

Schmidt

Erwerb
d. Pfand-
rechts durch
Verjährung.
1788







10

Der
Erwerb
des Pfandrechtes
durch
die Verjährung;

erwogen

9. 195.
Ke 1694

von

Ernst Gottfried Schmidt

der Rechten Doctor und des Herzoglich Sächsischen gemeinen Hofgerichts zu Jena Advocat.

Jena

in der Erdterschen Buchhandlung

1788.



1792

Grund

des Pfandbriefes

und

die Bedingungen

1792

1792

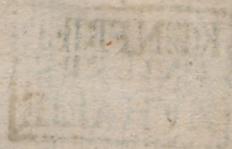
Gründungs

der Stadt und des Landes Sachsen-Anhalt

1792

in der Pfandbriefe

1792



Handwritten scribbles or marks on the right edge of the page.





Litterarische Nachricht

von

dem Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung und
der Veranlassung gegenwärtiger Schrift,

Gewöhnlicher Weise gelanget ein Gläubiger theils durch unmittelbare Verordnung der Gesetze, theils durch Hülfe der Obrigkeit, theils durch einen Vertrag, oder Testament, zu einem Pfandrechte. Geschiehet es durch einen Vertrag, so wird ihm die Sache entweder zugleich in Besitz gegeben, oder dieses unterbleibet. Und darinne sind alle Juristen von einerley Rechtsglaubigkeit. Allein, wie sind ihre Urtheile, wenn man ihnen die Frage vorleget: Kann sich ein Gläubiger auch durch die Verjährung ein Pfandrecht erwerben?

Hierbey ist Zwiespalt, weil in den gemeinen Rechten diese Frage nicht ausdrücklich entschieden worden ist. Daher es denn kommt, daß die Meynungen der Rechtslehren darüber getheilet sind. Anton Des
gusanz

gusatz a), Mercurial Merlin b), und Reinhard Bachov c) verneinen diese Frage. Hingegen haben selbige zu unsern Zeiten bejahet Christian Gottlieb Smelin d), Lud. Jul. Frieder. Höpfner e), und mein Vater Johann Ludewig Schmidt f). Diesem ist ein in den unten angezeigten öffentlichen Rechtsprüchen enthaltener merkwürdiger Rechtsfall in dieser Sache vorgekommen. Es ist nöthig selbigen hier kürzlich zu erzählen. Die Gevettere von Itzen, besitzen Lehnsgüter vom Churfürsten zu Hannover. Darunter befindet sich auch eine Wiese. Diese überlässt der Itzensche Geschlechtsälteste Werner von Itzen, in vorigem Jahrhunderte der Familie Bavenstedt zu Asterlehn. Einer von dieser asterlehnnten Bavenstedtschen Familie verpfändet diese Lehnwiese antichretisch, mit Bewilligung seines Asterlehnherrns, im Jahr 1612 an den Bürger Böttcher für 215 Thaler. Hierauf geschiehet es, daß die von Bavenstedt, wegen verfallener verschiedener Lehnfälle, der zu Asterlehn habten Wiese verlustig werden, und die Gevettere Timäus selbige anderweit von den Gevetteren Itzen zu Asterlehn erhalten. Es erfolget nach der Zeit, das Ableben des obgedachten Itzenschen Geschlechtsältesten mit seinen männlichen Lehnsnachkommen. Weshalb nunmehr die bisherigen Itzenschen Lehne auf dessen Seitenvettere gelangen, welche annoch von dem ersten Erwerber derselben abstammen. Während

a) in tract. de pignovibus et hypothecis, part. 2. n. 3. num. 58.

b) in tract. de pignor. et hypoth. lib. 2. tit. 1. qu. 2. num. 38.

c) in tract. de pignor. et hypoth. lib. 2. c. 3.

d) in commentat. de iure pignoris vel hypothecae quod creditori debitor in re sibi non propria constituit. Vlnae 1778. 8.

e) In theoretisch practischen Commentar über die Heineccischen Institutionen, S. 287. Frankfurt 1783.

f) in institutionibus iuris civilis in formam artis redactae. Ienae 1771. worinne S. 477. und 478. der Satz enthalten, daß eben die Rechte, welche der verfallenden Verjährung unterworfen, als unter andern das Pfandrechte, auch durch die erwerbende Verjährung erlangt werden können.

Ferner in öffentlichen Rechtsprüchen, zur Erweiterung der practischen Rechtsgelehrtheit, Num. LXVIII. S. 5. Jena 1777.

Während dessen, daß diese Itensche Seitenvettere diese Itenschen Lehne bereits vor hundert Jahren besessen, ist die obervähnte Lehnwiese nach und nach an verschiedene Personen als eine antichretisch verpfändete Lehnwiese gekommen. Und sie wird zuletzt in eben der Qualität an einen Oberförster, Namens Lübke, für 220 Thaler im Jahr 1764 abgetreten. Die jetzigen Herrn von Iten tragen ihren Afterslehnteuten, den obgedachten Gevettern Timäus, auf, die mehr beehrte Wiese von ihrem nächst zuvor erwähnten dermaligen Besitzer, dem Oberförster Lübke, ohne Ersatz des Pfandschillings, zu vindiciren. Beklagter Lübke leugnet gar nicht, daß er diese Wiese als ein antichretisches Pfand besitze; er weigert sich auch nicht, selbige an Klägere abzutreten, jedoch müßten sie ihm zuvor die 215 Thaler wiedergeben, welche im Jahr 1612 der Bürger Böttcher dem damaligen Afterslehmann Bavenstedt mit seines Lehnherrens Einwilligung darauf geliehen hätte. Hierzu wollen sich aber Klägere nicht verstehen. Und sie sind anfänglich so glücklich, daß der Richter erster Instanz vor sie dahin erkennt, daß Beklagter ihnen die Wiese unentgeltlich abzutreten schuldig. Der Entscheidungsgrund ist hauptsächlich, theils, weil der Oberlehnherr, der Churfürst zu Hannover, in die antichretische Verpfändung nicht gewilliget, theils, weil sie von dem Afterslehnherrn, Werner von Iten, nicht abstammten, und also die von demselben geschehene Einwilligung sich gefallen zu lassen, nicht verbunden wären. Allein dem Beklagten glückt es, auf eine wider jenen Ausspruch erhobene Appellation, eine reformatorische Appellations Sentenz dahin zu erlangen, daß er nur gegen Erstattung des Pfandschillings, die quästionirte Wiese den Klägern abzutreten schuldig. Mit diesem Erkenntnis sind Klägere nicht zu frieden. Es wird von ihnen darwider eine Supplication eingewand; allein der hiesige Schöppenstuhl, an welchen die Acten gelangen, bestätigt die vorhin gedachte Appellations Sentenz.

Mein Vater, welcher das Urtheil auszuarbeiten gehabt, führt in den demselben beygefügeten Entscheidungsgründen hauptsächlich bey der Zahl 5 und 6. zur Ursache an, daß die jetzigen Herrn von Ziten und deren Vorfahren von Zeit der ihnen bereits vor hundert Jahren angefallenen Lehnsuccession, ihres Rechtes, die beregte Wiese ohne Ersatz des Pfandschillings rei vindicatione vtili von deren Pfandbesitzer zu revociren, sich nicht bedienet haben, — — binnen dreysig oder vierzig Jahren aber alle Klagen dergestalt erlöschten, daß den Klägern wider diese Verjährung, auch selbst nach den Lehnrechten, keine Unwissenheit zu statten kommt; — — Dem zu Folge auch Klägere, obgleich weder die jetzigen Herrn von Ziten, noch ihre Vorfahren, das Geld auf die Wiese erborget, oder darein gewilliget, aus dem Grunde, weil sie sich an dem Rechte, die Wiese ohne Wiedereinlösung zu vindiciren, bey dem Ablaufe einer so großen Zeit verschwiegen, unmittelbar aus den Gesetzen der Verjährung zur Erstattung des Pfandschillings verbunden sind, wenn sie — —

Offenbar ist hieraus abzunehmen, daß die hier gedachte Verjährung nicht die erwerbende (praescriptio acquisitiua), sondern verfallende Verjährung (praescriptio extinctiua) ist. Ich ersuche meine Leser diesen Umstand in Gedanken zu behalten.

Diese Rechtsbegebenheit hat meinen Vater veranlasset, darüber eine besondere Abhandlung zu schreiben, welche in seinen öffentlichen Rechtssprüchen die LXVIII ausmacht. Sie hat die Ueberschrift: Die ohne Einwilligung des Lehnherrns von dem Lehnmanne geschehene antichretische Verpfändung des Lehnnes ist nicht ungültig, und giebet dem Pfandgläubiger auch wider denjenigen, welcher in selbige zwar nicht gewilliget, jedoch von Zeit der ihm angefallenen Succession binnen dreysig Jahren solche nicht angefochten hat, ein Recht, ihm das verpfändete Lehn
nicht

nicht anders, als gegen Erstattung des Pfandschillings, abzutreten.

In dem §. 7. dieser eben erwähnten Abhandlung ist angeführet worden, daß der Pfandgläubiger durch solchen langwierigen geruhigen Besitz auch wider den Lehnherren, von Zeit des ihm eröffneten Lehnens, in gleichen wider die Agnaten und Mitbelehnten, von Zeit der ihnen angefallenen Lehnsfolge, sie mögen um die Verpfändung gewußt, oder nicht gewußt haben, das Pfandrechte mittelst dieser Verjährung sich erworben habe. Daß er ihnen also dieses verpfändete Lehn anders nicht, als gegen Erstattung des Pfandschillings heraus zu geben braucht. Denn da ist ihr Stillschweigen, daß sie sich während einer so großen Reihe von Jahren um ihr Recht nicht bekümmert, sondern dem Gläubiger das Lehn pfandweise gelassen haben, statt ihrer Einwilligung in das Pfandrechte anzunehmen; daß er also auch wider sie, bis zu seiner Befriedigung nunmehr an dem Lehne die Retention ausüben kann.

Mein Vater ist also der Meynung, daß das Pfandrechte sich auch mittelst der Verjährung erwerben lasse.

Dieser Satz hat den Herrn Doctor Jo. Baptist Bernard Wankel veranlaßt, seine mit rühmlichen Fleiß gefertigte inaugural Dissertation *de pignore usucapto*, zu Gießen, im Jahr 1786, einer öffentlichen Prüfung zu unterwerfen, und darinne von meines Vaters Meynung abzuweichen; also sich auf die Seite derjenigen zu wenden, welche jenen Satz obgedachtermassen ehemals verneinet haben. Unter den Worten: *pignus usucapum*, versteht der Hr. Verfasser, Inhalts des S. V, ein Pfandrechte, welches auf Seiten des Gläubigers durch eine *usucapion* oder erwerbende Verjährung errichtet und erlangt worden. Das Pfandrechte muß aber ein solches seyn, wobey der Gläubiger die Sache zugleich in Besitz hat. Dahero er in dem S. VI. und VII.

die Hypothek, wobey der Gläubiger weder die Sache, noch einen Besitz überkommen, mit Recht davon ausschließet.

In dem §. XX. führt er die Gründe an, aus welchen er, daß es ein usucapirtes Pfandrecht gebe, verneinet. Und sucht sodann in §. XXI. die Gründe, aus welchen obiger Rechtsfall in dem Senaischen Urtheil entschieden worden, zu bestreiten.

Er findet kein Bedenken, der Entscheidung und Sentenz selbst beyzupflichten, jedoch blos aus dem Grunde der vertilgenden Verjährung. Hält aber dafür, daß mein Vater die erwerbende Verjährung des Pfandrechtes mit keinen tüchtigen Gründen bestätigt hätte.

Hierbey kommt wohl ein Mißverstand vor. Denn die Entscheidung und Sentenz selbst ist, wie ich bereits oben bemerkt habe, nur von der vertilgenden Verjährung hergenommen worden. Ob aber die bey solcher Gelegenheit in der vorausgesetzten Abhandlung von meinem Vater geäußerte Meynung, daß das Pfandrecht in dem bestimmten Fall auch mittelst einer erwerbenden Verjährung von dem Gläubiger erlangt werden können, sich rechtfertigen lasse, selbiges bedarf erst eine genauere Untersuchung. Denn mein Vater hat bey der gedachten Abhandlung die Frage: ob das Pfandrecht sich auch durch eine Verjährung erwerben lasse? in eine vollständige Erwägung zu ziehen, gar nicht zur Absicht gehabt, sondern die Abhandlung betrifft, wie deren Inhalt besaget, hauptsächlich nur die hypothetische Gültigkeit der ohne Einwilligung des Lehns herrns, der Lehnsagnaten und Mitbelehnten, von dem Lehmann geschenehen antichretischen Verpfändung des Lehnens. Jener erwerbenden Verjährung hingegen, wird nur allein in dem §. 5. der Abhandlung mit den wenigen Worten gedacht, daß der Pfandgläubiger durch solchen langwierigen geruhigen Besitz das Pfandrecht mittelst dieser Verjährung sich erworben. Willkommen ist mir,

es

es aber, daß der Hr. Verf. gedachter Dissertation durch seinen Widerspruch Gelegenheit gegeben, jene Frage nunmehr in gegenwärtiger Schrift genau zu erörtern, und, daß selbige mehr zubejahen, als zu verneinen sey, in ein helleres Licht zu setzen. Ich werde erstlich meine Bejahungsgründe vortragen, sodann die sämtlichen Verneinungsgründe des Herrn Gegners einzeln anzeigen, und diese mit aller Bescheidenheit widerlegend beantworten, ohne irgend ein anzüglisches oder unhöfliches Wort dabey mit einfließen zu lassen. Denn die Achtung und Liebe, womit ich dem Hr. Verfasser oberwähnter Dissertation ergehen bin, ist zu groß, als daß ich solche durch Hadersucht und Unglimpf, womit sich ohnehin nur ungesittete Gelehrte auszeichnen, auf irgend eine Art mir selbst zu entziehen fähig seyn sollte. Geschrieben zu Jena den 18ten May 1787.



Von

B o n

dem Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung.

§. I.

Bedeutung des Wortes Verpfänden; daß dieses sowohl durch eigene, als fremde Sachen geschehen könne; und zwar überhaupt mit gedoppelter Verbindlichkeit.

Durch das Wort verpfänden wird in der genauesten Bedeutung angezeigt, dem Gläubiger eine Sache aus der Absicht in Besitz geben, daß er an selbiger, zur Sicherheit seiner Forderung, ein dingliches Recht haben solle g). Um diese Absicht zu erreichen, pflegt man dabey insgemein zum Verpfänden nicht eine fremde, sondern eine eigene Sache zu gebrauchen. Jene ist, welche dem Verpfänder zugehört; diese aber, welche ihm nicht zuständig ist. Wobey wir jedoch nicht unbeobachtet lassen, daß die Gesetze den Verkauf mit der Verpfändung in eine Vergleichung stellen. Nämlich, gleich wie eine Sache, welche dem Handel und Gewerbe nicht entzogen worden, verkauft werden kann h), sie mag dem Verkäufer zu eigen, oder nicht zu eigen zugehören, sondern fremd seyn i); eben so ist es auch den Gesetzen nicht schlechterdings zuwider, dergleichen Sache k), ob sie gleich fremd ist l), jemanden zum Pfande

g) Im lateinischen wird dieses Verpfänden mit dem Worte pignorarare zu erkennen gegeben. l. 5. D. pro emtore. l. 4. §. 21. D. de usurpat. et usucap.

h) l. 34. §. 1. D. de contrab. emt.

i) l. 28. D. de contr. emt. daselbst sagt VLPPIANVS: Rem alienam distrabere quem posse, nulla dubitatio est; sed res emtori auferri potest.

k) l. 1. §. 2. D. quae res pign. hier spricht MARCIANVS: Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium eius non est, iure pignoris accipere non potest.

l) l. 41. D. de pignorat. act. woselbst PAVLVS: Rem alienam pignori dedisti: deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creatori. l. 20. pr. D.

pfande einzusetzen m). Ein jegliches geschieht jedoch, wie leicht zu erach-
 ten, mit ganz verschiedener rechtlichen Wirkung. Welche in den folgen-
 den Absätzen näher entwickelt werden soll. Hier bemerken wir nur zum
 voraus, daß überhaupt mit jeder Verpfändung eine gedoppelte Verbind-
 lichkeit vereinigt ist, nämlich eine auf Seiten des Pfandgebers, und ei-
 ne auf Seiten des Pfandgläubigers. Auf Seiten des Pfandgebers,
 die verpfändeten Sachen nicht eher zurückfordern zu können, als bis die
 Schuld, weshalb die Verpfändung geschehen, getilget worden. Welche
 Verbindlichkeit bey einer fremden Sache auch der Herr derselben über-
 nimmt, wenn er geschehen läßt, daß seine Sache von dem Schuldner
 dem Gläubiger verpfändet wird. Hingegen auf Seiten des Pfand-
 gläubigers entstehet durch die Verpfändung die Verbindlichkeit,
 die verpfändete Sache, nach seiner Befriedigung, wieder zurück zu
 geben n).

§. 2.

Von der Verpfändung einer dem Schuldner zugehörigen Sache.

Hat der Schuldner seine eigene Sache verpfändet, so erlanget der
 Gläubiger daran zu seiner Sicherheit zwar ein dingliches Recht (§. 1.),
 allein sie darf dem ungeachtet nachhero ohne des Schuldners Vorwissen
 nicht verkauft werden o). Ist es aber gleichwol ohne sein Vorwissen ge-
 schehen,

pr. D. eod. spricht ebenderselbe: *Aliena res pignori dari voluntate domini potest: sed et si ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit. l. 16. §. 7. D. de pignor. in welchem MARCIANVS: Aliena res utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit.*

m) l. 9. §. 1. D. de pignor. hier spricht GAIUS überhaupt: *quod emptio- nem venditionem recipit, etiam pignora-*

tionem recipere potest. Obgleich das Verboth des Kaufs einer sonst im Han- del stehenden Sache, nicht allezeit zugleich ein Verboth des Empfanges derselben zum Pfande mit unter sich begreift; indem letzteres weniger als das erste ausmacht. l. 24. D. de pignor.

n) §. fin. I. quib. mod. re contrab.

o) l. 4. C. de distract. pignor. LEX- SER spec. 232. med. I. 2. 3. 4.

B

sehen, so kann er, als Herr der Sache, diese von dem Käufer zwar vindiciren, jedoch muß er demselben so viel, als das Geld beträgt, welches er von dem Verkäufer, als seinem Gläubiger, vorhero darauf erborget, und der Käufer demselben durch den Kaufschilling bezahlt gehabt, ersetzen. Weshalb der Käufer einstweilen wider den Schuldner das Retentionsrecht ausüben kann *p*).

§. 3.

Von der Verpfändung einer dem Schuldner nicht zugehörigen Sache, in Beziehung auf ihn und seinen Gläubiger.

Wenn hingegen der Schuldner eine ihm nicht zugehörige, mithin eine fremde Sache, seinem Gläubiger pfandweise eingiebet, so scheint dieses dem ersten Anblick nach, weil man mit fremden Gütern zu schalten keine Macht hat, eine vergebliche Handlung zu seyn; allein dafür ist es nicht zu halten (s. 1.). Man hat zuvor die verschiedenen Personen, so dabey eintreten, nämlich den Schuldner und Gläubiger, sodann den Eigenthümer der verpfändeten Sache, in genauere Erwägung zu ziehen. Zwischen dem Schuldner und Gläubiger ist dieses Unternehmen von keiner unverbindlichen Rechtskraft *q*). Denn der Schuldner erhält dadurch gegen seinen Gläubiger sowohl ein Recht, als eine Verbindlichkeit. Ein Recht, daß er das Pfand, obes gleich in einer fremden Sache bestehet, von dem Gläubiger, nach dessen Befriedigung, mit der Pfandcontractsklage (*actio pignoratitia directa*) zurückfordern kann *r*); weil die Einrede des Gläubigers, daß das Pfand eine fremde Sache sey, nicht sein, sondern eines dritten Recht betrifft, und ihm, vermöge des Pfandcontract's, nach seiner Befriedigung, dem Schuldner das Pfand zurück

p) l. 65. pr. D. de rei vindic.

q) Siehe l. 12. §. 1. D. de distract. pignor. Westphal vom Pfandrecht,

§. 15. Not. 30. und §. 109. u. f.

r) l. 9. §. 4. D. de pignorat. act.

zurückzugeben, obliegt. Hingegen ist der Gläubiger noch nicht befriediget, und selbiger hat, daß ihm eine fremde Sache verpfändet worden, nicht gewußt, so entstehet auf Seiten des Schuldners die Verbindlichkeit, daß er seinem Gläubiger, statt der fremden, eine andere zur Sicherheit dienende Sache verpfände; er mag, daß es eine fremde Sache sey, wohl gewußt, oder dieserhalb mit dem Gläubiger in einer gleichen Unwissenheit sich befunden haben *s*). Es ist deshalb dem Gläubiger die Pfandcontract's Gegenklage (*actio pignoratitia contraria*) zuständig *t*). Wovon der Schuldner damit, daß er in guten Vermögens Umständen stehe, sich nicht befreyen mag *u*); weil ihn der Gläubiger gleich anfänglich, vermöge des Pfandcontract's, ohne einem handhabenden Pfande zu keinen Schuldner annehmen wollen. Wie denn auch der Schuldner damit, daß dem Gläubiger die Sache von ihrem Herrn noch nicht in Anspruch genommen worden, sich nicht behelfen kann. Denn, so bald der Gläubiger darzuthun vermag, daß die Sache, welche der Schuldner ihm verpfändet hat, eine fremde Sache ist, so giebt sie ihm nicht die beabsichtigte Sicherheit; und die Gesetze setzen ihm nicht auf, daß er erst eine Eviction abwarten müsse *x*). Hingegen hätte sich der Gläubiger wissentlich eine fremde Sache von dem Schuldner verpfänden lassen, so kann er nachher diesen auf die Einsetzung eines sicherern Pfandes mit der Pfandcontract'sgegenklage nicht in Anspruch nehmen *y*). Denn was einmal mit unserer Zufriedenheit geschehen, dürfen wir nachhero nicht anfechten.

S. 4.

Von der Verpfändung einer dem Schuldner nicht zugehörigen Sache, in Beziehung auf den Eigenthümer der Sache.

Betrachtet man aber die Verpfändung einer fremden Sache in Ansehung des Eigenthümers derselben (S. 3.); so sind dabey zwey

B 2

Haupt

s) l. 16. §. 1. D. de pigner. act.

t) l. 16. §. 1. D. l. 9. pr. D. eod.

u) l. 32. D. eod.

x) BACHOV in tract. de pignoribus, lib. 2. cap. 3.

y) l. 16. §. 1. D. de pigner. act.

Hauptfälle zu unterscheiden; ob nämlich die Verpfändung mit seinem Wissen und Willen, oder ohne selbigen geschehen. Beyde Fälle sind, ihrer verschiedenen rechtlichen Wirkung halber, von ein ander abgesondert, in eine nähere Beurtheilung zu ziehen. Welches nun in folgenden Absätzen bewerkstelliget werden soll.

§. 5.

Von der Verpfändung einer fremden Sache, wann solche mit Wissen und ausdrücklichen Willen ihres Eigenthümers geschehen ist.

Bei dem ersten Fall, da nämlich die Verpfändung der fremden Sache mit Wissen und Willen ihres Eigenthümers unternommen worden (§. 4.), kann dieser Wille entweder in einer wahren, oder auch verstellten Einwilligung bestehen. Hat selbiger in einer wahren Einwilligung bestanden, daß nämlich der Schuldner die fremde Sache wirklich mit Zufriedenheit ihres Eigenthümers dem Gläubiger zur Sicherheit dessen Forderung zum Pfande eingesetzt hat; so haftet der Eigenthümer, er mag seine Einwilligung mit Worten ausdrücklich, oder sonst auf andere Art, stillschweigend zu erkennen gegeben haben ²⁾. Denn da ist seine wahre Einwilligung als seine eigene verbindliche That anzusehen, wodurch er sich dem Gläubiger verpflichtet, und diesem die Sache für die Verbindlichkeit des Schuldners gleichsam verpfändet hat. Weßhalb er nun dereinstens die Schuld, wenn der Schuldner selbige zu bezahlen nicht vermag, entweder statt des Schuldners entrichten, und damit das Pfand eintösen, oder, daß der Gläubiger das Pfand geschmäßig veräußere, und sich davon bezahlt mache, geschehen lassen muß (§. 1. a).

§. 6.

²⁾ l. 41 in fin D. de pigner. act.

a) l. 27. D. de pigner. act.

S. 6.

Von der Verpfändung einer fremden Sache, wann solche mit Wissen und stillschweigenden Willen ihres Eigenthümers geschehen ist.

Die wahre Einwilligung des Pfandherrns in die Verpfändung seiner Sache, welche der Schuldner damit unternimmt, kann auch stillschweigend vorhanden seyn (S. 5.). Dieses läffet sich alsdenn behaupten, wann er, bey ermangelnder ausdrücklichen Willenserklärung, so etwas unternommen, oder unterlassen, woraus seine Einwilligung mit moralischer Gewisheit gefolgert werden kann. Zum Beyspiel, es fehlt in einer Haushaltung an Gelde. Der Mann will selbige gleichwohl nach wie vor, ohne Abkürzung fortgesetzt haben. Seine Frau macht deshalb Schulden und versetzt dafür etwas von seinen Sachen, um darauf Geld geliehen zu bekommen. Er weiß solches, und widerspricht diesem Verfaße nicht, so hat er dadurch stillschweigend in selbigen gewilliget, und er haftet, wie bey der ausdrücklichen Einwilligung (S. 5.) b). Denn jeder vernünftiger Mensch pflegt, wann etwas wider seinen Willen geschiehet, nicht zu schweigen, sondern zu widersprechen; und, im Gegentheil, wann es, bey seinem Wissen und Vermögen zu widersprechen, nicht wider seinen Willen geschiehet, seine Zufriedenheit durch ein Stillschweigen zu erkennen zugeben. Und kommt daher das Sprüchwort: Schweigst du still, so ist's dein Will.

S. 7.

Fernere Erläuterung eines stillschweigenden Willens bey dermaliger Sache.

Zur stillschweigenden Einwilligung rechne ich auch, wann jemand einem dritten seine Geschäfte aufs beste zu besorgen aufgetragen hat. Nun

B 3

eräu

b) Vermöge eines Gegenschlusses aus den Worten: *praeiudicium possessioni, dem l. 8. C. si alien. res pign. dat. in inuito, vel inscio domino imponi non posse.*

eräugenet sich der Fall, daß der Geschäftsträger daß beste füglich nicht anders, als durch Aufborgung eines Capitals befördern kann. Niemand will ihm aber ohne Pfand etwas borgen. Er siehet sich also veranlassen, eine Sache seines Geschäftsgebers zu verpfänden. Worauf er denn auch daß ihm dargeliehene Geld zu dessen Nutzen verwendet. Hier muß sich der Geschäftsgeber, als der Herr der verpfändeten Sache, die Verpfändung, ob gleich selbige ohne seine ausdrückliche Einwilligung geschehen, gefallen lassen, und der Gläubiger braucht ihm das Pfand nicht eher wieder herauszugeben, als bis er demselben das darauf geliehene Geld wieder bezahlet hat *c*). Denn wer die Beförderung eines Endzweckes verlangt, der williget hiedurch auch in die Mittel, ohne welchen der Entzweck nicht erreicht werden kann. Er würde sich auch ohnedem in dem vorliegenden Fall mit des Gläubigers Schaden bereichern wollen. Welches die Gesetze aber niemanden gestatten *d*).

§. 8.

Von der Verpfändung einer fremden Sache, wann solche nicht mit wahrer, sondern verstellter Einwilligung ihres Eigenthümers geschehen ist.

Bisher habe ich die Verpfändung einer fremden Sache betrachtet, wann solche mit wahrer Einwilligung ihres Eigenthümers, entweder ausdrücklich, oder stillschweigend, unternommen worden ist. Gesezt nun aber, daß die Einwilligung des Eigenthümers in die Verpfändung nur verstellter Weise vorhanden wäre (§. 5.); als, er hat geschehen lassen, daß der Verpfänder, um den Gläubiger sicher zu machen und zu hintergehen, die Sache gleichsam als die seinige verpfändet hat. Da darf ihm diese betrügerische Verstellung gegen den unwissenden Gläubiger zu keinem Behuf dienen, sondern er ist demselben eben so verbind-

c) l. 1. C. si aliena res pign. dat. sit.

d) l. 206. D. de reg. iur.

verbindlich, als wenn er wirklich eingewilliget hätte e). Es haftet wegen einer solchen Dissimulation auch so gar eine Ehefrau, welche gestattet, daß ihr Mann ihre Sache gleichsam als die seinige verpfänder hat f). Denn es darf niemanden seine Arglist zum Schaden eines andern erreichen g), und die Rechte sind nicht der Berrügerey, sondern nur der Schwachheit der Weibespersonen zu Hülfe gekommen h).

§. 9.

Von der Verpfändung einer fremden Sache, welche zwar anfänglich ohne Wissen und Willen des Eigenthums unternommen, nachhero aber von ihm genehmiget worden ist.

Bei dem zweyten Fall, da nämlich die Verpfändung der fremden Sache ohne Wissen und Willen des Eigenthümers unternommen worden (§. 4.), hat man zu erwägen, ob dieser die Verpfändung etwa nach der Zeit genehmiget hat, oder ob dieses nicht geschehen ist. Im ersten Fall ist die nachherige Genehmigung, der rechtlichen Wirkung nach, eben so gut, als wenn er gleich anfänglich seine wahre Einwilligung in die Verpfändung gegeben hätte i). Es mag die Genehmigung oder Ratihabition ausdrücklich, oder stillschweigend geschehen seyn. Denn die

e) l. 2. C. si alien. res pign. Ein ausführliches Beispiel wird von dieser Sache angetroffen in 10. IVST. RAVENSBERG diff. de pignore in re aliena constituto, §. XVI.

f) l. 5. C. ad Sc. Vellej.

g) l. 51. pr. D. de re iud.

h) l. 2. §. 3. D. l. 5. C. ad Sc. Vellej.

i) PAVLVS l. 20. pr. D. de pigner. act. spricht: Aliena res pignori dari voluntate domini potest: sed et si ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus

valebit. Ingleichen MARCIANVS l. 16. §. 1. D. de pignor. et hypoth. sagt: Si, nesciente domino, res eius hypothecae data sit, deinde postea dominus ratum habuerit, dicendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, voluisse eum retro recurrere ad illud tempus, quo convenit. Und in l. ult. pr. C. ad Sc. Maced. spricht IVSTINIANVS: Cum nostra nouella lege generabiter omnis ratihabito prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subssecuta sunt.

Die Genehmigung ist nichts anders, als eine Einwilligung in eines andern seine geschehene That. So wie demnach eine wahre Einwilligung mit Worten ausdrücklich, oder auf andere Art stillschweigend zu erkennen gegeben werden kann, also läßt sich auch auf gleiche Art die Genehmigung bewerkstelligen. Und da hierbey die Gesetze keinen Unterschied der Genehmigung machen, und die stillschweigende Genehmigung nicht ausschließen, so sind auch unter der Ratihabition beyde Arten, sowohl die ausdrückliche, als stillschweigende, begriffen *k*). Dahero bey der sowohl ausdrücklichen, als stillschweigenden, Genehmigung eben dasjenige, was oben in fünften und folgenden Absätze von der wahren Einwilligung des Eigenthümers vorgetragen worden, zur Anwendung zu bringen ist. Gesetzt also, zum Beispiel, es ist eine fremde Sache, die ein Schuldner nur in Niesbrauch hat, ohne Wissen und Einwilligung ihres Eigenthümers verpfändet worden. Nach der Zeit erfährt der Schuldner, daß er die Sache der Proprietät nach, nicht verpfänden können *l*). Sein Gläubiger dringt auf bessere Sicherheit (§. 3.). Dieses bewegt den Schuldner, welcher mit dem Eigenthümer in genauer Freundschaft stehet, diesem von der geschehenen Verpfändung Nachricht zu geben, mit der Bitte darüber nicht unzufrieden zu seyn, weil er solche bald wiederum einzulösen gedächte. Er habe dahero, wegen seiner gegen ihn hegenden Freundschaft, das Vertrauen, daß er dieser Verpfändung nicht widersprechen, und selbige wenigstens durch sein Stillschweigen genehmigen werde. Der Eigenthümer erhält diese Nachricht, und antwortet nicht, ob er es gleich ungehindert thun könnte. Was folgt daraus? ohne Zweifel dieses, daß nunmehr der Schuldner und Gläubiger billig dafür halten können, daß er die Verpfändung stillschweigend genehmiget habe (§. 6.).

§. 10.

k) l. 2. pr. D. de pactis.*l*) l. 6. C. de usufr.

§. 10.

Solgerungsätze aus demjenigen, so bishero abgehandelt worden ist.

Aus der vorhergehenden Abhandlung ergiebet sich also, daß ein Pfandrecht schon ohne Verjährung auf eine fremde Sache erworben werden könne,

erstlich, wenn deren Verpfändung gleich anfänglich mit Wissen und wahrer, entweder ausdrücklichen, oder stillschweigenden, Einwilligung ihres Herrn geschehen ist (§. 5.);

zweytens, wenn der Herr der Sache in deren Verpfändung nur auf verstellte Weise, zu Hintergehung des Gläubigers, gewilliget hat (§. 8.);

drittens, wenn der Herr der Sache die ohne sein Wissen und Willen geschehene Verpfändung nach der Zeit ausdrücklich, oder stillschweigend genehmiget hat (§. 9.).

§. 11.

Von der Verpfändung einer fremden Sache, welche ohne Wissen und Willen des Eigenthümers geschehen, und die er auch nachhero nicht genehmiget hat.

Ist hingegen die Verpfändung der fremden Sache ohne Wissen und Willen ihres Herrn geschehen (§. 4.), und daß er auch selbige nachhero weder ausdrücklich, noch stillschweigend, genehmiget hat (§. 9.), so lehret schon die Vernunft, daß der Schuldner durch die Verpfändung der fremden Sache auf den Gläubiger kein Pfandrecht bringen mögen. Denn ohne mein Zuthun kann dasjenige, was mein ist, mein zu seyn nicht aufhören, und niemand kann ohne mich darüber disponiren, und dasselbe irgend womit beschweren. Wie denn
 auch

auch niemand dasjenige, so er selbst nicht hat, auf einen Andern zu bringen vermögend ist.

Aus welchen Gründen denn auch die Verpfändung einer fremden Sache in dem ganzen *lib. VIII. tit. XVI. C. si aliena res pignori data sit*, insbesondere in dessen sechsten Gesetze, in Ansehung des Herrns der Sache für ungültig erklärt wird. Denn es ist darinne von den Kaysern *Diocletian* und *Maximian* folgende Verordnung enthalten. „Wenn eine Mutter ihren Söhnen ein Gut geschenkt hat, und sie giebt selbiges ihrem Gläubiger zum Pfande, so macht sie sich dadurch vielmehr diesem *contrario pignoraticio iudicio* (das ist, *actione pigneraticia contraria*) verbindlich *m*), als daß sie damit den Herrn des Gutes (das ist, ihren Söhnen, welche durch die Schenkung das Eigenthum an dem Gute erlangt haben,) etwas schaden sollte. Dieses ergebe sich auch offenbar aus den Wirkungen der dinglichen Pfandklage (*Serviana actio*), daß selbige wegen eines Pfandrechtes auf der Sache nicht angestellt werden könne, woferne diese nicht unter des Verpfänders Vermögen gewesen; massen es mehr denn zu gewiß, daß von einem andern eine fremde Sache wider Willen ihres Herrn nicht verpfändet werden könne.“

Ich frage, warum ist dieses denn mehr als zu gewiß? Ohne Zweifel um deswillen, weil sich selbiges durch obige Vernunftsgründe schon ganz begreiflich aus dem Rechte der Natur veroffenbaret, und es dahero nicht erst durch bürgerliche Gesetze zur Gewißheit gebracht zu werden braucht. Ja, dieses ist auch schon vormals durch das Ansehen der Rechtsgelehrten sowohl, als durch die Gesetze selbst für gewiß erklärt worden *n*).

S. 12.

m) Siehe den §. 3. gegenwärtiger Abhandlung.

n) *l. 8. C. si aliena res pign. data sit.*
Wo der Kayser *HONORIVS* UND *TREO-*

POSIVS wegen dergleichen Verpfändung zu erkennen geben: *præiudicium possessioni, invito vel incito domino imponi non posse, et iure, et legum auctoritatibus*

§. 12.

Rechtliche Gründe, aus welchen die Verpfändung einer fremden Sache, in welche ihr Herr auf keine Weise gewilliget hat, amnoch gültig werden kann.

Ob nun schon ein Schuldner durch die Verpfändung einer fremden Sache, in welche ihr Herr weder vorhero, noch nachhero gewilliget hat, allbereits nach dem natürlichen durch die Civilgesetze gebilligten Rechte, kein Pfandrecht auf den Gläubiger zu bringen vermag (S. 11.), so giebt es doch Fälle, in welchen dergleichen ohne Wissen und Willen des Herrns geschehene Verpfändung nach der Zeit aus einem rechtlichen Grunde gültig werden kann.

Erstlich ist dahin zu zählen, wenn der Schuldner die fremde Sache, nach geschehener Verpfändung zu eigen erhält. Dieses kann sich auf mancherley Art zutragen. Zum ersten, wenn ihm der Herr der Sache diese, nach der Zeit, aus einer Ursache, mittelst welcher sonst den Rechten nach, das Eigenthum auf den andern gebracht werden kann, zum Beyspiel, durch Verkauf, Schenkung u. s. w. zu eigen überläßt o); weil dadurch, das der Schuldner die Sache nach der Zeit zu eigen erhält, der Grund wegfällt, weshalb anfänglich die Verpfändung ungültig unternommen worden. Eben dieses läßt sich auch, zum zweyten, anwenden, wenn der Schuldner aus dergleichen gerechten Titul die fremde Sache zwar nicht von ihrem Herrn, jedoch von einem drit-

C 2

ten,

ritatibus declaratur. Oder, wie im *Cod. Theodos. l. 2. de pignor.* steht: *et iuris et legum auctoritatibus decantatur.*

o) l. 5. C. *si res aliena res pign. dat.* wo es heißt: *Cum res, quae necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pigno-*

re non competere, manifestum est (weil nach der Strenge der Rechte, dasjenige, was gleich anfänglich ungültig geschehen, nach der Zeit nicht gültig werden kann); sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae (i. e. hypothecariae) detur.

ten, mit gutem Glauben schon vor der Verpfändung erlangt, und die Verjährungszeit hindurch theils selbst, theils durch den Pfandgläubiger *p*), ohne allen Widerspruch des Herrns besessen; und also durch die *usucapion* daran das Eigenthum erlangt hat *q*). Denn da hat der vormalige Herr der Sache hiedurch sein Eigenthum an selbiger verlohren, daß ihm also nunmehr kein weiters Recht daran zustehet, aus welchem er die Verpfändung anzufechten vermag. Zum dritten, wenn der Schuldner, nach der geschehenen Verpfändung der fremden Sache, ihres Herrns Erbe wird *r*). Aus eben der obigen Ursache, zumal da auch, die Verpfändung in Ansehung des Schuldners betrachtet, dieser seine eigene That nicht anfechten darf, und dem Gläubiger die Tüchtigkeit des Pfandes schon vorher zu gewähren gehabt hat (§. 3.).

Zweytens gehört hieher, wenn, nach geschehener Verpfändung der fremden Sache, deren Herr, des Schuldners Erbe wird, der selbige ohne sein Wissen und Willen verpfändet hat *s*); weil er sodann zwar nicht als Herr der Sache, jedoch als Erbe des verstorbenen Schuldners, wodurch er an dessen Stelle tritt, auch dessen Handlungen nicht umstossen darf, sondern vielmehr aufrecht erhalten muß *t*).

Drits

p) l. 16. D. de usurp. et usuc. l. 7. §. 2. C. de praescript. trig. vel quadr. ann.

q) l. 18. l. 21. §. 1. D. de pignor. l. 33. §. 4. D. de usurp. et usuc. LAV-TERBACH in coll. pract. lib. 20. tit. 3. §. 3.

r) PAVLVS in l. 41. D. de pignor. act.

s) MODESTINVS in l. 22. D. de pignor. Des MODESTINI Vorgänger ist der zuvor gedachte PAVLVS, nebst dem VLPIANVS gewesen. Welche er in dem l. 13. §. 2. D. de excusat. coryphaeos legum prudentum nennet, so wie er selbst von dem VLPIANVS in dem l. 52. §. 20. D. de furt. studiosus suus ge-

nennt wird. Ob nun zwar zuvor erwähnter PAVLVS, als ein strenger und die Epijsündigkeiten des Rechts liebender Jurist, in dem l. 41. D. de pignor. act. anderer Meinung ist, so hat jedoch seines Schülers, des billiger denkenden MODESTINI, Lehre mehrern Beyfall gefunden. CVIACIVS in obseruat. lib. 18. cap. 26. Er hat bis zu den Zeiten des Kaylers GORDIAN gelebt. Von welchem er in l. 5. C. ad exhib. ein iuris. consultus non contemnendae auctoritatis genannt wird.

t) WERNHER in sel. obs. for. part. 8. obs. 251.

Drittens ist hieher zu rechnen, wenn derjenige, welcher die Verpfändung der fremden Sache ohne ihres Herrn Wissen und Willen vorgenommen, solche von diesem vorhero pfandweise einbezogen, und selbige weiter seinem Gläubiger zum Pfande eingesetzt hat. Dieses bestehet und ist so lange von Dauer, als der Herr der Sache seinen Gläubiger nicht befriediget, dem er selbst solche verpfändet hat *u*). So bald diese Befriedigung aber geschehen, so hört des zweiten Gläubigers Pfandrecht auf, daß er deshalb wider den Herrn der Sache, weder die hypothekarische Klage anstellen, noch ein Zurückhaltungsrecht ausüben kann *x*). Denn dem Herrn der Sache zum Nachtheil hat dessen Gläubiger ohne seine Einwilligung das Pfand nicht weiter verpfänden können (s. 1.). Weshalb denn auch die Fortwahrung des Pfandrechtes, welches der zweyte Gläubiger von dem ersten Gläubiger überkommen, in Ansehung des Herrn der Sache, blos von der Dauer des Pfandrechtes des ersten Gläubigers abhänget. Wenn also dieses ersten Gläubigers sein Pfandrecht sich endiget, als welches durch die Aufhebung seiner Forderung geschieht, so nimmt auch damit seines Gläubigers, als des so genannten zweyten Gläubigers, Pfandrecht, in Hinsicht auf den Herrn der Sache, ein Ende. Es tritt sodann auch hier die gemeine Rechtsregel ein: das Recht des Empfangers erlöschet mit dem Rechte des Gebers. Und dieses macht uns begreiflich, warum der zweyte Pfandgläubiger, wenn er von dem Herrn der verpfändeten

C 3

u) l. 1. C. si pignus pignori datum sit. Dasselbst ordnet der Kayser GORDIAN: Etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse, iam dudum placuit: scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui ius repraesentat (nimirum iudex), habeatur, quamdiu in causa pignoris manet eius, qui dedit.

x) PAPINIANVS in l. 40. §. 2. D. de pignerat. act. wo es heißt: Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur. Und daher sagt auch MARCIANVS in l. 13. §. 2. D. de pignor. Quod si dominus soluerit pecuniam, pignus quoque perimitur.

deten Sache so viel bekommt, als dieser bey seinem Gläubiger auf das Pfand geborget hat, die Aushändigung des Pfandes demselben nicht verweigern darf y).

§. 13.

Bestimmung der Frage: ob die Verpfändung einer fremden Sache, in welche ihr Herr auf keine Weise gewilliget hat, durch eine erwerbende Verjährung gültig werden könne?

Nun fragt es sich aber: Ob auf eine fremde Sache, welche ohne alle, sowohl vorgängige, als nachfolgende, Einwilligung ihres Herrns, einem Gläubiger pfandweise eingegeben worden, von diesem das Pfandrecht gegen den noch dermaligen Herrn der Sache durch eine Verjährung erworben werden könne? Daß also dasselbe hiedurch auch dergestalt gültig werde, daß der Gläubiger, nach vollbrachter Verjährung, nicht nur wider den noch dermaligen, seines Eigenthums nicht verlustig gewordenen, Herrn der Sache (S. 12.), wenn dieser solche von ihm heraus verlanget, die Retention daran so lange, bis er wegen seiner Forderung, weshalb die Verpfändung geschehen, völlig befriediget worden, ausüben, sondern auch, wann er etwa den Besitz der verpfändeten Sache, nach geendigter Verjährung, vor seiner Befriedigung verlohren, und selbiger an den Herrn der Sache wiederum gelanget ist, gegen diesen die hypothekarische Klage anstellen könne.

§. 14.

Bejahung der zuvor bestimmten Frage. Wobey erstlich von der Verjährung körperlicher Sachen.

Ich finde kein Bedenken die vorliegende Frage zu bejahen, wann die zur erwerbenden Verjährung eines Rechtes erforderlichen Eigenschaften

y) l. 2. C. si pignus pign. data fr.

ten vorhanden sind. Denn schwerlich wird der Satz zu bezweifeln seyn, daß eine Sache, mithin auch ein Recht, der erwerbenden Verjährung unterworfen sey, wenn dabey alles dasjenige, was zu einer erwerbenden Verjährung erforderlich ist, angetroffen wird. Bekanntter massen können selbst die körperlichen Sachen, welche nicht besonders ausgenommen worden, wenn man sie aus gerechten Titul, mit guten Glauben, ohne Widerspruch ihres Herrn eine Zeit lang ununterbrochen besessen, zu eigent erworben werden. Folglich erhält der Präscribent, nach vollbrachter Verjährung, dadurch zugleich auch selbst wider den vormaligen Herrn der Sache, wenn dieser selbige annoch in Anspruch nimmt, nicht nur eine Einrede, sondern er kann selbige auch von ihm, wann er sie nach der Zeit ohngefehr in Besitz bekommen, vindiciren z). Die Zeit ist bey beweglichen Sachen drey Jahr; bey unbeweglichen aber eine lange Zeit, das ist, zehn oder zwanzig Jahr a). Unter die Sachen, welche von dieser Verjährungszeit ausgenommen sind, gehören auch insbesondere die fehlerhaften Sachen (*res vitiosae*), das ist, welche gestohlen, oder geraubet worden, ob man selbige gleich eine lange Zeit hindurch mit gutem Glauben, ohne nämlich zu wissen, daß selbige gestohlen, oder geraubet sind, besessen haben sollte b). Hingegen wenn man dergleichen Sachen auch nur mit gutem Glauben erworben, und die längste Zeit, das ist, dreyßig oder vierzig Jahr, hindurch ohne Widerspruch besessen, und dieselben guten Glauben, nach dem canonischen Recht c), während dieser ganzen Zeit behalten, so hat diese vollbrachte Verjährung auch wider den vormaligen Herrn der Sache, mit der vorigen Verjährung eine gleiche rechtliche Wirkung, daß sie nämlich sowohl zur Einrede, als zur Klage wider ihn dienet d).

Eben

z) l. 8. pr. C. de praeser. trig. vel quadr. annor.

a) Siehe meines Vaters opuscula de praeser. I. §. 20. seqq.

b) §. 2. l. de usucap.

c) cap. fin. X. de praeser. Siehe meines Vaters vorhin gedachte opuscula, und zwar opusc. I. §. 25.

d) l. 8. §. 1. C. de praeser. trig. vel quadr. annor. Wobon in eben den opusculis I. §. 24. seq.

Eben dergleichen Wirkung entsteht, wenn jemand eine fremde Sache, die zwar weder gestohlen, noch geraubet worden, besitzt, selbige jedoch mit Wissen, daß sie ihm nicht zugehöret, und also fremd ist, einem dritten, der sich dabey in guten Glauben befindet, zu eigen überläßt. Da erwirbet sodann der gutgläubige Besitzer die Sache und zwar mit dem Ablaufe der langen Zeit, wann der Herr der Sache um die Verjährung gewußt, und gleichwol so lange darzu stille geschwiegen; oder mit dem Ablauf der längsten Zeit, wann der Herr der Sache um die Verjährung nichts gewußt, und gleichwohl eine so geraume Zeit hindurch sich um selbige nicht bekümmert hat e).

§. 15.

Zweytens, von der Verjährung unkörperlicher Sachen,
oder der Rechte.

So fand man auch ehedem, noch zu des Cicero Zeiten f), kein Bedenken, die Usucapion ebenfalls bey unkörperlichen Sachen, welche in Rechten bestehen, auch so gar bey solchen, wodurch die natürliche Freiheit eingeschränkt wird, nämlich bey Dienstbarkeitesrechten, um diese dadurch zu erwerben, statt finden zu lassen. Und ob zwar nachhero, um die Zeiten des Kayfers Tiberius, das Scribonische Gesetz diesen Erwerb verboth g), so wurde jedoch derselbe bald hernach durch die Billigkeits Liebe der Prätores, mit einer dabey vorgeschriebenen langern Zeit wiederum eingeführet h), und in der Folge von den Kayfern bestä-

e) Nou. ITQ. cap. 7. und Aurb. Malae CVIII. nos.
fidei C. de praescript. longi temp.

f) wie aus dessen Orat. pro A. Caecina, cap. XXVI. abzunehmen. Siehe HEINECCIUS in histor. iur. civ. cum obseruat. RITTER lib. I. cap. III. §.

g) PAVLVS in l. 4. §. ult. D. de usur. pat. et usuc.

h) VLPPIANVS in l. I. §. 9. D. de superfic. und l. IO. pr. et §. I. D. si seruit. vindic.

bestätiget *l*). Welches aus ganz vernünftigen Gründe geschähe, weil nicht nur die Rechte durch die Ausübung besessen werden *k*), sondern auch bey selbigen der Entzweck der Verjährung, um dadurch jedem das seinige in Sicherheit und endlich ausser Streit zu setzen *l*), vollkommen eintritt. Dahero denn auch eine vollbrachte Verjährung demjenigen, was rechtskräftig entschieden, oder verglichen worden, gleich geschähet wird *m*).

§. 16.

Von dem Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung.

Gesetz nun, daß jemand wegen einer Schuld, z. E. wegen erborgter 50 Thaler, eine fremde Sache, z. E. einen ihm in Verwahrung gegebenen, oder geliehenen kostbaren Ring, ohne Wissen und Willen des Herrn, seinem Gläubiger zum Pfande einsetzet; so entstehet die Frage: ob der Gläubiger gegen den Herrn des Pfandes auch ein Pfandrechte durch die Verjährung sich erwerben könne? Daß also der Gläubiger nach verstrichener Verjährungszeit, nicht nur wider den Herrn des Pfandes, der solches unentgeltlich zurückfordern will, mittelst der Einrede des darauf hastenden Pfandschillings, sich schätzen, sondern auch wider eben denselben, falls er von ohngefehr das Pfand, als seine Sache, nach der Zeit in Besitz bekommen haben sollte, mittelst der hypothekarischen Klage, sich helfen könne, daß dieser ihm das Pfand so lange, bis er völlig befriediget worden, wiederum zurückgeben muß.

Ich behaupte dieses, weil selbst das Eigenthum an einer fremden Sache durch die Verjährung erworben werden kann (§. 14.) *n*). Wem aber das

l) *l. i. et 2. C. de seruit. et aqu. l. ult. C. de praeser. longi temp. und l. vn. C. de vsuc. transform.* Siehe angezogenes opusc. I. §. XIV.

k) *l. fin. D. de seruitut.* daselbst spricht IAVOLENVS: Ego puto, vltum

eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse.

l) *pr. l. de vsuc. l. i. D. de vsurp. et vsuc. l. 5. pr. D. pro suo.*

m) *l. i. in fin. D. ad Sci. Tertul.*

n) *pr. l. de vsucap.*

das mehrere zu thun erlaubt ist, dem muß auch das geringere zu un-
 ternehmen verstatet seyn o), zumahl da auch die Verpfändung einer
 fremden vom Handel nicht ausgenommenen Sache, gleich dem Verkauf
 derselben, nicht schlechterdings den Gesetzen zuwider läuft (§. 1.). Ist es nun
 schon erlaubt, sich das Eigenthum auf eine fremde Sache durch die Ver-
 jährung zu erwerben, so muß man auch ein minderes Recht, dergleichen
 das Pfandrecht ist, durch selbige erlangen können. Dieses um so mehr,
 weil hier auch die übrigen Erfordernisse der erwerbenden Verjährung
 ebenfalls Platz greifen.

§. 17.

Von den bey dem Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjäh-
 rung ebenfalls anwendbaren Eigenschaften der Usucapion.

Es ist erstlich, das Pfandrecht unter den Sachen, welche die Ge-
 setze zu usucapiren verbiethen, nicht begriffen. Und eben dadurch, daß
 die Gesetze ein und die andere Sache von der Usucapion ausgenommen,
 haben sie die Zulässigkeit derselben bey andern nicht ausgenommenen Sa-
 chen verstatet. Die Usucapion ist nur bey dem, wobey sie das Gesetz
 verbiethet, unzulässig p). Selbst aber Sachen, welche das Gesetz, ein
 Testament, oder Vertrag zu veräußern verbotnen hat, und worunter
 zugleich das Verboth, selbige zu verpfänden, begriffen ist q), sind so gar
 von dem Erwerb durch die Verjährung der längsten Zeit nicht ausge-
 nommen worden r).

Zweitens, kann der Gläubiger, welcher eine fremde Sache pfands-
 weise einbekommt, dabey in einem guten Glauben sich befinden, daß er
 näm-

o) l. 21. D. de reg. iur.

p) Daher spricht POMPONIVS l. 24.
 pr. D. de usurp. et usuc. Vbi lex inhibet
 usucapionem bona fides possidenti nihil

prodest.

q) l. ult. C. de reb. alien. non alien.

r) l. 8. §. 1. C. de praeser. trig. vel
 quadr. ann.

nämlich nicht weiß, daß die Sache eine fremde Sache sey. Es steht vielmehr zu vermuthen, daß er sich eingebildet, die ihm in Verfaß gegebene Sache gehöre demjenigen zu, welcher sie ihm verpfändet hat. Denn kein Gläubiger wird leicht so thöricht seyn, daß er wissentlich eine fremde Sache sich verpfänden lassen sollte. Denn er siehet dabey mit halben Verstande ein, daß ihm diese, ganz wider den Entzweck des Pfandes, keine Sicherheit gebe. Sollte er aber dem ungeachtet sich wissentlich eine fremde Sache haben verpfänden lassen, so ist dieses für keine Verpfändung anzusehen, und er kann wegen Mangel des guten Glaubens, daran kein Pfandrecht durch die Verjährung sich erwerben. So wie auch eine conventional Hypothek vergeblich ist, wann der Gläubiger sich selbige wissentlich auf eine fremde Sache von dem Schuldner hat versprechen lassen, und dieser die Sache gleich als die seinige ehedem verpfändet hätte, auch solche mit dem Gelde jenes Gläubigers von dem Pfandrechte zwar befreyet, jedoch vor jener Pfandrechtserrichtung bereits veräußert, 3. E. durch Verkauf dem Käufer überlassen worden wäre 1).

Drittens, fehlt es ihm auch nicht an einem gerechten Titul. Denn dieser ist überhaupt eine gesekmäßige Ursache, aus welcher einer dasjenige, so er besizet, für etwas, welches ihm zugehöre, sich gedenken kann 2). Dergleichen gesekmäßige Ursache giebt aber dem Pfandgläubiger bekanntermassen der Pfandcontract. Denn hiedurch wird ihm, mittelst Uebergabe der Sache, an dieser ein dingliches Recht, zur Sicherheit seiner Forderung so lange, bis er deshalb wieder befriediget worden, verwilliget 3).

D 2

Et

1) Von einer solchen nichtigen conventional Hypothek handelt POMPONIUS l. 2. D. de pignorat. act. l. 24. C. de rei vindic. l. 1. pr. D. pro suo. l. 27. D. de usurp. et usuc.

2) §. fin. l. quib. mod. re contrah. obi.

3) §. 5. l. per quas pers. cuiq. acquir. l. 1. pr. l. 9. §. 2. D. de pign. act.

Er erlanget also dadurch auch viertens, einen Besitz, bey welchem er, des einem Andern, wegen der Proprietät, an der Sache zustehenden civil Besizes unbeschadet, die Sache, wegen seines darauf haftenden Pfandrechtes, für sich in seinem eigenen Namen bis zu seiner Befriedigung inne zu haben, das Recht hat x).

Wann nun fünftens, dieser Besitz ununterbrochen die Verjährungszeit hindurch fortgesetzt worden, so ist auch mit Ablauf dieser Zeit das Pfandrecht für erloschen oder erworben zu achten, daß der in gutem Glauben sich befindende Gläubiger alsdann, wann er nach der Zeit noch in Besitz ist, sich nicht nur wider die Ansprüche des Herrn der Sache, welcher selbige von ihm ohne Bezahlung des Pfandschillings heraus verlangt, mit der Einrede der Verjährung sich schützet, sondern auch, wenn nach der Zeit die verpfändere Sache ohngefehr in die Hände des Herrn derselben gelanget ist, selbige mittelst der hypothekarischen Klage von ihm, bis zu seiner Befriedigung heraus verlangen kann. Denn ein jeder kann, wie schon die Vernunft lehret, wegen des sich auf gesetzmäßige Art erworbenen dinglichen Rechtes, eben deshalb, weil es das seinige ist, gegen jedermann sich nicht nur vertheidigen, sondern auch gerichtlich klagen y).

S. 18.

Von der Größe der Zeit bey dem Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung, wann der Verpfänder mit dem Gläubiger sich in gutem Glauben befindet.

Nun fragt es sich aber, worinne die Größe der Verjährungszeit bestehet? Wie lange nämlich der in gutem Glauben sich befindende Gläubiger

x) l. 35. §. 1. l. 37. D. de pignorat. acc. de usurpar. et usuc.
l. 37. D. de acquir. rer. dom. l. 16. D. y) §. 1. I. de acion.

ger die ihm verpfändete fremde Sache besessen haben muß, wann er daran das Pfandrechte durch die Verjährung erlangt haben will? Ich antworte mit Unterschied, ob der Verpfänder sich auch in einem guten Glauben befunden, oder nicht. Wäre das erste, so bestehet die Zeit, wenn es eine bewegliche Sache ist, in drey Jahren, bey einer unbeweglichen aber in zehen, oder zwanzig Jahren (§. 14.). Gesetz also, zum Beispiel, daß ein Erbe unter dem Vermögen seines Erblassers eine Uhr findet, welche nicht diesem, sondern einem andern, der sie ihm geliehen, oder in Verwahrung gegeben, zugehört. Dem Erben ist dieses aber unbekannt, und er stehet vielmehr in den Gedanken, daß selbige, weil sie mit unter dem Nachlaß des Verstorbenen begriffen, die seinige sey. Er befindet sich also in einem guten Glauben, ob ihm gleich das bloße Erbeseyn keinen gerechten Titel mittheilet z). Er giebt solche seinem Gläubiger zum Pfande; der auch nicht anders glaubt, als daß sie dem Verpfänder zu gehöre. Der Gläubiger besizet solche drey Jahr. Nach deren Verlauf meldet sich der wahre Eigenthümer der Uhr, und will solche von dem Pfandgläubiger unentgeltlich vindiciren. Allein der Pfandgläubiger kann ihm mit Grund die Einrede des verjährten Pfandrechtes entgegen setzen, daß er eher die Uhr nicht herausgebe, als bis ihm zuvor das darauf geborgte Geld wiederbezahlt würde a). Gesetz auch, daß dem Pfandgläubiger die Uhr etwa nach den drey Jahren von jemanden gestohlen worden, und der Eigenthümer solche darauf ohngefehr wiederbekommen, so ist nicht abzusehen, warum der Gläubiger sein durch Verjährung an der Sache erlangtes Pfandrechte b), nicht auch selbst wieder

D 3

z) Siehe meines Vaters *opuscula de praescriptione*, opusc. I. §. 50.

a) arg. l. 36. pr. D. de usurpat. et usur.

b) Dieses laßt sich auch aus den Worten des §. 4. l. de usucap. folgern; welche sind; Si heres rem defuncto com-

modatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donauerit, aut dotis nomine dederit, quis, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est. Man sehe, statt der Verjährung

der den Herrn der Uhr mittelst der hypothekarischen Klage, vor Verlauf einer langen Zeit, sollte verfolgen können c). Der Herr der Sache mag sich an denjenigen halten, welchem er die Sache geliehen, oder in Verwahrung gegeben; und, da derselbe verstorben, an dessen seine Stelle zu vertreten habenden Erben, daß dieser selbige, vermöge der aus dem Leih- oder HinterlegungsContract ihm obliegenden Verbindlichkeit, wiederum zurückgebe, und zu dem Ende solche von seinem Gläubiger wiederum einlöse.

§. 19.

Von der Größe der Zeit bey dem Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung, wenn zwar der Gläubiger, nicht aber der Verpfänder, sich in gutem Glauben befindet.

Sollte hingegen der Verpfänder der fremden Sache sich nicht in einem guten Glauben befunden haben (s. 18.); als, z. B. er war nur ein Entlehner, oder Aufbewahrer der Sache, wobey er wußte, daß die ihm geliehene, oder in Verwahrung gegebene Sache seinem Leih- oder Hinterleger zugehörte; gleichwohl hat er selbige ohne dessen Wissen und Willen heimlich verpfändet, so ist dieses gleichsam ein Diebstahl d). Wenigstens nimt er sodann, da er diese fremde Sache als die seinige verpfändet, die Eigenschaft eines bösen Besitzers an e). Welches verursacht, daß der gutgläubige Besitzer, um das Pfandrecht an dieser ihm verpfändeten Sache gegen ihren Herrn zu erlangen, einen Besitz

der

äußerung einer solchen Sache, das geringere, nämlich eine Verpfändung, so wird, statt der Usucapion des Eigenthums, die Usucapion des Pfandrechtes eintreten.

c) l. 1. 2. C. de advers. cred. praeser. oppon. l. 8. pr. C. de praeser. irig. vel

quadrag. ann. Siehe auch obige opuscula de praeser. opusc. III. §. 8. 9.

d) §. 7. I. de obligat. quae ex del. nasc. l. 76. pr. D. de furt.

e) Siehe eben die opuscula de praeser. praesertim circa pignus, opusc. I. §. 25.

der längsten Zeit nöthig hat (§. 14.). Und, wann diese Zeit verstrichen, so hat alsdenn diese Verjährung mit derjenigen, wovon im vorhergehenden Absatze gehandelt worden, eine gleiche Wirkung f).

§. 20.

Solgerungsätze, so aus dem bishero abgehandelten entspringen.

Aus dem bisherigen folget nun von selbst, daß, so lange die zuvor erwähnte Verjährungszeit (§. 17. 18.) noch nicht verstrichen, der Herr der ohne alle sein Wissen und Willen verpfändeten Sache, diese von jedem, welcher selbige, obgleich mit gutem Glauben, nämlich ohne zu wissen, daß es eine fremde Sache ist, als Pfand besizet, unentgeltlich vindiciren kann, hingegen, sobald die Verjährungszeit verstrichen, so hat er sein Recht, die Sache ohne Wiedereinlösung zu vindiciren, verlohren g).

§. 21.

Die Gründe des Gegners, welcher behauptet, daß das Pfandrechte durch die Verjährung nicht zu erwerben sey, werden angeführet.

Nunmehr ist weiter nichts übrig, als daß ich die Gründe des in der Vorrede gedachten Gegners anführe, aus welchen derselbe, daß das Pfandrechte durch die Verjährung nicht erworben werden könne, vermeinet. Von diesen also zuerst; sodann will ich dargegen meine Bedenklichkeiten zu erkennen geben. Jene Gründe, welche zwar nur unter vier Zahlen gebracht worden, aber aus fünfzen bestehen, sind folgende:

1) In dem ganzen römischen Gesetzbuche wäre kein Gesetz vorhanden, welches wirklich und ausdrücklich ein verjährtes Pfandrechte (pignus vsu-captum

f) l. 8. §. 1. C. de praescr. trig. vel quadr. ann.

g) l. 3. 4. C. de praescripts. trig. vel quadr. ann.

captum) zu erkennen gebe; bey dem positiven Rechte dürfe aber der Richter nicht auf das Recht, welches der Gesetzgeber hätte ordnen können, sondern was er geordnet habe, Rücksicht nehmen.

2) In den Gesetzen der Pandekten und des Codex, besonders in dem Titul des letztern, *si aliena res pignori data sit*, würde die Verpfändung einer fremden Sache (*rei alienae oppignoratio*), welche ohne Einwilligung ihres Herrn geschehe, für nichtig und ungültig erklärt; nur einige Fälle würden ausgenommen, in welchen dergleichen Verpfändung entweder gleich anfänglich gültig wäre, oder nach der Zeit zur Gültigkeit gelange. In keinem Gesetz würde aber eines verjährten Pfandrechtes erwähnt. Es müsse hier also die sehr bekannte Rechtsregel eintreten: durch die Ausnahme wird in den nicht ausgenommenen Fällen die Regel bestätigt (*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*).

3) In dem *l. 6. C. si aliena res pignori data sit* hätten die Kaiser Diocletian und Maximian rescribiret, daß die von einem Nicht Herrn einer Sache wider Willen des Herrn derselben geschehene Verpfändung dem letztern gar nicht schaden sollte. Hieraus liesse sich unmittelbar folgern, daß also dergleichen Verpfändung dem Gläubiger keinen gerechten und tüchtigen Titul zur Usucapion des Pfandrechtes, wider den Herrn der Sache geben könnte.

4) Daß, wenn man dergleichen Usucapion des Pfandrechtes wider den Herrn der Sache zulassen wollte, so könnte sich es zutragen, daß der Gläubiger das Pfandrecht durch die Verjährung erworben, ob schon selbst der Schuldner, welcher die fremde Sache zum Pfand eingesezet, daran das Eigenthum derselben durch die Verjährung noch nicht erworben hätte. Dieses würde aber sehr ungerecht seyn. Zur Erläuterung wird folgendes hinzugesüget: Gesetz, daß ein Nicht Herr, welcher die frem-

fremde Sache als die seinige zwar mit gutem Glauben, jedoch ohne gerechten Titel, besäße, und seinem Gläubiger, der sich ebenfalls in gutem Glauben befände, verpfändete, so würde der Gläubiger in diesem Fall, wann der wahre Herr der Sache gegenwärtig wäre, das Pfandrecht mit zehn Jahren usucapiren, hingegen der Schuldner würde erst durch eine dreysigjährige Verjährung selbst das Eigenthum der Sache erwerben. Dieses wäre aber den klaren Worten des angezogenen l. 6. C. si aliena res pignori data sit, entgegen, nach welchen die wider Willen des Herrn der Sache geschehene Verpfändung diesem gar nicht schaden sollte.

5) Daß die in den Gesetzen des Codex vorkommenden Redensarten, *titulo pignoris rem accipere* — *titulo pignoris rem obligare* — *titulo pignoris rem vendere* — nicht bewiesen, daß das Pfandrecht usucapirt werden könnte. Denn das Wort Titel bedeutete in diesen Redensarten nur die Ursache des Besitzes, weil der Pfandgläubiger wirklich und eigentlich, und zwar aus einem dinglichen Rechte, welches man das Pfandrecht (*pignus*) nannte, die verpfändete Sache besäße.

§. 22.

Die zuvor (§. 21.) angezogenen Gründe des Gegners werden beantwortet. Der erste macht also den Anfang.

Es sey, daß, nach dem ersten Grunde der gegnerischen Meynung (§. 21.), in keinem Gesetze des ganzen römischen Rechtsbuches das Wort *pignus* vsucaptum vorkomme; es sey auch, daß die Sache, welche der Gegner darunter gedenket, nämlich, nach dem §. II. und VII. seiner Dissertation, die Usucapion des Pfandrechtes, welches sonst einem Gläubiger auf die ihm zum Pfand gegebene Sache durch den Pfandcontract verwilliget zu werden pfleget, darinne nicht ausdrücklich zu erkennen
 E gegeben

gegeben werde; so läßt sich doch schwerlich behaupten, daß selbige nicht ausserdem in der That (vere) darinne begriffen sey.

Bekanntermaßen muß eine Rechtsfache, welche die Gesetze mit keinen ausdrücklichen Worten entscheiden, durch eine Vergleichung derselben mit andern in den Gesetzen entschiedenen ähnlichen Sachen, nach der Uebereinkunft ihrer dabey eintretenden Gesetzgründe beurtheilet, und darnach entschieden werden. Sind nun gewisse Gesetzgründe in dem positiven Recht vorhanden, aus welchen sich die Sache entscheiden läßt, so ist diese Entscheidung, da die Gründe des Gesetzes dessen Seele ausmachen, einer solchen, welche durch die ausdrücklichen Worte des Gesetzes geschieht, gleich zuschätzen. Sie ist stillschweigend, also auch in der That, in den Gesetzen enthalten. Sie ist kein erdichtetes Recht; denn dafür ist nur dasjenige zu achten, welches auf keine Weise, weder den Worten, noch den Sinn der Gesetze nach, in diesen begriffen ist. Und bey jener Entscheidung wird nicht auf ein Recht, welches der Gesetzgeber hätte anordnen können, sondern das er wirklich angeordnet hat, Rücksicht genommen. Und daß dieses im dormaligen Fall beobachtet worden, veroffenbaret sich hoffentlich aus dem, was in dem obigen §. 13. bis 20. von dem usucapirten Pfandrechte abgehandelt ist. Selbst der Herr Gegner kann am Ende des §. XIX. seiner Dissertation nicht in Abrede stellen, wie am meisten den Grundsätzen und der Analogie des Rechtes gemäß zu seyn schien, daß der Gläubiger auch durch die Usucapion ein Pfandrecht begründen und sich erwerben könne.

Trachtet man der Ursache nach, weshalb des verjährten Pfandrechtes auf eine in Pfand gegebene Sache in den Gesetzen nicht ausdrücklich erwähnt wird, so kann selbige seyn, theils, weil die Verjährung eines solchen Pfandrechtes ungewöhnlich gewesen, indem gemeinlich nicht fremde, sondern eigene Sachen verpfändet werden, theils, weil man neuerer Zeiten dergleichen Verjährung nicht mehr bezweifelt hat. In alten

ten Zeiten, da manche Juristen in den Gedanken standen, daß nur körperliche, nicht aber unkörperliche Sachen eigentlich besessen würden, mochte es wohl seyn, daß sie die Usucapion des Pfandrechtes für unerlaubt hielten, weil ohne Besitz keine erwerbende Verjährung angefangen und vollbracht werden kann *h*); allein neuerer Zeiten wurde auch ein Besitz der Rechte, wann selbige auf körperlichen Sachen hafteten, zur Usucapion für gültig geachtet *i*). Und derjenige wurde für den Besitzer der Rechte gehalten, welcher das Grundstück, worauf sie ruheten, besaß *k*). Solcher Gestalt konnte nun auch der Nießbrauch usucapiret werden *l*). Ferner wird auch ein Dienstbarkeitsrecht auf eine fremde Sache, welche man nicht besitzt, dadurch, daß man selbiges weder heimlich, noch mit Gewalt, noch bittweise eine lange Zeit hindurch ausgeübet hat, erworben *m*). Wie vielmehr findet also die erwerbende Verjährung bey einem Pfandrechte statt. Welches nicht nur ebenfalls ein auf der verpfändeten Sache haftendes Recht ist, sondern wobey auch der Präscribent die fremde Sache zugleich besitzt. Daß also beydes, nämlich das Pfandrecht und die verpfändete Sache der Pfandgläubiger inne hat. Hierzu kommt, daß, nach der Justinianeischen Reformation der Rechte, die alten Zweifel bey der Usucapion in Ansehung der Sachen und des dabey zuzulassenden Besitzes sind aufgehoben worden *n*).

E 2

S. 23.

h) l. 25. D. de usurpat. et usucap.

i) So spricht *VLPIANVS* l. 10. §. 1. D. de usurpat. et usuc. Hoc iure utimur, ut seruitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.

k) So spricht *IULIANVS* l. 32. §. 1. D. de seruit. praed. vrb. natura seruitutum ea est, ut possideri non possint: sed intelligatur possessionem earum habere qui aedes possidet.

l) *MARCIVS* l. 44. §. 5. D. de usurpat. et usuc. in den Worten: ut enim

ususfructus vlcapi potest — —

m) l. 10. pr. §. 1. D. si seruit. vindic. l. 1. §. fin. D. de aqu. et aqu. plu. arc.

n) l. fin. C. de praeser. longi temp. woselbst der Kayser *Justinian* ordnet: Eodem observando et si res non soli, sed in corporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et caeterae seruitutes, Durch das Wort veluti werden also die dabey bemerkten Dienstbarkeitsrechte nur beyspielsweise angeführt, ohne andere Rechte davon auszuschließen. Und den

l. v. m.

Antwort auf den zweyten Grund des Gegners (§. 21.).

Ich stimme völlig bey, und habe es oben (§. 11.) schon selbst dargethan, daß derjenige, welchem eine Sache nicht zugehört, selbige ohne Willen ihres Herren nicht verpfänden könne. Welches aber weiter nichts bedeutet, als daß die alleinige bloße Verpfändung, welche der Nicht-herr der Sache, nur zu seinem Vortheil, ohne Einwilligung ihres wahren Herrns, unternimmt, diesem zu keinem Nachtheil gereichen mag; folglich, als eine solche, in Ansehung dessen für vergeblich zu achten ist o). Allein ganz anders verhält es sich, wann eine von dem Nicht-herrn der Sache geschehene Verpfändung nicht für eine solche zuvor beschriebene alleinige bloße Verpfändung geachtet werden mag. Dergleichen ist

1) wann der Herr der Sache vorher, oder nachher in die Verpfändung gewilliget hat (§. 5. bis 10.);

2) wann die Verpfändung nicht sowohl zum Vortheil des Verpfänders, als vielmehr zum Nutzen des Herrns der Sache geschehen ist (§. 7.);

3) wann es nicht bey des Verpfänders alleinigen bloßen That der Verpfändung verblieben, sondern der Herr der Sache nach der Zeit an solcher, ohne seinem Willen geschehenen, Verpfändung, wosferne nicht durch eine klare Genehmigung, jedoch auf andere Art einen verbindlichen Antheil genommen; als wohin gehöret, wann er dessen Erbe geworden (§. 12.), oder die Sache sorglos, ohne sich um selbige zu bekümmern, die Verjährungszeit hindurch, ohne allen Anspruch in den Händen des Gläubigers

l. vn. C. de usuc. transf. endiget eben der Kaiser mit den Worten: *et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inuicibus ambiguitatibus et differentiis sublati,*

o) Daher es in dem *l. 1. C. si aliena res pign. data sit* mit Recht heißt: *Procurator citra domini voluntatem domum pignori frustra dedit.*

gers als Pfand gelassen hat (S. 13. u. f.). Eben dieses letztere gehöret mit zu den Ausnahmen der obigen Regel, oder zeigt, daß dabey diese Regel nicht anwendbar sey, obgleich dessen in den Gesetzen nicht ausdrücklich erwähnt worden (S. 22.). Denn es ist mehr denn zu bekannt, daß das Erwähnte das Nichterwähnte keinesweges ausschliesse (*vnus positio non est alterius exclusio*). Daher auch gegründete nicht erwähnte Ausnahmen die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen bestätigen.

S. 24.

Antwort auf den dritten Grund des Segners (S. 21.).

Ich habe das angezogene Gesetz, nämlich l. 6. C. si aliena res pign. data sit bereits in dem obigen S. 11. erklärt. Die darinne befindlichen Worte: *iure pignoris teneri non posse, nisi quae obligantis in bonis fuerint: et per alium rem alienam inuito domino pignori obligari non posse, certissimum est* — geben, wie vorhin (S. 23.) gedacht, weiter nichts zu erkennen; als daß die alleinige bloße Verpfändung, welche ein Nichtherr der Sache, nur zu seinem Vortheil, ohne Einwilligung ihres wahren Herrn, unternimmt, diesem zu keinen Nachtheil gereichen mag. Hieraus läßt sich aber mit nichten folgern, daß also durch eine hinzukommende Verjährung das Pfandrecht auf eine fremde Sache nicht erworben werden könne, und daß also hierzu diese Verpfändung keinen gerechten Titel wider den Herrn der Sache abgebe. Man erwäge, beispielsweise, wie es unerlaubt ist, eine fremde Sache jemanden ohne Willen ihres Herrn ganz und gar durch Verkauf, Tausch, Schenkung u. s. w. zu eigen zu überlassen; man erwäge, wie es die Gesetze nicht verstaten, daß dieses dem Herrn der Sache zum Nachtheil gereiche; wird man aber hieraus wohl folgern, also kann das Eigenthum auf eine fremde Sache durch eine Verjährung nicht erworben werden, und also hierzu

der Verkauf, der Tausch, die Schenkung u. s. w. keinen gerechten Titel abgeben. Ich vermeide hierbey den fernern Auffenthalt.

S. 25.

Antwort auf den vierten Grund des Gegners (S. 21.).

Dieser dürfte denenjenigen, welche sich die Lehre von der Verjährung nicht genau bekannt gemacht haben, die meiste Bedenklichkeit erwecken. Ich will, ehe ich darauf antworte, den Fall, womit derselbe erläutert worden, zuvor, desto größerer Deutlichkeit willen, erst unter etwas genauere Umstände bringen. Gesezt, es hat jemand einen Acker miethweise einbekommen. Er stirbt, und sein Erbe, welcher davon nichts weiß, hat sich den Acker als einen zum Nachlaß seines Erblassers gehöri- gen Acker angemasset. Er befindet sich also in gutem Glauben, ob ihm gleich das bloße Erbeseyn, keinen gerechten Titel giebt *). Er braucht Geld, welches ihm jemand, gegen pfandweise Eingebung dieses Ackers, leihet. Dieser Gläubiger weiß auch nicht daß seines Verpfänders Erblasser den Acker nur pachtweise in Besiz gehabt. Er befindet sich also auch in gutem Glauben. Hier treten, wenn man eine Usucapion des Pfandrechtes für gültig hält, zwey erwerbende Verjährung gegen den Herrn des Ackers ein. Eine auf Seiten des Erbens, welcher durch seinen Pfandgläubiger den Besiz des Ackers fortsetzet, und daran, als ein gutgläubiger Besizer, das Eigenthum durch die Verjährung der längsten Zeit erlanget p). Eine auf Seiten des Pfandgläubigers, welcher zum Besiz des Pfandrechts durch die bey dem Pfandcontract geschehene Uebergabe des Ackers, das Pfandrecht, in Gegenwart des wahren Herrn dieses Ackers, des vormaligen Vermiethers, durch die Verjährung der langen Zeit sich erwirbet (S. 18.).

Nun

*) Siehe meines Vaters *opuscula de* p) l. 8. §. 1. C. de praescrip. trig. vel praescriptione, *opusc.* l. §. 40. und 50. *quadr. annor.*

Nun hält unser Gegner dafür: würde diese letzte Verjährung auf Seiten des Pfandgläubigers zu gelassen, so entstünde daraus die Ungereimtheit, daß dieser das Pfandrecht eher erwürbe, ehe noch der Erbe, als der vermeintliche Eigenthümer des Aekers, diesen zu eigen erworben hätte; und da also der Aeker noch in einer fremden, dem vormaligen Vermiether desselben zugehörigen, Sache bestünde. Denn der Pfandgläubiger hätte den Erwerb des Pfandrechtes schon mit dem Ablauf einer Zeit von zehn Jahren erlangt, statt dessen, daß gedachter Erbe eine Zeit von dreysig Jahren, und also noch zwanzig Jahre von Zeit seines angefangenen Besitzes, zur Vollendung seiner Verjährungszeit benöthiget wäre.

Sehr wohl. Ich will nun zeigen, daß diese vermeintliche Ungereimtheit den Gesetzen nach, in keiner Ungereimtheit bestehe. Denn ein anders ist die Usucapion des Pfandrechtes, ein anders die Usucapion des Eigenthums der verpfändeten fremden Sache, in Beziehung auf den Herrn derselben. Jene betrifft das Recht des Pfandgläubigers, diese hingegen das Recht des Pfandschuldners in Ansehung der verpfändeten fremden Sache. Keins von beyden hängt von dem andern ab. Es sind ganz verschiedene Rechte, deren jedes eine von der andern verschiedene Person gegen den Herrn der verpfändeten Sache durch die Verjährung zu erlangen sucht. Eine jede dieser beyden Personen gründet sich auf den eigenen Besitz ihres Rechtes. Hat sich also gleich der Herr der verpfändeten Sache gegen den Besitz der einen Person verschwiegen, so kann doch dieses gegen den Besitz der andern Person noch nicht geschehen seyn. Es macht also gar keinen Widerspruch, daß bey der Zulässigkeit der Usucapion des Pfandrechtes auf eine fremde Sache, solche eher, als die Usucapion des Eigenthums derselben vollendet werden könne. Was aber keinen Widerspruch macht, und also beysammen bestehen kann, ist für keine Ungereimtheit zu halten. So haben wir auch klare Gesetze, aus welchen erhellet, daß, nach einer vollbrachten Usucapion des Eigenthums an einer verpfändeten Sache, dem unge-

ungeachtet das einem Dritten an der Sache zustehende Pfandrechte annoch unverfähet sey 9); weil das Pfandrechte und das Eigenthum bey der Usucapion in Ansehung einer fremden Sache, von ein ander abzusondern sind 1).

§. 26.

Begegnung eines Zweifels gegen unsere eben vorgetragene
Beantwortung.

Es stehet nicht entgegen, daß bey einer frühern Usucapion des Pfandrechtes, die verpfändete Sache, als, nach obigen Beyspiel, der verpfändete Acker, annoch eine fremde Sache ist, welche dem Verpfänder noch nicht zugehörte. Denn eben deswegen, weil sie annoch fremd ist, und deshalb wegen des angezogenen *l. 9. C. si aliena res pignori data sit*, von deren Inhaber, dem obgedachten Erben, durch die bloße Verpfändung dem Gläubiger kein Pfandrechte gegen den Herrn der Sache alsobald mitgetheilet werden können (§. 23.), hat der Gläubiger die Usucapion nöthig. Denn sehen wir, daß der Verpfänder des fremden Ackers diesen nicht bloß mit guten Glauben als Erbe, sondern in einer andern Eigenschaft, durch einen besondern gerechten Titul, zum Beyspiel, durch Kauf, an sich gebracht und in dem letzten Verjährungsjahre verpfändet, nach dessen Ablauf aber mittelst der Usucapion zu eigen erworben hätte, so bedarf auch alsdann der Pfandgläubiger gegen den vormaligen Herrn des Ackers weiter keiner Usucapion des Pfandrechtes, weil der vormalige Herr des Ackers

9) IULIANVS *l. 2. pr. D. pro herede.*
PAPINIANS *l. 1. §. 2. D. de pignor.*
et hypoth. MARCIANVS *l. 44. §. 5. D.*
de usurp. et usuc. Imper. GORDIANVS
l. 7. C. de pign. et hypoth.
1) So heißt es in dem angezogenen
l. 44. §. 5. D. de usurpar. et usuc. per-

secutio pignoris nulla societate domini
coniungitur. Und in *l. 1. §. 2. D. de*
pignor. et hypoth. Pignoris etiam causam
nec usucapione perimi placuit, quoniam
quaestio pignoris ab inveniione domini se-
paratur.

Nickers wider ihn nunmehr weder eine dingliche, noch persönliche Klage hat. Keine dingliche Klage, weil er sein Eigenthum an dem Nicker durch die von dem Verpfänder vollbrachte Usucapion des Nickers verlohren hat. Keine persönliche Klage, weil der Gläubiger nicht mit ihm, sondern dem Verpfänder, als dem dermaligen Eigenthümer des Nickers, den Pfandcontract geschlossen gehabt.

§. 27.

Antwort auf den fünften Grund des Gegners (§. 21.).

Giebet gleich der Pfandcontract dem Gläubiger kein Eigenthum, und also auch keinen gerechten Titel, die verpfändete Sache durch die Usucapion sich zu eignen zu erwerben, so erlangt er doch dadurch an der verpfändeten Sache ein dingliches Recht, selbige, zur Sicherheit seiner Forderung, so lange, bis er befriediget worden, in Besitz zu behalten s). Es ist daher der Pfandcontract ein gerechter Titel zum Pfandrechte t), daß er dieses an der verpfändeten Sachen mit deren Uebergabe erlangt; und zwar entweder alsobald, wann selbige dem Verpfänder zu eignen gehöret, oder mit der Zeit, durch die erwerbende Verjährung, wann die verpfändete Sache dem Verpfänder nicht eigenthümlich zustehet, sondern eine fremde Sache ist (§. 17.). Es irret sich daher Reinhard Bachov u), daß er die Usucapion des Pfandrechtes auf eine fremde Sache um deswillen verwirft, weil der Titel des Pfandrechtes in der Lehre von der Usucapion keinen gerechten Titel abgebe, indem durch die Usucapion nur ein Eigenthum auf eine fremde Sache erlangt würde;

und

s) l. 12. pr. D. de distract. pign. l. 35. §. 1. D. de pignorat. act. §. vlt. I. quib. mod. re contrab. oblig. l. 30. D. de noxal. act.

t) l. 1. pr. D. de pigner. act. u) in tract. de pignor. et hypothec. lib. 2. cap. 3.

und der Besitz aus einem Pfandrechte nicht verursachen könnte, daß die verpfändete fremde Sache nicht eine fremde Sache bliebe.

Ich antworte hierauf, der Titel des Pfandrechtes soll auch keinen gerechten Titel das Eigenthum auf die verpfändete fremde Sache sich zu erwerben, abgeben; denn hiernach strebet der Pfandgläubiger nicht; sondern der Pfandcontract soll ihm, als dem gutgläubigen Pfandbesitzer, einen gerechten Titel mittheilen, das Pfandrecht erst durch die Usucapion gegen den Herrn der Sache zu erlangen. Und hiedurch soll nun auch die Sache, eine fremde Sache zu seyn, nicht aufgehoben, sondern der Herr derselben, solche sich uneinlöslich zuzueigenen, nur verhindert werden. War gleich sonst die Usucapion nur ein civil Erwerb des Eigenthums, so ist selbige doch neuerer Zeiten bekannter maßen erweitert worden, und daß daher die sogenannte Quasi Usucapion entsprungen ist (§. 15.).

§. 26.

Aus dem bishero abgehandelten dürfte sich nun von selbst ergeben, daß dasjenige was, auffer der vertilgenden Verjährung, zugleich von der erwerbenden Verjährung bey dem von meinem Vater in seinen öffentlichen Rechtsprüchen Num. LXVIII. abgehandelten und entschiedenen Rechtsfalle vorgetragen worden, mit der Analogie des Rechtes aus mehr als einem Grunde vollkommen übereinstimme.



A b r i ß
der gegenwärtigen Schrift
von
dem Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung.

I. Litterarische Nachricht.

II. Inhalt dieser Schrift.

A.) Von der Verpfändung,

1) ihrer Bedeutung nach, und daß sie sowohl durch eigene, als fremde Sachen geschehen könne; S. 1.

2) einer dem Schuldner zugehörigen Sache, S. 2.

3) einer dem Schuldner nicht zugehörigen Sache, S. 3. u. f.
in Beziehung auf ihn und seinen Gläubiger, S. 3.
auf den Eigentümer der Sache, S. 4.

und zwar wann die Verpfändung geschehen

- a) mit seinem Wissen und Willen, S. 5. bis 8.
entweder wahren
ausdrücklichen, S. 5.
stillschweigenden, S. 6. 7.
oder verstellten S. 8.

b) ohne sein Wissen und Willen, S. 9. u. f.

und zwar dergestalt, daß er nach der Zeit die Verpfändung
entweder genehmiget, S. 9. 10.
oder nicht genehmiget hat, S. 11.

mit den rechtlichen Gründen aus welchen im letztern Fall die Verpfändung dennoch gültig werden kann, S. 12.

* 2

B) Von

B) Von der Frage: ob die Verpfändung einer fremden Sache, in welche ihr Herr auf keine Weise gewilliget hat, durch eine erwerbende Verjährung gültig werden könne? Welche

a) genau bestimmt, S. 13.

b) und besahet; S. 14.

dabey aber gehandelt wird

1) von der Verjährung körperlicher Sachen, S. 14.

2) von der Verjährung unkörperlicher Sachen, oder der Rechte, S. 15.

3) von dem Erwerb des Pfandrechtes durch die Verjährung, S. 16.

A) daß dabey die Erfordernisse der erwerbenden Verjährung eintreten; und zwar

a) die Tüchtigkeit der Sache, S. 17.

b) der gute Glaube, S. 17.

c) der gerechte Titel, S. 17.

d) der Besitz und dessen Fortsetzung, S. 17.

e) die Größe der Verjährungszeit, S. 18.

a) wenn der Verpfänder und Gläubiger sich in einem guten Glauben befinden, S. 18.

b) wenn zwar der Gläubiger, nicht aber der Verpfänder, sich im guten Glauben befinden; S. 19.

B) daß daraus gewisse Folgerungssätze entspringen; S. 20.

C) daß selbiger mit fünf genau angegebenen Gründen angefochten wird. S. 21.

Welche wiederleget werden, und zwar

der erste, S. 22.

der zweite, S. 23.

der dritte, S. 24.

der vierte, S. 25.

mit Bestreitung eines Zweifels, S. 26.

der fünfte, S. 27.

mit dem Schlusssatz, S. 28.

Druckfehler.

Seite 1 Zeile 15, statt Rechtelehren, ließ Rechtslehrer.
— 5 — 25, — Gläubigers — Gläubigers.

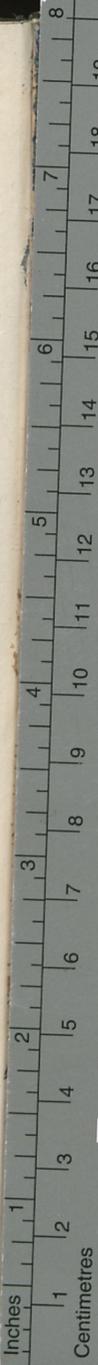
Ve 1694

UM 18-3 RHT

ULB Halle
006 781 284

3





Farbkarte #13

B.I.G.



Der
Erwerb
Eigentums
durch
Verjährung;

ermogen

von
Ottofried Schmidt

Herzoglich Sächsischen gemeinen Hofgerichts zu Jena Advocat.

Jena
Cotta'schen Buchhandlung

1788.

