahren statt findende Verjährung der hypothekarischen Klage wider einen dritten Besitzer ebenfalls auf dreyßig Jahre gesetzt zu haben. Davon aber kommt nichts im Gesetz vor, ob die hypothekarische Klage gegen den Schuldner selbst soll verjährt werden können. Daß nach der L. 7. pr. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor. die hypothekarische Klage vierzig Jahre dauern soll, hat vermuthlich keinen andern Grund, als weil die Verjährung bisher in dergleichen Fällen gar nicht statt hatte, und man sie deswegen nunmehr nicht der Verjährung in andern Fällen gleich machen wollte. Bey der Anführung der Ver-

h) L. 1 et 2. C. si aduerf. credit. L. 7. pr. §. 1. 2. 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

i) L. 3. C. de praescr. trig. vel quadrag. annor.

Verjährung der dreyßigjährigen Klage wider einen dritten Besitzer wird nichts davon gesagt, daß ein solcher Besitzer vorausgesetzt werde, der von dem Pfandrecht Wissenschaft habe; man muß es aber deswegen annehmen, daß ein solcher Besitzer gemeynt sey, weil sonst ein Widerspruch der Gesetze herauskommen würde. Der Grund, warum die hypothekarische Klage nach des Schuldners Tode noch dreyßig Jahre wider den dritten Besitzer angestellt werden könne, glaubt Cujaz, bestehe darin, weil der Pfandinhaber nun nicht mehr auf den Namen des Schuldners besitze; der Schuldner selbst könne keinen Besitz mehr haben, weil er gestorben; auf die Erben gehe der Besitz durch die Erbschaftsantretung nicht über, mithin besitze der Pfandinhaber nunmehr auf seinen eigenen Namen.

Bisweilen verliert der Pfandinhaber sein Recht wegen eines verübten Mißbrauchs desselben, und wegen übler Behandlung der verpfändeten Sache [k]). Verschwindet die verpfändete Sache, oder sie wird gar vernichtet, so hört natürlicher Weise auch das Pfandrecht auf; es entsteht aber wieder, wenn die verpfändete Sache wieder hergestellt worden ist [l]). Bey der Verwandlung der Sache in eine andere Gestalt kommt es, wie bey andern Fällen, darauf an, ob der Sache die vorige Gestalt wieder gegeben werden kann, oder ob dieses nicht angehe [m]). Faber [n]) leugnet es, daß man einen Unterschied machen müsse, ob der veränderten Sache ihre vorige Gestalt wieder gegeben werden könne, oder nicht; sondern in beyden Fällen höre das Pfandrecht auf, sobald eine Hauptveränderung mit der Sache vorgenommen worden sey. Die Veränderung eines

Stück

k) L. 24. §. 3. D. de pign. act.

l) L. 35. D. de pignor. L. 8. pr. D. quib. mod. pign.

m) L. 18. §. 3. D. de pign. act. L. 16. §. 2. D. de pignor.

n) Ant. Faber in Rat. ad Pand. ad L. 18. §. 3. D. de pign. act.

Stück Landes, dessen Oberfläche nur eine andere Gestalt erhalten habe, sey keine völlige Veränderung. — So viel ist richtig, daß wir keine Gesetze anführen können, worin eben der Unterschied bey dem Pfandrechte, in Rücksicht auf die geschehene Veränderung gemacht wird, als bey dem Eigenthumsrechte; es muß aber hier von der Aehnlichkeit der Sache geschlossen werden. Endlich fällt das Pfandrecht auch weg, wenn bey erhobenem Rechtsstreit über dasselbe der Schuldner ein beyfälliges Urthel erhält, worin dem Kläger das Pfandrecht aberkannt worden ist; oder wenn der Gegentheil den Eyd geleistet hat, wodurch die Existenz des Pfandrechts in Gewißheit gesetzt werden sollen o).

o) L. 5. §. 3. L. 13. D quib. mod. pign.

# Lib. XXI. Tit. I.

# de aedilitio edicto.

## §. 1106 — 1112.

Eine in den Gesetzen weitläuftig ausgeführte Verbindlichkeit des Verkäufers einer Sache besteht in der Gewähr der Mängel. Sie ist zwar von der Verbindlichkeit zur Gewährsleistung unterschieden; aber wegen mancher Schäden des Käufers kann die Forderung der Entschädigung, als Gewährsleistung der Mängel, und als Evictionsleistung zugleich angebracht werden, und hier hat der Käufer die Wahl, von welcher Seite er die Sache betreiben will. Es giebt auch Fälle, wo Gewährsleistung und Gewähr der Mängel dem Käufer zugleich obliegen, nämlich alsdenn, wenn Jemand an der verkauften Sache einen Anspruch gemacht hat, und sie ist überdieses auch mit Fehlern behaftet [a]). Für Mängel zu haften, welche die Sache ganz unbrauchbar machen, oder deren Werth vermindern, ist eine Verbindlichkeit, die aus der Natur des Kaufcontracts fließt; und daher wird selbst bey den Geschäften eines Unmündigen darauf Rücksicht genommen [b]). Im römischen Rechte findet man viele Verordnungen über diese Verbindlichkeit, die durch Edicte der Aedilen genauer bestimmt worden war [c]), und deren Inhalt hauptsächlich folgender war. — Für Mängel, welche die verkaufte Sache habe, solle der Verkäufer haften, wenn

a) L. 16. §. 2. D. de euict.
b) L. 1. §. 5. D. de aedilit. edicto.
c) L. 1. §. 1. L. 25. §. 9. L. 38. pr. et §. 5. D. h. t.

wenn er es auch nicht versprochen, sondern nur dem Käufer nichts von diesen Fehlern gesagt habe. Wenn er der Mängel wegen etwas versprochen, oder Eigenschaften der Sache angeführt habe, die sie doch nicht hat, so solle es eben so, wie im vorigen Falle, gehalten werden. Bey der Zurückgabe der Sache um der Mängel willen müsse der Käufer alle zeither erhobene Nutzungen zugleich mit zurück geben, ja sogar für den ihr zugefügten Schaden haften, dagegen könne er aber eine Entschädigung für die Verwendungen fordern. Bey einem verkauften Sclaven sey besonders darauf Rücksicht zu nehmen, ob eine noxa auf ihm hafte, und ob er Handlungen, die von einer Melancholie oder Raserey herrühren, vorgenommen habe. Gegen das, was der Käufer geleistet habe, solle auch der Verkäufer das von jenem erhaltene Geld zurück geben, oder im Weigerungsfalle zur Vergütung des doppelten Werthes verpflichtet seyn. Wer ein Pferd, dem deswegen Sattel und Zeug und andere Zierrathen aufgelegt worden, damit es desto eher Liebhaber finde, gekauft habe, der müsse diese Dinge mit bekommen; und es solle des Schmucks und der Mängel wegen auf gänzliche Aufhebung des Contracts, oder, nach Beschaffenheit der Umstände, auf die Verminderung des Werths geklagt werden können. Bey einem Verkauf mehrerer zusammengehörender Stücke, solle der Fehler an einem oder dem andern Stück davon die Rückgabe aller rechtfertigen. Den Sclaven pflegt beym Verkauf eine Tafel angehängt zu werden, worauf ihre Eigenschaften angegeben waren, welche Tafel titulus hieß. Von Grundstücken stand nichts im Edict; es wurde aber durch die Juristen darauf ausgedehnt [d]).

Der Verkäufer haftet für Mängel, welche in dem Aedilischen Edict durch die Worte: morbos et vitia, bezeichnet wurden, und welche darin bestehen, daß der Sache die-

d) Ranchini in var. lect. Lib. I. cap. 4. in Otton. Thes. Tom. III. pag. 911.

diejenigen Eigenschaften fehlen, die gewöhnlich vorhanden sind, oder welche der Käufer zu vermuthen und zu erwarten berechtigt ist. Ein solcher Mangel ist also nicht vorhanden, wenn zwar der Sache etwas fehlt, womit sie von der Natur begabt ist, der Käufer hat aber von diesem Mangel keinen Schaden, oder er rechnete gar nicht auf die fehlende Eigenschaft. Erwartet er, daß die gekaufte Sache diesen Mangel nicht habe, und ist ihm auch daran gelegen, daß die Sache den Fehler nicht habe, so ist es anders e). Die Castration ist zwar keine Krankheit, und auch kein eigentlicher Fehler, es kommt aber doch nach Verschiedenheit der Umstände viel darauf an. Wer ein Pferd zum Reiten kauft, dem ist ein Wallache nützlicher als ein Hengst; also haftet ihm der Verkäufer nicht, daß das Pferd Wallache ist. Wer ein Schwein zum Schlachten kauft, dem haftet der Verkäufer nicht, wenn es eine geschnittene Sau ist. Wer einen Maulesel kauft, der weiß es und muß es nach der Benennung schon wissen, daß dies Thier zur Erzeugung nicht taugt, aber dafür andern Nutzen hat; wer aber ein Pferd zum Beschelen kauft, eine Sau zur Zucht halten will, dem haftet der Verkäufer, wenn er geglaubt, ein dazu tüchtiges Stück zu bekommen, und es fehlt hernach an dieser Tüchtigkeit. Ist der Schnitt beym Wallachen nicht gut gerathen, und dem Pferde dadurch Schaden geschehen; so ist es auf alle Fälle ein zu gewährender Mangel. Noch weniger ist es ein Fehler, wenn Magd oder Thier schwanger oder trächtig sind f). Desgleichen ist es kein Fehler, wenn sie erst kürzlich gebohren haben; jedoch wird vorausgesetzt, daß sie bey der letzten Geburt nicht etwa ungesund geworden sind g). Eben so ist es kein Mangel, wenn die verkaufte Sclavin den Namen nicht hat, den der Verkäufer beym Verkauf angegeben hat,

e) L. 38. §. 7. D. de aedil. edicto.
f) L. 14. §. 1. D. de aedil. edicto.
g) L. 14. §. 2. D. do aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0340
DFG

hat, sondern einen andern [h]). Es läßt sich kein dissensus in nomine anders denken, als daß der Verkäufer oder Käufer dem Sclaven den unrechten Namen gegeben und darnach gehandelt hat. Auch schadet einige Ungestaltheit nicht, wenn sie die Benutzung der gekauften Sache nicht hindert [i]).

Was unter Gewährsmängeln zu verstehen sey, findet man in Gesetzen angeführt [k]). Wie die Römer morbus und vitium unterschieden haben, läßt sich schwer bestimmen; es kommt aber auch nichts darauf an. Um der Schwierigkeit auszuweichen, haben die Aedilen beyde Worte zugleich gebraucht, und einerley von beyderley Mängeln verordnet [l]). Gewiß ist es, daß sich morbi nur bey Menschen und Vieh denken lassen, vitia aber auch bey andern Sachen. Ein Beyspiel eines zu gewährenden Fehlers ist es z. B. wenn der Ochse stößig ist, und das Pferd immer rückwärts geht, oder zu scheu ist, als daß es gebraucht werden könnte, oder wenn ein Thier beständig ohne Ursache die Flucht nimmt [m]). Ein Fehler der Sache ist es, wenn das Grundstück mit Servituten beschwert ist. Deshalb hat die Gewährsleistung statt; man kann diesen Umstand aber auch als einen zu gewährenden Mangel behandeln [n]). Hierher war es ferner zu rechnen, wenn die verkaufte Sache eine res diuini iuris oder publica war, und der Käufer sie also nicht, wie er hoffte, nutzen konnte [o]). Der Handel war in solchen Fällen ungültig, oder es hatte redhibitoria statt, und diese gieng zugleich auf id quod interest. Hierher gehörte es ferner, wenn der Sclave

Privat-

h) L. 9. §. 1. D. de contrah. emt. vend.
i) L. 12. §. 1. D. de aedil. edicto.
k) L. 1. §. 7. D. de aedil. edicto.
l) L. 101. §. 2. D. de verb. signif.
m) L. 43. pr. D. de aedil. edicto.
n) L. 61. D. de aedil. edicto.
o) L. 62. §. 1. D. de contrah. emt.

Privatverbrechen begangen hatte, und deswegen noch eine Noxalklage statt hatte [p]). Konnte diese Klage nicht mehr angestellt werden, so hatte der Käufer keinen Schaden davon, wenn auch der gekaufte Sclave vorher eine noxam begangen hatte, der Beschädigte war aber schon befriedigt worden. Ein so wichtiger Fehler in den Sitten und der Denkungsart des Sclaven war diese That nicht, daß der Verkäufer für schuldig gehalten werden konnte, dem Käufer etwas davon zu sagen. Blos bey begangenen wichtigen Verbrechen mußte eine solche Anzeige geschehen. Daß unter noxis nur Privatverbrechen verstanden wurden, sieht man aus den Gesetzen [q]) deutlich. Hiernächst haftet der Verkäufer für Eigenschaften, die er von der Sache behauptet hat, ob sie gleich der Käufer sonst nicht erwarten konnte; daher verlangten die Aedilen, daß der Verkäufer dafür haften solle, quod dictum promissumue est [r]). Uebrigens müssen dergleichen versicherte Eigenschaften nur nach der Billigkeit erklärt und blos nach der Mittelmäßigkeit beurtheilt werden; daher haftet der Verkäufer für den höchsten Grad nicht [s]). Hat der Verkäufer die Sache für ganz vollkommen ausgegeben, so muß er auch für den Grad der Vollkommenheit stehen, den man zu erwarten berechtigt ist [t]). Bey bloßer Erwähnung und Anführung gewisser Eigenschaften kommt es darauf an, ob sich der Verkäufer bestimmt auf etwas eingelassen, oder nur im Allgemeinen etwas von der Güte der ausgebotenen Sache einfließen lassen. Im ersten Falle muß er sich nach seinen Worten beurtheilen lassen; im zweyten aber wird er zu nichts verbindlich [u]). Was blos auf ein allgemeines Lob hinaus-

p) L. 17. §. 17. D. de aedil. edicto.

q) L. 17. §. 18. D. de aedil. edicto. VOORDA interp. et emend. cap. 12.

r) L. 19. §. 2. D. de aedil. edicto. L. 38. §. 10. eod.

s) L. 18. pr. et §. 2. D. de aedil. edicto. L. 19. §. 4. eod.

t) L. 18. §. 1. D. de aedil. edicto.

u) L. 19. pr. et §. 3. D. h. t. L. 43. pr. D. de contrah. emt.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0342
DFG

hinausgeht, ist kein Versprechen, sondern nur ein dictum x). Versicherungen, die auf etwas insbesondere gehen, machen den Verkäufer zur Gewähr verbindlich y). Hierher gehört der Fall bey den Römern, wenn der Verkäufer den Sclaven für einen jungen, unerfahrnen, noch unverdorbenen Menschen ausgegeben, da er doch schon viel versucht und verübt hatte z); oder wenn der Verkäufer eines Sclaven, der schon Diebstähle und andere Verbrechen begangen, oder gewisse Untugenden an sich hatte, versichert, er sey ein guter Mensch a). Der Verkäufer haftete, wenn er den Sclaven für einen Künstler ausgegeben, da er es doch nicht war; oder wenn er ihm ein Pekulium beygelegt, da er doch keins hatte b); desgleichen, wenn des Käufers Absicht beym Kauf der Sclavin darauf gieng, eine Jungfrau zu kaufen, und sie war es nicht c). Daß eine Magd keine Jungfer ist, war weder morbus noch vitium; daher konnte das Aedilische Edict nicht darauf angewandt werden; weil jedoch der Kauf unter solchen Umständen geschlossen worden war, woraus mit Sicherheit geschlossen werden konnte, der Käufer verlange eine Jungfrau, und der Verkäufer übergab ihm gleichwohl eine Person, die diese Eigenschaft nicht mehr hatte, so mußte er deswegen haften. Hierher ist ferner der Fall zu rechnen, wenn eine gewisse Qualität des Weins außer der Qualität versichert worden ist d); oder wenn die Sache von einer andern Materie ist, als wofür sie verkauft worden e). Von dieser Sache wird gewöhnlich bey der Lehre vom Irrthum geredet;



x) L. 37. D. de dolo.
y) L. 17. §. 20. D. de aedil. edicto.
z) L. 37. D. de aedil. edicto. L. 65. §. 2. eod.
a) L. 13. § 3. D. de act. emt.
b) L. 13. §. 4. D. de act. emt.
c) L. 11. §. 5. D. de act. emt.
d) L. 12. C. de act. emt.
e) L. 9. §. 2. D. de contrah. emt. L. 11. pr. eod.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0343
DFG

redet; sie gehört aber nicht dahin, weil es hier nicht auf den Irrthum ankommt, sondern auf den Mangel der versicherten Eigenschaft. Es ist eine bloße Subtilität, ob man den Handel ungültig nennen soll, oder zwar gültig, jedoch der Redhibitorischen Klage unterworfen. Das erste soll geschehen, wenn die wahre Materie mit der verabredeten gar nichts gemein hat; das letztere, wenn sich in der vorhandenen Materie etwas von der versicherten findet, doch so, daß jetzt wenig darauf gesehen werde. Bynkershoek f) merkt an, der Weinessig habe darum, wenn Wein verkauft worden, keine Ungültigkeit des Kaufs verursacht, weil man ihn wie den Wein getrunken; da aber dieses heutiges Tages nicht mehr geschehe, so müsse man andere Grundsätze annehmen. Embamma wurde solcher Essig genennt, der nicht von Wein gemacht worden, und den man zum Speisen brauchte. In der L. 11. pr. D. de contr. emt. ist der Satz enthalten, daß der Irrthum in der Materie, besonders wenn die vorhandene mit der verabredeten gar nichts gemein hat, eine Ungültigkeit mache, sonst könne ein Blinder nach Belieben betrogen werden, weil er die Materie nicht unterscheiden könne. Eben dieses sey von demjenigen zu behaupten, der die Kenntniß nicht besitze, die Verschiedenheit der Materien zu unterscheiden. Wenn sich blos ein Theil von anderer Materie an der Sache fand, aber auch ein ziemlicher Theil von der versicherten Materie ebenfalls darin enthalten war, so war man einig, daß der Handel nicht ungültig sey, wofern die zweyerley Materien mit einander verbunden und vermischt waren. Waren die Materien getrennt, lagen nur neben oder auf einander, und die Hauptsache war eine andere Materie, als die verabredete, so nahm man eine Ungültigkeit an. Daß der Käufer sich an den Verkäufer halten könne, wenn die gekaufte Sache nicht so viel werth war, als der Käufer zu erwarten berechtigt war, darüber war man einig. Ob die

f) Bynckershoek in Obs. Lib. VI. cap. 14.

die gänzliche Aufhebung des Handels, oder nur die Minderung des Werths verlangt werden könne, hängt davon ab, ob die Sache wegen der fremden Materie ganz unbrauchbar ist, oder nicht [g]). Hierher gehört es ferner, wenn der Verkäufer ein Geschlecht des verkauften Menschen oder Thiers versichert hat, da es doch von einem andern Geschlecht ist [h]). Weil bey dem Kaufe auf das Geschlecht des Menschen oder Thieres immer viel ankommt, wenn ausdrücklich beym Handel darauf Rücksicht genommen worden, so ist es natürlich eine Nullität, wenn sich das Geschlecht hernach nicht findet, das man hat kaufen wollen.

Die Mängel, wofür der Verkäufer schon an sich, ohne besondere Zusage und Aeußerung, haften soll, müssen nicht so auffallend gewesen seyn, daß sie der Käufer leicht bemerken können. Hat er sie gesehen oder bemerkt, oder sie sehen und bemerken können, wenn er seine Sinnen nur einigermaßen gebraucht hätte; so muß er den Schaden tragen, weil er sich solchen gefallen lassen, oder sich denselben durch sein Verschulden zugezogen hat [i]). Die Versicherung des Verkäufers gegen den Augenschein besteht entweder blos in einer allgemeinen Empfehlung, oder sie muß so erklärt werden, daß der Verkäufer für andere Mängel haften wolle, davon der Augenschein nicht sogleich den Käufer selbst aufmerksam machen mußte. Kaufte ein Sclave bey den Römern etwas, so war die Frage: ob es auf seine oder seines Herrn Wissenschaft ankomme [k]). Die Wissenschaft des Sclaven schadete dem Herrn allemal, wenn dieser gleich keine Wissenschaft hatte, auch dann, wenn er auf Befehl des Herrn handelte. Die Unwissenheit des Sclaven



g) L. 10. L. 14. L. 41. D. de contrah. emt.

h) L. 11. § 1. D. de contrah. emt.

i) L. 43. §. 1. D. de contrah. emt. L. 1. §. 6. L. 3. L. 14. §. 10. L. 48. §. 3. et D. de aedil. edicto.

k) L. 51. pr. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0345 DFG

nutzte dem Herrn nur in Angelegenheiten seines Pekuliums, und wenn der Befehl auf keine gewisse Sache gerichtet war; war er aber auf eine gewisse Sache gerichtet gewesen, so half des Sclaven Unwissenheit nichts, da es doch sein Herr wußte. Wenn der Handel durch einen Bevollmächtigten oder einen Geschäftsführer geschlossen worden ist, so unterscheiden die Gesetze, ob er selbst klagt, oder der, in dessen Nämen solcher geschlossen worden ist. Im ersten Falle wird auf seine Wissenschaft oder auf sein Nichtwissen gesehen, in diesem aber auf die Wissenschaft oder Unwissenheit des Principals. Bey den Römern konnte der Principal nicht aus der Handlung seines Geschäftsführers klagen, welches aber bey uns angeht [l]).

Wenn der Käufer den Fehler, wenn er nur einigermaßen aufmerksam gewesen wäre, leicht selbst hat bemerken können, und gleichwohl behauptet er nunmehr, er habe ihn nicht bemerkt, so muß er den Schaden tragen [m]). Die Gesetze wollen, daß blos auf Fehler von Erheblichkeit, die nicht in die Augen fallen, Rücksicht genommen werden solle, aber nicht auf Kleinigkeiten [n]). Für eine solche Kleinigkeit ward es z. B. erklärt, wenn der gekaufte Sclave mit der Krätze oder einer andern Hautunreinigkeit behaftet war [o]). Es ist zwar eine Krankheit; sie ist aber nicht von Bedeutung und hindert nicht in der Arbeit, ist auch nicht schädlich. Wem ein Zahn fehlt, der hat deswegen keine zu gewährende Mängel an sich, so wie auch der Kropf und große aufgetretene Augen nichts schaden [p]). Es war kein Hauptfehler, wenn der gekaufte Sclave sich links gewöhnt hatte; oder wenn er aus dem Munde roch, und dieser üble Geruch nicht von einer Krankheit der innern Theile

l) L. 51. §. 1. L. 13. D. de contrah. emt.
m) L. 15. §. 1. D. de contrah. emt.
n) L. 1 §. 8. D. de aedil. edicto. L. 4. §. 6. L. 5. D. eod.
o) L. 6. §. 1. D. de aedil. edicto.
p) L. 11. L. 12. §. 2. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0346
DFG

Theile herrührte q). Der Geruch aus dem Munde rührt von der Unsauberkeit im Mundreinigen her, und diese kann leicht abgewöhnt werden. Gleiche Bewandniß hat es mit dem Fehler, wenn sich das Zugvieh auf keine andere Seite zu gehen gewöhnen will, als wo es zeither gegangen ist. Die Untugend, daß ein Zugvieh blos auf der Seite gehen will, woran es einmal gewöhnt ist, ist fast allen Thieren dieser Art gemein. Der Käufer kann und muß sich daher diese Mukke bey allen schon gebrauchten Thieren vorstellen; er kann sich auch darnach richten r). Ist etwas anders ausgemacht worden, so haftet der Verkäufer der Verabredung wegen.

Die Mängel müssen, wenn der Verkäufer dafür haften soll, noch fortdaurend seyn; war die Sache ehedem damit behaftet, jetzt ist sie aber frey davon, so ist es so gut, als wenn die Sache nie den Fehler gehabt hätte s). Verrücktes Wesen gehört zwar nicht unter das Edict, weil es ein Gemüthsfehler ist; der Verkäufer haftet aber doch aus dem Kaufe deswegen, wenn es noch fortdauert. Die Gesetze machen übrigens keinen Unterschied, ob die Krankheit eine solche sey, welche nicht chronisch und immerwährend ist, oder ob sie so beschaffen ist; und in beyden Fällen ist ein Grund zu Leistung der Gewähr vorhanden. Eine Krankheit, die zwar nicht immer anhält, aber doch einige Zeit dauert, kann den Sclaven oder das Thier lange unbrauchbar machen, und dem Käufer viel Kosten verursachen; daher muß der Verkäufer dafür haften t). Man verlangt keine solche Krankheit, die so beschaffen ist, wie sie seyn muß, wenn man von dem Erscheinen im Gericht dadurch befreyt werden soll, und welche morbus sonticus genennt wird.



q) L. 12. §. 3 et 4. D. de aedil. edicto.
r) L. 38. §. 8. D. de aedil. edicto.
s) L. 1. §. 10. D. de aedil. edicto. L. 16. eod.
t) L. 4. §. 5. L. 6. pr. L. 65. §. 1. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0347
DFG

Endlich wird erfordert, daß der Fehler an der Sache sich schon vor dem Verkaufe gefunden hat; denn zeigt er sich erst nachher, so ist es ein Unglück, das über den Käufer geht, und wofür der Verkäufer nicht verantwortlich ist [u]). Der Käufer muß also, wenn er der Mängel wegen klagt, unter andern erweisen, der Fehler sey schon vor dem Verkauf vorhanden gewesen; denn daß die Sache jetzt diesen Fehler hat, daraus folgt nicht, daß solcher auch schon vor dem Verkauf vorhanden gewesen sey [x]). Bey einem gekauften Sclaven durfte solcher selbst über diesen Umstand mit vernommen werden, und seine Aussage hatte auf den Beweis Einfluß [y]). Ein Sclave konnte zwar nicht wider oder für seinen Herrn unter der Tortur verhöret werden, aber wider sich selbst konnte er zeugen [z]).

Die Gewähr der Mängel ist bey allen Sachen anwendbar; sie mögen beweglich oder unbeweglich seyn [a]). Das erste Capitel des Edicts handelte zwar eigentlich blos von Sclaven; es kommen aber doch solche Ausdrücke darin vor, welche beweisen, daß von allen Arten von Sachen die Rede seyn soll; und wenn gleich im zweyten Capitel namentlich von den Fehlern des Zugviehes gehandelt wurde, so wendete man dasselbe doch auf alle übrige Arten des Viehes an [b]). Unter dem Wort iumentum verstand man eine besondere Art des Viehes, und nicht alle Gattungen der Thiere. Wegen der Ochsen würde ein Streit gewesen seyn, ob das Edict auf sie gehe, weil man sie unter die amenta rechnete, aber nicht unter die iumenta [c]); aber

u) L. 54. D. de aedil. edicto.

x) L. 64. §. 2. D. de aedil. edicto.

y) L. 58. §. 2. D. de aedil. edicto.

z) L. 6. C. de quaest. L. 7. D. de probat. L. 9. D. de quaest.

a) L. 1. pr. L. 49. D. de aedil. edicto.

b) L. 38. §. 4 et 5. D. de aedil. edicto.

c) L. 89. D. de verb. signif. L. 38. §. 6. D. h. t.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0348
DFG

aber der Anhang des Edicts, der sich über alle Thiere erstreckte, hob den Zweifel. Das Edict enthielt übrigens über die Mängel der gekauften Thiere eben die Grundsätze, welche bey den Fehlern eines Sclaven angewendet wurden. Der Tod ändert weiter nichts, als daß nunmehr das Thier selbst nicht mehr zurück gegeben werden kann; und die übrigen gegenseitigen Leistungen der Redhibitorienklage lassen sich alle anwenden [d]).

Bey andern **Mobilien** wollen die Gesetze ebenfalls, der Verkäufer solle für ihren Mangel haften, z. B. bey Gefäßen dafür, daß sie ganz und gar brauchbar sind [e]). Für das Gewicht muß auch die Gewähr geleistet werden, z. B. daß ein silberner Eßlöffel die versicherte Schwere hat. Es ist nichts ungewöhnliches, daß die Eviction und die Gewähr der Mängel bisweilen bey einem Falle zugleich angewendet wird, und also der Käufer die Wahl hat, unter was für eine Rubrik er die Sache ziehen will. Daß das Gefäß ganz und nicht zerbrochen seyn, oder der Verkäufer das Geld zurückgeben muß, liegt in der Natur des Kaufs; denn jeder Käufer erwartet für sein Geld ein brauchbares Gefäß. Wenn der Verkäufer seine Sache von einer gewissen Art und Eigenschaft ausgiebt, so muß er für die Richtigkeit seiner Angabe stehen [f]). Ist er nicht in dolo, so ist er doch in culpa, daß er Eigenschaften behauptet hat, von denen er nicht gewiß gewußt hat, daß sie vorhanden sind. Er hat überhaupt das nicht geliefert, was der Käufer kaufen wollen. Hierher gehören die Eigenschaften eines Sclaven, ob er gesund oder ungesund ist; eines Pferdes, ob es ein Hengst oder ein Wallache ist, u. s. f. Der Irrthum in der Materie bewirkt eine Ungültigkeit des Kaufs; betrifft aber der Irrthum blos eine Eigenschaft,



d) L. 38. §. 1. §. 2. 3. D. de aedil. edicto.
e) L. 6. §. 4. L. 27. D. de act. emt.
f) L. 21. §. 2. D. de act. emti.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0349
DFG

so besteht der Kauf [g]). Ist der gekaufte Tisch zwar von gutem Holze, der Käufer verlangte aber Citronenholz, und das ist es nicht, so wird dieser Umstand in der L. 21. §. 2. D. de act. emt. als ein Irrthum über die Qualität betrachtet; diese Bestimmung ist aber wohl nicht so ganz richtig. Eben so haftet der Verkäufer dafür, wenn er Kleider verkauft, und solche für neu ausgegeben hat, da sie doch nur gewandt und aufgepußt sind [h]). Zwischen einem Verkäufer, der in dergleichen Fällen in bona fide war, und demjenigen, der mala fide handelte, wird in Gesetzen der Unterschied gemacht, daß jener blos das Kaufgeld zurück geben, dieser aber überdieses auch noch das Interesse vergüten muß. Auch wenn man Gerechtsame gekauft hat, und diese werden durch Mängel der Sache vermindert, so muß der Verkäufer den Schaden ersetzen [i]). Bey dem Verkauf einer ganzen vniuersitatis wird auf die an einzelnen dazu gehörenden Dingen haftenden Fehler keine Rücksicht genommen; wenn es gleich gewiß ist, daß der Verkäufer nicht blos für die Mängel der Hauptsache, sondern auch solcher Dinge haftet, welche nur als Zubehör und Nebensache mit verkauft worden sind [k]).

Der Grund und die Ursache, warum die Gewähr der Mängel geleistet werden muß, läßt sich auf alle zweyseitigen Verträge anwenden, wie es bey der Eviction gehalten wird; mithin findet die Gewähr der Mängel nicht nur beym Kaufe, sondern auch beym Tausche statt; ja man dehnte das Edict auch auf die dationem in solutum und die aestimationem aus [l]). Auf den Pacht- Mieth- und verschiedene andere zweyseitige Contracte sollte das Aediliſche

g) Byncker shoeck in Obs. Lib. VIII. cap. 20.
h) L. 45. D. de contrah. emt.
i) L. 48. §. 6. D. de aed. edicto.
k) L. 32. L. 33. pr. D. de aedil. edicto.
l) L. 19. §. 5. D. de aedil. edicto. L. 4. C. de euict. L. 3. D. loc. L. 4. §. 10. D. de iure dot.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0350
DFG

Aedilische Edict nicht angewendet werden, sondern man mußte nöthigen Falls die Klage aus dem Miethcontracte brauchen [m]). Etwas Besonderes war es, daß dieses Aedilische Edict nicht auf Kaufcontracte des Fiskus gieng, vermuthlich half man sich aber hier durch die Natur des Contracts selbst [n]). Die municipia waren nicht ausgenommen, sondern es wird ihrer ausdrücklich gedacht [o]). Bey Schenkungen kann keine Gewähr der Mängel verlangt werden; jedoch muß der Schenker, wenn er die Mängel gewußt hat, und der Beschenkte leidet gar noch Schaden von der Schenkung, diesen Schaden vergüten [p]). Das Edict handelte nur von Fehlern des Körpers, und über Gemüthsmängel bestimmt es nichts, wenn nicht ausdrücklich etwas darüber versprochen worden [q]); man sieht aber aus dem angeführten Gesetze deutlich, daß überall, wo das Edict nicht gebraucht werden konnte, es trat aber die offenbare Billigkeit für die Leistung der Mängel ein, diese Verbindlichkeit aus der Natur des Contracts hergeleitet wurde [r]). Was für Fehler des Gemüths gehalten werden, sieht man aus der L. 65. pr. D. h. t. wo es heißt: animi potius quam corporis vitium est, veluti si ludos assidue velit spectare, aut tabulas pictas studiose intueatur, siue etiam mendax aut similibus vitiis teneatur. Wer beständig dahin läuft, wo was zu sehen ist, alle Figuren angafft, und sich dabey vertieft, und seine Geschäfte darüber vergißt, dessen Fehler liegt freylich nicht im Körper.

Die Regel, daß blos Mängel des Körpers nach dem Edict vorausgesetzt werden, hatte manche Ausnahmen, und

m) L. 63. D. h. t. Forner rer. quotid. Lib. IV. cap. 18. in Ottonis Thes. Tom. II. pag. 243.

n) L. 1. §. 3. D. de aedil. edicto.

o) L. 1. §. 4. D. de aedil. edicto.

p) L. 62. D. de aedil. edicto.

q) L. 4. §. 4. D. de aedilit. edicto.

r) L. 4. pr. D. de aedil. edicto.

und es gab Fehler des Gemüths, die ausdrücklich darin für so beschaffen erklärt wurden, daß der Verkäufer ihrentwegen haften solle. Ein solcher Fehler war es, wenn der Sclave seinem Herrn entlaufen und wieder aufgefangen worden war s). Die römischen Rechtsgelehrten haben sich weitläuftig darüber ausgelassen, wenn der Sclave nach der Absicht des Aedilischen Edicts als ein fugitiuus betrachtet werden müsse t). Man verlangte, daß der Sclave die Wohnung seines Herrn verlassen habe, und dieses müsse in der Absicht geschehen seyn, niemals wieder zurück zu kommen. Hatte sich der Sclave in der Folge den, einige Zeit gehabten, und vollzogenen Vorsatz der immerwährenden Entfernung wieder gereuen lassen, so haftete gleichwohl die Makel eines Flüchtlings immer noch auf ihm. Ein Sclave, welcher der Feinde wegen davon gelaufen war, konnte nicht als Flüchtling betrachtet werden, weil er wieder zurückkommen wollte, sobald die Ursache seiner Flucht wegfiel. War der Sclave übel gehalten worden, und er entlief, so kam es darauf an, ob er von seinem Herrn fortgieng, oder von Jemandem, zu dem ihn sein Herr hingegeben. Im ersten Falle hielt man ihn für einen Flüchtling, im zweyten aber alsdenn nicht, wenn er deswegen von einer dritten Person weggelaufen war, um wieder zu seinem Herrn zu gehen; denn nur der war Flüchtling, der seinen Herrn verließ. Wenn ein Sclave nicht nur davon gelaufen, sondern sich auch ums Leben hatte bringen wollen, und er entschloß sich hierzu erst nach der Zeit, da er schon davon gelaufen war, so wird er als Flüchtling betrachtet. Wenn ein Sclave seinem Herrn mit Gewalt entführt, oder weggenommen worden, oder er gieng mit, ohne es zu wissen, daß die Flucht zum Grunde liege, er kam aber in der Folge wieder zurück, da er von dieser Bewandniß der Sache unterrichtet

s) L. 11. §. 7. D. de act.

t) L. 17. pr. et §. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 15. 16. L. 43. §. 1 et 2. D. h. t.

richtet war, so hielt man ihn für keinen Flüchtling. Der zweyte Gemüthsfehler, davon im Edict geredet wird, bestand darin, daß der Sclave ein Herumläufer war, erro, das heißt, öfter und länger vom Hause seines Herrn abwesend war, als der Herr wollte, und als es nöthig und nützlich war [u]). Ein dritter hierher gehörender Fehler bestand darin, wenn der Sclave grobe Verbrechen begangen, die wichtige Leibesstrafen nach sich zogen [x]). Versehen straft man nicht am Leib und Leben, und wer nicht bey Verstande ist, wird wegen seiner in diesem Zustande begangenen Handlungen ebenfalls nicht bestraft. Bey diesem ist die Bösartigkeit nicht, worauf es hier ankommt. War der Sclave eines groben Verbrechens wegen bestraft worden, so ließ das eine sehr verdorbene Gemüthsart vermuthen, und dem Käufer war daran gelegen, diesen Umstand zu wissen. Geringere Verbrechen brauchten nicht angezeigt zu werden, und der Verkäufer durfte auch deswegen nicht die Gewähr leisten; z. B. wenn der Sclave seinen Herrn, der ihn nachher verkaufte, einmal bestohlen hatte [y]); indessen mußte dennoch der Verkäufer, des Fehlers wegen, daß der Sclave ein Dieb war, dem Käufer für allen Schaden haften, wenn er diesen Fehler wußte, und er verschwieg ihn [z]). Ein vierter Fehler, der hierher gehört, war es wenn der Sclave Handlungen der Verzweifelung und des Lebensüberdrusses vorgenommen; z. B. wenn er sich zum Gefechte mit wilden Thieren brauchen lassen, um nur sein Leben zu verlieren. Ein solcher Mensch war dem Käufer gefährlich; er konnte sich an ihm vergreifen, oder, indem er sich entleibte, dem Käufer Schaden zufügen. In Gesetzen [a]) wird der Fall angeführt, daß der Sclave schon den

u) L. 17. §. 14. D. de aedil. edicto.
x) L. 23. §. 2. D. de aedil. edicto.
y) L. 52. D. de aedil. edicto.
z) L. 13. §. 1. D. de act. emt.
a) L. 23. §. 3. D. de aedil. edicto. Bynckershoeck in Obs. Lib. IV. cap. 4. van Vryhoff in Obs. cap. 2.

den Strick gedreht gehabt, sich zu erhängen, er ist aber dabey betreten worden; er hat Gift nehmen wollen, hat aber zum Glück Arzeney bekommen; er hat sich von einer Höhe herunter gestürzt, ist aber zum Glück unbeschädigt geblieben. Wollte sich der Sclave wegen großer Schmerzen entleiben, so war das kein Grund, weswegen der Käufer sich zu fürchten Ursache hatte. Die Schmerzen waren vorbey, folglich konnte man annehmen, dieser Vorsatz werde nicht erneuert werden [b]).

Die Fehler der Seele und des Gemüths wurden alsdenn nach dem Aedilischen Edict beurtheilt, wenn ihr Ursprung im Körper gesucht werden konnte. Die Gesetze wollen [c]), daß bey vitiis animi, so wie bey vitiis corporis, darauf Rücksicht genommen werden solle, ob der Sclave des Fehlers wegen ganz unbrauchbar sey, oder nicht. Im ersten Falle haftet der Verkäufer zur Zurücknahme; im zweyten nicht, und die Klage ist actio ex emto. Auf vitia animi wurde auch alsdenn Rücksicht genommen, wenn sie in der Beschaffenheit des Körpers ihren Ursprung hatten, z. B. wenn der Sclave in einer hitzigen Krankheit verrückt geworden war. Auf diese Grundsätze baute man folgende Schlüsse und sagte: Das Aedilische Edict sey nicht anwendbar, wenn der verkaufte Sclave furchtsam, allzu begehrig, geitzig, jähzornig wäre [d]); es sey nicht anwendbar auf Sclaven, die melancholisch wären, auf Spieler, Säufer, Schwelger, Betrügerische, Verlogene, Zänkische [e]).

Von körperlichen Fehlern, die nach dem Edict den Schadensersatz begründeten, wird angeführt, 1) wenn die Zunge abgeschnitten war [f]); denn hier würde dieser Fehler

b) L. 43. §. 4. D. de aedil. edicto.
c) L. 1. §. 9. D. de aedil. edicto. L. 4. §. 1. eod.
d) L. 1. §. 11. D. de aedil. edicto.
e) L. 2. §. 4. D. de aedil. edicto.
f) L. 8. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0354
DFG

Fehler im Fressen, und also im Gedeihen hinderlich seyn; ein Sclave würde dadurch stumm, folglich auf mancherley Art unbrauchbar werden. 2) Wenn ein Sclave stumm war, oder ganz unverständlich sprach [g]); Stammeln und Lispeln macht nicht unverständlich. Ein krummbeiniger (varus) und ein klumpfüßiger Sclave (vatius) war zu brauchen, und überdieses konnte man diese Fehler leicht bemerken. 3) Wird es als körperlicher Fehler angeführt, wenn Finger, oder Zähen, oder andere Glieder fehlen, oder gelitten haben, und der Sclave wurde dadurch am Gebrauch der Hand gehindert, oder am Gehen und Arbeiten [h]). 4) Wenn er zu viel Glieder hat, und er wurde dadurch an der Arbeit gehindert; verursacht der Fehler diese Hinderniß nicht, so ist er unbedeutend [i]). 5) Wenn Menschen oder Vieh, bey denen es aufs Gesicht ankommt, einen Fehler hieran haben, und sie sich nun so behelfen können, wie es seyn soll [k]). Ein gar zu kurzsichtiger Mensch (myops) kann freylich unbrauchbar seyn, und wer so blöde Augen hat (luscitiosus), daß ihm das Tageslicht, und selbst das brennende Licht des Abends, oder wenigstens dieses letztere, beschwerlich ist, kann das nicht thun, was ein ganz Gesunder verrichten kann. 6) Wenn ein Mensch solche Leichdornen (qui clauum habet) hat, die ihn im Gehen hindern, oder ein solches Fleischgewächs an der Nase (polyposus), daß er keine Luft kriegen kann [l]). 7) Wenn die Ungleichheit der Glieder bey Ausführung der nöthigen Handlungen hinderlich ist [m]). 8) Wenn Mensch oder Thier hinkt [n]). 9) Wenn die Sclavin oder das Thier

g) L. 9. D. de aedil. edicto.
h) L. 10. pr. et §. 1. D. h. t.
i) L. 10. §. 2. D. de aedil. edicto.
k) L. 10. §. 3 et 4. D. de aedil. edicto.
l) L. 12. pr. D. de aedil. edicto.
m) L. 12. §. 1. D. de aedil. edicto.
n) L. 13. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0355
DFG

Thier allemal eine todte Frucht zur Welt bringt, und der Grund hiervon in dem Körper der Mutter liegt o). 10) Wenn die Sclavin oder das Thier unfruchtbar ist, und dieser Fehler von besondern Krankheitsumständen oder andern fehlerhaften Umständen herrühret p). 11) Wenn der Sclave oder die Sclavin wegen ihrer Ungesundheit den Urin nicht halten kann; ist aber das Bettebesudeln eine bloße Ungezogenheit, so hilft die Züchtigung q). 12) Wenn sich am Zapfen im Halse oder im Schlunde überhaupt ein Fehler findet r); oder 13) wenn die Mandeln im Halse so sehr angeschwollen sind, daß diesem Uebel nicht mehr abgeholfen werden kann s). 14) Wenn Glieder so zusammen gewachsen sind, daß der Mensch nun nicht gut arbeiten kann t). 15) Wenn das Thier nicht frißt oder säuft u). 16) Wenn das gekaufte Thier unter keinem andern Joch ziehen will, als unter dem, woran es sich bey dem Verkäufer gewöhnt hatte, da doch dieses nicht mehr vorhanden ist x). 17) Wenn der Sclave das Fieber, Podagra oder die fallende Sucht hat; und wenn diese Krankheit sich auch nur zu gewissen Zeiten zeigen sollte, so ist doch der Behaftete keinen Tag als recht gesund anzusehen y). 18) Wenn der Sclave beständig dick aufgeschwollene und aufgetretene, herausliegende Adern hat. Dieser Fehler ist ein Zeichen einer unnatürlichen Ausdehnung der Gefäße und unnatürlichen Blutmenge, woraus leicht und bald betrübte Folgen zu befürchten sind z).

Wegen

o) L. 14. pr. D. de aedil. edicto.
p) L. 14. §. 3. D. de aedil. edicto.
q) L. 14. §. 4. D. de aedil. edicto.
r) L. 14. §. 5. D. de aedil. edicto.
s) L. 14. §. 8. D. de aedil. edicto.
t) L. 14. §. 6. D. de aedil. edicto.
u) L. 11. §. 4. D. de action. emt.
x) L. 38. §. 9. D. de aedil. edicto.
y) L. 53. D. de aedil. edicto.
z) L. 50. D. h. t. varicosus sanus non est.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0356
DFG

Wegen Wichtigkeit der Materie will ich auch die Erklärung, die Herr Hofr. Claproth [a]) davon vorgetragen hat, einrücken. Die Wandelung, schreibt Hr. Hofr. Claproth, ist ein von den römischen Aedilen zum Besten der Käufer eingeführtes Rechtsmittel, wodurch derselbe wegen eines nicht in die Sinne fallenden Fehlers der Kaufwaare zu verlangen berechtigt ist, daß der Verkäufer die Sache mit den Früchten [b]) zurücknehme, dagegen aber das Kaufgeld nebst den Zinsen wieder erstatte, auch Schaden und Kosten vergüte [c]). Ein Mangel der Kaufwaare, im Rechtsverstande genommen, tritt alsdenn ein, wenn dadurch der Gebrauch der Sache an und für sich, oder nach der Absicht des Käufers entweder gänzlich, oder auf einige Zeit [d]) gehindert wird [e]). Allgemein ist zu bemerken, 1) daß der Verkäufer den Käufer von allen Mängeln benachrichtigen und bey dem Viehverkauf desfalls Sicherheit leisten müsse [f]). Cicero schreibt de offic. Lib. III. cap. 16.: ac de iure quidem praediorum sancitum est apud nos iure ciuili, vt in his vendendis vitia dicerentur quae nota essent venditori: und cap. 17. heißt es: qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto Aedilium. 2) Die Beschaffenheit der Kaufwaare, welche ausdrücklich versprochen worden, muß auf das genaueste gewährt werden [g]); jedoch kann 3) wegen geringfügiger Mängel keine Wandelung geschehen [h]). 4) Kauf-

a) Claproths Rechtswissenschaft von richtiger Eingehung der Verträge, 2ter Thl. §. 292.

b) L. 1. §. 2. D. de aedil. edicto.

c) L. 45. D. de aedil. edicto.

d) L. 6. pr. D. de aedil. edicto.

e) L. 1. §. 7. 8. L. 5. L. 10. pr. §. 1. D. de aed. edicto.

f) L. 31. §. 20. L. 58. §. 2. D. de aedil. edicto. L. 11. §. 4. D. de act. emt. vend.

g) L. 1. §. 1. D. de aedil. edicto.

h) L. 1. §. 8. D. de aedil. edicto.

4) Kaufleute, welche die zugesendeten Waaren entweder überall nicht wie Kaufmannsgut, noch probe- oder vorschriftmäßig finden, müssen solche in Gegenwart glaubwürdiger Personen besichtigen lassen, und mit der nächsten Post protestiren, daß sie auf Gefahr und Disposition des Absenders liegen bleiben werden. Meldet es der Kaufmann erst mehrere Wochen oder Monate nach Ankunft der Waaren an den Absender, oder hat er sich gar der Waaren angemaßet, so muß er sie schlechterdings behalten [i]). In der angeführten Handlungsbibliothek heißt es: „es ist fast überflüßig anzuführen, daß es eine allgemeine Handlungsusanz sey, worüber sich auch in den Hamburgischen Gerichten ununterbrochen fortdauernd gleiche iudicata finden, daß, wenn die Waare die Waagschale des Verkäufers passiret ist, diese nicht ferner für Qualität der Güter einstehe." Sind die Waaren durch schlechte Packung beschädigt worden, so kommt es darauf an, ob der Absender oder Fuhrmann sich etwas dabey hat zu Schulden kommen lassen. In diesem Falle muß er dafür haften; z. B. wenn Weinfässer angebohrt worden, oder wenn zerbrechliche Sachen, ohnerachtet solche durch Zeichen auf der Kiste und im Frachtbriefe bemerkt worden, nicht gehörig in Acht genommen sind. Es wird daher im Frachtbriefe gewöhnlich bemerkt, daß die verdungene Fracht nur nach richtiger und guter Lieferung bezahlt werden solle.

Die Wandelung hat α) sowohl bey unbeweglichen als bey beweglichen Gütern statt [k]), und zwar nicht blos beym Verkauf, sondern auch bey jedem andern beschwerlichen, das Eigenthum übertragenden Geschäfte [l]). β) Sowohl in Ansehung des Hauptgegenstandes als der Beystücke [m]), wofern

i) Büsch und Ebelings Handlungsbiblioth, 1stes Stück, S. 266. Hommel. Rhapf. Obf. 536.

k) L. 1. pr. et L. 49. D. h. t.

l) L. 19. §. 5. D. h. t.

m) L. 32 et 33. D. h. t.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0358 DFG

wofern letztere nicht ein ganzes zusammengehörendes Ganze ausmachen, z. B. eine Erbschaft, ein Pekulium, oder das Inventarium des Gutes. γ) Wenn mehrere Sachen zusammen verkauft worden sind, wegen einzelner Stücke, obgleich die übrigen von gehöriger Beschaffenheit sind, wenn nur die Absicht der Contrahenten auf alle Sachen, und nicht blos auf gewisse Stücke gerichtet ist [n]; oder die Sachen sich ohne Unbequemlichkeit nicht trennen lassen [o]; oder gleiche Sachen oder Paare zusammen gestellt worden sind [p]. War für mehrere Sachen ein Preis im Ganzen, confuse, bestimmt worden, so muß der Werth nach der Güte ausgemacht werden [q]. δ) Auch wenn das verkaufte Thier ohne Verschulden des Käufers und der Seinigen krepirt ist, hat die Wandelungsklage auf die Zurückgabe des Kaufgeldes statt [r]. ε) Es darf diese Klage alsdenn mehrmals angestellt werden, wenn sich der Verkäufer vorbehalten hat, daß, wenn sich in der Folge noch andere Mängel zeigen sollten, ihm deswegen zu klagen frey stehen solle [s].

Die Wandelungsklage kann nicht angestellt werden: 1) wenn der Fiskus eine Sache verkauft hat [t], welches Vorrecht aber auf andere öffentliche Anstalten nicht ausgedehnt werden darf [u]. 2) Wenn ein verkaufter Sclave freygelassen worden, weil die einmal erlangte Freyheit nicht wieder genommen werden kann [x]. 3) Wenn zwar der Sclave oder Bevollmächtigte gekauft hatte, der Herr oder



n) L. 34. D. de aedil. edicto.
o) L. 35. D. h. t.
p) L. 38. pr. et §. 14. D. de aedil. edicto.
q) L. 36 et 64. D. h. t.
r) L. 47. §. 1. L. 48. pr. D. de aedil. edicto.
s) L. 48. §. 7. D. de aedil. edicto.
t) L. 1. §. 3. D. h. t.
u) L. 1. §. 4. D. h. t.
x) L. 47. pr. D. h. t.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0359
DFG

Gewaltgeber wußte aber doch den Fehler [y]). 4) Nicht bey einer Schenkung, wofern der Schenker sich nicht eines Betrugs schuldig gemacht [z]). 5) Nicht bey einer Verpachtung, weil hier kein Eigenthum übertragen wird [a]). 6) Nicht wegen eines erst nach dem Contract entstandenen Fehlers, es müßte denn der Verkäufer dafür zu stehen versprochen haben [b]). 7) Nicht bey Sachen von geringem Werthe, weil die Gerichte darauf nicht achten, und der Proceß mehr kosten würde, als der dadurch gewonnene Vortheil werth ist [c]).

Als natürliche Fehler werden im römischen Rechte angeführt: 1) wenn dem Pferde die Zunge abgeschnitten worden, welcher Fehler vermuthlich deswegen in Betracht kommt, weil es nun den Zügel nicht fühlt, mithin schadet es bey einem andern Thiere nicht, wenn es dadurch nicht am Fressen gehindert wird [d]). 2) Ein kurzsichtiges Pferd, oder welches 3) zu gewissen Tageszeiten nicht sieht [e]). Bey andern Thieren, die nicht als Zugvieh gebraucht werden, kommt auf ein gutes Gesicht nicht so viel an. Die Blindheit des Pferdes ist ein Mangel, der in die Augen fällt, worüber sich also ein Käufer nicht beschweren darf. 4) Ein kürzeres Bein, welches am Gehen hindert [f]). 5) Ein hinkendes Pferd [g]). Beyde Mängel sind sichtbar, und muß also vorausgesetzt werden, daß der Käufer entweder das Pferd nicht gesehen, sondern auf Glauben gehandelt,

y) L. 51. D. de aedil. edicto.

z) L. 62. D. h. t.

a) L. 63. D. de aedil. edicto.

b) L. 58. §. 2. D. h. t. L. 3. C. de aedil. act. L. 3. D. de euict.

c) L. 48. §. vlt. D. de aedil. edicto.

d) L. 8. D. de aedil. edicto.

e) L. 10. §. 3 et 4. D. h. t.

f) L. 12. §. 1. D. h. t.

g) L. 13. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0360
DFG

delt, oder dieser Mangel aus einer dem Contract vorhergehenden Ursache sich erst nachher geäußert habe. Der Spatt, die Steingalle und Rehe sind nicht immer sichtbar, und müssen daher dem Käufer angezeigt werden. 6) Ein Mutterthier, welches durch einen Fehler des Geburtsgliedes immer todte Junge zur Welt bringt [h]). 7) Ein unfruchtbares Mutterthier, bey dem dieses Gebrechen von einem Fehler des Körpers herrührt; ist es aber von Natur unfruchtbar, so wird es als gesund betrachtet [i]). Sehr schwer auszumachen! Allein die Wirkung muß hier von der Ursache zeugen. Sind mehrere andere Stuten von demselben Hengste trächtig worden, und die, von der die Rede ist, mehrmals nicht, so muß der Fehler in ihrem Körper liegen. Es wird nicht als ein Naturfehler angesehen, daß ein Thier verschnitten ist, oder nur einen Hoden hat [k]). 8) Ein Mutterthier, dessen Geburtsglied so geschlossen ist, daß die Begattung nicht geschehen kann [l]). 9) Verstopfung oder unnatürlicher Gang der Reinigung [m]). 10) Wenn Zugvieh so auf die Welt gekommen, daß es nicht umgespannt werden kann [n]). Ein Zugthier muß zwar gemeiniglich auf die Seite gespannt oder gestellt werden, wo es zu ziehen oder zu stehen gewohnt ist; allein wenn es so auf die Welt gekommen ist, daß es gar nicht umgespannt werden kann, so ist es alsdenn unbrauchbar, wenn nun noch ein anderes, das sich ebenfalls nicht umspannen läßt, dazu kommt. 11) Ein stößiger Ochse; ein Maulesel, der zurückgeht; Zugvieh, welches ohne Ursache unruhig wird; z. B. ein stetiges Pferd, oder welches bey jeder Kleinigkeit scheu wird, sich sodann bäumt, ausschlägt



h) L. 14. pr. D. de aedil. edicto.
i) L. 14. §. 3. D. de aedil. edicto.
k) L. 6. §. 2. L. 38. §. 7. D. de aedil. edicto.
l) L. 14. §. 7. D. h. t.
m) L. 15. D. de aedil. edicto.
n) L. 38. §. 9. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0361
DFG

und flüchtig wird. Hierher gehört ferner Zugvieh, das sich aus dem Geschirr losreißet o). 12) Ein mit dem Krampfe oder der Darmgicht behaftetes Thier p).

Heut zu Tage pflegen durch besondere Landesordnungen, besonders bey Pferden, folgende Hauptmängel angegeben zu werden, nämlich der Rotz, das Herzpochen oder kurzer Athem, welches im gemeinen Leben hartschlägig genennt wird, weil im Niedersächsischen Hart so viel heißt als Herz; die Staarblindheit, die Stetigkeit q).

## §. 1113. 1114.

Wegen der Mängel können theils Aedilische Klagen, nämlich die actio redhibitoria und die actio quanti minoris angestellt werden, theils die Klage aus dem Kauf, oder aus der Stipulation, wozu in einem gewissen Falle auch die actio in factum kommt r). Daß die Klage aus dem Kaufcontracte angestellt werden könne, sieht man aus der L. 11 §. 3. D. de act. emt. Der Verkäufer mußte theils schon an sich für die Mängel haften, theils war er verpflichtet, deswegen eine Stipulation einzugehen und Sicherheit zu bestellen. Wollte er sich nicht dazu verstehen, so wurde er wegen seines Ungehorsams verurtheilt, und haftete nunmehr ipso iure in duplum s). Die Gesetze sehen bey den Mängeln darauf, ob die Sache dadurch ganz unbrauchbar ist, oder blos an ihrem Werthe verliert. In jenem Falle geht der ganze Handel zurück, in diesem aber wird nur von dem bezahlten Gelde etwas zurückgegeben; daher muß der Käufer nach den Umständen entweder auf

o) L. 43. pr. D. de aedil. edicto.

p) L. 50. D. de aedil. edicto.

q) Weichbild Art. 97. und die Glosse über diese Stelle. Carpzov in Iurispr. forens. Part. II Const. 34. Def. 17.

r) Franc. Mazzei de aedilit. actionibus, Rom. 786. 4.

s) L. 11. §. 9. D. de act. emt.

auf die Aufhebung des Contracts antragen, oder auf die Rückgabe eines Theils des Geldes; es steht ihm aber frey, auch bey Hauptmängeln blos mit der Vergütung des Schadens zufrieden zu seyn [t]). Daher kann der Käufer, wenn die Klage auf die Aufhebung des Kaufs bereits verjährt ist, doch immer noch auf die Vergütung des Schadens klagen [u]). Die Klage auf die Vergütung des Schadens, weil die gekaufte Sache Mängel hat, kann mehrmals angestellt werden, und eben dieses gilt auch von der Klage, welche auf die Aufhebung des Contracts geht; nur ist zwischen der letzten und ersten Klage der Unterschied, daß die erstere auch alsdenn mehr als einmal angestellt werden darf, wenn man gleich schon den Proceß einmal gewonnen hat; die letztere hat aber nur alsdenn zum zweyten- oder drittenmale statt, wenn der Kläger abgewiesen worden ist. Gewann er den Proceß, so hat er, was er wollte; der Contract ist aufgehoben, und die Vergütung seines Schadens hat er auch erhalten. Mehr kann er nicht verlangen. Einerley Sache darf nicht mehr als einmal gefordert werden. Wurde der Kläger abgewiesen, so verlohr er den Proceß blos des angeführten Mangels wegen; und daher steht es bey ihm, ihn ex alia causa wegen eines andern Fehlers der gekauften Sache von neuem anzufangen. Man kann zwar sein Recht durch Protestation zu erhalten suchen, doch ist es nicht nothwendig, und versteht sich diese Befugniß von selbst. Wenn die erste Klage auf die Rückgabe eines Theils vom Kaufgelde gewonnen worden, so hat der Käufer wegen eines einzigen Fehlers Vergütung erhalten. Zeigt sich ein zweyter Fehler, so muß noch mehr vom Werthe abgehen. Darüber ist noch kein Proceß geführt worden, mithin ist der Weg zum zweyten Proceß offen; nur muß hier darauf Rücksicht genommen werden, daß der Käufer nicht, anstatt blos entschädigt zu werden, Gewinn zieht.



t) L. 48. §. 1. D. de aedil. edicto.

u) L. 48. §. 2. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0363
DFG

Die Klagen können gegen denjenigen angestellt werden, der in bona fide war, als auch gegen den, der in mala fide war; nur mit dem Unterschiede, daß der Verkäufer dem Käufer allen Schaden oder das Interesse ersetzen muß, wenn ihm mala fides beygemessen werden kann x). Ein anderer Unterschied bestand darin, daß der Verkäufer, wenn er in *mala* fide war, schon alsdenn für den Mangel haftete, wenn sich derselbe auch nicht bey dem Käufer gezeigt hat; befand er sich aber in *bona* fide, so haftete er nicht eher wegen des Mangels, als wenn er sich bey dem Käufer wirklich geäußert hat y). Blos die actio ex stipulatu hatte die Wirkung, daß sie nicht anders gebraucht werden durfte, als wenn sich der Mangel an der gekauften Sache wirklich gezeigt hatte.

Die Klage aus dem Kauf und der Stipulation konnte dreyßig Jahre angestellt werden; hingegen die Aedilischen Klagen dauerten kürzere Zeit. Die actio redhibitoria durfte zwey Jahre, die actio quanti minoris aber sechs Monate über angestellt werden, wenn keine Stipulation der Fehler wegen geschlossen worden; dagegen hatte jene sechs Monate, diese aber ein Jahr über statt, wenn man die Stipulation gebraucht hatte z). Die Monate und das Jahr werden auf eine nützliche Zeit berechnet, das heißt, man rechnet so viel Tage, als zu einem Monat oder Jahr gehören, nur muß Gelegenheit gewesen seyn, an diesen Tagen die Klagen anzustellen. Der Zeitpunkt, wo diese Zeit zu laufen anfängt, ist die Zeit des Verkaufs, wenn über die Mängel keine Stipulation geschlossen worden; errichtete man aber eine Stipulation darüber, so fieng die Zeit

x) L. 1. C. de aedil. act. L. 1. §. 2. D. h. t. L. 13. pr. D. de act. emt.

y) L. 4. pr. D. de act. emt.

z) L. 28. D. de aedil. edicto. L. 19. §. 6. D. eod. L. 2. C. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0364
DFG

Zeit der Verjährung von dem Tage der Stipulation an [a]). In den angeführten Gesetzen heißt es: man müsse, wenn die Zeit, wo der Kauf geschlossen worden, und die, da die Stipulation eingegangen wurde, verschieden sind, den Grund unterscheiden, worauf die Klage gegründet wird. Gründet sie sich auf den Kauf, so geht die Zeit der Verjährung von dem Tage an, wo der Kauf geschlossen wurde. Klagt man aus der Stipulation, so muß der Anfang der Verjährung von dem Tage an gerechnet werden, wo die Stipulation geschlossen wurde. Die Zeit, wo es der Käufer gewahr wurde, daß die gekaufte Sache den Fehler habe, ist also nicht der Zeitpunkt, wo die Verjährung anfängt, es wäre denn, daß er nicht eher als damals von dem Fehler etwas hätte erfahren können [b]). Diese Klagen gehen insgesammt auf die Erben des Käufers und des Verkäufers [c]), und man kann sie nicht nur wider den Verkäufer anstellen, sondern auch wider den Bürgen [d]). Hatte der Sohn oder der Sclave in Angelegenheiten seines Pekuliums den Verkauf geschlossen, so klagte man gegen den Herrn oder Vater actione de peculio [e]).

Die Klage, wodurch die Aufhebung des Contracts gesucht wird, heißt, wenn sie sich auf das Aedilische Edict gründet, actio redhibitoria, weil man die Sache dem Verkäufer zurückgeben will [f]). Man dringt damit auf die Zernichtung des Contracts; denn sie hebt ihn wirklich auf, und setzt alles in den Stand zurück, als wenn der Contract nie geschlossen worden [g]). Weil die redhibitorische Klage den Contract wieder aufheben soll, so kann



a) L. 19. §. 6. L. 20. D. de aedil. edicto.
b) L. 15. D. de aedil. edicto.
c) L. 23. §. 5. L. 48. §. 5. D. de aedil. edicto.
d) L. 56. D. de aedil. edicto.
e) L. 23. §. 4. D. de aedil. edicto. L. 57. §. 1. eod.
f) L. 21. pr. D. de aedil. edicto.
g) L. 23. §. 7. L. 60. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0365
DFG

man solche nicht eher brauchen, als bis der Contract vollkommen verbindlich geschlossen worden ist. Hängt der Kauf von der Erfüllung einer Bedingung ab, so darf die gegenwärtige Klage nicht eher gebraucht werden, als bis die Bedingung erfüllt worden ist, wodurch der Contract unwiederruflich wird [h]). Das angeführte Gesetz beweißt, daß der Kauf ebenfalls die Aufhebung desselben, der Mängel wegen bewirke. Die Klage auf die Zurückgabe der Sache kann nicht gebraucht werden, so lange man noch nicht weiß, wer sie eigentlich anstellen kann, welches alsdenn der Fall ist, wenn man noch nicht weiß, wer Schaden oder Vortheil von dem Contract haben werde [i]). Sind mehrere Sachen zugleich gekauft worden, und nur die eine davon ist mangelhaft, die andere aber nicht, so kommt es darauf an, ob sich diese Dinge trennen lassen, oder ob es nicht angeht. Ist unter den gekauften Sachen die eine die Hauptsache, die andere die Nebensache, so ist es natürlich, daß der Mangel an der Hauptsache die Rückgabe der Nebensache bewirke; dagegen kann ein Mangel an der Nebensache keine Rückgabe der Hauptsache verursachen [k]). Läßt sich Haupt- und Nebensache nicht unterscheiden, sondern alle zusammen gekaufte Sachen sind einander gleich, und alle sind Hauptsachen, so muß man sehen, ob sie sich theilen lassen, oder nicht. Untheilbar sind sie z. B. wenn die eine ohne die andere nicht gebraucht werden kann; welcher Fall eintritt, wenn man ein zusammengehöriges Gespann Pferde gekauft hat, und eines davon ist ungesund [l]). Gleiche Bewandniß hat es in andern Fällen, wo mehrere Sachen um ein gemeinschaftliches Geld gekauft worden sind, und sich nicht sagen läßt, wie hoch jede einzelne gerechnet worden, oder wo jede Sache den Werth, Nutzen und die Brauch-

h) L. 43. §. 9. D. de aedil. edicto.
i) L. 43. §. 10. D. de aedil. edicto.
k) L. 33. §. 1. D. de aedil. edicto.
l) L. 38. §. 14. D. de aedil. edicto.

Brauchbarkeit der übrigen bestimmt, erhält und vergrössert, es läßt sich auch die eine von den übrigen ohne Unbilligkeit nicht trennen [m]).

Die redhibitorische Klage geht darauf, daß der Käufer die Sache, der Verkäufer das dafür erhaltene Geld zurückgebe. Weil der Käufer der Kläger ist, so muß er nach der Natur eines zweyseitigen Geschäfts erst von seiner Seite die Verbindlichkeit erfüllen, die ihm obliegt, ehe er von dem Verkäufer das verlangen kann, was diesem obliegt [n]). Würde es unsicher seyn, dem Verkäufer die Sache eher zurück zu geben, ehe dieser das erfüllt hat, wozu er verpflichtet ist, so ist es genug, wenn der Käufer einstweilen Caution bestellt, daß, sobald ihn der Verkäufer befriedigt haben wird, er die gekaufte Sache nebst Zubehör zurück erhalten, und Zug um Zug gehandelt werden solle [o]). Der Käufer giebt die Sache mit allem Zubehör zurück; auch die indeß erhobenen Nutzungen muß er dem Verkäufer deswegen vergüten, weil dieser das Kaufgeld nebst den Zinsen davon zurückgeben muß [p]). Nach der L. 29. §. 2. D. h. t. soll die Hauptsumme und die Nebenposten, z. B. das Schlüsselgeld u. dgl. zurück gegeben werden. Auch die Nutzungen, welche der Käufer nicht erhoben hat, die er aber doch hätte ziehen können, wenn er gehörig mit der Sache umgegangen wäre, muß er dem Verkäufer vergüten. Was der Verkäufer dem Käufer des Verzugs wegen geben müssen, ist eine Folge des Contracts. Dieser wird jetzt aufgehoben; also fällt diese Verzugsstrafe nunmehr auch weg. Es soll nach den angeführten Gesetzen nicht darauf gesehen werden, ob die Nutzungen, welche der Käufer von der Sache erhoben hat, der Verkäufer

m) L. 34. pr. et §. 1. L. 35. 39. 40. pr. 64. §. 1. D. h. t.

n) L. 25. §. 10. L. 29. pr. D. de aedil. edicto. L. 5. C. de aedil. act.

o) L. 26. D. de aedil. edicto.

p) L. 23. §. 1 et 9. L. 24. L. 29. §. 2. D. h. t.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0367 DFG

käufer ebenfalls gehabt haben würde. Man sieht blos darauf, daß sie beym Käufer eine Folge des Contracts waren. Ist der Käufer nicht im Stande, die Sache jetzt gleich zurück zu geben, er kann es aber doch vielleicht in der Zukunft thun; so bestellt er wenigstens jetzt Sicherheit, die Rückgabe alsdenn zu bewerkstelligen. Dieser Fall kam bey den Römern alsdenn vor, wenn der verkaufte Sclave dem Käufer entlaufen war. Hier mußte der Käufer Sicherheit bestellen, daß er sich alle Mühe geben wolle, ihn habhaft zu werden, und sobald er ihn haben würde, ausliefern wolle [q]). Fieng der Käufer der Sache wegen einen Proceß an, und er hat Hoffnung, dadurch etwas zu gewinnen, so muß er dem Verkäufer Sicherheit bestellen, diesen Vortheil ebenfalls auszuliefern, wenn er ihm zu Theil geworden. Im Gegentheil muß auch der Verkäufer Sicherheit bestellen, daß, wenn in einem Processe, den ein Dritter der Sache wegen gegen den Käufer angestellt hat, wider ihn erkannt worden, er ihn schadlos halten wolle [r]). Giebt der Käufer die Sclavin zurück, und sie hat ein Kind bey ihm gebohren, so muß er dieses auch mit zurück geben [s]). Außer der Substanz der Sache muß der Verkäufer zugleich den Nießbrauch mit abliefern, wenn er vorher abgesondert war, und während seines Besitzes die Sache an ihn gefallen war [t]). Der Verkäufer muß ferner alles zurück erhalten, was der Käufer der Sache wegen, durch einen angestellten Proceß gewonnen hat [u]). Was der Käufer der Injurie wegen bekommen hat, die ihm durch den gekauften Sclaven zugefügt wurde, ist als etwas ganz persönliches anzusehen, das er behalten kann, wenn

q) L. 21. §. 3. D. de aedil. edicto.

r) L. 21. §. 2. L. 30. pr. D. h. t. L. 71. §. 1. D. de verb. signif.

s) L. 31. §. 2. D. de aedil. edicto.

t) L. 31. §. 3. D. de aedil. edicto.

u) L. 43. §. 5. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0368
DFG

wenn er auch den Sclaven zurück gegeben hat. Die zurückgegebene Sache muß unbeschädigt seyn, folglich muß der Käufer alle Beschädigungen vergüten, die er der Sache zugefügt hat [x]). Man nimmt auf jede Beschädigung Rücksicht, die der Sache nicht würde zugefügt worden seyn, wenn der Kauf nicht geschehen wäre; die Verschlimmerung der Sache mag durch Vorsatz, oder aus Verschulden verursacht worden seyn [y]). Wegen der Unglücksfälle haftet der Käufer nicht, und daher ist, wenn der Käufer mehrere Erben hinterließ, und nur einer davon beschädigte die gekaufte Sache, auch nur dieser zur Entschädigung verpflichtet, die übrigen Miterben aber haften nicht [z]). Man kann von dem Käufer keine Vergütung des Schadens fordern, wenn der Sclave ein Verbrechen begangen hat, und nun deswegen die Noxalklage wider ihn angestellt werden kann [a]). Starb der Sclave durch Verschulden des Käufers, so muß er nichts desto weniger alles das leisten, was er hätte leisten müssen, wenn der Sclave nicht gestorben wäre [b]).

Was den Grad der Nachlässigkeit, der hier, wo von den Folgen eines zweyseitigen Vertrags die Rede ist, in Betracht kommt, betrifft, so nehmen die Gesetze dabey hauptsächlich auf die mittlere Nachlässigkeit, oder culpam leuem Rücksicht [c]). Der Käufer haftet auch wegen der durch seine Leute verursachten Beschädigungen, wenn sie den Schaden in seinem Dienst oder durch sein Verschulden zugefügt haben [d]). Für seiner Kinder Schaden, ja für seines

x) L. 23. pr. D. de aedil. edicto. L. 25. pr. et §. 4. D. eod.

y) L. 25. §. 5. D. de aedil. edicto.

z) L. 31. §. 9. D. de aedil. edicto.

a) L. 46. D. de aedil. edicto.

b) L. 31. §. 11. D. de aedil. edicto.

c) L. 31. §. 12. D. de aedil. edicto.

d) L. 25. §. 1. 2. 3. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0369
DFG

seines Vormundes Schaden, muß der Käufer ebenfalls stehen [e]). Der Käufer ist aus dem Grunde, weil er den Verkäufer auf alle Weise zu entschädigen schuldig ist, verbunden, bey der Zurückgabe der Sache Sicherheit zu bestellen, daß er ihn entschädigen wolle, wenn sich in der Folge Beschädigungen an der Sache finden sollten, davon man jetzt nichts weiß, oder Verpfändungen, oder auf die Sache gelegte Servituten [f]). Zur Erfüllung der zeither angegebenen Pflichten ist der Käufer verbunden, er mag den Kauf selbst, oder durch seinen Sclaven geschlossen haben, und er darf sich in dem letzten Falle nicht darauf berufen, daß er den Verkäufer nur so weit befriedigen wolle, als das Pekulium des Sclaven zureiche. Da er aus dem Handel geklagt hat, so wird das Geschäfte als sein eigenes beurtheilt, und er muß alles leisten, was er zu leisten schuldig wäre, wenn er den Kauf persönlich geschlossen hätte [g]). Ist der Käufer um die Sache durch einen Unglücksfall gekommen, z. B. der Sclave oder das Thier ist gestorben, und er war nicht im geringsten Schuld daran; so kann er auch nichts desto weniger die redhibitorische Klage anstellen, und er darf alles eben so gut fordern, als wenn diese Sache noch vorhanden wäre [h]). Brachte sich der Käufer freywillig um die Sache, und deswegen kann er sie nun dem Verkäufer nicht wieder zurückgeben; so muß er den erlittenen Schaden allein tragen, und kann keine Vergütung vom Verkäufer fordern [i]). So viel von den Verbindlichkeiten des Käufers, der eine fehlerhafte Sache nicht behalten will.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers, wenn er eine fehlerhafte Sache verkauft hat, die der Käufer deswegen nicht

e) L. 25. §. 14 et 15. D. de aedil. edicto.
f) L. 21. §. 1. D. de aedil. edicto.
g) L. 57. pr. D. de aedil. edicto.
h) L. 47. §. 1. L. 48. pr. D. de aedil. edicto.
i) L. 47. pr. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0370
DFG

nicht behalten will, besteht vorzüglich darin, daß er das für die Sache erhaltene Kaufgeld, und jeden Vortheil, der ihm des Kaufs wegen zu Theil geworden, zurückgebe und vergüte. Es müssen Zinsen vom Kaufgelde bezahlt werden, und der Verkäufer muß alles erstatten, was er erhalten hat, oder was ihm und andern nach seinem Willen gezahlt werden müssen [k]); z. B. die Lehnwaare, u. dgl. Hat der Käufer manches unnöthiger Weise bezahlt, das wird ihm freylich nicht wieder ersetzt. Wurde eine Sache mit mehrern Sachen gekauft, und blos eine davon muß zurückgenommen werden, so wird das zurück zu zahlende Kaufgeld nach Verhältniß gerechnet [l]). Der Verkäufer ist ferner schuldig, dem Käufer allen Schaden zu ersetzen, der ihm durch die gekaufte Sache zugefügt worden ist; doch muß dieser Nachtheil von einem Fehler der gekauften Sache herrühren; denn sonst haftet der Verkäufer nicht anders dafür, als wo es jeder Andere thun muß, durch dessen Sachen Jemandem Schaden zugefügt worden ist [m]). Daher kam es, daß, wenn z. B. der verkaufte Sclave den Käufer bestohlen hatte, der Verkäufer bey der Zurücknahme des Sclaven nur noxaliter haftete, das heißt, die Wahl hatte, entweder den Diebstahl zu vergüten, oder den Sclaven anstatt Schadenersatzes dem Käufer zu überlassen. Hatte der Sclave einen Dritten bestohlen, wofür der Käufer bezahlen müssen, so hatte der Verkäufer ebenfalls die Wahl, diesen Diebstahl entweder zu vergüten, oder dem Käufer der Sclaven als Schadensvergütung zu überlassen; denn auch der Käufer hätte es so halten, und den Sclaven an den Bestohlnen herausgeben können, und es war sein freyer Wille, daß er die Vergütung des Diebstahls leistete. Die Schadensvergütung für alle Mängel darf sich übrigens niemals so hoch belaufen, als die gekaufte Sache werth ist.

Hat

k) L. 27. D. de aedil. edicto.

l) L. 64. pr. D. de aedil. edicto.

m) L. 23. §. 8. L. 31. pr. L. 58. pr. D. h. t.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0371
DFG

Hat der Käufer also schon wegen einiger Mängel das ganze duplum des Werths der Sache unter dem Namen der Vergütung bekommen, so kann er wegen sich gezeigter neuer Fehler nicht nun auch noch etwas fordern [n]).

Der Verkäufer muß ferner dem Käufer alle auf die Sache verwendeten Auslagen erstatten; nur sollte bey den Römern deswegen keine Klage angestellt werden, sondern der Käufer mußte sich durch die Retention zu seiner Befriedigung zu verhelfen suchen. Er gab die Sache nicht eher heraus, wenn ihm dieses auch nicht zuerkannt worden, als bis er dieser Auslagen wegen befriedigt war. Es war dieses eine römische Subtilität, weil selbst einem bonae fidei possessori bey der Eigenthumsklage nur die Retention gestattet wurde. Nach neuern Gesetzen wird nicht weiter darauf gesehen, und es können die Auslagen nicht nur gefordert werden, sondern der Richter muß auch darauf sprechen [o]). Daß der Unterhalt, welchen der Sclave oder das Thier bey dem Käufer bekommen, nicht vergütet wird, ist der Natur der Sache gemäß. Dafür hat er die Sache genützt; es müßte denn seyn, daß er die Sache um des Fehlers willen gar nicht hätte nützen können; denn nunmehr gehört dieser Umstand zu der Frage von der Vergütung des Interesse [p]).

Sind mehrere Interessenten auf des Beklagten Seite; so kann entweder gegen alle zugleich, oder gegen den, der mit einem Andern gleichen, oder auch nur den größten Antheil an der Sache hat, auch allein geklagt werden, wie es in der L. 44. §. 1. D. de aedil. edicto heißt; man sieht aber, daß dieser Satz nur beym Sclavenhandel, und gegen die in Gesellschaft zu stehen gewohnten Sclavenhändler zu brauchen war. Dieß zeigt die von den Juristen angeführte Ursache dieses Rechtssatzes an. In andern Fällen hat

n) L. 11. §. 10 et 14. D. de act. emt.
o) L. 29. §. 3. D. de aedil. edicto.
p) L. 30. §. 1. D. de aedil. edicto.

hat die Klage gegen einzelne Interessenten nur pro rata statt; wenn aber die Klage des Ganzen wegen gebraucht werden soll, so muß gegen alle zusammen geklagt werden [q]). Bey der Hauptsache müssen alle Interessenten, die am Kauf Antheil haben, in die Anstellung dieser Klage willigen und dazu treten, weil die Aufhebung des Contracts eine Sache ist, die keine Vertheilung zuläßt [r]). Bey der Berechnung zwischen dem Käufer und Verkäufer kommt noch die Schwierigkeit vor, wie es zu halten, wenn mehrere Stücke zugleich erkauft worden, und es zeigt sich blos bey dem einen oder dem andern Stück ein Mangel. Hier ist es schwer zu bestimmen, wie der Werth dieser einzelnen fehlerhaften Stücke bestimmt werden müsse, wenn der Beklagte vom Kaufgelde so viel zurück geben soll, als der Schaden beträgt. Es kommt dabey darauf an, daß, wenn jedes Stück nach einem besondern Werthe gerechnet worden, blos auf den Werth gesehen wird, den die mangelhafte Sache hat; ist hingegen die Sache um eine ganze Summe überhaupt gekauft worden, so muß die mangelhafte Sache besonders taxirt werden [s]). Weil übrigens der Handel, der an der verkauften Sache haftenden Mängel ungeachtet, gleich anfangs gültig war, und er blos in der Folge rescindirt worden, es auch dabey blos auf den freyen Willen des Käufers ankommt, daß er dem Verkäufer die gekaufte Sache zurück gegeben, so kann er das Andern in der Zwischenzeit an dieser Sache eingeräumte ius quaesitum nun nicht wieder entziehen; folglich bleiben die auf die Sache gelegten Beschwerden, der Rückgabe ungeachtet, bey Kräften [t]). Die aufgelegten Beschwerden sind freylich Verschlimmerungen der Sache, wovon der Käufer die Sache entweder befreyen muß, da sie an sich durch die Redhibition nicht

q) L. 31. §. 6 et 10. D. de aedil. edicto.
r) L. 31. § 5 et 7. D. de aedil. edicto.
s) L. 36. D. de aedil. edicto.
t) L. 43. §. 8. D. de aedil. edicto.

nicht aufhören, oder er muß dem Verkäufer den Schaden ersetzen. Weil endlich die Mängel, welche die Sache unbrauchbar machen, den Käufer berechtigen, den Vertrag aufzuheben; so kann auch der Verkäufer, wenn er das Geld noch nicht erhalten, nicht auf dessen Bezahlung dringen; und thut er es, so schützt der Käufer die Mängel und sein darauf gegründetes Recht, vom Handel abzugehen, als Einrede vor, und nun wird er von der Bezahlung befreyt [u]). Wurden mehrere Stücke zusammen gekauft, so kommt es hier darauf an, ob sie sich trennen lassen, oder nicht. In jenem Falle wird nur die Zahlung für das Stück verweigert, das Mängel hat, nicht aber für die übrigen; in diesem Falle aber verweigert man sie wegen der sämmtlichen Stücke [x]); und so wie die Zurückgabe der Sache überhaupt nicht zum Nachtheil eines Dritten gereichen darf, so soll sie auch nicht als Maske gebraucht werden, worunter eine Beschädigung der Gläubiger eines Gemeinschuldners verborgen liegt. Ist dieses wirklich der Fall, so kann die Paullianische Klage gebraucht werden [y]); jedoch wird hier vorausgesetzt, daß sich wirklich keine Mängel, die zur Rückgabe berechtigen, gefunden haben, und daß die Sache wohlfeil gekauft worden, die man also dem Verkäufer, der dieses wünschte, eben so wohlfeil wieder überlassen wollte.

Hat der Verkäufer die Sache, der sich findenden Mängel wegen, aus freyem Willen und in Güte zurück genommen, und gleichwohl giebt er dem Käufer das dafür erhaltene Geld nicht wieder, so kann er die actio in factum wider den Verkäufer anstellen [z]); doch wird vorausgesetzt, daß der Käufer schon alles, und nicht blos die Hauptsache, sondern auch die Nebenstücke gegeben, oder sich doch wenigstens zu deren Zurücklieferung anerboten habe.

Die

u) L. 59. pr. D. de aedil. edicto.
x) L. 59. §. 1. D. de aedil. edicto.
y) L. 43. §. 7. D. de aedil. edicto.
z) L. 31. §. 17 et 19. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0374
DFG

Die Sache muß wirklich schon zurück gegeben worden seyn, und die bloße Verabredung des Käufers mit dem Verkäufer, daß jener die Sache zurück geben, dieser aber sie zurück nehmen wolle, ist nicht hinreichend. Sollte blos diese Abrede genommen worden seyn, so müßte man immer noch die Redhibitorienklage anstellen, und dabey allenfalls diese Verabredung mit zum Grunde legen, wo solche als adiectitia qualitas betrachtet werden würde [a]). Hat sich der Verkäufer die Zurücknahme gefallen lassen; so kommt es nur darauf an, daß er seiner Seits die ihm obliegende Verbindlichkeit, welche in der Bezahlung des erhaltenen Kaufgeldes besteht, sich gefallen lasse. Alle Untersuchungen von wirklich sich findenden Mängeln und der Beschaffenheit derselben, sind jetzt überflüßig. Auch kommt es auf die Verjährung der Redhibition jetzt nicht weiter an, da sich der Verkäufer der hieraus herzunehmenden Einrede begeben hat.

Was endlich die Klage betrifft, welche actio quanti minoris genennt wird, so kommt solche, die Verschiedenheiten ausgenommen, wovon schon das Nöthige bemerkt worden, mit der Redhibitorienklage überein. Insonderheit ist hier in dem Falle, wenn mehrere Stücke zugleich gekauft worden sind, eben das zu unterscheiden, was bey jener Klage der Fall ist, ob sich die Stücke nicht wohl trennen lassen, oder ob sie nicht zusammengehören. Im ersten Falle ist der Werth nicht nur nach Proportion des einen mangelhaften Stücks, da doch die übrigen ohne Mängel sind, zu vermindern, sondern es muß zugleich auf die Verschlimmerung des Werths aller Stücke zusammen Rücksicht genommen werden [b]). Klagt der Käufer quanti minoris, so hat der Verkäufer die Wahl, ob er sich eine Minderung des Kaufgeldes will gefallen lassen, oder ob er lieber die



a) L. 31. §. 18. D. de aedil. edicto.

b) L. 38. §. 13. D. de aedil. edicto.

Sache zurück nehmen, und das Geld gar zurück geben will c). Noodt behauptete, der Käufer habe die Wahl, ob er wegen der Mängel der gekauften Sache die Redhibitorienklage, oder die actionem quanti minoris anstellen wolle. Diese Behauptung ist aber falsch d). Man kann nicht zugeben, daß bey Mängeln, welche die Sache nicht ganz unbrauchbar machen, der Käufer wegen des Betrugs des Verkäufers die Redhibition gebrauchen könne. Der dolus incidens giebt kein Recht, auf die Aufhebung des Contracts zu dringen. Noodt hat seine Behauptung nicht bewiesen. Seine Beweisstellen sagen weiter nichts, als daß der Käufer, der die Redhibition brauchen könnte, blos die actionem quanti minoris anzustellen berechtigt sey, wenn er von der redhibitorischen Klage keinen Gebrauch machen wolle, und hier tritt die Regel ein: qui potest maius, potest etiam minus; aber nicht umgekehrt kann der, der die letztere Klage nur anstellen darf, dafür die erstere, die redhibitorische, wählen.

Es kann der Verkäufer sich bey dem Verkauf von dem Käufer ausdrücklich versprechen lassen, daß er für keine Fehler stehen solle. In diesem Falle haftet er auch nicht, wenn er von den Fehlern gar nichts wußte; waren sie ihm aber bekannt, und er hat folglich die Verabredung blos dazu gebraucht, unter dieser Decke eine Beschädigung zu vertuschen, und die Unwissenheit des Käufers zu benutzen; so ist er dieser Gefährde wegen allerdings verantwortlich e).

Da die Grundsätze von der Wandelungsklage und den übrigen in diesen beyden Paragraphen erklärten Klagen sehr brauchbar sind, so will ich sie noch von einer andern Seite praktisch erläutern. Der Ausdruck Wandel heißt so viel als Mangel. Daher sagt man, das Pferd ist ohne Wandel.

c) Pavlvs in recept. sent. Lib. II. tit. 17. §. 6. L. 12. §. 1. D. I. D.

d) Noodt de emendat. form. dol. mal. cap. 9.

e) L. 14. §. 9. D. de aedil. edicto. L. 39. D. de act. emt.

Wandel, das heißt, es hat keinen Fehler. Ein Pferd wandeln, d.h. es wegen seiner Fehler zurück geben. Die Zeit der Wandelung ist die Zeit der Zurückgabe. Der Grund der Wandelungsklage besteht 1) darin, daß man eine Sache, sie mag eine einzige seyn, oder aus mehrern Stücken bestehen [f]), nicht umsonst [g]) von einem Andern zu eigen [h]) erhalten hat. Sie braucht eben nicht gekauft worden zu seyn; sondern man kann sie auch aus einem andern Contract, der einen Titel zum Erwerb des Eigenthums ausmacht, bekommen haben. Die Klage hat daher statt, wenn man eine Sache eingetauscht, oder an Zahlungsstatt bekommen hat, oder wenn sie uns durch die Theilung zugefallen ist. Am meisten braucht man die Wandelungsklage, wenn man eine Sache gekauft hat [i]); nur muß es keine öffentliche Feilbietung gewesen seyn [k]). Man muß die Sache schon erhalten haben; und ist dieses noch nicht geschehen, so kann man abwarten, bis der Andere wider uns klagt, und ihm alsdenn die Einrede der fehlerhaften Sache entgegen setzen. Man muß ferner die Sache nicht umsonst erhalten haben. Hat man etwas umsonst, oder geschenkt bekommen, so muß man damit zufrieden seyn, wie es ist, weil es uns nichts kostet, und man kann daher nicht klagen, weil die geschenkte Sache fehlerhaft ist [l]); es müßte denn der Schenker boshafter Weise uns etwas Fehlerhaftes geschenkt haben, um uns Schaden zuzufügen; z. B. ein rotziges Pferd, welches mir meine Pferde ansteckt.



f) L. 34. D. de aedil. edicto.

g) L. 19. §. 5. L. 62. D de aedil. edicto. Stryck in vsu mod. Lib. II. tit. I. §. 5.

h) L. 63. D. h. t. Stryck in vsu mod. h. t. §. 3. Lauterbach h. t. §. 7.

i) L. 1. pr. §. 1 et 2. L. 63. D. de aedil. edicto.

k) L. 1. §. 3. D. h. t.

l) L. 62. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0377 DFG

Der Grund der Wandelungsklage besteht 2) darin, daß die Sache bereits zur Zeit des Contracts m) einen solchen verborgenen Fehler n) gehabt hat, der sie ganz unbrauchbar macht o). Der Fehler muß schon zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen seyn; denn die erst nach dem Contract sich hervorthuenden Fehler der gekauften Sache muß der Käufer als Eigenthümer übernehmen. Daß der Fehler bereits zur Zeit des Contracts vorhanden gewesen, wird vermuthet, wenn er sich innerhalb drey Tagen, von Zeit des geschlossenen Contracts an gerechnet, hervorthut p); jedoch schließt diese Vermuthung den Beweis des Gegentheils nicht aus. Dieser Fehler muß ein verborgener, das heißt, nicht in die Augen fallender Fehler seyn. Ist es ein sichtbarer Fehler, das heißt, ein solcher, den der Erwerber der Sache, wenn er aufmerksam gewesen wäre, hätte entdecken können, so haftet der Beklagte nicht. Hier heißt es: thue die Augen oder den Beutel auf. Ueberdieses muß der Fehler die Sache ganz unbrauchbar machen. Solche Fehler heißen Hauptfehler; was aber das für Fehler sind, muß in Ermangelung besonderer Gesetze von Kunstverständigen bestimmt, oder aus den Umständen beurtheilt werden q). So sagt man von einem Pferde, es habe einen Hauptmangel, wenn es rotzig ist. In Sachsen giebt es vier Hauptfehler eines Pferdes, nämlich wenn es rotzig, stetisch, staarblind, oder haarschlägig ist r). Ein Hauptmangel ist es ferner, wenn ein gekaufter Ochse, ein Schwein,

m) L. 3. C. de aedil. act. STRYCK in vsu mod. h. t. §. 26 – 28.

n) L. 14. §. 10. D. de aedil. edicto. STRYCK h. t. §. 7. LAUTERBACH h. t. § 12.

o) L. 1. §. 8. D. h. t. L. 43. §. 6. eod. LUDOVICI in vsu pract. distinct. h. t. Dist. 1.

p) WERNHER Part. X. Obs. 399.

q) STRYCK h. t. §. 12.

r) CARPZOV in Iurispr. for. Part. II. Const. 34. Def. 17.

Schwein, ein Hammel, oder ein anderes Stück Vieh, so ungesund gefunden worden, daß das Fleisch ohne zu besorgende Gefahr nicht genießbar ist. Man behauptete ehedem, auch die Finnen müsse man bey Schweinen für einen Hauptmangel halten; aber in unsern Tagen hat der verstorb. Göze s) in Quedlinburg zu beweisen gesucht, daß die Finnen keine eigentliche, Fleisch und Säfte verderbende Krankheit, sondern vielmehr eine ganz unschädliche Wurmökonomie sind. Er nennt den Wurm einen Finnenblasenwurm.

Die Wandelungsklage kann auch darauf gegründet werden, daß der Sache die Eigenschaften oder Zierrathen t) fehlen, welche solche nach dem Vorgeben des Veräußerers haben sollen, und worauf der Erwerber hauptsächlich sein Absehen gerichtet hatte u). Sein Absehen hat der Erwerber auf diese Dinge gerichtet, wenn er die Sache nicht an sich gebracht haben würde, wenn er diesen Mangel vorher gewußt hätte x); dieß muß er aber, weil die Wandelungsklage auf die Wiederaufhebung des Contracts geht, beschwören y). Gieng sein Absehen nicht hauptsächlich darauf, so besteht der Contract, und der Erwerber kann wegen der mangelnden Eigenschaften, oder Zierrathen, den Veräußerer nur actione quanti minoris belangen. In der L. 17. §. 20. D. h. t. heißt es: si quis affirmauerit, aliquid *adesse* seruo, nec adsit, vel *abesse*, et adsit: vt puta si dixerit *furem* non esse, et fur sit, si dixerit



s) J. A. E. Göze Entdeckung, daß die Finnen im Schweinefleische keine Drüsenkrankheit, sondern wahre Blasenwürmer sind, Halle 1784. 8vo.

t) L. 38. pr. D. de aedil. edicto. Stryck in vsu mod. Lib. XXI. tit. 1. §. 25.

u) L. 17. §. 20. D. de aedil. edicto. L. 18. pr. D. eod. Stryck l. c. §. 22. Lavterbach h. t. §. 16. Voet h. t. nr. 4. verb. ob talem def.

x) Ludovici in vsu pract. h. t. Dist. 1.

y) Brvnnemann ad L. 2. D. de aedil. edicto.

*artificem* esse, et non sit, hi enim, quia quod asseuerauerunt, non praestant, aduersus dictum promissumue facere videntur. In der L. 18. pr. eod. findet man folgende hierher gehörende Fälle angeführt: si quid venditor de mancipio affirmauerit, idque non ita esse, emtor queratur: aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est, quanti minoris iudicio, agere potest: verbi gratia, si *constantem*, aut *laboriosum*, aut *curracem*, *vigilacem* esse, aut *ex frugalitate sua peculium acquirentem* affirmauerit, et is ex diuerso, *leuis*, *protervus*, *desidiosus*, *somniculosus*, *piger*, *tardus*, *comessor* inveniatur; haec omnia videntur eo pertinere, ne id, quod affirmauerit venditor, amare ab eo exigatur: sed cum quodam temperamento, vt si forte *constantem esse*, affirmauerit, non exacta grauitas, et constantia, quasi a philosopho desideretur: et si *laboriosum* et *vigilacem*, affirmauerit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur, sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur.

Hat man die fehlerhafte Sache durch Kauf bekommen, so concurrirt mit der actione redhibitoria die actio emti electivisch; jedoch muß diese letztere, wenn sie wegen solcher Fehler angestellt wird, um welcher willen jene gebraucht werden kann, binnen der nämlichen Zeit angestellt werden, nach deren Verlauf die Wandelungsklage verjährt ist [z]).

Die Wandelungsklage kann von Jedem angestellt werden, der die Sache von dem Andern nicht umsonst zu eigen erhalten hat [a]). Auch sein Erbe kann klagen [b]); und es kommt in beyden Fällen nicht darauf an, ob nur eine

z) Arg. L. 2. C. de aedil. act. BERGER in oecon. iur. Lib. III. tit. VIII. th. 7. nota 7).

a) L. 1. §. 1. L. 19. §. 5. D. de aedil. edicto.

b) L. 48. §. 5. 6. 7. D. de aedil. edicto.

eine Person die Sache erworben hat, oder mehrere zusammen [c]). Darauf, ob der Kläger den Contract von seiner Seite schon erfüllt hat, oder nicht, kommt zwar nichts an; sollte er aber den Contract selbst noch nicht erfüllt haben, so muß blos darauf geklagt werden, daß der Contract für nicht geschlossen zu achten, und Beklagter daher die Sache wieder zurück zu nehmen schuldig ist; denn sonst würde er nach verjährter Wandelungsklage selbst haften, und sogar angehalten werden, den Contract zu erfüllen, und z. B. das Kaufgeld zu bezahlen. Er könnte zwar auch in diesem Falle es erst abwarten, bis er von dem Andern, z. B. vom Verkäufer, auf Bezahlung des Kaufgeldes belangt würde, und ihm nunmehr exceptionem redhibitoriam entgegen setzen [d]); allein diese Einrede ist, wie die actio redhibitoria, eine exceptio temporalis, die also nach Verlauf der Zeit, binnen welcher die Wandelungsklage angestellt werden kann, nicht weiter vorgeschützt werden darf. Haben mehrere eine Sache, die nachher fehlerhaft befunden worden, an sich gebracht; z. B. zwey Fleischer haben zusammen zwey Ochsen gekauft, und als sie die Thiere nach Hause gebracht, wollen sie nicht fressen, und es scheint daher, daß sie ungesund im Leibe sind; so kommt es hier darauf an, ob sie die Ochsen gemeinschaftlich gekauft haben, oder ob jeder einen Ochsen allein behandelt hat. Im ersten Falle müssen sie zusammen klagen; im zweyten aber kann jeder wegen seines behandelten Ochsens allein klagen [e]). Sind mehrere Erben eines Käufers vorhanden, so müssen sie zusammen in die Anstellung der Wandelungsklage willigen, und einen gemeinschaftlichen Anwald bestellen [f]).

Der Beklagte ist Jeder, der die Sache dem Andern nicht umsonst zu eigen überlassen hat [g]), und auch gegen



c) L. 31. §. 5. D. de aedil. edicto. Stryck h. t. §. 31.
d) L. 59. pr. D. de aedil. edicto.
e) L. 31. §. 5. D. h. t.
f) L. 31. §. 5. D. h. t. Stryck h. t. §. 31.
g) L. 28 sqq. D. de aedil. edicto.

seinen Erben kann die Wandelungsklage angestellt werden [h]). Haben mehrere etwas gemeinschaftlich veräußert [i]), so gehört entweder jedem ein gleich großer Antheil davon; oder dieses ist nicht der Fall. Ersten Falls haftet jeder in solidum [k]); letztern Falls aber haftet der in solidum, der am Verkauf den größten Antheil hat; denn die verkaufte Sache ist eine res indiuidua [l]). Anders verhält sich die Sache bey der actione emti; denn hier haften mehrere Verkäufer, als socii, nur nach ihrem Antheil [m]). Man muß daher, wenn man die Wandelungsklage angestellt hat, vorsichtig seyn, und sich durch die von dem Gegner vorgeschützte Einrede der Theilung nicht irre machen lassen [n]); man muß repliciren, daß man nicht die Klage aus dem Kauf, sondern die Wandelungsklage angestellt habe. Mehrere Erben eines Verkäufers haften pro rata, weil sich die Verbindlichkeit zur Restitution des Kaufgeldes theilen läßt [o]); jedoch können sie mit einander in einem Klageschreiben belangt werden, weil sie dem Käufer alle aus ebendemselben Grunde verbindlich sind, und also als Streitgenossen angesehen werden können.

Die Birte in der Wandelungsklage geht dahin: daß der Contract für nicht geschlossen zu achten [p]), daher Beklagter dem Kläger seine Sache, z. B. sein Kaufgeld mit den Zinsen [q]), und was er sonst deshalb aufgewandt habe [r]), wieder zurück zu geben und zu ersetzen schuldig ist.

Hat

h) L. 48. §. 5. D. de aedil. edicto. L. 23. §. 5. D. eod.
i) L. 31. §. 10. L. 44. §. 1. D. h. t. Stryck h. t. §. 32.
k) L. 44. §. 1. D. de aedil. edicto.
l) L. 44. §. 1. D. de aedil. edicto.
m) L. 44. §. 1. D. h. t.
n) Boehmer de action. Sect. I. cap. 8. §. 73.
o) L. 31. §. 10. D. de aedil. edicto.
p) L. 60. D. de aedil. edicto.
q) L. 27. L. 29. §. 2. D. h. t.
r) L. 27. D. de aedil. edicto. Mevius ad Ius Lubec. Lib. III. tit. 6. Art. 14. nr. 11 et 12.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0382
DFG

Hat der Kläger z. B. Vieh gekauft, und dieses ist, weil es ungesund war, umgefallen, er hat aber vorher auf dem Wege, bey der Nachhauseschaffung des Viehes, mancherley Aufwand gehabt, z. B. für Zoll, Fütterung u. s. f. so muß der Beklagte diesen Aufwand ersetzen. Das Interesse muß der Beklagte alsdenn prästiren, wenn er den Fehler gewußt hat, und der Kläger hat Schaden davon gehabt [s]). Ist die Sache des Beklagten noch vorhanden, und nicht schon ohne Verschulden des Klägers zu Grunde gegangen [t]), so muß sich der Kläger zugleich zur Zurückgabe der erhaltenen fehlerhaften Sache anbieten [u]); denn so wie der Kläger solche mit allen Nutzungen und Zuwachs dem Beklagten zurück geben muß [x]), so ist dieser auch schuldig, das verkaufte unbrauchbare Vieh wieder zurück zu nehmen [y]). Ist die Sache nicht mehr vorhanden, sondern ohne Verschulden des Klägers zu Grunde gegangen, so fällt freylich dieses Anerbieten in einem solchen Falle weg; nur muß dieser Umstand in der Klage mit angeführt werden, damit es sowohl der Beklagte als der Richter weiß, warum die Anerbietung zu der Zurückgabe dießmal unanwendbar sey. Man nehme an, ich hätte einen Ochsen eingetauscht, welcher den Tag, nachdem ich ihn bekommen, krepirt. Da er besichtigt worden, so findet sichs, daß er an dem sogenannten alten Stoff umgefallen sey; das heißt, er ist einmal sehr erhitzt worden, und hat hierauf gesoffen, davon ist in der Herzkammer eine gelbe Gallerte mit geronnenem Geblüte überzogen, entstanden, welche nach und nach die Luftröhren verstopft und dadurch verursacht hat, daß ihm alle Luft und Kräfte entgangen sind, und er also krepiren müssen. Noch ist zu bemerken, daß die

s) L. 18. pr. D. de act. emti et vend. L. 1. C. de aedil. act.
t) L. 38. §. 3. L. 47. §. 1. L. 48. pr. D. de aedil. edict.
u) L. 23. §. 1 et 7. D. de aedil. edicto.
x) L. 31. §. 2 et 4. D. h. t. Stryck h. t. §. 30.
y) L. 38. §. 1. D. de aedil. edicto.

die Redhibitorienklage auch gebraucht werden kann, wenn sich zwar noch kein Hauptmangel an der Sache gezeigt hat, er ist aber doch zu besorgen, und der Beklagte sich weigert, des besorglichen Fehlers wegen Caution zu bestellen [z]). Kann man wirklich vermuthen, daß sich ein Hauptmangel zeigen werde, so muß der Veräußerer der Sache durch Bürgen Sicherheit bestellen, und diese müssen versprechen, für alle Schäden haften zu wollen, wenn es sich etwa in der Folge zeigen sollte, daß die Sache zur Zeit des Contracts mit einem Hauptmangel behaftet gewesen sey [a]).

Der Redhibitorienklage können viele Einreden entgegen gesetzt werden, und zwar 1) hat die Einrede statt, Kläger habe die Sache umsonst erhalten; 2) durch den geschlossenen Contract sey auf Klägern kein Eigenthum übertragen worden; welcher Fall eintritt, wenn eine fehlerhafte Sache verpachtet worden ist; hier muß die actio conducti vom Pachter wider den Verpachter angestellt werden [b]). Es kann 3) vorgeschützt werden, es sey nur ein geringer Fehler, wodurch die Sache nicht unbrauchbar werde [c]); oder 4) der Fehler sey sichtbar gewesen [d]). Hier kann replicirt werden: Beklagter habe den Fehler arglistig verborgen; oder: er habe dem Kläger die Sache, ohne daß dieser solche vorher gesehen, auf Treue und Glauben, mit der Versicherung, sie sey ohne Fehler, verkauft. Der Beklagte kann 5) vorschützen, Kläger habe den Fehler gewußt [e]); oder 6) der Fehler sey zur Zeit des geschlossenen

z) L. 28. D. de aedil. edicto. Lavterbach ad h. t. §. 17.

a) L. 31. D. de euiction.

b) Lavterbach ad Pand. h. t. §. 7.

c) L. 1. §. 8. L. 4. §. 6. D. de aedil. edicto.

d) L. 1. §. 6. D. de aed. edicto. L. 43. D. de contrah. emt. L. 1. §. 1. D. de act. emt. vend.

e) L. 14. §. 10. D. de aedil. edicto.

nen Contracts nicht vorhanden gewesen [f]), wenigstens könne man es nicht vermuthen [g]), und hier muß der Kläger den Beweis des Fehlers übernehmen [h]). Wenn der Fehler erst, nachdem der Contract bereits geschlossen worden, entsteht, so rührt er entweder von einer Verwahrlosung des Käufers her, oder von einem Zufalle. In beyden Fällen muß der Kläger, als der Käufer, den Schaden tragen. Rührt der Fehler von einer Verwahrlosung des Käufers her, so ist er selbst Schuld an dem Schaden; liegt hingegen die Ursache des Fehlers in einem Zufalle, so muß er den Schaden deswegen tragen, weil er gleich nach völlig geschlossenem Contracte Eigenthümer der Sache geworden ist, und der Eigenthümer die Unglücksfälle tragen muß [i]). Aeußert sich der Fehler innerhalb drey Tagen nach geschlossenem Contracte, z. B. das Pferd krepirt, da es der Käufer nur erst zwey Tage hatte; so wird vermuthet, daß die Sache schon zur Zeit des Contracts mit dem Fehler behaftet gewesen sey. Es kann 7) vorgeschützt werden, der Fehler sey kein solcher, dessenwegen man blos zu haften versprochen habe [k]). Auf diese Einrede kann replicirt werden: Beklagter habe dabey aus Gefährde gehandelt; er habe den Fehler wohl gewußt, und damit er den Kläger hintergehen möchte, habe er sich ausbedungen, nur für gewisse Fehler zu haften [l]). Der Beklagte kann 8) vorschützen, der Fehler sey kein solcher, für den der Verkäufer nach den Statuten stehen müsse [m]). So giebt es z. B. in Sachsen

f) Wernher Obs. Tom. III. Part. III. Obs. 42. Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Thl. 20stes Bedenken.

g) Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 8. §. 6. not. 3. Schmidts öffentl. Rechtssprüche, Nr. 48.

h) L. 4. D. de probat.

i) L. 54. D. de aedilit. edicto. L. 3. C. de aedil. act.

k) L. 14. §. 9 et 10. D. h. t. Stryck in vsu mod. h. t. §. 10.

l) L. 14. §. 9. D. de aedil. edicto.

m) Carpzov in Iurispr. for. Part. II. Const. 34. Def. 17. Riccivs in spicil. iur. germ. pag. 665 sqq. Stryck in vsu mod.

Sachsen nur vier Hauptfehler eines Pferdes; hätte also der Kläger behauptet, das Pferd sey mit dem Koller behaftet, so könnte ihm der Beklagte die angeführte Einrede entgegen setzen. Auf die gegenwärtige Einrede kann replicirt werden: Beklagter habe dabey aus Gefährde gehandelt, er habe den Fehler gewußt, und ihn arglistiger Weise verheimlicht [n]), und in diesem Falle kann ihm der Reinigungseyd aufgelegt werden [o]). Es kann 9) vorgeschützt werden, Kläger habe die Sache bereits in eine andere Art von Sachen verwandelt [p]); z. B. er hat das verdorbene Getraide schroten lassen; denn bey der Wandelung soll der Verkäufer das wieder zurück nehmen, was er vorher hatte; die verwandelte Sache hat er aber nicht vorher gehabt. In einem solchen Falle muß der Käufer actione emti klagen. Etwas Anders wäre es, wenn der Kläger die Sache nur etwas verdorben hätte; hier muß sie der Verkäufer zwar wieder zurück nehmen, aber der Käufer muß ihm den daran verursachten Schaden ersetzen [q]). Man kann 10) vorschützen, die Klage sey bereits durch die Verjährung erloschen [r]). Bey der Verjährungszeit ist vor allen Dingen darauf Rücksicht zu nehmen, ob die Wandelungsklage wegen eines sich bereits geäußerten Fehlers angestellt worden ist, oder deswegen, weil ein Fehler zu befürchten war, und der Käufer verlangte deswegen Sicherheits-

mod. h. t. §. 19. Wernher Obs. Tom. III. Part. III. Obs. 43. Schmidts öffentl. Rechtssprüche, Nr. 48.

n) Richter Dec. 95. nr. 30. Struv Exerc. XXVII. th. 5.

o) Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 8. th. 6. not. 1.

p) L. 9. §. 3. D. ad exhib. Stryck h. t. §. 20. Carpzov Dec. 222. Leyser Spec. 237. cor. 6.

q) L. 23. pr. D. de aedil. edicto.

r) L. 28. L. 38. pr. L. 19. §. 6. L. 55. D. h. t. L. 2. C. de aedil. act. Wernher Part. VIII. Obs. 475. Tom. I. Part. I. Obs. 113. Io. Henr. ab Aschen Diss. inaug. de praescriptione redhibitionis, Goetting. 1785.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0386
DFG

cherheitsbestellung, die aber der Beklagte nicht bestellen wollte. In diesem letztern Falle muß die Klage binnen zwey Monaten, oder 60 Tagen angestellt werden, und nach dieser Zeit ist die Klage verjährt [s]). Im ersten Falle wird entweder wegen der mit-verkauften, aber nicht gehörig mit-überlieferten Zierrathen geklagt, und hier verjährt die Klage wieder in 60 Tagen; oder wegen anderer Fehler, und hier wird sie erst nach sechs Monaten verjährt [t]). Die Verjährungszeit fängt gleich von der Zeit des geschlossenen Contracts an zu laufen, wenn auch der Erwerber der Sache damals noch nichts von dem Fehler derselben wußte [u]), mithin ist die Zeit tempus *continuum* ratione initii. Bey dem Fortgange der Verjährungszeit werden nur die Gerichtstage, wo also der Erwerber klagen konnte, gezählt, mithin ist die Zeit hier tempus *utile* ratione cursus [x]). In einigen Ländern ist zur Erleichterung des Handels eine kürzere Verjährungszeit vorgeschrieben worden; z. B. im Braunschweig-Lüneburgischen muß die Klage höchstens binnen drey Monaten angestellt werden [y]). Außer den angeführten Einreden kann 11) vorgeschützt werden, Klägers Suchen sey, wegen nicht angebotener Zurückgabe, unstatthaft [z]); oder 12) Kläger, als Verkäufer, könne die Wandelungsklage nicht anstellen [a]). Hier wollen wir den Fall annehmen, der Verkäufer habe die fehlerhafte Sache von dem Käufer außergerichtlich wieder angenommen, und er findet, daß der Käufer sie beschädigt hat, was hat er in diesem Falle für ein Rechtsmittel? — Entweder hat er dem Käufer sein Kaufgeld schon

s) L. 28. D. de aedil. edicto.
t) L. 2. C. de aedil. act.
u) L. 19. §. vlt. D. de aedil. edicto.
x) L. 55. D. de aedil. edicto. Stryck h. t. §. 33.
y) de Pufendorf in Obs. Tom. II. Obs. 237.
z) L. 31. §. 18. D. de aedil. edicto.
a) L. 23. pr. in fine D. h. t. Stryck h. t. §. 35.

schon wieder zurück gegeben, oder nicht. Im ersten Falle muß er actione venditi auf den Schadenersatz klagen; die Wandelungsklage findet nicht statt; denn diese kann nur der Käufer anstellen [b]). Im letztern Falle kann er so lange warten, bis ihn der Käufer actione in factum auf die Zurückgabe des Kaufgeldes verklagt [c]), und wenn dieses geschieht, kann er sich durch die Einrede helfen, daß Kläger ihm die Sache nicht unbeschädigt zurück gegeben habe. Endlich kann 13) vorgeschützt werden, Beklagter habe die Sache in einer öffentlichen Auction erstanden [d]). Dagegen findet die Replik statt: das Gebot sey bedingungsweise geschehen, wenn nämlich die Sache keinen Hauptmangel habe, z. B. wenn das Buch nicht defect sey.

Eine unstatthafte Einrede würde es seyn, wenn man ein unvernünftiges Thier gekauft hätte, der Fehler sey kein Leibesgebrechen, sondern bestehe in einem Seelenfehler; denn auch deshalb, daß z. B. der verkaufte Ochse stößig sey, das Pferd auszuschlagen oder sich bey jeder Gelegenheit los zu machen gewohnt ist, kann die Redhibitorienklage angestellt werden [e]). War der Kauf über einen Menschen geschlossen worden, und dieser hat einen Seelenfehler, so rührt solcher entweder von einem Leibesgebrechen her, oder dieses ist nicht der Fall. Im ersten Falle, z. B. wenn der Sclave so sehr verdorbenes Geblüt hat, daß er öfters davon wahnwitzig wird, und als ein unsinniger Mensch herumläuft, hat die Wandelungsklage statt [f]). Im andern Falle kann sie nicht angestellt werden; z. B. wenn der Sclave ein sehr durchtriebener Betrüger ist, der seinen

b) L. 23. pr. in fine D. h. t.

c) L. 31. §. 17. D. h. t

d) L. 1. §. 3. D. h. t. Lavterbach h. t. §. 7.

e) L. 43. pr. D. h. t. Io. Wilh. Roevenstrvnck in Medit. aedilitiis de iudicio equestri, tum redhibitorio, tum aestimatorio, Colon 1700. 4to.

f) L. 4. §. 1. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0388
DFG

seinen Herrn beständig zu hintergehen sucht. Hier muß ihn der Käufer durch Züchtigung zu bessern suchen [g]. Ungegründet ist 2) die Einrede, der Beklagte habe den Fehler nicht gewußt [h]. Deswegen kann sich der Beklagte nicht weigern, das erhaltene Kaufgeld zurückzugeben, und die verkaufte Sache wieder anzunehmen [i]. Das Interesse braucht er in diesem Falle nicht zu prästiren, sondern nur alsdenn, wenn er den Fehler wirklich wußte [k]. Endlich darf 3) nicht vorgeschützt werden, die Sache sey auf der Messe oder auf dem Jahrmarkte gekauft worden.

Durch die zeither betrachtete Redhibitorienklage wird von dem Besitzer der Sache, nämlich von dem Käufer, auf die Wiederherausgabe des Kaufgeldes und die Zurücknahme der Sache geklagt. Gesetzt nun, diese Zurücknahme ist geschehen; so kommt es hier wieder darauf an, ob die zurückgegebene Sache eben so gut wieder zurückgegeben worden, als sie anfangs beym Verkauf war, oder die Sache ist jetzt schlechter. Im ersten Falle kann der Käufer sein Geld actione in factum zurück fordern [l]; im zweyten aber kann der Verkäufer, wenn er dem Käufer das Kaufgeld bereits zurückgegeben hat, dasjenige, was dieser wegen der Sache zurück erhalten hat, condictione sine causa [m], oder actione venditi von ihm fordern, welche letzte Klage auch wegen der Verschlimmerungen Statt findet [n]. Die actio

g) Stryck l. c. §. 6.

h) L. 1. §, 2. D. de aedil. edicto.

i) L. 13. D. de act. emt. Schoepfer in synopf. iur. Rom. Lib. XXI. Tit. I. nr. 15. Schmidts öffentliche Rechtssprüche, Nr. 48.

k) L. 1. §. 2. D. h. t.

l) L. 31. §. 17. D. de aedil. edicto. Io. Frid. Theor. Burckard Diss. inaug. de actione in factum ex L. 31. §. 17. D. de aedil. edicto, Kiel. 1781.

m) Stryck de action. for. Sect. I. mbr. 6. §. 18. in fine.

n) L. 23. pr. D. de aedil. edicto.

actio in factum kann dreyßig Jahr über angestellt werden. Man sieht hier nicht darauf, ob die Sache einen Mangel, weswegen die Wandelung statt hat, gehabt habe, oder nicht; sondern es ist genug, wenn der Verkäufer die Sache wieder zurück genommen hat. Er darf sich einmal mit des Käufers Kaufgelde nicht bereichern, und dieses würde geschehen, wenn er das Kaufgeld behalten und die verkaufte Sache auch annehmen wollte.

Die actio aestimatoria, oder quanti minoris unterscheidet sich von der Wandelungsklage blos dadurch, daß sie einen solchen Fehler voraussetzt, der die Sache zwar nicht ganz unbrauchbar macht, weshalb sie aber doch um ein beträchtliches weniger werth ist; z. B. das gekaufte Pferd ist scheu o); oder es legt sich nieder, wenn es durch Wasser geht; es läßt sich ohne große Mühe nicht beschlagen, man muß es dabey allemal auf den Rücken legen; oder das Gut ist mit verschiedenen Dienstbarkeiten behaftet, wovon der Verkäufer dem Käufer nichts gesagt hat. Ob die verkaufte Sache wirklich viel weniger werth sey, als man nach dem Kaufgelde erwarten konnte; diese Frage muß durch Kunstverständige bewiesen werden. Die Gesetze p) sagen, der Richter solle darauf sehen, wie viel der Käufer für die Sache weniger gegeben haben würde, wenn er es gewußt hätte, daß die Sache den Fehler habe. Die Klage heißt actio aestimatoria, quia in illa locum habet *iudicis aestimatio.* Was die actio redhibitoria voraussetzt, das gilt auch von dieser Klage; folglich muß der Kläger die Sache bereits erhalten haben, und zwar zu eigen, auch nicht umsonst; der Fehler muß auch bereits zur Zeit des Contracts vorhanden, und ein verborgener Fehler gewesen seyn. Mit dieser Klage concurrirt die actio emti electivisch; nur muß solche, wenn sie wegen solcher

o) L. 4. §. 3. D. de aedil. edicto.

p) L. 61. D. h. t. L. 39. D. L. 9. C. de act. emt. Mevius Part. III. Dec. 192.

solcher Fehler angestellt wird, derentwegen die actio aestimatoria statt hat, binnen eben der Zeit angestellt werden, binnen welcher die actio aestimatoria verjährt wird [q]). Hierher gehört der Fall, wenn bey einer öffentlichen Feilbietung dem Käufer dingliche Lasten verschwiegen worden sind [r]).

Von der Person des Klägers und des Beklagten gilt bey dieser Klage eben das, was die Gesetze von der Person des Klägers und des Beklagten bey der Wandelungsklage verordnet haben [s]). Man sieht bey dem Kläger nicht darauf, ob er den Contract seiner Seits schon erfüllt habe, oder nicht; jedoch kann er sich in dem letztern Falle mit der exceptione quanti minoris schützen, wenn der Andere vor Ablauf der Verjährung wider ihn klagt.

Die Bitte geht darauf, daß Beklagter dem Kläger so viel, als dieser, wenn er den Fehler gewußt hätte, weniger für die Sache gegeben haben würde, wieder herausgebe [t]). Es kann diese Klage auch auf eine Aestimation gerichtet werden, wenn sich der Fehler zwar nicht offenbaret hat, solcher aber doch zu besorgen ist, und der Beklagte wegen des besorglichen Fehlers keine Sicherheit bestelle [u]).

Wider die gegenwärtige Klage kann man eben die Einreden vorschützen, die der Wandelungsklage entgegen gesetzt werden können, jedoch sind einige Einreden ausgenommen; z. B. die Einrede, daß Klägers Suchen, wegen nicht angebotener Zurückgabe, unstatthaft sey. Diese Einrede darf deswegen nicht gebraucht werden, weil die actio quanti minoris nicht auf die Aufhebung des Con-



q) Arg. L. 2. C. de aedil. action. BERGER in Oecon. iur. Lib. III. tit. VIII. th. 7. not. 7.

r) SCHORCH Resp. et Sent. Erford. I, 246.

s) L. 19. §. 5. L. 61. D. de aedil. edicto.

t) L. 61. D. de aedilit. edicto.

u) L. 26. D. de aedil. edicto.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0391 DFG

tracts geht, sondern blos auf die Verminderung des Kaufgeldes. Auch die Einrede, daß Beklagter den Fehler nicht gewußt habe, darf nicht gebraucht werden; denn hat er ihn auch nicht gewußt, so muß er doch vom Kaufgelde so viel zurückgeben, als die Sache wegen des Fehlers weniger werth ist. Hat er ihn gewußt und arglistiger Weise verschwiegen, so haftet er dem Kläger zur Leistung alles Interesse [x]; klagte man daher auf das letztere, so muß die Klage auf diese Wissenschaft des Beklagten begründet werden. Was die Verjährungszeit dieser Klage betrifft, so muß man darauf sehen, ob solche wegen der bereits geäußerten, oder wegen der besorglichen Fehler und deshalb nicht bestellter Sicherheit angestellt worden ist. Im ersten Falle ist die Verjährungszeit ein nützliches Jahr sowohl ratione *initii*, als ratione *cursus* [y]), welches von der Zeit an, da der Käufer den Fehler erfahren hat, anfängt, und bey dem in Rücksicht auf den Lauf der Verjährung nur die Gerichtstage gezählt werden; doch giebt es Rechtslehrer [z]), welche der Meynung sind, Justinian habe den annum vtilem in der Lex fin. C. de temp. in integr. rest. in ein *quadriennium continuum* verwandelt. Die Ursache, weswegen die actio quanti minoris länger dauert, als die actio redhibitoria, besteht darin, weil durch jene Klage der Contract nicht aufgehoben wird, wie durch die letzte geschieht, und sie daher nicht so verhaßt ist, als die actio redhibitoria. — Im letzten Falle verjährt die Klage nach sechs Monaten [a]).

Von den bisher abgehandelten actionibus aedilitiis ist noch zu merken, 1) daß beyde mit der actione *emti* electivisch concurriren [b]); denn diese letzte Klage ist auch auf

x) L. 1. §. 2. D. de aedil. edicto.
y) L. 19. §. fin. L. 38. pr. D. h. t.
z) Berger Oecon. iur. Lib. III. tit. VIII. th. 7. not. 6. Stryck l. c. Sect. III. axiom. 2.
a) L. 21. D. de aedil. edicto.
b) L. 11. §. 3. L. 51. pr. D. de act. emt. Stryck l. c. Sect.

auf die Sachen ausgedehnt worden, weswegen die actiones aedilitiae angestellt werden können [c]), wenn sie gleich übrigens unterschieden bleiben [d]). Der electivische concursus verschafft dem Kläger den Vortheil, daß, wenn die actio aedilitia bereits durch die Verjährung erloschen ist, nichts desto weniger die actio emti wegen des Fehlers noch dreyßig Jahr über gebraucht werden kann [e]). Daher muß der Kläger, wenn ihm der Beklagte die Einrede der Verjährung entgegen gesetzt hat, darauf repliciren, die Verjährungszeit sey noch keinesweges abgelaufen, weil nicht eine Aedilische Klage, sondern die Klage aus dem Kauf, als eine actio ciuilis angestellt worden sey. Eine andere hierher gehörende Bemerkung ist es 2), daß der Kläger die Wahl hat, ob er die Redhibitorienklage anstellen, weil solche begründet ist, oder an ihrer Stelle die Aestimatorienklage brauchen will [f]). Der Vortheil besteht darin, daß, wenn die Wandelungsklage verjährt seyn sollte, da sie erst nach sechs Monaten angestellt worden, man nun doch noch die Aestimatorienklage wegen des Fehlers binnen einem nützlichen Jahre brauchen kann [g]). Hat man wegen des Fehlers einmal die Aestimatorienklage angestellt, so kann man freylich nachher, wenn der Proceß verlohren worden, nicht auch noch die Wandelungsklage wegen des nämlichen Fehlers brauchen [h]). Ferner ist 3) zu bemerken, daß der Kläger, wenn er ungewiß ist, ob die Redhibitorienklage statt finde, der Klugheit gemäß die Aestimatorienklage alternativisch kumuliren muß. Zweifelhaft wird es,



Sect. I. Mbr. 6. §. 16. 17. WERNHER Obs. Part. VIII. Obs. 475.

c) Arg. L. 31. §. 28. D. de aedil. edicto.

d) WESTENBERG Diss. de causs. obligat. cap. I. §. 22. STRYCK h. t. §. 51. 52.

e) L. 56. D. de euict. WESTENBERG et STRYCK l. c.

f) L. 48. §. 1 et 2. D. de aedil. edict. STRYCK l. c. §. 14.

g) BERGER l. c. not. 7.

h) L. 25 §. 1. D. de except. rei iudic.

ob die Redhibitorienklage statt habe, wenn es sich nicht im Voraus ganz sicher bestimmen ließ, ob der Fehler für so beschaffen zu halten sey, daß die gekaufte Sache deswegen ganz und gar unbrauchbar ist. 4 Verdient bemerkt zu werden: wenn anfangs nur die Aestimatorienklage angestellt worden, weil sich blos ein solcher Fehler der Sache gefunden, wodurch sie an ihrem Werth verlohr, so kann dennoch nachher auch die Wandelungsklage gebraucht werden, nachdem sich ein Fehler zeigt, der die ganze Sache unbrauchbar macht i). Wird an der Sache nachher ein Fehler entdeckt, weshalb sie gar nicht zu brauchen ist, so hat sie auch keinen Werth, folglich würde es unbillig seyn, wenn der Verkäufer das Kaufgeld dafür behalten wollte, was er immer noch besitzt, ob er gleich etwas davon zurück geben müssen, weil die Sache Fehler hatte. So geht es an, erst die Aestimatorienklage anzustellen, weil das gekaufte Pferd scheu ist, und nachher kann immer auch die Wandelungsklage gebraucht werden, wenn man findet, daß das gekaufte Pferd auch den Rotz hat. Es ist 5) zu bemerken, daß der Kläger, wenn er gleich schon die eine von den beyden Klagen, es mag die Redhibitorienklage oder die Aestimatorienklage gewesen seyn, angestellt hat, er doch in der Folge eben diese Klage zum zweytenmale brauchen kann, wenn sich ein anderer Fehler der Sache gefunden hat, oder ein Fehler den andern nicht aufhebt k). Wegen eines und eben desselben Fehlers kann man nicht zum zweytenmale klagen, wenn man schon einmal mit diesem Vorgeben abgewiesen worden ist; ja nicht ein-

i) L. 25. §. 1. D. de exc. rei iud. L. 43. §. 6. D. de aedil. edicto. Stryck de action. for. Sect. I. Mbr. 6. §. 14. Idem in vsu mod. h t. §. 45. Buechner D. de electione vt ferunt concursu actionis redhibitoriae cum actione quanti minoris, aeque in genere, ac in specie ad L. 25. §. 1. D. de except. rei iud. Giessae 1789. Klübers jurist. Bibl. VI, 100. Strubens rechtl. Bedenk. 1. Thl. 17. Bedenk. S. 46 u. flg.

k) L. 48. §. 7. L. 31. §. 16. D. de aedil. edicto. Leyser Spec. 327. Med. 1 sqq.

ein mal als Einrede kann dieser Umstand zum zweytenmal gebraucht werden. Man nehme an, ich hätte wegen eines mir verkauften Pferdes, welches mit dem Koller behaftet sey, die Aestimatorienklage angestellt, ich wurde aber abgewiesen, und zur Bezahlung des ganzen Kaufgeldes verurtheilt. Weil ich dieses Kaufgeld nicht bezahlte, verklagt mich der Verkäufer des Pferdes wegen Bezahlung des ihm noch schuldigen Kaufgeldes actione venditi. In diesem Proceß darf ich ihm die exceptionem quanti minoris nicht entgegen setzen, weil das verkaufte Pferd den Koller habe, und thue ich es, so kann er mir replicam rei iudicatae entgegen setzen [l]). Uebrigens handelt der Kläger vorsichtig, daß er sich durch eine Protestation zu verwahren sucht, er wolle sich die ihm zustehenden Rechtsmittel allerdings vorbehalten haben, wenn sich in der Folge noch mehr Fehler an der gekauften Sache zeigen sollten, ob er gleich jetzt nur wegen des angegebenen Fehlers klage [m]). Mehrere Rechtsgelehrte [n]) haben behauptet, die Redhibitorienklage dürfe deswegen nicht mehrmals angestellt werden, weil der Contract durch sie aufgehoben werde; dieses könne aber nur einmal geschehen. Diese Behauptung setzt voraus, daß der Käufer geklagt und den Proceß gewonnen habe, und nunmehr der beklagte Verkäufer die fehlerhafte Sache zurücknehmen, und dem klagenden Käufer sein Geld herausgeben müssen. Sollte aber der Kläger den Proceß verlieren, und also die Sache, weil er den angegebenen Fehler nicht beweisen können, behalten müssen, so ist kein Grund vorhanden, warum er nicht wegen eines andern nachher sich gezeigten Fehlers, der die Sache ganz unbrauchbar macht, die Wandelungsklage aufs neue anstellen könne [o]).

l) L. 25. §. 1. D. de exc. rei iudic. Berger in Oecon. iur. l. c.

m) L. 48. §. 7. D. de aedil. edicto.

n) Stryck in vsu mod. h. t. §. 44.

o) L. 48. §. 7. D. de aedil. edicto.

# Lib. XXI. Tit. II.

## de euictione et duplae ſtipulatione.

### §. 1115 — 1117.

Eine beſonders merkwürdige Pflicht des Verkäufers beſteht darin, daß er dem Käufer die Gewähr leiſten muß. Die Entwährung beſteht darin, daß der Käufer dasjenige, was ihm verkauft worden iſt, nicht in der Maaße, wie es ihm verkauft worden iſt, und wie er den Rechten nach erwarten können, behalten und behaupten kann, ſondern wegen der ſchon vor dem Kauf vorhanden geweſenen rechtlichen Beſchaffenheit der Sache, ſie ganz oder zum Theil, entweder ſie ſelbſt, oder ihre Gerechtſame, entbehren oder hergeben muß. Wenn in dieſem Falle der Käufer wirklich Schaden leidet, und er ſich dieſen Schaden durch ſeine Schuld nicht ſelbſt zugezogen hat; ingleichen wenn die ihm verſprochenen Sachen ſich entweder gar nicht, oder nicht in der verſprochenen Quantität finden; ſo iſt ihm der Verkäufer den Schaden zu erſetzen ſchuldig, und dieß nennt man die Gewährsleiſtung. Die Verbindlichkeit dazu fließt ſchon aus der Natur des Kaufcontracts. Hotomann behauptete, in den älteſten Zeiten ſey bey der Mancipation keine Gewähr geleiſtet worden; dieſe Meynung iſt aber falſch, und es waren auch bey dieſer Stipulationen der Gewähr wegen, und ſich darauf beziehende Bürgſchaften gewöhnlich [a]). Die Römer ſchloſſen beſondere Verabredungen in Stipulationen über die Entwährung der verkauf-

a) Callet ad *L.* 6. C. de euict. in Meerm. Theſ. Tom. II. pag. 322.

verkauften Sache, welche Verträge für ſehr nützlich zu halten ſind. Ein Hauptpunkt bey dieſen Verabredungen war es mehrentheils, daß der Verkäufer dem Käufer den Schaden doppelt vergüten wolle. Der Verkäufer durfte ſich nicht weigern, ein ſolches Verſprechen zu leiſten, und leiſtete er es wirklich aus Ungehorſam nicht, ſo wurde es in contumaciam, als wirklich geſchehen, angenommen [b]). Verſchiedene Bruchſtücke des alten römiſchen Rechts beweiſen es, daß allemal, wenn auch keine Stipulation errichtet worden, die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Bezahlung des Duplums eben ſo aus der Natur des Kaufs hergeleitet wurde, als wenn wirklich eine Stipulation darüber geſchloſſen worden. Vermuthlich billigte man dieſen Rechtsſatz deswegen, weil dieſe Art der Stipulation gewöhnlich war, und, was die Gewohnheit mit ſich brachte, ſich als der ſtillſchweigende Wille der Partheyen anſehen ließ, und weil der Verkäufer zur Stipulation ohnedem gezwungen werden konnte, er alſo auch auf alle Fälle der Erſetzung des Duplums nicht ausweichen konnte [c]). Aus dieſer Stelle ſieht man zugleich, daß die Verbindlichkeit zur Leiſtung des Doppelten erſt nach geſchehener Uebergabe der Sache eingetreten; mithin war der Verkäufer vorher blos zur Vergütung des Einfachen verpflichtet. Der Satz, daß der Verkäufer ſchon an ſich verpflichtet ſey, ohne deswegen etwas Beſonderes verſprochen zu haben, das Doppelte zu bezahlen, iſt nicht mit in die Pandekten aufgenommen worden, ſondern es wird ſolcher an ſich nur zum Erſatz des Einfachen verpflichtet erklärt [d]). Das Verſprechen des Doppelten wurde übrigens nur bey Sachen von einiger Wichtigkeit gebraucht, und bey Sachen von keinem beträchtlichen Werthe konnte niemals mehr als das



b) L. 2. D. de euict.

c) PAVLLI recept. ſentent. Lib. II. tit. 17. §. 2 et 3. ibique CVIACIVS et SCHVLTING.

d) L. 60. D. de euict. L. 43. D. de actione emt.

Einfache gefordert werden [e]). Man bediente sich des Versprechens, das Doppelte im Fall der Entwährung zu leisten, nur in Rom; hingegen in den Provinzen durfte man diesen Vertrag nicht als stillschweigend eingegangen betrachten, sondern hier kam es auf die Gewohnheit jeder Provinz an [f]). In den Fällen, wo der Gewährsleistung wegen Etwas ausgemacht worden war, richtete man sich blos darnach; ja sogar alsdenn, wenn sich die Partheyen noch über das Doppelte verbindlich gemacht hatten [g]). Man richtete sich genau nach dem Inhalte der Stipulation, sie mochte bey einem Kaufcontracte, oder bey einem andern Geschäfte gebraucht worden seyn [h]). Der Verkäufer, welcher bereits eine Stipulation über die Eviction eingegangen, konnte nicht genöthigt werden, deswegen auch noch Caution zu leisten und Bürgschaft zu bestellen, nachdem der Kauf bereits richtig war [i]). Bey den Mancipationen war die Bürgschaft unter dem Namen des Autoris secundi üblich; sie war aber doch keine Schuldigkeit des Verkäufers. Ob die Sache dem Käufer erst nach dem Kaufe übergeben worden, oder ob er sie vorher schon besessen, darauf kommt bey der Frage von der Verbindlichkeit des Verkäufers zur Gewährsleistung nichts an [k]). Die Uebergabe ist nicht der Grund der Gewährsleistung, sondern der Contract und die Verabredung; überdieses tritt eine Uebergabe zur kurzen Hand dabey ein. Es kann sogar der Fall vorkommen, daß die Sache dem Käufer gar nicht übergeben worden, und er dennoch gegen seinen Käufer, der Entwährung wegen, den Regreß nimmt; welcher Fall alsdenn eintritt, wenn der Käufer die Sache gleich wieder verkauft, und seinem

e) L. 37. §. 1. D. de euict.
f) L. 6. D. de euict. Merill in Obs. Lib. IV. cap. 7.
g) L. 56. pr. L. 74. pr. D. de euict.
h) L. 52. D. de euict.
i) L. 4. pr. D. de euict. L. 37. pr. L. 56. pr. eod.
k) L. 62. pr. D. de euict.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0398
DFG

ſeinem Verkäufer den Auftrag gegeben hat, die Sache dem neuen Käufer einzuhändigen. In dieſem Falle wird der erſte Käufer, wenn er dem zweyten für die Gewähr haften muß, ſeinen Rückanſpruch gegen jenen Verkäufer nehmen, ob ihm gleich die Sache nicht von ihm überliefert worden iſt [l]). Der Grund iſt hier wieder: ich bin Käufer, und mir iſt das Recht nicht ertheilt worden, welches ich zu erwarten berechtigt war.

Weil ſich die Gewährsleiſtung auf den Umſtand gründet, daß der Erwerber für das, was er gegeben, eine Sache überliefert erhalten muß, die er behalten kann; ſo iſt ſolche nicht nur bey dem Kaufe anwendbar, ſondern auch bey allen zweyſeitigen Verträgen; ſie kommt daher in Geſetzen beym Tauſch vor [m]). Sie hat bey Erbtheilungen und andern Theilungen ſtatt, weil dieſe nichts anders als Tauſche ſind, wenn die Theilung von den Erben ſelbſt geſchehen iſt, und nicht vom Erblaſſer [n]). Man kann davon Gebrauch machen bey legatis generis; bey legatis ſpecierum hingegen findet ſie nicht ſtatt, weil dieſe kein titulus oneroſus ſind, ſondern blos lucratiuus. Wenn der Erbe eine Sache, die zum legato genere gehört, dem Legatarius überlaſſen, ſo begiebt ſich dieſer dagegen des Anſpruchs auf alle übrigen zu dieſem genere gehörenden Sachen, und es iſt nunmehr ein zweyſeitiger Vertrag vorhanden [o]). Gleiche Bewandniß hat es mit der Ueberlaſſung an Zahlungsſtatt, weil ſie einem Kaufe gleich gehalten wird [p]). Die actio vtilis, davon in der

L. 4.

l) L. 61. D. de euict.

m) L. 29. C. de euict.

n) L. 66. D. h. t. ZOLLER D. an euict. praeſtat. in diuiſ. a teſtat. fact. loc. habeat. Thadd. MVELLER D. de euict. a coherede coheredi vbi diuiſio a teſtatore facta nunquam praeſtanda.

o) L. 58. D. de euict.

p) L. 4. C. de euict. L. 4. L. 24. D. de pignor. act. L. 1. C. de rerum permut.

L. 4. geredet wird, ist die actio vtilis ex emto. In dem Falle, wovon das Gesetz handelt, kann die vorige Forderung, oder Sache, die man zu fordern berechtigt war, nicht dergestalt wieder zurück gefordert werden, als ob man nichts darauf bekommen hätte; denn die datio in solutum ist ein Kauf, und dieser geht durch die Entwährung nicht zurück; wenn aber das, was man erhalten, als eine Vertauschung für das, was man forderte, anzusehen ist, so geht auch der Handel zurück, und man hat die Wahl, ob man die Gewährsleistung fordern, oder seine vorigen Rechte wieder geltend machen will q).

## §. 1118 — 1121.

Es giebt viel Fälle, wo die Gewährsleistung, die der Regel nach ebenfalls statt finden sollte, gleichwohl wegfällt. Hierher gehört der Fall, wenn der Verkäufer sich ausdrücklich versprechen lassen, daß er nicht für die Entwährung der Sache stehen wolle. Dieß kann geradezu, es kann auch implicite und durch die Umstände geschehen seyn, und der Vertrag kann entweder auf alle Arten, oder nur auf gewisse Gattungen der Entwährung gerichtet seyn. Ein solcher Partikularvorbehalt war es bey den Römern, wenn beym Verkauf eines Sclaven ausbedungen wurde, daß der Verkäufer nicht für die dem Sclaven vielleicht zustehende Freyheit haften wolle r), und hier war es der Natur der Verabredung gemäß, daß ein Verkäufer, der sich ausbedungen hatte, wegen der Freyheit des Sclaven nicht zu haften, auch deswegen nicht in Anspruch genommen werden konnte, sobald er nicht dolose dabey gehandelt hatte. Implicite hat sich der Verkäufer von gewissen Entwährungen losgemacht, wenn er versprochen hat, nur für die

q) L. si quis aliam D. de solut. L. libera C. de sent. et interl. L. 1. C. de rer. perm.

r) L. 69. pr. D. de euict.

die Entwährung dieser oder jener Person, oder dieser oder jener Sache zu haften. In diesem Falle wird angenommen, er habe sich erklärt, für die Entwährung anderer Personen oder anderer Sachen wolle er nicht stehen. Ließ sich der Verkäufer versprechen, er solle nicht einmal für die Entwährung des ganzen Eigenthums haften, so entstand bey den Römern die Frage: ob, wenn die Entwährung wirklich erfolgt war, der Käufer nunmehr gar keinen Regreß habe, oder ob dieser Vorbehalt den Verkäufer blos von der Leistung des Interesse befreye, und nicht von der Erstattung des Werths s). In der angeführten Stelle liegen folgende Sätze. — Wenn sich Jemand ausdrücklich von allen Fällen, oder stillschweigend von gewissen Fällen der Gewähr losgemacht hat, so kann weder actio ex emto noch ex stipulatu angestellt werden, bemerkt Ulpian, dessen Worte bis auf die Stelle: »sed Iulianus etc.« gehen. Mit den Worten »sed Iulianus« geht die Meynung des Julians an, wovon Ulpian gleich im Anfang zu erkennen giebt, daß sie seiner in den vorhergehenden Worten vorgetragenen Meynung zuwider sey, weil er sagt: sed Iulianus. Die Worte Julians gehen, wie viele Ausleger behaupten, bis an die Worte: nihilominus emtor pretium praestare necesse habebit, wenn gleich andere Ausleger der Meynung sind, Ulpian rede schon in der Stelle: „nisi forte“ wieder. Ob Julian auch die Worte: sed in supra scriptis conuentionibus contra erit dicendum, gebraucht habe, oder ob hier Ulpian rede, und was er dadurch sagen wollen, darüber ist man wieder nicht einig. Cujacius, Anton Faber und andere ältere und neuere Erklärer waren der Meynung, diese Worte habe entweder Julianus selbst gebraucht, oder sie sollten wenigstens seine Behauptung unterstützen. Es liege nämlich der Gedanke darin: wenn der Verkäufer in bona fide sey, so bleibe es bey Julians Meynung, und hier müsse der Ver-

s) L. 11. §. 18. D. de act. emt.

Verkäufer mit Leistung des Interesse verschont werden, doch sey er schuldig, dem Käufer das Kaufgeld zurück zu geben. Diese Erklärung hat auch Altamiran [t]) gebilligt. Nur wenn er in dolo sey, vergüte er auch das Interesse. Andere Grundsätze hat der Canzler Böhmer vorgetragen, und damit stimmen mehrere ältere und neuere Rechtslehrer [u]) überein. Sie behaupten, daß die Worte: sed in supra scriptis etc. Ulpian gebraucht, und darin Julians Meynung widerlegt habe, mithin enthalte das Gesetz den Satz: der Verkäufer, welcher sich versprechen lassen, er wolle nicht für die Entwährung haften, brauche auch nicht einmal das erhaltene Kaufgeld wieder zurück zu geben, wenn die Sache evincirt worden sey.

Diese Erklärung hat folgende Gründe für sich; denn 1) ist bereits bemerkt worden, daß der Jurist Ulpian in der Stelle bis an die Worte: sed Iulianus, eine von des Julians Entscheidung verschiedene Behauptung vorgetragen. Dieses beweisen 2) seine Worte: ex stipulatu non tenebitur, ex emto non tenebitur, worin deutlich bemerkt wird, daß gar keine Klage gegen den Verkäufer angebracht werden solle. Eben dieses beweißt 3) der Zusammenhang der Worte: sed in supra scriptis conuentionibus etc. mit den folgenden. Sie sind, wie der Zusammenhang beweißt, Worte eines und eben desselben Rechtsgelehrten; dieser sagt aber: secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam; also kann der Redende nicht Julian seyn, sondern es ist Ulpian. Er widerspricht 4) der Meynung des Julians, wie die Worte: sed in supra scriptis conuentionibus, schon an sich beweisen, welches 5) dadurch

t) Altamiran ad L. 1. quaest. Scaeu. tract. II. §. 4. in Meermanni Thes. Tom. II. pag. 404.

u) Iust. Hen. Boehmer vind. iur. pacti de non praestanda euictione contra communes errores, Hal. 1735. Sverin repetit. lect. cap. 43. in Ottonis Thes. Tom. IV. pag. 88.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0402
DFG

durch noch deutlicher wird, daß er nur in dem Falle, wenn der Verkäufer in mala fide ist, Julians Meynung für richtig hält, folglich ist er bey der bona fide ganz anderer Meynung. Er sagt 6) nur von dem, qui dolo fecit: ex *emto* eum teneri, folglich mußte er von dem, qui dolo non fecit, annehmen: ex emto eum non teneri; so wie er 7) vorher durch die Worte: sed Iulianus etc., ex stipulatu non tenebitur, ex emto non tenebitur, zu verstehen gegeben hatte. 8) Ist in den Basilicis diese Stelle eben so übersetzt worden; und wenn gleich die Uebersetzer den Ulpian nicht durchaus richtig verstanden haben, so haben sie dennoch richtig bemerkt, der Ulpian und nicht Julian rede, und daß Ulpians Meynung entscheide.

Die Meynung des Ulpians ist der Vernunft, der Analogie des römischen Rechts und vielen Gesetzen gemäßer, als die Julianische Entscheidung, wie folgende Gründe beweisen. 1) Der Vertrag, für die Gewähr nicht haften zu wollen, ist allgemein geschlossen worden, warum soll er also blos von dem Interesse verstanden und angenommen werden, dieses brauche der Verkäufer in diesem Falle nicht zu vergüten? 2) Läßt sich der Käufer diesen Vertrag gefallen, so kauft er ein ungewisses Recht, schließt aber auch einen wohlfeilern Kauf, und kann, da er diese Verabredung getroffen, sich nicht darüber beschweren, es geschehe ihm Unrecht. 3) Gleiche Bewandniß hat es mit dem Kauf einer simplicis spei, wo der Verkäufer ebenfalls für gar nichts haftet, wenn der Käufer wirklich nichts bekommen hat; und 4) mit dem Kauf über eine rem litigiosam, wo der Käufer zufrieden seyn muß, der Proceß falle aus, wie er wolle, ohne einigen Regreß zu haben; ferner 5) mit dem Kaufe, worin der Verkäufer ausbedungen hat, er wolle nicht für die Mängel haften; denn hier vergütet der Verkäufer, wenn er dabey in bona fide gewesen, bey sich gezeigten Mängeln ebenfalls nichts x).

Da

x) L. 14. §. si vend. de aedil. edicto.

Da auch 7) derjenige, welcher wissentlich eine Sache kauft, worauf Ansprüche haften, gar keinen Regreß hat y), weil er sich desselben stillschweigend begeben, so muß die ausdrückliche Begebung desselben gleiche Wirkung haben. Es läßt sich 8) gar kein begreiflicher Unterschied zwischen dem Kauf einer bloßen Hoffnung und dem Kaufe, worin auf die Gewährsleistung Verzicht geleistet worden ist, angeben. In jenem Falle soll die gekaufte Sache eine res incerta, in diesem nur certa seyn; wie kann das aber eine res certa seyn, wo ich jeden Augenblick eine Entwährung gewärtige, und wobey ich mir gefallen lasse, auf diesen Fall mich an Niemanden halten zu wollen. Sollte es 9) unbillig seyn, daß der Käufer für sein Geld gar nichts bekommt, der Verkäufer aber doch das Kaufgeld behält, so ist dieses bey den unter Nr. 3 bis 7. angeführten Geschäften ebenfalls der Fall, wogegen sich aber nichts einwenden läßt, weil sich der Käufer die Sache einmal so gefallen lassen. Julian scheint 10) selbst in seiner Meynung nicht gewiß gewesen zu seyn, da er sich den Zweifel machte, nisi forte etc. Ob er diesen Zweifel zu heben gesucht habe, davon findet man nichts in den Pandekten; denn die Worte: sed in supra scriptis conuentionibus, sind nicht seine Worte; sie enthalten auch keine Beantwortung dieses Zweifels, und es wird dadurch Julians Behauptung für ungegründet erklärt. Daß die Worte: nisi forte etc. vom Julian sind, beweiset das Wort: inquit. Wollte man mit Anton Fabern annehmen, hier gehe Ulpians Bemerkung an, und durch die Worte: sed in supra scriptis etc. habe er Julians Meynung bestärken wollen, so läßt sich der Anfang und das Ende des Paragraphen nicht damit vereinigen, und es entsteht auf diese Weise ein unverständlicher und unzusammenhängender Mischmasch. Uebrigens ist in mehrern Gesetzen z) der Satz enthalten: wenn derjenige, dem die

y) L. 27. C. de euict.

z) L. 11. §. 18. D. de act. emt. L. 69. §. 5. D. de euict.

die Gewähr ausdrücklich erlaſſen worden, doloſe gehandelt habe, das heißt, wenn er einen gewiſſen Anſpruch wirklich weiß, und den Vorbehalt, daß er keine Gewähr leiſten wolle, gleichwohl als eine allgemeine Cautel gebraucht habe, die Erlaſſung und der Vorbehalt von keinem Nutzen ſind, ſondern, deren ohnerachtet, der Verkäufer für den Werth und alles Intereſſe hafte.

Bey einer Delegation wird angenommen, als wenn der Gläubiger, der ſich an einen andern, ſtatt ſeines vorigen Schuldners anweiſen laſſen, und mit dieſem einig geworden, daß er nun von ihm die Schuld erwarte, alles Anſpruchs und Regreſſes an den vorigen Schuldner ſich begebe, er mag von dem neuen Schuldner etwas erhalten, oder nicht; deshalb fällt hier aller Regreß weg [a]). Ein anderer Fall, wo der Regreß wegfällt, iſt der, wenn der Verkäufer den Entwährer ſchon befriedigt, und dadurch gehindert hat, daß der Käufer keinen Schaden leidet. Eine Ausnahme leidet dieſe Regel alsdenn, wenn auf der Sache eine Schuld haftet, der Verkaufsintereſſenten aber mehrere ſind, und einer davon hat dem Gläubiger ſeinen Schuldantheil bezahlt. Verlangt der Gläubiger in dieſem Falle den Reſt der Forderung von dem Käufer, ſo kann dieſer gegen die ſämmtlichen Verkäufer ſeinen Regreß nehmen; folglich auch gegen den, von welchem ſchon ein Theil der Schuld bezahlt worden iſt, weil er den Reſt für die ganze Sache überhaupt bezahlen müſſen, und daher befugt iſt, ſeinen Regreß wider alle Verkäufer zu nehmen [b]). Daß hier derjenige Mitverkäufer, der ſeinen Antheil an der Schuld ſchon bezahlt hat, nachdem er bey dieſem Proceß wieder mit bezahlen müſſen, dieſe zuletzt bezahlte Summe von den übrigen Mitverkäufern zurück erhalten müſſe, verſteht ſich von ſelbſt.

Auch

a) L. 68. §. 1. D. de euict.
b) L. 65. D. de euict.

Auch für eine Entwährung, woran der Käufer selbst Schuld ist, braucht der Verkäufer nicht zu stehen [c]). Hat der Käufer die Sache verlohren, und er nimmt sie nun beym Besitzer in Anspruch, so kann dieser z. B. vorzuschützen das Recht haben, der Kläger habe sich der Sache begeben; er habe sich darüber mit dem Beklagten verglichen, u. s. f. Bey diesen Einreden wird der Kläger abgewiesen, und er hat nun keinen Regreß, weil die Einwendungen blos ihn angehen, und der Verkäufer nichts damit zu thun hat. Sollte der Beklagte zugleich den Mangel alles Rechts an der Sache auf Seiten des Verkäufers vorgeschützt haben, und kann er beweisen, daß ihm das Eigenthum der Sache zustehe; so kommt es nunmehr darauf an, ob er sein Eigenthum wirklich dargethan hat, und daher für ihn gesprochen worden. In diesem Falle ist freylich der Regreß gegründet. Ist der Käufer an dem Verlust der Sache selbst Schuld, so muß er den Schaden, den er sich zugezogen, billig selbst tragen, und der Verkäufer braucht ihm nichts zu vergüten. Dieser Fall tritt ein, wenn er sich der Sache freywillig begeben und das Eigenthum derselben hat fahren lassen [d]). Ein anderer Fall dieser Art war es bey den Römern, wenn der Käufer dem gekauften Sclaven die Freyheit geschenkt hatte, ehe er evincirt worden war [e]). Die Evictionsleistung darf ferner nicht gesucht werden, wenn der Käufer in den Schaden, den er nunmehr leidet, selbst gewilligt hat; z. B. wenn er seine Einwilligung dazu gegeben, daß der Verkäufer auf dem verkauften Grundstück ein Begräbniß errichten dürfen [f]); oder wenn der Käufer selbst die Sache versetzt hat, die hierauf an den Verkäufer, von diesem aber wieder an ihn gekommen ist [g]); oder wenn der, dem eine Servitut ertheilt

c) L. 27 et 28. D. de euict.
d) L. 76. D. de euict.
e) L. 25 et 26. D. de euict.
f) L. 51. §. 2. D. de euict.
g) L. 20. D. de euict.

ertheilt worden, sie deswegen nicht ausüben darf, weil er nicht Eigenthümer des Grundstücks ist, wozu die Gerechtigkeit gehören soll [h]). Ferner wird in Gesetzen jede Verschuldung hierher gerechnet, die dem Käufer bey der Entwährung zur Last gelegt werden kann. Ein solcher Fall ist es, wenn er den Besitz der Sache freywillig hat fahren lassen, und nunmehr anstatt, daß er Beklagter hätte seyn können, genöthigt worden ist, Kläger zu werden, wo er aber den Proceß verlohr [i]). Die Gesetze rechnen ferner den Fall hierher, wenn der Käufer die Sache außergerichtlich demjenigen gutwillig herausgegeben hat, der sie von ihm forderte, ohne daß erst Urthel und Recht ihn dazu nöthigte [k]); oder wenn sich der Käufer auf die Klage nicht gehörig eingelassen, oder den Proceß nicht gesetzmäßig geführt hat, daher er zur Strafe seines Ungehorsams den Proceß verlohren [l]). War Jemand für den Beklagten erschienen, und that er alles in der Sache, was der Principal nur selbst hätte thun können, so ist es natürlicher Weise eben so gut, als wenn er seine Sache selbst geführt hätte. Ferner gehört der Fall hierher, wenn sich der Käufer auf einen Compromiß einließ [m]), oder wenn er von der Verjährung keinen Gebrauch machte, da er es doch hätte thun können [n]). Der Fall, wo der Käufer verjähren können, es aber aus eigenem Verschulden nicht gethan hat, würde seyn, wenn er die Sache, nachdem er sie einige Zeit besessen, aus Unachtsamkeit verlohren, in der Folge sie aber wieder bekommen hätte. Unter diesen Umständen wurde die Verjährung unterbrochen, und der Eigenthümer kann sich daher noch zu seiner Sache melden, welches er



h) L. 6. §. 5. D. de act. emt.
i) L. 29. §. 1. D. de euict.
k) L. 17. C. de euict.
l) L. 35. pr. D. de euict.
m) L. 56. §. 1. D. de euict.
n) L. 56. §. 3. D. de euict.

aber nicht hätte thun können, wenn der Besitz nicht dadurch unterbrochen worden wäre, daß er die Sache aus Nachlässigkeit verlohr. Hierher gehört auch, wenn der Käufer die Fristen der Rechtsmittel im Proceß nicht beobachtet, und den Proceß dadurch verlohren hat [o]); oder wenn der Käufer, der die Sache rechtmäßiger Weise weggegeben, sie jetzt als Kläger wieder an sich bringen will, gleichwohl nicht die rechte Klage anstellt, da ihm doch der Verkäufer das schicklichste Rechtsmittel an die Hand gab [p]). Die Entwährung hatte bey den Römern nicht statt, wenn ein Sclave mit der Bedingung verkauft worden war, daß er frey seyn solle, sobald ihm gewisse Mißhandlungen zugefügt worden. Ließ sich der Käufer diese Bedingung gefallen, und handelte gleichwohl dagegen, wodurch der gekaufte Sclave die Freyheit erlangte; so war er an dem Verlust selbst Schuld, und konnte sich also auch nicht an den Verkäufer der Entwährung wegen halten [q]). Die Evictionsleistung fällt weg, wenn der Käufer, da er die Sache kaufen wollte, schon wußte, daß ein Dritter Ansprüche an die Sache mache. In diesem Falle konnte er die Entwährung voraus sehen, und hat sich also auch den dadurch verursachten Schaden gefallen lassen [r]); es wird aber eine solche Wissenschaft von den Rechten eines Andern, an der Sache, die man kaufen will, nicht vermuthet, sondern muß bewiesen werden. Daß der Käufer sich der Entwährung wegen Sicherheit bestellen lassen, ist kein Beweis oder gegründeter Verdacht, daß man wirklich von den Ansprüchen gewußt habe [s]). Bey der Schenkung, auch bey einer donatione remuneratoria, fällt die Gewährsleistung weg, wenn sie nicht ausdrücklich versprochen worden [t]). Ein pactum nudum bewirkte

o) L. 63. §. 2. D. de euict.
p) L. 66. pr. D. de euict.
q) L. 34. pr. D. de euict.
r) L. 27. C. de euict.
s) L. 30. C. de euict.
t) L. 2. C. de euict. L. 8. D. de donat.

bewirkte nach dem ältern römiſchen Rechte keine Klage; es konnte auch bey der Schenkung, deren Natur es zuwider war, da ſie ſonſt zu den negotiis ſtricti iuris gerechnet wurde, kein pactum adiectum werden; alſo half es zur Hervorbringung der Gewährsleiſtung nichts. Ob ſich die Sache, nachdem Juſtinian die Schenkung zu einem pacto legitimo gemacht, nicht geändert, und ein pactum adiectum dabey ſtatt finde, iſt eine andere Frage. Callet [u]) leugnet es, weil Juſtinian dieſe Stelle im Codex ſtehen laſſen, und das pactum legitimum donationis auch ſtricti iuris ſey. Das letztere iſt aber unerweislich, und das erſtere muß nach der Chronologie beurtheilt werden. Ob übrigens gleich der Schenker des Werths der Sache wegen nicht haftet, ſo muß er doch dem Beſchenkten das Intereſſe vergüten, wenn er ihm wiſſentlich eine mit Anſprüchen beſchwerte Sache geſchenkt, und dieſer Koſten darauf verwendet hat, welche ihm der Entwährer nicht wieder zu geben braucht [x]).

In den angeführten Fällen, wo die Gewährsleiſtung wegfällt, iſt der Käufer ſo wenig, im Fall einer geſchehenen Entwährung, berechtigt, die Zurückgabe des bezahlten Kaufgeldes zu verlangen, als er nicht befugt iſt, wenn die Entwährung nur noch bevorſteht, vom Verkäufer, der das Kaufgeld haben will, Sicherheit zu verlangen, daß ihm die Sache nicht evincirt werde, ſondern er muß das Kaufgeld unweigerlich bezahlen. Weil der Verkäufer für nichts haftet, ſo braucht er auch für eine Verbindlichkeit, die ihm nicht obliegt, keine Sicherheit zu leiſten [y]). Aus dem angeführten Geſetze ſieht man ebenfalls deutlich, daß der Verkäufer, dem die Gewähr erlaſſen worden, für gar



u) CALLET in comment. h. l. in MEERMANNI Theſ. Tom. II. pag. 317.

x) L. Ariſt. §. fin. D. de donat. L. ad res de aedil. edict. L. Iulianus de verb. oblig. L. 3. §. fin. D. ſi fam. furt. fec. dic.

y) L. 68. pr. D. de euict.

nichts, auch nicht für das Kaufgeld hafte; sonst könnte dem Käufer die exceptio, quo minus pretium soluat, bey bevorstehender Entwährung hier nicht abgesprochen werden.

Ein anderer Fall, wo der Regreß wegfällt, ist der, wenn Käufer und Verkäufer einander beerben. Erbt der erstere vom letzteren, so würde er gegen sich selbst, als Erben, den Regreß nehmen müssen, und erbt der letztere von ersterem, so ist der, welcher haften muß, und würde, als Erbe, zugleich der seyn, welcher Anspruch macht, mithin ist eine Confusion entstanden [z]). Hat der Käufer die gekaufte Sache wieder verkauft, und der erste Käufer ist Erbe des zweyten geworden, oder der zweyte Käufer wurde Erbe des ersten; so ist zwar zwischen ihnen die Gewähr erloschen, aber der erste Verkäufer bleibt verpflichtet, und gegen den wird, bey eingetretener Entwährung, der Regreß genommen [a]). Wenn der Käufer Erbe des Eigenthümers wird, welcher die Entwährung vorgenommen hätte, wenn er nicht gestorben wäre, so hebt dieses den Anspruch des Käufers an seinen Verkäufer nicht auf. Die geerbte Sache gehört ihm nun als Erben. Als Käufer hat er von dem Verkäufer keine Rechte erhalten, wofür er diesen doch bezahlt hat; er fordert also sein Geld zurück [b]).

Der letzte Fall, wo der Regreß nicht statt finden kann, ohnerachtet die Sache zu einer Entwährung geeigenschaftet ist, ist der, wenn der Entwährer durch die Gesetze gehindert wird, sich seines Entwährungsrechts zu bedienen. Dahin gehört unter andern Umständen auch der, wenn der Entwährer derjenige selbst ist, der für den Regreß haftet. In diesem Falle kann er sich der Entwährung nicht bedienen, und es steht ihm die exceptio rei venditae et traditae

z) L. 40 et 41. pr. D. de euict.

a) L. 41. §. 2. D. de euict.

b) L. 9. L. 41. §. 1. D. de euict. Pavli recept. sent. Lib. II. tit. 17. §. 8.

ditae entgegen; und wider ihn hat die Regel statt: quem de euictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio. Er ist selbst schuldig den Kauf zu halten, folglich darf er ihn nicht anfechten. Dieser Einwand wird daher demjenigen entgegen gesetzt, der die Sache selbst verkauft hat, worauf ein Dritter Ansprüche macht, und der in der Folge dieses Dritten Erbe geworden ist. Ob er gleich beym Verkauf in bona fide war, so kann er dennoch von den Rechten eines Erben dieses Dritten zum Behuf der Entwährung keinen Gebrauch machen [c]). Der Einwand wird auch wider den gebraucht, der zwar nicht selbst verkauft hat, der aber doch mit dem Verkäufer eine Person vorstellt, und seine Handlungen anerkennen muß. Obgleich der Schuldner, wenn die Pfänder gerichtlich verkauft worden sind, nicht eigentlich der Verkäufer ist, sondern die Gerichte den Verkauf vornehmen, so thun sie es doch in des Schuldners Namen. Daher ist es so gut, als ob dieser selbst verkauft hätte, und er haftet deswegen eben so gut für die Gewähr, als wenn er selbst verkauft hätte, und ihm kann die exceptio rei venditae et traditae allemal in diesem Falle entgegen gesetzt werden, sobald er selbst Ansprüche gemacht hat [d]). Gleiche Bewandniß hat es mit dem Principal, wenn sein Anwald die Sache verkauft hat [e]). Handelte der Anwald gegen das Verbot des Principals, so wird er in dieser Rücksicht nicht als Anwald betrachtet, und unter diesen Umständen kann wider den Principal nicht geklagt werden [f]).

Der Erbe ist ebenfalls für eine Person mit dem Erblasser zu halten; ist also der Erblasser der Verkäufer, der Erbe kann aber auf die Sache Ansprüche machen, so darf



c) L. 1. pr. D. de exc. rei vend. et trad.
d) L. 13. C. de euict.
e) L. 1. §. 2. D. de except. rei vend. et trad.
f) L. 1. §. 3. D. de except. rei vend. et trad.

es in diesem Falle doch nicht geschehen [g]). In der L. 73. D. h. t. wird von einer Eheberedung geredet, nach welcher der Mann die Grundstücke der Frau nicht nur zum Heyrathsgute bekommen, sondern sie auch nach dem Tode der Frau behalten sollte. Er bekam sie also bey dem Leben der Frau und nach ihrem Tode ex causa onerosa. Daher war der Frau Erbin schuldig, dem Manne die Gewähr zu leisten. Nun klagte die Erbin selbst gegen den Mann. Stricto iure war die Klage ex iure proprio non hereditario gegründet; denn sie machte ihren Anspruch nicht als Erbin, sondern aus einem vor der Erbschaft gehabten Rechte. Es konnte ihr aber dennoch die exceptio doli mali entgegen gesetzt werden, welche Einrede wahrscheinlich von der Einrede der verkauften und übergebenen Sache in etwas verschieden war. Nämlich wenn der Verkäufer selbst, oder sonst Jemand ex iure eius in se transmisso klagte, so nennte man die Einrede exceptio rei vend. et traditae; wollte aber ein Nachfolger des Verkäufers ex iure proprio klagen, so wurde exceptio doli mali entgegen gesetzt. Eben dieses ist bey dem Bürgen Rechtens, wenn er wegen der Gewähr für den Verkäufer gut gesagt hat [h]). Ist der Bürge gestorben, so ist sein Erbe eben so wenig schuldig, für die Gewähr zu haften, als jener dafür zu haften schuldig war, gesetzt, daß er auch seiner eigenen Person wegen, und weil ihm in dieser ein Anspruch zusteht, vindiciren wollte [i]). Nicht nur der Käufer selbst, sondern auch sein Erbe, und ein nachheriger Käufer kann die Gewährsleistung suchen [k]), und man kann sie nicht blos gegen den Verkäufer ausführen, sondern auch wider seinen Erben und einen sonstigen Nachfolger [l]). Daher dürfen

g) L. 1. §. 1. D. de except. rei vend. L. 14. C. de euict. L. 73. D. de euict.
h) L. 11. C. de euict.
i) L. 31. C. de euict.
k) L. 3. pr. D. de except. rei vend. et trad.
l) L. 3. §. 1. D. de except. rei vend. et trad.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0412
DFG

dürfen Vermächtnißnehmer ihres Erblassers wegen, welcher eine fremde Sache verkauft hat, in der Folge aber Eigenthümer davon geworden ist, keine Entwährungsklage anstellen. Dem Fiskus selbst, wenn er der Verkäufer ist, und einen hernach erlangten Anspruch geltend machen will, steht der Einwand so gut entgegen, als einem andern Verkäufer [m]). Wenn auch die verkaufte Sache zu einer andern herrschaftlichen Stelle gehört, als die ist, welche er verkauft hat, so soll keine Entwährung geschehen. Es ist dieß etwas Besonderes, da sonst bey Schuldenabrechnungen immer Schuldforderungen von einer und eben derselben Stelle erfordert werden, hier aber auf die Einheit der Stelle nicht gesehen werden soll. Das Gesetz sagt: die Stellen können und sollen es unter sich ausmachen, wenn die eine der andern durch den Verkauf Eintrag gethan hat.

Wird der Käufer in einem solchen Falle verklagt, wo er die exceptionem rei venditae et traditae vorschützen kann, so hat er die Wahl, ob er davon Gebrauch machen, und den Kläger dadurch abweisen, oder ob er die Sache gleich zurück geben will, ohne die angeführte Einrede vorzuschützen, und nun kann er seine Entschädigung vom Kläger durch eine eigene Klage suchen [n]).

## §. 1122 — 1124.

Die Fälle, wo die Gewährsleistung geschehen muß, lassen sich nunmehr, da wir wissen, wo sie wegfällt, leicht angeben. Sie muß geschehen, wenn der Verkäufer eine ganz fremde Sache verkauft hat, woran er nicht das geringste Recht hatte, und nun meldet sich der rechte Eigenthümer, fordert die Sache ab, und bringt es dahin, daß sie ihm abgeliefert werden muß [o]). Gleiche Bewandniß



m) L. 1 et 2. C. ne fisc. rem quam vend.
n) L. 17. L. 18. L. 19. pr. D. de euict.
o) PAVLI rec. sent. Lib. II. tit. 17. §. 1.

hat es, wenn sich Jemand gegen den geschlossenen Kauf in den vorigen Stand setzen lassen. Hier muß der Käufer die Sache herausgeben, und nun kann er die Vergütung seines Schadens von dem Verkäufer suchen [p]). Sollte blos ein Theil der gekauften Sache entwährt worden seyn, weil sie dem Verkäufer nicht gehörte, so muß er deswegen doch die Entschädigung leisten [q]). Kaufte Jemand etwas, und nachher meldete sich ein Miteigenthümer dieser Sache, der sein Recht durch die Theilungsklage einer besondern Sache ausführte, daher ihm der Besitz der ganzen Sache zugesprochen wurde, so war hier der Regreß des Käufers vollkommen gegründet [r]). Fehlt an dem dem Käufer angewiesenen Umfange der Sache etwas, so haftet der Verkäufer deswegen, als für einen entwährten Theil [s]). Wenn Jemandem 100 Acker Feld verkauft und zugesichert worden sind, so muß er sie auch bekommen, und fehlt etwas daran, so kann von dem Verkäufer die Entschädigung gefordert werden. Sollen die Gränzen erst nach geschlossenem Handel angewiesen werden, und nun wird bey der Anweisung ein Irrthum begangen, so haftet der Verkäufer wegen des Fehlenden nicht, weil der Handel nicht auf die bestimmten Gränzen gerichtet wurde [t]). Bey vniuersitatibus kommt die Ausnahme vor, daß, wenn ein oder mehrere dazu gehörende Stücke entwährt worden, ob sie gleich Theile des Ganzen sind, doch keine Gewährsleistung deswegen gefordert werden kann, weil es hier immer nur auf das noch vorhandene Ganze ankommt [u]).

Wenn

p) L. 39. pr. et 66. §. 1. D. de euict.

q) L. 1. D. de euict. L. 64. §. 4. eod. L. 16. C. eod.

r) L. 34. §. 1. D. de euict.

s) L. 45. L. 69. §. 6. D. de euict. L. 10. C. eod. L. 4. §. 1. L. 6. pr. L. 34. D. de act. emt.

t) L. 18. §. 1. D. de contrah. emt.

u) L. 5. D. de euict.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0414
DFG

Wenn die Frage ist, wie die Berechnung des Schadens gemacht werden soll, wenn ein Theil der Sache entwährt worden ist, so unterscheiden die Gesetze, ob ein abgetheilter Theil entwährt worden ist, oder ein unabgetheilter Theil. Im ersten Falle wird der besondere Werth gerechnet, im andern aber nimmt man auf dessen Verhältniß zum Ganzen Rücksicht [x]). Hat der Käufer mehrere Sachen zugleich erhandelt, und die eine davon wird entwährt, die andere aber nicht; so kommt es darauf an, ob die entwährte Sache nicht so viel werth ist, als die übrigen, die der Besitzer behalten hat, welche allein noch so viel werth sind, als der Käufer für alle zusammen bezahlt hat. Hier fragt sichs, ob dennoch die entwährte Sache ganz vergütet werden müsse. Die Gesetze [y]) sagen, wenn jeder Sache bey dem Handel ein besonderer Werth beygelegt worden ist, welches alsdenn geschehen ist, da jeder Sclave für fünf Dukaten behandelt wurde, so ist es der Natur der Sache gemäß, daß die beyden Preise der zwey Sclaven nicht mit einander verwechselt werden dürfen, und daß folglich für den einen entwährten Sclaven der ganze Werth wieder bezahlt werden muß, gesetzt auch, daß der Vortheil an dem andern Sclaven den Schaden ersetze. Es sind zwey verschiedene Käufe geschlossen worden, dieses mag zu gleicher Zeit oder hinter einander geschehen seyn. Hat man mehrere Sachen für einen gemeinschaftlichen Werth erhandelt, so wollen die Gesetze [z]), daß die Güte der noch vorhandenen Sachen, bey der Vergütung des Schadens wegen der entwährten Stücke, mit in Anschlag gebracht werden soll. Wenn auch nur Pertinenzstücke der verkauften Sache entwährt worden sind, so hat doch die Gewährsleistung deswegen statt, weil sie einen Theil der Sache ausmachen [a]). Wenn eine Kuh verkauft wurde, und

x) L. 64. §. 3. D. de euict.
y) L. 47. D. de euict. L. 53. pr. eod.
z) L. 42. D. de act. emt.
a) L. 26. D. de act. emt.

und das Kalb, so sie damals trug, von Jemand in Anspruch genommen und entwährt worden war, so konnte vom Verkäufer keine Entschädigung dafür verlangt werden [b]). Diese Entscheidung gründete sich auf die Beschaffenheit der Stipulation wegen Vergütung des doppelten Werthes. Weil nun blos der Kuh dabey gedacht worden war, so konnte nicht auf die Vergütung des Schadens für das entwährte Kalb geklagt werden. Hierher gehört auch der Fall, wenn von einem Hause einzelne Materialien entwährt worden sind, obgleich Niemand das ganze Gebäude in Anspruch genommen hat [c]); denn hier wird es wieder so gehalten, wie im vorigen Falle. Sind Pertinenzien entwährt worden, so findet der Regreß statt, sie mögen nach einem Vertrag oder nach Gesetzen für Zubehörungen zu halten seyn [d]). Man konnte der Zubehörungen wegen nur auf die Vergütung des einfachen Werths, oder des simpli, klagen, weil man hier nicht actione ex stipulatu klagte, da sie kein Theil der Sache war, sondern actione emti. Eben so wird die Schadensvergütung nur einfach gesucht, wenn dem Besitzer der Sache die Nutzungen derselben entgegen gesetzt worden [e]). Wenn also Nuzzungen, welche der Käufer von der Sache erwartete, ihm durch Ansprüche entzogen worden; oder es liegen Beschwerden auf der Sache, die er nicht wußte, so ist dieß eine Entwährung, wofür der Verkäufer haftet [f]). Für die Beschwerungen des Grundstücks, welche von öffentlichen Anlagen herrühren, und nicht zu vermuthen sind, haftet der Verkäufer ebenfalls, wenn er dem Käufer nichts davon gesagt hat. Waren sie dem Verkäufer bewußt, so vergütet er

b) L. 43. D. de euict.
c) L. 36. D. de euict.
d) L. 16. pr. D. de euict.
e) L. 8. D. de euict. L. 39. §. 5. eod.
f) L. 39. §. 5. D. de euict. L. 46. pr. L. 49. L. 62. §. 2.

er allen Schaden; wußte er aber nichts davon, so wird nur der Werth der Sache vermindert. Waren sie dem Käufer selbst bekannt, so erhält er gar keine Entschädigung [g]). Auch von Privatabgaben, die in Schulden, Vermächtnissen u. dgl. bestehen, gilt das nämliche, und der Verkäufer haftet dafür, wenn er dem Käufer nichts davon gesagt hat [h]). Bey dem Verkauf eines Sclaven haftete der Verkäufer nicht nur dafür, daß Niemand Anspruch an ihn machen durfte, sondern auch dafür, daß er kein freyer Mensch war [i]). Er mußte auch dafür haften, daß der Sclave nicht mit der Zeit seine Freyheit erhalten werde, oder daß er kein statu liber sey; denn sonst würde der Käufer nur temporelle Rechte erhalten haben, da er in den Gedanken stand, immerwährende Rechte zu erwerben [k]).

Das Wesentliche eines statu liberi bestand darin, daß er zwar jetzt noch ein Sclave war, er hatte aber doch die Freyheit auf gewisse noch zu erwartende bestimmte Fälle, vermöge eines Testaments oder Vertrags zu hoffen [l]). War es zwar dem Käufer gesagt worden, der verkaufte Sclave sey ein statu liber, es wurden aber die Bedingungen, wovon seine Freyheit abhieng, unrichtig angegeben, so haftete der Verkäufer wegen dieser Unrichtigkeiten [m]). Mit Gerechtsamen, die man Jemandem käuflich überläßt, hat es die nämliche Beschaffenheit. Darf der Käufer keinen Gebrauch davon machen, oder man gesteht sie ihm wenigstens nicht so zu, wie er sie kaufen wollte, so kann er seinen Regreß wider den Verkäufer eben so nehmen,

g) L. 21. §. 1. L. 41. D. de act. emt. L. 9. C. eod.

h) L. 13. §. 6. D. de act. emt. L. 34. §. 2. D. de euict. L. 22. C. eod.

i) L. 39. §. 3. D. de euict. L. 25. C. eod.

k) L. 39. §. 4. D. de euict. L. 51. §. 1. eod.

l) L. 69 §. 1. D. de euict.

m) L. 46. §. 2. D. de euict. L. 54. §. 1. L. 69. §. 2. et 4. eod.

men, wie es bey körperlichen Sachen gewöhnlich ist n). Auch für die Entwährung im Besitzstande soll der Verkäufer haften; doch durfte der Käufer hier nicht actionem ex stipulatu anstellen, sondern er mußte actionem emti brauchen o).

Wenn die Entwährungsklage statt finden soll, so muß durch die geschehene Entwährung ein Schaden verursacht worden seyn; und es kommt darauf nichts an, ob der Schade durch eine eigentliche Entwährungsklage oder auf andere Weise verursacht worden ist. Hat also die Frau, als die Käuferin einer Sache, solche ihrem Manne zum Brautschatz überlassen, er ist aber selbst Eigenthümer davon, der auf die Entwährung geklagt haben würde, wenn er nicht ihr Mann geworden wäre: so klagt die Frau nunmehr gegen ihren Verkäufer eben so gut, als wenn die Entwährung geschehen wäre. Der Mann behält unter diesen Umständen die Sache als sein Eigenthum auf immer, sieht sie also nicht als Heyrathsgut an, folglich ist die Frau indotata geworden p). Ein Regreß hat ferner sodann statt, wenn der Käufer die gekaufte Sache demjenigen, der sie evinciren wollte, nicht herausgegeben, sondern ihn wegen seines erwiesenen und ausgeführten Rechts befriedigt hat, damit ihm die Sache nur gelassen würde. Hier hat der Käufer zwar die Sache behalten, aber nicht deswegen, weil er sie von seinem Verkäufer gekauft, sondern deswegen, weil er den Anspruch durch Geld getilgt hat; er leidet also Schaden, den ihm der Verkäufer vergüten muß q). Ist wirklich kein Schade geschehen, so fehlt es an einer rechtmäßigen Ursache zur Entschädigung, folglich fällt der Regreß weg, wenn der Verkäufer sich ins Mittel geschlagen, und den Schaden, welchen der Käufer befürchtete, abge-

n) L. 46. §. 1. L. 10. D. de euict.
o) L. 35. D. de act. emt.
p) L. 24. D. de euict.
q) L. 29. pr. D. de euict.

abgewendet hat [r]). Des Käufers Regreß hat nicht statt, wenn der Verkäufer als Anwald des Käufers auf die angestellte Evictionsklage sich eingelassen, und am Ende das zuerkannte Quantum selbst bezahlt hat; denn hier hat der Käufer keinen Schaden gelitten [s]). Ferner fällt der Regreß weg, wenn zwar Jemand zu der Zeit, wo die Sache verkauft wurde, Ansprüche darauf machen konnte, der Käufer hat aber die Sache nachher verjährt [t]). Gleichergestalt hat kein Regreß statt, wenn zwar wider den Käufer der Entwährung wegen geklagt, er auch zur Herausgabe der Sache verurtheilt worden, der Kläger suchte aber nicht um die Execution des Urthels an, und deswegen behielt der Beklagte die Sache nach wie vor [u]). Hat der Entwährer dem Käufer die entwährte Sache geschenkt: so kommt es darauf an, ob er die Eviction wirklich durchgesetzt, und die Sache schon wirklich ausgeliefert erhalten, und solche nach dieser Zeit dem Beklagten zurück gegeben hat, oder ob er den Proceß liegen lassen, ehe die Sache durchgeführt worden. Im ersten Falle hat der Regreß noch immer statt; im letztern aber nicht [x]). Ferner fällt aller Rückanspruch weg, wenn derjenige, von dem die Entwährungsklage angestellt worden ist, damit abgewiesen und der Beklagte von der Klage entbunden worden ist [y]). Nicht einmal die Kosten kann der Käufer in diesem Falle von dem Verkäufer wieder fordern, weil deren Veranlassung alsdenn ein bloßer ungefährer Unglücksfall ist, den der jetzige Besitzer als Eigenthümer tragen muß. Eben daher kommt es, daß, wenn die Entwährungsklage erst angestellt worden ist, die Sache aber noch nicht bis zur Vollstreckung des Urthels gekommen ist, der Regreß noch nicht statt findet [z]); es müßte

r) L. 35. D. de euict.
s) L. 21. §. 2. L. 66. §. 2. D. h. t.
t) L. 54. pr. D. de euict.
u) L. 57. pr. D. de euict.
x) L. 57. §. 1. D. de euict.
y) L. 18. C. de euict.
z) L. 74. §. 2. D. L. 3. C. de euict.

müßte denn ausgemacht worden seyn, daß der Regreß gleich statt finden solle, wo es nach dem Vertrage geht [a]). Daher kommt es auch, daß die Regreßklage nicht eher verjährt wird, als von der Zeit an, wo die Entwährung wirklich erfolgt ist; denn von dieser Zeit an, ist sie erst gegründet [b]). Die Gesetze machen den Unterschied, ob der Verkäufer in bona fide oder in mala fide war; bey ersterem soll die völlige Entwährung abgewartet werden; im letzteren hingegen wird der Regreß gleich für statthaft erklärt, sobald die Entwährungsklage angestellt worden ist [c]), nach der Regel: in den Contracten, wo der Veräußerer schuldig ist, vt rem emtoris faceret, hat der Entwährungsregreß schon vor der wirklichen Entwährung statt [d]). Hat der Käufer das Kaufgeld noch nicht bezahlt, so kann er wegen zu befürchtender Entwährung das Geld so lange zurück behalten, bis ihm der Verkäufer der Entwährung wegen Sicherheit bestellt hat [e]). Merkwürdig ist der in der L. 13. §. 14. D. de act. emt. enthaltene Fall, wo der Käufer wirklich keinen Schaden hat, und ihm doch der Regreß zugestanden wird. Der Grund der Entscheidung liegt darin, daß wirklich das Maaß, welches verkauft worden, durch den Kauf nicht auf den Käufer gekommen ist. Wenn die Länderey nach dem Kauf einen Zuwachs erhalten, so ist dieß ein Vortheil, der schon an sich selbst dem Käufer gehört, folglich kann er nicht in Anschlag gebracht werden, wenn von der Größe des Verkaufsmaaßes die Frage ist. War der Verkäufer dabey gar in mala fide: so verdient er gar keine Schonung. Uebrigens muß man annehmen, daß

a) L. 12. C. de euict.

b) L. 21. C. de euict.

c) L. 30. §. 1. D. de act. emt.

d) Callet ad L. 3. C. de euict. in Meerm. Thes. Tom. II. pag. 321.

e) L. 18. §. 1. D. de peric. et comm. rei vend. L. 24. C de euict.

daß der Verkauf nicht reſtrictive, ſondern nur modificative geſchehen iſt; denn in jenem Falle wäre der Kauf vor der Zumeſſung noch nicht purificirt geweſen, mithin mußte der Verkäufer noch für die Gefahr ſtehen, er konnte aber auch den Vortheil verlangen. War er in bona fide, ſo rechnen ihm die Geſetze aus Nachſicht etwas zu gute, das ihm eigentlich nicht zu gute kommen ſollte. Die zeither vorgetragenen Grundſätze von den Rechten des Käufers, wenn ihm die gekaufte Sache entwährt worden, laſſen ſich blos bey der Entwährung des Eigenthums dieſer Sache anwenden. Haften Schulden oder ſonſtige Laſten auf der gekauften Sache, ſo ſcheint es nach der L. 5. C. de euict., der Käufer könne deswegen nicht klagen, wenn ihm dieſe Schulden bekannt waren, und es ſeine Richtigkeit damit hat.

Iſt der Käufer nicht durch die Entwährung um die Sache gekommen, ſondern durch einen andern Zufall, ſo kann deswegen kein Regreß wider den Verkäufer genommen werden, weil derjenige den Zufall tragen muß, dem er begegnet iſt. Daher braucht der Verkäufer dem Käufer nichts zu vergüten, wenn ihm Jemand die gekaufte Sache mit Gewalt, ohne Urthel und Recht abgenommen hat [f]). Eben ſo fällt der Regreß weg, wenn die Sache zwar wider den Käufer gerichtlich angebracht worden, es wurde aber ganz geſetzwidrig dabey zu Werke gegangen; denn hier kann man nicht ſagen, die Sache ſey dem Käufer durch Urthel und Recht entzogen worden [g]). Bey den Römern rechnete man den Fall hierher, wenn der Sclave ſtarb, ehe die wirkliche Entwährung geſchehen war [h]); oder der Sclave lief dem Käufer vor der Entwährung fort [i]). Entlief der Sclave ohne des Käufers Schuld, ſo beſtellte dieſer blos Sicherheit, ihn zu verfolgen und zurück zu geben, wenn

f) L. 17. C. de act. emt.
g) L. 51. pr. D. de euict.
h) L. 21. pr. D. de euict.
i) L. 21. §. 3. D. de euict.

wenn er desselben habhaft geworden seyn sollte. Bekam er den entlaufenen Sclaven nicht wieder: so blieb die Sache liegen, und er konnte nicht wegen eines Regresses in Anspruch genommen werden, weil der Sclave dem Käufer nicht evincirt worden war. Wurde der Sclave aufgefangen, so setzte man den Proceß fort, und mußte ihn der Käufer hier durch die Entwährung herausgeben, so stand ihm der Regreß wider den Verkäufer offen. War der Käufer an dem Entlaufen des Sclaven Schuld, so gieng der Proceß fort; und fiel das Urthel wider ihn aus, so mußte er den Werth desselben bezahlen. Auch in diesem Falle konnte er keinen Regreß wider den Verkäufer nehmen, weil der Sclave nicht wegen der Entwährung fehlt, sondern weil er davon gelaufen ist; hieran war er aber selbst Schuld, und dadurch hat er sich das Bezahlen zugezogen k). Bekam er den Sclaven nach der Zeit wieder, so mußte er dem Verkäufer haften, weil nunmehr das Verschulden des Käufers aufhörte, und er jetzt sein bezahltes Geld blos deswegen entbehren muß, weil der Verkäufer kein Recht hatte, die Sache zu verkaufen.

Weil der Verkäufer für keinen Schaden zu stehen braucht, der sich auf einen Unglücksfall gründet, so entstehen mancherley Fragen, wie es mit der Entschädigung des Käufers zu halten sey, wenn sich in die Entwährung ein von ohngefähr entstandener Schaden des Käufers mit eingemischt hat? Gesetzt, es hat das Grundstück nach dem Kauf, durch das Abreissen eines Flusses, eine Schmälerung gelitten, und in dieser Beschaffenheit ist es entwährt worden. Wie wird nunmehr der Werth desselben bey der Gewährsleistung berechnet? — Die Gesetze sehen nur auf die jetzige Beschaffenheit des Grundstücks. Was ihm jetzt fehlt, hat der Besitzer nicht durch die Entwährung verlohren, sondern durch einen Unglücksfall; diesen muß aber der Eigenthümer tragen, folglich kann er bey der Gewährs-

k) L. 63. D. de rei vindic.

währsleiſtung nicht in Rechnung gebracht werden [l]). Nach den angeführten Geſetzen iſt vorauszuſetzen, daß der Entwährer an dem Grundſtück einen Anſpruch bis zum vierten Theile pro parte indiuiſa gehabt habe. Hatte der Fluß 200 Acker von 1000 Ackern abgeriſſen, und 200 Acker wurden evincirt: ſo mußten 200 vergütet werden, welche den fünften Theil von 1000 ausmachen, und nicht 250, welches der vierte Theil von 1000 Ackern ſeyn würde. Dieſe Vergütung iſt der Klage ex ſtipulatu und ex emto gemein; denn ſo viel, als entwährt worden, muß auch allemal vergütet werden; nun ſind aber nur 200 Acker evincirt worden. Wenn 1000 Acker z. B. mit 500 Rthlrn. bezahlt worden ſind, ſo kommt auf 200 Acker 100 Rthlr. Daß 200 Acker vom Fluß abgeriſſen worden, ändert hier nichts, da von der Vergütung nicht die Rede iſt. Der vierte Theil von 1000 Ackern kann nicht gerechnet werden; denn 1000 Acker ſind nicht mehr vorhanden, und wenn ſie auch noch da wären, ſo machten 200 Acker nicht den vierten Theil davon aus. Auf ähnliche Weiſe wird entſchieden [m]), wenn von 1000 Ackern 200 abgeriſſen, aber auch wieder 200 angeſetzt worden. Hier beſteht die jetzige Maſſe aus 800 Ackern, die vom Kauf übrig ſind, und aus 200, die durch den natürlichen Zuwachs dazu gekommen ſind. Werden 200 Acker entwährt, ſo kommen davon auf den Zuwachs 40, und auf den Reſt 160, mithin vergütet der Verkäufer nur dieſe 160, da blos dieſe von den verkauften Ländereyen entwährt worden ſind; denn die 40 ſind davon evincirt worden, was nicht verkauft worden iſt. Die verurſachte Verſchlimmerung der Sache muß ebenfalls von dem Werthe der Vergütung abgerechnet werden [n]). Iſt ein Zuwachs geſchehen, und die Länderey dadurch verbeſſert worden, ſo iſt zwar dasje-



l) L. 64. pr. D. de euict. L. 70. eod.
m) L. 64. §. 2. D. de euict.
n) L. 45. pr. D. de act. emt. L. 66. §. 3. D. in fine h. t.

nige Stück, welches dazu gekommen ist, nicht mit verkauft worden, der Verkäufer muß es aber doch unter dem id quod interest vergüten; denn wäre die Entwährung nicht geschehen, so hätte der Käufer auch diesen Zuwachs mit benutzen können o).

## §. 1125. 1126.

Damit es vollkommen gewiß ist, ob die Sache durch ein gegründetes Recht des Dritten, der sie in Anspruch genommen, abgenommen worden sey, so muß der Verkäufer zur Vertheidigung aufgefordert werden, und diese Handlung heißt litis denunciatio. Diese Aufforderung zur gemeinschaftlichen Vertheidigung muß α) dem Verkäufer, seinem Erben oder Bevollmächtigten geschehen. Ist der Käufer hieran schlechterdings gehindert worden, so schadet ihm die unterlassene Litisdenunciation nichts p). Dem Bürgen braucht diese Anzeige nicht nothwendig zu geschehen; ist er aber der Sache beygetreten, und hat hier nicht appellirt, so muß er sich den Nachtheil davon beymessen q). Sind mehrere Erben da, so müssen sie zwar sämmtlich zur Vertretung aufgefordert werden; wenn aber auch nur einer die Vertheidigung übernommen hat, so trifft Gewinn und Verlust der Sache die übrigen ebenfalls r). Ist die Verbindlichkeit untheilbar, so klagt man gegen jeden Miterben auf das Ganze s). Wenn die verkaufte Sache schon mehrmals weiter verkauft worden, so muß sich jeder an seinen Verkäufer halten; es wäre denn, daß einem spätern Käufer von dem ältern die Klage cedirt, oder ihm eine

o) L. 15. pr. D. de euict.

p) L. 53. §. 1. L. 55. §. 1. L. 56. §. 5. 6. 7. D. h. t. L. 29. C. eod.

q) L. 7. 9. 20. 21. 23. C. de euict.

r) L. 12 et 62. §. 1. D. de euict.

s) L. 65. D. de euict.

eine Hypothek beſtellt worden; denn nun kann er wider den Verkäufer ſeines Verkäufers klagen, und er muß ihn zur Vertheidigung auffordern [t]). β) Die Litisdenunciation muß zu einer ſolchen Zeit geſchehen, wo noch alle Vertheidigung gebraucht werden kann [u]). Am ſicherſten iſt es, wenn die Aufforderung zur Vertheidigung vor der Antwort auf die Klage geſchieht, weil hier alle Arten von Einreden vorgeſchützt werden können [x]). Iſt der Proceß über die Entwährung ſchon bis ans Endurthel gekommen, ſo geſchieht die Aufforderung zur Vertretung vergebens [y]). Wurden dem Verkäufer und dem Käufer Einreden entgegen geſetzt, und der Käufer wurde verurtheilt, ſo kann nicht ohne Unterſchied auf Entſchädigung geklagt werden, ſondern es kommt darauf an, auf welche Einreden die Verurtheilung erfolgt iſt [z]). Der Verkäufer kann auch die Ausführung der Sache, gleichſam als Bevollmächtigter zu ſeinem eigenen Beſten, allein übernehmen [a]); ſitzt er aber, der geſchehenen Aufforderung ungeachtet, ganz ſtille, ſo muß er für die Folgen haften, und kann nun nicht vorſchützen, der Dritte habe keinen gegründeten Anſpruch gehabt [b]). Zu keiner Entſchädigung iſt der Verkäufer der Regel nach verbunden, wenn er entweder niemals, oder nicht zu rechter Zeit, zur Vertretung aufgefordert worden iſt; es müßte denn keinem Zweifel unterworfen ſeyn, daß er gar kein Recht an der verkauften Sache gehabt habe [c]).



t) L. 59. D. de euict.

u) L. 1. C. de peric. et commodo. L. 39. §. 1. in fine. L. 49. L. 51. §. 1. L. 53. §. 1. L. 56. §. 4. D. de euict.

x) L. 29. §. 3. D. de legat. III.

y) L. 29. §. 2. D. de euict.

z) L. 27 et 28. D. de euict.

a) L. 21. §. 2. D. de euict.

b) L. 23. C. de euict.

c) L. 11. §. 12. D. de act. emt. vend. L. 63. §. 1. D. de euict. de PUFENDORF, in Obſ. Tom. II. Obſ. 35. §. 15. CARPZOV Part. I. Conſt. III. Def. 24.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0425 DFG

Der Käufer ist an seinem Schaden selbst Schuld, und kann daher von seinem Verkäufer keinen Schadenserſatz fordern, wenn er es unterlassen hat, ihm von den gemachten Ansprüchen Nachricht zu geben, damit dieser ihn bey der Vertheidigung unterstütze, welche Handlung die Litisdenunciation genennt wird. Der Verkäufer kann mancherley Beweise in Händen haben, und Einreden wissen, die dem Käufer unbekannt waren, und wovon doch der gute Ausgang des Processes abhängt. Davon macht der Käufer keinen Gebrauch, wenn er mit seinem Käufer nicht gemeine Sache macht; mithin ist er an dem schlechten Ausgang des Processes selbst Schuld [d]). Ist die Anzeige der gemachten Ansprüche dem Käufer nicht ausdrücklich erlassen worden, so muß solche je eher je lieber geschehen, und wenigstens so lange der Verkäufer noch zu helfen im Stande ist, und seinen Beystand verlangen; dieser Beystand ist aber bis an die Zeit, wo das Urthel gesprochen worden, von Nutzen [e]). Eine solche Aufforderung oder Vertretung ist nicht nur bey Streitigkeiten über das Eigenthum erforderlich, sondern auch bey Rechtshändeln über andere Ansprüche, weswegen ein Regreß statt hat [f]). Die Litisdenunciation muß dem Verkäufer selbst geschehen, aber mit seinem Vorwissen kann man auch seinem Anwald Nachricht von den Ansprüchen geben [g]). Haben Mehrere zusammen die Sache verkauft: so muß die Anzeige ihnen allen geschehen, weil sich sonst derjenige davon, der nichts von den Ansprüchen erfahren, mit der Unwissenheit entschuldigen könnte [h]). Ist der Beystand von allen Erben nach geschehener Denunciation unterlassen worden: so haften sie nichts desto weniger, weil ihnen vom Proceß Nachricht ertheilt

d) L. 53. §. 1. D. de euict.
e) L. 29. §. 2. D. de euict. L. 1. pr. D. si ex nox. caus.
f) L. 49. D. de euict.
g) L. 56. §. 4. D. de euict.
h) L. 62. §. 1. D. de euict.

theilt worden iſt. Hieraus folgt, daß ſie noch vielmehr haften, wenn einer von ihnen die Vertheidigung übernommen, und nichts dabey verſäumt hat, ſie half aber nichts i). Wurde die Sache von einem Mündel verkauft, ſo muß die Denunciation ihm und ſeinem Vormunde zugleich geſchehen. War der Vormund abweſend, ſo wird die Denunciation im Nothfall für hinlänglich erklärt, wenn ſie blos dem Mündel geſchehen iſt k). Dieſes iſt deswegen angenommen, weil hier Gefahr auf dem Verzuge haftet. Es liegt die Urſache zum Grunde, daß dem Käufer keine Nachläſſigkeit ſoll vorgeworfen werden können, die Denunciation ſey nicht zu rechter Zeit geſchehen. Uebrigens iſt es des Mündels und Vormundes Sache, es mit dem Verkäufer auszumachen, ob ihm bey ſeinem Regreß ſonſt noch etwas entgegen ſey. Bey den Römern wurde der Regreß wider den Herrn genommen, wenn ſein Sclave etwas verkauft hatte, weil man einen Sclaven nicht verklagen konnte; die Litisdenunciation geſchahe aber alsdenn dem Sclaven, wenn er von ſeinem Pekulium etwas veräußert hatte l). War der Verkäufer ſelbſt Schuld daran, daß ihm die Denunciation nicht geſchehen können, ſo fällt dem Käufer nichts zur Laſt, und es kann ihm deswegen kein Einwand entgegen geſetzt werden, daß die Denunciation nicht geſchehen ſey, und der Verkäufer nun auch von den Einreden keinen Gebrauch machen können, die er vorzubringen berechtigt war m). War der Verkäufer abweſend, und man wußte ſeinen Aufenthalt nicht, um ihm von den Anſprüchen Nachricht zu geben, ſo kommt es darauf an, ob er ſelbſt Schuld daran war, daß ihm die Litisdenunciation nicht bekannt gemacht werden können, oder daß



i) CALLET ad tit. C. de euict. in MEERM. Theſ. Tom. II. pag. 339.

k) L. 56. §. 7. D. de euict.

l) L. 39. §. 1. D. de euict.

m) L. 55. §. 1. D. de euict. L. 56. §. 5. eod.

es wenigstens nicht an dem Verkäufer lag, daß er nichts davon erfahren. In dergleichen Fällen ist es so gut, als wenn die Denunciation wirklich geschehen sey [n]). Dem Bürgen des Verkäufers, der sich der Entwährung wegen verbindlich gemacht, braucht vom Käufer nicht besonders Nachricht von dem Anspruche gegeben zu werden; sondern dieser muß sichs gefallen lassen, wie die mit Zuziehung des Verkäufers abgemachte Sache ausfällt [o]). Ist die Denunciation gehörig vorgenommen worden, so haftet der Verkäufer des Ausgangs wegen, er mag sich in den Proceß gemischt haben, oder nicht [p]). Beobachtete der Verkäufer nach geschehener Denunciation seine Pflicht, und nun wurde durch Nichtgebrauch eines zulässigen Rechtsmittels oder auf andere Weise ein Fehler von ihm begangen, so kann er dieses dem Käufer nicht anrechnen, sondern er muß für den Schaden stehen [q]). Die Einmischung oder Appellation darf ihm nicht verwehrt werden, da er bey der Sache des Regresses wegen ein Interesse hat; sollte aber freylich die Frist, wo von dem Käufer appellirt werden kann, bereits vergangen seyn, so kann er nicht noch in eigener Person appelliren, weil seine Intervention blos eine accessorische ist, und keine interuentio principalis; er darf also besondere von der Person des Käufers unterschiedene Rechte nicht bey diesem Proceß brauchen wollen. Daß also der Verkäufer sich nur auf den Namen des Käufers, und nicht auf seinen eigenen Namen in den Proceß einmischen könne, ist ebenfalls eine Folge dieser Grundsätze.

## §. 1127.

Die Klage, welche nach erfolgter Entwährung des Regresses wegen angestellt werden kann, ist nach den Gesetzen

n) L. 56. §. 6. D. de euict.
o) L. 7. C. de euict.
p) L. 1. C. de peric. et commod. rei vend.
q) L. 63. §. 1. D. de euict. L. 20. C. eod.

Geſetzen bey ungenannten Verträgen die actio praeſcriptis verbis [r]), bey Geſchäften, die dem Kauf ähnlich ſind, die actio emti vtilis [s]), und endlich die Klage ex emto, wenn der Entwährung wegen nichts ſtipulirt worden; war dieſes aber geſchehen, ſo ſoll actio ex ſtipulatu angeſtellt werden. Ließ ſich von dieſer letzten Klage kein Gebrauch machen, oder konnte man nicht alles dadurch erlangen, was man ſuchte, ſo bediente man ſich der Klage ex emto [t]). Von den angeführten Klagen kann derjenige Gebrauch machen, der contrahirt hat, und ſie haben wider denjenigen ſtatt, der mit dem Kläger den Contract geſchloſſen; ſie gehen auch auf beyden Seiten auf die Erben über [u]). Kommt ein Fall vor, wo die Entwährung erſt nach dem Tode des Verkäufers möglich iſt, ſo läßt ſich nunmehr der Regreß auch erſt gegen den Erben des Verkäufers denken, der beym Leben des Verkäufers noch nicht ſtatt hatte [x]). Genug, daß ein Fall vorhanden iſt, wo die Entwährung geſchehen iſt, und die Litisdenunciation gebraucht werden muß. Ob dieß beym Leben des Verkäufers vorkam, oder vorkommen konnte, oder erſt nach ſeinem Tode, iſt gleichgültig. Die Klage wegen der Gewährsleiſtung kann gegen die Erbnehmer ſo gut gebraucht werden, als gegen einen unmittelbaren Erben [y]).

Weil die Klage wegen der geſchehenen Entwährung aus dem Contract entſpringt, ſo folgt, daß, wenn der Käufer die Sache weiter verkauft hat, und nun geſchieht die Entwährung, dieſer anderweitige Käufer nicht gegen den erſten Verkäufer klagen könne, da er nicht mit ihm



r) L. 29. D. de euict. L. iuris gent. §. ſed et D. de pact. L. naturalis §. at cum do vt fac. D. de praeſcr. verb.

s) L. 4. D. L. 6. C. h. t. L. 1. C. de rerum permut.

t) L. 37. §. 2. D. de euict.

u) L. 23. D. de euict.

x) L. 51. §. 1. D. de euict.

y) L. 23. C. de euict.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0429 DFG

contrahirt hat, sondern er muß sich an seinen Verkäufer halten, und nun greift der seinen Verkäufer an [z]). Es geht in dergleichen Fällen an, daß der erste Käufer dem fernern Käufer, wegen eingetretener Entwährung, um seine Entschädigung von dem ersten Käufer zu suchen, iura cessa gegen den ersten Verkäufer giebt [a]). Der Vermächtnißnehmer hat mit dem Verkäufer seines Erblassers so wenig einen Contract geschlossen, als des Käufers Käufer mit dem Verkäufer seines Verkäufers contrahirt hatte. Gegen den Erben kann er die Regreßklage auch nicht anstellen; wenn ihm aber dieser, welcher schuldig ist, das Legat dem Willen des Erblassers gemäß abzuliefern, iura cessa gegen den Verkäufer des Erblassers giebt, so kann der Vermächtnißnehmer nunmehr wider ihn klagen. Der Erbe konnte um des Legats willen, die Verordnung des Erblassers zu erfüllen, und der Sache wegen, selbst klagen; also ist er auch befugt, die Klage abzutreten. Was in dem angeführten Gesetz unter den Worten: vel quodam casu hypothecas habet, zu verstehen sey, läßt sich nicht leicht angeben. Wächtler behauptete, es werde damit auf die Hypothek gezielt, die der Vermächtnißnehmer an dem Vermögen des Erblassers habe. Wo dergleichen Hypotheken vorhanden, da sey der Erbe schuldig, dem Vermächtnißnehmer iura cessa zu geben. Nach den ältern Rechten hatte freylich der Legatar keine solche Hypothek ipso iure; sie konnte ihm aber doch ausdrücklich ertheilt werden. Hatte nun der Erblasser dem Vermächtnißnehmer den Regreß gegen die Erben ausdrücklich mit vermacht, und dazu noch eine Hypothek ertheilt, so war der Erbe desto mehr verpflichtet, iura cessa zu geben. Dieser Fall wird übrigens in Gesetzen von dem Falle, wo iura cessa gegeben werden, noch unterschieden; also muß es wenigstens ein Fall seyn, wo der Erblasser dem Vermächtnißnehmer seinen Regreß, weshalb

z) L. 33. D. de euict.
a) L. 59. D. de euict.

weshalb ihm die Hypothek zusteht, mit vermacht hat. Hier tritt der Legatarius unmittelbar an des Erblassers Stelle, und klagt wenigstens vtiliter gegen den Verkäufer des Erblassers. Noch besser lassen sich die Worte auf ein legatum rei oppignoratae anwenden. Wenn der Erblasser die Sache gekauft und der Verkäufer eine Schuld darauf gemacht hat, die dem Erblasser unbekannt war, so wird dem Vermächtnißnehmer deswegen keine Gewähr geleistet; doch kann dieser, wenn er die Schuld bezahlen müssen, gegen den Verkäufer unmittelbar klagen, und hat actionem negotiorum gestorum oder eine ähnliche Klage.

Kaufte die Frau das Grundstück selbst, welches sie ihrem Manne hernachmals zum Brautschatze überließ, und nun wurde es ihm entwährt, so ist es nicht nöthig, daß der Mann erst gegen sie klagt, und sie sodann wider den Käufer einen Proceß anfängt, oder daß sie ihrem Manne iura cessa giebt; sondern sie kann wegen geschehener Entwährung sogleich selbst wider den Verkäufer klagen. Mann und Frau leben in Gesellschaft, und die Frau hat an der Sache noch einen Mitantheil. Die dem Manne geschehene Entwährung erstreckt ihre Wirkung zugleich mit auf die Frau. Das Heyrathsgut ist wirklich gemindert, und dieß gereicht ihr zum Nachtheil [b]).

Der Mündel und sein Vormund werden bey der Verwaltung des Vermögens des Mündels für eine Person gehalten; wurde nun gegen den Mündel die Evictionsklage angestellt, und es mußte litis aestimatio geleistet werden, diese wurde aber aus des Vormundes eigenthümlicher Casse bezahlt, und mit den Geldern des Mündels, so kann nunmehr der Mündel doch Regreß nehmen [c]). Gleichergestalt findet die Regreßklage wider den Mündel statt, wenn der Vormund verkauft hat [d]); und konnte der Mündel verklagt

b) L. 22. §. 1. D. de euict.
c) L. 22. pr. D. de euict.
d) L. 4. §. 1. D. de euict.

verklagt werden, so darf auch gegen seine Erben geklagt werden [e]).

Derjenige, gegen welchen die Klage angestellt werden kann, muß der Verkäufer selbst seyn. Ist er nur sein Bevollmächtigter, so klagt man gegen den Principal, und nicht gegen ihn. Daher kommt es, daß, wenn der Gläubiger ein Pfand verkauft hat, der Regreß nicht gegen diesen, sondern gegen den Schuldner selbst genommen werden kann, weil der Gläubiger nur für diesen verkauft hat [f]). Es ist bemerkungswerth, daß die Gesetze keine Vergütung des id quod interest von dem Schuldner fordern; sie sind aber deswegen gelinde gegen ihn, weil es kein freywilliger Verkauf war, sondern er wider seinen Willen dazu genöthigt wurde. Der Käufer des Pfandes kann übrigens von dem Gläubiger verlangen, daß dieser ihm seine actionem pignoratitiam contrariam cedire, wodurch er das id quod interest von dem Schuldner suchen kann, der eine fremde Sache verpfändete. Diese Cession dient also dem Käufer dazu, das id quod interest zu erlangen, wenn er es nicht besonders suchen konnte [g]). Außerdem haftet der Pfandgläubiger dem Käufer, an den er das Pfand verkauft hat, wenn er dolose dabey gehandelt, und den Anspruch, den ein Dritter an der Sache hatte, gewußt hat [h]). Eben so haften die Gerichtspersonen nicht, welche zur Subhastation und Auction gebraucht worden sind. Sie verkaufen nicht für sich, sondern für die Leute, denen die Sachen gehören [i]). Haften mehrere sammt und sonders für den Regreß, so ist es der Natur dieser Verbindlichkeit gemäß,

e) L. 7. D. de euict.

f) L. 1. C. cred. euict. pign. L. 74. §. 1. D. de euict. Hildebrand Diff. de euict. pignor. tam constit. quam vend.

g) L. 38. D. de euict.

h) L. 11. §. 16. D. de act. emt.

i) L. 50. D. de euict.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0432
DFG

gemäß, daß, wenn gegen einen geklagt worden ist, und er hat bezahlt, nunmehr die andern frey sind [k]).

Die Gewährsleistungsklage geht zugleich darauf, daß der Verkäufer den Werth zurück gebe, den er für die Sache bekommen hat. Sollte erst ein Theil des Kaufgeldes bezahlt worden seyn, so bekommt der Käufer blos diesen zurück [l]). Wenn sich der Werth gemindert hat, so wird blos der jetzige Werth vergütet. War der Werth vergrößert worden, so rührt dieses entweder von der Verwendung des Käufers her, oder ohne solche. Im ersten Falle bekommt der Käufer solche zum Theil von dem Entwährer wieder; er kann sie also seinem Verkäufer nicht noch einmal abfordern [m]). Die Kosten, welche der Käufer von dem Entwährer nicht wieder bekommt, kann er von seinem Verkäufer wieder fordern, und sie gehören unter das id quod interest. Dieses Interesse ist also der zweyte Punkt, welchen der Käufer von dem Verkäufer vergütet verlangt. Darunter sind auch die gehabten Proceßkosten begriffen. Die Zinsen des Kaufgeldes kann er ebenfalls mit Recht verlangen, so weit er dieserhalb nicht durch die Früchte schon befriedigt worden ist [n]). Zu dem Interesse, welches vergütet werden muß, gehört auch der entgangene Nutzen der Sache [o]). Weil außer dem Werthe der Sache das Interesse besonders vergütet werden muß, so folgt deutlich, daß der Verkäufer dadurch nicht von seiner ganzen Verbindlichkeit frey geworden ist, weil er sich die entwährte Sache wieder zu verschaffen gewußt hat, und er solche nunmehr an den Käufer abtreten will, da dieser seinen Regreß wider ihn gesucht hat. Das Interesse muß deswegen immer noch

k) L. 51. §. 4. D. de euict.

l) L. 13. § 9. D. de act. emt.

m) L. 45. §. 1. D. de act. emt.

n) L. 8 et 70. D. L. 9. C. de euict. L. 43. D. de act. emt. L. 44. eod.

o) L. 51. §. 3. D. de euict.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0433
DFG

noch besonders vergütet werden, oder der Käufer läßt sich auf diese Entschädigung nicht ein [p]). Wird die Sache nicht ganz, und nicht deren ganzes Eigenthum entwährt, so wird blos der entwährte Gegenstand geschätzt, und die zu gebende Vergütung darnach beurtheilt. So kann z. B. blos der Nießbrauch evincirt, und nun dessen Betrag berechnet werden [q]). Es kann ferner blos eine Zubehör, z. B. ein zum Grundstück gehörender Leibeigener, entwährt worden seyn, und nun wird auch dieses Stück allein berechnet. Wird blos eine Gerechtsame des Gutes entwährt, so kann nur dafür Vergütung verlangt werden [r]). Ist blos ein Theil entwährt worden, so wird auch blos dieser vergütet; und war es ein abgetheilter Theil, so beurtheilt man dessen besondere Güte, nicht das Verhältniß des Maaßes gegen das Ganze [s]). Wenn nicht das Ganze und dessen völliges Eigenthum gleich anfangs entwährt worden ist, sondern nur ein Theil oder eine Gerechtsame der Sache, so kann der schon gebrauchte Regreß bey einer anderweitigen Entwährung eines andern Theils oder Rechts wiederholt werden. Es versteht sich von selbst, daß dasjenige, was der Käufer bereits erhalten hat, bey der anderweitigen Vergütung mit in Anschlag kommen müsse, damit er die Vergütung nicht über das Zwiefache bekommt [t]).

Zur Erläuterung der Gewährsleistung will ich noch folgende Sätze anführen [u]). — Ein Hauptgesuch bey der Klage aus dem Kaufcontracte ist es, daß er den Kläger gebührend entschädige, wenn er demselben eine fremde Sache verkauft hat. Hierbey kommt es auf den Umstand an, ob die fremde Sache wissentlich oder aus Unwissenheit ver-

p) L. 67. D. de euict.
q) L. 15. §. 1. D. de euict.
r) L. 15. §. 2. D. de euict.
s) L. 13 et 14. D. de euict.
t) L. 48. D. de euict.
u) Schmidts Lehrbuch von Klagen, §. 894.

verkauft worden ist. Im ersten Falle ist der Käufer befugt, den Verkäufer auf das Interesse x), und auf die Wiederherausgabe des Kaufgeldes actione ex emto vtili zu belangen y). Im zweyten Falle kann der Käufer die Gewährsleistung nicht nur selbst aus dem Contracte z), sondern auch, wenn er sich dieselbe durch einen besondern Vertrag versprechen lassen, actione ex stipulatu a) von dem beklagten Verkäufer fordern. Mit dieser Gewährsleistung ist die Leistung der Gewährsmängel nicht zu verwechseln. Diese besteht in einer Schadloshaltung wegen derjenigen Fehler, die sich bey der Sache in Ansehung ihrer erforderlichen Größe und Eigenschaften gefunden haben; z. B. wenn die verkaufte oder verpachtete Wiese nicht die zugesicherte Größe und Güte hat. Executivisch kann auf die Gewährsleistung nicht geklagt werden, wenn man auch eine Urkunde, worin solche versprochen worden, und die Acten, woraus die Eviction erhellet, für sich hat. Die Umstände, daß der Evincent schon vorher ein besseres Recht an der Sache gehabt, daß dem Währsmanne, d. i. dem Verkäufer, zu rechter Zeit lis denuncirt worden, daß der Käufer bey Führung des Processes nichts versehen, u. s. f. lassen sich nicht gleich von dem Richter übersehen. Es muß der Beklagte erst mit seiner Einrede gehört, und zu deren Beweise gelassen werden. Auch das Interesse, welches der Kläger fordert, ist nicht gleich liquid b).

Unter die Einreden, welche der gesuchten Gewährsleistung entgegen gesetzt werden können, gehört 1) die Einrede, Kläger habe sich derselben begeben c). Stillschwei-

x) L. 30. §. 1. D. de act. emt. et vend.

y) L. 11. §. 5. D. de act. emt. et vend.

z) L. 8. L. 60. L. 79. D. de euict. L. 25. C. eod. L. 43. D. de act. emti et vend.

a) L. 37. §. 2. L. 56 et 60. D. L. 8. L. 25. C. de euict.

b) Leyser Spec. 238. Med. 4.

c) L. 11. §. vlt. D. de act. emt. vend.

schweigend hat sich der Käufer seines Rechts, die Gewährsleistung zu fordern, begeben, wenn er wissentlich eine fremde oder verpfändete Sache gekauft hat [d]). 2) Kann vorgeschützt werden, die Sache sey ihm nicht, Namens des Beklagten, verkauft worden [e]). Hierher gehört der Fall, wenn der Gläubiger die Sache als ein von seinem Schuldner erhaltenes Pfand verkauft; denn hier hat er sie eigentlich nicht in seinem, sondern in seines Schuldners Namen veräußert [f]); jedoch muß der beklagte Gläubiger dem Kläger seine Klagen cediren [g]). Wenn der Vormund die Sache Namens seines Pflegbefohlnen verkauft hat, so kann er für seine Person nicht auf die Gewährsleistung belangt werden [h]). Der Beklagte kann ferner vorschützen: er habe die Sache nicht dem Kläger verkauft, er sey nicht auctor; denn die Evictionsklage hat nur wider den auctorem statt [i]), und das ist nur derjenige, der die Sache aus seinem eigenen Rechte und in seinem Namen veräußert hat. Gesetzt also, die Frau hat ihr Haus verkauft, und der Mann hat ihr dabey nur seinen Beystand geleistet, er hat als ehelicher Vormund darein gewilligt, und den Kaufbrief mit unterschrieben; so kann er nicht auf die Evictionsleistung belangt werden [k]). Sollte sich der Beklagte der Gewährsleistung wegen für den auctorem verbürgt haben, so kann replicirt werden, er müsse als Bürge dafür haften. Ein solcher Bürge wird vom Ulpian [l]) der auctor secundus genennt.

d) L. 27. C. de euict.

e) L. 10. L. 12. §. 1. D. de distract. pignor.

f) L. 1. C. creditorem euict. pignor. non debere.

g) L. 38. D. de euict.

h) L. 1. C. quando ex facto tutoris. LAUTERBACH ad Pand. Lib. XXI. tit. 2. §. 19.

i) L. 16 et 17. C. de euict.

k) LEYSER Spec. 239. Med. 6.

l) L. 4. pr. D. de euict.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0436
DFG

genennt. Es hat 3) die Einrede statt, es sey noch keine wirkliche Eviction vorhanden [m]). Beklagter kann 4) vorschützen, die Sache sey Klägern nicht durch richterlichen Ausspruch genommen worden [n]). Die Sache muß dem Käufer durch den Ausspruch eines ordentlichen Richters genommen worden seyn. Hat er es also blos auf den Ausspruch eines Schiedsrichters ankommen lassen, und hier ist die Sentenz wider ihn ausgefallen, so muß er sich dieses selbst beymessen, und er kann nunmehr wider den Verkäufer nicht auf die Gewährsleistung klagen [o]). Es hat 5) die Einrede statt, Kläger habe die Sache durch seine eigene Schuld eingebüßt [p]). Diese Einrede ist alsdenn gegründet, wenn er unterlassen, dem Evincenten Einreden entgegen zu setzen, die er hätte vorschützen können. Man nehme an, er habe die Sache bereits eine lange Zeit hindurch besessen, und hätte deswegen dem Evincenten praescriptionem longi temporis entgegen setzen können, weil er sie durch die Länge der Zeit, da er sie bona fide et iusto titulo als die seinige besessen, usukapirt gehabt. Schützt er diese Einrede nicht vor, so kann er nachher wider den Verkäufer auf keine Gewährsleistung klagen [q]).

Außer den angeführten Einreden kann 6) die Einrede gebraucht werden, Kläger habe die Denunciation unterlassen, das heißt, er habe dem Beklagten nicht bekannt gemacht, daß Jemand die gekaufte Sache in Anspruch genommen habe [r]). Auf diese Einrede kann Kläger repliciren,

m) L. 3. L. 17. C. L. 57. D. h. t. WERNHER Tom. III. Part. II. Obs. 265.

n) L. 11. pr. D. de euict. L. 51. pr. D. et L. 8. C. eod. WERNHER Obs. Part. IV. Obs. 231.

o) L. 56. §. 1. D. de euict.

p) L. 17. L. 29. § 1. L. 56. §. 3. L. 19. C. de euict.

q) L. 54. pr. D. de euict.

r) L. 8 et 9. C. de euict. toll. c. L. 53. §. 1. D. eod. et L. 11. §. 12. D. de act. emt. vend. de PUFENDORF Obl. Lib. II. Obs. 35. Westphal vom Kauf, §. 287. Webers Beytr. von gerichtl. Klagen, I, 5.

ciren, dieß sey deswegen geschehen, weil beklagter Verkäufer offenbar kein Recht gehabt habe, womit er die verkaufte Sache gegen die gerechten Ansprüche des Evincenten hätte vertheidigen können; die Denunciation wäre also doch vergebens gewesen. Antwortet der Beklagte, es sey ungegründet, daß er offenbar kein Recht gehabt: so kann der klagende Käufer erwiedern, er wolle es beweisen, daß er kein Recht gehabt, und zu diesem Beweise muß er gelassen werden [s]). Beklagter kann 7) vorschützen, Kläger habe sich der Denunciation nicht zu rechter Zeit bedient [t]). Die Litisdenunciation kann nicht eher geschehen, als bis der Käufer der gekauften Sache wegen von Jemandem in Anspruch genommen wird. Dieses geschieht nun entweder vor, oder nach der Zeit, wenn eine fremde Sache verjährt wird, z. B. nach zehen Jahren. Im letztern Falle muß sich der Käufer selbst durch die Einrede der Verjährung zu helfen suchen, weil ihm der Verkäufer nicht mehr zur Gewährsleistung verbunden ist, und also die Litisdenunciation nicht weiter statt findet [u]). Im ersten Falle muß die Litisdenunciation zu der Zeit geschehen, da der Käufer von einem Dritten wegen der Sache in Anspruch genommen wird; denn eher hat er kein Recht, litem zu denunciren, weil es hier nach der Regel geht: actioni nondum natae nulla currit praescriptio [x]); auch muß der Verkäufer noch im Stande seyn, den Käufer zu vertreten, weil dieses der Endzweck der Litisdenunciation ist. Es hat solche deswegen sowohl vor als nach der Einlassung auf die Klage statt, so lange noch kein Definitiv-

erkennt-

s) Carpzov Part. I. Const. III. Def. 24.

t) Seyfarts teutscher Reichsproceß, 2tes Buch, 2tes Cap. §. 4.

u) L. 54. pr. D. L. 19. C. de euict.

x) L. fin. C. de annal. except. Berger in Oecon. Iur. Lib. II. tit. 2. §. 26. not. 11.

erkenntniß in der Sache vorhanden ist [y]), folglich auch noch in der Appellationsinstanz [z]), weil hier dem Appellanten das beneficium nondum deducta deducendi zusteht. Am besten ist es, vor, oder gleich nach der Einlassung auf die Klage, bey Vorschützung der zerstörlichen Einreden, litem zu denunciren, weil der Litisdenunciat proceßverhindernde Einreden haben kann, und alle exceptiones peremtoriae communes der Einlassung auf die Klage gleich angehängt werden müssen [a]). Es kann 8) vorgeschützt werden, Kläger fordere zu viel [b]). Diese Einrede ist alsdenn sehr nützlich, wenn sich der Käufer für die Gewährsleistung nur überhaupt eine gewisse Geldsumme von dem Verkäufer hat versprechen lassen. Man nehme an, es ist dem Käufer wegen der ihm mitverkauften Huth und Weide auf Titii Feldern, wenn dieselbe entwährt worden seyn sollte, überhaupt 100 Rthlr. als Gewährsleistung versprochen worden. Nun wird diese Gerechtigkeit wirklich dem Käufer durch Urthel und Recht abgesprochen, und darauf fordert er von dem Verkäufer nicht nur die 100 Rthlr., sondern auch die aufgewendeten Proceßkosten. Diese letztern kann er nicht verlangen; denn da er einmal mit den 100 Rthlrn. auf den Eoictionsfall überhaupt zufrieden seyn zu wollen, sich verbindlich gemacht hat, so darf er nachher seine Einwilligung auf keine Weise anfechten [c]), wenn auch das ihm versprochene Eoictionsquantum weniger betragen sollte, als er durch die nachher erfolgte Eoiction wirklich eingebüßt hat [d]). Auch kann 9) vorgeschützt



y) L. 29. §. 2. D. de euict. MARTINI in comment. for. Tit. XIV. §. 2. nr. 94.

z) L. 20. C. de euict.

a) Seyfarth im Reichsproceß, 2tes Buch, 4tes Cap. §. 14.

b) L. 27. L. 74. pr. D. de euict.

c) L. 27. D. de euict.

d) L. 74. pr. D. de euict.

schützt werden, daß die Klage bereits durch die Verjährung erloschen sey. Hier wird die Verjährung von dreyßig Jahren verstanden; denn es mag actione emti, oder actione ex stipulatu auf die Gewährsleistung geklagt werden, so sind beyde Klagen doch nur persönliche, welche nicht eher als nach dreyßig Jahren erlöschen. Es kann replicirt werden, von Zeit der geschehenen Eviction sey noch keine Zeit von dreyßig Jahren vergangen; denn sie nehmen von dieser Handlung an erst ihren Anfang, und nicht von der Zeit des geschlossenen Contracts, weil der Käufer nicht eher auf die Gewährsleistung habe klagen können. Diese Einrede darf mit der unter Nr. 5. angeführten Einrede der von Klägern verabsäumten praescriptionis longi temporis, nicht verwechselt werden. Es kann 10) vorgeschützt werden, die Klage sey nicht bey dem gehörigen Richter angebracht worden [e]), welche Einrede man alsdenn brauchen kann, wenn der Käufer den Verkäufer in foro domicilii auf die Gewährsleistung belangt hat. Das ist unrecht. Die Evictionsklage muß ob continentiam cauſſarum in demjenigen Gericht angestellt werden, wo die Vindicationsklage entschieden worden ist. Der Verkäufer kann auch 11) noch vorschützen, Käufer habe es gewußt, die verkaufte Sache sey eine fremde [f]); denn in diesem Falle fällt die Gewährsleistung weg. Endlich kann 12) vorgeschützt werden, der Contract sey dem Verbot der Gesetze zuwider eingegangen worden, und zu Recht nicht beständig [g]). Hier mußte es der Käufer wissen, daß er die Sache nicht käuflich an sich bringen könne, welcher Fall z. B. alsdenn eintritt, wenn es nach den Landesgesetzen verboten ist, die Bauerngüter zu vereinzeln.

e) L. 49. D. de iudic. Cramers Wetzlar. Beytr. II, VII. 68. x.

f) L. 27. C. de euict.

g) L. 5. C. de legib. Stryck in vſu mod. Lib. XXI. tit. 2. §. 50. Lavterbach in Coll. Pand. Lib. XXI. tit. 2. §. 9.

# Lib. XXI. Tit. III.

de

# exceptione rei venditae et traditae.

## §. 1128.

Die in diesem Titel enthaltenen Grundsätze gehören mit zu der Lehre von der Gewährsleistung. Der Regreß findet nämlich nicht statt, ohnerachtet die Sache zu einer Entwährung geeigenschaftet ist, wenn der Entwährer durch die Gesetze gehindert wird, sich seines Entwährungsrechts zu bedienen. Ein solcher Fall tritt ein, wenn der Entwährer derjenige selbst ist, der für den Regreß haftet. In einem solchen Falle kann er von der Entwährung keinen Gebrauch machen, und es steht ihm die exceptio rei venditae et traditae entgegen, desgleichen die Regel: quam de euictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio. Da er selbst den Kauf zu halten schuldig ist, so kann er ihn also nicht anfechten. Diese Einrede wird daher demjenigen entgegen gesetzt, der die Sache selbst verkauft hat, woran einem Dritten ein Anspruch zuständig ist, und der in der Folge dieses Dritten Erbe geworden ist. Ob er gleich beym Verkauf in bona fide war, so kann er doch von den Rechten eines Erben dieses Dritten zum Behuf der Entwährung keinen Gebrauch machen [a]). Diese Einrede wird auch demjenigen entgegen gesetzt, der zwar nicht selbst verkauft hat, der aber doch mit dem Verkäufer eine Person ausmacht, und seine Handlungen agnosciren muß. Wenn gleich z. B. der Schuldner bey einem gerichtlichen Verkauf des Pfandes nicht eigentlich der Verkäufer ist,



a) L. 1. pr. D. de exc. rei vend. et trad.

sondern die Gerichte den Verkauf vornehmen, so thun sie solches doch in des Schuldners Namen; und daher ist es eben so gut, als ob dieser selbst den Verkauf vorgenommen hätte. Er haftet deswegen nicht weniger wegen der Gewähr, und es kann ihm die exceptio rei venditae et traditae entgegen gesetzt werden, wenn er Ansprüche an der Sache macht [b]). Der Erbe ist einerley Person mit dem Erblasser; wenn also der Erblasser der Verkäufer ist, der Erbe aber Ansprüche auf die Sache machen konnte, so darf er es nunmehr nicht thun [c]). Der Principal und sein Bevollmächtigter werden auch für eine Person gehalten, folglich treten gleiche Grundsätze ein, wenn vom Gebrauch unserer Einrede die Frage ist [d]). Hat der Anwald wider das Verbot des Principals gehandelt, so wird er bey dieser Uebertretung des Verbots nicht als Anwald betrachtet, und dieser Ueberschreitung der Vollmacht wegen hat die exceptio rei venditae et traditae hier nicht statt [e]). Ein besonderer Fall, wo der Verkäufer abgewiesen wurde, ihm aber zu dem Ende nicht exceptio rei venditae et traditae, sondern exceptio non competentis actionis entgegen gesetzt werden mußte, ist in der L. 1. §. 4. D. h. t. enthalten. Gegen den Freygelassenen konnte ein Contrahent nicht wegen der Contracte, die vor der Freylassung geschlossen worden, weiter klagen, wenn er sein Pekulium bey der Freylassung behalten hatte. Die Klage gieng hier gegen den Erben, und deswegen konnte der Freygelassene exceptionem in factum brauchen. Der Käufer muß die Uebergabe der gekauften Sache von dem Verkäufer erwarten, und er darf sich nicht selbst in Besitz setzen; sollte er aber auf eine rechtmäßige Weise zum Besitz gekommen seyn, ohne daß ihm die Sache vom Verkäufer zum Eigenthum übergeben worden; so kann er sich demselben widersetzen, wenn

b) L. 13. C. de euict.
c) L. 1. §. 1. D. de exc. rei vend. et trad.
d) L. 1. §. 2. D. de exc. rei vend. et trad.
e) L. 1. §. 3. D. de except. rei vend. et trad.

wenn dieser sie blos um deswillen von ihm abfordern will, weil er sie ihm, dem Käufer, nicht als Eigenthum übergeben habe. Er ist zur Uebergabe verpflichtet; kann nichts dagegen einwenden; warum soll er also die Sache zurück erhalten, um sie sofort dem Käufer wieder abzutreten [f]). Der, dem die Uebergabe der Sache eher geschehen ist, geht dem vor, welcher solche später erhalten hat. Sein erlangtes Eigenthum kann ihm durch eine anderweitige Uebergabe nicht wieder genommen werden. Gesetzt nun, daß der Verkäufer bey der ersten Uebergabe noch nicht Eigenthümer gewesen, und es erst zur Zeit der zweyten geworden wäre, so hindert dieses nichts, weil die in der Folge geschehene Erwerbung des Eigenthums zurück gerechnet, und so angesehen wird, als wenn sie schon bey der ersten Uebergabe vorhanden gewesen wäre [g]). Wenn der Bürge gestorben ist, so darf sein Erbe eben so wenig entwähren, als es sein Erblasser thun durfte, gesetzt auch, daß er die Sache, seiner eigenen Person wegen, und weil ihm in dieser ein Anspruch zusteht, vindiciren wollte. Daher darf nicht nur der Käufer, sondern auch sein Erbe und ein fernerer Käufer die exceptionem rei venditae et traditae in diesem Falle brauchen [h]), und sie kann nicht nur wider den Verkäufer gebraucht werden, sondern auch wider seinen Erben und andere Nachfolger [i]). Ist der Käufer in einem solchen Falle verklagt worden, wo er die exceptionem rei venditae et traditae brauchen kann, so hat er die Wahl, ob er diese brauchen, oder die Sache zurück geben will.

f) L. 1. §. 5. D. de exc. rei vend. et trad.
g) L. 2. D. de exc. rei vend. et traditae.
h) L. 31. C. de euict. L. 3. pr. D. h. t.
i) L. 3. §. 1. D. de exc. rei vend. et trad.

# Lib. XXII. Tit. I.

de

# vsuris et fructibus et causa et omnibus accessionibus et mora.

## §. 1129 — 1133.

Unter dem Worte Zinsen wird ein Lohn verstanden, den ich für den Gebrauch einer schuldigen Quantität von fungibilen Sachen bezahle. Die Zinsen setzen voraus, 1) daß ich Jemandem eine Quantität fungibiler Sachen schuldig bin; z. B. einen Eymer Wein, hundert Thaler, zehen Malter Korn; 2) daß ich ihm für den Gebrauch dieser Quantität eine Vergütung gebe. Zinsen werden für den Gebrauch bezahlt, er mag nun wirklich gemacht worden seyn, oder doch gebraucht werden können. Wenn ich eine Summe schuldig bin, und sie nicht zu rechter Zeit bezahle, so muß ich Zinsen entrichten, ob ich gleich das Geld in den Kasten gelegt, und nicht gebraucht habe.

Nach der gewöhnlichen Vorstellungsart einiger Rechtslehrer besteht das Fundament der Zinsen entweder in einem Vertrage, oder in der Saumseligkeit. Andere halten auch die letzte Willensverordnung, und noch andere die Verordnung der Gesetze für ein Fundament der Zinsen. Hr. Prof. Weber [a]) hat die Sache besser vorgetragen, und schreibt: Die Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, entspringt entweder unmittelbar aus einem Gesetz, oder aus einer verbindlichen Handlung. Entspringt

a) Weber de vsuris indebite solutis, §. 4 sqq.

springt sie unmittelbar aus einem Gesetz, so ist der Grund entweder das gemeine Recht, oder ein Privilegium des Gläubigers. Nach dem gemeinen Rechte muß ich dem, der meine Geschäfte besorgt, und Auslagen für mich gehabt hat, Zinsen von den ausgelegten Geldern bezahlen [b]). Vermöge eines Privilegiums ist man dem Pupillen und Minderjährigen Zinsen von einem schuldigen Kapital zu bezahlen verbunden, wenn man ihnen gleich keine versprochen hat, auch nicht um Bezahlung der Schuld gemahnt worden ist [c]).

Die verbindliche Handlung kann entweder ein Vertrag seyn, oder eine einseitige Handlung. Ein Vertrag verpflichtet nach teutschen Rechten allemal zur Zinszahlung, nach dem römischen Rechte aber nur in gewissen Fällen. Nämlich bey Contracten des strengen Rechts und beym Darlehn konnte man der Regel nach durch eine Stipulation Zinsen gültiger Weise versprechen, hingegen bey negotiis bonae fidei mußte der Zinsvertrag dem Contract sogleich angehängt werden [d]).

Die einseitige erlaubte Handlung, worauf die Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, gegründet werden kann, kann 1) in der Antretung einer Erbschaft und der Anerkennung einer letzten Willensverordnung bestehen, wenn nämlich der Erblasser dem Erben befohlen hat, Zinsen zu bezahlen [e]). 2) Gehört hierher die Pollicitation und ein Gelübde, wenn man Zinsen damit versprochen hat [f]). 3) Wenn ein procurator oder negotiorum gestor fremde Gelder ausleiht, und Zinsen davon zieht. Diese muß er



b) L. 12. §. 9. D. mand. L. 19. §. 4. D. de negot. gest.

c) L. 5. C. de act. emt. et vend. Mvellerad Leyser. Obs. 439. Strubens rechtl. Bedenken, 3ter Thl. 94. Bedenken.

d) Weber l. c. §. 5. 6. 8.

e) L. 3. §. 6. D. de ann. legat.

f) L. 10. D. de pollicit.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0445 DFG

dem Principal berechnen [g]). 4) Der Käufer, welcher die Früchte der gekauften Sache erhoben hat, muß den Kaufschilling verzinsen. Mehrere Rechtsgelehrte haben behauptet, Jeder, der dem Fiskus ein Kapital schuldig sey, müsse Zinsen bezahlen, wenn er gleich keine versprochen habe, auch nicht für saumselig gehalten werden könne; es beweisen aber die dafür angeführten Gesetze [h]) diese Meynung nicht; denn sie handeln von saumseligen Schuldnern.

Unerlaubte einseitige Handlungen, woraus eine Verbindlichkeit, Zinsen zu bezahlen, hergeleitet werden kann, sind 1) die Saumseligkeit oder der Verzug. Aus diesem Grunde müssen Zinsen bezahlen: α) die Einnehmer öffentlicher Gelder, wenn sie diese nicht sogleich, da sie es thun sollen, an die Behörde eingeschickt haben [i]). β) Wer durch ein rechtskräftiges richterliches Urtheil zur Bezahlung einer Summe verurtheilt worden ist, muß nach Verlauf von vier Monaten das Kapital mit zwölf Procent verzinsen, wenn ihm gleich im Urthel keine Zahlungszeit angewiesen, er auch von dem Gläubiger nicht gemahnt worden ist. Das Gesetz bestimmt ihm die Frist, und setzt ihn in Verzug [k]). Bey den Römern wurde man bey Contracten des strengen Rechts nicht zur Zinszahlung verpflichtet, wenn man moram begangen. Auch bey Darlehnen bezahlte man des bloßen Verzugs wegen keine Zinsen, und eben so wenig konnte ein Schenker dazu genöthigt werden. Heutiges Tages muß der Schuldner in allen Fällen, sobald er saumselig ist, Zinsen bezahlen, und nur bey dem Schenker wird eine Ausnahme gemacht [l]).

Für

g) L. 10. §. 4. D. mand. L. 19. §. 4. D. de negot. gest.
h) L. 17. §. 5. L. 43. D. de vsur.
i) L. vn. C. de aur. publ. pers. L. 1. C. de can. largit. tit. Leyser Spec. 244. Med. 5.
k) L. 2. C. de vsur. rei iud. Leyser Spec. 244. Med. 7.
l) Strubens rechtl. Bedenk. 5ter Thl. S. 137.

Für eine hierher gehörende einseitige unerlaubte Handlung wird 2 gehalten, jedes Factum, wodurch mir der Nutzen des Geldes von einem Andern entzogen wird, z. B. wenn Jemand unbefugter Weise Arrest auf eine mir gehörige Summe legen läßt [m]). 3) Der Verwalter meiner Geschäfte muß mir die Zinsen ersetzen, die er hätte ziehen können, die er aber nicht gezogen hat [n]). 4) Wer fremde Gelder, ohne daß er dazu berechtigt ist, in seinen Nutzen verwendet, z. B. ein Gesellschafter, Mandatar, Depositar, Vormund, welcher gar zwölf Procent bezahlen soll [o]).

Die Römer bedienten sich nach der Größe der Summe, wie viel von Zinsen bezahlt wurde, verschiedener Benennungen, und zwar foenus vnciarium hieß 1 Procent, vsurae sextantes 2 Procent, vsurae quadrantes 3 Procent, vsurae trientes 4 Procent, vsurae quincunces 5 Procent, vsurae semissales 6 Procent, vsurae bessales 8 Procent, vsurae centesimae 12 Procent. Bey den Römern bezahlte man die Zinsen alle Monate, und nach dem Gesetze der zwölf Tafeln durfte nicht mehr als foenus vnciarium, oder 1 Procent genommen werden. Diese Verordnung wurde aber nicht gehalten, sondern die Capitalisten ließen sich monatlich zwölf Procente geben. Der Kaiser Justinian erlaubte in einigen Fällen zwölf, in andern nur acht, bisweilen nur sechs, vier oder gar nur drey Procent zu nehmen [p]).

In Teutschland hat man die Zinsen des Verzugs auf fünf Procent gesetzt; kann jedoch der Gläubiger beweisen,

m) Leyser Spec. 244. Med. 4.

n) L. 19. §. 4. D. de negot. gest.

o) L. 1. §. 1. D. h. t. L. 10. §. 8. D. mand. L. 28. in fine D. depos. L. 7. 10 et 12. D. de administr. et per. tut. L. 2. C. de vsur. pup.

p) L. 26. C. de vsur. Io. Stravch D. de centesimis vsuris et foenore vnciario, in Opusc. Hal. 1739. Part. III. nr. 3. Ayrer Diss. de arbitrio iudicis circa vsuras pecun. mutuat. §. 13.

sen, daß sein Interesse sich höher belaufe, so soll er mit dem Beweis gehört werden [q]). Im jüngsten Reichsabschiede §. 174. sind die Vertragszinsen ebenfalls auf fünf Procent eingeschränkt worden; es ist aber streitig, ob diese Verordnung ganz allgemein gelten sollen, oder nur von den im dreyßigjährigen Kriege ruinirten Schuldnern zu verstehen sey, und ob es heutiges Tages erlaubt sey, sich sechs Procent versprechen zu lassen, welches einige Rechtsgelehrte [r]) behauptet haben; wogegen sich aber andere mit Recht geäußert haben, weil Zinsen allemal eine drükkende Last für den sind, der sie bezahlen soll, und eine Begünstigung der Faulheit und der Ungerechtigkeit veranlassen [s]). Bey dem Reichskammergericht ist die billigere Meynung angenommen, daß man sich nicht mehr als fünf Procent Zinsen versprechen lassen könne, und wer sich sechs Procent versprechen lassen, muß in der Klage darauf Verzicht leisten; hat er aber sechs Procent bereits bezahlt erhalten, so kann ihm sein Schuldner den sechsten Thaler nicht condictione indebiti wieder abfordern [t]). Am Reichshofrath hält man es erlaubt, sechs Procent Zinsen zu nehmen, wenn sie besonders versprochen worden [u]), worin viele teutsche Gerichte gefolgt sind [x]).

§. 1134

q) Deput. Absch. v. J. 1600. §. 139.

r) Joh. Gottf. von Meiern in seinen Gedanken von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers, Hannover 1732. S. 165 flg. Hufelands Beyträge zur Berichtigung der positiven Rechtswissenschaft, 1stes Stück, Nr. 2. Henr. BODINVS D. de vsuris licitis vltra quincunces. Io. Tob. REINHARTH Diss. de vsur. prauit. §. 16. AYRER l. c. §. 14.

s) Gerstlachers Handbuch der teutschen Reichsgesetze, 10ter Band, S. 2119 flg. Weber von Verbindl. S. 252.

t) von Meiern a. a. O. S. 139. v. Cramers Nebenst. 80ster Thl. S. 113.

u) v. Meiern a. a. O. S. 151 u. flg

x) MEVIVS in Dec. Part. IV. Dec. 205. nr. 8. STRYCK in vsu mod. ad tit. de vsur. §. 11. IDEM in caut. contract. Sect. II. cap. 1. nr. 25. AYRER in Diss. cit. §. 14.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0448
DFG

§. 1134 — 1138.

Wenn Jemand in solchen Fällen, wo es die Gesetze nicht erlauben, sich mehrere, als die gewöhnlichen und gesetzlich bestimmten Zinsen bezahlen läßt, so sagt man, daß er Wucherey treibe; mit Recht bemerken jedoch verschiedene Rechtslehrer y), daß, wenn nur Zinsen von Zinsen, oder solche über die Summe des Kapitals hinaus bezahlt werden, die Strafe der Reichsgesetze auf diese nicht ausgedrückten Fälle nicht zu erweitern, mithin solche Fälle nicht für Wucherey zu achten sind. Den Reichsgesetzen gemäß werden durch Urthel und Recht, ohne auf die Person der Gläubiger zu sehen, nicht mehr als fünf Procent zugestanden z), wenn gleich vertragsweise mehrere Zinsen versprochen seyn sollten, und die Rede von Zinsen wäre, die nach und nach durch Saumseligkeit des Schuldners angeschwollen seyn sollten a). Ausgemacht ist es, daß die Bezahlung des sechsten Zinsthalers für keine eigentliche Wucherey gehalten werden darf, und mehrere Rechtslehrer b) sind der Meynung, die Zurückforderung des bezahlten sechsten Zinsthalers sey nicht erlaubt; doch behaupten andere Rechtslehrer c) das Gegentheil.

Obgleich nach den teutschen Reichsgesetzen nicht über fünf Procent als Zinsen genommen werden darf, so sind jedoch davon die Leibrenten- und Alimentencontracte, die Bod-

y) Koch instit. iur. crim. §. 620. Westphal im Criminalrechte, in der 109ten Anmerk. §. 5. S. 605.

z) Lavterbach Vol. II. Conf. 137. nr. 12 sqq. Vol. III. Conf. 210. nr. 53.

a) Coccei Tom. II. Conf. 60. nr. 9 et 10. Schorch Sent. 155. nr. 18.

b) Meier von der Rechtmäßigkeit des sechsten Zinsthalers. Strubens Bedenken, 3ter Thl. 133. Bedenk. Hr. v. Selchow in den Rechtsfällen, 1ster Band, Nr. 5. S. 99.

c) Leyser Spec. 245. Med. 9. Westphal a. a. O. §. 4. S. 604.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0449 DFG

Bodmereyen, die Assekuranzen, und überhaupt alle Contracte, wo der Ausleiher entweder viele Gefahr zu besorgen hat, oder wo der Schuldner beträchtliche Vortheile genießt, billig auszunehmen [d]); denn in diesem und in andern Fällen, wo des Gläubigers Gefahr oder Interesse die gewöhnliche Summe der Zinsen erweislich beträchtlich übersteigt, ist demselben nicht zuzumuthen, mit den gewöhnlichen fünf Procenten zufrieden zu seyn. Viele Rechtslehrer [e]) behaupten, ein Kaufmann dürfe der Regel nach ebenfalls nicht mehr als fünf Procent nehmen; doch behaupten andere Schriftsteller [f]) das Gegentheil, und nach Handlungsgebrauch wird unter Kaufleuten oft auf sechs Procent gesprochen [g]). In Ermangelung einer besondern Verabredung laufen auch bey Kaufleuten die Verzugszinsen allererst nach Ablauf eines Jahres, wenn anders die Schuld zugleich liquid ist [h]). Bey den Römern mußte der Schuldner in einigen Fällen zwölf Procent bezahlen [i]); ob aber diese Verordnungen heutiges Tages anwendbar sind, darüber sind die Rechtslehrer nicht einig. Einige [k]) behaupten es, andere

d) L. 1. et 4. C. de red. vitalit. Fischer im Polizeyrechte, 3ter Band, §. 747.

e) Strube in den rechtl. Bedenken, im 5ten Theile, im 117 Bedenken.

f) Quistorps Beyträge, S. 400 und 401. der neuesten Ausgabe.

g) Uhle Frankfurter Wechselresponsen, S. 4. Dorn im peinl. Rechte, 1ster Thl. §. 171. S. 523.

h) Struben a. a. O. im 82sten Bedenken.

i) L. fin. C. de vsur. rei iudic. L. 3. C. arbitr. tutel. L. 38. D. de negot gest. L. 4. C. de aedif. priuat. L. 23 et 26. C. de vsuris.

k) Leyser Spec. 244. Med. 7. Schilter Exerc. 37. §. 105. Wernher Obs. Part. X. Obs. 523. Part. VI. Obs. 316. Henne in comment. de vsurar. centesimar. vsu hodiern. in casib. iur. Rom. express. von Interessen zu zwölf Procent ad fori vsum accommodat. Erford. 1742.

andere aber wollen es nicht zugeben [l]), welche Meynung mehr Beyfall verdient.

Bey den Römern durfte Niemand Zinsen von Zinsen nehmen [m]); ja es war nicht einmal erlaubt, daß gefällige Zinsen zu einem neuen Kapital gemacht werden [n]); jedoch gab es einige Fälle, wo Zinsen von Zinsen genommen werden durften [o]). Heutiges Tages unterscheiden viele Rechtslehrer, ob von den angeschwollenen Zinsen mit Bewilligung des Schuldners ein besonderes, oder ein neues zinsbares Kapital, das heißt, ob der anatocismus separatus ausgeübt, oder ob die rückständigen Zinsen vom Gläubiger eigenmächtig zu einem besondern Kapital gemacht, und davon jährlich wieder Zinsen gefordert, das heißt, der anatocismus coniunctus ausgeübt worden. Der erste Fall wird nicht für unerlaubt gehalten, sondern nur der letztere [p]). Andere Rechtslehrer bemerken, weil heutiges Tages der Zinsensatz des kanonischen Rechts wegfalle, so müsse die Frage: ob Zinsen von Zinsen genommen werden dürfen, hauptsächlich nach den vorkommenden Umständen beantwortet und darnach bestimmt werden, ob diese That für

l) KLOCK in Conf. Tom. I. Conf. 67. nr. 13. BRVNNEMANN ad L. fin. C. de vsur. rei iudic. HVBER ad tit. de vsur. §. 20. Strubens Bedenk. 1ster Thl. 123stes Bedenk.

m) Arg. L. 1. C. de sent. quae sine certa quantit. L. 1. C. de sentent. quae pro eo quod interest proferuntur. L. 26. C. de vsur.

n) L. 29. D. de vsur. L. 27. D. de re iudic. L. 2. §. 5. D. de administr. rer. ad ciuit. pertin. L. 3. C. de vsur. rei iudic. L. 26. §. 1. D. de cond. indeb. L. 28. C. de vsur.

o) L. 5. §. 7. L. 7. §. 11 et 12. L. 9. §. 3. L. 13. et 58. §. 1. D. de administrat. et peric. tut. L. 10. §. 3. D. mand.

p) de BOEHMER ad CARPZOV. Qu. 92. Obs. 5. MEVIVS in Dec. Part. IV. Dec. 213. BAVER in Progr. de vsur. sorti imputand. Lips. 1760. ENGELBRECHT Consult. Gryphiswald. Resp. 74. nr. 26.

für Wucherey zu halten sey, oder nicht [q]). Daß jedoch überhaupt sodann, wenn ein Bürge für den Hauptschuldner nicht allein das Kapital, sondern auch die rückständigen Zinsen bezahlt hat [r]), und der Geschäftsführer genießt der Regel nach gleiche Rechte [s]), oder, wenn ein Dritter die vertragten oder rückständigen Zinsen anstatt des Hauptschuldners bezahlt hätte [t]), oder wenn die bey einem andern stehenden Zinsen Jemandem als ein Darlehn überlassen worden [u]), die Zinsen nunmehr als ein Kapital betrachtet, und davon wieder Zinsen gerechnet werden dürfen, wird heutiges Tages für erlaubt gehalten. Eben so wenig hat es nach der Bemerkung angesehener Rechtslehrer einigen Zweifel, daß die Verordnung eines donatoris, vermöge welcher die Zinsen von einer gewissen Summe zu Kapital geschlagen, und dem Beschenkten jährlich verzinset werden sollen, nicht für gültig zu halten sey [x]).

In mehreren römischen Gesetzen [y]) ist es verboten worden, Zinsen in Rechnung zu bringen, sobald sie mehr betragen als das Kapital, welche Zinsen vsurae vltra alterum tantum genennt werden; auch leidet es keinen Zwei-

q) Ayrer Diss. de arbitrio iudicis circa vsur. pec. mutuatit. Gött. 1750. Reinhardt D. de vsur. vsurar. licitis, Erf. 1726.

r) Wernher Tom. III. Part. II. Obs. 493. Cocceii in iure controv. Lib. XXII. tit. I. qu. 11.

s) Strubens rechtl. Bedenk. 1ster Thl. 56stes Bedenken. Selchow in den Rechtsfällen, 3ter Band, Nr. 64.

t) Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. 8. thes. 10. nr. 9. Brockes in Obs. 344.

u) Beckmannor. Consil. et Dec. Part. II. Dec. 50. nr. 58. Selchow a. a. O.

x) von Hymmens Beyträge zur juristischen Litteratur in den Preuß. Staaten, 5te Samml. S. 387.

y) L. 26. §. 1. D. de cond. indeb. L. 4. §. 1. D. de naut. foen. L. 27. §. 1. C. de vsur. Novella CXXI. cap. 2.

Zweifel, daß es bey der allgemeinen Vorschrift der Gesetze über die vsuras vltra alterum tantum für einerley zu achten, ob von versprochenen Zinsen die Rede ist, oder von Verzugszinsen [z]). Heutiges Tages wird mit Beystimmung des römischen Rechts in der L. 10. C. de vsur. der Unterschied gemacht, ob der Schuldner die rückständigen Zinsen, welche den Hauptstuhl übersteigen, bezahlen soll, oder ob er sie nach und nach schon bezahlt hat [a]). In diesem Falle ist der Gläubiger nicht schuldig, die nach und nach bezahlt erhaltenen Zinsen wieder herauszugeben, oder sich solche am Kapital kürzen zu lassen, wenn sie gleich zusammen genommen, mehr als das Kapital betragen sollten [b]), wiewohl es der Hr. v. Leyser [c]) hat behaupten wollen. Daß jedoch die Leyserische Meynung weder überhaupt in Praxi, noch besonders bey den Reichsgerichten angenommen worden, und man daher bey angestellter Klage auf Bezahlung des Kapitals mit der Einrede, daß die nach und nach bezahlten Zinsen sich höher, als das Kapital, belaufen, nicht auftreten dürfe, haben andere Rechtslehrer [d]) gründlich bewiesen. In jenem Falle, wenn nämlich der Schuldner die nach und nach angeschwollenen Zinsen noch bezahlen soll, wollen viele Rechtslehrer [e]) die Zinsen, in sofern sie den Hauptstuhl übersteigen, für unzulässig halten.

Uebrigens

z) L. 27. §. 1. C. de vsur. BECKMANNORVM Consil. Tom. II. Dec. 88. nr. 23.

a) TENZEL D. de eo quod iustum est circa vsuras vltra alterum tantum, Erford. 1730.

b) BOEHMER in Consult. Tom. II. Resp. 804. nr. 13. SCHORCH in Sent. 45. nr. 17. de PVFENDORF in Obs. Tom. I. Obs. 14. §. 4.

c) LEYSER Spec. 248. Med. 1.

d) Hangens Sammlung einiger praktischen Rechtserörterungen, 2ter Thl. Wetzl. 1786.

e) STRYCK in vsu mod. h. t. §. 17. RICHTER in Dec. Part. II. Dec. 74 sqq. de PVFENDORF in Obs. Tom. I. Obs. 14. §. 14. MEVIVS Part. VI. Dec. 386. Part. VII. Dec. 136.

Uebrigens hat es theils nach den Gesetzen, theils besonders nach dem Gerichtsgebrauche keinen Zweifel, daß überhaupt solche Zinsen, die den Hauptstuhl übersteigen, sodann allerdings für rechtmäßig zu halten sind, wenn sie sich entweder auf ein rechtskräftiges Urthel gründen [f]), oder wenn von Städten und piis corporibus die Rede ist [g]). Die angeführte Novelle sagt freylich nichts von milden Stiftungen, aber demungeachtet wollen sie mehrere Rechtslehrer, wegen der in andern Fällen diesen Stiftungen zugestandenen Begünstigungen angewendet wissen [h]). Andere Rechtslehrer verwerfen diese Behauptung, und halten die Anwendung derjenigen Sätze, die in der angeführten Novelle von Städten vorkommen, bey Kirchen und piis corporibus für unanwendbar [i]), wenn die Zinsen zur Bezahlung der Kirchenbediente bestimmt sind [k]). Ferner können die Zinsen gefordert werden, wenn sie gleich das Kapital übersteigen, wenn sich der Schuldner, ohnerachtet er gemahnt worden, in Bezahlung derselben säumig bewiesen hat [l]); wiewohl der Herr von Leyser [m]) hier wieder anderer Meynung ist. Daß eine außergerichtliche Interpellation diese Wirkung nicht habe, hat Hr. Prof. Weber [n]) beweisen

f) Arg. L. 3. C. de vsur. rei iudic. Mevius Part. VII. Dec. 4. Boehmer ad Carpzov. Qu. 92. Zoller in Progr. de vsuris rei iudicatae, Lipſ. 1778.

g) Novella CLX. in praef. et cap. 1.

h) Mevius in Dec. Part. VII. Dec. 136. Berger in Oecon. iur. pag. 762. Leyser Spec. 248. Med. 2. de Boehmer ad Carpzov. l. c. Obſ. 6.

i) Arg. L. 14. D. de legib. Richter Dec. 74. nr. 88. Beckmannor. Conſil. Part. I. Dec. 21. nr. 11. pag. 297.

k) Engelbrecht Obſ. 42.

l) Hert. Vol. I. Reſp. 461. nr. 7 et 8. Mevius in Dec. Part. VII. Dec. 4. de Pvfendorf l. c. Strubens Bedenken, 1ſter Thl. Nr. 133.

m) Leyser l. c. Med. 4. 5. 6.

n) Weber von der natürl. Verbindl. 2te Abth. S. 222.

beweisen wollen, andere aber behaupten das Gegentheil o). Die Zinsen vltra alterum tantum müssen bezahlt werden, wenn sie erst nach der Kriegsbefestigung vltra alterum tantum angelaufen sind p), oder wenn die den Hauptstuhl übersteigenden Zinsen mit Bewilligung des Schuldners zu einem besondern verzinsbaren Kapital gemacht worden sind q), oder wenn ein Schuldner, oder eine Concursmasse die Früchte von einem Kapital genossen hat, oder noch genießt, ohne daß dem Gläubiger etwas davon zu Gute gekommen r). Außer den bisher angeführten Einschränkungen wollen auch angesehene Rechtslehrer auf das Verbot solcher Zinsen, die das Kapital übersteigen, sodann nicht gesehen wissen, wenn nicht sowohl von eigentlichen Zinsen, als vielmehr von andern Nutzungen, fructibus, die Rede seyn sollte s). Unerlaubt würde es seyn, wirkliche Zinsen per modum interesse vltra alterum tantum fordern zu wollen t).

Aus den angeführten Fällen folgt von selbst, daß bey den vielen Ausnahmen von dem Verbot der Zinsen über das alterum tantum, und da es gewöhnlich an einer Saumseligkeit auf Seiten des Schuldners nicht fehlt, der Fall selten vorkommen könne, wo einem Gläubiger seine



o) de CRAMER in Obs. Tom. I. Obs. 23. §. 6.

p) Arg. L. 35. D. de vsur. de BOEHMER ad CARPZOV. l. c. Obs. 6. BERGER l. c. Lib. III. tit. VIII. thes. 10. nr. 3. Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten, 5te Samml. S. 130.

q) MEVIVS Part. IV. Dec. 213. LVDWIG de different. iur. Rom. et germ. in vsur. praesertim vltra alterum tantum.

r) MEVIVS Part. VI. Dec. 328. TORNOW de feud. Mecklenb. Part. I. cap. 3. Sect. 6. §. 13 sqq. Quistorps Bemerk. CX. S. 343.

s) de PVFENDORF Obs. Tom. I. Obs. 14. §. 5. de LVDEWIG l. c.

t) LEYSER Spec. 248. cor. 1. Spec. 250. Med. 3. WERNHER D. de vsuris per modum interesse vltra alterum tantum non exigend. Witeb. 1711.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0455 DFG

den Hauptstuhl übersteigende Zinsen, in sofern sie nicht gerade während des Laufs eines Concurses so hoch angelaufen seyn sollten, als welche man gewöhnlich außer der vorhin bemerkten Einschränkung nicht zuzusprechen pflegt [u]), wären streitig gemacht worden. Dieses sieht man aus den Entscheidungen der höchsten Reichs- und anderer hohen Gerichte aufs überzeugendste, worin bey bewiesener Saumseligkeit auf Seiten des Schuldners, und wenn keine langwierige Nachlässigkeit im Eintreiben auf Seiten des Gläubigers vorhanden seyn sollte, die vsurae vltra alterum tantum ohne Unterschied zugesprochen worden sind [x]); es ist jedoch nicht zu leugnen, daß sich auch Beyspiele vom Gegentheil finden, und in mehreren Fällen die Zinsen, welche den Hauptstuhl übersteigen, abgesprochen worden sind [y]).

Die Wucherey sieht man eigentlich nur sodann als vollbracht an, wenn übermäßige Zinsen nicht allein versprochen, sondern auch wirklich bezahlt worden sind [z]); es kommt jedoch bey der Wucherey so wenig auf den Stand des Verbrechers, als auf die Namen an, welche der Wucherer gebraucht hat, um seine Wucherey darunter zu verbergen. Sehr oft ist unter dem Schein eines geschlossenen Vergleichs [a]), einer freywilligen Anbietung, einer mäßigen Pro-

u) DVLLAEVS D. de eo quod iustum est circa vsur. in concurs. credit. Duisb. 1715. MANTZEL de iurib. singular. in Megap. circa process. concurs. credit. §. 27. BOEHMER ad CARPZ. Qu. 92. Obs. 6.

x) de CRAMER in Obs. Tom. I. Obs. 23. §. 6. Obs. 102. de PVFENDORF Obs. Tom. I. Obs. 14. §. 6. Strubens rechtl. Bedenken, 3ter Thl. 33stes Bed.

y) Quistorps rechtl. Bemerk. a. a. O.

z) Reichspol. Ordn. v. J. 1577. Tit. 17. §. 8. MEVIVS Part. VIII. Dec. 185. WERNHER Obs. Part. I. Obs. 299. LEYSER Spec. 246. Med. 6.

a) WALCH Diss. de vsurar. praxi. sub palliata transact. Ien. 1773.

Provision, oder eines Honorarii [b]), unter dem Schein eines Verkaufs gewisser Sachen, oder habender Ansprüche, oder darunter, daß die gelehnten Gelder einem Dritten gehören, und daß der Schuldner bey dem Zahlungstermin seine Verbindlichkeit nicht erfüllt habe, die größte Wucherey verborgen. Man pflegt in den Fällen, wenn der Gläubiger sich übermässige Zinsen gefallen lassen, zu unterscheiden, ob solche sofort anticipando abgezogen, und ein gleiches auf immer, so lange das Kapital nicht bezahlt worden, festgesetzt wurde, oder ob solche blos in dem Fall, wenn der Schuldner mit der Bezahlung säumig seyn sollte, versprochen worden. Die letztere Verabredung will man für gültig halten, die erstere aber nicht [c]). Wenn der Schuldner dem Gläubiger gleich bey der Anleihe ein Douceur gemacht haben sollte, ohne daß der letztere solches als eine Bedingung zum Voraus gesetzt hätte, so pflegt man unter solchen Umständen ein Douceur nicht als Wucherey anzusehen [d]). So ungültig jeder Contract an sich ist, wobey Wucherey zum Grunde liegt, so wird gleichwohl der Wiederkaufsvertrag nicht darunter begriffen [e]), es wäre denn, daß unter dem pacto de retrouendendo eine eigentliche Wucherey verborgen liegt, und der Name Wiederkauf blos deswegen gebraucht worden, um darunter erweisliche Wucherey zu verbergen [f]). Daß die Begebung der exceptionis vsurariae prauitatis weder die der Wucherey wegen bewirkte Strafe, noch das Recht, Schadensersatz fordern zu können, aufheben könne, sondern eine solche Verzicht für nicht geschehen zu halten, wird von den



b) R. P. O. v. J. 1577. Tit. 17.

c) REINHARTH D. de vsurar. prauitate tam vera et palliata quam putatiua siue imaginar. Erford. 1727. §. 33.

d) WERNHER in Obs. Part. VI. Obs. 459.

e) L. 2. C. de pact. int. emt. et vendit. REINHARTH l. c. §. 51.

f) SCHORCH in Sent. 36.

Rechtslehrern mit Recht behauptet [g]). Die Einrede des begangenen Wuchers, exceptio vsurariae prauitatis, kann sogar nach gesprochenem Urthel und bey der Execution selbst, immer noch vorgeschützt werden [h]). Die Frage: ob ein Fürst gegen Privatpersonen die Einrede des Zinswuchers brauchen könne, wird von verschiedenen Rechtslehrern [i]) verneinet, von andern aber mit mehr Grunde bejahet [k]).

Was die Strafe des Wucherers betrifft, so wurde solcher nach dem ältern römischen Rechte mit der poena quadrupli [l]), ja bey beschwerenden Umständen sogar mit der Ehrlosigkeit bestraft [m]). Im Justinianeischen Rechte wird dem Wucherer die Klage wider seinen Schuldner versagt, um das Darlehn einzufordern [n]), und ein Soldat, der Wucherey getrieben, sollte mit dem Abschiede bestraft werden [o]). Wer übermäßige Zinsen bezahlen müssen, kann sie vom Kapital abziehen [p]), und hat er das Kapital schon abgetragen, so kann er der bezahlten übermäßigen Zinsen wegen die condictionem indebiti anstellen [q]). Im kanonischen Rechte sind, mit Beziehung auf einige mißverstandene Stellen der Bibel [r]), alle Zinsen verboten;

g) STRYCK in caut. contr. Sect. II. cap. 4. §. 23. BECKMANNOR. Conf. et Decis. Part. I. nr. 54. pag. 150. LEYSER Spec. 246. Med. 8.

h) c. 18. X. de vsur. BERGER in Oecon. iur. Lib. III. tit. 8. thes. 11. nr. 4.

i) Lud. MENCKEN in Diss. Spec.

k) RIVINVS in D. de priuat. in Principem vsurar. prauit. reo, Lipſ. 1725.

l) L. 2. Cod. Theod. de vsur.

m) L. 20. C. ex quib. cauſ. infam.

n) NOVELLA XXXII. in fine.

o) NOVELLA XXXII. in fine.

p) L. 26. C. de vsur.

q) L. 26. pr. et §. 1. D. de cond. ind. L. 18 et 26. C. de vsur.

r) 5. B. Mos. XXIII, 13. Ps. 55, V. 1–5. Luc. 6, 35. Luc. 7, 30.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0458
DFG

ten; jedoch sind nur Zinsen von einem Darlehn, vsurae ex mutuo, gemeynt; denn es unterscheidet sich die vsura von den annuis reditibus [s]), welche letztern gebilligt werden [t]); auch darf die Verordnung des kanonischen Rechts auf die sogenannten montes pietatis nicht angewendet werden [u]). Daß Zinsen in der Bibel nicht verboten worden, sieht man aus mehrern Stellen [x]). Ein Wucherer ist nach dem kanonischen Rechte so lange unter dem Kirchenbanne, bis er alle eingehobene Zinsen wieder zurück gegeben hat; es soll ihm daher vor geschehener Wiedererstattung kein ehrliches Begräbniß gestattet werden, auch darf er kein Testament machen [y]). Wenn gleich derjenige, von dem die zu hohen Zinsen bezahlt worden, nicht mehr lebt, oder er keine Erben hat, so muß der Wucherer den Wucher an die Armuth zurückgeben [z]).

In den ältern Zeiten gehörte in Teutschland die Wucherey unter die unbekannten Verbrechen [a]); und obwohl nach der Zeit blos den Juden verstattet wurde, Zinsen zu nehmen [b]), so führte man doch in der Folge ohne Unterschied in den Reichsgesetzen [c]) das Recht ein, Zinsen zu nehmen, wenn sie versprochen worden, oder der Schuldner bey der Bezahlung saumselig gewesen ist; durch den Gerichtsgebrauch hat man aber das Recht, Zinsen zu



s) Gnistorps Beytr. a. a. O. S. 390. Felz D. de differ. vsurar. et ann. redit.

t) Extrauag. comm. de emt. et vendit. Boehmer in iure eccles. Lib. V. tit. 19. §. 52. 53.

u) Boehmer l. c. §. 73.

x) 5. B. Mos. XXIII, 20. Matth. XXV, 27. Michaelis de mente et rat. leg. Mosaic. vsur. prohib. Goetting. 1750.

y) c. 3. X. de vsur. c. 2. de vsur. in 6to.

z) c. 5. X. de vsur.

a) Tacitvs de morib. Germanor. cap. 16 et 26.

b) Reichs-Pol. Ord. v. J. 1577. Tit. 20. §. 6.

c) N. A. vom Jahr 1600. §. 152. und vom Jahr 1654. §. 174.

fordern, auf alle Fälle ausgedehnt, wo ihre Bezahlung in den gemeinen, in Teutschland aufgenommenen Rechten ihren Grund haben, oder sich auf eine offenbare Billigkeit gründen sollte [d]). Ein Contract, der sich auf Wucherey gründet, ist ungültig, und es kann aus demselben keine zu Recht bestehende Forderung entstehen [e]); es müßte denn die Rede von solchen Puncten seyn, die mit der Wucherey in keiner Verbindung stehen; denn diese gelten allerdings [f]). Hat Jemand übermäßige Zinsen bezahlen müssen, so kann er solche, wenn die Wucherey bewiesen ist, entweder vom Kapital abziehen, es vermindern auch die zur Ungebühr bezahlten Zinsen die Schuld ipso iure [g]); jedoch macht der Hr. v. Leyser [h]) zwischen dem Kläger und dem Beklagten einen Unterschied, oder er kann condictionem indebiti anstellen [i]). Man vermuthet zwar sonst von demjenigen, der wissentlich etwas bezahlt, wozu er nicht verbunden war, den animum donandi [k]); diese Vermuthung fällt aber bey demjenigen weg, der sich in der Angst unbillige Forderungen gefallen lassen muß [l]). Die gegenseitige Meynung, und daß wegen bezahlter übermäßiger Zinsen

d) Salomon D. de vsur. sine conuent. consens. praest. Argent. 1734. de Cramer in Obs. Tom. IV. Obs. 1238. Berger in Oecon. iur. Lib. III. tit. VIII. th. 9. nr. 3. Dorett D. de iustit. vsurar. hodiern. vulgo interesse, Lign. 1739.

e) R. P. O. v. J. 1577. Tit. 17. §. 8.

f) Leyser Spec. 246. Med. 7. Gail Lib. II. Obs. 4. de Boehmer ad Carpzov. Qu. 92. Obs. 4. Cramers Nebenst. 19. Thl. Nr. 3.

g) L. 4. L. 14. pr. C. de compens. Beckmann. Cons. et Dec. Part. I. nr. 42. pag. 143.

h) Leyser Spec. 245. Med. 10.

i) L. 26. pr. et §. 1. D. de cond. indeb. L. 26. C. de vsur.

k) L. 53. D. de reg. iur. L. 1. D. de cond. indeb.

l) L. 18. D. de adimend. vel transf. legat. Stryck de action. forens. Sect. I. Mbr. 10. §. 21.

Zinsen die condictio indebiti nicht statt finde, wird von dem Hrn. v. Cramer m) behauptet. In den Reichsgesetzen, namentlich im Reichsabschiede vom Jahr 1530. Tit. 26. §. 7. v. J. 1548. Tit. 17. §. 7. v. J. 1577. Tit. 17. §. 8. wird verordnet, daß ein Wucherer, der über die festgesetzte Summe Zinsen genommen, außer der Wiedererstattung aller unrechtmäßiger Weise genommenen Zinsen, den vierten Theil des Kapitals verlieren soll; dieser vierte Theil fällt der Obrigkeit des Wucherers und des Schuldners zu gleichen Theilen anheim, ohne dabey zu unterscheiden, ob die Obrigkeit die peinliche, oder blos die bürgerliche Gerichtsbarkeit habe.

Bey dem Mangel besonderer Landesgesetze bleibt es, in sofern sich die angebliche Wucherey nicht lediglich auf die Annahme von sechs Procent, oder die Berechnung der Zinsen von Zinsen, oder die Bezahlung der den Hauptstuhl übersteigenden Zinsen erstrecken sollte, in welchen Fällen alle Strafe wegfällt, der Regel nach bey derjenigen Strafe, die in den Reichsgesetzen der Wucherey halben vorgeschrieben worden, nämlich bey dem Verlust des vierten Theils des geliehenen Kapitals, und selbiger ist unter die Obrigkeit des Schuldners und des Wucherers zu vertheilen. Nach dem Zeugniß der Rechtslehrer n) kann sogar, bewandten Umständen nach, auch überdieß auf eine namhafte Geldbuße, Gefängniß, oder wohl gar auf die Stadt- und Landesräumung erkannt werden, wiewohl einige Rechtslehrer o) anderer Meynung sind. Die Meynung der ersteren läßt sich vertheidigen, wenn von



m) de CRAMER in Obs. Tom. I. Obs. 100. §. 2. Tom. IV. Obs. 1005.

n) CARPZOV Qu. 92. nr. 29. LAVTERBACH ad Dig. h. t. §. 30. BERGER in Oecon. iur. Lib. III. tit. VIII. th. 11. Dorns peinl. Recht, §. 173.

o) KOCH instit. iur. crim. §. 623. MEISTER iun. in Princip. iur. crim. §. 260.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0461 DFG

solchen Leuten die Rede seyn sollte, die aus der Wucherey eine Art von Gewerbe gemacht haben, und bey denen der Verlust des vierten Theils des Kapitals nicht anwendbar ist. Sollte die Wucherey nicht vollbracht worden seyn, so darf der in den Reichsgesetzen festgesetzte Verlust des vierten Theils vom Kapital nicht angewendet werden; es pflegt jedoch demungeachtet der Fiskal sein Amt wahrzunehmen, wo sodann, bewandten Umständen nach, auf eine verhältnißmäßige Geldbuße oder Gefängnißstrafe erkannt wird [p]). Es behaupten zwar angesehene Rechtslehrer, daß der bloßen Wucherey wegen heutiges Tages selten eine Untersuchung und Bestrafung von Amtswegen verhängt werde [q]); diese Untersuchung findet aber alsdenn allerdings statt, wenn die Größe des Schadens, die Wiederholung und andere Umstände dem Wucherer zu einer größern Anschuldigung gereichen sollten [r]). Es gehört auch heutiges Tages die Wucherey nicht weiter unter die delicta ecclesiastica, oder in Ansehung der Gerichtsbarkeit zu den ausgenommenen Verbrechen; der ordentliche Richter kann daher wenigstens bey den Protestanten die Untersuchung wegen begangener Wucherey vornehmen, und die Strafe vollziehen [s]). Ausgemacht ist es ferner, daß die im kanonischen Rechte des Wuchers wegen enthaltenen Verordnungen [t]) so wenig ihre Anwendung weiter finden, als die im römischen Rechte auf die Wucherey gesetzte Ehrlosigkeit [u]) bey uns statt hat, wenn nicht andere peinliche Verbrechen dazu

p) Hr. von Quistorp in den Anmerk. S. 411.

q) de Boehmer ad Carpzov. Qu. 92. Obs. 4.

r) de Boehmer ad Carpzov. Qu. 107. Obs. 1.

s) Koch in instit. iur. crim. §. 625.

t) Pestel Diss. fons error. de odio vsurar. legit. inuestig. et obstrict. Kint. 1753.

u) de Boehmer ad Carpz. Qu. 92. Obs. 4.

dazu kommen, weswegen die Ehrlosigkeit schon an sich eintritt. Der Wucherer kann auch mit seiner habenden Vertheidigung unter allen Umständen einkommen [z]), und er kann nur alsdenn, wenn er diese nicht führen können, in die verwirkte Strafe verurtheilt werden.

---

## Lib. XXII. Tit. II.

## de nautico foenore.

### §. 1139 — 1141.

Die Assekuranz ist ein auf Verlust oder Gewinn eingegangener Vertrag, wodurch derjenige, welcher der Assekurateur genennt wird, gegen eine vom Eigenthümer des Schiffs oder der Waaren zu entrichtende Belohnung verspricht, daß, wenn dem Schiffe, den Waaren, oder der Mannschaft auf der Seereise Schaden zugefügt worden seyn sollte, er selbigen auf die durch den Vertrag bestimmte Art vergüten wolle. Dieses Geschäft kommt blos bey dem Handel zur See vor, und war den Römern nicht bekannt [a]), wenn gleich Loccenius [b]) aus dem Livius und Sueton das Gegentheil zu behaupten gesucht hat. Es wird daher ganz unschicklich die Frage aufgeworfen, ob dieser Vertrag zu den genannten oder ungenannten Contracten gehöre, und noch unvernünftiger ist die Frage: ob Jemand von diesem Vertrage zurücktreten könne, wenn er ihn gereue? Die ganze Sache muß

x) Hermann Diss. de caus. vsurar. vitium purgant. Wirceb. 1738.

a) Elemens du commerce, II. Partie, chap. 2. des assecurances.

b) Loccenivs in iure maritim. Livivs Lib. XXII. c. 49. Sveton. in Claud. c. 19.

muß aus Seegesetzen und Gewohnheiten beurtheilt werden. Aehnliche Ursachen haben die Brandkassen veranlaßt.

Die Personen, welche hierbey vorkommen, sind der Eigenthümer und der Assekurateur. Gemeiniglich sind ihrer mehrere, welche entweder dieselbe Polizze unterschreiben, oder eine besondere ausfertigen lassen. Im ersten Falle ist es doch nur ein Geschäfte, und es haftet jeder für seinen an der Assekuranzcompagnie habenden Antheil, und nach eben dem Verhältniß kann auch nur die Aufrufung der Assekuranzcompagnie, Ristorno genannt, geschehen. Sollten von mehreren Assekurateurs verschiedene Polizzen ausgefertigt worden seyn, so sind es eben so viel verschiedene Contracte, und im Falle des Wiederrufs muß die ältere Polizze aufrecht erhalten, und nur die neuere für wiederrufen gehalten werden. Gemeiniglich treten die verschiedenen Assekurateurs mit einander in Gesellschaft, und im Jahr 1750 entstand eine solche Gesellschaft unter dem Namen: la chambre royale des assecurances.

Der Assekurirte, l'Assuré, ist derjenige, welcher für die übernommene Gefahr das sogenannte praemium, französisch prime, teutsch Priehm bezahlt. Im Namen der Assekurirten contrahiren die zu dem Ende bestellten öffentlichen Mäckler, Greffiers, welche über die Assekuranzen genau Buch halten müssen, welchen daher völliger Glauben beygemessen wird.

Die über dieses Geschäft aufgesetzte Urkunde wird Italienisch Polizza, von polliceri, französisch Police, genennt. Derjenige, bey dem der sich ereignete Seeschaden nach den Seegesetzen untersucht werden muß, wird der Dispacheur, und diese Ausgleichung Dispache, Dispachio genannt.

Der Regel nach kann sich Jeder mit Assekuranzgeschäften abgeben, wenn er Handelsgeschäfte zu betreiben im Stande ist; vermöge einer Ausnahme von der Regel sind aber folgende Personen ausgenommen, nämlich 1) Vor-

Vormünder und Curatoren, Namens ihrer Pflegbefohlnen, weil es ein Geschäft ist, welches auf Gewinn und Verlust gehet, von welchem gefährlichen Geschäfte diese Personen sich enthalten sollen. 2) Sind ausgeschlossen die Assekuranzmäckler, welche in Ansehung der Assekuranzgeschäfte in einem öffentlichen Amte stehen; andere aber dürfen es. Jene müssen immer unpartheyisch seyn, sonst würden ihre Bücher keine erforderliche Glaubwürdigkeit haben. 3) Die gesetzlichen Schiedsrichter der Haverey, die man Dispacheur nennt, damit dieselben die Bestimmung der Haverey nicht nach ihrem Interesse vornehmen. 4) Die Mitglieder des Admiralitätsgerichts, welche, wenn ein Rechtsstreit darüber entsteht, in dergleichen Sachen urtheilen müssen, welche sonst gleichsam in ihrer eigenen Sache richten würden.

Die Polizze muß allemal schriftlich abgefaßt, und darin der Name des Schiffes und des Schiffers, der es führt, genau angegeben werden. Dem Assekurateur ist außerordentlich viel daran gelegen, zu wissen, 1) ob das Schiff, wenn es etwa eine Prise wäre, nachdem es genommen, bereits wieder auf freyem Wasser gewesen; 2) ob das Schiff noch im Hafen sicher liege, oder die Reise bereits angetreten habe; und wenn dieß der Fall ist, so darf bey Vermeidung der Nichtigkeit nichts verschwiegen werden, wodurch der Assekurateur zu einem andern Entschluß hätte bewogen werden können. So darf 3) dem Assekurateur die besondere bey der vorhabenden Seereise zu befürchtende Gefahr nicht verschwiegen werden. 4) Kommt es auch darauf an, ob das Schiff unter Admiralschaft, Convoy, oder allein die Fahrt macht; daher dieses alles richtig angeführt werden muß. 5) Wird die Reiseroute genau bestimmt, und diese darf ohne Noth nicht verändert werden, weil sonst die Assekurateurs gemeiniglich zu keiner Schadensvergütung verpflichtet sind. In manchen Seestädten bleiben zwar die Assekurateurs in diesem Falle verbunden, aber sie brauchen den erlittenen Schaden nicht eher zu vergüten, als bis man ihnen

nen die Klage wider den Schiffer, der wider die Klugheit einen andern Weg genommen, abgetreten hat. Es ist auch dem Schiffer nicht erlaubt, unter Weges die Waaren auf ein anderes Schiff zu geben. Ist die Assekuranz im Allgemeinen auf die Seereise geschlossen worden, so wird die Hin- und Herreise darunter verstanden; sollte blos die Hinreise assekurirt worden seyn, so fängt die Verbindlichkeit der Assekurateurs von dem Augenblicke an, wo die Waaren auf das Schiff, obgleich während der Ausladung oder Löschung, gebracht worden; dagegen hört die Verbindlichkeit der Assekurateurs auf, sobald das Schiff glücklich in dem bestimmten Hafen angekommen ist. Wurde blos die Herreise assekurirt, so treten eben die Grundsätze ein. Ist eine Zeit festgesetzt worden, wenn die Reise beendigt seyn soll, so gebühret zwar dem Assekurateur seine Belohnung, wenn auch die Reise früher geendigt wird; aber verlängert darf die Reise nicht werden, auch dürfen keine andern Oerter besucht werden, widrigenfalls muß dem Assekurateur eine nach billigem Ermessen zu bestimmende Erhöhung der Prämie zuerkannt werden. Bisweilen wird die Verabredung nicht auf einen gewissen Hafen, sondern auf eine gewisse Zeit gerichtet, und in dergleichen Fällen bestimmt man alles nach dem Verhältniß der Zeit. Sonst nimmt die Verbindlichkeit der Assekurateurs, in Ansehung der für die Waaren geleisteten Assekuranz, von der Zeit an ihren Anfang, wo die Waaren dem Schiffer zur Einschiffung übergeben worden sind; in sofern aber die Assekuranz das Schiff angeht, sobald mit Einschiffung der Waaren angefangen worden ist, und dauert so lange, bis das Schiff an dem bestimmten Orte im Hafen vier und zwanzig Stunden lang die Anker geworfen hat, wenn nicht etwa die Ausladung oder Löschung aus unvermeidlichen Ursachen länger verschoben werden müssen. Wenn zwey Häfen angegeben worden sind, in dessen einem das Schiff ausgeladen werden soll, so endigt sich die Uebernahme der Gefahr, sobald das Schiff in einem dieser Hafen ausgeladen worden. Sind zwey Häfen dergestalt genannt, daß das Schiff

nach

nach beyden segeln soll, so ist es nicht genug, daß es zwar in dem einen Hafen angekommen ist, sondern es muß auch ohne Schaden den andern erreicht haben.

Endlich müssen auch die Sachen, welche assekurirt worden sind, genau und nicht über ihren wahren Werth angegeben worden seyn, ein geringerer Preis derselben aber schadet nichts. Den höhern Werth braucht der Assekurateur nicht zu vergüten. Die Gegenstände der Assekuranz sind folgende, und zwar 1) entweder das Schiff, oder 2) die Ladung, oder 3) die Mannschaft. Hin und wieder ist es untersagt, die Schifferfracht mit zu assekuriren, damit sich die Mannschaft in ihrem Dienste nicht nachläßig beweise. Wenn gleich der Werth des ganzen Schiffs assekurirt werden darf, so geht es doch nicht an, α) die Consumtibilien zu assekuriren; β) den Proviant; γ) die Munition; δ) die Schiffergeräthschaft; ε) den Profit und die Prämie des Bodmeristen, wohl aber das vorgeschossene Kapital; ζ) den Schaden, welcher durch unverschuldete Arreste, den Aufenthalt, welcher durch Ausbesserung des durch die Reise beschädigten Schiffes veranlaßt wird. Unter den assekurirten Waaren werden auch Gold, Silber, Geld, Juwelen, sowohl die Güter selbst als Emballage, Zoll und Courtage verstanden; man thut aber besser, wenn man sie ausdrücklich nennt. Ausgenommen sind 1) solche Waaren, die verzehrt werden, weil solche nicht als Kaufmannsgut passiren; 2) baares Geld und Juwelen, so ein Jeder bey und an sich trägt; 3) Schiffe oder Waaren, die schon zur Zeit der geschlossenen Polizze verlohren waren; es wäre denn, daß der Eigenthümer nichts davon gewußt, sondern in gutem Glauben contrahirt hätte. Der Assekurateur kann sich wieder durch Jemand anders die Assekuranz leisten lassen, und das nennt man die Reassekurance. In manchen Gesetzen ist es verboten, das Leben und die Freyheit der Mannschaft zu assekuriren, nicht deswegen, weil das Leben und die Freyheit eines Menschen unschätzbar ist, sondern weil dieß leicht zur Nachlässigkeit im See-

dienst

dienst Anlaß geben könnte. Wo kein solches Verbot ist, da kann die Mannschaft allerdings assekurirt werden.

Was die Schäden betrifft, wofür die Assekuranz geleistet wird, so rechnet man solche hierher, welche durch Gewalt, Zufall, Wind, Wasser, Feuer, Uebersegelung, Miethe für ein Schiff, das statt des untergegangenen oder zur Reise untüchtig gewordenen, hat gemiethet werden müssen, entstanden sind; dahingegen steht der Assekurateur für den Schaden nicht, welcher durch Verschulden des Schiffers und seiner Leute dem Schiff oder den Waaren zugefügt worden ist. Dieser Punkt des Schadensersatzes pflegt gemeiniglich folgendergestalt ausgedrückt zu werden: alles Seerisiko zu Wasser und zu Lande, auf salzigem und süßem Wasser, in Häusern, Kellern, Packräumen. Der allgemeine Ausdruck: Seegefahr, begreift auch die Türkengefahr; und wenn die Kapereyen der barbarischen Nationen ausgenommen seyn sollen, so heißt es: „frey von aller christlichen Potentaten Molestie, Confiscation und Unkosten.“ Auch der Schaden, der sich bey trockenen und flüssigen Waaren, ihrer Natur nach, äußert, gehört nicht unter die Assekuranz. Ist nur ein solcher Schaden, wofür die Assekurateurs stehen müssen, geschehen, so muß er, wenn solcher in Europa sich ereignet hat, binnen Jahr und Tag, in andern Welttheilen aber in zwey Jahren, dem Assekurateur, bey Verlust der Schadensvergütung, angezeigt werden, damit derselbe der Bestimmung des Schadens, wofür er stehen soll, beywohnen, oder Jemand dazu Vollmacht ertheilen könne. Nur der Schaden, der nicht drey Procent beträgt, wird nicht vergütet. Die Assekuranzsachen werden gemeiniglich von gesetzlichen Schiedsrichtern untersucht, und alsdenn erst, wenn die Sache von diesen nicht abgethan werden kann, an die Admiralitätsgerichte verwiesen. Sobald der Schaden festgesetzt worden, so muß der Assekurateur selbigen binnen zwey Monaten vergüten, und thut er es gleich, so kann er zwey Procent abziehen. Einige Seerechte geben den Eigenthümern das Recht, daß sie das ganze Schiff,

wie

wie man sich auszudrücken pflegt, mit Mann und Maus verlohren geben, das heißt, das Schiff abandonniren können, in der Absicht, um nun nach zwey Monaten die assekurirte Summe mit zwey und neunzig Procent fordern zu können, wo sodann zwey Procent für die zwey Monate Zahlfrist, und sechs Procent für die jährige Frist zur Havereyanzeige abgerechnet werden. Andere Seerechte, z. B. das Hamburgische, erlauben eine solche Abandonnirung nur sodann, wenn von dem Schiffe auf einer Europäischen Seereise seit sechs Monaten gar keine Nachricht eingelaufen ist. Der Schaden wird nach den Dokumenten von sogenannten Dispacheurs ausgerechnet. Diese sind als kunstverständige Rechenmeister anzusehen, und ihre Gutachten müssen, wenn sie unrichtig sind, nochmals untersucht werden. Offenbar ungültig ist ihr Gutachten, wenn sie ihre Rechte überschritten haben. So hatten gewisse Dispacheurs in einer Dispache ohne allen Beweis angenommen, das gedörrte Malz, wovon die Rede war, müsse schon verdorben in das Schiff geladen worden seyn, und theilten den Schaden zu zwey Drittel für die Assekurirer und Ein Drittel für den Assekurirten, da doch die Prämie auf unverdorbenes Malz gegeben war.

Für die von dem Assekurateur übernommene Gefahr wird nach geschehener Unterhandlung 5, 10, 20, 40 und mehr Procent nicht allein versprochen, sondern der Regel nach vom Assekurateur den Eigenthümern sogleich bezahlt, und dieß muß durchaus nach eigenen Seerechten geschehen, so daß kein Credit oder Verwandlung dieser Prämie in eine andere Schuld zugelassen wird. Die Procente werden nach Verhältniß der zur Zeit eintretenden Seegefahr, bald höher, bald geringer abgeredt. In der in der Note c) angeführten Schrift heißt es: In Friedenszeiten hängt die wirkliche Gefahr von der Länge der Reise, von der Beschaffenheit der zu befahrenden Seeen, und deren Küsten, welche in der

c) Elemens du commerce, pag. 5.

der Nähe sind, von der Jahreszeit, von dem Aufenthalt der Schiffe, vom Bau, Alter, Stärke und Beschaffenheit des Schiffs, der Feuersgefahr auf dem Schiffe, von der Zahl und Beschaffenheit der Mannschaft, von der Geschicklichkeit und Redlichkeit des Schiffers ab. In Kriegszeiten überwindet die größere Gefahr die kleinere. Die Beschaffenheit der See und der Jahrszeit wird wohl nicht hierher gerechnet werden können. Die schlimmste Jahreszeit läßt oft die glücklichste Ankunft hoffen. Am sichersten kann man auf das Verhältniß der Flotten der kriegführenden Mächte rechnen, auf den Gebrauch, welcher davon gemacht wird, auf die Menge der beyderseitigen Capers, wiewohl auf diese nur alsdenn, wenn solche durch hin und wieder stationirte Flotten unterstützt worden, Rücksicht genommen wird. In Friedenszeiten finden sich mehr Havereyen; im Kriege mehr Schiffe, die gänzlich verlohren werden.

Der Assekuranzvertrag verliert alsdenn seine Kraft, 1) wenn die ganze Reise unterbleibt, und das Schiff wieder ausgeladen wird; in welchem Falle die bereits bezahlte Prämie mit den Zinsen zurück bezahlt werden muß. 2) Wenn ein Schiff bereits ausgelaufen war, und nur wegen Unglücksfälle, jedoch unbeschädigt, in den Hafen wieder einläuft, aus dem es ausgesegelt war, und wieder ausgeladen wird, so muß die Prämie nur zum Theil, nach billigem Ermessen, zurück gegeben werden. 3) Per risiorno, nach dem Kaufmannsstyl zu reden, welches sowohl den eben bemeldeten Fall, als auch diesen in sich begreift, wenn der Assekurirte, wie sich erst nachher findet, entweder gar keinen, oder doch nicht den Antheil, den er angegeben hatte, am Schiffe oder an den Waaren besitzt, wornach die Prämie bezahlt ist. 4) Durch Ablauf eines Jahres oder zwey Jahre, nachdem die Reise innerhalb oder außerhalb Europa geschehen ist. 5) Wenn der Schaden nicht drey Procent beträgt, oder solche Fälle eintreten, wo keine Assekuranz statt hat. 6) Wenn die Prämie nicht bezahlt ist, und es soll doch nach den Gesetzen schlechterdings geschehen. Uebrigens kann dieser ganz auf das Hazard und

den

den Zufall gebaute Contract nicht wegen einer Verletzung über die Hälfte angefochten werden, weil hier gar keine gewisse Schätzung möglich ist.

## §. 1142.

Mit dem Darlehn ist die Bodmerey, foenus nauticum, welche die Franzosen contract à grosse aventure, die Italiener aber cambio maritimo nennen, verwandt. Es ist dieses Geschäft nichts anders als ein Darlehn, welches entweder der Schiffseigenthümer, Rheder, magister nauis, oder der Schiffer auf einer Seereise zur Bestreitung der Nothwendigkeiten des Schiffs und der Seereise mit der Bedingung entlehnt, daß das geborgte Geld mit höhern Zinsen, welche gewöhnlich die doppelte Assekuranzprämie betragen, nicht anders vom Eigenthümer des Schiffes oder der Waaren zurück gefordert werden soll, als wenn das Schiff an dem Orte seiner Bestimmung landet, und wenigstens so viel Waaren glücklich dahin bringt, als zur Tilgung des Darlehns und der versprochenen Seezinsen erforderlich ist, widrigenfalls Kapital und Zinsen vom Gläubiger nicht wieder gefordert werden, immittelst aber Schiff oder Waaren, oder auch beydes zugleich zur Hypothek für Kapital und Zinsen verpfändet seyn sollen. Bisweilen wird die Bodmerey blos auf gewisse Waaren eingeschränkt, und in diesem Falle wird auf den Rücken des Connoissements der Inhalt der Bodmerey geschrieben [d]). Dieses Geschäft ist so augenscheinlich von dem Assekuranzgeschäfte unterschieden, daß es nicht nöthig ist, den Unterschied näher aus einander zu setzen. Von der pecunia traiectitia ist dieß Geschäft deswegen unterschieden, weil das Geld, welches nicht über das Meer verschickt, sondern an eben dem Orte zum Besten



d) Langenbecks Anmerk. zum Hamb. Schiff- und See-Recht, §. 14. S. 274.

des Schiffes und der Seereise verwendet wird, nicht pecunia traiectitia genannt werden kann; wenn hingegen für das geborgte Geld Waaren gekauft, und diese auf Gefahr des Gläubigers zur See verfahren werden, so wird es dadurch pecunia traiectitia [e]). Nach der Nov. C. in praet. und cap. 1. ist nauticum foenus und Bodmerey fast einerley Handel. Der Grund, warum hier mehr als fünf Procent Zinsen genommen werden können, liegt in der Gefahr des Geldes, welche der Gläubiger auf den Fall, wenn das Schiff auf die bestimmte Art verlohren geht, übernimmt, folglich kann man diese hohen Zinsen für keinen Zinswucher halten [f]). Geht das Schiff auf die festgesetzte Art verlohren, so fallen auch die übrigen außer dem Schiffe ertheilten Unterpfänder weg, weil der Pfandcontract mit der Hauptverbindlichkeit steht und fällt, und auf solche Weise die Bedingung nicht eintritt, von welcher die Verbindlichkeit abhieng [g]). Bey den Römern durfte diesem Contract eine abgeredte Strafe beygefügt werden [h]).

Der Bodmereycontract und das Seedarlehn wird zwischen dem Gläubiger und dem Schiffer, Schiffskapitain, welcher, so wie auch das geführte Schiff, namentlich angeführt werden muß, geschlossen, und hierdurch auch der Eigenthümer, auch wenn deren mehrere sind, jeder für das Ganze verbindlich gemacht. Ohne Unterschied kann ein solches Seedarlehn nicht aufgenommen werden, sondern nur alsdenn, wenn es die Schiffahrt und der Seehandel nothwendig macht, auch der Schiffer nicht Gelegenheit hat, von den Schiffs- oder Waaren-Eigenthümern, oder Rhedern, das nöthige Geld zu bekommen [i]), widrigenfalls wird der Schiffer ehrlos, und mit Landesverweisung

e) L. 1. D. de naut. foen.
f) L. 5. D. de naut. foen.
g) L. 6. D. de naut. foen.
h) L. 5. pr. L. 7. 8. 9. D. de naut. foen.
i) Langenbeck a. a. O. S. 277 flg. S. 281 und 284.

sung und harten Strafen nach Beschaffenheit der Umstände belegt [k]). Wenn mehrere auf die angeführte Art ein Seedarlehn hergegeben haben, und es zum Concurs kommt, so wird der ältere Gläubiger dem jüngern gemeiniglich vorgezogen. Einige Forderungen, als Bergegeld, Lohn des Schiffsvolkes, der Antheil einer großen Haverey, Lohn der Handwerker, die am Schiffe gearbeitet haben, werden diesen Bodmereyforderungen noch vorgezogen, auch sogar derjenige, welcher zu den eben gedachten Zwecken Geld vorgeschossen hat, wenn ihm gleich der Vorzug der Forderung nicht ausdrücklich versprochen worden ist. Haben mehrere Antheil, so kann die Verbindlichkeit wegen eines Seedarlehns nur für denjenigen Antheil contrahirt werden, welcher dem Schiffer oder Eigenthümer zusteht. Im Nothfall ist der Schiffer berechtigt, Waaren zu verkaufen.

Die Urkunde über diesen Contract wird folgendergestalt abgefaßt, daß 1) der Nothfall, warum der Schiffer das Darlehn zum Besten der bestimmten Fahrt oder des Seehandels aufnehmen müssen, umständlich angeführt wird. 2) Muß der Hafen, wo das Schiff ausgeladen werden soll, in der Absicht genau ausgedrückt werden, weil, wenn der Schiffer ohne Noth und vorsetzlich einen andern Weg nimmt, und ihn nun ein Seeunglück trifft, der Schiffs- oder Waareneigenthümer für das Kapital nicht zu haften braucht [l]). 3) Die Summe des Darlehns und die Münzsorte wird genau angegeben, und erklärt, daß dieses Geld auf Bodmerey und rechte Avantüre der See hingeschossen werde. Ohne Uebernahme der Gefahr dürfen keine erhöhten Seezinsen genommen werden [m]). 4) Wird die Zeit, wo die Gefahr anfangen und wegfallen soll, genau ausgedrückt [n]); z. B. daß die vom Gläubiger übernommene



k) Langenbeck a. a. O. S. 275.
l) L. 3. C. de naut. foen.
m) L. 4. D. L. 2 et 4. C. de naut. foen.
n) L. 3. D. de naut. foen.

nommene Gefahr aufhören soll, sobald das Schiff vier und zwanzig Stunden in dem bestimmten Hafen vor Anker gelegen. 5) Wird dem Gläubiger versprochen, daß binnen der nach glücklicher Ankunft des Schiffes festgesetzten Zeit das Kapital nebst den bestimmten Zinsen wieder bezahlt werden soll. Allemal wird stillschweigend vorausgesetzt, daß das Schiff oder die Waare jetzt noch so viel werth ist, als darauf geborgt worden, weil ja das Schiff oder die Waare auf die Gefahr des Gläubigers fortgeschickt wird. Endlich wird 6) das Schiff mit Geräthschaften oder Waaren zur Hypothek verschrieben. Hätte also ein Schiffer mehr geborgt, als das Schiff, die Schiffsgeräthschaft und Waare zur Zeit des Darlehns werth ist, so braucht der Eigenthümer für das Uebermaaß nicht zu stehen, sondern der Bodmeriste oder Gläubiger muß sich desfalls an das Schiff halten o). Der Regel nach darf der Schiffer das Schiff und die Waaren nicht über den vierten Theil des Werths auf diese Weise verpfänden, wofern es nicht durch Unglücksfälle nothwendig wird, das ganze Schiff und die sämmtlichen Waaren zu verpfänden. Für den Theil der Schuld, welche ohne Noth über deren bestimmte Summe geborgt worden, dürfen gewöhnlich, wenn das Schiff und die Waare nach der Ankunft in dem bestimmten Hafen nicht so viel werth ist, als darauf geborgt worden, nicht die hohen Seezinsen bezahlt werden, sondern nur die gewöhnlichen.

Es giebt mehrere Arten, wie der Bodmereycontract aufgehoben werden kann; denn nicht nur die Grundsätze von der Aufhebung eines jeden Contracts überhaupt finden hier ebenfalls statt, sondern es giebt auch eigene Arten, den Bodmereycontract aufzuheben. Dieser Fall tritt 1) ein, wenn das Schiff auf der bestimmten Reise untergeht; oder 2) wenn das Schiff und die Waare nach der Ankunft in den bestimmten Hafen nicht so viel werth ist, als die Summe des Darlehns beträgt. 3) Wenn der Schiffer auf seiner bestimmten Fahrt, oder vor der Ankunft in dem abge-

o) Langenbeck a. a. O. S. 283 und 285.

abgeredten Hafen, das Schiff und die Waare in der Absicht an Zahlungsstatt übergiebt, um sich dadurch von seinen Verbindlichkeiten zu befreyen. 4) Wenn die Bodmerey ohne Noth geschlossen, oder 5) gleich anfangs mehr, als der Werth des Schiffs und der Waaren beträgt, geborgt worden ist; hier kann aber der Darleiher wider den Schiffer seinen Regreß nehmen, nur wird die Sache nunmehr als ein schlechtes Darlehn betrachtet p).

§. 1143.

Der Leibgedingscontract ist ein Vertrag, wodurch sich Jemand verbindlich macht, den Andern umsonst oder gegen Vergütung zu ernähren. Er gehört unter die ungenannten Contracte q), und diejenigen, wobey viel gewagt wird, contractus aleae, spei, folglich dürfen Vormünder ihn nicht anders als mit der größten Behutsamkeit schließen; widrigenfalls, und wenn auch nur zu besorgen ist, daß der Minderjährige in der Folge darunter leiden werde, ist dieser Umstand als eine hinreichende Verletzung zu betrachten, weshalb die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gesucht werden kann r). Wenn der Unterhalt umsonst gereicht werden soll, so ist der Handel nach den Grundsätzen von der Schenkung zu beurtheilen. Der Unterhalt besteht entweder in Lebensmitteln und allem, was zum Lebensunterhalte gehört, oder es wird von Zeit zu Zeit eine bestimmte Summe Geld bezahlt, wovon der Leibrenter sich erhalten soll. Im ersten Fall nennt man das Geschäfte ein Leibgedinge, vitalitium, im letztern Leibrenten, indem unter Leib das Leben verstanden wird s).



p) Langenbeck a. a. O. S. 270 – 292.

q) L. fin. C. de rerum permut.

r) L. 11. §. 4 et 5. D. de minor. Willenberg D. de contr. vitalit. §. 42.

s) Harpprecht Diss. ius contractus vitalitii in concursu credit. §. 6.

Alle Personen, die sich Andern verbindlich machen, und über das ihrige frey schalten und walten können, sind auch fähig, diesen Contract zu schließen. Es ist zwar nicht unmöglich, daß dieser Contract zur heimlichen Ermordung desjenigen, dem die Alimente gereicht werden müssen, Anlaß geben kann; aber deswegen gehört er doch nicht unter die verbotenen Contracte, ja selbst der Arzt kann ihn mit seinem Patienten schließen [r]). Soll der Lebensunterhalt so lange gereicht werden, als Jemand lebt, und wird eine verhältnißmäßige Vergütung dafür geleistet, so muß dabey auf das Alter, die Gesundheit und die Leibesbeschaffenheit des Leibrenters Rücksicht genommen werden. In der L. 68. pr. D. ad Leg. Falcid. findet man Grundsätze von der Sterblichkeit des Menschen, die sich auf den Morgenländischen Himmelsstrich gründen, und daher bey uns nicht anwendbar sind; sondern die Süssemilchischen Tabellen leisten bey uns bessere Dienste. Sollte bey der Angabe des Alters ein Betrug begangen worden seyn, oder es hat sich ein Contrahent sehr geirrt, so kann es bey dem Contract nicht bleiben, wenn dieser Umstand nicht auf andere Weise unschädlich gemacht worden ist. Bey Wittwenkassen und Tontinen müssen die Vorschriften, welche die Aufnahme der Candidaten betreffen, auf das pünktlichste beobachtet werden. Der Curator einer blödsinnigen Person, dem die Administration desjenigen Vermögens überlassen war, das sie aus der Erbschaft der Eltern bekommen hatte, schloß einen gerichtlichen Alimentationscontract auf Zeitlebens mit einem Dritten, und überließ alle ihre gegenwärtigen und künftigen Güter. Diese unglückliche Person hatte noch Geschwister. Diese wurden gar nicht über den Contract befragt, da es doch schlechterdings hätte geschehen sollen, weil sie die nächsten Intestaterben waren, und die Verpflegung des Blödsinnigen selbst

r) L. 3. D. de extraord. cogn. L. 9. C. de Prof. et Medic.

selbst hätten übernehmen müssen, wenn sie sich nicht um ihr Erbrecht bringen wollten; doch müssen die Verwandten desfalls gerichtlich erinnert worden seyn [u]).

Für den Unterhalt werden entweder gewisse Güter oder Gelder, ja bisweilen wird gar das ganze gegenwärtige und zukünftige Vermögen versprochen und überlassen. Man pflegt diesen Handel auch wohl unter der Form einer modalen Schenkung einzugehen [x]). Eine Schenkung aller Güter wird für gültig gehalten, wenn solche mit Vorbehalt des nothdürftigen Unterhalts gemacht, und der Unterhalt hinlänglich gesichert worden ist. Auf ein genaues Verhältniß kommt es bey diesem Contract, wobey viel Hazard eintritt, nicht an. Lebet derjenige, welcher sich den Unterhalt versprechen lassen, lange, so hat der Ernährer Schaden; er gewinnt hingegen, wenn jener bald stirbt. Gehen Güter zu Grunde, ohne daß dem zur Ernährung Verpflichteten ein Verzug in der Annahme derselben beygemessen werden kann, und der Leibzüchter kann keine anderen dafür überlassen, so ist der Ernährer nunmehr nicht schuldig, den Unterhalt zu reichen [y]).

Am wenigsten wird zu Streitigkeiten und Mißdeutungen Anlaß gegeben, wenn demjenigen, der ernährt werden soll, eine gewisse Summe Geld auf eine festgesetzte Zeit bezahlt werden muß. Hier muß die Vorausbezahlung monatlich, vierteljährig u. s. f. geleistet werden, damit der Leibrenter nicht so lange auf Borg, folglich kostbarer, leben muß. Ereignen sich Münzveränderungen, so muß alles nach dem Fuße bezahlt werden, welcher zur Zeit des Contracts gültig war.

Der Leibrentencontract setzt einen Menschen voraus, der die Geschicklichkeit besitzt und die Einsicht dazu hat, seinen Unterhalt von dem ausgesetzten Gelde zu besorgen.



u) Nov. XXII. cap. 47. pr. Nov. CXV. cap. 3. §. 12.
x) L. 1. C. de donat. quae sub modo fiunt.
y) Weber de contractu vitalit. cap. 3. §. 2.

sorgen. Ist es ein kränklicher, blödsinniger, oder äußerst nachlässiger Mensch, so ist ihm mit dem Gelde weniger gedient, als mit der wirklichen Verpflegung. Ist also die Absicht der Partheyen auf letztere gerichtet, so ist es nicht sicher genug, wenn blos die Hauptgegenstände der Verpflegung angeführt werden, und es z. B. heißt: standesmäßigen Unterhalt und Verpflegung an Essen, Trinken, Kleidung, Wohnung, Arztlohn, Medicin, und wöchentlichem Taschengeld, Beerdigung, u. s. f. sondern es ist besser, jeden Artikel des Unterhalts so viel möglich auf das genaueste zu bestimmen. Die Kosten der Beerdigung muß derjenige tragen, welcher den Verstorbenen ernähren mußte, oder sein Erbe ist. Dieß findet auch bey demjenigen statt, welcher allen Unterhalt übernommen, und dagegen alle Güter des zu Verpflegenden erhalten hat [z]). Für die Sicherheit der versprochenen Verpflegung, wenn derjenige, der sie leisten soll, hinlänglich befriedigt worden, muß durch hinreichende Hypothek oder sichere Bürgschaft, von richterlichem Amtswegen gesorgt werden, weil es den künftigen Lebensunterhalt betrifft, und dieser auf alle mögliche Weise sicher gestellt werden muß. Bey einer Modalschenkung hat schon das römische Recht [a]) dafür gesorgt, daß, wenn die Erhaltung entweder ganz und gar nicht, oder doch nicht gebührend geleistet werden sollte, die Schenkung wieder aufgehoben werden könne. Dieß ist immer der stillschweigende Wille des Leibrenters, und er würde, wenn er zur Zeit des Contracts gefragt worden wäre, gewiß sich nie anders erklärt haben; denn wer würde nicht auf alle nur mögliche Weise für die Sicherheit seines künftigen Unterhalts sorgen; und was ist billiger, als diese Auslegung bey einem so begünstigten Gegenstande? Der verstorbene Struben [b]) behauptete, wenn jährliche Renten zwey-

z) L. 12. §. 4. L. 14. §. 17. L. 22. 28. 37. D. de relig. et sumt. funer.

a) L. 1. C. de donat. quae sub modo.

b) Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Thl. 32. Bedenk.

zwey- bis dreymal rückständig geblieben, so könne das Kapital zurück gefordert werden. Es ist rathsam, dieses bey jedem andern Alimentationscontracte nicht allein ausdrücklich festzusetzen, sondern auch zu bestimmen, wie viel alsdenn für die jährliche oder monatliche bisher geleistete Verpflegung in Anschlag komme, und wie hoch dagegen der Nutzen der überlassenen Güter angesetzt werden soll, damit nunmehr bestimmt werden kann, was dem einen oder dem andern geleistet werden muß, wenn der Contract völlig aufgehoben worden. War diese Vorherbestimmung nicht geschehen, so muß durch das billige Ermessen des Richters etwas darüber festgesetzt werden [c]).

Ein jeder Leibgedingscontract ist nichts anders als ein Modalversprechen [d]), folglich hört solcher auf, 1) wenn der Contract nicht erfüllt, und die Verpflegung nicht gereicht worden ist, welches die einzige Absicht von der Uebergabe der Güter war, die der Eigenthümer vorgenommen hatte. Es muß freylich der Contract entweder ganz und gar nicht erfüllt worden, oder die geleistete Erfüllung ganz zweckwidrig und der Sache unangemessen seyn. Eine geringe Entgegenhandlung ist daher nicht hinreichend, die Aufhebung dieses Contracts zu bewirken, sondern hier kann nur auf die pünktliche Erfüllung des Versprechens gedrungen werden, wo Geldstrafen statt finden. Oft fallen zwischen beyden Theilen Zänkereyen und Thätlichkeiten vor; in welchem Falle zwar die Schenkung, die wegen einer zu erwartenden Verpflegung geschahe, nach Beschaffenheit der Umstände wegen einer begangenen Undankbarkeit aufgehoben wird; sollte aber der Alimentationscontract nicht als Schenkung eingegangen worden seyn, so kann der

c) Ungers Beyträge zur Matheſis forenſ. 8te Abhandl. S. 107.

d) L. 1. C. de donat. quae ſub mod. Ayrer D. de reſciſſ. contract. vitalitii. Weber de contr. vitalit. cap. 3. §. 2. in fine.

der Contract deswegen nicht aufgehoben werden; sondern die Injurien sind zu untersuchen und nach den Umständen zu bestrafen. Sollte auf diese Weise Ruhe und Friede nicht hergestellt werden, sondern man hat Ursache, noch größeres Unheil zu besorgen, so geht es freylich nicht anders, als den Alimentationscontract aufzuheben, oder wenn dieses etwa wegen der vorgenommenen Veräußerung der Güter nicht angeht, so muß von richterlichem Amtswegen eine verhältnißmäßige Summe festgesetzt werden, welche monatlich anstatt der Alimente zum Voraus bezahlt werden muß, und beyde Theile dürfen nun nicht weiter bey einander wohnen. 2) Begreiflich hört der Alimentationscontract mit dem Tode desjenigen auf, welcher verpflegt werden muß, aber nicht mit dem Tode des Verpflegers [e]). 3) Durch beyderseitige Einwilligung kann dieser Contract, wie alle übrigen, aufgehoben werden, wenn es nur gerichtlich und nach vorhergegangener Untersuchung dergestalt geschieht, daß der zu Verpflegende nicht um seinen künftigen Lebensunterhalt gebracht, auch nicht beträchtlich dabey verkürzt, noch derselbe unsicher gemacht wird. 4) Wenn der Verpfleger in Armuth geräth, oder gar in Concurs verfällt, und die Güter noch vorhanden sind, folglich das Eigenthum derselben wegen des nicht erfüllten modi zurück gefordert wird. Dieß tritt um so mehr ein, wenn die wirkliche Verpflegung geleistet werden muß, und hierbey auf die Person des Verpflegers Rücksicht genommen worden. Wird monatlich ein Gewisses gegeben, so kann dieß eben so gut von den Gläubigern und an ihrer Stelle vom Güterpfleger geleistet werden, folglich hat in diesem Falle die Aufhebung des Contracts nicht statt [f]). Harpprecht ist jedoch a. a. O. §. 17. der Meynung, daß nämlich, wenn nicht eine

e) L. 13. pr. L. 16. pr. L. 18. §. 2. D. de aliment. vel cib. legat.

f) Harpprecht D. jus contr. vitalitii in conc. credit. §. 44.

eine donatio sub modo, sondern ein anderer Contract geschlossen und kein kommissorischer Vertrag auf die Entgegenhandlung errichtet worden, der zu Verpflegende keine Befugniß habe, seine Güter zurück zu fordern, und er hält die Verordnung in der L. 1. C. de donat. sub modo für eine besondere Verordnung, welche auf andere Fälle nicht angewendet werden könne. Diese Meynung ist aber ungegründet, weil in jeder auf die Leibesnahrung abzielenden entgeltlichen Verabredung so gut ein modus enthalten ist, als in der Schenkung, und anders ist das Eigenthum nicht übertragen, folglich muß dessen Nichterfüllung die Zurückforderung begründen. Ist eine Summe Geldes gegeben worden, oder sind die Güter nicht mehr da, so muß, im Fall nicht eine hinlängliche Hypothek bestellt worden, der zu Verpflegende als ein Gläubiger in der vierten Classe angesetzt werden. Von einem dritten Besitzer kann er sein nur unter der Bedingung seines Unterhalts übertragenes Eigenthum zurück fordern. Entsteht über das Vermögen des zu Verpflegenden der Concurs, so kann zwar seine Competenz zur Masse gezogen werden, seine Gläubiger haben aber nicht das Recht, die eigenthümlich übergebenen Leibgedingsgüter zurück zu fordern, wenn der ganze Contract nicht in der Absicht geschlossen worden, die Gläubiger zu hintergehen g). 5) Hört der Contract auf, wenn dasjenige, was der zu Verpflegende an Gütern für seinen zu erwartenden Lebensunterhalt gegeben hat, von einem andern rechtsbeständig abgewonnen worden, und dieser nicht im Stande ist, etwas anders dafür hinzugeben, welches eben so viel werth ist.

In folgenden Fällen darf der Leibgedingscontract nicht für aufgehoben gehalten werden, nämlich 1) wenn der zu Verpflegende sich nachher verheyrathet hat; 2) Kinder gezeugt; 3) seinen Wohnort zu verändern genöthigt wird, weil diese Fälle vorhergesehen werden können. 4) Die

g) Harpprecht l. c. §. 11 – 13.

4) Die Verletzung über die Hälfte kann bey einem Contracte, der auf dem Zufall beruht, da man nicht weiß, wie lange der zu Verpflegende leben wird, und wobey keine gewisse Schätzung Statt findet, kein Mittel zur Aufhebung abgeben, wenn gleich einige Rechtslehrer dieser Meynung sind [h]). 5) Wenn gleich der zu Ernährende seinen Unterhalt an Niemanden cediren darf, so geht doch der Unterhalt dadurch nicht verlohren, wenn es geschehen seyn sollte, wiewohl einige Rechtslehrer [i]) dieses nach dem Beyspiel des Nießbrauchs behauptet haben. 6) So wie heutzutage kein ungenannter Contract durch die einseitige Reue aufgehoben werden kann, so geht dieses auch bey dem Leibrentencontract nicht an [k]).

Mit dem zeither erklärten Leibrentencontract hat der teutsche Leibzuchtscontract des Vaters mit seinem Kinde, welches die Güter übernimmt, besonders unter Landleuten, viel Aehnlichkeit. Es ist nämlich besonders unter Landleuten gebräuchlich, daß, wenn der Vater alt wird, und der Haushaltung nicht mehr gut vorstehen kann, er die Güter einem seiner Kinder, nach einem festgesetzten Preise und bestimmten Unterhalt beyder Eltern abtritt, und zugleich verordnet, wie seine übrigen Kinder von dem neuen Besitzer abgefunden werden sollen. Dieser bestimmte Unterhalt pflegt der alte Theil der Leibzucht genennt zu werden, und der Handel heißt der Leibzuchtscontract; man sagt auch davon: sich auf den alten Theil setzen. Diesen Contract schließt der alte Vater, oder die alte Mutter, oder

h) Ioh. a Sande in Dec. Fris. Lib. III. Tit. 4. Def. 17. Stryck D. de euentu. Linck D. de reditu vitalitio, cap. vlt. nr. 16. Weber D. de contr. vital. cap. 3. §. 2. Wolf. Ad. Schoepf Dec. 181. nr. 19. Strubens rechtl. Bedenk. 4ter Thl. 126. und 181stes Bedenken.

i) L. 66. D. de iure dot. Willenberg D. de vitalitio, §. 36. Franzkius ad tit. quemadm. vsufr. amitt.

k) Hert in Paroem. Lib. I. Part. VIII. §. 5.

oder beyde Eltern, nachdem die Güter vom erstern, oder von der letztern, oder von beyden herrühren, oder es gehen ihn beyde Eltern zugleich mit demjenigen ihrer Kinder ein, welches sie zum künftigen Wirth entweder ausersehen haben, oder dem sie nach der vorhandenen Gewohnheit die Güter lassen müssen, welches Kind entweder der älteste, oder der jüngste Sohn ist, und sind Töchter da, so geht ihnen der Sohn vor. Carpzov [1]) behauptet, daß, so wie in der 15ten Constitution und nach der L. fin. C. famil. herciſc. dem Vater die Befugniß zustehe, die Theilung nach der Parömie: maior diuidit, minor eligit, anders vorzuschreiben, so trete dieß auch hier ein; welches letztere wohl nicht zu bestreiten ist. Allein wo nach den Statuten, oder einer Gewohnheit, das väterliche Gut dem jüngern Kinde gelassen werden soll, an dergleichen Orten ist solche wie eine portio ſtatutaria oder legitima anzusehen, folglich fällt hier des Vaters Willkühr weg [m]). Der Hr. von Cramer und von Pufendorf [n]) führen Fälle an, wo dieses Vorzugsrecht bey Meyergütern, mit gutsherrlicher Einwilligung entzogen worden war, aber wieder aufgehoben wurde; wie vielmehr kann also nicht eine elterliche Verordnung dieser Art aufgehoben werden. Gleichwohl findet man beym Struben [o]) Fälle angezeigt, wo dem jüngsten Sohne der Beweis aufgelegt worden, daß im Amte Diepholz dem jüngsten Sohne an unbeweglichen Allodialgütern das Anerbrecht dergestalt zustehe, daß es ihm durch eine Dispoſition der Eltern nicht genommen werden

1) Carpzov Iurispr. forenſ. Part. III. Conſt. XV. Def. 31.

m) Nov. XXII. cap. 33. c. 12. X. de teſtam. c. 17. de reg. iur. in 6to. Berger in Oecon. iur. Lib. II. tit. IV. th. 45. nr. 4 et 8. Carpzov in Iurispr. for. Part. III. Conſt. VII. Def. 1. de Cramer de minoratu, §. 34.

n) v. Cramers Wetzlar. Nebenſt. 7ter Thl. S. 162 flg. de Pufendorf Obſ. Tom. III. Obſ. 88. §. 3.

o) Strubens rechtl. Bedenk. 3ter Thl. 124. Bedenk.

den könne. Sind es erbliche Meyergüter, welche überlassen werden sollen, so besteht der gegenwärtige Contract nicht anders, als wenn er mit gutsherrlicher Bewilligung geschlossen worden, theils weil dem Gutsherrn daran gelegen ist, daß sich der bisherige Wirth nicht ohne Noth auf die Leibzucht setze; theils weil er nicht zugeben kann, daß das Gut mit einer zu drückenden Leibzucht beschwert werde; er auch endlich dahin sehen muß, daß der Hof wieder mit einem tüchtigen Wirth besetzt werde. Sind die Meyergüter nicht erblich, sondern nur auf eine bestimmte Zeit überlassen worden, so kann nicht länger als auf die Zeit, die der alte Vater das Gut noch behalten darf, eine Verabredung dieser Art geschlossen werden. Bey allen Contracten, welche über Bauergüter geschlossen werden, muß die obrigkeitliche Bestätigung vom Richter gesucht und dabey von Amtswegen darauf gesehen werden, daß der Besitzer des Gutes im Stand erhalten werde, dem Gute vorzustehen, auch Dienste und Lasten abzuführen, und daß dem Gutsherrn an seinen Gerechtsamen kein Nachtheil zugefügt werde. Wenn also der Vater noch sehr gesund, mithin es zu zeitig wäre, sich zur Ruhe zu setzen, und der Sohn deswegen die Beschwerde der Leibzucht auf zu viele Jahre übernehmen müßte, oder die Uebergabe der Güter in der Absicht unternommen wurde, um den Sohn von Kriegsdiensten zu befreyen p), oder der Sohn noch zu jung und zu unerfahren wäre, eine Wirthschaft führen zu können, so muß der Richter die Bestätigung des Contracts abschlagen. Ist der Sohn, dem die Güter überlassen werden sollen, noch nicht majorenn, so muß ihm vor Eingehung dieses Contracts ein Curator dazu bestellt werden. Daß er noch zur Zeit des Contracts in der väterlichen Gewalt steht, darauf wird nach der täglichen Erfahrung bey diesem Contract nicht gesehen. Die übrigen Kinder können, wenn sie volljährig sind, zwar mit zugezogen werden, um ihre Einwilligung zu

p) Arg. L. 6. D. de cur. for.

zu ertheilen, es ist aber von keinem wesentlichen Nutzen, wenn es geschieht. Sollten sie an ihrem Pflichttheile verkürzt worden seyn, so schadet ihnen ihre Einwilligung nicht, und der Vertrag darüber ist für unverbindlich zu halten q); wurden sie aber nicht am Pflichttheile verletzt, so ist ihre Beystimmung überflüßig.

Durch diesen Contract wird nicht allein das Gut nebst Aeckern, Wiesen, Gärten, Wohn- und Haushaltungsgebäuden, sondern auch das Vieh, die Ackergeräthschaft, der Vorrath an Früchten, Stroh und Fütterung, die Aussaat, und bisweilen sogar das nöthige Hausgeräthe für ein gewisses Geld, jedoch ohne förmliche Taxation angeschlagen und übergeben. Dieser Anschlag muß weder allzugeringe seyn, weil sonst die übrigen Kinder leiden, noch auch zu hoch gemacht werden, damit der neue Wirth nicht der Abfindungslast unterliege. Die auf dem Hofe haftenden Schulden müssen genau aufgeschrieben, und ihre Bezahlung dem neuen Wirth aufgelegt werden. Finden sich hernach mehr Schulden, so müssen selbige gemeinschaftlich abgeführt werden. Ueberdieses wird gemeiniglich festgesetzt, wie die Kinder, wegen des Vorausempfangs, einander gleich gemacht werden sollen. Die Aussteuer, welche einige empfangen haben, wird angegeben, und daß die übrigen ebenfalls so viel erhalten sollen, verordnet. Das übrige Vermögen nach Abzug der Schulden, und der Gleichstellung der Kinder, wird nach den Köpfen berechnet, und es müssen bey der Abführung dieser Portionen folgende Vorsichten beobachtet werden.

1) Ist festzusetzen, daß der neue Wirth nicht eher, als nach des Vaters Tode, den übrigen Geschwistern ihren Antheil herausgeben soll, weil sie nicht eher erben können. Dagegen ist ihm aber auch aufzulegen, daß er die unerzogenen Geschwister umsonst ernähre, weil dieses ihr noch lebender Vater auch thun mußte. Sind sie erwachse, so bleiben

q) Arg. L. 35. C. de inoff. test.

bleiben sie zwar jetzt auf dem Hofe und in der Kost und dem Unterhalt, aber sie müssen dem Bruder auch durch ihre Arbeit beystehen, wie Knecht und Magd. Braucht er sie nicht, so müssen sie sich vermiethen; aber in diesem Falle muß ihnen der neue Wirth, oder wenn sie sich nicht mit einander vertragen können, jährlich einen mäßigen Zuschuß geben. Verheyrathen sie sich, so ist, wenn es nicht schon bey der Gleichmachung der Kinder geschehen, zu bestimmen, was den Söhnen oder Töchtern alsdenn gegeben werden soll, weil sie diese Unterstützung auch von dem Vater hätten fordern können. Sehr oft wird über diesen Punct festgesetzt: daß die Kinder ihren Antheil nur herausfordern können, wenn sie heyrathen, bis dahin solle solcher aber verzinset werden. Man bestimmt ferner, daß, wenn sie unverehelicht sterben, ihr Erbtheil dem Gutsbesitzer entweder allein, oder den sämmtlichen Verheyratheten, oder ihren Kindern anheim fallen soll. Dieses ist allemal als ein abgeredtes Fideikommiß anzusehen, und darf nicht über die Worte oder die klare Intention erstreckt werden. Hat sich also ein Kind verheyrathet, aber keine Kinder nachgelassen, so ist ihm sein Antheil völlig angefallen, und es kann alsdenn kein Rückfall statt finden. Ist nichts darüber bestimmt worden, und es stirbt eines der abzufindenden Kinder, ohne sich zu verheyrathen, so fällt der ihm zugesicherte Theil an den Vater zurück, weil der Theil als eine künftige Erbportion betrachtet werden muß, und das Kind als Erbe den Tod des Vaters nicht erlebt hat; es kann also dieser Erbtheil, weil selbiger von dem Verstorbenen noch nicht acquirirt worden und angefallen ist, nicht nach dem gewöhnlichen Erbgangsrechte zwischen Eltern und Kindern ertheilt werden.

2) Nach des Vaters Tode muß zwar jedem Kinde der ausgesetzte Antheil ausgezahlt werden; allein wenn der Vater nicht Capitalien oder ausstehende Forderungen, beträchtliche Fruchtvorräthe, oder einen ansehnlichen Viehbestand zum Verkauf nachgelassen hat, so müßte der neue Wirth Capitalien aufnehmen, um seine Geschwister zu befriedigen.

friedigen. Diese ausfindig zu machen, und die gerichtliche Verschreibung ausfertigen zu lassen, kann ihm schon etwas ansehnliches kosten. Wenn sie ihm aufgekündigt worden, so hat er diese Kosten von neuem zu erwarten. Ueberdieses soll er fünf Procent Interessen abgeben; so viel Procent bringt aber das Gut häufig nicht ein, mithin gehet diese Last schon im ersten Jahre von seinem Erbantheile ab, und vom Kapitale verliert er, wenn das Gut kaum so viel abwirft, als zur Erhaltung der Wirthschaft schlechterdings erfordert wird. Das zweyte und jedes folgende Jahr wird diese Last drückender, zumal wenn er zu Bezahlung der Zinsen wieder Geld borgen, oder weniger Vieh halten muß. Auf diese Weise geht er in wenig Jahren zu Grunde. Diesen Umständen gemäß, muß die Abfindung der Geschwister entweder so klein angesetzt werden, daß der Besitzer bey Kräften bleibt, wenn er sie gleich nach dem Tode des Vaters auf einem Brete auszahlen muß, oder es ist die Abfindung auf leidliche, nach dem Ertrage des Gutes abgemessene, Termine zu setzen, und ausdrücklich zu verabreden, daß keine andere, als Verzugszinsen, davon bezahlt werden sollen.

Die übrigen Kinder können diese Vertheilung nicht aus dem Grunde, als ob das Gut um mehr als die Hälfte zu geringe angeschlagen sey, anfechten; denn 1) steht nur denjenigen wegen dieser Verletzung ein Klagerecht zu, die den Contract geschlossen haben, dieser ist aber blos zwischen dem Vater und dem neuen Besitzer des Gutes eingegangen worden. 2) Ist der Vater berechtigt, seine Kinder ungleich zu bedenken, wenn er ihnen nur den Pflichttheil ungeschmälert läßt. Ob nun gleich der Pflichttheil nicht beym Leben des Vaters, sondern erst von demjenigen Vermögen gefordert werden kann, das zur Zeit des Todes des Vaters vorhanden ist, und der Vater bey seinem Leben mit seinem Vermögen machen kann, was er will, so ist er doch zu der Zeit, da er sein ganzes Vermögen an eins von seinen Kindern überläßt, und sich nur die Leibzucht vorbehält, für todt, und das ganze Geschäfte für eine anticipirte Erbfolge

zu halten, mithin können sie alsdenn wirklich über eine Verletzung Beschwerde führen, wenn sie an ihrem Pflichttheile verkürzt worden sind, und brauchen nicht erst zu beweisen, daß der Contract in der Absicht geschehener Maaßen geschlossen worden, um sie an ihrem Pflichttheile zu verkürzen. Beurtheilt der Richter die häufig von den übrigen Kindern angestellten Klagen nach diesen Grundsätzen, so können manche ungegründete Ansprüche gleich durch den ersten Bescheid zurück gewiesen werden, und zwar mit Anführung der Rechtsgründe folgendergestalt: nachdemmalen den Eltern eine Ungleichheit unter ihren Kindern einzuführen den Rechten nach erlaubt ist; überdieß die Kläger bey dem Contract als Contrahenten nicht zugezogen worden, mithin über Verletzung zu klagen, keine rechtliche Befugniß haben; als hat die Klage, wie gebeten, keine Statt; jedoch bleibt den Klägern unbenommen, falls sie sich damit fortzukommen getrauen, die Klage auf Verletzung im Pflichttheile und auf dessen Ergänzung an- und auszuführen. V. R. W. — Weil nun, wie bemerkt worden, der Vater durch eine solche Uebergabe seiner Güter gleichsam für todt angenommen wird, so muß an den Orten, wo entweder das sogenannte Erblehn, laudemium hereditarium, oder der Haupt- und Gewandfall, ius mortuarium, hergebracht ist, diese Abgabe von dem Sohne eben so gut entrichtet werden, als wenn der Vater bereits verstorben wäre.

Was die Leibzucht betrifft, so würde es grausam seyn, die Eltern bey lebendigem Leibe zu beerben, ohne für ihren hinreichenden Unterhalt zu sorgen, da doch die Kinder ihre Eltern zu ernähren schuldig sind, wenn sie arm sind, und sogar eine Schenkung aller Güter, die ein Fremder vorgenommen, nicht anders gilt, als wenn für seinen lebenswierigen Unterhalt hinreichend gesorgt worden ist. Dieser Unterhalt muß wieder mit Rücksicht auf die Erhaltung des neuen Wirths, folglich nicht übermäßig, aber auch nicht allzukärglich festgesetzt und dabey auf den reinen Ertrag gesehen werden, wie viel solcher betrage, wenn alle

Be-

Bestellungs- und Haushaltungskosten, Unglücksfälle, Dienste und Abgaben vorher abgezogen worden. Bisweilen ist bey dem Hofe ein besonderes Leibzuchtshäuschen; fehlt es daran, so behält der Vater die Wohnung bey seinem Sohne in der Stube, und bedingt sich etwa eine eigene Kammer aus. Erstern Falls muß für Feuerung und Licht gesorgt werden. Essen und Trinken bekommt der alte Vater und die alte Mutter entweder am Tische des Sohnes, oder, wenn sie allein wohnen, eine Quantität reiner Früchte, oder Statt deren gewisse umsonst zu bestellende und einzufahrende Stücken Winter- Sommer- und Brachfrüchte, einen festgesetzten Antheil von Obst, z. B. den 4ten oder 8ten Korb, nöthige Küchengewächse, einige Schweine, deren Schwere angegeben wird, ein frey bestelltes, gedüngtes, besäetes und frey eingefahrnes Stück Flachs von ½ oder ¼ Acker; eine frey zu haltende Kuh, wenn nicht dafür ein Gewisses an Milch, Butter und Käse ausgesetzt wird; endlich eine kleine Summe Geldes zu Kleidungsstücken und andern kleinen Ausgaben. Bey Krankheiten wird Wartung, Pflege, Medicin und Arztlohn versprochen, nnd die Beerdigung übernimmt der neue Wirth gemeiniglich auch. Wenn die Eltern beyde todt sind, so entsteht oft über dasjenige, was sie an beweglichen und unbeweglichen Gütern besessen haben, die Frage: ob selbige dem Wirth oder sämmtlichen Kindern zufallen? Desgleichen, wer die Schulden bezahlen soll, welche der Auszügler noch auf dem Auszuge gemacht hat? — Haben die Eltern dem einen Kinde alle Güter durch diesen Contract übergeben, und sich die Auszugsgüter nur zum Nießbrauch vorbehalten, so ist es augenscheinlich, daß selbige dem Gutsbesitzer mit den im Sterbejahre auf dem Halme stehenden Früchten wieder zufallen, behauptet Struben [r]), welche Meynung aber nach dem römischen Rechte [s]) nicht angenommen



r) Strubens Bedenk. 5ter Thl. 34stes Bedenk.

s) L. 10. 11. 12. §. 1. L. 20 et 23. D. quando dies leg. ced. L. 1. C. eod. L. 4. §. 11. 12. 22. D. de annu. legat. L. 11.

nommen werden kann. Gehören diese Güter nicht mit zu den übergebenen, so werden sie gemeinschaftlich vertheilt, und nun müssen diejenigen, welche Antheil daran genommen haben, ohne alles Bedenken die Schulden nach ihrem Erbantheile mit bezahlen, welche auf dem Auszuge haften. Der verstorbene Struben t) war der Meynung, der Sohn, welcher die Güter angenommen habe, sey nicht schuldig, diese Schulden zu tilgen, weil er nur als besonderer Nachfolger betrachtet werden müsse. Dieser Behauptung steht aber der Umstand entgegen, daß die Kinder den Vater schon bey seinem Leben beerbt haben, folglich nach seinem Tode nicht befugt sind, sich von seiner Erbschaft loszusagen, weil sie solche schon im Voraus in Empfang genommen haben. Am besten ist es, über diesen Punkt ausdrücklich etwas festzusetzen.

Verheyrathet sich ein Auszügler oder eine Auszugsmutter wieder, so kann deswegen der Contract nicht widerrufen, noch die bisherige Leibzucht dem zweyten Ehegatten nach dem Tode der rechten Eltern zugewandt werden, es müßten denn zum völligen Eigenthum vorbehaltene Güter, oder etwas anders durch eine Gewohnheit hergebracht seyn, oder der zweyte Ehegatte sein Vermögen gleichfalls eingeworfen haben u). Da nun diese Auszugsgüter gemeiniglich sehr unbedeutend sind, so wird in dergleichen Fällen selten nach der L. 6. C. de sec. nupt. gesprochen werden können. Erfolgen nun noch Kinder, so haben diese in Ansehung des Unterhalts und des Erbtheils völlig gleiche Rechte mit den Kindern erster Ehe. Es ist zwar ein gewöhnliches Sprüchwort: der Leibzüchter darf nicht züchten, d. h. nicht noch Kinder zeugen; allein, wenn

L. 11. 13. 22. 23. D. de vsu et vsufr. per leg. vel fideic. dat. L. 24. pr. D. de admin. vel transf. legat.

t) Strubens rechtl. Bedenk. 5ter Thl. 42stes Bedenk.

u) Strubens rechtl. Bedenk. 4ter Thl. 115. 152. 154stes Bedenken.

wenn es nicht durch eine rechtsbeständige Gewohnheit eingeführt worden, daß der Auszugsmann oder die Auszugsfrau nicht heyrathen darf, so kann die Ehe nicht verhindert werden; und hat diese Statt, so fällt das Lächerliche dieses Sprüchworts in die Augen. Daß übrigens diese Leibzuchtsgüter, wenn sie nicht mit übergeben worden, oder auch nur die Leibzuchtseinnahme, wenn die Leibzüchter in Concurs verfallen sind, zur Masse gezogen werden könne, hat kein Bedenken, und nicht leicht wird bey Bestimmung des Auszugs auf die natürliche Pflicht der Kinder, ihre Eltern zu ernähren, Rücksicht genommen, weil sonst alle Kinder die Eltern zu erhalten schuldig wären.

Da der bisher erläuterte Leibzuchtscontract aus mehrern Geschäften zusammen gesetzt ist, und theils aus der Abtretung der Güter gegen die bedungene Leibzucht besteht, theils aus der Vertheilung derselben unter die übrigen Güter, so ist auch die Aufhebung des einen oder des andern Vertrags verschieden. Der erste Vertrag setzt, wie alle andere Alimentationscontracte, einen stillschweigenden modum voraus; er soll nämlich nicht anders verbindlich seyn, als wenn der neue Besitzer die Leibzucht gebührend reichen werde. Sollte es sich in der Folge überzeugend finden, daß der Auszug zu gering ausgeworfen, oder zu hoch angesetzt worden, und folglich im ersten Falle der alte Vater und die alte Mutter nicht leben können, so ist, da die Hauptabsicht der Partheyen auf den nöthigen Unterhalt gerichtet gewesen, der Besitzer, der die alten Eltern zu ernähren allein übernommen, und aus diesem Grunde die Güter derselben, wider die Regel, beym Leben derselben in Besitz erhalten hat, schuldig, so viel zuzulegen, als zum nothdürftigen Unterhalte erfordert wird. Wäre auf der andern Seite die Leibzucht zu hoch angesetzt, und der neue Besitzer dadurch über die Kräfte des Gutes beschwert worden, so müsse solche der Billigkeit nach herunter gesetzt werden, wenn der Sohn dadurch zu Grunde gienge, und die Aufrechthaltung der Landwirthe ein Gegenstand der öffentlichen Wohlfahrt ist. Die vom Vater geschehene Ver-

theilung seines Vermögens unter die Kinder kann von keinem dieser Kinder angefochten werden, wenn keine Verletzung in dem Pflichttheile dargethan werden kann; der Vater hat aber das Recht, wofern die übrigen Kinder nicht gleichfalls bey dem Contract zugezogen worden sind, und ihre Einwilligung gegeben haben, zu allen Zeiten die Theilung in so weit anders einzurichten, wenn er nur dadurch dem Gutsbesitzer nichts wider den geschlossenen Contract aufbürdet.

---

# Lib. XXII. Tit. III.

de

# probationibus et praesumtionibus.

## §. 1144.

Die Materie vom Beweise ist weitläuftig, und verbreitet sich über alle Wissenschaften, über die natürliche und geoffenbarte Gottesgelahrheit, über alle Theile der Weltweisheit, über die reine und angewandte Mathematik, über die Natur- und politische Geschichte, über Rechtssachen und über den Proceß. Der vornehmste Zweck eines Redners ist die Ueberzeugung; bey dem Proceß kommt alles auf den Beweis an. Wenn man Anklagen ohne Beweis glauben wollte, so würde Niemand unschuldig, und keiner bey Ehre, Leben und Vermögen sicher seyn. Erweisen heißt: die Richtigkeit einer Behauptung aus Gründen darthun. Der Beweis ist dasjenige, wodurch die Erzählung oder Behauptung von einer Sache gewiß, oder wahrscheinlich gemacht wird; was den Grund enthält, aus welchem die Richtigkeit der Behauptung, oder die Wahrheit erkannt wird. Das Resultat des Beweises ist die Wahrheit, Gewißheit und Klarheit der Ueberzeugung.

Der

Der Proceß ist die Ordnung, wie streitige Rechtssachen durch den Beweis in das Licht gestellt und entschieden werden. Das Recht ist, schreibt der verstorbene Hr. Regierungspräsident von Tevenar a), das Resultat einseitiger Handlungen, Verträge, Gesetze, und Naturbegebenheiten. Die Regeln des Rechts und Unrechts, welche sich auf einseitige Handlungen und Verträge gründen, sind älter, als die Regeln des Rechts und Unrechts, die aus den Gesetzen herrühren.

Das Recht und Unrecht zwischen den Partikuliers aller Nationen ist anfänglich durch einseitige Handlungen und Verträge bestimmt worden. Ein Wort ein Wort, ein Mann ein Mann, ist die Richtschnur des Verhaltens gewesen, wo aber Handlungen schwiegen, und die Fälle dadurch die Entscheidung nicht erhielten, ist auf Gewohnheiten, auf den Ausspruch weiser, billiger, unpartheyischer Männer gesehen worden. An deren Stelle sind bey mehrerer Cultur des Volks die Gesetze gekommen; die jedoch anfangs die Verfügungen der Privatpersonen über ihre Angelegenheiten nicht nur in wenigen Fällen eingeschränkt, sondern auch dasjenige bestimmt haben, worauf sich Privatvorschriften, einseitige Handlungen und Verträge nicht erstrecken; oder was die individuellen Umstände der Gesellschaft erfordern; wohin hauptsächlich die Rechte des Zustandes, der Ehen, der Eltern und Kinder, die Vormundschaften, Intestaterbfolge, Verjährung, Verbrechen, und deren Bestrafung gehören.

Die Zusammenbringung verschiedener Völker unter eine Regierung, die Beybehaltung ihrer Gesetze, die Einführung fremder, insonderheit der römischen Gesetze, hat die Rechte und Verbindlichkeiten aus einseitigen Handlungen und Verträgen in Verwirrung gesetzt, und beynahe



a) Tevenar in der Theorie der Beweise im Civilproceß, Seite 2.

alle Regeln des Rechts und Unrechts schwankend gemacht. Der Ueberfluß der Gesetze ist schädlicher als der Mangel gewesen, und hat zu dem Irrthum verleitet, daß alle Rechte und Verbindlichkeiten aus Gesetzen herrühren. Die Schulen haben keine andere Rechte und Verbindlichkeiten erkennen wollen, als die die Gesetze bestätigen, und nicht bedacht, daß bey diesen Grundsätzen ein verständiges vernünftiges System der Privatrechtsgelahrheit unmöglich sey. Hert [b]) schreibt: sunt, qui existimant, promissa per se vim obligandi non habere, sed eam accipere a lege ciuili certa forma modoque; sed ei sententiae consensus gentium repugnat. Man ist nach der Zeit von diesem Wahne, mehr in der Ausübung, als in der Theorie, zurückgekommen; es beruhet nur darauf, daß die Praxis und die Theorie in mehrere Uebereinstimmung und Zusammenhang gebracht, und das kurrente Recht nach den Quellen, wie solches aus einseitigen Handlungen, Verträgen und Gesetzen entspringt, entwickelt werde. Die Beweise in Rechtssachen haben keinen andern Gegenstand, als diese Quellen, als einseitige Handlungen, Verträge, Gesetze, oder Naturbegebenheiten; deren Wahrheit, wenn solche nicht einleuchtend ist, durch den Beweis in das Licht gestellt werden muß. Die Lehre vom Beweise in Rechtssachen hat, so wie der menschliche Verstand, und die Regeln des Mein und Dein, unzählige Revolutionen erlitten.

Die Römer haben kein System der Rechtsgelahrheit gehabt, sondern unzählige Rechtsregeln und Meynungen der Rechtsgelehrten sind bey denselben der Probierstein des Rechts oder Unrechts gewesen. Die Philosophie hat das Ganze nicht erleuchtet, und Ordnung, Zusammenhang und Uebereinstimmung darein gebracht, sondern nur bey der Entwickelung und Entscheidung einzelner Fälle Hülfe geleistet. Die Geschichte belehrt uns, daß Justinian, und

b) Hert de paroemiis iuris, Paroem. 8.

und die viri subtilissimi, glorioſissimi, excellentissimi, und magnifici, die ihm bey der Compilation der Geſetze der vorigen Kaiſer, und der Ausſprüche der Rechtsgelehrten Hülfe geleiſtet, mehr Feinde, als Freunde der Philoſophie geweſen. Man hat daher von dieſer Geſetzkommiſſion kein Syſtem der Rechtsgelahrheit, ſondern nur eine beſſere Auswahl der noch brauchbaren Geſetze, und der Meynungen der Rechtsgelehrten erwarten können. Die Leyer Amphions, wornach ſich vormals die Steine von ſelbſt zu einem regelmäßigen Bau bewegt haben ſollen, hat gefehlt. Dieſe abgeriſſenen Stücke haben indeſſen bey dieſem Volke einen großen natürlichen Werth gehabt; weil ſolche ihre Verfaſſung und Geſchäfte umfaßten, und leicht darauf angewendet werden konnten. Bey den jetzigen Europäiſchen Staaten, die das römiſche Recht angenommen haben, iſt dieſer Werth größtentheils verlohren gegangen, weil die Verfaſſung und die Geſchäfte dieſer Völker von der römiſchen Verfaſſung ſehr unterſchieden ſind.

In den römiſchen Geſetzbüchern iſt keine richtige Theorie vom Beweiſe vorgetragen, ſondern ohne alle Ordnung und Zuſammenhang bemerkt worden, wie einige einſeitige Handlungen, Verträge und Naturbegebenheiten erwieſen werden können. Von den Beweismitteln durch den Augenſchein, das Geſtändniß, den Eyd, die Zeugen und Schriften iſt ſehr kurz, unvollſtändig und verworren gehandelt worden. In den finſtern Jahrhunderten iſt die Lehre vom Beweiſe durch Vorurtheile, Aberglauben, Förmlichkeiten, willkührliche Zuſätze, und ſcholaſtiſche Philoſophie verunſtaltet worden. Altteutſche und kanoniſche Geſetze haben dieſe Irrthümer beſtätigt und vermehrt. Man hat zwar das römiſche Gebäude vom Proceß ganz eingeriſſen, und von neuem aufgebauet, aber ſo viel Fehler bey der Zeichnung und Ausführung gemacht, daß man bey einer Vergleichung, den Regeln des römiſchen Proceſſes, und den Sätzen von der Beweisführung, den Vorzug vor den in dem Richtſteig und andern alten Proceßordnungen enthaltenen Regeln geben muß. Mascard iſt eine Zeitlang

in

in der Materie vom Beweise ein klassischer Schriftsteller gewesen; er hat aber diese Ehre nicht verdient. Die Theorie vom Beweise, die er in der 17. Quästion vorausgeschickt hat, ist nicht auf die Natur der Sache, nicht auf unstreitige Grundsätze, sondern auf schwankende Meynungen der Glossatoren und anderer Rechtsgelehrten gebaut. Da es ihm an Bestimmtheit, Richtigkeit und Deutlichkeit der Begriffe, und an Scharfsinn gefehlt hat, so haben ihn die alten Rechtsgelehrten und ihre verschiedene Meynungen, Erklärungen, Eintheilungen, Einschränkungen und Ausnahmen mehr verwirrt als aufgeklärt, und dieses kann Jedem begegnen, der bey ihm Hülfe sucht. In den Proceßordnungen findet man über diese, so wie auch über viele andere Gegenstände, ein Hin- und Herschwanken diesseits und jenseits der Linie der Vollkommenheit, bald zu wenig Vorschriften, bald zu viele willkührliche Regeln und Ausnahmen, die in keinem richtigen Zusammenhange dargestellt werden, und daher das Gedächtniß zu sehr beschweren.

Die Ursache, warum die Völker von dem Ideal der Vollkommenheit in den Regeln des Mein und Dein, imgleichen des Processes so lange und so weit zurückgeblieben sind, und diese Regeln in kein System gebracht, auch mit vielen Ungereimtheiten überladen haben, scheint nicht sowohl auf der Schwierigkeit, einen vollkommenen Plan zu finden, sondern auf Vorurtheilen, auf der Macht alter Gewohnheiten, auf Fehlern der politischen Einrichtung, imgleichen darauf zu beruhen, daß man die wahre Gestalt der Verfassung des Staats und der Geschäfte nicht in Erwägung gezogen und untersucht hat, welche Regeln des Mein und Dein von den Partikuliers durch einseitige Handlungen und Verträge, und welche Regeln des Mein und Dein durch Gesetze bestimmt werden müssen, daß das Maaß zum Kleide nicht nach der Person, die es tragen soll, genommen, sondern blos alte Trachten zusammen geflickt worden. Auch finden sich viele Fehler in der Vertheilung und Trennung der mancherley Gerichtshöfe, Gerichtspersonen, und

Sachen,

Sachen, die einem jeden Gerichte beygelegt worden. So lange diese Vorurtheile nicht abgeschafft, und die Hindernisse nicht aus dem Wege geräumt worden, so lange hat keine völlige Reform statt gefunden, und kein regelmäßiges Gebäude, das auf einem unerschütterlichen Grunde steht, aufgeführt werden können.

In der Vernunftlehre wird von den Beweisen aus der Vernunft zu subtil, zu abstract, von den Beweisen aus der Erfahrung, die eigentlich die kurrenten Beweise in der Rechtsgelehrsamkeit sind, nur beyläufig, und nicht recht brauchbar; in der Redekunst wird davon, um sich der Leidenschaften zu bemächtigen, zu sinnlich; und in den Proceßordnungen nur obenhin und zu relativ, bey einigen Materien zu kurz, bey andern zu weitläuftig, zu unvollständig und zu willkührlich gehandelt; auch wird eine fehlerhafte Zeichnung davon gemacht, und es werden nur einzelne Regeln, die bey den Beweisführungen zu beobachten sind, und wodurch einigen Mängeln abgeholfen werden kann, vorgeschrieben, ohne die wahren Grundsätze, woraus solche folgen, und woraus selbige erklärt werden müssen, anzuzeigen. Bey diesen Umständen muß bey vielen Materien auf die Vernunftlehre, auf römische und kanonische Gesetze, auf den Gerichtsbrauch u. s. f. Rücksicht genommen, und die Lehre vom Beweise als ein Ideal angesehen werden, das der praktische Rechtsgelehrte nur im Geiste sieht; aber nicht leicht in einer Proceßordnung, oder Anweisung deutlich, vollständig, und mit Präcision vorgetragen findet.

Es ist eine nützliche Beschäftigung, die Grundsätze vom Beweise in dem Zirkel der Geschäfte zu studieren, und zu untersuchen, ob darin neue Entdeckungen gemacht, die Regeln zu mehrerer Vollkommenheit gebracht, und die bisherigen Lehren mit unstreitigen Vernunftsätzen und Erfahrungen übereinstimmender gemacht, auch in ein mehr zusammenhängendes System gebracht werden können. Das Praktische kann auch in der Rechtsgelahrheit niemals den

Zweck

Zweck und den Grad der Vollkommenheit erreichen, wornach es strebet, wenn es nicht durch eine richtige Theorie geleitet wird. Die Verschiedenheit in den Meynungen sollte nur dazu dienen, diesen Gegenstand mehr aufzuklären, und die Gesetzgeber in den Stand zu setzen, den in diesem Theile des Processes noch befindlichen Mängeln abzuhelfen.

Bey jedem Beweise ist I) auf die Sache zu sehen, davon etwas behauptet, oder in Zweifel gezogen wird, auf deren Wirklichkeit, Wesen, Eigenschaften, Größe, Gränzen u. s. w.; II) auf die Sätze, oder auf die Behauptungen von der Sache, daß sich etwas zugetragen oder nicht zugetragen habe, daß durch einseitige Handlungen, Verträge oder Gesetze etwas verfügt, und dadurch ein Recht, oder eine Verbindlichkeit veranlaßt worden; III) auf die Gründe dieser Behauptung, die aus dem Wesen der Sache, oder aus der Erfahrung hergeleitet worden, und auf deren Erfindung, Gewißheit und Eintheilung; IV) auf die Darstellung, Verbindung, Behandlung der Gründe, auf den Zusammenhang zwischen den Gründen, und was daraus unmittelbar oder mittelbar gefolgert wird; V) auf die Beurtheilung der Gründe, und auf die Entscheidung der Streitigkeiten.

In den Anweisungen zum Proceß und in Processordnungen werden gemeiniglich bey jedem Beweismittel dessen Grundbegriffe, Natur, Wirkung, Vortrag, Einwendungen, die dagegen gemacht werden können, imgleichen die Regeln, die bey der Antretung, bey dem Verfahren, der Entscheidung, und den Rechtsmitteln, die dagegen statt finden, zu beobachten; mit einem Wort, der ganze Proceß eines jeden Beweismittels vom Anfang bis zu Ende besonders vorgetragen. Weil aber beynahe sämmtliche Beweismittel in Ansehung des Vortrags, der Fatalien, woran solche gebunden sind, der Verspätung und dagegen zu suchenden Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Antretung, Beurtheilung, Entscheidung, und der Rechts-

Rechtsmittel, eine ähnliche Behandlung erfordern; es auch bey dieser Verfassung gelassen werden muß, weil sonst, wenn jedes Beweismittel subtilisiret, und andere Grundsätze bey der Antretung, Verspätung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, bey der Annahme, der Verfahrungsart, und den Rechtsmitteln vorgeschrieben werden sollten, man sich zu weit von dem principio minimae actionis entfernen, die Einheit verlohren gehen, und das Gedächtniß zu sehr beschwert werden würde, die vielen Besonderheiten zu behalten, auch leicht Verwirrungen entstehen würden, wenn der Beweis durch mehrere Beweismittel zugleich angetreten wird; so ist es schicklich, um unnütze Wiederholungen zu vermeiden, die Materie von der Antretung, Aufnahme, von dem Verfahren dabey, von der Beurtheilung, und der Entscheidung über den geführten Beweis, desgleichen von den Rechtsmitteln, die dagegen statt finden, allgemein zu behandeln; jedoch in jedem Abschnitt, der für ein Beweismittel bestimmt ist, unter den vorigen Buchstaben der Unterabtheilung fortlaufen zu lassen, damit, wenn Jemandem daran gelegen ist, die Grundsätze von diesem oder jenem Beweismittel ununterbrochen vom Anfang bis zu Ende zu übersehen, solche nach diesen Unterabtheilungen verfolgt werden können.

## §. 1145.

Wie bereits bemerkt worden, kommt es bey jedem Beweise auf die Sätze an, die erwiesen werden sollen. Das Wort Satz hat, nach dem Unterschiede der Wissenschaften und Künste, mancherley Bedeutungen. In der Rechtsgelehrsamkeit versteht man eine jede Behauptung darunter, die Rechte und Verbindlichkeiten zuwege bringt. So lange es an einer Behauptung fehlt, läßt sich so wenig ein Beweis gedenken, als eine Predigt ohne Materie gedacht werden kann. Eine Rede ohne bestimmte Sätze ist ein Gewäsche. Man würde mit einem Schatten fechten, wenn man auf bloße Deklamationen antwor-

antworten wollte. Bey allen Beweisen geht die Erzählung der Sache vorher. Die Gegenstände des Beweises sind alle mögliche Sätze, Handlungen, Begebenheiten, Eigenschaften und Verhältnisse einer Sache, worauf Rechte und Verbindlichkeiten beruhen. Wenn man in der Theorie vom Beweise nicht bey den Sätzen, Gründen, und wie daraus juristische Wahrheiten gefolgert werden, stehen bleibt, sondern zugleich zu den Wahrheiten, die erwiesen werden, und zu dem Rechte, das darauf folgt, oder zu den besondern Geschäften, wie z. B. die Erklärungen des letzten Willens, Kauf- und Pachtgeschäfte erwiesen werden, übergehet, so ist die ganze Rechtsgelahrheit ein Gegenstand des Processes.

Der Inhalt der Sätze ist von einem großen Umfange; daher hier mancherley Eintheilungen statt finden. Es giebt einfache Sätze, die nur ein Subject und Prädikat haben; zusammengesetzte Sätze, die aus mehrern Subjekten und Prädikaten bestehen. Wenn über Rechtssachen Streitigkeiten entstehen, so müssen die Sätze so viel möglich zergliedert und simplificirt, auch jeder Satz mit seinem Beweise besonders vorgetragen werden. Einige Sätze sind Sätze der Vernunft, oder Behauptungen, Aussprüche über Rechte und Verbindlichkeiten, die aus dem Wesen der Sätze folgen, und deren Wahrheit man aus der Natur der Sache, aus einem Kennzeichen der Wahrheit durch Vernunftschlüsse erkennt. Andere Sätze werden historische Sätze genennt, worunter man Behauptungen versteht, daß sich eine Begebenheit zugetragen habe, oder daß eine Sache gewisse Eigenschaften habe; und hierher gehören in der Rechtsgelehrsamkeit einseitige Handlungen, Verträge, Gesetze, Naturbegebenheiten, in so weit daraus Rechte und Verbindlichkeiten entspringen. Die Wahrheit dieser Behauptungen wird aus Erfahrungen, aus Geständnissen und Zeugnissen erwiesen. Es giebt bejahende Sätze, Behauptungen, daß eine Handlung vorgenommen worden, z. B. daß durch eine einseitige Handlung, durch einen Vertrag, oder durch ein Gesetz dieses oder jenes verfügt

worden,

worden, daß sich eine Begebenheit zugetragen habe, daß die Sache die vorgegebene Eigenschaft besitze, so viel oder weniger werth sey, u. s. f. Verneinende Sätze nennt man es, wenn geleugnet wird, daß die Naturbegebenheit sich überhaupt, oder so, wie sie vorgegeben worden, zugetragen habe, die Sache von der Beschaffenheit sey, die einseitige Handlung vorgenommen, der Vertrag geschlossen worden, oder das Gesetz vorhanden sey; z. B. daß der Verstorbene ein Testament gemacht, Jemand von dem Andern Geld geliehen, sein Haus verkauft oder vermiethet habe, daß der Inhalt der einseitigen Handlung oder des Vertrags so beschaffen sey, wie der Andere behauptet. Mit verneinenden Sätzen werden oft bejahende Sätze verbunden, z. B. daß das Gut nicht Lehen, sondern Erbe sey. Verneinende Sätze können in bejahende verändert werden, wenn die Verneinung von dem Verbindungsbegriff abgesondert, und das Gegentheil bejahet wird; z. B. in den jetzt angeführten verneinenden Sätzen werden bejahende Sätze, wenn ich sage: ich bin von Schulden frey, ich besitze die Substanz und den Gebrauch meines Hauses ohne Einschränkung, Sejus ist intestatus verstorben. Der verneinende Satz: Cajus ist nicht befugt, sich der Hüthung auf meiner Wiese anzumaßen, wird in einen bejahenden Satz verwandelt, wenn ich sage: ich bin Eigenthümer der Wiese, und daher befugt, die Wiese allein zu nützen und allein darauf zu hüthen. Aus dem verneinenden Satze: „die verkaufte, verpachtete, bewegliche oder unbewegliche, belebte oder leblose Sache hat nicht die versprochene Güte, Größe, Eigenschaften“, wird ein bejahender Satz, wenn man behauptet, die Sache habe Fehler, weshalb der Verkäufer oder Verpächter die Gewähr leisten müsse. Gleichergestalt können bejahende Sätze in verneinende verwandelt werden.

Auf dergleichen sophistischen Verdrehungen und unrichtigen Bestimmungen der Sätze beruht meistentheils die Controvers der Rechtsgelehrten, in welchem Falle verneinende Sätze erwiesen werden müssen. Viele Sätze, davon

behauptet wird, daß es verneinende Sätze wären, sind, wenn solche in den rechten Gesichtspunkt gestellt werden, bejahende Sätze, oder doch Folgen davon. Cocceji c) und andere Rechtsgelehrte behaupten, daß ein antichretischer Gläubiger den verneinenden Satz, daß er aus den Früchten des Pfandes seine Befriedigung nicht erhalten habe, imgleichen ein Erbe, welcher behauptet, daß die Erbschaft zur Bezahlung der Schuld nicht zureiche, solches erweisen müsse; es sind aber diese Behauptungen keine verneinende Sätze, sondern Folgen eines bejahenden Satzes. Der antichretische Gläubiger und der Erbe von einer mit vielen Schulden beschwerten Erbschaft sind eigentlich nur Verwalter von Sachen, die ganz, oder zum Theil Andern gehören. Ersterer muß den Nutzen, den er von der Sache gehabt hat, durch Rechnung, und Letzterer den Activ- und Passivzustand der Verlassenschaft durch ein richtiges Inventarium nachweisen, wo es sich nun von selbst ergiebt, ob der Gläubiger seine Befriedigung von den Früchten des Pfandes erhalten habe, und ob die Erbschaft zur Befriedigung der Schulden zureiche?

Bejahende und verneinende Sätze sind unbestimmte Ausdrücke, und die Eintheilung und Unterabtheilung hat nicht den Nutzen, den sich die Rechtsgelehrten davon versprechen. Die Entscheidung der Frage: wer den Beweis zu führen schuldig sey, kann darauf so wenig, als auf den Unterschied der Partheyen und den Satz, daß Kläger und nicht der Beklagte den Beweis führen müsse, gebauet werden. Man wird sicherer gehen, wenn man den Grundsatz annimmt, daß Thatsachen, willkührliche Begebenheiten und Eigenschaften einer Sache, ungewöhnliche Verhältnisse, nicht vermuthet, sondern von demjenigen, der solche behauptet, erwiesen werden müssen. Wenn Thatsachen, Begebenheiten, oder die Sache selbst nicht bezweifelt werden, so ist man nicht schuldig, was daraus noth

c) Coccei Diss. de directa probatione negatiuae.

nothwendig folgt, oder die wesentlichen Eigenschaften der Sache, zu erweisen, wenn gleich die Behauptungen als bejahende Sätze angesehen werden können. Die Sätze, daß sich eine Begebenheit, oder Handlung nicht zugetragen habe, oder die Sache die vorgegebene willkührliche Eigenschaft besitze, dürfen nicht erwiesen werden; auch nicht einmal in dem Falle, wenn einer zwar den behaupteten Satz, die vorgegebene einseitige Handlung, oder den Vertrag nicht in Abrede stellet, aber leugnet, daß der Inhalt so, wie vorgegeben worden, beschaffen sey, sondern mancherley Einschränkungen und Bedingungen damit verknüpft worden. Oder, wenn Jemand zwar das Recht, welches der Andere behauptet, z. B. das Huthungsrecht zum Theil auf eine gewisse Anzahl Viehes, und auf einen gewissen District, nicht aber unbestimmt, wie es verlangt wird, einräumt; weil der Satz nach seinem ganzen Umfange, so wie solcher behauptet, und was davon geleugnet worden, erwiesen werden muß. Wer rechtliche Vermuthungen wider sich hat, kann sich nicht entbrechen zu erweisen, daß sich die Handlung oder Begebenheit nicht zugetragen habe; oder die Sache die vorgegebene Eigenschaft nicht besitze.

Die Sätze können ferner eingetheilt werden in unerweisliche Sätze, die auf ausgemachten Wahrheiten beruhen, davon die Wahrheit offenbar zu Tage liegt, und daher vermuthet wird; wohin z. B. Rechtsvermuthungen gehören. Andere Sätze werden erweisliche Sätze genennt, wenn die Wahrheit noch verborgen ist, und erst durch den Beweis in das Licht gestellt werden muß. In der Rechtsgelahrheit betreffen die zu erweisenden Sätze und Einwendungen die Quellen, woraus in jedem individuellen Falle Rechte und Verbindlichkeiten hergeleitet werden. Recht und Unrecht entsteht aus einseitigen Handlungen, Verträgen, Gesetzen und Naturbegebenheiten. Die Beweise in Rechtssachen betreffen also die Wahrheit und Wirklichkeit, die Verbindlichkeit und Unverbindlichkeit einseitiger Handlungen, oder deren Folgen, die Haupthandlung oder Nebenumstände, Be-

dingungen, den Anfang, Fortgang, Ausgang der Handlung; die Beschließung, Erfüllung, Vollbringung oder Nichtvollbringung; die Wirklichkeit, Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit einer erlaubten einseitigen Handlung; der ganzen Handlung, oder eines Theils derselben, z. B. daß ein Recht durch die Ergreifung des Besitzes, durch die Bearbeitung einer Sache erworben, oder einem Rechte durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Handlung entsagt worden; daß Jemand durch ein Testament zum Erben eingesetzt, oder demselben durch Codicille, oder Schenkungen auf den Todesfall etwas vermacht worden; daß Jemand des Andern Geschäfte oder Vermögen ohne Auftrag verwaltet habe, oder einseitige Handlungen, wozu er verbunden gewesen, unterlassen worden. Dabey muß oft der Charakter der Person, die eine Handlung vorgenommen haben soll, derselben Zustand, Verbindung und Verhältniß mit der Person, dem Geschäfte oder der Sache, wovon die Rede ist, mit ausgemittelt und daraus gefolgert werden, ob es wahrscheinlich sey, daß sie die Handlung vorgenommen habe, oder nicht? In andern Fällen muß die Wirklichkeit, Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit einer unerlaubten einseitigen Handlung bewiesen werden. Dieses kann eine widerrechtliche Handlung seyn, wenn eines Andern Person oder Vermögen, ohne eine böse Absicht, die aus der Handlung ein Verbrechen macht, Schaden zugefügt worden; oder eine strafbare Handlung, d. h. die Begehung eines Verbrechens. Die Gegenstände des Beweises im Civilproceß sind erlaubte oder widerrechtliche Handlungen, die nur den Ersatz des Schadens nach sich ziehen; der Criminalproceß hingegen beschäftigt sich mit strafbaren Handlungen. Sehr oft muß die Wahrheit und Wirklichkeit, die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit der Verträge, deren Eingehung, Erfüllung, Vollbringung, Nichtvollbringung, Wiederrufung, u. s. f. bewiesen werden. Ein anderer Gegenstand des Beweises ist die Wahrheit der Verbindlichkeit eines Gesetzes, oder einer Folge aus Gesetzen, z. B. daß der

Fall

Fall und die Umstände so beschaffen sind, daß einem nach den Gesetzen das behauptete Recht zustehe; weshalb es jedoch nicht eines förmlichen Beweises, sondern nur einer Beziehung auf die Gesetze, und einer Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall, oder einer Deduction der Folgen aus Gesetzen bedarf, wo der Richter Kenntniß der Gesetze haben, und wissen muß, ob die Gesetze, worauf sich die Partheyen gründen, in dem vor sich habenden Falle verbindliche Gesetze sind. Beruht das Recht nicht auf einem geschriebenen Gesetz, sondern auf Gewohnheiten, so müssen letztere, wenn solche geleugnet werden, wie andere Thatsachen erwiesen werden. Ueber die Anwendung der Gesetze auf einzelne Fälle, die sowohl die Regeln des Mein und Dein, als die Proceßregeln betreffen, entstehen, wenn es dem Staate an einem simpeln, deutlichen, einförmigen, und vollständigen Gesetzbuche fehlt, oder an einer vollkommenen, deutlichen, bestimmten Proceßordnung, viele Streitigkeiten. Ist von der Erfüllung oder Nichterfüllung der Verbindlichkeiten, die einem nach den Gesetzen obliegen, oder von Ausübung der Gerechtsame, die einem darnach zustehen, die Frage, so müssen diese Thatsachen, so wie die Erfüllung und Nichterfüllung der Verbindlichkeiten aus einseitigen Handlungen und Verträgen erwiesen werden. Oft muß die Beschaffenheit einer Sache oder Naturbegebenheit bewiesen werden; die Veränderungen, die mit den Dingen durch ihr Wesen, ihre Wirksamkeit und Thätigkeit vorgehen; die Ausmittelung, ob hinlängliche Ursachen zu der Naturbegebenheit vorhanden gewesen, und es daher wahrscheinlich ist, daß solche erfolgt sey, oder nicht? das Verhältniß und der Werth einer Sache, u. s. w.

Die Beweisführungen haben solchemnach hauptsächlich die Beschaffenheit und das Verhältniß der Sachen, einseitiger Handlungen und Verträge zum Vorwurf, wodurch wir Gerechtsame erwerben, und uns Verbindlichkeiten auflegen, davon wir selbst Urheber, Schöpfer und Gesetzgeber sind, imgleichen Naturbegebenheiten, die Rechte und Ver-

bindlichkeiten zu Wege bringen. Wenn auch der Beweis nicht auf die Beschaffenheit der Sache, auf Thatsachen oder Gesetze, sondern auf das Recht, welches Jemand behauptet, gerichtet wird, so ist doch das Recht in jedem Falle als eine Folge aus diesen Prämissen anzusehen. Behauptungen sind vielfältig eine Folge aus vielen Thatsachen und Begebenheiten; oft müssen nur einige Glieder, in vielen Fällen aber alle Glieder der Kette, mehrere Sätze und Wahrheiten zugleich erwiesen, und daraus die Natur der Wahrheit gebildet werden; z. B. ein bejahender und verneinender Satz, die Wirklichkeit einer einseitigen Handlung und Vertrags, oder die Wirklichkeit einer einseitigen Handlung und Gesetzes, die Richtigkeit der Forderung und das Vorzugsrecht vor andern Gläubigern, der Beweis der Klage, und der Gegenbeweis der Einwendungen, u. s. f. desgleichen, wenn man sich auf mehrere Quellen des Rechts und Unrechts zugleich gründet, z. B. auf ein Testament, einen Erbvergleich u. s. w.

Es würde zur Vermeidung der Processe und zur Verbesserung der Justiz vieles beytragen, wenn die Beschaffenheit und das Verhältniß der Sachen, alle einseitigen Handlungen und Verträge so gewiß und deutlich bezeichnet werden könnten, daß es keiner weitläuftigen Beweise dieser Geschäfte bedürfte; auch alle Zusagen so getreu, wie in den Societäten der Quaker, erfüllt würden; allein dieser Zweck kann nicht durch willkührliche Zusätze und durch Vervielfältigung der Positivgesetze erreicht werden. Das verwickelte Rechtssystem und das Subtilisiren trägt schon vieles dazu bey, daß Treue und Glauben sich verlohren haben. Die Cur durch Einschränkungen und durch überhäufte mechanische Regeln, die bey jedem Geschäfte zu beobachten, würde mehr Nachtheil zu Wege bringen, als die Krankheit selbst. Je mehr man an den Formen der Geschäfte künstelt, feilet, subtilisiret, desto mehr geht allgemeine Ehrlichkeit, Treue, Glauben und Freyheit verlohren; desto mehr Schwierigkeiten finden sich, alle diese Regeln zu beobachten. Wenn vorhin nur über die wesentlichen

lichen Theile Streitigkeiten Statt gefunden, so wird nachher über das Wesen und die Form, die in vielen Fällen nicht genau beobachtet werden kann, und wo also Ausnahmen verstattet werden müssen, zugleich gestritten.

Bey einseitigen Handlungen und Verträgen finden unendliche neue Verhältnisse, Verbindungen und Gestalten statt, die lediglich nach dem Inhalte beurtheilt werden müssen. Privatpersonen müssen selbst darauf denken, ihre Rechtsgeschäfte mit Geschicklichkeit, Weisheit und Ordnung zu betreiben, und durch ein unordentliches Verfahren kein Chaos von Zänkereyen zu veranlassen, auch die Verfügungen in ihren Angelegenheiten gewiß und unstreitig zu machen, und dadurch eine gewisse Regel des Rechts und Unrechts zu bestimmen; imgleichen allgemeine Treue und Glauben so genau zu beobachten, wie solche zwischen den Kaufleuten in Lion und Marseille im Cours seyn soll. Die Gesetzgeber können hierbey nicht viel Hülfe, sondern nur eine Anleitung geben, wie ein Jeder sich betragen muß, wenn er sich nicht processualischen Weitläuftigkeiten aussetzen will. Es kann von den Gesetzgebern nur gefordert werden, daß sie sich bemühen, die Gesellschaft, worüber sich die Gesetze erstrecken, zu dem möglichsten Grade der Vollkommenheit zu bringen, öffentliche Treue und Glauben zu erhalten, das Vermögen der Unterthanen durch Münzveränderungen und andere Maaßregeln, wenn es die gemeine Wohlfahrt nicht unumgänglich erfordert, nicht in Unordnung zu setzen, den Umlauf des Vermögens, den Verkauf der Häuser und Güter nicht zu hemmen, und dadurch die Erbtheilungen und Befriedigung der Gläubiger zu erschweren, auch die Beendigung der Liquidations- und Concursprocesse nicht zu verzögern. Der Kreislauf der veränderlichen Dinge erstreckt sich auch auf Menschen und deren Glücksgüter; auf den Adel, Bürger- und Bauernstand. Auf des Einen Untergang folgt des Andern Emporkommen. Es ist dem Ganzen zuträglicher, daß, wenn ein Glied seine Besitzungen in dem Stande nicht mit Nutzen länger behalten, bewirthschaften und bewohnen kann, solche einem

Andern überlassen werden, als wenn ein armer Quäler durch eine schlechte Cultur sein Gut verwüstet, seine Gläubiger um Kapital und Zinsen betrügt, und dem Gerichtshofe durch viele Processe zu schaffen macht. Die Obliegenheiten der Gesetzgeber bestehen ferner darin, den Gesetzen, die wegen einer Naturbegebenheit, wegen des Zustandes, oder des Verhältnisses der Person und Sachen, oder wegen der bürgerlichen Verfassung etwas verordnen, oder zu Folgen einer Handlung machen, was keine natürliche Folgen dieser Handlung sind, imgleichen die den Proceß angehen, den Grad der Deutlichkeit, Ordnung, Vollständigkeit, Allgemeinheit und Präcision zu geben, daß in Ansehung der Rechte und Verbindlichkeiten, die daraus entspringen, keine weitläuftigen Processe statt finden.

Die Richter müssen nicht gestatten, daß die Dunkelheit und Verwirrung, worein viele Geschäfte durch mancherley Zufälle gerathen sind, durch den Proceß noch mehr verwickelt werden, sondern sie müssen den kürzesten Plan zur Entwickelung angeben.

Processe über persönliche und Sachenhülfe, imgleichen über dingliche Rechte, die aus einseitigen Handlungen und Verträgen herrühren, sind nach der jetzigen Verfassung der meisten Staaten in Europa, eine Anzeige von Vervielfältigung der Geschäfte, von dem Umlauf des Geldes und Vermögens, von dem Flor des Staats, auch ein Tribut der bürgerlichen Freyheit, daß ein Jeder über seine Angelegenheiten nach Gefallen verfügen kann, mithin ein nothwendiges Uebel. Wenn solche geschwind, gründlich, unpartheyisch, und ohne viele Kosten abgethan, und dabey Verwickelung und unnütze Weitläuftigkeiten vermieden, auch zankfüchtige Partheyen bestraft werden, so wird dadurch die gemeine, und eines Jeden besondere Wohlfahrt nicht sehr gestört.

Es giebt Gerichte, wo jährlich über dreyhundert Processe anhängig sind, davon aber mehr als zwey Drittheile Schuldsachen betreffen, die ihren Grund nicht in ver-

verwickelten Rechtsverhältnissen, sondern allein darin haben, weil die Schuldner nicht im Stande sind zu bezahlen, oder sich keine annehmliche Käufer zu ihren Grundstücken finden. Dergleichen Vorfälle verdienen nicht den Namen des Processes. Die Proceßregeln sind keine Mittel, diesem Uebel abzuhelfen. Es muß in dergleichen Schuldsachen keine Weitläuftigkeit gestattet, die Umzüge und das boshafte Leugnen der Schuldner, wodurch sie nur Fristen zu erlangen suchen, und den Gläubiger in Kosten und Weitläuftigkeit stürzen, bestraft, und die Sequestration, auch die Verwaltung des verschuldeten Vermögens, so selten und so wenig kostbar, wie es möglich ist, gemacht werden.

Verdorbene Erbtheilungen, wenn die Erben, ohne daß vorher ein richtiges und vollständiges Inventarium des Aetiv- und Passivvermögens aufgenommen worden, oder die Punkte, die vorher bestimmt werden müssen, berichtiget haben, zur Theilung schreiten, die Stücke, die ein Jeder erhalten hat, und deren Werth nicht deutlich bemerken, was sie von dem Erblasser bereits erhalten haben, ganz oder zum Theil verschweigen, über die Verwaltung der Erbschaft keine richtige Rechnung führen, die Erbschaftsangelegenheiten in dieser Verwirrung einige Jahre selbst bearbeiten, und noch mehr verwickeln, hiernächst erst gerichtliche Hülfe suchen; Societätsverbindlichkeiten, wenn es den Gliedern an Treue und Geschicklichkeit fehlt, und die Societätsrechnungen fehlerhaft sind, auch erst nach vielen Jahren abgelegt werden; Pachtsachen, wenn der Pacht weitläuftig ist, die Grundsätze nicht deutlich in den Pachtcontracten bestimmt, und keine richtige Ueberlieferungen oder Zurücklieferungen geschehen sind; Verwaltungen eines andern Vermögens, wenn darüber nicht alle Jahre richtige Rechnungen abgelegt werden, sind Rüstkammern zu verwickelten und weitläuftigen Processen, die an keine gewisse Zeit gebunden werden können, und wobey subtilisirte Proceßregeln nicht viel ausrichten. Wenn der Richter der Hyder auch einige Köpfe abschlägt, so wachsen bald wieder neue. Bey der Entwickelung entdecken sich oft

Thatsachen, neue Verhältnisse, die eine andere Einleitung erfordern. Der Faden der Ariadne ist nicht allezeit hinlänglich, um aus diesem Labyrinth zu kommen, sondern es würde oft die Allwissenheit Gottes erfordert werden, wenn der Richter bey jedem Punkt unfehlbar die Wahrheit und den kürzesten Weg zur Entwickelung finden wollte. Die Partheyen müssen in diesen Fällen weitläuftige und kostbare Processe sich selbst, als Folgen ihres unordentlichen Betragens, und eines Mangels der Rechtschaffenheit, beymessen. Die Dunkelheit und Verwirrung steckt in den Geschäften, in den Verhältnissen der Sache, und nicht in dem Processe. Sie können es den Richtern nicht genug verdanken, wenn sie die mühsame Arbeit übernehmen, das Verhältniß der Sache aus einander zu setzen, einen simplen Plan zur Entwickelung zu entwerfen, die Beweismittel abzufordern, die Berechnungen durchzugehen, jeden Punkt zur möglichen Evidenz zu bringen, und Vorschläge zu einem billigen Vergleiche zu entwerfen. Partheyen, die sich in dergleichen Verwirrung durch ihre eigenen Handlungen gestürzt haben, versündigen sich an dem Richter, wenn sie sich beklagen, daß der Proceß schon zwey, drey, oder vier Jahre gewährt hat.

Die Mittel, den einseitigen Handlungen und Verträgen mehrere Gewißheit und Verbindlichkeit zu geben, werden in der bürgerlichen Rechtsgelehrsamkeit an die Hand gegeben. Geschickte, redliche, Consulenten und Gerichtspersonen können hierbey die sicherste Hülfe leisten. Durch eine genaue Vermessung der Grundstücke und deren deutliche Abgrenzung, durch richtige Flur- Grund- Hypotheken- und Hausbücher, auch Bemerkungen der damit verknüpften Gerechtsame und Verbindlichkeiten, z. B. Jagd, Jurisdiction, Dienstbarkeiten, u. s. w. imgleichen durch eine öftere Revision des Catasters, die Berichtigung der Veränderungen, die mit den Grundstücken vorgegangen sind, würde vielen Streitigkeiten vorgebeugt werden können; da aber diese Handlungen, insonderheit die Vermessungen, mit vielen Kosten verknüpft sind, und es gemeiniglich

an

an geschickten Subjekten fehlt, denen solche aufgetragen werden können, daher die von mehreren Feldmessern vorgenommenen Vermessungen oft sehr von einander abweichen; imgleichen bey der Cultur der Grundstücke, und bey Erbtheilungen die Gränzen vielfältig verrücket, auch die Gerechtsame und Verbindlichkeiten von Zeit zu Zeit durch einseitige Handlungen und Verträge vermehrt und vermindert werden; so sind auch diese Mittel unzulänglich und nicht unfehlbar, allen Grenz- und Realstreitigkeiten vorzubeugen, oder denselben ohne Weitläuftigkeit abzuhelfen. Gerechtsame an Grundstücken können durch die öftere Bezeichnung und Ausübung der zustehenden Rechte gegen die Vergessenheit gesichert werden. Pachtcontracte auf eine lange Zeit sollten allezeit schriftlich errichtet, und nicht zu lange stillschweigend prolongirt werden, damit der Pachter keine Erbpacht, oder ein Erbzinsrecht behaupten könne. Aus stillschweigenden Hypotheken sollte keine Klage gegen einen dritten Besitzer gestattet werden, u. s. w.

## §. 1146.

Kann ein Beweisführer von mehrern Beweismitteln eins wählen, so muß er von den zuverlässigsten Gebrauch machen. Die Rangordnung der Beweismittel ist folgende, daß 1) die allgemeine Kundbarkeit, notorietas, den Vorrang vor allen übrigen hat, weil sie gar nicht bewiesen zu werden braucht, sondern nur ausgeführt werden darf [d]). Nach dieser folgen in der Ordnung 2) das gerichtliche Geständniß; 3) der Augenschein; 4) Urkunden; 5) Zeugen, Kunstverständige, Schätzer; 6) Vermuthungen; 7) der Eyd. Die abergläubischen Beweismittel verdienen nicht angeführt zu werden, weil solche schlechterdings nicht mehr im Gebrauche sind. Wer völlig frey

d) c. 17. C. 2. qu. 1. c. 3. X. de testib. c. 21. X. de iureiurando.

frey über die Sache disponiren kann, der kann nach Willkühr ein schlechteres Beweismittel statt eines bessern wählen; aber der Vormund, der Bevollmächtigte u. s. w. würde sich zur Schadloshaltung verbindlich machen, wenn er ein schwächeres Beweismittel brauchen wollte, da er ein besseres hatte. Der Beweisführer muß ferner auf den Umstand genau Rücksicht nehmen, ob dieses oder jenes Beweismittel in dem gegenwärtigen Falle gebraucht werden darf. So kann z. B. das gerichtliche Geständniß selbst in bürgerlichen Sachen alsdenn nicht gebraucht werden, wenn es die zu einem Geständnisse erforderlichen Eigenschaften nicht hat. Um die Einnehmung des Augenscheins kann nur alsdenn gebeten werden, wenn etwas durch Umstände, welche in die Sinne fallen, ins Licht gesetzt werden soll. Oeffentliche Urkunden haben mehr Beweiskraft, als Zeugen [e]), welches aber bey Privaturkunden, die ohne Zeugen abgefaßt werden, nicht der Fall ist [f]). Urkunden sind der Regel nach nicht wesentlich erforderlich [g]). Ob Urkunden bey dem Beweise einer unordentlichen Verjährung gebraucht werden können, darüber wird von den Rechtslehrern gestritten [h]). Die Grenzen eines Kirchensprengels u. d. gl. werden am besten durch alte Urkunden bewiesen, es sind jedoch auch andere Beweismittel zur Unterstützung zulässig, wohin Zeugen und ein allgemeiner Ruf gehört [i]). Die Sclaverey konnte bey den Römern nicht blos durch Urkunden erwiesen werden [k]). Der Besitz wird sicherer und in den mehresten Fällen durch Zeugen bewiesen,

e) L. 10. D. de probat. ibique GOTHOFREDVS.

f) NOV. LXXII. cap. 1 – 5.

g) L. 4 et 5. D. de fide instrum.

h) STRYCK de iure sens. Diss. VIII. cap. 3. nr. 22. LEYSER Spec. 460. Med. 2 et 3. Strubens rechtl. Bedenken, 4ter Thl. 1stes Bedenk.

i) c. 13. X. de probat. c. 6. X. de fide instr.

k) L. 22. pr. C. de agric. et cens.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0512
DFG

bewiesen, weniger durch Urkunden [l]). Die Verwandtschaft kann nicht leicht durch Handbriefe oder durch unbestimmte Geständnisse erwiesen werden [m]). Der Zeugenbeweis kann der Regel nach nur alsdenn gebraucht werden, wenn die Zeugen aussagen sollen, was sie mit ihren Sinnen begriffen haben [n]), und mit Zuverlässigkeit begreifen können [o]); wo es hingegen auf Urtheile und Erfahrung ankommt, da müssen nothwendig Kunstverständige, und nach Beschaffenheit der Umstände, Schätzer gebraucht werden [p]). Der Werth eines Gutes, oder der Ertrag der Früchte kann weder durch Zeugen, noch durch die Eydeszuschiebung, wohl aber durch einen Bestimmungseyd festgesetzt werden. Die Gedanken und Absichten eines Dritten [q]) können nicht anders als mittelbarer Weise durch Zeugen erwiesen werden. Ob eine mündliche väterliche Disposition gelte, und durch Zeugen erwiesen werden könne, ist eine bestrittene Meynung [r]). Nicht alle und jede Zeugen können zum Beweise einer unerdenklichen Verjährung [s]), oder anderer alten Sachen, oder zum Beweise einer eingeführten Gewohnheit [t]) gebraucht werden; und ob zum Beweise der letztern nothwendig rechtskräftige Urtheile, mithin Urkunden erfordert

l) Berger in elect. Proc. poss.

m) L. 13 et 14. C. de probat.

n) Stryck de iure sensuum in Prooem. nr. 28 sqq. Notar. Ordn. im Pr. §. 6.

o) de Pufendorf in Obs. Tom. I. Obs. 130.

p) Notar. Ordn. im Pr. §. 2. 6. 10. 14.

q) c. 1. X. de confess. c. 8. de elect. in 6to. C. C. G. O. II, 10. 6.

r) Nov. XVIII. cap. 7. L. 20. §. 3. D. famil. herciss. L. 16. C. eod.

s) de Pufendorf in Obs. Tom. I. Obs. 151. §. 3. 4. 5. et 8. Tom. II. Obs. 54. Leyser Spec. 460. Med. 6 et 7. Stryck de iure sensuum, Diss. III. cap. 3. nr. 14.

t) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 130. Tom. II. Obs. 138.

fordert werden, ist wieder bestritten [u]). Bey zweifelhaften Gewohnheiten und andern Sätzen, wo die Rechte der Nachbarn gleich sind, gelten die von der Nachbarschaft entlehnten Beweise [v]). Wer wider seine Urkunden beweisen will, daß er etwas ohne Schuldigkeit versprochen habe, muß Urkunden beybringen [x]), und wer gegen verbriefte Schulden die Bezahlung behauptet, muß fünf dazu erbetene Zeugen zugezogen haben, oder Quittungen beybringen [y]). Vermuthungen sind da keine Beweismittel, wo die Gesetze eine ausdrückliche Willenserklärung erfordern, z. B. bey einer Veränderung der vorigen Verbindlichkeit [z]). Der allgemeine Ruf unterstützt in einer alten oder schwer zu beweisenden Sache den Beweis, gleichsam wie eine Vermuthung [a]). Der Eyd hat in verschiedenen Fällen nicht statt, wie in dem davon handelnden Titel unsrer Pandekten gezeigt worden ist. Mehrere Beweismittel lassen sich über die nämlichen Artikel zugleich brauchen; und nur die Eydesdelation darf über einen solchen Beweisartikel nicht gebraucht werden, wo man auch durch andere Beweismittel beweisen will [b]). Einige Beweisarten können in schleunigen Sachen gebraucht werden [c]), und kommen unter der Benennung: probatio celeris, in continenti liquida, vel in continenti liquidabilis vor, andere Beweismittel hingegen kommen nur im ordentlichen Verfahren vor, und dieser Beweis heißt probatio altioris indaginis. Zur ersten Gattung gehört ein sofort aus unleugbaren

u) c. 16. X. de sent. et re iud.

v) ENGELBRECHT Diss. de iure vicinitat. cap. 4. §. 22.

x) L. 25. §. vlt. Dig. de probat. Arg. L. 3. C. si minor. se maior. dix.

y) L. 18. C. de testib.

z) §. 3. Inst. quib. mod. toll. oblig. L. fin. C. de nouat. et delegat.

a) c. 13 et 17. X. de probat. c. 6. X. de fide instr.

b) L. 14. D. rerum amotar.

c) Arg. L. 14. §. 1. D. vt legat. seruand.

baren Urkunden dargethanes Bekenntniß; der untrügliche Augenschein, wie auch klare Brief und Siegel; ja man rechnet nach gemeinen Rechten sogar die Eydeszuschiebung hierher. Alle übrigen Beweisarten gehören zu der andern Art. Noch ist zu bemerken, daß alle alte und schwer zu beweisende Sachen keinen so strengen Beweis erfordern. Ein Satz, der erst noch weiter ausgemacht werden muß, wird auch visio genennt [d]).

Was nun das erste Beweismittel, nämlich das Geständniß, sowohl das gerichtliche als das außergerichtliche betrifft, so versteht man eine überlegte Erklärung darunter, worunter ein von der einen Seite behaupteter Thatumstand von dem andern Theile als richtig angenommen wird. Dasselbe wird 1) in das gerichtliche, welches einem rechtskräftigen Urtheile gleich geachtet wird, und in das außergerichtliche abgetheilt; 2) in das unumwundene, confessio pura, und das mit Einschränkungen vorgebrachte, confessio qualificata. Wenn die Einschränkung mit demjenigen, welches eingestanden worden, in unzertrennlicher Verbindung steht, so soll das Geständniß den Gegentheil vom Beweise nicht befreyen; allein es ist dieß weder in einem Gesetze, noch in der Natur des Processes, noch in der gesunden Vernunft gegründet, vielmehr streitet dieser Unterschied mit den Gesetzen [e]). Man behilft sich mit elenden Schlußfolgen der Gesetze, die gar nicht hierher gezogen werden können, sondern nur einen in der reinen Menschenvernunft gegründeten Satz festsetzen, daß zusammengehörige, ein Ganzes ausmachende, Gegenstände nicht getrennt werden sollen [f]), und beruft sich auf den Fall: wenn Jemand aus einem Contract etwas einklagt, der Beklagte dieß Versprechen zwar eingesteht, dabey aber anführt, daß solches unter einer von ihm angegebenen

d) L. 29. §. 5. D. mandati. L. 25. §. 3. D. de probat.
e) R. A. v. J. 1654. §. 49. am Ende.
f) L. 27. D. fam. ercisc. L. 23. D. de vsurp. et vsuc. L. 4. D. de legat. II.

benen Bedingung geschehen sey, wodurch gleichsam die auf ein unbedingtes Versprechen gerichtete Klage geleugnet worden, so müsse Kläger diesen Umstand beweisen. — Allein unter tausend Verträgen wird kaum einer bedingungsweise geschlossen; warum soll also der Kläger beweisen, daß der Vertrag ohne alle Bedingung geschlossen sey? Gründet sich nicht der Beklagte auf die Bedingung, um die Klage zu entkräften, und ist er nicht schuldig, diese Einrede zu beweisen, da er sie behauptet, der Kläger aber leugnet? Es würde hier der Kläger einen allgemeinen verneinenden Satz beweisen müssen, da doch der Beklagte einen bejahenden Satz für sich anführt, folglich ihn auch beweisen muß. Nach der L. 5. §. 1. D. de probat. gestand der Beklagte die Emancipation, leugnete aber, daß sie gültig sey, und deswegen wurde ihm die Gesetzwidrigkeit derselben zu beweisen aufgelegt. Wenn sich die Rechtslehrer erst in ihren Einschränkungen und Ausdehnungen bey dieser übel zusammenhängenden Lehre so verwickelt haben, daß sie sich nicht herauszuhelfen wissen, so überlassen sie es denn am Ende dem vernünftigen Ermessen des Richters, wem er den Beweis auflegen wolle [g]; allein es kann wohl dem richterlichen Ermessen überlassen werden, wie viel bewiesen sey; aber wer und was bewiesen werden soll, diese Frage beruht auf unwandelbaren Grundsätzen, denen der Richter folgen muß. Das Geständniß wird 3) in das ausdrückliche und stillschweigende eingetheilt, und letzteres gründet sich auf Handlungen, welche gerade das und nichts anders anzeigen, als wovon die Rede ist [h], und eine solche Handlung heißt factum concludens. So wird das Stillschweigen als eine Einwilligung betrachtet, wenn man hätte reden sollen [i].

Jeder,

g) Voet ad tit. Dig. de confess. nr. 5.

h) L. 4. §. fin. L. 5. D. de his, qui not. infam.

i) Arg. L. 2. §. vlt. L. 3. 4. 27. §. 9. L. 57. pr. D. de pact. L. 2. C. eod. L. 11. §. 4. D. de interr. in iure fac. L. 1. §. 3. D. de trib. act. cap. fin. de conf. in 6to.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0516
DFG

Jeder, der im Stande ist, sich gültig zu verbinden, ist auch befugt, etwas auf eine verbindliche Art einzuräumen. Thut es ein Anderer in unserm Namen, so muß er Vollmacht dazu haben, und selbst der Vormund und Curator kann durch sein Geständniß den Mündel und Pflegbefohlnen nicht so verbinden, daß sich dieser durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht dagegen helfen könnte [k]). Ein Geständniß muß umständlich und bestimmt, nicht blos beyläufig, bey gesunder Vernunft und völliger Ueberlegungskraft, und in der Absicht, um zu gestehen [l]), geschehen seyn, auch nicht durch Furcht, Zwang, Betrug, oder im Zorn bewirkt worden [m]), ferner unumwunden und deutlich seyn [n]). Es darf nicht wider die Gesetze oder die Natur der Dinge anstoßen [o]), auch nicht ganz unwahrscheinlich seyn. Ein falsches [p]), ein aus Irrthum gethanes Geständniß [q]) verbindet nicht, sondern kann wiederrufen werden, nur muß es kein bloßer Rechtsirrthum seyn. Ein Geständniß der Klage hebt nie die Einreden auf, die derselben entgegen gesetzt werden können [r]). Die Antwort richtet sich immer nach der Frage; ist diese allgemein, so ist es auch das Geständniß, und so

k) c. 2. de reg. iur. in 6to. L. 6. §. 4 et 5. D. de conf. L. 25. §. 1. D. ad Leg. Aquil.

l) L. 37. D. fam. ercisc. L. 9. D. de except. MEVIVS in Dec. Part. VII. Dec. 154. nr. 2. Part. VIII. Dec. 367. nr. 3.

m) L. 29. §. 1. D. de probat. L. 3. D. de diuort. L. 48. D. de reg. iur.

n) L. 6. pr. §. 1. D. de confess.

o) L. 15. §. 1. D. de int. in iure fac. c. 3. X. de conf.

p) L. 23. §. fin. L. 24 et 25. D. ad Leg. Aquil. L. 13. pr. D. de interr. in iure fac. L. pen. D. de conf. L. 24. C. de lib. cauf.

q) L. 2. 4. 7. 8. D. de conf. c. 3. X. eod. L. 7. C. de iur. et facti ignor. c. 2. de reg. iur. in 6to.

r) L. 12. §. 1. D. de int. in iure fac.

so umgekehrt [s]). Ein Geständniß muß ferner nicht für den Bekenner ausfallen, sondern wider ihn gerichtet seyn [t]), auch keinesweges zum Nachtheil eines Dritten gereichen [u]). Zu einem gerichtlichen Geständniß ist freylich erforderlich, daß es vor Gericht geschehen [x]), und vom Gerichtsschreiber niedergeschrieben worden sey [y]); darauf kommt aber nichts an, vor welchem Gericht, oder an welchem Orte das Geständniß abgelegt ist [z]). Es wird zwar das c. 4. X. de iud. dawider angeführt. Diese Stelle setzt aber den Fall voraus, daß ein Geistlicher vor dem weltlichen Richter ein Geständniß abgelegt hatte; in dergleichen Fällen kann aber keine Wirkung davon eintreten, weil Geistliche schlechterdings vor keinem weltlichen Gericht erscheinen sollen; diese specielle Raison kann aber nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden. Soll ein gerichtliches Geständniß verbinden, so muß der Gegentheil, oder doch wenigstens sein Vormund, Pfleger oder Anwald, zugegen seyn [a]); und es ist nicht undienlich, das Geständniß ausdrücklich anzunehmen. Der Regel nach kann sich ein Dritter nicht auf ein Geständniß berufen, das einem Dritten geschehen ist [b]).

Soll ein außergerichtliches Geständniß gültig seyn, so muß es die wesentlichen Eigenschaften eines Geständnisses an sich haben, es wird aber nie einem rechtskräftigen

s) L. 9. §. 5. D. de interr. in iure fac. GROTIVS de iure belli et pacis, Lib. II. c. 16. §. 32.

t) L. 26. §. 2. D. depos. L. 5 et 6. D. de probat.

u) L. fin. in fin. C. de accusat. Arg. L. 74. de re iud. L. 29. D. de probat. c. 1. X. de confess. c. 4 et 10. X. de probat. c. 10. X. de test.

x) L. 7. D. de conf. L. vn. C. eod.

y) L. 24. C. de lib. caus.

z) L. 4. §. 1. D. de interr. in iure fac.

a) L. 6. §. 3. D. de confessis.

b) L. 22. D. de interr. in iure fac.

kräftigen Urtheil gleich gehalten, sondern nur als ein Beweismittel betrachtet, welches nach Beschaffenheit der Umstände einen vollständigen Beweis ausmacht [c]). Der Herr von Leyser [d]) behauptete mit Beziehung auf das cap. 3. X. de succ. ab intest. das Gegentheil, wofern nicht ein solches Geständniß auf andere Weise noch unterstützt würde; allein das Kapitel handelt von einem Sterbenden, von dem man behauptete, er habe keinen vollkommenen Gebrauch seiner Vernunft mehr gehabt. Die Annahme des außergerichtlichen Geständnisses wird eben so wenig wesentlich erfordert, als es bey einem gerichtlichen Geständnisse nöthig ist, weil es sonst ein Vertrag und kein bloßes Beweismittel seyn würde [e]). Ein solches Geständniß wird übrigens sehr unterstützt, 1) durch die Wiederholung desselben [f]); 2) dadurch, daß es auf dem Sterbebette [g]) bey voller Vernunft; 3) eydlich [h]); oder 4) vor dem Genusse des heiligen Abendmahls geschehen ist. 5) Wenn dasjenige, was eingestanden worden, eine große Wahrscheinlichkeit für sich hat; oder 6) es streiten verschiedene vorhergegangene oder nachher erfolgte Thatumstände, die sich darauf beziehen, dafür. Ein stillschweigendes Geständniß liegt in solchen Handlungen, die Jemand nicht anders unternommen haben würde, als weil er die Haupthandlung gesteht [i]).



c) L. 26. D. depos. L. 28. §. vlt. D. de aedil. edicto. L. 13. C. de non num. pec. c. 14. X. de fide instr. c. 3. X. de succ. ab intest. c. 9. X. de excess. Praelat.

d) Leyser Spec. 473. Med. 1 et 2.

e) L. 19. §. 2. D. de aedil. edicto.

f) L. 3. C. in fine de plus petit. L. 22. C. ad Sctm. Velleian. L. 22. pr. C. de agric. et cens.

g) L. 4. C. de falsa causa adiecta legato. L. 93. §. 1. D. de legat. III. L. 28. §. vlt. D. de liberat. leg.

h) L. 37. §. 5 et 6. D. de legat. III.

i) L. 4. §. vlt. L. 5. L. 6. §. 3. L. 7. D. de his qui not. inf. L. 18. C. de transact. L. 10. C. ad Leg. Iul. de adult. L. 4. D. de iure fisci.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0519
DFG

Die zeither vorgetragenen Grundsätze vom Beweise durch das Geständniß werden viel mehr Interesse erhalten, wenn man sie damit vergleicht, was der Herr Präsident von Tevenar [k]) darüber bemerkt hat. — Das Geständniß ist die Abbildung, so die Personen, die das Geschäfte angeht, von einer geschehenen oder nicht geschehenen Sache, von einer einseitigen erlaubten oder unerlaubten Handlung, die sie beschlossen, vorgenommen, unterlassen, oder nicht beschlossen, vorgenommen oder unterlassen haben; von einem Vertrage, den sie eingegangen, oder nicht eingegangen, oder von einer Naturbegebenheit, die sie betroffen hat, machen. Geständnisse im engern Verstande sind Nachbildungen von vorgenommenen oder unterlassenen Handlungen, und von Begebenheiten, die sich zugetragen oder nicht zugetragen haben; wenn einer sich zu der Handlung bekennt, oder gesteht, daß sich die Begebenheit zugetragen hat. Die Gegenstände der Geständnisse sind Gedanken, alle mögliche Handlungen, Begebenheiten und Verhältnisse. Die Willenserklärungen, die ursprünglich mündlich, schriftlich, simpel, förmlich, eydlich geschehen, woraus Geschäfte, z. B. Testamente, Verträge u. s. w. entstanden, sind im eigentlichen Verstande keine Geständnisse, sondern das Versprechen und das Geschäfte selbst, wodurch aber eben so, wie durch Geständnisse, der Beweis geführt werden kann. Der Geh. Rath Knorre muß das Wort Geständniß in dieser Bedeutung genommen haben, weil er behauptete [l]), daß das Geständniß nicht als ein Beweismittel, sondern als der Satz anzusehen sey, der erwiesen werden muß; da sonst seine Meynung unrichtig seyn würde, so wie es die gemeine Meynung der Rechtsgelehrten ist, daß das Geständniß von der Führung des Beweises befreye, und daher nicht als ein Beweismittel angesehen werden könne; da dieses doch nur von dem Geständniß, welches

k) von Tevenar in der Theorie vom Beweise, S. 70.

l) Knorre's Anleitung zum Proceß, 9tes Hptstck. §. 1.

welches bey der Einlassung auf die Klage und in der Replik auf die Einwendungen abgelegt worden ist, behauptet werden kann.

Das Geständniß, wenn dasselbe geleugnet worden, muß zwar durch den Eyd, Zeugen oder Urkunden erwiesen werden; es folgt hieraus aber nicht, daß die Geständnisse nicht unter die Beweismittel gehören; sondern sobald der Beweis, daß Jemand etwas gestanden habe, geführt worden, wird aus dem Geständniß, so wie aus andern Beweismitteln, die Wahrheit der behaupteten einseitigen Handlung, oder des Vertrages, oder der Begebenheit, ganz oder zum Theil gefolgert, und die Abbildung, die davon durch das Geständniß gemacht worden, für wahr, und mit dem Geschäfte selbst für einerley, oder ähnlich angenommen. Der Beweis besteht in diesem Falle aus zwey Hauptgründen. Der erste Grund, nämlich das Geständniß, wird durch Eyde, Zeugen, oder Schriften, und die bestrittene einseitige Handlung, oder der Vertrag, oder die Begebenheit durch das Geständniß, als den zweyten Hauptgrund erwiesen, oder daraus gefolgert. Bey allen Beweismitteln sind der Satz und das Resultat, die mittelbaren und unmittelbaren Gründe, woraus sich dieses Resultat ergiebt, verbunden. Nicht allein durch Geständniß, sondern durch alle übrigen Beweise, z. B. durch Zeugen, den Augenschein, Eyde u. s. w. wird die Handlung, und was daraus folgt, der Satz und das Recht, welches erwiesen werden soll, und worüber der Streit obwaltet, in das Licht gestellt; alles aber, was den Grund enthält, warum etwas für wahr angenommen wird, gehört zu den Beweismitteln.

Andere Rechtslehrer verstehen unter dem Geständniß die Einräumung desjenigen, was der Andere verlangt; oder die Einlassung und Erklärung des Beklagten auf die Klage; und die Einlassung und Erklärung des Klägers auf des Beklagten Einwendungen; diese Begriffe sind aber zu eingeschränkt, weil Geständnisse nicht allemal einen Gegner, oder dessen Verlangen voraussetzen. Da nun

die Rechtsgelehrten sich von dem Geständnisse ganz verschiedene Begriffe bilden, so darf man sich nicht darüber wundern, daß ihre Meynungen von der Wirkung und der Beweiskraft des Geständnisses ebenfalls sehr von einander abgehen. Die mancherley Irrthümer bey der Erklärung des Worts, Geständniß, haben auf den Umriß von dem Beweise durch Geständniß, imgleichen auf die Wirkung des Geständnisses, einen großen Einfluß.

Das Geständniß kann auf mancherley Art geschehen:

ausdrücklich, wenn eine Thathandlung, eine Begebenheit, die Veranlassung, der Anfang, Fortgang und Ausgang, oder nur der Inhalt einer einseitigen oder mehrseitigen Handlung, oder eines Vertrags äußerlich durch Worte zu erkennen gegeben, und die Wahrheit eines Geschäfts, oder einer Begebenheit bekräftigt wird, und zwar

mündlich, durch Worte, die nicht zu Papier gebracht worden, sondern wo das Geschäft in dem Gedächtniß der dabey gegenwärtigen Personen aufbehalten wird;

schriftlich, wenn der Inhalt einer einseitigen Handlung, oder Vertrags aufgezeichnet, und dadurch die Wahrheit und die Wirklichkeit einer einseitigen Handlung, Vertrags, oder einer Naturbegebenheit erwiesen wird; oder wenn Jemand die Richtigkeit einer Forderung, die an ihn gemacht worden, ganz oder zum Theil schriftlich bekennet;

stillschweigend, wenn der Inhalt einer einseitigen Handlung oder Vertrags, der Vorgang einer Sache durch Thaten, durch das Verhalten, durch Zeichen, oder durch Stillschweigen, wo einer zu widersprechen schuldig war, oder wo die Gesetze das Stillschweigen als eine Bejahung oder Verneinung erklären, zu erkennen gegeben wird; welchemnächst, wenn dergleichen Zeichen vorhanden sind, untersucht werden muß, ob aus diesen Zeichen die vorgegebene einseitige Handlung, oder der Vertrag folgt, und dadurch die Wirklichkeit und Verbindlichkeit dieser Geschäfte ganz oder zum Theil erwiesen worden ist. Aus dem bloßen

Still-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0522
DFG

Stillschweigen kann, außer in den vorhin bemerkten Fällen, kein Geständniß noch eine Verbindlichkeit hergeleitet werden, da wir nicht schuldig sind, einem Jeden auf seine Fragen zu antworten;

bestimmt, qualificirt, wenn das Geständniß deutlich, bündig und kräftig geschehen, auch die Absicht damit verknüpft ist, die Wahrheit der Sache außer Zweifel zu stellen, oder sich verbindlich zu machen;

unbestimmt, wenn man daraus mit Gewißheit die Wahrheit einer Sache, oder die Verbindlichkeit des Geschäfts nicht abnehmen kann. Erzählungen, die nicht in der Absicht geschehen sind, dadurch eine Wahrheit außer Zweifel zu stellen, oder sich verbindlich zu machen; oder wenn man daraus mit Gewißheit nicht abnehmen kann, ob es nur Projecte und Tractaten gewesen, oder das Geschäfte wirklich zu Stande gekommen sey? welche unbestimmte Geständnisse nach Beschaffenheit der Umstände nur einen halben Beweis, oder noch weniger bewirken, und daher mit andern Beweismitteln verbunden werden müssen, wenn sie völlig erweisen sollen;

verstellt, wenn die Handlung nicht so vorgenommen worden, wie sie mündlich oder schriftlich vorgegeben worden, und daher das Versprechen von keiner Verbindlichkeit begleitet wird;

unverstellt, wenn sich die Handlung so verhält, wie solche mündlich oder schriftlich dargestellt worden;

freywillig, wenn sich das Geständniß in dem freyen Willen gründet;

gezwungen, wenn die Erklärung auf einem physikalischen oder moralischen Zwange beruht;

relative, die sich auf andere vorhergegangene Geständnisse oder Zeugnisse beziehen;

bedingte, unbedingte Geständnisse, deren Beschaffenheit aus der Benennung klar ist.

Die Geständnisse sind oft vermischt; halb ausdrücklich, halb stillschweigend, halb mündlich, halb schriftlich, zum Theil relativ, zum Theil kathegorisch, halb bestimmt, halb unbestimmt, daher nicht die Wahrheit des ganzen Satzes, sondern nur einige Funken der Wahrheit darin angetroffen werden. Ein jedes Geständniß muß, so wie alle Geschäfte, mehr nach dem Inhalt und den Umständen, als nach der künstlichen Benennung beurtheilt werden. Die Classifikation und methodische Behandlung der Beweisgründe dient nur dazu, die mancherley Verhältnisse aus einander zu setzen, und solche aus verschiedenen Gesichtspunkten zu betrachten; nicht aber ein Spinnengewebe daraus zu machen, in dem Sachwalter, Partheyen und Richter sich verwickeln. Die Pflicht, die Wahrheit zu reden, ist in Absicht der bürgerlichen Gesellschaft eine eingeschränkte Pflicht. Wir müssen dem Andern nichts versprechen, was wir nicht halten wollen, noch ihn durch falsche Vorstellungen hintergehen und in Schaden stürzen. Erdichtungen aber, wodurch Andern kein Schaden zugefügt wird, sind keine unerlaubte Handlungen. Wenn dabey nicht die Absicht gewesen, sich zu etwas verbindlich zu machen, oder von dem wahren Verhältniß der Sache ein Zeugniß abzulegen, so kann keine Schuldigkeit daraus hergeleitet werden. Da die Geständnisse und Zeugnisse in Absicht der Personen, die solche ablegen, und der Personen, die solche anhören, auch der Gelegenheit, Umstände, und des Zwecks, warum solche geschehen, ferner in Absicht der Gegenstände, die solche betreffen, unendlich unterschieden sind, so lassen sich die Wirkungen der Geständnisse und Zeugnisse nicht allgemein bestimmen, noch durch Gewicht und Maaßstab ausmessen, viel weniger kann man dem Verstande Regeln vorschreiben, wie er sich bey Entdekkung der Wahrheit in jedem individuellen Falle verhalten soll.

Bey Geständnissen finden, zur Erhaltung mehrerer Gewißheit und Verbindlichkeit, mancherley Zusätze statt, wornach solche in gerichtliche und außergerichtliche Geständ-

Geständnisse eingetheilt werden. Der Herr von Leyser [m] und verschiedene andere Rechtsgelehrte behaupten, daß ein gerichtliches Geständniß in Civilsachen einen völligen, ein außergerichtliches Geständniß aber keinen völligen Beweis bewirke. Der Ausspruch des Papsts Alexander, im cap. 4. X. de iudic. worauf sich Leyser beruft, betrifft eigentlich diese Controvers nicht; und überdieses kann auch dieses Oberhaupt der katholischen Kirche dem Verstande in Beurtheilung der Wahrheit keine Regeln vorschreiben. Mehrere Rechtslehrer [n] sind der Meynung, daß auch außergerichtliche Geständnisse einen völligen Beweis bewirken. In die Proceßordnungen ist bald die eine, bald die andere Meynung aufgenommen worden.

Es scheint, daß die Beweiskraft und die Verbindlichkeit der Geständnisse nicht sowohl auf dem Orte, und auf der Person beruht, für die solche abgelegt worden, sondern hauptsächlich auf der Absicht und dem Inhalte des Geständnisses: ob Jemand dabey den Zweck gehabt, sich zu etwas verbindlich zu machen, oder eine Schuldigkeit einzuräumen? und daß diese Nachbildung, die er von dem Geschäfte, oder einer Begebenheit gegen öffentliche oder Privatpersonen, schriftlich oder mündlich macht, als ein Beweismittel angesehen werden solle; oder ob die Erklärung und das Geständniß aus andern Ursachen, oder nur beyläufig in Geschäften mit andern Personen geschehen sey? In dem ersten Falle wird durch das Geständniß, das Geschäfte, und das Recht, oder die Verbindlichkeit, die daraus folgt, es mag solches gerichtlich oder außergerichtlich geschehen seyn, sattsam erwiesen; im letztern Falle hingegen ist solches zum Beweise der Thatsache, oder Begebenheit, woraus ein Recht oder eine Verbindlichkeit her-



m) Leyser Spec. 473.

n) Ludovici in Comp. Pand. ad tit. de conf. §. 3. Boehmer in introduct. in ius Digestor. ad tit. de conf. §. 10. Lauterbach in Disp. de confessione, §. 45.

geleitet werden soll, nicht allezeit hinlänglich, sondern das Protokoll erweiset nur, daß dergleichen Reden vorgefallen sind. Folgendes Beyspiel wird diese Grundsätze erläutern. — Zwischen einer Mutter und ihren Kindern erster Ehe wird, nach dem Absterben des Vaters, die Theilung vorgenommen, und das väterliche Erbtheil der Kinder in den Händen der Mutter gelassen; jedoch in das Hypothekenbuch auf die Grundstücke der Mutter eingetragen. Die Mutter schreitet zur zweyten Ehe, und verkauft diese Grundstücke; der Käufer verlangt von den Kindern, daß sie in die Löschung ihrer, auf die Grundstücke eingetragenen, väterlichen Erbtheile willigen sollen. Die Kinder erklären sich gerichtlich, daß sie von ihrer Mutter befriedigt wären, und in die Löschung der eingetragenen Erbgelder willigten. Nach dem Absterben der Mutter entsteht über ihr Vermögen ein Concurs. Die Kinder erster Ehe liquidiren ihre väterlichen Erbgelder; der Curator behauptet, daß sie bereits befriedigt wären, weil sie solches gerichtlich gestanden hätten. Die Kinder leugnen die Zahlung, und behaupten, daß ihre Erklärung in Ansehung der Mutter als res inter alios acta anzusehen sey; und sie dabey nur die Absicht gehabt hätten, sich zum Besten des Käufers der Grundstücke des Hypothekrechts zu begeben; weshalb sie, um die häuslichen Verhältnisse zwischen ihnen und ihrer Mutter nicht bekannt zu machen, beyläufig angeführt hätten, daß sie von derselben befriedigt worden. — Diese Streitigkeit ist rechtskräftig dahin entschieden, daß das Geständniß der Kinder, welches in einer Sache, zwischen andern Partheyen geschehen, zum Beweis der erfolgten Zahlung ihres väterlichen Erbtheils in Ansehung der Mutter nicht hinlänglich sey.

Weil der Satz: daß gerichtliche Geständnisse einen völligen Beweis zuwege bringen, so viel Ausnahmen und Einschränkungen leidet, so kann solcher so wenig, als der Satz, daß alle öffentlichen Urkunden einen völligen Beweis wirken, als eine Regel angenommen werden. Noch ist zu bemerken, daß es auch privilegirte Geständnisse giebt,

giebt, das heißt, solche, wo die Gesetze der Anzeige, oder dem Geständnisse einen höhern Grad der Glaubwürdigkeit und die Wirkung beylegen, daß dadurch andere verbindlich gemacht werden. Hierher gehört die Anzeige der Eltern von der Geburt und dem Absterben ihrer Kinder.

Bey dem Geständnisse wird ein jeder nach seinen eigenen Worten, nach der Abbildung, die er selbst von der Sache macht, und nach den Handlungen, wozu er sich bekennt, beurtheilt. Dieses Beweismittel verdient daher den Vorzug vor allen übrigen Beweismitteln aus der Erfahrung. Das Geständniß schadet nur demjenigen, der etwas bekennt, nicht aber einem Dritten. In den Processen, die ein rechtschaffener geschickter Unterrichter ohne Advokaten instruirt, und worin er die Partheyen selbst hört, finden sich weniger Schwierigkeiten, es zu einem aufrichtigen Geständnisse zu bringen, als wenn die Sache durch Bevollmächtigte betrieben wird. Es gehört mehr Verstellung und eine unverschämte Stirn dazu, im Angesicht der Person, mit der man in einem Rechtsverkehr gestanden hat, und die einem alle Umstände vorhält, auch in Gegenwart eines Richters, dem Personal- und Lokalumstände bekannt sind, die Wahrheit zu leugnen, als in deren Abwesenheit, selbst aber durch einen Bevollmächtigten, mündlich oder schriftlich Lügen vorzubringen. Die Physiognomie bejahet oft Fragen, die der Mund anfangs verneinet, und die, auf weiteres Vorhalten, zugestanden werden. Die Fälle sind zu selten, daß, wenn bey Untergerichten die Partheyen in Person erscheinen, und ein geschickter Richter den Proceß instruiret, auch, wenn die Klage oder die Einwendungen beharrlich geleugnet worden, der Richter vor Abfassung des Bescheides die fehlenden Beweismittel abfordert, und den Gegentheil mit seinen Einwendungen dagegen hört, es eines Erkenntnisses auf Beweis bedarf; es sey denn, daß das Verhältniß der Sache sehr dunkel ist, und der Beweis durch Zeugen geführt werden muß. Die Partheyen ersparen durch diese Behandlung die Gerichts- und Advokatengebühren der ersten,

zweyten

zweyten und dritten Instanz, Stempelpapier, Copialien, Porto u. s. f., welche Kosten nicht zu vermeiden sind, wenn die Sache nach dem Schlendrian betrieben, auf Beweis erkannt, davon appellirt, auch wohl revidiret, hiernach der Beweis angetreten wird, dagegen Einwendungen gemacht, Incidentpunkte hervorgesucht, darüber, und nachdem solche entschieden, über die Hauptsache verfahren, erkannt und dagegen Rechtsmittel eingewandt werden, wodurch oft die Proceßkosten so hoch herangetrieben werden, als der Gegenstand des Processes kaum werth ist.

Es ist zu beklagen, daß das jetzige verwickelte Rechtssystem die Beyordnung rechtsverständiger Consulenten in vielen Fällen, wenn der Richter bey dem Verlust des Processes sich nicht vielen Vorwürfen oder Regreßklagen aussetzen will, nothwendig macht. Wer keine hinlänglichen Beweismittel in den Händen hat, und nicht gewiß ist, daß er dergleichen auswärts, oder in dem Gedächtnisse glaubwürdiger Zeugen finden werde, muß darauf bedacht seyn, so lange noch keine Verbitterung der Gemüther eingetreten, Treue und Glauben noch nicht verschwunden sind, die Zwietracht die Fackel noch nicht angezündet, und der Proceß bereits den Anfang genommen hat, es zu einem schriftlichen oder mündlichen, unmittelbaren oder mittelbaren Geständniß zu bri[illegible]n, damit er, wegen Mangel des Beweises, sein Recht nicht verliere, oder sich in einen weitläuftigen Proceß stürze.

Der Umfang der Geständnisse ist so weitläuftig, als der Umfang der Geschäfte. Es kann dadurch die ganze Handlung, oder ein Theil derselben, der Anfang, Fortgang, oder Ausgang einer einseitigen Handlung, eines Vertrags, oder einer Begebenheit, z. B. die Begebung eines Rechts, der Besitz einer Sache, die Erbeseinsetzung, Kauf- Pacht- Zinsverträge u. s. w. erwiesen werden.

Bey allen Geständnissen, die Jemanden verbindlich machen sollen, wird erfordert, daß die Person, welche die Abbildung einer Sache, oder Begebenheit, die Rechte und Verbindlichkeiten zu wege bringt, Macht, Einsicht, Verstand,

stand, und Ueberlegung besitze; daher die Geständnisse der Minderjährigen und Blödsinnigin gar nichts, oder nur wenig erweisen. Das Geständniß eines Bevollmächtigten, wenn er mehr einräumt, als seine Instruction und Vollmacht mit sich bringt, kann dem Gewaltgeber nicht zum Nachtheil gereichen; es muß aber dieser Irrthum, sobald man Wissenschaft davon erhalten hat, wiederrufen werden. Das Geständniß eines Dritten ist kein Geständniß im eigentlichen Verstande, sondern nur ein Zeugniß, dessen Beweiskraft richtig beurtheilt werden muß. Das Geständniß eines Theilhabers einer gemeinschaftlichen Sache macht denselben, nicht aber die übrigen Theilnehmer verbindlich. Nach einigen Proceßordnungen soll gegen ein gerichtliches Geständniß der Beweis des Gegentheils nicht zugelassen werden; dahingegen wird in eben diesen Proceßordnungen gegen gerichtliche Urkunden der Beweis des Gegentheils verstattet. Aus eben den Gründen aber, weshalb gegen gerichtliche Urkunden der Beweis des Gegentheils nachgelassen ist, wird auch der Beweis des Gegentheils gegen gerichtliche Geständnisse, daß nämlich solche simulirte Handlungen gewesen, verstattet werden müssen; weil öffentliche Urkunden oft weiter nichts als ein gerichtliches Geständniß enthalten. Soll also eine Einförmigkeit in den Gesetzen beobachtet werden, so dürfen auch diejenigen Vertheidigungsmittel, die gegen ein schriftliches gerichtliches Geständniß statt finden, und gegen alle simulirte Handlungen gebraucht werden können, gegen ein mündliches gerichtliches Geständniß nicht versagt werden.

Betrifft das Geständniß verschiedene Punkte, so kann solches in Ansehung einiger Punkte angenommen, in Ansehung anderer Punkte aber geleugnet werden; wenn es aber nur Einen Punkt zum Gegenstande hat, und Jemand einige Theile der Behauptung einräumt, andere hingegen leugnet, z. B. daß zwar zwischen ihm und dem Gegner ein Geschäft vorgegangen, es aber damit eine ganz andere Beschaffenheit habe, oder daß demselben zwar die Hütung

mit

mit 200 Schaafen, jedoch nur zwey Tage in der Woche und nur auf einen gewissen Distrikt seiner Grundstücke, nicht aber mit der ganzen Heerde zustehe, so kann er dieses Geständniß in Ansehung desjenigen, so geleugnet worden, nicht zu seinem Vortheil erklären, und sich dadurch vom Beweise befreyen wollen, sondern er muß seine Behauptung ganz beweisen o). In einem Proceß über das Hüthungsrecht soll in der Revisionsinstanz der Satz angenommen worden seyn: daß derjenige, der eine Servitut zum Theil gesteht, und nur eine Einschränkung behauptet, diese Einschränkung erweisen müsse p). Da die Entscheidungsgründe des Urthels nicht angegeben worden, so läßt sichs nicht mit Sicherheit annehmen, ob in dem streitigen Falle über eine Servitut gestritten worden, und die Grafen von Spaar das Hüthungsrecht nicht als Miteigenthümer der Feldmark ausgeübt haben; oder ob solche sich blos auf ein eingeschränktes Geständniß, oder nicht zugleich auf Urkunden gegründet haben, worin des Hüthungsrechts ohne Einschränkung gedacht worden; indem sonst nicht abzusehen, warum der von Redern den Beweis: daß dem von Spaar die Hüthungsgerechtigkeit nur mit 200 Schaafen, und nur zwey Tage in der Woche, auch weiter nicht, als auf den angegebenen Plätzen, zustehe, führen müssen, weil nach den Preußischen Landesgesetzen der Besitz einer Servitut den Besitzer nicht von dem Beweise des Rechts zu dem Besitze, oder daß ihm die Servitut zustehe, befreyt; dieser Beweis aber durch das Geständniß nur in so weit, als der behauptete Satz darin enthalten ist, geführt werden kann, und die Regel gilt: confessio limitata effectum producit limitatum, daher die größere Ausdehnung dieses Rechts, welches geleugnet worden, durch andere Beweismittel dargethan werden müssen; wie sich denn auch der Satz nicht behaup-

o) Boehmer in Iure eccles. Protest. Lib. II. tit. 18. §. 2.

p) Beyträge zur juristischen Litteratur in den Preußischen Staaten, 3te Samml. Nr. 37.

behaupten läßt, daß eine jede natürliche Freyheit ganz und vollständig seyn müsse, da wenige Güter und Grundstücke sich einer solchen uneingeschränkten Freyheit rühmen können, und ihnen doch in den Fällen, wenn ein Anderer eine Servitut behauptet, die Vermuthung der Freyheit zu statten kommt.

Wegen Wichtigkeit der Sache will ich zum Beschluß noch etwas über das einfache und das qualificirte Geständniß anführen. Wenn das Geständniß schlechthin, ohne Beyfügung einer Einschränkung abgelegt wird, so heißt es ein einfaches, confessio simplex; wird hingegen dem Geständniß eine gewisse, zu der Handlung, welche den Gegenstand des Geständnisses ausmacht, gehörende Einschränkung beygefügt, so wird es ein qualificirtes Geständniß genennt. Unter dem Worte: Einschränkung, wird hier eine jede Qualität verstanden, durch welche ein Factum und die daraus fließenden Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt werden; es gehören also überhaupt alle Bedingungen und Verträge hierher, die einem Geschäfte angehängt werden. Die beygefügte Einschränkung kann entweder so beschaffen seyn, daß von ihr die Natur des eingeräumten Faktums und die aus diesem entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten abhängen, daß sie also auch mit jenem so unzertrennlich und wesentlich verbunden ist, daß beydes zusammen genommen, nur als ein einziges, untheilbares Factum angesehen werden muß; sie kann aber auch eine solche seyn, von der die Natur des eingestandenen Factums und die daraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten nicht abhängen, die also auch mit jenem nicht unzertrennlich verbunden ist, und mit demselben kein einziges, untheilbares Factum, sondern vielmehr ein von ihm verschiedenes ausmacht. Ist jenes, so kann die Parthey, weil hier von einem untheilbaren Factum die Rede ist, und eigentlich eine gänzliche verneinende Einlassung zum Grunde liegt, das Geständniß nicht theilen; das Zuträgliche nämlich herausheben, und das Unangenehme dem, der das Geständniß abgelegt hat, zum Beweise überlassen.

Sie

Sie muß vielmehr entweder mit dem Geständnisse, so wie es da liegt, und also mit Inbegriff der hinzugesetzten Limitation zufrieden seyn, oder aber den ganzen Beweis des von ihr behaupteten Factums übernehmen, und sich in die Lage versetzen, als ob die Einlassung ganz verneinend ausgefallen wäre [q]). Nur dann, wenn gegen die angehängte Limitation eine gegründete rechtliche Vermuthung streitet, leidet diese Regel eine Ausnahme. In diesem Falle kann die Parthey das Geständniß theilen, solches ohne Einschränkung annehmen, und der, der dasselbe abgeleugnet hat, muß die angehängte Limitation erweisen [r]). Hat endlich ein streitender Theil den ihm obliegenden Beweis auf andere Art, als durch Geständniß, hinreichend geführt, so daß er sich eigentlich auf diesen, und nicht auf das Geständniß seines Gegentheils gründet, so kann auch dieser blos durch sein qualificirtes Geständniß jenen Beweis nicht entkräften, und den Beweisführer nöthigen, eine und eben dieselbe Sache unter einerley Umständen zweymal zu beweisen, sondern ihm vielmehr liegt der Beweis der angehängten Limitation ob [s]). In dem zweyten Falle, wenn die dem Geständnisse angehängte Limitation mit dem eingeräumten Factum selbst nicht unzertrennlich verknüpft ist, mit demselben also auch kein einziges untheilbares, vielmehr ein besonderes, für sich bestehendes Factum ausmacht, findet allerdings eine Theilung statt, indem hier eigentlich eine bejahende Einlassung und eine Einwendung, die sich auf eine neue, von der Hauptsache verschiedene Thatsache gründet, vorhanden ist; es kann also hier

q) Fr. de GRAFFEN Diss. de confessione qualificata, Goetting. 1769. Erford. 1783. §. 4 – 8. BOEHMER in iure eccles. Protest. Lib. II. tit. 18. §. 2. Gmelins und Elsässers gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle, 2ter Band, 8. Abhandl. S. 86.

r) de GRAFFEN l. c. §. 8. BOEHMER l. c. §. 3.

s) de GRAFFEN l. c. §. 9. Gmelin und Elsässer a. a. O. §. 57. S. 87.

hier die Parthey das Geständniß ihres Gegentheils, in soweit es ihr günstig ist, annehmen, den Beweis der angehängten Limitation aber mit Recht verlangen [t]).

Bisweilen ist es zweifelhaft, ob die dem Gegenstande beygefügte Limitation mit dem eingestandenen Factum unzertrennlich verbunden ist, oder nicht. Dieß ist besonders bey Contracten, denen andere Verträge oder Bedingungen angehängt worden, der Fall. Hier streiten die Partheyen häufig mit einander darüber, wem der Beweis obliege. Dieser Streit läßt sich nur sodann richtig entscheiden, wenn man auf dasjenige sieht, was die Gesetze zur Vollkommenheit eines jeden Geschäfts erfordern. Sobald dieses vorhanden ist, ist auch das Geschäfte gültig, und alle weitere hinzugefügte Bedingungen und Verträge sind als neue, besondere, von der Haupthandlung verschiedene Handlungen anzusehen, und als solche nach den eben angezeigten Grundsätzen zu beurtheilen [u]).

## §. 1147. 1148.

Der Beweis muß billig nicht freywillig nach der Partheyen Willkühr angetreten, sondern weil er unter die wichtigsten Stücke des gerichtlichen Verfahrens gehört, vom Richter aufgelegt, und es muß vollständig vorgeschrieben werden, wer und was, auch binnen welcher Frist bewiesen werden solle, welche Bestimmung man den Beweissatz nennt. Dieser Beweissatz ist nach der in den Acten liegenden Streitfrage auf das genaueste zu bestimmen, weil der Beweis nichts anders ist, als die Bestätigung der Thatumstände. Es ist also nicht genug, den Grund der Klage oder Einrede, und so viel daran verneinet worden, oder etwas bestimmter, das behauptete Eigenthum, die behauptete Schenkung, zum Beweise auf-

t) de Graffen l. c. §. 10. Boehmer l. c. §. 3.
u) de Graffen l. c. §. 11.

aufzulegen, sondern die geleugneten Handlungen, wodurch das Eigenthum oder die Schenkung bewiesen werden soll, sind aus den Acten herauszuheben. Die Antretung des Beweises muß zur gehörigen Zeit geschehen, und zwar der Regel nach nicht vor der Einlassung auf die Klage, und in Sachsen nicht eher, als bis darauf erkannt worden ist. Von dieser Regel ist aber ausgenommen, die Eydesdelation und der Beweis zum ewigen Gedächtniß, welcher vor der Einlassung auf die Klage durch Zeugen, Urkunden, oder auch durch eine Besichtigung geführt werden kann, weil der Beweisführer in Gefahr ist, sein Beweismittel zu verlieren; welche Beweisführung ein außerordentliches Zeugenverhör genennt zu werden pflegt. Es ist dasjenige Zeugenverhör, welches, ehe es in einer Sache zum Beweise gekommen ist, und den Regeln des Processes gemäß dazu kommen sollte, bey vorhandener Gefahr, den Beweis ganz zu verlieren, oder doch sehr zu erschweren, auf Ansuchen vorgenommen wird. Der Regel nach kann vor der Festsetzung der Streitfrage nicht zum Beweise geschritten werden [x]), und dieß ist der Natur des Processes gemäß; denn eher weiß man es ja noch nicht, was zu beweisen ist. War der Beweis schon angetreten worden, und es wird ein Zeuge krank, oder er will sich an einen entfernten Ort begeben, daher um dessen schleunige ordnungsmäßige Abhörung gebeten wird, so ist dieses Verhör kein außerordentliches Zeugenverhör, sondern blos eine Beschleunigung desselben aus rechtmäßigen Ursachen [y]). Allemal muß anscheinende Gefahr, den Beweis zu verlieren [z]), oder ihn doch beträchtlich zu erschweren, vorhanden seyn, und dargethan, wenigstens wahrscheinlich gemacht werden. Hierher werden besonders

x) c. 1. 2. 4. 5. pr. X. vt lite non conteſt.

y) c. 41. X. de teſtib.

z) c. 5. pr. X. vt lite non conteſt. c. 34 et 41. X. de teſtib. Concept III, 20. 14. 15.

sonders folgende Fälle gerechnet, und zwar 1), wenn die Zeugen alt oder von schwächlicher Gesundheit sind [a]); 2) wenn der Gegner die Einlassung entweder durch seinen Ungehorsam oder durch andere Winkelzüge verhindert [b]); 3) wenn andere erhebliche dem richterlichen Ermessen überlassene Besorgnisse eintreten [c]); 4) wenn es eine Ehesache oder eine Wahlsache ist [d]). Es gehört also auch hierher, wenn ein Zeuge jetzt gegenwärtig ist, er will sich aber von hier wegbegeben, und es nun schwer werden kann, ihn in der Folge aufzusuchen; oder wenn Jemand solche Reisen thut, oder gewöhnlich solche Verrichtungen vornimmt, womit eine große Lebensgefahr verknüpft ist. Ein anderer hinreichender Grund, ein außerordentliches Zeugenverhör vorzunehmen, ist alsdenn vorhanden, wenn es wahrscheinlich ist, daß die Zeugen bis zum künftigen Beweise vieles vergessen möchten [e]). Eine schwangere Frau soll wider ihren Willen nicht durch Zwangsmittel zu Ablegung eines solchen Zeugnisses gezwungen werden können [f]).

Dieses Zeugenverhör kann bey der vorhandenen Besorgniß, den Beweis zu verlieren, sowohl vor Anstellung der Klage, als nach derselben, jedoch vor der Einlassung, vorgenommen werden, wenn darum gebeten worden ist. Hat es der Kläger verlangt, so muß er nunmehr binnen einem Jahre klagen, wenn es ihm möglich ist [g]); wenigstens muß er seinem künftigen Gegner von dem anzustellenden Zeugenverhör Nachricht geben. Den äußersten Nothfall ausgenommen [h]), ist es allgemein erforderlich,



a) c. 5. pr. X. vt lite non cont. c. 34. X. de testib.
b) c. 1 et 5. X. pr. X. vt lite non contest.
c) c. 5. pr. X. vt lite non contest. c. 4. X. de confirm. vt l. inut. L. 3. §. 5. D. de Carb. Edicto.
d) c. 5. §. 1. X. vt lite non contest.
e) Arg. L. 3. §. 5. D. de Carb. Edicto.
f) Arg. L. 40. D. ad Leg. Aquil. c. 5. pr. X. vt lite non contest.
g) c. 5. pr. X. vt lite non contest.
h) Concept III, 20. 16. 17.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0535
DFG

daß die Beweisartikel auch bey diesem außerordentlichen Zeugenverhöre dem Gegentheile zu Einreichung nöthiger Fragstücke mitgetheilt werden. Eine Irregularität ist es hingegen, daß nach geendigtem Zeugenverhöre die Aussagen der Zeugen versiegelt zu den Akten gelegt, und solche nicht eher eröffnet werden, bis es künftig zum Beweise kommt, wo denn der Regel nach der Producent um deren Eröffnung nachsuchen muß [i]). Weil übrigens die Zeugen, so wie alle übrigen Beweismittel, durch die Production gemeinschaftlich werden, so kann auch der Product, wenn gleich der Producent auf dieses Zeugenverhör Verzicht leisten wollte, die Eröffnung begehren [k]). Wenn die Gefahr dringend ist, so wird auf eine vom Gegentheile wider die Zulassung dieses Zeugenverhörs eingewandte Appellation nicht geachtet [l]).

Was den Beweis zum ewigen Gedächtniß insbesondere betrifft, so bringt es der Begriff des Beweises überhaupt mit sich, daß solcher, in sofern er die Hauptsache betrifft, der Regel nach erst vor der Kriegsbefestigung statt finden kann; doch über Nebenpunkte, oder wenn der Richter von Amtswegen verfährt, ist der Beweis auch vor der Kriegsbefestigung zulässig [m]). Eine Ausnahme von jener Regel macht ferner der Beweis zum ewigen Gedächtniß, zu welchem, wegen der vorhandenen Gefahr, ihn zu verlieren, geschritten wird, ehe noch der Proceß angegangen, oder ehe doch die Einlassung erfolgt ist [n]). Das römische Recht kennt diese Art der Beweisführung nicht [o]), wenn gleich

i) Boehmer in iure eccles. Lib. II. tit. 6. §. 14.

k) Resoluta dubia cameralia de an. 1595. §. 16. Deput. Absch. v. J. 1600. §. 28.

l) Concept III, 20. 19.

m) c. 5. §. 1. X. vt lite non cont.

n) c. 1. 2. 5. X. vt lite non cont. c. 41. X. de testib. c. 4. X. de confirm. vtil.

o) Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. Lib. II. tit. 6. §. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0536
DFG

gleich das Gegentheil im c. 4. X. de confirm. vtil. gesagt wird, sondern die Glossatoren haben sie erfunden, und aus ihren Schriften hat man die Sache in das päpstliche Recht aufgenommen. Es wird darin zwar nur des Beweises durch Zeugen gedacht; allein wegen der Gleichheit des Grundes findet auch bey dem Beweise durch Urkunden oder durch den Augenschein das nämliche statt [p]), wiewohl verschiedene Rechtsgelehrte das Gegentheil behauptet haben [q]). Von dieser Beweisführung behauptet man, daß in allen Sachen, bürgerlichen sowohl als peinlichen, der Beweis zum ewigen Gedächtniß geführt werden könne [r]), doch giebt dieses Gail nicht zu. Der Kläger kann ihn nur brauchen, 1) wenn ihm eine augenscheinliche Gefahr bevorsteht, seine Beweismittel ganz zu verlieren; oder 2) wenn er vor der Hand noch nicht klagen kann; oder 3) wenn der Beklagte die Einlassung auf die Klage nach angestellter Klage vorsetzlich aufschiebt [s]). Der Beklagte kann vor angestellter Klage diese Beweisführung allezeit brauchen, wenn er auch gleich berechtigt seyn sollte, seine Einreden als Klagen vorzubringen; nachher steht ihm diese Befugniß aber nur alsdenn zu, wenn augenscheinliche Gefahr vorhanden



p) Boehmer l. c. §. 9. Ludovici Einl. zum Civilproceß, Cap. 21. §. 9. Gelze Anleitung zur gerichtlichen Praxis, § 177. Knorrs Proceß, 1stes Buch, 15tes Hauptstück, §. 10.

q) Gail Obs. Lib. I. Obs. 94. nr. 1. Iac. Fr. Kees c. Resp. Facilides D. de documentis in perpetuam rei memoriam producendis, Lips. 1742.

r) Boehmer l. c. §. 10. Mevius Part. IV. Dec. 238. C. Fr. Elsaesser Diss. exhibens selecta capita processualia de probat. et reprobat. Erlang. 1782. Obs. VIII. §. 22 sqq. Gail Obs. Lib. I. Obs. 92. nr. 13.

s) c. 5. X. vt lite non cont. R. A. v. J. 1600. §. 132. Boehmer l. c. §. 7. Knorr a. a. O. §. 2. von Quistorp rechtl. Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrheit, Leipzig 1793. Nr. 59. S. 192.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0537
DFG

ist, sein Beweismittel zu verlieren [t]). Dieser Beweis muß vor dem Richter, bey dem der Proceß untersucht werden muß, geführt werden, und nur in summarischen Sachen, oder wenn höchste Gefahr auf dem Verzuge haftet, oder wenn mehrere Richter über die Gerichtsbarkeit streiten, kann ein jeder, auch nicht zuständiger Richter angegangen werden [u]). Bey dem Beweise zum ewigen Gedächtniß ist durchgängig, wenn nicht dringende Gefahr eine Ausnahme rechtfertigt, eben so zu verfahren, wie es bey der ordentlichen Beweisführung gehalten wird. Nur die Eröffnung des Rotels, oder die Mittheilung des im Termine der vorgehabten Besichtigung geführten Protokolls, und das Verfahren der Partheyen über den geführten Beweis, bleibt so lange ausgesetzt, bis man im Proceß an diese Handlungen gekommen ist [x]). An einen gewissen Termin ist diese Beweisführung nicht gebunden; sie kann daher, wenn hinreichende Gründe eintreten, mehrmals wiederholt werden [y]). Die Kraft und Stärke dieses Beweises muß nach den nämlichen Regeln beurtheilt werden, wornach man bey der ordentlichen Beweisführung urtheilt. Hat der Beklagte davon Gebrauch gemacht, so ist er zu allen Zeiten kräftig [z]); bediente sich der Kläger desselben, und es sind dabey, der eintretenden Gefahr wegen, nicht alle in den Gesetzen vorgeschriebene Förmlichkeiten beobachtet worden, so muß binnen Jahresfrist, wenn der geführte Beweis nicht alle Wirkung verlieren soll, dem Beklagten ent-

t) c. 41. X. de testib. Boehmer l. c. §. 8. G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 799. Ludovici a. a. O. §. 3. 4. 5. Knorr a. a. O. §. 3. 4. 5.

u) Iust. Henn. Boehmer l. c. §. 11 et 12. Mevius Part. VIII. Dec. 281. Knorr a. a. O. §. 6.

x) c. 4. X. de confirm. vtili. Boehmer l. c. §. 13 et 14. Nettelbladts Anleitung zur praktischen Rechtsgelahrheit, §. 391.

y) Knorr a. a. O. §. 7.

z) c. 41. X. de testib.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0538
DFG

entweder die Anzeige davon gemacht, oder die Klage selbst wirklich angestellt werden [a]).

Wer den Beweis zum ewigen Gedächtniß führen will, muß den Richter in einem kurzen Schriftsatze, mit Anführung der Gründe, um Zulassung dazu bitten, und diesen Beweis zugleich gehörig antreten. Findet der Richter das Gesuch durchaus unstatthaft, so verwirft er es sogleich, in dem entgegengesetzten Falle aber macht er die nöthigen Verfügungen. Ueberflüssig ist es, den Gegentheil darüber zu hören; und dieser ist zwar bey der Beweisführung durch Zeugen, Fragstücke zu übergeben, berechtigt, auch überhaupt von seiner Seite alles dasjenige zu besorgen befugt, was die Natur der Beweisführung mit sich bringt, aber mit seinen Einwendungen über die Zulässigkeit des Beweises, der Zeugen, der Urkunden, der Artikel u. s. f. wird er nicht gehört, sondern dieses alles in das künftige Hauptverfahren verwiesen; auch wird auf die Einwendung eines Rechtsmittels keine Rücksicht genommen [b]). Wenn es bey dem Processe in der Folge wirklich zur Beweisführung kommt, so steht es demjenigen, der von diesem Beweise Gebrauch gemacht hat, nunmehr frey, ob er den voraus geführten Beweis will fallen lassen, — und thut er es, so schadet dieses dem Gegentheile nichts, vielmehr kann sich derselbe allerdings darauf berufen [c]), — oder ob er es blos



a) c. 5. X. vt lite non contest. Iust. Henn. BOEHMER l. c. §. 15. G. L. BOEHMER l. c. §. 800. KNORR a. a. O. §. 9.

b) C. C. G. O. Thl. III. Tit. 20. §. 19. von Cramers Beyträge, 3ter Thl. Nr. 6. Ludovici Einl. zum Civilproceß, Cap. 21. §. 10. Matth. Bened. HERING Diss. de iudice ad examen testium in perpetuam rei memoriam, appellatione interposita, competente, Rostoch. 1749. Iust. Henn. BOEHMER in iure eccles. Lib. II. tit. 6. §. 13. de CRAMER in Obs. Tom. I. Obs. 535 et 648.

c) Nettelbladts Anleitung zur praktischen Rechtsgelahrheit, §. 392. Car. Adolph. LIMMER Diss. de rotulo reprobatoriali ad perpetuam memoriam condito, actori in defectu aliorum probandi mediorum edendo, Goetting. 1767.

dabey bewenden, oder neben demselben nun noch einen neuen Beweis führen will. In diesem letzten Falle muß gegen die Eröffnung des Zeugenurthels Widerspruch eingelegt werden, wenn bey den im Voraus angegebenen Zeugen Veränderungen gemacht, oder wenn ein neuer Beweis durch andere Zeugen geführt werden soll, oder wenn der Gegentheil seinen eigentlich sogenannten Gegenbeweis, dem keine Frist vorgeschrieben worden ist, ebenfalls durch Zeugen führen will.

## §. 1149 — 1151.

Der Beweisführer kann dasjenige, was er beweisen will, entweder durch Schlußfolgen, oder ohne Schlußfolgen, darthun. Jene Art der Beweisführung nennt man den künstlichen Beweis, probatio artificialis, indirecta, diese aber den nicht künstlichen, probatio inartificialis, directa. Ein Beweis der letzten Art ist es z. B. wenn die zu beweisende Erbeseinsetzung durch ein schriftliches Testament, oder durch Zeugen, welche bey der Ernennung des Erben zugegen gewesen sind, oder wenn das Anlehn durch die Schuldverschreibung, oder die Zahlung durch die Quittung dargethan wird. Bey dem künstlichen Beweise können die Schlußfolgen aus der Natur der Sache, aus den Umständen der zu erweisenden Handlung, auch aus rechtlichen Vermuthungsregeln hergeleitet werden; nur muß die Schlußfolge sowohl in Ansehung der Materie, das heißt, der Vordersätze, als auch der Form, oder der Folge der Wahrheit aus den Vordersätzen richtig seyn, und wenn die Prämissen factisch sind, so müssen sie aus dem Eingeständniß des Gegentheils, welches bereits bey den Acten befindlich ist, glaubwürdig gemacht, oder durch Zeugen, Urkunden, oder andere Beweismittel dargethan werden. Es kann gar wohl der Fall eintreten, daß das Beweismittel in Ansehung der Hauptsache zufälliger Weise den Beweissatz ausmacht. Dieser Umstand ändert aber die Natur des Beweismittels im

im Wesentlichen nicht, sondern dasselbe behält in Ansehung der Hauptsache die Eigenschaften eines Beweismittels nach wie vor. Wenn z. B. der Kläger behauptet, der Beklagte habe die Schuldforderung außergerichtlich eingestanden, der Beklagte leugnete dieses Geständniß, und nunmehr fordert der Richter den Beweis des Geständnisses vom Kläger, der Kläger bedient sich aber Zeugen hierzu, so wird zwar das Geständniß in diesem Falle zum Beweissatze, es behält jedoch in der Hauptsache immer die Natur eines Beweismittels [d]). Vermuthungen sind Schlüsse, die sich auf Eigenschaften, Verhältnisse, Wirkungen und Folgen, die die Sachen gewöhnlich haben, und auf Umstände, die solche gemeiniglich begleiten, deswegen auch wahrscheinlich sind, gründen. Der Begriff des künstlichen Beweises ist daher mehr umfassender, als der von Vermuthungen. Unter jenem versteht man überhaupt solche Beweise, die durch einen Umweg, durch eine Kette von Schlüssen geführt werden; diese hingegen gründen sich auf einleuchtende, gewöhnliche Eigenschaften, Verhältnisse und Folgen der Dinge [e]).

Wenn außer den wesentlichen Regeln der Beweisführung auch noch die in den Gesetzen vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet werden, so ist dieses ein feyerlicher, förmlicher, ordentlicher, oder ein Beweis im engsten Sinne, probatio solennis; werden hingegen hauptsächlich nur die wesentlichen Regeln der Beweisführung beobachtet, die gesetzlichen Feyerlichkeiten hingegen bey Seite gesetzt, so heißt dieß ein summarischer Beweis, eine Bescheinigung, Demonstration, probatio minus solennis. Der erstere wird im ordentlichen Processe zum Beweis der Hauptsache referirt; der letztere hingegen ist bey summarischen Sachen und bey Incidentpunkten,



d) Elsaesser in Diss. cit. §. 36. pag. 32. von Tevenar in der Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 71.

e) Hr. v. Tevenar a. a. O. S. 27 und 149.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0541 DFG

welche im ordentlichen Processe vorkommen, hinreichend. Der unterste Grund der summarischen Beweisführung wird die Beybringung genennt. Beyde Arten der Beweisführung sind hauptsächlich darin unterschieden, 1) daß der erstere an die Fatalien gebunden ist, der letztere aber nicht, der Richter müßte denn in dem Beweisinterlokute ausdrücklich eine Nothfrist vorgeschrieben haben [f]; 2) daß jener durch Beweisartikel geführt wird, dieser nicht immer; 3) daß bey jenem Fragstücke eingereicht werden, bey diesem nicht; 4) daß bey ersterem ein Rotel gefertigt und feyerlich eröffnet wird, nicht aber bey letzterem; daß 5) bey jenem nach eröffnetem Rotel ausführliche Schriften über den geführten Beweis gewechselt werden, nicht aber bey diesem; daß 6) jener allezeit gewiß und vollständig seyn muß, dieser aber auch zuweilen angenommen wird, wenn er gleich noch ungewiß und unvollständig ist [g]. Die Ausnahmen von diesen Regeln müssen sich aus der Natur der Proceßart und der Sache, worüber gestritten wird, ergeben [h].

Wird der Beweis blos durch eine Art der Beweismittel geführt, so ist es ein einfacher, reiner Beweis; werden hingegen mehrere Arten der Beweismittel mit einander verbunden, so wird derselbe ein zusammengesetzter, gemischter Beweis genannt. Die Ausdrücke: einfacher und zusammengesetzter Beweis, können übrigens auch noch in der Bedeutung genommen werden, daß man unter dem ersten denjenigen Beweis versteht, welcher nur aus zwey Vordersätzen besteht, wovon entweder alle beyde, oder blos einer erwiesen werden muß; unter dem zweyten

f) Leyser Spec. 159. Med. 1 et 2.

g) Clement. II. de verb. signif.

h) Claproths summarischer Proceß, §. 5. Nr. 16 – 27. S. 30. Leyser l. c. Ern. Tenzel Diss. de conuenientia et disconuenientia probationis et demonstrationis, Erford. 1715. Iust. Henn. Boehmer in iure eccles. Lib. II. tit. 19. §. 1.

zweyten hingegen derjenige verstanden wird, der sich auf mehrere Vordersätze gründet, wo also auch mehrere Vordersätze bewiesen werden müssen. Die Gewißheit eines Beweises verliert durch die Länge der Kette, woraus solcher besteht; es müssen daher die Beweise, insonderheit die Gründe, die das Urthel rechtfertigen, so viel möglich zusammengedrängt und abgekürzt werden. Sind überzeugende Beweisgründe vorhanden, so muß die Beweiskette nicht durch schwache und zweifelhafte Argumente verlängert werden i).

Wird der Beweis angetreten, ehe der Richter ihn verlangt hat, so ist dieses ein vorläufiger Beweis, wohin überhaupt der Fall gehört, wenn eine Parthey, ohne das Beweisinterlokut abzuwarten, den Beweis unaufgefordert antritt, und dann besonders derjenige zum ewigen Gedächtniß. Verlangt der Richter den Beweis unbedingt, so wird es ein aufgelegter; setzt er ihn bey einem lossprechenden Erkenntnisse als eine suspensive Bedingung voraus, so wird es ein nachgelassener Beweis genennt; hängt er ihn einem verdammenden Erkenntnisse als eine resolutive Bedingung an, so braucht man den Ausdruck: vorbehaltener Beweis k).

Betrifft der Beweis die Hauptsache, worüber die Partheyen mit einander streiten, so heißt es der Hauptbeweis; gehet er hingegen blos auf Nebensachen, die mit der Hauptsache in Verbindung stehen, so wird der Beweis ein Nebenbeweis genennt. Ersterer muß im ordentlichen Processe ein solenner seyn, der letztere aber kann ein blos summarischer seyn.

Ist

i) von Tevenar in der Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 148.

k) Nettelbladts Anleitung zur praktischen Rechtsgelahrheit, §. 259. Nic. Thadd. Gönner Erörterungen über den gemeinen Proceß, Bamberg 1799. S. 166.

Ist der Beweis so beschaffen, daß der Richter über den Werth und Gehalt desselben sogleich, ohne Zeitverlust, zu urtheilen im Stande ist, so wird er ein schleuniger genennt, probatio in continenti [1]); kann dieses nicht geschehen, so heißt der Beweis ein nicht schleuniger.

Sind alle Kennzeichen der Wahrheit, die eine Ueberzeugung zuwege bringen, vorhanden, und wird die Gewißheit bis zu einer juristischen Evidenz, wie sie die Gesetze voraussetzen, gebracht, so heißt der Beweis ein vollständiger, ein ausführlicher Beweis, probatio plena; in dem entgegen gesetzten Falle aber wird es ein ungewisser, unvollständiger Beweis genannt, probatio minus plena, seu non plena. Wenn hier nur die Hälfte von Gründen in der Zahl oder Gewicht, die einen juristischen Beweis ausmachen, vorhanden sind; oder wenn die mehrern Gründe und die größere Wahrscheinlichkeit durch den Gegenbeweis bis auf den halben Beweis heruntergesetzt wird, so braucht man die Benennung: ein halber Beweis, probatio semiplena; sind über die Hälfte der Gründe, die zur Gewißheit erfordert werden, vorhanden, so heißt der Beweis ein mehr als halber, probatio semiplena maior. Wenn nicht die Hälfte von Gründen, die zur Gewißheit nöthig sind, vorhanden ist, so ist weniger als ein halber Beweis geführt worden, probatio semiplena minor. Die Frage: ob ein vollständiger, ein halber, mehr oder weniger als ein halber Beweis vorhanden sey? lässet sich nach allgemeinen Regeln nicht bestimmen. Es kommt dabey vor allen Dingen alles auf die Natur und Wichtigkeit des zu beurtheilenden Geschäfts an, indem nach der Verschiedenheit desselben der Grad der Gewißheit und die Beschaffenheit der Beweisgründe nothwendig auch sehr verschieden seyn muß; sodann aber muß aus der Natur eines jeden einzelnen Beweismittels,

1) Aug. de Balthasar Diss. de probatione in continenti, Gryph. 1720.

mittels, und aus den gesetzlichen Bestimmungen in Ansehung desselben, der Grad der erzeugten Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit einzig und allein beurtheilt werden m).

§. 1152.

Vermuthungen sind Schlüsse, die sich auf Eigenschaften, Verhältnisse, Wirkungen, Folgen, welche die Sachen gemeiniglich haben, und auf Umstände, die solche gemeiniglich begleiten, auch deswegen wahrscheinlich sind, gründen. Wenn die Behauptung nicht aus einem Geständniß oder Zeugniß unmittelbar erhellet, sondern aus andern Verhältnissen, aus den Eigenschaften, welche die Sachen gemeiniglich zu haben pflegen, folgt; wenn die Anzahl der Fälle, daß sich etwas gewöhnlich zuträgt, die Anzahl der Fälle, daß es sich nicht zuträgt, weit übersteigt, so wird der Erfolg billig vermuthet, und aus demjenigen, was man von der Sache weiß, gesehen, oder gehört hat, auf etwas, das man nicht gesehen oder gehört hat, geschlossen. Vermuthungen erstrecken sich auf vergangene und zukünftige Begebenheiten, auf Gegenstände und Verhältnisse, auf Folgen und Wirkungen, die an sich selbst, oder nur für unsere Einsicht und unser Urtheil ungewiß sind. Vermuthungen auf strafbare Handlungen, daß z. B. eine strafbare Handlung aus Dummheit, Uebereilung, oder mit Einsicht und Ueberlegung beschlossen oder vorgenommen worden, werden Anzeigen, indicia, genennt. Die Vordersätze der Vermuthungen gründen sich auf die gewöhnlichen Eigenschaften, Verhältnisse und Folgen, die die Sachen zu haben pflegen. Bey Beweisen wird die Wahrheit einer Behauptung durch Gründe der Vernunft, oder der Erfahrung gewiß oder wahrscheinlich gemacht; bey

m) Hr. von Tevenar in der Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 144 – 148. CANZ de probabilitate iuridica. Tubing. 1751.

bey Vermuthungen bedarf es keiner Gründe, sondern die gewöhnlichen Eigenschaften und Verhältnisse der Dinge werden nur in Erwägung gezogen. Die Begriffe, Vermuthungen, Wahrscheinlichkeit, künstlicher Beweis, Einwilligung durch stillschweigende Handlungen, haben viel Aehnlichkeit; die Gränzen fließen oft in einander; sie werden auch nach dem Sprachgebrauch vielfältig verwechselt.

Wahrscheinlichkeit ist vorhanden, wenn wir mehr Gründe haben, eine Sache für wahr, als für falsch zu halten; sie erstreckt sich daher über alle Beweise aus der Vernunft und aus der Erfahrung, und wird in der Rechtsgelehrsamkeit gemeiniglich durch die Ausdrücke: halber und mehr als halber Beweis ausgedrückt. Der Begriff der Wahrscheinlichkeit ist daher weiter, als der Begriff der Vermuthung, welcher sich nicht sowohl auf Beweisgründe, sondern auf den Satz selber stützt. Es wird z. B. nicht vermuthet, daß ein Mensch oder ein Thier körperliche Fehler habe, u. s. w. Unter künstlichen Beweisen versteht man gemeiniglich Beweise, die durch eine Kette von Vernunftschlüssen, oder durch einen Umweg geführt werden; Vermuthungen hingegen gründen sich auf einleuchtende gewöhnliche Eigenschaften, Verhältnisse und Folgen der Dinge; der Begriff der künstlichen Beweise erstreckt sich daher weiter, als der Begriff der Vermuthungen. Consensus tacitus und consensus praesumtus sind verschiedene Dinge; denn ersterer wird aus Thathandlungen oder Unterlassungen hergeleitet; letzterer hingegen wird mehr aus andern Verhältnissen geschlossen. Nach dem Menochius sind unter den Vermuthungen alle stillschweigende Handlungen und Verträge mit begriffen; daher darf man sich nicht wundern, daß er von der Materie, die er Vermuthungen nennte, einen starken Folianten geschrieben, und einen großen Theil der Rechtssachen zu Vermuthungen gemacht hat; es läßt sich aber, wie schon vorhin bemerkt worden, nicht behaupten, daß alle künstliche Beweise zu den Vermuthungen gehören; da Beweise, die durch einen Umweg geführt werden, oder wenn, um den

Andern

Andern zu widerlegen, dessen Satz für wahr angenommen, und die Unmöglichkeit, oder die ungereimten Folgen, die daraus entstehen, entwickelt werden, keine Vermuthungen sind; wie denn auch stillschweigende einseitige Handlungen und Verträge, z. B. stillschweigende Ehe- Kauf- Pacht- Pfand- Erbzinsverträge u. s. w. nicht zu den Vermuthungen gehören; sondern durch Werke, durch Handlungen, oder Unterlassungen unmittelbar, so wie mündliche und schriftliche einseitige Handlungen und Verträge durch Worte und Schrift bezeichnet werden.

Die Vermuthungen werden eingetheilt in simple und gesetzmäßige Vermuthungen. Letztere sind diejenigen, wo die Gesetze gewisse Eigenschaften, Verhältnisse, oder gewöhnliche Folgen einer Sache für Wahrheit annehmen, bis das Gegentheil erwiesen worden. Den simpeln Vermuthungen haben die Gesetze den Mangel einer Interimswahrheit nicht aufgedrückt, daher befreyen sie nicht vom Beweise, sondern unterstützen nur andere Beweismittel. Die Vermuthungen sind stark und schwach, nach dem Unterschiede der Wahrscheinlichkeitsgründe, worauf solche beruhen. Rechtsvermuthungen erhalten durch die in jedem Staate hergebrachten Rechte, durch römische, Kirchen- Landes- und Provincialgesetze die Kraft einer Wahrheit. Die Gränzen zwischen simpeln und gesetzmäßigen Vermuthungen sind oft nicht genug bestimmt; weshalb Mascardus und Menochius, wie auch ihre Vorgänger und Nachfolger, die mehr die Meynungen der Glossatoren und Rechtsgelehrten, als das Verhältniß der Sache untersuchten, sich vielfältig geirrt, und simple Vermuthungen in die Classe der Rechtsvermuthungen gebracht haben, wie der Satz beweißt: wenn eine gemeine Sage herum gehe, daß Jemand ein Testament gemacht habe, so müsse derjenige, welcher behauptet, der Verstorbene habe kein Testament gemacht, diesen Umstand beweisen n).

Die

n) Mascard in Conclus. 1359. nr. 6.

Die wenigsten Rechtsvermuthungen gründen sich auf die Phantasie der Gesetzgeber, sondern auf Beweise aus der Vernunft, auf die Natur, Ordnung und den Mechanismus des Weltgebäudes, auf die Natur der belebten und unbelebten Creaturen, auf die Natur des physikalischen, moralischen und cultivirten Menschen, auf dessen Geschlecht, Alter, Charakter, Lebensart, Verbindungen, Handlungen, Unterlassungen, Reden, Stillschweigen, Nutzen, Schaden, auf unstreitige Naturtriebe, auf bürgerliche Gesellschaft, Freyheit, Sicherheit und Privateigenthum, auf Verhältnisse und Verbindungen, die gewöhnlich sind; und folgen aus dem Begriffe und der Bestimmung dieser Gegenstände und Verhältnisse, oder aus andern Handlungen und Begebenheiten von selbst. Wenn die Eigenschaften und Verhältnisse, woraus etwas gefolgert und vermuthet wird, bezweifelt werden, so müssen solche vorher erwiesen werden. Da Sitten, Treue und Glauben bey den Völkern sehr verschieden sind, so kann ein Erfolg bey einem Volke vermuthet werden, der bey einem andern Volke nicht wahrscheinlich ist.

Einige Rechtsvermuthungen haben allein ihren Grund in der Billigkeit, in der Wohlfahrt der Gesellschaft, in dem Willen des Gesetzgebers, der diese Zwecke bey der Gesetzgebung zur Absicht haben muß. In Rücksicht auf die Naturbegebenheiten, Eigenschaften, Verhältnisse der Personen und Sachen wird vermuthet, daß eine jede Sache so beschaffen sey, wie sie gewöhnlich beschaffen zu seyn pflegt; daß sie die natürlichen Eigenschaften, Vollkommenheiten und Fehler habe; daß ein Mensch den gewöhnlichen Grad der Vollkommenheit des Leibes, Geistes, Verstandes und Willens besitze; von Hauptmängeln frey sey; seine Freyheit nur durch den Stand, und durch allgemeine Landes- und Lokalverhältnisse eingeschränkt sey; daß eine ledige Frauensperson keusch gelebt habe, und noch eine Jungfer sey; daß mit einer Sache keine Veränderungen, die nicht aus ihrem Wesen und aus der Verbindung mit andern Sachen folgen, vorgegangen sey; daß die Ver-

Verbindung einer Person oder Sache mit andern Personen die Ursache und die Folgen habe, die gemeiniglich mit diesem Verhältniß verknüpft sind; daß ein jedes Geschöpf, Mensch, oder Thier sich so betragen habe, wie es seine Natur und Gewohnheit mit sich bringt, sich in dergleichen Fällen zu betragen; daß ein Jeder sein Eigenthum nach Gefallen nützen und gebrauchen könne; daß mit einer Sache keine willkührliche Einschränkung, z. B. keine Lehnbarkeit, Servitut u. d. gl. verknüpft ist; daß eine jede Begebenheit nach der Ordnung der Natur erfolgt sey, und sich so zugetragen habe, wie sie sich gewöhnlich zuzutragen pflegt.

In Ansehung einseitiger Handlungen kommen folgende Vermuthungen vor. — Thatsachen werden nicht vermuthet, sondern müssen erwiesen werden; wenn aber die Handlung außer Zweifel beruhet, so wird vermuthet, daß ein Jeder, der eine einseitige Handlung, wodurch Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt werden, vornimmt, von der Natur und der Folge dieser Handlung Wissenschaft habe, und er durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Handlung dasjenige zu erkennen geben wollen, was dadurch gemeiniglich bezeichnet wird. Da der kultivirte Mensch nicht blos ein eigennütziges Wesen ist, sondern die Triebe der Gesellschaft und des Wohlwollens gegen Andere fühlt, so wird geschlossen, daß die Handlung, die er vorgenommen hat, zu den erlaubten Handlungen gehöre, und dadurch keine Person beleidigt, oder ihrem Vermögen Schaden zugefügt worden; daß Jemand nicht die Absicht habe, den Andern zu beleidigen, oder ihm Schaden zu verursachen; daß ein Jeder, der sich im Besitz der Substanz einer Sache befindet, solche rechtlich besitze, daher er nicht schuldig sey, das Eigenthum zu erweisen. Dieses findet auch in Ansehung des Nutzens statt; es wäre denn, daß der Eigenthümer dem Andern das Recht zur Benutzung bestreitet. Weil übrigens die Eigenliebe unter den menschlichen Trieben den ersten Platz einnimmt, und der Mensch einen Hang hat, seine eigene Wohlfahrt zu befördern,

sein Eigenthum zu erhalten, zu vermehren, und nichts zu verschenken, so wird in gewöhnlichen Fällen vermuthet, daß Jemand zu der Handlung, die er zu des Andern Vortheil vorgenommen, zu der Personen- oder Sachenhülfe, die er ihm geleistet, verbunden gewesen. Es ist ferner wahrscheinlich, daß Jemand eine Handlung so vorgenommen habe, wie solche gemeiniglich vorgenommen zu werden pflegt; daß eine einseitige Handlung, wobey die wesentlichen Stücke beobachtet worden, gültig und verbindlich sey, und es dabey keiner willkührlichen Zusätze bedürfe; daß mit einer einseitigen Handlung die Folgen verknüpft sind, die gemeiniglich damit verknüpft zu seyn pflegen; daß Jemand seinen Vorsatz geändert habe, wenn er eine Handlung vorgenommen, woraus dieses wahrscheinlich folgt; z. B. wenn der Erblasser eine Sache veräußert, die er doch Jemandem vermacht hat; denn nun wird vermuthet, daß er seinen Entschluß geändert, und das Vermächtniß aufgehoben habe; daß keiner sich des ihm zustehenden Rechts, oder der zu seinem Vortheil gereichenden Bedingungen begeben habe; daß eine Forderung erlassen worden sey, wenn Jemand eine Handlung vorgenommen hat, wodurch gemeiniglich die Begebung eines Rechts bezeichnet wird; z. B. aus der Zerreißung oder Zurückgabe eines Wechsels, oder Schuldscheins, wird die Schenkung oder Zahlung vermuthet.

In Ansehung der **Verträge** wird vermuthet, daß ein Jeder von dem Gegenstande des Vertrages und der Verbindlichkeit, die er sich dadurch auflegt, Wissenschaft habe; daß der Vertrag, wobey die wesentlichen Stücke beobachtet worden, verbindlich sey, und es keiner willkührlichen Zusätze bedürfe; daß der Inhalt des Vertrags den Gesetzen nicht widerspreche; daß Jeder das, was er dem Andern versprochen hat, von seinem Vermögen geben, sich aber nicht mehrere Verbindlichkeiten auflegen wolle, als der Inhalt des Vertrags mit sich bringt; daß ein Vater den, ohne Einschränkung, versprochenen Brautschatz von seinem eigenen Vermögen hergeben wolle, wenn gleich

die

die Tochter selbst Vermögen hat. Die Erfüllung eines Vertrags wird nicht vermuthet, sondern derjenige, der die Wirklichkeit und Verbindlichkeit eines Vertrags einräumt, und sich auf die Erfüllung gründet, muß sie beweisen; wenn aber die verkaufte, verpachtete oder vermiethete, bewegliche oder unbewegliche Sache übergeben worden ist, so wird dafür gehalten, daß selbige die versprochenen Eigenschaften habe, bis das Gegentheil vom Käufer, Pachter oder Miether bewiesen worden.

Bey Gesetzen und den Rechten und Verbindlichkeiten, die Jemandem darnach obliegen oder zustehen, wird vermuthet, daß die Gesetze angewendet und nicht wieder aufgehoben worden; daß ein Kind, welches während der Ehe erzeugt worden, ein eheliches sey, wenn gleich die Frau in dieser Zeit Ehebruch getrieben; daß Jemand todt sey, wenn er siebzig Jahr alt ist, und man nichts von seinem Leben weiß; daß die Sachen, die in des Mannes Hause befindlich sind, desgleichen alles, was während der Ehe gewonnen worden, dem Ehemanne gehöre; daß die Töchter eine gleiche Ausstattung erhalten haben, es muß jedoch diese Vermuthung, wenn sie zu einem Beweise hinreichend seyn soll, noch durch andere Gründe unterstützt werden; wie denn auch eine unverheyrathete Tochter kein Recht hat, von ihrem Vater einen eben so großen Brautschatz zu fordern, wie ihn eine bereits ausgestattete Tochter bekommen hat. Es wird vermuthet, daß die Frau, wenn keine Ehestiftung geschlossen, und in solcher der Brautschatz bestimmt worden, dem andern Manne eben so viel als Heyrathsgut einbringen wollen, als sie dem ersten Manne zugebracht hat; daß dasjenige, was die Frau dem Manne zubringt, in seinen Nutzen verwendet worden; daß die Kapitalforderung, wenn gleich kein Beweis darüber vorhanden ist, ihre Richtigkeit habe, wenn in rechtsverjährter Zeit Zinsen davon bezahlt worden; daß die Zinsen und Abgaben von den vorhergehenden Jahren bezahlt worden, wenn von den drey letztern Jahren Quittungen vorhanden sind; daß der Hauptstuhl abgetragen sey, wenn solcher in langen Jahren

nicht abgefordert, keine Zinsen davon bezahlt, noch bey Gelegenheit abgerechnet worden; daß erst nach zwey Jahren vermuthet werde, daß Jemand die Summe, worüber er eine Verschreibung ausgestellt hat, erhalten habe; und daß, wenn der Schuldner nach dieser Zeit die Zahlung leugnet, er sein Vorgeben erweisen, vor Ablauf der zwey Jahre aber der Gläubiger den Beweis der Zahlung übernehmen müsse. Noch bemerke ich, daß in verschiedenen Ländern die allgemeinen Rechtsvermuthungen durch Landesgesetze bisweilen vermehrt, bisweilen vermindert, und ihre Beweiskraft theils eingeschränkt, theils erhöhet worden sind.

Wer gegen diese Vernunftsätze und Rechtsvermuthungen etwas behauptet, ist schuldig, das Gegentheil darzuthun, weil der Satz nach Gründen der Vernunft und nach den Gesetzen für wahr angenommen wird. Wenn beyde Theile Rechtsvermuthungen für sich haben, so muß untersucht werden, welche Vermuthung die stärkste ist, und die andere überwiegt? Allgemeine Vermuthungen werden durch besondere Vermuthungen, die aus den Umständen entspringen, entkräftet. Die Veränderung des Willens wird zwar nicht vermuthet; wenn aber der Testirer das Testament mit Vorsatz verletzt hat, so wird die Aufhebung desselben daraus gefolgert. Die Vermuthung für das uneingeschränkte Eigenthum ist stärker, als die Vermuthung, die aus dem Besitze der einige Zeit über davon gehabten Benutzung entspringt. Die besondern Vermuthungen gründen sich mehrentheils auf Thatsachen, welche durch den Beweis gewiß gemacht werden müssen. Durch diesen Beweis wird die allgemeine Vermuthung sodann von selbst gehoben, und sie läßt sich nun nicht wieder auf den besondern Fall anwenden.

Die simpeln Vermuthungen erstrecken sich über alle Gegenstände der Rechtsgelehrsamkeit, und der Beweis, welcher dadurch geführt wird, ist in vielen Fällen stärker, als der Beweis durch einzelne Rechtsvermuthungen. Es ist

eine

eine vergebliche Mühe, Regeln darüber auszustellen, sondern sie müssen nach den individuellen Umständen beurtheilt, und was daraus folgt, bestimmt werden. Scharfsinn und hinlängliche Sachenkenntniß werden hierbey mehr Hülfe, als Maskardus und Menochius, leisten.

Praesumtiones iuris et de iure sind keine Vermuthungen im eigentlichen Verstande, sondern Verbindlichkeiten, welche durch die Gesetze aufgelegt werden; z. B. daß der Mann seiner Ehefrau den Ehebruch verziehen habe, wenn er sie bey sich behalten, da er es doch wußte, sie sey eine Ehebrecherin. Diese Vermuthungen sind in der That nichts anders, als unbedingte gesetzliche Verordnungen. Diese Eintheilung hat Baldus aufgebracht o). Gesetzliche Vermuthungen, praesumtiones iuris, sind solche, wo die Gesetze aus wahrscheinlichen Umständen etwas so lange für wahr halten, bis das Gegentheil erwiesen ist. Diesen werden die gemeinen Vermuthungen, praesumtiones hominis, entgegen gesetzt, welche sich auf eine bloße Wahrscheinlichkeit, ohne ausdrücklichen Beystand der Gesetze, gründen. Sie werden wieder in gemeine und in sehr starke Vermuthungen, praesumtiones vehementes, violentae p) eingetheilt, wovon jene noch keinen halben Beweis, diese aber einen solchen, oder wohl gar einen vollständigen Beweis begründen q).

§. 1053. 1054.

Thatsachen, Begebenheiten, die nicht aus dem Wesen der Sache nothwendig folgen, willkührliche Eigenschaften einer Sache, ungewöhnliche Verhältnisse und Verbindungen werden nicht vermuthet, weil kein Grund vor-



o) Menoch. de praesumt. Lib. I. Qu. 2. nr. 1 — 3. Leyser Spec. 260. Med. 7.

p) L. 25. C. de probat. c. 11. 12. 13. X. de praesumt.

q) L. 19. C. de rei vind. L. 21. C. de probat.

handen ist, ihre Wirklichkeit zu glauben. Derjenige, welcher behauptet, daß sich eine Naturbegebenheit zugetragen habe, die Rechte bewirkt, daß eine einseitige Handlung vorgenommen, ein Vertrag geschlossen worden, daß eine Gewohnheit die Streitigkeit entscheide; daß eine Person oder Sache sich in einem ungewöhnlichen Verhältnisse oder Verbindung befinde, muß diese Sätze, wenn er Rechte und Verbindlichkeiten daraus herleiten will, erweisen; es wäre denn, daß das Vorgeben ganz oder zum Theil von einem solchen Grade der Wahrscheinlichkeit unterstützt wird, den die Gesetze, bis das Gegentheil erwiesen worden, für Wahrheit annehmen, oder daß der Satz zu den unerweislichen Sätzen gehöre. Ich glaube nicht, schreibt der Hr. v. Tevenar r), daß eine zuverlässigere allgemeine Regel, wer den Beweis übernehmen müsse, als die angegebene, aufgestellt werden könne. Cocceji s) schreibt zwar: ei incumbit probatio, qui, quod in lite et dubium est, affert in iudicium; allein die Frage: wer den Beweis führen müsse, läßt sich nach dieser Regel nicht mit Gewißheit entscheiden, weil es an der Bestimmung fehlt, was eigentlich zweifelhaft sey; daher die Erläuterung hinzugefügt werden muß, daß Thatsachen, willkührliche Begebenheiten und Eigenschaften einer Sache, oder ungewöhnliche Verhältnisse darunter verstanden werden. Einige Rechtslehrer machen es zwar zu einer Regel, daß der Kläger den Beweis führen müsse; da aber die Beweisführung nicht von der Beschaffenheit der Partheyen, ob sie Kläger oder Beklagte sind, sondern von der Natur des Geschäfts und von dessen Verhältnissen abhängt, so kommen bey dieser Regel so viel Ausnahmen vor, daß sie für gar keine allgemeine Regel gehalten werden kann.

Der

r) von Tevenar in der Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 26.

s) Henr. Coccejii D. de directa probatione negatiuae, cap. 3. §. 2.

Der Beweis wird durch ein sogenanntes Zwischenurtheil aufgelegt, und hierüber verdienen hauptsächlich folgende Grundsätze Aufmerksamkeit. — So oft nach geendigtem ersten Verfahren die Sache zu einer Definitivsentenz nicht reif ist, so oft muß durch ein Zwischenurthel auf Beweis und Gegenbeweis erkannt werden. Bey Abfassung dieses Erkenntnisses hat der Richter I) in Ansehung der vor der Einlassung vorgeschützten Einreden das Nöthige zu verfügen, und sodann muß er II) bestimmen, wem der Beweis obliege, und was derselbe darzuthun habe. Hierbey kommt es auf folgende Umstände an, ob nämlich 1) die Einlassung eine bejahende ist, mit angehängten zerstörlichen Einreden. Hier muß der Regel nach der Beklagte diese Einreden erweisen, und es heißt im Urthel: dieweil Beklagter auf die Klage geantwortet, und derselben geständig, darneben aber zerstörliche Ausflüchte vorgeschützt hat; so ist er dieselben binnen Ordnungsfrist, wie Recht, zu erweisen schuldig; dawider dem Kläger der Gegenbeweis, beyden Theilen die Eydeszuschiebung und andere rechtliche Nothdurft vorbehalten wird. Im Wesentlichen ist das Erkenntniß immer das nämliche, es mag von der Klage und den Einreden, oder den Repliken und Dupliken, Tripliken und Quadrupliken die Rede seyn. Wenn z. B. eine eigentliche Replik gebraucht worden, so könnte es im Zwischenurthel heißen: Dieweil Beklagter auf die Klage geantwortet, und derselben geständig, aber die Einrede des Vergleichs vorgeschützt, Kläger aber inzwischen darauf, daß der Vergleich nur zum Schein geschlossen worden, erwiedert; so hat es bey ersterem noch zur Zeit sein Bewenden, es ist aber, in Ansehung des letztern, Kläger den Grund seines vorgebrachten replikativischen Vorgebens binnen Ordnungsfrist, wie Recht, zu erweisen schuldig, dawider dem Beklagten u. s. w. [t]). 2) Ist die Einlassung



t) Hr. Reg. Rath Danz im ordentl. Proceß, S. 366. der 3ten Ausgabe.

eine ganz verneinende, so wird die Last des Beweises, der Regel nach, auf den Kläger gewälzt, und es heißt im Urthel: Dieweil der Beklagte auf die Klage geantwortet, und derselben nicht geständig, so ist Kläger den Grund derselben binnen Ordnungsfrist, wie Recht, zu erweisen schuldig, dawider dem Beklagten u. s. w. 3) Ist die Kriegsbefestigung eine vermischte, so liegt ebenfalls, der Regel nach, dem Kläger der Beweis ob, daher erkannt wird: Dieweil der Beklagte auf die Klage geantwortet, und derselben nicht allenthalben geständig; so ist Kläger den Grund derselben, und so viel ihm davon verneinet worden, binnen Ordnungsfrist zu erweisen schuldig, dawider dem Beklagten u. s. w. Hat sich der Kläger oder der Beklagte den Gegenbeweis ausdrücklich ausbedungen, so heißt es im Urthel in der Stelle, die vom Gegenbeweise handelt, bedingter Gegenbeweis.

Die eben angeführten Regeln, wem der Beweis aufzulegen sey, sind keinesweges als in allen und jeden einzelnen Fällen anwendbar anzusehen; es muß vielmehr die Bestimmung der Frage: wem liegt der Beweis ob? aus der Natur einer jeden einzelnen Klage, Einrede, Replik, Duplik u. s. w. hergenommen werden. So viel kann man im Allgemeinen behaupten, daß hierbey weder der Stand des Klägers, noch derjenige des Beklagten etwas entscheidet, sondern daß vielmehr derjenige streitende Theil, der ausdrücklich oder stillschweigend den Grund seiner Behauptung auf eine streitige Thatsache, sie sey bejahend oder verneinend, setzt, und diesfalls keine Vermuthung, oder wenigstens die schwächere für sich hat, sein Anführen, wenn solches vom Gegentheile geleugnet wird, und es auf die Entscheidung der Sache Einfluß hat, der Natur der einschlagenden Proceßart gemäß, zu beweisen oder zu bescheinigen verbunden ist u). Unerhebliche Umstände geben

u) Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen, §. 42. 43. Schierschmidt allgemeine Regel, welche von

geben nie einen Gegenstand des Beweises ab; denn dieser betrifft nur solche streitige Veränderungen des Zustandes der Personen und Sachen, mithin solche Begebenheiten, Eigenschaften und Verhältnisse, von deren Existenz und Wahrmachung die An- und Zuerkennung eines Rechts abhängt. Es scheinen mehrere Gesetze x) der Behauptung, man sey zum Beweise eines verneinenden Satzes nicht verbunden, entgegen zu seyn, worauf sich der Herr von Leyser y) und mehrere Rechtsgelehrte berufen; allein diese Gesetze beweisen nichts, und sind der Natur der Sache und andern deutlichen Gesetzen z) entgegen; nur muß vorausgesetzt werden, daß der zu beweisende Satz auf irgend eine Art bestimmt sey; denn ein ganz unbestimmt verneinender Satz läßt sich eben so wenig beweisen, als ein ganz



von den streitenden Partheyen den Beweis zu übernehmen habe, Erlangen 1754. Bern. Specht Diss. de insufficientia probandi regulae; affirmanti incumbit probatio, deque alia in eius locum substituenda, Hal. 1787. Klübers kl. jurist. Bibliothek, 17tes Stück, Nr. 15. S. 61.

x) L. 23. C. de probat. L. 10. C. de non num. pec. c. 11 et 12. X. de probat. c. 23. X. de elect. c. 5. in fine X. de renunc. c. 1. de conf. in 6to. c. 3. X. de causs. poss. et propr.

y) Leyser Spec. 255. Med. 1 sqq.

z) L. 25. pr. et §. 4. D. de probat. L. 14. C. de transact. c. 14. X. de fide instr. Henr. Cocceii D. de directa probatione negatiuae, Witteb. 1698. Samuel de Cocceii in iure ciuili controv. Lib. XXII. tit. 3. qu. 6. Boehmer in iure Protest. Lib. II. tit. 19. §. 3 – 13. Ge. Lud. Boehmer in Princ. iur. canon. §. 776. Schavmbvrg in Princ. Prax. iurid. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 1. §. 4. Io. Trier D. de onere probandi negantibus competente, Francof. 1778. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen, §. 42. Note 3. Ernst Christ. Westphal von dem rechtlichen Beweise einer Verneinung; in den Hällischen wöchentlichen Anzeigen, 1780. Nr. 36. 37. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses, §. 248 folg.

unbestimmt bejahender. Gegen den Beweis eines verneinenden Satzes findet ohne Zweifel auch Gegenbeweis statt [a]).

Sollte der Beweissatz nicht schon an sich selbst aus den Acten ganz klar und völlig bestimmt seyn, so sind die gewöhnlichen allgemeinen Ausdrücke, z. B. Kläger solle den Grund seiner Klage erweisen, keinesweges hinreichend, sondern es muß der zu beweisende Satz in dem Urthel ausdrücklich und ganz bestimmt vorgeschrieben werden. Unterläßt der Richter diese Bestimmung, so wird der Beweis in der Folge oft schwankend, weitschweifig und so unbestimmt, daß es öfters nach dem größten Zeitverlust und vielem Kostenaufwande ein unauflösliches Räthsel bleibt, was die Partheyen haben beweisen wollen [b]). Sobald das über den Beweis abgefaßte Zwischenurthel die Rechtskraft beschritten hat, kann der Richter nunmehr den bey Auflegung des Beweises begangenen Fehler nicht mehr verbessern; es wäre denn, daß er solche Thatsachen in den Beweissatz aufgenommen hätte, die zur Entscheidung der Sache offenbar ganz und gar nichts beytragen [c]).

Das Beweisthema kann 1) allgemein und unbestimmt angegeben werden, indem es heißt: Daß der Grund der Klage und der Einwendungen, auch was davon geleugnet worden, erwiesen werden solle, welches bey den mehresten Fakultäten und Gerichtshöfen geschieht. Es kann solches II) auf die Verbindlichkeit, auf die einseitige Handlung, oder den Vertrag, worauf sich das behauptete Recht, oder die Freyheit gründet, oder auf das Sachen-

a) C. Fr. Elsaesser (sub nomine Franc. Krohn) Diss. exhibens selecta capita de probationibus et reprobationibus, Erlang. 1782. §. 31. sqq.

b) Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen, §. 53. Hr. v. Tevenar in der Theorie vom Beweise, S. 179 flg.

c) Car. Fr. Elsaesser in cit. Diss. §. 21.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0558
DFG

Sachenrecht gerichtet, und dem Beweisführer die Wahl und die Freyheit überlassen werden, die Gründe, Begebenheiten und Facta näher anzuzeigen, woraus die Wirklichkeit und die Verbindlichkeit der einseitigen Handlung, des Vertrags, oder des Sachenrechts folgen soll, und diese Facta durch den Beweis außer Zweifel zu stellen; z. B. α) in Schwängerungssachen, daß Beklagter Vater von dem Kinde sey, womit die Klägerin den 1. April 1801. niedergekommen; oder wenn man den Beweis auf Facta richten will, daß Beklagter vor neun Monaten, oder kurz vor oder nach 9 Monaten vor der Klägerin Niederkunft sich fleischlich mit ihr vermischt habe; β) wenn actio praeiudicialis affirmatiua angestellet, und der behauptete Stand geleugnet worden, so kann der Beweis allgemein bestimmt werden, daß Klägerin der Beklagtin Tochter sey; γ) in Schenkungssachen, daß Ulysses der Klägerin das Haus durch eine Schenkung unter den Lebendigen überlassen habe. Das Beweisthema kann III) auf die Gründe, verschiedene einzelne Facta, oder Begebenheiten gestellt werden, woraus einzeln, oder zusammen genommen, die Verbindlichkeit, das persönliche Recht, oder das Sachenrecht, oder eine Freyheit folgen soll; z. B. in den vorhin bemerkten Fällen, daß α), wie die Klägerin mit grünem Futter nach Johannis 1800. nach Hause gekommen, Beklagter ihr solches vom Kopfe geworfen, sie auf die Erde gelegt, und sich fleischlich mit ihr vermischt, auch diese Vermischung auf dem Bette in der Stube wiederholt habe, und überhaupt in dem ganzen Hause kein Ort sey, wo er nicht Unzucht mit ihr getrieben habe; β) daß Beklagte, außer den Kindern, die noch am Leben, noch eine Tochter taufen lassen, die den Namen: Marie Claudine, erhalten, und sie diese Tochter hiernächst unter einem andern Namen in ein Hospital gebracht, von da sie nach Canada in Amerika gekommen, wo sie sich in ihrem 18ten Jahre verheyrathet habe; oder daß Klägerin die Person sey, welche die Beklagte in das Hospital gebracht, und daß der Beklagten Schwiegersohn, auch viele andere Personen, die Kenntniß

von

von der Familie haben, die Klägerin für des Beklagten Tochter anerkannt hätten; γ) daß Ulysses dem Kläger allezeit sehr gewogen, sich gegen andere verlauten lassen, daß er ihm sein Haus schenken wolle, auch vor vielen Jahren die Schenkungsurkunde aufsetzen lassen, solche aber bey einer Feuersbrunst verlohren gegangrn, und Ulysses nach der Zeit sich mündlich gegen den Beklagten erklärt habe, daß er dem Kläger das Haus geschenkt.

Die erste Art, wo der Beweis ganz unbestimmt aufgelegt wird, ist sehr verwerflich. Irrelevante Artikel und Beweisführungen können in diesem Falle nicht vermieden werden. Wenn auch der Richter, nach der Bemerkung des Mevius, von seinem officio nobili Gebrauch machen, und die unerheblichen, unzulässigen Artikel aussuchen, auch darüber keine Beweisführung gestatten will, so werden sich doch die Advokaten bey dergleichen Verfügungen nicht beruhigen, sondern Rechtsmittel einwenden, wodurch der Proceß gar sehr verlängert werden muß.

Der letzte Weg, den Beweis auf verschiedene Gründe, einzelne Facta und Begebenheiten zu richten, hat zwar die Vortheile, daß dadurch die Beweisführungen simplificiret, und auf etwas Bestimmtes eingeschränkt, auch das künftige Definitiverkenntniß erleichtert wird; imgleichen daß hiernächst wegen des streitig gewesenen persönlichen oder Sachenrechts, aus andern Gründen von neuem geklagt werden kann. Dahingegen bestehen die Unbequemlichkeiten hauptsächlich darin, daß die Partheyen sich selten bey dergleichen detaillirten Beweisbestimmungen beruhigen, sondern Rechtsmittel einwenden; auch wirklich öfters Einschränkungen, Erweiterungen und Zusätze zu dem vorigen Urthel in den folgenden Instanzen gemacht werden, wodurch der Proceß langwierig und kostbar werden muß.

Die vorzüglichste Methode, den Beweis zu bestimmen, scheint daher der zweyte Weg zu seyn; wenn der Beweis allein auf die Verbindlichkeit, auf das Personenrecht, oder auf das Sachenrecht, oder auf den eigentlichen Streitpunkt gerichtet wird. Der Richter kann bey dieser Bestim-

Bestimmung nicht so leicht fehlen, als wenn er den Beweis über verschiedene Gründe, einzelne Facta oder Begebenheiten eröffnet. Den Sachwaltern fehlt es in diesem Falle an rechtlichen Gründen, sich über die Form des Beweises zu beschweren, und Rechtsmittel zur Hand zu nehmen, da ihnen durch das Beweisurthel die freye Wahl in Ansehung der Gründe, einzelner Handlungen und Begebenheiten, woraus sie ihre Rechte herleiten wollen, nicht entzogen worden. Es scheint, daß, wenn die Richter diesem Vorschlage in allen Fällen folgten, der vierte Theil der Rechtsmittel wider den aufgelegten Beweis wegfallen würde. Die Ausnahmen von dieser Regel lassen sich nicht allgemein bestimmen, sondern müssen der Einsicht des Richters überlassen werden.

Die Streitfrage, worauf alles ankommt, und die sich aus dem Verhältniß der Forderung, aus den Einwendungen, und aus den Haupt- und Nebenumständen, die behauptet und geleugnet worden, ergiebt, muß beym Proceß, so wie bey gelehrten Streitigkeiten, festgesetzt, und dieses Beweisthema, so viel möglich, auf einfache Sätze, auf Handlungen, Gesetze und Naturbegebenheiten, die eine Verbindlichkeit zuwege bringen, oder davon befreyen, reducirt werden. Die Römer haben dem Proceß dadurch eine Direction gegeben, daß die Richter die Art der Klage und der Einwendungen bestimmen mußten; die neuern Gesetzgeber fehlten aber darin, daß sie die Wahl der Klage und der Einwendungen, der Willkühr des Klägers und des Beklagten überließen. Sie hätten bey dieser Einrichtung auf ein anderes Mittel bedacht seyn sollen, den Proceß zu dirigiren, den Ausschweifungen der Partheyen vorzubeugen und zu verhüten, daß sie sich nicht selbst und den Richter in der Irre herumführen; wozu die richtige Bestimmung des Beweises durch Zwischenurthel das schicklichste Mittel zu seyn scheint. Diese Bestimmungen recht zu treffen, die rohen Materialien der Klage und der Einwendungen gut zu bearbeiten, das Erhebliche von dem Unerheblichen zu säubern, Facta, Gründe und das Recht

in

in die richtige Stellung zu bringen, und einen rechten Grund zu der kürzesten Beendigung des Processes zu legen, ist die Sache des Verstandes, des Scharfsinns und der Erfahrung. Es lassen sich wenig allgemeine Regeln angeben, wie ein solches Zwischenurthel in jedem einzelnen Falle abgefaßt werden kann. Die Hauptsache beruhet auf einer deutlichen Uebersicht der Klage und der Einwendungen; auf einer richtigen Bestimmung der Streitfrage und des einfachen Satzes, worauf die ganze Streitigkeit ankommt; auf einer gründlichen Kenntniß der Geschäfte und der kurrenten Rechte. Der Beweis kann

I) über besondere Facta und solche Eigenschaften und Verhältnisse der Sache, auch Begebenheiten und Thatsachen eröffnet werden, woraus das behauptete Recht, nach richtigen Rechtsregeln, folgt; z. B. daß Jemand das Recht an einer Sache durch eine Erbschaft, Kauf, Tausch oder Verjährung erhalten, oder seit 30 Jahren auf der Feldmark gehüthet habe; das Beweisthema muß in diesem Falle nicht zu niedrig oder schief gestellt, sondern demselben die rechte Höhe gegeben werden; damit, wenn die Punkte, worauf solches gerichtet, erwiesen worden, das ganze Verhältniß der Sache übersehen werden kann; oder

II) auf das Recht selbst; z. B. auf das Eigenthum, Hüthungsrecht u. s. w. oder auf die Befreyung von einem Rechte gerichtet, und dem Beweisführer die Wahl der Thatsachen und Begebenheiten, woraus er solches herleiten will, überlassen werden.

Die Regeln, wie dingliche und persönliche Klagen einzurichten, finden auch bey der Bestimmung des Beweises statt. Bey einer dinglichen Klage hat der Kläger die Wahl, ob er α) sich blos auf das Recht, auf das Eigenthum, auf eine Dienstbarkeit gründen, oder ob er β) zugleich den Titel und die Handlungen anführen will, wodurch er dieses Recht erlangt hat. Bey einer persönlichen Klage ist es nicht hinlänglich, wenn der Kläger anführt, der Beklagte sey ihm 100 Rthlr. schuldig, sondern er muß zugleich anzeigen, aus welchem Geschäfte

schäfte diese Schuld herrührt. Wenn von einer persönlichen oder Sachenhülfe die Rede ist, so muß das Versprechen oder die Handlung, z. B. daß Einer dem Andern mit seiner Person oder mit seinem Vermögen Hülfe geleistet, dessen Sachen verwaltet, und er deswegen Kosten gehabt habe; daß ein Ehe- Kauf- Pacht- und Miethvertrag u. s. w. geschlossen, auch dabey die in den Gesetzen vorgeschriebenen Formalitäten beobachtet worden, erwiesen werden; weil persönliche Rechte nicht füglich von dem Titel, von der einseitigen Handlung, von dem Vertrage, oder Gesetze, woraus solche entspringen, und womit sie gleichsam verwebt sind, getrennt werden können; daher der Beweissatz, daß Einer dem Andern etwas schuldig sey, zu allgemein abgefaßt seyn würde; sondern es muß zugleich das Geschäfte, die einseitige Handlung, oder der Vertrag, z. B. das Darlehn, Kauf, Tausch u. s. w. woher die Schuld rührt, angegeben werden. Uebrigens ist es nicht nöthig, im Beweisurthel den Beweis auf die Glieder der Kette, auf die einzelnen Handlungen, woraus das Geschäfte entstanden ist, zu richten; sondern diese Wahl kann dem Beweisführer überlassen werden.

Bey dinglichen Rechten kommt es darauf an, ob der Kläger das Sachenrecht überhaupt, z. B. das Erbrecht, die Servitut, das Hüthungsrecht u. s. w. oder eine oder mehrere besondere Quellen und Titel, wodurch er dieses Recht erlangt hat, z. B. einen letzten Willen, eine Schenkung, einen Kauf, Tausch u. s. w. zum Gegenstande seiner Klage macht. Im ersten Falle ist der Beweis auf das Recht, daß ihm das Eigenthum, Erbrecht, Hüthungsrecht u. s. w. zustehe; im letztern Falle aber auf den besondern Titel, wodurch er das Eigenthum, Erbrecht, Hüthungsrecht u. s. w. erlangt hat, zu richten.

Der Richter kann sich bey der Bestimmung des Beweises weniger irren, wenn er solchen auf die einseitige Handlung, oder den Vertrag, woraus das Recht hergeleitet wird, oder auf das behauptete Sachenrecht richtet, als wenn er sich auf besondere Facta einläßt, und ihren Beweis-

weis verlangt. Wenn der Titel des Rechts nicht deutlich genug in der Klage bezeichnet worden, oder der Kläger sich auf ein verwickeltes zusammengesetztes Geschäfte, oder auf mehrere Titel, Facta und Begebenheiten zugleich gründet, so ist es rathsam, den Beweis nicht auf die verschiedenen Titel, Facta, oder verschiedene Alternativen, sondern auf das Recht selbst zu richten, und den Umriß des Beweises nicht zu enge zu zeichnen; es auch dem Kläger zu überlassen, den Beweis zu richten, auf welchen Titel und auf welche Facta er will, auf einen Kauf, ein Miteigenthumsrecht, einen letzten Willen, eine Verjährung u. s. w. damit keine unnützen Rechtsmittel gebraucht werden, auch, wenn der Beweis nur auf einen gewissen Titel oder Thatsachen gestellt worden, der Kläger aber in der Beweisantretung den Beweis zugleich auf einen andern Titel oder Handlungen richtet, bey der Definitivsentenz keine Spannungen entstehen. Wenn einer wegen einer Hypothekforderung den dritten Besitzer in Anspruch nimmt, der Besitzer führt aber viele Facta an, woraus folgen soll, daß sich der Kläger seines gehabten Hypothekenrechts begeben habe, und sich allein an die Person des Schuldners halten müsse, so muß der Beweis nicht auf die einzelnen Facta, sondern nur auf den Satz, daß sich Kläger seines Hypothekenrechts an dem Grundstücke begeben habe, gestellt werden. Wenn die Beweisführung auf Specialfacta gerichtet wird, so kann zwar dadurch in vielen Fällen die Beweisführung eingeschränkt und simplificirt, auch das Definitiverkenntniß erleichtert werden; dahingegen beruhigen sich die Partheyen selten bey einem solchen detaillirten Beweisurthel, sondern treiben die Sache durch alle zulässige Instanzen. Ungeschickte Sachwalter beschweren sich oft, daß ihnen nur der Beweis der Ueberfahrt, des Hüthungsrechts u. s. w. eröffnet, aber nicht zugleich nachgelassen worden, diesen Beweis durch die Verjährung zu führen; die Appellationsrichter müssen aber auf dergleichen Beschwerden keine Rücksicht nehmen, weil der Beweis des Rechts alle Titel, mithin auch die Verjährung umfaßt.

Bis-

Bisweilen sind viele Umstände, viele Alternativen, die nicht füglich unter einen Hauptsatz gebracht werden können, vom Kläger, oder Beklagten angeführt worden, von denen schon eine einzige, wenn sie bewiesen ist, die Klage, oder die Einwendungen erheblich machen würde. Dieser Fall tritt z. B. ein, wenn die Frau in der Ehescheidungsklage anführt: daß ihr Mann Ehebruch getrieben; sie mit Schlägen grausam behandelt; daß er grobe Verbrechen begangen habe, u. s. f.; oder, wenn sich Jemand auf einen Vertrag, zugleich aber auch auf den Vortheil gründet, den er dem Andern durch seine Handlungen, oder durch sein Vermögen bewirkt hat; oder wenn er das Recht aus mehrern Quellen, aus einseitigen Handlungen, Verträgen und Gesetzen hergeleitet hat. In allen Fällen dieser Art wird zwar der Beweis über sämmtliche Umstände oder Gründe des behaupteten Rechts eröffnet; gleichwohl trennt man doch die Ehe, oder erkennt sonst, was den erwiesenen Thatumständen gemäß ist, wenn auch nur eine von diesen Alternativen erwiesen worden. Ist ein Vorzugsrecht behauptet worden, und es folgt dasselbe nicht aus dem Geschäfte selbst, sondern aus andern Umständen und Verhältnissen, so müssen letztere ebenfalls dargethan werden. Haben Zeit und Ort, wenn und wo das Geschäfte vorgenommen worden, oder das Versprechen geschehen ist, imgleichen die Nebenumstände, die dabey vorgefallen sind, auf die Verbindlichkeit keinen Einfluß, so muß der Beweis nicht mit darauf gerichtet werden, z. B. daß Beklagter sich mit der Klägerin in der untersten Etage, in der Stube linker Hand, in dem Bette hinter der Thür, mit den bunten Vorhängen, worauf die Geschichte von Adam und Eva gestanden, fleischlich vermischt habe, u. s. w. Noch weniger darf der Beweis auf gewisse Beweismittel, wodurch solcher geführt werden soll, z. B. durch Zeugen, Urkunden, den Eyd u. s. w. eingeschränkt werden.

Wird das persönliche Recht aus einer einfachen Begebenheit, Handlung oder Vertrag hergeleitet, so findet die Bestimmung des Beweises keine Schwierigkeit; wenn

aber die behaupteten Rechte und Verbindlichkeiten ein Product verschiedener Vordersätze, z. B. Thathandlungen, Begebenheiten und Gesetze sind, und der Kläger sich auf verwickelte, zusammengesetzte Geschäfte, oder auf mehrere Titel des Rechts zugleich gründet, so kann leicht bey der Bestimmung des Beweises, wenn solcher nicht nach obigen Grundsätzen generalisirt wird, gefehlt, und zu viele, oder zu wenige Vordersätze angegeben, und solche unrichtig bestimmt werden.

Die Frage: welche Umstände der Klage und der Einwendungen erheblich sind, oder nicht? was daraus folgt, und was von beyden Theilen erwiesen werden muß? auch die verschiedenen Alternativen, die unter keinem einfachen Hauptsatze begriffen sind, richtig zu bestimmen, die rechte Seite zu treffen, der Sache die kürzeste Einleitung zu geben, daß das künftige Erkenntniß aus dem geführten oder nicht geführten Beweise von selbst folgt, erfordert bey Ausmittelung der Quelle, woraus die in Zweifel gezogenen Rechte und Verbindlichkeiten eigentlich herrühren, wie auch bey der letztern Zergliederung und Simplificirung, imgleichen bey der Beurtheilung des Products, das daraus entsteht, wenn die Behauptungen ganz oder zum Theil erwiesen worden, in verschiedenen Fällen, z. B. in Verbürgungen, Gewährsleistungen, Cessionen, Assignationen, simulirten Handlungen, jüdischen Geschäften, oder wenn von mittelbaren Verbindlichkeiten die Rede ist, die nicht unmittelbar aus Thatsachen oder Gesetzen folgen; oder wenn, durch die Verwendung einer Sache, eines Andern Vortheil gestiftet worden, mehr Kenntniß, Erfindung und Uebersicht, als wenn nach geführtem Beweise beurtheilt werden soll, ob solcher vollständig geführt worden oder nicht; weil dabey der Grund der Klage und der Einwendungen, die besondern Umstände, das Recht, das daraus folgt und nicht folgt, der einfache Satz, worauf die ganze Streitigkeit beruht, in das rechte Licht gesetzt, und der Gang des Processes schon zum Voraus in Erwägung gezogen, und demselben die rechte Richtung gegeben werden muß.

muß. Daher kommt es, daß über diese Frage, insonderheit wenn die Beweissätze nicht allgemein bestimmt, sondern auf einzelne Facta gerichtet worden, in den folgenden Instanzen mehr reformatorische Erkenntnisse, als über die Frage: ob der Beweis geführt sey, oder nicht? erfolgen.

Ein Richter muß bey dem Definitiverkenntniß nicht zu strenge an den Worten des Beyurthels auf Beweis und Gegenbeweis kleben, weil die Bestimmung der Beweissätze nur die Absicht hat, den Ausschweifungen vorzubeugen, und eine Anleitung zur Beweisführung zu geben; daher, wenn die Irrelevanz, oder Ueberflüssigkeit des ganzen Beweises, oder einiger Umstände, worauf der Beweis mit gerichtet worden, sich erst nach der Beweisführung ergeben, diese Umstände keine Wirkung auf das Definitiverkenntniß haben können; weil sonst mancher fato processus um sein Recht kommen würde, wie man aus folgendem Beyspiel sehen kann. — Der Besitzer eines trockenen, auf die Person des Ausstellers gerichteten Wechsels über 500 Thaler, der erst nach einigen Monaten zahlbar war, auch vielleicht zur Verfallzeit nicht ohne processualische Weitläuftigkeit eingezogen werden konnte, brauchte Geld, und suchte einen Käufer zu diesem Wechsel, und indossirte solchen an einen Dritten, der 400 Thaler dafür bezahlte. Nach einiger Zeit reuete es den Indossanten, daß er bey diesem Geschäfte 100 Rthlr. verlohren hatte, und glaubte berechtigt zu seyn, die 100 Thaler, die er weniger erhalten, als die Summe des Wechsels betrug, von dem Indossaten nachfordern zu können, weshalb er ihn in Anspruch nahm. Der Beklagte schützte vor: daß, weil er aus mancherley Ursachen Bedenken getragen, den Wechsel für den Betrag der 500 Thaler anzunehmen, und dem Kläger diese Summe dafür zu bezahlen, letzterer ihm solchen für 400 Thaler verkauft habe. Kläger leugnete, daß er dem Beklagten den Wechsel für 400 Thaler verkauft; der Handel sey kein Kauf, sondern nur ein Indossament gewesen.

Nach dem Verhältniß dieses Geschäfts hätte der Kläger sogleich mit der Klage abgewiesen werden müssen, weil er nicht behauptet, daß er dem Beklagten nur Vollmacht gegeben, den Wechsel für ihn einzuziehen; oder er nur ein Indossament pro cura ausgestellt, oder Beklagter versprochen habe, die 100 Thaler, die derselbe ihm weniger für den Wechsel gegeben, als die Summe, worüber der Wechsel ausgestellt worden, betragen, nachzuzahlen; vielmehr selbst eingeräumt, daß er den Wechsel über 500 Thaler auf Beklagten, gegen Bezahlung von 400 Thalern, ohne einigen Vorbehalt, indossirt habe; das Indossament eines Wechsels aber, so wie die Cession einer Activpost, als ein Verkauf des Wechsels, oder der Activpost, anzusehen ist [d]). Der Richter legte, dieser Gründe ungeachtet, dem Beklagten den Beweis auf, daß er den Wechsel für 400 Thaler von dem Kläger erhandelt habe. Beklagter ließ dieses Erkenntniß rechtskräftig werden, und trat den Beweis durch einen Zeugen an, der bey diesem Geschäfte Unterhändler gewesen war. Der Zeuge sagte: daß Kläger den Wechsel auf Beklagten, gegen Bezahlung von 400 Thalern, indossirt habe; und obgleich dabey von keinem Kauf, oder Erhandeln, Erwähnung geschehen sey, so folge doch dieses aus dem Indossement von selbst.

Wenn man den geführten Beweis strenge nach den Worten des rechtskräftigen Zwischenurthels auf Beweis, hätte beurtheilen wollen; so hätte erkannt werden müssen, daß solcher nicht geführt worden sey, weil der Zeuge nicht behauptet hatte, daß von einem Verkauf, oder Erhandeln etwas gesprochen worden; Kläger hingegen bereits in der Klage gestanden, daß er den Wechsel auf den Beklagten indossirt habe, und demungeachtet auf Beweis erkannt worden. Weil der Beklagte Beweisgründe aus der Vernunft und aus der Natur des Geschäfts für sich hatte, so mußte in dem Definitiverkenntniß über den geführten Beweis

d) Leyser Spec. 202. Med. 2.

weis wieder in den rechten Weg eingelenkt, und Beklagter von der Klage entbunden werden, weil er sonst fato processus 100 Thaler verlohren haben würde, und im Preussischen, wo dieser Proceß geführt wurde, damals das Anastasianische Gesetz nicht galt.

Wenn es bey verwickelten Fällen, wie es bey den mehresten Gerichtshöfen hergebracht ist, den Partheyen überlassen wird, die Streitfrage zu bestimmen, und den Beweis über alles, was ihnen von dem Inhalt der Klage, oder von den weit hergesuchten dilatorischen und peremtorischen Einwendungen geleugnet worden, so wie sie es für gut finden, bey der Exceptionsschrift, Replik und Duplik zu führen; oder, nachdem die Schranken zu Führung des Beweises über die Klage, Einwendungen, wie auch des Gegenbeweises, durch Interlokute in allgemeinen Ausdrükken, ohne die Themata zu bestimmen, eröffnet worden, anzutreten, so wird der Proceß wüste, weitläuftig, verworren und kostbar. Angriff und Vertheidigung werden in einer dunkeln Nacht unternommen. Die Streitfrage wird gemeiniglich von den Partheyen aus einem verkehrten Gesichtspunkte, schief und schielend dargestellt; über unerhebliche Umstände und Einwendungen, die bey der Entscheidung keinen Einfluß haben, werden weitläuftige Beweise geführt; über unnütze Incidentpunkte, z. B. über die Erheblichkeit oder Unerheblichkeit der Beweisartikel verfahren, und darüber in verschiedenen Instanzen gestritten; viele Punkte aber, worauf es eigentlich ankommt, werden übergangen und in dem Beweise Lücken gelassen. Daher kann der Richter von den Beweismitteln, welche die Partheyen mit vieler Mühe und Kosten angeschafft haben, keinen Gebrauch machen, und er ist nicht im Stande, das bestrittene Recht daraus zu beurtheilen, sondern er muß zuvor den rechten Streitpunkt bestimmen, und die Beweisgründe, die solchen unterstützen oder widerlegen, abfordern, und das Beweisthema bestimmen. Es ist also die Unbequemlichkeit, die aus der Verfahrungsart entsteht, wenn zuvor die erweisenden Sätze durch Urthel bestimmt

werden, und daß oft in drey Instanzen über die Frage: was erwiesen werden müsse? und wer den Beweis zu führen schuldig sey? gestritten wird, mit der Verwirrung und Verzögerung des Processes in keine Vergleichung zu stellen, wenn den Partheyen bey der Replikschrift und Duplikschrift verstattet wird, durch den Augenschein, oder durch Zeugen Beweise zu führen, oder wenn dem Kläger oder dem Beklagten durch Interlokute über den Grund der Klage, oder über die Einwendungen überhaupt der Beweis eröffnet wird, ohne die Sätze, welche eigentlich erwiesen werden müssen, und wornach das künftige Definitiverkenntniß abgefaßt werden muß, zu bestimmen. Folgende Proceßgeschichte wird diese Bemerkung bestätigen.

Ein Mecklenburgischer Edelmann, Christian Wilhelm von Hahn, hinterließ vier Söhne und eine Tochter. In seinem Testament beschwerte er der Söhne Erbtheil mit einem Fideikommiß. Zwey von den Söhnen starben ab intestato, ohne Kinder. Die Tochter und ihre Erben forderten von dem noch lebenden Bruder, der die Verlassenschaft seiner verstorbenen Brüder an sich genommen, ihren Antheil von dieser Verlassenschaft. Beklagter behauptete, daß sich das Fideikommiß des Vaters nicht blos auf seine Verlassenschaft, sondern auch auf alles dasjenige, was seine Söhne erwerben würden, mithin auf derselben eigenes Vermögen erstrecke. Die ganze Verlassenschaft seiner verstorbenen Brüder sey daher als ein Fideikommiß anzusehen, das allein an die überlebenden Brüder gefallen sey, wovon die Schwester und ihre Kinder nichts verlangen konnten.

Die Kläger leugneten, daß sich das väterliche Fideikommiß auf das eigene Vermögen der Söhne erstrecke; der Vater habe ihnen nur den Rath gegeben, sich nicht in die väterlichen Fideikommißgüter zu theilen, sondern solche gemeinschaftlich zu benutzen. Nach geschlossenem Verfahren wurden die Akten an eine auswärtige Fakultät zum Spruch verschickt, welche nach dem gewöhnlichen Schlendrian

drian erkannte, und dazu in einem Styl, der nur Kennern von fehlerhaften Proceßordnungen recht verständlich ist, und der verdient, von Schauspielern lächerlich gemacht zu werden: daß Beklagter über die in der Klage angeführten Umstände, daß er sich seiner verstorbenen Brüder Verlassenschaft angemaßet, seine Wissenschaft und Wohlbewußt, nach der Kläger Eyd vor Gefährde, eröffnen, oder dasselbe im letzten Fall mit Beweis vertreten, Kläger aber den Grund der Klage, und so viel ihnen davon verneinet worden, erweisen sollen.

Hätte der Urthelsverfasser nur einen Augenblick an die Folgen dieses Erkenntnisses und an das eigentliche Thema gedacht, welches er von den Klägern zu erweisen verlangte, so würde das Erkenntniß ganz anders, und dahin ausgefallen seyn, daß Beklagter schuldig, den Klägern ihr Erbtheil von der brüderlichen Verlassenschaft, in so weit solche nicht als ein Fideikommiß aus der väterlichen Erbschaft auf sie gekommen, vermittelst eines Inventariums oder eines eydlichen Verzeichnisses heraus zu geben; weil Beklagter nicht geleugnet, daß er die Verlassenschaft seiner Brüder an sich genommen, und der Urthelsverfasser in den Entscheidungsgründen selbst den Satz angenommen, daß das väterliche Fideikommiß sich nicht auf das eigene Vermögen der Söhne erstrecke. Da die Kläger das Ungereimte dieses Erkenntnisses nicht einsahen, und es nicht bemerkten, daß ihnen dadurch weiter nichts, als ein Kampfplatz zu unzähligen unnützen Luftstreichen, nicht aber zur baldigen Beendigung der Sache, eröffnet worden, so ließen sie solches rechtskräftig werden, und traten selbstgewählte, weitläuftige Beweise, durch Zeugen, Urkunden und Eyde, so wie der Beklagte weitschweifige Gegenbeweise an. Die Instruction des Beweises und Gegenbeweises wurde durch alle mögliche Incidentpunkte über die Unerheblichkeit und Unzulässigkeit der Beweisartikel, über die Edition und Recognition der Briefschaften, über Manifestationseyde, über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wegen nachgeholter Beweismittel, u. dgl. die

durch verschiedene Instanzen getrieben wurden, seit 1725. bis 1751. aufgehalten. Nach geschlossenem Verfahren fand sichs, daß von dem geführten Beweise und Gegenbeweise kein Gebrauch gemacht werden könne, sondern seit 26 Jahren, mit Verlust von mehr als 1000 Thalern Kosten, vergeblich processiret worden; und Beklagter das Inventarium von seiner verstorbenen Brüder Vermögen, was sie außer dem auf ihn vererbten väterlichen Fideikommiß hinterlassen, übergeben, Kläger dawider Monita anbringen, und hiernächst erst Beweise und Gegenbeweise geführt werden mußten, worauf auch das Erkenntniß gerichtet wurde.

Hat derjenige Theil, welcher die Last des Beweises übernehmen muß, solchen durch die Eydeszuschiebung bereits angetreten, so wird über diesen Umstand im ersten Urthel gesprochen. Ist die Eydesdelation unzulässig, so wird sie für unstatthaft erklärt, und statt derselben auf andern Beweis erkannt, und heißt im Urtheil: Dieweil Beklagter auf die erhobene Klage geantwortet, und derselben nicht geständig, so ist Kläger den Grund derselben, weil die deshalben unternommene Eydeszuschiebung nicht statt hat, durch andere Beweismittel binnen Ordnungsfrist wie Recht zu erweisen schuldig, dawider dem Beklagten u. s. w. Findet die gebrauchte Eydeszuschiebung statt, und der Gegentheil hat sich bereits darüber erklärt, so wird nach Verschiedenheit der Fälle auf den angenommenen, oder den zurückgeschobenen Eyd, oder auf die Gewissensvertretung gesprochen. Wird auf die Leistung des angenommenen Eydes gesprochen, so heißt es im Urthel: Dieweil der Beklagte auf die Klage geantwortet, und deren nicht allenthalben geständig, so ist derselbe über dasjenige, was er davon verneinet, den ihm zugeschobenen und angenommenen Haupteyd, nach vorhergehendem Klägers-Eyd für Gefährde, zu schwören schuldig; ferner u. s. w. Erkennt der Richter auf die Leistung des zurückgeschobenen Eydes, so heißt es im Urthel: Dieweil Beklagter auf die Klage geantwortet, und deren nicht allenthalben geständig,

so

so ist Kläger den ihm über den 1. 2. und 3. Einlassungspunkt zurückgeschobenen Haupteyd zu schwören schuldig; ferner u. s. w. Bey der Gewissensvertretung heißt es im Zwischenurthel: Dieweil Beklagter auf die Klage geantwortet, und deren nicht allenthalben geständig, so ist er mit der anerbotenen Gewissensvertretung binnen Ordnungsfrist einzukommen schuldig; ferner darauf u. s. w. Ist die Eydesdelation zwar zulässig, der Gegentheil hat sich aber über dieselbe noch nicht erklärt, so wird nach dem gemeinen Rechte auf die Ablegung des Eydes, mit Vorbehalt der Zurückgebung und Gewissensvertretung erkannt, und es heißt im Urthel: Dieweil Beklagter auf die Klage geantwortet, und derselben nicht allenthalben geständig, Kläger aber die verneinten Punkte demselben ins Gewissen geschoben; so ist Beklagter den ihm zugeschobenen Eyd, nach vorgehendem Klägers-Eyd für Gefährde, abzuleisten, oder denselben, so weit solcher seine eigene Handlungen nicht betrifft, zurück zu geben, oder binnen Ordnungsfrist sein Gewissen mit Beweis zu vertreten schuldig; ferner u. s. w.

Hat das Beweisinterlokut die Rechtskraft beschritten, und haben beyde streitende Theile, oder einer derselben, dasjenige, was ihnen, oder ihm, in jenem vorerst noch zu besorgen aufgegeben worden, wohin z. B. die Berichtigung des Legitimationspunktes, die Bestellung der aufgelegten Sicherheit u. s. f. gehört [e]), gehörig berichtigt, ist also die Sentenz purificiret, so schließet sich damit das erste Verfahren in der Sache, und es geschieht nunmehr der Uebergang zum zweyten Hauptheile des Processes, nämlich zum Beweisverfahren.



e) Oelzen Anleitung zur gerichtlichen Praxis, §. 150 — 173. Claproths Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß, §. 195 — 214. Nettelbladts Anleitung zu der ganzen praktischen Rechtsgelahrheit, §. 720 — 723.

## §. 1155.

Der Beweistermin ist diejenige Frist, binnen welcher der Beweisführer seinen Beweis antreten muß; es geht also derselbe weder auf die Fortsetzung, noch auf die Vollendung des Beweises [f]), und er wird, nachdem entweder von dem Beweise oder von dem Gegenbeweise die Rede ist, in die eigentlich sogenannte Beweisfrist und in die Gegenbeweisfrist eingetheilt. Im gemeinen Rechte ist weder die eine, noch die andere festgesetzt worden, sondern man hat die Bestimmung beyder der richterlichen Willkühr überlassen [g]), jedoch suchte der Herr von Leyser das Gegentheil zu behaupten. Die L. 1. C. de dilat. handelt nicht vom Beweistermine selbst, sondern von der Erstreckung desselben. Das c. 1. de restit. spoliat. in 6to. setzet die Frist von 15 Tagen nur auf den Fall fest, wenn vom Beweise der Einrede des begangenen Spoliums die Rede ist. Im R. A. §. 50 und 54. wird die Bestimmung der Beweisfrist lediglich dem Ermessen des Richters überlassen [h]). Hieraus folgt, daß die Beweisfrist entweder durch besondere Landesgesetze, Proceßordnungen, Gerichtsgewohnheiten, oder durch die Vorschrift des Richters in einem jeden einzelnen Falle, oder durch den Vertrag der streitenden Theile bestimmt werden könne. Im ersten Falle nennt man die festgesetzten Beweisfristen Ordnungsfristen, termini probatorii legales, die aber der Richter ebenfalls aus rechtmäßigen Ursachen erstrecken darf, nur muß es zu rechter Zeit geschehen. Im zweyten Falle tritt die richterliche Willkühr ein, die entweder ganz uneingeschränkt

f) Wernher in Obs. Part. IV. Obs. 241. Nettelbladts Anleitung zur praktischen Rechtsgelahrheit, §. 278.

g) Io. Chr. Koch in Diss. de initio termini probatorii, Giss. 1725. §. 4. Leyser Spec. 258. Med. 2.

h) Iust. Hen. Boehmer in iure eccles. Lib. II. tit. 19. §. 13. Knorrs Anleitung zum gerichtl. Proceß, 1stes Buch, 9tes Hauptst. §. 2.

schränkt oder dadurch beschränkt seyn kann, daß durch Gesetze oder Herkommen mehrere Fristen bestimmt sind, wovon der Richter in einem jeden einzelnen Falle eine wählen muß; oder daß durch Gesetze oder Gewohnheiten ein gewisser Termin festgesetzt ist, den der Richter zwar abkürzen, aber niemals erweitern kann. In dem dritten Falle endlich hängt alles von der Verabredung der streitenden Theile ab [i]).

Ein jeder Beweistermin, er mag durch Gesetze oder von dem Richter bestimmt worden seyn, ist nach der einstimmigen Behauptung der Rechtsgelehrten, und vermöge eines allgemeinen Gerichtsgebrauchs eine Nothfrist, so daß, wenn auch gleich die Strafe des Verlusts nicht ausdrücklich und namentlich angedroht worden ist [k]), wiewohl der verstorbene Böhmer in Göttingen dieses leugnete [l]), doch der innerhalb derselben nicht angetretene Beweis, der Regel nach, in Absicht auf alle Beweismittel, selbst die Urkunden nicht ausgenommen, durch sich selbst schon dergestalt erloschen ist, daß es dieserhalb einer Ungehorsamsbeschuldigung gar nicht bedarf [m]). Weil die Richter nicht leicht, ohne den Beweisführer erst gehört zu haben, den Beweis für erloschen erklären, so ist es rathsam, auch üblich den begangenen Ungehorsam anzuklagen, den Ablauf der Beweisfrist anzunehmen, und dadurch den Richter entweder zu einem baldigen Urthel, oder doch

i) Koch in Diss. cit. §. 3.

k) Wernher Obs. Part. V. Obs. 76.

l) G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 778.

m) Mevius Part. VII. Dec. 36. Schavmburg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 1. §. 7. E. C. Schwalbe Disq. de illicita termino probatorio effluxo probatione per documenta, Tub. 1770. Ludovici Einleit. zum Civilproceß. Kap. 15. §. 11. Nettelbladts Anleitung zur praktischen Rechtsgelahrheit, §. 283. Estors Anfangsgründe des gemeinen und Rechtsprocesses, §. 258. 267.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0575 DFG

doch zu einem kurzen Verfahren über die Desertion des Beweises zu veranlassen [n]). Die präclusivische Kraft der Beweisfrist erstreckt sich übrigens blos auf die Beweisführungen der Partheyen, nicht aber auf diejenigen Mittel, die der Richter von Amtswegen brauchen kann, um hinter die Wahrheit zu kommen, nach der Regel: iudici nunquam praecluditur [o]). Nach der gemeinen Meynung der Rechtsgelehrten ist der Beweis durch Augenschein und Kunstverständige ebenfalls nicht an den Beweistermin gebunden, sondern man kann noch nach dem Beschluß der Sache, ja wenn bereits rechtskräftig darin erkannt worden ist, davon Gebrauch machen, weil ein Urthel, das durch die Evidenz des Factums selbst unstatthaft gemacht wird, die Rechtskraft nicht beschreiten kann [p]); jedoch behaupten einige Rechtslehrer [q]) das Gegentheil. Nach dem gemeinen Rechte kann selbst die Eydeszuschiebung, weil solche ein subsidiarisches Beweismittel ist, sowohl nach völlig schlecht ausgefallenem Beweise, als auch überhaupt nach Verfluß der Beweisfrist gebraucht werden, wie viele Rechtslehrer [r]) zu beweisen gesucht haben, denen aber andere

n) SCHAVMBVRG l. c. §. 8. Hofmanns teutsche Reichspraxis, §. 450.

o) Oelzen Anleitung zur gerichtl. Praxis, §. 177.

p) Hofmann a. a. O. §. 538. Oelzen a. a. O. Ludovici Einleitung zum Civilproceß, Kap. 22. §. 3. 5. Claproths bürgerl. Proceß, §. 222. MASCARD de probation. Vol. I. Qu. VIII. nr. 3–6. BERGER in elect. discept. forens. Tom. I. tit. XVIII. Obs. 1. not. 1.

q) Pet. MVELLER ad STRVVII Exerc. XXVIII. §. 14. not. c. nr. 21. HERTIVS in D. de inspectione oculari, §. 33. 34. in Opusc. Tom. III. pag. 149.

r) L. 12. C. de reb. credit. Nov. LXXIII. cap. 4. de PVFENDORF in Obs. Tom. I. Obs. 154. BRVNNEMANN ad L. 12. C. de reb. credit. nr. 14. Iul. Frid. MALBLANC doctr. de iureiurando, §. 53. HENNE Progr. de iurisiurandi delatione in omne parte iudicii licita, Erford. 1787. Strubens

rechtl.

dere Rechtslehrer widersprochen haben [s]). Alsdenn darf die Eydeszuschiebung in keinem Falle hier gebraucht werden, wenn der Beweis wider den Beweisführer ausgefallen ist, indem z. B. seine eigenen Zeugen wider ihn ausgesagt haben.

Weil die Beweisfrist eine peremtorische Frist ist, so muß der Beweis innerhalb derselben nach seinem ganzen Umfange angetreten werden, und nach ihrem Ablauf findet, der Regel nach, weiterer und besserer Beweis durchaus nicht mehr statt [t]). Diese Regel hat aber ebenfalls Ausnahmen [u]). Minderjährigen und denjenigen, welche mit ihnen gleiche Rechte genießen, sollten niemals zerstörliche Beweisfristen angesetzt, sondern vielmehr ihren Stellvertretern aus ihrem eigenen Vermögen zu entrichtende Geldstrafen angedrohet werden, weil dieses eines Theils der Billigkeit gemäß ist; andern Theils es sehr viel zur baldigen Beendigung der Processe beytragen würde, da jenen Personen am Ende doch, der Regel nach, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den versäumten Beweistermin nicht versagt werden kann.

Steht

rechtl. Bedenken, 1ster Thl. 164. Bedenk. Claproth a. a. O. §. 322. Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, Thl. 5. Nr. 281. Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtl. Einwendungen, §. 58. Not. 9.

s) SCHAVMBVRG l. c. cap. V. §. 6. Knorr a. a. O. Hauptst. 13. §. 3. Oelrzen a. a. O. Siebers Anleitung zum Proceß, §. 195. Nettelbladts Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrheit, §. 292.

t) SCHAVMBVRG in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. I. §. 7. Io. Fr. HERTEL Diss. de libertate mutandae probationis in Processu, Ien. 1735. Hofmanns teutsche Reichspraxis, §. 455. 458. 459. Estors gemeiner und Reichsproceß, §. 281. a. b. c. Nettelbladts juriſt. Praxis, §. 288. 289.

u) Authent. at qui semel C. de probat. NOV. XC. cap. 4. c. 46. X. de testib. Knorrs Proceß, 1stes Buch. 9tes Hptstck. §. 3. Ludovici Einleitung zum Civilproceß, Kap. 15. §. 41. 42. Hofmann a. a. O. §. 456. 457.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0577
DFG

Steht dem Anfang und der Fortschreitung des Beweistermins nichts im Wege, so fängt derselbe mit der Stunde an zu laufen, wo das Urthel auf den Beweis rechtskräftig wurde v). Andere Rechtsgelehrte halten den Tag des eröffneten Urthels auf Beweis für den Anfang der Beweisfrist, welche Meynung in einigen Proceßordnungen und Gerichten durch eine Observanz bestätigt worden ist x). Sollte der Richter schlechthin Beweis auferlegt, wegen der Frist aber, wo derselbe angetreten werden soll, gar nichts bestimmt, oder sich des allgemeinen Ausdrucks, binnen Ordnungsfrist, binnen gewöhnlicher, gehöriger Frist, bedient haben, so muß, wenn eine gesetzliche Frist bey diesem Gericht herkömmlich ist, diese darunter verstanden werden; ist aber dieses nicht der Fall, so findet der Beweis noch allemal statt, und wird durch keinen Zeitablauf, selbst durch denjenigen nicht, dessen in der L. 1. C. de dilat. gedacht wird, ausgeschlossen y). Faßt der Richter das Urthel auf Beweis selbst ab, so ist jener Fall selten, aber desto häufiger kommt er vor, wenn Juristenfakultäten oder Schöppenstühle das Beweisinterlokut gegeben haben. Hier muß nun der Richter bey der Publikation des Urthels einen bestimmten Beweistermin anberaumen, damit der Proceß dadurch abgekürzt wird. Haben die Partheyen, oder ihre besonders dazu bevollmächtigten Anwälde das den Beweis auflegende Urthel sogleich bey der Eröffnung

v) Leyser Spec. 258. Med. 4. Schavmburg Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap 1. §. 8. Koch Diss. de initio termini probatorii, §. 6. Estors gemeiner und Reichsproceß, 1ster Thl. § 264. Joh. Ludw. Schmidts hinterlassene Abhandlungen verschiedener praktischer Rechtsmaterien, 2ter Band, Leipz. 1793. Nr. 93.

x) Brunnemann in Proc. ciuil. cap. XVIII. nr. 14. Stryck in vsu mod. Lib. XXII. tit. III. §. 8. Hofmanns teutsche Reichspraxis, §. 450. Note f.

y) Leyser Spec. 258. Med. 3. de Pufendorf in Obs. Tom. III. Obs. 95. Koch in cit. Diss. §. 7.

nung desselben gebilligt, so fängt der Lauf des Beweistermins schon von dem Tage der geschehenen Publikation an [z]).

Ist das den Beweis auflegende Urthel, in sofern es den Beweis auf irgend eine Weise betrifft, dunkel und zweifelhaft, so kann die anberaumte Beweisfrist vor geschehener Erklärung dieses dunkeln Urthels nicht laufen, nach derselben aber fängt sie von dem Tage an, wo das erklärende Urthel die Rechtskraft beschritten hat [a]). Nicht selten geschieht es, daß in dem Beweisinterlokute der einen Parthey, oder auch allen beyden, vor der Beweisführung etwas zu besorgen aufgelegt wird, z. B. den Anwald gehörig zu legitimiren, oder Vorstand wegen der Proceßkosten zu leisten, u. d. g. Ist nun eine solche Auflage wider den Beweisführer selbst gerichtet, so wird der Anfang der Beweisfrist dadurch nicht herausgesetzt, damit er nicht von seiner eigenen Saumseligkeit Nutzen ziehe; trifft sie aber den Gegentheil, so kann auch der Beweistermin vor purificirtem Urthel nicht zu laufen anfangen [b]); doch giebt es Rechtsgelehrte, welche behaupten, der Beweistermin laufe in keinem Falle vor purificirtem Urthel [c]).

Durch die Einwendung eines suspensivischen Rechtsmittels gegen das den Beweis auflegende Urthel wird der Anfang der anberaumten Beweisfrist allerdings gehemmt; jedoch muß hierbey vorausgesetzt werden, daß 1) derjenige, der das Rechtsmittel eingewendet hat, dazu befugt war, und also keine an sich selbst nichtige Handlung unternahm;

2) daß

z) Stryck l. c. §. 8. Berlich Part. I. Concl. 38. nr. 14. Koch in cit. Diss. §. 10. Ludovici Einleit. in den Civilproceß, Kap. 15. §. 7.

a) Koch in cit. Diss. §. 8.

b) Leyser Spec. 258. Med. 7. 8. Koch in cit. Diss. §. 9. Knorr a. a. R. §. 8.

c) Schavmburg Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 1. §. 8. Ludovici Civilproceß, Kap. 15. §. 8. Wehrn von gerichtl. Einwendungen, §. 57.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0579
DFG

2) daß das Rechtsmittel innerhalb der zehentägigen Nothfrist gehörig eingewendet worden ist; 3) daß das eingewandte Rechtsmittel den aufgelegten Beweis mittelbar oder unmittelbar betrifft; 4) ob der Beweisführer selbst, oder sein Gegentheil zu einem Rechtsmittel seine Zuflucht genommen hat, ändert in der Sache selbst weiter nichts [d]).

Verwirft der Richter das gegen das Beweisinterlokut gebrauchte Rechtsmittel als unzulässig, so läuft die Beweisfrist von dem Tage an, wo das abschlagende Dekret rechtskräftig geworden ist. Hat der Oberrichter die bey ihm eingelegte Appellation nicht angenommen, sondern die gebetenen Appellationsprocesse abgeschlagen, so nimmt der Beweistermin nach Verlauf von zehen Tagen, von dem publicirten abschläglichen Dekret, oder von der Zeit an gerechnet, wo der Beweisführer von den abgeschlagenen Processen durch den Unterrichter, auf gesetzmäßige Weise, Nachricht erhalten hat, seinen Anfang [e]). Dem Beweisführer, der das von ihm gegen das Beweisinterlokut eingewandte Rechtsmittel desert werden lassen, läuft der Beweistermin von dem Tage an, wo jenes die Rechtskraft beschritten hat; ist also die angesetzte Beweisfrist in dieser Zeit vergangen, so darf, der Regel nach, kein Beweis geführt werden [f]). Hat der Gegentheil ein Rechtsmittel wider das Beweisinterlokut eingewandt, so fängt der Beweistermin mit dem Tage an, wo das über die Desertion abgefaßte Urthel rechtskräftig geworden ist [g]). Thut der Beweis-

d) Koch Diss. cit. §. 11. Hommel Rhapf. Obf. 46. Ludovici a. a. O. Kap. 15. §. 3. Claproths ordentl. bürg. Proceß, §. 215.

e) Koch in cit. Diss. §. 12. Leyser Spec. 258. Med. 6. Wernher in Obf. Part. VI. Obf. 293. Ludovici Civilproceß, Kap. 15. §. 5.

f) L. 5. §. 4. C. de tempor. et reparat. appellat. Esbach ad Carpzov. Part. I. Const. XVI. Def. 9. Richter Decis. CX. nr. 8.

g) Koch Diss. cit. §. 13.

Beweisführer selbst auf das von ihm eingewandte Rechtsmittel Verzicht, es geschehe ausdrücklich oder stillschweigend, so fängt die Beweisfrist mit dem Tage der geschehenen Entsagung an; begiebt sich aber sein Gegentheil, ausdrücklich oder stillschweigend, des eingelegten Rechtsmittels, so fängt die Beweisfrist von dem Tage an, wo dem Beweisführer von der geschehenen Verzichtleistung Nachricht gegeben worden ist [h]).

Wird das Beweisinterlokut in der zweyten Instanz bestätigt, so läuft die Beweisfrist nunmehr von dem Tage an, wo das bestätigende Urthel rechtskräftig geworden ist, wenn auch gleich die Akten an den Richter der ersten Instanz noch nicht remittiret worden sind [i]). Sollte der Beweis gar nicht angetreten werden können, wenn man die Gerichtsakten nicht hat, so kann die Beweisfrist erst mit dem Tage anfangen, wo dem Beweisführer von der geschehenen Remission der Akten gebührende Nachricht ertheilt worden ist [k]). Am besten handelt man, wenn man selbst in diesem Falle um Verlängerung der Beweisfrist bittet, die um so weniger verweigert werden kann, da dem Beweisführer auf alle Fälle die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ex capite impossibilitatis moralis et clausula Praetoris generali, gegen den abgelaufenen Beweistermin zu statten kommen muß [l]).

Was den Lauf der Beweisfrist betrifft, so werden in solche, da sie die Gesetze nirgends für eine nützliche Zeit in Ansehung des Laufs erklärt haben, alle Ferien, sie mögen als

h) Wernher Obs. Part. VII. Obs. 212. Koch Diss. cit. §. 14. Knorrs Proceß, 1stes Buch, 9tes Hauptst. §. 7. Ludovici Civilproceß, Kap. 15. §. 6.

i) Ludovici a. a. O. Kap. 15. §. 3. Knorr a. a. O. 1stes Buch, 9tes Hptst. §. 6.

k) Koch in Diss. cit. §. 15.

l) Leyser Spec. 656. Med. 2 sqq. von Quistorp in den rechtl. Bemerkungen, 1ster Thl. Nr. 58. S. 184.

als göttliche oder als menschliche betrachtet werden, mit eingerechnet, es müßten denn die Ferien die Beweisfrist gänzlich, oder doch größtentheils verschlingen [m]). Hat der Beweisführer Beweisartikel übergeben, der Gegentheil erklärt solche aber für unzulässig, so kann die ganze Zeit, in der über diesen Incidentpunkt von den Partheyen gestritten worden ist, nicht mit in die Beweisfrist eingerechnet werden, und der unterdessen geschehene Ablauf der Beweisfrist ist dem Beweisführer ganz unschädlich [n]), hingegen die von den Partheyen beliebten Vergleichshandlungen hemmen den Lauf der Beweisfrist nicht [o]).

Der Richter ist befugt, die Beweisfrist von Amtswegen, und ohne daß er darum gebeten worden, zu verlängern, wenn ihm entweder selbst eine Verhinderung vorfällt, oder dem Beweisführer eine unvermeidliche allgemein bekannte Hinderniß in den Weg gekommen ist [p]). Es steht auch dem Beweisführer das Recht zu, um Verlängerung der Beweisfrist beym Richter zu bitten, wo die erste Erstreckung auf bloßes Verlangen vorgenommen wird; die zweyte geschieht nicht anders, als wenn erhebliche Ursachen angeführt, und einigermaßen bescheinigt worden sind; die dritte ist nur dann zu ertheilen, wenn die vorgeschützten erheblichen und bescheinigten Verhinderungen, auf Verlangen des Gegentheils mit dem Eyde für Gefährde bestärkt worden sind [q]). Verschiedene Rechtslehrer sind der

m) SCHAVMBVRG in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. I. §. 8. et RENNER ad h. l. MEVIVS in Dec. Part. III. Dec. 276. nr. 6. BRVNNEMANN in Proc. ciuili, cap. 6. nr. 17. Estors Anfangsgründe des gemeinen u. Reichsprocesses, §. 278.

n) MEVIVS in Dec. Part. VI. Dec. 189. Ludovici Einleitung zum Civilproceß, Cap. 15. §. 9.

o) Hofmanns teutsche Reichspraxis, §. 453. Estors gemeiner und Reichsproceß, §. 265.

p) MEVIVS Part. VIII. Dec. 202. Estors Proceß, §. 272. Hofmann a. a. O. §. 452.

q) R. A. v. J. 1654. §. 50. Estor a. a. O. §. 274 flg. Hofmann a. a. O. MEVIVS Part. V. Dec. 201. Part. VI. Dec.

der Meynung, die verlängerte Beweisfrist fange schon mit dem Tage an zu laufen, wo die Erstreckung ertheilt worden, wenn der Richter nichts anders festgesetzt habe [r]; andere Rechtslehrer aber wollen ihren Lauf nicht eher annehmen, als mit dem Tage, wo die vorige Beweisfrist beendigt worden war [s]. Die Beweisfrist ist nämlich zwar peremtorisch; hieraus folgt aber nicht, daß sie wie ein gesetzliches Fatale im engsten Sinne von Augenblick zu Augenblick, de momento ad momentum, laufe, sondern sie wird vielmehr vom Tage bis zum Tage, a die ad diem, berechnet [t], doch giebt es auch Rechtslehrer, die sie vom Augenblick bis zum Augenblick berechnet wissen wollen [u].

Nicht nur Minderjährige und diejenigen, welche gleiche Rechte mit ihnen genießen, sondern auch volljährige Personen können, wenn eine in Gesetzen gebilligte Ursache hierzu eintritt, gegen die geschehene Verstreichung der Beweisfrist um die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bitten, und billig sollten die Richter mit Ertheilung derselben, aus Begünstigung des Beweises, wie auch um die Ergreifung der Rechtsmittel zu verhindern, weniger schwierig seyn, als in andern Fällen [x].



Dec. 54. SCHAVMBVRG in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. I. §. 9. 10. 11.

r) Estors gemeiner und Reichsproceß, §. 264.

s) SCHAVMBVRG l. c. §. 12. Gmelins und Elsässers gemeinnützige juristische Beobachtungen und Rechtsfälle, 2ter Thl. Nr. 14. §. 109. S. 176.

t) Hofmanns teutsche Reichspraxis, §. 452. Estors Proceß, §. 264. KOCH Diff. cit. §. 6.

u) SCHAVMBVRG in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. I. §. 8. HELLFELD h. t. §. 1155.

x) MEVIVS Part. IV. Dec. 184. WERNHER Obs. Part. I. Obs. 319. et Vol. VII. Suppl. ad hanc obs. CARPZOV in Iurispr. forens. Part. I. Const. 16. Def. §. SCHAVMBVRG in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. I. §. 8. Estors Proceß, §. 269. 270. Nettelblads praktische Rechtsgel. §. 283.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701685256/phys_0583 DFG

Bey der ordentlichen Beweisführung ist zu erwägen, 1) die Antretung des Beweises, welche darin besteht, daß dem Richter von dem Beweisführer gehörig bekannt gemacht wird, wie er den Beweis führen wolle; 2) die Fortsetzung des Beweises, welche in dem wirklichen Gebrauche der Beweismittel besteht; 3) die Ausführung des Beweises, wodurch erörtert wird, ob und in wie weit dasjenige erwiesen sey, was zu erweisen gewesen [y]). Die Antretung des Beweises muß zu gehöriger Zeit geschehen, und zwar der Regel nach nicht eher, als nach der Einlassung auf die Klage, aber doch innerhalb der Beweisfrist.

Eine jede Beweisführung hat die Absicht, daß die Streitsache entschieden werden könne; der Beweisführer muß daher nur auf solche Sätze seinen Beweis richten, welche zu diesem Zweck etwas beytragen, hingegen mit unerheblichen, impertinenten, irrelevanten Beweissätzen sich nicht beschäftigen, welche der Richter, wenn solche zu unnützen Eydesleistungen oder Verlängerungen des Processes Anlaß geben, Amtshalber verwerfen muß, sobald die Unerheblichkeit offenbar ist [z]). Weil übrigens ordentlicher Weise jedem Theile nur eine Beweisführung verstattet wird [a]), nämlich der einen Parthey der Haupt- und Offensivbeweis, der andern aber der Gegenbeweis, so muß der Beweisführer nicht nur darauf Rücksicht nehmen, daß er den Grund seiner Intention darthue, sondern auch darauf sehen, wie er die Intention seines Gegners entkräfte. Die Beweissätze, welche auf den letzten Zweck gerichtet sind, nennt man Elisivsätze. Daher muß der Kläger,

y) Nettelbladt in der praktischen Rechtsgelahrheit, §. 838.

z) Io. Aug. Reichardt Diss. quatenus articulorum impertinentia ante definitiuam sententiam consideranda sit? Ien. 1767.

a) Reichsabsch. v. J. 1654. §. 46. 47. 48. Siebers Anleitung zum gerichtl. Proceß, §. 199. Schaumburg in Princ. Prax. Tom. I. §. 14. pag. 175.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0584
DFG

Kläger, wenn ihm der Grund seiner Klage zu erweisen aufgelegt worden, zwar vornehmlich darauf sein Augenmerk richten, daß er den faktischen Grund der angestellten Klage, so wie er denselben in dem Klageschreiben, auch wohl in desselben Erläuterung, Verbesserung und Veränderung angegeben hat, erweise, und Beweissätze daraus hernehme. Er muß ferner darauf bedacht seyn, daß er, so viel möglich, die zerstörlichen Einreden seines Gegners entkräfte; denn wenn auch der Kläger den Grund der Klage, der Beklagte aber eine zerstörliche Einrede bewiesen hat, so muß dieser dennoch von der Klage entbunden werden. Zu dieser Absicht kann er 1) solche Beweissätze aufstellen, welche die Unrichtigkeit des Grundes der zerstörlichen Einrede ins Licht setzen, oder auch 2), welche den Grund seiner Replik enthalten, wodurch die Einrede, wenn sie auch, an sich betrachtet, gegründet ist, unwirksam wird. Um die Einrede der Compensation zu zernichten, kann der Kläger beweisen, daß der, von seinem Gegentheile in seinem Exceptionssatze angegebene, Grund der Gegenforderung, weshalb er compensiren will, unrichtig sey, weil ihm das angebliche Legat nicht vermacht worden sey, oder daß diese Gegenforderung bereits abgerechnet, bezahlt oder auf andere rechtliche Weise getilgt worden sey.

Ist dem Beklagten der Beweis seiner zerstörlichen Einreden zuerkannt worden, so bemüht er sich, 1) den faktischen Grund dieser Einreden, so wie er solchen in seinem Exceptionssatze und in andern Sätzen des rechtlichen Verfahrens über die Klage erzählt hat, darzuthun, und stellt Beweissätze davon auf; er muß 2) auch die Repliken des Klägers aus dem Wege zu räumen suchen, und entwirft zu dem Ende Elisivsätze [b]); wenn z. B. Beklagter der gesetzlichen Erbschaftsklage, deren faktischen Grund



b) Io. Henr. Berger Diss. de articulis elisivis, Viteb. 1696.

er einräumen müssen, die Einrede, daß ein Testament vorhanden sey, worin er zum Erben eingesetzt worden, entgegen gesetzt, der Kläger aber die Existenz dieses Testaments geleugnet, auch allenfalls die Replik vorgeschützt hat, daß das Testament ungültig seyn würde, weil der Erblasser zur Zeit der angeblichen Testamentserrichtung nicht mehr bey Verstande gewesen. Ist nun dem Beklagten der Beweis seiner Einrede aufgelegt worden, so muß er zwar vornehmlich darüber, daß das Testament gemacht, und er darin zum Erben eingesetzt worden, Beweissätze aufstellen; er kann aber auch Elisivsätze entwerfen, welche enthalten, der Erblasser sey noch bey gutem Verstande gewesen. Ist gegen die Negatorienklage, daß dem Beklagten das Recht der Servitut aus einer Verjährung zustehe, vorgeschützt, von Klägern aber die Verjährung geleugnet, auch die Replik der Begebung vorgebracht worden, so muß Beklagter, der seine Befugniß erweisen will, vornehmlich die Erfordernisse der Verjährung darzuthun suchen; es steht ihm aber auch frey, Elisivsätze auf den Ungrund oder die Ungültigkeit der Entsagung zu richten. Uebrigens sind die Elisivsätze überflüssig, wenn der Producent versichert ist, daß der Product den ihm abgeleugneten faktischen Grund seiner Intention nicht einmal unvollständig darthun könne.

Der Gegenbeweis hat die Entkräftung des Hauptbeweises zur Absicht. Dieses kann geschehen, 1) wenn der Gegenbeweisführer das Gegentheil von dem, was dem Producenten zu erweisen auferlegt worden, oder auch 2) seine zerstörlichen Einreden oder Repliken darzuthun sich bemüht. Jene Art der Gegenbeweisführung wird die directe, reprobatio directa, auch der Gegenbeweis im engern Verstande, diese aber der indirecte Gegenbeweis, reprobatio indirecta, genennt. Die Gegenbeweissätze sind daher von einer zwiefachen Art, nämlich 1) solche, welche zur Führung des directen, und 2) solche, die zum Behuf des indirecten Gegenbeweises aufgestellt werden. Ist dem Kläger der Beweis des Klagegrundes aufgelegt worden,

worden, so werden die directen Gegenbeweissätze von dem faktischen Klagegrunde hergenommen, und enthalten das Gegentheil von dem, was darin behauptet wird. Hat sich der Kläger zum Beyspiel auf einen Verkauf gegründet, so muß angeführt werden, daß der angebliche Kaufcontract nicht zu Stande gekommen, oder von Seiten des Klägers nicht erfüllt worden sey. Die indirecten Gegenbeweissätze werden auf die Richtigkeit der zerstörlichen Einreden des Beklagten und Gegenbeweisführers gerichtet, z. B. darauf, daß der Reukauf, wie bey der Einlassung vorgeschützt worden, ausbedungen sey, oder daß der Beklagte durch den streitigen Kaufcontract über die Hälfte verletzet; oder daß die verlangte Bezahlung des Kaufgeldes durch eine Gegenforderung aufgehoben worden sey. Ist dem Beklagten der Beweis seiner Einreden auferlegt worden, so werden die directen Gegenbeweissätze des Klägers auf die Unrichtigkeit der Erzählung gerichtet, wodurch der Beklagte seine Einreden zu begründen gesucht hat; z. B. daß die vorgeschützte Bezahlung nicht geschehen sey; daß die Gegenforderung, wodurch der Gegner compensiren will, ungegründet sey. Die indirecten Gegenbeweisgründe enthalten in diesem Falle den faktischen Grund der Repliken, durch welche der Kläger die zerstörlichen Schutzreden seines Gegners zu entkräften gesucht hat, z. B. daß die Gegenforderung bereits bezahlt, oder durch die Compensation oder die Expromission aufgehoben worden sey. Noch ist zu bemerken, weil der Zweck des Gegenbeweises die Entkräftung des Hauptbeweises ist, so muß der Gegenbeweisführer vornehmlich sein Augenmerk darauf richten. Daher hat er nicht nöthig, sich mit der Widerlegung solcher Sätze zu beschäftigen, worauf der angetretene Hauptbeweis gar nicht gerichtet ist, oder welche der Gegner zwar als Beweissätze angegeben, die aber unerheblich sind, oder bey welchen derselbe ein offenbar untaugliches Beweismittel angezeigt hat. Dagegen sucht sich der Gegenbeweisführer, so viel möglich, gegen alle erhebliche Beweissätze, die der Beweisführer aufgestellt hat, und auf eine solche Weise,

deren Unwirksamkeit nicht offenbar ist, darzuthun sich bemüht, durch seine Gegenbeweisgründe zu vertheidigen.

Zur Antretung des Beweises und Gegenbeweises ist es nicht hinreichend, daß der Beweisführer seine Beweissätze zweckmäßig bestimme, sondern er muß auch, wenn er einen Satz künstlich beweisen will, den Grund angeben, woraus er denselben hergeleitet, und die Beweismittel deutlich anzeigen, deren er sich zum Zweck eines künstlichen, oder auch eines nicht künstlichen Beweises bedienen will. Bey der Angabe der Beweisgründe ist es nicht allemal nöthig, daß der Beweisführer beyde Prämissen seiner Schlußfolge entwickelt, sondern es ist hinreichend, wenn er den Mittelsatz, medium terminum, angiebt, weil der Richter nunmehr hieraus selbst den Schluß leicht ziehen kann. Daß z. B. Product das geforderte Kapital schuldig sey, ist deswegen zu vermuthen, weil er zu verschiedenenmalen Zinsen davon bezahlt hat, wie man aus seinen beyden Briefen, mit A. und B. signirt, sehen kann. Geschieht die Angabe der Beweismittel bey der Antretung des Beweises nicht, so kann der Richter von der Zulässigkeit der Beweismittel nicht urtheilen, und auf den angetretenen Beweis dasjenige nicht verfügen, was zur Fortsetzung des Beweises geschehen muß. In dieser Rücksicht muß bey dem Zeugenbeweise die Benennung der Zeugen, mit Anzeige ihres Standes und Wohnortes geschehen; bey dem Beweise durch Urkunden sind der Regel nach die Urkunden abschriftlich beyzulegen; es müßte denn schon eine Abschrift davon in den Akten des gegenwärtigen Processes befindlich seyn, oder der Gegentheil die Urkunden selbst besitzen. In diesem letzten Falle kann, wenn er schuldig ist, sie dem Beweisführer zum Behuf seines Beweises zu ediren, das Editionsgesuch mit der Antretung des Beweises verbunden werden.

Nach dem Gerichtsgebrauche ist ferner nöthig, daß der Beweisführer bey Antretung des Beweises um diejenige richterliche Verfügung ausdrücklich bitte, welche zur Fortsetzung

setzung der Beweisführung erforderlich ist c); und daher wird bey dem Zeugenbeweise α) gemeiniglich gebeten, einen Productionstermin anzuberaumen, die Zeugen auf solchen zur Vereydung und Abhörung, nebst dem Producten vorzuladen, und zwar letzteren mit Communikation der Beweisartikel, dieser Vereydung der Zeugen beyzuwohnen, auch Fragstücke zu übergeben. β) Stehen die Zeugen unter einem andern Richter, welcher nicht verbunden ist, den Zeugen aufzulegen, daß sie sich vor dem Richter, wo der Proceß geführt wird, stellen sollen, so wird gebeten, den Richter mit Communikation der Artikel und Fragstücke zu ersuchen, die Vereydung und Abhörung der Zeugen zu verfügen. γ) Bey Streitigkeiten, wo es auf die Lage ankommt, und die Zeugen, ohne das Object des Processes in Augenschein zu nehmen, nicht deutlich antworten können, bittet man, die Zeugen nach der Beeydigung an den streitigen Ort zu führen, und sie daselbst zu verhören, auch wohl, wenn ihre Deposition sonst nicht verständlich seyn sollte, einen Riß mit Zuziehung eines Feldmessers oder Baumeisters darüber verfertigen zu lassen d).

Bey dem Beweise durch Urkunden wird α) gebeten, die Abschriften der Urkunden, wodurch der Beweis geführt werden soll, dem Gegentheile zu communiciren, und einen Productionstermin zur Vorlegung der Originalien anzuberaumen, auch den Producten darauf vorzuladen. Man bittet auch, dem Producten die Recognition der Urkunden aufzulegen, es müßten denn solche Urkunden seyn, die keiner Recognition bedürfen. β) In Ansehung solcher Urkunden, deren Edition bey der Antretung des Beweises gefordert wird, bittet man, dem Beweisführer, oder dem



c) SCHAVMBVRG in Princip. Prax. Tom. I. §. 22. pag. 187. Achat. Lud. Carl Schmidt in der Anweisung, wie die Regeln des gemeinen und sächsischen Processes geschickt anzuwenden sind, §. 19.

d) STRYCK de iure sensuum, Diss. I. cap. 2. nr. 13.

Dritten, der sie besitzt, die Edition aufzulegen, und bedürfen sie der Recognition, so wird zugleich um deren Auflegung gebeten. γ) Bey solchen Urkunden, welche von drey Zeugen unterschrieben worden sind, kann man bitten, die Zeugen zur Recognition der Unterschrift vorzuladen, und nun erhalten sie gleiche Wirkung mit den öffentlichen Urkunden [e]). In solchen Ländern, wo dem Producten die Recognition der Urkunden gleich in der ersten Citation bey Strafe des Anerkenntnisses anbefohlen werden muß, wird in dem Präsentationsschreiben des Beweises zugleich um Androhung dieser Strafe gebeten [f]).

Bey dem Beweise durch die Eydeszuschiebung wird α) nach dem gemeinen Gerichtsbrauche außerhalb Sachsen dem Gegentheil des Beweisführers auferlegt, sich binnen einer gewissen Frist wegen des Eydes zu erklären, ob er den Eyd ablegen, oder zurückgeben, oder sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle, welche Erklärung die Einlassung auf den Eyd genennt wird; daher pflegt man auch um diese richterliche Verfügung nachzusuchen. β) Nach dem gemeinen sächsischen Gerichtsgebrauch, welcher auch in einigen Proceßordnungen ausdrücklich gebilligt worden ist [g]), muß der streitende Theil, dem der Eyd zugeschoben worden ist, zuvörderst auf die Punkte, worauf die Eydesdelation gehet, sich einlassen, das heißt, kategorisch darauf antworten, und sich im Verneinungsfalle auch wegen des Eydes erklären, ob er ihn schwören, oder ob er ihn referiren, oder ob er sein Gewissen mit Beweis vertreten wolle. Man bittet daher in den sächsischen Gerichten, daß

e) L. 11. C. qui pot. in pign.

f) Erl. Churs. Proc. Ord. Tit. 25. §. 3. Altenb. Proc. Ordn. 1ster Thl. 25. Kap. §. 4. Neue Goth. Proc. Ordn. 1. Thl. 25. Kap. §. 4.

g) Erl. Churs. Proc. Ordn. Tit. 20. §. 7. Altenb. Proc. Ordn. 1ster Thl. 21. Kap. §. 2. Neue Goth. Proc. Ordn. 1. Thl. 21. Kap. §. 1.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0590
DFG

die Einlassung in einem Termin auferlegt werde, und zwar soll es, nach den neuern Proceßordnungen, bey Strafe des Eingeständnisses geschehen.

Bey dem Beweise durch den Augenschein wird α) überhaupt darauf angetragen, einen Besichtigungstermin anzuberaumen, und den Gegner darauf vorzuladen, der Besichtigung beyzuwohnen. β) Bey den Obergerichten geschieht die Besichtigung durch dazu ernannte Commissarien; daher bittet man, eine Commission dazu anzuordnen, wozu man Gerichtspersonen in Vorschlag bringen kann.

Bey dem Beweise durch Kunstverständige ist jeder Theil berechtigt, und zwar wenn die Sache wichtig ist, mehrere Kunstverständige vorzuschlagen; z. B. mehrere Schätzer zur Taxation eines Gutes, oder mehrere Bauverständige, wenn es auf ein Gutachten derselben ankommt, ob ein Gebäude tauglich gebaut sey. Die Kunstverständigen müssen alsdenn, wenn sie nicht bereits zu dergleichen Geschäften vermöge ihres Amtseydes verpflichtet sind, vereydigt werden. Soll nun der Beweis durch Kunstverständige geführt werden, so schlägt der Beweisführer dergleichen vor, bittet auch wohl, sie zu vereyden, und dem Gegentheile, daß er gleichfalls von seiner Seite Kunstverständige vorschlage, aufzulegen, auch einen Termin zur Taxation anzuberaumen.

Der Beweis im Proceß pflegt durch sogenannte Beweisartikel geführt zu werden, von deren Beschaffenheit folgende Bemerkungen erwogen zu werden verdienen. Unter Artikeln versteht man im Proceß durch fortlaufende Zahlen unterschiedene einzelne Sätze eines Vortrags. Sie sind einzelne Sätze, das heißt, solche, welche ohne periodische Verbindung gebildet werden. Man pflegt sie mit wahr, oder nicht wahr, bisweilen auch frageweise anzufangen, wie solches bey den Inquisitionalartikeln der Fall ist. Hat ein solcher in einzelne Sätze zergliederter Vortrag die Führung eines Beweises zum Zweck, so braucht man den Ausdruck: Beweisartikel, davon. Sie werden von dem Beweisführer entworfen, und zwar entweder

entweder blos zum Zweck eines Zeugenverhörs, oder um durch solche den Beweis durch verschiedene Beweismittel anzutreten. Die erstern bestehen blos aus solchen Sätzen, die den Zeugen vorgelegt werden sollen, und solche Zeugenbeweisartikel muß sowohl in Sachsen als außerhalb Sachsen jeder Beweisführer dem Richter übergeben; bey andern Beweisarten aber, welche nicht durch Zeugen geführt werden, ist zwar in Sachsen der artikulirte Vortrag ebenfalls eingeführt [h]), aber außer Sachsen ist der Gebrauch desselben dem Gutdünken des Beweisführers überlassen [i]). Sie sind, nachdem sie zur Führung des Beweises oder Gegenbeweises gebraucht werden, entweder eigentlich sogenannte Beweisartikel, oder Gegenbeweisartikel. Beyde können nur alsdenn zweckmäßig abgefaßt werden, wenn derjenige, der sie entwirft, den zu beweisenden Satz genau vor Augen hat, in welchem Falle er eben so wenig einen wesentlichen Umstand vergessen wird, als er durch Einmischung überflüssiger Thatsachen den Beweis sich selbst erschweren und schwankend machen wird. Die Beweisartikel müssen übrigens nicht blos auf dasjenige gerichtet werden, was hauptsächlich bewiesen werden muß, sondern auch auf alle vorhergehende, begleitende und nachfolgende Umstände, weil hieraus häufig die besten Folgerungen auf den eigentlichen Beweissatz gezogen werden können; nur darf in Hinsicht auf die Hauptsache kein neuer hauptsächlicher Thatumstand, am wenigsten eine neue Klage, Einrede, Replik, Duplik, worüber der Gegner nicht gehört worden ist, eingemischt werden. Kürze, Deutlichkeit und Bestimmtheit muß man für die wesentlichen Eigenschaften aller Beweisartikel halten. Unbestimmte oder dunkle Artikel geben entweder zu vielen Fragestücken Anlaß, oder die Zeugen ertheilen gewöhnlich eben so unbestimmte und dunkele Antworten darauf.

Bey

h) P. W. Schmid instit. prax. Lib. IV. cap. 1. Mbr. II. §. 3. Rivini Enunc. tit. XX. enunc. 24.

i) Pufendorf in Proc. Luneb. Part. III. cap. 6. §. 2.

Bey den ältern Rechtsgelehrten findet man eine Menge Eintheilungen der Beweisartikel [k]), wovon folgende die wichtigsten sind. Einige Artikel werden Elisivartikel genennt, articuli elisiui. Sie gehen auf den Beweis desjenigen, was der Beweisführer zur Entkräftung des gegentheiligen Anführens behauptet hat; sind also von den eigentlichen Beweisartikeln verschieden, weil solche auf den Beweis der eigenen, von dem Gegentheile abgeleugneten, Behauptung des Beweisführers gerichtet sind. Gewöhnlich verfaßt zwar der Kläger Elisivartikel, um die von dem Beklagten vorgeschützten Einreden zu entkräften; es kann aber auch der Beklagte dergleichen übergeben, um die Replik des Klägers zu elidiren [l]). Bey diesen Artikeln muß übrigens in allen Fällen die höchste Vorsicht gebraucht werden, auch kann sich der Beweisführer bey dem Beweise derselben der Eydeszuschiebung unstreitig bedienen [m]). Schlußartikel, articuli illatiui, sind diejenigen, welche aus den vorhergehenden Artikeln fließen. Verneinende Artikel, articuli negatiui, nennt man die Artikel, wenn sie einen verneinenden Satz, der keines Beweises bedarf, enthalten, und sie können wenigstens dazu nützen, daß sich der Gegentheil nicht etwa auf ein stillschweigendes Geständniß berufen kann. Artikel, welche iuris sind, heißen solche, die einen Rechtssatz in sich fassen. Untaugliche, oder unerhebliche Artikel werden diejenigen genennt, die zum Zweck des Beweises gar nichts beytragen. Die Artikel der zweyten, dritten und vierten Art sind bey der Beweisführung durch Zeugen, der Regel nach, überflüssig; bey

k) Gail Obs. Lib. I. Obs. 79. nr. 8. Hofmanns teutsche Reichspraxis, §. 466.

l) Berger Diss. de articulis elisiuis, §. 13. Claproths bürgerl. Proceß, §. 258. Knorrs Proceß, 1stes Buch, 9tes Hauptst. §. 10.

m) C. Fr. Elsaesser Diss. exhibens selecta capita de probationibus, §. 11. 12. Nettelbladts praktische Rechtsgelahrheit, §. 272.

bey andern Beweisführungen hingegen, und bey gemischten Beweisführungen können sie der Verbindung wegen, ohne Beyfügung eines Beweismittels, unter die übrigen gesetzt werden; die Artikel der letztern Art aber müssen sorgfältig vermieden werden. So lange der Beweistermin noch nicht verstrichen ist, dürfen neue Artikel übergeben werden; wodurch die bereits übergebenen Artikel theils abgeändert, theils Zusätze dazu gemacht worden sind, und Additionalartikel, articuli additionales genennt werden, und wenn diese neue Ueberreichung wiederholt wird, heißen die Artikel gar Additionalartikel zu Additionalartikeln, articuli superadditionales.

Die artikulirte Beweisantretung wird so eingerichtet, daß man 1) alle Beweissätze des zu führenden Beweises, auch 2) die Beweisgründe, aus welchen man künstlich beweisen will, deutlich in Artikel faßt, und 3) die Anzeige der Beweismittel beyfügt. Bey jedem Artikel, der einen Beweissatz enthält, muß entweder eine künstliche Beweisführung gebraucht werden, oder man muß das Beweismittel angeben, wodurch der Artikel unmittelbar bewiesen werden soll. Bey der künstlichen Beweisführung kann man entweder die Grundartikel, oder die Schlußartikel, articuli illatiui, voransetzen, welche aus jenen gefolgert werden; beyde aber müssen unmittelbar auf einander folgen, und bey dem Schlußartikel muß angezeigt werden, daß er eine Folgerung aus den vorhergehenden oder nachstehenden Artikeln enthalte. Es heißt z. B. Art. 1. Wahr, daß der Beyschlaf, wodurch Klägerin geschwängert worden, von dem Beklagten im Anfang des Septembers 1789. angeblich geschehen. Ist Fol. Act. 5. von der Klägerin angeführt worden. Art. 2. Wahr aber, daß Beklagter zu der Zeit an der Ruhr krank gelegen, und zum Beyschlaf unfähig gewesen. Wird das Attestat A. erwiesen. Art. 3. Wahr also, daß der libellirte Beyschlaf vom Beklagten nicht geschehen sey. Folgt aus dem vorhergehenden.

Bey

Bey jedem Grundartikel, der nicht einen bloßen Rechts- oder verneinenden Satz in gesetzlicher Bedeutung enthält, wird angegeben, woraus die Richtigkeit desselben bereits erhellet, oder es wird das Beweismittel, wodurch sie dargethan werden soll, angezeigt; unter die Rechts- oder verneinenden Artikel aber pflegt man zu setzen, daß sie Rechtens oder verneinend sind, um dadurch anzuzeigen, daß sie keines Beweises bedürfen. Die sächsischen Advokaten pflegen nicht nur alle Rechtssätze, welche ihrer Clienten Intention rechtfertigen, und des Gegners Absicht zuwider sind, in den Artikeln anzuführen, sondern auch solche Artikel durch Anziehung der Gesetze und Schriften der Rechtslehrer zu bestätigen; allein dergleichen rechtliche Ausführungen sind kein Gegenstand der gerichtlichen Beweisführung, weshalb die Artikel aufgesetzt werden, und man findet in den Disputirsätzen Gelegenheit dazu.

Ist dem Kläger aufgelegt worden, den Grund seiner Klage zu erweisen, so bezieht man sich vorläufig auf den Grund der Klage und das Zwischenurthel auf Beweis, indem man sagt: Art. 1. Wahr, daß Producent seine gegen die Production erhobene Erbschaftsklage darauf gegründet, daß er als Geschwisterkind des Erblassers, Johann Hussens, gesetzlicher Erbe, das Testament aber, worin die Productin zur Erbin eingesetzt worden, ungültig sey, weil solches α) durch ungestümes Bitten erzwungen, β) von dem Testator, der nicht schreiben können, mit geführter Hand unterschrieben, und γ) die Handlung der Testamentserrichtung unterbrochen worden. Erhellet aus dem Klageschreiben Fol. Act. 3. sqq. Art. 2. Wahr, daß dem Producenten der Beweis seines Klagegrundes, so weit ihn solcher verneinet, auferlegt worden. Ist aus dem Urthel Fol. Act. 108. sqq. ersichtlich. Nunmehr wird auf die Richtigkeit des verneinenden Klagegrundes artikulirt, zu welcher Absicht es heißt: Art. 3. Und dann wahr, daß u. s. w. Nach Beendigung der Beweisartikel

bemüht

bemüht sich der Producent, den zerstörlichen Einreden seines Gegners zu begegnen, und faßt in dieser Absicht Elisivartikel ab, z. B. folgenden Inhalts: Art. 50. Wahr, daß Product der wider ihn angestellten Erbschaftsklage die Einrede der Entsagung entgegen gesetzt. Erhellet aus dem Exceptionssatze Fol. Act. 28. b. Art. 51. Wahr aber, daß sothane Entsagung nicht geschehen. Ist verneinend und erhellet auch aus dem folgenden. Art. 52. Weil wahr u. s. f. Dieser artikulirte Vortrag wird mit der Folgerung beschlossen, daß das Gesuch des Klageschreibens gegründet sey. Art. 60. Solchem allen nach wahr, daß das streitige Testament zu Recht nicht beständig u. s. f. Anstatt der kurzen Beziehung auf das Klageschreiben und das Beyurthel, worin der Beweis aufgelegt worden, pflegen bisweilen die Advokaten in Sachsen nicht nur den völligen Inhalt des Klageschreibens, sondern auch die ganze Proceßgeschichte in Artikel zu bringen, auch wohl die Formalien des angetretenen Beweises in dem artikulirten Vortrage zu rechtfertigen. Diese Weitläuftigkeit hat aber weiter keinen Nutzen, als daß die Advokaten- und Schreibgebühren dadurch vergrößert werden; denn diese Dinge gehören in die Ausführung des Beweises, oder die Salvationsschrift.

Will der Beklagte Beweisartikel abfassen, um den ihm zuerkannten Hauptbeweis anzutreten, so bezieht er sich 1) vorläufig auf die angestellte Klage und das Zwischenurthel auf den Beweis, und sagt: Art. 1. Wahr, daß auf die vom Producten wegen 1000 Rthlr. Anlehn angestellte Schuldklage erkannt worden, daß Producent die darwider vorgeschützten Einreden, wie Recht, zu erweisen schuldig. Erhellet aus der Fol. Art. 50 sqq. befindlichen Sentenz. Bey andern Umständen wird in dem Artikel gesagt: Wahr, daß auf die von dem Producten wegen der Huth und Trift auf der Nullendorfer Flur angestellten Negatorienklage, auf den Beweis des dawider vorgeschützten Befugnisses erkannt worden. Ist aus dem Urthel Fol. Art. 88. ersichtlich. 2) Sodann wird auf den Grund der zerstör-

zerstörlichen Einreden, welche der Producent vorgeschützt hat, z. B. der Bezahlung des Anlehns, der Compensation, oder der Servitut, artikuliret. Art. 2. Wahr, daß Producent die Einrede vorgeschützt, die geklagte Schuld sey bereits bezahlt. Ist bey der Einlassung Fol. Act. 40. geschehen. Und dann wahr, daß Producent das libellirte Anlehn bereits den 6ten Februar 1759. dem Vater und Erblasser des Productens wirklich bezahlt habe. Erweiset die Quittung A. 3) Wenn der Product die Einreden durch erhebliche Repliken zu entkräften gesucht hat, so bemüht sich der Beweisführer, solche durch sogenannte Elisivartikel aus dem Wege zu räumen. Art. 3. Wahr, daß Product gegen die mit A. bemerkte Quittung vorgeschützt, daß solche nicht über die geklagten Anlehnsgelder, sondern über die Bezahlung eines Restes von den Hauskaufgeldern, welche Producent dem Vater des Productens schuldig gewesen, ausgestellt worden. Ist aus dem Replikſatze Fol. Act. 50. ersichtlich. Art. 4. Wahr aber, daß in der Quittung von den Kaufgeldern nichts erwähnet, sondern selbige über ein Kapital von 1000 Rthlrn. ausdrücklich ausgestellt worden. Erhellet aus der Quittung A. Art. 5. Wahr auch, daß die Hauskaufgelder, da die Quittung schon längst ausgestellt gewesen, von dem Producenten theils durch Abrechnung, theils baar bezahlt worden. Erweisen die mit B. und C. bemerkten Dokumente. 4) Der Beschluß wird mit der Folgerung gemacht, daß der Beweisführer von der Klage zu entbinden sey. Art. 6. Wahr also, daß Producent von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden, Product auch die Proceßkosten zu erstatten schuldig sey.

Um die Absicht des Aufsatzes, worin die Beweisartikel enthalten sind, sogleich kenntlich zu machen, werden sie rubricirt, und in der Aufschrift ihre Benennung mit dem Namen der Partheyen angeführt; es wird auch wohl die Anzeige des Objects, worüber gestritten wird, beygefügt. Die Antretung des Hauptbeweises wird folgendergestalt rubricirt: Beweisartikel in Sachen des Hofsactors Johann George Fabers zu Nirgendheim Klägers

und Producentens, entgegen dem Weinhändler daselbst Tobias Richtern, Beklagten und Producten, wegen eines Anlehns von 1000 Rthlrn.

Wird in den Beweisartikeln ein unaufgelegter Beweis angetreten, so werden sie insgemein mit einem Satze des rechtlichen Verfahrens, es mag die Replik oder die Duplik seyn, übergeben, und in der Wechselschrift bringt man das Gesuch wegen der richterlichen Verfügungen an, die zur Fortsetzung der Beweisführung erforderlich sind. Bey der Antretung eines auferlegten Beweises werden die Artikel mit einem Präsentations- oder Oblationsschreiben übergeben, und man sucht darin um gedachte Verfügungen an. Bey der Abfassung dieses Schreibens finden die allgemeinen Grundsätze von der Ausarbeitung eines Präsentationsschreibens überhaupt statt; es bekommt also ebenfalls die Form eines Briefes an den Richter. Der Anfang des Schreibens wird mit dem Anführen gemacht, in welcher Sache man die überreichten Beweisartikel übergebe, womit zugleich angeführt wird, daß dieses vor Ablauf der Beweisfrist geschehe. Hat der Beweisführer Fristverlängerungen erhalten, so wird der Anfang des Schreibens mit Abstattung der Danksagung dafür gemacht. Sollte es das Ansehen haben, daß die Beweisfrist versäumt worden sey, oder muß es wirklich den Gesetzen nach dafür gehalten werden, der Beweisführer kann aber die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand dagegen suchen; so wird im letzten Falle um die Restitution mit Anführung des rechtlichen Grundes nachgesucht, im ersten Falle aber zeigt man, die Beweisfrist sey gehörig beobachtet worden. Den Beschluß des Präsentationsschreibens macht das Gesuch um die richterliche Verfügung zur Fortsetzung des Beweises, und dieses Gesuch muß nach Maaßgabe des angetretenen Beweises und nach der Beschaffenheit der gebrauchten Beweismittel schicklich und zweckmäßig eingerichtet werden.

§. 1156.

## §. 1156.

Das Wort Gegenbeweis wird ebenfalls auf verschiedene Art gebraucht, wie dieses bey dem Worte Beweis der Fall ist. Hier versteht man hauptsächlich diejenige Handlung einer streitenden Parthey darunter, wodurch dieselbe den Beweis, den ihr Gegentheil geführt hat, zu entkräften sucht. Derjenige, der solchen führt, heißt überhaupt der Gegenbeweisführer; bey dem Beweise durch Zeugen und Urkunden aber wird er der Reproducent, und sein Gegner der Reproduct genennt. Führt also die eine Parthey den Beweis, und die andere den Gegenbeweis durch Zeugen oder Urkunden, so wird jene der Producent und Reproduct, diese aber der Product und Reproducent genennt.

Gehet der Zweck des Gegenbeweises dahin, gerade das Gegentheil von demjenigen darzuthun, was die eine Parthey zu erweisen gesucht hat, so ist dieses ein eigentlich sogenannter Gegenbeweis, reprobatio directa s. in sensu proprio [n]); betrifft hingegen der Gegenbeweis neue Handlungen, welche von denjenigen, die den Gegenstand des Beweises ausmachen, verschieden sind, und diesen nur mittelbarer Weise entkräften, z. B. die Einreden, die Repliken u. s. w., so wird er ein uneigentlich sogenannter Gegenbeweis, reprobatio indirecta s. in sensu improprio, genennt. Der erstere beschäftigt sich also mit der Unwahrheit desjenigen, was bewiesen werden soll; der letztere hingegen betrifft die Rechte der andern Parthey, um welcher willen die Behauptungen des Beweisführers, wenn sie auch an sich gegründet seyn sollten, entweder ganz, oder noch zur Zeit, oder doch zum Theil kraftlos und ohne Wirkung sind [o]). Uebrigens gehört der Gegenbeweis zu



n) c. 9. X. de probat.

o) von Tevenar Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 49. Ge. Andr. Ioachim Diss. de differentia reprobationis a probatione actionis et exceptionum peremtoriarum, Lips. 1730.

den Rechten und Verbindlichkeiten der streitenden Theile, die ihnen nicht genommen werden können; er findet daher statt, wenn ihn auch gleich der Richter nicht vorbehalten hat, und dieser kann ihn zwar vorbehalten, auch eine gewisse Nothfrist vorschreiben, binnen welcher er beygebracht werden soll, aber auflegen kann er ihn nicht, weil er ein Vertheidigungsmittel ist, von dem ein streitender Theil nach Belieben Gebrauch machen kann, oder nicht [p]).

Wollte man Gegenbeweis gegen einen geführten Gegenbeweis zulassen, so würde das Beweisführen in das Unendliche gehen, und die Processe würden unsterblich werden; es ist daher aller Gegenbeweis gegen einen geführten Gegenbeweis, reprobatio reprobationis, durchaus unzulässig. Gewöhnlich führt man zwar als Ausnahme von dieser Regel den Fall an, wenn der Beklagte noch nach der Einlassung auf die Klage, eine oder mehrere Einreden erlaubter Weise vorschützen dürfen, weil gegen diese des Klägers Beweis nicht gerichtet werden können [q]); allein hier ist von keinem Gegenbeweise eines Gegenbeweises die Rede, sondern vielmehr von dem Gegenbeweise des Klägers, gegen den Beweis, den der Beklagte um seiner erst nach der Einlassung auf die Klage vorgeschützten Einreden willen geführt hat [r]).

Der Gegenbeweisführer hat eben so gut die freye Wahl unter den verschiedenen Beweismitteln, wie sie dem Beweisführer zusteht. Da nun die Eydesdelation überhaupt unter die gesetzmäßigen Beweisarten gehört, so kann auch

1730. C. F. Elsaesser Diss. exhibens selecta capita processualia de probat. et reprobationibus, §. 14.

p) G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 779. Nettelbladts praktische Rechtsgelahrheit, §. 264.

q) Nettelbladts Anleitung zu der praktischen Rechtsgelahrheit, §. 265. Knorrs Proceß, 1stes Buch, 16tes Hptst. §. 10.

r) Wehrn Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen, §. 49. C. Fr. Elsaesser Diss. cit. §. 13.

auch der Gegenbeweisführer dieselbe, der Regel nach, in allen Fällen, und selbst dann gebrauchen, wenn sich gleich der Beweisführer derselben schon bey dem Beweise bedient haben sollte. Nur sodann leidet diese Regel eine Ausnahme, wenn von dem eigentlich sogenannten Gegenbeweise die Rede ist. Hat nämlich der Beweisführer einen vollständigen Beweis geführt, so kann er sich dadurch vor der Ablegung des Eydes über das Gegentheil davon, was er bewiesen hat, sogleich befreyen, weil hier ein offenbarer Widerspruch entstehen müßte. Ist der geführte Beweis für unvollständig zu halten, so muß nach Verschiedenheit der Fälle auf den Erfüllungseyd, oder auf den Reinigungseyd erkannt werden, folglich kann hier von der Zuschiebung des Eydes über das Gegentheil wieder nicht die Frage seyn. Hat endlich der Gegentheil gar nichts erwiesen, so fällt der Beweis des Gegentheils schon durch sich selbst als überflüssig weg [s]); jedoch giebt es mehrere Rechtsgelehrte, die das Gegentheil behauptet haben [t]).

Die verschiedenen Eintheilungen des Beweises lassen sich auch auf den Gegenbeweis anwenden. Der eigentlich sogenannte Gegenbeweis ist ein nothwendiges Vertheidigungsmittel, das den Partheyen nicht entzogen werden kann; der uneigentlich sogenannte Gegenbeweis aber gehört unter die gewöhnlichen Beschwerden der streitenden Theile; beyde müssen daher zugelassen werden, wenn der Richter solche auch nicht vorbehalten, oder wenn sich gleich die Parthey solchen nicht vorbehalten hat, ob es gleich



s) c. 2. X. de probat. Elsaesser in cit. Diss. §. 11. et 12. Schaumburg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 5. §. 7. not. I. Wernher Part. IV. Obs. 47.

t) Carrach in Diss. de reprobatione per iuramenti delationem licita ad cap. 2. X. de probat. Halae 1737. Ebenderselbe in der Anweisung zum Proceß, 2ter Abschn. 2tes Kap. §. 2. S. 150. Nettelbladts Anleitung zur praktischen Rechtsgelahrheit, §. 266.

rathsamer ist, sich den Gegenbeweis vorzubehalten, weil einige Rechtslehrer dieses als nothwendig voraussetzen u).

Dem Gegenbeweisführer ist es unstreitig erlaubt, sich der nämlichen Zeugen und Urkunden zu bedienen, die der Beweisführer schon bey seinem Beweise gebraucht hat; erstere müssen jedoch von neuem beeydigt werden, die letztern aber bedürfen keiner abermaligen Recognition x).

Haben beyde Theile Beweis geführt, und zwar der eine Theil den Beweis, der andere aber einen eigentlich sogenannten Gegenbeweis, so tritt eine Collision des Beweises und Gegenbeweises im eigentlichen Sinne ein; hat hingegen der eine der streitenden Theile Beweis, der andere aber einen uneigentlich sogenannten Gegenbeweis geführt, so ist dieses eine Collision des Beweises und Gegenbeweises im uneigentlichen Sinne y). Was die letztere betrifft, so lassen sich, wenn die eine Parthey Beweis, die andere aber Gegenbeweis im uneigentlichen Sinne geführt hat, folgende Fälle gedenken. I) Der Beweis sowohl als der Gegenbeweis sind vollständig. Hier wird für den Gegenbeweisführer gesprochen. Hätte also der Kläger zwar durch seinen Beweis das geleugnete Darlehn vollständig erwiesen, der Beklagte bewies aber im Gegenbeweise die geschehene Wiederbezahlung dieses Darlehns, so muß für letztern gesprochen werden. II) Der Beweis sowohl als der Gegenbeweis sind beyde unvollständig. Hier muß der Richter beyde besonders prüfen, und in Ansehung eines jeden

u) Carrachs Anweisung zum Proceß, 2ter Abschn. 2tes Kap. §. 2. S. 149.

x) Nettelbladts Anleitung zur praktischen Rechtsgelahrheit, §. 268.

y) Kölle über die Collision der Beweise, Leipzig 1794. Nic. Thadd. Gönner juristische Abhandl. 1ster Thl. Bamberg 1795. Nr. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0602
DFG

jeden den Erfüllungs- oder Reinigungseyd zuerkennen. Gesetzt also, der Kläger hat das abgeleugnete Darlehn halb, und der Beklagte die Bezahlung weniger als halb erwiesen, so muß der erstere in Ansehung des Beweises den Erfüllungseyd schwören, in Ansehung des Gegenbeweises aber schwört er nachher den Reinigungseyd. Eine Ausnahme tritt ein, wenn in Ansehung des Gegenbeweises der Erfüllungs-, oder in Ansehung des Beweises der Reinigungseyd gebraucht werden muß. Im erstern Falle wird der unvollständige Beweis durch den vollen Gegenbeweis entkräftet. Gesetzt, der Kläger hat das abgeleugnete Darlehn weniger als halb, der Beklagte hingegen die Bezahlung halb erwiesen, so schwört der letztere nur den Erfüllungseyd in Ansehung des Gegenbeweises; will jedoch der Gegenbeweisführer lieber den Reinigungseyd in Ansehung des Beweises schwören; so muß er allerdings damit zugelassen werden. Es ist daher gut, in einem solchen Falle das Erkenntniß alternativ auf den Erfüllungs- oder Reinigungseyd zu stellen. In dem zweyten Falle fällt, weil der unvollständige Beweis aus dem Wege geräumt ist, der Gegenbeweis als überflüßig durch sich selbst weg. Man nehme an, der Kläger hat das abgeleugnete Darlehn weniger als halb, und der Beklagte hat die Bezahlung auch weniger als halb erwiesen. In diesem Falle schwört der letztere nur in Ansehung des Beweises den Reinigungseyd [z]).

Bey der Collision des Beweises und des eigentlich sogenannten Gegenbeweises muß man folgende Fälle unterscheiden. 1) Wenn der Beweis sowohl, als der Gegenbeweis vollständig geführt worden ist. Hier verdient entweder der eine vor dem andern, es sey nun wegen der



z) Io. Chr. Koch Diss. de eo quod iustum est circa delationem iuramenti litis decisorii, tam secundum ius commune quam secundum statuta Francofurtensia, Giss. 1773. §. 28.

Stärke der Gründe [a]), oder wegen einer andern Begünstigung, den Vorzug, oder beyde sind sich völlig gleich. In dem ersten Falle muß der stärkere Beweis dem schwächern vorgezogen, in dem leztern aber wider denjenigen, dem der Beweis eigentlich oblag, gesprochen werden [b]). II) Der eine Beweis ist ein vollständiger, der andere ein unvollständiger. Hier versteht sichs von selbst, daß der erste vorgeht [c]). III) Sowohl der Beweis als der Gegenbeweis sind unvollständig. Hier muß, wenn sich beyde Beweise völlig gleich sind, wider denjenigen gesprochen werden, dem eigentlich der Beweis oblag, und eine Eydesleistung ist überflüssig. Verdient hingegen der eine Beweis vor dem andern den Vorzug, so entkräftet der stärkere den schwächern, und begründet den Erfüllungseyd; es wird jedoch hierbey vorausgesetzt, daß von der einen Seite ein halber Beweis vorhanden ist. Sollten beyde weniger als halbe Beweise seyn, so muß wider denjenigen gesprochen werden, dem eigentlich der Beweis oblag, ohne auf eine Eydesleistung zu erkennen [d]).

Bey Berechnung der Gegenbeweisfrist muß unterschieden werden, ob ein eigentlicher oder ein uneigentlicher

a) Iust. Henn. Boehmer D. de collisione probationum et praesumtionum, in Exerc. ad Dig. Tom. IV. Idem in iure eccles. Lib. II. Tit. 19. §. 14 – 38. Tit. 23. §. 7. 8. Tit. 24. §. 59 sqq.

b) c. 3. X. de probat. L. 38. D. de re iudic. L. 10. D. de inoff. testam. L. 47. D. de oblig. et act. Koch Diss. cit. §. 30. Menoch de praesumt. Lib. II. Qu. 72. nr. 13. Qu. 90. Lauterbach in Coll. Pand. Lib. XXII. tit. 3. §. 41. Boehmer in Diss. cit. cap. 1. §. 16. et in iure eccles. Lib. II. Tit. 19. §. 22 et 38.

c) Koch in Diss. cit. §. 31.

d) Koch in Diss. cit. §. 32. de Pufendorf in Obs. Tom. III. Obs. 215. nr. 75.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0604
DFG

licher Gegenbeweis geführt werden soll [e]). Ist jenes, so hat entweder der Richter dem Beweisführer einen gewissen Beweistermin vorgeschrieben, und dem Gegentheile nur im Allgemeinen den Gegenbeweis und übrige Gerechtsame vorbehalten, oder auch solche ganz mit Stillschweigen übergangen; oder es ist der anberaumte Beweistermin ausdrücklich von dem Richter auch auf den Gegenbeweis ausgedehnt worden. In dem ersten Falle fängt, wenn der Beweis durch Zeugen geführt worden, und auch der Gegenbeweis wieder durch Zeugen geführt werden soll, der Gegenbeweistermin von der Zeit an, wo der Richter zur Eröffnung des Beweiszeugenrotels schreiten will. Gegen diese muß daher der Gegenbeweisführer protestiren, und um Zulassung zu dem Gegenbeweise bitten. Hat der Gegenbeweisführer nicht durch die förmliche Eröffnung des Rotels, sondern auf andere Weise, ohne daß er böslich dabey zu Werke gegangen, von den Aussagen der Zeugen des Beweisführers Nachricht erhalten, so wird er des Gegenbeweises dadurch nicht verlustig [f]). In dem zweyten Falle ist der Gegenbeweis an die nämliche Frist gebunden, binnen welcher der Beweis angetreten werden muß. Was den uneigentlich sogenannten Gegenbeweis betrifft, so muß dieser, da der Gegenbeweisführer mit ihm so lange zu warten befugt ist, bis der Beweisführer seine Behauptung behörig dargethan hat, eben so wie der eigentlich sogenannte Gegenbeweis, der nicht durch Zeugen, gegen einen durch Zeugen geführten Beweis, sondern durch andere Beweismittel geführt werden soll, und der an keinen vorgeschriebenen Beweistermin gebunden ist, auch so lange noch statt finden, bis der Richter entweder eine gewisse Beweisfrist vorgeschrieben hat, oder in der Hauptsache selbst



e) Nov. XC. cap. 4. Auth. at qui semel C. de probat. c. 25. X. de testib. Clem. II. de testib.

f) Wernher Part. III. Obs. 27. Mevius Part. III. Obs. 245. Gail in Obs. Lib. I. Obs. 105. nr. 3.

geschlossen worden ist [g]). Ist der Beweis desert, so fängt die Gegenbeweisfrist von der Zeit an, wo das über die Desertion gefällte Urthel in die Rechtskraft übergegangen ist. Hat der Beweisführer dem Beweise entsagt, so läuft der Gegenbeweistermin von der Zeit an, wo der Gegenbeweisführer von der geschehenen Verzichtleistung behörig benachrichtigt worden ist [h]).

Der Gegenbeweis hat die Entkräftung des Hauptbeweises zur Absicht. Diese kann geschehen α), wenn der Gegenbeweisführer das Gegentheil von dem, was dem Producenten zu erweisen auferlegt worden ist, oder auch β) seine zerstörlichen Einreden oder Repliken darzuthun sich bemüht. Jene Art der Gegenbeweisführung wird der directe, auch der Gegenbeweis im engern Begriff, diese aber der indirecte Gegenbeweis genennt; es sind daher die Gegenbeweissätze von einer zweyfachen Art, nämlich 1) solche, welche zur Führung des directen, und 2) diejenigen, die zum Behuf des indirecten Gegenbeweises gebildet werden. Ist nun dem Kläger der Beweis des Klagegrundes aufgelegt worden, so werden die directen Gegenbeweissätze von dem factischen Klagegrunde hergenommen, und sie enthalten das Gegentheil von dem, was darin behauptet wird. Wenn der Kläger sich z. B. auf einen Verkauf gegründet hat, so muß der Gegenbeweisführer zeigen, daß

g) Io. Sam. Stryck Diss. de reprobatione in specie post publicatas attestationes, Hal. 1704. Io. Iac. Mayer Diss. an probatio post attestatorum publicationem admittenda sit? Alt. 1716. C. F. Elsaesser in Diss. cit. §. 15 – 19. Schaumburg in Princ. Prax. Lib. I. Sect. I. Mbr. III. cap. 1. §. 16. 17. Boehmer in iure eccles. Lib. II. tit. 20. §. 43. Nettelbladts praktische Rechtsgelehrs. §. 280 – 283. Knorrs Anleit. zum gerichtl. Proceß, 1stes Buch, 16tes Hauptst. §. 6 flg. Carrachs Anweisung zum Proceß, Abschn. 2. Kap. 2. S. 149.

h) Berlich Part. I. Concl. 39. nr. 4. Knorrs Proceß a. a. O. §. 8. Ludovici Civilproceß, 19tes Kap. §. 3 flg. Quistorps rechtl. Bemerk. Nr. 104. S. 366.

daß der angebliche Kaufcontract nicht zu Stande gekommen, oder von Seiten des Klägers nicht erfüllt worden sey. Die indirecten Gegenbeweissätze werden auf die Richtigkeit der zerstörlichen Einreden des Beklagten und Gegenbeweisführers gerichtet, z. B. daß der Reukauf, wie bey der Einlassung vorgeschützt, bedungen worden, oder daß der Beklagte durch den geschlossenen Kaufcontract über die Hälfte verletzet, oder daß die geklagte Kaufgeldforderung durch eine Gegenforderung aufgehoben worden sey. Ist dem Beklagten der Beweis seiner Einreden zuerkannt worden, so werden die directen Gegenbeweissätze des Klägers auf die Unrichtigkeit der Bezahlung gerichtet, wodurch der Beklagte seine Einreden zu begründen gesucht hat, z. B. daß die vorgeschützte Bezahlung nicht geschehen und die Gegenforderung, womit der Gegentheil compensiren will, ungegründet sey. Die indirecten Gegenbeweissätze enthalten den factischen Grund der Repliken in sich, durch welche der Kläger die zerstörlichen Schutzreden seines Gegners zu entkräften gesucht, z. B. daß die Gegenforderung bereits bezahlt, oder compensirt, und durch eine Expromission aufgehoben sey. Weil übrigens der Zweck des Gegenbeweises in der Entkräftung des Hauptbeweises besteht, so muß der Gegenbeweisführer vornehmlich sein Augenmerk darauf richten. Daher hat er nicht nöthig, sich mit Widerlegung solcher Sätze zu beschäftigen, worauf der angetretene Hauptbeweis gar nicht gerichtet ist, oder welche der Gegner zwar als Beweissätze angegeben, die aber unerheblich sind, oder wobey derselbe ein offenbar untaugliches Beweismittel angezeigt hat. Dagegen sucht der Gegenbeweisführer, so viel möglich ist, sich gegen alle erhebliche Beweissätze, die der Hauptbeweisführer gebildet, und auf eine solche Weise, deren Unwirksamkeit nicht offenbar ist, darzuthun sich bemüht, durch seine Gegenbeweisführung zu vertheidigen.

Wenn der Kläger den ihm auferlegten Beweis seines Klagegrundes angetreten hat, und Beklagter den

artiku-

artikulirten Gegenbeweis darwider antreten will, so wird 1) im Eingange auf die Klage und die interlokutorische Sentenz, wie auch darauf sich bezogen, daß der Hauptbeweis bereits angetreten sey. Art. 1. Wahr, daß auf die vom Reproducten angestellte Confessorienklage, wegen der Huth und Trift der Gemeinde zu N. in der Nullendörfer Flur Klägern der Beweis zuerkannt, selbiger auch bereits angetreten worden. Erhellet aus dem Urthel Fol. Act. 40. und den Fol. Act. 50 sqq. ersichtlichen Beweisartikeln. 2) Sodann artikulirt der Gegenbeweisführer auf die Unrichtigkeit des factischen Klagegrundes, den der Reproduct in seinem Beweise darzuthun gesucht hat. Art. 2. Wahr, daß Reproduct die streitige Huth- und Triftgerechtigkeit durch einen zwischen den im Streit befangenen Gemeinden angeblich geschlossenen, mit C. bezeichneten Vergleich darzuthun gesucht. Ist aus dem 5ten Beweisartikel Fol. Act. 52. ersichtlich. Art. 3. Wahr aber, daß dieser sogenannte Vergleich nicht zu Stande gekommen. Erhellet aus dem folgenden. Art. 4. Weil wahr, daß — — 3) Nachmals bemüht sich der Reproducent, auch den Grund seiner zerstörlichen Einreden zu beweisen; z. B. daß die libellirte Servitut, wenn sie auch vorhanden gewesen, durch den langen Nichtgebrauch erloschen sey. Hat sein Gegner die Einreden durch Elisivartikel zu entkräften gesucht, so bemüht er sich, auch diese zu widerlegen. 4) Den Beschluß macht er mit dem Folgerungsartikel, daß er von der wider ihn angestellten Klage zu entbinden, und Reproduct zu Erstattung der Kosten verbunden sey.

Auf eine ähnliche Weise werden auch die Gegenbeweisartikel eingerichtet, wenn dem Beklagten der Beweis seiner Einreden auferlegt worden, und Kläger seinen Gegenbeweis dawider führen will. Vorläufig wird auf die Klage, Auflegung und Antretung des Beweises sich bezogen. Art. 1. Wahr, daß auf die vom Reproducten erhobene Negatorienklage wegen — — — Beklagten und Reproducenten der Beweis ihres vorgeschützten Befugnisses

fugnisses zuerkannt, sothaner Beweis auch bereits angetreten worden. Ist aus dem Bescheide Fol. Act. 60. und den Beweisartikeln Fol. 70 sqq. zu ersehen. Nach diesen Sätzen richtet der Gegenbeweisführer seine Artikel auf die Unrichtigkeit der Erzählungen, wodurch der Reproduct seine Einreden in dem angetretenen Beweise darzuthun sich bemüht hat. Auf diese Artikel folgen andere, worin er den Grund seiner Repliken zu erweisen sucht, die er den Einreden des Reproducten entgegen gesetzt hat, z. B. daß die Verjährung der Servitut, die gegen die Negatorienklage vorgeschützt worden, unterbrochen sey. Hat der Reproduct in seinem angetretenen Beweise, weder dergleichen Repliken, noch Elisivartikel angebracht, so muß sich der Gegenbeweisführer dagegen zu vertheidigen suchen. Er beschließt mit der Folgerung, daß gegen den Reproducten dem Gesuch des Klageschreibens gemäß zu erkennen sey, und er die Proceßkosten zu erstatten schuldig sey. Bisweilen kann man einen Gegenbeweissatz aus einem Beweisartikel, der ein Zeugengeständniß enthält, herleiten, und es ist erlaubt, Urkunden, die der Beweisführer bey seinem Beweise gebraucht hat, als Gegenbeweismittel zu brauchen.

Den Beweisartikeln und den Gegenbeweisartikeln wird 1) die Benennung der Zeugen angehängt, womit das sogenannte Directorium, das heißt, die Bestimmung verbunden wird, über welche Artikel die angegebenen Zeugen verhört werden sollen. 2) Muß die Beschreibung, specificatio, designatio, der Urkunden angegeben werden, welche besonders, wenn die Urkunde nicht beygelegt worden, so genau eingerichtet werden muß, daß man sie vor allen andern unterscheiden kann. 3) Der Regel nach müssen auch die Urkunden abschriftlich mit den Beweisartikeln übergeben werden. Man macht die Dokumente, wie es bey Anlagen gewöhnlich ist, durch Zahlen, Buchstaben, Zeichen der Planeten, u. d. g. kennbar. Nöthig ist es nicht, das ganze Dokument in Abschrift beyzulegen, wenn sich in den Beweisartikeln, blos auf eine Stelle dar-

aus,

aus, bezogen worden ist, sondern es ist genug, einen Auszug beyzulegen i). Ist die Urkunde in einer fremden Sprache aufgesetzt worden, welche der Gegner des Beweisführers vermuthlich nicht versteht, so muß außer der Abschrift des Dokuments in der Originalsprache auch eine Uebersetzung beygefügt werden, welche Uebersetzung von einem Notar oder von einer andern vereydigten Person verfertigt worden ist k). Die Gegenbeweisartikel werden ebenfalls, wie die Beweisartikel rubricirt, und es heißt: Gegenbeweisartikel in Sachen des Weinhändlers Tobias Richters zu Nirgendheim, Beklagtens und Gegenbeweisführers, entgegen dem Hoffactor Johann George Fabern, Klägern und Reproducten daselbst, wegen eines Anlehns von 100 Rthlrn.

Zum Beschluß dieses Titels will ich die Grundsätze des Herrn von Tevenar l) über die sogenannten Beweis- und Gegenbeweisgründe anführen, da diese Materie unter die schwersten im Proceß gehört. Dieser scharfsinnige Beobachter schreibt: die Wahrheit der Sätze, Widersprüche und Einwendungen, Beweise und Gegenbeweise, das Recht aus einseitigen Handlungen, Verträgen und Gesetzen beruhet auf Gründen, woraus die Wahrheit und Wahrscheinlichkeit, das Recht und Unrecht erkannt, und wodurch Glauben, Wahrheitsgefühl und Ueberzeugung zuwege gebracht wird. Gründe in Rechtssachen sind Wahrheiten, Schlüsse und Erfahrungen, woraus die Wahrheit oder Wahrscheinlichkeit einer Sache erkannt wird. Es ist ein Werk des Verstandes, den Zusammenhang der Gründe mit der Wahrheit, die daraus folgt, einzusehen. In den Jahr-

i) Wildvogel Diss. de clausula concernente.

k) Wildvogel in Diss. de recognitione documentorum, cap. 2. §. 5. Mencken in Proceß. Tit. XXV. §. 21.

l) Hr. von Tevenar in der Theorie der Beweise im Civilproceß, S. 57.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0610
DFG

Jahrhunderten der Unwissenheit, der Phantasie und des Aberglaubens hat man Zeichen, Verhältnisse und Begebenheiten für Gründe angenommen, die mit den Wahrheiten, die dadurch erwiesen werden sollen, in keiner Verbindung standen. In Rechtssachen sind Beweise durch Feuer- und Wasserproben geführt, und die Wahrheit der Klage durch Duelle behauptet worden; wodurch das Verhältniß der Sache so wenig ans Licht gebracht werden kann, als wenn man darüber würfeln wollte, wer Recht oder Unrecht haben solle. Rohe Völker stehen in keinem weitläuftigen Verkehr, und machen selten auf die Zukunft Verfügungen; sondern einseitige Handlungen und Verträge werden bey denselben durch die Realisirung, und durch die Uebergabe der eingetauschten Sachen sogleich geendigt. Bey mehrerer Cultur hat man die Rechtshandlungen durch sinnliche Zeichen, Handschläge, Etwas auf die Hand geben, Mahlschätze, sinnliche Uebergaben, z. B. Feuer auslöschen, einen Splitter aus der Thür hauen u. s. w. bezeichnet; auch sich in den Processen der Zeugen und der Eydesdelation bedient. Hiernächst sind noch Schriften, die gerichtliche Autorität und Förmlichkeiten hinzu gekommen; und die Beweise aus der Vernunft zu mehrerer Vollkommenheit gebracht worden.

Von den Beweisgründen kann man zwey Hauptklassen machen, nämlich Gründe der Vernunft und Gründe der Erfahrung. Gründe der Vernunft sind solche, wenn die Wahrheitsgründe in der Sache selbst und deren Verhältniß, oder in den Eigenschaften, in den nothwendigen Folgen und Wirkungen stecken, und von der Ursache auf die Wirkung, oder von den Wirkungen auf die Ursache geschlossen wird. Es sind Beweise, die nicht aus dem bloßen Anschauen, Hören, Sehen und Empfinden, sondern aus den sichtbaren oder unsichtbaren Eigenschaften der Dinge genommen, und Urtheile darüber gefällt werden; wenn man Erfahrungsgründe anführen kann, um den Andern zu überzeugen; wenn die Beweismittel an sich gewiß

sind,

sind, und aus der Natur des Subjects oder Prädikats, aus der Erfahrung, oder Zergliederung der Begriffe von selbst folgen. Beweise aus der Erfahrung setzen Verhältnisse, Begebenheiten, Handlungen voraus, und entwikkeln, was daraus folgt. Die Beweise aus der Vernunft sind so verschieden, als die Sachen, als die Gegenstände, davon etwas behauptet wird. Alle mögliche Naturbegebenheiten und Handlungen können in den Beweisen aus der Vernunft ein Glied ausmachen, daher hierbey keine Classifikation statt findet.

Die Römer und Griechen haben die Wissenschaft von der Erfindung und Ausbildung der Beweisgründe die Topik genennt. Ein heller Verstand, Scharfsinn, ausgebreitete Kenntniß von Menschen, Geschäften und Naturbegebenheiten, eine weitläuftige Erfahrung in Rechtssachen, eine genaue Betrachtung der Sache und der Umstände, davon die Rede ist, sind die beste Topik, die beste Hülfe, in Rechtssachen Beweise zu erfinden. Man muß sich Zeit nehmen, das Verhältniß der Sache zu überdenken, und dazu die hellsten Augenblicke der Seele nützen; auch die Materie scharfsinnig entwickeln. Sowohl die Beweise aus der Vernunft als aus der Erfahrung können durch einen geraden Weg oder Umweg geführt werden. Die erstere Behandlung wird ein unmittelbarer, und die andere ein mittelbarer Beweis genennt; und im letztern Falle die Unmöglichkeit, oder die ungereimte Folge dargestellt, die der behauptete Satz nach sich ziehen würde, wenn man ihn als Wahrheit annehmen wollte. Die Beweise aus der Vernunft sind gemeiniglich nicht so populär, als die Beweise aus der Erfahrung. Bey allen Beweisen müssen falsche Vordersätze und falsche Schlüsse vermieden werden. Der Schluß muß in der Materie, in den Vordersätzen und in der Form, auch in der Folge der Wahrheit aus den Vordersätzen richtig seyn.

In Rechtssachen beruhet der Beweis vielfältig auf Gründen der Vernunft, auf der Erklärung, und auf Grund-

Grundsätzen, die aus der Erklärung folgen, auf der Natur der Sache, auf deren Zergliederung und Verbindung mit andern Sachen; wenn sich z. B. aus dem Begriffe des Eigenthums, einer Schenkung, Servitut, Verjährung, eines Nutzungs- oder Hypothekrechts, die Regel des Rechts oder Unrechts, daß die Forderung gegründet oder ungegründet sey, erweisen läßt. Wenn z. B. eine Schenkung an sich nicht bezweifelt, sondern nur darüber gestritten wird, ob sie für eine Schenkung unter den Lebendigen, oder von Todeswegen zu halten sey? so muß der Beweis, daß eine Schenkung unter Lebendigen geschlossen worden, auf die Erklärung einer Schenkung unter Lebendigen, auf die, in dem Schenkungsbriefe gebrauchten Ausdrücke gegründet, und daraus erwiesen werden, daß wirklich eine Schenkung unter den Lebendigen eingegangen worden. Oder, wenn erwiesen wird, daß die Handlung, wodurch Jemand Schaden gelitten, widerrechtlich sey, und daher die Erstattung des Schadens gefordert werden könne. Dieser Beweis ist in diesem Falle aus der Ursache nöthig, weil nicht alle Beschädigungen widerrechtlich sind, sondern oft aus erlaubten Handlungen herrühren, folglich hier der Beweis des erlittenen Schadens nicht allein hinlänglich ist. Oder, wenn erwiesen werden soll, daß die durch Handlungen oder durch Gesetze festgesetzte Regel des Rechts oder Unrechts, auf den vorliegenden besondern Fall eine Anwendung leide. Die meisten Rechtsvermuthungen gründen sich, wie oben bemerkt worden, auf Gründe der Vernunft, auf Wahrheiten, die aus dem Begriffe und dem Wesen der Sache von selbst folgen.

Die Beweise in Rechtssachen sind oft aus Gründen der Vernunft und aus Gründen der Erfahrung zusammengesetzt; oder werden aus der Beschaffenheit des Falls, oder aus einer oder aus mehreren Vorschriften einseitiger Handlungen, Verträge und Gesetze hergeleitet; die Grundsätze festgesetzt; und die Folgen bestimmt. Die Beweise aus

der Erfahrung können in Beweise aus der Vernunft übergehen; wenn aus den Factis, die durch Geständniß oder Zeugniß bewährt worden, etwas geschlossen wird. Wenn es mit den zum Grunde gelegten Erfahrungen seine Richtigkeit hat, so kommt es bey dem Beweise nicht sowohl auf die Erfahrung, als auf das, was aus der Erfahrung geschlossen wird, und ob es damit seine Richtigkeit habe, an; welches zu beurtheilen ein Werk der Vernunft ist.

Die Beweise aus der Vernunft sind, wenn es dem Beweisführer an Scharfsinn und Welt- oder Sachenkenntniß fehlt, so wie die Beweise aus der Erfahrung, und wie die Urtheile über die Werke des Geschmacks, vielen Irrthümern und Trugschlüssen unterworfen; zumal, wenn in der Verbindung, oder in dem Plane gefehlt, und die Sache nicht in den wahren Gesichtspunkt gestellt worden. Die Anleitungen zum Proceß und die Proceßordnungen haben diesen Zweig der Beweise wenig bearbeitet; sondern solches den Vernunftlehrern und Rednern überlassen; oder davon nur beyläufig bey den künstlichen Beweisen und Rechtsvermuthungen gehandelt, ohne das Verhältniß in den rechten Gesichtspunkt zu stellen. Wenn die Lehre vom Beweise in den Proceßordnungen vollständig abgehandelt werden soll, so muß darin zu den Beweisen aus der Vernunft, in so weit dadurch Rechte oder Verbindlichkeiten außer Zweifel gestellt werden, wenigstens eine kurze Anleitung gegeben werden; welches um so viel mehr nöthig ist, da bey deren Vernachlässigung viele Rechtssachen in einem verkehrten Gesichtspunkte gesehen werden, und fato processus verlohren gehen, oder doch unrecht beurtheilt werden.

Die zweyte oben angeführte Hauptklasse der Beweise im Proceß begreift die Gründe der Erfahrung in sich; wenn wir die Wissenschaft, daß sich die Sache so verhalte, oder daß etwas geschehen sey, durch unsere eigene, oder durch

durch andere Sinne, durch Geständniß oder Zeugniß anderer Personen, die die Thatsache oder Begebenheit veranlaßt, vorgenommen, gesehen, oder gehört haben, erhalten, und uns von der Wahrheit der Sache durch Erfahrungen überzeugen. Die Erfahrungen werden in unmittelbare und mittelbare Erfahrungen eingetheilt. Wenn die Begriffe wirkliche Empfindungen sind, so gehören solche in die erstere, wenn selbige aber nur aus Empfindungen hergeleitet werden, in die andere Classe.

Historische Sätze, oder Behauptungen, daß eine einseitige Handlung vorgenommen, ein Vertrag geschlossen, ein Gesetz gegeben worden, eine Naturbegebenheit sich zugetragen, eine Sache gewisse zufällige Eigenschaften habe, können durch Vernunftschlüsse nicht erwiesen werden, sondern man muß solche nach gemachten Erfahrungen, oder wegen des Zeugnisses eines andern, der die Beobachtung angestellt, die Handlung vorgenommen, oder die Handlung, die Begebenheit gesehen oder gehört hat, glauben. In den Akten sind anschauende Erkenntnisse und Erfahrungen nicht das unmittelbare Beweismittel, sondern die schriftlichen und mündlichen Abbildungen, so davon gemacht werden. Die entferntern Gründe der Beweise aus der Erfahrung sind die Empfindungen durch das Gesicht, Gehör, Geruch, Geschmack, Gefühl, so die Personen, die das Geständniß oder Zeugniß ablegen, gehabt haben. Der Richter beschäftigt sich hauptsächlich mit historischen Wahrheiten, mit einseitigen Handlungen, Verträgen, Gesetzen, und deren Folgen, mit Sachen, die geschehen sind, oder geschehen sollen. Die juristischen Beweise aus der Erfahrung wirken daher nur eine logische Wahrscheinlichkeit; das Gegentheil bleibt möglich.

Die Gewißheit der Beweise und Gegenbeweise, und deren Gegenstände, die Wahrheit einseitiger Handlungen, Verträge, Gesetze und Naturbegebenheiten beruht auf

sinnlicher Ueberzeugung, auf Erfahrungen, auf mündlichen oder schriftlichen Zeugnissen der Personen, die die Handlung vorgenommen, den Vertrag geschlossen haben, oder welche die Begebenheit betroffen hat; oder fremder Personen, die die Sache gehört oder gesehen haben.

Wenn man die Beweise aus der Erfahrung analysiret, so lassen sich solche auf zwey Gattungen zurück führen, die wieder in verschiedene Unterarten zerfallen; I) auf Geständnisse; auf die Abbildungen, die die Personen, die das Geschäfte angeht, mündlich, schriftlich, simpel, förmlich, oder eydlich von der Sache, von einer Entschliessung oder Verbindung machen; II) auf Zeugnisse, das heißt, auf Abbildungen, die andere Personen mündlich, schriftlich, simpel, förmlich, oder eydlich von der Sache entwerfen. In den Anleitungen zum Proceß und in den Proceßordnungen werden von den Beweismitteln mehrere Classen gemacht, und zu den ursprünglichen Beweismitteln aus der Erfahrung der Augenschein, der Beweis per euidentiam facti, das Geständniß, Urkunden, Eyde, und deren mancherley Abtheilungen, Zeugen, das Gerücht, die gemeine Sage, Vergleichungen der Buchstaben, Muthmaßungen u. s. w. gerechnet; es sind aber diese Beweismittel keine verschiedene Gattungen oder Geschlechter; sondern Arten, die unter den vorhin bemerkten zwey Hauptklassen begriffen sind. Der Augenschein ist zwar in Ansehung desjenigen, der sich dadurch von der Wahrheit einer Sache überzeugt, ein ursprüngliches anschauendes Beweismittel; da aber in den Processen die innere Ueberzeugung des Richters nicht hinlänglich ist, sondern glaubhafte Abbildungen und Zeugnisse von der Beschaffenheit der Sache zu den Akten gebracht werden müssen, so ist die Besichtigung nur als der Grund anzusehen, worauf schriftliche oder mündliche Zeugnisse beruhen.

Schriften sind in den wenigsten Fällen ursprüngliche, für sich bestehende Beweismittel; sondern Abbildungen aller

aller möglichen einseitigen Handlungen, Verträge, Sachenverhältnisse, Besichtigungen, Begebenheiten, Geständnisse oder Zeugnisse; die hiervon von Personen, die die Handlung vorgenommen haben, oder welche die Begebenheit betroffen hat, oder von andern öffentlichen oder Privatpersonen gemacht worden; daher solche bald unter diese, bald unter eine andere Classe der Beweismittel gehören. Wenn man Schriften nur als Buchstaben, die einer geschrieben hat, betrachtet, ohne auf den Inhalt zu sehen, sondern aus den Zügen und der Schreibart der Buchstaben, den Urheber der Schrift beurtheilt; so sind solche ein Gegenstand des Beweises durch den Augenschein. Schriften, die eine Erklärung, ein Geständniß, daß eine Handlung vorgenommen, oder ein Vertrag geschlossen worden, enthalten, sind unter dem Beweise durch Geständniß begriffen. Die Schrift beweiset nur, daß einer sich zu etwas bekannt habe, oder daß ein Zeugniß abgelegt worden. Das Geständniß oder Zeugniß beweiset aber das Geschäfte, woraus Rechte und Verbindlichkeiten hergeleitet werden. Schriften, worin öffentliche oder Privatpersonen die Wahrheit und das Verhältniß einer Sache beurkunden, gehören unter die Zeugnisse. Schriften sind daher nur meistentheils Darstellungen und Beweise von andern Beweisgründen. Vergleichungen durch Buchstaben sind eine Art des Beweises durch den Augenschein, wobey die Aehnlichkeit oder Unähnlichkeit der Buchstaben bemerkt wird.

Eyde sind keine besondere Beweismittel, sondern Zusätze zu den Geständnissen und Zeugnissen.

Vermuthungen sind an sich keine unmittelbare Beweismittel aus der Erfahrung, sondern ein Product aus den Eigenschaften, Verhältnissen, Wirkungen und Folgen, die die Sachen gemeiniglich haben, oder Beweise aus der Vernunft, deren Richtigkeit durch Gesetze

bestätigt

bestätigt worden; oder Vorschriften der Gesetze, wornach die Geschäfte und deren Wahrheit beurtheilt werden, und denen bey der Entscheidung gefolgt wird. Vermuthungen gründen sich, so wie andere Beweismittel, auf Gründe. Es kommt darauf an, ob aus diesen Gründen nur eine Vermuthung, oder zusammengenommen ein Beweis folgt; und ob die Gesetze diesen Gründen das Gepräge der Wahrheit geben?

Ende des eilften Theils.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701685256/phys_0618
DFG

er Unwissenheit, der Phantasie und des
t man Zeichen, Verhältnisse und Bege-
ründe angenommen, die mit den Wahr-
ch erwiesen werden sollen, in keiner Ver-
In Rechtssachen sind Beweise durch
ferproben geführt, und die Wahrheit der
lle behauptet worden; wodurch das Ver-
e so wenig ans Licht gebracht werden kann,
arüber würfeln wollte, wer Recht oder
lle. Rohe Völker stehen in keinem weit-
r, und machen selten auf die Zukunft
ondern einseitige Handlungen und Ver-
denselben durch die Realisirung, und
gabe der eingetauschten Sachen sogleich
nehrerer Cultur hat man die Rechtshand-
nliche Zeichen, Handschläge, Etwas auf
Mahlschätze, sinnliche Uebergaben, z. B.
einen Splitter aus der Thür hauen u. s.
uch sich in den Processen der Zeugen und
n bedient. Hiernächst sind noch Schrif-
che Autorität und Förmlichkeiten hinzu ge-
e Beweise aus der Vernunft zu mehrerer
gebracht worden.

Beweisgründen kann man zwey Haupt-
nämlich Gründe der Vernunft und
fahrung. Gründe der Vernunft sind
Wahrheitsgründe in der Sache selbst und
, oder in den Eigenschaften, in den noth-
und Wirkungen stecken, und von der
Wirkung, oder von den Wirkungen auf die
wird. Es sind Beweise, die nicht aus
hauen, Hören, Sehen und Empfinden,
sichtbaren oder unsichtbaren Eigenschaften
nen, und Urtheile darüber gefällt werden;
ungsgründe anführen kann, um den An-
en; wenn die Beweismittel an sich gewiß
sind,