

Na. 136⁵

Ueber
 die bevorzugte
Hypothek des Fiskus
 in den
 nach dem Contracte
 erworbenen Gütern des Schuldners
 nach der l. 28. D. de jure fisci

Noch ein Versuch
 vom
 Post = Director Hennemann
 in Schwerin.

Schwerin und Wismar
 im Verlag der Bödnerschen Buchhandlung
 1800.



Verbesserungen.

- Pag. 17 Zeile 12 statt „Sachen“ lies „Sache“.
— 18 — 4 — „von“ — „vor“.
— 19 — 19 — „in sein“ — in des Schuldners“.
— — — 20 — „verpfändet ist, lies verpfändet
worden.“
— 25 — 1 — Hypotheken, lies, Hypothek: Be-
stellungen.
— — — 1 der Note statt fuerit, lies, fuerat.
— — — 6 der Note ist das etc. zu tilgen.
— 32 — 14 und 16 statt wie könnte, lies, wie konnte.
— 33 letzte Zeile statt jenem, lies, diesem.
— 41 Zeile 1 der Note statt Wilbers, lies, Wolbers.
— 44 — 6 statt mir will es, lies, mich will.
— 47 — 7 von unten statt 99 lies, 9. 9.
-

Sür den Buchbinder.

Dies Blatt ist vorne gleich nach dem Titelblatt zu heften.

§. 1.

Die lex 28 D. de jure fisci a), ein Excerpt aus dem 3ten Buche der Disputationen des Ulpian, sagt:
Si qui, quae habet habiturusque esset, mihi obligaverat, cum fisco contraxerit, sciendum est, in re postea acquisita fiscum potiozem esse debere, Papinianum respondisse, quod et constitutum est. Praevenit enim pignoris causam fiscus.

Ueber die Erklärung dieses Gesetzes sind die Ausleger von jeher streitig gewesen. So groß und ehrwürdig auch die Namen der Männer sind, welche sich damit beschäftigt haben; so hat es mir doch geschienen, daß der Sinn noch nicht ganz richtig dargestellt sey.

§. 2.

Der seelige geheime Justiz-Rath Westphal in seinem vortreflichen Buche vom Pfand-Rechte b) meint, „das Gesetz rede offenbar von dem Falle,

A 2

„da

a) Lib. XLIX tit. 14.

b) Leipzig 1770 p. 242.

„da der Schuldner zuerst mit dem Fiskus in Ver-
 „bindlichkeit gerathen, hernach aber einem Andern
 „eine allgemeine Hypothek ertheilt habe, die ältere
 „General-Hypothek des Fiskus sey mit der jüngern
 „eines andern Gläubigers zusammen gekommen.
 „Darum heiße es *praevenit causam pignoris fiscus*.
 „Die Frage, welche hier entschieden werde, sey
 „aufzuwerfen nöthig gewesen, weil eine bloße Gene-
 „ral-Hypothek ehemals ordentlicher Weise nicht auf
 „künftige Güter ausgedehnt worden, hier aber der
 „Fiskus eine zwar ältere aber nicht ausdrücklich auf
 „des Schuldners künftige Güter gerichtete Hypothek
 „gehabt, der jüngere Gläubiger hingegen seinem
 „Pfand-Rechte eine ausdrückliche Clausel wegen
 „Verpfändung der künftigen Güter beysügen lassen.
 „Inzwischen werde doch der Fiskus wegen der
 „künftigen Güter vorgezogen, und dies wegen der
 „Begünstigung, so die Fiskal-Forderungen allemal
 „vor Privat-Schulden haben.“

§. 3.

Wider diese Deutung ist viel einzuwenden.
 Es ist

1) unbegreiflich, daß ein so guter Kenner der
 lateinischen Sprache, wie der seelige Westphal, eine
 Erklärung aufstellen können, welcher die Wortfügung

des

des Gesetzes durchaus widerspricht. Aus den Worten

si qui mihi obligaverat — — cum fisco contraxerit, ist ganz augenscheinlich, daß die Verpfändung an den Privatmann eher, als die Contrahirung mit dem Fiskus, geschehen war. Das „obligaverat“ steht im plusquam perfecto, das „contraxerit“, im perfecto — jenes zeigt, wie jeder weiß, eine vor der Zeit, wovon die Rede ist, gänzlich vergangene Zeit an. Nach dem Genius der Sprache würde, wenn der Fall einer mit dem Fiskus eher eingegangenen Verbindung hätte bezeichnet werden sollen, es gerade umgekehrt haben heißen müssen:

si qui cum fisco contraxerat, mihi obligaverit, quae habet habiturusve esset.

Es ist auch keine große Unterstützung dieser Erklärung aus den Verbesserungen des Textes zu hoffen, welche einige Critiker *c)* dahin vorgeschlagen haben, daß man annehmen müsse, es sey bey den Worten: cum fisco contraxerit

im Original ein doppeltes „cum“ gewesen, das eine „cum“ aber vom Abschreiber aus Bequemlichkeit

U 3

aus-

c) Fornerius selectiorum Lib. 2. c. 24. in des Otto thesaur. jur. Romani Tom. 2. (Basil. 1744.) p. 74. und Foppius ab Aezema in dissert. jur. civ. Lib. 1. c. 4. in des Meermann Novo thesauro jur. civ. et canon. Tom. 6. p. 807.

ausgelassen, daher die Stelle also zu lesen sey
cum cum fisco contraxerit.

Ungerechnet, daß hier, wo das erste „cum“ die
 Conjunction, das zweyte die Präposition gewesen
 wäre, das erste gewiß „quum“ das zweyte „cum“
 geschrieben seyn würde ^{d)}, daß also schwerlich der
 Abschreiber sich erlaubt haben würde, für beyde
 auch in der Rechtschreibung ganz verschiedene Wör-
 ter das eine von ihnen — das „cum“ — zu setzen,
 folglich die Berechtigung zu einer Geminatio dieses
 „cum“ sehr ungewiß ist, — dies, sage ich, unge-
 rechnet: so würde die Herstellung eines doppelten
 „cum“ gänzlich unpaßlich seyn, falls man nicht an-
 nähme, daß auch Statt „qui“ zu lesen sey, „quis“.
 Statt wir bisher gelesen haben

*si qui, quae habet habiturusve esset, mihi obli-
 gaverat, cum fisco contraxerit,*
 müßte man lesen:

*si quis quae habet habiturusve esset mihi obliga-
 verat, cum cum fisco contraxerit.*

Man müßte folglich eine doppelte Verbesserung
 vornehmen, welches man doch wol ein wenig kühn
 finden mögte, zumal die Les-Art der Florentinischen
 Pandecten mit der der gemeinen Ausgabe völlig
 über.

^{d)} Quintilian de institutione oratoria I. 7, 5. edit.
 Gesneri, Goett. 1738.

übereinstimmt, und kein einziges bekanntes Manuscript der Verbesserung das Wort redet. Und wenn denn nun die Stelle, verlangtermaassen, hergestellt wäre: würde es wol für die frühere Contrahirung des Fiskus vor der Privat-Hypothek ein ächte lateinischer Ausdruck seyn

si quis quae habet habiturusve esset, mihi obligaverat cum cum fisco contraxerit?

Das

cum cum fisco contraxerit

bliebe auch hier im perfecto,

das

si qui mihi obligaverat

im plusquam perfecto. Immer wäre also die Handlung mit dem Privatmann als eine zu der Zeit, da der Contract mit dem Fiskus geschlossen ward, schon geschene beschrieben. Ulpian, der, wenn er auch nicht die Latinität früherer Zeiten hat, doch, besonders in seinen Disputationen, die zu entscheidenden Fälle mit großer Bestimmtheit und Deutlichkeit angiebt, würde, wenn er die Privat-Verbindung als eine spätere, wie die mit dem Fiskus eingegangene, bezeichnen wollen, sicher das „obligaverat“ mit „obligaverit“ vertauscht, und Statt contraxerit, gesagt haben „contraxisset“

si quis, quum cum fisco contraxisset, mihi, quae habet habiturusve esset, obligaverit e).

2) Es ist auch, so viel den Grund betrifft, den Westphal für die Erheblichkeit der, seiner Meinung nach, in der l. 28. entschiedenen Frage angiebt, mit Nichts erwiesen, daß nach damaligem Römischen Rechte eine NB. stillschweigende, oder gesetzliche General-Hypothek (denn von dieser kann hier nur die Rede seyn) nicht auf künftige Güter gegangen seyn. Die gesetzlichen Stellen, welche ihn zu dieser Meinung verleitet haben, sprechen insgesammt von ausdrücklichen Conventional-Hypotheken. Wenn diese nicht namentlich der künftigen Güter erwähnten, so scheint man solche Güter für nicht mit verpfändet, vielleicht aus dem Grunde, gehalten zu haben, weil man jede Verpflichtung aufs engste verstehen zu müssen meinte.

So wie jedoch Justinian diese Deutung für der Absicht der Contrahenten minder zustimmig erklärte f), so leuchtet es von selbst ein, daß die davor beliebte einschränkende Erklärung der künftige Sachen nicht erwähnenden ausdrücklichen Hypothek-Con-

e) Ulpianus l. 29 §. 2 D. Mandati 17, 1.

Idem in l. 4 D. de lege Cornel. de falsis 48, 10,
Wolbers observ. decas Gröning. 1736 c. 3.

f) l. 9 C. quae res pignori 8, 17.

Conventionen, durchaus auf die generellen stillschweigenden Hypotheken unanwendlich sey, die nicht aus dem Versprechen des Schuldners, sondern aus der Verordnung des Gesetzgebers kommen, welcher bey ihrer Verleihung die Absicht der **völligsten Sicherstellung** hatte, mithin indem er ein allgemeines Pfand-Recht gab, es nicht minder in Ansehung der künftigen Güter des Schuldners, als der ihm zur Zeit der Entstehung des Pfand-Rechts gehörig gewesenem ertheilet zu haben, vermuthet werden muß.

3) Nichts könnte übrigens der Erklärung des Westphal nachtheiligeres angenommen werden, als der eben bestrittene Satz, die stillschweigende Hypothek des Fiskus habe damals die künftigen Güter nicht ergriffen. Wie wäre es denn möglich gewesen, daß nun ein Streit, noch dazu bey einem so hohen Gerichte, wie das Praetorium war, in welchem Papinian saß und respondirte, darüber entstehen können, ob die nach der Hypothese, die künftigen Güter des Schuldners **nicht ergreifende** stillschweigende Hypothek des Fiskus **einen Vorzug vor einer, einem Privatmann ausdrücklich auch auf die künftigen Güter ertheilten Hypothek** g)

A 5

in

g) si quis mihi obligaverat, quae habet, *habiturusve esset.*

in Ansehung dieser künftigen Güter habe. Wie wäre es weiter so gar möglich gewesen, daß Papinian in diesem höchsten Gerichte, in welchem neben ihm ein Paulus *h)* und vermuthlich auch Ulpian, und andere große Rechts-Gelehrte saßen, sollte respondirt haben, daß der Fiskus, der gar keine Hypothek an den künftigen Gütern des Schuldners hatte, gleichwol der darauf ausdrücklich und gültig *i)* bestellten Hypothek des Privat-Gläubigers vorgehen müsse (*potiorem esse debere*)! Wie wäre es möglich gewesen, daß Papinian dies „wegen einer“ (durchaus nicht gesetzlichen *k)* „Begünstigung, welche die Fiskal-Forderungen allemal vor einer Privat-Forderung haben“, erkannt haben sollte, — er, dessen große Einsichten noch nach seinem Tode zwey Kayser, Valentinian der dritte *l)* und Justinian *m)*, mit dem höchsten Lobe erhoben — er — der es mit seinem Leben verbüßte, daß er kein Schmeichler der Kayser war *n)*, er — den man noch heute als

h) l. 40 ff. de rebus creditis, 12, 1.

i) l. 15 §. 1. ff. de pignor. 20, 1.

k) l. 10 D. de jure fisci 49, 14.

l) l. un C. Theod. de responsis prudentum.

m) §. 5. I. de fideicomm. hered. 2, 33.

n) Bekanntlich ward er vom Caracalla getödtet, weil er die Ermordung des Geta nicht billigte.

als ein Muster des rechtschaffnen und klügsten Rechts-Gelehrten aufstellte o) ! Wie würde auch eine so sonderbare Meinung des Papinian nicht nur von den übrigen Mitgliedern des Gerichts gut geheissen p), sondern nachmals vom Ulpian mit sichtbarer Billigung q) unter Hinzufügung des Grundes

praevēnit enim pignoris causam fiscus erzählt seyn! Könnte vom Fiskus, der in Ansehung der künftigen Güter keine Hypothek gehabt haben soll, gesagt werden, daß er in Rücksicht auf die künftigen Güter

pignoris causam

des

o) Voorda Papinianus l. optimi Ieri et viri forma in Aemilio Papiniano spectata, Bas. 1770 in 4to.

p) quod et constitutum est, sagt die zu erklärende Stelle. An eine constitutionem principis, die sich nirgends findet, ist hier dem Zusammenhange nach nicht zu denken, sondern das constitutum est (von cum, oder con und statuo) heisset, es ist gemeinschaftlich beschlossen, festgesetzt, — und bedeutet den auf Papinians, der den Vortrag hatte, über die streitige Frage zuerst abgegebenes Erachten gemeinschaftlich gefassten Beschluß der übrigen Mitglieder des Gerichts.

q) sciendum est, sagt er, Papinianum respondiſſe.

des Privatmannes prävenirt habe, dem eine generelle Verpfändung auch der künftigen Güter namentlich und gültig geschehen war?

§. 4.

Nach der gemeinen Meinung bleibt man, und vermöge des bisherigen mit Recht, dabey, Ulpian unterstelle den Fall,

da jemand seine jetzige und künftige Güter zuerst einem Privatmann verpfändet, und darauf mit dem Fiskus contrahirt habe, der vermöge dieses Contracts dann auch ein stillschweigendes Pfandrecht an allen Gütern des Schuldners erhalten. Nach eben dieser gemeinen Erklärung nimmt man weiter an,

Papinian habe in diesem Falle respondirt, daß der später contrahirt habende Fiskus der früher erhaltenen Privat - Hypothek in Ansehung der nach dem Contracte mit dem Fiskus erworbenen Güter vorgehe.

§. 5.

Unter den Rechtslehrern, die dieser Erklärung zugethan sind, giebt es aber über den Grund dieses Vorzuges, über das

praevenit enim pignoris causam fiscus —

über

über die Frage: Ob der Vorzug sich aus der Rechts- Theorie der ausdrücklichen Verpfändung künftiger Güter — den sonstigen Vorrechten des Fiskus — den Befugnissen, welche stillschweigende Hypotheken in Ansehung künftiger Güter geben — ableiten lasse — oder ob man einen hier durch gesetzgeberische Willkühr vestgestellten Vorzug annehmer müsse — mit einem Worte — über die Frage: Ob die in der zu erklärenden Stelle gefundene Entscheidung eine bloße Folgerung aus schon veststehenden Rechts-Principien sey, oder auf einer Privilegirung der Hypothek des Fiskus ruhe? — durchaus abstimmmige Meinungen. Der ersteren Behauptung ist Anton Faber zugethan ^r). In neueren Zeiten haben eben dieselbe, jedoch aus zum Theil andern Gründen, mit großem Scharfsinne die Herren Heffeld und Eichmann in der bekannten Fehde verfochten, welche die Herren Schott und Raempfer als Vertheidiger der ~~zweiten~~ Meinung wider sie angefangen haben ^s).

§. 6.

^r) A. Faber in Conjectur. Lib. 2. c. 10. p. 40 seqq. Col. Allobr. 1630 in Fol.

^s) Der seel. Geheime Regierungs- Rath Heffeld ließ zu Jena 1771 die Dissertation de hypotheca fisci praesertim in bonis post contractum quaesitis,

in

Die Vertheidiger der ersten Meinung stellen ihre Sache so vor:

1) Eine Verpfändung künftiger Güter sey eine Verpfändung fremder Güter unter dem Bedinge, wenn sie einst des Verpfänders werden sollten. Das
gehe

in opusc. n. 10 drucken und vertheidigen. Davi-
der erschien 1772 zu Leipzig unter des wahl. Pro-
fessor Schott Vorsitze die Inaugural-Dissertation
des Joh. Friederich Raempfer de vera causa prae-
rogativae hypothecae fisci in bonis a debitore post
contractum acquisitis ad l. XXVIII. D. de jure fisci.
Ihr trat zur Aufrechthaltung der Helffeldschen
Meinung Herr Johann Bernhard Eichmann in der
Abhandlung vom Pfand-Rechte des Fiskus an den
Gütern desjenigen, mit welchem er einen Vertrag
eingegangen hat, Erfst. und Leipzig 1773, entgegen.
Da inzwischen Doctor Raempfer mit Tode abge-
gangen war: so nahm sich Schott in der unpar-
theiischen Critte über die neuesten juristischen Schrif-
ten 52 Stück n. 11. seines verstorbenen Schülers, der
ohnehin die Grundsätze seiner Dissertation aus den
Vorträgen seines Lehrers entlehnt zu haben, bekannt
hatte, an, worauf denn wiederum Hr. Eichmann
in seiner Erläuterung der Abhandlung vom
Pfand-Rechte des Fiskus an den Gütern derjenigen,
mit welchen er einen Vertrag geschlossen hat,
Erfst. und Leipzig 1774 antwortete.

gehe zwar gültig an *t*), aber diese Verpflichtung (obligatio) einer fremden Sache fange begreiflich erst von da an Gültigkeit zu haben, da die Sache ins Eigenthum des Schuldners trete. Denn Sachen, die nicht in unserm Eigenthum seyn, können wir nicht mit einer Verpflichtung belegen *v*), und es würde widersinnig seyn, daß jemand, der kein Real-Recht an einer Sache habe, einem Andern eines daran geben solle *w*). Man könne auch nicht sagen, die Bedingung, wenn die Sache ins Eigenthum des Verpfänders treten sollte, werde *x*), wie sonst die Bedingung beym Pfande *y*), zurückgezogen. Nur die der Schuld-Verpflichtung angehängte Bedingung werde, wenn sie existire, angesehen, als habe sie von Anfang an existirt (falls sie nicht eine solche sey, deren Nichterfüllung in der Hand des Schuldners stehe *z*). Anders verhalte es sich mit der dem Pfand-Rechte anhängigen Bedingung, zumal wenn dabey auch, wie in unserem Falle

t) l. 16. §. 7. de pignor. et hypothec. 20, 1. l. 38.

§. 4. D. de verbor. obl. 45, 1.

v) §. 4. I. de inutil. stipul. 3, 20.

w) l. 4. ff. de reg. jur. 50, 17.

x) disr. diss. Helfeld. §. 18. et 24.

y) l. 11. §. 1. D. qui potior. in pignore 20, 4.

z) l. 9. §. 1. D. eod.

Falle in des Schuldners Willen stehe, ob er sie erfüllen wolle, oder nicht, d. i. ob er die künftigen Güter erwerben wolle, oder nicht *aa*). Hier fange erst das Pfand-Recht vom Augenblick der existirenden Bedingung an, mithin komme auf frühere Bewilligung desselben mittelst früheren Pfand-Contractes nichts an. Darum, behauptet Faber, werde in den Gesetzen ausdrücklich gesagt *bb*), daß, wenn Zweyen zu verschiedenen Zeiten eine Hypothek an künftigen Gütern gegeben werde, beyde concurriren, nicht die erste Hypothek die andere verdränge.

2) Aus der Zeit der früheren Pfand-Verschreibungen, fährt diese Parthey fort, sey folglich in Rücksicht auf das künftige Vermögen des Schuldners keine Prävention zu nehmen. Wer diese behauptet, müsse einen andern Grund dazu zeigen können. In dem Falle unseres Gesetzes könne nun der Fiskus allerdings Präventions-Gründe angeben. Faber sagt, die allgemeine Hypothek des Fiskus sey eine stillschweigende, die des Privat-Mannes eine conventionelle ausdrückliche. Von der obigen Theorie mache die Hypothek des Fiskus als eine stillschweigende nach der eigenen Natur stillschweigender Hypotheken die Ausnahme, daß sie in dem Augenblicke existire,

aa) l. 1. §. 2. D. eod. l. 9. §. 1. 3. eod.

bb) l. 7. §. 1. eod.

existire, da mit dem Fiskus contrahirt werde. Des Privat = Mannes Hypothek hingegen existire nicht eher, als da er nach vollkommen gewordenem und geendigtem Contracte, dem die Hypothek hinzugefügt worden, sich solche erwerbe, geendiget und vollkommen werde aber vermöge des Vorigen der Contract nicht eher, als wenn nach dem späteren Contracte des Fiskus die Sachen erworben worden; So sey des Fiskus Hypothek hier der Zeit nach eher.

Helfeid, der die Fabersche freylich mit den allgemeinen Sätzen von der Unmöglichkeit in fremder Sachen eine Hypothek mit Wirkung zu bestellen — und von der Nichtzurückziehung der dem Pfand-Rechte beygefügt zumal Potestativ = Bedingungen — wenig harmonirende Meinung verwirft, giebt wiederum andere Gründe der Prävention des Fiskus.

Der Fiskus habe

- a) das Recht den ersten Platz unter allen Gläubigern einzunehmen *cc*), und zu verlangen, daß ihm alle Gläubiger weichen müßten *dd*), also darum auf Vorzug anzusprechen. Weiter habe er
- b) das Recht zu vindiciren, was der Schuldner zu seiner

cc) Paulus in recept. Sentent. Lib. V. tit. 12. §. 16.

dd) l. 34. D. de rebus auctor. judicis, 42, 5.

seiner Benachtheiligung zu erwerben unterlassen ee). Dies letztere zeige auf ein Real-Recht, das der Fiskus an der erst zu erwerbenden Sache seines Schuldners schon von der Erwerbung habe. Eben dies Recht, die zum Nachtheil des Fiskus zu erwerben unterlassenen Sachen zurück zu fordern, mache, c) daß in Rücksicht des Fiskus die bey der Verpfändung künftiger Sachen statt habende Bedingung, „wenn die Sachen ins Eigenthum des Schuldners „kommen sollten“, für eine solche, welche auch wider Willen des Schuldners in Erfüllung gehen möge, zu halten sey, und so sey selbige in Rücksicht seiner eine Bedingung, die, wenn sie existire, auf den Anfang der Verpfändung zurück gezogen werde, weshalb also sein Pfand-Recht sodann von Zeit der Ertheilung datire. Bey dem Privat-Pfandgläubiger verhalte sich das anders, dessen Rechte fangen vom Augenblicke der Erwerbung der künftigen Güter an, indem die Bedingung in Rücksicht seiner, da er kein Recht habe, die nicht acquirirten Güter des Schuldners zurück zu fodern, also die Existenz der Bedingung ohne des Schuldners Willen nicht möglich machen könne, nicht zurück gezogen werde.

§. 7.

ee) l. 45. pr. D. de jure fisci, 49, 14.

§. 7.

Es läffet sich aber

1) sehr bezweifeln, daß die zu verschiedenen Zeiten erteilten allgemeinen Hypotheken in Ansehung der künftigen Güter des Schuldners einerley Priorität haben, ingesammt nämlich erst von Zeit der wirklichen Erwerbung der Güter anfangen.

a) Die Zeit der Ertheilung der Hypothek bestimmte in der Regel die Erstigkeit, wenn zugleich mit und bey derselben die Schuld-Verpflichtung vorhanden ist. Auch bey der Rangirung der allgemeinen Hypotheken findet diese Regel Statt. Es ist kein Grund von derselben in Ansehung künftiger Güter abzuweichen. Die Gesetze sagen

b) dieses durchaus nicht. Die vom Faber angezogene l. 7. §. 1. qui potior. in pignore, 20, 4. hat den Fall, da zu einer Zeit einem Gläubiger alle Sachen, welche der Schuldner erhalten werde, und einem Andern ein einzelnes Grundstück unter dem Bedinge, wenn es in sein Eigenthum treten werde, verpfändet ist; und es wird entschieden, daß beyde Gläubiger in dem nachher erworbenen Grundstücke concurriren müssen, natürlich weil beyder Pfand-Recht zu gleicher Zeit ertheilt ist. Dies Gesetz spricht also von dem Falle, da wegen künftiger Güter zu verschiedenen Zeiten Hypotheken ertheilt sind,

gar nicht. Dagegen giebt

c) es andere Texte, die dafür zeugen, daß die Verpfändung künftiger Güter von Zeit der Pfand-Verschiebung anfangt, mithin nach dieser Zeit die Priorität mehrerer Pfand-Bestellungen auch in Rücksicht auf die künftigen Güter zu beurtheilen sey.

Wenn 3. B. l. 15. §. 1. D. de pignor. (20, 1.) sagt :

es werde täglich den Contracten, nachdem darin einzelne Sachen verpfändet worden, die Convention hinzugefügt, daß auch die übrigen Güter des Schuldners, welche er habe, und noch erwerben werde, verpflichtet seyn sollen, gerade als wenn diese Sachen (also auch die erst zu erwerbenden) *specialiter verpfändet wären, perinde atque si specialiter fuissent obligatae;*

so wird ja deutlich damit gesagt, daß die noch zu erwerbenden Sachen des Schuldners eben so verpflichtet werden können, und durch jene Convention verpflichtet werden, als wenn sie gleich damals *specialiter verpfändet wären.* — Eben dies Gesetz verordnet ferner, daß in dem Falle, da wegen der künftigen Sachen jene Verpfändungs-Clausel eingerückt worden, der Gläubiger nun nicht nöthig haben solle, zu beweisen.

beweisen, daß, als die Verpfändung geschah, eine (der nachmals in des Schuldners Vermögen befindlichen Sachen) zu den Gütern desselben gehört habe, es erklärt, daß gar zu einer solchen — die künftigen Sachen mit begreifenden Verpfändung — die Lehre nicht hingehöre, daß ein Gläubiger beweisen müsse, daß eine oder andere Sache zur Zeit der Verpfändung dem Schuldner schon zuständig gewesen, sondern daß diese Lehre lediglich auf Special-Verpfändungen anzuwenden sey. — Würde wol wegen der späterhin erworbenen Sachen von dieser Beweisführung der Gläubiger frey seyn können, — würde diese Beweisführung als zum Falle der generellen Verpfändung gegenwärtiger und künftiger Sachen ganz nicht gehörig erklärt worden seyn, — falls die Priorität in Ansehung der künftigen Sachen nicht ebenfalls von der Pfand- Ertheilung — sondern von der Erwerbung der Sachen abhinge? — Müßte nicht, im Falle die Verpfändung künftiger Sachen in der General- Hypothek erst von deren Erwerbung ihre Gültigkeit erhalte, die Unnötigkeit der Beweisführung, ob des Schuldners Sachen schon zur Zeit der Verpfändung in seinem Vermögen gewesen, darauf beschränkt seyn, wenn ein chirographarischer Gläubiger die Sache mit zu seiner

Befriedigung verwandt wissen, und für nicht verpfändet ausgeben wollte? Würde dahingegen beyin Zusammenstoße mit einem Pfand-Gläubiger, dessen Entfernung nur durch Darlegung einer unstreitigen Priorität vor ihm bewürkt werden mag, welche Priorität ja bey jener Voraussetzung die Pfand-Verschreibung nur in Ansehung der zur Zeit ihrer Ausstellung in des Schuldners Eigenthume gewesenen Sachen geben würde, der Beweis, daß diese oder jene Sachen zur Zeit der Ausstellung des Pfand-Briefes in des Schuldners Vermögen gewesen, nicht allerdings sehr erheblich, mithin für diesen Fall unverwerflich gewesen seyn? Beweiset also die uneingeschränkte Verwerfung desselben nicht klar die Unrichtigkeit der Voraussetzung, daß die Hypothek künftiger Sachen von ihrer Erwerbung anfangen? ff)

Man

ff) Die ganze Bemerkung und Bestimmung „daß „nur bey einer speciellen Pfandgebung, nicht aber „bey einer generellen, NB. die täglich gewöhnliche „Clausel, daß sowol gegenwärtige als zukünftige „Güter verpfändet seyn sollen, enthaltenden Pfand- „Verschreibung, ein Beweis darüber zu führen „sey, daß diese oder jene Sache zur Zeit der Con- „vention zu dem Vermögen des Schuldners gehört „habe“, würde die trivialste und unnöthigste von der

Man sehe ferner l. 3. §. I. qui potior. in pignore gg).

B 4

c) Die

der Welt seyn, daferne dadurch man bloß einen zu dem Zweck, damit die in Frage seyende Sache als verpfändet angesehen werde, gefoderten Beweis als unnöthig hätte zurückweisen wollen. Wenn die Clausel, daß sowol gegenwärtige, als zukünftige Güter verpfändet seyn sollen, ausdrücklich eingerückt war — wenn diese Clausel, wie der Jurist sagt, täglich eingerückt zu werden pflegte, also allgemein anerkannte Wirkung hatte, — so konnte niemand ohne Unsinn begehren, daß der Pfand-Gläubiger zu dem Zweck, um eine gewisse dem Schuldner jetzt gehörige Sache als verpfändet in Ansprache zu nehmen, erweisen müsse, daß zur Zeit der Convention die Sache schon im Vermögen des Schuldners gewesen. Dies wäre, wegen ausdrücklicher Erstreckung der Hypothek auch auf künftige Güter, eine Lächerlichkeit gewesen. Es kann wol nicht angenommen werden, daß Cajus, indem er über die formulam hypothecariam commentirte, einen so seltsamen von keinem Menschen gesunden Verstandes zu erwartenden Einfall zurück zu weisen nöthig gefunden habe. Aber in so ferne der mit allgemeiner Verpfändung auch künftiger Sachen versehene Gläubiger vor einem andern spätern Pfand-Gläubiger eine Priorität behaupten wollte, in so ferne war die Zumuthung, daß be-

wiesen

c) Die Idee, daß die General-Hypothek-Bestellungen — in so ferne sie künftige Sachen angehen —

be-

wiesen werden sollte, welche Sachen zur Zeit der Bestellung der allgemeinen Hypothek schon im Vermögen des Schuldners gewesen, nicht so ganz offenbar widersinnig, indem man gar wohl denken konnte, das wegen der zukünftigen Güter ertheilte Hypothek-Recht habe nicht die Priorität von Ausstellung des Pfand-Briefes, sondern nur von Zeit der Erwerbung an, und so gelte die Priorität des Pfand-Briefes nur wegen der damals im Vermögen des Schuldners gewesenen Sachen. Einem solchen scheinbaren Einfalle vorzubeugen konnte Cajus der Mühe werth finden. Darum lehrte er, daß der Sas, daß ein Pfand-Gläubiger beweisen müste, daß die Sachen, woraus er seine Bezahlung suche, zur Zeit der Verpfändung schon im Eigenthume des Schuldners gewesen, nur bey speciellen Hypotheken anzuwenden stehe, nicht bey generellen, auf gegenwärtige und zukünftige Sachen ertheilten — daß ein mit der letztgedachten Art von Hypotheken versehener Gläubiger jenen Beweis schlechthin nicht zu führen habe — diese Hypotheken gehen, wie sie gegenwärtige und künftige Güter begreifen, in Ansehung beyderley Güter von Zeit der Ertheilung an.

gg) 1. 3. Papinian. Lib. 11. respons. §. 1. cum ex causa mandati praedium Titio, cui negotium fuerit

bedingte Hypotheken seyn, und darunt die Hypothek-
 Rechte, welche sie geben, von verschiedener Erstig-
 keit seyn müßten, je nachdem nämlich die Sachen
 zur Zeit der Verpfändung schon im Vermögen des
 Schuldners waren, oder erst später darin gekommen
 sind, ist durchaus irrig. In der General-Hypothek
 ist ein Pfand-Recht — ein untheilbares
 Recht — und damit ein Recht, das in Ansehung
 aller Gegenstände, die es betrifft, zu einer Zeit
 anfängt, ertheilt. Es ist ertheilt in Ansehung
 aller Güter des Schuldners, gegenwärtiger oder
 zukünftiger — also in Ansehung einer Universalität von
 Sachen, die man als eine Einheit ansieht, und
 wobey man die einzelnen darunter begriffenen Dinge
 nicht unterscheidet. Das allgemeine Pfand-Recht
 erhält der Gläubiger von der Ertheilung an,
 in Ansehung aller Sachen der Zustandnis

B 5 nach

suert gestum, deberetur, prius quam ei possessio
 traderetur, id pignori dedit, post traditam pos-
 sessionem idem praedium alii denuo pignori dedit;
 prioris causam esse potiore apparuit, si non
 creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat,
 solvisset etc. verum in ea quantitate, quam sol-
 visset, ejusque usuris potiore fore constaret,
 nisi forte prior ei pecuniam offerat, Quodsi debi-
 tor aliunde pecuniam solvisset, priorem praefe-
 rendum,

nach (in actu primo), wenn gleich die Ausübung die Verfolgung des Pfandes (das Recht in actu secundo) nur möglich ist, wegen der Sachen, die zur Zeit der Ausübung im Vermögen des Schuldners befindlich sind. Man denke an eine eventuelle Investitur bey Lehn-Gütern. In der Verpfändung künftiger Güter, obwol sie nicht zum Effect kommen kann, als nur wegen der Sachen, die des Schuldners eigene Güter werden, liegt keine Verpfändung unter einer **eigentlichen Bedingung**, die die Wirkung conventioneller ausdrücklicher Bedingungen, das Recht zu suspendiren, haben könnte. Diese in dem Begriff der künftigen Güter enthaltene durch die Natur der Sache herbey geführte Voraussetzung ändert daher den Begriff der reinen Rechts-Ertheilung nicht. *hh*) Der die Hypothek ertheilende Schuldner hat damit nichts bedingen, kein Recht, das durch Bedingung aufgeschoben würde, geben wollen, wenn gleich die Natur der Sache die Wirkung des Rechts aufschiebt. *ii*) —

In

hh) l. 73. pr. ff. de verb. obl. 45, r. l. 99. ff. de condit. et demonstr. l. r. §. fin. cod. 35, r.

ii) Cocceji in jure controuv. Lib. 2. Tit. 14. qu. 43.

Lauterbach in coll. theoret. pract. Pandectar. L. 2.

T. 14. §. 71.

v. Cramer in obs. jur. univ. obs. 984. §. 31.

In jedem Falle würde die in der wirklichen Erwerbung künftiger Sachen existirende Bedingung auf die Zeit des Contracts zurück gezogen werden müssen. *kk*) Irrig giebt Hesselb die Ausnahme, — daß die dem Pfand-Rechte anhängige, zumal Potestativ-Bedingung nicht zurückgezogen werde. Das lehren einmal die von ihm angezogenen Gesetze nicht; dann ist es unrichtig, daß die Bedingung, „wenn die Sachen werden erworben seyn“, durchaus eine Potestativ-Bedingung seyn würde. — Manche Güter werden ohne alles Zuthun des Schuldners erworben, z. B. die natürlichen Accessionen, die Legate, die dem heredi suo anfallenden Erbschaften. In allen diesen Fällen wäre die Bedingung eine durchaus zufällige (casuelle). Und so viel die Erwerbungen betrifft, bey welchen der Wille des Erwerbers Antheil hat: so macht doch auch hier dieser Wille nie alles aus, folglich ist in so ferne die Bedingung eine vermischte. Daß aber so wol vermischte als zufällige Bedingungen zurück gezogen werden, ist außer Streit.

General-Hypotheken fangen also, auch in so ferne sie künftige Güter betreffen, von Zeit der Ertheilung, nicht allererst von Zeit der Erwerbung an; es haben folglich die zu verschiedenen Zeiten entstandenen

Gene-

kk) s. oben Note 9.

General-Hypotheken, so viel diese Sachen betrifft, eine verschiedene Erstigkeit, je nachdem sie früher oder später ertheilt sind.

2) Die Präventions-Gründe, derentwegen der allgemeinen stillschweigenden Hypothek des Fiskus, vor einer generellen selbst älteren Privat-Hypothek, in Ansehung der später erworbenen Güter, sogar ein Vorzug zustehen soll, halten eine genauere Prüfung schlechterdings nicht aus. Bey Fabers Vorgeben, daß des Fiskus Hypothek als eine gesetzliche und stillschweigende nach der Natur aller gesetzlichen und stillschweigenden Hypotheken vor der conventionellen den Vorzug habe, daß sie so gleich mit dem Geschäfte, dessentwegen sie gegeben sey, anfangs, vermessen wir den Beweis, daß stillschweigende Hypotheken diesen Vorzug vor ausdrücklich ertheilten haben, wofür wenigstens kein Gesetz angeführet ist.

Die vom Herrn Helfeld in Anrede gebrachten Vorzüge des Fiskus, daß er unter allen Gläubigern den ersten Platz einnehme, — und daß ihm andere Gläubiger weichen müßten, sind nach dieses Schriftstellers eigenem Bekenntnisse bloß Vorzüge gegen chirographarische Gläubiger, die beyhm Zusammenstoße mit Hypothekarien nicht in Betracht kommen können. //)

Das

//) Helfeld. diff. cit. §. 10.

Das Recht des Fiskus endlich, Güter, welche der Schuldner zu seinem Nachtheile zu erwerben unterlassen, zu vindiciren, wenn es wirklich unstreitig wäre *mm*), beweiset gar kein ihm bereits vor der Erwerbung der Güter zustehendes Pfand-Recht, beweiset

mm) Dafür kann man es doch schwerlich gelten lassen. Gar zu klar spricht dawider l. 26. de jure fisci 49, 14. Sie sagt, wenn ein eines capital Verbrechens halber Besprochener (dessen Vermögen, im Falle er verurtheilt ward, dem Fiskus anheim fiel, *tot. tit. ff. de bonis damnat.*) seinen von einer persona extranea zum Erben eingesetzten Sohn, der, wenn er auf seinen Befehl die Erbschaft antrat, sie ihm erworben haben würde, emancipirt habe, damit er nun die Erbschaft für sich selbst antrete: so sey rescibirt

Es werde nicht als eine Benachtheiligung des Fiskus betrachtet, daß etwas nicht erworben sey (*non videri in fraudem fisci factum, quod non acquisitum*).

Alle Deutungen, welche man versucht hat, dieses, der freylich ziemlich gemein gewordenen Lehre, daß dem Fiskus frey stehe, die nicht erworbenen Güter seiner Schuldner als zu seinem Nachtheile vernachlässigte zurück zu fordern, so geradezu entgegen gesetzte Rescript mit jener Lehre in Vertrag zu bringen, scheinen mir höchst gezwungen und unnatürlich. Man findet, sie in des seel. Hofraths

beweiset das eben so wenig, als wenig das allen Gläubigern eines Verschuldeten zustehende Recht, das zu ihrem Nachtheile Veräußerte mit der Paulianischen Klage zurück zu fordern, ein Pfand-Recht aller Gläubiger an dem Veräußerten beweiset. —

Derge=

G. B. Becmann diss. de debitore obaerato in praedictum creditorum non adquirente §. 25. Selbst die von Becmann, der sich in sichtbarer Verlegenheit befand, lau genug, gebilligte Ausbeugung, daß die Emancipation nicht aus Absicht, den Fiskus zu bevorzugen, sondern aus Liebe zum Sohne geschehen sey, kann hier nicht anhelfen.

Ulpian sagt mit keinem Buchstaben, daß hierauf gesehen sey, nach seiner Erzählung ist ja ganz bestimmt und allgemein rescribirt, non videri in fraudem fisci factum quod non acquisitum est.

Dies Rescript erklärt, daß in dem Richterwerken überhaupt (ohne alle Rücksicht auf die Ursachen dieses Richterwerbens) — keine Benachtheiligung des Fiskus liege. — Auch unterscheidet man so bey Alienationen in fraudem creditorum nicht. Man hält doch eine vom Schwieger Vater zum Nachtheil der Gläubiger geschehene Auszahlung des Brautschazes, wobey eben die Pietät den Vorwand machen könnte, für eine Veräußerung in fraudem creditorum — l. 25. §. 1. D. quae in fraudem creditorum, 42, 8. — Ueberhaupt ist merkwürdig, daß es eine einzige gesetzliche Stelle ist, auf welche

Dergestalt ist denn die Fabersche oder Helffeldsche Ableitung der Prävention des Fiskus aus gemeinen Rechts-Grundsätzen, durchaus ungegründet. —

§. 8.

welche man das Recht des Fiskus, Güter, deren Erwerbung zu seiner Benachtheiligung unterlassen ist, zu revociren, bauet. l. 45. de jure fisci (49, 14). Und meiner Meinung nach ist diese einzige Stelle noch dazu viel zu dunkel, zur Begründung des so anomalistischen Rechtes, dem mit so viel Klarheit die l. 26. eod. widerspricht. In fraudem fisci, heißet es, non solum per donationem, sed quocumque modo, res alienatae revocantur. *Idemque juris est et si non quaeratur.* Aequè enim in omnibus fraus punitur. Das „*idemque juris est, et si non quaeratur*“ erklärt man so „und eben das ist Rechtens, auch wenn etwas nicht erworben wird.“ Aber könnte es nicht vielleicht auch heißen „und eben das ist Rechtens, auch wenn keine Capital-Anklage, keine Hals-Sache vor ist“, d. i. wenn der Veräußerer nicht wegen eines Capital-Verbrechens (das eine Confiscation der Güter zur Folge hatte) angeklagt ist, sondern der Fiskus wegen anderer Ursachen an seine Güter Ansprache hat. *Quaerere verbum est proprium rerum capitalium pro cognoscere: quod, qui accusatur, nocens sit an innocens, cum consilio disquiritur.* Vicat in voc. jur. T. 3. p. 226. Diese Erklärung scheint mir wegen der folgenden Worte

Dennoch würde man sehr irren, wenn man glauben wollte, es sey damit die Schott-Raempfersche Erklärung des Vorzugs des Fiskus über jeden Zweifel erhaben. Es finden sich vielmehr auch bey derselben Anstöße, deren Hebung mir unmöglich scheint. —

Wenn ein, dem Fiskus dahin, daß in Ansehung der künftigen Güter seines Schuldners seine Hypothek allen, auch älteren Hypotheken, vorgehen soll, ertheiltes Privilegium vom Schott für den Grund des dem Fiskus in unserem Gesetze ertheilten Vorzuges gehalten wird: so läset sich das zuvörderst mit dem Inhalte und der Fassung dieses Gesetzes nicht reimen. Hätte der Fiskus eine solche privilegirte Hypothek zugesichert erhalten: wie könnte über seinen Vorzug im Gerichte gestritten werden? Wie könnte Ulpian es Aufzeichnens werth finden, daß Papinian geurtheilt habe, der Fiskus müsse den Vorzug haben (*potiorem esse debere*), was ja
aus

Worte „*aeque enim in omnibus fraus punitur*“ nicht unwahrscheinlich. Bey allen, sie mögen in peinlicher Untersuchung begriffen, oder sonst dem Fiskus ihr Vermögen schuldig seyn, wird der Betrug gleichmäßig geahndet, (das Florentinische Manuscript hat *ponitur* statt *punitur*, da hiesie es denn, wird der Betrug gleich betrachtet).

aus dem Privilegio von selbst klar war? Wie konnte Ulpian hinzuzusetzen nöthig gefunden haben, daß diese Meinung des Papinian von den übrigen Gerichts-Mitgliedern angenommen worden (quod et constitutum est), gleichsam als wenn noch erst es einer Verathschlagung vorher bedurft gehabt? Wie konnte er endlich, statt das der Hypothek des Fiskus ertheilte Vorzugs-Recht, und die Verordnung, worin es ertheilt worden, anzuziehen, als den Grund, warum Papinians Meinung angenommen sey, anführen

praevenit enim pignoris causam fiscus, womit ja offenbar auf ein Zuorkommen, in Ansehung der Zeit, gedeutet ist. *nn*) Dann zweyterns ist es merkwürdig, daß sich nirgends im Coder die Verordnung, wodurch der Fiskus eine solche privilegirte Hypothek erhalten hätte, noch auch ein Bezug darauf findet, obwol dazu die dringendsten Anlässe da gewesen sind. In der l. 2. C. in quibus causis pignus (8, 15.), die aus Papinians und Ulpians — also aus der l. 28. Zeitalter ist, findet der Kayser nöthig zu versichern:

es sey gewiß, daß die Güter des, der mit dem Fiskus contrahire, jenem Pfandweise verhaftet seyn,

nn) l. 2. C. de privil. fisci, 7, 73.

seyn, wenn auch keine ausdrückliche Verpfändung geschehe.

Sollte er wol nicht hinzugesetzt haben:

und in Rücksicht auf des Contrahenten künftige Güter sey das Pfand-Recht des Fiskus so gar mit einem Vorzuge versehen,

daferne ein solches privilegium erteilt gewesen wäre? In der l. 2. C. de privilegio fisci (7, 73.) welche Westphal, der die Worte unserer l. 28. de jure fisci „quod et constitutum est“ auf eine, in Gemäßheit des Papinianischen Responses ergangene constitutionem principis deutet, so gar für diese Constitution hält oo), belehrt der Kayser eine Ehefrau, die ihren Brautschatz vorzüglich fodert:

obgleich dein Ehemann dir deines Brautschatzes wegen verurtheilet ist: so ist dennoch, wenn er mit dem Fiskus eher contrahirt hat, ehe seine Güter dir (ex causa judicati) unterpfändlich verhaftet worden, der Fiskus deinem Pfand-Rechte zuvor gekommen. Wenn er, nachdem seine Güter dir verhaftet worden, erst angefangen hat, dem Fiskus verhaftet zu werden: so fällt, in Ansehung seiner Güter des Fiskus Vorrecht weg. Wahrlich, hätte der Fiskus in den, nach dem Contracte erworbenen Gütern ein Vorrecht gehabt, der
 Kayser

oo) im Pfand-Rechte p. 243.

Kaiser würde hier nicht einer Frau, die ihren Brautſchaft vor dem Fiskus fordern wollte, ſo ſchlechthin geſagt haben, daß, wenn mit dem Fiskus erſt, nachdem ihr ſchon die Güter verpfändet geweſen, contrahirt ſey, er kein Vorrecht vor ihr habe; er würde die Ausnahme hinzugefügt haben:

ausgenommen in ſo ferne einige Güter des Schuldners nach dem Contracte mit dem Fiskus erworben ſind, als in Anſehung deren derſelbe den Vorzug behält.

Es war die dringendſte Nothwendigkeit, dieſe Ausnahme hinzuzuleſen, da ja ſonſt mit dem Decrete in der Hand; die Frau, welcher des Mannes Vermögen etwa eher als dem Fiskus Pfandweiſe verhaftet worden — in Anſehung aller Güter des Mannes, alſo auch der nach dem Contracte mit dem Fiskus erworbenen, ſich den Vorzug erringen konnte.

§. 9.

Die Reſultate der bisherigen Unterſuchung ſind,
 1) Lex 28. de jure fisci unterſtellt allerdings den Fall, da jemand mit dem Fiskus ſpäter contrahirt hat, nachdem er bereits ſeine jeztigen und zukünftigen Güter einer Privat-Person verpfändet hatte (§ 1 — 4.).

2) Die gemeine Meinung der Rechtslehrer nimmt an, daß in diesem Falle das Gesetz verordne, daß dem Fiskus in Ansehung der nach dem Contracte erworbenen Güter der Vorzug vor der älteren Hypothek gebühre. (§. 4.)

3) Man hat sich vielfach bemühet, für diese Bestimmung die Gründe, aus welchen sie geflossen, und die ihr zur Unterlage dienen, anzugeben, aber es finden sich dabey unauf löbliche Schwierigkeiten. (§. 5 — 9.)

4) Mit dem Grunde, der selbst in dem Gesetze angegeben wird, insbesondere, hat man die ange-
nommene gesetzliche Disposition nicht vereinbaren können, man hat nicht ausmachen können,

wie der Fiskus dem älteren Pfand-Rechte zuvor-
gekommen seyn könne,

und

wie von einem Zuvorkommen der ihm zugeeignete
Vorzug in dem angegebenen Falle herrühren
könne. — (§. 2 — 9.)

§. 10.

Diese Verunglückung der Bemühungen, die
angezogene Disposition des Gesetzes, das eigentlich
eine rechtliche Entscheidung eines vorgelegten Falles
ist, auf haltbare Gründe zurück zu bringen, und
ins-

insbesondere sie mit dem, im Gesetze selbst angeordneten Verordnungs-Grunde in Uebereinstimmung zu setzen, muß billig auf den Gedanken leiten, ob wol nicht die Disposition des Gesetzes selbst unrichtig gedeutet werde. — Sie muß es zweifelhaft machen, ob dem Fiskus wol wirklich in allen, nach dem Contracte mit ihm, erworbenen Gütern des Schuldners ein Vorzug vor der früheren Hypothek eines andern Gläubigers in unserer l. 28. zugesprochen sey.

Und, wenn nun noch bey einem Zurückblick auf die Gesetze, welche im vorigen Spho dafür angeführt sind, daß eine eigene Verordnung, wodurch etwa der Hypothek des Fiskus ein solcher Vorzug als durch ein Privilegium ertheilt worden, nicht ersichtlich, noch auch auf solche in Fällen ein Bezug gemacht sey, in denen, hätte sie existirt, dieser Bezug unvermeidlich gewesen seyn würde — wenn man, sage ich, bey einem Zurückblicke auf diese im vorigen Sphen nur hiefür angeführten Gesetze findet, daß sie nicht nur das besagen, sondern auch, wie jedem Leser von selbst eingefallen seyn wird, ganz offenbar das ganze Vorzugs-Recht des Fiskus ablängen, indem sie, ohne in Betreff der künftigen Güter des Schuldners eine Ausnahme zu machen, die Zeit der Verpflichtung als die einzige Norm der Priorität

rät zwischen der Fiskalischen und Privat-Hypothek angeben: wie sehr kommt dann nicht die gemeine, den Vorzug in der l. 28. findende Erklärung ins Gedränge!

§. II.

Am entscheidendsten spricht wider diese Deutung die bekannte lex 21. pr. D. qui potior. in pignore (20, 4.)

Scaevola sagt in derselben:

Titius Sejae ob summam, qua ex tutela ei condemnatus erat, obligavit pignori omnia bona sua, quae habebat, quaeque habiturus esset. Postea, mutuatus a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit, et intulit Sejae partem debiti, et reliquam summam novatione facta eidem promisit, in qua obligatione similiter uti supra de pignore convenit. Quaesitum est, an Seja praeferenda sit fisco et in illis rebus, quas Titius tempore prioris obligationis habuit; item in his rebus quas post priorem obligationem acquisivit, donec universum suum debitum consequatur? — Respondit, nihil proponi, cur non sit praeferenda.

Klärer kann wol nichts seyn, als es aus diesem Gesetze ist, daß der Fiskus vor der älteren Hypothek
keinen

keinen Vorzug, in Ansehung der künftigen Güter des Schuldners, habe. Es ist recht absichtlich diese Frage hier zur Entscheidung gesetzt, und verneinend, noch dazu unter besonderen, dem Fiskus günstigen Umständen, entschieden.

Titius ist seinem Mündel, der Seja, zur Erstattung eines Restes aus der Vormundschafts-Rechnung verurtheilt. Er verpfändet ihr dafür alle seine Güter, jetzige und zukünftige. Nachmals leihet er Geld vom Fiskus, setzt dem auch alles sein Vermögen zum Unterpfande, und bezahlt mit dem Gelde desselben der Seja einen Theil der Schuld; den Ueberrest verspricht er ihr, nachdem eine Novation geschehen (oder in neuer Urkunde), da denn in dem neuen Instrumente (in qua obligatione) eben also, wie vorhin, die Verpfändung jetziger und künftiger Güter geschieht (similiter ut supra de pignore convenit). Hier nun entstehet die Frage:

Ob Seja dem Fiskus vorzuziehen sey

a) in den Sachen, welche Titius zur Zeit der ersten Verpflichtung (Verpfändung) hatte? (Dies war zu bezweifeln, weil man dafür halten konnte, das ältere Pfand-Recht habe durch die Novation aufgehört, und der neuen Verpflichtung sey die unmittelbar dem Fiskus geschehene Verpfändung vorgeeilt). —

b) Ob sie dem Fiskus vorgehe, auch in denjenigen Sachen, welche der Schuldner nach der ersten Verpflichtung erworben habe, bis dahin, da *Seja* ihre ganze Schuld erhalten haben werde (*donec universum debitum consequatur*). Da die Zeit von der ersten Verpflichtung bis zur völligen Zahlung auch die Zeit nach dem mit dem Fiskus geschlossenen Contracte einschließt: so wird hier offenbar auch wegen der nach dem Contract mit dem Fiskus erworbenen Güter gefragt. Hier traten eben die vorhin gedachten Zweifels-Gründe und zugleich die Betrachtung ein, daß des Fiskus Forderung und Pfand-Recht nicht nur früher, als die neue der *Seja* gewordene Verschreibung, sondern auch früher, als die Erwerbung der Güter, existirt hatte.

Wey dem allen sagt *Scaevola*,

es werde ganz und gar nichts in der Frage vorge-
tragen, warum die *Seja* nicht den Vorzug ha-
ben solle.

Kann deutlicher entschieden werden, daß der Fiskus der allgemeinen älteren Privat-Hypothek auch in den, nach dem Contracte mit ihm, erworbenen Gütern weiche — daß die allgemeine ältere Privat-Hypothek ihm so wol in den zur Zeit ihrer Ertheilung in dem Vermögen des Schuldners befindlich gewesenem,
als

als den nachmals bis zur völligen Bezahlung der hypothecarischen Schuld erworbenen Gütern vorgehe? pp) Dennoch sollte eine Erklärung der l. 28. ff. de jure fisci, die das gerade Gegentheil heraus bringt, richtig seyn?

C 5

§. 12.

pp) Es ist, wie schon Wilbers in observ. c. 3. ange-
merkt hat, unmöglich, bey der l. fin. ff. qui potior.
in pignore zu unterscheiden, zwischen Gütern, die
nach der ersten der Seja geschenehen Verpfändung
bis zur fiscalischen Schuld, und Gütern, die nach
der zweyten ihr gemachten Verpfändung, also auch
nach der fiscalischen Schuld erworben sind, und
nur von jenen den im Gesetze der Seja ertheilten
Vorzug zu verstehen. Wenn gleich das Gesetz das
zweyte Glied der Frage so ausdrückt:

item in his rebus, quas post priorem obligatio-
nem acquisivit;

so setzt es doch nicht dabey:

donec cum fisco contraxerit,

sondern bestimmt die Worte dieses Zeitraums so:

donec universum suum debitum consequatur

Seja,

redet mithin ganz deutlich von allen Gütern,

die nach der ersten Verpflichtung bis zum völligen
Abtrag der Forderung der Seja erworben sind,
welche Zeit denn allerdings eine spätere Zeit, als
die Zeit der fiscalischen Anleihe mit befasst.

Die Frage spricht folglich von allen nach der
ersten

§. 12.

Gewiß die l. 28. ff. de jure fisci bedarf einer andern Erklärung.

Ich stelle die folgende zur Prüfung auf. In den Schriftstellern, welche ich habe zu Rathe ziehen können, finde ich sie nicht. Doch kann es seyn, daß ein mehr Belesener sie schon irgendwo getroffen hätte. Dann sollte es mir freylich leid seyn, des Lesers und meine Zeit verschwendet zu haben.

§. 13.

Ulpian sagt nach meiner Idee:

Wenn derjenige, der ihm sein jetziges und künfftiges Vermögen verpfändet hatte, (si, qui quae habet habiturusve esset, mihi obligat)

ersten Verpflichtung bis zur völligen Abbezahlung der Seja, also — auch von den nach dem Contracte mit dem Fiskus erworbenen Gütern.

Auch die Basilica verstehen dies Gesetz also: (Basilica ex ed. Fabrotti Paris 1647. Tom. 4. Lib. 25. p. 64 et 65. §. XIX.)

Daß der Jurist sich durch die Novation nicht hindern ließ, für die Seja zu entscheiden, und ohngeachtet dieser Novation der Hypothek der Seja das Vorrecht, was ihre erste Entstehungszeit gab, zugestand — das darf uns nach dem, was l. 3. pr. l. 52. §. 5. D. qui potior. in pign. enthalten, nicht wundern.

obligaverat) mit dem Fiskus (einer Fiskalischen Sache wegen) contrahirt, bestimmter mögte ich sagen, vom Fiskus gepachtet habe; (cum fisco contraxerit) so müße man wissen, daß Papinian respondirt habe, (sciendum est, Papinianum respondisse) daß in der nachmals vom Schuldner eigenthümlich erworbenen (fiscalischen zum Gegenstande des Contracts gestandenen) Sache (in re postea acquisita) der Fiskus (wegen des Rückstandes aus dem Contracte nämlich) den Vorzug habe. (fiscum potiozem esse debere.) Dies sey auch erkannt (quod et constitutum est) denn der Fiskus sey (mit seiner Hypothek, die er an allen Gütern des Schuldners wegen des Contracts hatte, die folglich in und mit der Uebertragung des Eigenthums als eine stillschweigend vorbehaltenene Beschränkung desselben, als eine von Anfang an, dem Eigenthum schon inhärirende Belästigung übergieng 97), dem Grunde des (auch an den

97) Man lese die äußerst merkwürdigen Worte der l. 1. §. 4. l. 2. D. de rebus eorum qui sub tutela (27, 9.) In der ersten Stelle sagt Ulpian:

si minor viginti quinque annis emit praedia, ut quoad pretium solverit, essent pignori obligata

ven-

den künfftigen Gütern dem ersten Gläubiger ver-
heiffenen Pfand-Rechts (dem Eigenthume)
zuvor gekommen (praevenit enim pignoris
causam fiscus).

§. 14.

Mir will es bedünken, daß diese Erklärung nicht
ganz unnatürlich sey. Sie hebt dabey alle Antino-
mien, besonders die so gesürchtete aus der l. 21. D.
qui potior. in pignore. — Sie stellt zwischen der
Disposition des Gesetzes (l. 28.) selbst und dem der-
selben hinzugefügten Grunde das Verhältniß einer
vernünftigen Consequenz her. — Selbst der Ausdruck:
in re postea acquisita,

der

venditori, non puto pignus valere, nam ubi
dominium quaesitum est minori, coepit non
posse obligari

Über Paulus erinnert

l. 2. eod.

sed hic videtur illud movere, quod cum
dominio pignus quaesitum est, et ab initio
obligatio inhaesit. Quod si a fisco
emerit nec dubitatio est quin jus
pignoris salvum sit. (Hier bedurfte es
keiner Convention, das Pfand-Recht entstand
von selbst nach den Gesetzen) Si igitur talis
species in privato venditore incidit, Imperiali
beneficio opus est, ut ex rescripto pignus
confirmetur.

der von einer einzelnen Sache spricht, scheinete auf die Sache, worüber contrahirt ist, zu deuten *rr*), und so meiner Erklärung zu Hülfe zu kommen.

Ich habe nur noch zu rechtfertigen, daß ich das „*cum fisco contraxerit*“ eigentlich für „*a fisco*“, „*conduxerit*“ nehme, oder mit „vom Fiskus gepachtet hat“ überseze.

Ich halte dafür, daß, da das Pachten der fiscalischen Güter und Gefälle, die hauptsächlichste Art des Contrahirens mit dem Fiskus war, der Ausdruck

„*contrahere cum fisco*“ häufig, und daher auch in unserem Gesetze, für *conducere rem fiscalem* gebraucht sey. Man wird dies für mehr als wahrscheinlich halten, wenn man der l. 1. §. 9. und 11. ff. de lege Cornelia de falsis (48, 10.) mit der l. 49. ff. locati

rr) Ich weiß zwar wol, daß man zuweilen den *singularem* Statt des *pluralis* gebraucht. Aber man nimmt doch, wo man den *singularem* findet, ihn mit Recht als eigentlich gebraucht an, bis der Zusammenhang fodert, ihn Statt des *pluralis* gebraucht zu nehmen.

Meinem Gefühle nach würde *Ulpian*, wenn er, daß der Fiskus in den, nach dem Contracte mit ihm, erworbenen Gütern des Schuldners den Vorzug habe, hätte anzeigen wollen, gesagt haben *in rebus postea acquisitis*.

locati (19, 2.) und l. un. C. ne tutor (5, 41.) vergleicht. Nach des Marcianus Versicherung in dem ersteren dieser Gesetze haben die Kayser Severus und Antoninus verordnet §. 9. ut tutores et curatores et qui officio deposito non restituerunt tutelam vel curationem *cum fisco contrahere* non possint, et si quis adversus hanc legem profectus aeratio obrepserit, ut periinde puniatur, ac si falsum commisisset.

- §. 11. Iidem principes rescripserunt, ita demum eum, qui rationem tutelae vel curae nondum reddidit, *cum fisco contrahere non debere*, si vivat is, cujus tutela administrata est: nam si decesserit, licet nondum heredi ejus rationem reddiderit, *iure eum contrahere*.

Was versteht hier der Jurist, das die Kayser verboten haben, da sie das
contrahere cum fisco

verboten? Man wird das bald innwerden, wenn man die Verbote selbst, welche die beyden andern angezogenen Gesetze liefern, ansieht. Diese untersagen durchaus bestimmt

das Pachten der fiscalischen Güter und Gefälle.

Die Verordnung des Severus (l. 49. locati) lautet also: Tutores curatoresve constituti prius quam officii sui rationes reddunt, prohibentur *ne quid de patrimonio Caesaris conductum habeant*. Ac si quis id dissimulans *ad conducenda Caesaris praedia accesserit*, periinde uti falsarius poena afficitur. *Haecque sanxit Imperator Severus.*

- §. 1. secundum quae sane prohibiti erunt *et a fisco conducere* qui tutelam curamve gerunt.

Des

Des Antoninus Rescript in der l. un. ne tutor vel Curator, sagt:

Competens iudex non ignorat, non esse admit- tendos *ad vectigalia conducenda* eos qui pupillorum vel adolescentium tutelam seu curam administrant, vel qui ejus administrationis rationem nondum reddiderunt. Sed quamvis contra interdictum *ad vectigal conducendum* accesseris, tamen quoniam ultro me adiisti, si tam vectigali quam pupillis satis feceris, falsi crimine carebis: Cum autem *fisco te jam obstrictum* postea te esse tutorem factum dicas, periculo te excusare poteris.

Man sieht hier, daß das „contrahere cum fisco“ vom Marcian in l. 1. §. 9. Dig. de falsis für das „conducere a fisco“, der l. 49. locati, für das „conducere vectigal a fisco“ der l. un. C. ne tutor gebraucht wird. Und es verdient bemerkt zu werden, daß diese Redens- Arten als gleichbedeutend in Gesetzen vorkommen, die auch zum Zeitalter unserer l. 28. de jure fisci gehören. Obgleich ich nun aber dafür halte, daß in der l. 28. eigentlich von einer Forderung des Fiskus wegen einer demselben abgepachteten Sache und der Vorzüglichkeit seiner ihm deshalb zustehenden Hypothek an dieser nachmals dem Pächter eigenthümlich überlassenen Sache, die Rede sey: so habe ich doch, zumal in Rücksicht auf die Not. 99. vorkommende l. 2. D. de rebus eor. qui sub tut. nichts dawider, wenn man auch einen andern mit dem Fiskus wegen einer fiscalischen Sache, die nachmals in des Schuldners Eigenthum übergeht, geschlossenen Contract, zum Beispiel einen Kauf- Contract, woraus dem Fiskus Kaufgeld rückständig ist, als dort verstanden annehmen, oder darauf

das

das Gesetz ausdehnen will. Ja es läßt sich denken, daß arg. l. 28. de jure fisci in einer vom Fiskus verkauften Sache derselbe sogar, wegen einer auch mit dieser Sache nicht connexen, aber vor dem Uebertrage des Eigenthums existirenden Forderung an den Käufer, einen Vorzug vor dessen sonst früheren Pfand-Gläubigern habe, indem die für des Fiskus auch nicht connexe Forderung zuständige allgemeine Hypothek als in und beym Uebertrage des Eigenthums die Sache sofort afficirend anzusehen seyn würde.

§. 15.

So verschwände also die bevorzugte Hypothek des Fiskus in den nach dem Contracte erworbenen Gütern seiner Schuldner, und es bliebe bey der solche leugnenden Verordnung der l. 21. qui potiores in pign. Nur, wenn der Schuldner vom Fiskus eine Sache eigenthümlich nachher erworben: so würde in Ansehung dieser Sache der Forderung des Fiskus, zumal der mit der Sache connexen — rückständiges Pacht- oder Kaufgeld betreffenden Forderung — ein Vorrecht gebühren, da die deshalb zuständige allgemeine gesetzliche Hypothek die Gestalt einer vor oder mit dem Uebergange ins Eigenthum des Schuldners die Sache schon afficirenden Belastung hätte. l. 28. D. de jure fisci. Demnach wäre l. 21. qui potior. in pignor. Regel, l. 28. de jure fisci Ausnahme.

u

Ko 2370

ULB Halle

3

006 229 28X



me



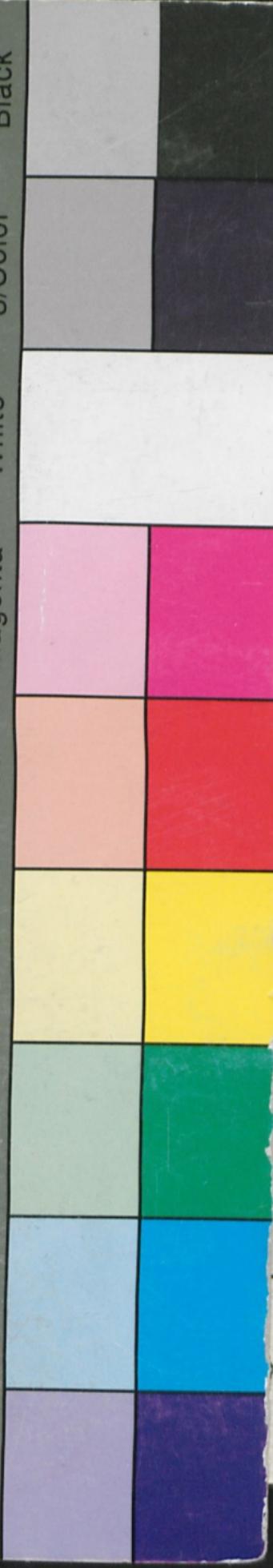


Inches 1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 8
Centimetres

Farbkarte #13

B.I.G.

Blue Cyan Green Yellow Red Magenta White 3/Color Black



4
isfus
Huldners
sci
fuch
nemann
handlung

