14-C-278 d



Das pignus in causa judicati captum.

1667/I

Eine civilistische Studie

von

Inv. čís. 348 Sign: 256

Max Fleischmann,

Doktor der Rechte.

Breslau.

Verlag von Wilhelm Koebner. (Inhaber: M. & H. Marcus.) 1896.

14-C-278 d

Dem Geheimen Justizrat

Herrn Professor Dr. Felix Dahn

im Jahre seines Rektorates

an der königl. Universität zu Breslau

verehrungsvoll zugeeignet.

USTŘEDNÍ KNIHOVNA PRÁVNICKÉ FAKULTY U 20 STARÝ FONDOU 4482

Vorbemerkung.

Mit der folgenden Studie ist der Versuch gemacht worden, das pignus in causa judicati captum in der Entwickelung, die es bis auf Justinian genommen hat, in systematischer Darstellung zu behandeln; aus den geringen Materialien, welche das corpus juris civilis enthält, das Institut in seiner rein römischen Gestalt aufzubauen. Grundsätzlich unbeachtet geblieben ist seine Fortbildung und Umgestaltung im Rechte der oberitalienischen Städte und auf deutschem Boden nach der Rezeption.

Das pignus in causa judicati captum bildet noch heute die Grundlage unseres Zwangsvollstreckungsrechtes. Daraus dürfte sich immerhin der Versuch rechtfertigen, dieses Urbild einmal frei von den Beisätzen späterer Zeiten im Lichte der römischen Rechtsbücher zu schauen. Unsere Arbeit verfolgt demnach hauptsächlich eine konstruktive, nicht eine destruktive Tendenz: die Kritik früherer Ansichten soll auf das unerlässliche Mass beschränkt werden.

Die Erfüllung dieses Bestrebens wird freilich noch besonders leicht gemacht durch die dürftige Behandlung, welche das rein römische Institut von den Zeiten der Glossatoren an bis auf unsere Tage in der Litteratur erfahren hat.

Von Monographieen über dasselbe sind mir nur drei bekannt geworden, deren verschiedene Bedeutung sich schon aus der Zeit und dem Orte ihres Entstehens ergeben dürfte.

Im Jahre 1744 lieferte Küstner, der auch noch andere Aufsätze über das Exekutionswesen der Römer veröffentlicht hat, in seiner Schrift "pignus in causa judicati captum" eine für jene Zeit überaus tüchtige Arbeit, die, wie begreiflich, auf einen mittelbar praktischen Erfolg hinzielte und deshalb die prozessuale Seite des Instituts vornehmlich berücksichtigte.

Mehr als ein Jahrhundert lang fand sich kein nennenswerter Bearbeiter unseres Rechtsstoffes. 1882 liess Rudolph eine Abhandlung "zur Lehre vom richterlichen Pfandrecht" erscheinen, die sich hauptsächlich mit dem pignus i. c. j. c. beschäftigt, aber, weit davon entfernt, eine erschöpfende, systematische Übersicht zu geben, nur einzelne Fragen herausgreift; und diese Fragen sind zumeist materiellrechtlicher Natur.

Auf französischem Boden entstand die neueste Schrift über unsern Gegenstand.

Arbeit "des effets de la saisie immobilière" voraus. Sie zeugt von fleissigen Studien und ist, was ja bei französischen Arbeiten in der Regel zutrifft, klar geschrieben. Aber auch darin teilt der Verfasser leider eine französische Gewohnheit, dass er die Leistungen der grossen französischen Juristen des 16. Jahrhunderts für unantastbar hält; den von diesen ausgeschrittenen Kreis nochmals ausschreitet und nur in sehr geringem Umfange die spätere Litteratur — deutsche überhaupt nicht — verwertet.

Die Pfandrechtsschriftsteller haben unser Institut stets als Stiefkind behandelt und es den Prozessualisten zuzuschieben versucht.

Überaus dürftig, nämlich bloss auf 1—2 Seiten, lassen sich, um aus der älteren Litteratur nur einzelne Beispiele herauszugreifen, die sonst eingehenden Arbeiten von Negusantius 1) und Bachovius 2) über das pignus i. c. j. c. aus.

Auch die grossen französischen Juristen, voran Donellus, haben das pignus i. c. j. c. nur bei einzelnen Fragen ganz untergeordneter Natur, besonders wegen des Zusammenhangs mit dem pignus praetorium, gestreift. (Vgl. unten S. 64 fg.)

Aus einer gewissen Opposition gegen diese Behandlung erklärt sich der Versuch Westphals³), auch dem pignus i. c. j. c. in seinem Handbuche mehr gerecht zu werden. Gesterding 1) wieder schenkt dem Institute so gut wie gar keine Beachtung.

Sintenis²) zieht es zwar in seine Erörterung, ohne jedoch von schweren Missgriffen bei derselben frei zu bleiben.

Bachofen, von dem sich eine gründliche Behandlung hätte erwarten lassen, hat sein nach dieser Richtung gegebenes Versprechen ³) nicht gehalten.

Stölzel beschäftigt sich mit dem p. i. c. j. c. leider nur gelegentlich 4).

Auch Dernburgs "Pfandrecht" 5) lässt eine eingehende Untersuchung des pignus i. c. j. c. vermissen.

Nach diesem in der Speziallitteratur befolgten Brauche kann es nicht wunder nehmen, in den Pandektenlehrbüchern unseres Instituts nur mit einigen Zeilen gedacht zu sehen.

Dagegen wurde es seit jeher von den Prozessualisten abgehandelt, wenn auch zumeist einseitig mit Rücksicht auf seine Formalien. Hervorgehoben seien aus unserm Jahrhundert die Lehrbücher des Prozessrechts von Bayer⁶), Wetzell⁷), Renaud⁸), vor allem aber von Bethmann-Hollweg⁹); während "der römische Civilprocess" von Keller (§ 83) das pignus i. c. j. c. nur sehr spärlich bedenkt.

Neuerdings gaben eine übersichtliche, wenn auch knappe, Darstellung des formellen wie materiellen römischen Pfändungspfandrechts Krech und Fischer in der Einleitung zu ihrem Kommentar des preussischen Gesetzes betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. (2. Ausgabe 1886. Einleitung I § 1).

¹⁾ tractatus perutilis de pignoribus et hypothecis. Leyden 1540 und öfter.

²) tractatus de pignoribus et hypothecis absolutissimus Frankfurt-Rostock 1656.

³⁾ Versuch einer system. Erläuterung der sämmtl. röm. Gesetze vom Pfandrecht, Leipzig 1780 und öfter.

¹⁾ Die Lehre vom Pfandrecht 1816.

²⁾ Handbuch des gem. Pfandrechts 1836.

³⁾ Das röm. Pfandrecht 1847 Bd. I S. 496 n. 10.

⁴⁾ Zur Lehre vom Faustpfande (Archiv f. d. civ. Praxis Band 45).

⁵) Leipzig 1860. 1864 §§ 51 bis 53, 119.

⁶⁾ Zuerst München 1828.

^{7) 1.} Aufl. 1854 3. Aufl. 1878 §§ 47, 48, 50.

^{8) 1.} Aufl. 1867.

 ⁹⁾ Der Civilprozess d. gemeinen Rechts 1866 Bd. I §§ 52, 53; Bd. II
 §§ 112—115; Bd. III § 153.

Inhalts-Übersicht.

		eite
Zur	Einleitung (Geschichtlicher Überblick): § 1	1
	Dogmatischer Teil.	
	A. Voraussetzungen der Pfändung.	
I.	Sententia — confessio in jure: § 2	10
II.	Tempus judicati: § 3	13
III.	Postulatio. Der zuständige Magistrat: § 4	15
	B. Die Pfändung.	
I.	Der ausführende Beamte: § 5	23
	Die Pfändungsordnung: § 6	26
III.	Die einzelnen Pfändungsgruppen	
	1. Die körperlichen Sachen: § 7	30
	2. Die unkörperlichen Sachen: § 8	34
IV.	Der Pfändungsakt: § 9	44
	Bei wem wird gepfändet? Auf welche Weise wird gepfändet?	
	Mass der Pfändung.	
V.	Hindernisse der Pfändung.	
	1. Durch das Gesetz (Veräusserungsgebote): § 10	51
	2. Durch den Schuldner: § 11	53
	3. Durch Dritte	
	a. Eigentum wird beansprucht: § 12	55
	b. Die Rechtsverbindlichkeit einer gepfändeten Forderung wird	
	bestritten: § 13	
	c. Ein Vertragspfandrecht wird geltend gemacht: § 14	59
	C. Wirkungen der Pfändung.	
I.	Das durch die Pfändung begründete Recht im allgemeinen: § 15 .	61
	에도 살이 되는 걸리는 걸리다고 있는데 모든 이 나는 바람이 나를 하는데	69
	D. Die Beendigung des Pfandrechts.	
I.	Bei körperlichen Sachen	
	1. Der Verkauf.	
	a. Voraussetzungen und Ausführung: § 17	78
	b. Rechtswirkungen: § 18	86
	2. Verkaufssurrogate: § 19	94
II.	Bei Forderungen: § 20	98

§ 1.

Zur Einleitung.

Nur allmählich — das lässt sich im römischen ebenso wie im deutschen Rechte verfolgen — ist dem Staate die Sorge für die geordnete Rechtspflege zugefallen. Nur schrittweise gewann der Staat der durch die Privaten geübten Verwirklichung streitigen Rechtes den Boden ab. Im römischen Rechte lässt sich dieser Entwickelungsgang sehr weit zurück verfolgen, und die überlieferten Rechtsquellen zeugen davon, dass beim Ausgange der Republik und in den ersten nachchristlichen Jahrhunderten den Juristen¹) die Fortbildung der staatlichen Gerichtsgewalt und ihr Ursprung aus willkürlicher Übertragung durch die Privaten an staatliche Organe bewusst gewesen ist.

Die erste Schranke, welche sich der Private auferlegt, ist naturgemäss, dass er sein vermeintliches Recht, wenn es ihm vom Gegner bestritten wird, nicht mit der Faust durchsetzt, sondern es einem gewillkürten angesehenen Dritten, also in der Regel einem Beamten²) zunächst zur Begutachtung³) vorträgt. Hielt dieser den Anspruch für begründet, dann konnte der Private sein Recht nötigenfalls mit Gewalt durchsetzen.

 $^{^{1})}$ Ihering Geist des röm. Rechts Bd. I S. 170 n. 72 citirt Cicero; vgl. auch Ulpian l. 3 \S 11 D. 15, 1.

²⁾ oder auch, da die Grenzen von Religion und Recht noch in einander übergingen, dem Priester: Schulin S. 81; vgl. auch Ihering a. a. O. I S. 169.

⁹) Daher die Ausdrücke sententia, pronuntiatio noch im späteren Prozesse vor Staatsorganen: Ihering a. a. O. I S. 173 z. B. unter Kaiser Philippus c. 6 C. 7, 53 (unten S. 24 n. 5).

Aus der regelmässig nachgesuchten gutachtlichen Äusserung erwuchs unschwer das Erforderniss¹) einer die streitigen Rechtsverhältnisse klärenden Entscheidung des Magistrats. Nunmehr musste die Rechtsverwirklichung das Mittel der obrigkeitlichen Rechtsfeststellung passieren, verblieb aber selbst vorerst in ihrem natürlichen Zustande der privaten, von keiner Obrigkeit beeinflussten Ausübung.²)

Dies ist der Zustand, welcher demjenigen der ältesten Zeit, von welcher uns berichtet wird, vorausgegangen sein muss; denn, soviel uns bekannt, war schon in der frühesten republikanischen Zeit zur Durchsetzung streitigen Rechts eine Feststellung desselben erforderlich und diese an die Form der in jure vollzogenen legis actiones gebunden, während die Rechtsverwirklichung, wenn auch nicht ausschliesslich, so doch noch in weitem Umfange dem Privatmanne³) anheim fiel:

Der zu einer certa pecunia verurteilte oder in jure geständige Schuldner wurde nach dem Rechte der XII Tafeln, sobald seit dem Judikat oder der confessio 30 Tage verflossen waren, vom Gläubiger selbst verhaftet und vor den Prätor gebracht. Wenn der Schuldner nun nicht entweder zahlt oder einen vindex stellt, wird er unter den Augen des Prätors von dem Gläubiger in dessen Haus abgeführt. 60 Tage musste ihn der Gläubiger behalten, und wenn der Schuldner nicht aus eigenen Mitteln lebte, ihn beköstigen. Während dieser Zeit musste er den Schuldner an drei aufeinander folgenden Markttagen vor den Prätor auf das Komitium führen und hier die

Schuldsumme öffentlich bekannt machen. Nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist konnte ihn der Gläubiger nach seiner Wahl töten oder als Sklaven in die Fremde verkaufen.

Dies ist das System der legis actio per manus injectionem.¹)
Das ganze Verfahren hat den Anstrich des Altertümlichen,
da die Nichterfüllung civiler Forderungen noch wie ein strafwürdiges Vergehen²) an dem Leibe des Contrahenten geahndet
wird, und da der Prätor zu der Rolle eines stummen Solennitätszeugen verurtheilt ist.³)

Neben der manus injectio bestand ein Exekutionsmittel mit direktem Zwange gegen das Vermögen, die legis actio per pignoris capionem, das der Privatmann, ohne überhaupt die Obrigkeit zuzuziehen (non apud praetorem: Gajus IV. § 29) zur

¹) Über einen ähnlichen Entwickelungsgang siehe Dernburg Pandekten Bd. I § 3 n. 7. Vgl. überhaupt Schulin S. 82.

²) Deshalb nennt auch die spätere Rechtssprache noch charakteristisch den Kläger "actor" Ihering a. a. O. Bd. I S. 174. Über die Bedeutung der technischen Ausdrücke für die Erkenntnis untergegangener Rechtszustände vgl. Stölzel "Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung" Band I 1888 S. 6 fg. und "Schulung für die civilistische Praxis" 1894 S. 41, 42. Über eine ähnliche Entwickelung im deutschen Rechte vgl. Brunner Bd. I S. 181. 183.

³) Aus dieser Macht der Einzelpersönlichkeit ergiebt sich auch z. B. die ausschliessliche Form der Forderungsabtretung des früheren Rechts; vgl. Dernburg Lehrbuch des pr. Privatr. Bd. II § 80 zu n. 3; den veränderten Standpunkt bezeichnen treffend §§ 408. 409 I 11 A. L. R.

¹⁾ Gellius noctes Atticae XX 1, 45: Sic enim sunt, opinor, verba legis: Aeris confessi rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto, in jus ducito. Ni judicatum facit aut quis endo eo in jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus 46: erat autem jus interea paciscendi ac nisi pacti forent, habebantur in vinculis dies sexaginta. 47: Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantor quantaeque pecuniae judicati essent, praedicabator. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant. Vgl. Huschke S. 79 fg., Bethmann-Hollweg I S. 155 fg. 196 fg. Bd. II S. 661; Ihering Geist I 150 fg. Keller Civilproz. § 19; Karlowa Civilproz. S. 150 fg.; Bekker S. 184.

²) Vgl. Schulin S. 533: "Die legis actio per manus injectionem ist ein Analogon zu dem Verfahren gegen den fur manifestus; ja dieses darf vielleicht geradezu als ihr Vorbild bezeichnet werden." Vgl. auch Karlowa a. a. O. S. 61. Die Wahrscheinlichkeit spricht also dafür, dass die manus injectio in erster Linie Bestrafung und nicht Befriedigung verfolgte, und dass dem Gläubiger mit dem Anrecht auf die Person des Schuldners nicht auch zugleich dessen lebende und tote familia zufiel. (Anders die herrschende Meinung; übereinstimmend Bethmann-Hollweg II S. 666.)

³⁾ Mit Recht leugnet Huschke S. 79 n. 97 und ihm folgend Ihering a. a. O. I 152 n. 59 b. und Sohm S. 151 n. 10 die Notwendigkeit einer addictio des Schuldners durch den Prätor. Gellius noctes Atticae XX 1, 44 sagt zwar... nisi dissolverant, ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant judicati addicebantur; indessen enthält weder der von Gellius XX 1, 45, noch der von Gajus IV § 21 wiedergegebene Text der XII Tafeln ein Wort davon. Vgl. auch Gellius XX 1, 47 oben Note 1. Dagegen freilich die herrschende Meinung z. B. Bethmann-Hollweg Bd. I S. 198; Bayer § 334 a. A.

Anwendung bringen konnte.¹) Der Gläubiger durfte in das Haus des Schuldners dringen (etiam absente adversario) und ihm unter Gebrauch solenner Formeln²) für seine Forderung einen Gegenstand abpfänden, den er in Gewahrsam behielt, bis die Forderung getilgt war.³) Dieser Modus war jedoch nur bei ganz vereinzelten Forderungen statthaft und zwar zunächst in althergebrachter Weise (introducta est moribus: Gajus IV § 27), wo ein öffentliches, militärisches Interesse in Frage stand,⁴) und der gewöhnliche Klageweg mit der Exekution durch manus injectio einen nicht erträglichen Aufschub bewirkt haben würde, sodann durch besondern Rechtssatz gleichgestellt (lege introducta est), wo Kultus- oder fiskalische Interessen⁵) obwalteten.

Dieser Exekutionsform geht auch bei Gajus noch keine Sentenz voraus. Hier, wo es sich um die dringendsten Bedürfnisse des kriegerischen und frommen Volkes und um den einträglichsten Zweig der Finanzverwaltung (Gajus IV § 28 a. E.) handelte, da spielte sich begreiflicherweise die Verwirklichung des Rechts noch in der raschesten und vermutlich ältesten Form ab. Nur das eine Zugeständnis war der veränderten Staatsverfassung gemacht, dass sich nachträglich 6) an die Pfändung eine richterliche Kognition knüpfte oder knüpfen konnte.

Ein wesentlicher Unterschied von der allgemein anwendbaren manus injectio lag bei der pignoris capio in dem gegen ein (einzelnes) Vermögensobjekt gerichteten Zwange.

Wir dürfen nicht ausser acht lassen, dass die speciellen

Anwendungsfälle der pignoris capio und die Art wie sich dieselben ständig verringert haben 1) auf das Singuläre dieses Exekutionsmittels deutlich hinweisen. Nur, weil es mit dem Staats- und besonders dem Sakralrechte zusammenhing, wagte man, obgleich es schon längst unzeitgemäss war, aus religiöser Scheu nicht an ihm zu rütteln. Erwägt man dies, so entbehrt es jeder Wahrscheinlichkeit, dass aus diesem absterbenden Verfahren ein neuer, fruchtbarer Gedanke für die Umgestaltung der Vollstreckungsmethode entsprungen sei.2)

Wenn die Personalexekution noch in republikanischer Zeit ³) von der Realexekution in den Hintergrund gedrängt wurde, so trug dazu sicherlich der Umstand bei, dass durch jene in vielen Fällen gar nicht die Befriedigung des Gläubigers erreicht, sondern eine nicht unbedeutende persönliche Belästigung desselben herbeigeführt wurde.

Diesen Missständen hat — unter der Herrschaft der legis actio per manus injectionem — wohl schon eine lex Poetelia abzuhelfen versucht, indem sie den Gläubiger anstatt an die Person des Schuldners auf den Zugriff an seine Habe verwies.⁴)

In nachhaltigerer Weise ist dem Principe der Realexekution in Anlehnung an das publizistische Institut der sectio bonorum ⁵) durch eine Bildung des prätorischen Rechtes — die missio in possessionem ⁶) — zur Anerkennung verholfen worden.

In erster Linie scheidet sich die missio durch den Gegen-

¹⁾ Insoweit sind die Meinungen im grossen und ganzen ungeteilt. Verschieden sind sie nur bezüglich der Folgen der pignoris capio.

²⁾ Pernice Zeitschr. S. 127 n. 2 sub 1. Besonderes Gewicht wird hierauf von Karlowa S. 205 a. a. O. gelegt.

³⁾ Ohne Strafzuschlag Karlowa S. 206. Dagegen Keller § 20. Vgl. Wlassak Bd. I S. 251 n. 24.

⁴⁾ Gajus IV § 27.

⁵⁾ Gajus IV § 28.

⁶⁾ Auch über diesen Punkt herrscht Einigkeit. Gestritten wird nur über die absolute Notwendigkeit eines auf die pignoris capio folgenden judicium und über die Rollenverteilung in demselben: Ihering I S. 161, Mommsen Staatsr. I 177, Karlowa S. 206. Bekker I S. 44. Pernice a. a. O. S. 130, 128. Wlassak a. a. O.

¹⁾ Puchta § 162 Note u.

²) Über die pignoris capio im allgemeinen vgl. Keller § 20, Ihering Bd. I S. 160 fg., Bekker I S. 42 fg. Wlassak Bd. I S. 251 fg. und besonders Karlowa a. a. O. S. 201 fg. u. 207 fg.

³⁾ So Bethmann-Hollweg II S. 671, Puchta § 179 Note mm.

⁴⁾ Livius VIII 28, § 9: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Hierin ist nach Huschke S. 132 und Bethmann-Hollweg Bd. I S. 200 der Inhalt der lex Poetelia zu finden. Die Meinungen über die Reform der lex Poetelia sind übrigens verschieden vgl. Puchta § 162 Note s. Es soll nicht verkannt werden, dass die lex Poetelia in erster Linie durch das Verlangen nach einer Milderung des grausamen Schuldrechts veranlasst worden ist.

⁵) Bethmann-Hollweg II 669; Rudolph S. 326; Pernice Labeo I S. 351 bis 357.

⁶) Statt aller Bachofen S. 294 fg.

stand ihres Angriffs von der manus iniectio. Aber auch in der Form und den betreibenden Faktoren weicht sie ganz wesentlich von dieser ab.

Die Person des Schuldners bleibt zunächst intakt. Nur an seinem ganzen Vermögen erhält der Gläubiger frühestens 30 Tage nach der condemnatio oder confessio (Gaj. III 79: si vero mortui, per dies XV) die Detentionsbefugnis; jedoch bloss auf Einweisung des Prätors. Nach Ablauf einer weiteren Frist¹) wird dem Gläubiger der Verkauf der beschlagnahmten Gegenstände als einer Gesamtmasse gestattet; aber die Verkaufsbedingungen werden unter Mitwirkung des Magistrats aufgestellt. Eine Versteigerung wird nach Anordnung des Prätors vorgenommen: das ganze Vermögen wird durch eine unter Assistenz des Prätors aus der Mitte der Gläubiger gewählte Person auf Geheiss des Prätors zugeschlagen.²)

Überall hat die Obrigkeit ihre Hand im Spiele, wenngleich die Ausführung noch dem Gläubiger verbleibt: bei der missio in possessionem ist der Gläubiger zum Organ des Prätors herabgesunken.

Aber auch die Realexekution hatte — in dieser Form — bedenkliche Nachteile. Hauptsächlich durch ihre Unwirtschaftlichkeit, dass auch bei geringer Schuldenlast dem Schuldner die Verfügung über sein ganzes Vermögen genommen wurde ³), und ferner dadurch, dass sämtliche Gläubiger sich dem Verfahren anschliessen konnten und so der Vorzug des raschen Zugriffs, den der einzelne bei der manus injectio gehabt hatte, ganz wegfiel. In gewissem Grade schuf die Praxis eine Abhülfe, wenn sie nur die mit einem Judikat ausgestatteten Gläubiger als gleichberechtigt erachtete.⁴) Aber dies war nur ein

Palliativmittel und beseitigte den Schaden nur nach einer Richtung. Die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse, vor allem der gesteigerte Wert des Mobiliargutes, drängten auf Einführung der Spezialexekution.

Der Kaiser Antoninus Pius 1) statuirte für das ordentliche Verfahren die Zulässigkeit, 2) Einzelobjekte zu pfänden. 3) Antoninus hat die pignoris capio als allgemeines Exekutionssystem zwar nicht erfunden, sondern nahm sie, wie dies schon bei der missio geschehen, aus dem Verwaltungszwangsverfahren herüber. 4) Hier war sie nur ein Ausfluss der magistratualen Coercitionsgewalt und wurde z. B. gegen Sena-

¹) Bei Puchta 10. Aufl. I § 179 note hh S. 557 werden 2 Fristen von je 30 Tagen (bei Nachlassmassen je 15 Tagen) augenommen. Die Zeitangaben sind wegen des verderbten Textes von Gaj. III 79 sehr bestritten. Vgl. Krüger, Kritische Versuche S. 134; Ubbelohde S. 21.

²⁾ Sehr drastisch Gajus III 79: bona jubet praetor possideri et proscribi . . . jubet convenisse creditores et ex eo numero magistrum creari . . . venditionem fieri jubet . . . addici jubet.

³⁾ Vgl. hierzu Ubbelohde S. 1 fg.

⁴⁾ Vgl. c. 4 C. 8, 17 von Caracalla und hierzu Bachofen S. 449.

^{1) 1. 31} D. 42, 1; l. 15 pr. ibid. Puchta § 179 zu Note rr. Bethmann-Hollweg II 691, Keller §§ 78, 83 fg. Schon früher nach Rudorff II 306 und Dernburg bonorum emtio S. 4 fg. ohne zutreffenden Grund; eine Mittelmeinung bei Sohm S. 200.

²⁾ Über das Nebeneinanderbestehen der missio i. p. und des pignus in causa judicati captum vgl. Krech-Fischer S. 11. Darauf weist auch die Nebeneinanderstellung der Titel 1, 2 und 4—8 im 42. Buche der Digesten.

³⁾ Der Anschauung von Schruttka-Rechtenstamm S. 15: "Nachdem unter Diocletian das alte ordentliche Verfahren abgeschafft und an dessen Stelle die bisherige extraordinaria cognitio als der ordentliche Prozess gesetzt worden war, trat auch das pignus i. c. j. c., bisher die Execution in Fällen der extraordinaria cognitio, mehr in den Vordergrund." (Ebenso Rudolph S. 340 mit Bezug auf 1, 50 D. 21, 2 und Dernburg Pand. Bd. I § 271 unter a) ist nicht beizutreten; denn die prinzipielle Voraussetzung einer sententia für die Exekution in Fragmenten Ulpians und seiner Zeitgenossen (vgl. unten § 2 a. A.) beweist, dass schon in jener Periode, also wohl auch schon unter Antoninus Pius, das pignus i. c. j c. sich an das ordentliche Verfahren angeschlossen hat. Etwas anderes besagt auch nicht 1.50 D. 21, 2; denn extra ordinem gehört nicht zu sententias, sondern zu sequentes und bedeutet, dass die Exekution durch pignus i. c. j. c. selbst nicht einen Teil des ordentlichen Verfahrens vor dem judex bildet, sondern dem Magistrat anheim gegeben sei, schliesst also keineswegs das pignus i. c. j. c. als Folge des ordentlichen Verfahrens aus. Vgl. im übrigen Pernice Zeitschr. S. 31 und vor allem Bethmann-Hollweg II S. 694 n. 7; auch Hellwig S. 93.

⁴⁾ Schruttka S. 14: "Das pignus i. c. j. c. knüpft wohl nicht an die pignoris capio der legis actio p. p. c., sondern an jene pignoris capio an, welche den Magistraten als Straf- und Zwangsmittel rein polizeilicher Natur zustand" — dass es auch zur Durchführung von Verwaltungsdekreten seine Geltung behielt, ist ausser Zweifel. Dieses Anwendungsgebiet bleibt jedoch von der folgenden Betrachtung ausgeschlossen.

toren geübt, wenn sie ihre Pflicht, im Senate zu erscheinen, versäumten. 1)

Der namentliche Gleichklang des neuen Instituts mit der legis actio per pignoris capionem in Verbindung mit dem Umstande, dass diese zur Zeit der Einführung des pignus in causa judicati captum für einzelne Fälle noch in Übung stand,²) legen für den ersten Blick einen Zusammenhang der Reform des Antoninus Pius mit jenem älteren Rechtsinstitute nahe.³) Indessen sprechen auch hier die bereits oben aus der Natur der legis actio per pignoris capionem entnommenen Gründe — und zwar in erhöhtem Grade — gegen eine Fruktificierung der legis actio für das allgemeine Exekutionsverfahren. Jenen Gründen lässt sich noch hinzufügen, dass, falls es sich nur um eine zeitgemässe Umgestaltung der legis actio gehandelt hätte, Antoninus Pius diesen Umstand kaum verschwiegen, sondern an ihn angeknüpft haben würde.

Hauptsächlich aber wird die aus dem Namen hergeleitete Ähnlichkeit durch den Umstand widerlegt, dass, während die legis actio durch die bis in die Kaiserzeit hinein zu Exekutionszwecken gestattete, sonst streng verpönte,⁴) Selbsthülfe auffällt, das pignus i. c. j. c. den obrigkeitlichen Betrieb der Exekution zum Prinzip⁵) erhoben hat und sich hierdurch an die grossen Systeme der manus injectio und missio in possessionem anreiht.⁶) Mit diesen hat das pignus i. c. j. c., was für die Kontinuität der Systeme nicht belanglos ist, auch die Fristform gemeinsam.

Das pignus in causa judicati captum⁷) ist darnach nicht bloss eine Erweiterung der ganz singulären legis actio per pignoris capionem, sondern das normale Schlussglied in der Kette der römischen Exekutionsformen.

Die von Antoninus Pius gesetzte Norm blieb grundlegend. Die prätorische viva vox legis und die Jurisprudenz haben sich offenbar wenig 1) oder gar nicht mit dem pignus i. c. j. c. beschäftigt; nirgends wird auf die Meinung eines Rechtslehrers Bezug genommen, sondern nur auf Kaisererlasse verwiesen. 2) Das pignus i. c. j. c. hat denn auch in manchen Punkten Erweiterungen bezw. Abänderungen durch kaiserliche Reskripte erfahren. Vermutlich ist uns jedoch nur ein geringer Teil derselben erhalten. 3) Mit einer einzigen Ausnahme 4) sind uns auch die Reskribenten bekannt:

Septimius Severus (193—211),⁵) Antoninus Caracalla (211 bis 217),⁶) Alexander Severus (222—235),⁷) Gordian III. (238—244),⁸) Philippus Arabs (244—249),⁹) Diocletian und Maximian (284—305),¹⁰) Constantin (323—337),¹¹) Valens, Gratian und Valentinian II. (364—392),¹²) Justinian.¹³)

In der Gestalt, welche das pignus i. c. j. c. unter Justinian erlangt hatte, ¹⁴) ist es in die Rechte der oberitalienischen Städterepubliken und von da in das gemeine Recht übergegangen.

¹) Vgl. Puchta § 179 zu Note u, auch Bethmann-Hollweg Bd. I S. 95, Rudolph S. 324, 341; Stölzel Archiv S. 373.

²) Wenn auch nicht mehr in solennen Formen: Wlassak I S. 255 n. 32, 158, 90, 91. A. M. Rudorff Bd. II S. 341.

³) So meint Stölzel a. a. O. S. 377: "Ich möchte die inneren Gründe entscheiden lassen und darum das pignus i. c. j. c. für eine Erweiterung der alten legis actio halten;" ähnlich Bayer S. 1109.

⁴⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg II 178 fg., Dernburg Pandekten Bd. I § 125.

⁵) Ebenso v. Schruttka - Rechtenstamm S. 15 fg. Vgl. l. 6 § 2 D. 42, 1 unten S. 21 n. 3.

⁶⁾ Vgl. Bethmann-Hollweg II S. 656, 657.

⁷⁾ Die Bezeichnung "pignus judiciale" ist nicht quellenmässig. Ich finde

sie zuerst in der glossa ordinaria. Der Kürze halber soll sie auch im dogmatischen Teil dieser Abhandlung angewendet werden.

¹⁾ Vgl. 1. 40 D. 42, 1.

 ²) Vgl. ausser den in der folgenden Note angeführten Stellen noch c. 2
 C. 8, 22, (23), sowie die Darstellungsweise Ulpians in l. 15 D. 42, 1.

s) Darauf deuten Wendungen wie saepe rescriptum est von Caracalla (c. 1 C. 8, 22 [23]) und secundum ea, quae saepe constituta sunt von Diocletian (c. 9 C. 7, 53) hin; auch multis rescriptis in l. 2 pr. D. 26, 7.

⁴⁾ l. 15 § 9 D. 42, 1.

⁵⁾ Zusammen mit Caracalla: I. 15 §§ 1, 3 D. 42, 1; c. 1 C. 4, 15; c. 1 C. 7, 53.

⁶⁾ l. 15 §§ 4, 8 D. 42, 1; c. 2, 3, 4 C. 7, 53; c. 2 C. 4, 15; c. 1 C. 8, 22 (23).

⁷⁾ c. 2 C. 8, 22 (23).

⁸⁾ c. 3 C. 8, 22 (23).

⁹⁾ c. 6 C. 7, 53.

¹⁰⁾ c. 8, 9 C. 7, 53; c. 6, C. 8, 25 (26)?

¹¹⁾ c. 7 C. 8, 16 (17).

¹²⁾ c. 5 C. 7, 65.

¹³) c. 2, 3 C. 7, 54.

¹⁴) Dass nov. 52 das pignus i. c. j. c. aufgehoben hätte (Salmasius de usuris nach Küstner S. 69), ist eine grundlose Behauptung.

Dogmatischer Teil.

A. Voraussetzungen.

§ 2.

Sententia — Confessio in jure.

Dem pignus i. c. j. c. musste eine ohne formalen Mangel zustande gekommene ¹) und noch zu Recht bestehende ²) richter-liche ³) condemnatio ⁴) zu Grunde liegen. ⁵)

Als formale Mängel, welche die Gültigkeit der Sentenz unter allen Umständen aufheben, werden z. B. genannt: das Interesse des Richters an der Sache, die Unzuständigkeit des Gerichts, nicht gehörige Verkündung des Urteils, Wahnsinn des Richters b u. a. m. 7) Für die Verurteilung, welche die Exekution zur Folge haben soll, ist materiell erforderlich, dass sie auf Geld gerichtet ist. Bis in die späte Kaiserzeit hinein hat bekanntlich das römische Recht grundsätzlich nur eine condemnatio pecuniaria gekannt. Auch die Restitutionsbescheide der actiones arbitrariae, welche zweifellos einen Schritt zu einer mehr naturgemässen Rechtsverwirklichung bildeten, mussten, um exequierbar zu werden, sich die Umwandlung in eine — willkürliche — Geldkondemnation gefallen lassen. Soweit jedoch eine noch spätere Zeit auch eine unmittelbare Exekution specieller Gegenstände zuliess, erwuchs aus derselben für den Gläubiger kein pignus i. c. j. c., sondern die Sache wurde ihm zu eigen transferiert. (l. 68 D 6, 1.) Für die Begründung des pignus i. c. j. c. bleibt somit die condemnatio pecuniaria die unverrückte Grundlage.

Nach der heutigen Rechtsanschauung besitzt einzig das obrigkeitliche Urteil die Fähigkeit einen unanfechtbaren Zustand anzuerkennen oder zu schaffen, der nötigenfalls mit Gewalt aufrecht erhalten oder durchgesetzt wird: ein vor dem Richter durch die Partei erklärtes Anerkenntnis kann nur die Grundlage eines Urteils abgeben, ersetzt dasselbe aber nie.1) In älteren Rechten ist die Autorität des Staates bekanntlich noch nicht in dem Masse erstarkt, dass er die richterliche Macht ausschliesslich zu üben vermöchte: nur allmählich und unter weitgehender Anerkennung des privaten Selbstbestimmungsrechts ist der Staatsgedanke auch im Prozessrechte durchgedrungen.2) Eine charakteristische Bestätigung dieser allgemeinen Erfahrung giebt das römische Recht, wenn es den alten, offenbar³) schon in den XII Tafeln aufgestellten Satz: confessus pro judicato est, qui quodam modo sua sententia damnatur4) bis in die Kaiserzeit beibehalten hat. Deshalb ist auch in l. 31. D. 42,

¹⁾ l. 4 § 6 D. 42, 1: Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat; ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est condemnationis verbum non tenere.

²⁾ z. B. nicht durch novatio aufgehoben: 1.4 § 4 D. 42, 1; c. 2 C. 7, 53.

³) Paulus sent. rec. V 5 a § 1: Ex compromisso autem judex sumptus rem judicatam non facit.

⁴⁾ Wenn eine ältere Theorie (Küstner S. 18) zwischen den Begriffen sententia und res judicata scheiden will, und — gestützt auf den Satz: res judicata finem facit controversiarum — behauptet, die sententia müsse der endgültigen res judicata vorausgehen, so ist dies blosse Wortspielerei; vgl. sententiam exequi in l. 15 pr., § 1 § 6 D. 42, 1; c. 2 C. 8, 17 (18) mit dem ganz gleich bedeutenden rem judicatam oder judicatum exequi in l. 15 § 4 § 8 D. 42, 1 und c. 3 C. 7, 53; einen geringen Unterschied zwischen sententia und res judicata siehe bei Frommhold S. 17 n. 5.

⁵) l. 58 D. 42, 1; c. 8 C. 7, 53.

⁶⁾ Vgl. c. un. C. 3, 5; c. 1 C. 7, 48; c. 6 C. 7, 45, c. 1 C. 7, 44; l. 9 D. 42, 1,

^{7) 1. 57} D. 42, 1. (Nicht gehöriges Alter des Richters); c. 4 C. 7, 45 (contra solitum judiciorum ordinem).

^{1) § 278} Reichszivilprozessordnung.

²) Besonders interessant nach dieser Richtung ist die Geschichte der Prozesseinlassungsformen, des Beugezwangs. Vgl. Bülow zivilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten im Archiv für die zivil. Praxis. Bd. 62 S. 1 fg.

³⁾ Sohm § 11 n. 3.

⁴⁾ l. 1 D. 42, 2; bezeichnend für die wenig publizistische Anschauung noch bei Ulpian l. 2 pr. D. 26, 7: si tutor condemnavit etc. Vgl. auch c. un. C. 7, 59 von Caracalla.

1,¹) welche das Einführungsgesetz unsers Instituts enthält, der confessio in bezeichnender Weise sogar noch vor der res judicata gedacht und auch bei der weiteren Normirung²) des pignus i. c. j. c., obschon die Gleichstellung der confessio mit der sententia durch das Antoninische Grundgesetz bereits genügend gewährleistet ist, auf dieselbe erneut verwiesen.

Die hohe formale Geltung kam jedoch der confessio nur dann zu, wenn sie in jure abgegeben war (und ursprünglich auch nur bei den actiones certi). Da es in der Zeit der kraftvollsten Entwickelung unseres Instituts, seitdem die Scheidung von jus und judicium durch Vereinigung der gesamten richterlichen Thätigkeit in der Person des Beamten aufgehoben war,³) eine confessio in jure offiziell nicht mehr gab, die alte Trennung faktisch aber noch fortlebte, so muss entsprechend eine confessio vor der contradictio objecta gefordert werden.⁴)

Der zur Exekution berechtigte Gläubiger und der zu ihrer Duldung verpflichtete Schuldner ergeben sich in der Regel aus dem Wortlaute der condemnatio. Indessen brachte es das eigenartige römische System prozessualer Stellvertretung mit sich, dass cognitor, tutor oder curator als Sieger bezw. Besiegte in der condemnatio genannt wurden, während die Exekutionsinstanz nur mit den von ihnen Vertretenen rechnete.⁵)

Als Ausweis über die condemnatio wird sich der Gläubiger eine Ausfertigung des Urteils haben geben lassen müssen. 1)

§ 3.

Tempus judicati.

Manu militari sofort nach Entscheidung des Rechtsstreits in die Rechtsverhältnisse des unterlegenen Gegners einzugreifen, hielten die Römer für eine nicht gerechtfertigte Härte und aus diesem von Gajus besonders betonten Grunde²) ward zu Gunsten der Schuldner schon durch die XII Tafeln (per legem) eine gesetzliche Zahlungsfrist³) eingeräumt, deren fruchtloser Ablauf eine weitere notwendige⁴) Voraussetzung der Urteilsexekution bildet. Das prätorische Edikt⁵) verlängerte die Frist zur Herbeischaffung von Zahlungsmitteln. Der Codex Theodosianus⁶)

¹⁾ His, qui fatebuntur debere, aut ex re indicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur; eorum, qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi; eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erant.

²) l. 6 § 7 D. 42, 2; Paulus sent. rec. V 5 a § 4: eorum, qui de debito confessi sunt, pignora capi et distrahi possunt.

³) Dass Diocletian es war, der die Scheidung aufgehoben hat, kann nach dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft nicht mehr mit Bestimmtheit behauptet werden; vgl. Pernice Zeitschr. d. Savignystiftung Bd. III S. 103 fg. und dazu Leonhard § 128 n. 8.

⁴⁾ Der confessio in jure gleichgestellte Fälle, wie, dass der Delat auf die Eidesdelation in jure schweigt und deshalb pro confesso gilt, können hier nicht besonders behandelt werden.

⁵) Fragm. jur. Rom. Vatic. 317: cognitore enim interveniente, judicati actio domino vel in dominum datur; 1. 2 D. 26, 7; c. 1 C. 7, 45.

¹⁾ Arg. c. 1 C. 7, 44: arbitri nulla sententia est, quam scriptam edidit litigatoribus, si non ipse recitavit. — Dass in der Kaiserzeit die Gerichtsverhandlungen genau protokolliert, die Endurteile schriftlich abgefasst wurden und das magistratuale officium gegen Entgelt Abschriften aus den Akten erteilte, darüber vgl. die reichlichen Citate bei Bethmann-Hollweg II S. 137 n. 7, 147, 148, 156, 160 n. 26, 192 fg., auch Stölzel Schulung S. 40.

²) Intra dies constitutos, quamvis judicati agi non possit, multis tamen modis judicatum liberari posse, hodie non dubitatur, quia constitutorum dierum spatium pro judicato, non contra judicatum per legem constitutum est: 1. 7 D. 42, 1; tempus quod . . . ad expediendam pecuniam tribuitur nennt es Gajus III 78.

³) Gajus scheint (vgl. vorige Note) auf eine frühere Ansicht hinzudeuten (quamvis . . . hodie non dubitatur) welche vermuthlich während des tempus judicati den Schuldner zur Ruhe zwingen oder dem Gläubiger die Ablehnung der angebotenen Schuldsumme gestatten wollte. Eine so starre Interpretation wäre bei der älteren Jurisprudenz durchaus nicht überraschend. Jene Ansicht würde z. B. den zahlungsbereiten Schuldner genöthigt haben, die trotz der Litiskontestation weiter laufenden vertragsmässigen Zinsen oder die Prozesszinsen (bei den judicia bonae fidei) während des tempus judicati zu zahlen (l. 35 D. 22, 1 und dazu v. Savigny System d. heut. röm. Rechts Bd. VI S. 142, 143) — ein Zwang von so offenbarer Unbilligkeit, dass in dieser Weise schon zu Gajus' Zeit Niemand mehr in die ratio legis interpretieren konnte.

⁴⁾ Aeris confessis rebusque jure judicatis XXX dies justi sunto (Bruns fontes ed. VI S. 20).

⁵) Gajus III 78: Judicatorum tempus, quod eis partim lege XII tabularum partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur.

⁶⁾ c. 1 pr. C. Th. 4, 19.

fixierte die Frist auf 2 Monate. Justinian verfehlt nicht, ruhmredig sich als Verbesserer dieser Satzung hinzustellen, indem er ein tempus judicati von 4 Monaten einführte, 1) gleichzeitig aber dem diese Frist nicht inne haltenden Schuldner schwere Vermögensnachteile auferlegte.

Die gesetzliche Frist war jedoch nicht unabänderlich. Sie konnte vom Jurisdiktionsmagistrat ²) nach seinem billigen Ermessen (quod sufficere pro facultate cuiusque videbitur l. 31 D. 42, 1) sowohl verlängert wie verkürzt werden. Jenes ist die Regel (pro causae qualitate et quantitate: l. 2. D. 42, 1), dieses die Ausnahme ³) (perraro intra statutum tempus sententiae exequentur) z. B. si alimenta constituantur.

Die confessio in jure ersetzt das Urteil. Auch nach ihr läuft das tempus judicati ebenso wie nach der condemnatio.⁴) Doch, wann beginnt sein Lauf? Für den certum confessus wird man entsprechend dem condemnatus den Zeitpunkt der confessio als massgebend annehmen müssen,1) da diese so klar wie das Judikat die Verpflichtung feststellt. Anders die später mit gleicher Wirkung ausgestattete confessio incerti. Zwar erhält auch sie ihre Relevanz mit dem Augenblick ihrer Abgabe, aber sie erfordert für die Zwecke der Exekution zur Klarstellung des Umfanges der letzteren noch einer actio confessoria.2) Man könnte nun meinen, dass diese actio, da sie nur rechnerische nicht kondemnatorische Zwecke verfolgt³), an dem Anfangstermin des tempus judicati nichts änderte. Das wäre indes eine rein formalistische Gleichstellung der confessio mit der condemnatio, die dem von Gajus⁴) mehrfach ausgesprochene Zwecke des Instituts, dass nämlich der Schuldner eine gewisse Zeit hindurch vom Zwange befreit bleibt und nur das Zahlungsrecht hat, widerstreitet; denn was hätte ein Zahlungsrecht ohne Kenntnis des Zahlungsumfangs für eine Bedeutung? Aus dieser Erwägung verlängert sich das tempus judicati nach der confessio in jure incerti schon gesetzlich um den Zeitraum zwischen Abgabe der confessio und Entscheidung auf die actio confessoria.

Andrerseits ist durch die Verjährung der actio judicati eine Zeitgrenze geschaffen, nach deren Überschreitung die Exekution zwar noch nachgesucht, vom Schuldner aber mit Erfolg zurückgewiesen werden kann.

§ 4.

Postulatio.

Der zur Exekution nach Erfüllung der genannten Vorbedingungen berechtigte Gläubiger musste die Ausführung bei dem zuständigen Magistrate nachsuchen:

Cum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per of-

¹⁾ Er erwähnt dies besonders eingehend in c. 3 § 1 C. 7, 54. Dieser Erlass ist aus dem Jahre 531 datiert und soll nicht erst diese Frist einführen. sondern die bereits eingeführte (quas dedimus condemnatis c. 3 § 3 eod) auch auf die Bürgen ausdehnen. Bei dem grossen Interesse Justinians für eine angemessene Regelung der Bürgschaftslehre ist wohl anzunehmen, dass er die Normierung für die Bürgen des Verurtheilten in c. 3 § 3 cit. nicht gar zu lange nach der Normierung für den Verurtheilten selber getroffen hat. Es liegt ferner nahe, dass Justinian, da er durch die Verdoppelung des tempus judicati die Lage des Gläubigers zu gunsten des Schuldners verschlechterte, ein Gegengewicht schaffen musste und deshalb gleichzeitig oder doch bald nach Einführung der quadrimenstres induciae erklärte: "Eos, qui condemnati solutionem pecuniarum ultra IV menses a die condemnationis distulerint, centesimas usuras exigi praecipimus." (c. 2 C. 7, 54.) Diese praeceptio stammt aus dem Jahre 529; sie enthält m. E. nichts über eine Verlängerung des tempus judicati. Dieselbe muss daher in einer gleichzeitigen, nicht auf uns gekommenen constitutio festgesetzt worden sein. Diese Vermutung dürfte auch in c. 2 C. 7, 54: nec priscis legibus, quae duas centesimas eis inferebant, nec nostra sanctione, quae dimidiam centesimae statuit locum in eorum personam habentibus eine Stütze finden. Dagegen anscheinend Krüger note 5 zu c. 2 cit.

²) Vgl. qui pro tribunali cognoscit: l. 2 D. 42, 1 und dazu Bethm.-Holl. II 174.

³⁾ l. 31 D. 42, 1 sagt deshalb auch nichts davon.

⁴⁾ Vgl. l. 31 D. 42, 1 c. 9 C. 7, 53, Paul sent. rec. V 5 a § 2.

¹) Einzig diesen Regelfall kann Paulus im Auge haben, wenn er Sent. rec. V 5 a § 2 sagt: Ex die confessionis tempora solutioni praestituta computantar.

²) Vgl. Bethmann-Hollweg II 548 fg.

^{3) 1.25 § 2} D.9.2 nam nullae partes sunt judicandi in confitentem.

^{4) 1. 7} D. 42, 1, Inst. III, 78 (oben abgedruckt S. 13 n. 5).

ficium ejus, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit: 1) c. 2 C. 8, 22 und dieser hatte die objektiven wie subjektiven Voraussetzungen zu prüfen.

Welcher Magistrat ist zuständig?

Zumeist drücken sich die Quellen hierüber ganz allgemein aus, z. B. heisst es: ex auctoritate ejus, qui jubere potuit (l. 10 D. 20, 4) oder ex ejus auctoritate, cui praecipiendi jus fuit (c. 13 C. 8, 44 (45)) oder ejus jussu, cui jus jubendi fuit (c. 1 C. 8, 22).

Eine Aufzählung der zuständigen Behörden giebt uns Ulpian (libro XXXV ad Edictum: 1.3 § 1 D. 27, 9):

Pignori tamen capi jussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis et distrahi fundus pupillaris potest.

Was unter der allgemeinen Bezeichnung "magistratus" zu verstehen ist, sagt uns derselbe Jurist in einem anderen Werke (libro III de officio Consulis: l. 15 pr. D. 42, 1):

A divo Pio rescriptum est magistratibus populi Romani, ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequantur hi, qui eos dederunt.

Da das Werk Ulpians, aus welchem dies Fragment stammt, wie schon sein Titel²) beweist, nur auf römische Verhältnisse Bezug nimmt, ist darunter der praetor zu verstehen.³)

Ausserhalb Italiens stand — dem römischen Prätor entsprechend — an der Spitze des kleinsten staatlichen Verwaltungskörpers 1) mit Jurisdiktionsgewalt der praeses provinciae. 2) Ihm fällt deshalb auch die Übung der Exekution zu. 3)

Da nun in den Provinzen die Scheidung zwischen jus und judicium schon lange vor Diocletian nicht mehr streng beobachtet wurde, so fallen erkennender und vollstreckender Magistrat häufig zusammen: 4) es wurde die Bezeichnung des praeses provinciae als judex ordinarius 5) üblich. — Sobald sich deshalb ein judex als Exekutionsleiter genannt findet und die Stelle provinzielle Verhältnisse behandelt, dann dürfte unter dem judex zunächst der praeses provinciae zu verstehen sein.

Die von Ulpian erwähnte alia potestas ist, worauf schon die Abstufung: jussu magistratus vel praesidis vel alterius

¹⁾ Postulatio ist ein technischer Ausdruck. Bethmann-Hollweg II 164.
2) Pflüger S. 355 folgert aus der Inscription, dass der Konsul Leiter der Zwangsvollstreckung gewesen sei. Das lässt sich sonst nirgends belegen, vor allem nicht aus l. 15 pr. D. 42, 1. Die Folgerung selbst ist aber auch unbegründet, da das Werk Ulpians, soweit sich aus den vorhandenen Fragmenten ersehen lässt, nicht den geringen Amtskreis des Konsuls seiner Zeit (vgl. Bruns S. 138, 144; Schulin S. 74 "reine Figuranten"; aber auch Mommsen Abriss S. 199) zum Gegenstande hat, sondern, offenbar von der Idee beeinflusst, dass die Hauptmagistraturen nur Absplitterungen des ehemaligen Konsulats sind, unter dem Titel "de officio consulis" eine Darstellung des gesamten römischen Verwaltungsrechts giebt. Vgl. Krüger S. 220. Zu beachten ist auch, dass l. 15 pr. D. 42, 1 von der sententia Romae dicta spricht. Für die im Texte vertretene Meinung s. Bethmann-Hollweg II S. 103 fg.; 10, 7 n. 63; Schulin S. 58.

³⁾ Dagegen spricht nur scheinbar l. 15 § 12 D. 42, 1: Praeterea pecuniam . . . depositam nomine condemnati, . . . ut judicato satisfiat . . . et si pupillaris pecunia in arcam reposita sit ad praediorum comparationem

et citra permissum praetoris ab eo qui exequitur judicatum, solet capi Zweifellos geht hier der permissus praetoris von einer andern Person aus als derjenigen, qui exequitur judicatum: dadurch ist aber der praetor $\varkappa \alpha r^{\nu}$ $\xi \xi o \chi'_{1} \nu$, der praetor urbanus, von der Tätigkeit als Exekutionsmagistrat nicht ausgeschlossen; denn der permissus hängt von dem — bekanntlich unter Marc Aurel eingesetzten — praetor tutelaris ab.

¹) Nach der konstantinischen Organisation entsprach die provincia in ihrer Ausdehnung etwa unserem "Kreise" und war unmittelbar den (Dorf-) Gemeinden übergeordnet: es gehörten z. B. zur praefectura orientis bei 5 Diözesen 46 Provinzen; siehe auch Bruns S. 161 und Mommsen Abriss S. 357.

²⁾ "Die praesides provinciae bilden . . . die unterste Stufe (der Provinzialstatthalter). Sie haben dieselbe ausschliessliche Amtsgewalt innerhalb ihrer Provinz . . . einen wesentlichen Bestandteil der Amtsgewalt . . . bildet . . . die Gerichtsbarkeit" Bethmann-Hollweg Bd. III S. 42.

³) c. 2, 3, 4 C. 7, 53; c. 3 C. 8, 22 (23); c 2 C. 4, 15; c. 9 C. 7, 53 gebraucht die allgemeinere Bezeichnung "rector provinciae".

⁴⁾ Vgl. Karlowa Rechtsgesch. I S. 329. Puchta § 67 a. E. Pernice nach Wlassak II S. 344 n. 34 und im allgemeinen über das mehr absolute Regiment in den Provinzen Bruns S. 145. Für die Nichtbeachtung des römischen Gerichtsgebrauchs z. B. bezüglich der Oertlichkeit ist bemerkenswert Evang. Joh. 18, 33; 19, 9, dessen Abfassung selbst Rénan in der Einleit. zu seinem "Leben Jesu" spätestens an das Ende des 1. Jahrh. verlegt. Dies ist die herrschende Ansicht: Hase, Kirchengeschichte Leipzig 1885 I. Teil S. 181, Rolfus, christl. Kirch. Gesch. 2. Aufl. 1883 S. 278 fg. Die extreme Meinung von Baur (zwischen 160 und 170) ist längst aufgegeben; vgl. Godet, Komment. zu dem Evangel. des Johannes 3. Aufl. 1890 S. 124.

⁵) Bethmann-Hollweg Bd. III S. 44.

potestatis hindeutet, eine niedrigere Amtsgewalt. Es liegt nahe, da vom Mündelgute in der lex die Rede ist, die seit Trajan¹) zur Leitung des Vormundschaftswesens besonders herangezogenen Magistrate der Landstädte²) darunter zu verstehen. Der Stelle muss jedoch eine über das Vormundschaftsrecht hinausgehende Bedeutung gegeben werden; denn soviel uns bekannt, haben schon die Atestiner Fragmente den städtischen Behörden die Jurisdiktion in gewissem Umfange eingeräumt,³) und grundsätzlich⁴) ist hiermit auch die Exekutionsbefugnis gegeben.

Hiernach hatte der judex in seiner engeren, altrömischen Bedeutung als im judicium entscheidender Privatmann mit der Exekution nichts zu thun.⁵) Das geht m. E. auch aus l. 15 pr. D. 42, 1 arg. a contr. unverkennbar hervor.

Wie erklärt es sich aber, dass trotzdem der judex in einzelnen Stellen mit der Exekution in Verbindung gebracht wird?

Die an sich geringfügige Zahl derartigen Quellenstellen mindert sich für unsere Betrachtung noch erheblich, sobald man die aus der Zeit nach Diocletian stammenden,¹) wo in der Regel judex nicht den Geschworenen, sondern den Magistrat bezeichnet, von Anfang an ausscheidet. Dann bleiben vor allem noch folgende Stellen:

1. 15 § 6 D. 42, 1: Si post addictum pignus aliqua controversia emtori moveatur, an sit cognitio ejusdem judicis, qui sententiam executus fuerit, videndum est . . .

1. 15 § 7 D. 42, 1: . . . si emtor, cui pignora sunt addicta, exequente judice pretium non solvat, utrum adversus emtorem porrigere manus debent iidem judices qui sententiam exequuntur, videndum est; . . .

1. 15 § 8 D. 42, 1: Sic quoque judices exequentur judicatum, ut nomina pignore juris capiant etc.

Diese 3 leges stammen aus der gleichen Schrift Ulpians, aus der wir oben als ganz unbedenklich entnehmen mussten, dass die judices vel arbitri von der Exekution ausgeschlossen seien. Judex kann daher in diesen Fragmenten nicht die Bedeutung "Geschworenenrichter" haben.

Die vierte Stelle, c. 1 C. 7, 53 (Impp. Severus et Antoninus):

Nimis propere judex pignora Marcellae capi ac distrahi jussit ante rem judicatam. Prius est ergo, ut servato ordine actionem adversus eam dirigas, et causa cognita sententiam accipias (206)

stammt aus der gleichen Zeit wie die drei vorgenannten. Aus der Konstitution selbst dürfte kein Argument gegen die zu ihrer Zeit in Rom noch regelmässige Bedeutung von judex zu gewinnen sein. Aber wir wissen ja gar nicht, ob sie überhaupt für Rom bestimmt war. Ja, wenn man das Verhältnis der Zahl der Provinzialen zu der der Stadt-Römer oder Italer betrachtet und ausserdem die Fürsorge schon früher Kaiser²)

¹⁾ Dernburg Pandekten II § 135 n. 6.

²) Vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. I S. 417, der keine Begründung dafür giebt, und Mommsen Abriss S. 214 fg., 287 fg., Puchta § 179 Note p.

 $^{^3)}$ Vgl. Krüger S. 73, Bethmann-Hollweg Bd. II S. 37, 69, 657 n. 7; besonders aber Wlassak Bd. I S. 195. Ob l. 29 \S 7 D. 9, 2 für die Jurisdiction der Munizipalmagistrate heranzuziehen ist, wird bestritten: Bethm.-Hollweg Bd. II S. 694 n. 8.

⁴⁾ Javolenus: Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit: 1. 2 D. 2, 1.

⁵) Bethmann-Hollweg Bd. II S. 103, 108; Pernice Zeitschrift S. 48: "Er hat keinerlei magistratuale Berechtigung; sein einziges Zwangsmittel ist die Modifikation des Erkenntnisses." Der judex als Exekutionsleiter würde auch nicht in den römischen Beamtenmechanismus hineinpassen; denn die Exekution muss durch einen jussus an das officium eingeleitet werden. Das officium war aber ein Annex des einzelnen Beamten; der Geschworene hatte natürlich keins. Es wäre also nicht abzusehen, an das officium welches Beamten der Geschworene den jussus hätte erteilen können. Ein derartiger Eingriff in die eifersüchtig gehütete Kompetenz der römischen Beamten (s. Bethmann-Hollweg Bd. II S. 107 n. 62; 156; auch Ihering Geist etc. Bd. II S. 263) durch einen Privatmann müsste zum mindesten durch eine Spezialbestimmung vorgesehen sein. — Vgl. übrigens auch l. 55 D. 42, 1: Judex postea quam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit.

¹) c. 7 C. 8, 16 und l. 74 § 1 D. 21, 2 von Hermogenian. Bei jener Stelle ist charakteristisch, dass erst die Justinianische Kompilation den rector provinciae des codex Theodosianus in den farblosen "judex" gewandelt hat. (Vgl. auch unten S. 31).

²) Vgl. die dem Kaiser Trajan zugeschriebene Mahnung für seinen Nachfolger: commendo tibi provincias, si quid mihi fatale contigerit (Bethmann-Hollweg Bd. II S. 74 n. 25).

gerade für die Provinzen in Erwägung zieht, so spricht eine hohe Wahrscheinlichkeit sogar dafür, dass auch c. 1 C. 7, 53 provinzielle Zustände im Auge hat und deshalb, wie wir oben glaubhaft zu machen versuchten, unter dem judex im Zweifel der praeses provinciae verstanden werden muss.

Aber gesetzt den Fall, die Constitution hätte es mit den Organen der Stadt Rom zu thun, so könnte aus dem in ihr gebrauchten Worte judex doch mit Rücksicht auf die im übrigen klare Rechtslage der Quellen schon deshalb nichts Abweichendes gefolgert werden, weil die Zeit der Severe "judex" auch skrupellos schon als Bezeichnung für Verwaltungsbeamte verwendet. 1)

Hierdurch erscheint auch die oben vorläufig nur negativ beantwortete Frage nach der Bedeutung von judex in l. 15 §§ 6, 7, 8 D. 42, 1 positiv gelöst: "judex" ist der Exekutionsmagistrat.²)

Im einzelnen Falle war nur derjenige Magistrat zuständig, der den entscheidenden judex ernannt; 3) seit dem Wegfalle des Unterschiedes von jus und judicium entsprechend derjenige, der selbst entschieden hat; also fallen Exekutions- und Gerichtsforum zusammen. Die Kompetenz des Magistrats erstreckt sich aber naturgemäss nur auf die in seinem Bezirke befindlichen Exekutionsgegenstände. Sollten Sachen des Schuldners ausserhalb seines Bezirks ergriffen werden, 4) so musste der

Exekutionsmagistrat die zuständige Obrigkeit um Vornahme der Zwangsvollstreckung ersuchen. 1)

Unstatthaft war es, dass sich der Gläubiger mit Umgehung des praetor bezw. praeses provinciae an den Unterbeamten wandte. Wenn dieser anders als auctoritate (sc. praesidis etc. arg. c. 3 C. 8, 22) die bona alicujus judicati in Besitz nahm, so machte er und vielleicht auch sein Auftraggeber (auctores sagt Paulus²) allgemein) sich straffällig.

Noch viel weniger aber war der Gläubiger zur persönlichen Vornahme der Pfändung befugt. Darüber lassen die Quellen gar keinen Zweifel.³)

Mit dem Antrage bei dem zuständigen Magistrate hat der Gläubiger seinen Einfluss auf die Exekution erschöpft.

Dominus negotii wird der angegangene Magistrat.

Und zwar wird er dies kraft eigenen Rechts, weder als Vertreter des Gläubigers⁴) noch des Schuldners,⁵) wie zwar

¹) z. B. für die an der Spitze der 4 italischen regiones stehenden Konsularen (Bethmann-Hollweg II S. 65); vgl. auch Bethmann-Hollweg I 55 n. 5 und II 105 und Rein in Pauly's Realencyklopädie IV 355: "In der Kaiserzeit wurde judex eine gewöhnliche Bezeichnung für alle Arten von Magistraten."

²⁾ Unrichtig spricht daher Sintenis Pfandr. S. 352 von einer Abpfändung auf Veranlassung des zuständigen "Gerichts". Davon steht in c. 1 C. 8, 22, auf die er sich beruft, nichts; ebenso unrichtig Dernburg Pfandr. I S. 417: "Erfolgt inzwischen keine Zahlung, so giebt der "Richter" Befehl zur Pfändung;" richtig dagegen a. a. O. Bd. II S. 250 fg. Die Ungenauigkeit kehrt fast bei allen neueren Schriftstellern wieder z. B. Lazarus S. 44 und ist übrigens schon bedenklich alt; denn sie findet sich bereits bei Negusantius tertium membr. tert. part. fol. 69 v.

³) l. 15 pr. D. 42, 1 (oben S. 16).

⁴⁾ Was besonders häufig dann vorgekommen sein mag, wenn ein aus der Provinz stammender Bürger in seinem fingierten forum orginis zu Rom, ohne

von seinem jus domum revocandi Gebrauch zu machen, verurteilt worden, oder wenn der Rechtsstreit fern vom Wohnsitze des Beklagten vor einem forum prorogatum ausgetragen worden ist (l. 1, 2 pr. § 1 D. 5, 1) oder der Kläger in einem forum gemäss l. 22 D. 5, 1 als Widerbeklagter verurteilt wird. Über diese Stelle vgl. Bethm.-Hollw. II § 101 n. 46 S. 465.

¹⁾ l. 15 § 1 D. 42, 1 Ulpianus libro III de officio consulis: Sententiam Romae dictam etiam in provinciis posse praesides, si hoc jussi fuerint, ad finem persequi imperator noster cum patre rescripsit. Aus dem Ausdrucke si hoc jussi fuerint ergiebt sich ohne weiteres, dass nicht von einem den praeses provinciae angehenden Privatmanne, sondern von dem seine Rechtshülfe in Anspruch nehmenden römischen Magistrate die Rede ist.

²) Sent. rec. V 12 § 6 Quoties sine auctoritate judicati officiales alicujus bona occupant, . . . adito procuratore injuria submovetur et rei hujus auctores ad praefectum praetorio puniendi mittuntur.

³⁾ Arg. 1. 6 § 2 D. 42, 1: Qui judicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur; auch c. 2 C. 8, 22 (23).

⁴⁾ Krech-Fischer S. 13: "Der Magistrat und seine Beamten sind nicht die öffentlich bestellten Mandatare oder gesetzlichen Vertreter des Gläubigers, sondern sie werden thätig in Ausübung der Gerichtsbarkeit, um dem Gläubiger den staatlichen exekutorischen Rechtsschutz zu gewähren." Die hier vertretene Meinung ist als herrschend anzusehen, vgl. auch Rudolph S. 381.

⁵) So schon in der älteren römischen Jurisprudenz und wieder aufgenommen in Justinians Institutionen II 8 § 1, dagegen bekämpft von den klassischen Juristen (Krech-Fischer S. 5, 6). Neuerdings wird diese Ansicht wieder vertreten von Stölzel Archiv S. 382 und besonders von Riehl S. 37 fg.

auch für das römische Recht vielfach behauptet wird. Aus der Menge der für unsere Ansicht beizubringenden Argumente¹) seien hier um zwei hervorgehoben:

Beim Verkauf der gepfändeten Sache ist der Magistrat von jeder Bestimmung des Gläubigers unabhängig; ja, er kann diesem selbst (was vom Vertreter gegenüber dem Vertretenen nach dem Satze, dass Niemand mit sich selbst kontrahieren kann, undenkbar ist) die Sache zuschlagen.

Sodann lehrt die Geschichte, dass die Exekution der Staatsgewalte erst dann anheimfiel, nachdem diese schrittweise dem Selbsthülfeverfahren den Boden abgerungen hatte und, dass das neue System der Zwangsvollstreckung aus dem Extraordinarverfahren in das ordentliche hinübergenommen worden ist, und dass sich bekanntlich in jenem ein unangefochtenes Übergewicht der Staatsgewalt herausgebildet hatte.

Schwerlich hat nach einer solchen Entwickelung der die pignoris capio leitende Magistrat seine Befugnisse von der Machtvollkommenheit des einzelnen Privatmannes, dieselben vielmehr nur von der Souveränität des populus Romanus entlehnt. Hiermit ist der Magistrat als ein kraft eigenen Rechtes regulierender, beherrschender Faktor zwischen Gläubiger und Schuldner getreten. Er besorgt von Amts wegen 2) die Interessen beider und ist deshalb beiden — aber nur wegen dolus — verhaftet.3)

Mit dieser Selbständigkeit des Magistrats steht begreiflicherweise nicht im Widerspruche, dass seine Thätigkeit nur durch einen Parteiakt, einen Antrag des Gläubigers, in Bewegung gesetzt wird.

B. Die Pfändung.

§ 5.

I. Der ausführende Beamte.

Die Pfandnahme übertrug der Magistrat durch einen "jussus" ¹) an einen der sein officium²) bildenden apparitores (executores, ³) viatores etc.).

Dieser jussus mag stets nur die für den einzelnen Fall notwendigen Anführungen über Partei- und Schuldverhältnisse,

¹⁾ Vgl. Rudolph S. 379 fg.

²⁾ Vgl. Krech-Fischer S. 13 (oben S. 21 Note 4).

⁸⁾ Das Nähere siehe unten S. 99, 100.

¹⁾ Vgl. c. 1 C. 8, 22 (23): ejus "jussu", cui jus jubendi fuit, res pignoris jure teneri; das häufig wiederkehrende "jubent" in 1. 15 § 2 D. 42, 1, auch in 1. 74 § 1 D. 21, 2. Heranzuziehen ist auch Paulus sent. rec. V 12 § 6 (oben S. 21 n. 2). Daraus ergiebt sich arg. a contr., dass dem Exekutor nicht die mit dem Vollstreckungsantrage überreichte Urteilsausfertigung ausgehändigt wurde, er also auch kein Nachprüfungsrecht bezüglich des Urteils hatte. Hiermit stimmt überein, dass das letztere nur dem Magistrate zustand (arg. 1. 4 § 1 D. 49, 1). Folgerichtig wird der jussus den Inhalt der condemnatio auch nur insoweit wiedergegeben haben, als es zu seiner Erledigung erforderlich war, und soweit abgeändert haben, als die korrekt gefasste condemnatio ohne Kenntnis des vorangegangenen Prozesses zu Missverständnissen Anlass geben könnte z. B. wird der Magistrat in den jussus anstatt der Stellvertreter, welche die condemnatio enthielt, die Parteinamen aufgenommen oder offenkundige Bechenfehler verbessert haben: 1. 8 § 1 D. 49, 8.

²) Vgl. c. 1 C. 8, 22 (23) ejus jussu, cui jus jubendi fuit, res pignoris jure teneri l. 74 § 1 D. 21, 2: captum per officium; arg. c. 2 C eod: per officium . . . venumdare solet . . .

⁸) sc. sententiae (l. 4 pr. D. 49, 1; c. 5 C. 7, 65). Vgl. c. 8 C. 7, 53: Executorem eum solum esse manifestum sit, qui post sententiam inter partes audita omni et discussa lite prolatam rei judicatae vigorem ad effectum videtur adducere.

vielleicht auch die vom Gläubiger dem Magistrat sogleich bei der postulatio (zur Beschleunigung) gemachten Angaben über die Vermögenslage des Schuldners (Forderungen, hinterlegte Gelder u. s. w.) enthalten haben; denn die allgemeinen Vorschriften über die Pfandnahme waren gesetzlich normiert und offenbar¹) so ausführlich kommentiert,²) dass besondere Hinweise in dem jussus sich in der Regel erübrigten.³)

Gesetzlich war der Exekutor das mit der Pfandnahme eines jeden Vermögensgegenstandes, auch einer Forderung,⁴) zu betrauende Organ.

Es leuchtet zunächst ein, dass ein so untergeordneter Beamter wie der apparitor⁵) bei seinem geringen Bildungsgrade — von juristischen Kenntnissen ganz zu schweigen — nicht befähigt war, die mannigfachen bei der Vollstreckung auftauchenden Zweifelsfragen und Streitigkeiten zu entscheiden.⁶)

Nicht minder begreiflich ferner ist es, dass ein Mann in so niedriger sozialer Stellung und mit so geringer Besoldung sich leicht von der einen oder der andern Partei für ihre Sonderinteressen einfangen, z. B. vom Gläubiger zum Zwecke der Überpfändung¹) bestechen liess. Er hiesse den juristisch-praktischen Sinn der Römer unterschätzen, wollte man annehmen, dass sie die missio in possessionem trotz ihrer offenbaren Unzuträglichkeiten je gegen dieses System subalterner Willkür eingetauscht haben würden.

Und so finden wir denn auch der Thätigkeit der apparitores gesetzlich bedeutsame Schranken gezogen: Mit ihrem geistigen Minderwerte rechnen die Bestimmungen, dass jeder Einspruch eines Dritten gegen die Pfändung auf Grund der 1. 15 § 4 D. 42, 1 dem Exekutionsmagistrat gemeldet werden muss,²) jede bestrittene Forderung ohne weiteres ihrer Beschlagnahme entzogen ist, überhaupt der oberste Grundsatz lautet:

ubi controversia est de pignore, id dimitti debere et capi aliud, si quod est sine controversia (l. 15 § 4 D. 42 1 a. E.).3)

Die Regel wird es jedoch nicht sein, dass sich der Exekutor mit solchen Bedenken zu plagen hat. In folgenschwererer Weise und häufiger — das konnte ja bei jeder Pfändung vorkommen — mochten, wie angedeutet, seine moralischen Mängel die rechtmässige Ausführung der Exekution (z. B. durch Überpfändung etc.) gefährden. Somit war im Interesse der Rechts-

¹⁾ Das Nähere siehe unten S. 52 fg.

 $^{^2)}$ z. B. von Ulpian in seinem Werke de officio consulis, wie l. 15 D. 42, 1 beweist.

³⁾ Abweichend Sintenis Pfandr. S. 353.

⁴⁾ Positive Argumente giebt es für diese Meinung nicht. Die Ansicht des Textes dürfte aber zunächst daraus folgen, dass in l. 15 § 2 D. 42, 1 der Satz tunc pervenietur etiam ad jura, ohne dass einer Besonderheit des Subjekts gedacht würde, an die vorangehende Darstellung, welche es zweifellos nur mit dem executor zu thun hat, angeknüpft wird; sodann daraus, dass auch in l. 15 § 9 D. 42, 1, wo die Forderungspfändung ausschliesslich abgehandelt und wo sogar ein Vergleich mit der Exekutionsintervention bei körperlichen Sachen gezogen wird, von einer Verschiedenheit in der Person des exequirenden Beamten nichts verlautet; und schliesslich weist auch der Umstand, dass nur nomina corfessa gepfändet werden dürfen, auf den executor als Pfandnehmer hin; denn ein so unbedingter Ausschluss der Pfändungen von nicht anerkannten Forderungen wäre, falls etwa der juristisch geschulte Prätor dieselbe vorzunehmen hätte, zum mindesten befremdlich.

⁵⁾ Die apparitores gehörten von Anfang an zu den — freilich gering — besoldeten Beamten. Ihre Stellung war schon deshalb eine sehr untergeordnete. Sie kamen nicht einmal den Liktoren gleich. Sie ergänzten sich zumeist aus kleinen Handwerkern und betrieben in früherer Zeit ihr Gewerbe grundsätzlich noch neben der amtlichen Thätigkeit; vgl. Bethmann-Hollweg Bd. II S. 140 fg. 148, 149; Paulys Realenc. 3. Halbband, Spalte 191 fg. Später wurden ausgediente Unteroffiziere als apparitores verwendet: Bethmann-Hollweg II 158.

⁶⁾ Vgl. S. 23 n. 1 und über eine Anmassung nach dieser Richtung hin c. 6 C. 7, 53 (Imp. Philippus): Si, ut proponis, rerum judicatarum executor datus

partes sibi judicis vindicavit, et contra ea, quae pridem pro partibus tuis fuerunt statuta, aliquid pronuntiandum putavit, sententia ab eo dicta vim rei judicatae obtinere nequaquam potest.

¹⁾ VgI. Bethmann-Hollweg II S. 159, 160 und dazu c. 5 pr. C. 7, 65: Ab executione appellari non posse, satis et jure et constitutionibus cautum est, nisi forte executor sententiae modum judicationis excedat (Valens, Gratian, Valentinian) in Verbindung mit l. 4 pr. D. 49, 1 (Macer): Ab executore sententiae appellare non licet. Um solchen Machenschaften vorzubeugen, ist wohl auch die Bestimmung in l. 15 § 3 D. 42, 1 getroffen. Näheres siehe unten S. 54.

²⁾ Vgl. unten § 12.

s) c. 2 C. 4, 15: Si in causa judicati Valentis, quem tibi condemnatum esse propronis, nihil est, quod sive quaestione pignoris loco capi et distrahi possit etc. — Diese Norm musste übrigens in hohem Masse zur Beschleunigung der Exekution beitragen.

ordnung nicht nur in schwierigen Ausnahmefällen eine Rückmeldung, sondern in jedem einzelnen Falle eine gesetzlich gewährleistete Kontrolle des Exekutors geboten.

Diese Kontrolle ist m. E. in der zwingenden Normirung 1) der l. 15 § 2 D. 42, 1 zu finden: hier wird der Exekutor verpflichtet, die Pfändung in Abschnitten vorzunehmen, jeden Abschnitt erst mit dem Verkaufe der Pfandstücke abzuschliessen und nur dann, wenn er sich überzeugt hat, ob der bare Erlös zur Befriedigung des Gläubigers hinreicht oder nicht, zu einem neuen Abschnitte überzugehen. Und auch nicht ohne weiteres darf das letztere geschehen; vielmehr muss der Exekutor für jeden neuen Abschnitt wieder einen neuen jussus vom prätor (praeses provinciae etc.) erwirken. (In venditione pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles . . . pignora capi jubent, mox distrahi; . . . pretium . . . si non suffecerit, etiam soli pignora capi jubent et distrahi . . .). Naturgemäss wird der Prätor dem jussus nicht mechanisch erteilt, sondern über den bisherigen Verlauf der Vollstreckung sich haben berichten lassen. Auf diese Weise war nicht nur der Fortgang der Exekution von mehreren speziellen jussus des Prätors abhängig, sondern dieser gewann auch (und hierin dürfte die Ursache für die Normierung zu suchen sein) bei jeder nur einigermassen bedeutenden Vollstreckungssache einen dauernden Einblick in ihren Fortgang und damit die oberste Voraussetzung für eine Abhülfe etwa hervortretender Mängel.

Die Selbständigkeit des Exekutors war also nur eine sehr geringe: der die Exekution anordnende Magistrat blieb auch ihr zum Eingriffe und zur Abänderung jeder Zeit berechtigter Leiter.

§ 6.

II. Die Pfändungsordnung.

L. 15 § 2 D. 42, 1 trifft folgende Anordnung:

In venditione itaque pignorum captorum facienda primo quidem res mobiles, animales pignori capi jubent mox distrahi; quarum pretium si suffecerit, bene est, si non suffecerit, etiam soli pignori capi jubent, et distrahi; quodsi nulla moventia sint, a pignoribus soli initium faciunt. Sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur; nam a pignoribus soli initium faciendum non est; quodsi nec quae soli sunt, sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad jura

Zuerst werden auf den jussus des Magistrats die beweglichen Sachen gepfändet und verkauft (capi jubent mox distrahi).

Nur wenn der Schuldner keine pfändbaren Mobilien hat oder ihm das Eigentum an ihnen bestritten wird 1) oder ihr Erlös sich als unzureichend zur Befriedigung des Gläubigers herausgestellt hat, gestattet ein (weiterer) jussus des Magistrats die Pfändung und den Verkauf von Liegenschaften (capi jubent et distrahi).

Nur wenn es keine Liegenschaften giebt oder ihr Preis die Schuld nicht deckt, oder das Eigentum an ihnen dem Schuldner streitig gemacht wird, dürfen jura gepfändet werden.²)

Anscheinend giebt Ulpian in l. 15 § 2 D. 42, 1 unverfälschte Ediktsworte in Verbindung mit eigenen Zusätzen: darauf deutet die knappe gesetzesartige Darstellung von "prima" bis "faciunt" im Gegensatz zu den einleitenden unlogischen Worten (In ven ditione pignorum facienda pignori capi jubent) und zu dem anschliessenden in Wiederholungen sich ergehenden Satzgefüge von "sic denique" bis "faciendum non est". Deutlicher wird die Sache durch dieses Anhängsel sicherlich nicht. Das Auffällige dieser Darstellungsweise könnte ja zur Not mit der bei Ulpian nicht ungewohnten Weitschweifigkeit³) erklärt werden; indessen scheint ein solcher negativer Erklärungsversuch — ganz abgesehen davon, dass er nur als ultimo ratio gelten dürfte — der Autorität Ulpians doch nicht gerecht zu werden. Es wird hierbei übersehen, dass die

¹⁾ Näheres unten § 6 S. 28.

^{1) 1. 15 § 4} D. 42, 1 a. E. c. 2 C. 4, 15.

²) Vgl. l. 15 § 8 D. 42, 1: Sic quoque judices exequentur judicatum, ut nomina jure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit; posse enim nomen jure pignoris capi imperator noster rescripsit; c. 2 C. 4, 15 (Caracalla): Si in causa judicati Valentis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione pignoris loco capi et distrahi possit, debitores ejus conventi ad solutionem auctoritate praesidis provinciae compelluntur.

³⁾ Vgl. Krüger S. 223.

Stelle sich nicht so sehr durch eine breite Schreibweise abhebt, wie dadurch, dass sie in einer selbst durch Ulpianische Stilgepflogenheit nicht genügend begründeten Art den gleichen Gedanken in zwei aufeinander folgenden Sätzen unvermittelt und unvariiert wiedergiebt. Dadurch gewinnt die Darstellung wenn auch nicht an Deutlichkeit, so doch zweifellos an Eindringlichkeit. Welches Motiv hatte aber Ulpian zu so eindringlicher Rede? Die Neuheit der von ihm geschilderten Regelung allein macht sie noch nicht erklärlich; wohl aber das Ungewöhnliche des hiermit eingeführten Zwanges einer starren, nach dem Gegenstande der Exekution in einzelne bestimmte Abschnitte zerlegten Pfändungsordnung. Gerade nach Ulpian's Darstellung kann gar kein Zweifel mehr darüber obwalten, dass eine Durchbrechung der gesetzlichen Reihenfolge undenkbar ist.

Die unabweisbare Konsequenz dieses scharf ausgesprochenen Prinzips liegt in der Unmöglichkeit der Pfändung eines Gesamtvermögens.1)

Eine Abweichung von der in l. 15 § 2 D. 42, 1 gesetzten Reihenfolge findet sich nur zu gunsten der Unmündigen: Diesen sollen zuerst zwar Mobilien, aber schon an zweiter Stelle Forderungen und erst an dritter Immobilien gepfändet werden.2) Die Bestimmung ist ganz im Geiste des römischen Vormundschaftsrechts gehalten, nach welchem ja ländliche Immobilien als unverrückbare Grundlage für das Mündelvermögen angesehen und die Vormünder zu ihrem Erwerbe durch strenge Satzungen angehalten wurden.3)

Mehr als die oben genannten 3 Gruppen anzunehmen, ist nach den Quellen unbegründet.4)

Hervorgehoben sei an unserer Pfändungsordnung zum Schlusse noch die dem römischen Rechte ja nicht durchaus fremde 1), aber nirgend mit solcher Konsequenz durchgeführte Scheidung von Fahrhabe und Liegenschaft.

Die römische Pfändungsordnung beim pignus i. c. j. c. steht mit einem schleunigen Verfahren im Widerspruch. Und doch, das wird sich im Laufe der Abhandlung noch mehrfach zeigen, ist für Beschleunigung, welche allemal den Vorzug eines Exekutionssystems bildet, gerade durch die Normen des pignus i. c. j. c. sonst in hohem Masse gesorgt worden. Die Pfändungsordnung steht also selbst mit dem sonst in der pignoris capio herrschenden Geiste nicht im Einklange. Erklärlich dürfte ihre Einführung deshalb m. E. nur aus der durch die eigenartigen

nach dem bekannten Ausspruche Ulpians (l. 1 § 1 D. 6, 1) die animales schon unter den mobiles mit begriffen sind, nicht logisch und deshalb unwahrscheinlich. Daher ist auch jede auf diese Lesart gestützte Besonderheit in der Behandlung der animalia zu verwerfen (so die von Donellus ad l. 15 § 2, der die animalia vor den unbelebten Mobilien mit der seltsamen Begründung pfänden lassen will, dass es für den Schuldner zu kostspielig sei, jene noch länger zu ernähren). — Auch res mobiles animales — animalia wird gelesen und könnte eine Stütze in dem weiterhin zwiefach alleinstehend wiederholten Ausdrucke moventia finden. Das Unzutreffende des durch diese Lesart gewonnenen Satzes, dass nur Lebewesen gepfändet werden dürfen, erhellt jedoch zur Genüge schon aus der in 1. 15 §§ 11, 12 D. 42, 1 erörterten Möglichkeit Geld zu pfänden. — Wir verstehen unter res mobiles, animales: Mobilien, "selbst" belebte Wesen, in Parenthese gesetzt. Ganz bedeutungslos ist dies nicht; denn dadurch wird die aus c. 7 C. 8. 16 nur arg. a contr. zu entnehmende Pfändung eines Menschen ausdrücklich zugelassen. - Vgl. übrigens auch Nov. 134 cap. 7; c. 1 C. 8, 21. In der letzten Stelle werden gleichfalls die "Moventien" neben den "Mobilien" wegen ihrer Wichtigkeit noch besonders hervorgehoben, nicht aber verschieden behandelt.

¹⁾ Mit der pignoris capio zu einer Generalexekution zu gelangen, das würde ja auch der ratio legis widersprechen; denn es war doch gerade der Zweck des pignus i. c. j. c. neben und bald auch fast ganz an die Stelle der wirtschaftlich verwerflichen venditio bonorum zu treten.

²⁾ Vgl. l. 5 § 9 D. 27, 9. Hier handelt es sich freilich nicht um eine Zwangsvollstreckung, sondern um eine Erlaubnis, die von der Obrigkeit dem Vormunde dazu erteilt wird, Sachen zu veräussern, um Gläubiger aus dem Erlöse zu befriedigen.

³⁾ l. 7 § 3 D. 26, 7 vbd. mit l. 5 pr. D. eod.

⁴⁾ Nach unserer Lesart von l. 15 § 2 D. 42, 1: mobiles, animales. Eine andere Lesart ist mobiles et animales (so Mommsen). Dieselbe ist jedoch, da

¹⁾ Schon die res mancipi, der Grundstock des altrömischen Familiengutes, unterlagen besonderen Gesetzesbestimmungen. — Die XII Tafeln bemessen die Ersitzungszeit für den fundus und die ceterae res verschieden. — Später tritt ein Unterschied hervor in der Behandlung des fundus dotalis, der Mündelgrundstücke, in dem Schulstreite der Sabinianer und Proculianer über den Gegenstand des furtum; eine vereinzelte Unterscheidung beim Vertragspfande findet sich in c. 6 C. 8, 25 (26), während im übrigen eine solche Trennung dem Vertragspfande gänzlich fremd ist. Eine auf die naive Etymologie in 1 238 § 2 D. 50, 16 gegründete Unterscheidung, wonach ein eigentliches (proprie) pignus nur an Mobilien bestehen könnne, ist abgelehnt worden.

römischen Beamtenverhältnisse gebotenen 1) und, wie wir sahen, durch die Pfändungsordnung auch gewährleisteten ständigen Beaufsichtigung der executores erscheinen. 2) (Vgl. S. 26).

III. Die einzelnen Pfändungsgruppen.

§ 7.

1. Die körperlichen Sachen.

A. Die Mobilien. Innerhalb der Gruppe der beweglichen Sachen ist quellenmässig eine weitere Scheidung nicht getroffen.³)

Ohne Zweifel gebietet jedoch die unverkennbar bei der pignoris capio angestrebte Beschleunigung (capi quod est sine controversia) in erster Reihe bares Geld zu pfänden; denn dieses wird nur uneigentlich pignoris jure genommen, in Wahrheit sogleich zur Auszahlung an den Gläubiger verwendet (in causam judicati convertitur),4) sodass Pfändung und Verwirklichung der Pfändung fast zusammen fallen.

Andrerseits sind verschiedene Mobilien von der Pfandnahme durch speciellen Rechtssatz ausgenommen.

Constantin erliess im Jahre 315 ein Edikt, "ad universos provinciales", das uns in folgender Fassung aufbewahrt ist:

Im Codex Theodosianus. c. 1 C. Th. 2, 30.

Intercessores a rectoribus provinciarum dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios pignoris causa de possessionibus abstrahunt, ex quo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor aut praefectus pacis vel in hac re fuerit detectus a rectoribus provinciarum capitali sententiae subjugetur.

Im Codex Justinianeus: c. 7 C. 8, 16 (17).

Executores a quocumque judice dati ad exigenda debita ea, quae civiliter poscuntur, servos aratores aut boves aratorios aut instrumentum aratorium pignoris causa de possessionibus abstrahunt, exquo tributorum illatio retardatur. Si quis igitur intercessor aut creditor vel praefectus pagi vel vici vel decurio in hac re fuerit detectus, a estiman do a judice supplicio subjugetur.

Betrachten wir zunächst die ursprüngliche Fassung im codex Theodosianus.

Hiernach sind lediglich aus finanzpolitischen Rücksichten (ex quo tributorum¹) illatio retardatur) für die Provinzialen (das Edikt ist ad universos provinciales gerichtet!), die Sclaven und das Rindvieh, soweit sie zur Feldbestellung bestimmt sind, dem Zugriff des Exekutors entzogen. Um diesem zur Stärkung der provinzialen Steuerkraft ausersehenen Mittel auch den nötigen Nachdruck zu geben, ist dem Exekutor, wenn er gegen das Gesetz verstösst, eine Kapitalstrafe angedroht.

Ein Jahrhundert später gaben die Kaiser Honorius und Theodosius folgendes Edikt (c. 8 C. 8, 16 [17]):

Pignorum gratia aliquid quod ad culturam agri pertinet, auferri non convenit (414).

Es unterscheidet sich von dem Constantins vornehmlich in zwei Punkten. Erstens ist es nicht bloss für die Provinzen, sondern für das ganze Reich massgebend; zweitens geht es in der Exemtion viel weiter: quod ad culturam agri pertinet, so dass ausser den Acker-Sclaven und -Ochsen z. B. auch Saatgetreide, Dünger, Streu, Futtermittel u. s. w. von der Pfändung ausgenommen sind.

¹) Es ist nichts Aussergewöhliches, dass sich die Exekutionsgesetze nach der Qualität des zu ihrer Handhabung verfügbaren Beamtenmaterials richten; vgl. z. B. Motive zur Reichszivilprozessordnung in Hahn's gesamten Materialien zur C. P. O. 1. Abt. 1880 S. 457 und code de proc. civ. art. 557 fg. verglichen mit C. P. O.§§ 729 fg.

²) Nebenbei mag ja unter anderem gerade durch die Pfändungsordnung eine prinzipielle Reaktion gegen die Generalexekution der missio i. p. sich Ausdruck verschafft haben.

³) Vgl. oben S. 28 n. 4. — Unerwiesen ist, dass zunächst unter den beweglichen Sachen Vieh oder Sklaven gepfändet werden mussten, wie Dernburg Pfandr. Bd. I S. 417 und Bethmann-Hollweg Bd. II S. 695 erklären; letzterer widerspricht sich mit der für seine Ansicht zitierten 1. 29 § 7 D. 9, 2 selbst auf S. 694 n. 8. Unerwiesen ist ferner, dass zunächst die entbehrlicheren Mobilien genommen werden mussten, wie Keller Pand. Bd. I S. 438 meint.

⁴⁾ Vgl. l. 15 §§ 11, 12 D. 42, 1 und unten.

¹⁾ Über das tributum vgl. Pernice Zeitschr. S. 67 fg.

In der Exemtion liegt jetzt Prinzip, während sie bei Constantin höchstens ein tastender Versuch ist.

Das sozialpolitische Moment¹) hat das finanzpolitische überwunden.

Betrachtet man nunmehr die materielle Umgestaltung, welche Constantins Edikt im Codex Justinianeus erfahren hat, besonders in dem Zusatze "aut instrumentum aratorium" und der Abänderung der Strafbestimmung²), so dürfte es kaum zweifelhaft sein, dass diese Interpolationen mit Rücksicht auf die inzwischen durch Honorius erfolgte Abänderung der Constantinischen Normierung geschehen sind.

Sonach können wir auch unbedenklich die bei Justinian noch beibehaltene Aufschrift des Edikts und die Anführung des Motivs (ex quo tributorum illatio retardatur) als eine unmassgebliche historische Reminiszenz betrachten und dem Edikt unter Justinian Geltung für das ganze Reich zuerkennen.

Andere als die von Honorius und Justinian aufgeführten Exemtionen hat das römische Recht nicht geschaffen³)

¹) Die sozialpolitische Bedeutung dieser Normierung, zumal für die osteuropäischen und kleinasiatischen Bezirke, kann nicht trefflicher erhellt werden, als durch den Umstand, dass in dem zur Beilegung der armenischen Wirren vom Sultan unter dem 17. Oktober 1895 erlassenen Iradeh (Kap. 15) zugestanden wird: "Bei Zwangsverkäufen (auch wegen rückständiger Steuerschulden) darf auf die Wohnung des Exekuten, auf das zu seinem Unterhalte nötige Land, Arbeitsgerät, Arbeitsvieh und Samenkorn nicht gegriffen werden."

2) Die Strafänderung Justinians entspricht durchaus seiner Erweiterung des Verbots; denn, wird die Möglichkeit das Gebot zu übertreten gesteigert, so ist es nur billig, die Strafe des delinquierenden Exekutors abzuschwächen. — Dazu kommt, dass gerade Constantin im allgemeinen darauf bedacht war, durch strenge Strafen gegen die Bestechlichkeit der Unterbeamten einzuschreiten; vgl. c. 7 C. Th. 1, 16 und Bethmann-Hollweg II S. 159.

⁸) Die meisten Schriftsteller, besonders die Prozessualisten, behaupten das Gegenteil. Vor allem sollen die notwendigsten Kleidungstücke und Hausgeräte mit Bezug l. 6. 7. 8. D. 20, 1. von der Exekution ausgenommen sein. (Rudolph S. 344.) Die letztgenannten Stellen haben es aber nur mit einer vermuteten Ausnahme vom vertragsmässigen Generalpfande zu thun, thun, und dessen Normen dürften, da für sie besondere Beweggründe massgebend waren (vgl. c. 1. 5. C. 8, 16 (17); c. 1. C. 8, 33 [34]) noch weniger als die des vertragsmässigen Spezialpfandes ohne weiteres auf das pignus i. c. j. c. übertragen werden. Indessen, abgesehen hiervon, ergiebt sich die Ansicht, dass die Römer die l. 6. 7. 8. D. 20, 1. nicht analog auf das pignus i. c. j. c. an-

Die Exemtion der bezeichneten Mobilien bedeutet nicht nur. dass dieselben erst an der letzten Stelle der Mobiliargruppe zur Pfändung gelangen dürfen, sondern dass sie durchaus pfandfrei bleiben müssen, solange sie dem Schuldner die Mittel zum Fortbetriebe seiner Ackerwirtschaft gewähren können¹). Daraus folgt, dass sie erst dann, wenn sie hierzu nicht mehr fähig sind, wenn sie für den Schuldner die ihre Exemtion begründende Eigenschaft als aratoria (servi aratores, boves aratorii, instrumentum aratorium) eingebüsst haben, ihren privilegierten Charakter verlieren. Dieser Fall wird vornehmlich dann eintreten, wenn die Grundstücke, zu deren Bebauung die betreffenden instrumenta verwendet wurden, selbst gepfändet werden; denn mit dem Augenblicke, wo dem Schuldner die Verfügung über sein Ackergut entzogen ist, haben auch die ihm für eine Weile noch überlassenen boves etc. aufgehört aratorii zu sein. Sie können nunmehr wie alle andern Mobilien, die keine Beziehung zum Ackerbau haben, gepfändet werden²). — Die boves etc. bleiben jedoch andererseits völlig pfandfrei, sofern der ager, zu dessen Bestellung sie dienen, gar nicht gepfändet werden kann, z. B. weil er nicht Eigentum des Schuldners, sondern von ihm nur gepachtet ist. Wenn in diesem Falle nicht etwa pfändbare Forderungen des Schuldners vorhanden sind, so fehlt es überhaupt an einem für die pignoris capio geeigneten Objekte. Diese Art der Zwangsvollstreckung würde also zu keinem Ziele

gewendet haben als einfache Schlussfolgerung schon daraus, dass sonst die spezielle Normierung der c. 7. C. 8, 16, da ihr Inhalt ja bereits in l. 6, 7, 8 D. 20, 1 mitbegriffen ist, gar nicht erforderlich gewesen wäre. — Diese gewaltsame Auslegung erfuhren die fraglichen Stellen offenbar auch nur zu dem Zwecke, um dem mit den veränderten Zeitverhältnissen unabweisbar gewordenen Bedürfnisse einer Erweiterung der Exemtionen eine quellenmässige Unterlage zu schaffen. Vgl. als vereinzelten Gegner der herrschenden Meinung auch Renaud S. 461 n. 28.

¹) Die entgegengesetzte Anschauung wird z. B. von Donellus (nach Westphal S. 109) vertreten. Sie kann sich jedoch weder auf den Wortlaut der Verordnungen, noch auf deren soziales Motiv stützen.

²) Nicht aber würden sie etwa ohne weiteres als Pertinenzen durch die Pfändung des Grundstücks mit ergriffen sein (l. 1. pr. l. 2. § 1. D. 33, 7); denn "es gelten nach römischen Rechte als Pertinenzen nur gewisse geringwertige der stetigen Benutzung der Hauptsache dienende Hülfssachen." Dernburg Pand. Bd. I § 77.

führen, und es muss dem Gläubiger überlassen bleiben, die eximirten Gegenstände durch den Konkurs 1) für sich nutzbar zu machen.

B. Bezüglich der Immobilien sind ausdrückliche Ausnahmen nicht geschaffen. Es fragt sich, wie weit die Erlasse von Constantin und Honorius auf Immobilien zutreffen. Constantin hatte es ja zweifellos nur auf vereinzelte Mobilien abgesehen. Honorius aber giebt als Prinzip - und dem stimmt Justinian bei —: quod ad culturam agri pertinet. Aus der Tendenz sowohl wie aus dem Wortlaute wird man daher entnehmen müssen, dass, soweit Immobilien diesen Zweck erfüllen. auch sie eximiert sein sollen. Und es ist ein Bedürfnis für eine Exemtion auch von Immobilien aus denselben Gründen, welche zu der Exemtion von Mobilien geführt haben, wohl denkbar z. B. in dem Falle, dass eine ausserhalb des ager errichtete Scheuer, ja vielleicht auch der offenbar nur für boves aratorii errichtete Stall, oder der nur zur Aufbewahrung von instrumenta aratoria dienende Schuppen, oder der Platz für die Düngergrube der Exekution entzogen sein sollen.

Auch bei diesen Immobilien müsste entsprechend die Gebundenheit mit einer Pfändung des Hauptgegenstandes aufhören.

§ 8.

2. Die unkörperlichen Sachen.

Auch unkörperliche Vermögensstücke können Gegenstand der Pfändung sein; denn 1.15 § 2 D.42, 1 sagt ganz allgemein:

. . . quodsi nec quae soli sunt, sufficiant, vel nulla sint

soli pignora, tunc pervenietur etiam ad jura.

Wenn die Quellen im einzelnen nur die Rechtsverhältnisse bei der Pfändung einer Forderung²) normieren, so geschieht dies bloss um den praktischten Fall hervorzuheben, nicht aber um die andern unkörperlichen Vermögensstücke auszuschliessen.

Betrachten wir zunächst die Möglichkeit einer Pfändung an den einzelnen res incorporales.

I. Eine bereits begründete Realservitut dürfte auch der Ausübung nach ebensowenig wie vom Eigentümer des praedium dominans vom Magistrat übertragen werden können. Hiermit fällt auch die Möglichkeit einer Pfändung.

Könnte man nicht aber durch Pfändung eine Servitut am fundus des Schuldners bestellen, den fundus pfandweise zum praedium serviens machen? Der Einwand, dass diese Frage eine ganz müssige sei, weil doch die Immobilien (abgesehen vom Mündelgute) bereits vor den sog. jura gepfändet sein müssten, kann hier nicht erhoben werden; denn die am fundus des Schuldners durch Pfändung zu bestellende Servitut ist ja. so lange sie noch nicht bestellt ist, gar nicht ein besonderes dem Schuldner an seinem fundus zustehendes Recht, 1) vielmehr ein Negativum, eine Verminderung der aus dem Eigentum entspringenden Befugnisse; und aus socialen Gesichtspunkten wäre es immerhin diskutabel, dass dem Schuldner nicht sein ganzes Grundstück, sondern nur eine wertvolle Seite desselben genommen wird. - Allein aus anderen Gründen möchte ich die Möglichkeit einer solchen Exekution verneinen.

Sehen wir vorerst ganz davon ab, dass uns ein praktischer Fall, der hier einschlüge, nicht überliefert ist.

Gegen die pfandweise Bestellung einer Realservitut durch den executor spricht:

- 1. Gerade im Servitutenrecht hätte solch ein konstituierender Eingriff der Obrigkeit mit dem Mangel einer Analogie zu kämpfen: es giebt bekanntlich ausser in Teilungsprozessen nur einen ganz singulären Fall (Notweg aus religiösen Gründen), wo der Richter (und auch ein solcher fehlt in der Exekutionsinstanz!) durch Urteil eine Servitut bestellen kann.
- 2. Auch mit dem Wesen des pignus i. c. j. c. dürfte eine solche Manipulation im Widerspruche stehen; denn

das pignus capere wird in der Exekutionslehre stets in wörtlicher Bedeutung gebraucht, und da kann man es ungezwungen nur von etwas Greifbarem, schon Existentem ver-

¹⁾ Eine Bestimmung, wonach der Konkurs nur diejenigen Gegenstände ergriffe, welche der Zwangsvollstreckung unterworfen sind, kennt das römische Recht nicht. Vgl. auch oben § 1 über das unvermittelte Nebeneinanderbestehen beider Exekutionsarten.

^{2) 1. 15 §§ 8, 9} D. 42, 1; c. 5 C. 7, 53. — 1. 40 D. 42, 1; c. 4 C. 7, 53.

¹⁾ So die herrschende Meinung; vgl. Windscheid § 200 n. 3.

wenden, nicht aber von einer Verringerung der dem Eigentumsrechte des Schuldners innewohnenden Kräfte, die erst durch die Pfandnahme existent werden soll;

auch die ganze schwierige Rechtslage und die Weitläufigkeit des Verfahrens sind mit dem System des pignus i. c. j. c. unvereinbar. Was für eine Servitut soll denn z. B. der executor aus der Masse der absolut bestellbaren mit feinem juristischen Takte auswählen? Man bedenke ferner, dass bei der Versteigerung die Zahl der Bieter auf die nächsten Nachbarn des Schuldners beschränkt bliebe, die (bezw. deren Vorgänger) die ausgebotene Servitut, soweit für ihre Grundstücke überhaupt ein Bedürfnis nach derselben besteht, im Laufe der Jahrhunderte wohl längst erworben haben. Also würde eine Versteigerung der Servitut voraussichtlich in den allermeisten Fällen ergebnislos verlaufen, während der Zugriff an das Grundstück bei der grösseren Konkurrenz der Bieter eine raschere Erledigung in Aussicht stellt. Die Servitut zu pfänden wäre also durch und durch unpraktisch - und deshalb haben die Römer gar nicht erst versucht, noch die juristische Möglichkeit ihrer Pfandnahme abzulehnen.

II. Ebensowenig wie eine Realservitut könnte ein Niessbrauchsrecht an dem Grundstücke des Schuldners durch den executor bestellt werden, wiewohl nicht verkannt werden soll, dass, da dieses Recht aktiv nicht an ein benachbartes Grundstück geknüpft zu sein braucht, die oben aus diesem Momente gezogenen Schlüsse hier nicht zutreffen.

Dagegen lässt sich sehr wohl ein dem Schuldner bereits zustehendes Niessbrauchsrecht der Ausübung nach pfänden 1).

III. Die übertragbaren Rechte der Emphyteuse und Superficies zu pfänden, unterliegt nach l. 15 § 2 D. 42, 1 keinem Bedenken; und, da diese Rechte einerseits inhaltlich dem Eigentume sehr nahe kommen und andererseits zur Kaiserzeit sich grosser Beliebtheit erfreuten ²), so müssen sie sogar einen

der wertvollsten und häufigsten Pfandgegenstände abgegeben haben.

Quellenzeugnisse sind mir nicht bekannt.

- IV. Theoretisch dürfte auch gegen die Pfändung eines Pfandrechts nichts einzuwenden sein¹).
- V. Wenn man das Ergebnis der soeben bezüglich der übrigen Rechte angestellten Untersuchung betrachtet, so scheinen die Quellen mit Fug den in 1. 15 § 2 D. 42, 1 für alle Rechte ausgesprochenen Satz des näheren nur für die nomina auszuführen²).

Gleichgültig ist es im Prinzip, welchen Inhalt das Nomen hat, obwohl in der Praxis nach der grundsätzlichen Beschleunigung der Exekution wohl den Geldforderungen³) der Vorzug gegeben worden ist.

Wann und auf welche Weise ist das Pfändungspfandrecht an einer Forderung anerkannt worden und inwieweit ist die Behauptung⁴) richtig, dass man zu Ulpians Zeiten von der beim Vertragspfande anerkannten Möglichkeit eines pignus nominis auch schon für die pignoris capio zur Vollstreckung einer richterlichen Sentenz Gebrauch gemacht habe?

Ohne im Prinzipe der unhistorischen Meinung ⁵) zu sein, dass das Pfändungspfandrecht nur eine Abart des Vertragspfandrechts ist, wird man doch ohne weiteres dem beitreten können, dass, sofern einmal die wirtschaftlichen Verhältnisse ein Forderungspfand verlangten und deshalb ⁶) die Möglichkeit, ein solches durch Vertrag zu begründen, anerkannt wurde, sich nicht absehen lässt, was theoretisch einer Begründung durch obrigkeitliche Pfändung noch entgegenstünde.

¹⁾ Arg. l. 5 § 9 D. 27, 9 a. E. (oben S. 28 n. 2).

²) Das geht aus der eifrigen Beschäftigung der römischen Juristen mit diesen Instituten hervor, siehe die Citate bei Dernburg Pand. Bd. I § 258, § 259 n. 2 und Schulin S. 392 n. 1. — Der diesen Rechtsbildungen zu Grunde liegende Gedanke wirkt ja auch in unserer Zeit noch fort, besonders im englischen Rechtsleben, wo "leasehold" sogar häufiger als "freehold" ist.

¹⁾ Übereinstimmend Sohm subpignus S. 90; anders Trotsche S. 16.

²⁾ l. 15 § 8 D. 42, 1. Sic quoque judices exequentur judicatum, ut nomina jure pignoris capiant, si nihil aliud sit, quod capi possit. Posse enim nomen jure pignoris capi, imperator noster rescripsit.

c. 5 C. 7, 53. Etiam nomen debitoris in causa judicati capi posse, ignotum non est. Vgl. übrigens S. 34 n. 2.

 $^{^3)}$ Dass die Römer die Forderungen dementsprechend schieden, geht aus l. 18 pr. D. 13, 7 und l. 13 § 2 D. 20, 1 hervor.

⁴⁾ Puchta Inst. § 250.

⁵⁾ Vgl. §§ 1 u. 15 dieser Abhandlung.

⁶⁾ So mit Recht Lazarus S. 5.

Ja, man kann weiter sagen, dass, wenn das Vertragspfandrecht zur Zeit der Einführung des pignus i. c. j. c. (besonders aus wirtschaftlichen Gründen) bereits ein pignus nominis kannte, dies durch die rechtsbildenden Faktoren Prätor und Jurisprudenz auch auf das pignus i. c. j. c. ausgedehnt werden musste, ohne dass es eines besonderen Dekrets bedurfte. Und man wird umgekehrt auch sagen müssen: wenn das pignus i. c. j. c. zu Anfang (unter Antoninus Pius) ein pignus nominis noch nicht kannte, so ist es zum mindesten wahrscheinlich, dass das Vertragspfandrecht seiner Zeit ein pignus nominis noch nicht ausgebildet hatte.

Wie steht es mit der Bedingung dieses Satzes?

Unter Antoninus Pius — das ist uns sicher überliefert — hat das Pfändungspfandrecht Forderungen noch nicht ergriffen; denn Ulpian sagt:

Posse enim nomen jure pignoris capi imperator noster rescripsit. (l. 15 § 8 D. 42, 1).

Die Pfändbarkeit von Forderungen ist also erst durch Caracalla¹) als Neuerung eingeführt worden d. h. rund 50 Jahre nach dem Reskript des Antoninus Pius.

Dadurch wird es, wenn man das vorher Gesagte zugiebt, im höchsten Grade unwahrscheinlich, dass zur Zeit des Antoninus Pius schon ein pignus nominis dem Vertragspfandrechte angehört hat.

Diese auf rein logischem Wege gebildete Meinung scheint mit einem historischen Faktum nicht übereinzustimmen. Schon Pomponius soll nämlich in seinem Werke ad edictum²) Rechtssätze über das pignus nominis entwickeln, und da sein Werk spätestens unter Antoninus Pius, vielleicht aber schon unter Hadrian geschrieben ist 1), so könnte man in der oben vorausgesetzten Deduktion von der Überleitung aus dem pignus conventionale in das pignus judiciale irre werden. Allein das Fragment ist doch mit Vorsicht zu verwerten; denn die dem Pomponius zugeschriebene Stelle ist uns nicht unmittelbar erhalten, sondern nur beiläufig von Marcian zitiert. Marcian ist aber der Schriftsteller des Vertragspfandrechts par excellence; er geht in seinem Stoffe auf, und da liegt die Vermutung nicht fern, dass er bei seiner Voreingenommenheit auch einmal über das Ziel hinausschiesst, vielleicht den klangvollen Namen des Pomponius, um seiner eigenen Ansicht den Schein höheren Alters zu geben²), in seine Darstellung eingeschoben hat, zumal augenscheinlich bei der von Marcian behandelten Spezialfrage sich eine Meinungsverschiedenheit herausgebildet hatte³) und mit dem Namen des Pomponius sehr gut für eine der Meinungen zu wirken war.

In dieser Auffassung werde ich noch dadurch bestärkt, dass sich aus der Zeit zwischen Pomponius und Paulus (l. 18 pr. D. 13, 7) oder Ulpian (l. 20 D. 20, 1) ein pignus nominis conventionale in den Quellen sonst nirgend erwähnt findet. Und dieses negative Argument fällt um so schwerer ins Gewicht, als jene Epoche zu den fruchtbarsten⁴) der römischen Rechtslitteratur gehört.

¹) Caracalla und nicht, wie Hellwig S. 95 meint, Alexander Severus ist der "imperator noster" des Ulpian. An sich könnte es zwar jeder der Kaiser von Septimius bis Alexander Severus, unter denen Ulpian lebte, sein. Indessen gewähren einen massgebenden Anhaltspunkt für die genauere Zeitbestimmung die demselben Werke entnommenen §§ 1 u. 3 der l. 15 D. 42, 1, wo offenbar der gleiche imperator noster als Mitregent seines bei der Abfassung der Schrift bereits verstorbenen Vaters (cum divo patre) genannt wird. Die grosse Seltenheit jener Tage, dass Vater und Sohn den Kaiserthron gemeinschaftlich inne hatten und dass der Sohn nach dem Tode des Vaters sich an der Herrschaft erhielt, trifft unter den Kaisern zur Zeit Ulpians nur bei Septimius Severus und dessen Sohn Caracalla zu.

²) Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: et verum est, quod Pomponius libro VII ad edictum, scribit, si quidem pecuniam debet

is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum etc. (l. 13 § 2 D. 20, 1).

¹⁾ Vgl. Fitting S. 10 und die Übersichtstafel.

²) Das wäre in der römischen Rechtslitteratur nicht ein einzig dastehendes Beispiel. Vgl. die Benennung der leges "regiae", welche durch diese, Zurückdatierung eine höhere Weihe erlangen sollten. Siehe Leonhard S. 74 75 n. 3, der jedoch die Vermutung des Textes nicht billigt.

³) Darauf deutet die Wendung et verum est etc. und vielleicht auch das Wort placuit in c. 4 C. 8, 16. — Auffällig ist übrigens auch, dass die Marcianische Erörterung sich mit fast denselben Worten schon etwa 10 Jahre früher bei Paulus (l. 18 pr. D. 13, 7) als ganz unangefochtene Meinung und ohne dass ein grosser Vorgänger zitiert wird, findet.

⁴⁾ Ihr gehören an: Salvius Julianus, Marcellus, Gajus, Scaevola, Papinian. Vgl. auch Wlassak Bd. I S. 196.

Dazu kommt positiv, dass Alexander Severus in der c. 4 C. 8, 16:

Nomen quoque debitoris pignorari et generaliter et specialiter posse jam pridem placuit

ausdrücklich auf die kürzlich¹), also schwerlich schon zur Zeit des Pomponius, erfolgte Zulassung des pignus nominis conventionale verweist.

Nicht unberücksichtigt kann es ferner bleiben, wenn Diocletian einmal bemerkt (c. 7 C. 4, 39):

Postquam eo decursum est, ut cautiones quoque debitorum pignori darentur, ordinarium visum est post nominis venditionem utiles emtori, sicut responsum est, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones.

Der Ausdruck eo decursum est zeigt, dass dem Kaiser die Rechtsentwickelung noch ganz gegenwärtig ist. Man wird deshalb eher annehmen können, dass sie sich am Anfang des dritten als des zweiten Jahrhunderts vollzogen hat.

Hiernach dürfte auch aus den Quellen, oder richtiger aus dem Fehlen von Zeugnissen, die unserer Annahme widersprechen, die Behauptung, dass zur Zeit des Antoninus Pius ein Vertragspfand am nomen noch nicht bekannt war, genügend belegt sein.

Die Zeit des Caracalla kennt dagegen bereits das vertragsmässig begründete pignus nominis. Von ihm handeln Paulus, Ulpian, Marcian²). Wenn man nun an der Ansicht festhält, dass zu einer Zeit, wo Prätor und Jurisprudenz sich noch eifrig an der Rechtsbildung beteiligten, der Rechtsgedanke eines pignus nominis, falls er in der Zeit zwischen Antoninus Pius und Caracalla im Vertragspfandrechte aufgetaucht wäre, sicherlich auf dem Wege der Interpretation und Analogie für das pignus judiciale fruchtbar gemacht worden wäre, ohne dass es des Eingreifens der Gesetzgebung bedurft hätte, so muss man aus dem Umstande, dass das pignus nominis für das pignus judiciale durch eine besondere Konstitution eingeführt

wurde, entnehmen, dass bis zu dieser Konstitution die Verpfändbarkeit einer Forderung eben noch nicht anerkannt war.

Es dürfte nun die Hypothese nicht allzu gewagt sein, dass, wenn Schriftsteller aus der Zeit des Caracalla das Vertragspfand einer Forderung kennen, hier einmal eine spezielle Normierung des Pfändungspfandrechts vorbildlich¹) für das Vertragspfandrecht geworden ist, oder eingeschränkt, dass ein Gedanke, der für das Vertragspfandrecht vielleicht schon ventiliert ward, seinen ersten massgebenden Niederschlag im Pfändungspfandrechte gefunden hat und von dort auf dem für Rom charakteristischen Wege der analogen Rechtsfortbildung — durch den Prätor²) — dem Vertragspfandrechte zugänglich gemacht worden ist.

Der Zeitpunkt des von Ulpian in l. 15 § 8 D. 42, 1 erwähnten Einführungsreskripts dürfte sich aus andern von Caracalla stammenden Konstitutionen, welche das pignus nominis judiciale erwähnen, näher bestimmen lassen:

c. 4 C. 7, 53 gehört dem Jahre 216 an -

c. 2 C. 4, 15 wird in das Jahr 211 verlegt³): in diesem Jahre muss also auch unser Reskript ergangen sein; denn es ist das Anfangsjahr von Caracallas Alleinherrschaft.

Grundsätzlich ausgeschlossen von der Pfändung ist keine Forderung:

Der von Alexander Severus erlassenen Vorschrift⁴) hinsichtlich der ständigen Bezüge, welche den mit einer corona

¹⁾ Jam pridem weist nach römischem Sprachgebrauche auf eine nur wenig zurückliegende Zeit hin. Vgl. Georges Lateinisch-deutsches Handwörterbuch 7. Aufl. Spalte 1712.

²) Vgl. l. 18 pr. D. 13, 7; l. 20 D. 20, 1; l. 13 § 2 D. 20, 1.

¹) Entgegengesetzt die herrschende Meinung, vor allen Puchta § 250 (siehe oben S. 37) und Hellwig S. 5 fg.

^{2) 1. 18} pr. D. 13, 7: tuenda est a praetore; c. 4 C. 8, 16: placuit. Weitere Quellenangaben bei Hellwig S. 4, der hierbei, — aber auch nur in diesem Punkte von untergeordneter Bedeutung — mit uns übereinstimmt.

³⁾ Diese Vermutung Herrmann's in der Kriegel'schen Ausgabe des corpus juris civilis dürfte wahrscheinlicher sein als das von Krüger in der Mommseschen Ausgabe angenommene Jahr 205. Das letztere würde sowohl der 1. 15 § 8 D. 42, 1 (imperator noster) wie der von Krüger selbst nicht abgeänderten Überschrift der c. 2 C. 4, 15: — Antoninus — widersprechen, da bis 211 Caracalla noch mit seinem Vater Septimius zusammen regierte.

⁴⁾ c. 5 C. 8, 16 (17): Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athletis pensitanda sunt, privata pactione pignorare minime admittendum est et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet.

sacra ausgezeichneten Athleten 1) ausgesetzt sind, ist nach dem deutlichen Wortlaute des Gesetzes selbst (privata pactione) eine Ausdehnung auf das Pfändungspfandrecht nicht zu geben, zumal schon vorher 2) die Zulässigkeit der Pfändung solcher commoda oder praemia ausdrücklich anerkannt worden war.

Sicherlich hätten ähnliche Motive, wie sie zur Exemtion gewisser Kategorieen körperlicher Sachen von der Pfandnahme geführt haben, auch zur Exemtion gewisser Forderungen führen können, z. B. der Soldforderungen der Soldaten, da diese von ihrem Solde sich Uniformen und Lebensmittel selbst beschaffen mussten und das Staatsinteresse erheischte, dass ihnen die hierzu nötigen Geldmittel gelassen würden ³). Allein mit Bezug auf jene Forderungen schärft ein Erlass von Caracalla ⁴) nichts anderes ein, als dass auf sie nur zurückgegriffen werden soll, wenn die Exekution nicht auf anderm Wege ⁵) (aliis rationibus) zur Befriedigung des Gläubigers führen kann. Dies folgt jedoch im grossen ganzen schon aus den strikten Sätzen der Pfändungsordnung, nach der Forderungen erst an letzter

Stelle ergriffen werden dürfen. Unser Reskript kann daher höchstens die Bedeutung haben, innerhalb der Gruppe der jura die Soldforderungen an die letzte Stelle zu verweisen 1).

Auch die Exemtion von Alimentenforderungen, die ja im römischen R. schon mit übergrossen Privilegien ausgestattet und auch im Exekutionsrechte in gewisser Weise bevorzugt sind ²), würde nicht Wunder nehmen.

Eine spezielle Norm hierüber ist aber ebensowenig wie bei den Soldforderungen aufgestellt worden.

Dem Erfordernis einer derartigen Exemtion war übrigens in Rom schon durch die Pfändungsordnung in manchen Fällen vorgebeugt, nämlich da, wo das beneficium competentiae den Prozessparteien zukam, sei es wegen ihres Verwandtschaftsoder Verwandtschaft ähnlichen Verhältnisses zum Gläubiger und darunter würden alimentenberechtigte Aszendenten, Deszendenten oder Ehegatten fallen — oder wegen besonderer Schutzbedürftigkeit des Schuldners — und hierbei gedenkt das römische Recht bekanntlich der Soldaten. Hier waren zwar nicht bestimmte Gegenstände von der Pfandnahme ausgeschlossen, sondern der Pfändung war nur im allgemeinen die Grenze gezogen, dass dem Schuldner noch so viel verbleiben musste, "ne egeat". Die Pfändung wird also der Pfändungsordnung entsprechend vorgenommen, muss aber natürlich, wenn dem Schuldner der nötige Unterhalt verbleiben soll, in der dritten Pfandgruppe, bei den jura, zum Stillstande gelangen. Somit dürften in facto die, zumeist doch nur auf das ne egeat zugeschnittenen, Alimenten- und Soldforderungen pfandfrei geblieben sein.

Dass durch das Mittel des beneficium competentiae, falls gar keine oder zum Unterhalt nicht genügende jura vorhanden waren, die Pfändbarkeit auch körperlicher Sachen und, der Pfändungsordnung gemäss, vornehmlich der Immobilien ausgeschlossen wurde, bedarf keiner näheren Ausführung.

¹) Die athletae nahmen eine von der der Gladiatoren und Schauspieler durchaus verschiedene Stellung ein. Ihr Ruf war es nicht: morituri te salutant, imperator. Die Athleten mussten z. B. ingenui sein (l. 7 § 4 D. 9, 2) und der Erwerb ihrer coronae, welche an sich schon einen beträchtlichen Wert darstellten (Pauly Real-Enc. Bd. II S. 715), hatte noch andere ebenso ideelle wie materielle Vorteile z. B. Befreiung von munera civilia (c. un. C. 10, 54) zur Folge. Vgl. übrigens Pauly a. a. O. Bd. I 2. Abt. S. 2003.

²) Papinian 1. 40 D. 42, 1. Commodis praemiorum, quae propter coronas sacras praestantur, condemnato placuit interdici et eam pecuniam jure pignoris in causam judicati capi.

⁸) Die Höhe des Soldes schwankte in den verschiedenen Perioden. Als Normalsatz sind 10 asses für den Tag, die in 3 oder 4jährlichen Raten ausgezahlt wurden, anzusehen, vgl. Madvig Bd. II S. 528 fg.; und die Römer waren stets darauf bedacht, dieses mässige Fixum mit Rücksicht auf die damit zu bestreitenden Auslagen sicher zu stellen. Dies ergiebt sich z. B. aus der Bevorzugung der Soldforderungen durch Zulassung der legis actio per pignoris capionem zu ihrer Beitreibung.

⁴⁾ Stipendia retineri proptera, quod condemnatus es, non patietur praeses provinciae, cum rem judicatam possit aliis rationibus exequi: c. 4 C. 7, 53.

⁵) Der Gewinn aus Beuteanteilen und Triumphgeschenken z. B. steigerte sich unter Cäsar einmal bis zur Höhe von 3800 Mark im Jahre für den gemeinen Soldaten. (Bloch römische Altertumskunde, Stuttgart 1895 S. 75).

¹⁾ Anders Bethmann-Hollweg Bd. II S. 695, der auf Grund der c. 4 C. 7, 53 behauptet: "Ausgenommen (sc. von der Pfändung) ist nur die Forderung öffentlicher Besoldungen (stipendia)".

²) Vgl. l. 8 pr. § 2 D. 2, 15; c. 8 C. 2, 4; l. 25 § 1 D. 35, 2; l. 11, 14 § 1, 18 § 3 D. 34, 1. — l. 2 D. 42, 1.

§ 9.

IV. Der Pfändungsakt.

Bei wem wird gepfändet?

Dass es dem executor zur Ausführung des jussus erlaubt war, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen und verschlossene Behältnisse öffnen zu lassen (arg. l. 15 §§ 11, 12 D. 42, 1) liegt in der Natur der Sache.

Dass der Exekutor die Habe des Schuldners, um sie zu pfänden, aber auch bei einem Dritten verfolgen durfte, hierfür soll der Nachweis versucht werden.

Über die Zweckmässigkeit eines derartigen Eingriffes in die Verhältnisse eines Unbeteiligten dürften sich Zweifel kaum erheben; denn sonst hätte es ja der Schuldner, zumal das römische Recht nicht, wie das heutige, den Offenbarungseid mit den abschreckenden Strafen für seine Verletzung kannte, stets in der Hand, dem Gläubiger die Verwirklichung seines Rechtes durch eine Verschiebung der Örtlichkeit seines Mobiliargutes unmöglich zu machen 1).

Die Zweckmässigkeit bedingt indessen an sich noch nicht die Notwendigkeit eines unvermittelten Eindringens des Exekutors in das Haus eines Dritten. Und mit Rücksicht auf den stolzen Grundsatz des Römers von seiner unbedingten Herrschaft in seinem Hause²) wird man die Notwendigkeit so lange verneinen müssen, als sich andere Mittel zur Erreichung des gleichen Zweckes bieten.

Solche Mittel giebt es aber m. E. nicht; denn der einzig denkbare Weg, etwa die Forderung des Schuldners an den Dritten auf Herausgabe der dem Schuldner gehörigen Sache zu pfänden, würde, selbst wenn sich dieser unbequeme Weg mit den Grundsätzen der pignoris capio vereinbaren liesse, zumeist ergebnislos gewesen sein, da, sobald der Dritte das Bestehen einer solchen Forderung bestritt, bekanntlich der Exekutor ohne weiteres von der Pfandnahme abstehen musste. Wenn dagegen der Exekutor die angeblich dem Schuldner gehörige Sache auch bei einem Dritten unmittelbar verfolgen durfte und der Dritte irgend ein Recht an ihr behauptete, so musste dieser dasselbe durch die Exekutionsintervention verfechten und der Magistrat hatte darüber zu entscheiden, ob die betr. Sache eventuell doch noch zur Befriedigung des Gläubigers Verwendung finden sollte.

Somit erweist sich das oben nur als zweckmässig bezeichnete Mittel auch als notwendig, um dem Gläubiger zu seinem Rechte zu verhelfen. Und da der Staat für eine geordnete, billige Rechtsverwirklichung Sorge zu tragen hat, so musste er seinen Organen natürlich entsprechende Befugnisse beilegen.

Daraus, dass sich solche Befugnisse nicht durch ganz ausdrückliche Quellenstellen belegen lassen, ist bei der überhaupt dürftigen Behandlung unseres Instituts kein Argument gegen die Befugnis zu gewinnen. Vielmehr muss es bei der einleuchtenden praktischen Notwendigkeit der Massnahme genügen, wenn die Quellen einen sichern Schluss auf dieselben gewähren.

Wie steht es hiermit?

In l. 15 § 5 D. 42, 1 wird von der Pfändung einer bereits mit einem Vertragspfandrechte behafteten Sache gehandelt. Ist auch aus der hierbei gebrauchten Wendung res pignorata zur Zeit des Ulpian nicht etwa ausschliesslich auf einen als pignus in den Gewahrsam des Pfandgläubigers gegebenen Gegenstand zu folgern, und kann hierunter ebenso gut auch eine verhypothezierte und deshalb beim Schuldner verbliebene Sache gemeint sein, soviel steht fest: keineswegs ist in l. 15 § 5 D. 42, 1 der Fall, dass eine Sache re vera zum pignus gegeben war — sprachlich — ausgeschlossen, und ich kann nicht einsehen, was sich in dieser Stelle aus der Sache gegen die Annahme eines pignus im engeren Sinne vorbringen liesse 1).

¹⁾ Nicht immer braucht ein dolus des Schuldners vorzuliegen. Auch gegen seinen Willen kann sich ja sein pfändbares Gut bei einem Dritten befinden z.B. wenn der Schuldner den Gegenstand verkauft und übergeben, den Kaufpreis aber nicht kreditiert, also das Eigentum behalten hat.

²) Bekanntlich kommt dér englische Rechtssatz "my house is my castle" dem römischen Standpunkte am nächsten. (Vgl. Fischel Verfassung Englands 2. Aufl. S. 102 n. 1 mit Allegaten aus Cicero pro Domo). Mehr oder weniger abgeschwächt hat sich dieser Gedanke auch in die modernen festländischen Verfassungsurkunden Eingang zu schaffen gewusst; siehe z. B. Artikel 6 der Preuss. Verf. Urk. v. 31. Januar 1850.

¹⁾ Olshausen S. 63 spricht von dem "bei der pignoris capio im Grunde einzig möglichen Falle", dass sich die abgepfändete Sache im Besitze des

Hier hätten wir nun einen Fall, wo der Exekutor die Pfändung bei einem Dritten, dem Vertragspfandgläubiger, vornehmen musste.

Ferner c. 1 C. 4, 15 (Severus et Antoninus):

Propter aes alienum pupilli res tutoris, qui nihil ex bonis ejus tenet pignori capi non oportet.

Hier wird arg. a. contr. eine Pfändung von etwelchen Mündelsachen, welche sich beim Vormunde vorfinden, für zulässig erklärt.

Hinzufügen könnte man noch c. 1 C. 8, 22 (23) in einer — freilich nicht der bestbeglaubigten — Lesart:

Res ob causam judicati datas ejus jussu, cui jus jubendi fuit pignoris jure teneri ac distrahi posse saepe rescriptum est.

Bei dieser Lesart muss unterstellt werden, dass der Gläubiger sich die Erfüllung seiner Judikatsforderung durch Vertragspfand noch besonders hatte versichern lassen, wodurch er ja das Recht auf die Exekution nicht einbüsste (vgl. l. 4 § 4 D. 42, 1 a. E.).

Nahm in einem solchen Falle der Gläubiger die Exekution vor, so musste er bei sich selber einen dem Schuldner gehörigen Gegenstand pfänden lassen.

Es wäre dies ein dritter Anwendungsfall des Satzes, dass der Exekutor das Vermögen des Schuldners auch bei andern Personen beschlagnahmen durfte.

Nun könnte man gegen all diese Schlussfolgerungen einwenden, dass in l. 15 §§ 11, 12 D. 42, 1¹) dadurch, dass speziell die Pfändung von Geld des Schuldners in fremdem Besitze zugelassen und nur diese eingehend geregelt wurde, alle andern bei Dritten befindlichen Mobilien des Schuldners von der Pfandnahme ausgeschlossen sein sollten²).

Exequenden befand. Einen Beweis für seine grundlose Behauptung versucht Olshausen nicht. Vgl. gegen ihn auch Voss S. 268.

Allein das wäre eine unhaltbare Folgerung.

Was wollen denn l. 15 § 11, 12 D. 42, 1 besagen?

Es fällt zunächst auf, dass hier die pecunia penes argentarios von der pecunia penes alium scharf geschieden wird 1).

Jene soll vorläufig unberücksichtigt bleiben.

Weiter fällt auf, dass bares Geld bei Dritten nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen gepfändet werden kann: nämlich nur, wenn es für den Schuldner bestimmt (destinata) oder von ihm dem Dritten durch förmlichen Vertrag zur Verwahrung übergeben (deposita) ist, ein Fall, in welchem der Depositar wegen seiner strengen Haftung das Geld mit dem Namen des Schuldners zu bezeichnen und zu verschliessen pflegte (obsignata et clausa: l. 31 D. 19, 2; in arca reclusa); und ebenso kann, wenn ein Mündel der Schuldner ist, sein beim Vormunde deponiertes Geld, sollte es selbst, wie gesetzlich angeordnet²), zum Ankauf von Landgütern weggelegt sein, gepfändet werden³).

Diese für die Pfändung von Geld des Schuldners, das ein Dritter im Besitze hat, aufgestellten Normen sind in ihrer Beschränkung durchaus begreiflich. Denn dem Gelde kann man in den meisten Fällen den Eigentümer nicht ansehen⁴). Deshalb ist es auch zumeist ganz aussichtslos, nach ihm bei Fremden zu fahnden.

Anders ist es in den in l. 15 §§ 11, 12 D. 42, 1 genannten wenigen Fällen; denn, das ist die ratio legis, hier lässt es sich, obgleich die Geldstücke nicht im Gewahrsam des Schuldners sind, doch noch feststellen, dass sie dem Schuldner gehören. Dass unter solchen Umständen auch das bei einem Dritten befindliche Geld des Schuldners gepfändet werden kann, erscheint den Römern — und das ist wiederum recht charakteristisch — so selbstverständlich, dass es keiner besonderen Norm

¹⁾ Sed et si pecunia penes argentarios sit, aeque capi solet; hoc amplius et si penes alium quem, destinata tamen ei, qui condemnatus est, solet pignoris jure capi et converti in causam judicati. — Praeterea pecuniam quoque depositam nomine condemnati vel in arca reclusam solent capere, ut judicato satis fiat. Hoc amplius et si pupillaris pecunia in arcam reposita sit ad praediorum comparationem et citra permissum praetoris ab eo, qui exequitur judicatum solet capi et in causam judicati converti.

²⁾ So Küstner S. 37.

¹⁾ Bethmann-Hollweg Bd. II S. 695 hält dies nicht auseinander.

²⁾ Vgl. l. 5 pr. D. 26, 7.

³) Der weiter an sich beachtenswerte Satz, dass es für die Pfändung nicht einer besonderen Erlaubnis des praetor tutelaris bedarf, ist für uns an dieser Stelle unwesentlich.

⁴⁾ Bares Geld bildet ja bekanntlich das klassische Beispiel für den Eigentumserwerb durch commixtio (1. 78 D. 46, 3).

bedurfte, welche diesen Modus einführte; nein, die Römer waren stets schon, in einem ständigen Brauche¹), derart verfahren.

Giebt man die ratio dieser Übung zu, dann ist durch 1.15 §§ 11, 12 D.42, 1 die Pfändbarkeit anderer dem Schuldner gehörigen Mobilien, wenn sie ein Dritter im Besitze hat, nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern sogar erwiesen; denn alle andern Mobilien, selbst fungible Sachen, haben mehr oder minder Erkennungszeichen, so dass sie als Eigentum des Schuldners auch bei Fremden herausgefunden werden können.

Dass bei dem Gelde, welches der Schuldner dem argentarius gab, um es von diesem auf Zins ausleihen zu lassen ²), und wobei für den argentarius ein tüchtiger Gewinn abfiel, gerade entgegengesetzte Normen bestanden; dass, wenn der argentarius einmal Geld von dem Schuldner empfangen hatte, unter allen Umständen, mochte es selbst schon ausgeliehen sein, ein entsprechender Betrag, falls er nur auf den Namen des Schuldners beim argentarius gebucht ³) stand, bei diesem gepfändet werden konnte ⁴), darf in unserer Deduktion nicht irre machen.

Freilich, für den ersten Augenblick erscheint es unbillig, dass für den Schuldner bei dem argentarius Geld gepfändet werden darf, selbst wenn der Exekutor davon überzeugt war, dass die Pfandstücke nicht dem Schuldner sondern dem argentarius gehörten. Allein man darf zweierlei hierbei nicht ausser acht lassen: einmal, dass in den meisten Fällen der argentarius (wenn nicht gar das Geld des Schuldners noch in seinem Kasten steckte) durch den Rückgriff an den Entleiher des Geldes gedeckt sein und schliesslich nur durch den Besuch des Exekutors belästigt wird; sodann aber auch, dass wenn wirklich einmal der argentarius durch die Zahlungsunfähigkeit des Entleihers

einen materiellen Schaden erlitte ¹), die Römer sich darüber gar keine Skrupel gemacht haben würden, weil eben ein argentarius der Geschädigte war, ein argentarius, dem sie stets mit Argwohn begegnet sind ²), und gegen den sie sich durch ein ganzes System von privilegia odiosa ³) zu schützen gesucht haben.

Dadurch dürfte erwiesen sein, dass der Exekutor berechtigt und verpflichtet war, wenn er erfahren hatte⁴), dass sich Sachen des Schuldners im Gewahrsam eines Dritten befanden, bei diesem Dritten die Pfändung vorzunehmen, und dass er nur hinsichtlich baren Geldes in angemessener Weise durch l. 15 §§ 11. 12 D. 42, 1 beschränkt war.

Auf welche Weise wird gepfändet?

Bei körperlichen Sachen ist die Pfändung mit der Besitznahme der Sachen ausgeführt (l. 26 § 1 D. 13, 7):

Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem.

Die leicht transportablen Sachen wird der Exekutor, ohne dass dem Gläubiger irgend welch bestimmender Einfluss auf ihre Unterbringung zukam, fortgeschafft (arg. c. 5 § 1 C. 7, 65: . . . si fuerit appellatum, executione suspensa decernendum putamus, ut si res mobilis sit, ad quam restituendam executoris opera fuerit indulta etc.), wo dies nicht anging — also besonders bei Immobilien 5 — wird er dadurch, dass er den

¹⁾ l. 15 §§ 11, 12. D. 42, 1 enthalten viermal hintereinander die Wendung capi "solet".

²) In dieser Weise pflegten die besseren Stände, die sich vor dem eigenen Betriebe von Geldgeschäften scheuten, ihre Reichtümer zu vervielfachen. (Bloch Römische Altertumskunde S. 96).

³⁾ Vgl. Puchta § 274 "Bei diesen Personen blieb die Sitte (sc. des Buchens), als sie später bei den gewöhnlichen Bürgern abkam"; Madvig Bd. II S. 187.

⁴⁾ Leonhard (mündlich) lehnt diese Vermutung ab.

¹⁾ Übrigens dürfte der argentarius doch eine condictio gegen den bereicherten Schuldner gehabt haben!

²) Der Argwohn schwand auch nicht, als die argentarii in der späteren Kaiserzeit offiziell mit Finanzoperationen betraut wurden und Septimius Severus geruhte, einen (uns noch erhaltenen) Triumphbogen sich von ihnen errichten zu lassen. Erst Justinian wurde ihr besonderer Gönner, vgl. Nov. 136 und Pauly Real-Enc. Bd. I S. 1517.

Solution of the state of the

⁴⁾ Zumeist wird es wohl der Gläubiger schon bei der postulatio haben angeben können und es wird infolge dessen in den jussus ein Hinweis darauf gesetzt worden sein. (Vgl. oben S. 23 fg.)

⁵) arg. c. 5 § 2 C. 7, 65. Quodsi . . . de fundis executio concessa erit et eam suspenderit provocatio, fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti vel postea nati erunt, in deposito collocentur, jure fundi penes eum, qui appellaverit, constituto.

bisherigen Besitzer zum Abschlusse eines constitutum possessorium zwang, Besitz ergriffen haben 1).

Bei Forderungen liess sich die Pfändung durch Besitznahme des Schuldscheins²) vollziehen oder auch, der von Papinian in einem speziellen Falle gegebenen Anweisung³) folgend, durch Untersagung der Einziehung an den Schuldner⁴) und Benachrichtigung hiervon an den Drittschuldner⁵), der dadurch zur

Rückhaltung des Schuldgegenstandes verpflichtet wird (arg. c. 4 C. 7, 53, wo stipendia retineri als Exekutionsakt erwähnt ist).

Schliesslich sei noch bemerkt, dass auch für das römische Recht, obgleich es an einer ausdrücklichen Anordnung fehlt, doch angenommen werden muss, der Exekutor habe in concreto bloss soviel pfänden dürfen, als zur Deckung der Forderung des betreibenden Gläubigers voraussichtlich notwendig erschien, um den Schuldner in seiner Disposition nicht übermässig zu beschränken. Ein solcher Zweck liegt ja nach unserer Ansicht schon der Pfändungsordnung zu Grunde; und nur, wenn man die angedeutete Bestimmung supponiert, lässt sich die Normierung der l. 15 § 3 D. 42, 1, wonach der Gläubiger unter Umständen den Zuschlag der Pfandsache für den Betrag seiner Forderung verlangen kann, mit der billigen Rücksicht auf den Schuldner, die wir allgemein im Exekutionssystem des pignus i. c. j. c. geübt sehen, vereinbaren. Sonst würde ja der Gläubiger, wenn er die in irgend welchem übergrossen Umfange vom Exekutor gepfändeten Sachen bei der Subhastation gegen den Betrag seiner viel geringeren Forderung eintauschte, sich in unbilliger Weise mit dem Gute des Schuldners bereichern.

V. Hindernisse der Pfändung.

§ 10.

I. Durch das Gesetz (Veräusserungsverbote)?

Bezüglich der landwirtschaftlichen Grundstücke der Minderjährigen und bezüglich des fundus dotalis, welche bekanntlich nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen veräussert und verpfändet werden dürfen, erklären die Quellen (I. 3 § 1 D. 27, 9):

a) Pignori tamen capi jussu magistratus vel praesidis vel alterius potestatis et distrahi fundus pupillaris potest. Sed et in possessionem mitti rerum pupillarium a praetore quis

¹) Die ältere Theorie behauptete frisch weg: tam pignus judiciale ut praetorium constituitur per immissionem in possessionem ex decreto judicis (Negusantius, tertium membrum tertia pars fol. 69 v). Und auch Sintenis Civilrecht I 645 erklärt noch als römisch: "Das Pfandrecht entsteht bei Grundstücken mit Ausweisung des Schuldners aus und Einweisung des Gläubigers in den Besitz." Wenn das gleiche die Prozessualisten thun (Bayer S. 1111, Renaud S. 457), so ist es verständlicher; denn hier wirkt wohl die Absicht mit, die Norm ihrer Zeit schon in die römischen Anfänge des Judikatspfandes hineinzutragen.

²) Analog c. 1 C. 8, 53. (Severus et Antoninus): Emtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factum intellegis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere; vgl. auch c. 2 C. 8, 16 (17) und Bartolus dazu: obligato instrumento intellegitur obligatum jus in eo contentum. — Solche cautiones s. instrumenta auszustellen war ja, bei Stipulationen, schon zu Ciceros Zeit Brauch, vgl. Puchta Instit. § 274, Dernburg Pand. Bd. II § 7 a. A.

⁹) l. 40 D. 42, 1. Commodis praemiorum, quae propter coronas sacras praestantur, condemnato placuit interdici et eam pecuniam jure pignoris in causam judicati capi.

⁴⁾ Hiervon allein spricht Papinian. Das erklärt sich daraus, dass als Drittschuldner in diesem Falle die Staatskasse fungiert, welcher die Beschlagnahme wohl auf andre Weise als durch den zivilrechtlichen Akt der denuntiatio kund zu thun war; vielleicht mittels amtlicher Nachricht des Prätors an das aerarium, analog dem von Bethmann-Hollweg Bd. II S. 142 für Besoldungen der Unterbeamten geschilderten Verfahren.

⁵) Anders Hellwig S. 96, der noch eine Verhandlung des Exekutors mit dem Drittschuldner zur Feststellung, ob das nomen ein confessum sei, fordert. Gegen seine Ansicht spricht jedoch ganz deutlich der Zusammenhang der l. 15 § 9 D. 42, 1 (siehe unten S. 57 fg.), wo unmittelbar nach dem Satze, dass nur nomina confessa gepfändet werden sollen, die Frage der Intervention, falls der Drittschuldner die Forderung bestreitet, abgehandelt wird. Aus der Möglichkeit der Intervention ergiebt sich aber, dass eine vorherige Verständigung mit dem Drittschuldner nicht erfolgt ist; und durch den Umstand, dass der confessio nur bei Gelegenheit des Interventionsprozesses gedacht wird, erscheint die Vorschrift der confessio in einem ganz andern Lichte: sie soll dem Magistrate nur die Richtschnur für seine Entscheidung im Interventions-

prozesse abgeben, ist aber nicht Voraussetzung der Pfändung eines nomen. Damit fällt die ganze Deduktion Hellwig's. — Nicht bestritten soll werden, dass der Exekutor, wenn er zufällig von dem Ableugnen der Forderung erfuhr, sie nicht erst gepfändet haben wird. Das geschah aber schon aus dem allgemeinen Satze "capi quod est sine controversia," der zwar bei der Lehre von der Exekution in körperliche Sachen angeführt wird, unstreitig aber auch für die Forderungspfändung Geltung hat.

potest et jus pignoris contrahitur sive legatorum servandorum causa sive damni infecti; ut procedat juberi etiam possideri poterit; hae enim obligationes sive alienationes locum habent quia non ex tutoris vel curatoris voluntate id fit, sed ex magistratuum auctoritate.

Ulpian bringt zwar unsere lex in demselben Buche (XXXV ad edictum) wo er die oratio Severi behandelt; aber die lex enthält keine eigentliche Ausnahme von dieser oratio; denn die letztere untersagt den Verkauf der Mündelgrundstücke ausdrücklich nur für den Fall, dass er von den tutores oder curatores vorgenommen wird 1). Das trifft natürlich beim pignus judiciale nicht zu, und deshalb kann auch die oratio Severi auf unser Institut keine Anwendung finden. Das ist auch die Begründung, welche Ulpian am Schlusse des zitierten Fragments nicht ganz unverkennbaren Worten ausspricht.

Und deshalb ist unsere lex auch nicht durch die schärfere Gesetzgebung Constantins betroffen²); denn auch diese hat es nur mit dem freihändigen Verkaufe zu thun³).

Also besteht für Mündelgrundstücke, überhaupt für Mündelsachen, kein Pfändungsverbot.

b) Da das Veräusserungsverbot für den fundus pupillaris wahrscheinlich im Anschlusse an die Normen des fundus dotalis aufgestellt ist⁴), so könnte man die Exemtion vom Veräusserungsverbot, wie sie sich bei jenem ausgedrückt fand, mit Fug auf diesen übertragen. Dazu kommt aber noch, dass auch beim fundus dotalis von Paulus fast mit denselben Worten wie beim fundus pupillaris von Ulpian als Prinzip für die Exemtion von dem Veräusserungsverbote hingestellt wird, dass alle Einschrän-

kungen der Veräusserung nur für den Privatmann bestehen, die Obrigkeit an sie aber nicht gebunden ist (l. 1 pr. D. 23, 5):

Interdum lex fulia de fundo dotali cessat, si ob id, quod maritus damni infecti non cavebat, missus sit vicinus in possessionem dotalis praedii, deinde jussus sit possidere; hic enim dominus vicinus fit, quia haec alienatio non est voluntaria.

c) Dass dieser offenbar ganz allgemein einem jeden Veräusserungsverbote innewohnende eximierende Grundsatz auch für den dritten Fall¹), bei den res litigiosae, zur Geltung gekommen ist, dürfte unbedenklich zu folgern sein, wenn es nicht schon in dem Einführungsdekrete (c. 5 (4) pr. C. 8, 36 (37): censemus, si quis lite pendente vel actiones vel res quas possidet ad alium quendam transtulerit... vitio litigiosi contractus subjacere) deutlich gesagt wäre, dass das Verbot nur die freiwillige Übertragung des Besitzes treffen will.

§ 11.

2. Durch den Schuldner.

I. Wenn der Schuldner die Judikatsschuld ableugnete oder Erfüllung behauptete oder andere Einwendungen machte, sei es aus thatsächlichen oder rechtlichen Gründen²), so durfte der Exekutor die Pfändung nicht vornehmen und musste dem magistratus berichten. Dieser setzte davon den Gläubiger in Kenntnis. Ein solcher Modus muss daraus gefolgert werden, dass bei derartigen Einwänden die Zwangsvollstreckung nur nach Austrag eines neuen Rechtsstreits mit der actio judicati ihren Fortgang nehmen konnte.

Gegen eine frivole Hemmung der Exekution durch Veranlassung der actio judicati seitens des Schuldners schützte sich

¹) Interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant. (l. 1 § 2 D. 27, 9.)

²⁾ Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti exceptis his dumtaxat vestibus, quae detritae usu ant corruptae servando servari non potuerint: c. 22 § 6 C. 5, 37.

^{*)} Beiläufig sei bemerkt, dass eben der letztere Grund auch dafür spricht, dass die Norm der l. 15 § 12 D. 42, 1, wonach Mündelgelder ohne Erlaubnis des praetor tutelaris nicht gepfändet werden dürfen, durch Constantin nicht beseitigt ist: eine Frage, die trotzdem beide Bestimmungen in die justinianische Kompilation aufgenommen sind, doch immerhin erörtert werden kann.

⁽⁴⁾ arg. l. 3 § 5 D. 27, 9 a. E.

¹) Er wird erst wichtig unter Justinian, weil erst dieser das früher nur in einzelnen Fällen bestehende Veräusserungsverbot bedeutend erweiterte, vgl. c. 5 (4) C. 8, 36. (37.)

²) Ebenso Dernburg Pfandr. Bd. II S. 251, vgl. Puchta § 179 Note c. Die Ansichten über die actio judicati sind sehr verschieden: am einleuchtendsten Pernice Zeitschr. S. 44 fg. vgl. Bayer S. 1119 fg.

das römische Recht präventiv durch die cautio judicatum solvi, repressiv durch die poena dupli 1).

II. Der Schuldner konnte, wenn die Pfändung, ohne dass ein formales Judikat oder ein rechtsgültiger jussus vorlag, ausgeführt worden war, dagegen bei dem procurator, dem praeses provinciae, vorstellig werden²), was die Beseitigung des zu Unrecht herbeigeführten Zustandes zur Folge hatte (injuria submovetur) und überdies den "auctores hujus rei" von Amtswegen eine Bestrafung durch den praefectus praetorio eintrug. Zu den "auctores" gehört sicherlich ausser dem executor auch der magistratus, wenn er es an der erforderlichen Nachprüfung der Pfändungsvoraussetzungen hatte fehlen lassen oder gar den Gläubiger begünstigt hatte.

Im übrigen war gegen die Pfändung bis zum Ausgange des 4. Jahrhunderts kein Rechtsmittel zulässig (ab executore sententiae appellare non licet: l. 4 pr. D. 49, 1). Da jedoch, wenn der Exekutor über den modus judicationis hinausging, dies als gar zu arger Übelstand empfunden wurde, sahen sich die Kaiser Valens, Gratian und Valentinian³) zur gesetzlichen Abhülfe genötigt: sie führten eine Provokation gegen den Exekutionsexcess ein, suchten jedoch gleichzeitig dem aus ihrer missbräuchlichen Anwendung für die Exekution erwachsenden Hemmnis durch Bestrafung der leichtfertigen Appellation vorzubeugen⁴).

3. Durch Dritte.

§ 12.

a. Eigentum wird beansprucht.

Sobald ein Dritter behauptet, dass die gepfändete Sache ihm gehöre, und dies dem Exekutor mitteilt, so wird in der Regel die Exekution durch Beschlagnahme eines andern nicht kontroversen Gegenstandes, der keine körperliche Sache zu sein braucht 1), durchgeführt; und nur, sofern sich ein solcher nicht auftreiben lässt, muss der Widerspruch des angeblichen Sacheigentümers als Interventionsbeschwerde angesehen werden und diese verläuft nach einem Reskripte Caracallas wie folgt (l. 15 § 4 D. 42, 1):

Si rerum, quae pignoris jure captae sunt, controversia fiat, constitutum est ab imperatore nostro ipsos, qui rem judicatam exequentur, cognoscere debere de proprietate; et si cognoverint ejus fuisse, qui condemnatus est, rem judicatam exequentur. Sed sciendum est, summatim eos cognoscere debere nec sententiam eorum posse debitori praejudicare si forte hi dimittendam eam rem putaverint, quasi ejus sit, qui controversiam movit, non ejus, cuius nomine capta est; nec eum, cui restituta est, statim habere per sententiam debere, si forte jure ordinario coeperit ab eo res peti; sic evenit, ut omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat . . .

Diese in mehr als einer Hinsicht bestrittene Stelle lässt sich folgendermassen übertragen:

Bei B. wird eine Sache gepfändet. A. behauptet, sie gehöre ihm. Hier soll der Exekutionsmagistrat²) selbständig über

¹⁾ Gajus IV §§ 25, 102; l. 7 D. 46, 3.

²) Vgl. Paulus sent. rec. lib. V 12 § 6 (oben S. 21 n. 2) und Ulpian in l. 58 D 42, 1: Si cum nulla sententia praecessisset, capta sunt et distracta pignora, possunt revocari.

³) Dass sich diese Abhülfe erst so spät erforderlich machte, lässt auf die Existenz eines andern Mittels, welches bis dahin dem Übel zu steuern vermocht hatte, schliessen (andere gesetzliche Mittel deutet vielleicht auch der erste Satz von c. 5 C. 7, 65 an); denn, dass das Übel damals erst aufgetaucht wäre, ist wohl nicht denkbar. Jenes Mittel dürfte eben die Pfändungsordnung gewesen sein.

⁴⁾ c. 5 C. 7, 65: Ab executione appellari non posse satis et jure et constitutionibus cautum est, nisi forte executor sententiae modum judicationis excedat. A quo si fuerit appellatum, executione suspensa decernendum putamus, ut, si res mobilis est, ad quam restituendam executoris opera fuerit indulta, appellatione suscepta possessori res eadem detrahatur et idoneo collocetur reddenda ei parti, pro qua sacer cognitor judicaverit. Quodsi de possessione vel de fundis executio concessa erit et eam suspenderit provocatio,

fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti vel postea nati erunt, in deposito collocentur, jure fundi penes eum, qui appellaverit, constituto. Sciant autem se provocatores vel ab executione appellantes vel ab articulo, si eos perperam intentionem cognitoris suspendisse claruerit, quinquaginta librarum argenti animadversione mulctandos. (378.)

¹⁾ arg. c. 2. C. 4, 15, ebenso Frommhold S. 20.

²) Das ist m. E. der "ipse qui rem judicatam exequitur". Alle möglichen andern Meinungen finden sich. Was sich Thiele S. 51 unter dem "Zwangsvollstreckungsrichter" denkt, ist nicht klar. Pflüger S. 355 versteht den "consul oder wer sonst zur pignoris capio befugt ist", darunter. Seine Annahme ist

das Eigentumsbegehren entscheiden. Nur wenn er dahin erkennt, dass das Pfandstück dem B. gehört, soll die Exekution ihren Lauf haben. Im allgemeinen ist übrigens zu beachten, dass die Aufgabe des Magistrats nur dahin geht, wegen des Pfändens oder Nichtpfändens 1) den Eigentumsstreit zu entscheiden: weder kann sein Beschluss dem B. präjudizieren, wenn er etwa dahin lautet, die Sache sei freizugeben, da sie dem A. und nicht dem Pfandschuldner B. gehöre, noch auch darf B. 2) unter

schon oben S. 16 zurückgewiesen. Dernburg Pfandr. Bd. II S. 251 behauptet sogar, die apparitores sollen die Befugnis haben, "wenn nach der Pfändung ein Dritter Anspruch auf die gepfändete Sache erhebt, nach summarischer Verhandlung einen Spruch über das Eigentum zu fällen und je nach dem Ergebnis mit der Exekution fortzufahren oder sie zu suspendieren". Schon Donellus zu l. 15 ad § "si super" verwirft mit Recht eine solche Ansicht. Träte man ihr bei, so ergäbe sich z. B. das Sonderbare, dass der apparitor auch unter der Bezeichnung "judex" gemeint sein muss (vgl. l. 15 § 9 D. 42, 1: ipsos debere judices cognoscere ut cognoscunt de proprietate). Unsere Annahme von der Bedeutung des "is qui sententiam s. rem judicatam exequitur" ist oben § 4 begründet worden. Gleicher Ansicht z. B. v. Schruttka-Rechtenstamm S. 20, Frommhold S. 10.

1) Was unter "summatim cognoscere" zu verstehen ist, darüber wird gestritten. Mit der Übertragung "summarische Verhandlung" (Dernburg Pfandrecht II S. 251) oder "abgekürztes Verfahren" (Thiele S. 52) ist für das Verständnis unserer Stelle nichts gewonnen. Auch die eingehenden Untersuchungen von v. Schruttka-Rechtenstamm S. 26 fg. 42 sind nicht überzeugend. Ich schliesse mich Briegleb S. 9 an, der das Wesen des summatim cognoscere darin findet, ut cognitione angustis unius quaestionis finibus terminanda omnes aliae quaestiones quamvis finitimae et quasi eodem jure comprehensae excludantur a cognitione (videtur mihi quidem vis propria vocabuli "summatim" esse sita). Darnach wird in unserem Falle nicht über das "Mein" und "Dein", sondern nur über das "Nehmen" oder "Nichtnehmen" entschieden.

2) Anders schon die Basiliken 9, 3, 15 § 4 und die Glosse ad verbum "eum" (moventem litem vel verius id est victorem), welche unter dem is cui restituta est den tertius verstehen, neuerdings wieder Pflüger S. 355. Dem ist jedoch schon aus den bei Frommhold S. 16 n. 2 entwickelten Gründen nicht beizutreten. Die ältere Meinung wird auch nicht durch den Ausdruck "restituta," den die Glosse durch "tradita" zu umschreiben versucht, gestützt; denn man muss davon ausgehen, dass omnibus integris tantum capioni res judicata proficiat, also prinzipiell kein Vorteil für den tertius, und sei es auch nur ein provisorischer, erwachsen darf. Ein solcher Vorteil wäre es aber, wenn der tertius auf Grund des Interventionsbescheides die Pfandsache überliefert erhielte und so in die beweisgünstige Lage des possidens gelangte, während der Exequend auf die rei vindicatio angewiesen wäre. Vielmehr

Berufung auf einen solchen Bescheid die ihm zugesprochene Sache endgültig behalten, wenn etwa der A. gegen ihn auf Herausgabe derselben klagt; denn diesem ist der ordentliche Rechtsweg durch die Entscheidung des Exekutionsmagistrats durchaus nicht abgeschnitten. Hieraus folgt, dass beide Parteien in ihrem Rechte verbleiben und die summarische Entscheidung nur für die Frage, ob die gepfändete Sache als Exekutionsobjekt zu verwenden oder wieder freizugeben sei, massgebend ist 1).

Die Entscheidung des Magistrats ist der Rechtskraft nicht fähig²). Es muss deshalb vom Intervenienten gegenüber jedem Exekutionssucher erneut auf sie angetragen werden³).

§ 13.

b. Die Rechtsverbindlichkeit einer gepfändeten⁴) Forderung wird bestritten.

Im Gegensatze zu der Intervention des Eigentümers ist durch ein Reskript unbekannten Alters, falls ein Drittschuldner die Rechtsbeständigkeit der dem Pfandschuldner gegen ihn angeblich zustehenden Forderung bestritt, ein förmlicher Interventionsprozess ausdrücklich ausgeschlossen und für den Fall des Einspruchs seitens des Drittschuldners geboten: discedi a nomine.

Sed utrum confessum nomen tantum capi possit, an etiam, si neget quis se debere, videamus; et magis est, ut id dumtaxat capiatur, quod confitetur. Ceterum si negetur, aequissimum erit, discedi a nomine, nisi forte quis exemplum

blieben omnia integra; nur den Exekutionsfortgang will der magistruale Bescheid ermöglichen.

¹) So Briegleb Einl, i. d. Theorie der summ. Prozesse S. 254 nach Frommhold S. 17. Vgl. im übrigen noch v. Schruttka-Rechtenstamm S. 45 besonders n. 62.

2) Ebenso v. Schruttka-Rechtenstamm S. 48 n. 7.

3) Ebenso Frommhold S. 17, 14; anders v. Schruttka-Rechtenstamm S. 44.

4) Hellwig S. 96 behandelt die confessio als Voraussetzung für die Pfändbarkeit einer Forderung. Seine Annahme dürfte jedoch nicht zutreffen, da die Pfändung der Forderung schon mit der Benachrichtigung an den Drittschuldner, noch ehe der Exekutor weiss, ob die Forderung bestritten wird oder nicht, erfolgt ist (siehe oben S. 50). Deshalb ist es begründet, wenn die Quellen die Frage nach dem confessum nomen erst beim Interventionsprozesse aufwerfen. Ich schliesse mich dem in meiner Darstellung an.

secutus corporalium pignorum ultra processerit dixeritque ipsos debere judices de nomine cognoscere, ut cognoscunt de proprietate; sed contra rescriptum est. (l. 15 § 9 D. 42, 1.)

Weshalb nennt Ulpian die im vorstehenden Fragment getroffene Regelung — das Vermeiden eines förmlichen Interventionsprozesses — eine besonders billige (aequissimum erit)?

Das dürfte sich aus folgenden Erwägungen ergeben.

Wenn der Exekutionsmagistrat im Interventionsprozesse bei einer körperlichen Sache die Pfändung derselben dekretirt hatte und sie in Ausführung der Pfändung dann verkauft worden war, konnte der Intervenient auf dem ihm bekanntlich nicht abgeschnittenen ordentlichen Rechtswege mit der rei vindicatio sein Eigentum ohne jede Entschädigung aus den Händen des Erwerbers zurückfordern.

Setzen wir nun analog den Fall, dass der Magistrat im Interventionsprozesse bezüglich einer bestrittenen Forderung durch Dekret ihre Pfändung zugelassen hätte. Hier boten sich zwei Wege, die Pfändung zu verwirklichen (l. 15 § 10 D. 42, 1): entweder die Forderung wurde wie die körperliche Sache verkauft oder durch den Magistrat gegen den Drittschuldner selbst geltend gemacht. Wer wird aber eine nicht anerkannte Forderung kaufen? Allein, wenn diese Erwägung Ulpian vorgeschwebt hätte, so hätte er die Normierung kaum als besonders billig, höchstens als zweckmässig bezeichnen können. — Anders liegt es, wenn der Exekutionsmagistrat, wofern der Drittschuldner zahlungskräftig ist, den zweiten Weg einschlägt und die provisorisch von ihm festgesetzte Schuld vom Drittschuldner einzieht. Der Drittschuldner hat zwar auch hier noch den ordentlichen Rechtsweg und kann klageweise die provisorisch gezahlte Summe 1) zurückfordern. Da die Summe aber vom Magistrat sofort dem Exekutionsgläubiger zur Befriedigung übermittelt und dessen Eigentum durch Vermischung wurde, so stand dem Drittschuldner keine rei vindicatio sondern nur die condictio zu Gebote. Die condictio war jedoch nur gegen den von seiner Schuld befreiten Exequenden, nicht gegen den Empfänger der Forderungssumme zu richten. Und die condictio

gegen einen Schuldner, der schon bis auf die Forderungen ausgepfändet worden ist, also weder Mobiliar- noch Immobiliargut mehr besitzt, dürfte in der Regel aussichtslos sein.

Darnach wird man wohl sagen müssen, dass eine Satzung, welche, um den Drittschuldner vor solchen Folgen zu bewahren, bei Forderungen einen förmlichen Interventionsprozess — entsprechend dem bei körperlichen Sachen eingeführten — nicht zulässt, in hohem Masse der Billigkeit entspricht.

Ein Übelstand war es freilich, dass, wenn der Drittschuldner fraudulos die Rechtsbeständigkeit der Forderung ableugnete, der Gläubiger auf diesen Pfandgegenstand völlig verzichten musste und ihn auch nicht in einem Konkurse angreifen konnte. Dies änderte sich unter Justinian 1). Jetzt erhielt der Gläubiger die Möglichkeit, in dem über das Vermögen des Schuldners eröffneten Konkurse auch die dem Gemeinschuldner zustehenden Forderungen ausklagen zu lassen.

§ 14.

c. Ein Vertragspfandrecht wird geltend gemacht.

1. 15 § 5 D. 42, 1: Quodsi res sit pignorata, quae pignori capta est, videndum est an sic distrahi possit, ut dimisso creditore superfluum in causam judicati convertatur. Et quamquam non cogatur creditor rem, quam pignori accepit, distrahere, tamen in judicati executione servatur, ut si emtorem invenerit res, quae capta est, qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admittenda sit hujus quoque rei distractio; nec videtur deterior conditio creditoris fieri suum consecuturi, nec prius jus pignoris dimissuri, quam si ei fuerit satisfactum.

Der Pfändung einer Sache kann ein Vertragspfandgläubiger, selbst wenn ihm der Besitz der Sache eingeräumt worden ist²), nie widersprechen. Das ergiebt sich schon daraus, dass fraglich nur ist, wie weit das Vertragspfand beim Verkauf der

¹⁾ Nur der Regelfall, das nomen pecuniarium, mag berücksichtigt werden.

¹) c. 1 C. 8, 21: Si praetorium pignus quicumque judices dandum alicui perspexerint, non solum super rebus mobilibus et immobilibus et se moventibus sed etiam super actionibus, quae debitori competunt, praecipimus hoc eis licere decernere (529).

²⁾ Anders Olshausen S. 63. Siehe aber gegen ihn oben S. 45 n. 1.

Pfandsache berücksichtigt werden muss. Dabei wird doch die Pfändbarkeit einer verpfändeten Sache jedenfalls stillschweigend vorausgesetzt.

Der Ausschluss eines Interventionsprozesses wird durch die Behandlung des Vertragspfandgläubigers beim Verkaufe der ihm verpfändeten und später gepfändeten Sache ganz begreiflich; denn der vorgehende Vertragspfandgläubiger muss ja unter allen Umständen 1) befriedigt 2) werden, und auch für den Vertragspfandgläubiger liegt doch der Wert des Pfandrechtes nicht in seiner Existenz, sondern in seinem ihm Befriedigung bringenden Untergange 3).

Für die Zeit Justinians beansprucht diese Art der Befriedigung des Vertragspfandgläubigers, ohne dass es eines Interventionsprozesses bedarf, noch eine ganz besondere Bedeutung; denn man wird annehmen können, dass, da Justinian für die Verwertung der vertragsmässig verpfändeten Sache ganz abnorme Voraussetzungen aufstellte⁴), der Vertragspfandgläubiger den praktischen Ausweg gewählt haben wird, sich für seine Forderung ein Judikat zu verschaffen, die verpfändete Sache pfänden und dann durch den Magistrat in viel kürzerer Frist, als es dem Privatmanne gestattet war, verkaufen zu lassen. Dadurch gewann der Vertragspfandgläubiger auch die oft begehrte und durch das Constantinische Verbot der lex commissoria so gut wie ausgeschlossene Möglichkeit, die Pfandsache für sich selbst zu erwerben⁵).

C. Wirkungen der Pfändung.

§ 15.

I. Das durch die Pfändung begründete Recht im allgemeinen.

Um eine feste Grundlage für den Inhalt und Umfang des durch die Pfändung entstehenden Rechtes zu erhalten, ist es erforderlich, zunächst mit einigen Worten auf die Natur dieses Rechtes einzugehen.

Wie haben es die Römer selbst aufgefasst?

Aus der ständigen Bezeichnung für die Beschlagnahme durch den Exekutor mit "pignori capi"¹) und der für das Pfandstück gebrauchten Benennung "pignus"²) dürften allzuweit gehende Schlüsse nicht zu ziehen sein; denn das Wort "pignus" braucht gar nicht gesetzestechnisch verwendet zu sein; es ist auch ein Ausdruck des täglichen Lebens und bedeutet soviel wie "Bekräftigungs- oder Befestigungsmittel".

Wesentlicher für den von den Römern eingenommenen rechtssystematischen Standpunkt ist es, dass die Quellen das pignus judiciale in den gleichen Titeln³) neben dem pignus conventionale und pignus praetorium behandeln, und dass sich

¹) Eine Ausnahme ist es, dass durch den Zwangsverkauf eines praedium die an ihm bestehenden Vertragspfandrechte erlöschen, ohne dass die Pfandgläubiger befriedigt werden, falls sie ortsanwesend sind und ihr Recht nicht spätestens bei der Subhastation anmelden (näheres siehe unten § 18).

²) Dass der Verkauf auch unter Vorbehalt des vorgehenden Pfandrechts geschehen konnte, wie Voss S. 267 behauptet, davon wissen die Quellen nichts. Offenbar schöpft Voss seine Anschauung aus der Glosse zu l. 15 § 5 D. 42, 1.

³) Als besonders praktischer Fall mag hervorgehoben werden, dass der Vermieter also aus den vom Mieter eingebrachten und ihm stillschweigend verpfändeten Mobilien schon, falls dieselben von einem Dritten gepfändet und verkauft wurden, ohne dass es einer Klage seinerseits bedurfte, bequem zu seinem Mietszinse kam.

⁴⁾ Vgl. c. 3 § 1 C. 8, 33 (34).

⁵) Auf diesem Umwege mag denn in das Rechtsleben des untergehenden römischen Reiches eine Übung gelangt sein, welche im deutschen Rechte die Regel bildet: dass die Verwirklichung des Vertragspfandes nicht dem Privatmanne, sondern der Obrigkeit obliegt.

¹⁾ z. B. l. 15 § 2, § 5, § 7 D. 42, 1; c. 3 C. 7, 53; c. 2 C. 8, 22 (23).

²) z. B. l. 15 § 3, § 6, § 7, § 10, l. 31 D. 42, 1; c. 1, 2, 9 C. 7, 53; c. 3 C. 8, 22 (23).

^{\$\ \}text{Vgl. c. 7, 8 C. quae res pignori obligari possunt 8, 16 (17) und l. 26 \ 1 D. 13, 7 de pignoraticia actione. Auch c. 6 C. de remissione pignoris 8, 25 (26)?

die durch die Pfändung geschaffene Lage als "jus" pignoris¹) bezeichnet findet.

Am allerdeutlichsten aber heisst es in dem oft behandelten Reskripte Caracallas²) (c. 1 C. 8, 22 [23]):

Res ob causam judicati ejus jussu, cui jus jubendi fuit, pignoris jure teneri ac distrahi posse, saepe rescriptum est. Nam in vicem justae obligationis succedit ex causa contractus auctoritas jubentis (213).

Für das aus der Pfändung entspringende Recht, sagt hier Caracalla, trete die auctoritas jubentis ganz an die Stelle des Parteiwillens, der sonst zur Begründung des jus pignoris erforderlich sei³). Caracalla identifiziert also augenscheinlich das aus der Pfändung entspringende Recht mit dem durch Vertrag begründeten Pfandrecht, und wenn man berücksichtigt, dass zur Zeit Caracallas auch die Terminologie des Vertragspfandrechtes auf das Pfändungspfandrecht übertragen wurde⁴), so wird man unbedenklich sagen können, dass sich Caracalla mit seinem Ausspruche auf dem Standpunkte der herrschenden Meinung seiner Zeit gehalten hat.

Vornehmlich auf seine Konstitution gestützt wurde früher 5) das pignus judiciale dem pignus conventionale ganz gleich gestellt.

Andere Schriftsteller 6) wieder — so die meisten neueren

— sprechen ihm die Natur des Pfandrechts (und damit wollen sie sagen des Vertragspfandrechts) völlig ab.

Um zwischen diesen beiden Extremen einen passenden Stand zu finden, werden wir uns vor Augen halten müssen, dass die Systematik nicht die stärkste Seite der römischen Jurisprudenz bildet 1), und dass deshalb eine Meinung, die sich einem (wenn auch in einem Kaiserreskripte, also mit anscheinend massgebender Wirkung unternommenen) römischen Systematisierungsversuche blind anschliesst, noch keine Gewähr für Richtigkeit bietet.

Das Prinzip unseres Instituts lässt sich nicht aus solchen approximativen Aussprüchen erkennen, sondern aus seinen Früchten, aus dem von den Römern in den einzelnen überlieferten Fällen beobachteten Verfahren; denn das ist andererseits wieder die Stärke des römischen Rechts, dass es ein Prinzip konsequent durchführt, ohne es genau formuliert zu haben.

Die Verschiedenheit der beiden Institute, des pignus judiciale und des pignus conventionale, lehrt ein Blick auf die Einzelheiten ihrer Normierung.

Das Vertragspfand ist ganz Parteisache — im Mittelpunkte des Pfändungspfandrechts steht der Magistrat. Das Vertragspfand hat sich von den Formen, welchen es im älteren Rechte noch unterworfen war, immer mehr befreit, und der in der Kaiserzeit unternommene Versuch es wieder in eine gewisse Form zu bringen²), ist missglückt; — das Pfändungspfand dagegen hat von Anfang an eine gesetzlich festgelegte Form erhalten und diese nie abgestreift. Das Vertragspfand kennt nicht die Exemtionen des Pfändungspfands und wird — anders wieder das Pfändungspfand — von den gesetzlichen Ver-

¹⁾ z. B. l. 15 §§ 4, 8, 11 D. 42, 1 und l. 40 D. 42, 1.

²) Die grundlos aufgestellte Hypothese Dernburgs (Pfandr. Bd. I S. 420 und beibehalten in Pand. I. § 271 n. 3), dass sich das Reskript auf das prätorische Pfandrecht beziehe, bedarf kaum noch einer Widerlegung. Auf Dernburgs Seite steht prinzipiell Olshausen S. 18 n. 32. A. M. dagegen z. B. Leonhard S. 298 n. 3.

³) Ich ziehe mit Glück Bd. 18 § 1080 S. 274 n. 67 "ex causa contractus" zu "justae obligationis" und glaube, durch diese Umstellung den Quellen weniger Gewalt anzuthun als Rudolph mit seinen Deduktionen (S. 366). Jene Ansicht hatte vor Glück schon Westphal § 50 n. 70, und sie wird neuerdings besonders von Stölzel Archiv S. 372 geteilt.

⁴⁾ Vgl. l. 26 § 1 D. 13, 7; pignus jussu magistratus "constituitur".

⁵) z. B. Westphal S. 108 "ein wahres beglaubtes Pfandrecht"; Sintenis Gem. Civilr. Bd. I S. 645; Keller Pand. Bd. I S. 437. Bayer S. 1110; Bethmann-Hollweg Bd. II S. 696; v. Glasenapp S. 247.

⁶⁾ Wohl zuerst Dernburg Pfandr. Bd. I § 53; vgl. ferner Olshausen S. 15 fg. Windscheid § 233, Hellwig S. 94, 180. Lazarus S. 44, 46.

¹) Wlassak Bd. I S. 267 spricht im allgemeinen von der "Ungenauigkeit, die fast in allen Systematisierungsversuchen der römischen Juristen wiederkehrt". Vgl. auch Buhl, Salvius Julianus 1886 S. V: "Es ist nicht Sache der Römer umfassende theoretische Darstellungen, wie sie heute . . . die Einsicht in das Ineinandergreifen der Rechtssätze erleichtern, zu schaffen . . ."

²) c. 11 C. 8, 17 von Kaiser Leo; vgl. Arndts § 386: "Der Keim eines guten legislativen Gedankens, der in diesem Gesetze lag, ging in eine Saat von Kontroversen auf." Das lag eben an dem Gesetze!

äusserungsbeschränkungen betroffen. Das Vertragspfand ist in erster Reihe Sicherungsmittel — das Pfändungspfand verleugnet nie den Charakter als Befriedigungsmittel¹): es ist von vornherein auf den Verkauf angelegt, während beim Vertragspfand die Verkaufsklausel sich erst spät zu einem Essentiale entwickelt hat.

Diese bunt herausgegriffenen Beispiele werden wohl den Beweis liefern, dass das Pfändungspfandrecht eben nicht Vertragspfandrecht ist²).

Nun könnte man von c. 1 C. 8, 22 (23) ganz absehen und meinen, das aus der pignoris capio entspringende Recht decke sich mit dem anderen in den Quellen als Pfandrecht bezeichneten Zustande, dem pignus praetorium.

Und in der That deutet mancherlei auf eine Verbindung des pignus judiciale mit dem pignus praetorium hin: zunächst schon die geschichtliche Entwickelung, da beide dem Exekutionsrechte angehören; sodann aber auch, weil das römische Recht zweifellos eine Unterscheidung zwischen zwei Pfandrechten, einem pignus voluntarium und einem pignus necessarium, trifft (vgl. 1. 26 § 1 D. 13, 7 pignus jussu magistratus constitutum; die oben § 10 angeführten Stellen über den Unterschied des öffentlichen und privaten Verkaufs und c. 2 C. 8, 21 (22) 3), wo das "pignus ex conventionibus et pactis hominum" dem "pignus quod ex judicibus datur" gegenübergestellt wird).

Diesen Gedanken hat eine frühere Theorie 1) begierig aufgegriffen. Für die grossen französischen Juristen des sechzehnten Jahrhunderts gab seine Erörterung ein beliebtes Schlachtfeld ab, wo mit starken geistigen Waffen um ein Nichts — um die Auslegung einer von Justinian gelegentlich einmal (um einer seiner beliebten Humanitätsideen ein juristisches Aussehen zu geben) gethanen Äusserung, dass ein "duplum genus hypothecarum" 2) bestünde — gekämpft worden ist.

Der Streit um die Interpretation von Justinians gleichgültigem Ausspruche ist um so unfruchtbarer³), als das pignus

⁾ Mit unbewusster Deutlichkeit zeigt dies Ulpian in dem deshalb unlogischen Eingange zur l. 15 § 2 D. 42, 1: In venditione pignorum captorum facienda primo pignori capi jubent (vgl. oben S. 27) und überaus häufig ist mit dem "capi" das "distrahi" oder das entsprechende "in causam judicati converti" zu einem einzigen Begriffe verschmolzen (l. 15 §§ 2, 11, 12; l. 58 D. 42, 1; c. 1, 2, 9, C. 7, 53, c. 1. C. 8, 22 (23), c. 2, C. 4, 15).

 $^{^2)\,}$ "Das Pfändungspfand ist dem Vertragspfande nur ähnlich, nicht gleich" Leonhard S. 298.

s) Imperator Justinianus: Veteris juris dubitationem decidentes, ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud quod a judicibus datur et praetorium nuncupatur. Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adjuvari sed etiam si ab ea possessione cadat, sive sua culpa, sive non, sive fortuito casu, humanius esse perspeximus et in praetorio pignore dare recuperationem creditori,

quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua, sive non, sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur jacturam, tamen ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius causam interpretamur et ei recuperationem donamus.

¹) Donellus zu l. 15 D. 42, 1 und Cod. tit. 8, 23 gab die Parole aus, dass das pignus judiciale nichts als ein pignus praetorium sei. Er fand natürlich in Cujaz (observ. V tit. 30 und Cod. tit. 8, 22, 23) einen entschiedenen Gegner (vgl. auch Negusantius a. a. O. fol. 69 v, Bachovius a. a. O. S. 7), vermochte jedoch die Rechtssysteme bis in unser Jahrhundert zu beeinflussen. Noch Sintenis schliesst sich seiner Einteilung an, obgleich er (Pfandr. S. 437) gegen sie polemisiert.

²⁾ Womit Justinian (das geht aus der Titelüberschrift im Vergleich mit der Überschrift des folgenden Titels hervor) keineswegs die zwei einzig möglich en Pfandrechtsgruppen aufstellen, sondern zur Rechtfertigung seiner in dem Erlass enthaltenen Neuerung nur sagen wollte, dass das pignus conventionale nicht das einzige pignus sei und deshalb die für dasselbe anwendbaren Regeln auch auf ein zweites pignus Anwendung finden sollten. Vgl. noch Bachofen S. 465 "wodurch rechtfertigt der Kaiser seine Neuerung? Er wünscht auch inbetreff der Klage die Symmetrie zwischen den beiden grossen Klassen des Pfandrechts herzustellen. Hierauf reduziert sich seine ganze Argumentation."

³) Das haben schon Schriftsteller des vorigen Jahrhunderts (freilich nur vereinzelt) herausgefunden, z. B. Westphal S. 108: "Donellus sucht mit vielen Gründen zu erweisen, dass das gerichtliche Pfandrecht ebenfalls ein prätorisches Pfandrecht genannt werden müsse. Er hat nicht unrecht. Allein es ist ein Streit über Worte." Gegen diese zwecklose oder gar zweckwidrige Systematisierung wendet sich besonders scharf noch Stölzel Archiv S. 377: "Die terminologische Schöpfung, wonach man einen generellen Begriff vom pignus praetorium aufgestellt und diesem das pignus praetorium im engeren Sinne und das pignus judiciale subsumirt hat, können wir daher für keine besonders glückliche, die Annahme einzelner Rechtslehrer aber, das pignus i. c. j. c. sei eine Spezies des Missionspfandes, nur für eine irrthümliche halten."

judiciale in seinem Wesen ganz unverkennbar von dem pignus praetorium abweicht.

Man braucht nur den Gegensatz vom Spezialpfand zum Generalpfand ins Auge zu fassen; die Beteiligung des einzelnen Gläubigers gegenüber einer Gläubigergesammtheit; den Unterschied in der Thätigkeit des mitwirkenden Beamten (vgl. oben S. 6); die späte Zulassung eines Forderungspfandes beim pignus praetorium¹), um zu dem Schlusse zu gelangen: "Das pignus in causa judicati captum ist ebenso verschieden vom prätorischen Pfandrecht, wie jedes andere Pfandrecht²)".

Hiermit wären die das pignus judiciale sowohl vom pignus conventionale wie vom pignus praetorium unterscheidenden Punkte wohl zur Genüge hervorgehoben, und damit ist auch nach dem zutreffenden Satze mittelalterlicher Logik "definitio fit per genus proximum et differentiam specificam" der Rechtsbegriff des pignus judiciale bereits zur Hälfte bestimmt. Das genus proximum, die andere Hälfte, ist im Augenblicke gegeben. Es liegt im "pignus". Darin stimmt nämlich das pignus judiciale mit dem pignus conventionale und dem pignus praetorium überein, dass es gleichfalls zur Sicherung einer Forderung, der aus der condemnatio erwachsenden neuen Forderung 3), dient 4).

Das pignus judiciale ist also begrifflich mit den beiden genannten Pfandrechtsinstituten in seinem Urgrunde verwandt, und man wird deshalb am ehesten wo sich Lücken im Quellenmateriale des pignus judiciale finden, auf diese verwandten Institute zurückgreifen dürfen. Freilich wird die Ausbeute beim pignus praetorium nur eine sehr geringe sein ¹), da dieses in den Quellen auch nicht annähernd mit so reicher Kasuistik wie das pignus conventionale bedacht ist, da es sich selbst wieder an das pignus conventionale anlehnt ²), und da immerhin pignus judiciale und pignus praetorium geschichtlich doch in gewissem Gegensatze zu einander stehen. Man wird deshalb von einer Analogie des pignus praetorium im allgemeinen absehen können.

Diese Erwägungen: die Ähnlichkeit des pignus judiciale mit dem pignus conventionale als Sicherungsmittel einerseits; die dürftige Behandlung des pignus judiciale und die reiche Legislatur und Litteratur über das pignus conventionale andrerseits haben nach unserer Ansicht³) wohl Caracalla zu seinem lehrsatzartigen Erlasse (c. 1 C. 8, 22 [23]) gedrängt.

Nicht bedeutungslos ist es, dass gerade Caracalla diesen Ausspruch that; denn wir wissen, dass er mehr als alle andern Kaiser die Entwickelung des pignus judiciale gefördert hat (vgl. S. 9 n. 5, 6). Gerade ihm können daher die Verschiedenheiten beider Institute nicht verborgen geblieben sein. Caracalla kann deshalb am allerwenigsten beabsichtigt haben, mit seiner c. 1 C. 8, 22 die beiden Institute völlig gleichzustellen. Sehr wohl aber können wir dem Kaiser bei seiner Vorliebe für unser Institut etwas anderes zutrauen: dass er nämlich der Ansicht war, das pignus judiciale würde sich kräftiger entwickeln, wenn man es weniger mit neuen, noch unerprobten Spezialvorschriften belastete und dafür deutlicher auf das in lebendigem Flusse befindliche pignus conventionale als Vorbild in Zweifelsfällen ein für allemal verwiese.

Wir thun Caracalla unrecht und denken unrömisch, wenn wir in seiner Konstitution einen unfruchtbaren systematisirenden

¹⁾ Nämlich erst unter Justinian (c. 1 C. 8, 21 [22], vgl. oben S. 59), während nach unserer Ansicht das Forderungspfand überhaupt seinen Ausgang vom pignus in causa judicati captum genommen hat.

²⁾ So wörtlich Stölzel a. a. O. S. 373.

⁸) Gajus Inst. III § 180; 1.4 § 7 D. 42, 1.

⁴⁾ Windscheid § 233: "Aus andern richterlichen Verfügungen ergeben sich Rechtsverhältnisse, auf welche zwar der Ausdruck "Pfand" in unsern Quellen angewendet wird, aber mehr in dem allgemeinen Sinne, dass auch hier etwas zur Sicherheit eines Anspruches dient, während der nähere Inhalt dieser Rechtsverhältnisse von dem Inhalte des gewöhnlichen Pfandrechts mehr oder minder abweicht."

¹⁾ Stölzel a. a. O. S. 372 meint sogar, dass "überhaupt vom prätorischen Pfandrechte kein Beweis für andere Pfandarten hergenommen werden kann."

²⁾ Bemerkenswert sind die in der Lehre vom pignus praetorium gebrauchten Wendungen "exemplo pignoris," "vice" pignoris, "pro" pignore, "veluti pignus": näheres bei Stölzel S. 370; vgl. auch Hellwig S. 182. Auch die Terminologie ist vom Vertragspfande übernommen: jus pignoris contrahitur (l. 3 § 1 D. 27, 9).

³⁾ Eine andere Ansicht entwickelt Rudolph S. 383 fg.

Versuch erblicken: nur auf die Analogie des pignus conventionale wollte Caracalla hinweisen, und das thut er in einer freilich grob sinnlichen, für die Römer aber nicht misszuverstehenden, Weise 1).

Aber — und darin liegt der wesentliche Unterschied unserer Meinung von der früher herrschenden Theorie — die Analogie darf nicht kritiklos gehandhabt werden ²).

Es ist dabei wohl zu beachten, dass das pignus judiciale ganz unabhängig vom pignus conventionale gross gezogen ist; dass es sich in der Verwaltungspraxis schon zu einer Zeit ausgebildet hat, in der für das Vertragspfand noch die mancipatio cum pacto fiduciae herrschte, ohne, so viel wir wissen, auf das Vertragspfand irgend welchen Einfluss auszuüben und ohne von diesem beeinflusst zu werden. Deshalb bilden seine Unterschiede vom pignus conventionale nicht Ausnahmen, sondern es sind die regelrechten Ausflüsse eines eigenartigen, auf verschiedenem geschichtlichen Boden wurzelnden Instituts. Diese "Ausnahmen" des pignus judiciale von dem Rechte des pignus conventionale sind Äusserungen des dem pignus judiciale zu Grunde liegenden, mit dem pignus conventionale eben nur bis zu einem gewissen Grade übereinstimmenden Prinzips. Und darum sind diese Abweichungen nicht blosse historische Reminiszenzen und als solche absterbend und keiner Entwickelung fähig, sondern gerade aus ihrem Geiste sind die Lücken in den Quellen des pignus judiciale in erster Linie analog auszufüllen, und erst wenn wir hier keine Antwort erhalten, ist auf das jus pignoris conventionalis zurückzugreifen, oder wenigstens: wenn wir das Vertragspfand analog zur Ergänzung des Pfändungspfandes heranziehen, so dürfen wir das nicht unbesehen thun, sondern müssen stets darauf achten, dass unser Resultat im Einklange steht mit der Rechtslage des pignus judiciale, soweit sie uns quellenmässig fest überliefert ist.

§ 16.

II. Die Einzelwirkungen (abgesehen vom Verkauf).

Der Magistrat nimmt die Pfandsache in Besitz¹).

Es wird darüber gestritten, ob dieser Besitz juristischer ²) ist oder blosse Detention ³). Zur Entscheidung dieser Frage genügt es noch nicht festzustellen, dass der Beamte das corpus gewonnen hat und es seine Aufgabe ist, auch den animus rem possidendi zu fassen ⁴), vielmehr ist nach der neueren ⁵) Besitzlehre als massgebend allein zu erachten, ob die Quellen die pignoris capio als causa possessionis anführen.

Eine ausdrückliche Angabe enthalten die Quellen nicht.

Der technische Ausdruck "pignori capere" würde nur auf ein faktisches Verhältnis deuten und die Wendung "res detrahatur possessori" 6) (dem executor?) kann mit Rücksicht auf die Entstehung dieser Quelle in byzantinischer Zeit volle Beweiskraft nicht in Anspruch nehmen.

Da müssen wir denn auf die durch c. 1 C. 8, 22 (23) gewiesene Analogie zurückgreifen. Pignoris jure tenetur heisst es dort vom Pfändungspfande: es wird besessen nach Vertragspfandrecht. Für das Vertragspfandrecht ist aber der juristische Besitz quellenmässig 7) belegt, und da sich aus der Natur des durch die Pfändung begründeten Rechtes nichts entnehmen lässt, was gegen eine Übertragung der für das Vertragspfandrecht anerkannten causa possessionis auf das Pfändungspfandrecht

¹⁾ Die c. 1 C. 8, 22 (23) übersieht Olshausen S. 16, wenn er meint, dass beide Institute so verschieden seien, dass man eine Gleichheit beider nur insoweit annehmen könnte, als positive Bestimmungen solches rechtfertigen.

²) Sehr beachtenswerte, wenn auch für das pignus judiciale nicht unmittelbar zutreffende, Ausführungen bei Bachofen S. 281 fg.

¹) Für das römische Recht mag es genügen, wenn in diesem § nur das Pfand der körperlichen Sache berücksichtigt wird.

²⁾ So z. B. Sintenis Pfandr. S. 352, Stölzel Archiv S. 379.

³) So Dernburg Pfandr. Bd. I. S. 418 und die herrschende Meinung vgl-Renaud S. 457, Rudolph S. 382, v. Schruttka S. 16.

^{4) &}quot;Der Wille ist der Rechtsregel gegenüber, welche die Frage von Besitz und Detention ein für allemal fest geordnet hat, gänzlich machtlos."

— "Überall wo der äussere Thatbestand des Besitzverhältnisses vorliegt . . . tritt Besitz ein, soweit nicht ein Verhältnis . . . nachweisbar ist, mit dem das Recht lediglich Detention verbunden hat." v. Ihering, Besitzwille S. 341.

⁵) Das "Sündenregister" der herrschenden durch Savigny begründeten Theorie stellt v. Ihering a. a. O. S. 537 zusammen.

⁶⁾ c. 5 C. 7, 65 (oben S. 54 n. 4).

^{7) 1. 16.} D. 41, 3.

spräche, so müssen wir dem Magistrat juristischen Besitz an der gepfändeten Sache zuschreiben 1).

Der Wert dieser Annahme liegt auf der negativen Seite: der Schuldner ist vom Besitze ausgeschlossen, da eine compossessio plurium in solidum unmöglich ist²).

Da aber der Besitz hauptsächlich die unterstützende Funktion hat, eine sichere Grundlage für alle mit der Sache vorzunehmenden Dispositionen abzugeben³), so büsst der Schuldner mit dem Besitzverluste die Möglichkeit ein, zu Ungunsten des Pfandgläubigers über den Pfandgegenstand zu verfügen⁴).

Der Schuldner behält aber wie beim Vertragspfandrechte den Usukapionsbesitz⁵).

Lassen sich nun auch alle Konsequenzen des juristischen Besitzes für den durch die Obrigkeit beim pignus i. c. j. c. geübten Besitz ziehen? Sind vor allem — die Quellen schweigen darüber — die Besitzinterdikte dem executor bezw. magistratus einzuräumen? Kommt ihm die actio hypothecaria zu?

Aus Gründen der Rechtsökonomie möchte ich mich dagegen entscheiden; denn die Pfändung ist ein obrigkeitlicher Akt, und die Staatsgewalt hat schon als solche die Befugnis, die zur Durchführung ihrer Aufgabe erforderlichen Massnahmen (in unserem Falle die Wiederbeschaffung des verlorenen Besitzes) zu treffen, ohne die Hülfe der Gerichte nachsuchen zu müssen ⁶).

Lehnt man nun diese wesentlichen Folgen des juristischen

Besitzes ab, so müssen wir freilich zugeben, dass die Frage nach der Natur des durch die Pfändung begründeten Besitzrechtes nur noch ein theoretisches Interesse behält. Ein solches kann sie aber unter allen Umständen beanspruchen.

Mit dem Besitz der körperlichen Sache ist zugleich der Besitz ihrer Pertinenzen gegeben.

Unbestimmt lassen es die Quellen, inwieweit auch die Früchte der gepfändeten Sache von dem Pfandnexus erfasst werden, falls sie bei ihrer Entstehung in das Eigentum des Pfandschuldners fallen. Im Vertragspfandrechte sollten sie ursprünglich 1) nur dann ergriffen werden, wenn dies besonders ausbedungen war. In späterer Zeit wurde jedoch eine pactio tacita präsumiert2), was wohl nichts andres bedeutet, als dass diese Ausdehnung der Pfandhaftung dem Vertragspfande immanent geworden ist. Es ist kein Grund einzusehen³), welcher einer Übertragung dieses Rechtsinhaltes auf das Pfändungspfand widerstritte; ja, mir scheint ein solcher Satz für das pignus judiciale in einem Falle sogar quellenmässig belegt, wenn es nämlich heisst (c. 5 § 2 C. 7, 65 — oben S. 54 n. 4), dass, falls der Schuldner auf seine Exekutionsbeschwerde wegen Überpfändung provisorisch in das jus fundi wieder eingesetzt wurde, doch fructus omnes, qui tempore interpositae provocationis capti vel postea nati erunt, in deposito collocentur, also nicht dem Schuldner anheimfielen.

Übrigens hat diese Frage und die der Aufrechnung der Früchte auf die Schuld im Pfändungspfandrechte wegen der verhältnismässig kurzen Frist, während deren das Pfandrecht besteht, auch nur geringere Bedeutung als beim Vertragspfandrechte.

In Übereinstimmung mit unserer Annahme, dass der Magistrat beim pignus i. c. j. c. kraft eigenen Rechtes fungiert, kommt auch dem Gläubiger kein Besitzrecht zu; denn die zur Erlangung des Besitzes gegebene Klage, die actio hypothecaria, wird ihm anscheinend ausdrücklich abgesprochen 4).

¹⁾ Zumal — nicht weil — selbst das pignus praetorium, das doch viel weniger intensiv der Rechtslage des pignus conventionale folgte, sich gleichfalls zu dieser Konsequenz genötigt sah (vgl. c. 2 C. 8, 21 oben S. 64).

²⁾ Vgl. Dernburg Pand. Bd. I § 169 a. E.

³⁾ So Exner S. 29.

 $^{^4)}$ arg. l. 10, 21 \S 1 D. 20, 4; c. 2 C. 8, 17 und im Ergebnisse übereinstimmend Dernburg Pfandr. Bd. I S. 419.

⁵) Diese Analogie ist nicht unpraktisch; denn die Tendenz des römischen Rechtes geht ersichtlich dahin, es dem Schuldner zu ermöglichen, den Pfandverkauf durch freiwillige Solution abzuwenden (l. 31 D. 42, 1 a. A., l. 2, 4 § 5, 7 D. eod.). Der Schuldner wird also in vielen Fällen die ihm gepfändete Sache pfandfrei wieder zurück erhalten haben. Er hatte also ein ebenso erhebliches Interesse wie der Vertragspfandgläubiger daran, dass ihm die Ersitzungsvergünstigung zuteil wurde.

⁶⁾ Vgl. den Schlusssatz von l. 15 § 7 D. 42, 1.

¹⁾ Vgl. Paulus sent. rec. II. 5 § 2.

²⁾ Vgl. c. 3 C. 8, 14 (15), Windscheid § 226 an. 11.

³) Zumal an Stelle auch dieses speziellen Vertrags die auctoritas jubentis (c. 1 C. 8, 22 [23]), treten dürfte.

⁴⁾ arg. l. 15 § 7 D. 42, 1: nec habeat actionem adversus eum is, cui

Ja, der Gläubiger steht eigentlich in gar keiner Beziehung zu der Pfandsache selbst 1).

Für den ersten Blick erwecken jedoch drei Reskripte Caracallas die Vermutung, als käme dem Gläubiger das Besitzrecht — wenigstens an einem Immobile²) — zu:

Si decreto praetoris, qui de fideicommisso jus dixit, in possessionem fundi hereditarii fideicommissi conditionalis servandi gratia prius inducti estis, quam adversarius vester in causa judicati ejusdem fundi pignus occupavit, jussu ejus, qui jure sententiam exequebatur, tempore potiores estis. Nam cum de pignore utraque pars contendat, praevalet jure, qui praevenit tempore. (c. 2 C. 8, 17 [18]: 212).

Folgender Rechtsfall wird behandelt: A. und B. sind mit einem bedingten Vermächtnisse bedacht. Der Erbe X. weigert sich, ihnen die übliche Kaution zu stellen. A. und B. erhalten die von ihnen deshalb nachgesuchte missio in possessionem fideicommissi servandi gratia in das Nachlassgrundstück. Später — der Zeitpunkt geht aus dem Schlusssatze des Reskripts hervor — "okkupiert" der Privatmann C. denselben fundus als pignus in causa judicati jussu ejus, qui jure sententiam exequebatur

Der Ausdruck "occupat" kommt sonst beim pignus judiciale nicht vor. Schon deshalb erscheint es mir gewagt, die c. 2 C. 8, 17 ohne weiteres für unser Institut zu verwerten. Es erscheint aber unmöglich, sofern es gelingt, das "occupat" in befriedigender Weise auf andere Art zu erklären. Und eine solche zutreffende Erklärung dürfte sich m. E. in der zweiten Stelle, auf Grund deren dem Gläubiger von manchen Schriftstellern eine Besitzbefugnis eingeräumt wird (c. 4 [3] C. 8, 17 [18]), finden lassen:

Cum rempublicam Heliopolitanorum propter emolumentum

sententiae in rerum tam heredis quam hereditariarum possessionem missam esse proponas, intellegis, quamvis pater tuus cum Sosiano contraxerit, tamen, si personali actione eum habuit obligatum, praeponi rem publicam jure pignoris, quae ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, servandi judicati causa occupavit. (215.)

"Sosianus hatte sich zwei Gläubigern verpflichtet, zuerst einem gewissen Sylvanus, dem Vater dessen, an welchen das vorliegende Reskript gerichtet ist, später dem municipium Heliopolis. Dieses beeilte sich, den Erben seines Schuldners zur Zahlung anzuhalten und erhielt, als er sich weigerte, ein Urteil; darauf, als auch dieses nicht erfüllt wurde, die Einweisung in das gesamte Vermögen, ererbtes sowohl als eigenes. Sylvanus dagegen unterliess alle diese Schritte und hielt sich nun doch für berechtigt, dem municipium Heliopolis seine Ansprüche auf vorzugsweise Befriedigung aus dem okkupierten Vermögen streitig zu machen und für seine eigene Forderung kraft ihrer früheren Entstehung den Vorrang zu behaupten. Der Kaiser entscheidet gegen diesen Anspruch. Den Heliopolitanern gebühre kraft ihres prätorischen Pfandrechts der Vorrang vor Sylvanus, einem bloss chirographarischen Gläubiger. Die Zeitfolge der Schuldforderung könne hiergegen nicht in Betracht kommen 1)."

Hier erhält also die Gläubigerin zweifellos gar kein pignus judiciale, sondern ein pignus praetorium infolge der durch unser Institut ja nicht aufgehobenen missio in possessionem (rerum tam heredis quam hereditariarum) propter emolumentum sententiae. Diese Rechtslage wird zu Anfang des Reskripts ganz unzweideutig mit den soeben genannten technischen Worten bezeichnet, und um die gleiche Rechtslage handelt es sich auch am Ende des Reskripts. Hier findet sie aber in der Wendung ihren Ausdruck, dass die res publica Heliopolis ex auctoritate ejus, qui jubere potuit, servandi judicati causa occupavit.

Die beiden Wendungen sind völlig identisch: servandi judicati causa occupare bedeutet also nichts anderes als: durch den Prätor die missio in possessionem erhalten. Dieselbe Be-

judicatum fieri desideratur nec injuria afficiatur. Dass hier die actio hypothecaria gemeint sein kann, darin ist Rudolph S. 374, 375 beizustimmen.

¹) Das wird unter Berücksichtigung des ausgedehnten Anwendungskreises der actio injuriarum in Rom (vgl. Dernburg Pand. Bd. II § 137) ganz drastisch durch den Beisatz in l. 15 § 7 D. 42, 1: nec injuria afficiatur.

²⁾ So Glück Bd. 18 S. 372 n. 60, Sintenis Pfandr. S. 352, Gem. Civilr. Bd. I S. 644, Wetzell S. 636.

¹⁾ Diese vorzügliche Übertragung der c. 3 C. 8, 17 stammt von Bachofen S. 449.

deutung auch der Redensart in causa judicati pignus occupare (c. 2 C. 8, 17 [18]), die sich gleichfalls in einer Konstitution von Caracalla findet, zu geben, dürfte wohl nicht zu gewagt sein.

Darnach handelt also auch c. 2 C. 8, 17 nicht vom pignus judiciale, sondern vom pignus praetorium 1).

Das bisher gewonnene negative Resultat erscheint noch durchschlagender, wenn auch die dritte Stelle (c. 3 C. 7, 53) von der zumeist aus ihr herausgelesenen Ansicht, dass der Gläubiger bei der Pfändung eines Immobile dasselbe in Besitz nehme, gar nichts enthält:

Ordo rei gestae et mora solutionis, quae intercessit, constantius desiderat remedium. Si itaque praesidem provinciae, qui rem judicatam exequi debet, adieris et allegaveris, res soli, quae pignori captae²) sunt, diu subhastatas ex compacto sive ambitione diversae partis emtorem non invenire, in possessionem earum te mittet, ut vel hoc remedio res tam diu protracta ad effectum perducatur. (214.)

Für den Römer Agrippa sind Grundstücke seines Schuldners X., der in der Provinz Asia wohnen mag, gepfändet worden. Ihre Versteigerung ist bereits mehrfach ohne Erfolg versucht worden; denn der Schuldner hat mit etwaigen Kauflustigen gemeinschaftliche Sache gemacht und sie vom Bieten abgehalten. Nun wendet sich Agrippa, damit die Exekution endlich zu einem befriedigenden Ergebnisse gebracht werde, an den Kaiser. Dieser antwortet, Agrippa solle den praeses provinciae unter Darlegung des Sachverhaltes angehen, damit dieser ihn in possessionem earum (sc. rerum soli) mittet.

Darnach könnte man annehmen, dass es sich hier um eine

einfache Immission des Gläubigers 1) handle und von einem pignus judiciale gar nicht die Rede sei. Hierbei werden aber zwei Dinge übersehen, nämlich der besondere Anlass und vornehmlich der Zweck des Reskripts (mora solutionis; ex compacto sive ambitione diversae partis emtorem non invenire — ordo rei gestae et mora solutionis, quae intercessit, constantius desiderat remedium, ut hoc remedio restam diu protracta ad effectum perducatur), der in eindringlichen Worten an den Anfang und an das Ende des Reskripts gestellt wird. Die Immission des Gläubigers wäre ja ein Hohn auf das constantius remedium, das gerade Gegenteil von einer schleunigen Beendigung der res tam diu protracta²) und würde überdies nur mit demselben Mittel, das schon bisher nichts bezweckt hatte, mit einer Versteigerung abschliessen. - Endlich dürfte auch darin kein constantius remedium gefunden werden, dass der Gläubiger gezwungen wird, den böswilligen Schuldner bis zur Versteigerung auf dem Grundstücke als den Herrn neben sich zu dulden.

Eine Lösung ergäbe sich m. E., wenn man das Reskript auf folgenden Spezialfall bezöge:

Es hat bei mehreren Subhastationen Niemand geboten, und so war Agrippa nach einem Reskripte von Septimius Severus und Caracalla (l. 15 § 3 D. 42, 1) befugt, selbst zu bieten ³);

¹⁾ Gleicher Meinung Olshausen S. 18 n. 32 ohne Begründung; Rudolph S. 349. Olshausen widerspricht sich jedoch S. 71.

²⁾ Diese Lesart ist in einer von Biener sehr gelobten Leipziger Handschrift aus dem 12. Jahrhundert beglaubigt (Hermann in der Einl. zum II. Bd. von Kriegels Ausg. des corp. jur. civil. S. XIII) und zu ihr wird noch angemerkt "quidam codices, quos inspexit Cujacius"; sie verdient wohl auch gegenüber der Lesart "datae" den Vorzug; denn mit dieser würde der Ausdruck "subhastatas", der ausschliesslich vom Verkauf durch Beamte hergenommen ist, im Widerspruch stehen. "Captae" lesen auch Dernburg Pfandr. Bd. I S. 420, Rudolph S. 353, v. Schruttka-Rechtenstamm S. 15 n. 5.

¹⁾ Vgl. Dernburg Pfandr. Bd. I S. 421 und schon vorher Cujacius. Die Konstitution hat ihre eigene Geschichte. Auf sie näher einzugehen, ist hier nicht am Orte. Erwähnt sei nur noch die andere Ansicht, dass in ihr von einer dominii impetratio die Rede sei oder von der "ursprünglichen Form des später erst zur Regel gewordenen Zuschlags durch den Kaiser" (Sintenis Pfandr. S. 353, ganz beweislos). Aus der im Texte versuchten positiven Darstellung dürfte sich die Unhaltbarkeit widersprechender Ansichten von selbst ergeben.

²) Und zwar schon vor Justinian (vgl. oben S. 6). Ganz besonders tritt das Verfehlte eines solchen Ausweges aber vom Standpunkte der Justinianischen Normierung hervor. (Vgl. Schulin S. 600).

³⁾ Das ist die chronologisch einzig denkbare Beziehung zwischen c. 3 C. 7, 53 und l. 15 § 3 D. 42, 1; denn diese Stelle stammt von Septimius und Caracalla, jene dagegen aus Caracallas späterer Alleinherrschaft. Umgekehrt Sintenis Pfandr. S. 353 ohne jede Begründung: "Der Inhalt der l. 15 § 3 nimmt ausdrücklich auf den der c. 3 mit Bezug."

aber er hat, was nach eben dem Gesetze vorgeschrieben ist, nicht eine seiner Forderung entsprechende Summe gesetzt; denn der Erwerb von Grund und Boden in der fernen Provinz hat für ihn, den Römer, ein gewisses Risiko. Für einen geringeren Betrag als seine Forderung darf wiederum der Exekutor dem Gläubiger die Pfandsache nicht zuschlagen. Somit ist die Exekution völlig lahm gelegt. Aber sie ist lahmgelegt nicht durch normale Verhältnisse, sondern durch die Umtriebe des Schuldners X., der durch Fernhalten von Mitbietern 1) sich jene Gesetzesbestimmung in unlauterer Weise zu nutze machte. Dieser den ordo rei gestae schwer schädigenden Unbilligkeit will der Kaiser durch ein ungewöhnlich wirksames Mittel (constantius remedium) begegnen: er stellt es nämlich in das Ermessen des praeses provinciae, der die Lage besser überschauen kann (ad praesidem adieris et allegaveris: also ist eine causae cognitio wahrscheinlich), dem Agrippa den fundus zur Strafe für den Schuldner X. ausnahmsweise für den von Agrippa gebotenen, den Betrag seiner Forderung nicht erreichenden, Preis zuzuschlagen. Auf eine solche addictio muss aber naturgemäss die missio in possessionem folgen; jedoch nicht in dem gewöhnlichen technischen Sinne des Wortes als eine provisorische Massnahme zur Begründung des prätorischen Pfandrechts, sondern untechnisch als Herstellung der vacua possessio für den Käufer des addizierten Grundstücks — eine Bedeutung der missio in possessionem, welche den Quellen nicht fremd ist²).

Also räumt c. 3 C. 7, 53 dem Gläubiger nicht infolge der missio in possessionem, sondern wirklich infolge eines pignus judiciale den Besitz des Immobile ein. Allein das geschieht nicht als Ausübung des Pfändungspfandrechts, sondern nach Beendigung desselben; beweist also nichts dafür, dass der Gläubiger an einem Grundstück, so lange dasselbe noch gepfändet ist, ein Besitzrecht erhielte. Er könnte höchstens als

Werkzeug des Magistrats so gut wie jeder Dritte mit der Detention betraut werden.

Puchta § 251 Note pp.: "Diese addictio kann auch unter der missio in possessionem zu verstehen sein, welche in c. 3 C. 7, 53 erwähnt wird." Arndts § 376 Note a. scheint gleichfalls in c. 3 C. 7, 53 eine addictio zu finden.

¹) Das scheint ein beliebtes Mittel in Rom gewesen zu sein, vgl. c. 3 C. 8, 22: per calliditatem condemnati emtor inveniri non potest. Siehe Paulys Real-Enc. Bd. IV S. 1082.

²⁾ Vgl. l. 15 § 6 D. 42, 1: posteaquam inductus est emtor in possessionem als letzte Amtspflicht des Exekutors nach der Versteigerung. Auch

D. Die Beendigung des Pfandrechts.

I. Bei körperlichen Sachen.

1. Der Verkauf.

§ 17.

a. Voraussetzungen und Ausführung.

Die vornehmste Wirkung und zugleich die normale Beendigung des Pfändungspfandrechts an einer körperlichen Sache 1)

ist der Verkauf derselben gegen Barzahlung nach einer durch den executor geleiteten Versteigerung.

Bevor der Verkauf jedoch vorgenommen werden darf, muss eine kraft Gesetzes dem Schuldner noch zur freiwilligen Schuldtilgung gelassene Frist von 2 Monaten seit der Pfändung abgelaufen sein (pignora . . . si intra duos menses non solverint, vendantur ordnet schon Antoninus Pius 1.31 D. 42, 1 an) 1).

Bei dieser speziellen Normierung ist es natürlich ausgeschlossen, die beim Vertragspfand als Voraussetzung für den Verkauf aufgestellten Fristen und sonstigen Formalitäten (denuntiatio etc.) analog zu übertragen.

Der Magistrat²) allein ist zum Pfandverkaufe befugt; im speziellen ist der Verkauf Sache seines officium³).

Ausdrücklich ausgeschlossen ist der Gläubiger4).

¹⁾ Mit Ausnahme von gepfändetem baren Gelde. Hier könnte es ja zweifelhaft sein, ob man überhaupt von der Begründung eines Pfandrechts sprechen darf. Die Pfändung bezweckt doch, den Gläubiger durch den Gelderlös für die gepfändete Sache zu befriedigen; nur um den baren Erlös zu erlangen, muss der Exekutor zum Verkaufe schreiten; und nur in der Zeit zwischen Pfandnahme der einzelnen Sache und ihrer Verwertung besteht das Pfandrecht. Wo aber der Barerlös schon vorhanden ist, erübrigt sich natürlich ein Verkauf und infolge dessen auch der Zwischenzustand des Pfandrechts zwischen Pfändung und Verwertung. Man müsste denn ein solches bis zur Ausfolgung des gepfändeten Geldes seitens des Exekutors an den Gläubiger annehmen; und dafür spricht freilich der Umstand, dass sich eine Bestimmung wonach die Schuld schon mit der Empfangnahme durch den Exekutor getilgt ist, im römischen Rechte nicht findet. Also kommt ein Pfandrecht auch am beschlagnahmten baren Gelde so gut wie bei andern körperlichen Sachen wohl zur Entstehung. Aber sobald an die Stelle des zugewogenen das gemünzte Edelmetall getreten war (und dies geschah schon unter den Dezemvirn), konnte nicht mehr davon die Rede sein, dass das Pfandrecht an barem Gelde wie bei andern körperlichen Sachen auch durch Verkauf endete. Deshalb substituieren auch die Quellen in sehr bezeichnender Weise ausdrücklich für das mit "pignori capi" sonst zu einem Begriffe verschmolzene "distrahi" (vgl. oben S. 64 n. 1) in den Fällen, wo es sich um bares Geld handelt, das entsprechende "in causam judicati converti" d. h. an Stelle des Verkaufs ist die

unmittelbare Übergabe des Geldes an den Gläubiger getreten. Diese Bedeutung von in "causam judicati converti" folgt aus l. 15 § 5 D. 42, 1 und aus l. 15 § 12 eod., wo als offenbar gleichbedeutender Ausdruck "judicato satisfieri" gebraucht wird und aus l. 15 § 10 eod., wo das "exigere et convertere i. c. j." parallel läuft dem "vendere". — Dass der Wegfall des Verkaufs als Verwirklichungsform des Pfandrechts auch den Wegfall der vor dem Verkaufe innezuhaltenden Frist, unter Berücksichtigung des Zweckes der letzteren, nach sich zieht, darauf braucht nur hingewiesen zu werden. Vgl. Bethmann-Hollweg Bd. II S. 695, Renaud S. 457, Wetzell S. 635.

¹⁾ Sintenis Pfandr. S. 353 behauptet: "Der Verkauf geschieht jetzt sofort und zwar durch den vollziehenden Richter". Eine gesetzliche Grundlage für seine Meinung ist nicht auffindbar.

²) Die Ungenauigkeit in der Bezeichnung der ausführenden Personen gehört beim Pfandverkauf ebenso wie bei der Pfandnahme zu den Erbstücken der Litteratur; vgl. statt aller Dernburg Pfandr. Bd. I S. 417: "Verstreicht der Zeitraum von 2 Monaten nach der Pfändung erfolglos, so schreitet der Richter zum Verkauf u. s. w." und Sintenis in der vorigen Note.

^{3) 1.50} D. 21, 2 (Ulpian): Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes, nemo unquam dixit dandam in eos actionem re evicta . . . l. 74 § 1 D. eod. (Hermogenian): Si jussu judicis rei judicatae pignus captum per officium distrahatur etc.; vgl. auch c. 2 C. 8, 22 (23) (folgende Note).

^{4) 1. 6 § 2} D. 42, 1 (Ulpian): Qui judicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur; c. 2 C. 8, 22 (23) (Alexander Severus): Cum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit.

Der durch den Exekutor geleitete Verkauf ist präsumtiv öffentlich rechtlicher Natur; er wird sub hasta ausgeführt. Darauf deuten auch noch besonders manche Bezeichnungen in der Lehre vom Pfändungspfandrecht z. B. ad licitationem 1) admissus (c. 2 C. 8, 22 [23]); diu subhastatas 2) (c. 3 C. 7, 53); addicere 3) (l. 15 §§ 3, 6, 7 D. 42, 1)4).

Die öffentlich rechtliche Natur des Pfandverkaufs erfordert nach dem römischen Staatsbrauche eine vorgängige öffentliche Ankündigung⁵). Es gilt dies natürlich ebenso für den Verkauf des pignus judiciale wie in jedem andern Falle des Verkaufs durch den Beamten⁶) und brauchte deshalb für das pignus judiciale nicht besonders⁷) festgesetzt zu werden. Ja, gerade

für unser Institut hat diese Ankündigung noch die besondere Bedeutung, dass der Exekutor auf diese Weise allein eine zuverlässige Grundlage für die Ermittelung der von ihm nach l. 15 § 5 D. 42, 1 bei der Feststellung des Mindestgebotes zu berücksichtigenden an der Pfandsache bestehenden Vertragspfandrechte, ohne deren Beseitigung der Verkauf nicht rechtsgültig wäre, erhalten hat; denn der Schuldner mag sie zuweilen wohl betrüglich nicht angegeben haben 1), häufig wird er aber bei der Natur des römischen Vertragspfandrechts gar nicht im Stande gewesen sein, alle der gepfändeten Sache anhaftenden Vertragspfandrechte namhaft zu machen 2).

Wann darf die öffentliche Ankündigung erlassen werden? Nach Ablauf der Wartefrist oder während derselben?

Ich halte dafür, dass die Ankündigung ein eng mit der Versteigerung zusammenhängender Akt ist, und dass deshalb, so lange diese ausgeschlossen ist, auch jene zu ihrer Einleitung dienende Handlung noch nicht vorgenommen werden darf³).

Ausserdem geht doch die Tendenz des römischen Rechtes, wie wir sahen, dahin, in der Wartefrist dem Schuldner Gelegenheit zu freiwilliger Schuldtilgung zu geben, da eine Verauktionierung auch in Rom wenig vorteilhaft zu sein pflegte. Eine solche Tilgung wird zumeist nicht haben aus eigenen Mitteln des Schuldners erfolgen können; der Schuldner wird zum Darlehn seine Zuflucht haben nehmen müssen. Wenn seine Güter aber während der Wartefrist öffentlich ausgeboten wurden, dann wurde seine Kreditfähigkeit so erheblich herabgemindert, dass der Zweck der Wartefrist fast illusorisch wurde.

Ausgeschlossen von der Teilnahme an der Versteigerung ist der Eigentümer der Pfandsache⁴) und, falls das Verbot

¹⁾ Vgl. Paulys Real-Enc. Bd. IV S. 1082.

²⁾ Hierzu Puchta § 238 Note e; Schulin S. 369, 393.

³) Siehe Pernice, Labeo Bd. I S. 354. Wlassak in Pauly-Wissowas Real-Enc. Bd. I Sp. 351.

⁴⁾ Andere für den Verkaufsakt gebrauchte Wendungen haben freilich ein farbloses Gepräge z. B. distrahere (l. 9 pr. D. 4, 4; l. 74 § 1 D. 21, 2, l. 15 § 2 D. 42, 1); vendere, venumdare (l. 15 § 2 l. 31 D. 42, 1 c. 2 C. 8, 22 [23]); mercari (c. 13 C. 8, 44). Es findet sich jedoch nur ein vereinzelter Gegner der Notwendigkeit eines Pfandverkaufs in öffentlicher Auktion: Gesterding S. 156.

 $^{^5}$) Vgl. Rein bei Pauly a. a. O. Bd. I (2. Auflage) unter dem Stichworte "auctio". Ausdrücke für die Ankündigung sind: proscribere auctionem, ἀπάρτιον προγράφειν und dessen wörtliche Übersetzung programmate admonere. Siehe auch v. Schruttka-Rechtenstamm S. 10 und Puchta § 247 Note i.

⁶⁾ Dass es bei dem öffentlichen Verkaufe des Fiskus eines besondern Aufrufs nicht bedürfe, ist aus c. 8 C. 8, 25 (26) m. E. nicht herauszulesen. Dagegen Dernburg Pfandr. Bd. II S. 551 und Pand. Bd. II § 292 n. 4.

⁷⁾ Einmal erwähnt ist es jedoch in c. 6 C. 8, 25 (26): Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programmate admoniti creditores, cum praesentes essent, jus suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. Dafür spricht besonders der terminus technicus "programmate admoniti" (vgl. Note 5), der, da die verkaufende Person in der Stelle nicht bezeichnet ist, den Exekutor zum mindesten nicht ausschliesst. Auch "distrahere" steht dem nicht entgegen (vgl. Note 4). Auf diese Stelle stützen kann man jedoch die Notwendigkeit der öffentlichen Ankündigung nicht (wie Wetzell § 50 n. 34, Rudolph S. 355, v. Schruttka S. 16 n. 8); denn in der Stelle ist von einer Pflicht der Ankündigung gar nicht die Rede, und, wäre dies der Fall, so hätte sie auch bloss beschränkte Geltung für praedia. — Die extremen Ansichten über die Bedeutung der c. 6 C. 8, 25 werden von Sintenis Pfandr. S. 521 n. 5 a. E. (nur für das pignus judiciale) und von Dernburg Pfandr. Bd. II S. 551 (nur für das pignus conventionale) vertreten.

¹⁾ Leonhard S. 299.

²) Auf die Besonderheiten bei der Pfändung von Kirchengut einzugehen (Nov. 120 c. 6), liegt ausserhalb des Rahmens einer civilistischen Abhandlung.

³) Die entgegengesetzte Ansicht wird von Bachofen S. 297 n. 10 aufgestellt.

⁴⁾ arg. 1. 40 pr. D. 13, 7 (Papinianus): Debitor a creditore pignus, quod dedit, frustra emit, cum rei suae nulla emtio sit; nec si minoris emerit et pignus petat aut dominium vindicet ei non totum debitum offerenti creditor possessionem restituere cogetur.

nicht durch besondere Erlaubnis aufgehoben war, der exequierende Beamte¹).

Zugelassen ist dagegen der Pfandgläubiger²).

Nicht jedoch kommt ihm überdies noch ein Vorzugsrecht bei der Versteigerung vor den Nichtgläubigern und den Verwandten des Schuldners und wiederum dem Gläubiger, der eine grössere Summe zu fordern hat, ein Vorrecht vor den andern Gläubigern zu, wie man³) unter Berufung auf Gajus⁴) behauptet; denn dieser behandelt an der fraglichen Stelle offenbar das pignus praetorium, und die hier an sich schon sehr bedenkliche analoge Übertragung scheitert an dem später von Septimius Severus und Caracalla⁵) für das pignus judiciale ausdrücklich aufgestellten, den Gläubiger besonders einschränkenden Prinzipe, dass ihm die Pfänder nur dann zugeschlagen werden dürfen,

wenn sich gar kein anderer Käufer für sie findet. In etwas mag jedoch die Praxis gar bald diesen starren Satz gemildert haben; denn schon unter Alexander Severus 1) sehen wir — augenscheinlich unter Berufung auf die von Septimius und Caracalla statuirte Zulassungsmöglichkeit (secundum constituta) — dass der Gläubiger auch mit andern Kauflustigen konkurrieren darf, wofern diese nämlich kein pretium dignum bieten 2).

In ein anderes Extrem verfallen Schriftsteller, welche den Gläubiger nicht bei der ersten, sondern durchaus frühestens bei der zweiten Lizitation mitbieten lassen wollen³).

Der Preis muss in der Auktion unter allen Umständen — bei Vermeidung der Unwirksamkeit des Zuschlags — bar⁴) erlegt werden. Ein Rechtsmittel zu seiner Beitreibung giebt es nicht ⁵). Daraus folgt argumento a majore ad minus, dass ein Zurücktreten des Steigerers von seinem Gebote nicht geahndet werden kann; und ferner muss man hieraus entnehmen, dass, wenn ein zweiter Verkauf (nachdem der erste Käufer die Zahlung ver-

¹⁾ l. 46 D. 18, 1 (Marcianus): Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam; alioquin non tantum rem amittit sed et in quadruplum convenitur secundum constitutionem Severi et Antonini; et hoc ad procuratorem quoque Caesaris pertinet. Sed hoc ita se habet, nisi specialiter quibusdam hoc concessum est.

²⁾ Jedoch nicht schon unter Antoninus Pius, sondern erst unter Septimius Severus und Caracalla, und anscheinend nicht ohne Widerspruch [l. 15 § 3 D. 42, 1: Si pignora, quae capta sunt, emtorem non inveniant, rescriptum est ab imperatore nostro et Divo patre ejus, ut addicantur ipsi, cui quis condemnatus est. Addicantur autem utique ea quantitate, quae debetur; nam, si creditor maluerit pignora in creditum possidere iisque esse contentus, rescriptum est non posse eum, quod amplius sibi debetur, petere, quia velut pacto transegisse de credito videtur, qui contentus fuit pignora possidere; nec posse eum in quantitatem certam pignora tenere et superfluum peterel; denn sonst würde sich Ulpian (vielleicht auch schon das uns nicht erhaltene Einführungsdekret: nam rescriptum est etc.) nicht genötigt gesehen haben, den Kauf des Gläubigers durch die Fiktion eines unter obrigkeitlicher Mitwirkung abgeschlossenen Vergleiches zu verhüllen. Die Opposition fand offenbar ihren noch für Antoninus Pius bestimmend gewesenen Ausgangspunkt im pignus conventionale, wo ja nicht nur der verkaufende, sondern sogar jeder nachstehende Pfandgläubiger vom Erwerbe der Pfandsache so gut wie ausgeschlossen war (Krech-Fischer S. 9).

⁸) Küstner S. 71.

^{4) 1. 16} D. 42, 5: Cum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei et ejus, qui creditor cognatusve sit potior habetur creditor cognatusve; magis tamen creditor quam cognatus et inter creditores potior is, cui major pecunia debebitur.

⁵) l. 15 § 3 D. 42, 1 (oben n. 2).

¹⁾ c. 2 C. 8, 22 (23): Cum in causa judicati aliqua res pignori capitur, per officium ejus, qui ita decrevit, venumdari solet, non per eum, qui judicatum fieri postulavit. Et si alio emtore non existente vel existente quidem sed non dignum pretium offerente, is, cui judicatus satis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit admissus. Cujuslibet alterius vice ex officio emere debet (223).

²⁾ Ebenso Arndts § 376 a. A.

³⁾ z. B. Dernburg Pfandr. Bd. II S. 255.

⁴⁾ Analog schon bei der praediatura (Bachofen S. 219); anders bei fiskalischen Verkäufen (l. 22 § 1 D. 49, 14).

^{5) 1.15 § 7} D. 42, 1: Sed si emtor, cui pignora sunt addicta, exequente judice pretium non solvat, utrum adversus emtorem porrigere manus debeant iidem judices, qui sententiam exequuntur, videndum est; et non puto eos ultra procedere. Ceterum longe res abiit; quid enim diceums? Condemnabunt emtorem et sic exequentur adversus eum sententiam an statim pro judicato habebunt? et quid, si neget se emisse aut exsolvisse contendat? Melius igitur erit, si non se interponant, maxime cum nec habeat actionem adversus eum is, cui judicatum fieri desideratur, nec injuria afficiatur. Oportet enim res captas pignori et distractas praesenti pecunia distrahi, non sic, ut post tempus pecunia solvatur. Certe si se interponant, hactenus debebunt intervenire, ut ipsam rem addictam capiant et distrahant, quasi non vinculo pignoris liberatam.

weigert hatte) einen Ausfall ergab, der erste Käufer zum Ersatz der Differenz nicht angehalten werden konnte¹).

Der Exekutor hat darauf zu achten, ohne dass ein Mindestgebot durch eine Taxe festgelegt²) wird, dass auch ein angemessener Preis gezahlt, die Sache nicht verschleudert wird. Zu diesem Zwecke kann er, wenn das Ergebnis der ersten Versteigerung nicht befriedigt, nach seinem billigen Befinden wiederholte Subhastationstermine ansetzen³).

Das Erfordernis des dignum pretium ergiebt sich m. E. daraus, dass Alexander Severus⁴) den Fall, dass sich gar kein Käufer findet, und den, dass sich zwar einer findet, aber keinen angemessenen Preis setzt, vollständig gleich behandelt. Weiter als bis auf Alexander Severus lässt sich dieses Erfordernis quellenmässig nicht zurückdatieren ⁵).

In zwei einzelnen Fällen hat der Exekutor bei der Preisbildung auf die Erreichung eines Mindestpreises zu sehen:

a. Wenn der Gläubiger die Pfandsache erwerben will, so darf sie ihm nicht für weniger als für die von ihm zu fordernde Summe zugeschlagen werden (l. 15 § 3 D. 42, 1 oben S. 82 n. 2). Diese Norm liess Alexander Severus in c. 2 C. 8, 22 (23) unberührt ⁶).

b. Alle Vertragspfandrechte, welche an der Pfandsache vor

Pfandsache erwürbe. Antoninus Pius war noch nicht so weit gegangen (vgl. oben S. 82 n. 2). Offenbar (aber nicht einzig) mit Rücksicht auf den allgemein gebilligten Rechtszustand beim Vertragspfand, sahen sich die beiden Kaiser genötigt, bei ihrer Novelle starke Schranken aufzustellen: erstens wird der Gläubiger zum Kaufe nur zugelassen, wenn kein anderer Bieter vorhanden ist; zweitens muss sein Gebot mindestens seiner Forderung entsprechen. (Diese Schranke entspringt zugleich dem Bestreben, die Weitläufigkeit in der Zwangsvollstreckung nach Möglichkeit abzukürzen und einen Schutz gegen die Bestechlichkeit der Unterbeamten zu schaffen). Auf die zweite Beschränkung wird augenscheinlich das Hauptgewicht gelegt; denn sie wird gegen Schluss der l. 15 § 3 cit. durch die Fiktion eines privatrechtlichen Aktes dem Verständnisse näher zu führen versucht. Es ist kaum anzunehmen, dass 20 Jahre später Alexander beide Schranken hat durchbrechen wollen oder auch nur können. Welche Schranke erschien denn besonders unhaltbar? Es ist unverkennbar, dass auch zur Zeit Alexanders die Zulassung des Gläubigers als Käufer noch wie eine Abnormität erschien; denn sonst hätte sich Alexander wohl nicht versucht gefühlt, bezüglich der Statthaftigkeit der Zulassung constituta seiner Vorgänger ins Feld zu führen. Indessen beschwichtigte er hiermit mehr theoretische Bedenken. Dagegen machte sich, nachdem einmal die Zulassung dekretiert war, die der Chikane (vgl. c. 3 C. 7, 53; c. 3 C. 8, 22 [23]) weiten Spielraum bietende Beschränkung, den Gläubiger nur, falls sonst niemand bot, die Pfandsache erwerben zu lassen, auch als höchst unzweckmässig fühlbar, und auf ihre Beseitigung mag die Praxis gedrängt haben. Dem kommt Alexander Severus durch c. 2 C. 8, 22 (23) entgegen. Nur will er den Anschein vermeiden, als ob er die kaum eingebürgerte Neuerung des Septimius und Caracalla noch um eine weitere vermehren wollte. Daher weist er mit Recht darauf hin, dass die von ihm im vorliegenden Falle aufgestellte Norm nichts anderes sei, als der regelrechte Ausfluss des schon dem Reskripte von Septimius und Caracalla zu Grunde liegenden tieferen Prinzips, das da lautet: "ex officio" emere debet cujuslibet alterius vice — da der Gläubiger von einem Beamten kaufen muss (und somit jede Benachteiligung des Schuldners ausgeschlossen ist), so steht er der Kaufmöglichkeit wie jeder Dritte gegenüber (ist also nicht darauf beschränkt, dass kein anderer Bieter vorhanden ist, sondern kann auch den Zuschlag verlangen, wenn er die andern überbietet).

Das ist meines Dafürhaltens der Sinn des Satzes "cujuslibet alterius vice ex officio emere debet": die eine Schranke der l. 15 § 3 cit. sollte wegfallen; nicht dagegen ist, wie es die communis opinio thut, in diesem Satze eine Aufhebung auch jener zweiten Schranke zu sehen, dass der Gläubiger nur um den Betrag seiner Forderung die Pfandsache erwerben kann. Meine Auffassung dürfte sprachlich richtig und rechtshistorisch wahrscheinlich sein. In ihr bestärkt mich noch die Erwägung, dass jene zweite Schranke auch rechtspolitisch — als Verkürzung des Vollstreckungsverfahrens und Kautel gegen die

¹⁾ Vgl. Dernburg Pfandr. Bd. II S. 253.

²) Anders bei fiskalischen Veräusserungen in der Kaiserzeit: Krech-Fischer S. 7.

⁸) arg. c. 3 C. 7, 53 ("diu" subhastatas).

⁴⁾ c. 2 C. 8, 22 (23) (oben S. 83 n. 1).

⁵) Daraus, dass schon Ulpian (l. 50 D. 21, 2) einen Ersatzanspruch des Schuldners gegen den Exekutor kennt, wenn dieser für einen zu niedrigen Preis verkauft hat, ist ein allgemeiner Rechtssatz nicht zu entnehmen; denn Ulpian behandelt nur den Ausnahmefall, dass der Exekutor sich eines dolus schuldig gemacht hat.

⁶⁾ Zumeist wird das Gegenteil, dass nämlich der Gläubiger durch Alexander Severus jedem unbeteiligten dritten Bieter gleichgestellt worden wäre, es für den Gläubiger also kein Preisminimum mehr gäbe, auf Grund der Reskriptsworte "cujuslibet alterius vice ex officio emere debet" behauptet. Aber es ist unwahrscheinlich, dass Alexander Severus durch diese kurze Bemerkung eine gegenüber dem früheren Rechtszustande so tief greifende Neuerung hat einführen wollen. Wir wissen, erst Septimius und Caracalla haben die — beim pignus conventionale auch in späterer Zeit noch (c. 10 C. 8, 27 [28]) streng verpönte — Möglichkeit gewährt, dass auch der Pfandgläubiger die

ihrer Pfändung begründet waren, müssen durch den Verkauf des Pfandstücks zur Lösung gelangen 1).

Indessen darf der Exekutor nicht schon in dem Falle verkaufen, wenn der Erlös für die sämtlichen Vertragspfandberechtigten aufgeht²), sondern erst, wenn ein zur Befriedigung auch des Pfändungspfandgläubigers mit zu verwendender Überschuss geboten wird (dimisso creditore superfluum in causam judicati convertatur... si emtorem invenerit res, qui dimisso priore creditore superfluum solvere sit paratus, admittenda sit hujus quoque rei distractio).

§ 18.

b. Rechtswirkungen.

Die Römer behandeln den durch das Angebot des Preises einerseits und den Zuschlag andrerseits zustande gekommenen Vertrag im allgemeinen als Kaufkontrakt (emtio)³): sie sprechen von "vendere", "mercari", "emere" ⁴) und bezeichnen den Bieter, welchem der Zuschlag zu teil ward, auch zumeist als "emtor" ⁵). Diese Kürze des Ausdrucks darf jedoch — so wenig wie mit der Bezeichnung "pignus" alle Wirkungen des Vertragspfandes auf

aus der Bestechlichkeit der Unterbeamten zu befürchtenden Nachteile — von Bedeutung ist und diese Bedeutung auch unter Alexander Severus sicherlich nicht eingebüsst hat.

Diesen Standpunkt scheint auch Krech-Fischer S. 14 zu teilen: "War durch die Versteigerung ein annehmbarer Preis nicht zu erzielen, so konnte die Sache dem Gläubiger für seine Forderung zugeschlagen werden".

Sintenis Pfandr. S. 533, 534 findet einen unlösbaren Widerspruch hinsichtlich des Preises zwischen l. 15 § 3 cit. und c. 2 C. cit. — — wenn man nicht seine Lösung als "gewöhnliche Regel" annehme: dass, wenn der Gläubiger das Pfand gleich einem dritten Käufer durch Meistgebot erwirbt, das Gebot zu erlegen sei; wenn er aber den Zuschlag des Eigentums nachsucht, dieser im Zweifel wenigstens (??) für den Betrag seiner Forderung geschehe. Grosse Wahrscheinlichkeit wohnt m. E. dieser Lösung nicht inne.

- 1) l. 15 § 5 D. 42, 1 (oben S. 59).
- ²) Ebenso Dernburg Pfandr. Bd. II. S. 252.
- ³⁾ Vgl. l. 15 § 6 D. 42, 1 (unten S. 89 n. 4). Krech-Fischer 3. Aufl. S. 3 fg. legen auf die Bezeichnung "emtio" gar kein Gewicht, da der Satz der XII Tafeln "emtionis verbo omnis alienatio complexa videtur" dem Römer durchaus gegenwärtig gewesen wäre: l. 29 § 1 D. 40, 7.
 - 4) Beispiele sind oben S. 80. n. 4 angeführt.
 - ⁵) l. 15 § 7 D. 42, 1 (oben S. 83 n. 5). l. 15 § 6 D. eod,

das Pfändungspfand übertragen sein sollten — dazu führen, das für den emtor erwachsene Rechtsverhältnis als privatrechtliche emtio venditio zu fassen. Wichtige Modifikationen erleidet dieses Verhältnis prinzipiell durch den Eintritt des völlig uninteressierten Magistrats in dasselbe.

Die Rechtslage des emtor.

Der emtor kann die Auslieferung der erworbenen Sache fordern. Der Beamte, der sämtliche Verhandlungen geführt hat, ist ihm als hierzu verpflichtet zu erachten. Ein Fehlen hierin würde sich als Verletzung einer Dienstpflicht qualifizieren. Zu ihrer Ahndung haben die Römer in der Regel nicht den Weg der Civilklage zugelassen, bei welcher ein Privatmann über einen Beamten zu richten hätte 1): der emtor war also auf die Beschwerde angewiesen 2).

Der emtor erhält an der erworbenen Sache das Recht, welches der Schuldner an ihr gehabt hatte³). Dieses zu übertragen ist der Beamte, obgleich ihm das Recht selbst nicht zukommt, doch befähigt⁴).

Zumeist wird der Schuldner Eigentum an der Pfandsache behaupten. Verfehlt wäre es indessen, den Exekutor wie einen Privatverkäufer dafür haftbar zu machen, wenn diese Behauptung nicht zutrifft. Wer könnte dem Exekutor zumuten, die

¹) Erst spät und nur ganz vereinzelt konnte ein Schade, der aus einem Versehen in der Amtsführung entsprungen war, vor den Civilgerichten verfolgt werden; siehe Dernburg, Pand. Bd. II § 135 n. 6. Vgl. ferner zur Rechtfertigung der Ansicht des Textes Ihering, Geist II¹ S. 263: "Nicht ein devotes, ängstliches, anspruchsloses Auftreten, sondern ein gebieterisches, königliches Benehmen wünschte das Volk von seinen Beamten; die Macht und Majestät des Staates selbst sollte in ihnen sichtbar werden. Darum räumte es ihnen bereitwillig zu diesem Behufe die nötige Macht und Stellung ein."

²⁾ Gleicher Ansicht Westerburg S. 898.

³⁾ Vgl. Krech-Fischer S. 12.

⁴⁾ arg. 1. 46 D. 41, 1. Wir brauchen aber gar nicht einmal für das pignus judiciale dieses Argument, sondern können sagen: da eine Ersatzpflicht des Schuldners bei der Eviktion anerkannt ist, so muss daraus der Rückschluss gezogen werden, dass auch die Rechte des Schuldners in vollem Umfange auf den Ersteher übergehen. Vgl. auch Krech-Fischer 3. Aufl. S. 4.

Grundlagen des schuldnerischen Rechtes in jedem Falle eingehend zu prüfen! Eine solche Regelung wäre doppelt unverständlich, wenn man die geringe und in überaus weitem Umfange noch auszuschliessende ¹) Eviktionshaftung des Vertragspfandgläubigers inbetracht zieht.

Nicht unberücksichtigt mag hier bleiben, dass die dem Verkauf vorangehende Wartefrist, die Öffentlichkeit des Verkaufs und die mit dieser zusammenhängende vorgängige Bekanntmachung wohl wichtige Massnahmen zur Einschränkung der rei vindicatio gegen den Erwerber gebildet haben.

Nach alldem ist es wohl erklärlich, wenn Ulpian konstatiert: Si pignora veneant per apparitores praetoris extra ordinem sententias sequentes nemo unquam dixit dandam in eos actionem re evicta. (l. 50 D. 21, 2).

Gegen den Gläubiger hat der emtor gleichfalls keinen Eviktionsanspruch, weil jener, was nicht ohne Absicht mehrfach²) hervorgehoben wird, als Kontrahent des Kaufkontrakts in keinem Augenblicke beteiligt ist³). Aus diesem Grunde hat der Gläubiger so wenig für Eviktion zu haften, wie ihm das Korrelat, die actio venditi auf Zahlung des Kaufpreises, zukommt⁴) (nec habeat actionem adversus eum is, cui judicatum fieri desideratur: l. 15 § 7 D. 42, 1)⁵).

Dagegen kommt dem emtor gegen den Schuldner ein Ersatzanspruch zu. Nur weicht sein Inhalt von dem der gewöhnlichen Eviktionsklage, die bekanntlich auf Ersatz des Interesses zur Zeit des Urteils auf die Regressklage geht und auf den Kaufpreis gar keine Rücksicht nimmt⁶), erheblich ab; der emtor kann hier nur den Kaufpreis samt Zinsen der Kaufsumme fordern und muss sich überdies die Einrechnung aller

Früchte, die er von der Pfandsache bezogen und beim Beginn der rei vindicatio bereits aufgebraucht hat und als gutgläubiger Besitzer nicht mit hatte herausgeben müssen 1), gefallen lassen 2).

Diese Normierung ist auch sehr verständlich, da ja der Schuldner nicht freiwillig verkauft und hiermit kontraktliche Pflichten übernimmt, sondern nur passiv beteiligt ist und deshalb auch nur soweit haften soll, als ihm ein offenbarer Vorteil — durch Tilgung der Schuld bei dem Pfandgläubiger — entstanden ist³).

Die Eviktionsklage wird von dem ordentlichen Richter, nicht von dem Exekutions- (Jurisdiktions-) Magistrate, entschieden ⁴).

Ein Anspruch des Erwerbers der Pfandsache wegen Mängel derselben mit der actio redhibitoria oder quanti minoris kann aus den soeben angestellten allgemeinen Erwägungen gegen Beamte und Gläubiger nie statthaben ⁵).

Dagegen wird der emtor, wenngleich der Fall nicht ausdrücklich in den Quellen erwähnt wird, aus den Mängeln einen

¹⁾ l. 68 pr. D. 21, 2.

²⁾ Vgl. oben S. 79.

³⁾ Siehe auch Krech-Fischer S. 13.

⁴⁾ Vgl. Rudolph S. 375.

⁵) Bethmann-Hollweg Bd. II S. 696 n. 36 lässt den Gläubiger mit Rücksicht auf c. 13 C. 8, 44 (45) (siehe S. 89 n. 2) für Eviktion haften. Allein der Gläubiger gehört nicht zu denen, die durch die Zahlung des Kaufpreises einen besondern Nutzen haben (quibus pretii solutio proficit), da er ja nur erhält, was ihm zukommt.

⁶⁾ Vgl. 1, 70 D. 21, 2,

¹) 1. 74 § 1 D. 21, 2 stammt von Hermogenian und schon vorher (vgl. über seine Zeit Krüger 278 fg.), wohl schon vor Diocletian, war der Satz anerkannt worden, dass dem gutgläubigen Besitzer die Früchte nicht mehr unter allen Umständen zu eigen verblieben, sondern dass er nur fructus consumtos suos facit. Siehe c. 22 C. 3, 32 ("certum est") und dazu v. Petrażycki, Fruchtverteilung S. 155, auch Dernburg, Pand. Bd. I § 205 unter 5 b Anm. 15.

^{2) 1.74 § 1} D. 21, 2 (Hermogenian): Si jussu judicis rei judicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur, ex emto contra eum, qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio dumtaxat ejusque usuris habita ratione fructuum dabitur, scilicet si hos ei, qui evicit, restituere non habebat necesse. — Vgl. auch c. 13 C. 8, 44 (45): Si ob causam judicati pignora capta sunt ex ejus auctoritate, cui praecipiendi jus fuit ea, de quibus complecteris, eaque tu mercatus es, frustra ab ea, quae condemnata est vel quae in ejus locum successit, eorum refertur quaestio, quandoquidem etsi evictio eorum ab alio subsecuta fuisset, adversus eos debuisse dari actionem, quibus pretii solutio proficit, meritissime rescriptum est (Gordianus 239).

³⁾ Ebenso Riehl S. 49.

⁴⁾ l. 15 § 6 D. 42, 1: Si post addictum pignus aliqua controversia emtori moveatur, an sit cognitio ejusdem judicis, qui sententiam executus fuerit, videndum est; et cum semel emtio perfecta sit ejusque, qui comparavit, periculum vertatur, non puto locum esse cognitioni; certe posteaquam iuductus est emtor in possessionem, nonne cessabunt partes eorundem judicum? Idemque et si ipsi, cui quis judicatus est, res fuerit addicta.

⁵⁾ Ebenso Krech-Fischer S. 13.

Anspruch gegen den Schuldner herleiten können. Man hat zwar hier ähnlich wie beim Vertragspfand zu argumentieren versucht. Bei diesem sagt man: da der Käufer nur einen sehr beschränkten Anspruch gegen den Pfandgläubiger hat, wenn ihm die ganze Sache entzogen wird, so kann ihm gar kein Ersatzanspruch zukommen, wenn der Sache nur einzelne Eigenschaften fehlen 1). Dieses Argument wird aber für das Vertragspfand durch den einfachen Beweis, dass die actio redhibitoria gegen den Pfandgläubiger sich quellenmässig (l. 10 D. 20, 6) vorfindet, widerlegt:

Creditor quoque si pignus distraxit et ex venditione recessum fuerit vel homo redhibitus dominium ad debitorem revertitur. Idemque est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere; non enim, quia dominium transferunt, ideo ab emtore jus recipiunt, sed in pristinam causam res redit resoluta venditione.

Paulus erwähnt also hier die durch Klage herbeigeführte redhibitio in Verbindung mit dem freiwilligen Rücktritte vom Verkauf zusammen als Gründe, aus denen die alte vor dem Verkauf bestehende Rechtslage wieder hergestellt wird.

Und schon Pomponius²) spricht einmal von dem Falle, dass der Schuldner noch nicht als befreit gilt, so lange der von dem Pfandgläubiger verkaufte Sklave noch redhibirt werden könne.

In diesen Fällen zu unterstellen³), dass sich der Käufer die Redhibition vorbehalten habe, entbehrt jedes triftigen Grundes⁴).

Also ist an dem Vorkommen der actio redhibitoria gegen den Vertragspfandgläubiger gar kein Zweifel; und es ist auch gar nicht schwer, das Vorgehen der Römer aus praktischen Erwägungen zu rechtfertigen: wer für Eviktion einzustehen hat, der muss das Interesse ersetzen, ohne dafür etwas zurückzuerhalten. Der Pfandverkauf, in welchem die durch das Pfand gewährte Sicherheit gipfeln sellte, zwänge dann den Pfandgläubiger, noch aus seiner Tasche etwas zuzuzahlen. Ein Anspruch aus der Eviktion gegen den Gläubiger ist darum unbillig und wird prinzipiell versagt. Bei der redhibitoria dagegen giebt der Pfandgläubiger nicht mehr zurück als den Erlös, den er erhalten hat, empfängt jedoch die Pfandsache wieder heraus, an welcher der Schuldner das Eigentum und er sein Pfandrecht zurückerlangt 1) (in pristinam causam res redit resoluta venditione). Der Pfandgläubiger hat also nichts verloren als die Zeit; und soviel muss man wohl einer billigen Rücksicht auf das Interesse des Erwerbers konzedieren.

Wenn nun der emtor einer gepfändeten Sache an derselben Mängel findet, die ihn beim gewöhnlichen Kaufe und, wie wir sahen, auch beim Vertragspfandkaufe, wo ein Eviktionsanspruch ausgeschlossen ist, zur Rückgabe oder Preisminderung berechtigen, so wird man beim pignus judiciale, zumal ausdrücklich der stärkere Eviktionsanspruch in gewissem Umfange hier anerkannt ist, auch die ädilizischen Rechtsmittel dem Käufer gegen den Schuldner zugestehen müssen.

Ein Rücktritt vom Kaufe wegen laesio enormis ist wegen der öffentlich rechtlichen Natur des Pfändungspfandverkaufs nicht denkbar²).

¹⁾ So Dernburg Pfandr. Bd. II S. 184.

²) L. 26 D. 46, 3: Si creditor fundum pigneraticium vendiderit et quantum ei debebatur, receperit, debitor liberabitur. Sed et si acceptum emtori pretium tulisset creditor vel ab eo stipulatus esset, debitor nihilo minus liberatur. Sed si servuspignoratus a creditore venierit, quamdiu redhiberi possit, non liberabitur debitor, sicut in quolibet pignore vendito, quamdiu res inempta fieri possit. Hiernach ist die a. redhibitoria gegen den Pfandgläubiger, nicht gegen den Pfandschuldner, gerichtet; denn, obgleich der Käufer das Kaufgeld bezahlt hatte, heisst es doch: non liberabitur debitor. Also musste wohl der gezahlte Kaufpreis vom Pfandgläubiger dem Käufer herausgegeben werden.

³⁾ Wie Dernburg a. a. O. Bd. II S. 183 es thut.

⁴⁾ Der einzig angeführte Grund, dass dann auch die actio quanti minoris hätte erwähnt werden müssen (Dernburg Pfandr. Bd. II S. 183) ist

nicht durchschlagend, da mit dem Rechte auf die actio redhibitoria das Recht auf die actio quanti minoris verbunden zu sein pflegt und auch an andern Stellen die actio redhibitoria nicht durchaus im Gefolge der quanti minoris oder umgekehrt erscheint.

¹⁾ L. 23 § 1 D. 21, 1 (Ulpian): Iubent aediles restitui et quod venditioni accessit, et si quas accessiones ipse praestiterit, ut uterque resoluta emtione nihil amplius consequatur, quam non haberet, si venditio facta non esset. Vgl. auch l. 23 § 7 D. eod.

²⁾ Übereinstimmend Krech-Fischer S. 13. Diocletian hat seine c. 2 C. 4, 44 unstreitig nur für Privatverkäufe erlassen: Dernburg Pand, Bd. II § 102 Ziffer 2.

Der Gläubiger hat vornehmlich ein Recht auf Befriedigung aus dem Barerlöse, jedoch erst hinter den älteren Vertragspfandgläubigern, falls diese nicht anderweit während der Exekution befriedigt worden sind. Diesen Anspruch des Gläubigers zu erfüllen, ist eine Amtspflicht des Exekutors, auf deren Einhaltung der Gläubiger freilich mit einer besondern Klage, der actio negotiorum gestorum directa, gegen den Exekutor nur dann dringen kann, wenn diesem ein dolus zur Last fällt¹).

Die Forderung des Gläubigers geht, insoweit er aus dem Erlöse der Pfandsache befriedigt wurde, unter; insoweit dies nicht geschah, kann er weiter — andere Pfandstücke ev. eine neue Gruppe (l. 15 § 2 D. 42, 1) — pfänden lassen.

Hat der Gläubiger selbst die Pfandsache erworben, so kommen ihm natürlich dieselben Rechte, wie jedem dritten Käufer zu²).

Die Rechtslage des Schuldners.

Der Schuldner wird mit dem durch den Verkauf bedingten Untergange seines Eigentums an der Pfandsache³) noch nicht von seiner Schuld befreit, sondern erst wenn der Erlös zur Zahlung der Schuld seitens des Exekutors verwendet worden ist⁴).

Er hat sodann ein Recht auf den Überschuss des Erlöses über den Betrag seiner Schuld:

Si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cuius pignora vendita erunt. (l. 31 D. 42, 1).

Schliesslich hat er auch noch einen Schadensersatzanspruch gegen den Exekutor; jedoch nicht etwa schon, wenn dieser nach der Ansicht des Schuldners keinen genügend hohen Preis erzielt, sondern nur, wenn er die Pfandsache dolos für einen übermässig niedrigen Preis verschleudert hatte 1) 2).

Nicht jedoch wurde der Schuldner durch den stattgehabten Verkauf der Pfandsache infam³).

Ausser auf die drei stets beteiligten Privatpersonen — Erwerber, Pfändungspfandgläubiger und Schuldner — konnte der Exekutionsverkauf zuweilen auch auf denjenigen Gläubiger, dem die gepfändete Sache vorher vertragsmässig verpfändet war, seine Wirkung erstrecken. Wenn nämlich ein ortsanwesender Vertragspfandgläubiger, dem ein gepfändetes praedium verpfändet ist, sein Recht bis zum Zuschlage des praedium dem Exekutor nicht anzeigt, so verliert er das Pfandrecht mit dem Abschlusse des Pfandkaufes⁴).

^{1) 1. 3 § 8} D. 3, 5: Si executor a praetore in negotio meo datus dolum mihi fecerit, dabitur mihi adversus eum actio (Ulpian). Dass hier die actio negotiorum gestorum gemeint ist, ergiebt sich daraus, dass nicht nur der betreffende Titel von dieser actio handelt, sondern auch die lex 3 selbst das diese actio gewährende prätorische Edikt an ihre Spitze stellt, und daraus, dass die §§ 7 und 9 der lex 3 ganz unverkennbar die actio neg. gest. und nicht die actio doli behandeln. Übrigens ist diese Bedeutung unserer Stelle von Wlassak, actio neg. gest. S. 100 fg. überzeugend dargethan (vgl. auch S. 93 n. 1).

— Die Klage ist in den Quellen ganz allgemein gegeben, wird aber wohl zumeist den beschränkten Inhalt des Textes gehabt haben. Denkbar wäre die Anwendung der a. negotiorum gest. vielleicht noch in folgenden Fällen: absichtliche Schädigung des Gläubigers durch Verlängerung der Wartefrist; Zuschlag an einen andern als den Meistbietenden; doloser Verkauf für zu niedrigen Preis.

 $^{^2)}$ arg. l. 15 \S 6 D. 42, 1 idemque et si ipsi, cui quis judicatus est, res fuerit addicta.

³) arg. c. 2 C. 8, 19 (20).

⁴⁾ vgl. Dernburg Pfandr. Bd. I S. 419.

^{1) 1. 50} D. 21, 2: si dolo rem viliori pretio projecerunt (sc. apparitores) tunc de dolo actio datur adversus eos domino rei. Wenn man 1. 50 cit. zur Erläuterung von 1. 3 § 8 D. 3, 5 heranzieht, so ergiebt sich zur Evidenz, dass 1. 3 cit. nur vom Gläubiger (an sich könnte "in negotio meo datus" sehr wohl auf beide Teile gehen) gelten kann. Wäre sie auch für den Schuldner bestimmt, so wäre es unverständlich, wie gleichzeitig — beide Stellen stammen von Ulpian und beide handeln vom dolus — in 1. 50 cit. dem Schuldner die actio doli eingeräumt werden konnte; denn diese ist bekanntlich das äusserste refugium (si alia actio non erit: 1. 1 § 1 D. 4, 3), das selbst beim Vorhandensein von Interdikten mit ähnlicher Wirkung — und um wieviel eher, wenn die actio neg. gest. gewährt wäre — kraft Rechtssatzes nicht anwendbar ist (vgl. l. 1 § 4 D. 4, 3).

 $^{^2)}$ l. 29 \S 7 D. 9, 2 ist als Spezialbestimmung für Munizipal-Magistrate zu erachten.

³⁾ arg. a. contr. Gajus II § 154; vgl. auch Bachofen S. 297 n. 6.

⁴⁾ c. 6 C. 8, 25. (S. oben S. 80 n. 7). Viel zu weit geht Sintenis Pfandr. S. 521: "Als eine eigentümliche Folge des ... durch die Obrigkeit geleiteten Meistgebotverkaufs knüpft das römische Recht an diesen wegen notwendiger Aufrechterhaltung der ... hasta publica auch den Verlust des Pfandrechts derjenigen Gläubiger ohne Unterschied, welche durch den öffentlichen Aufruf dazu aufgefordert nicht erscheinen, oder zwar erschienen sind, aber ihre Rechte nicht wahrgenommen haben."

§ 19.

2. Verkaufssurrogate.

Wenn sich beim Vertragspfande kein Käufer fand, so war dem Gläubiger, zum mindesten seit dem Jahre 211 1), die Möglichkeit gegeben, beim Kaiser für sich den Zuschlag der Pfandsache nachzusuchen. Dieser Rechtsbehelf entsprang der für den Vertragspfandgläubiger bestehenden Unmöglichkeit, mit sich selbst zu kontrahieren und gewann noch erheblich an Bedeutung, als die lex commissoria seit Constantin in Wegfall kommen musste. Freilich scheint dies Verfahren der dominij impetratio vor Justinian nach dem Gesetzeswortlaut sehr weitläufig gewesen zu sein, und deshalb hatte man sich wohl auch in der Praxis Erleichterungen gestattet, sodass Justinian die eigentlichen Normen nur vom Hörensagen noch kennt (ex librorum recitatione). In wieweit dem Kaiser Justinian die Beschneidung der alten Weiterungen, welche er verheisst²), geglückt ist, kann hier unerörtert bleiben. Jedenfalls ist auch die von Justinian getroffene Normierung³) (erfolglose Mahnung an den Schuldner; Bestimmung eines Termins zur Einlösung: Antrag beim Kaiser; während zweier Jahre nach dem Zuschlage noch pendentes Eigentum des Gläubigers, das ihm der Schuldner gegen Entgelt des debitum cum usuris et damnis vitio ejus creditori illatis, quorum quantitatem creditor debet suo juramento manifestare wieder entziehen kann) noch langwierig genug.

Wesentlich ist, dass dem Gläubiger die Pfandsache für einen Taxwert zugeschlagen wird, und dass seine Forderung, soweit sie diesen Wert übersteigt, unberührt bleibt⁴).

Der Pfändungspfandgläubiger dagegen ist, wie wir oben (§ 17) ausführten, auf diesen Umweg nicht angewiesen 1): er kann, sei es nun, dass sich überhaupt kein Käufer findet — so unter Septimius und Caracalla — oder dass er seine Mitbewerber überbietet — was unter Alexander Severus statthaft wird — sich die Pfandstücke, si maluerit in creditum possidere, schon bei der Versteigerung durch den Beamten zuschlagen lassen.

Allein stets blieb im römischen Rechte die Beschränkung, dass der Gläubiger mindestens seine Forderung gegen die Pfandsache hingeben musste²).

Und diese Schranke ist es, um derentwillen die addictio an den Gläubiger doch nicht vollkommen die dominii impetratio ersetzt, und unter Umständen diese für den Gläubiger vorteilhafter als jene erscheinen kann.

Hierin ist m. E. der Grund zu finden, dass auch beim Pfändungspfandrechte den Quellen die dominii impetratio nicht fremd ist (c. 3 C. 8, 22 [23]):

In causa judicati pignora ex auctoritate praesidis capta potius distrahi quam jure dominii possideri consueverunt. Si tamen per calliditatem condemnati emtor inveniri non potest, tunc auctoritate principis dominium creditori addici solet. (Gordian: 239.)

Inwiefern unsere Behauptung durch das angeführte Reskript belegt wird, soll bewiesen werden.

Der Versuche, der c. 3 C. 8, 22 (23) ihre Selbständigkeit zu rauben und ihren Inhalt mit dem der l. 15 § 3 D. 42, 1 (oben S. 82 n. 2) zu vereinen, giebt es fast so viel wie Schriftsteller über das Pfändungspfandrecht. In der Regel erklärt man 3), dass der in l. 15 § 3 cit. erwähnte Zuschlag an den Pfandgläubiger um den Betrag seiner Forderung gemäss c. 3 cit. durch

¹⁾ Schon I. 63 § 4 D. 41, 1 erwähnt die dominii impetratio. Das Fragment stammt aus dem 7. Buche der Disputationes von Tryphonin, welches spätestens unter Caracalla und Geta geschrieben worden ist: Fitting S. 32 und Krüger S. 201. Vgl. auch Ulpian in I. 24 pr. D. 13, 7.

²⁾ c. 3 pr. C. 8, 33. Vetustissimam observationem, quae nullatenus in ipsis rerum claruit documentis, penitus esse duximus amputandam, immo magis clarioribus remediis corrigendam. Igitur in pignoribus, quae jure dominii possidere aliquis cupiebat, proscriptio publica et annus luitionis antiquitus introducti sunt, pignus autem publice proscriptum neque vidiums neque, nisi tantummodo ex librorum recitatione, audiviums.

³⁾ c. 3 §§ 2, 3 C. 8, 33.

⁴⁾ c. 3 § 4 C. eod. Si quidem minus in pignore plus in debito inveniatur.

in hoc, quod noscitur abundare, sit creditori omnis ratio integra — c. 3 § 5 b C. eod. Sin . . . ex jure jurando etiam minus habuisse creditor inveniatur in residuo habet integram actionem.

¹⁾ Vgl. Puchta § 251 gegen Ende.

²) Hierüber oben S. 84 n. 6.

s) So Vangerow § 381 a. E.; Keller, Pand. Bd. I S. 443; Brinz Bd. I
 S. 592 Bd. II S. 870; Bayer S. 1114; Bethm.-Hollweg Bd. II S. 697.

den Kaiser zu erfolgen habe, dass also der ganze Unterschied zwischen den beiden Gesetzesstellen eine Personenfrage sei.

Aber schon Donellus 1) weist mit Recht auf das Gezwungene dieses Vereinigungsversuches hin und sieht durch c. 3 cit. ein zweites mit der addictio nicht identisches Rechtsmittel für den Gläubiger gegeben. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass dieses Rechtsmittel die dominii impetratio ist 2).

Das giebt auch Dernburg³) zu. Aber auch er schrickt davor zurück, beiden Stellen einen gesonderten Wirkungskreis zuzubilligen und bedient sich zu ihrer Erklärung folgendes schwachen Notbehelfs: "Seit die dominii impetratio durch kaiserliches Reskript beim Vertragspfande häufiger zur Anwendung kam, nahmen, wie es scheint, die richterlichen Beamten vielfach auch beim pignus i. c. j. c. Anstand, nach alter Weise die Gläubiger zum Bieten zuzulassen oder ihnen die Pfandsache anstatt ihrer Forderung zuzuschlagen". Gegen diesen Erklärungsversuch spricht zweierlei: Wäre der Ulpianische Text schon zu Zeiten Gordians obsolet gewesen, so wäre er schwerlich in die Justinianische Kompilation aufgenommen worden. Aber selbst, wenn man das Gegenteil annimmt, so leidet Dernburgs Erklärung doch an einer historischen Unwahrscheinlichkeit: nirgend ist bewiesen, dass die Gläubiger "nach alter Weise" zum Bieten zugelassen worden wären und die Pfandsache anstatt ihrer Forderung zugeschlagen erhalten hätten. Ganz im Gegenteil, gerade um jene Zeit, als die dominii impetratio zum ersten male nach dem Inhalte der Quellen auftaucht (vgl. oben S. 82 n. 2), erging auch erst das Reskript, welches den Gläubiger zum Bieten zuliess und den Zuschlag gegen den Betrag seiner Forderung gestattete. — Mit der unrichtigen Prämisse fällt

Dernburgs ganzer Schluss; denn die "richterlichen" Beamten, die gerade erst durch ein neues Reskript von Septimius und Caracalla über die Statthaftigkeit des Zuschlags an den Gläubiger belehrt und auf die Beachtung des Reskripts hingewiesen wurden, werden nicht eigenmächtig um einer für das pignus conventionale aufgestellten Norm willen, die gleichzeitig für das pignus judiciale getroffene Spezialsatzung einfach ignoriert haben. — —

Die bisherigen Versuche, beide Stellen zu identifizieren oder die eine durch die andere abzulösen, sind willkürlich. Die beiden Stellen bestehen — wenn auch nicht völlig beziehungslos — neben einander. Die eine, l. 15 § 3 cit., ist die Regel, die andere, c. 3 cit., bildet die Ausnahme; denn das eine Moment darf für die Erklärung nicht übersehen werden, dass c. 3 cit. nur für eine beschränkte Zahl von all den Fällen, die sich unter l. 15 § 3 cit., subsumieren lassen, anwendbar ist, nämlich nur, wenn per calliditatem condemnati emtor inveniri non potest 1).

Nach dem hervorgehobenen Zwecke soll also die dominii impetratio beim pignus judiciale nur als Strafe für den Schuldner, zum mindesten aber als ein durch das strafwürdige Verhalten des Schuldners gerechtfertigtes ausserordentliches Hülfsmittel für den Gläubiger dienen. Weshalb sollte der Gläubiger aber von der langwierigen dominii impetratio²) Gebrauch machen, wenn ihm der rasche Zuschlag durch den Exekutor frei stand, und weshalb gerade in dem Falle, wo die Hinterlist des Schuldners dafür gesorgt hatte, dass jede Konkurrenz durch andere Bieter ausgeschlossen war, der Gläubiger also die Pfandsache erwerben

¹⁾ zu l. 15 § 3 D. 42, 1 und zu tit. Cod. 8, 23 (22). Offenbar fehlgehende Ansichten bei Cujaz zu l. 15 § 3 cit., tit. Cod. 8, 23, 34 und 7, 53.

²⁾ Darauf deutet die charakteristische Wendung "auctoritate principis dominium creditori addici" im Vergleich mit der Ausdrucksweise in ganz unbedenklich von der dominii impetratio handelnden Stellen: l. 63 § 4 D. 41, 1: et cum ex principis auctoritate creditor ut proprium agrum tenere coepit jure dominii oder von Gordian selber c. 2 C. 8, 33 (34): si creditor pignus jure dominii a nostra serenitate possidere petiit . . .

³⁾ Pfandr. Bd. II S. 256.

¹⁾ Man erinnere sich, dass das absichtliche Fernhalten von Bietern durch den Schuldner eine Schädigungsform ist, gegen welche die Kaiser oft anzukämpfen hatten, und gegen die Caracalla einmal aus eigener Machtvollkommenheit ein besonders scharfes Schutzmittel gewährt hat (c. 3 C. 7, 53): Caracalla konnte damals von der dominii impetratio noch keinen Gebrauch machen; denn damals war sie eben erst für das Vertragspfand in Aufnahme gekommen (vgl. oben S. 74 fg., 94 n. 1).

²⁾ Unter denjenigen Schriftstellern, die überhaupt eine dominii impetratio beim pignus i. c. j. c. anerkennen, herrscht darüber Einigkeit, dass auch die betreffenden Einzelnormen im vollen Umfange vom pignus conventionale analog zu übertragen sind. Vgl. Dernburg Pfandr. Bd. II S. 257, Arndts § 376, Puchta § 251. So auch schon die Glosse.

konnte, ohne über den Betrag seiner Forderung hinaus gesteigert zu werden? Eben aus dem einzigen Grunde und in dem einzigen Falle, wo die dominii impetratio für den Gläubiger trotz ihrer Fristen gegenüber der addictio dennoch vorteilhafter war: wo die Forderung den Wert des Pfandstücks beträchtlich überstieg und dem Gläubiger daran gelegen war, den überschiessenden Teil seiner Forderung zu behalten 1).

Die c. 3 C. 8, 22 (23) ist ein Ausnahmegesetz und als solches strikt zu interpretieren ²): nur wenn sich gar kein Bieter eingefunden hat, und nur, wenn dieser Umstand auf Umtriebe des Schuldners zurückzuführen ist, und nur, wenn der Gläubiger von der addictio keinen Gebrauch machen will, ist die dominii impetratio dem Pfändungspfandgläubiger eingeräumt.

§ 20.

II. Bei Forderungen.

Voraussetzung für die Verwertung einer gepfändeten Forderung ist wie bei körperlichen Sachen der Ablauf einer zweimonatigen Wartefrist³).

Die massgebenden Bestimmungen über die Verwertung gepfändeter Forderungen hat Caracalla getroffen⁴):

L. 15 § 10 D. 42, 1. Item quid dicemus? utrum ipsi

judices convenient nomen, exigentque id, quod debetur, et in causa judicati convertent, an vero vendent nomen, ut pignora corporalia solent? Et necesse est, ut quod iis facilius videatur ad rem exequendam, hoc faciant.

Ein wesentlicher Unterschied gegenüber den körperlichen Sachen liegt schon in der Person des agierenden Magistrats: die Verwertung der Forderung ist nicht Sache des Exekutors sondern des höheren Magistrates, an den der Pfändungsantrag gerichtet wird 1) (ipsi judices), und diese aus dem Wortlaute gefolgerte Abweichung von der Norm für die Verwertung gepfändeter körperlicher Sachen steht ganz im Einklange mit der andern mit unzweideutigen Worten in unserer Stelle erklärten Abweichung von dieser Norm: nicht soll, wie bei den körperlichen Sachen, stets eine Versteigerung das Ende des Pfandrechts herbeiführen, vielmehr wird die Wahl der Beendigungsart in das billige Ermessen des exekutierenden Beamten gestellt (quod iis facilius videatur) — mit der Bildungsstufe des executor liesse sich eine solche Bestimmung nicht vereinbaren 2).

Der Gläubiger ist natürlich auch hier von der Verwirklichung des Pfandrechts ausgeschlossen ³).

Von den zwei in l. 15 § 10 cit. freigegebenen Verwertungsformen ist als die dem Forderungspfande eigentümliche die conventio oder exactio nominis zu erachten: die Beitreibung, sei es nun dass sie gütlich gelingt, oder dass der Magistrat die Klage gegen den Drittschuldner anstrengt.

¹⁾ Wenn der Gläubiger freilich diese Aussicht nicht hatte, dann war es immer noch vorteilhafter, die addictio zu wählen, und das stand dem Gläubiger ja jederzeit frei ("potius distrahi" quam jure dominii possideri — addici "solet").

²⁾ Deshalb ungenau, wenn auch im übrigen mit der Ansicht des Textes übereinstimmend, Puchta Pand. 11. Aufl. § 206: "Wenn kein oder kein annehmbarer (!) Käufer sich findet, so kann bei dem gerichtlichen Verkaufe des pignus i. c. j. c. der Gläubiger die addictio der Pfänder um seine Forderung verlangen. Ausserdem hat er bei diesem wie bei jedem andern Pfandrechte in jenem Falle (?) das Recht, den Zuschlag um die Taxe mit Vorbehalt des Überschusses seiner Forderung und Herausgabe des Überschusses des Wertes von dem Regenten zu fordern (sog. jus dom. imp.)." Ähnlich Arndts § 376.

⁸) arg. l. 31 D. 42, 1.

⁴⁾ vgl. auch c. 2 C. 4, 15: Si in causa judicati Valentis, quem tibi condemnatum esse proponis, nihil est, quod sine quaestione pignoris loco capi et distrahi possit, debitores ejus conventi ad solutionem auctoritate praesidis provinciae compelluntur. (Antoninus Caracalla.)

¹) Sollte Bayer S. 1115 derselben Meinung sein, wenn er von "unmittelbarer Beitreibung durch das exequirende Gericht" spricht? Die herrschende Meinung ist entgegengesetzt; vgl. z. B. Lazarus S. 44: "Liquide Forderungen wurden vom Exekutor eingezogen oder verkauft".

²) Aus der Wendung debitores eius conventi ad solutionem "auctoritate praesidis provinciae" compelluntur (c. 2 C. 4, 15) dürfte unsere Annahme mit Rücksicht auf die Allgemeinheit des Ausdrucks auctoritate etc. zwar noch nicht hervorgehen, wenigstens steht c. 2 cit. unserer Annahme aber nicht entgegen.

³) Ipsi judices convenient nomen exigentque quod debetur (l. 15 § 10 D. 42, 1). So auch Hellwig S. 99. Dagegen lehrt Heffter, Inst. d. Civ.-P. S. 552 (nach Sintenis Pfandr. S. 353), dass der Richter dem Gläubiger die Einziehung überlassen müsse.

Wenn dieses Vorgehen von Erfolg gekrönt, der geschuldete Gegenstand dem Magistrat herausgegeben ist, dann heisst es: in causam judicati convertent. Dieser Ausdruck bezeichnet zweifellos die sofortige Verwendung zur Tilgung der Judikatsschuld 1). Da das "in causam judicati convertent" ohne jede Einschränkung hingestellt ist, könnte man meinen, dass, gleichviel welchen Inhalt die Forderung hat, das convertere in c. j. die Regel bildet, dass also nicht nur das eingezogene bare Geld, sondern auch alle herausgegebenen andern Gegenstände auf welche die Forderung etwa gerichtet war, zur unmittelbaren Befriedigung des Gläubigers dienen sollten. Hiermit wäre jedoch dem Gläubiger wenig geholfen, und ein solcher Modus widerspräche auch dem römischen Exekutionssysteme. Es liegt eben unter solchen Umständen der Fall gerade so, wie wenn die betreffende körperliche Sache von vornherein beim Schuldner gepfändet worden wäre, und ebensowenig wie hier die Sache dem Gläubiger überantwortet, sondern nach einem formenreichen Verfahren durch den Beamten verkauft und stets nur Geld dem Gläubiger zur Befriedigung gegeben wird, darf nach dem Geiste des römischen Pfändungspfandrechts in diesem Falle die herausgegebene Sache unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers verwendet werden. Ich nehme deshalb an, dass l. 15 § 10 cit. nur auf den weitaus häufigsten Fall²), dass Geld den Inhalt der gepfändeten Forderung bildet, zugeschnitten ist.

In dieser Auffassung wird man durch die ungefähr aus derselben Zeit stammende für das Vertragspfandrecht bestimmte Norm der l. 18 pr. D. 13, 7³) noch bestärkt. Hier wird bei der geleisteten Geldforderung sofort aufgerechnet, dagegen.

wenn eine verpfändete Forderung irgend welches andern Inhalts erfüllt wird, tritt der Gegenstand der Forderung nur pignoris loco. Es ist also, als wäre dieser Gegenstand schon von Anfang an beim Schuldner zum Pfande genommen worden.

Diese Normierung wird auch für das Pfändungspfandrecht massgebend sein müssen, zumal nach unserer Auffassung das Forderungspfand sich damals gerade erst aus dem Pfändungspfandrechte für das Vertragspfandrecht herausgebildet hatte und naturgemäss noch wesentlich übereinstimmenden Normen unterliegen musste.

Als zweiten 1) Weg, das Pfandrecht an einer gepfändeten Forderung zu verwirklichen, lässt Caracalla ihren Verkauf zu 2), jedoch nicht willkürlich, sondern nur, sofern er dem Magistrat nach seinem billigen Ermessen aussichtsvoller erscheint.

Dann ist natürlich der Gang des Verkaufes gleich dem einer körperlichen Sache, und demgemäss ist auch der Pfandgläubiger vom Erwerbe der Forderung in der Versteigerung nicht ausgeschlossen. Auf diese Weise allein kann also nach römischen Rechte dem Gläubiger eine gepfändete Forderung überwiesen werden ³).

Ferner ist die Überweisung im römischen Rechte nach dem

¹⁾ Vgl. oben S. 64 n. 1, 78 n. 1.

²) Sehr charakteristisch ist der erste Satz von I. 18 pr. D. 13, 7 (s. fgd. Note), der ganz allgemein von der Forderung spricht und als ihren Inhalt doch einfach Geld substituiert, während der folgende Satz geradezu auf eine Scheidung des Forderungsinhalts angelegt ist. Vgl. auch oben S. 37 n. 3.

³) Paulus: Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis; si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco.

¹) Dass der Verkauf nicht die charakteristische Verwirklichung des Pfändungspfandrechts an einer Forderung war, geht sowohl aus dem ihm in l. 15 § 8 cit. angewiesenen zweiten Platze (hinter der Beitreibung) als auch aus der noch für erforderlich erachteten ausdrücklichen Bezugnahme auf den Brauch bei körperlichen Sachen (l. 15 § 10 cit.) hervor. Schliesslich mag auch bemerkt sein, dass die zweite uns erhaltene Stelle, welche von der Verwertung einer gepfändeten Forderung handelt (c. 2 C. 4, 15) nur die Beitreibung, nicht den Verkauf, kennt.

²⁾ Der Umstand, dass das Pfändungspfandrecht an einer Forderung schon zur Zeit Caracallas den Verkauf als eine, wenn auch erst subsidiäre, Verwirklichungsform gekannt hat, während für das Vertragspfandrecht an einer Forderung erst aus viel späterer Zeit die Zulässigkeit des Verkaufs überliefert wird (vgl. Hellwig S. 161), dürfte gleichfalls geeignet sein, unsere Hypothese, dass bei Forderungen das Pfändungspfandrecht vorbildlich für das Vertragspfandrecht geworden sei, in etwas zu stützen.

³⁾ Anders Heffter (oben S. 99 n. 3).

Grundsatze, dass der Gläubiger die Pfandsache nur um den Betrag seiner Forderung übernehmen kann, nie eine Überweisung zur Einziehung, sondern stets eine Überweisung an zahlungsstatt. Und sie ist dies nicht nur, wie man mangels eines entgegenstehenden Satzes annehmen muss, bei der Überweisung einer Geldforderung, sondern ebenso gut bei der Überweisung einer Forderung auf Herausgabe und Leistung anderer körperlichen Sachen.

Litteratur.

Arndts, Pandekten. 13. Aufl. 1886.

Bachovius, tractatus de pignoribus et hypothecis. Frankfurt-Rostock 1656.

Bachofen, Das römische Pfandrecht. Bd. I. 1847.

Bayer, Vorträge über d. gem. ordentl. Civilprozess. 8. Aufl. 1856.

Bekker, Die Aktionen des röm. Privatrechts. Bd. I. 1871.

Bethmann-Hollweg, Der Civilprozess d. gem. Rechts. Bd. I-III. 1864-1866.

Briegleb, summatim cognoscere quid et quale fuerit apud Romanos. Erlangen 1843.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1873, 1879.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. I. Band. Leipzig 1887.

Bruns (Pernice), Geschichte und Quellen des röm. Rechts. (v. Holtzendorff, Encyklop. d. Rechtswissensch. 5. Aufl. 1890. S. 97—183).

Dernburg, bonorum emtio. 1850.

— Das Pfandrecht n. d. Grundsätzen des heut. röm. Rechts. 1860, 1864.

Pandekten. 3. Aufl. 1892.

Erxleben, principia de jure pignoris. 1794.

Exner. Kritik des Pfandrechtsbegriffs. 1873.

Fitting, Über das Alter der Schriften römischer Juristen etc. 1860.

Frommhold, Die Widerspruchsklage in der Zwangsvollstreckung. 1890.

Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht. 1816.

v. Glasenapp, Die Begründung der Interventionsklage. (Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 24. S. 245 fg.).

v. Glück, Ausführl. Erläuterung der Pandekten. Bd. 17 und 18.

Hellwig, Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen. 1883.

Huschke, Über das Recht des nexum. 1846.

Ihering, Geist des röm. Rechts etc., I. Teil, 2. Aufl., 1866; II. Teil, 1. Abt.,3. Aufl., 1874.

— Der Besitzwille. 1889.

Karlowa, Der röm. Civilprozess zur Zeit der Legisaktionen. 1872.

- Röm. Rechtsgeschichte. Bd. I. 1885.

Keller, Pandekten. Bd. I. 1866.

— Der röm. Civilprozess etc. 6. Aufl. 1883.

Kohler, Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

Krech-Fischer, Das preuss. Gesetz betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 2. Ausgabe 1886 und 3. Auflage 1894.

Krüger, Geschichte der Quellen und Litteratur des röm. Rechts. 1888.

Küstner, Pignus in causa judicati captum. Leipzig 1744.

Lazarus, Die rechtl. Natur des Pfandrechts an Forderungen. 1889.

Leonhard, Institutionen des röm. Rechts. 1894.

Madvig, Verfassung und Verwaltung des röm. Staats 2 Bände. 1881, 1882. Mommsen, Römisches Staatsrecht. 3. Aufl. 1887.

- Abriss des röm. Staatsrechts. 1893.

Negusantius, tractatus perutilis de pignoribus et hypothecis. Leyden 1540.

Olshausen, Die Einsprüche dritter Personen in der Exekutionsinstanz. 1874.

Pauly, Realencyclopädie der klass. Altertumswissensch. 2. Aufl. 1866. (Bd. I, soweit erschienen [3. Halbbd.], in der Neubearbeitung von Wissowa).

Pernice, M. Antistius Labeo. Bd. 1 u. 2. 1873 fg.

Parerga (Zeitschr. d. Sav.-Stift. f. röm. Rechtsgesch. Rom. Abt. 5, Bd. 1884).
 Pflüger, Vollstreckungspfändung als Prüfstein der Dinglichkeit (Archiv f. civ. Praxis Bd. 83).

Puchta, Kursus der Institutionen. 9. Aufl. 1881.

Renaud, Lehrbuch des gem. deutschen Civilprozesses. 1867.

Reverdy, des effets de la saisie immobilière. Paris 1894.

Riehl, Die Zwangsvollstreckung gemäss § 716 fg. C. P. O. etc. (Zeitschr. f. deutsch. Civilprozess Bd. XVII. S. 32 fg.).

Rudolph, Zur Lehre vom richterl. Pfandrecht. (Iherings Jahrbücher für die Dogmatik etc. Bd. 20. S. 311 fg.).

Rudorff, Römische Rechtsgeschichte. 1857, 1859.

v. Schruttka-Rechtenstamm, Zur Dogmengeschichte etc. der Freigebung fremder Sachen etc. 1889.

Schulin, Lehrb. d. Geschichte d. röm. Rechts. 1889.

Sintenis, Handbuch des gem. Pfandrechts. 1836.

- Das prakt. gem. Civilrecht. 3. Aufl. Bd. I. 1868.

Sohm, Die Lehre vom subpignus. 1864.

- Institutionen des röm. Rechts. 4. Aufl. 1891.

Stölzel, Zur Lehre vom Faustpfande. (Archiv für civil. Praxis. Bd. 45. S. 254 fg.).

- Schulung für die civilistische Praxis. 1894.

Thiele, Die Widerspruchsklage etc. (Arch. f. civil. Praxis. Bd. 84.).

Trotsche, Verpfändungsrecht des Pfandgläubigers. 1834.

Ubbelohde, Über das Verhältnis der bonorum venditio zum ordo judiciorum. (Festgaben der jur. Fakultät zu Marburg für G. W. Wetzell S. 1 fg. Marburg 1890.).

v. Vangerow, Lehrb. d. Pandekten. 7. Aufl. 1863.

Voss, civilr. Natur der Einsprüche Dritter in der Exekutionsinstanz (Beiträge zur Erl. des deutsch. Rechts Bd. 23).

Westerburg, Bemerkungen über die Natur der Interventionsklage. (Beitr. zur Erl. d. deutsch. Rechts Bd. 23.).

Westphal, Versuch einer system. Erläuterung der sämtl. röm. Gesetze vom Pfandrecht. Leipzig 1780.

Wetzell, System des ordentl. Civilprozesses. 3. Aufl. 1876.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 7. Aufl. 1891.

Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio. 1879.

- Römische Prozessgesetze. 2 Bände. 1888, 1891.

REV15



