

Referent Abg. Braun: Zuvörderst sagt die Deputation in ihrem Berichte:

Ehe die unterzeichnete Deputation zur Vortragsersstattung über die einzelnen Bestimmungen

I.

des Gesetzentwurfs, die Grund- und Hypothekenbücher und das Hypothekenwesen betreffend, übergeht, glaubt sie sich zuvörderst mit der Frage der Nothwendigkeit und Nützlichkeit dieses Gesetzes beschäftigen zu müssen, und will, um eine Unterlage für Beantwortung dieser Frage zu gewinnen, folgende allgemeine Bemerkungen vorausschicken:

Pfand und Hypothek sind sich ihrem Zwecke nach völlig gleich, beide wollen und sollen einem Gläubiger Sicherstellung seiner Forderung gewähren. Nur darin unterscheiden sie sich, daß dieser Zweck bei dem Pfande durch Uebergabe der verpfändeten Sache an den Gläubiger zu erreichen gesucht wird, während diese Uebergabe bei der Hypothek zur Erreichung ihres Zweckes nicht erforderlich ist. Diese Unterscheidung entsprang aus der Natur der Sachen, aus deren Eintheilung in bewegliche und unbewegliche. Die Uebergabe der Ersteren an den Gläubiger zur Erreichung seines Zweckes ist in der Regel ohne Schwierigkeit, wogegen bei allen Völkern, deren innere Verkehrsverhältnisse die Stufen der Kindheit überschritten hatten, die Uebergabe der verpfändeten unbeweglichen Sachen, der Grundstücke, weil theils weit über den Zweck des Pfandvertrags hinausgehend, theils die Eigenthumsverhältnisse störend und über die Gebühr beengend, sich alsbald verlor und einer Einrichtung Platz machte, welche die Rechte des Gläubigers an dem ihm verpfändeten Grundstücke mit den Rechten des Schuldners an seinem Eigenthume in Einklang stellte. Wenn bei dem Pfande die Uebergabe der verpfändeten Sache an den Gläubiger das äußere Zeichen ihrer Verpfändung war, so entstanden bei dem verpfändeten (hypothecirten) Grundstücke Zeichen, welche dessen stattgefundenen Verpfändung beurkundeten. Solche Zeichen finden sich schon bei den Griechen. Dort deutete eine auf dem verpfändeten Grundstücke errichtete Tafel oder Säule die Thatsache seiner Verpfändung an*). Die Römer nahmen mit Aufnahme griechischer Gesetze jedenfalls auch diese Einrichtung an; eine Einrichtung, in welcher die Anfangspunkte der im Hypothekenwesen ebenso nothwendigen, als einflussreichen Grundsätze der Oeffentlichkeit (Publicität) und Specialität erkennbar sind. Allein mehrere Umstände wirkten in Griechenland wie in Rom auf den Untergang dieser Institution hin, die Tafeln und Säulen verschwanden von den hypothecirten Grundstücken, die Sache aber, als nothwendiges Mittel im innern Verkehr, überlebte den Untergang jener Form. Hypotheken erhielten fortan, ohne ein für Kundmachung ihres Daseins auf einem Grundstücke nothwendiges äußeres Zeichen, durch den bloßen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner Geltung und Wirksamkeit.

Diese Veränderung in der römischen Hypothekengesetzgebung war die folgenreichste.

Sie erzeugte den Uebelstand, daß aus einem bloßen Vertrag, der doch der Natur der Sache nach bloße persönliche Rechte unter den Contrahenten zu begründen geeignet war, ein dingliches Recht an dem verpfändeten Grundstück entstand, welches

*) v. Sönnner's Commentar über das Hypothekengesetz für das Königreich Bayern, I Bd., S. 13. Desselben Motive zu dem Entwurf der allgemeinen Hypothekenordnung für das Königreich Bayern, (München 1819) S. 8.

sogar gegen jeden dritten Besitzer desselben, der von diesem Vertrage keine Kenntniß hatte oder haben konnte, ein Klagrecht gewährte; sie verhalf durch den Umstand, daß die verpfändeten Sachen nicht speciell bezeichnet zu werden brauchten, den Generalhypotheken, vermöge deren Jemand sein ganzes Vermögen einem Gläubiger verpfänden konnte, zu ihrem Entstehen; sie rechtfertigte das Gesetz, wenn es gewissen Personen in gewissen Verhältnissen auch ohne Vertrag ein Unterverpfändungsrecht an dem Eigenthume Dritter zusprach, und schuf dadurch die stillschweigenden Hypotheken; sie zog die Gesetzgebung zu der Maßregel, gewissen Hypotheken ein besonderes Vorzugsrecht vor andern einzuräumen, und brachte so die privilegirten Hypotheken und Streitigkeiten unter ihnen hervor; kurz sie stürzte das römische Hypothekenrecht in ein Chaos, welches die Quelle vielfacher Prozesse war, welches die Sicherheit der Hypotheken wesentlich beeinträchtigte und in Folge dessen den Realcredit lähmte und erdrückte.

Treffend schildert dies einer unsrer ersten Civilisten, Thibaut*), wenn er darüber sagt:

„Am ärgsten aber hat das römische Recht ohne allen Zweifel in der Lehre von dem Pfandrechte und der Rangordnung der Gläubiger im Concurse gesündigt. Wer nur eine Ahnung von dem Segen eines freien, völlig gesicherten bürgerlichen Verkehrs hat, dem kann es nicht zweifelhaft sein, daß alle Privilegien, welche frühere, wohl-erworbene Rechte brechen, oder willkürlich beschränken, eine wahre Pest sind, daß also das wohl-erworbene ältere Pfandrechte stets dem jüngern vorgehen sollte, soweit das letztere durch seinen Vorzug das erste wirklich beeinträchtigen würde. Allein was ist unter den Kaisern geschehen und bis zu welcher grenzenlosen Unverschämtheit ist die Sache getrieben! Der Fiscus erscheint vor allen Dingen höchst begünstigt. Freilich ist es nun sehr bequem, wenn die Rechner des Fiscus nicht viel Kopfbrechen haben, und Alles so ohne Umstände abgeschnitten werden kann, wie es vor die Hand kommt. Allein das ist nicht erwogen, daß der einzelne Bürger nie zum Märtyrer für das Ganze gemacht werden soll, und daß es ein himmelschreiendes Unrecht ist, bei Concursen einzelne Familien in das Unglück zu stoßen, damit der Fiscus ungestört seinen Raub davon tragen könne. Zu jener Schaamlosigkeit sind denn noch allerlei läppische Mildigkeiten hinzugekommen, wohin ich namentlich das privilegium dotis der Ehefrauen rechne. Denn wenn man auch den Ehefrauen herzlich alles Glück zu wünschen hat, so sollen sie doch nicht von fremdem Gut gemästet werden. Tausend Menschen sind es, welche unglücklicher sind, als sie, und einen Verlust noch weit weniger ertragen können. Allein so sollte es nun einmal sein, ein Privilegium hinter dem andern, eines wieder über das andere, und das ganze Sicherheitssystem so durchlöchert, daß die Gesetzgebung am Ende sich selbst ein testimonium paupertatis ausstellen mußte. Denn so kann man doch wohl die Vorschrift der Novelle 72 c. 6 nennen, daß in der Regel, wegen der Gefährlichkeit des Ausleihens, Mündelgelder ruhig in dem Kasten des Vormundes liegen bleiben sollen. So stockt bei einem schlechten Hypothekensystem das Blut in allen Adern des Staates.“ —

Das römische Recht zerstörte zwar nach seiner Aufnahme in Deutschland die alte Einrichtung, nach welcher eine Verpfändung selbst unbeweglicher Sachen nur durch deren Uebergabe

*) Civilistische Abhandlungen, Heidelberg 1814, Abhandl. XIII.