

— 20 Lippert B

(De.)

Be. 141.



D. Ernst Christian Westphals

ordentlichen öffentlichen Lehrers der Rechte,

auf der Friedrichs universität
zu Halle,

Rechtliche Abhandlung

von

Verpfändung

fremder Güter.



Halle,
bey Johann Christian Hendel.
1779.



Erstlich die ...

... in ...

... die ...

... die ...

... die ...



... die ...





Rechtliche Abhandlung
v o n
Verpfändung fremder Güter.



§. 1.
Es ist schon ein Gesetz der Vernunft, daß wer verkaufen, vertauschen, oder sonstige Verträge errichten will, solches über seine eigene, und ohne Einwilligung des Eigenthümers, nicht über fremde Sachen thun müsse. Der Begriff vom Eigenthum berechtigt den Eigenthümer mit dem Seinigen nach Willkühr zu verfahren, und also kann nur er seine Güter veräußern, jeder anderer aber würde ihm sein Eigenthum zu nehmen berechtigt seyn, so bald man ihm ohne des Eigenthümers Genehmigung, einige Verfügung darüber gestatten wollte. Die bürgerlichen Gesetze würden die Vernunft wirklich aufgehoben haben

ben, wenn sie ein anderes verordneten. Es ist aber gewiß, daß diese ewige Grundregel durch die Landesgesetze nicht aufgehoben werden kann a). Also bleibt es ein Grundsatz, daß über fremde Sachen kein gültiger Vertrag statt finde. Es ist aber auch so gewiß, daß der Vertrag wenigstens unter denen contrahirenden Theilen und in Absicht ihrer, gegen einander verbindlich sey, die Sachen so davon der Gegenstand sind, mögen dem, der solche dem andern überläßt, zugehören oder nicht b). Der dritte Mann kann zwar darunter nicht leiden; allein, so fern sich dieser nicht meldet, wäre kein Grund vorhanden, warum die von andern sich gegenseitig darüber gethanen Versprechungen so gut als nicht geschehen, angesehen werden sollten. Dieser letzte Satz ist zwar in den gemeinen bürgerlichen Rechten auch gegründet, jedoch kommen dabey einige Spitzfindigkeiten vor, die nicht jedem sogleich verständlich sind, und dahero zum Voraus einiger Erklärung bedürfen.

§. 2.

Das Römische Recht lehrt in diesem Verstande, da bloß von denen Contrahirenden unter sich die Rede ist, daß man auch Anderer ihre Sachen, verborgen, vermietthen, versetzen könne c). Allein ein Darlehn von fremden Gelde wollen sie gar nicht gestatten d), eine über fremde Güter gegebene Hypothek,

a) *Chr. Wolffii* Ius nat. Pars VIII. c. 5. §. 973. seq.

b) L. 28. ff. de Contr. erat. vend. L. 9. pr. L. 16. §. 1. de pign. act. L. 16. ff. Commodati.

c) Man sehe die §. antec angeführten Gesetze.

d) L. 11. §. ult. ff. de R. C. l. 13. pr. & §. 1. eod. Einige meinen, daß wenn das verborgte fremde Geld von dem Empfänger schon ausgegeben worden, so werde dadurch die Schuld zu einem Darlehn, weil die Darlehns-Klage (*condictio ex mutuo*) statt fände cit. l. 13. Allein, daß alsdenn eine *condictio* gebraucht werde, ist aus dem Gesetz zwar ersichtlich; daß es aber *condictio ex mutuo* sey, nicht; daher es als eine *condictio sine causa* anzusehen. Noodt Comm. ad h. t.

theß, sehen sie vor gar keine an e), und bey einem ungenannten Vertrage, z. E. einem Tausche, soll darauf gesehen werden, wer denselben zuerst erfüllt hat. Wenn derjenige eine fremde Sache im Tausche gegeben, der den Vertrag zuerst erfüllt, so ist es gar kein Tausch, wenn aber der andre Theil solches gethan, so schadet es dem Wesentlichen des Vertrages nichts f). Die besondere Verordnung vom Darlehn hat diesen subtilen Grund, daß zum Darlehn die wirkliche Erwerbung des Eigenthums vom Gelde von Seiten des Empfängers nothwendig sey. Wer dem andern fremdes Geld borget, der kann ihm solches zwar übergeben, kann dadurch ein Recht erhalten, solches zu seiner Zeit wieder zu fordern, hingegen auch verbindlich werden, dem Empfänger das Geld so lange zu lassen, bis die verabredete Zeit verstrichen; nur alles dieses heißt kein Darlehn, jedoch kann man es sonst nennen, wie man will. Im Tausch soll gleichfalls ein Eigenthum übertragen

A 2

e) *tot. tit. Cod. Si. alien. res.* Unter der ausdrücklichen Bedingung, falls uns künftig das Eigenthum der Sache zufallen sollte, ist es erlaubt, dieselbe schon zum voraus zu verpfänden, allein schlechthin geht es nach Strenge der Rechte nicht an L. 16. §. 7. de pign. et hyp.

f) L. 1. §. 3. 4. de rer. perm. Wenn also derjenige, so den Tausch zu erst erfüllt, eine ihm nicht eigne Sache seinem Gegentheile gegeben, so hat, nach geschehener Entwähnung, dieser entweder das Seinige zurückzufordern, oder der Schadloshaltung wegen, Actionen in factum anzustellen, nicht actionen civilium praescriptis verbis l. 5. fin de P. V. L. 1. §. 1. de rer. perm. l. 1. C. eod. l. 29. C. de Evict. Daher haben die Juristen Maurician und Ulpian den Iulian mit Unrecht getadelt, der gleiche Meinung behauptete L. 7. §. 2. ff. de pact. welches Cuiac. ad h. l. nicht angemerkt. Ein anderes wäre es, wenn der andere Theil, der eine ihm wirklich zugehörige Sache im Tausch gegeben, zum Tausch den Anfang gemacht, der andere Theil aber mit der Erfüllung nachgefolget, und die von diesem herkommende Sache entwähret worden. Denn hier würde der Beschädigte seiner Schadloshaltung wegen actionem praescriptis verbis gebrauchen können. Die actio praescriptis verbis wird inzwischen auch dann und wann so weisläufig gebraucht, daß sie die actionem in factum mit unter sich begreift, und von dieser Seite könnte man den Juristen Maurician und Ulpian einiger massen entschuldigen.

tragen werden, und von Seiten desjenigen, so den Vertrag zuerst erfüllt, sogleich; weil davon das Daseyn eines ungenannten Contracts abhängt. Wird daher eine fremde Sache zuerst gegeben, so ist es weder Tausch, noch läßt sich sonst ein besonderer in den Römischen Gesetzen enthaltener, eigentlicher Name dazu finden, und die Römischen Juristen schlossen daraus, daß in solchem Fall, weder eine Verjährung, wozu ein besonderer Rechtsgrund (titulus) gehörte, noch die Publicianische Klage, noch ein Fundament gestattet werden könne, woraus eine Gewährsklage anzustellen. Ganz anders verhält es sich, wenn der eine Theil den Tausch durch Ueberlieferung des Seinigen schon gehörig vollzogen, der andere aber nun auch das Versprochene seiner Seite hergiebt. Denn der ungenannte Vertrag war schon vor dieser letzten Erfüllung vorhanden; die letzte wirkliche Erfüllung ist zum Begriff der Sache nicht nothwendig, daher es auch gleichgültig, ob sie rechtsbeständig oder nicht, mit eigenen oder fremden Gütern geschehen. Also ist es auch mit der Verjährung, Publicianischen und Gewährsklage hier anders als im vorigen Fall. Alles dieses sind Spitzfindigkeiten. Aber eben darum war es nöthig, ihren Grund genauer zu prüfen, um nemlich einzusehen, daß es Spitzfindigkeiten und Säge sind, die heutiges Tages keinen Gebrauch haben. Die Sachwalter gerathen, wie man in den Acten bemerkt, sehr oft auf Gesetze, worin solche Subtilitäten vorgetragen werden, und weil sie ihren Grund nicht einsehen, thun sie sich sehr viel darauf zu gute, verrathen aber eben dadurch, daß sie ihre Rechtswissenschaft nicht gründlich verstehen. Wenn bey Verborgung fremder Gelder eben das Rechtens ist, was bey Verleihung der eigenen, so ist es eine bloße Wortklauberey, daß man es nur in dem einen Fall kein Darlehn nennet. Daß ein ungenannter Vertrag erst durch die Uebergabe von Seiten des einen Contrahenten seine Verbind-



5

bindlichkeit erhalte, ist bloß Römisch, und paßt sich auf Teutschland, wo alle billige Verabredungen gültig sind, gar nicht. Daher auch die daher geleiteten Folgen in unsern Gerichten wegfallen müssen. In Teutschland also ist der Satz ganz ohne Ausnahme, daß ein Vertrag über fremde Güter, wenigstens in Absicht der Paciscenten unter sich, eben so gültig sey, als wenn es eigene Güter wären.

§. 3.

Fremde Sachen zum Nachtheil des Eigenthümers zu verpfänden, ist nicht erlaubt. Jedoch ist ein Unterschied zwischen der eigentlichen Verpfändung, wobey das Pfand dem Gläubiger in die Hände gegeben wird, und der Hypothek. Bey der letztern ist es nicht sowol auf eine Verbindung der contrahirenden Partheyen unter sich, als vielmehr auf ein beständiges an dem Grundstück haftendes und auf jeden Besitzer fortgehendes Recht, angesehen. Dahero ist natürlich, daß eine Hypothek an fremden Gütern auf keinerley Weise gegeben werden kann. Bey einer eigentlichen Verpfändung hingegen, lassen sich, wenn auch andrer Leute Sachen verpfändet seyn sollten, dennoch zwischen dem Verpfänder und Pfandinhaber, Verpfichtungen und Rechte gedenken. Der Verpfänder kann solche Sachen in diesem Fall so wenig wie sonst, vor Bezahlung der Schuld von dem Gläubiger zurück fordern: nach geschעהer Zahlung aber muß ihm das Pfand von Rechtswegen ausgeliefert werden, es sey sein eigen oder nicht g). Der Gläubiger muß die daran vorgenommenen Beschädigungen vergüten, die darauf verwandte Kosten aber ersetzt bekommen, und kann bey geschעהer Entwährung des Pfandes, eine Gewährklage gegen den Verpfänder theils seines Schadens, theils eines anderweitigen

U 3

Pfan-

g) L. 9. §. 4. ff. de pignorat. act.



des wegen anstellen b). Inzwischen bleibt dem Eigenthümer seine, wider seinen Willen verlehren Sachen, von dem Pfandinhaber abzufordern unbenommen d).

§. 4.

Weil eine Hypothec schlechthin auf fremde Güter nicht gelegt werden darf, so ist solches eben sowohl von einer ausdrücklichen, als stillschweigenden Hypothec zu verstehen. J. C. ein

b) Diese Klage heißt *actio pignoratit. contrar.* L. 9. ff. de pign. act. Denn, weil *contrarium* unter andern Bedeutungen, auch eben so viel als gegenseitig, *reciprocum*, heißt; so wurden unter andern allemal die Klagen die dem Haupt-Beklagten gegenseitig zuständig waren, *contrariae* genannt, und waren mehr durch die Praetores und Rechtsgelehrte, als die ausdrückliche Verfehng der Gesetze eingeführt. Bey der gegenseitigen Pfandklage insonderheit, war noch ein Unterschied, ob der Gläubiger von denen einem Dritten daran zustehenden Recht zur Zeit der Verpfändung unterrichtet gewesen oder nicht. Nur in diesem Fall hatte *actio contraria* statt, nicht aber in jenem, weil sein Fehler und böser Voratz zu bestrafen war L. 16. §. 1. ff. de pignoratit. act.

c) Sehr deutlich redet hierüber L. 6. C. si res alien. pign. Quae praedium in filios a se titulo donationis translatum creditori suo dat pignori, se magis contrario pignoratitio obligat iudicio quam quidquam dominis nocet etc. Sollte der Eigenthümer aus Unwissenheit der Rechte das von einem andern auf die Sache geborgte Geld dem Pfandinhaber bezahlt, und seine Sachen eingelöst haben, so kann er das Geld nicht wieder fordern, weil eine Unwissenheit der Rechte nicht entschuldiget. Das aber auch der Eigenthümer sein Geld, so sein Knecht wider des Eigenthümers Wissen, dem Pfandinhaber in diesem Fall bezahlt, nicht wieder fordern könne, L. 36. ff. de Cond. indeb. ist hart, und vermuthlich nur von der Conditione *indeb.* zu verstehen, keinesweges aber von einer andern Klage, als *Condict. sine causa* etc. Wenn der Eigenthümer weiß, daß ein anderer seine, des Eigenthümers Sachen verpfände, und er warnt den Gläubiger nicht, sondern will gern, daß dieser angeführt werden soll, so hat der Gläubiger ein gültiges Pfandrecht erhalten. L. 2. C. si aliena res pign. L. 5. C. ad Sc. Vell. Wenn ein anderer in beson- dere ihm gegebenen Vollmacht unsere Sachen verpfändet, so ist diese Verpfändung ohne Zweifel gültig. Hat er keine Special-Vollmacht dazu, so muß er sich der Verpfändung enthalten. Sollte aber das Geld, so er auf die Sachen geborgt, zu unsern Nutzen verwandt worden seyn, so übt der Gläubiger an dem Pfande so lange das Zurückhaltungs-Recht, bis wir ihn in so fern befriediget haben, L. 1. C. si aliena res pign.

ein Vermiether hat zur Sicherheit seiner Miethgelder, an denen ins Haus gebrachten Geräthschaften seines Miethsmannes eine stillschweigende Hypothec. Sollten nun unter diesen, Sachen seyn, die dem Miethsmann nicht zugehörig, so kann sich an diesen der Wirth kein Pfandrecht anmassen k). Aus eben dem Grunde muß derjenige, der aus einer Hypothec-Verschreibung gegen einen Dritten Mann, Klage erhebt, erweisen, daß der Urheber der Hypothec damals, als er solche ertheilte, Eigenthümer des Grundstücks gewesen h). Sollten beyde Theile, so wol der Kläger, als jetzige Besitzer ihre Rechte von ein und demselben Urheber herhaben, so ist es ein anders, und in diesem Fall braucht der Kläger nur darzuthun, daß seine Rechte älter sind, als des Beklagten seine, weil der Beklagte die Sayte von dem Nicht Eigenthum seines Urhebers nicht berühren darf m).

§. 5.

k) Voet. Comm. ad ff. tit. in quib. causs. pign. §. 5.

l) L. 23. ff. de probat. Und zwar muß der Schuldner schon damals Eigenthümer gewesen seyn, als die Verpfändung geschah, wenn es nicht eine General-Hypothec ist, L. 15. §. 1. ff. de pignorib. Nach denen angeführten Gesetzen muß auch der Pfandkläger gegen einen dritten Besitzer das dominium vel quasi des Verpfänders darthun. Es ist also irrig, wenn einige Rechtslehrer glauben, daß der Kläger schon genung gethan, wenn er nur den damaligen Besitz des Verpfänders erwiesen hätte. Es fließt hieraus zugleich die Folge, daß das Interdictum Salvianum gegen einen dritten Besitzer nicht leicht statt finde. Die Römischen Gesetze leugnen dieses Rechtsmittel gegen einen Dritten ausdrücklich ab. L. 1. C. de Interd. Salv. Das scheinbar entgegen stehende Gesetz L. 1. §. 1. ff. eod. versteht unter dem Dritten denjenigen, der kein Mitgläubiger ist, nemlich den Schuldner selbst. Obgleich die Rechtslehrer das vñle. Interd. Salv. gegen einen Dritten anweisen wollen; so ist doch dies eine bloße Erfindung, und ist auch darum ohne Anwendung, weil nach dem vorigen der Beweis gegen einen Dritten Mann schwer ist, und nicht sogleich liquid seyn kann, welches doch zu einem possessorischem Rechtsmittel erforderlich.

m) L. 14. ff. qui pot. in pign. Ob bey der publicianischen Klage eben der Unterschied sey, deshalb ist ein Widerspruch zwischen L. 9. §. 4. de Public. act. und L. 31. §. vlt. de. Act. emt. Die dabey gleicher Unterschied mit L. 9. behaupten, erklären das andre Gesetz von dem Fall, da keiner von den

§. 5.

Sollte ein Schuldner eines Andern seine Sachen wirklich verpfändet haben, so hat dieser entweder in die Verpfändung gewilliget oder nicht. Im erstern Fall hat er eben dadurch vor die Schuld, so weit aus dem Pfande die Bezahlung genommen werden kann, gut gesagt, und kann also freylich, ehe der Gläubiger befriediget ist, das Pfandstück nicht zurück verlangen ⁿ). Im letztern Fall fordert der Eigenthümer seine Sachen von Rechts wegen bey dem Pfandinhaber ab ^o), er habe denn aus böser Absicht, den andern in Schaden

den beyden Theilen in Besitz ist, sondern ein Dritter. Die es aber mit L. 31. halten, nehmen umgekehrt eine gleiche Erklärung von L. 9. an. Es ist am besten, man räumt den wirklichen Widerspruch ein, giebt aber der Meinung L. 9. den Vorzug, da sie den übrigen Rechtsgründen gemäßer ist. Beck de Concurta. hypoth. simpl. §. 11.

ⁿ) L. 27. ff. de pignorat. act. Eben darum, weil eine Art einer Verbergung dahinter steckt, so ist die Verpfändung der Sache eines Frauenzimmers ungültig, wenn sie solche vor eines andern Schuld, dem Gläubiger zur Sicherheit in Verwahrung nehmen läßt, und der Gläubiger um die Umstände weiß. Denn die Frauensperson bedient sich dagegen des Vellejanischen Rathschlusses L. 5. L. 7. C. ad Sc. Vellej. Hat der Gläubiger seine Befriedigung erhalten, so fragt's sich, ob der Eigenthümer nun seine verpfändeten Sachen unmittelbar von dem Pfandinhaber zurück fordern könne, und was er vor eine Klage dazu gebrauche? L. 27. cit. weiß den Eigenthümer an den Verpfänder, gegen den die Klage dahin zu richten, daß er das Pfand einlöse, oder auch, wie L. 7. pr. de distr. pign. will, die gegen den Pfandinhaber ihm, dem Verpfänder zustehende Klage abträte. Allein da dies ein Umschweif ist, der Aufenthalt macht, so ist es billiger, dem Eigenthümer ohnmittelbar die Haupt-Pfandklage gegen den Pfandinhaber zu gestatten. Er ist in der That die Haupt-Person, die verpfändet hat, weil der eigentliche Verpfänder solches nur in Vollmacht des Eigenthümers thun können. Da nun ein Gewaltgeber aus den Geschäften Klage erheben kann, die der Gewaltträger geschlossen, so muß ein solches auch dem Eigenthümer zustehen, der in die Verpfändung seiner Sachen gewilliget hat.

^o) L. 65. de R. V. L. 2. C. si pign. pignori dat. Der Verpfänder, so fremde Güter ohne der Eigenthümer Willen verpfändet, und damit einen Betrug gespielt hat, begeht auch ein Verbrechen, so mit einer öffentlichen Strafe zu ahnden, und welches in den Gesetzen Stellationatus heißt L. 16. §. 1. de pignorat. act.

Schaden zu bringen, geschehen lassen, daß ein anderer, seine, des Eigenthümers, Sachen vor die seinigen ausgabe und sie bey einem, der davon nichts weiß, versetzt; welche er der Eigenthümer sobald der Schuldner dadurch Credit gefunden, alsdenn von dem Gläubiger zurück zu fordern gedächte. Das wäre ein Betrug, und einem Betrüger kommen die Rechte nicht zu statten p).

§. 6.

Was von dem Rechte des Eigenthümers die, ohne seine Einwilligung, verpfändeten Sachen bey dem Besizer abzufordern, gesagt worden, bleibt auch alsdenn nach dem Römischen Rechte wahr, wenn der Eigenthümer etwas verborgt, vermietet, zu Ausrichtung eines Auftrags einem andern übergeben, bey Jemand hintergelegt, oder versetzt hätte, dieser aber ohne Wissen und Willen des Eigenthümers solche Sachen an andere versetzen sollte q). Bey allen diesen Verträgen bleibt dem Eigenthümer sein Eigenthums-Recht ungekränkt, dem Besizer wird nichts weiter, als der bedingte Besitz, und bey Verleihung und Miethen der Verabredete-Gebrauch eingeräumt. Also darf dieser nicht weiter gehen, als man ihm zu gehen erlaubt hat, und der Eigenthümer behält, auf den Veräußerungs-Fall das Verfolgungs-Recht gegen jeden Inhaber. Wenn insonderheit ein Eigenthümer etwas versetzt, und sein

p) §. praec. 3. lit. c).

q) cit. L. 2. C. si pignori dat. Jedoch versteht sich von selbst, daß in diesem Fall der Eigenthümer nicht schlechthin nur sein Eigenthum verfolgen könne. Er muß erst seinen Pfand-Gläubiger befriedigen. Denn dieser hat das Zurückhaltungs-Recht so ihm gegen den Schuldner zukam, durch die weitere Verpfändung dem dritten Besizer gleichsam cediret, und solchen in seine Rechte eintreten lassen. Hätte aber der Pfand-Gläubiger das Pfand hdyer versetzt, als es ihm verpfändet worden, so kann der dritte Besizer diese Uebermaaß von dem Eigenthümer nicht vergütet verlangen.

sein Pfand-Innhaber die Sache weiter verpfändet, so entsteht die Frage, ob der Eigenthümer eine Pfand-Klage gegen den zweyten Pfand-Innhaber erheben könne, oder bloß die Eigenthums-Klage. Gemeinlich meint man, daß nach dem Römischen Rechte die letzte allein verstattet würde, nach dem canonischen Rechte aber auch die erste 1). Allein es braucht kein solcher Unterschied angenommen zu werden. Daß daß canonische Recht dem Eigenthümer gegen den zweyten Pfand-Innhaber eine Klage gestatte, ist gewiß, aber nichts besonderes, weil solche auch das Römische Recht gestattet. Daß aber solches insonderheit die Pfand-Klage sey, ist in der deswegen anzuführen gewöhnlichen Päpstlichen Verordnung nicht deutlich enthalten. Also muß solche von einer Eigenthums-Klage erklärt werden, weil das andere eine bloß persönliche Klage ist 2).

§. 7.

Die Teutschen Rechte wichen ehemals fast allgemein, und heutiges Tages gehen sie hierin an vielen Orten von dem Römischen Rechte ab. Es ist in selbigen der Satz: Hand muß Hand wahren, gegründet, und vermöge desselben kann derjenige, der seine Sachen einem andern zu treuen Händen, d. i. durch einen der im vorigen §. genannten Verträge, überlassen, solche, wenn der Innhaber sie veräußert haben sollte, bey dem dritten Mann nicht in Anspruch nehmen, er muß sich bloß, der Wiederherbeschaffung oder Ersetzung des Schadens wegen an jenen halten 1). Dieser Rechts-Satz ist in den
mitt-

1) Man setze dem L. 27. ff. de pignorat. act. c. 6. X. de pignor. entgegen wo einer gegen den dritten Mann erhobenen Klage des Verpfänders gedacht wird.

2) Schilter Exerc. ad ff. Exerc. 26. §. 10.

3) Im Lübischen Recht L. 3. tit. 2. a. 1. heißt es: Was ein Mann dem andern lehnet, das soll er ihm unverdorben wiedergeben oder bezahlen nach seiner



mittlern Zeiten bey Aufblühung des Handels in Teutschland, und zur Beförderung der Handlung üblich geworden, da die ältesten Geseze davon nichts wissen u). Man kann wirklich behaupten, daß er allgemein gewesen x), obgleich die mehresten

B 2

ner Würde, wann es verlohren wäre. Verkauft, vergäbe, versetzt oder alienirt er das gelehnte Gut; es sey welcher Hand es wolle, so hat der Commodans oder Ausleiher keine Ansprache wider diejenigen, welchen es verkauft, vergeben oder versetzt worden, sondern muß bey seinem Manne, dem Commodatario, dem er es gelehnet, oder bey seinen Erben, auf den Todesfall bleiben, denn Hand muß Hand wahren.

u) Den angeführten Grund geben an *Mev. ad ius Lub. L. 3. T. 2. a. 2. n. 5. Ansel de rationabil. canon. iur. Lub. Hand muß Hand wahren Walt. Vinc. §. 21. Wiese de rei vindic. iur. Lubec. §. 11.* Es hat zwar Stein in der Abhandlung und Einleitung vom und zum Lüb. Rechte den Grund in den nach Teutschen Rechten an den Pfand-Innhaber übergehenden Eigenthum setzen wollen, allein diesen Grund leignet Herr Wiese l. c. §. 13. mit Recht, und wiederlegt Herrn Stein. Die Regel, daß Hand Hand wahren müsse, wurde in dem mittlern Zeitalter auf Verpfändung, Verleihung, Vermietung und Bevollmächtigung angewendet, und erstreckt sich auch noch heutiges Tages da, wo sie üblich ist, auf diese Verträge. Sie kommt aber demjenigen, der wissentlich fremde Güter von dem Besitzer erhalten, nicht zu statten, daher auch denen nicht, die von Handwerks-Leuten, z. E. Schneidern, Fuhrleuten zc. Sachen gekauft haben, die iene verarbeitet, diese aber geladen haben, weil gemeinlich diese Sachen solchen Leuten nicht gehören, und also der Käufer oder überhaupt Empfänger wissen kann, daß es fremde Güter sind. *Ius Lubec. L. 3. Tit. 8. a. 17. L. 1. Tit. 1. a. 7.* Noch weniger kann sich derjenige mit dieser Regel gegen den Eigentümer schützen, der auf eine unerlaubte Art, als durch Entwendung zc. die Sachen aus des Besitzers Gewahrsam an sich gebracht. *L. Ius Lubec. L. 4. tit. 2. a. 9. verb.* Es wäre denn gestohlen oder geraubt Gut. Daß aber die ältesten Teutschen Statuten von diesem Satz nichts wissen, lehrt Stein Einleit. zum Lüb. Rechte. §. 226. not. pag. 254.

x) Denn in sehr viel alten Statuten findet sich diese Regel und noch jetzt in dem Hamburgischen, Bremischen, Lübischen und andern Stadt-Rechten, desgleichen auch in Holländischen Gesezen, so viele Ueberreste des Teutschen Rechts enthalten. Nicht weniger kommt sie beyrn Sachsen, Spiegler L. 2. a. 60. vor, wo es heißt: Welcher Mann einem andern leihet sein Pferd, Kleider oder ander sein farende Haabe, oder daß er es versetzt, oder zu welcher Weise dies aus seinen Gewehren mit seinem Willen komint, verkauft es denn der, der solches in Gewehr hat, einem andern, oder versetzt er das fürbas oder verspielt es, oder aber wird ihm gestohlen oder abgeraubt, iener, der es diesem verliehen oder versetzt hat, mag daran des Leihens



sten Teutschen Rechts-Lehrer darin übereinkommen, daß er heutiges Tages nicht mehr angewendet werden könne, als wo ihn die Statuten oder die Gewohnheit besonders beybehalten 1).

§. 8.

Sollte der Gläubiger das habende Pfand wegen ausbleibender Zahlung des Schuldners endlich verkauft haben, und es meldet sich ein Eigenthümer darzu, dem die Sache von dem Käufer herausgegeben werden muß, weil sie dem Verpfänder nicht gehört hat, und also ungültig verpfändet und verkauft worden, so erhebt der Käufer die Gewährs-Klage. Diese aber hat nicht gegen den Pfand-Innhaber statt, der das Pfand, ohne List als Pfand, verkauft hat, sondern blos gegen den Verpfänder 2). Der Käufer hat gewußt, daß das Pfand dem Gläubiger nicht gehöre, sondern daß dieser es, als eine seinem Schuldner gehörige Sache verkaufe. Vor dessen Eigenthum kann der Gläubiger nicht stehen, weil er nicht davon unterrichtet seyn kann. Also hat sich der Käufer auf den Verpfänder verlassen müssen, und sich an diesen allein zu halten. Ein anders ist es, wenn der Pfand-Innhaber gewußt, daß es mit dem Pfande nicht richtig sey, sondern ein anderer einen Anspruch daran habe, oder er die Sachen vor die sei-

gen

Wahens halben keine Forderung haben, sondern allein wider den, dem er es liehe oder verfest. Gleiches Recht ist auch in Schweden Loccen Synops. Iur. Suec. Dist. 12. n. 5. Die sonstigen Stadt-Rechte finden sich bey Giesebert. Peric. Statutor. cf. Herr. Paroem. Germ. L. 1. paroem. 18. Eifens hard Grundf. des Teutsch. R. im Sprüchwort. 4. Abth. paroem. 9. p. 310. Heinecc. Elem. Iur. Germ. L. 2. tit. 13. §. 367. sq.

1) Gundling de Rei Vind. ex jure Rom. & patrio cap. 2. §. 13. Engau Elem. Iur. Germ. L. 3. tit. 4. §. 33.

2) L. 10. L. 12. §. 1. ff. de distract. pign. Doch kam der Käufer verlangen, daß ihm der Verkäufer seine Haupt-Pfand-Klage gegen den Schuldner abtrete, wenn diese etwa dem Käufer vortheilhafter seyn sollte, als der bloße Negref.

gen ausgegeben und so verkauft hat, oder die Gewährs-
leistung versprochen; denn im ersten und zweyten Fall wird ein
Betrug gespielt, im dritten aber bringt die Versprechung eine
Verbindlichkeit mit sich, die sonst nicht vorhanden wäre a).

§. 9.

Eben dieses findet auch statt, wenn ein Pfandgläubiger
seine habenden Rechte einem andern abtritt. In diesem Fall
kann sich ereignen, daß die Sache, die dem cedirenden Gläu-
biger verpfändet gewesen, darum ungültig verpfändet worden,
weil sie dem Schuldner nicht eigen war. Jetzt findet sich der
Irrthum, der Inhaber der Cession kann mit seinem Pfand-
Rechte nicht durchkommen, er will also seinen Rück-Anspruch
gegen den Cedenten suchen. Das Gesuch ist vergeblich und
er mag seine Forderung bloß gegen den Schuldner ausführen,
der die Verschreibung ausgestellt hat b). Davor, daß ihm
dem Cedenten, die Sache verpfändet worden, muß der Ce-
dent stehen, allein, daß sie dem Verpfänder zugehöret ha-
be, als welches der Cedent nicht wissen können, haftet er
nicht.

§. 10.

Wenn eine Hypothec gerichtlich eingetragen ist, und her-
nach sich findet, daß solche eben eines solchen Mangels wegen,
da nemlich der Verpfänder nicht Eigenthümer gewesen, ungül-
tig sey, so entsteht die Frage, ob der Gläubiger sich im Noth-
fall an den Richter halten könne, der dergleichen Hypothec
blindlings bestätigt und eingetragen, ohne die Beschaffenheit
der Sache gehörig geprüft zu haben. Es fehlt nicht an solchen
die dem Richter hier auf den Hals wollen. Allein, ob es
wohl billig ist, daß der Richter bey vorzutragenden Verpfän-
dungen

B 3

a) L. 2. C. Credit. euct. pign. non deb.

b) L. 30. ff. de pignor. et hyp. L. 10. ff. de distr. pign.



bungen zuvörderst die nöthigen Nachweisungen verlange, ehe er solche bestättigt, so gehört doch die Sache eigentlich vor die Partheyen und deren Sachwalter, und der Richter braucht nicht nothwendig Richter und Advocat zugleich zu seyn c). Es gehört eine genaue Prüfung der Umstände der Sache in diesem Fall, allenfalls zur Billigkeit des Richters oder zu dem, was man nobile officium iudicis nennt, nicht aber zu seiner vollkommenen Pflicht, oder ad officium mercenarium d).

§. II.

Eine an sich ungültige Sache kann in der Folge, wenn die Ursach der Ungültigkeit wegfällt, gültig werden. Dies ist wiederum der Vernunft gemäß. Die Römischen Gesetze haben zwar eine entgegen stehende Regel. Allein diese gilt nur von letzten Willen oder andern mit Feyerlichkeit verknüpften Handlungen e), und ist also nicht allgemein. Was nach der Billigkeit beurtheilt wird, darauf ist die Regel nicht anzuwenden. Es fragt sich also, ob eine von Anfang wegen Ermangelung des Eigenthums ungültige Verpfändung deshalb in der Folge gültig werde, weil der Schuldner Eigenthümer von der verpfändeten Sache wird? Hier sind bey der Beantwortung zwey Fälle zu unterscheiden. Entweder ist derjenige so die Verpfändung vorgenommen, durch eine Ererbung oder sonst im Fortgang Eigenthümer geworden, da er es zu Anfange

c) Es ist eine ähnliche Frage: Ob der Richter davor hafte, wenn er mehrere Hypotheken auf das Grundstück eingetragen, als der Werth des Grundstücks zuläßt, davon Sieber an ex confirmat. hypoth. iudex ad id quo interest teneat. Die dort von beyden Seiten vorgetragene Gründe können alle auf unsere jetzige Frage angewendet werden, daher ich mich dahin beziehe.

d) Das ist die Bedeutung, so man heutiges Tages diesen Benennungen geben kann, obgleich nach Römischen Recht, die Erklärung anders ausfallen würde. cf. I. H. Boehmer de iudice proced. ex off. in proc. cin.

e) 3. E. Stipulationen.

fange nicht war, oder der Eigenthümer der Sache, ohne dessen Willen ein anderer während dessen Eigenthums eine Verpfändung vorgenommen, ist des Verpfänders Erbe geworden. In jenem Fall ist gewiß, daß die zu Anfange ungültige Verpfändung in der Folge ihre Ungültigkeit verliert f). Nur ist streitig, ob in beyden Fällen, der Gläubiger mag nemlich von dem ermangelnden Eigenthum von Anfang un-
 terrichtet gewesen seyn oder nicht, eben dasselbe zu sagen. Ich bin aber der Meinung, daß man allerdings diese beyden Fälle unterscheiden müsse, und daß in dem ersten die Verpfändung nicht gültig werde, wohl aber in dem letzten g). Sollte der Ver-

f) Der Jurist Paulus sagt L. 41. ff. de pignorat. act. ganz deutlich: Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus rei eius esse coepisti: datur utilis actio pignoratitia creditori. Hiermit stimmen überein die LL. Diocl. und Maxim. L. 5. C. si aliena res pign. Cum res que nec cum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat: ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est: sed tamen aequitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiae detur. Diefem Gesetz nach erhält der Gläubiger, wenn der Verpfänder in der Folge Eigenthümer geworden, zwar eine gültige hypothecarische Klage, jedoch nur actionem utilem. Gesetzt aber die fremde Sache sey von dem, der schon damals Hoffnung zum Eigenthum hatte, unter der Bedingung des zu erwerbenden Eigenthums gegeben worden. In diesem Fall ist actio directa hypothecaria dem Gläubiger zuständig, wenn der Schuldner hernach Eigenthümer geworden, und nicht utilis, weil die Sache keinen fehlerhaften Anfang genommen, L. 3. §. 1. qui pot. in pign. Inzwischen ist actio utilis der Wirkung nach eben so gut, als act. directa, und jene geht dieselbe vor, wenn die Verpfändung bey jener eher geschehen, als bey dieser L. 2. ff. de Exc. rei vend. et trad. Ob ein Käufer vor Auflassung Lehn und Eigenthums schon eine Hypothec auf ein Grundstück geben könne, und ob der Verkäufer nach geschlossenem Kauf, jedoch vor solcher Auflassung, zur Hypothecirung Macht habe, ist streitig, und da diese Frage mit beyderseitigen Gründen schon von Schoech de efficac. hypoth. ab emt. ante resign. dom. in re emt. allod. immob. constit. erörtert ist, so muß ich jetzt dahit verweisen.

g) Der Unterschied liegt in den Worten des not. proec. angeführten L. 5. C. si aliena res pign. exemplo pignoratitiae, womit angedeutet wird, daß auf eben die Art, wie die eigentliche gegenseitige Pfandklage (act. pignorat. contrar.) in einem solchen Fall statt finde, so solle auch die hypothecarische Klage zugelassen

Verpfänder einer fremden Sache sterben, und der Eigenthümer derselben dessen Erbe werden, so meint man gemeinlich, daß zwischen zwey Juristen, Paulus und Modestinus in der Entscheidung dieses Falls ein Widerspruch sey, weil nach des einen Lehre die Ungültigkeit aufhöre, nach des andern Lehre aber nicht. Einige meinen, daß der ältere Jurist Paulus das letztere zwar gelehret, jedoch aber, daß solches nach der Zeit verworfen, und daher zur Zeit des jüngern Rechtsgelehrten Modestinus das Gegentheil behauptet worden *h*). An-
dre

gelassen seyn. Nun ist aber oben erwiesen worden, daß bey der *actione pignorat contrar.* es darauf ankommt, ob der Gläubiger unwissend fremde Güter verpfändet erhalten, oder wissend. Also ist eben diese Distinction auch bey der hypothecarischen Klage zu machen. Es trifft hier die Rechtsregel zu: *Dolus nemini debet prodesse.* Dies wird bestärkt durch die Stelle Papinian's L. 1. ff. de pignor. et hyp. *In speciem alienae rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat debita, postea debitori domino quaesito, difficilior creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur: sed facilius erit possidenti retentio.* Daß *difficilior* in diesem Gesetz hier eben so viel bedeute, als eine gänzliche Verneinung, ist aus dem Rede-Gebrauch eben dieses Juristen an andern Stellen zu sehen, z. E. L. 8. ff. de collat. bonor. auch andern Juristen ist eben diese Art zu reden gewöhnlich gewesen, z. E. dem Ulpian L. 38. §. 4. ff. de aedil. edict. l. 23. ff. pro socio. Voetius Comm. ad tit. 20 ff. tit. 3. §. 4. will den angegebenen Unterschied nicht einräumen, und beruft sich auf L. 42. ff. de Vsurp. und L. pen. ff. de fundo dor. allein da diese Gesetze von einer ganz andern Sache reden, so stehen sie gar nicht im Wege. Daß auch der Ausdruck *difficilior est*, nicht allemal eine völlige Verwerfung anzeige, ist ihm ebenfalls zuzugeben; allein das schadet unserer obigen Erklärung nicht, da aus guten Gründen dargethan worden, daß wenigstens in der angeführten Stelle Papinian's diese Bedeutung anzunehmen.

- h*) Die Worte des Modestinus sind diese L. 22. ff. de pignor. et hyp. *Si Titio qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligauerit, heres extitero, ex postfacto pignus directo non conualescit, sed utilis pignoratitia dabitur creditori.* Die Worte des Paulus hingegen L. 41. ff. de pignorat. act. *Non est idem dicendum, si ego Titio, qui rem meam obligauerat sine mea voluntate, heres extitero: hoc enim modo pignoris persecutio conuendenda non est creditori. Neque utique sufficit ad competendam vtilem pignoratitiam actionem, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet. Sed si conuenisset de pignore, ut ex suo mendacio arguatur, improbe restit, quo minus utilis actio moueatur.* Diese Stelle bedarf einiger Erläuterung

dre meinen daß Modestinus, von dem Fall rede, da ohne des Eigenthümers Wissen die Verpfändung geschehen, Paulus hingegen von dem, da wider Willen und mit Widerspruch des Eigenthümers die Sachen verpfändet worden *i*). Andere wollen den Widerspruch gar nicht heben, und meinen wenigstens, daß in unsern Gerichten der Billigkeit nach, die Meinung des Modestinus der strengen Lehre des Juristen Paulus, vorgehen müsse *k*). Am gründlichsten wird mit dem gelehrten Nooht der Widerspruch durch Hülfe der Critic gehoben. Die Worte des Paulus gehören nicht unter den Titel *de pignoratitia actione* wo sie hingesezt worden, sondern unter den *de pignoribus & hypothecis*, die Stelle des Modestinus aber umgekehrt nicht unter den Titel *de pignoribus et hyp.* wo sie durch einen Fehler derer Mit-Arbeiter an unsern Pandecten hingeworfen worden, sondern unter den *de pignorat. act.* Jene Stelle redet also von der hypothecarischen, diese

lernung. Daß hier von der hypothecarischen Klage die Rede sey, erweisen die Worte: *pignoris persecutio concedenda non est creditori*, welche zu keiner andern Klage, als der hypothecarischen sich schicken. Die Worte *Neque utique sq.* enthalten einen Zweifelsgrund, den der Jurist vor unerblich erklärt. Mit denen Worten aber *Sed si convenisset etc.* kehrt er wieder zu dem Fall zurück, da der jetzt neuerlich zum Eigenthum gelangte Besitzer der Hypothec eben derjenige ist, der die Hypothec dem Gläubiger gegeben hat, dem er damals weis machte, daß die zu verpfändende Sache schon damals ihm, dem Verpfänder, gehörte. *Cum eo conuenit; is ex mendacio suo est arguendus.* Die *not. praec. b)* angeführten unmittelbar vorhergehenden Worte eben dieses Juristen deuten mit dem Ausdruck: *vtilis actio pignoratitia*, eben so wie mit der *vtili actione* schlechthin bloß auf die hypothecarische Klage. Denn diese wird auch in andern Gesetzen *actio pignoratitia in rem L. 7. §. 12. ff. Comm. diuid. pignoratitia Seruiana* genannt. *L. 3. §. 3. ff. ad Exhib.*

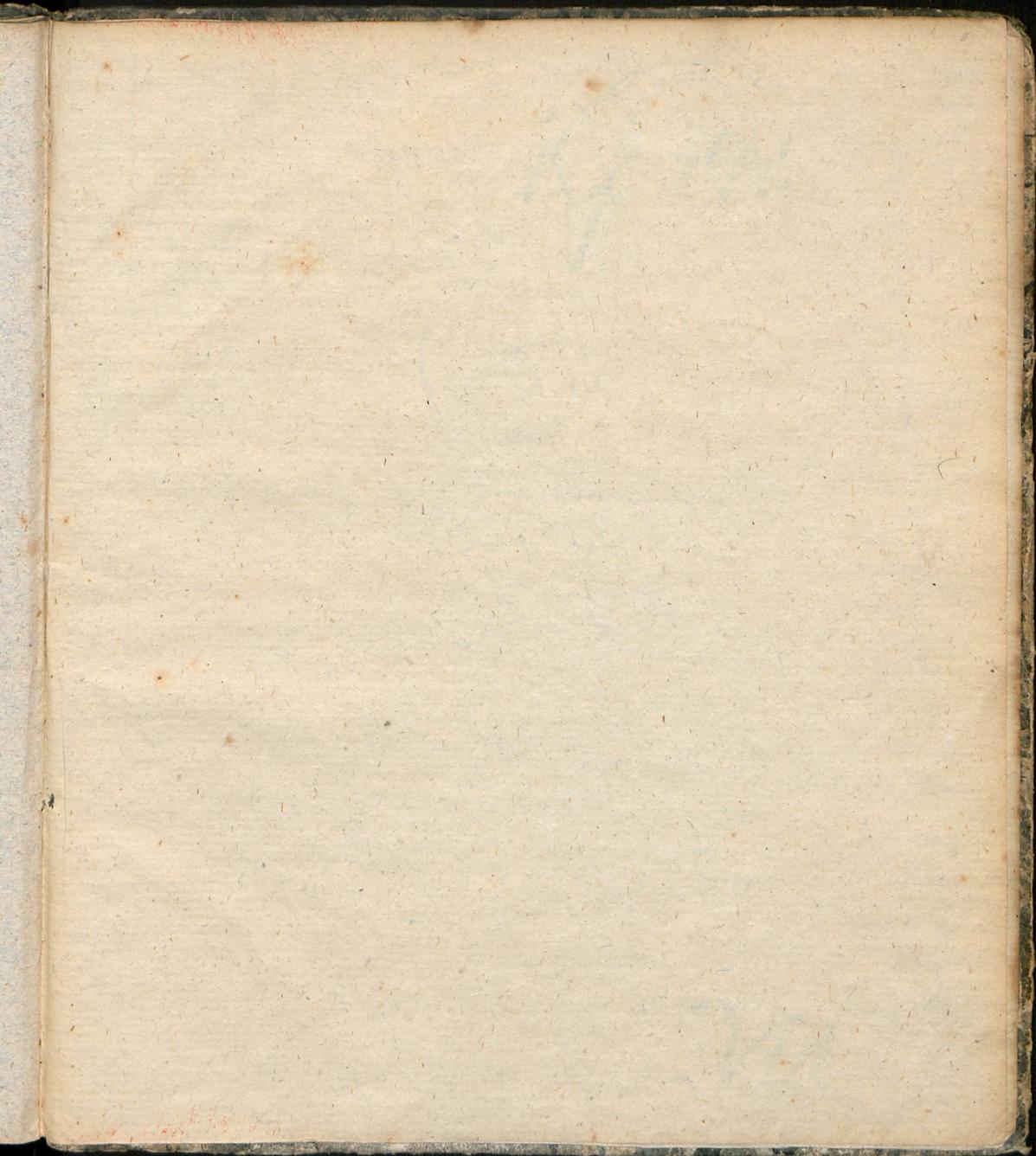
i) *Z. E. Voer. Comm ad ff. L. 20. tit. 3.* Man sieht aber erst in dem Gesetz selbst zu einer solchen Distinction weder einen Grund, noch wäre ein solcher Unterschied denen übrigen Rechts-Grundsätzen angemessen.

k) *Z. E. Huber Praelect. ad ff. ibid.*

* * * * *

se von der gegentheiligen Pfandklage, (act. pignoratitia contra-
ria) 1). Die hypothecarische Klage erhält nemlich dadurch
keine Bekräftigung, daß der Eigenthümer des Verpfänders
Erbe geworden. Sollte also aus dieses Erben Händen die
verpfändete Sache wieder an einen Dritten gerathen seyn, so
wird gegen diesen keine hypothecarische Klage statt finden.
Wäre hingegen die verpfändete Sache noch in des besagten
Erben Händen, so würde der Gläubiger eine andere Hypothec
oder eine Bestätigung der schon ungültig erhaltenen, durch
die gegentheilige Pfandklage allerdings verlangen können. Daß
aber diese critische Umwerfung der beyden sich scheinbar wider-
sprechenden Stellen, nicht ohne Grund sey, erweist das Bey-
spiel mehrerer Stellen der Juristen, die eine ähnliche Verwech-
selung erlitten haben m).

- 1) *Ger Noodt de forma emend. doli mali cap. 12.* Zwischen den Gläubiger
und dem Erben des Schuldners ist das von dem Erblasser an des Erben
Sachen gegebene Pfandrecht billig nicht ohne Wirkung. Der Gläubiger
kann wenigstens eine Bestätigung der anfänglich ungültigen Verpfändung
und Hypothecirung oder eine Hypothec fordern; er kann die Kosten wieder
fordern, die er an das Handhabende Pfand verwendet hat, und d. g.
Ein Erbe muß seines Erblassers Verträge wider sich gelten lassen, so weit
es möglich seyn will. Gelten doch Vermächnisse, wodurch der Erblasser
andern, Sachen vermacht, die dem Erben gehören. Allein alles dieses
geht nur den Gläubiger und Erben unter sich, keinesweges aber einem drit-
ten Besitzer an. Folglich fällt die eigentliche hypothecarische Klage hier
weg.
- m) *3. E. L. 9. ff. de pignor. et hyp. wo es heißt: Quod emtionem venditi-
onem recipit, etiam pignoratitorem recipere potest.* Diese Stelle ist, von
der Hypothec verstanden, wovon es nach seiner Lage erklärt werden müßte,
falsch; weil oben dargethan worden, daß auch fremde Güter eines gültigen
Kaufs fähig sind, da doch keine Hypothec auf fremde Güter gegeben
werden mag. Sobald aber vom eigentlichen Pfandvertrage (Contractu
pignorat.) die Stelle erklärt wird, so ist sie wahr. Wenn man sie nun
mit *L. 10. ff. de pignor. act.* zusammen hält, so wird man finden, daß
diese beyden Stellen, die von dem eigentlichen Pfandvertrage reden, und
unstre *L. 9. de pignor. et hyp.* zusammen gehören, und alle aus ein und
eben derselben Schrift, nemlich des Casus neunten Buch ad edictum Aedi-
litium genommen sind. Eben so ist *not. praec.* dargethan worden, daß
die Stelle des Paulus *L. 41. de pignorat. act.* bloß von der hypothecari-
schen Klage rede. Also hätte dieselbe Stelle unter den Titel *de pignor. et
hyp.* sollen gesetzt werden.

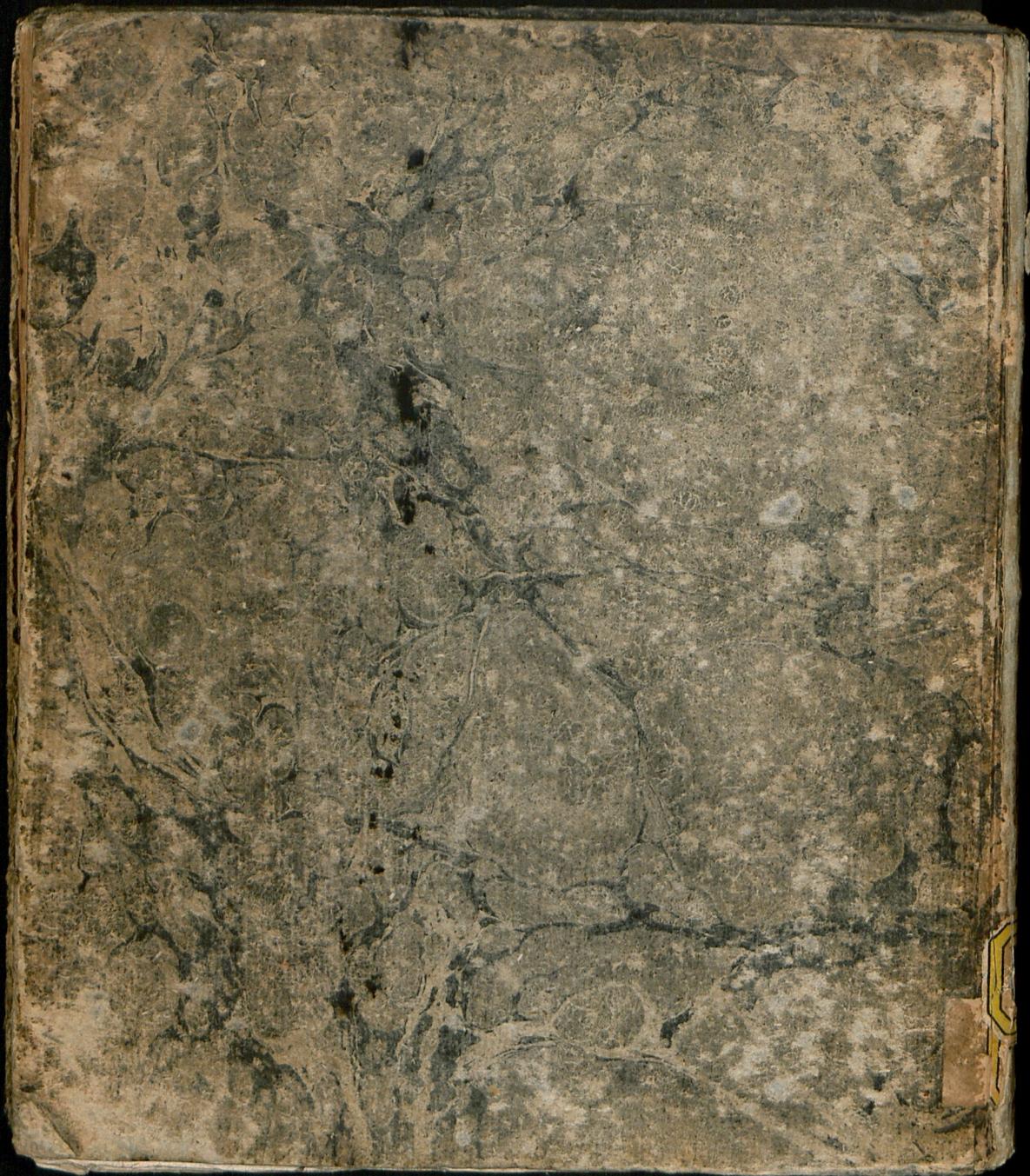




Kf 476

S

CVII



D. Ernst Christian Westphals
 ordentlichen öffentlichen Lehrers der Rechte,
 auf der Friedrichs universität
 zu Halle,

Rechtliche Abhandlung
 von
Verpfändung
 fremder Güter.



Halle,
 bey Johann Christian Hendel.
 1779.

B.I.G. Black

3/Color

White

Magenta

Red

Yellow

Green

Cyan

Blue

Farbkarte #13

Inches

Centimetres

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

Der
 angef
 um
 nn
 chn
 i e
 hier
 rst
 ern
 de
 G
 oiel
 Be
 er
 ern
 lbi
 t.
 o f
 rer
 as
 en
 ra
 de
 ein
 L.
 Be
 c.
 rd
 be

