

Fasclius:
Vornach
einer syste-
matischen
Darstellung
der Rechen-
Kunst

1790



2
96
V
Vorf. Th. 1. 2. 3.
Fas. 1. 2. 3.

Versuch
einer
systematischen Darstellung
des
Retentionsrechts.



Halle, 1790.

Auf Kosten des Verfaßten
in Kommission bei J. Fr. Doppl.



1774

1774

1774

1774

1774

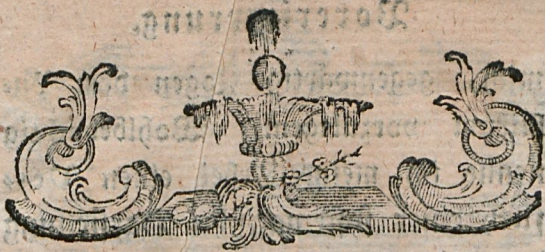
1774

1774

1774

1774





Vorerinnerung.

Bei der beträchtlichen Anzahl Schriften angesehener Rechtslehrer, über das Retentionsrecht, möchte es unnöthig scheinen, über diesen Gegenstand noch weiter etwas zu schreiben. Indessen ist theils diese Materie, in den vorhandenen Schriften bey weitem noch nicht erschöpft, theils nach meinem Dafürhalten, noch nicht systematisch bearbeitet worden. Besonders dieser letztere Umstand bewog

X 2

mich,

Vorerinnerung.

mich, gegenwärtige Bogen dem Publikum vorzulegen. Wohlbedächtig nenne ich meine Arbeit einen Versuch einer systematischen Darstellung des Retentionsrechts, denn ich bin weit entfernt, solche für vollkommen, und verbesserlich zu halten, vielmehr fühle ich, daß sie nicht fehlerfrey ist. Die Erinnerungen sachkundiger Gelehrten, werden mir daher höchst willkommen seyn.

Der Verfasser.

Erstes



Erstes Kapitel.

Begriff, wesentliche Eigenschaften und Eintheilungen des Retentionsrechts.

§. I.

Begriff der Retention und des Retentionsrechts.

Eine Sache retiniren, innebehalten, zurückhalten, (retinere) heißt: sie nicht aus seinem Besitz lassen.

Das Retentions- Innebehaltungs- Zurückbehaltungsrecht (jus retentionis) ist daher die Befugniß, im Besitz einer Sache so lange zu bleiben, bis eine Schuld, deren entweder derjenige, der diese Sache von mir fordert a), oder ein
u dritz

dritter b) sich gegen mich zu entledigen hat, getilgt worden ist.

a) Das Recht hierzu kann 1) daraus entspringen, weil ich, der Eigenthümer dieser Sache, vermöge eines Contracts, oder bloßen Vertrags, ihm solche zu leisten verbunden bin, weil er sie z. B. von mir gekauft hat, 2) weil ihm auf dieser Sache ein dingliches Recht zusteht, 3) weil er, nach der Natur eines Contracts, oder bloßen Vertrags, die Herausgabe solcher Sache, ob ihm schon darauf kein dingliches Recht, z. B. das Eigenthumsrecht, zusteht, von mir verlangen kann, weil er sie mir z. B. geliehen, vermietet, zur Aufbewahrung übergeben hat.

b) Weil mir 1) entweder derjenige, welcher die Herausgabe der Sache, von mir verlangt, das Retentionsrecht an dieser Sache, wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, selbst zugestanden hat, wenigstens das factum eines andern, von dem mir jenes Recht ertheilt worden ist, aus einer gerechten Ursache als das seinige ansehen muß, 2) oder weil mein Retentionsrecht an der Sache, dadurch, daß ein anderer davon Eigenthümer geworden, nicht erloschen ist.

§. 2.

Wesentliche Erfordernisse zur Ausübung] des Retentionsrechts.

Aus dem vorhin gegebenen Begriff des Retentionsrechts, ergeben sich folgende Erfordernisse, welche vorhanden seyn müssen, wenn dieses Recht soll ausgeübt werden können. Nämlich:

I) Ich muß mich im Besitz einer Sache befinden.

II) Muß entweder derjenige, der diese Sache von mir fordert, oder ein Dritter, gegen mich eine Verbindlichkeit, ich aber

III) einen rechtmäßigen Grund haben; die Herausgabe der Sache so lange zu verweigern, bis diese Verbindlichkeit erfüllt worden ist.

§. 3.

Betrachtung des ersten wesentlichen Erfordernisses, und zwar A) der Sache, an welcher das Retentionsrecht ausgeübt werden soll.

Besitz einer Sache, ist das erste wesentliche Erforderniß zur Ausübung des Retentions

tionsrechts (§. 2. II.). Was nun die Sache, den Gegenstand des Retentionsrechts, anlangt, so kann diese, wenn sie nur in commercio ist a), sowohl eine einzelne Sache seyn, oder mehrere Sachen begreifen b), sie kann sowohl meine eigene, als eine fremde Sache, eine körperliche, oder ein Recht c), und jene entweder beweglich, oder unbeweglich d) seyn. Nur ist vorauszusetzen, daß sie dem Zurückhalter einige Sicherheit gewähre, sonst würde ihm die Zurückhaltung zu nichts helfen e). Daß aber, wie einige Rechtslehrer dafür halten f), Bücher der Studenten, und Waffen, der Zurückhaltung nicht unterworfen seyn sollen, läßt sich, wenn sonst die nöthigen Erfordernisse zur Ausübung des Retentionsrechts, vorhanden sind, wohl schwerlich behaupten; wenigstens lehrt die häufige Erfahrung das Gegentheil.

a) Vermöge eines Schlusses aus dem L. 1. §. 2. D. Quae res pign. vel hypoth. datae und dem L. 25. de pignorib. *Conrad Wilhelm Strecker* diff. de eo quod iustum est circa jus reten-

retentionis. §. 24. Erford. 1737. *Res sacrae* sind also kein Gegenstand des Retentionsrechts.

b) Diese mehrere Sachen können entweder eine universitatem rerum ausmachen, oder nicht; und jene kann eben sowohl eine universitas juris (z. B. die Verlassenschaft eines Menschen) als hominis seyn.

c) *Ernst Gottfried Schmidt* diss. de iis quae ad exercendum jus retentionis necessariae sunt, §. 7. Jenae 1785. unter dem Vorstz *Johann Ludwig Schmidts*.

d) L. 26. §. 4, D. de condict. indebiti.

e) *Schmidt*, in der angeführten Dissertation.

f) *Lauterbach* diss. de retentione, thes. 24. Tubingae 1660. und mehrere von diesem angezogene Rechtslehrer.

§. 4.

B) Betrachtung des Besizes, a) Begriff und Einteilungen desselben.

Besitz ist überhaupt das physische Vermögen, über eine Sache zu disponiren, oder kürzer: Besitz ist Detention einer Sache. Nimmt man

U 3

1) Rückz.



1) Rücksicht auf die Absicht dessen, der das physische Vermögen hat, über eine Sache zu disponiren: so ist seine Absicht entweder die Sache als seine eigene zu besitzen, oder er hat diese Absicht nicht. Im ersten Fall heißt der Besitz ein **Civilbesitz** (*possessio civilis*, s. *qualificata*); im andern Fall hingegen, ein **natürlicher Besitz**, (*possessio naturalis* s. *simplex* a).

2) Betrachtet man den Grund, die Ursache, den Titel, aus welchem ich besitze: so ist er entweder in den Gesetzen gebilligt, oder nicht. Im ersten Fall ist mein Besitz ein **gerechter**, ein **rechtmäßiger Besitz** (*possessio iusta*); im andern Fall hingegen ein **ungerechter**, **unrechtmäßiger Besitz**, (*possessio iniusta*). Besitzt jemand daher eine Sache, weil er sie z. B. gekauft, gemiethet, geliehen hat, oder weil sie ihm geschenkt, oder bei ihm deponirt worden ist, u. s. w. so nennt man seinen Besitz **gerecht**; denn
alle

alle diese Titel, oder Ursachen, aus welchen er besitzt, sind in den Gesetzen gebilligt. Ein Spoliator hingegen, ein Dieb ein Räuber und dergl. sind unrechtmäßige Besitzer.

Die übrigen Eintheilungen des Besitzes b) übergehe ich billig mit Stillschweigen, da ich sie zu meiner Absicht nicht brauche.

a) Einige Rechtslehrer, z. B. Walch, in der Dissert. de possessore legum ex sententia non possidente S. 3. Jenae 1771. halten den natürlichen Besitz für keinen wahren Besitz.

b) Man sehe solche in Heineccii element. jur. civil. sec. ord. Inst. S. 282. der Höpfnerschen Ausgabe, Göttingen 1782.

(d. n. S. 5.

b) Vortheile des Besitzes.

Mit dem Besitze sind mancherley wichtige Vortheile verbunden. Sie sind von doppelter Art. Gewisse Vortheile und Rechte nämlich, sind sowohl mit einem blos natürlichen, als mit einem Civilbesitze verbunden; diese nenne ich

gemeine Rechte und Vortheile des Besitzes (jura s. commoda possessionis communia). Andrer Vortheile und Rechte hingegen, hat sich nur ein Civilbesitzer zu erfreuen, und diese nenne ich ausschließliche Rechte des Civilbesitzes (jura, s. commoda possessionis civilis propria).

Zu jenen rechne ich:

1) Die Mittel sich im Besitz zu erhalten und zwar

a) sowohl durch eine Privatverteidigung a), als

b) durch den Gebrauch der auf Erhaltung des Besitzes abzweckenden possessorischen Klagen b).

2) Die Mittel, den Besitz, wenn er verlohren worden ist, wieder zu erlangen c).

3) Das Retentionsrecht d).

Unter den ausschließlichen Rechten des Civilbesitzes hingegen, begreife ich alle
dieses

diejenigen Rechte und Vortheile des Besitzes, welche die Rechtslehrer gewöhnlich *jura* oder *commoda possessionis* zu nennen pflegen e) mit Ausschließung der Mittel, den Besitz zu erhalten, und wieder zu erlangen.

a) L. 1. C. Unde vi.

b) Nach dem römischen Recht kommt zwar einem natürlichen Besitzer das *interdictum uti possidetis*, nicht zu gute; L. 3. §. 8. D. uti possid. allein in der heutigen Praxis gestattet man auch einem natürlichen Besitzer das *possessorium summarissimum*. *Berger* in elect. proc. poss. §. 8. §. 22. *Mevius* Part. V. dec. 349. *Joh. a Sande* in decis. Fris. Lib. V. Tit. 4. def. 2. *Schaumburg* in princip. prax. jur. jud. Lib. IV. §. 4. not. *

c) L. 1. §. 9. D. de vi et vi arm. *Joh. Ludwig Schmidt* im praktischen Lehrbuche von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 208.

d) *Sam. Stryck* in diss. de possessione per cautionem non auferenda, Cap. II. §. 3. Halae 1706. in dessen Dissertationib. jurid. Halensibus Vol. II. Diss. XXII.

e) *Hei-*

a) Heinescius in elem. jur. civil. §. 283.
 Hellfeld in jurisprud. for. §. 1751. Wald in
 der angef. Dissert. §. 8. Stryck a. a. Ort, Cap.
 2. §. 2.

§. 6.

c) Nothwendigkeit des Besizes zur Ausübung des
 Retentionsrechts.

Eine Sache zurückhalten wollen, ohne sie
 im Besiz zu haben, würde offenbar widerspre-
 chend seyn. Dies fließt aus dem Begriff der
 Zurückhaltung; denn, was heißt zurückhalten
 anders, als eine Sache nicht aus seinem
 Besize lassen; oder ihren Besiz fortset-
 zen? (§. 1.) Besiz einer Sache ist daher zu
 deren Innebehaltung das unentbehrlichste, denn
 es läßt sich eine Retention gar wohl, auch ohne
 eine Verbindlichkeit, die ein anderer gegen mich
 hat, und ohne einen rechtmäßigen Grund zu
 haben denken a). Daß übrigens der Besiz so-
 wohl ein natürlicher, als ein Civilbesiz seyn
 kann, folgt unmittelbar aus dem, was ich im
 nächstvorhergehenden §. gesagt habe b).

a) Ich

a) Ich nehme hier das Wort, *Retention*, Zurückhaltung, im grammaticalischen Sinn, und verstehe darunter ein bloß *s factum*, in dieser Bedeutung kommt der Ausdruck: *retinere*, in den Römischen Gesetzen oft vor, z. B. L. 8. §. 1. D. ad L. Aquil. L. 16. §. 1. C. de usufr. L. 25. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. *Phil. Jac. Heisler*, *diss. de jure retentionis*, §. 1. Schol. 1. Halae 1751. Keinesweges aber rede ich hier davon, was erfordert wird, wenn ich zur Zurückhaltung einer Sache berechtigt seyn will.

b) *Wolfgang Adam Lauterbach* *diss. de retentione* §. 9. In dem Fall, wenn von der Retention einer fremden Sache die Rede ist, ist der Besitz allemal ein bloß natürlicher, denn der, welcher eine fremde Sache zurückhält, kann ja die Absicht, die Sache als seine eigene zu besitzen, nicht haben, mithin nicht *civilliter* besitzen.

§. 7.

A) Der Besitz, als Erforderniß zur Ausübung des Retentionsrechts betrachtet, muß ein gerechter Besitz seyn.

Soll ein Besitzer auf die Vortheile des Besitzes, mithin auch auf das Retentionsrecht
(§. 5.)

(§. 5.) Anspruch machen können, so ist voraus-
 zusehen, daß er fehlerfrey (sine vitio) be-
 sitze a), denn ein vitioser Besitz kann, über-
 haupt aus dem Grunde, weil niemanden sei-
 ne unerlaubte Handlung zum Vortheil
 gereichen darf, dem Besitzer dieses Recht
 nicht zuwege bringen b). Mit hin hat
 weder ein spoliator c), noch ein Dieb,
 Räuber, und sonst jeder andere ungerechte
 Besitzer, der Regel nach, das Retentions-
 recht d).

a) L. I. C. Unde vi c. 2. X. de ordine
 cognit. Joh. Per. Molignarus de retent. qu.
 417. pag. m. 370. Lauterbach de retentio-
 ne, th. 9. Joh. Althusius de poenis, rebus
 fungibilibus et jure retentionis, num. I.
 Uebrigens steht diesem Satze nicht entgegen,
 α) daß nach der heutigen Praxis, auch der, wel-
 cher fehlerhaft besitzt, (wenn nur das Vitiose des
 Besitzes nur nicht sogleich einleuchtet), das pos-
 sessorium summarissimum anstellen, und um
 Schutz beym Besitz bitten kann. Schaumburg
 in princip. prax. jurid. jud. Lib. II. Cap. IV.
 §. 3. not. **.

Man

Man sehe die Gründe, die diesen scheinbaren Widerspruch heben, bey *Schaumburg* am nur angeführten Orte, und bey *Walch* in *diff. de possessore legum ex sententia haut possidente*, §. 5. β) L. 53. D. de *acquir. vel amitt. poss.*, woselbst es heist: *adversus extraneum etiam vitiosa possessio prodest*, das heist: auch ein ungerechter Besitzer hat in dem Fall, wenn ihm ein anderer als derjenige, von dem er den Besitz erlangt hat, letztern freitig macht, das Recht, seinen Besitz eigenmächtig zu vertheidigen. *Hellfeld* *diff. de violenta rerum nostrarum defensione* §. 28. *Jenae 1768.* denn ein ungerechter Besitzer, ob er gleich fehlerhaft besitzt, hat der Vermuthung nach, schon deshalb, weil er besitzt, mehr Recht, als derjenige, welcher nicht besitzt, L. 2. D. *Uti possid.*

b) Diesem schon im Naturrecht und in der Billigkeit gegründeten Satze pflichtet auch das Römische Recht bey, wenn L. ult. §. ult. C. de *compensat.* sagt: *possessionem autem alienam perperam* (das heist: *vitiose, sine jure*) *occupantibus compensatio non datur.* Denn, ob ich gleich zugebe, daß dieses Gesetz blos von der Compensation, nicht aber von der Retention, welche letztere (wie ich weiter unten anführen werde,)

de,) von jener gar verschieden ist, rede; so leidet es doch, wegen Allgemeinheit des Grundes, der auch auf die Retention paßt, eine ausdehnende Erklärung. Denn der Grund des angezogenen Gesetzes, ist ohne Zweifel kein anderer als, daß es unbillig seyn würde, wenn einem ungerechten Besizer sein fehlerhafter Besitz Vortheile und Nutzen gewähren sollte. *Heisler* in der angeführten Dissertat. §. 20. Note 2.

c) *Georg. Ludw. Boehmer.* dissert. de jure retent. ejusque effectu. §. 8. (sic ist auch in dessen *electis juris civilis* Vol. II. exerc. 13. anzutreffen); *Stryck* diss. de possessione per cautionem non auferenda. Cap. 2. §. 24. wiewohl *Gail* L. 2. obs. 12. n. 6. anderer Meynung ist.

d) Ich sage: der Regel nach steht einem ungerechten Besizer, das Retentionsrecht nicht zu, denn ein besonderer eintretender Billigkeitsgrund kann bewirken, daß zuweilen auch einem ungerechten Besizer jenes Recht nicht abgesprochen wird. Beispiele hievon sehe man in L. 38. D. de hered. petit. L. 16. C. de praed. minor. *Lauterbach* §. 9. *Schmidt* in der bereits angezogenen Dissertat. §. 35.

§. 8.

Betrachtung des zweiten wesentlichen Stückes.

Das zweene zur Ausübung des Retentionsrechts wesentlich nöthige Stück ist, daß dersjenige, der die Sache, an welcher ich das Retentionsrecht ausüben will, von mir fordert, entweder selbst mein Schuldner, oder ein Dritter mir zu etwas verbunden sey (§. 2. II.) a). Das Wort: Schuld, ist hier im weitläufigsten Verstande zu nehmen, und darunter alles dasjenige zu verstehen, wozu ein anderer mir vollkommen verbunden ist b). Diese Schuld aber muß eine wahre Schuld (debitum verum s. certum) seyn c), das heißt: es muß gewiß und ausgemacht seyn, daß mir Jemand entweder sogleich (pure), oder zwar nicht sogleich, jedoch alsdenn, wenn entweder eine Bedingung in Erfüllung gegangen d) oder eine bestimmte Zeit herbey gekommen ist e), etwas leisten müsse. Ob aber die Schuld auch liquid, das ist, sogleich jeto, da ich denjenigen, welcher eine Sache von mir forz

fordert, unter dem Vorwande, daß ich zur Zurückhaltung der Sache berechtigt wäre, von mir weise, erhellten müsse, was und wie viel ich gerade zu fordern habe, darüber sind die Meinungen der Rechtslehrer getheilt. Indessen ist so viel richtig, daß durch eine letzte Willensverordnung, oder durch einen Vertrag, das Retentionsrecht auch wegen einer illiquiden Forderung verstatet werden könne, mithin betrifft diese Frage blos den Fall, wenn Jemand das Retentionsrecht ausüben will, ohne daß ihn ein Vertrag, oder eine letzte Willensverordnung darzu berechtigt f). In einem solchen Falle lassen zwar verschiedene Rechtslehrer g) das Retentionsrecht, auch wegen einer illiquiden Forderung zu, jedoch nur so lange, bis der Schuldner Caution leiste, daß er die Schuld, sobald sie liquid seyn würde, bezahlen wolle: leiste er nun dergleichen Caution, so sey der Besizer der Sache schuldig, die Sache herauszugeben, und komme ihm das Retentionsrecht nicht länger zu statten. Andre hingegen h) behaupten, daß
ein

ein Gläubiger, dessen Forderung illiquid sey, das Retentionsrecht nicht verliere, und er zur Herausgabe der Sache nicht verbunden sey, wenn gleich der Schuldner, zur Bestelung der vorhin gedachten Caution, sich erbiere. Noch andere aber i) halten dafür, daß es dem richterlichen Ermessen anheim zu stellen sey, und dieser vor allen Dingen erforschen müsse, ob die Forderung leicht, und ohne große Weitläufigkeit liquidirt werden könne, oder ob dies der Fall nicht sey? Wäre jenes, so müsse er dem Gläubiger das Retentionsrecht gestatten, und nicht zugeben, daß er den Besitz der Sache gegen eine vom Schuldner bestellte Caution, verliere; im letztern Fall aber sey der Gläubiger zur Herausgabe der Sache anzuhalten. Dies ist auch nach meinem Ermessen das bequemste Auskunftsmittel.

a) Uebrigens aber kommt nichts darauf an:

1) ob mein Recht, dem die Verbindlichkeit meines Schuldners entspricht, ein dingliches, oder ein persönliches Recht sey, *Lauterbach*, de retentione, thes. 5. 2) Ob die Verbindlichkeit

B

meines

meines Schuldners, eine bloß natürliche oder eine bürgerliche Verbindlichkeit ist; vermöge eines Schlusses aus dem L. 6. D. de compensationibus L. 5. D. de pignorib. L. 2. D. Quae res pignori, wenn jene nur nicht durch positive Gesetze für ganz unwirksam erklärt worden, (wohin z. B. die Verbindlichkeit eine Spielschuld zu bezahlen, ingleichen die Verbindlichkeit einer Weibsperson, das, wofür sie expromittirt oder sich verbürgt hat, zu leisten gehört), und diese keine solche ist, die durch eine gegründete Einrede ganz entkräftet werden kann. Indessen läugnet *Laurerbach* in der angef. Dissertat. am angef. Orte, daß wegen eines debiti civilis tantum, das Retentionsrecht statt finde. Seine Worte sind: Sic etiam debitum civile tantum, quod scilicet jure civili debetur, sed vinculo aequitatis naturalis destituitur, non facit locum huic remedio, argum. L. 14. ff. de compensat. junct. L. 26. §. 3. L. 40. pr. ff. de conduct. indebiti. Allein wer diese Gesetze gelesen hat, wird ihm schwerlich beypflichten.

b) Vermöge des L. 10. 11, und 12. D. de Verborum Signif. *Leyser* in medit. ad pand. Sp.

Sp. 175. Med. 2. Auch facta die ein andrer mir zu leisten hat, sind nicht auszuschließen. Z. B. Cajus hat mir sein Forte piano geliehen, nachher macht er ein Testament, und legt seinem Erben, der ein Mahler ist, darinne auf, mir ein Zimmer in meinem Hause zu mahlen, sagt aber auch zugleich, daß ich nicht schuldig seyn solle, das mir geliehene Forte piano seinem Erben eher wieder zu geben, bis dieser mir das le girtte factum geleistet, nämlich das Zimmer gemahlt haben würde.

c) Leyser Sp. 175. Med. 3.

d) Z. B. Cajus verspricht mir 10 Thaler zu schenken, wenn noch in diesem 1790sten Jahre zwischen Rußland und der Pforte Friede werden würde, sagt aber zugleich: damit du der Erfüllung meines Versprechens desto mehr gewiß seyst, verlange ich meine Uhr, die ich dir geliehen habe, nicht eher wieder zurück, bis du die versprochenen 10 Thaler von mir erhalten hast.

e) Man ändere das in der nächst vorhergehenden Note gegebene Beyspiel, ein wenig ab, und nehme an, Cajus habe mir zu Michaelis 1790, 10 Thaler zu geben versprochen, oder: an dem

Tage, da du einen Sohn taufen lassen wirst,
will ich dir 100 Rthlr. schenken.

f) Schmidt in der angef. Dissertat. §. 10.

g) Dahin gehören: *Ludolph Schrader* in tra-
ctatu feudali, Part. II. Part. princip. IX. Sect.
2. num. 31. 32. *Carpzov* Part. II. Const. 25.
def. 17. und Lib. IV. resp. 20. n. 19. *Berlich*
in concl. pract. Part. II. concl. 32. num. 16.
Mevius in decis. Part. II. decis. 114. Part. III.
dec. 368. not. 3. et 4. *Leyser* in medit. ad
pand. Sp. 175. Med. 4. *Hartm. Pistor* Part.
II. Lib. 2. quaest. 43. num. 33. *Fachinaeus*
controv. Lib. VII. c. 91. *de Berger* in oeco-
nom. jur. Lib. III. Tit. 15. §. 4. not. 9.
Hellfeld in jurisprud. for. §. 937. *Heisler*
diff. de jure retent. Cap. II. §. 16. *Strecke*
de jure retentionis §. 3. und 30. und ande-
re mehr.

h) *Hector Capycius* in decision. Dec. XVII.
num. 7. seq. *Sebast. Medices* de compensa-
tionibus, Part. II. qu. 16. num. 20. *Job.*
Pet. Mollignatus, de retentione, quaest. 340.
pag. m. 312. *Anton Faber* in Cod. Lib. III.
Tit. 22. def. 15. num. 4. *Esbach* ad Carp-
zov. Part. II. Const. 25. def. 17. *Samuel*
Stryck

Stryck diss. de possessione per cautionem non auferenda. Cap. II. §. 17. welcher die Gründe der verschiedenen Meynungen weitläufig hervorgesezt.

i) De Pufendorf in observ. jur. univ. Tom. II. obs. 130. Lauterbach de retentione, th. 8. Schmidt in der angef. Dissert. §. 12.

§. 9.

Betrachtung des dritten wesentlichen Stückes, und die daraus entspringende Eintheilung des Retentionsrechts, in das *Jus retentionis conventionale, testamentarium* und legale.

So wenig die Ausübung des Retentionsrechts, ohne den Besitz der Sache, welche man retiniren will, (§. 6.) und ohne eine Verbindlichkeit, die ein anderer gegen mich hat, (§. 8.) statt finden kann; so wenig ist das allein, daß ich eine Sache meines Schuldners besitze, ein rechtmäßiger Grund diese Sache zurückzuhalten, denn dies würde, (meine Forderung mag übrigens auch noch so gerecht seyn,) eine Art der Selbsthülfe ausmachen, Selbsthülfe aber ist ein unerlaubtes und strafbares factum a).

Es muß daher, außer den bereits angezeigten Erfordernissen zur Ausübung des Retentionsrechts, noch eine Ursache, ein Grund, vorhanden seyn, woraus meine Befugniß zur Innebehaltung entspringt, und dieses ist das dritte wesentliche Stück zur Ausübung des Retentionsrechts. Diese Ursache liegt nun aber entweder in einem Vertrage, oder in einer Legtenwillensverordnung, oder weil die Gesetze unmittelbar verordnen, daß ich zuweilen b) auch in Ermangelung eines Vertrags, oder einer letzten Willensverordnung, das Retentionsrecht soll ausüben können. Nach Verschiedenheit dieser drey Ursachen, worauf sich meine Befugniß zur Innebehaltung gründet, wird das Retentionsrecht in das ausbedungene (conventionale) c) in das in einer letzten Willensverordnung gegründete (testamentarium, f. ultima voluntate constitutum d) und in das gesetzliche (legale) e) eingetheilt. Einer von diesen Titeln, oder Ursachen, muß vorhanden seyn, wenn ich zur Ausübung des Retens

Retentionsrechts berechtigt seyn soll, und mangelt ein solcher Titel, so ist die Zurückhaltung ein unerlaubtes factum.

a) Die Verordnung der römischen und unsrer deutschen Reichsgesetze wider die Selbsthülfe, sind bekannt. L. 13. D. quod met. causa L. pen. D. ad L. Jul. de vi priv. L. 7. C. Unde vi N. U. vom Jahr 1531. Tit. 3. §. 15. L. G. O. v. J. 1525. Tit. 32. §. 2.

b) Wenn? dies wird im nächstfolgenden Kapitel bestimmt werden.

c) Der Vertrag kann seyn α) ein ausdrücklicher; Ein Beyspiel hiervon sehe man oben §. 8. Note c), β) ein stillschweigender; vermöge eines stillschweigenden Vertrags, steht dem Pfandgläubiger in Ansehung der ihm verpfändeten Sache, L. 9. §. 5. L. 10. D. de pign. act. und dem Verkäufer in Ansehung der verkauften Sache, so lange bis der Käufer das Kaufgeld entrichtet, L. 11. §. 2. L. 13. §. 8. D. de act. emt. et vend. das Retentionsrecht zu, wovon *Boehmer* de jure retent. §. 3 und 4. weitläufiger gehandelt hat.

d) Z. B. Cajus sagt in seinem Testamente:
*Ich legire Titio 100 Kthl., und da er meine
 goldene Uhr, die ich ihm geliehen habe, noch
 bey sich hat, soll er nicht nöthig haben, sola
 che eber heraus zu geben, bis ihm mein
 Erbe das Legat ausgezahlt hat.*

e) Das *jus retentionis conventionale* und
testamentarium, wird auch das *willkührliche*
(voluntarium) und das *legale* das *nothwenda-*
dige Retentionsrecht (necessarium) genannt.

§. 10.

Das Retentionsrecht ist entweder *qualificatum*
 oder *simplex*.

Mit Uebergangung einiger unnützen Einthei-
 lungen des Retentionsrechts a) bemerke ich hier
 die an praktischen Folgen fruchtbare Eintheilung
 desselben, in *jus retentionis qualificatum*, et
simplex. Unter dem *jure retentionis qualifica-*
to, verstehen die Rechtslehrer dasjenige Reten-
 tionsrecht, welches mit einem ding-
 lichen Rechte verbunden ist, oder viel-
 mehr, welches ein Bestandtheil eines mit-
 zustehenden dinglichen Rechts ist. So ist
 z. B.

3. B. das Retentionsrecht, welches dem Pfandgläubiger in Ansehung der verpfändeten Sache b) zusteht, ein qualificirtes Retentionsrecht denn es macht einen Theil des Pfandrechts im engern Sinn (in sofern nämlich dieses dem *juri hypothecae* entgegengesetzt wird) aus: von der nämlichen Beschaffenheit ist das Retentionsrecht, welches der Verkäufer auf der verkauften Sache hat, bis ihm das Kaufgeld bezahlt worden, denn hier ist es eins von den einzelnen unter dem Eigenthume begriffenen Rechten.

Jus retentionis simplex hingegen, ist dasjenige, welches mit keinem dinglichen Rechte verbunden ist.

Der Nutzen dieser Eintheilung wird unten einleuchtend werden.

a) Man findet solche bei *Heisler de jure retent.* §. 7. und 8.

b) Jedoch nur wegen der Schuld, weshalb es constituiret worden. *Boehmer* §. 17.

§. II.

Beantwortung der Frage: ob das Zurückbehaltungsrecht eine Art der Compensation sey?

Ehe ich dieses Kapitel schließe, finde ich noch für nöthig, die Frage zu erörtern: ob das Zurückbehaltungsrecht eine Art der Compensation sey, oder nicht? Einige Rechtslehrer behaupten es a), da hingegen andere es läugnen b). Diese letzte Meynung scheint mir die gegründeteste zu seyn. Ich will mich bloß auf zween Punkte einschränken, aus welchen sich der Unterschied zwischen der Compensation und dem Zurückhaltungsrecht, deutlich zu Tage leget.

1) Wer compensiren will, hat die Absicht, daß seine Forderung, und die Forderung seines Gegners, entweder ganz, oder zum Theil aufgehoben werden soll; wer aber das Innebehaltungsrecht ausübt, hat diese Absicht nicht, sondern will nur seine Forderung durch Behaltung des Besizes der Sache sichern, und zugleich seinen Gegner zur Tilgung seiner Forderung anreizen c).

2) Wenn

2) Wenn ich compensiren will, so wird vors
ausgesetzt, daß die wechselseitigen Forderungen
von einerley Art sind d); dies Erforderniß fällt
bey Ausübung des Retentionsrechts weg, wie
sich theils aus dem vorhergehenden ergibt,
theils unten noch deutlicher erhellen wird.

a) *Berlich* in concl. praet. Part. II. concl. 32.
num. 16. *Anton Negusantius* de pignor. et hy-
poth. Part. V. pr. membr. I. num. 37. und andre
oben (§. 8. not. g.) angezogene Rechtslehrer.

b) *Leyser* Sp. 175. med. I. *Molignarus* de re-
tentione, qu. 7. *Valent. Ricmer* Decad. XV.
quaestio. jurid. illustr. Dec. IX. n. 9. Jenae
1616 und andre.

c) *Heisler* de jure retent. Cap. I. §. 3.

d) L. 4. C. de compensat.

Zweytes Kapitel.

Vom gesetzlichen Retentionsrecht.

§. 12.

Uebergang zu diesem Kapitel.

Zuweilen ertheilen mir die Gesetze unmittel-
bar, außer einem Vertrage, und einer letzten
Wils

Willensverordnung, wegen einer gewissen Forderung das Retentionsrecht (§. 10.). Dasjenige, was sie dabei voraussetzen, kennen zu lernen, ist der Gegenstand des gegenwärtigen Kapitels.

§. 13.

Die Forderung des Zurückhalters, muß nämlich mit der zurückgehaltenen Sache in Verbindung stehen.

Bei genauer Betrachtung der einzelnen Fälle, in welchen die römischen Gesetze das Retentionsrecht zulassen, ergiebt sich, daß sie vorzüglich auf die Beschaffenheit der Forderung des Zurückhalters, Rücksicht nehmen, und nur demjenigen Gläubiger, dessen Forderung mit der Sache, an welcher er das Innebehaltungsrecht ausüben will, in Verbindung steht (connex ist) dieses Recht gestatten, ob sie schon weder der Verbindung, als des Grundes des Retentionsrechts, ausdrücklich erwähnen, noch nach Verschiedenheit der Fälle, in welcher sie diesem Rechte Statt geben, verschiedene Ursachen einer solchen Verbindung anführen.

Es

Es fragt sich daher; wenn gesagt werden könne, daß eine Forderung mit der Sache, welche zurückgehalten werden soll, in Verbindung stehe? Da, wie ich vorhin gesagt habe, die Ursachen, welche die Qualität der Verbindung einer gewissen Forderung mit dem Gegenstand des Retentionsrechts, bewürken, in den Gesetzen selbst nicht bestimmt sind, so haben sich die Rechtslehrer bemüht, die Ursachen der Verbindung, welche die Gesetzgeber, in den Fällen, in welchen sie das Retentionsrecht ausdrücklich gestatten, vor Augen gehabt haben mögen, zu entdecken, und besondere Regeln zu entwerfen, nach welchen nicht nur die in den Gesetzen ausdrücklich erwähnten Fälle beurtheilt werden müssen, sondern die auch alsdenn, wenn das Retentionsrecht außer einem in den Gesetzen ausdrücklich erwähnten Fall, ausgeübt werden soll, die Beantwortung der Frage: Ob die Forderung mit dem Gegenstande des Retentionsrechts connex sey? leicht machen a).

a) Ich

a) Ich folge hier größtentheils den Böhmer-
schen Grundsätzen, in der mehrmals angezogenen
Dissertation de jure retentionis §. 9. seqq.

§. 14.

Erste Regel.

Eine Forderung steht 1) mit der Sache,
an welcher das Retentionsrecht ausgeübt wer-
den soll, in Verbindung, wenn sie in dies-
se Sache verwendet worden ist a).

a) Ein Beispiel sehe man im L. 1. C. Si alie-
na res pignori data sit. Die Worte dieses Ge-
setzes sind diese: *Procurator citra domini volun-
tatem domum pignori frustra dedit: Si tamen pe-
cuniam creditoris in rem domini versam constabit,
non inutilis erit exceptio, duntaxat quod nume-
raturum est, exsolvi desideranti.*

§. 15.

Zweite Regel.

2) Wenn jemand auf eine fremde
Sache, *bona fide* einen Aufwand gemacht
hat; so steht die aus dem Aufwand her-
rüh-

rührende Forderung, mit dieser Sache in Verbindung, folglich kann er solche so lange, bis ihm der gemachte Aufwand vergütet worden ist, zurückhalten. Beispiele sehe man §. 30. F. de rer. divis. L. 7. §. 12. L. 9. §. 1. D. de acquir. rer. dom. L. 14. D. de doli mali et metus except. L. 27. §. 5. L. 48. D. de rei vind. a). Hierbey ist jedoch zu bemerken, daß in einigen Fällen nur ein Aufwand, der nöthig war, die rechtliche Gunst hat, daß deshalb das Retentionsrecht statt findet. So hat z. B. der Ehemann, wegen eines Aufwandes auf die Dotalgüter seiner Ehefrau, das Retentionsrecht nur alsdenn, wenn der Aufwand nothwendig war b), nicht aber wegen eines bloß nützlichen Aufwandes c).

a) *Colerus* de processib. execut. Part. I. Cap. 2. num. 210.

b) L. 56. §. 3. D. de jure dotium; L. 5. princ. D. de impenf. in res dotal. fact. L. un. §. 5. C. de rei uxor. actione.

c) L. un. §. 5. C. all. *Molignarus* de retentione qu. 69. *Heisler* de jure retentionis,

§ 30.

§. 30, not. 3. in fine, *Boehmer*, de jure re-
tent. §. 9. *Hellfeld* in juris prud. forensi,
§. 1281. Es irrt daher *Laurerbach*, (de re-
tentione §. 24.) wenn er dem Ehemanne, we-
gen eines Aufwandes auf die Dotalgüther seiner
Frau, das Retentionsrecht überhaupt abspricht.
denn daß die Verordnungen der ältern Römischen
Gesetze, die dem Ehemanne, wegen eines noth-
wendigen Aufwandes, das Retentionsrecht er-
theilen (L. 56. §. 3. D. de jure dot. L. 5. pr.
D. de impens. in res dot. fact.) durch den al-
legirten L. un. §. 5. C. de rei uxor. act. nicht
aufgehoben worden sind, sondern dieses Gesetz die
Zurückhaltung der Dotalgüther, nur wegen eines
blos nützlichen Aufwandes, nicht zulasse, erhel-
let aus den Worten dieses Gesetzes, ganz deut-
lich, wenn es nämlich heißt: — Sed nec ob
impensas in res dotis factas, retentio no-
bis satis videtur esse idonea. Cum enim
necessariae quidem expensae dotis minuant
quantitatem, utiles autem non aliter in rei
uxoriae actione detinebantur, nisi ex vo-
luntate mulieris: non abs re est, si quidem
mulieris voluntas intercedat, mandati actio-
nem a nostra autoritate marito contra uxo-
rem indulgeri: *quarenus* possit per hanc,
quod

quod utiliter impensum est, adservari: vel si non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res gesta est, negotiorum gestorum adversus eam sufficere actionem.

§. 16.

Dritte Regel.

3) Da Dienste (operae) oder Handlungen, welche jemand in Ansehung einer Sache leistet, so gut angesehen werden, als ein auf die Sache gemachter Aufwand a), so ist zwischen der Forderung, die wegen der geleisteten Dienste oder Handlungen, zusteht, und der Sache selbst, an welcher oder in Ansehung deren sie geleistet worden sind, eine Verbindung, welche bewirkt, daß derjenige, welcher die Dienste oder Handlungen verrichtet hat, diese Sache so lange zurückhalten kann, bis er wegen jener Forderung befriediget worden ist. Aus diesem Grunde können daher, z. B. Sachwalter und Anwälde die Privatacten und Documente ihrer Clienten, oder Constituenten, Notarien, die gefertigten

C

Instrus

Instrumente, Schriftsteller ihre Manuscripte so lange zurückhalten, bis sie ihr Honorarium erhalten haben b); Handwerker, Professionisten und Künstler, und überhaupt diejenigen, welche an einer Sache oder wenigstens in Ausführung derselben gearbeitet, oder Dienste geleistet haben, können diese Sache bis zur Erlangung ihres Verdienstes, inne behalten c) Gast- und Stallwirthe (caupones et stabularii) können die Sachen derjenigen, die bey ihnen einkehren, so lange zurückhalten, bis sie das, was sie für Zehrung, Aufnahme, Herberge wie auch Fütterung des etwa mitgebrachten Viehes, u. s. w. schuldig worden sind, entrichten d). Nach der Praxis hat zwar auch das Gesinde das Recht, nicht eher aus dem Dienste seines Herren zu weichen, bis es seinen zu fordernden Lohn erhalten hat e); allein dies ist eigentlich keine Ausübung des Retentionsrechts f).

a) *Colerus* de processibus executivis Part. I. Cap. II. num. 215.

b) *Hell-*

b) *Hellfeld* in jurispr. for. §. 372. *Lauterbach* de retentione thes. 21. *Strecker* de jure retentionis §. 18. *Schmidt* de iis quae ad exercend. jus retentionis necessar. sunt §. 13.

c) So kann z. B. der Uhrmacher die Uhr, die er reparirt, der Schneider das Kleid, welches er verfertiget, der Schuhmacher die Schuhe, welche er gemacht hat, so lange zurückhalten, bis ihm dasjenige, was er verdient hat, entrichtet worden ist, *Molignatus* de retentione, qu. 43. 45. et 240. *Colerus* Part. I. Cap. II. num. 209. 213.

d) *Argum.* L. 4. §. 1. D. in quib. caus. pignus tacite contrah. *Molignatus* qu. 86. *Colerus* P. I. Cap. II. num. 217.

e) *Carpzov.* Part. 2. Const. 25. def. 22. 23. *Georg. Adam Struve* diss. de jure retent. Membr. III. n. 46. Jenae 1653. *Schmidt* 1. c. §. 22.

f) *Lauterbach* §. 21. sagt: famuli et ancillae in domo domini *jure quasi retentionis*, tam diu manere possunt, donec ipsis merces residua solvatur.

§. 17.

Vierte Regel.

4) Meine Forderung ist mit der Sache, an welcher ich das Retentionsrecht ausüben will, connex, wenn mein Gegner mir aus dem nämlichen Grunde verbunden ist, aus welchem ihm das Recht die Sache von mir zu fordern, zusteht. Dies ist der Fall, wenn ich eine actionem contrariam habe, mittelst welcher ich zu meiner Forderung gelangen kann; Hier habe ich die Wahl, ob ich klagen, oder an der Sache das Retentionsrecht ausüben will a). Ich will dieses durch ein in den Gesetzen vorkommendes Beispiel erläutern. Wenn ich ein Pfand, welches ein anderer seinem Gläubiger gegeben hat, ohne Auftrag vom Pfandschuldner zu haben, einlöse, dieser aber sich weigert, mir dasjenige, was ich dem Pfandgläubiger bezahlt habe, wieder zu erstatten, so kann ich das Pfand so lange ihm vorenthalten, bis er mich befriediget b). Ich habe nämlich hier ein fremdes Geschäft verrichtet; als negotiorum gestor, bin ich nun
 zwar

zwar schuldig, das eingelöste Pfand, dem vor-
maligen Pfandschuldner einzuhändigen, und ihm
kömmt deshalb actio negotiorum gestorum
directa wider mich zu statten; allein ich kann
dargegen auch verlangen, daß er mir vorher so
viel, als ich auf die Einlösung des Pfandes vor-
geschossen habe, wieder erstatte, und ich habe
daher wider ihn actionem negotiorum gesto-
rum contrariam, denn diese meine Forderung
entspringt aus dem nämlichen Grunde, aus
dem mein Gegner die Herausgabe seiner Sache
fordern kann, nämlich aus dem quasi contractu
negotiorum gestions. Hieraus ergiebt sich
auch, warum zuweilen einem commodatario c),
depositario d), einem creditori pignoratitio e)
auch einem Vormunde auf den Sachen seines
Pupillen f), das Retentionsrecht zusteht.

a) L. 18. §. ult. D. Commodati: *Quod
contrario iudicio consequi quisque potest, id etiam
recto iudicio, quod cum eo agitur potest saluum
habere jure pensationis* (h. e. retentionis).

b) L. 1. pr. D. Quib. mod. pignus vel hy-
potheca solvitur.

§ 3

c) Weil

c) Weil er z. B. durch die geliehene Sache in Schaden gekommen ist, L. 18. §. 3. Commodati, oder einen beträchtlichen nothwendigen Aufwand auf solche gemacht hat, L. 15. §. 2. L. 59. D. de furtis. Der L. ult. C. de commodato, woselbst es heißt: *praetextu debiri restitutio commodari non probabiliter recusatur*, steht nicht entgegen, denn er verbietet die Zurückhaltung der geborgten Sache nicht schlechter dings, sondern nur wegen einer Forderung, die in dem Leihcontracte nicht ihren Grund hat. *Boehmer de jure retentionis §. 13. Laurerbach de retentione, thes. 24. Molignarus de retentione qu. 55.* Wegen eines bloß nützlichen Aufwandes hingegen, wenn er auch gleich beträchtlich seyn sollte, findet das Innebehaltungsrecht anderergestalt nicht statt, als wenn er mit Bewilligung des Leihers gemacht worden ist. *Boehmer in der angef. Dissert. §. 10.* Daß aber ein commodatarius einen mäßigen, geringen Aufwand nicht ersetzt verlangen könne, ist aus dem L. 18. §. 2. D. Commod. bekannt, folglich findet deshalb auch weder Klage, noch Retention der geliehenen Sache statt.

d) Wegen eines Aufwandes ebenfalls nur alsdenn, wenn er nothwendig war, vermöge des

L. 15.

L. 15. §. 2. L. 59. D. de furtis *Arnold Vin-
nius* in select. quaest. jur. Lib. I. Cap. 51.
Nic. Christ. Lyucker de privilegio depositi,
§. 23. *Stryck* in usu mod. pand. L. XVI.
Tit. III. §. 9. *Hellfeld* in jurisprud. for.
§. 944 *Walch* in introd. in controv. jur.
civil. Sect. III, Cap. IV. membr. I subf. II.
§. 2. *Molignans* de retentione, qu. 52. *Per.
Müller* ad *Struvii* syntagma jur. civil. exerc.
21. thes. 44.

Der L. II. C. Depositi, steht nicht entgegen,
denn er redet nur von einer Forderung des de-
positarii, die nicht im Hinterlegungscontracte ge-
gründet ist, sondern anders woher rühret. Dies
zeigt *Boehmer* de jure retent. §. 13. Anderer
Meynung sind jedoch *Lauterbach* in colleg. th.
pract. Lib. XVI. Tit. III. §. 37, und de re-
tentione thes. 24. *Hahn* ad *Wesenbec.* Tit.
D. Depositi, n. 5. *Hugo Donellus* ad L. II.
§. 9. C. Depositi. Von einem auf die deponirte
Sache gemachten nützlichen Aufwande, gilt das
nämliche, was in voriger Note vom commo-
dato gesagt worden ist. *Boehmer* a. a. O. §. 8.

e) Man möchte einwenden; dem Pfandgläubiger steht ja schon, vermöge eines stillschweigenden

Vertrags das Retentionsrecht zu. (Man sehe oben §. 9. not. b). Allein ich antworte: dies hat er nur so lange, als die Pfandschuld nicht getilgt ist. Ist der Pfandschuldner hingegen dem Gläubiger, vermöge des Pfandcontracts, noch zu etwas andern verbunden, so, daß diesem deshalb die actio pignoratitia contraria wider ihn zu statten käme, so findet, wenn der Schuldner gleich die Hauptschuld (für welche nämlich das Pfand gegeben worden ist,) getilgt haben sollte, die Retention dennoch Statt. Der Grund hiervon aber, liegt nicht in dem stillschweigenden Vertrage, sondern in der, aus obiger Ursache, zwischen der Forderung des Pfandgläubigers, und der verpfändeten Sache, obwaltenden Verbindung. Beispiele sehe man in L. 8. pr. L. 31. D. de pignoratit. actione.

f) *Molignatus* de retentione, qu. 281.

§. 18.

Fünfte Regel.

5) Eine Forderung steht auch alsdenn mit der Sache, welche zurückgehalten wird, in Verbindung, wenn dem Gläubiger entweder vermöge eines Vertrags, oder nach
unmits

unmittelbarer Verordnung der Gesetze ein Recht zusteht, zu verlangen, daß er aus dieser Sache selbst, seine Befriedigung erlange. Hierher gehören die Beispiele im L. 2. pr. D. ad L. Rhod. de jactu und im L. 26. §. 4. D. de condict. indeb. Auf diesem Grunde beruht auch die Befugniß eines jeden hypothecarischen Gläubigers, die Sachen worauf ihm entweder vermöge eines Vertrags, oder nach Verordnung der Gesetze, ein Hypothekrecht zusteht, wenn er, außer einem Contracte oder Vertrage, nach welchem er zur Wiedergabe verpflichtet ist a), auf eine rechtmäßige Art b) deren Besitz erlangt hat, so lange zurückhalten, bis die Schuld, weshalb ihm diese Sachen verpfändet sind, getilgt worden ist. Es hat daher z. B. der Verpachter eines praedii urbani das Retentionsrecht, in Ansehung der von dem Pächter an den gepachteten Ort, in der Absicht gebrachten Sachen, daß sie daselbst bleiben sollen (in investis et illatis), bis dieser das Pachtgeld erlegt, und andre aus dem Pachtcontract entspringende Verbindlichkeiten

erfüllt, wegen des ihm auf solchen Sachen zustehenden gesetzlichen Pfandrechts c), so wie auch der Verpachter eines praedii rustici, an solchen Sachen des Pächters, dieses Recht wegen einer aus dem Pachtcontract herrührenden Forderung ausüben kann, wenn ihm diese Sachen ausdrücklich verpfändet worden sind; eine Ehefrau hat das Retentionsrecht, in Ansehung der Güter ihres Mannes, bis sie wegen ihrer Mitgift, Paraphernalgüter, und der donationis propter nuptias, befriedigt worden ist d). Mehrerer Beispiele nicht zu erwähnen e).

a) Denn besitzt er solche aus einem Contracte oder Verträge, vermöge dessen er zu deren ohngesäumten Wiederabtretung verbunden ist; so findet das Retentionsrecht aus dem Grunde, weil ihm auf diesen Sachen ein Hypothekrecht zusteht, nicht statt. *Leyser*, Sp. 175. Med. 6.

b) *Lauterbach* de retentione th. 15.

c) L. 4. L. 9. D. In quib. caus. pign. L. 5. C. eod. verglichen mit dem L. 34. D. de damno infecto.

d) *Sächse*

d) Sächsisch Weichbild, art. 57. §. habt ihr aber, u. s. w. Weitläufig handeln vom Retentionsrechte der Ehefrau, *Colerus de processib. executiv. P. I. cap. 2. num. 189. seqq. Berlich* in *concl. praëtic. Part. II. concl. 32. Lauterbach de retentione th. 10. seq. und Strecker de jure retentionis §. 6. seqq.*

Auf gleiche Weise kann aber auch der Ehemann die Güter seiner Frau so lange zurückhalten, bis er dasjenige davon erhalten hat, was ihm davon nach den Ehepacten, oder nach gemeinen Rechten, oder nach den Statuten eines Orts, oder nach einer gültigen Gewohnheit gebührt. Denn, ob ihm zwar gleich (wenigstens nach dem gemeinen Rechte) deshalb keine Hypothek zusteht, so hat er doch ein Recht, seine Befriedigung aus solchen Gütern zu verlangen. *Colerus de processib. executiv. Part. I. Cap. 2. num. 202. Strecker* in der angezog. *Dissert. §. 10.* Aus dem nämlichen Grunde steht der Ehefrau mehrgedachtes Recht, auch wegen der statutarischen, oder in den Ehepacten ihr ausgesetzten Portion zu. *Carpzov Constit. Elect. 20 et 25. Lauterbach th. 10.*

e) Ich verweise deshalb auf *Lauterbach* in der oft allegirten *Dissertation th. 15.*

§. 19.

§. 19.

Wegen einer Forderung, die mit dem Gegenstande des Retentionsrechts nicht in Verbindung steht, findet der Regel nach das Retentionsrecht nicht Statt.

Eine von den bisher angeführten Ursachen muß eintreten a), wenn zwischen einer gewissen Forderung, und der Sache, welche man zurückhalten will, eine Verbindung behauptet werden soll, und mangelt dergleichen, so findet den einzigen Fall im L. un. C. Etiam ob chirographar. pecun. pignus teneri posse aa), angenommen das Retentionsrecht nicht Statt b) vielmehr kann derjenige, welcher nichts desto weniger eine Sache zurückhält, auf Ersetzung alles aus solch' einer ungebührlichen Zurückhaltung entstandenen Schadens, belangt werden c). Indessen lassen gleichwohl verschiedene Rechtslehrer d) auch wegen einer nicht connexen Forderung das Retentionsrecht zu.

a) Zuweilen können mehrere Ursachen der Verbindung vorhanden seyn. Wenn z. B. dem commodotario wegen eines beträchtlichen nothwendigen Aufwandes auf die geliehnte Sache das Reten:

Retentionsrecht zusteht, so gründet sich dieses Recht theils auf die im §. 15. enthaltene Regel, theils auf den im §. 17. vorgetragenen Satz.

aa) Der Fall ist der: Wenn ein Pfandgläubiger, außer der Forderung, weshalb ihm der Schuldner ein Pfand gegeben hat, noch eine andere im Pfandcontracte nicht gegründete Forderung an den Pfandschuldner zusteht, diese Forderung mag übrigens eine Geldsumme, oder etwas anders zum Gegenstande haben, sie mag aus einem Contracte, oder aus einem bloßen Vertrage herrühren, so kann er, wenn der Pfandschuldner mit ihm nicht ein anders ausdrücklich ausgemacht hat, wenn gleich die Pfandschuld getilgt ist, dennoch die verpfändet gewesene Sache so lange zurückhalten, bis der Schuldner auch die Schuld, für welche das Pfand nicht gegeben worden ist, bezahlt.

b) Einige Fälle, in welchen die Römischen Gesetze, wegen Mangels einer der obigen Verbindungsursachen, einem Gläubiger das Innehaltungsgrecht ausdrücklich versagen, sehe man L. 5. D. de dote praelegata, L. 5. C. In quib. caus. pign. tacite contrah. L. 4. C. Commodati, L. II. C. Depositi, und vergleiche, was besonders diese beiden letztern Gesetze betrifft das, was
ich

ich oben §. 17. not. 6. bemerkt habe. *Leyser* Sp. 175. Med. 5. et 6. *Mevius* Part. II. decis. 214. *Gail* Lib. II. obs. 12. num. 5. *Molignanus* de retentione, qu. 199. *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 937. *Boehmer* diss. de jure retent. §. 12. §. 13. *Heisler* diss. de jure retent. Cap. III. §. 30. not. 3. *Strecker* diss. de jure retent. §. 25.

c) *Boehmer*, §. 14.

d) Einige setzen blos voraus, daß ein Gläubiger 1) eine Sache seines Schuldners rechtmäßiger Weise im Besitz habe, und 2) seine Forderung liquid sey. *Lauterbach* de retentione th. 23. *Jac. Fried. Ludovici* diss. de jure retentionis ex diversa etiam causa competente. Halae 1716. Andere aber wollen, daß zu diesen beiden nur angeführten Erfordernissen, noch hinzuzukommen müste, daß der Gläubiger zu befürchten habe, um seine Forderung zu kommen, und daß der Werth der zurückgehaltenen Sache, nicht mehr betrage, als die Forderung ausmache. Diese Meynung vertheidigt mit guten Gründen, *Schmidt* de iis quae ad exercendum jus retentionis necessaria sunt, §. 17. seqq.

Drits

Drittes Kapitel.

Vom Retentionsrechte, das vermöge eines Vertrags oder einer letzten Willensverordnung ausgeübt wird.

Durch einen Vertrag oder in einer letzten Willensverordnung, kann das Retentionsrecht nicht nur wegen einer illiquiden, sondern auch wegen einer solchen Forderung, welche mit der Sache, welche zurückgehalten werden soll, nicht in Verbindung steht, auch wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, ertheilt werden. Alles dieses ist bereits oben gesagt worden. Uebrigens aber bemerke ich nur, daß die Fälle, in welchen vermöge eines Vertrags, oder einer letzten Willensverordnung dieses dieses Recht ausgeübt wird, sehr selten sind a).

a) *Laurerbach* de retentione th. 25.

Viertes Kapitel.

Von den Wirkungen des Retentionsrechts, und den mit dessen Ausübung zuweilen verknüpften Verbindlichkeiten.

§. 21.

Was die Wirkungen des Retentionsrechts anlangt, so lassen sich, wenn ich auf die Herausgabe einer Sache, an welcher ich das Retentionsrecht ausübe, belangt werde, folgende Fälle gedenken:

- 1) Daß mein Gegner die Verbindlichkeit bis zu deren Erfüllung ich das Retentionsrecht ausüben will, selbst zu erfüllen hat.
- 2) Daß er zwar diese Verbindlichkeit nicht selbst zu erfüllen hat, mir aber gleichwohl vermöge eines Vertrags oder eines letzten Willens, das Recht zusteht, seine Sache so lange zurückzuhalten, bis ein Dritter eine gegen mich habende Verbindlichkeit erfüllt.
- 3) Daß

3) Daß mein Gegner ein solcher ist, der weder selbst die Verbindlichkeit zu erfüllen, noch mir das Retentionsrecht wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, ertheilt hat, auch das factum desjenigen, von dem ich, wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, das Retentionsrecht verwilligt bekommen habe, nicht anzuerkennen braucht.

§. 22.

Erster Fall.

Wäre das erste, daß nämlich derjenige, von dem ich auf Herausgabe der Sache, belangt werde, die Verbindlichkeit bis zu deren Erfüllung ich das Retentionsrecht ausüben will, selbst a) zu erfüllen hätte; so kann ich seinen Ansprüchen, die Einrede, daß mir an der Sache das Retentionsrecht, aus diesem oder jenem Grunde, zustehet b), entgegensetzen. Diese wirkt, daß ich zur Herausgabe der Sache,

D

vom

vom Richter nicht eher angehalten werden kann, bis mein Gegner seine Verbindlichkeit erfüllt. Hierinne kommen sowohl das jus retentionis simplex als das qualificatum, mit einander überein: nur darinne zeigt sich zwischen beiden Gattungen ein Unterschied, daß in dem Fall, wenn mein Retentionsrecht ein qualificirtes ist, dieses die nämlichen Wirkungen hervorbringt, welche mit der Gattung des dinglichen Rechts, dessen Bestandtheil es ist, verbunden sind c), da hingegen ein Zurückhalter, welchem ein dergleichen qualificirtes Retentionsrecht nicht zusteht, weiter keinen Vortheil hat, als daß er die Sache so lange, als der Schuldner sich seiner Verbindlichkeit nicht entledigt, in seinem Besitz behalten darf d).

a) Daß es gleich viel sey, ob er mir gleich anfänglich verbunden gewesen sey, oder ob er die Verbindlichkeit eines andern, weil er mit demselben für eine Person zu betrachten ist, (weil er z. B. dessen Erbe worden,) anerkennen müsse, bedarf kaum einer Erinnerung.

b) In

b) In den Römischen Gesetzen, kömmt sie unter dem Nahmen der *exceptionis doli* (*scilic generalis*) vor. Man sehe §. 30. I. de rer. divis. L. 27. §. 5. L. 48. D. de rei vindicat. L. 45. §. 1. D. de action. emt. L. 1. pr. D. Quib. mod. pign. vel hypoth. solv. L. un. C. Et ob chirogr. pecun. Daß sie eine blos dilatorische Einrede sey, giebt ihr Entzweck zu erkennen, denn dieser ist nicht, die Ansprüche meines Gegners dadurch gänzlich zu entkräften und ungültig zu machen, sondern nur so lange, bis die Verbindlichkeit, weshalb ich das Retentionsrecht ausübe, erfüllt worden ist. Gottlob Lusebius Welze in der Anleitung zur gerichtlichen Praxis §. 101.

c) So hat z. E. der Pfandgläubiger das Recht, das Pfand, wenn der Pfandschuldner mit der Zahlung zaudert, zu veräußern, und sich davon bezahlt zu machen. L. 4. 5. 6. 13. 35. D. de pignorat. act.

d) *Boehmer* de jure retentionis §. 17. *Schmidt* de iis, quae ad exercendum jus retentionis necessaria sunt, §. 41.

§. 23.

Zweiter Fall.

Verlangt derjenige von mir die Herausgabe der Sache, welcher, mir daran so lange, bis ein Dritter eine gewisse Verbindlichkeit gegen mich erfüllt, entweder selbst das Retentionsrecht verwilliget hat, oder wenigstens das factum desjenigen, von dem ich diese Verwilligung erhalten habe, anerkennen muß; so kömmt mir ebenfalls die Ausflucht, des mir zustehenden Retentionsrechts, zu statten, welche die Wirkung hat, daß er so lange abgewiesen werden muß, bis mein Schuldner mich befriedigt hat. Doch ist in dem Falle, wenn mir die Sache zugleich zum Pfande gegeben worden ist, und mir folglich ein qualificirtes Retentionsrecht zusteht, die Wirkung des Retentionsrechts, weit stärker, als wenn mir jemand seine Sache wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, ohne Ertheilung eines Pfandrechts zurückzuhalten verwilliget hat. Denn in jenem Fall habe ich das Recht, die Sache zu veräußern a), und mich davon bezahlt zu machen,

chen, da ich hingegen in diesem Falle weiter keinen Vortheil habe, als daß ich die Sache nicht eher aus meinem Besitz zu lassen brauche, bis der Dritte seine Verbindlichkeit gegen mich erfüllt b).

a) Und zwar sogleich, wenn der Dritte in mora seyn, und der Eigenthümer der Sache, wegen der Veräußerung weiter nichts mit mir ausgemacht haben sollte. Denn wenn er mir das Pfand vergestalt gegeben hat, daß ich nur in dem Falle, wenn mein Schuldner insolvent seyn würde, mich daran sollte halten, und es veräußern können, so muß ich allerdings zuvörderst meinen Schuldner in Anspruch nehmen und abwarten, ob er mich bezahlen kann oder nicht.

b) Wenn 1) keine Zeit bestimmt ist, zu welcher der Dritte seine Verbindlichkeit gegen mich erfüllen soll, oder 2) dieses zwar geschehen, sothane Zeit aber verflissen seyn, und ich in beiden Fällen gegen den Schuldner stille sitzen sollte, so glaube ich, hat der Eigenthümer, damit er seine Sache nicht allzulange entbehre, ein Recht zu verlangen, daß mir der Richter eine Zeit bestimme, binnen welcher ich meinen Schuldner, bey

Verlust des mir zuständigen Retentionsrechts in Anspruch nehmen soll.

§. 24.

Dritter Fall.

Wird aber die Sache von einem solchen, welcher die Verbindlichkeit bis zu deren Erfüllung ich solche zurückhalten will, zu erfüllen nicht schuldig ist, der mir auch, wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, an solcher weder selbst das Retentionsrecht verstatet hat, noch weniger das factum desjenigen, von dem ich sothanes Recht verstatet bekommen habe, zu prästiren schuldig ist, vermöge eines ihm darauf zustehenden dinglichen Rechts, in Anspruch genommen; so habe ich entweder ein jus retentionis simplex, oder ich bin ein Pfandgläubiger, und habe folglich ein qualificirtes Retentionsrecht. Wenn ich nur ein jus retentionis simplex habe, und meinem Gegner ein dingliches Recht auf die Sache zusteht, so hatte er dieses dingliche Recht schon, ehe mir das Retentionsrecht daran zukam, oder er erlangte es erst

erst nachher. Im ersten Fall setze ich seinen Aussprüchen die Einrede: daß mir an der Sache das Retentionsrecht zustehet, vergeblich entgegen a). Im andern Fall hingegen hat mein Gegner die Sache entweder sub hasta erkaufte, oder nicht. In diesem letztern Falle habe ich die Einrede des Retentionsrechts b), denn der vorige Eigenthümer konnte nicht mehr Recht auf ihn transferiren, als er selbst hatte. Sollte er sie aber sub hasta erstanden haben, so kömmt mir das Retentionsrecht weiter nicht zu statten c). Bin ich hingegen ein Pfandgläubiger; so wird die Herausgabe des Pfandes entweder aus dem Grunde von mir gefordert, weil der andere ein älteres oder besseres Pfandrecht hat, als mir zustehet, oder weil er Eigenthümer ist. Im erstern Fall muß ich die Sache herausgeben cc). Im letztern hingegen unterscheidet man weiter. Er hatte entweder das Eigenthum der Sache schon vorher, und die Sache ist mir ohne sein Wissen und Willen, zum Pfande gegeben worden, oder er erlangte es erst nachher. Im ersten Falle bin ich schuldig

die Sache heraus zu geben d). Hat er aber das Eigenthum der Sache erst nachher, da ich nämlich bereits ein Pfandrecht darauf hatte, erlangt; so ist die Ursache, daß er das Eigenthum erlangt hat, entweder diese: weil das Eigenthum des vorigen Eigenthümers von dem ich das Pfandrecht constituirt bekommen habe, nur ein widerruffliches Eigenthum war, und aus einer gerechten Ursache auf ihn übergegangen ist, oder nicht, sondern das Eigenthum des vorigen Eigenthümers war unwiderrufflich. In diesem letztern Fall hört mein Pfandrecht deshalb, weil das Eigenthum der Sache auf einen andern übergegangen ist, nicht auf, denn es ist ein dingliches Recht, folglich dauert auch mein Retentionsrecht fort, und ich kann mich mit der Einrede, daß es mir zustehe wider meinem Gegner schützen e). Im ersten Fall hingegen, hat der Eigenthümer, der mir verpfändeten Sache sein Eigenthum entweder ex nunc, oder ex tunc verlohren f), so ist zugleich mein Pfandrecht erloschen g), mithin kann mir auch das Retentionsrecht weiter nicht

zustehen. Wenn aber das Eigenthum nur ex nunc aufgehört hat, so habe ich dadurch mein Pfandrecht nicht verlohren h), daher kömmt mir auch wider die Ansprüche meines Gegners, die Einrede des Retentionsrechts zu statten i).

a) Z. E. Cajus hat mir wegen einer Forderung, die ich an ihm habe, am 3ten März 1786, das Retentionsrecht an seiner Uhr verwilliget, nach einiger Zeit stellt Titius gegen mich die hypothecarische Klage an, und verlangt von mir die Herausgabe der Uhr, weil ihm solche schon im Jänner 1786 verpfändet worden sey. Hier kömmt mir die Einrede des Retentionsrechts nicht zu statten.

b) Wenigstens ist dies der Billigkeit und der Rechtsanalogie gemäß. Z. E. ich übe an Caji Kutsche, die er mir geliehen hat, das Retentionsrecht aus dem Grunde aus, weil ich daran eine beträchtliche nothwendige Reparatur habe machen lassen; indessen hat Cajus diese Kutsche Titio legirt, und dieser will nach jenes Tode solche von mir, als sein, durch Caji Tod erlangtes Eigenthum ausgeantwortet haben. Es fragt sich

D 5

daher

daher: kömmt mir an der Kutsche noch das Retentionsrecht zu statten? Ich glaube allerdings. Denn Cajus hatte kein Recht, die Herausgabe der Kutsche eher zu verlangen, als mir der darauf gemachte Aufwand vergütet worden war, mithin konnte Titius, durch das Vermächtniß, auch nicht mehr Recht erlangen. Nur in dem Fall scheint eine Ausnahme anzunehmen zu seyn, wenn ich als Pächter das Retentionsrecht zeitlich ausgeübt habe, und der Verpächter die gepachtete Sache veräußert hat, vermöge des L. 9. C. Locati.

c) *Leyser* Sp. 236. Med. 3.

cc) *Lauterbach* de retentione th. 30. Denn derjenige, der ein älteres, oder besseres Pfandrecht hat, kann das Pfand von einem andern Pfandgläubiger, durch die hypothecarische Klage abfordern, L. 12. §. ult. D. Qui potior. in pign. indem, nach gemeinen Rechten, der Besitz der verpfändeten Sache, vor meinem Pfandgläubiger, welchem ein älteres oder besseres Pfandrecht zusteht, keinen Vorzug giebt.

d) L. 25. D. de pignoribus L. 1. 2. C. si aliena res pignori data.

e) Eine

e) Eine Ausnahme ist alsdenn, wenn er die Sache sub hasta erkaufte haben sollte. Man sehe die Note c).

f) Ich nehme diese Begriffe für bekannt an, allenfalls aber verweise ich auf Höpfners Commentar, über die Heineccischen Institutionen. S. 289.

g) Höpfner, S. 720.

h) Höpfner am nur angeführten Orte.

i) Das Retentionsrecht, welches der Pfandgläubiger an dem Pfande, wenn die Schuld, wofür dieses gegeben worden, getilgt ist, wegen eines Anspruchs an den Pfandschuldner, welcher auch mittelst der Pfandgegenklage ausgeführt werden könnte, oder, wegen einer im Pfandcontracte nicht gegründeten Forderung ausübt, ist kein qualificirtes.

Boehmer S. 17. Man nehme z. B. an, daß *Cajus* mir am 1sten Jänner 1790 wegen einer Schuld, einige Pretiosen zum Pfande gegeben, kurz darauf aber, nämlich den 1sten Februar des nämlichen Jahres, auf dieselben Pretiosen *Titio* ein Pfandrecht erteilt, daß ferner *Cajus* im
May

May dieses Jahrs, die Pfandschuld an mich abgetragen, und dagegen die Herausgabe der Pretiosen, von mir verlangt, ich aber diese deshalb, weil er mir aus einem ehemals mit ihm geschlossenen Kaufe, noch eine Summe Geldes schuldig ist, verweigert habe, und an den Pretiosen, noch bis jezo das Retentionsrecht ausübe. Ge-
 setzt nun, Titius nimt mich mit der hypothecarischen Klage in Anspruch, und verlangt die Herausgabe der ihm verpfändeten Pretiosen. Kann ich ihm die Einrede entgegen setzen, daß mir daran so lange das Retentionsrecht zustehet, bis Cajus mir die schuldigen Kaufgelder bezahlt habe?
 Nein, denn mein Retentionsrecht ist kein qualificirtes: diese Eigenschaft hatte es nur so lange, als mir auf den Pretiosen ein Pfandrecht zustand; mein Pfandrecht aber erlosch sogleich; als Cajus die Pfandschuld tilgte.

§. 25.

Wirkungen des Retentionsrechts im Concurs, und zwar A) des simplicis.

Zuweilen ereignet sich der Fall, daß über das Vermögen desjenigen, an dessen Sache ich zeitlicher das Retentionsrecht ausgeübt habe, ein
 Cons

Concurs entsteht, und alsdenn entsteht die Frage: welche Wirkung das Retentionsrecht in solch' einem Falle habe? Dieses zu bestimmen unterscheidet man jus retentionis simplex, und qualificatum. Was das erste anlangt, so ist die Verbindlichkeit, weshalb ich das Retentionsrecht zeither ausgeübt habe, entweder eine solche, die der gemeine Schuldner selbst zu erfüllen hat, oder nicht, sondern das Retentionsrecht steht mir wegen der Verbindlichkeit eines Dritten zu. Im ersten Falle bin ich, nach gemeinen Rechten a) nicht verbunden, die Sache an die Concursmasse abzuliefern, und statt dessen meine Forderung zu liquidiren, sondern ich kann den Gläubigern ebensowohl, als wenn mich der gemeine Schuldner selbst, auf die Herausgabe der Sache belangt hätte, die Einrede des mir zuständigen Retentionsrechts, entgegen setzen. Denn, die Gläubiger erlangen, nach ausgebrochenem Concurs, auf die Güther des gemeinen Schuldners, nicht mehr Recht, als diesem zustand b), dieser aber war nicht befugt, die Herausgabe der Sache,

Sache, woran einem andern aus einem rechtsmäßigen Grunde das Retentionsrecht zustand, eher zu verlangen, als er selbst zuvor seine Verbindlichkeit erfüllte, mithin muß dieses auch in Ansehung der Gläubiger gelten c). Dies ist jedoch lediglich von dem Falle zu verstehen, so lange mein Retentionsrecht mit dem Rechte eines andern Gläubigers, welches diesem zunächst auf die Sache, welche ich zurückhalte, zusteht, nicht in Collision geräth. Denn wenn diese Sache einem Gläubiger verpfändet seyn, und er aus diesem Grunde deren Herausgabe von mir fordern sollte, so muß ich freylich den Besitz der Sache fahren lassen, und erwarten, welche Stelle mir wegen meiner Forderung unter den übrigen Gläubigern angewiesen wird d). Steht hingegen jemanden, an einer gewissen Sache, wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, das Retentionsrecht zu, und der Eigenthümer der Sache, geräth in Concurs; so glaube ich, kann sich der Zurückhalter, wenn er von den Gläubigern des gemeinen Schuldners, auf die Ausantwortung
der

der Sache, an die Concurssmasse, belangt wird, gesetzt auch, daß keinem davon ein Recht zunächst auf diese Sache, zustehen sollte, der Herausgabe der Sache nicht entbrechen. Meine Gründe sind, weil 1) den Gläubigern doch nicht zugemuthet werden kann, daß sie daraus, weil ein Dritter etwa mit Erfüllung seiner Verbindlichkeit zaudert, Nachtheil empfinden sollen, und 2) leidet der Zurückhalter, wenn er die Sache herausgeben muß, darunter gar wenig, denn sein Recht, die Erfüllung der Verbindlichkeit von seinem Schuldner zu verlangen, ist ihm unverlohren.

a) Ein anders gilt in Ehur : Sachsen, vermöge der erläuterten Proceßordnung, Tit. 41. §. 1. —

„Und sollen im übrigen alle diejenigen, so
„ein *jus retentionis* Unterpfand oder ander
„dergleichen Recht daran (an den Gütern des
„gemeinen Schuldners) zu haben vermeinen,
„an die Kaufgelder (die aus der öffentlichen
„Veräußerung gelöst werden) sich gebüh-
„rend zu halten, schlechterdings angewiesen
„werden.“

d) Boeh.

d) *Boehmer de jure retent. §. 19. Schaumburg in princip. prax. jurid. jud. Part. II. Cap. 8. §. I. not. *****.*

c) *Boehmer an angeführten Orte.*

d) *Carpzov Part. I. decif. 66. num. 22. wo es heist: „Ob ihr gleich vorbenambter „euer Schuldforderung halber das jus Reten- „tionis an dem erkaufte[n] Hause erlanget zc. „dahero ihr auch in dem entstandenen Con- „cursu Creditorum euch einzulassen nicht ge- „meynet. Dieweil aber dennoch das Jus „Retentionis keine beständige hypothecam noch „dingliches Recht giebt, ein Creditor auch „sich dessen allein wider den Debitorem, „und nicht wider die Creditores so ein bessers „Recht in des Debitoris Gütern erlanget, zu „gebrauchen zc. So habt ihr euch dahero „mit dem angeführten Jure Retentionis wi- „der die Gläubiger, so ein besseres, oder „gleichmässiges Recht haben, nicht zu be- „helffen, sondern ihr seyd euch bey dem all- „gemeinen Concursu creditorum anzugeben, „eure Nothdurft vorzubringen und euer ver- „meintes prioritaetisches Recht auszuführen „schuldig. V. R. W.“*

§. 26.

§. 26.

B) Wirkungen des *juris retentionis qualificari*
im Concur.

Steht mir an einer Sache ein qualificirtes Retentionsrecht zu, und der Eigenthümer dieser Sache verfällt im Concur, so unterscheide ich hier ebenfalls, ob die Verbindlichkeit, weshalb mir dieses Recht zusteht, des gemeinen Schuldners eigne Verbindlichkeit ist, oder ob ich wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, das Retentionsrecht habe.

Was jenen Fall anlangt, so sind die Rechtslehrer, besonders in Ansehung des dem Pfandgläubiger zustehenden Retentionsrechts, nicht einerley Meynung a). Einige behaupten b), daß ein Pfandgläubiger wenn er von den übrigen Gläubigern auf die Ablieferung des Pfandes, an die Concursmasse belangt werde, solches herausgeben, und dagegen erwarten müsse, was ihm für eine Stelle, an welcher er seine Bezahlung erhalten soll, angewiesen werde. Andre hingegen c), halten dafür, daß er nicht
E
nöthig

nöthig habe, sich im Concurse einzulassen, sondern er sey vielmehr berechtigt, das Pfand an sich zu behalten, solches ins Geld zu setzen, und sich davon bezahlt zu machen. Ich bin der Meinung derer, welche darauf Rücksicht nehmen, ob einem Gläubiger ein älteres, oder besseres Pfandrechte darauf zustehet, und vermöge dieses ältern, oder bessern Pfandrechts, die Auslieferung des Pfandes verlangt, oder ob dies der Fall nicht ist. Ist das erste, so ist der Pfandgläubiger schuldig, das Pfand an die Concursmasse auszuliefern d); im letztern Fall hingegen steht ihm, wenn es auch öffentlich veräußert worden seyn sollte e), daran so lange das Retentionsrecht zu, bis er seine völlige Befriedigung erhalten hat f). Ist aber der Fall vorhanden, daß mir an einer Sache des gemeinen Schuldners, wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, ein Pfandrechte zustehet, vermöge dessen ich diese Sache zurückhalten will, so halte ich dafür, sind folgende Fälle zu unterscheiden. Es muß entweder eine Bedingung erfüllt werden, ehe gesagt werden kann, daß
der

der Dritte mir zu etwas verbunden sey g), oder nicht. Im ersten Fall, glaube ich, kommt mir die Einrede des Retentionsrechts wider die Gläubiger des gemeinen Schuldners, wenn sie die Ablieferung der Sache, an die Concursmasse, verlangen, nicht zu statten, sondern ich muß die Sache herausgeben. Ich halte dies aus dem Grunde für billig, weil es doch noch ungewiß ist, ob ich von dem Dritten etwas werde fordern können, mithin die Gläubiger des gemeinen Schuldners ein größeres Interesse haben, die Herausgabe der Sache zu verlangen, als ich, solche bis zur Existenz einer Bedingung zurück halten. Im andern Falle hingegen, ist mir das Pfandrecht entweder dergestalt verwilliget worden, daß ich nur alsdenn, wenn mein Schuldner insolvent seyn würde, mich daran solle halten, und mich davon bezahlt machen können, oder nicht. Was jenem Fall anlangt, so muß ich freylich erst meinen Schuldner in Anspruch nehmen. Ehe sich nun ergibt, ob ich von ihm meine Befriedigung erhalten kann, habe ich noch immer das Retentionsrecht,

und wenn mein Schuldner wirklich insolvent seyn sollte, bin ich befugt, das Pfand ins Geld zu setzen und mich davon bezahlt zu machen h), es müste denn einem Gläubiger des gemeinen Schuldners, ein älteres oder besseres Pfandrecht auf die Sache zustehen, in welchem Falle ich zu deren Herausgabe verbunden bin. Kann ich aber von meinem Schuldner meine Befriedigung erlangen, so hört mein Retentionsrecht auf, und ich muß die Sache an die Concursmasse abliefern.

Wenn mir aber das Pfand nicht unter der Bedingung gegeben worden ist, daß ich erst alsdenn, wenn mein Schuldner insolvent seyn sollte, mich daran solle halten können, so ist mein Schuldner entweder in mora, oder nicht. Ist er in mora, so habe ich ein begründetes Recht, das Pfand zu veräußern, und mich davon bezahlt zu machen i), mithin bin ich auch nicht schuldig, solches an die Concursmasse abzuliefern, sondern kann den Gläubigern des gemeinen Schuldners, wenn sie mir dieses gleichwohl zumuthen, die Einrede des Retentionsrechts

rechts entgegen setzen. Eine Ausnahme ist aber freylich auch alsdenn, wenn einem Gläubiger darauf ein älteres, oder besseres Pfandrecht zusteht. Sollte aber mein Schuldner noch nicht in mora seyn, so halte ich dafür, können die Gläubiger des gemeinen Schuldners verlangen, daß ihm von seinem Richter ein kurzer Zahlungsstermin bestimmt werde. Ist dieses nun geschehen, so habe ich so lange als dieser Termin noch nicht verflossen ist, das Retentionsrecht: ist er aber verflossen, so steht mir das Retentionsrecht an der Sache weiter nicht zu, bis mein Schuldner mich wirklich befriedigt i), sondern die Gläubiger des gemeinen Schuldners können verlangen, daß die Sache sogleich ins Geld gesetzt werde, und ich meine Bezahlung von dem gelösten Werthe annehme.

a) Man sehe die verschiedenen Meynungen mit ihren Gründen, bey *Paul Wilhelm Schmidt*, in der Dissertation: *de jure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante*, §. II. Jenae 1759.

b) *Salgado de Somoza* in labyr. credit. Part. I. Cap. II. num. I et 3.

c) *Hommel* rhapsod. Obs. 378. *Mevius* Part. VII. decis. 250. num. 6 et 7. *Walch* in introd. in controvers. jur. civil. Sect. IV. Cap. 3. Membr. 2. §. 3.

d) Aus den nämlichen Gründen, die ich oben (§. 24. not. d) angeführt habe.

Doch wird ein solcher Pfandgläubiger deshalb, weil er seine Forderung im Concurs nicht liquidirt hat, nicht ausgeschlossen. *Leyser* Sp. 486. Med. 2.

e) *Leyser* Sp. 231. Med. 2. *Schaumburg* in princip. prax. jurid. jud. Lib. 2. Cap. 8. §. 10. not. ****. Denn die öffentliche Veräußerung des Pfandes, kann er aus dem Grunde, weil den übrigen Gläubigern, auf dasjenige, was von dem daraus gelöstem Gelde, nach seiner völligen Befriedigung, übrig bleibt, ein gegründetes Recht zusteht, nicht hintertreiben.

f) Diese Meynung vertheidigen *Leyser* Sp. 231. Med. 2. Sp. 486. Med. 1 et 2. *Boehmer* de jure retentionis, §. 21. *Stryck* ad Brunemann

nemann 'de proc. conc. cred. Cap. II. §. 6.
Schaumburg an der in voriger Note angezogenen
Stelle.

g) Z. B. Caius verspricht mir zu Anfange des
Jahrs 1790. daß er mir 100 Rthl. schenken wol-
le, wenn noch in demselben Jahre der König
von Ungarn die Niederländer sich wieder unter-
werfen würde, und Titius, der dieses Verspre-
chen mit anhört, giebt mir auf den Fall, daß
diese Bedingung existent werden sollte, in Anse-
hung der sodann von Cajo zu fordernden 100
Rthlr. ein Pfand, verfällt aber einige Monate
darauf im Concurſ.

h) Denn wer mir ein Pfand giebt, ertheilt
mir hierdurch zugleich das Recht, bey nicht er-
folgter Zahlung, das Pfand zu veräußern und
mich davon bezahlt zu machen. Uebrigens aber
können die Gläubiger des gemeinen Schuldners,
(aus dem in der Note e) angeführten Grunde)
verlangen, daß sie zur vornehmenden Veräuße-
rung mit zugezogen werden.

i) Der Fall ist nämlich gar wohl denkbar, daß
mir mehr daran gelegen ist, die Sache noch län-
ger in meinem Besitze zu behalten, als sogleich
meine Befriedigung zu bekommen.

§. 27.

§. 27.

Ein Zurückhalter hat remedia retinendae et recuperandae possessionis.

Da das Retentionsrecht, Besitz einer Sache voraussetzt, so folgt, daß dem Zurückhalter alle die Mittel zustehen müssen, welche die Rechte ertheilen, um sich im Besitz einer Sache zu erhalten, und solchen, wenn er verlohren worden ist, wieder zu erlangen a).

a) *Lauterbach* de retentione, th. 27. *Mevius* ad Jus Lubec. Lib. I. Tit. 5. art. 13. num. 49. *Carpzov.* Part. II. Const. 25. def. 18. *Bebmer* de jure retent. Membr. V. num. 8. *Strecker* de eo quod justum est, circa jus retent. §. 31. u. a. m.

§. 28.

Verbindlichkeiten, die zuweilen mit der Ausübung des Retentionsrechts verknüpft sind.

Wenn mehrere, einer Verwaltung bedürfende Sachen, den Gegenstand des Retentionsrechts ausmachen a) und der Zurückhalter nicht vermöge eines Auftrags vom Eigenthümer, oder
in

in der Qualität eines Geschäftsführers, der Verwaltung sich unterzogen hat, oder die Natur eines mit dem Retentionsrechte verknüpften dinglichen Rechts, die Verwaltung solcher Sachen, erfordert; so steht ihm eigentlich, auf die Verwaltung kein Recht zu, sondern diese kann, seinem Retentionsrechte unbeschadet, von einem andern geführt werden. Hat er aber einmal die Verwaltung übernommen, so hat er eben die Verbindlichkeiten zu erfüllen, die jedem Verwalter fremder Güter überhaupt obliegen, mithin ist er nicht nur verbunden, die Verwaltung mit gehörigem Fleiß zu führen b), sondern auch alsdenn, wenn er aufhört das Retentionsrecht auszuüben, oder die Verwaltung sonst ein Ende nimmt, Rechnung abzulegen und Schäden zu ersetzen c).

a) Z. B. die Verlassenschaft eines Ehemannes, woran die Frau, wegen ihres Eingebrachten, u. s. w. das Retentionsrecht ausübt.

b) Welchen Grad von Fleiß muß er anwenden? Dies hängt von der Qualität ab, in welcher er die Verwaltung führt.

c) Wenn-

c) *Wernher* Part. II. observ. 480. *Brun-*
nemann ad L. 25. D. Solutio Matrim. *Me-*
vius Part. II. dec. 255. Part. IV. dec. 88.
Lauterbach de retentione th. 31. *Boehmer* de
jure retentionis. §. 18.

Fünftes Kapitel.

Von den verschiedenen Arten, wie das
Retentionsrecht aufhört.

§. 29.

Das Retentionsrecht hört 1) auf, wenn die Schuld
getilgt ist.

Da das Retentionsrecht wegen einer an ei-
nem andern mir zuständigen Forderung ausges-
übt wird, so folgt, daß es 1) aufhöre, wenn
diese Forderung, durch Zahlung Compensa-
tion a), oder auf irgend eine andere Art b) er-
loschen ist.

a) Wenn nämlich der Zurückhalter seinem
Schuldner ebenfalls etwas schuldig worden ist.
Doch muß diese Schuld die Forderung des Zu-
rückhalters ganz aufheben; denn wenn sie nur
zum Theil dadurch aufgehoben worden seyn sollte,

so

so findet wegen des Nestes das Retentionsrecht statt. Man nehme z. B. an, Cajus hat mir seine Kutsche geliehen, ich habe eine Reparatur, die 10 Rthlr. beträgt, daran vornehmen lassen, und übe deshalb an solcher das Retentionsrecht aus, nachher aber werde ich Cajo aus einem Kaufcontracte 10 Rthl. schuldig. Hier ist meine Forderung, die aus der besorgten Reparatur herührt, aufgehoben, folglich muß auch mein Retentionsrecht aufhören. Gesezt aber ich wäre Cajo nur 5 Rthl. schuldig geworden. Kann ich wegen der noch an ihm zu fordern habenden 5 Rthl. das Retentionsrecht an der Kutsche ausüben? Allerdings.

b) 3. C. weil ich die Schuld erlassen habe.
Schmidt de iis quae ad exercendum jus retentionis necessaria sunt, S. 42.

§. 30.

2) Durch Cession.

Wenn ich die Forderung, weshalb ich zeit-
 her an einer gewissen Sache das Retentions-
 recht ausgeübt habe an einem andern abtrete,
 so steht mir diese Forderung nicht mehr zu,
 mithin

mithin kann ich wegen dieser Forderung auch das Retentionsrecht nicht weiter ausüben. Allein, geht mit der Forderung, zugleich das mir deshalb zuständige Retentionsrecht auf den andern über, und kann er daher von mir verlangen, daß ich ihm die Sache, an welcher ich, wegen der auf ihn übergetragenen Forderung, zeitlich das Retentionsrecht ausgeübt habe, mit übergebe, damit auch er das Retentionsrecht daran ausüben könne? Man unterscheide folgende Fälle. Der Cessionarius hat entweder die Forderung von mir gekauft a), oder nicht. Im ersten Fall kann er verlangen, daß ich ihm zugleich die Sache, an welcher mir vorher das Retentionsrecht zustand, mit einhändige b). Im letzten Fall hingegen, bin ich eigentlich nicht verbunden, zugleich die Sache an der mir das Retentionsrecht zusteht, dem Cessionar, damit auch er daran wegen der ihm abgetretenen Forderung das Retentionsrecht ausüben könne, mit zu übergeben, sondern es hängt von mir ab, ob ich es thun will, oder nicht. Thue ich es nun; so erlangt der Cessionar an dieser

fer

fer Sache das Retentionsrecht mit allen seinen Wirkungen. Im entgegengesetzten Falle aber, kann der Eigenthümer seine Sache von mir zurückfordern; denn da er mir nicht mehr verbunden ist, so bin ich auch nicht mehr befugt, ihm seine Sache vorzuhalten; mithin ist mein Retentionsrecht erloschen.

a) Da Gebung an Zahlungsstatt im Grunde nichts anders ist, als ein Verkauf, L. 4. C. de evictionibus; so rechne ich sie auch zu diesem Falle.

b) Vermöge des L. 6. und 23. pr. D. de heredit. vel actione vendita, denn im angeführten L. 23. heißt es: Venditor actionis omne jus quod ex ea causa ei competit — cedere debet.

c) *Berlich* Part. II. concl. 32. Num. 11. *Sirrecker* de eo quod justum est circa jus retentionis. §. 26.

§. 31.

3) Durch Entfagung.

Das Retentionsrecht hört 3) auf, wenn der Zurückhalter sich dessen ausdrücklich oder stillschweigend begiebt. Stillschweigend geschieht es, wenn er die Sache dem Eigenthümer oder seinem Schuldner herausgiebt, ohne daß man eine andere Absicht, als daß er sich des Retentionsrechts begeben wolle, vermuthen kann a).

a) L. 3. D. de pactis, L. 7. C. de remiss. pignor. Schmidt de iis quae ad exercendum jus retentionis necessar. sunt. §. 42.

§. 32.

4) Durch den Verlust des Besitzes, der Sache, oder durch ihren Untergang.

Zurückhaltung einer Sache setzt, wie wir wissen, deren Besitz voraus. Mithin hört 4) das Retentionsrecht auf, wenn der Besitz der Sache A) sich entweder weiter nicht denken läßt,

läßt, weil die Sache gänzlich zu Grunde gegangen ist, oder B) mir entzogen wird. Doch lebt das Retentionsrecht wieder auf, wenn der Zurückhalter, den Besitz der Sache wieder erlangt haben sollte.

a) Z. B. ich werde spoliirt, oder bestohlen.

§. 33.

Das Retentionsrecht hört 5) zuweilen auf, weil einem andern auf die Sache ein dingliches Recht zusteht.

Es geht 5) mein Retentionsrecht zuweilen verlohren, wenn ein solcher die Sache vermöge eines dinglichen Rechts, von mir heraus verlangt, der weder die Verbindlichkeit selbst zu erfüllen schuldig ist, noch mir wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, daran das Retentionsrecht verwilliget hat, auch das factum desjenigen, von dem ich etwa diese Verwilligung erhalten habe, nicht anzuerkennen braucht. Die Fälle sind oben §. 24. bereits da gewesen,

§ 2

wohin

wohin ich daher, um das bereits gesagte nicht zu wiederholen, verweise.

§. 34.

6) Wenn die Zeit verflossen ist, bis zu deren Ablauf mir es verwilliget worden ist.

6) Wenn wir wegen der Verbindlichkeit eines Dritten, das Retentionsrecht, nur auf eine gewisse Zeit ertheilt worden ist, so erlöschet es, sobald diese Zeit verflossen ist. Sollte hingegen jemand mir das Retentionsrecht wegen seiner eigenen Verbindlichkeit nur auf eine gewisse Zeit ertheilt haben, so hört mein Retentionsrecht nicht auf, wenn gleich die Zeit verflossen seyn sollte a), denn Verzug darf darauf niemanden zum Vorthell gereichen.

a) *Hellfeld* in jurisprud. for. §. 1105.

§. 35.

7) Durch Mißbrauch.

7) Nach einiger Rechtslehrer a) Meinung, geht das Retentionsrecht auch alsdenn verloren,

lohren, wenn es der Zurückhalter mißbraucht. Einen Mißbrauch des Retentionsrechts statuiren sie aber in dem Fall, wenn dem Zurückhalter auferlegt worden ist, seine illiquide Forderung liquid zu machen, und er dieses aus Ebilane, von einer Zeit zur andern aufschiebt. In diesem Falle gestatten sie dem Schuldner, den Richter um Anberaumung eines Termins, in welchem der Zurückhalter seine Forderung liquid machen soll, zu ersuchen, und wenn der Zurückhalter dieses zu thun unterlasse, werde er vom Richter seines Retentionsrechts verlustig erklärt. Auch alsdenn, glaube ich, kann man sagen, daß der Zurückhalter sein Retentionsrecht mißbrauche, wenn ihm dieses Recht wegen der Verbindlichkeit eines Dritten zusteht, und ihm aus dem Grunde, weil er gegen diesen seinen Schuldner, zum Nachtheil des Eigenthümers der Sache, welche er zurückhält, stillsetzt, eine Zeit, binnen welcher er dieselbe in Anspruch nehmen soll, bey Verlust seines Retentionsrechts, bestimmt worden ist, er aber

den-

dennoch der richterlichen Auflage keine Folge leistet b).

a) *Mascard*, de probat. concl. 944. num. 30. *Gail de arrest. C. 10. num. 3. Lauterbach de retent. th. 31. Schmidt de iis quae ad exercend. jus retent. necess. sunt, §. 42.*

b) Man sehe oben §. 23. Note b.



Ki 23406

ULB Halle

3

004 917 464



