

## Werk

**Titel:** VI. Die Prioritätsfrage allgemeiner Pfandrechte rücksichtlich später vom Verpfänd...

**Untertitel:** Versuch einer neuen Begründung der Behauptung , daß ein generelles Pfandrecht nur...

**Autor:** Warnkönig, L. A.

**Ort:** Heidelberg

**Jahr:** 1838

**PURL:** [https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613\\_1838\\_0021|log11](https://resolver.sub.uni-goettingen.de/purl?345574613_1838_0021|log11)

## Kontakt/Contact

Digizeitschriften e.V.  
SUB Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 1  
37073 Göttingen

✉ [info@digizeitschriften.de](mailto:info@digizeitschriften.de)

## VI.

## Die Prioritätsfrage allgemeiner Pfandrechte rücksichtlich später vom Verpfänder erworbener Sachen.

Versuch einer neuen Begründung der Behauptung, daß ein generelles Pfandrecht nur ein Datum habe und auch rücksichtlich erst später vom Verpfänder erworbener Sachen schon vom Tage seiner Bestellung an datirt werden muß.

Von Herrn Hofrath und Professor Dr. L. M. Warnkönig zu Freiburg.

Es ist eine eigene Erscheinung in der civilistischen Dogmengeschichte, daß eine Ansicht, welche mit dem größten Scharfsinn in besonderen Abhandlungen als ungegründet angefochten wird, dennoch in allen Lehrbüchern des Römischen Rechts als die richtige beibehalten bleibt, ohne von deren Verfassern gegen die auf sie gerichteten Angriffe mit überwiegenden Gründen vertheidigt zu werden.

Daß das generelle Pfandrecht rücksichtlich künftiger Sachen (d. h. der nach der geschehenen Verpfändung vom Pfandschuldner erst zu erwerbenden Sachen) nicht erst mit dem Eintritte derselben in das Vermögen des Verpfänders beginne, sondern schon mit der Errichtung des Pfandrechtes, so daß es ein Datum habe, nämlich den Tag seiner Errichtung, ist eine Ansicht, welche in den Lehrbüchern von Thibaut (§. 806) v. Wening (Edid. Friß §. 164 C. I. §. 409 n. k.) und von Mühlenbruch (§. 306. No. 12.) vorgetragen wird, während Glück (Erläuterungen B. XVIII. §. 1078. C. XIX. §. 1093), Hepp zweimal in seiner Dissert.

§. 18.) und in Rosshirt's Zeitschrift *ß. I. p. 336*, Rosshirt ebendasselbst *S. 23 ff.*, Gesterding (Pfandrecht 2te Ausgabe *S. 34.* und der neueste Schriftsteller über die Lehre vom Pfandrecht, Sinnenis, in seinem Handbuch *S. 383 ff.* darzuthun sich bestreben: nur die entgegengesetzte Ansicht sey die wahre. Unterholzner's Vertheidigung der bestrittenen Meinung ist vom Jahre 1810; Baumbach's Auslegung des *fr. 34. §. 2. D. de pignorb. (20. 1.)* (im Archiv für Civ. Prax. Theil IV. No. 9 u. 28., worauf man sich beruft) wird wohl Niemand als eine Begründung der in dem Compendium angenommenen Lehre gelten lassen, und Friß hat sich in seinen Erläuterungen *B. I. S. 415—419* auf die Auslegung der für und gegen dieselbe gewöhnlich angeführten Stellen beschränkt.

Die Bekämpfer der angenommenen Ansicht sind es vorzüglich, welche um sie vollkommen zu widerlegen, die dafür anzuführenden Gründe angeben, aber auch sogleich verwerfen.

Es möchte also ein Versuch, die in den Lehrbüchern als richtig angenommene Ansicht zu vertheidigen, vielleicht nicht für überflüssig gehalten werden, zumal weil die Vertheidigung derselben auf eine in gewisser Rücksicht neue Weise bewerkstelligt werden soll. Der Streit ist bisher auf beiden Seiten, theils durch Râsonnements, theils vermittelst Beweisstellen geführt worden.

Was die letzteren betrifft, so werden von Glück, Rosshirt, Hepp, Gesterding und Sinnenis die bekannten Fragmente der Pandecten *f. 7. §. 1. und f. 11. §. 2. D. 20. 4.* als schlagende Beweise für ihre Ansichten angegeben, während man in den Lehrbüchern *f. 9. §. 3. f. 21. pr. D. eod. c. 6. §. 2. C. 5. 9.* und andre weniger wichtige anzurufen pflegt.

Die Auslegung dieser Stellen hängt aber eigentlich erst von der als richtig vorausgesetzten Ansicht ab, weshalb eine durch Râsonnement aus allgemeinen Rechtsprincipien<sup>1)</sup> und

1) Entgegengesetzter Meinung ist Hepp bei Rosshirt *S. 333. S. 5.*

aus der Natur des Pfandrechts her zu leitenden Begründung der einen oder der andren Ansicht vor allem nöthig ist.

Wenn hier die in den Lehrbüchern vorgetragene Lehre für die richtige dargestellt wird, so ist es nicht unsere Absicht, längst Gesagtes, oder von andern als wahr Gezeigtes, zu wiederholen. Wir unterschreiben auch gerne die von Frisch gegebene Auslegung der angeführten Stellen, beschränken uns also vorzüglich auf die Ausführung der Gründe, welche uns bewogen haben, der in die Lehrbücher aufgenommenen Ansichten auch in dem Unsrigen beizupflichten<sup>2)</sup>.

#### §. 1.

Wir könnten hier zunächst von der (freilich von unsern Gegnern nicht zugegebenen) Annahme ausgehen, daß:

1) die *hypotheca omnium bonorum* nur eine Hypothek sey, d. h. ein Pfandrecht, das nur einen Gegenstand hat, nämlich den Vermögens complexus des Verpfänders, also die unkörperliche *Universitas*<sup>3)</sup> seines *patrimonii*.

2) Daß die Grundsätze über die Bedingungen und ihre Wirkungen bei der Streiffrage nicht zur Anwendung kommen können<sup>4)</sup>, da der Erwerb der zu belastenden Sache von Seiten des Verpfänders nur eine uneigentliche Bedingung, eine *conditio intrinseca* ist, d. h. ein Erforderniß zur Möglichkeit der Ausdehnung des Pfandrechts auf die künftige Sache.

3. Wir könnten den in Hepp's Abhandlung besonders herausgehobenen Satz, daß die Verpfändung der künftig zu erwerbenden Sache in jeder Hinsicht von der Willkür des Bestellers des allgemeinen Pfandrechts abhängt, in Abrede stellen, weil, wenn es gleich in des Pfandschuldner Willkür steht, ob er die Sache in sein Vermögen bringen will, es doch nicht von ihm abhängt, ob die einmal erworbene Sache verpfändet seyn solle oder nicht.

2) *Commentarii* t. I. S. 497.

3) So auch Mühlenbruch *Pandectenrecht* Thl. I. S. 193.

4) Dies giebt auch Rosshirt zu S. 26, während Hepp entgegengesetzter Meinung ist.

Aber wir bedürfen dieser Mittel nicht, um unsre Ansicht zu begründen, wir wollen, um diesen Zweck zu erreichen, einen ganz andern Weg einschlagen und auf diese Sätze gelegentlich, bei Widerlegung der gegnerischen Einwendungen und am Schlusse dieser Erörterungen zurückkommen.

## §. 2.

Man hat in neueren Zeiten über die Natur des Pfandrechts die gewiß richtige Ansicht: es sei eine prätorische obligatio rei, begründet durch die aus dem pactum hypothecae gegebene Real-Klage, allgemein gebilligt; sie aber bei Beurtheilung der hier besprochenen Streitfrage außer Acht gelassen. Man stützte die Priorität der Pfänder stets auf die Gültigkeit des dinglichen Rechts, wie wenn die Existenz dieses Rechtes der Punkt wäre, um den alles sich hier drehen müsse<sup>5)</sup>!

Wenn es nun allerdings gewiß ist, daß der dritte Eigenthumsbesitzer der verpfändeten Sachen nur dann dem Pfandgläubiger weichen muß, wenn das dingliche Recht des letzten vollkommen gegründet ist; so hängen doch nicht alle pfandrechtliche Streitfragen von der Existenz dieses Rechtes ab: namentlich nicht die hier zu behandelnde Prioritätsfrage. Das Pfandrecht ist in der justinianischen Gesetzgebung nichts anders als eine dem Gläubiger in Gemäßheit einer bloßen Uebereinkunft (pactum) gestattete Realklage<sup>6)</sup>.

Die actio hypothecaria hat kein andres Fundament als die conventio pignoris, d. h. ein sonst nur obligatorisches Verhältniß, eine sonst bloß persönliche, Klagen begründende Thatsache. Die formula hypothecaria hatte einst keine juris civilis intentio: sie war eine formula in factum concepta, in der auf die demonstratio die condemnatio folgte.

5) So namentlich Rosshirt S. 27 — 29, Hepp und Sintenis.

6) Die Formel des Vertrags lautet nach Gajus in f. 4. D. 20. 1. (De P. et. Hy.) so: ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecae nomine obligatae.

Nach der Verschiedenheit der Fälle wurde diese Formel verschieden gefaßt: wie z. B. *si paret pignus esse datum, nec solutam esse pecuniam* oder *si paret pignori datum et satis factum non esse creditori* <sup>7)</sup> oder *si paret convenisse de pignore nec solutam esse pecuniam* <sup>8)</sup>. Stellte man die Klage gegen den Eigenthümer der Sache an, so reichte obige Formel nicht hin; es war nöthig, der *conventio* noch beizusetzen: *rem tum temporis in bonis debitoris fuisse* <sup>9)</sup>; denn nur in diesem Falle kann die *pignoris conventio* dem jetzigen Eigenthümer schaden.

Oder es war zu sagen die Hauptsache sey dem Verpfänder eigen gewesen, z. B. die *ancilla*, deren *partus* man hypothecarisch verfolgte f. 11. §. 3. D. 20. 4. Ganz gleichgültig muß aber der Umstand *rem in bonis debitoris fuisse* im Streite zwischen zwei Pfandgläubigern seyn, welche sich auf gleicher Linie befinden, d. h. die entweder beide vom Eigenthümer ihr Recht ableiten, oder denen Pfandrechte auf künftige Sachen oder auf künftig zu erwerbende Sachen gegeben waren.

Da nämlich beide in den drei letzten Fällen unter denselben Umständen oder unter denselben nachtheiligen Verhältnissen ihre Rechte erworben haben, so können diese auf ihr gegenseitiges Verhältniß keinen Einfluß äußern.

Es erklären sich also die Entscheidungen des Juristen Paulus in fr. 14. D. 20. 4. (*qui pot. in pig.*), Gajus in fr. 11. §. 3. und Ulpinian's in f. 7. §. 1. D. eod.

7) Arg. f. 30. §. 1. D. 44. 2. (*de exceptione rei judicatae*) c. 1. C. 8. 33. (*si pignoris conventionem*.)

8) Nach f. 13. §. 1. D. 16. 1. Aus diesen Formeln erklärt sich auch, warum das für eine bloße *obligatio naturalis* gegebene Pfandrecht die *actio hypothecaria* erzeugt: denn zu diesen ist es genügend, daß eine *conventio pignoris* statt gehabt und keine Zahlung geleistet worden.

9) Dieß sagt auch ausdrücklich f. 23. D. 22. 3. daher auch fr. 3. pr. D. 28. 1. (*de pg. et hy*).

ganz natürlich; denn in den drei <sup>10)</sup> durch diese Stellen entschiedenen Fällen wird bloß auf das Alter der *conventio pignoris* gesehen.

Daß dieses allein bei der Prioritätsfrage berücksichtigt werde, ergibt sich aus der Art und Weise, wie die Priorität zwischen mehreren Gläubigern geltend gemacht wurde. Solches geschah, wenn der bessere Gläubiger im Besitze des Pfandes war vermittelt einer *exceptio*, und war der nachstehende Gläubiger im Besitze, durch eine *replicatio*, deren Fassung in mehreren Stellen oder Pandecten wirklich angegeben ist, z. B. von Marcian in f. 12. pr. D. 20. 4. Es steht hier:

*Creditor, qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est »si non mihi ante pignoris hypothecae nomine sit res obligata,« sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat, si non convenit ut sibi res sit obligata, hic in modum supra relatum replicabit.*

Waren beiden zu gleicher Zeit ihre Pfandrechte in solidum bestellt worden, so schützte dem besitzenden Pfandgläubiger gegen den Klagenden schon die *Exceptio: si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset* <sup>11)</sup>. Traten zwei Pfandgläubiger verschiedenen Alters gegen den dritten Besitzer auf, so mußte nach den bei Collisionsfällen anderer obligatorischen Verhältnissen geltenden Grundsätzen, die Priorität der Zeit des Vertrages entscheiden: was das Ende des citirten Fragmentes fr. 12. pr. D. 20. 4. bestätigt: *sed si cum alio possessore creditor secundus agat, recte aget et adjudicari ei poterit hypotheca, ut tamen prior cum eo agendo ei auferat rem.*

Wenden wir diese Grundsätze auf den hier zu bespre-

10) Auch in f. 7. §. 1. wo die Schlußbemerkung des Juristen beweist, daß von einem gleichzeitig gegebenen *pignus generale et speciale* die Rede war.

11) Nach Ulpian in f. 10. D. 20. 1.

henden Fall an: so wird sich die dem Anscheine nach so schwere Frage leicht entscheiden lassen.

Haben mehrere nach einander eine generelle Hypothek auf das gegenwärtige und künftige Vermögen eines Schuldners erhalten, so kann die Frage über den Anfang des Pfandrechts rücksichtlich künftig vom Schuldner zu erwerbender Sachen in verschiedenen Beziehungen aufgeworfen werden.

1) Einmal kann gefragt werden, von <sup>12)</sup> wann an sind den dritten gegenüber diese Sachen den Gläubigern des sie Erwerbenden als verpfändet anzusehen? und die Antwort hierauf ist einfach diese, vom Augenblicke an, wo sie in des Pfandgebers Vermögen übergiengen; waren sie also vor dem Eintritte in dessen Vermögen einem andern schon verpfändet worden, so gehet dieser der vom frühern Eigenthümer sein Pfandrecht erhielt, gewiß vor, wenn auch dieß ein jüngeres Datum haben sollte als die generelle Hypothek, weil ja der Verpfänder eine bereits verpfändete also belastete Sache eine *res, quae transit cum suo onere*, erwirbt <sup>13)</sup>.

2) Die Thatsache, daß der Verpfänder Nichteigenthümer der verpfändeten Sache war, könnte auch von ihm selbst gegen den klagenden Pfandgläubiger vorgeschützt werden, oder von seinem Erben, wenn entweder er das Eigenthum der Sache später erwarb und das von ihm selbst gegebene Pfandrecht als *pignus rei alienae* nicht anerkennen will, oder

---

12) Darauf scheint fr. 34. §. 2. D. 20. 1. bezogen werden zu müssen: wegen des *an coeperint*? und der Antwort darauf *coepisse*. Alle Gründe, welche man bisher zur Vertheidigung der von uns bestrittenen Meinung geltend gemacht hat, beweisen nichts als die im Texte ausgesprochene Wahrheit, die ja aber gar nicht in Zweifel gezogen werden konnte; deshalb war es Hepp möglich, die Sätze in §. 7—10 seiner Abhandlung zu so großer Evidenz zu erheben.

13) Auf ähnliche Weise erklärt sich fr. 11. §. 2. D. 20. 4. weil ja die vom Vermiether in das gemiethete Haus gebrachte Sache als eine verpfändete dahin gebracht wurde.



wenn der Erbe des Verpfänders die Gültigkeit des Pfandrechts bestreitet, weil bloß er und nicht der Verpfänder Eigenthümer der Sache ist; daß diese Fragen bestritten sind, weiß jeder, der an fr. 41. D. 13. 7. (de pign. act.) und fr. 22. D. 20. 1. (de P. et. H.) denkt. Diese Streitfrage lassen wir, als nicht bieber gehörend, hier auf sich beruhen.

3) Ganz anders verhält es sich aber, wenn zwischen zwei Generallpfandgläubigern die Frage über das gegenseitige Verhältniß ihrer Pfandrechte <sup>14)</sup> rücksichtlich später vom Verpfänder erworbener Sachen aufgeworfen wird. Hier wird gewiß Niemand daran denken, die formula hypothecaria so zu stellen: si paret eam rem in bonis debitoris fuisse?

Wozu sollte dieses dienen? keiner wird dem andern sagen dürfen: „Dein Pfandrecht auf die später erworbene Sache ist früher nicht gültig, weil diese zur Zeit der Verpfändung nicht im Vermögen des Verpfänders war,“ denn der andere wird ihm denselben Einwand erwidern, als replicatio: die Folge davon wäre wegen der par causa (die auch von den Vertheidigern der entgegengesetzten Ansicht angenommen wird): daß der Besitzer der verpfändeten Sache (wenn einer von beiden besäße) nach der Entscheidung in fr. 10. D. 20. 1. vorgezogen werden müßte.

Allein warum soll, da, was den Eintritt der Sache in das Vermögen des Verpfänders betrifft, beide sich in gleicher Lage befinden, die exceptio oder replicatio: si non ante eadem res mihi obligata keine Anwendung finden?

Die conventiones pignoris bilden das einzige Fundament beider Klagen. Die Eigenthumserwerbsfrage der Sache durch den Verpfänder ist bei dem Prioritätsstreite gleichgültig, indem dieser Erwerb für beide erst die Möglichkeit der Ausdehnung ihrer schon bestehenden Pfandrechte auf die spä-

---

14) D. h. nicht die über deren Existenz, sondern die Prioritätsfrage.

ter erworbenen Sachen begründete. Die Prioritätsfrage beruht demnach einzig auf der Priorität der Conventiones.

Wenn also der spätere Pfandgläubiger gegen den früheren klagt, so wird ihm dieser sagen:

„Ich erkenne allerdings dein Pfandrecht an: allein du „wußtest oder mußttest wissen, daß ich vor dir mit dem „Verpfänder überein gekommen war, daß nicht bloß sein damaliges Vermögen, sondern alle nachher zu erwerbenden „Sachen mir als dem Ersten (mihi priori) sollten verpfändet seyn: Du dagegen hast dir ausbedungen, daß dir „gegenwärtige und künftig zu erwerbende Vermögensstücke „als dem Zweiten, d. h. unbeschadet meines Pfandrechts „sollten verpfändet seyn; also steht dein Pfandrecht in seiner „ganzen Ausdehnung dem Meinigen nach. Ja der Verpfänder „konnte dir kein andres Pfandrecht geben; denn er „konnte durch einen spätern Vertrag mit dir, das mir von „allen zugesicherte Pfandrecht auf seine künftige Erwerbungen „mir eben so wenig nehmen, oder beeinträchtigen, als er „mir mein Vorzugsrecht hätte nehmen können, wenn er mir „dieselbe Sache zuerst würde vermietet oder verkauft „haben (vorausgesetzt im letzten Falle, daß durch die hinzukommende traditio der zweite Käufer ein besseres Recht noch „nicht erhalten hatte).“

### §. 3.

Ein schlagender Beweis, daß das früher bestellte Pfandrecht auch rücksichtlich der später vom Verpfänder erworbenen Sachen vorgehe, ist auch aus fr. 14. D. 20. 4. herzunehmen: wo bekanntlich der Grundsatz der Priorität der Zeit auf den Fall angewandt wird <sup>15)</sup>, wo zwei ihre Pfandrechte von demselben Nichteigenthümer ableiten.

Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pigneravit prior est potior etc.

<sup>15)</sup> Daß die in f. 14. D. 20. 4. enthaltene Entscheidung für die hier besprochene Streitfrage wichtig sey, bemerkt auch Gesterding S. 249.

Nach der Ansicht der Gegner ist ein allgemeines Pfandrecht in Beziehung auf künftig zu erwerbende Sachen, wo nicht ein *pignus rei alienae* doch diesen ganz gleich, indem es nur dann beginnt, wann die Sache in das Vermögen des Verpfänders kommt<sup>16)</sup>.

Nach f. 14. ist die *quaestio dominii* für die Prioritätsfrage gleichgültig, weil gerade, wenn vom Nichteigenthümer des Pfandes bestellt ist, bloß auf das Alter der *conventio pignoris* gesehen wird.

Nur dieß bestimmt zwischen den beiden Pfandgläubigern einen Unterschied. In jeder anderen Rücksicht sind dieselben in gleicher Lage, da sie beide von demselben Nichteigenthümer ihr Recht ableiten. Eben so ist es beim allgemeinen Pfandrecht hinsichtlich der später vom Verpfänder erworbenen Sache. Der Erwerb ist ein indifferentes Factum für sie; nur das Alter der *conventio pignoris* ist wichtig; also kann dieses allein entscheiden.

Die Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht und namentlich Sintonis (S. 395) wollen freilich den Schluß von der in fr. 14. entschiedenen Frage auf die hier vorliegende nicht zugeben, weil in jenen gar keine Rechtsgrundsätze (??), sondern Billigkeitsmaßregeln zur Anwendung kämen!!!

Aber warum sollte Paulus in fr. 14. keine Rechtsgrundsätze befolgt haben? Seit wann ist die Regel *prior tempore potior jure* (in pari causa) keine Rechtsregel?

Es wird von unsern Gegnern hier etwas übersehen: nämlich die Absurdität, welche herauskommen muß, wenn das vom Nichteigenthümer gegebene Pfandrecht sich durch den Eigenthumserwerb der verpfändeten Sache oder durch die Ratihabition des Eigenthümers<sup>17)</sup> in ein absolut gültiges

16) So Hepp.

17) Nach fr. 20. pr. D. 13. 7. (de pign. act.). Die rückwirkende Kraft der Ratihabition wird in fr. 16. §. 1. D. 20. 1. ausdrücklich angeführt.

Pfandrecht verwandelt. Sie müssen annehmen, daß von diesem Augenblicke an das gegenseitige Verhältniß der beiden Pfandgläubiger sich plötzlich ändere, und die Priorität des frühern aufhöre bloß deswegen, weil die beiden Verpfändungen, d. h. sowohl die frühere als die spätere besser geworden wären! Wir glauben nicht, daß der Jurist Paulus eine solche Lehre würde gebilligt haben<sup>18)</sup>. Es stände eine solche Entscheidung mit fr. 16. §. 1. D. 20. 1. in direktem Widerspruch.

Aus dem Obengesagten erklärt sich auch: was Cajus in fr. 15. §. 1. D. 20. 1. sagt: nämlich daß der bei der actio hypothecaria auf ein Specialpfand nöthige Beweis: die Sache sei in des Verpfänders Vermögen gewesen, bei dem Generellen nicht erfordert werde.

Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pignoris pertinere, quae specialiter facta est, non ad illam, quae quotidie inseri solet cautionibus, ut, specialiter rebus pignori datis, cetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, perinde ac si specialiter hae res fuissent obligatae.

#### §. 4.

Wie behandeln die Vertheidiger der von uns bestrittenen Meinung die Frage: ob, wenn jemand hinter einander Pfandrechte an einer fremden Sache zugesichert hat, auf den Fall, wenn er sie erwerben würde<sup>19)</sup>, der früher contrahirende Gläubiger dem späteren vorgehen müsse? Diese Frage

18) Wir glauben auch nicht, daß des Africanus dunkle Aeußerung in fr. 9. §. 3. D. 20. 3. über das convalescere oder confirmare des pignus des nachstehenden Pfandgläubigers einer fremden Sache hier in Betracht zu ziehen sey: da der Jurist doch wohl bloß das Distractionrecht im Auge hatte, welches für den zweiten Gläubiger nur wirksam wird (convalescit oder confirmatur), wenn der erste befriedigt ist (dimisso priore).

19) D. h. den in dem fr. 16. §. 7. D. h. t. und den fr. 7. §. 1. D. 20. 4. (20. 1.) behandelten Fall.

wird von Rosshirt S. 27 — 28 (wenn wir ihn recht verstehen) zwar aufgeworfen, aber nicht gelöst, sondern es wird von ihm gesagt: sie sey in den Quellen nicht entschieden, da fr. 3. §. 1. D. 20. 4. keine Entscheidung enthalte. Diese Stelle entscheidet bloß den Fall: wo zuerst die nur noch schuldige, dann später die bereits dem Verpfänder zu eigen gewordene Sache war verpfändet worden? Das Pfandrecht des ersten gehet vor, es sey der früheren conventio wegen, sey es weil erst nach der an den Verpfänder geschehenen Tradition die zweite Verpfändung geschah. Man kann also hieraus für die vorliegende Frage nichts hernehmen<sup>20)</sup>.

Hepp erklärt sich kategorisch für die Gleichzeitigkeit der Pfandrechte (Rosshirt's Zeitschrift I. S. 347 u. 348), allein die von ihm angegebenen Gründe sind nicht sehr überzeugend. Er hält ein so bestelltes Pfandrecht für ein bedingtes, die Bedingung aber für eine *conditio potestiva*, die also keine rückwirkende Kraft äußern könne: folglich beginne das Pfandrecht beider Pfandgläubiger erst vom Augenblicke des Erwerbes der Sachen an.

Wir müssen hier bereits Gesagtes wiederholen. Es ist allerdings gewiß, daß die *hypothecaria actio* auf diese Sachen dem Gläubiger nicht eher erworben wird, als dieselben Eigenthum des Verpfänders geworden. Die Gläubiger hatten die Klage früher weder gegen dritte noch gegen den Verpfänder selbst. Was aber das, durch die Priorität des einen Pfandvertrages über den andern bereits begründete, Verhältniß der beiden Gläubiger unter einander betrifft, so kann dieß durch das absolute Geltendwerden der beiden Pfandrechte nicht geändert werden: der frühere wird sich stets mit der *exceptio* oder *replicatio*: *si non coavenerit ut mihi priori res pignori sit*, gegen den späteren vertheidigen können, wie wir schon oben in §. 2. gezeigt haben.

20) Die von Rosshirt S. 29 und Hepp ebendasselbst S. 349—350 richtiger erklärte Stelle ist nicht dunkel zu nennen.

Es giebt keine Stelle, welche für die Behauptung der Unzulässigkeit der genannten Einwendung im vorliegenden Falle angeführt werden könnte. — Gesterding S. 358 und Sintenis S. 385 und 396 nehmen gegen Hepp S. 519 mit Recht an, daß, wenn eine *res debita* verpfändet worden ist, nach dem Erwerb der Anfang des Pfandrechts mit Sicherheit auf den Zeitpunkt seiner Entstehung oder Bestellung zurückbezogen werden müsse.

Die obige Erklärung des Juristen will gewiß nicht sagen, daß, wenn die Pfandklage gegen einen Eigenthumsbesitzer der Sache angestellt wird, welcher läugnet, daß sie je dem Verpfänder gehört habe, nicht bewiesen werden müsse, sie sey einmal im Vermögen des Schuldners gewesen: denn sonst hätte ja das allgemeine Pfandrecht sich auf sie gar nicht erstrecken können: sondern er sagt bloß, daß die Gültigkeit des allgemeinen Pfandrechts als eines solchen selbst über *res futurae* von diesem Beweise nicht abhängen.

Die Ausleger des Römischen Rechts stellen nun sogar folgende Sätze auf <sup>21)</sup>:

- a. Wenn gegen einen nachstehenden Pfandgläubiger geklagt werde, der von demselben Verpfänder (also auch von seinem Erben) sein Recht ableite, weiter nichts, als die Thatsache der früheren Verpfändung (d. h. der *pignoris conventio*) darzuthun sey; ferner
- b. daß gleichfalls nur <sup>22)</sup> das *pactum hypothecae* zu beweisen sey, wann die Pfandklage gegen einen Besitzer

21) Glück, Ihl. 18, S. 386—392. Sintenis S. 564. v. Wening und Frits S. 450. Westphal v. Pfandrecht. Gesterding S. 382.

22) Dieser Beweis (daß der Verpfänder die Sache als die seinige besessen habe) ist natürlich dann unnöthig, wenn der Besitzer sein Recht vom Verpfänder erst nach der Verpfändung erhalten hat. — Eben so wenn derselbe auch, ohne daß über die Zeit etwas feststeht, sein Eigenthum vom Verpfänder ableitet. Sintenis S. 565.

der Sache angestellt werde, welcher nach der Verpfändung sie erworben habe.

Das Factum: die Sache sey im Eigenthum des Verpfänders gewesen, gilt also in den Augen dieser Schriftsteller als gleichgiltig für den Beweis des Pfandrechts, weil Beide, der Kläger und der Beklagte, ihr Recht von demselben Auctor ableiten. — Ich frage nun: ist dieß dann nicht immer der Fall, wenn ein vorstehender Generalpfandgläubiger gegen den nachstehenden eine *res postea acquisita* mit der Pfandklage vindicirt?

Wenn also diese Schriftsteller dennoch wie Glück<sup>23)</sup> und S i n t e n i s behaupten, daß bei der Prioritätsfrage des allgemeinen Pfandrechts rücksichtlich später erworbener Sachen auf den Augenblick des Eigenthumserwerbes durch den Verpfänder gesehen werden müsse: so sind sie offenbar mit ihren eignen Grundsätzen in Widerspruch.

#### §. 5.

Man kann das allgemeine Pfandrecht auf eine zweifache Weise ansehen: einmal als einen Complexus eben so vieler Pfandrechte, als Gegenstände im Vermögen des Verpfänders sind<sup>24)</sup>. Es ist dann nicht mehr ein Pfandrecht nicht eine *obligatio generalis rerum*, quas quis habet habiturusve est, sondern wie S i n t e n i s sagt, ein Zusammentreffen mehrerer Pfandrechte, die nach und nach mit dem jedesmaligen Erwerb der einzelnen Gegenstände entstehen. Die dieser Auffassungsweise huldigenden Schriftsteller führen zur Begründung derselben weder Stellen noch Beweise aus *Räsonnements* an.

Die entgegengesetzte Ansicht gehet dahin: das allgemeine Pfandrecht ist nur eines und hat nur eine Sache zum direkten Gegenstand, nämlich die Gesamtheit des Vermögens des Verpfänders, die *universitas bonorum* und nur mittelbar durch sie die Einzelsachen, welche Theile dieses Vermögens sind oder werden.

23) Thl. XVIII. S. 214.

24) So sahen es Gesterding und S i n t e n i s S. 377 an.

Diese Ansicht haben wir in unserm Commentarii Thl. I. S. 497 angenommen. Ist sie die richtige, so läßt sich durch sie der Beweis der Einheit des Datums jeder Generalhypothek leicht führen; denn das Verpfändetseyn später erworbener Einzelsachen ist nur eine sich von selbst verstehende notwendige Ausdehnung der bereits bestehenden Hypothek auf Accessionen, ähnlich der Ausdehnung einer Specialhypothek auf die an der verpfändeten Hauptsache wachsenden Früchte, auf Alluvionen und andern Pertinenzen.

Sie hat nur den Charakter, daß das einmal verpfändet gewordene Vermögensstück, auch wenn es veräußert wird, verpfändet bleibt, so lange es als dieselbe Sache noch existirt, d. h. so lange es weder consumirt<sup>25)</sup>, noch in dritter Hand durch specificatio oder auf andere Weise in eine neue Sache verwandelt worden ist. Und dieser Charakter des allgemeinen Pfandrechts darf auch nicht als ein Beweis für die entgegengesetzte Ansicht von der Natur der Generalhypothek genommen werden, weil gleichwie bei einer verpfändeten s. g. Universitas facti die vom Ganzen ausgeschiedene Sache aufhört dem Pfandrecht unterworfen zu seyn, dieß auch bei der Hypotheca omnium bonorum gelten müsse, wenn ihr Gegenstand die s. g. universitas juris wäre, die ja bei allem Wechsel dieselbe bleibt.

Der Unterschied der beiden Hypotheken läßt sich leicht erklären: dadurch nämlich, daß bei dem Universitas facti nur das Begriffsganze als solches<sup>26)</sup> schon nach der Absicht der Contrahenten verpfändet ist, während bei der Generalhypothek es die Absicht der Contrahenten ist, daß sowohl das ganze Vermögen als auch durch dieses jede in dasselbe fallende Einzelsache verpfändet seyn soll. Es fragt sich also nur, ob aus den Quellen die zweite Ansicht sich rechtfertigen lasse? Wir halten dieß für möglich. Die Generalhypothek

25) Wie z. B. das durch Comixtio beim Dritten consumirte Geld.

26) Dieß will Mühlenbruch im Archiv für Civ. Praxis. Thl. 17. S. 378.



wird in f. 6. D. 20. 1., wie schon bemerkt, obligatio generalis genannt<sup>27)</sup>, ist also eine obligatio, d. h. eine Hypothek. Ihr Gegenstand sind, nach fr. 15. §. 1. fr. 29. §. 3. fr. 34. §. 2. Deod. f. 21. pr. D. 20. 4. die bona, quidquid in bonis est, omnia bona u. s. w. Was unter Bona zu verstehen sey, ist außer allem Zweifel, nämlich das patrimonium des Schuldners, d. h. die Gesamtmasse der Rechte<sup>28)</sup> und zwar hier derjenigen quae deducto aere alieno supersunt<sup>29)</sup>.

Die Bona, d. h. quae quis habet habiturusve est, sind also nach Justinianischem Rechte<sup>30)</sup> stets der Gegenstand der Generalhypothek; das Eintreten der einzelnen Sache nur die conditio facti, die conditio sine qua non ihres Obligirtseyns, was aber für die Existenz der Generalhypothek als solcher etwas ganz Gleichgültiges ist.

Daraus erklärt sich auch, warum die Grundsätze über die nicht rückwirkende Kraft der Potestativbedingungen bei der hier behandelten Frage keine Anwendung finden können, und warum es unrichtig ist, f. 4. D. 20. 3. fr. 9. §. 1. 2. fr. 11. pr. §. 1. D. 20. 4. hieher zu ziehen. Denn wenn es einerseits allerdings gewiß ist, daß die künftig zu erwerbende Sache nur dann verpfändet ist, wenn der Verpfänder sie zu erwerben den Willen hatte, so ist es andererseits eben so gewiß, daß das Obligirtseyn der zu erwerbenden Sache nicht mehr von seinem Willen abhängt<sup>31)</sup>: sie wird wegen der conventio generalis nothwendig, also invito debitori dem generellen Pfandrecht unterworfen, d. h. sie fällt

27) In fr. 1. pr. D. eod. conventio generalis.

28) Bonorum appellatio universitatem quandam et non res singulas demonstrat, fr. 208. D. 50. 16. (de V. S.)

29) F. 39. §. 1. D. 50. 16. — Das Nähere bei Mühlentbruch im Archiv, Thl. 17. S. 345.

30) C. 9. C. 8. 17.

31) Auch werden ja Sachen nicht deswegen erworben, um dem Gläubiger Pfänder zu verschaffen, sondern damit die Erwerber ihre Eigenthümer werden. Das Verpfändetseyn tritt malgré lui ein.

Archiv f. Civil. Praxis. XXI. Bb. 2. 5.

nothwendig unter das bereits unwiderruflich feststehende allgemeine Pfandrecht, also unter alle solche Pfandrechte, wenn deren mehrere vorhanden sind; und das gegenseitige Verhältniß dieser mehreren Pfandrechte, d. h. ihre von Anfang an begründete Rangordnung kann dadurch nicht verändert werden<sup>32)</sup>.

Das so eben Gesagte läßt sich auch durch Herbeiziehung des fr. 11. §. 2. D. 20. 4. nicht entkräften. Denn der Grund, warum bei Möbelstücken die vor deren Inferirung gegebene Hypothek den Vorzug hat, wenn dieselben erst als anderen verpfändet inferirt werden, liegt, wie oben S. 182 gesagt und auch von Rosshirt längst richtig bemerkt wird, darin, daß die Regel zur Anwendung kommt, *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet*: weil ja das bereits verpfändete Möbelstück als ein verpfändetes, also als nicht freies *tum suo onere* inferirt wird, und deshalb als ein schon verpfändetes unter die Legalthypothek des Vermiethers fällt.

Dies kann unsere Frage gar nicht berühren, eben so wenig, wie der gleichfalls gewiß richtige Satz, daß, wenn eine von einer anderen schon verpfändeten Sache in das, mit einer Generalhypothek eines Schuldners belastete Vermögen übergeht, die sie belastende Hypothek durch die letzte (sollte diese auch ihrem Datum nach älter seyn) nicht leiden kann: denn es wird ja (wie oben §. 3. gesagt ist) nur einer bereits verpfändeten Sache Mitgegenstand der Generalhypothek ihres neuen Erwerbers. Da dieser Gegenstand von Thibaut in den Civ. Abhandlungen S. 311 — 316 und von Wächter im Archiv für Civil. Praxis Band 14. S. 340. auf eine so treffliche Weise beleuchtet worden ist, so können wir uns jeder weitem Erörterung desselben enthalten.

Welcher Ansicht man indessen seyn möge, sowohl über die

---

32) Die c. 6. §. 2. C. 5. 9. enthält also nur eine consequente Anwendung der Principien, welche, wie uns scheint, auch S i n t e n i s S. 110 weg zu disputiren nicht im Stande ist.