

Geschichtliche Grundlagen und gesetzliche Neugestaltung des Schiffsgläubigerrechts*

Kerim Atamer**

I. Einleitung

Das Recht der Schiffsgläubiger befindet sich im Umbau. Auf internationaler Ebene wie auch in den Rechtsordnungen der Bundesrepublik Deutschland und der Türkei können sich die Schiffsgläubiger regelgesetzgeberischer Neugestaltung erfreuen. So ist in Deutschland am 1. Juni 1999 das "Gesetz zum Internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen" ("GIPS") in Kraft getreten¹. Mit diesem Gesetz sind die Art. 38-46 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch ("EGBGB") neu gefaßt worden. Das Statut dinglicher Rechte an Transportmitteln ist nunmehr in Art. 45 EGBGB geregelt. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers² betrifft der zweite

* Erweiterte und aktualisierte Fassung eines Vortrags, den ich am 29. Oktober 2002 vor dem Deutschen Verein für Internationales Seerecht ("DVIS") in Hamburg unter dem Titel "Ursprung und historischer Normzweck des Schiffsgläubigerrechts" gehalten habe. Abkürzungen - a.F.: alte Fassung; Aufl.: Auflage; Ausg.: Ausgabe; BGBI.: Bundesgesetzblatt; bzw.: beziehungsweise; ders.: derselbe; Fn.: Fussnote; Hrsg.: Herausgeber; ND: Nach- bzw. Neudruck; TranspR: Transportrecht; ZHR: Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht.

** Dr. Hilfsdozent an der Fakultät für Rechtswissenschaften, Istanbul Bilgi Universität.

¹ Art. 6 des Gesetzes vom 21.5.1999, BGBI. I, S. 1026-1027. Zu dessen Auswirkungen auf das Seerecht vgl. *Rabe*, Seehandelsrecht, 4. Aufl. 2000, Vor § 754 II, Rn. 12 ff.; *Staudinger/Nöll*, BGB, Buch 3, §§ 1204-1296, §§ 1-84 SchiffRG, Neubearbeitung 2002, § 8 SchiffRG Rn. 67 ff.

² Begründung zum Entwurf des GIPS ["GIPS-Begründung"], in: Bundestagsdrucksache 14/343 vom 1.2.1999, S. 18 linke Spalte.

Absatz dieser Vorschrift "praktisch in erster Linie" die gesetzlichen Sicherungsrechte an Wasserfahrzeugen, "insbesondere die Schiffsgläubigerrechte". Folgt man dem Wortlaut der Bestimmung, so soll sich die Entstehung der Schiffsgläubigerrechte nach der *lex causae* richten; für die Rangordnung wird auf Art. 43 Abs. 1 EGBGB (d.h. auf die *lex rei sitae*) verwiesen³. Ob jedoch damit die vielschichtige Diskussion um das Statut der Schiffsgläubigerrechte⁴ zu Ende geführt ist, erscheint zweifelhaft. Herber hat aufgezeigt⁵, welche Unstimmigkeiten sich bei der Anwendung der *lex causae* ergeben können, was von Puttfarcken bereits prophezeit gewesen ist⁶. Erhebliche Zweifel bleiben auch für die Rangordnung bestehen, denn Art. 43 Abs. 1 EGBGB stellt auf den Zeitpunkt der Entstehung dinglicher Rechte ab; so versteht auch der Gesetzgeber die Vorschrift⁷. Damit bliebe aber die Rangordnung immer dann ungewiss, wenn konkurrierende Schiffsgläubigerrechte jeweils auf Tatsachen beruhen, die sich an verschiedenen Orten vollzogen haben: welche *lex rei sitae* soll dann für die Rangordnung maßgeblich sein? Wie der Gesetzgeber selbst einräumt⁸,

³ Dieser Verweis fehlte in dem Entwurf der "Ersten Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht", vgl. Henrich (Hrsg.), Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Sachen- und Immaterialgüterrechts, 1991, S. 2; auch im Referentenentwurf vom 1.12.1993 fehlte der Verweis, vgl. Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts 1995, 133 linke Spalte.

⁴ Vgl. einstweilen den definitiven Überblick von Mankowski, Das Statut der Schiffsgläubigerrechte, TranspR 1990, 213; für die Folgezeit vgl. etwa Rabe, (oben Fn. 1), Vor § 754 II; Staudinger/Stoll, BGB, 13. Aufl. 1996, IntSachenR Rn. 386 ff.; Soergel/Lüderitz, BGB, 12. Aufl. 1996, Anh II Art 38 EGBGB Rn. 84; Staudinger/Nöll, BGB, 13. Aufl. 1997, § 8 SchiffsRG Rn. 71 ff.; Puttfarcken, Neues vom Schiffsgläubigerrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 62 (1998), 787; MünchKomm/Kreuzer, BGB, 3. Aufl. 1998, Nach Art. 38 EGBGB Anh. I Rn. 147 ff.; Herber, Seehandelsrecht, 1999, § 39 IV.

⁵ Herber, Die wundersame Wiederauferstehung der Schiffsgläubigerrechte für Ladungsschäden und Kapitängeschäfte, TranspR 1999, 294.

⁶ Puttfarcken, (oben Fn. 4), RabelsZ 62, 795 mit dem Hinweis, die im nationalen Recht "zur Tür hinausgeworfenen" Schiffsgläubigerrechte kämen bei der Anwendung der *lex causae* "durch das Fenster des internationalen Privatrechts wieder herein".

⁷ GIPS-Begründung, (oben Fn. 2), S. 15 linke Spalte (Einführung zu Art. 43).

⁸ GIPS-Begründung, (oben Fn. 2), S. 18 rechte Spalte. An dieser Stelle scheint der Zusammenhang zu fehlen. Im zweiten Absatz wird die Geltung der *lex fori* für die Rangordnung der Schiffsgläubigerrechte erläutert; im nächsten Absatz wird dann mit der "Rangfolge gesetzlicher Mobiliarsicherheiten" fortgefahren, ohne auf den Zusammenhang mit den Schiffsgläubigerrechten einzugehen. Dabei hätte näher gelegen, den dritten Absatz mit den allgemeinen Erläuterungen voranzustellen und dann die besondere Lage für Schiffsgläubigerrechte folgen zu lassen.

beurteilt die herrschende Meinung⁹ die Rangordnung der Schiffsgläubigerrechte nach der *lex fori*. Entweder wollte der Gesetzgeber dieser Regel treu bleiben, dann ist aber der Verweis auf Art. 43 Abs. 1 EGBGB irreführend; oder der Verweis ist tatsächlich beabsichtigt, löst jedoch das Problem nicht. Die Regierungsbegründung scheint für die zweite Alternative zu sprechen, da die Anwendung der *lex fori* notwendigenfalls über Art. 46 EGBGB empfohlen wird¹⁰. Diese Bestimmung sieht eine "Ausweichklausel" für solche Fälle vor, in denen die Anknüpfung gemäß Art. 43 bis 45 EGBGB zur Anwendung einer "extrem sachfernen Rechtsordnung" führen würde¹¹. Wenn es der Gesetzgeber bereits in seiner Begründung für erforderlich hält, die Tür zur Korrekturermächtigung des Richters ausdrücklich für Schiffsgläubigerrechte zu öffnen, dann dürfte sich wohl annehmen lassen, daß das Thema "Statut des Schiffsgläubigerrechts" noch längst nicht ausdiskutiert ist.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob der Normzweck und die rechtliche Natur des Schiffsgläubigerrechts zur Klärung der Problematik nicht nur beitragen, sondern vielmehr grundlegend mitbestimmend sein müssten¹². Diese Fragestellung würde aber erfordern, daß zunächst der historische Ursprung des Schiffsgläubigerrechts geklärt wird. Nun gehört gerade die Problematik der juristischen Natur des

⁹ Vgl. *Schaps/Abraham*, Seehandelsrecht II, 4. Aufl. 1978, Vor § 754 Rn. 35; *Regel*, Schiffsgläubigerrechte im deutschen, englischen und kanadischen internationalen Privatrecht, 1983, S. 30 ff.; *Koukakis*, Schiffsgläubigerrechte im deutschen und griechischen internationalen Privatrecht, 1988, S. 69, 107; *Rabe*, (oben Fn. 1), Vor § 754 Rn. 14 (nach dem neuen Recht); *Staudinger/Stoll*, (oben Fn. 4), IntSachenR Rn. 392 ff.; *Soergel/Lüderitz*, (oben Fn. 4), Anh II Art 38 EGBGB Rn. 84; *Staudinger/Nöll*, (oben Fn. 4), § 8 SchiffsRG Rn. 77; *Puttfarcken*, (oben Fn. 4), *RabelsZ* 62, 808 f.; *MünchKomm/Kreuzer*, (oben Fn. 4), Nach Art. 38 EGBGB Anh. I Rn. 151 f.; *Herber*, (oben Fn. 4), § 39 IV, S. 411; vgl. auch *Mankowski*, (oben Fn. 4), *TranspR* 1990, 216 rechte Spalte; zum englischen Recht vgl. *Thomas*, *Maritime Liens*, London 1980, Rn. 590; rechtsvergleichend *Tetley*, *International Conflict of Laws*, Montreal 1994, S. 551 ff.

¹⁰ GIPS-Begründung, (oben Fn. 2), S. 18 rechte Spalte; nach *Staudinger/Nöll*, (oben Fn. 1), § 8 SchiffsRG Rn. 74 wird in der Praxis regelmäßig die *lex fori* zur Anwendung kommen.

¹¹ GIPS-Begründung, (oben Fn. 2), S. 18 rechte Spalte unten.

¹² Dieser Ansatz findet sich neuerdings auch bei *Schmidt-Vollmer*, Schiffsgläubigerrechte und ihre Geltendmachung, (Diss. Hamburg 2003), Münster 2003, S. 5 ff., dem jedoch die Durchführung nicht gelingt (vgl. unten Fn. 257), und bei *Puttfarcken*, (oben Fn. 4), *RabelsZ* 62, 803, dessen Annahmen historisch nicht belegbar sind; vgl. im übrigen die Quellen oben in Fn. 4 und 9.

Schiffsgläubigerrechts zu den wohl am ausführlichsten erörterten Bereichen des deutschen Seehandelsrechts¹³. Bei der überwältigenden Fülle an Beiträgen zu dieser Frage muß es jedoch verwundern, daß die geschichtlichen Hintergründe bisher weitgehend im Dunkeln geblieben sind. Tatsächlich finden sich in der Lehre fast keine Hinweise auf die Herkunft dieses Instituts¹⁴. Dabei erscheint es fraglich, ob abstrakte Konstruktionsversuche ohne Einbeziehung der rechtsgeschichtlichen Grundlagen mehr als nur Hypothesen produzieren können. Hieraus ergibt sich der Gegenstand dieses Aufsatzes. Es soll der Versuch unternommen werden, anhand der Motive des deutschen Gesetzgebers (unten II) und der Quellen zum Römischen Recht (unten III) sowie zum Seehandelsrecht (unten IV) die Herkunft und den ursprünglichen Normzweck des Schiffsgläubigerrechts aufzudecken. Eine Zusammenfassung (unten V) rundet diesen Teil ab. In wie weit der historische Befund die modernen Gesetzgebungsverfahren beeinflusst hat, wird zunächst anhand des Übereinkommens vom 6. Mai 1993 ermittelt (unten VI). Schliesslich folgt ein Überblick zu den gesetzgeberischen Reformarbeiten im türkischen Recht (unten VII). Der Aufsatz schliesst mit einem Ausblick auf zukünftige Entwicklungen (unten VIII).

II. Die gesetzgeberischen Beweggründe

1. Bedeutung des ADHGB (1861)

Auf gesetzlicher Ebene bildet das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch ("ADHGB")¹⁵ von 1861 die Grundlage für das geltende Recht der Schiffsgläubiger. Im ADHGB waren die Schiffsgläubigerrechte in Art. 757 ff. geregelt¹⁶. Diese Bestimmungen sind ohne wesentliche Änderungen in das Handelsgesetzbuch ("HGB")

¹³ Vgl. einstweilen den Überblick bei *Schaps/Abraham*, (oben Fn. 9), Vor § 754 Anm. 7 ff.; ausführliche Hinweise unten in Fn. 254, 256.

¹⁴ Fragmentarische Angaben nur bei *Tetley*, *Maritime Liens and Claims*, 2. Aufl., Montreal 1998, S. 7 ff.; *Herber*, (oben Fn. 4), § 13 V, S. 110 f.; vgl. im übrigen die Quellen unten in Fn. 253, 254, 256.

¹⁵ Neue Textausgabe: ADHGB mit Wechselordnung, Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen I, 1973; vgl. auch die Angaben in der nächsten Fn.

¹⁶ Text mit Kommentar bei *Lewis*, *Das deutsche Seerecht II*, 2. Aufl. 1884, S. 205 ff.; *Makower*, *Das ADHGB*, 11. Aufl. 1893, S. 797 ff.; *Gareis/Fuchsberger*, *Das ADHGB*, 1891, S. 1144 ff.; Text ohne Kommentar findet sich u.a. bei *Hahn*, *Das Handelsrecht nach dem ADHGB, 1869-1875*, S. 473 ff.; *Gareis*, *Das deutsche Handelsrecht*, 6. Aufl. 1899, S. 927 ff.

von 1897 (§§ 754 ff.) übernommen worden¹⁷. Mit den wenigen Neuregelungen war die Anpassung an die seit dem ADHGB erlassenen Gesetze (z.B. Zivilprozessordnung) und Entwürfe (z.B. Bürgerliches Gesetzbuch, Zwangsvollstreckungsgesetz) beabsichtigt¹⁸. Nach Inkrafttreten des HGB sind die Bestimmungen zum Schiffsgläubigerrecht durch vier bedeutende Reformgesetze überarbeitet worden. Die Reform des Seefrachtrechts von 1937 hatte einen neuen Tatbestand eingeführt¹⁹. Mit dem 1. Seerechtsänderungsgesetz ("1. SRÄG")²⁰ von 1972 sollte u.a. die Anpassung an die Bestimmungen des Internationalen Übereinkommens ("IÜS")²¹ von 1967 erfolgen. Doch ist das IÜS nicht insgesamt übernommen worden. Zahlreiche Bestimmungen des HGB, die unmittelbar aus dem ADHGB stammen und im inneren wie äußeren Zusammenhang mit dem System des ADHGB stehen, sind unverändert erhalten geblieben²². Sodann hat das 2. Seerechtsänderungsgesetz ("2. SRÄG")²³ von 1986 das Recht der Schiffsgläubiger nur mittelbar berührt, u.z. vornehmlich wegen des

- ¹⁷ Aus Zeitnot wurde bei der Vorbereitung des HGB das Seehandelsrecht ohne grundsätzliche Änderungen aus dem ADHGB übernommen; vgl. dazu Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift ["Denkschrift-HGB"], 1897, S. 2; *Schubert/Schmiedel/Krampe* (Hrsg.), Quellen zum HGB von 1897, I: Gesetze und Entwürfe, 1986, S. 1 ff.; zur Würdigung vgl. etwa *Pappenheim*, ZHR 46 (1897), 255.
- ¹⁸ Vgl. Denkschrift-HGB, (oben Fn. 17), S. 306 ff. Eine Auswahl der übrigen Quellen zum Seehandelsrecht bringen *Schubert/Schmiedel/Krampe* (Hrsg.), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, II: Denkschriften, Beratungen, Berichte, 2. Halbband, 1988, S. 1443-1458; hier interessieren folgende Stellen: S. 1447 ff. (metallographisch vervielfältigter Entwurf des Reichsjustizamts vom 24. 6. 1896, Art. 46 ff.), S. 1454 ff. (Äußerungen der Bundesregierungen zu Art. 757; Anträge zu den Beratungen, Nr. 1; Berichte über die Beratungen, Nr. 2, 5).
- ¹⁹ Gesetz vom 10. August 1937, Text mit amtlicher Begründung und Kommentierung bei *Gramm*, Das neue Deutsche Seefrachtrecht, 1938. Mit diesem Gesetz war das Schiffsgläubigerrecht für Ladungsschäden (§ 754 Nr. 7 HGB a.F.) auf Ansprüche gegen den Verfrachter erweitert worden; vgl. *Gramm*, S. 188 f.
- ²⁰ Das erste Seerechtsänderungsgesetz ("1. SRÄG") vom 21. Juni 1972, BGBl. I, S. 966 (Berichtigung vom 24. Juli 1972, BGBl. I, S. 1300); dazu *Abraham*, Seerechtsänderungsgesetz, 1973, S. 55 ff. zu den Schiffsgläubigerrechten.
- ²¹ Dazu vgl. etwa *Herber*, Der Entwurf des CMI, Hansa 1965, 2222; *ders.*, Bemerkungen zu Entstehungsgeschichte, Inhalt und Bedeutung, DVIS B-7, 1967; *Knorr*, Das Internationale Brüsseler Übereinkommen über Schiffsgläubigerrechte von 1967, 1969.
- ²² u.z. nicht nur im neunten Abschnitt über die Schiffsgläubigerrechte, sondern auch in anderen (insbesondere den zweiten und dritten) Abschnitten.
- ²³ Das zweite Seerechtsänderungsgesetz vom 25. Juli 1986, BGBl. I, S. 1120; dazu *Herber*, Das neue Haftungsrecht der Schifffahrt, 1989.

neuen Haftungsbeschränkungssystems. Schliesslich ist mit dem 3. Seerechtsänderungsgesetz ("3. SRÄG")²⁴ das Londoner Bergungsübereinkommen von 1989 in das HGB eingearbeitet worden; die aufgrund des Art. 1 neugefassten § 751 Abs. 1 und § 902 Nr. 3 und 4 sehen nunmehr Schiffsgläubigerrechte auch für die Sondervergütung und Wrackbehebungsforderungen vor; im übrigen ist das alte System nicht berührt worden. Aus dieser Übersicht zur Normgeschichte ergibt sich, daß die Ermittlung der gesetzgeberischen Beweggründe bei den Vorbereitungen zum ADHGB anzusetzen hat.

2. Beratungen zum Schiffsgläubigerrecht

Die Bestimmungen des ADHGB zum Seehandelsrecht sind in zwei Lesungen in Hamburg beraten worden (April 1858 – August 1860)²⁵. Die Ausgangsbasis bildete der "Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten" von 1857 ("PreußEntw [1857]")²⁶, dessen XI. Titel "Von den Schiffsgläubigern und deren Rangordnung" (Art. 681-688) handelte. Mit den Beratungen zu diesem Titel wurde in der 332. Sitzung vom 3. Mai 1859 begonnen²⁷.

Einleitend wurde sogleich von dem Referenten erklärt, daß die Art. 681-688 PreußEntw (1857) in dieser Sache nicht mehr angemessen seien, weil die Kommission mittlerweile die Haftungsbeschränkung des Reeders mit Schiff und Fracht anerkannt habe, mithin das Bedürfnis entstanden sei, eine zweite Kategorie von Schiffsgläubigern zu bilden. Deshalb sei ein neuer Entwurf ausgearbeitet worden²⁸. Aufgrund dieses

²⁴ Das dritte Seerechtsänderungsgesetz vom 16. Mai 2001, BGBl. I, S. 898.

²⁵ Die Beratungsprotokolle sind abgedruckt in: Protokolle der Commission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches ["*Protokolle*"], 1857 ff., eingeleitet und neu herausgegeben von *Schubert*, 11 Bände, 1984, Band 4-6 (1. Lesung: Seehandelsrecht), Band 7 (1. Lesung: Seeversicherungsrecht), Band 8 (2. Lesung: Seehandels- und Seeversicherungsrecht). Die Seitenzählung ist in den Beratungen (nicht in den Beilagenbänden) durchgehend. Zum Verfahren in der dritten Lesung vgl. *Thöl*, Zur Geschichte des Entwurfes eines ADHGB, 1861. Zur Notwendigkeit, die Hamburger Beratungen zum Schiffsgläubigerrecht gebührend zu verwerten vgl. bereits *Sachse*, Die Entwicklung einiger gesetzlicher Pfandrechte des HGB im 19. Jahrhundert und ihre Bedeutung für ihre Auslegung und Neufassung, 1969, S. 146 ff. sowie unten Fn. 255.

²⁶ Der Entwurf mit Begründung findet sich in: Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, Nebst Motiven, 1857, neu eingeleitet und herausgegeben von *Schubert*, 1986; nur der Entwurf ist auch abgedruckt in: *Protokolle*, (oben Fn. 25), Band 10 (Beilagenband), [2]. Abschnitt.

²⁷ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2843 ff. mit Anlage auf S. 2849-2853.

²⁸ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2845.

Hamburger Entwurfs²⁹ ("HambEntw [1859]") wurde sodann das System der Schiffsgläubigerrechte beraten und geformt.

Der Referent erläutert zunächst die Motive, die bei der Gestaltung des Entwurfs einschlägig waren. In diesem einleitenden Referat darf die grundsätzliche Auffassung der Kommission erblickt werden, denn von den aufgestellten Grundsätzen ist im Verlauf der Beratungen kaum abgewichen worden. Aufgrund dieses Referats und der anschließenden Beratungen lassen sich die Beweggründe der Kommission wie folgt systematisieren:

- a) Der ganze Titel über die Schiffsgläubigerrechte würde sich mit Forderungen befassen, die aus der bestimmungsmäßigen Verwendung des Schiffes zur Seefahrt hergeleitet werden³⁰. Doch nicht alle solcher Forderungen würden die Rechte eines Schiffsgläubigers gewähren. Vielmehr seien zwei Klassen gesondert zu betrachten.
- b) In der ersten Klasse würde es sich um die Gläubiger aus der *versio in rem* handeln³¹. Hier sei die Besonderheit, daß die Forderung mit einer Gefahr zusammenhänge, und daß es sich um Aufwendungen zur Rettung und Erhaltung des Schiffes aus dieser Gefahr handeln würde. Wären diese Aufwendungen nicht gemacht worden, so wäre das Schiff für die Eigentümer verloren gewesen. Solche Forderungen würden aus Leistungen entstehen, die entweder den Erhalt des Schiffes oder dessen Ankunft am Bestimmungsort ermöglichen. Sie müßten Vorrang haben, weil sie zugleich auch den anderen Gläubigern zugute kämen. Unbeachtlich sei, ob der Reeder für diese Forderungen beschränkt oder unbeschränkt hafte. Die Gläubiger dieser ersten Klasse seien die echten Schiffsgläubiger oder die Schiffsgläubiger im engeren Sinn. Ihr absolutes Recht auf vorzugsweise Befriedigung ergebe sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen. Sie würden den Gläubigern der zweiten Klasse vorgehen.

Es frage sich, ob der Grundsatz der *versio in rem* allgemein befolgt oder auf Forderungen der Reise beschränkt werden solle. Dies

²⁹ Abgedruckt in: *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2849-2853.

³⁰ Dieses elementare Merkmal wird in dem einleitenden Referat mit Nachdruck hervorgehoben, vgl. *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2843, 2844, 2845.

³¹ Vgl. hierzu und zum folgenden *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2844 f., 2847, 2848 f., 2856 f., 2881 f., 2897, 2898 f., 4471.

sei von Bedeutung für Baugelder, Kosten der Reparaturen und Ausrüstungen im Heimathafen sowie für Kaufgeldreste. Solche Forderungen würden nach allgemeinem bürgerlichen Recht gleichfalls als *versio in rem* zu betrachten sein. Doch genüge dies noch nicht, die Rechte eines Schiffsgläubigers, die über das bürgerliche Recht hinausgehen, zu gewähren. Bei Forderungen, die nicht während der Reise entstanden seien, greife der Normzweck des Schiffsgläubigerrechts nicht durch. Entscheidend sei, daß die Gläubiger von Forderungen, die während der Reise entstehen, nur auf das Schiff und dessen Wert vertrauen könnten; in diesem Sinne sei auch das Bedürfnis, dem Schiff in Notfällen auf der Reise Kredit zu verschaffen, der ausschlaggebende Gedanke.

- c) In der zweiten Klasse ginge es um solche Forderungen, für die der Reeder nur beschränkt mit dem der See anvertrauten Vermögen hafte³². Hierher würden zunächst die Forderungen gehören, die, ähnlich wie bei einem *peculium*, aus der Geschäftsführung des Kapitäns hervorgingen. Darüber hinaus habe der Grundsatz aber auf sämtliche Forderungen erstreckt werden müssen, für die nach dem neuen System des Entwurfs der Reeder mit dem Seevermögen beschränkt hafte, einschließlich der Ansprüche aus einem Verschulden der Schiffsbesatzung. Diese Klasse von Schiffsgläubigern, für die ehemals das Abandonsystem gegolten habe, ließe sich nur als uneigentliche Schiffsgläubiger bezeichnen. Deshalb stehe ihnen auch nur ein geringeres Vorrecht als den Schiffsgläubigern der ersten Klasse zu.
- d) Die grundsätzliche Auffassung bezüglich der zwei Klassen von Forderungen war insbesondere an den Kapitänsgeschäften verdeutlicht. Die Bodmerei- und Kreditgeschäfte des Kapitäns wegen Notfällen während der Reise waren in § 1 Nr. 7 der Vorlage angeführt und gingen als Forderungen aus *versio in rem* gemäß §§ 16, 17 sämtlichen anderen Gläubigern, einschließlich der übrigen Schiffsgläubiger vor. Hingegen waren die Forderungen, für welche die Haftungsbeschränkung galt, in § 1 Nr. 9 angeführt. Dieses Schiffsgläubigerrecht sollte gemäß § 17 Abs. 1 den vertraglichen Pfandrechten nachgehen. Ein frühzeitiger Antrag, beide Gruppen zusammenzufassen, wurde wegen der unterschiedlichen Grundlage abgewiesen³³.

³² Vgl. hierzu und zum folgenden *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2843 f., 2844 f. (Nr. 2), 2846 (Nr. 2), 2847, 2848 (Nr. 1), 2883, 2885, 2887, 2896, 2898, 2963.

³³ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2856.

- e) Der Referent legte dar, die Schiffsgläubiger seien genau zu bestimmen. Dies ließe sich erreichen, indem man entweder hierfür einen Grundsatz bestimme und diesen in das Gesetz aufnehme, so daß die Anwendung dem Richter überlassen bleibe. Diese Methode sei aber geeignet, zahlreiche Zweifel und Streitigkeiten hervorzurufen. Deshalb würde es sich empfehlen, die Schiffsgläubiger im Gesetz aufzuzählen, so daß diejenigen, die unerwähnt blieben, nicht die Rechte eines Schiffsgläubigers haben sollen. So sei in dem Entwurf verfahren worden³⁴. Weder das Prinzip, noch die Methode ist nachträglich in Frage gestellt worden. Mithin sind die Schiffsgläubigerrechte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers erschöpfend aufgezählt worden.
- f) Das Recht der Schiffsgläubiger sei die vorzugsweise Befriedigung aus dem Schiff(swert)³⁵. Sobald dies anerkannt werde, bleibe die Frage übrig, ob dieses Recht als Vorrecht oder Pfandrecht zu gestalten sei. Die Frage sei von Bedeutung für die Bestimmung, ob auch ein Drittbesitzer des Schiffes das Pfandrecht anerkennen müsse. Zum Schutz der Schiffsgläubiger werde die Versammlung ein Pfandrecht mit Wirkung gegen Dritte anerkennen müssen, denn sonst würde jede Veräußerung des Schiffes zum Erlöschen des Schiffsgläubigerrechts führen³⁶. Eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhalts fehlte jedoch in der Vorlage. Deshalb ist nachträglich der Antrag gestellt worden, im Gesetz auszusprechen, daß das Pfandrecht gegen jeden dritten Erwerber verfolgt werden kann, mithin durch Veräußerung des Schiffes nicht erlischt. Dieser Antrag wurde angenommen³⁷. Diese Bestimmung diene der Klarstellung, daß das Schiffsgläubigerrecht auch gegen den Erwerber des Schiffes verfolgbar sei³⁸. Im weiteren Verlauf wurde dann zusätzlich beschlossen, daß die Bestimmung auf sämtliche Arten von Besitzübertragung (beispielsweise auch Tausch) Anwendung finde³⁹. Die Kommission war der Auffassung,

³⁴ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2846.

³⁵ Diese Eigenschaft des Schiffsgläubigerrechts ist in dem einleitenden Referat mehrmals betont worden; *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2843, 2844, 2845, 2846, 2847.

³⁶ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2846 (Nr. 2).

³⁷ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2867. Aus diesem Beschluß ist der heutige § 755 Abs. 1 S. 2 HGB (= Art. 758 Abs. 2 ADHGB = § 755 Abs. 2 HGB a.F.) hervorgegangen.

³⁸ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2880, 2904.

³⁹ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2939.

der Erwerber des Schiffs sei stets imstande, sich zu schützen, indem er den Kaufpreis einbehalte⁴⁰.

- g) Die Rangordnung untereinander bestimme sich in der ersten Klasse nach dem Grundsatz der *versio in rem*, wonach die jüngeren Gläubiger den älteren vorgehen würden. Dieser Grundsatz passe zwar nicht auf die Forderungen mit beschränkter Haftung. Gleichwohl müsse er gelten, denn das höhere Interesse der Kreditwürdigkeit gebiete, daß das Schiff im Verhältnis zu neuen Schiffsgläubigern jede neue Reise unbelastet antrete⁴¹. Diesem Prinzip ist die Kommission trotz Gegenstimmen treu geblieben⁴².
- h) Bezüglich der Rangordnung zu anderen Pfandrechten sah § 17 Abs. 1 HambEntw (1859) vor, daß die Pfandrechte wegen *versio in rem* sämtlichen Gläubigern vorgingen, hingegen die Pfandrechte wegen der Haftungsbeschränkung den vertraglichen Pfandrechten untergeordnet waren⁴³. Zur Begründung wurde vortragen, im ehemaligen Abandonsystem seien die Pfandgläubiger des bürgerlichen Rechts gleichfalls diesen Schiffsgläubigern vorgegangen. Wenn von diesem Grundsatz abgewichen und auch diesen Schiffsgläubigern Vorrang eingeräumt werde, so müssen alle Forderungen der Schiffsgläubiger einer kurzen Verjährung unterworfen werden⁴⁴. Später wurde auf diese Lösung zurückgekommen, und grundsätzlich beschlossen, sämtlichen Schiffsgläubigern Vorrang einzuräumen, dagegen aber kurze Verjährungsfristen festzusetzen⁴⁵. So sind denn auch die Bestimmungen zu den Verjährungsfristen vor diesem Hintergrund gesondert beraten und angenommen worden⁴⁶. Auch ist ausdrücklich angenommen worden, daß die persönlichen und dinglichen Ansprüche der Schiffsgläubiger innerhalb derselben Frist verjähren sollen⁴⁷.

⁴⁰ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2846, 2866.

⁴¹ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2846 f. (unter Nr. 4).

⁴² Vgl. die Diskussionen *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2877 ff. und dann S. 2880 f. mit Beschluß auf S. 2882.

⁴³ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2852 f.

⁴⁴ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2897 f., 2899.

⁴⁵ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2912 f.

⁴⁶ Vgl. die mehrmaligen Hinweise in dieser Richtung *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2948 ff., 2952, 2959 ff., besonders deutlich 2963, 2967, 2971.

⁴⁷ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2967; daraus sind die Art. 907 ADHGB = § 902 S. 1 HGB a.F. hervorgegangen.

- i) Gegen die Erstreckung des Pfandrechts sprachen sich einige Mitglieder mit Nachdruck aus, u.z. weil dann die Länder, deren Rechtsordnungen nur kundbaren Pfandrechten Wirksamkeit gegen Dritte beilege, das ADHGB kaum unverändert akzeptieren könnten, demnach die angestrebte Rechtsvereinheitlichung nicht erzielt werde⁴⁸. Doch wurden alle diesbezüglichen Anträge abgelehnt. Diesen Bedenken wurde schließlich dadurch versucht abzuweichen, indem es den Landesgesetzen vorbehalten wurde, ein Aufgebotsverfahren oder eine Anmeldefrist seit Eintreffen des Schiffs in einen inländischen Hafen einzuführen⁴⁹. Vor diesem Hintergrund ist Art. 768 ADHGB angenommen worden⁵⁰.
- j) Es wurde die Frage aufgeworfen, ob eine Bestimmung aufzunehmen sei, daß der Reeder auf Antrag eines Schiffsgläubigers hin das abwesende Schiff vorzulegen habe. Diese Frage wurde aber verneint, weil die persönliche Haftung des Reeders, die bei Aussenden des Schiffes auf eine neue Reise eintrete, genügend Schutz darbieten würde⁵¹.
- k) Im weiteren Verlauf wurde sodann zweimal versucht, auch solche Reparatur- und Ausrüstungskosten mit einem Schiffsgläubigerrecht zu versehen, die nicht wegen *versio in rem* oder beschränkter Reederhaftung bereits privilegiert waren⁵². Einige Mitglieder wünschten sogar, daß auch die Bau- und Kaufgelder hinzugezogen werden⁵³. Der Antrag des Abgeordneten von Mecklenburg war mit Vorschlägen zur Rangordnung verbunden⁵⁴. Dieser Antrag wurde abgelehnt⁵⁵. Unmittelbar im Anschluß wurde dann ein weiterer

48 Protokolle, (oben Fn. 25), S. 2858, 4198.

49 Protokolle, (oben Fn. 25), S. 4462 f.; im allgemeinen zur geschichtlichen Entwicklung dieses Verfahrens s. Daude, Das Aufgebotsverfahren nach preußischem Recht, 1881, S. 1 ff.

50 Bei der Vorbereitung des HGB wurde festgestellt, daß sämtliche Landesgesetze zwar ein Aufgebotsverfahren vorgesehen, von der zusätzlichen Alternative einer Anmeldefrist aber keinen Gebrauch gemacht hätten. Deshalb wurde § 765 HGB a.F. auf den Fall des Aufgebotsverfahrens beschränkt; vgl. Denkschrift-HGB, (oben Fn. 17), S. 307 f.

51 Protokolle, (oben Fn. 25), S. 2861 f.

52 Protokolle, (oben Fn. 25), S. 2905 ff., 2910.

53 Protokolle, (oben Fn. 25), S. 2910.

54 Protokolle, (oben Fn. 25), S. 2905 ff.

55 Protokolle, (oben Fn. 25), S. 2910.

Antrag eingereicht, der sich vornehmlich auf die Reparatur- und Ausrüstungskosten im Heimathafen bezog. Auch diesen Kosten möge ein Schiffsgläubigerrecht eingeräumt werden, da dies die Kreditmöglichkeiten erhöhen und mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts über *privilegia exigendi* im Einklang stehen würde⁵⁶. Dagegen wurde geltend gemacht, die Verhältnisse und Bedürfnisse an den Seeplätzen seien sehr unterschiedlich, so daß eine gemeinschaftliche Bestimmung kaum vereinbart werden könne; auch sei bedenklich, solchen Kosten Vorrang gegenüber den Schiffsgläubigern der früheren Reisen einzuräumen; im Heimathafen kontrahiere der Reeder regelmäßig nicht für ein bestimmtes Schiff, weshalb auch der Verkäufer auf persönlichen Kredit des Reeders kreditiere; schließlich sei auch in manchen Gesetzgebungen ein solches Privilegium nicht anerkannt. Aus diesen Gründen wurde der Antrag abgelehnt⁵⁷.

- 1) Aufgrund dieser Erwägungen sind dann die anstehenden Einzelheiten erörtert und zu Beschluß gefasst worden. In der zweiten Lesung sind die grundsätzlichen Auffassungen nicht mehr angefochten worden, wenngleich auch manche Einzelheiten Gegenstand ziemlich heftiger Diskussionen geworden sind⁵⁸.

3. Befund

Die systematische Betrachtung der Motive hat gezeigt, daß das Recht der Schiffsgläubiger an den Forderungen wegen *versio in rem* ausgebildet worden ist. Darunter wurden solche verstanden, die der Rettung und Erhaltung des Schiffes dienen. Diese Gläubiger galten als die echten Schiffsgläubiger. Ihr absoluter Vorrang wurde damit begründet, daß ihre Leistungen zugleich den Eigentümern und sämtlichen übrigen Gläubigern des Schiffes dienen würden. Dagegen sind die Forderungen, für die der Reeder beschränkt haftet, erst im Verlauf der Beratungen, u.z. gerade weil sich die Kommission für die dingliche Haftungsbeschränkung entschieden hatte, miteinbezogen worden. Sie wurden als uneigentliche Schiffsgläubiger bezeichnet. Nach dem

⁵⁶ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2910.

⁵⁷ *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 2911.

⁵⁸ Vgl. *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 4150 ff., 4461 ff., 4470 ff., 4480 ff. (Anlagen A und B jeweils mit Motiven). Die endgültige Fassung der Bestimmungen zum Schiffsgläubigerrecht nach der zweiten Lesung findet sich in *Protokolle*, (oben Fn. 25), Band 11 (Beilagenband), Nr. [1], S. LXXVII, §§ 326 ff.

HambEntw (1859) sollten sie den echten Schiffsgläubigern und sogar den vertraglichen Pfandrechten nachgehen.

Aus diesem Befund ergibt sich eindeutig, daß das gesetzliche System der Schiffsgläubigerrechte ursprünglich nicht als Korrelat zur Haftungsbeschränkung gestaltet war⁵⁹. Diese Funktion ist erst im Verlauf der Gesetzesberatungen zu dem bereits bestehenden System hinzugekommen. Auch wenn die Reederhaftung kein Schiffsgläubigerrecht als Ausgleich erfordert hätte, wären die "echten" Schiffsgläubigerrechte in das Gesetz aufgenommen. Mithin stellt sich die Frage, welche Rechtslage der Gesetzgeber vorgefunden hatte. Im Hinblick auf den mehrmaligen Hinweis der Kommission auf die "allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts" empfiehlt es sich, die Untersuchung zunächst in dieser Richtung weiterzuführen.

III. Das Römische Recht in der Lehre des frühen 19. Jahrhunderts

Die Gesetzesväter waren der Ansicht, gesetzliche Pfandrechte für Forderungen wegen *versio in rem* wären bereits nach den Grundsätzen des gemeinen (bürgerlichen) Rechts begründet⁶⁰. Diese Ansicht wird aber im einzelnen nicht besprochen; mithin muß es sich um ein geläufiges Verständnis gehandelt haben. Heute ist dies nicht mehr der Fall⁶¹. Deshalb ist nun zu ermitteln, was zur Zeit der Gesetzesberatungen (d.h. im frühen 19. Jahrhundert) unter gesetzlichen Pfandrechten und dem Pfandvorzug wegen *versio in rem* verstanden wurde⁶².

⁵⁹ Anders die wohl h.M., vgl. die Angaben unten Fn. 254, 256-258.

⁶⁰ Ein weiteres Beispiel dazu, daß die Grundsätze des gemeinen Rechts von großem Einfluß auf die Beratungen gewesen sind, findet sich bei *Atamer*, Liegezeit und Liegegeld im Seerecht, 2000, S. 68 ff.

⁶¹ Vgl. etwa *Dernburg*, Pandekten I, 4. Aufl. 1894, S. 705, 7. Aufl. 1902, S. 690. In den Sachverzeichnissen der aktuellen Kommentare zum Schuld-, Sachen- und Seehandelsrecht erscheint der Begriff nicht mehr.

⁶² Wegen des historischen Zusammenhangs werden hier die Quellen herangezogen, deren Kenntnis für die Mitglieder der Hamburger Kommission zumindest zeitlich vorausgesetzt werden kann; insbesondere kommen in Betracht (in chronologischer Reihenfolge) *Westphal*, Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrechte, 3. Ausg. 1800; *Thibaut*, Ueber Pfandseparatisten, in: Civilistische Abhandlungen, 1814, No. 13; *Schweppe*, Von dem privilegierten Pfandrecht wegen des Creditum zum Besten einer Sache, in: *ders.* (Hrsg.), Juristisches Magazin, Band I, Heft 1 (mehr nicht erschienen), 1818, No. VI, S. 81-97 [grundlegend; davor schon in *ders.*, Das System des Concurses der Gläubiger, § 70, zuletzt 3. Ausg. 1829]; *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach

1. Gesetzliche Pfandrechte

- a) Nach der Einteilung in der Lehre entstehen Pfandrechte aus Vertrag, richterlicher Verfügung oder kraft Gesetzes. Die gesetzlichen Pfandrechte, auch als stillschweigende⁶³ oder notwendige⁶⁴ bezeichnet, zerfallen in zwei Gruppen⁶⁵, u.z. in allgemeine⁶⁶, die am gesamten Vermögen des Schuldners bestehen, und in besondere⁶⁷, die nur auf einen bestimmten Gegenstand bezogen sind; bisweilen wird auch eine dritte Kategorie als "gemischte" gebildet⁶⁸. Jedenfalls sind gesetzliche Pfandrechte stets Hypotheken⁶⁹, d.h. besitzlose Pfandrechte. Aus historischer Sicht⁷⁰ gehören die gesetzlichen Hypotheken erst dem späteren Römischen Recht an. Der Grund, weshalb ein solches Pfandrecht gewährt wird, ist⁷¹ entweder die Unmöglichkeit des Gläubigers, für sich selbst zu sorgen, oder eine besondere Begünstigung des Gläubigers bzw. seiner Forderung, oder Gewohnheit, indem

Hellfeld XIV, 1813, XIX, 1817/8; *Heise*, Grundriss eines Systems des Gemeinen Civilrechts ["CivilR"], 3. Ausg. 1819; *Schweppe*, Römische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer ["RRG"], 2. Ausg. 1826; *ders.*, Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung ["RP"] II, 4. Ausg. 1828, III (fortgesetzt von *Meier*, 4. Ausg. 1831); *Gesterding*, Die Lehre vom Pfandrecht nach Grundsätzen des Römischen Rechts, 2. Aufl. 1831; *Wening-Ingenheim*, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts I, 4. Aufl. 1831; *Fritz*, Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu Wening-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechts I, 1834; *Thibaut*, System des Pandekten-Rechts II, 8. Aufl. 1834; *Sintenis*, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, 1836; *Göschen*, Vorlesungen über das gemeine Civilrecht (hrsg. von *Erleben*) II/1, 1839, II/2, 1839; *Puchta*, Lehrbuch der Pandekten, 3. Aufl. 1845; *Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten I/2, 6. Aufl. 1851. Der zeitlich wie auch inhaltlich beste Rückblick findet sich bei *Dernburg*, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I-II, 1860/4.

- 63 Vgl. (beide oben Fn. 62) *Westphal*, S. 131; *Gesterding*, S. 127.
- 64 Vgl. (beide oben Fn. 62) *Gesterding*, S. 127; *Sintenis*, S. 291. Beide verwenden diesen Begriff als Dachbegriff für das gesetzliche und richterliche Pfandrecht.
- 65 Vgl. (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 132; *Thibaut*, S. 307; *Gesterding*, S. 127; *Göschen*, II/1, S. 341; *Puchta*, § 199.
- 66 Vgl. dazu (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 132 ff.; *Schweppe*, RP II, S. 290 ff.; *Gesterding*, S. 140 ff.; *Sintenis*, S. 309 ff.; *Puchta*, § 200; *Vangerow*, S. 957 ff.
- 67 Vgl. dazu (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 145 ff.; *Schweppe*, RP II, S. 296 ff.; *Gesterding*, S. 128 ff.; *Sintenis*, S. 291 ff.; *Puchta*, § 201; *Vangerow*, S. 966 ff.
- 68 Dazu etwa (beide oben Fn. 62) *Thibaut*, S. 307; kritisch *Fritz*, S. 427.
- 69 *Fritz*, (oben Fn. 62), S. 427.
- 70 Einzelheiten bei (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 157 f.; *Schweppe*, RRG, S. 433 f.; *ders.*, RP II, S. 289; *Fritz*, S. 427 f., 449 f.
- 71 Vgl. (beide oben Fn. 62) *Gesterding*, S. 127 f.; *Schweppe*, RRG, S. 433.

gewisse Arten der Verpfändung so häufig waren, daß sie schließlich als selbstverständlich anerkannt wurden. Es können auch mehrere dieser Gründe zusammenfallen.

- b) Hier ist nur ein besonderes gesetzliches Pfandrecht⁷² von Bedeutung, das zur Regierungszeit (161-180) des Kaisers *Mark Aurel* eingeführt worden ist. Nach den Angaben in D. 20, 2, 1 ist einem kaiserlichen Antrag entsprechend ein Senatsbeschluß erlassen worden⁷³. Dieser Beschluß gewährt demjenigen ein gesetzliches Pfandrecht, der zum Wiederaufbau eines Gebäudes Geld als Darlehen gegeben hat. Dem Wortlaut nach bezieht sich dieses Pfandrecht zwar nicht auf Schiffe. Es ist aber das einzige in den *Digesten* ausdrücklich eingeräumte Pfandrecht für eine Forderung wegen *versio in rem* und hat als solches auf die Lehre eingewirkt (dazu unten 2 f).

Für die Entstehung dieses Pfandrechts hält die Lehre des frühen 19. Jahrhunderts im einzelnen folgendes für erforderlich⁷⁴: (1.) das Gebäude⁷⁵ muß vollkommen⁷⁶ eingegangen sein; (2.) für die Wiederherstellung des Gebäudes muß ein Darlehen gegeben werden; (3.) das Darlehen muß in Bargeld bestehen. Ob das geliehene Geld tatsächlich zum Zwecke der Wiederherstellung verwendet worden sein muß, ist umstritten⁷⁷. Jedenfalls wird eine Ausdehnung dieses Pfandrechts auf andere Arten von Darlehen (etwa Baumaterialien auf Kredit, Handwerkerlöhne) oder auf Darlehen zur bloßen Ausbesserung eines Gebäudes oder zur Wiederherstellung anderer Sachen oder Neubauten verneint⁷⁸. Die gesetzliche Hypothek geht unter, falls das wiederhergestellte Gebäude durch einen neuen Zufall zerstört wird⁷⁹.

⁷² Vgl. zur Einordnung (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 145; *Thibaut*, S. 307; *Glück*, XIX, S. 3 mit weiteren Nachweisen zur Lehre.; *Gesterding*, S. 136 f.

⁷³ *Glück*, (oben Fn. 62), XIX, S. 4. Der zweite Teil des Beschlusses findet sich in D. 17, 2, 52, 10.

⁷⁴ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 145 mit Fn. 119; *Thibaut*, S. 307; *Glück*, XIX, S. 3, 16 ff., 24 ff., 30, 31 ff., 35 ff.; *Schweppe*, RP II, S. 297 f.; *Gesterding*, S. 136 ff.; *Sintenis*, S. 298 ff.; *Göschen*, II/1, S. 350; *Puchta*, § 201 Nr. 1; *Vangerow*, S. 970.

⁷⁵ Umstritten war, welche Arten von Gebäuden in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fielen; vgl. etwa (alle oben Fn. 62) *Glück*, XIX, S. 18 ff.; *Schweppe*, RP II, S. 297; *Sintenis*, S. 298 f.; *Göschen*, II/1, S. 350.

⁷⁶ Dagegen *Sintenis*, (oben Fn. 62), S. 299 f.

⁷⁷ Dafür (alle oben Fn. 62): *Thibaut*, S. 308 (unter Hinweis auf Nov. 97, 3); *Glück*, XIX, S. 35 ff. (ausführliche Besprechung der Ansichten); *Schweppe*, RP II, S. 297; *Puchta*, § 201 Nr. 1; dagegen (alle oben Fn. 62): *Gesterding*, S. 138 f.; *Sintenis*, S. 300 f.; *Göschen*, II/1, S. 350.

⁷⁸ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 146 Fn. 119; *Glück*, XIX, S. 24 ff. (ausführliche

Der Grund für diesen Gläubigerschutz wird zumeist darin gesehen⁸⁰, daß die Römer sehr besorgt um die Schönheit ihrer Städte waren und zur Vermeidung eines Verfalls den Kredit zum Wiederaufbau stark zu sichern wünschten.

Bisweilen wird dieses gesetzliche Pfandrecht zusätzlich oder ausschließlich aus D. 42, 5, 24 § 1 hergeleitet⁸¹. In diesem Fragment wird ebenfalls ein Edikt des Kaisers *Mark Aurel* angeführt, wonach einem Gläubiger, der zur Wiederherstellung eines Gebäudes Bargeld dargeliehen hat, ein Vollstreckungsprivileg (*privilegium exigendi*) gewährt wird. Der Zusammenhang zwischen diesem Privileg und dem in D. 20, 2, 1 genannten Pfandrecht ist umstritten⁸².

2. Pfandvorzug wegen *versio in rem*

a) Nach dem allgemeinen Grundsatz für die Rangfolge von mehreren Pfandrechten geht das ältere dem jüngeren vor⁸³. Die Ausnahme bilden privilegierte (qualifizierte) Pfandrechte⁸⁴; sie gehen den nicht bevorzugten ohne Rücksicht auf die zeitliche Reihenfolge vor⁸⁵. Als privilegiert in diesem Sinne gelten die Pfandrechte für folgende Forderungen⁸⁶: (1.) Steuerforderungen des Fiskus; (2.) Dotalforderungen der Ehefrau; (3.) Forderungen wegen *versio in rem*⁸⁷. Hier interessiert nur die letzte Kategorie.

Besprechung der Gegenansichten), 39 ff. (im Zusammenhang mit D. 20, 4, 5/6); *Schwepe*, RP II, S. 297; *Gesterding*, S. 136 f. (bezüglich der Ausbesserung scheint er von seiner kategorischen Ablehnung in der 1. Aufl. [1816], S. 104 f. abgerückt zu sein); *Göschel*, II/1, S. 350; *Vangerow*, S. 957 ff.; allgemein *Fritz*, S. 427.

⁷⁹ Vgl. dazu (beide oben Fn. 62) *Glück*, XIX, S. 38 f.; *Sintenis*, S. 302 f.

⁸⁰ Vgl. (beide oben Fn. 62) *Glück*, XIX, S. 9 ff. (mit weiteren Nachweisen zu Gesetzen mit ähnlichem Anliegen); *Sintenis*, S. 298.

⁸¹ Vgl. (beide oben Fn. 62) *Westphal*, S. 145 Fn. 119; *Gesterding*, S. 136 Fn. 23.

⁸² Vgl. insbesondere (alle oben Fn. 62) *Glück*, XIX, S. 6 ff. (ausführliche Besprechung der verschiedenen Ansichten); *Westphal*, S. 146 Fn. 119; *Sintenis*, S. 298; s. auch D. 42, 3, 1.

⁸³ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 212; *Glück*, XIX, S. 229; *Sintenis*, S. 642; *Göschel*, II/1, S. 377.

⁸⁴ Auch genannt *privilegium pignoris* (*Schwepe*, [oben Fn. 62], *Jur.Mag.* 1, 82) oder *privilegio hypothecae* (*Glück*, [oben Fn. 62], XIX, S. 302).

⁸⁵ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 228; *Thibaut*, S. 323 f.; *Gesterding*, S. 261.

⁸⁶ Übersicht nach (alle oben Fn. 62) *Heise*, *CivilR.*, S. 61; *Gesterding*, S. 284; *Göschel*, II/1, S. 378; *Puchta*, § 211; wegen der Einzelheiten vgl. die Nachw. in den folgenden Fn.

⁸⁷ Auch genannt *versio in rem pignoratam* (*Fritz*, [oben Fn. 62], S. 502) oder *creditum in utilitatem* (*Sintenis*, [oben Fn. 62], S. 637, 639).

b) Der Pfandvorzug wegen *versio in rem* wird regelmäßig aufgrund folgender Quellen besprochen⁸⁸: D. 20, 4, 5 und 6 (*Ulpian*, frühes 3. Jahrhundert), D. 42, 5, 26 (*Paulus*, frühes 3. Jahrhundert), D. 42, 5, 34 (*Marcian*, gegen Mitte des 3. Jahrhunderts), C. 8, 17[18], 7 (z.Zt. von *Diokletian* und *Maximian*, zwischen 286 und 305)⁸⁹ und Nov. 97, 3 (z.Zt. von *Justinian*, 529). Hieraus ergibt sich zunächst, daß der Vorzug nicht von der Gesetzgebung, sondern der Juristenschule begründet worden ist⁹⁰.

aa) Die beiden Fragmente in D. 20, 4 behandeln unmittelbar den Pfandvorzug. Im Anschluß an die Vorlagen⁹¹ läßt sich eine sinngemäße Übersetzung wie folgt formulieren:

“5. (*Ulpian*, *disputationum*, Buch III) Gelegentlich erhält der jüngere (Pfand-)Gläubiger Vorrang vor den älteren, so etwa wenn der jüngere Gläubiger ein Darlehen gegeben hat, das zur Erhaltung des Pfandgegenstandes verwendet worden ist, wie zum Beispiel wenn ein Schiff verpfändet ist, und ich für dessen Ausrüstung oder Ausbesserung ein Darlehen gewähre,”

“6. (*Ulpian*, *ad edictum*, Buch 73) -denn das Geld des jüngeren Gläubigers hat dann zur Erhaltung des gesamten Pfandgegenstandes gedient.(...)”⁹²

Das 20. Buch der Digesten behandelt Besitzpfand und Hypothek in

⁸⁸ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 229 mit Fn. 1; *Thibaut*, S. 325 f.; *Schweppe*, *Jur.Mag.* 1, 83 ff.; *ders.*, *RP II*, S. 323 Fn. 1; *Glück*, XIX, S. 289 Fn. 15, S. 310 Fn. 68; *Wening-Ingenheim*, S. 429; *Fritz*, S. 509 ff.; *Götschen*, II/1, S. 384 Fn. 13; *Puchta*, § 211; *Vangerow*, S. 997 ff.

⁸⁹ Diese Stelle behandelt nur das Pfandrecht für ein Darlehen zum Grundstückskauf und ist deshalb nicht weiter von Bedeutung für die nachfolgende Untersuchung.

⁹⁰ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schweppe*, *Jur.Mag.* 1, 86; *ders.*, *RRG*, S. 435; *Vangerow*, S. 1004.

⁹¹ In Ermangelung von Lateinkenntnissen habe ich mich an Wörterbücher und die drei folgenden großen Übersetzungen gehalten: *Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler*, *Corpus Iuris Civilis III*, 1999, S. 635 f.; *Otto/Schilling/Sintenis* (Hrsg.), *Das Corpus Iuris Civilis in's Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter I-VII*, 1839/1831, ND 1984, II, S. 495 f.; *Watson* (editor), *The Digest of Justinian I-II*, revised paperback edition, Philadelphia 1998 (ohne Seitennummerierung), D. 20, 4, 5/6. Übersetzungen der seerechtlichen Bestimmungen der Digesten finden sich auch bei *Johann Andreas Engelbrecht*, *Corpus Iuris Nautici oder Sammlung aller Seerechte*, Band 1 (mehr nicht erschienen), 1790, S. 1.

⁹² Vgl. auch den § 1 ebenda bezüglich des Vorrangs der Frachtforderung.

sechs Titeln⁹³. Im vierten Titel geht es um die Gläubiger, die "im Pfand und der Hypothek Vorzug haben". Die Fragmente entstammen zwei verschiedenen Werken *Ulpian's*. Nach der Rekonstruktion von *Lenel* stehen beide Fragmente auch in diesen Werken unter pfandrechtlichen Titeln⁹⁴.

bb) Die *privelegia exigendi*, auf die während der Hamburger Beratungen bezug genommen wird⁹⁵, sind Konkursprivilegien, die ebenfalls bereits in der klassischen Zeit anerkannt waren⁹⁶. Die Fragmente D. 42, 5, 26/34 befassen sich unmittelbar mit Schiffen:

"26. (Paulus, *brevium ad edictum*, Buch 16) Wer zur Erbauung oder Ausstattung⁹⁷ oder auch zum Ankauf eines Schiffes ein Darlehen gewährt, hat ein (Rang-)Privileg."

"34. (Marcian, *Regular.*, Buch V) Ein Darlehen zum Bau, Ankauf, Ausrüsten oder Ausstatten eines Schiffes, oder sonstwie auf ein Schiff⁹⁸, oder auch eine Forderung aus dem Verkauf eines Schiffes hat ein (Rang)Privileg nach dem Fiskus⁹⁹."

⁹³ Im einzelnen behandelt der 1. Titel die Begründung durch Vertrag, der 2. Titel durch Gesetz, der 3. Titel die Sachen, die nicht verpfändet werden können, der 5. Titel den Verkauf des verpfändeten Gegenstandes und der 6. Titel das Erlöschen des Pfandrechts.

⁹⁴ Vgl. *Lenel*, *Palingenesia Iuris Civilis I-II*, 1889, 2. ND 2000, II, Spalte 395, § 67 (D. 20, 4, 5; es folgt unmittelbar D. 20, 4, 7; dann folgen drei weitere Fragmente vornehmlich zum Pfandvorzug); *ders.*, II, Spalte 851, § 1636 (D. 20, 4, 6; dort steht das Fragment mit zahlreichen anderen Stellen zur Pfandklage, die insgesamt in das 20. Buch der *Digesten* Eingang gefunden haben).

⁹⁵ S. oben II 2 k.

⁹⁶ Vgl. *Kaser/Hackl*, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 1996, § 59 II Fn. 19.

⁹⁷ Bei *Otto/Schilling/Sintenis* (oben Fn. 91), IV, S. 386, 389 wird der Begriff "Ausrüstung" verwendet. Doch derselbe Begriff wird in den übrigen Stellen konsequent für *armandae* gesetzt, vgl. D. 20, 4, 5 und D. 42, 5, 34; ebenso die Terminologie zu diesen Fragmenten bei (beide oben Fn. 91) *Behrends u.a.* und *Watson*. Möglicherweise steht *instruendam* für das Anbringen des Schiffszubehörs (vgl. § 478 HGB), mithin für die Ausstattung des Schiffsbauwerks, wogegen *armandae* das Herstellen der See-, Reise- und Ladungstüchtigkeit (vgl. §§ 513, 559 HGB) bezeichnet.

⁹⁸ Dieser Teil in D. 42, 5, 34 ist unterschiedlich übersetzt bei (beide oben Fn. 91) *Otto u.a.* und *Watson*.

⁹⁹ Der Vorrang staatlicher Forderungen ist, u.a. auch in D. 42, 5, 38 § 1 allgemein vorgesehen; vgl. die Übersetzungen bei (beide oben Fn. 91) *Otto/Schilling/Sintenis*, IV, S. 390; *Watson*, II, D. 42, 5, 38 § 1.

Das 42. Buch der Digesten behandelt vornehmlich das Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht. Der 5. Titel befasst sich mit der Pfändung auf richterliche Anordnung. In diesem Buch finden sich die zwei weiteren hier interessierenden Fragmente 26 und 34¹⁰⁰. Diese Konkursprivilegien gehen den ordentlichen Gläubigern vor¹⁰¹.

cc) Die Justinianische Nov. 97 schließlich lautet im 3. Kapitel¹⁰²:

“(...) Wir wissen, daß gewisse Hypotheken, obwohl sie jünger sind, auch älteren Gläubigern in Folge der ihnen von den Gesetzen verliehenen Privilegien vorgezogen werden, z.B. wenn Jemand mit seinem Geld [für einen Anderen] ein Schiff gebaut hat, oder es hat kaufen, oder bauen, oder ausbessern lassen, oder vielleicht ein Haus erbauen, oder einen Acker, oder sonst Etwas hat kaufen lassen. Denn in allen diesen Fällen haben die späteren Gläubiger, mit deren Geld die Sachen erworben oder ausgebessert worden sind, einen Vorzug vor Denen, welche viel älter sind.”

c) Der Begriff *versio in rem* gehört nicht dem Römischen Recht an; er ist im frühen 19. Jahrhundert von Schweppe eingeführt worden, der diese Kategorie des Pfandvorzugs erstmals systematisch dargestellt hat¹⁰³. Die Forderungen, die unter diesem Begriff gesammelt werden, lassen sich nach dem Zweck des jeweiligen Rechtsgeschäfts wie folgt kategorisieren¹⁰⁴: (1.) Forderungen wegen physischer oder juristischer Erhaltung einer (verpfändeten) Sache, wozu insbesondere auch der Tatbestand des *Mark Aurel-*

¹⁰⁰ Die Fragmente sind in ihrem Originalzusammenhang abgedruckt bei Lenel, (oben Fn. 94), I, Spalte 956, § 39 und Spalte 688, § 283.

¹⁰¹ Bezüglich der Rangordnung privilegierter Forderungen untereinander besagt D. 42, 5, 32: “Vorzugsrechte (*privilegia*) werden nicht nach der Zeit beurteilt, sondern nach der Sache, und haben sie denselben Rechtsgrund, so geniessen sie den gleichen Rang, selbst wenn sie zu verschiedenen Zeitpunkten entstanden sind.”; vgl. die Übersetzungen bei (beide oben Fn. 91) Otto/Schilling/Sintenis, IV, S. 388; Watson, II, D. 42, 5, 32.

¹⁰² In der Übersetzung von Otto/Schilling/Sintenis, (oben Fn. 91), VII, S. 469.

¹⁰³ Vgl. (alle oben Fn. 62) Schweppe, Jur.Mag. 1, 86; ders., RP II, S. 289, 296; ihm haben sich ausdrücklich angeschlossen Heise, CivilR, 61 Fn. 27; Wening-Ingenheim, S. 429; Fritz, S. 451, 502, 509 ff., 514, 517; Vangerow, S. 1003, 1005; Puchta, § 211; vgl. auch Dernburg, (oben Fn. 62), II, S. 427; Pappulias, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 29 Romanistische Abteilung (1908), 370.

¹⁰⁴ Vgl. (alle oben Fn. 62) Wening-Ingenheim, S. 429; Sintenis, S. 624, 625; Göschen, II/1, S. 385; Puchta, § 211; Vangerow, S. 1003 f.

Pfandrechts gerechnet wird¹⁰⁵; (2.) Forderungen wegen Darlehen zum Erwerb einer Sache¹⁰⁶. Die Hamburger Kommission hat die zweite Kategorie ausdrücklich von dem Anwendungsbereich des Schiffsgläubigerrechts ausgenommen¹⁰⁷. Deshalb ist hier nur der erste Fall von Interesse. Mit diesem hat sich die Lehre auch vornehmlich beschäftigt.

- d) Um den Vorzug zu erhalten, muß dem Pfandrecht eine Forderung zugrundeliegen, die wegen Ausbesserung oder Erhaltung oder Instandsetzung einer bestimmten Sache, insbesondere auch zur Ausrüstung und Ausbesserung eines Schiffes entstanden ist¹⁰⁸. Unbeachtlich ist die Natur der betreffenden Sache; Schiffe werden nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Fragmente hinzu gerechnet¹⁰⁹. Ob das Vorgeschossene ausschließlich in Geld bestehen muß, oder ob jede Art von kreditierter Leistung (Dienst, Werk, Miete usw.) zur Erhaltung einer Sache Pfandvorrang begründet, wird nicht einheitlich beantwortet; die überwiegende Ansicht nimmt keine Einschränkung vor¹¹⁰. Erforderlich ist jedoch, daß das Geld auch tatsächlich zu diesem Zweck verwendet worden ist¹¹¹. Der Sache muß also ein Nutzen zugewachsen sein, wie ist gleichgültig. Es kann sich um Errichtung, Ausstattung, Erhaltung, Reparatur, Rettung, Aufbewahrung, Wiederherstellung oder andere Fälle handeln¹¹².

¹⁰⁵ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schwepe*, *Jur.Mag.* 1, 93; *ders.*, *RP II*, S. 296; *Gesterding*, S. 277 ff.; *Glück*, *XIX*, S. 288; *Wening-Ingenheim*, S. 429; *Sintenis*, S. 628; *Göschel*, *II/1*, S. 351, 384 f.; *Puchta*, § 211.

¹⁰⁶ Wegen des Vorzugs für pfandrechlich gesicherte Forderungen aus Darlehen zum Ankauf einer Sache vgl. (beide oben Fn. 62) *Glück*, *XIX*, S. 303 ff.; *Thibaut*, *Civ. Abh.* No. 13, S. 316 f.

¹⁰⁷ S. oben II 2 b (*Protokolle*, [oben Fn. 25], S. 2248 f.).

¹⁰⁸ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Thibaut*, S. 325; *Schwepe*, *Jur.Mag.* 1, 87 ff.; *Glück*, *XIX*, S. 310 ff. und zuvor schon S. 39 ff.; *Wening-Ingenheim*, S. 429; *Göschel*, *II/1*, S. 384 f.

¹⁰⁹ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schwepe*, *Jur.Mag.* 1, 88; *Glück*, *XIX*, S. 310; *Schwepe*, *RP II*, S. 323; *Wening-Ingenheim*, S. 429; *Fritz*, S. 509 ff. in Erwiderung der Gegenansichten; *Sintenis*, S. 625 f.; *Vangerow*, S. 1004.

¹¹⁰ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schwepe*, *Jur.Mag.* 1, 88, 90; *ders.*, *RP II*, S. 323, 325; *Glück*, *XIX*, S. 310; *Gesterding*, S. 282; *Wening-Ingenheim*, S. 429; *Fritz*, S. 511 ff. in Erwiderung der Gegenansichten; *Vangerow*, S. 1004; a.A. etwa *Sintenis*, S. 626.

¹¹¹ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schwepe*, *Jur.Mag.* 1, 91; *ders.*, *RP II*, S. 324; *Gesterding*, S. 278; *Wening-Ingenheim*, S. 429; *Göschel*, *II/1*, S. 351 f., 386.

¹¹² Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schwepe*, *Jur.Mag.* 1, 89 f.; *ders.*, *RP II*, S. 323 f.; *Wening-Ingenheim*, S. 429.

- e) Des weiteren ist für den Vorzug erforderlich, daß das Pfandrecht gemeinsam mit der Forderung entsteht¹¹³, gleichgültig ob aufgrund Gesetz oder Vertrag¹¹⁴. Es braucht sich nicht um eine spezielle Verpfändung handeln; eine allgemeine Verpfändung des Vermögens einschließlich der betreffenden Sache ist ausreichend¹¹⁵.
- f) An gesetzlichen Pfandrechten aus *versio in rem* ist nur das *Mark Aurel*-Pfandrecht ausdrücklich vorgesehen. Sehr umstritten und hier von herausragender Bedeutung ist die Frage, ob ein Pfandrecht für *versio in rem* selbst dann entsteht, wenn vertraglich kein Pfandrecht bestellt ist und die Voraussetzungen des *Mark Aurel*-Pfandrechts nicht erfüllt sind. Diese Problematik ist nach vier Gesichtspunkten zu untersuchen.
- aa) Zunächst stellt sich die Frage, ob in D. 20, 4, 5/6 ein gesetzliches Pfandrecht vorgesehen ist, oder ob diese Fragmente nur einem vertraglich bestellten bzw. anderweitig gesetzlich eingeräumten Pfandrecht Vorzug gewähren. In der Lehre des frühen 19. Jahrhunderts hat sich die Ansicht durchgesetzt, daß ein Pfandrecht gemäß D. 20, 4, 5/6 nur Vorzug hat, wenn es auch vertraglich bestellt ist; denn ein gesetzliches Pfandrecht könne aus diesen Stellen nicht hergeleitet werden¹¹⁶. Diese Fragmente würden anordnen, ob ein bestehendes Pfandrecht Vorrang genieße, nicht aber, daß es aufgrund dieser Bestimmungen auch entstehen würde. Demnach wird grundsätzlich vertragliche Bestellung für erforderlich gehalten; eine Ausnahme gilt für das (gesetzliche) *Mark Aurel*-Pfandrecht¹¹⁷. Damit werden zugleich die früheren gegen-

¹¹³ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schweppe*, *Jur.Mag.* 1, 91 f.; *ders.*, *RP II*, S. 324; *Sintenis*, S. 626.

¹¹⁴ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Thibaut*, S. 323 f.; *Schweppe*, *Jur.Mag.* 1, 91 f.; *Glück*, *XIX*, S. 248; *Gesterding*, S. 262; *Wening-Ingenheim*, S. 429; *Göschel*, *II/1*, S. 384; *Vangerow*, S. 1004.

¹¹⁵ *Fritz*, (oben Fn. 62), S. 513 f. in Erwiderung der Gegenansichten; a.A. etwa *Sintenis*, (oben Fn. 62), S. 626.

¹¹⁶ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schweppe*, *Jur.Mag.* 1, 91 ff.; *ders.*, *RP II*, S. 296; *Thibaut*, S. 308 (in Abweichung von seiner gegenteiligen Meinung in der 2. Aufl. 1805, S. 77 f., 92); *Glück*, *XIX*, S. 39 ff. mit ausführlicher Besprechung der früheren gegenteiligen Meinungen, S. 310; *Gesterding*, S. 282; *Fritz*, S. 451; *Sintenis*, S. 340 f., 624; *Göschel*, *II/1*, S. 385.

¹¹⁷ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schweppe*, *Jur.Mag.* 1, 93; *Gesterding*, S. 277 ff.; *Glück*, *XIX*, S. 288.

teiligen Auffassungen¹¹⁸ verworfen, die im Anschluß an die französische Lehre¹¹⁹ in D. 20, 4, 5/6 ein gesetzliches Pfandrecht begründet sahen. Tatsächlich ergibt sich aus den Angaben in der Literatur¹²⁰, daß möglicherweise aufgrund der Glossa ordinaria von *Accursius* bis zum 19. Jahrhundert angenommen wurde, in D. 20, 4, 5/6 sei (gerade auch für die Rettung und Ausrüstung eines Schiffes) die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts gleichfalls vorgesehen¹²¹. Von dieser Auffassung hat sich die Lehre erst im frühen 19. Jahrhundert verabschiedet.

bb) Als nächstes wäre zu überlegen, ob das *Marc Aurel*-Pfandrecht durch extensive Auslegung oder Analogie auf die übrigen Tatbestände der *versio in rem* übertragen werden könnte. Bis in das 18. Jahrhundert hinein wird diese Frage insbesondere für Darlehen zur Ausrüstung und Ausbesserung von Schiffen bejaht¹²², und zwar immer dann, wenn das gesetzliche Pfandrecht nicht schon aus D. 20, 4, 5/6 hergeleitet werden konnte. Im frühen 19. Jahrhundert wird dagegen diese Ansicht, auch für Schiffe, ebenfalls verworfen¹²³. Dies ergibt

¹¹⁸ Vgl. die Nachw. bei *Glück*, (oben Fn. 62), XIX, S. 39 Fn. 7, 8.

¹¹⁹ Vgl. die Nachw. bei *Westphal*, (oben Fn. 62), S. 146 Fn. 119. Möglicherweise ist dies der Grund, weshalb sich im französischen Recht die Ansicht erhalten hat, Kapitängeschäfte würden ein Schiffsgläubigerrecht gewähren; so auch die Vermutung in den älteren englischen Quellen, vgl. etwa *Holt*, *A System of the Shipping and Navigation Laws of Great Britain*, 2. Aufl., London 1824, S. 229 ff.; *Abbott*, *Treatise of the Law relative to Merchant Ships and Seamen*, 5. Aufl., London 1827, S. 108 ff. Selbst im englischen Recht scheint dieser Grundsatz gegolten zu haben; vgl. *Mayers*, *Maritime Liens*, (1928) 6 *Canadian Bar Review* 516 mit einer Erklärung, warum dieses Schiffsgläubigerrecht später abhanden gekommen sei.

¹²⁰ Vgl. *Sintenis*, (oben Fn. 62), S. 340 Fn. 3; sowie die Angaben oben in Fn. 118 und 119.

¹²¹ Zu *Accursius* und der Glossa ordinaria vgl. *Savigny*, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter V*, 2. Ausg. 1850, ND 1986, S. 262 ff.; *Lange*, *Römisches Recht im Mittelalter I*, 1997, §§ 41 f.; *Kleinheyer/Schröder* (Hrsg.), *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, 4. Aufl. 1996, S. 13 ff. mit weiteren Nachweisen; *Kaser*, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl., 5. ND 1993, S. 276.

¹²² Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Glück*, (oben Fn. 62), XIX, S. 39 ff.; später auch bei *Dernburg*, (oben Fn. 62), I, S. 317 Fn. 9.

¹²³ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Westphal*, S. 146 Fn. 119 (gegen den französischen, humanistischen Rechtswissenschaftler *Antonius Faber*, der die Ausdehnung des stillschweigenden Pfandrechts auf die Forderungen der Schiffsausrüster befürwortet); *Glück*, XIX, S. 39 ff.; *Gesterding*, S. 282; allgemein für eine strenge Auslegung der gesetzlichen Pfandrechte *Fritz*, S. 427, besonders für diesen Fall S. 451; *Göschen*, II/1, S. 351.

sich aus der allgemeinen Auffassung, die eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs nicht zulässt¹²⁴.

- cc) Andererseits ist im 18. Jahrhundert der Gedanke entwickelt gewesen¹²⁵, die *actio de in rem verso* ließe sich aufgrund der D. 20, 4, 5/6 in eine dingliche Klage umdeuten. Diese *actio* gehört zu den adjektizischen Klagen und wird gegen den Gewalthaber eingeräumt, wenn ihm der Gewaltunterworfenen durch ein Rechtsgeschäft einen Vermögensvorteil zugeführt hat¹²⁶; es handelt sich um eine Klage *in personam*. Wenn nun die Sache oder das Geld des Klägers auf die Erhaltung oder Verbesserung einer fremden Sache dergestalt verwendet worden sei, daß der Nutzen mit der Sache auf jeden Besitzer der Sache übergehe, dann nehme die *actio de in rem verso* die Natur einer Realklage an, denn die Forderung sei mit einer stillschweigenden Hypothek versehen¹²⁷. Doch anders gewendet bedeutet diese Konstruktion doch nur, daß aus D. 20, 4, 5/6 ein gesetzliches Pfandrecht hergeleitet wird und der dingliche Anspruch gegen den Dritterweber unter die *actio de in rem verso* subsumiert wird. Jedenfalls ist diese Ansicht von der späteren Lehre weitgehend verworfen worden mit der Begründung¹²⁸, diese *actio* entstehe nur, wenn der Kläger mit dem Willen, ein Geschäft des Beklagten zu führen, gehandelt habe, wodurch ein Drittbesitzer nicht verpflichtet werden könne. Auch ergebe sich aus den betreffenden Stellen, daß das Geld zur Erhaltung der Sache kreditiert sein müsse.

¹²⁴ S. oben bei Fn. 78.

¹²⁵ Insbesondere von Augustin Leyser, vgl. die Angaben bei Jacobi, Die Lehre von der nützlichen Verwendung, 1861, S. 69 ff., 74 f.; Coing, Europäisches Privatrecht I, 1985, § 99 III, S. 501; Zimmermann, The Law of Obligations, Cape Town 1990, ND 1992, S. 882.

¹²⁶ Zu den adjektizischen Klagen und der *actio de in rem verso* im klassischen römischen Recht vgl. Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I-III, 9. Aufl. 1906, 2. ND 1984, §§ 482, 483; Sohm/Mitteis/Wenger, Institutionen, 17. Aufl. 1923, ND 1949, § 77 A 3, S. 470 f.; Kaser, Das Römische Privatrecht I-II, 2. Aufl. 1971/5, § 62 IV 2, § 141 II 2; Zimmermann, (oben Fn. 125), S. 878 ff.; Tuhr, Actio de in rem verso, 1895, ND 1970; Wacke, Die adjektizischen Klagen, Zeitschrift für Rechtsgeschichte 111 Romanistische Abteilung (1994), 280; MacCormack, The Early History of the "Actio de in rem verso", Studi in Onore di Arnaldo Biscardi II, Milano 1982, S. 319; ders., The Later History of the "Actio de in rem verso", (1982) 48 Studia et Documenta Historiae et Iuris 318.

¹²⁷ Wiedergabe nach Glück, (oben Fn. 62), XIV, S. 421 f.

¹²⁸ Vgl. Glück, (oben Fn. 62), XIV, S. 422 mit weiteren Nachweisen.

dd) Schließlich wäre noch zu prüfen, ob ein gesetzliches Pfandrecht möglicherweise in D. 42, 5, 26/34 vorgesehen ist. In der Lehre des frühen 19. Jahrhunderts¹²⁹ werden die in diesen Fragmenten gewährten Vorzüge als Vollstreckungsprivilegien eingeordnet und im allgemeinen Schuldrecht im Zusammenhang mit der Obligationenkonkurrenz behandelt. Gesetzliche Pfandrechte seien in diesen Fragmenten nicht eingeräumt¹³⁰. Anlaß für die Überlegung, ob in diesen Stellen auch ein Pfandrecht gewährt ist, scheint zunächst folgende Erwägung gewesen zu sein. Obwohl bereits in D. 20, 2, 1 das *Marc Aurel*-Pfandrecht ausdrücklich gewährt wird, ist in D. 42, 5, 24 § 1 ebenfalls von einem Edikt die Rede, das einen Vorzug für dieselbe Forderung gewährt¹³¹. Es könnte also gleichfalls angenommen werden, D. 42, 5, 26/34 würden für das Vollstreckungsrecht nur dieselbe Regel präzisieren, die anderweitig (etwa in D. 20, 4, 5/6) für Schiffe aufgestellt war. Doch ist darauf hingewiesen worden, für die in D. 42, 5, 26/34 genannten Tatbestände lasse sich kein Gesetz finden, daß auch ein gesetzliches Pfandrecht anordne¹³²; mithin sei zwischen dem Pfandvorzug und den Konkursprivilegien zu unterscheiden. Andererseits ist auf den Wortlaut der Nov. 97, 3 zu achten. Diese Novelle ist 539, d.h. bereits sechs Jahre nach der Verkündung der Digesten (533) erlassen worden. Im 3. Kapitel wird der Grundsatz aus D. 20, 4, 5/6 wiederholt, als Beispiele aber die Fälle in D. 42, 5, 26/34 angegeben. Mithin ließe sich vermuten, daß der Gesetzgeber in diesen Fragmenten ein gesetzliches Pfandrecht begründet sah und dieses Verständnis spätestens mit dem Erlass der Novelle manifestiert hat. Hierzu äußert sich die Lehre nicht. Aus historischer Sicht wird nur angenommen¹³³, daß das Vollstreckungsprivileg älter ist und mit der Zeit in das gesetzliche Pfandrecht übergegangen ist. Eine Konkurrenz mit dem

¹²⁹ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Heise*, CivilR, S. 71; *Schwepe*, RRG, S. 441; *ders.*, RP III, S. 80 ff.; *Göschel*, II/2, S. 149.

¹³⁰ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Glück*, XIX, S. 42; *Schwepe*, RP III, S. 85; *Göschel*, II/2, S. 156.

¹³¹ Vgl. die Angaben oben in Fn. 81 und 82.

¹³² *Glück*, (oben Fn. 62), XIX, S. 43 f.

¹³³ Vgl. (alle oben Fn. 62) *Schwepe*, RP II, S. 289; *Göschel*, II/2, S. 154.

Pfandvorzug, der in D. 20, 4, 5/6 eingeräumt ist, wird nicht gesehen, denn das *privilegium exigendi* erstrecke sich auf das Gesamtvermögen; es sei deshalb selbst denjenigen Gläubigern nützlich, die ein gesetzliches Spezialpfandreht haben¹³⁴.

- g) Sind alle genannten Bedingungen erfüllt, so entsteht der Pfandvorzug ohne zusätzliche Formerfordernisse von selbst¹³⁵. Der Vorzug bezieht sich nur auf die konkrete Sache, nicht auf das übrige Vermögen des Schuldners¹³⁶; deshalb wird mit dem Untergang der Sache auch der Vorzug beendet¹³⁷. Bezüglich der Rangordnung untereinander gilt das Prinzip, daß jeder spätere Gläubiger aus *versio in rem* den früheren vorgeht¹³⁸.
- h) Der Grund für diesen Pfandvorzug wird in der Vernunft und Billigkeit¹³⁹, der Natur der Sache¹⁴⁰ bzw. der Natur des Pfandrechts¹⁴¹ gefunden. Zugrundeliegen würde der allgemeine Grundsatz, daß sich niemand mit dem Schaden eines anderen bereichern dürfe¹⁴². Die übrigen Gläubiger würden es dem bevorzugten Gläubiger verdanken, daß die Sache in der Vermögensmasse des Schuldners existiert bzw. daß sie in dem Zustand existiert, in welchem sie sich befindet¹⁴³. Die

¹³⁴ Vgl. (alle oben Fn. 62) Schweppe, RP III, S. 82 f.; Sintenis, S. 298; Göschen, II/2, S. 153.

¹³⁵ Schweppe, (oben Fn. 62), Jur.Mag. 1, 94 f.

¹³⁶ Schweppe, (oben Fn. 62), Jur.Mag. 1, 95; sowie die Angaben oben in Fn. 134.

¹³⁷ Schweppe, (oben Fn. 62), Jur.Mag. 1, 95.

¹³⁸ Vgl. (alle oben Fn. 62) Schweppe, Jur.Mag. 1, 95 f.; ders., RP II, S. 330 f. (als Beispiel wird die Bodmerei angeführt); Gesterding, S. 278 f. (bezüglich des Mark Aurel-Pfandrechts); Sintenis, S. 645, 649; nach Puchta, § 211, soll der Vorrang nach dem Anteil, welcher jeder Gläubiger an der Erhaltung und dem jetzigen Bestand der Sache hat, entschieden werden.

¹³⁹ Vgl. Westphal, (oben Fn. 62), S. 228 f.

¹⁴⁰ Vgl. (alle oben Fn. 62) Schweppe, Jur.Mag. 1, 86; Fritz, S. 509; Sintenis, S. 624; Vangerow, S. 1003 f.

¹⁴¹ Fritz, (oben Fn. 62), S. 499.

¹⁴² Vgl. (beide oben Fn. 62) Westphal, S. 229; Thibaut, Civ. Abh. No. 13, S. 308 Fn. 1 (trotz sehr scharfer Kritik an den Pfandprivilegien).

¹⁴³ Vgl. (alle oben Fn. 62) Glück, XIX, S. 310 f.; Sintenis, S. 625; Göschen, II/1, S. 384. In diesem Sinne hat Schweppe, (oben Fn. 62), Jur.Mag. 1, 91, die später von Windscheid, (oben Fn. 126), § 246 Fn. 6, übernommene, knappe Begründung aufgestellt, daß der Gläubiger Vorrang hat, weil sein Geld in der Sache steckt. Dies ist zwar einprägsam, erklärt aber nicht allein den Vorrang, da ja auch das Geld der früheren Hypothekengläubiger in der Sache steckt.

Verwendung zur Pfanderhaltung würde zwar nach anderen Bestimmungen zwischen diesem und den übrigen Pfandgläubigern ein Verhältnis der *actio de in rem verso* oder eine *negotiorum gestorum* begründen; hier sei aber nicht eine solche Klage gegen die bereicherten übrigen Pfandgläubiger gewährt worden, die sie verpflichten würde, aus eigenen Mitteln die Verwendungen zu erstatten¹⁴⁴. Der Ausgleich sei vielmehr über den Pfandvorzug erreicht worden¹⁴⁵.

Die beiden elementaren Voraussetzungen für diesen Pfandvorzug sind demnach¹⁴⁶, daß sich der ältere Gläubiger mit der Forderung des jüngeren Gläubigers bereichern würde, falls der jüngere nicht vorginge, und es der ältere Gläubiger den Vorschüssen des jüngeren Gläubigers verdanke, daß der Pfandgegenstand erhalten worden ist. Insbesondere für Schiffe wird noch ausgeführt¹⁴⁷, der spätere Pfandgläubiger, der zur Ausrüstung oder Ausbesserung eines Schiffes Geld geliehen habe, müsse vorgehen, weil entweder die Ausbesserung eine Werterhöhung herbeigeführt habe, die dem älteren Gläubiger zu Lasten des jüngeren Gläubigers zugute kommen würde, oder die Ausbesserung bewirkt habe, daß das Schiff an dem Ort, wo der ältere Gläubiger seine Forderung erhält, angekommen sei.

3. Gegenwärtiger Forschungsstand

Die spätere Pandektistik¹⁴⁸ und die neuere Forschung zum Römischen Recht¹⁴⁹ haben dem im 19. Jahrhundert gewonnenen

¹⁴⁴ So werden ja auch die Kosten für die Ausbesserung und Ausrüstung im Nothafen nicht nach den Grundsätzen der großen Haverei verteilt, D. 14, 2, 6; vgl. heute § 706 Nr. 4 HGB.

¹⁴⁵ Vgl. *Schwepe*, (oben Fn. 62), *Jur.Mag.* 1, 86 f., 95.

¹⁴⁶ Vgl. *Westphal*, (oben Fn. 62), S. 228.

¹⁴⁷ Vgl. *Westphal*, (oben Fn. 62), S. 229 Fn. 1.

¹⁴⁸ Vgl. *Dernburg*, (oben Fn. 62), I, S. 314 ff. (*Mark Aurel-Pfandreht*), II, S. 427 ff. (*versio in rem*); *Sintenis*, *Das Practische Gemeine Civilrecht I* (3. Aufl. 1868), S. 638 ff., 670 ff.; *Matthiass*, *Das foenus nauticum und die Geschichtliche Entwicklung der Bodmerei*, 1881, S. 44; *Windscheid/Kipp*, (oben Fn. 126), § 246 Nr. 3 mit Fn. 6, § 271 bei Fn. 9; *Dernburg*, (oben Fn. 61), S. 705 bzw. 690; vgl. auch *Schwind*, *Wesen und Inhalt des Pfandrechts*, 1899, S. 28 (Kritik), 30 ff. (zur Rezeption der gesetzlichen Pfandrechte und Privilegien).

¹⁴⁹ Vgl. *Pringsheim*, *Der Kauf mit fremdem Geld*, 1916, S. 147 ff.; *Taubenschlag*, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, 1923, ND in: *Opera Minora I*, Warschau

Rechtsverständnis nicht viel hinzugefügt. Zwei bedeutende Nachweise sind von *Pringsheim* erbracht worden, daß nämlich der Rangvorzug wegen Kaufgelder (in D. 42, 5, 26/34) wohl interpoliert ist, und daß die Kompilatoren Pfand- und Konkursprivilegien nicht klar unterschieden haben, mit der Folge, daß die Konkursprivilegien zunehmend in gesetzliche Pfandrechte umgedeutet worden sind. Dies würde die Vermengung der Fragmente D. 20, 4, 5/6 und D. 42, 5, 26/34 in Nov. 97, 3 erklären. Im übrigen gilt nach dem heutigen Stand der Forschung, daß die Konkursprivilegien Ansprüche betreffen, die mit einer *actio in personam* berechtigen, mithin von den Pfandrechten zu unterscheiden sind. Weiterhin zweifelhaft bleibt aber das historische Verhältnis der gesetzlichen Pfandrechte zu den Konkursprivilegien.

IV. Rezeption im Seehandelsrecht

Hiernach läßt sich zwar in den Römischen Quellen der Ursprung des Schiffsgläubigerrechts deutlich erkennen. Der Stand der gemeinrechtlichen Lehre im frühen 19. Jahrhundert zeigt aber, daß die Hamburger Kommission nicht ausschließlich von diesen Quellen ausgegangen sein kann. Tatsächlich sah ja der PreußEntw (1857) zum ADHGB bereits ein ausgereiftes System der Schiffsgläubigerrechte vor, das im HambEntw (1859) weitgehend beibehalten worden ist¹⁵⁰. Dieses System weist gegenüber der gemeinrechtlichen Lehre große Selbständigkeit auf. Wenn also das Römische Recht dennoch als Ursprung gegolten hat, dann muß sich die Rezeption im Seehandelsrecht bereits früher vollzogen haben. Deshalb wäre zu ermitteln, ob und gegebenenfalls in wie weit sich eine solche Rezeption nachweisen läßt, soweit dies für die Beratungen in Hamburg von Bedeutung gewesen sein könnte. In dieser Richtung sind nun die einschlägigen seerechtlichen Quellen seit der Justinianischen Kompilation zu prüfen¹⁵¹.

1959, S. 169; *Sohm/Mitteis/Wenger*, (oben Fn. 126), § 60 II, S. 350 f.; *Kaser*, (oben Fn. 126), § 110 II 2 mit Fn. 34 (*Mark Aurel*-Pfandrecht), § 110 III 2 mit Fn. 54 (*versio in rem*), § 251 II Fn. 33 (Pfandprivilegien in der nachklassischen Zeit); *Kaser/Hackl*, (oben Fn. 96), § 59 II bei Fn. 19, § 96 V bei Fn. 68 (Konkursprivilegien).

¹⁵⁰ S. oben II 2 und sogleich unten IV 5 d.

¹⁵¹ Eine geschlossene Gesamtdarstellung der Institutionen- und Quellengeschichte des deutschen Seehandelsrechts läßt leider noch auf sich warten. Neben *Wagner*, Handbuch des Seerechts I, 1884, S. 33 ff. sind an grundlegenden Beiträgen aus dem neueren Schrifttum zu nennen *Landwehr*, Die Hanseatischen Seerechte des 16. und 17. Jahrhunderts, in: *Modéer* (Hrsg.), 1667 års sjölag i ett 300-årigt perspektiv, Rechtshistorisches Symposium Göteborg 1981, gedruckt Lund 1984, S. 75 ff.; *ders.*, Die Haverei in den mittelalterlichen deutschen Seerechtsquellen [“Haverei”], Schriften

1. Quellen des frühen Mittelalters

- a) Nach dem Zerfall des Römischen Reichs wirkte das Corpus iuris im oströmischen Gebiet zunächst fort. Einer zunehmenden Vulgarisierung der Rechtstradition ab dem 7. Jahrhundert versuchte die Verkündung der Basiliken um 900 entgegenzuwirken¹⁵². Im 53. Buch der Basiliken wurden die seerechtlichen Bestimmungen der Digesten und des Codex zusammengestellt¹⁵³. Darunter befinden sich auch¹⁵⁴ die Fragmente D. 20, 4, 5/6 und D. 42, 5, 26/34. Doch ist ein Einfluß der Basiliken auf die spätere seerechtliche Quellenentwicklung in Nordeuropa nicht nachweisbar¹⁵⁵.
- b) Selbst im östlichen Mittelmeerraum blieb das 53. Buch der Basiliken wohl verdrängt von dem pseudo-rhodischen Seerecht¹⁵⁶,

der Joachim Jungius-Gesellschaft, 1985; *ders.*, Die Bedeutung des Lübisches Seerechts während des 18. Jahrhunderts, in: Wieden (Hrsg.), *Schiffe und Seefahrt in der südlichen Ostsee*, 1986, S. 129 ff.; *ders.*, Das Preußische Seerecht vom Jahre 1727, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 8 (1986), 113; *ders.*, Prinzipien der gemeinschaftlichen Kosten- und Schadenstragung im Seerecht, in: *Gedächtnisschrift Wolfgang Martens*, 1987, S. 619 ff.; *Pohlmann*, Die Quellen des Handelsrechts, in: Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte I* ["HB I"], 1973, S. 805 ff.; *Krieger*, Die Entwicklung des Seerechts im Mittelmeerraum von der Antike bis zum Consolat de Mar, *Jahrbuch für Internationales Recht* 16 (1973), 179 ff.; *Scherner*, Die Wissenschaft des Handelsrechts, in: Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte II/1* ["HB II/1"], 1977, S. 848 ff.; *Lammel*, Die Gesetzgebung des Handelsrechts, in: Coing (Hrsg.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte II/2* ["HB II/2"], 1976, S. 675 ff. Zur Reihenfolge der unten angeführten Quellen vgl. auch *Landwehr*, (diese Fn.), *ZNR* 8, 114; *Schubert*, im Vorwort zu: Entwurf eines HGB für die preussischen Staaten, (oben Fn. 26), S. (6).

¹⁵² Vgl. dazu *Kaser*, (oben Fn. 121), S. 268 ff., 272; *Zachariä von Lingenthal*, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, 3. Aufl. 1892, ND 1955, S. 21 ff.; *Lobingier*, *The Continuity of Roman Law in the East*, (1930) 4 *Tulane Law Review* 362 ff.

¹⁵³ Vgl. dazu *Wagner*, (oben Fn. 151), S. 56 f. mit Quellennachweisen; *Krieger*, (oben Fn. 151), *JBIntR* 16, 182; *Goldschmidt*, *Lex Rhodia*, *ZHR* 35 (1889), 77 ff.

¹⁵⁴ Vgl. die Übersicht bei *Ashburner*, *The Rhodian Sea-Law*, Oxford 1909, ND Aalen 1976, S. cviii.

¹⁵⁵ Zum (umstrittenen) Einfluß des byzantinischen Rechts auf die Glossatoren überhaupt vgl. neuerdings *Lange*, (oben Fn. 121), § 1 II mit weiteren Nachweisen.

¹⁵⁶ Textausgabe mit englischer Übersetzung und ausführlicher Einleitung von *Ashburner*, (oben Fn. 154); weitere Nachw. etwa bei *Wagner*, (oben Fn. 151), S. 59 f.; *Krieger*, (oben Fn. 151), *JBIntR* 16, 182 f., 185; *Pohlmann*, in: *HB I*, (oben Fn. 151), S. 806; *Goldschmidt*, (oben Fn. 153), *ZHR* 35, 79 f.; *Kreller*, *Lex Rhodia*, *ZHR* 85 (1921),

das bereits seit dem 7. oder 8. Jahrhundert die Praxis beherrschte. Doch haben die Pfand- und Konkursprivilegien des Römischen Rechts keinen Eingang in diese Quelle gefunden¹⁵⁷.

- c) Die seerechtlichen Quellen des Mittelalters werden zumeist nach den Gebieten des Mittelmeerraums und des Atlantikraums aufgeteilt¹⁵⁸. Im Mittelmeerraum wird nach einer längeren Periode ohne bedeutenden Seehandel¹⁵⁹ ab dem 12. Jahrhundert ein wirtschaftlicher Aufschwung erlebt¹⁶⁰; es bilden sich zahlreiche Stadtrechte an den Küsten Italiens¹⁶¹, Frankreichs¹⁶² und Spaniens¹⁶³ heraus. Im östlichen Raum werden die Assisen von Jerusalem¹⁶⁴ erlassen. Schließlich mündet die Entwicklung der Partikularrechte in der Redaktion des Consolat de Mar¹⁶⁵ als gemeinrechtliche Quelle. In keinem dieser Rechte läßt sich ein Hinweis auf die Fragmente D. 20, 4, 5/6 oder D. 42, 5, 26/34 antr-

351 ff.; *Lange*, (oben Fn. 121), S. 4 Fn. 7; *Tetley*, (oben Fn. 14), S. 10 f.; zu den wirtschaftlichen und politischen Hintergründen vgl. *Zachariä von Lingenthal*, (oben Fn. 152), § 72, S. 317 ff.; vgl. auch *Benedict*, *The Historical Position of the Rhodian Law*, (1909) 18 *Yale Law Journal* 223 (der aber das pseudo-rhodische Seerecht mit D. 14, 2 in Verbindung zu setzen scheint).

¹⁵⁷ *Ashburner*, (oben Fn. 154), S. ccix mit Fn. 1 weist ausdrücklich darauf hin.

¹⁵⁸ So etwa (alle oben Fn. 151) *Wagner*, S. 57 ff., 67 ff.; *Pohlmann*, in: HB I, S. 806; *Krieger*, *JBIntR* 16, 179 ff.

¹⁵⁹ Etwa 700 bis 1100, zu den Gründen vgl. *Goldschmidt*, (oben Fn. 153), *ZHR* 35, 75; *Krieger*, (oben Fn. 151), *JBIntR* 16, 185 f.; vgl. auch (beide oben Fn. 151) *Wagner*, S. 35 Fn. 1; *Pohlmann*, in: HB I, S. 806.

¹⁶⁰ Dazu und zum folgenden vgl. auch *Goldschmidt*, *Universalgeschichte des Handelsrechts I/1*, 3. Aufl. 1891, ND 1957, 337 ff.

¹⁶¹ Überblick bei *Krieger*, (oben Fn. 151), *JBIntR* 16, 185 ff.; Einzelheiten etwa bei *Wagner*, (oben Fn. 151), S. 8 ff., 35 ff., 60 ff.; *ders.*, *ZHR* 29, 413; *Laband*, *ZHR* 7, 296; *Schaube*, *ZHR* 32, 490; *ders.*, *Das Konsulat des Meeres in Pisa* (1888); *ders.*, *ZHR* 41, 100; *ders.*, *ZHR* 46, 1; *Goldschmidt*, (oben Fn. 153), *ZHR* 35, 321 ff., 599; *Pappenheim*, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte 51 Germanistische Abteilung* (1931), 175; *Pohlmann*, in: HB I, (oben Fn. 151), S. 806 ff.

¹⁶² Dazu (beide oben Fn. 151) *Krieger*, *JBIntR* 16, 191 f. mit weiteren Nachweisen; *Wagner*, S. 65 f.

¹⁶³ Vgl. (alle oben Fn. 151) *Wagner*, S. 40 f., 65 f.; *Krieger*, *JBIntR* 16, 193; *Pohlmann*, in: HB I, S. 808; zur späteren Entwicklung vgl. auch *Perels*, *ZHR* 85, 48.

¹⁶⁴ Vgl. (alle oben Fn. 151) *Wagner*, S. 66; *Krieger*, *JBIntR* 16, 192 f.; *Pohlmann*, in: HB I, S. 806; *Tetley*, (oben Fn. 14), S. 19 f.

¹⁶⁵ Um 1350; deutsche Übersetzung bei *Engelbrecht*, (oben Fn. 91), S. 188 ff.; neue englische Übersetzung von *Jados*, *Consulate of the Sea and related documents*, 1975, S. 3 ff.; zu dieser Quelle jeweils mit weiteren Nachweisen vgl. etwa (alle oben Fn. 151) *Wagner*, S. 57 ff.; *Krieger*, *JBIntR* 16, 199 ff., 206 ff.; *Pohlmann*, in: HB I, S. 808.

effen. Zwar sind in den Art. 32-35 des Consolat de Mar Bestimmungen bezüglich der Rangordnung von Gläubigern beim Zwangsverkauf eines Schiffes vorgesehen¹⁶⁶; danach sollen u.a. Lieferanten für den Schiffsbau Vorrang genießen. Doch bleibt die inhaltliche Ähnlichkeit mit D. 42, 5, 26/34 eine entfernte; Aufbau, Stil und Gesamthalt der Bestimmungen verbieten vielmehr die Annahme einer Rezeption. Eine weitere Prioritätsregelung trifft Art. 107. Ist der Kapitän ausserhalb des Heimathafens nicht imstande, Kredit für die Ausrüstung des Schiffes zu erhalten, so sind die Ladungsinteressenten verpflichtet, einen Teil der Güter zu verkaufen und den Erlös für die Ausrüstung zu kreditieren. Dieses Darlehen geht den übrigen Forderungen vor. Der Vorrang ist aber nicht als ein dingliches Recht ausgestaltet¹⁶⁷, so daß auch kein Bezug zu D. 20, 4, 5/6 ersichtlich ist. Bedeutend ist für das Consolat de Mar, daß nunmehr der unbedingte Vorrang der Heuerforderungen ausdrücklich vorgesehen wird¹⁶⁸. Da der antike Schiffahrtsbetrieb gekennzeichnet durch Sklavennutzung war¹⁶⁹, brachte erst die mittelalterliche Emanzipation der Besatzung eine gebührende Beschützung der Heuerforderungen mit sich.

Im Atlantikraum treten bis zum 15. Jahrhundert die Rôles d'Oleron¹⁷⁰ und das Seerecht von Damme¹⁷¹ besonders hervor. Die Römischen Pfand- oder Konkursprivilegien sind in diesen Quellen ebensowenig enthalten¹⁷².

¹⁶⁶ Nach Engelbrecht, (oben Fn. 91), S. 199 fehlen in den italienischen Ausgaben die Art. 33 und 34, so daß die Nummerierung verschoben ist.

¹⁶⁷ Vgl. Matthiass, (oben Fn. 148), S. 69.

¹⁶⁸ So etwa in Art. 34, 107 und in Art. 140 für den Fall eines betrügerischen Verkaufs des Schiffes.

¹⁶⁹ Vgl. etwa (alle oben Fn. 151) Wagner, S. 6 f.; Pohlmann, in: HB I, S. 806; Krieger, JBIIntR 16, 184.

¹⁷⁰ Gegen Ende des 13. Jahrhunderts; vgl. Textausgabe mit deutscher Übersetzung und ausführliche Quellenforschung bei Krieger, Ursprung und Wurzeln der Rôles d'Oléron, 1970, S. 1 ff., 37 ff. (zur Datierung), 123 ff.; ältere Übersetzung bei Engelbrecht, (oben Fn. 91), S. 39; vgl. auch Wagner, (oben Fn. 151), S. 43 f., 67 ff.; Pohlmann, in: HB I, (oben Fn. 151), S. 808 f.; Tetley, (oben Fn. 14), S. 13 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹⁷¹ Rezeption des oleronschen Seerechts im 14. Jahrhundert von dem Seegerichtshof in Damme; vgl. Telting, Die Alt-Niederländischen Seerechte, 1907, S. 2 ff.; Wagner, (oben Fn. 151), S. 68; vgl. auch Landwehr, in: Modéer, (oben Fn. 151), S. 90.

¹⁷² Vgl. auch Landwehr, in: Modéer, (oben Fn. 151), S. 102 f.

Bereits dieser flüchtige Überblick muß für den Nachweis genügen, daß Spuren einer unmittelbaren Rezeption oder eines mittelbaren Einflusses der Römischen Pfand- und Konkursprivilegien in den mittelalterlichen Partikularrechten nicht anzutreffen sind.

2. Die norddeutschen Seerechte im 17. Jahrhundert

a) Die Hanseatischen Seerechte

Im deutschsprachigen Nord- und Ostseeraum setzt die seerechtliche Quellenbildung gegen Ende des 13. Jahrhunderts ein und dauert bis zum frühen 17. Jahrhundert fort. Nach ihrer Entstehungsgeschichte und ihrem Einflußgebiet lassen sich diese Quellen einteilen in die Seerechte Hamburgs, Lübecks, Wisbys und des Hansebundes. Sie werden zusammen als "Hanseatische Seerechte" bezeichnet¹⁷³.

In Lübeck¹⁷⁴ und Hamburg¹⁷⁵ stammen die ersten Quellen aus dem Ende des 13. Jahrhunderts. Die Entwicklung führt über zahlreiche Zwischenstationen zum Lübecker Stadtrecht (1586)¹⁷⁶ und dem Hamburger Stadtrecht (1603), das wegen seiner fundamentalen Bedeutung unten gesondert behandelt wird. Die seerechtliche Gesetzgebung des Hansetags ist zunächst in den Rezeßen aus dem späten 14. und frühen 15. Jahrhundert zu finden¹⁷⁷; 1482 wird die

¹⁷³ Zum Begriff und dem Vorstehenden *Landwehr*, in: Modéer, (oben Fn. 151), S. 75 f.; *Landwehr* hat in seinen grundlegenden Arbeiten (oben Fn. 151) diese Quellen besprochen und die inneren sowie äußeren Zusammenhänge aufgedeckt. Deshalb wird nachfolgend davon abgesehen, die Quellen ohne Bedeutung für diese Arbeit mit Fundstellen und Artikeln anzuführen. Statt dessen wird insgesamt auf die Werke *Landwehrs* verwiesen, wo sämtliche Einzelheiten zu diesen Quellen zu finden sind; Texte der einschlägigen Quellen finden sich u.a. bei *Engelbrecht*, (oben Fn. 91), Nr. IV-IX und bei *Lappenberg*, *Die ältesten Stadt-, Schiff- und Landrechte Hamburgs*, 1845, ND 1966, S. 1 ff.

¹⁷⁴ Zur Geschichte der Seegesetzgebung in Lübeck vgl. im einzelnen jeweils m.w. Nachw. (beide oben Fn. 151) *Landwehr*, in: Modéer, S. 82 f.; *ders.*, in: Wieden, S. 141 ff.

¹⁷⁵ Zur Geschichte der Seegesetzgebung in Hamburg vgl. im einzelnen jeweils mit weiteren Nachweisen *Landwehr*, in: Modéer, (oben Fn. 151), S. 86 ff.; *Lappenberg*, (oben Fn. 173), S. CXXXVII; ausführliche Nachweise auch bei *Frentz*, *Das Hamburgische Admiraltätsgericht*, 1985 sowie bei *Decken*, *Das Seearbeitsrecht im Hamburger Stadtrecht von 1301 bis 1603*, 1995; *Rabe*, *Seerecht in Hamburg*, in: *Recht und Juristen in Hamburg*, 1994, S. 175 ff.

¹⁷⁶ Dazu im einzelnen (beide oben Fn. 151) *Landwehr*, in: Modéer, S. 83 ff.; *ders.*, in: Wieden, S. 141 ff.

¹⁷⁷ Hierzu und zum folgenden *Landwehr*, in: Modéer, (oben Fn. 151), S. 77 ff.

Schiffsordnung erlassen, die das Seerecht erstmals selbständig regelt. Es folgen weitere Schiffsordnungen und deren Revisionen. Schließlich wird 1614 "Der ehrbaren Hanse-Städte Schiffs-Ordnung und See-Recht" ("HansSO [1614]") verkündet¹⁷⁸. Das Wisbysche Seerecht¹⁷⁹ ist dagegen keine eigenständige Schöpfung, sondern ein Sammelwerk mehrerer bereits verbreiteter Quellen. Es gilt zumeist nur subsidiär, es sei denn, es war in das Satzungsrecht inkorporiert. Diese vier Quellen des Hanseatischen Seerechts haben auch entlang der deutschsprachigen Ostseeküste eingewirkt, indem sie einzeln oder gemeinsam entweder unmittelbar angewandt oder mittelbar die örtliche Gesetzgebung beeinflusst haben¹⁸⁰.

Mit der Ausnahme des Hamburger Stadtrechts (1603) ist eine unmittelbare Übernahme der D. 20, 4, 5/6 oder 42, 5, 26/34 in diesen Seerechten nicht erkenntlich. Zwar räumt HansSO (1614) Titel ("Tit.") 1 Art. 4 dem Kapitän ausnahmsweise die Ermächtigung ein, das Schiff in Notfällen außerhalb des Heimathafens ausbessern zu lassen¹⁸¹. Doch ist keine damit zusammenhängende pfandrechtliche Regelung getroffen. Auffallend ist, daß diese Materie mit Ausnahme der Bodmerei, die unten noch besprochen wird, überhaupt nicht berücksichtigt worden zu sein scheint.

b) Hamburger Stadtrecht (1603)

Wir begegnen den einschlägigen Römischen Bestimmungen wieder in "Der Stadt Hamburg Statuten und Gerichts-Ordnung (1603)" ("Hamburgisches Stadtrecht"; "HambStR [1603]")¹⁸². Das erstmals auf

¹⁷⁸ Text u.a. bei Kuricke, *Jus Maritimum Hanseaticum*, 1667, S. 3 ff. (mit lateinischer Fassung) und bei Engelbrecht, (oben Fn. 91), Nr. X. Die HansSO (1614) Titel 1 Art. 2-4 finden sich mit Text und Kommentar auch bei Langenbeck, *Anmerkungen über das Hamburgische Schiff- und See-Recht*, 1727, S. 11 ff.

¹⁷⁹ Hierzu und zum folgenden Landwehr, in: Modéer, (oben Fn. 151), S. 89 f.; Telting, (oben Fn. 171); Tetley, (oben Fn. 14), S. 20 f.; die Mitteilungen zum Wisbyschen Seerecht bei Wagner, (oben Fn. 151), S. 68 ff. sowie ders., ZHR 27, 393 (wiedergegeben bei Pohlmann, in: HB I, [oben Fn. 151], S. 809) gelten als überholt, vgl. (beide oben Fn. 151) Landwehr, in: Modéer, S. 89 Fn. 57 = ders., ZNR 8, 115 Fn. 2.

¹⁸⁰ Auch diese Aspekte sind von Landwehr unter Angabe der einschlägigen Quellen in allen Einzelheiten erforscht worden; vgl. Landwehr, in: Wieden, (oben Fn. 151), S. 129 ff.; wegen des Einflusses des HambStR (1603) s. auch ders., in: Modéer, (oben Fn. 151), S. 88 f.

¹⁸¹ Vgl. dazu Langenbeck, (oben Fn. 178), S. 15 ff.

¹⁸² Hier ist die "Neue unveränderte Auflage, Hamburg 1771" benutzt worden. Zur

Hochdeutsch verfasste¹⁸³ HambStR (1603) ist in vier Teile gegliedert. Jeder Teil besteht aus mehreren Titeln. Für die Darstellung des Seerechts werden üblicherweise die Titel 13 bis 19 des zweiten Teils herangezogen¹⁸⁴. Doch ebenso, wie in den Digesten, befinden sich die Bestimmungen zu den Pfandrechten an Schiffen und deren Rangordnung nicht beim Seerecht, sondern in den 4. und 5. Titeln des zweiten Teils bezüglich der allgemeinen Bestimmungen zum Pfandrecht und Vorrang¹⁸⁵.

Zunächst heißt es im vierten Titel "Von Pfandschaften und Verpfändungen" in Art. 14:

"Imgleichen wenn jemand zu Erbauung, oder zu Besserung und Unterhaltung eines Hauses, Schiffes, und anderer Güter, Geld oder anders darleihet; so sind ihm solch Haus, Schiff, oder Güter, dafür stillschweigend verpfändet".

Vor dem Hintergrund des Diskussionstands im frühen 19. Jahrhundert läßt sich hier festhalten, daß der Hamburgische Gesetzgeber aus den Römischen Quellen ein gesetzliches Pfandrecht wegen *versio in rem* hergeleitet hat¹⁸⁶. Auffallend ist auch, daß sowohl die betreffenden Gegenstände als auch die Art des Darlehens im weitesten Sinn ausgelegt werden.

Im fünften Titel "Vom Vorgange der Gläubiger in Pfandschaften, und sonst" werden die Prioritätsverhältnisse verschiedener Pfandrechte

Entstehungsgeschichte vgl. *Anderson*, Hamburgisches Privatrecht II, 1784, S. 1 ff., ausführliche Literaturangaben dort S. 51 ff.; vgl. auch *Rabe*, (oben Fn. 175), in: *Recht und Juristen in Hamburg*, S. 178 ff.

¹⁸³ *Anderson*, (oben Fn. 182), S. 4.

¹⁸⁴ So etwa (alle oben Fn. 151) *Wagner*, S. 83; *Landwehr*, in: *Modéer*, S. 87 ff.; *Lammel*, in: *HB II/2*, S. 677; *Lau*, *Das Hamburgische Seehandelsrecht im 18. Jahrhundert*, 1975, S. 214 f. und passim.

¹⁸⁵ Vgl. etwa *Langenbeck*, (oben Fn. 178), S. 1, 16 (S. 11 ff. werden die Art. 2-4 der HansSO [1614] bezüglich des Schiffbaus kommentiert); *Kleferer*, *Sammlung der Hamburgischen Gesetze und Verfassungen VII*, 1769, S. 283; *Pöhls*, (unten Fn. 214), III/1, S. 95.

¹⁸⁶ Nach *Kleferer*, (oben Fn. 185), S. 285 stimmen die Römischen Gesetze und das HambStR (1603) in dieser Hinsicht überein. Das Pfandrecht wegen Frachtforderungen ist in HambStR (1603) II Tit. 4 Art. 12 vorgesehen. Wie sich aus HambStR (1603) II Tit. 5 Art. 7 ergibt, ist für Kaufgeldforderungen (vgl. oben III 2 c) kein gesetzliches Pfandrecht (aber ein Konkursprivileg in bestimmten Fällen, vgl. nächste Fn.) eingeräumt.

und Konkursprivilegien behandelt¹⁸⁷; zahlreiche Bestimmungen aus D. 20, 4 und 42, 5 kehren hier wieder. Der Vorzug des Pfandrechts wegen *versio in rem* ist in HambStR (1603) II Tit. 5 Art. 8 angeordnet:

“Imgleichen so einer dem andern zu Erbauung, Besserung, oder Unterhaltung eines Hauses, Schiffs, oder andern Guts, Vorstreckung gethan hätte, und beweisen würde, daß es eine Nothdurft gewest, und sein dargeliehen Geld oder anders dahin gewendet worden wäre; so soll ihm deswegen vor allen anderen Gläubigern, obgleich dieselben zuvor einige Verpfändung hätten, zur Bezahlung verholffen werden.”

Der Gesetzgeber überrascht mit seiner gelehrten Feder. Hervorzuheben sind folgende Punkte: nicht jedes gesetzliche Pfandrecht, das gemäß HambStR (1603) II Tit. 4 Art. 14 für Forderungen aus *versio in rem* gewährt wird, soll Vorrang genießen. Vielmehr ist dafür zusätzlich noch erforderlich, daß es sich um einen Notfall handelt, und das Darlehen auch tatsächlich für die Behebung dieser Not verwendet wurde¹⁸⁸. Im übrigen wird auch den Forderungen der Handwerker, die an dem Bau oder der Ausbesserung eines Schiffes beteiligt waren, Vorzug eingeräumt, HambStR (1603) II Tit. 5 Art. 9.

Die Rezeption des Römischen Rechts in diesen Bestimmungen ergibt sich nicht nur aus einem inhaltlichen Vergleich. Auch die Systematik, Schiffspfandrechte nicht beim Seerecht sondern bei den “allgemeinen Vorschriften” zum Pfandrecht zu behandeln, deutet offensichtlich auf das Vorbild der Digesten. Darüber hinaus läßt sich an dem stillschweigenden Pfandrecht für Dotalforderungen der Ehefrau eindeutig nachweisen, daß sich der Gesetzgeber unmittelbar mit dem Römischen Recht auseinandergesetzt hat. In HambStR (1603) II Tit. 5 Art. 10 heißt es nämlich, daß dieses Pfandrecht nicht gewährt wird. Zwar würde “nach gemeinen beschriebenen Kaiserlichen Rechten”, d.h. nach

¹⁸⁷ Nach der vorgesehenen Rangordnung haben zunächst sämtliche Pfandrechte Vorrang, die im Stadtbuch verzeichnet worden sind (Art. 1). Es folgen die Begräbnis, Arzt- und Arzneikosten (Art. 2). Gewisse Pfand- oder Rangprivilegien sind nur an bestimmten Gütern vorgesehen: Forderungen wegen des Kaufpreises, wenn einem böswilligen Schuldner drei oder vier Tage vor dem Bankrott Güter verkauft worden sind, aber der Kaufpreis nicht erhalten worden ist, sollen Vorrang an den noch übrig gebliebenen verkauften Gütern haben (Art. 3). Danach kommt das Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen (Art. 4); “nach uraltem Rechte und Gewohnheit dieser Stadt” sollen folgen die Lohnansprüche (Art. 5), und dann die “Kost- und Bier”-forderungen an den eingebrachten Gütern des Gasts (Art. 6). Es folgt das vertragliche Pfandrecht für den Kauf eines Hauses oder Schiffes (Art. 7).

¹⁸⁸ Vgl. oben III 2 d.

dem *Corpus iuris*¹⁸⁹, ein solches Pfandrecht anerkannt; doch im Interesse der Verkehrssicherheit und in Übereinstimmung mit der Stadtpraxis werde dieses Pfandrecht für Hamburg nicht zugelassen. Evident verfügte der Gesetzgeber über genaue Kenntnisse im Römischen Recht. Der Einfluß muß sogar dermaßen stark gewesen sein, daß man es für notwendig hielt, auf eine Abweichung vom Römischen Recht ausdrücklich im Gesetz hinzuweisen und dies auch noch begründen zu müssen.

Über die Entstehungsgeschichte des HambStR (1603) ist zwar wenig bekannt¹⁹⁰. Doch lassen sich die Kenntnisse des Römischen Rechts für Hamburg bis in das 13. Jahrhundert zurückverfolgen¹⁹¹. Eine Erklärung für die eingehende Berücksichtigung des Römischen Rechts im HambStR (1603) ist möglicherweise auch in dem Wirken eines Doktor Dietrich zu finden. Bei den Vorbereitungen hat sich nämlich der Stadtrat eines fremden Doktors der Rechte, Namens Dietrich, bedient¹⁹². Als *legis doctores* wurden zumeist die im Römischen Recht gelehrten Juristen bezeichnet¹⁹³. Mithin liegt die Vermutung nahe, daß der

¹⁸⁹ Vgl. C. 8, 17 [18], 12, § 1 (Übersetzung bei *Otto/Schilling/Sintenis*, [oben Fn. 91], VI, S. 200 ff.); Nov. 91, praef., 1 (Übersetzung bei *Otto/Schilling/Sintenis*, [oben Fn. 91], VII, S. 451 ff.); dazu *Kaser*, (oben Fn. 126), § 251 II (wo in Fn. 36 die beiden Gesetze auf die Jahre 531 beziehungsweise 539 datiert werden); *Windscheid/Kipp*, (oben Fn. 126), § 246 Nr. 2.

¹⁹⁰ Vgl. *Anderson*, (oben Fn. 182), § 4; auch bei *Lau*, (oben Fn. 184), S. 15 ff. finden sich keine weiteren Hinweise auf die Entstehungsgeschichte.

¹⁹¹ Vgl. *Coing*, (oben Fn. 125), § 3 VIII 1 (S. 33), wo über ein Gutachten der Stadt Hamburg an den Lübecker Rat aus dem Jahre 1259 berichtet wird. In Ermangelung einschlägiger Bestimmungen im Stadtrecht wird die Anfrage aus Lübeck unter Rückgriff auf den Titel zur *Lex Rhodia* (D. 14, 2) beantwortet. Im Hamburger Stadtrecht von 1497 sind die Bestimmungen zur großen Haverei unmittelbar aus den *Digesten* (D. 14, 2) übernommen. Dies wird wie folgt erklärt (*Landwehr*, in: *Modéer*, [oben Fn. 151], S. 86 f.): Das HambStR (1497) ist von dem I. Hermann Langenbeck entworfen worden. Er hat in Rostock, Rom und Perugia studiert, d.h. eine römisch-rechtliche Ausbildung genossen. In Ermangelung besserer Vorschriften hat er dann für die große Haverei auf das Römische Recht zurückgegriffen; vgl. auch *Lappenberg*, (oben Fn. 173), S. CLI f.

¹⁹² *Anderson*, (oben Fn. 182), § 4, der dies aufgrund einer Anmerkung von *Langenbeck* aus dem Jahr 1667 berichtet. Dabei muß es sich um den II. Hermann Langenbeck handeln, vgl. die Angaben zu dem I. und dem III. bei *Seiler*, *Festschrift Karl Sieg*, 1976, S. 531 ff., Fn. 3 und 6; *Rabe*, (oben Fn. 175), in: *Recht und Juristen in Hamburg*, S. 178.

¹⁹³ Vgl. dazu *Lange*, (oben Fn. 121), § 1 III 3 (insbesondere S. 22 mit Fn. 121 f.); *Stintzing/Landsberg*, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft I-IV*, 1880-1910, 2. ND 1978, I/1, S. 60 ff., 75 ff.; *Coing*, (oben Fn. 125), § 19 (zur *communis opinio doctorum*).

„fremde Doktor Dietrich“ seine Kenntnisse in das HambStR (1603) eingearbeitet hat. Im Hinblick auf die Eindeutigkeit der Rezeption braucht die Frage wohl nicht abschließend geklärt zu werden.

Bedeutsam für die Entwicklung im 18. und 19. Jahrhundert ist dann noch die Übertragung der Hamburgischen Vorschriften auf das Hanseatische Seerecht. Oben war auf HansSO (1614) Tit. 1 Art. 4 hingewiesen, wonach der Kapitän in Notfällen außerhalb des Heimathafens ermächtigt ist, das Schiff ausbessern zu lassen. *Langenbeck* hat diese Bestimmung mit den Bestimmungen des HambStR (1603) zum gesetzlichen Pfandrecht und Rangvorzug zusammengeführt¹⁹⁴. Demnach gewähren Aufwendungen, die der Kapitän im Nothafen zur Ausbesserung des Schiffes macht, gemäß HambStR (1603) II Tit. 4 Art. 14 ein gesetzliches Pfandrecht; dieses Pfandrecht geht gemäß HambStR (1603) II Tit. 5 Art. 8/9 sämtlichen übrigen Forderungen vor. Soweit ersichtlich, gehört dies zu einem der frühesten Ausdrücke des in ADHGB Art. 757 Nr. 7 (= HGB §§ 754 Nr. 6 a.F.) vorgesehenen Schiffsgläubigerrechts für die Nothafengeschäfte des Kapitäns.

c) Vorschriften zur Bodmerei

Eine besondere Stellung in dem hier untersuchten Zusammenhang nehmen die Bestimmungen zur Bodmerei ein. In unterschiedlichem Umfang findet sich das Geschäft in den Hanseatischen Seerechten des 17. Jahrhunderts geregelt¹⁹⁵. Während HambStR (1603) II Tit. 18 die Bodmerei recht ausführlich behandelt, begnügt sich HansSO (1614) Tit. 6 mit nur drei Vorschriften bezüglich der Befugnisse des Kapitäns. Hingegen enthält das revidierte Lübecker Stadtrecht keine Bestimmungen zur Bodmerei¹⁹⁶.

Gemäß HansSO (1614) Tit. 6 Art. 2 ist der Kapitän außerhalb des Heimathafens ermächtigt, in Notfällen zur Rettung und Bergung des Schiffes und der Ladung insoweit Bodmerei aufzunehmen, als zur Behebung der Not erforderlich ist. Ein gesetzliches Pfandrecht ist jedoch

¹⁹⁴ *Langenbeck*, (oben Fn. 178), S. 16. Das Werk behandelt zwar vornehmlich das HambStR (1603); doch in Ermangelung von Bestimmungen zum Schiffsbau greift *Langenbeck* in dieser Hinsicht auf Art. 2-4 der HansSO (1614) zurück, ebenda S. 11.

¹⁹⁵ Hierzu und zum folgenden *Landwehr*, in: *Modéer*, (oben Fn. 151), S. 100 ff.; zur Geschichte vgl. etwa *Matthiass*, (oben Fn. 148), S. 55 ff.; *Pappenheim*, ZHR 40 (1892), 378.

¹⁹⁶ Vgl. auch *Landwehr*, in: *Wieden*, (oben Fn. 151), S. 166 f. dazu, daß sich das Rostocker Stadtrecht deshalb bezüglich der Bodmerei an das HambStR (1603) gehalten hat.

nicht vorgesehen. Auch fehlen Bestimmungen bezüglich der Rangordnung bei mehreren Bodmereien.

Im HambStR (1603) ist die Regelung des Geschäfts nach Umfang und Inhalt ausführlicher; auch ist die Problematik mehrerer Bodmereien erkannt worden. Ein gesetzliches Pfandrecht wird zwar auch hier nicht ausdrücklich eingeräumt¹⁹⁷, ließe sich aber wohl aus HambStR (1603) II Tit. 4 Art. 14 herleiten. Für die Rangordnung sollte gemäß HambStR (1603) II Tit. 18 Art. 2 das Prioritätsprinzip gelten. Doch muß schon sehr bald der Widerspruch zu HambStR (1603) II Tit. 5 Art. 8 und auch zur Natur des Geschäfts erkannt worden sein. Denn bereits 1618 ist dieser Artikel durch einen Rezeß geändert worden¹⁹⁸. Nach der neuen Fassung hat nunmehr der jüngere Gläubiger Vorrang¹⁹⁹. Dies wird damit begründet, daß der jüngste Gläubiger aus der Reisenotlage heraushilft, und daß auch an anderen Orten das Prinzip "jung vor alt" praktiziert wird²⁰⁰. Damit hat sich der Gesetzgeber unmittelbar dem Grundsatz aus D. 20, 4, 5/6 angeschlossen²⁰¹.

Schließlich wird ebenfalls nach Maßgabe der D. 20, 4, 5/6, Nov. 97, 3 und HambStR (1603) II Tit. 5 Art. 8 den Forderungen wegen Bergung, großer Haverei und Heuer Vorrang eingeräumt; denn diesen Forderungen würden es die Bodmeristen verdanken, daß das Schiff überhaupt noch vorhanden sei²⁰².

¹⁹⁷ So auch *Langenbeck*, (oben Fn. 178), S. 271.

¹⁹⁸ Der Text findet sich etwa in der Auflage 1771 (oben Fn. 182), Anhang S. 147, und in *Langenbeck*, (oben Fn. 178), S. 277 ("Articulus Correctus").

¹⁹⁹ Dieses Prinzip hat auch das Schwedische Seerecht von 1667 in Abteilung IV Kapitel 8 übernommen; vgl. die Übersetzung von *Flintberg*, Schwedisches Seerecht mit Anmerkungen, 1796, S. 262. Zum Einfluß dieser Quelle in den deutschsprachigen Gebieten vgl. *Landwehr*, in: Wieden, (oben Fn. 151), S. 132 f., 135 f., 140.

²⁰⁰ Begründung wiedergegeben bei *Langenbeck*, (oben Fn. 178), S. 278 f.; *Lau*, (oben Fn. 184), S. 213 f.

²⁰¹ *Langenbeck*, (oben Fn. 178), S. 278; *Klefeker*, (oben Fn. 185), S. 280; so neuerdings auch *Landwehr*, in: Modéer, (oben Fn. 151), S. 123; vgl. auch *ders.*, in: Wieden, (oben Fn. 151), S. 167 f. zum Rostocker Recht, das sich an die ursprüngliche Fassung des HambStR (1603) gehalten hat.

²⁰² *Langenbeck*, (oben Fn. 178), S. 281 (vgl. auch die dort angeführte Entscheidung von 1584); zustimmend ohne die Römischen Quellen zu nennen *Klefeker*, (oben Fn. 185), S. 283.

3. Preußisches Recht im 18. Jahrhundert

a) Das Preußische Seerecht (1727)

Die nächste Etappe²⁰³ auf dem Weg zum ADHGB bildet das Königlich-Preußische See-Recht von 1727 ("PreußSeeR [1727]")²⁰⁴. Über die Quellen des in zehn Kapitel gegliederten PreußSeeR (1727) sind zwar keine ausdrücklichen Mitteilungen erhalten; doch ergibt ein inhaltlicher Vergleich, daß das HambStR (1603), das HansSO (1614), das Schwedische Seerecht (1667)²⁰⁵ und die französische Ordonnance de la marine (1681)²⁰⁶ berücksichtigt worden sind²⁰⁷.

An dem PreußSeeR (1727) fällt zunächst die vermehrte Anzahl gesetzlicher Pfandrechte auf. In Kapitel ("Kap.") 1 Art. 4 findet sich eine ausführliche Regelung bezüglich der Pfandrechte für Forderungen wegen *versio in rem*:

"Wer zu Erbauung oder Erhaltung und *Reparation* eines Schiffes oder andern Fahrzeuges, entweder baares Geld darlehnet, oder einige *Bau-Materialien* dazu hergiebet, derselbe soll an selbigem Schiffe dieserwegen ein Pfand- und Vor-Recht für²⁰⁸ allen älteren auch *ingrossirten* Gläubigern des Eigenthümers haben, obgleich desfalls zur Zeit des Vorschusses nichts wäre abgeredet worden. Doch soll sothanen Pfand- und Vorrecht länger nicht dauren, als so lange das Schiff in demselben Hafen, wo die Schuld gemacht ist, liegen bleibet; Blicke es aber über Jahr und Tag liegen, soll es nach dessen Verlauff hiermit als mit andern gemeinen Schulden gehalten werden. Ein gleiches Recht sollen die Zimmerleute und andere Arbeiter, so bey dem Bau oder der *Salvirung* gebraucht worden, zu geniessen haben."

²⁰³ Über die übrigen seerechtlichen Quellen des 18. Jahrhunderts im Ostseeraum, die hier nicht von Bedeutung sind, berichtet *Landwehr*, in: Wieden, (oben Fn. 151), S. 129 ff.

²⁰⁴ Hier ist die "Ausgabe Königsberg 1728" benutzt worden. Eingehend zum PreußSeeR (1727) vgl. (alle oben Fn. 151) *Landwehr*, ZNR 8, 113 mit weiteren Nachweisen in Fn. 12 zu den Quellen der Entstehungsgeschichte; *ders.*, in: Wieden, S. 134 ff.; *ders.*, in: Gedächtnisschrift Martens, S. 625 ff.

²⁰⁵ Übersetzung bei *Flintberg*, (oben Fn. 199).

²⁰⁶ Vgl. dazu neuerdings *Morisset*, *Der Frachtvertrag in der Ordonnance de la marine*, 1998.

²⁰⁷ Vgl. (beide oben Fn. 151) *Landwehr*, ZNR 8, 118 f.; *ders.*, in: Wieden, S. 135.

²⁰⁸ Wohl als "vor" zu lesen.

In den Hanseatischen Seerechten finden sich vergleichbare Bestimmungen ausschließlich²⁰⁹ im HambStR (1603) II Tit. 4 Art. 14 in Verbindung mit II Tit. 5 Art. 8/9, die, wie oben gezeigt, auf das Römische Recht zurückgehen. Doch scheint der preußische Gesetzgeber über das Vorbild des HambStR (1603) hinausgehend ebenfalls die Römischen Quellen unmittelbar berücksichtigt zu haben, denn der Wortlaut der Vorschrift zeigt gegenüber dem HambStR (1603) große Selbständigkeit. Aus dem ersten Satz der Bestimmung läßt sich herauslesen, wie der Gesetzgeber die Digesten-Fragmente bzw. die Nov. 97, 3 verstanden hatte. Deutlich wird die unmittelbare Berücksichtigung des Römischen Rechts auch an der negativen Bestimmung in Kap. 1 Art. 5, wonach ein Darlehen, das für den Kauf eines Schiffes gegeben wird, kein gesetzliches Pfandrecht begründet; erforderlich ist eine vertragliche Bestellung. Diesmal hat es der preußische Gesetzgeber für notwendig gehalten²¹⁰, eine Abweichung von den Grundsätzen des Römischen Rechts²¹¹ im Gesetz auszusprechen. Hingegen sind nunmehr ausdrücklich weitere gesetzliche Pfandrechte vorgesehen für Ansprüche aus der Bergung (Kap. 1 Art. 4 S. 3) und den Bodmereiverträgen (Kap. 7 Art. 5). Inhaltlich ist an Kap. 1 Art. 4 hervorzuheben, daß in Satz 2 (wohl erstmals im deutschsprachigen Raum) eine zeitliche Befristung des Pfandrechts und Vorzugs vorgesehen ist; die Frist beträgt ein Jahr.

Bei der Rangordnung mehrerer Forderungen ist der Gesetzgeber gleichfalls den Römischen Grundsätzen treu geblieben. Nach Maßgabe der D. 20, 4, 5/6 und Nov. 97, 3 sowie des Hamburgischen Rezesses (1618) und des Schwedischen Seerechts (1667)²¹² ist der Vorrang des jeweils jüngeren Gläubigers ausdrücklich vorgesehen für Forderungen aus *versio in rem* (Kap. 1 Art. 6) und aus Bodmereiverträgen (Kap. 7 Art. 16). Schließlich genießen Bergegelder von der letzten Reise absoluten Vorrang vor den übrigen Forderungen (Kap. 10 Art. 59).

²⁰⁹ Ein stillschweigendes Pfandrecht wegen Ausbesserungskosten ist nur ausnahmsweise vorgesehen im Schwedischen Seerecht (1667); vgl. die Übersetzung von Abteilung III Kapitel 2 bei *Flintberg*, (oben Fn. 199), S. 247 f.

²¹⁰ So zuvor schon der Gesetzgeber des HambStR (1603) bezüglich des Pfandrechts für die Dotalforderung, vgl. oben bei Fn. 189.

²¹¹ D. 42, 5, 26/34 und Nov. 97, 3 (ungeachtet, daß heute bezüglich der D. 42, 5, 26/34 als erwiesen gilt, daß hier ohnehin kein Pfandrecht vorgesehen ist, vgl. oben III 2 f dd, 3).

²¹² Übersetzung von Abteilung IV Kapitel 8 bei *Flintberg*, (oben Fn. 199), S. 262.

b) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (1794)

Auf das PreußSeeR (1727) folgt das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 ("ALR [1794]")²¹³. Im ALR (1794) sind die seerechtlichen Materien in Teil II, Titel 8 (Abschnitte 11-14) §§ 1389-2451 geregelt. Eine Ausnahme bilden die Schiffspfandrechte und die Rangordnung der Pfand- und Vorrechte, die bei den allgemeinen pfandrechtlichen Bestimmungen in Teil I, Titel 20 (Abschnitt 1) §§ 300-328 mitbehandelt sind. Ebenso wie bereits im HambStR (1603) ist auch hier die Gliederung der Digesten befolgt worden.

Nach der Systembildung im ALR (1794) ist zunächst zu unterscheiden zwischen dem Anspruch, die Bestellung eines Pfandrechts zu fordern, und dem Pfandrecht selbst. Der Anspruch kann auf Willenserklärung oder Gesetz beruhen (I 20 § 2). Die dingliche Wirkung wird erst durch Vollziehung des gesetzlich vorgesehenen Bestellungsaktes begründet (I 20 §§ 6-8), widrigenfalls zwar dennoch ein Vorrecht entsteht (I 20 § 9), nicht aber ein gegen Dritte vefolgbares dingliches Recht (I 20 § 10). Diese allgemeinen Bestimmungen wirken auch auf die seerechtlichen Pfand- und Vorzugsrechte. Demnach ist jede Art von Schiffspfand durch Eintragung in die Urkunden, die das Eigentum nachweisen, zu bestellen (I 20 §§ 302 f.). Dies gilt gleichermaßen für die gesetzlichen Ansprüche auf Einräumung eines Pfandrechts. Deshalb ist für die Forderungen wegen *versio in rem* nunmehr folgendes vorgesehen (I 20 § 318):

"Wer zum Baue oder Ausbesserung eines Schiffs Materialien geliefert, Arbeiten gethan, oder Gelder vorgeschossen hat, ist befugt, die Einräumung eines Pfandrechts auf das Schiff, durch Verzeichnung seines Anspruchs auf die Original-Schiffsurkunden, zu fordern."

Mithin ist zwar der Grundsatz aus dem HambStR (1603) und dem PreußSeeR (1727) erhalten geblieben, aber an das neue System angepasst worden. Falls die Eintragung nicht geschieht, so bleibt der Gläubiger (der allgemeinen Regel entsprechend, I 20 §§ 9-10) hinter den eingetragenen Pfandgläubigern zurück (I 20 § 319). Hiervon wird aber eine Ausnahme zugelassen für die Fälle, daß das Schiff während der Reise auf Kredit ausgebessert worden ist; solche Forderungen gehen sämtlichen Pfandgläubigern vor (I 20 § 320). Damit ist eine eigenartige

²¹³ Neue Textausgabe mit Quellennachweisen und Bericht über die Gesetzgebungsgeschichte bei Hattenhauer/Bernert (Hrsg.), Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 3. Aufl. 1996.

Hybridlösung entwickelt worden; der Grundsatz von D. 20, 4, 5/6 wird realisiert, ohne daß ein Pfandrecht entsteht. Im Anschluß an PreußSeeR (1727) Kap. 1 Art. 4 S. 2 wird dann dieser Vorzug auf ein Jahr seit der Rückkehr in den Heimathafen befristet (I 20 §§ 323 f.).

Eine ähnliche Regelung ist für Bergegelder und die Heuer (I 20 § 325) sowie für Beiträge zur großen Haverei (I 20 § 326) getroffen. An diese Forderungen knüpft sich zwar kein Anspruch auf Bestellung eines Pfandrechts. Dennoch genießen sie absoluten Vorrang vor allen Pfandrechten und übrigen "Schiffsschulden". Ersichtlich soll das Prinzip der *versio in rem* zumindest durch Einräumung des Vorzugs erreicht werden, ohne daß ein Pfandrecht selbst entsteht. Damit entfällt für diese Forderungen die Möglichkeit der Verfolgung des Schiffes bei gutgläubigem Dritterwerb.

Schließlich erfordert auch die Begründung des Bodmereipfandrechts Eintragung in die Schiffsurkunden (II 8 § 2408), widrigenfalls die Forderung im Rang hinter den eingetragenen Pfandgläubigern zurückbleibt (I 20 § 317; II 8 § 2410). Falls es sich aber um eine Nothafen-Bodmerei, die der Kapitän gemäß II 8 § 2379 schließen darf, handelt, so kommen die Regeln über den zeitlich befristeten Vorrang ohne Pfandrecht zur Anwendung (I 20 §§ 321 ff.). Unter mehreren Nothafen-Bodmereien bestimmt sich die Rangfolge nach dem Grundsatz "jung vor alt", d.h. D. 20, 4, 5/6 wird befolgt (II 8 §§ 2445 f.).

Demnach ist auch das ALR (1794) von dem Römischen Recht des Pfandvorzugs im Grundsatz nicht abgewichen, wenngleich auch die Einzelregelung von dem übergreifenden System der Pfandrechte mitbestimmt worden ist.

4. Die gemeine Seerechtslehre im frühen 19. Jahrhundert

Mit dem ALR (1794) wird die Brücke zum 19. Jahrhundert geschlagen. Nunmehr dringt in der Literatur²¹⁴ zunehmend die Tendenz in den

²¹⁴ Erneut (vgl. oben Fn. 62) werden nur die Quellen herangezogen, deren Kenntnis für die Mitglieder der Hamburger Kommission zeitlich vorausgesetzt werden könnte; vgl. (in chronologischer Reihenfolge) *Benecke*, System des Assekuranz- und Bodmereiwesens IV, 1810; *Jacobsen*, Seerecht des Friedens und des Krieges, 1815; *Martens*, Grundriß des Handelsrechts, 3. Aufl. 1820; *Heise*, Handelsrecht ["HR"], Göttinger Vorlesungen von 1814-1817, gedruckt 1858 [Die Darstellung ist ausdrücklich nach dem Vorbild von *Martens* aufgebaut, vgl. *Heise*, S. 321.]; *Pöhls*, Darstellung des gemeinen Deutschen und des Hamburgischen Handelsrechts, I: Allgemeine Lehren, 1828, III/1: Seerecht, erster Teil, 1830, III/2: Seerecht, zweiter Teil, 1831;

Vordergrund, das Seerecht aufgrund mehrerer Quellen rechtsvergleichend darzustellen. Als gemeinsame Grundlage dient das Römische Recht; hinzu treten die geltenden hanseatischen, preußischen und übrigen europäischen Gesetze. Dabei werden die gesetzlichen Pfandrechte und der Rangvorzug regelmäßig aufgrund der Römischen Quellen erörtert, wobei Meinungsunterschiede zumeist auf Auslegungskonflikten beruhen²¹⁵. Demnach werden gesetzliche Pfandrechte verneint für Darlehen zum Bau²¹⁶ oder Kauf²¹⁷ eines Schiffes. Dagegen wird den Vorschüssen zur Erhaltung oder Ausbesserung eines Schiffes nach Maßgabe des Römischen Rechts²¹⁸, des HambStR (1603)²¹⁹, des ALR (1794)²²⁰ und ausländischer Gesetze²²¹ ein stillschweigendes Pfandrecht zugestanden. Ob der Bodmereivertag ein gesetzliches Pfandrecht begründet, wird nicht ausdrücklich beantwortet; es scheint zum Geschäft hinzugerechnet zu werden²²².

Kaltenborn, Grundsätze des praktischen Europäischen Seerechts I-II, 1851; *Nolte*, Benecke's System des See-Assekuranz- und Bodmerei-Wesens II, 1852; *Schow*, Grundsätze des nach dem allgemeinen Landrechte geltenden Seerechts in besonderer Anwendung auf Ostfriesland, 1857. In diesen Werken finden sich auch teilweise überholte Angaben zu den mittelalterlichen Quellen des Seerechts (s. oben IV 1 und 2).

- ²¹⁵ Vgl. etwa (alle oben Fn. 214) *Benecke*, S. 508 ff. (wiederholte Bezugnahme auf die Begründung in D. 20, 4, 6 ohne Quellenangabe), 514 f.; *Jacobsen*, S. 9; *Martens*, S. 207 mit Fn. a); *Heise*, S. 334, 395; *Pöhls*, I, S. 390 ff., III/1, S. 54, 57, III/2, S. 857 ff., 860; *Kaltenborn*, I, S. 97 f., II, S. 329 f., 334.
- ²¹⁶ Verbreitet ist die Beobachtung, daß im Römischen Recht für solche Forderungen nur ein persönliches Vorrecht, kein Pfandrecht eingeräumt war, daß aber die geltenden Gesetze darüber hinaus auch gesetzliche Pfandrechte anerkannt hätten; vgl. (alle oben Fn. 214) *Benecke*, S. 514 f.; *Heise*, S. 334 (unter Hinweis auf D. 42, 5, 26/34) [in § 194 (S. 395) wiederholt *Heise* die Ausführungen von *Martens* (S. 207), obwohl er die Bauwerkerhypothek verneint (S. 334)]; *Pöhls*, I, S. 393 (unter Hinweis auf D. 42, 5, 26/34); *ders.*, III/1, S. 54, 57, 91 ff. (Preußisches und Hamburgisches Recht); *Kaltenborn*, I, S. 97 f., 102 ff. (Preußisches und Hamburgisches Recht). Ein gesetzliches Pfandrecht bejaht *Martens*, S. 169 (unter Hinweis auf *Consolato de mar* c. 52 ff.), S. 207 (unter Hinweis auf D. 20, 4, 5/6, D. 42, 5, 26/34 und Nov. 97, 3); so wohl auch *Jacobsen*, S. 9, wonach für diese Forderungen in Altona die *actio hypothecaria* gewährt wird.
- ²¹⁷ Vgl. (alle oben Fn. 214) *Martens*, S. 207; *Heise*, S. 395; *Pöhls*, I, S. 392.
- ²¹⁸ d.h. D. 20, 4, 5/6, D. 42, 5, 26/34 und Nov. 97, 3; vgl. (beide oben Fn. 214) *Martens*, S. 207 mit Fn. a); *Heise*, S. 395.
- ²¹⁹ HambStR (1603) II Tit. 4 Art. 14 und II Tit. 5 Art. 8/9; vgl. (alle oben Fn. 214) *Benecke*, S. 516; *Martens*, S. 207 mit Fn. a); *Heise*, S. 395; *Pöhls*, III/1, S. 95 f.
- ²²⁰ ALR (1794) I 20 §§ 318 ff.; vgl. (beide oben Fn. 214) *Benecke*, S. 517; *Pöhls*, III/1, S. 92 f.
- ²²¹ u.z. die Dänischen, Schwedischen und Holländischen Gesetze, vgl. (beide oben Fn. 214) *Martens*, S. 207 mit Fn. a); *Heise*, S. 395.
- ²²² Vgl. (alle oben Fn. 214) *Martens*, S. 209 ff.; *Heise*, S. 396, 400; nach *Pöhls*, III/1, S. 57

Bezüglich der Rangvorzüge folgt die Lehre ebenfalls dem Römischen Recht. Als allgemeiner Grundsatz dient das Kriterium aus D. 20, 4, 6 wonach Forderungen, die dem Erhalt des Schiffes beigetragen haben, Vorzug genießen²²³. Dieser Grundsatz wird dann im einzelnen auf folgende Fälle angewandt. Falls eine vertragliche Hypothek für Forderungen aus Schiffsbau bestellt ist, so genießt sie Vorrang wegen Verwendung auf die Sache²²⁴. Ebenso geht die jüngere Nothafen-Bodmerei sämtlichen älteren Bodmereien vor; unter Hinweis auf das Römische Recht²²⁵, die Natur der Sache²²⁶, den Hamburger Rezeß (1618)²²⁷, das PreußSeeR (1727)²²⁸, das ALR (1794)²²⁹ und ausländische Gesetze²³⁰ wird dies damit begründet, daß die jüngere Bodmerei zugleich sicherstellt, daß auch die ältere Bodmereichuld getilgt wird. Der Bodmereforderung gehen wiederum solche privilegierte Forderungen²³¹ vor, die es sämtlichen Gläubigern ermöglichen, an ihre Forderung zu kommen. Dazu werden insbesondere gezählt²³² der Bergelohn, die Lotsen-, Tonnen- und Hafengelder, die Beiträge zur großen Haverei, die Reklamekosten bei feindlicher Nehrung des Schiffes, die Heuer und schließlich die Forderungen wegen *versio in rem* in Notfällen außerhalb des Heimathafens, weil diese Kosten zur Sicherung der älteren Forderungen beitragen.

f. ist ein gesetzliches Pfandrecht nur im HambStR (1603) vorgesehen (gemeint kann nur HambStR (1603) II Tit. 4 Art. 14 sein, vgl. oben bei Fn. 197), in den übrigen Fällen sei die vertragliche Bestellung erforderlich.

²²³ Vgl. (alle oben Fn. 214) *Benecke*, S. 515; *Heise*, S. 400; *Pöhls*, III/2, S. 857 f., 859; *Kaltenborn*, II, S. 329 f., 333 ff.

²²⁴ *Heise*, (oben Fn. 214), S. 334 (unter Hinweis auf Nov. 97, 3).

²²⁵ Vgl. (alle oben Fn. 214) *Martens*, S. 211 mit Fn. a); *Heise*, S. 400; *Pöhls*, III/2, S. 857 f.; *Kaltenborn*, II, S. 329; so auch die Lehre zum Pfandrecht, vgl. *Schwepe*, (oben Fn. 62), RP II, S. 330 f.

²²⁶ Vgl. (beide oben Fn. 214) *Benecke*, S. 508; *Nolte*, S. 860.

²²⁷ Vgl. (beide oben Fn. 214) *Benecke*, S. 508; *Nolte*, S. 860.

²²⁸ Kap. 7 Art. 16; vgl. (beide oben Fn. 214) *Pöhls*, III/2, S. 857 f.; *Kaltenborn*, II, S. 329.

²²⁹ Vgl. (alle oben Fn. 214) *Benecke*, S. 509; *Martens*, S. 211 mit Fn. a); *Nolte*, S. 861.

²³⁰ Vgl. (alle oben Fn. 214) *Benecke*, S. 509 f. (unter Hinweis auf das französische, schwedische, dänische und niederländische Recht); *Heise*, S. 400 (unter Hinweis auf das französische Recht); *Pöhls*, III/2, S. 857 f. (niederländisches Recht); *Kaltenborn*, II, S. 329 (wie *Benecke*); *Nolte*, S. 860 ff.

²³¹ *Martens*, (oben Fn. 214), S. 212 bezeichnet sie als privilegierte Hypotheken (unter Hinweis auf *Langenbeck*, [oben Fn. 178], S. 280 f.); in den übrigen Quellen wird nur generell von "privilegierten Forderungen" gesprochen, s. die Angaben in den folgenden Fn.

²³² Vgl. (alle oben Fn. 214) *Benecke*, S. 511 ff.; *Martens*, S. 207; *Heise*, S. 395, 400; *Pöhls*, III/2, S. 859 f.; *Kaltenborn*, II, S. 334 f.; *Nolte*, S. 862, 876; *Schow*, S. 15 f., 96.

5. Preußische Entwicklungen im 19. Jahrhundert

a) Die Preußische Konkursordnung (1855)

In dieser systematisierten Darstellung ist die Rangordnung in die Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 ("PreußKO [1855]") übernommen worden. In den Motiven wird ausgeführt, dass die Bestimmungen in dieser Sache sehr verwickelt seien, weil es sich um die privilegierten unerkennbaren Pfandrechte des Römischen Rechts handeln würde. Nach Maßgabe des Grundsatzes, Kosten im gemeinsamen Interesse der Verteilungsmasse seien vorrangig abzuziehen, sei nunmehr die Prioritätsordnung für Schiffe erheblich vereinfacht worden²³³. Mithin war sich der Gesetzgeber über die Rezeption des Römischen Rechts zu dieser Zeit noch eindeutig bewusst.

Im ersten Titel, Abschnitt 7 (§§ 64-71) der PreußKO (1855) wird die "abgesonderte Befriedigung der Schiffsgläubiger" behandelt. Soweit ersichtlich wird der Begriff "Schiffsgläubiger" erstmals hier auf gesetzlicher Ebene eingeführt. Gemäß § 64 wird für die Forderungen der Schiffsgläubiger eine Masse gebildet, die aus dem Schiff mit Zubehör und Versicherung sowie der verdienten Fracht besteht. Ihrer Rangordnung nach zählt das Gesetz folgende Schiffsgläubigerforderungen auf: Bergegelder und Kosten der Verwahrung seit der letzten Einbringung in den Hafen (§ 65); Lotsen-, Tonnen-, Hafengelder und andere Kosten zur letzten Einbringung in den Hafen (§ 66); Heuer (§ 67); Forderungen wegen großer Haverei, Reparatur und Ausrüstung des Schiffes während der letzten Reise sowie Darlehen und Bodmerei, die der Kapitän im Nothafen aufgenommen hat (§ 68); schließlich die übrigen Pfandrechte (§ 69). Aus dem PreußSeeR (1727) und dem ALR (1794) wird auch die Jahresfrist für den Vorzug der Forderungen aus *versio in rem* übernommen (§ 68 Abs. 2).

²³³ Text in: Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten, 1855, S. 321; Text mit Gesetzesmaterialien und ausführlicher Kommentierung bei *Goldammer*, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855, 2. Ausg. 1858. Die PreußKO hat die unzureichenden Bestimmungen in der Verfahrensrechtlichen Deklaration vom 16. Juli 1785 und der Allgemeinen Gerichtsordnung (§ 685 Titel 50) abgelöst; dabei sind die Bestimmungen zum Seerecht von einer Sachverständigen-Kommission beraten, die in Stettin, Danzig und Königsberg einberufen war; diese Informationen und Motive bei *Goldammer*, S. 171, 172, 179.

b) Der Preußische ADHGB-Entwurf (1857)

Dieses System der PreußKO (1855) hat schließlich der PreußEntw (1857) nahezu wörtlich übernommen (11. Titel, Art. 681-688)²³⁴. In der Begründung wird dazu ausgeführt, es erscheine angemessen, diese Bestimmungen in das Buch vom Seerecht aufzunehmen, da sie bei jeder Kollision der Gläubiger auch ohne Konkurs des Eigentümers zur Anwendung kämen²³⁵. In Art. 681 PreußEntw werden die Schiffsgläubiger aufgeführt. Dieser Katalog ist nicht erschöpfend, weil andere Schiffsgläubiger jeweils im Zusammenhang mit dem zugrundeliegenden Anspruch erwähnt werden. Doch sind die drei Hauptkategorien der Forderungen wegen *versio in rem* hier aufgezählt: Bergegelder, Leistungen und Lieferungen im Nothafen, sowie Nothafen-Darlehen. Gemäß Art. 682 ist die Masse, die von dem Pfandrecht ergriffen wird, übereinstimmend mit § 64 Abs. 1 PreußKO (1855) geregelt. Schließlich ist in Art. 683-687 die Rangordnung aus PreußKO (1855) §§ 65-69 übernommen. Die Befristung dieser Ansprüche und ihrer Vorzüge wird in dem 12. Titel (Art. 689-692) gesondert behandelt; es bleibt aber bei der Frist von einem Jahr, die nun als Verjährungsfrist definiert ist (Art. 689).

Auf diese Weise sind die Grundsätze über den Pfandvorzug wegen *versio in rem* bis zur Hamburger Konferenz erhalten geblieben. Zwar sind die Schiffsgläubigerrechte nicht unmittelbar aufgrund des PreußEntw (1857) beraten worden. Doch ist von dem Entwurf, wie gezeigt, nur deshalb abgewichen worden, weil mittlerweile die beschränkt-dingliche Reederhaftung angenommen war²³⁶. Bezüglich der "echten Schiffsgläubiger" (d.h. derjenigen wegen *versio in rem*) waren die Grundsätze bereits in dem PreußEntw (1857) vorgegeben und sind auch von der Konferenz in derselben Form angenommen worden²³⁷.

6. Urheber des Hamburger Entwurfs (1859)

Zur Zeit der Hamburger Beratungen konnte nach diesen Ergebnissen der Rezeptionsvorgang bereits als abgeschlossen gelten. Den Anforderungen des Seehandels entsprechend hatte sich aus dem Römischen Recht der Pfandprivilegien ein selbständiges

²³⁴ Oben Fn. 26.

²³⁵ Motive zum PreußEntw (1857), (oben Fn. 26), S. 366 f.

²³⁶ S. oben II 2 (Protokolle, [oben Fn. 25], S. 2845).

²³⁷ Ausführlich dazu oben II 2.

Schiffsgläubigerrecht herausgebildet. Dennoch ist zur Begründung des neuen HambEntw (1859) über Schiffsgläubigerrechte mehrmals auf die Grundsätze des gemeinen Rechts bezug genommen worden²³⁸. Daher wäre hier zuletzt noch von Interesse herauszufinden, wie die gemeinrechtliche Lehre Eingang in die Hamburger Beratungen gefunden hat. Über die Ausarbeitung des HambEntw (1859) wird in den *Protokollen* keine Auskunft vermittelt²³⁹. Eine mögliche Erklärung ließe sich meines Erachtens folgenderweise bringen²⁴⁰.

Als Ansatz kann hier erneut der Hinweis auf die *versio in rem* während der Beratungen dienen. Oben ist ermittelt worden, daß dieser Begriff erst im frühen 19. Jahrhundert in der gemeinrechtlichen Lehre als *terminus technicus* fest eingeführt worden ist²⁴¹. Mithin dürfte dieses relativ neue Produkt der Wissenschaft eher den gelehrten Juristen bekannt gewesen sein. Unter den Mitgliedern der Hamburger Kommission²⁴² befindet sich aber nur eine Person, die aufgrund ihrer akademischen Laufbahn dem gelehrten Seerecht und dem Römischen Recht gleichermaßen nahesteht: *Heinrich Thöl*, Professor in Göttingen und Abgeordneter für Hannover, hervorgetreten durch aktive Teilnahme auf der Konferenz²⁴³. *Thöl* hat in Heidelberg studiert und promoviert²⁴⁴.

²³⁸ Oben Fn. 29 und die Angaben oben in II 2 b, d, g, h, k.

²³⁹ *Schulz*, Die Entstehung des Seerechts des ADHGB, 1987, hat anhand zahlreicher archivalischer Quellen (zusammengestellt S. 230 ff.) die Beiträge den einzelnen Teilnehmern zugeordnet. Leider ist dies aber nur für die Abschnitte über die Reederei, den Kapitän und die Schiffsmannschaft erfolgt. Eine Untersuchung in derselben Richtung für die Schiffsgläubigerrechte könnte die Frage nach dem Urheber des HambEntw (1859) eindeutig klären.

²⁴⁰ Eine andere Vermutung ist aufgestellt worden von *Brodmann*, in: *Planitz* (Hrsg.), Die Rechtswissenschaft in Selbstdarstellungen, 1925, S. 24, wonach der Entwurf wohl von österreichischer Seite gekommen sei. Hierfür finden sich aber keine Hinweise in den *Protokollen*. Im Gegenteil; der Konferenz lag auch der "Entwurf des österreichischen Privatseerechts" (abgedruckt in: *Protokolle*, [oben Fn. 25], Band 10 [Beilagenband], Teil [2]) vor. In diesem Entwurf waren die Schiffsgläubigerrechte in §§ 299 ff. zusammen mit den vertraglichen Pfandrechten und dem Vorrang im Konkurs geregelt. Eine systematische und inhaltliche Übereinstimmung mit dem HambEntw (1859) läßt sich jedoch nicht feststellen, wenngleich auch die Grundsätze der *versio in rem* in §§ 304 ff. erkenntlich sind.

²⁴¹ Vgl. oben Fn. 103.

²⁴² Die Teilnehmer der ersten Lesung sind namentlich aufgeführt in *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. 1473 f. und bei *Schulz*, (oben Fn. 239), S. 42 ff.; vgl. auch die tabellarische Übersicht von *Schubert*, in: *Protokolle*, (oben Fn. 25), S. X f.

²⁴³ *Schulz*, (oben Fn. 239), S. 225, hat die Notizen eines Teilnehmers ausgewertet und die zahlenmäßige und prozentuale Teilnahme der Mitglieder für die ersten fünf Monate der Konferenz ermittelt; danach war *Thöl* mit 145 Meldungen und einer

In dieser Zeit wird er stark beeinflusst von *Thibaut* und dem Römischen Recht²⁴⁵. Nach der Promotion kommt er nach Göttingen (1829). In seiner Göttinger Zeit gerät er unter den Einfluß von *Heise*, den er später wiederholt in Lübeck besucht, um die Rechtsprechung des Oberappellationsgericht²⁴⁶ auszuwerten²⁴⁷. Demnach befand sich *Thöl* in ständiger Berührung mit den Vätern der Lehre vom Pfandvorzug. *Schweppe*, d.h. der Begründer der Lehre, ist zunächst Professor in Kiel, dann in Göttingen und schließlich OAG-Rat in Lübeck gewesen²⁴⁸. Unter den ersten, die *Schweppe* in der Terminologie und den Grundsätzen gefolgt sind, befinden sich *Heise* und *Thibaut*. *Heise* gehört ebenfalls der Göttinger Schule an²⁴⁹; zwischen 1804 und 1814 lehrte er auch in Heidelberg. Zur selben Zeit ist *Thibaut* Professor in Heidelberg²⁵⁰. *Heise* kehrt dann nach Göttingen zurück und wird 1820 zum Präsidenten des neu gegründeten OAG Lübeck ernannt, das zu dem berühmtesten römisch-rechtlich geprägten Gerichten Deutschlands wurde²⁵¹. Blickt man auf diese Zusammenhänge, so muß sich der Verdacht aufdrängen, daß *Thöl* bei der Ausarbeitung des HambEntw (1859) maßgeblich mitgewirkt hat und dabei die seerechtlichen Pfandvorzüge unter dem Einfluß des gemeinen Rechts systematisiert hat.

Beteiligungsquote von 8,8% der fünfte aus 29 Teilnehmern, wobei der erste (*Pape*) das Referat geführt hat (vgl. *Protokolle*, [oben Fn. 25], S. 1585).

²⁴⁴ Vgl. hierzu und zum folgenden *Stintzing/Landsberg*, (oben Fn. 193), III/2, S. 625 ff.; Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte V, 1998, Spalte 180 f.; *Montag*, Die Lehrdarstellung des Handelsrechts von Martens bis Pöhls, 1986, S. 22 f.; *Kleinheyer/Schröder*, (oben Fn. 121), S. 514.

²⁴⁵ Über die Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland vgl. auch seine eigene Darstellung: *Thöl*, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, S. 66 ff.

²⁴⁶ Dazu vgl. etwa *Kusserow*, Das gemeinschaftliche Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck und seine Rechtsprechung in Handelssachen, 1964.

²⁴⁷ Vgl. das Selbstbekenntnis von *Thöl*, Das Handelsrecht I, zuletzt 6. Aufl. 1879, S. III.

²⁴⁸ Vgl. die Angaben bei *Schweppe*, (oben Fn. 62), RRG und RP II, III.

²⁴⁹ Angaben über *Heise* finden sich bei *Stintzing/Landsberg*, (oben Fn. 193), III/2, S. 88 ff.; *Montag*, (oben Fn. 244), S. 13 ff.; *Kleinheyer/Schröder*, (oben Fn. 121), S. 483.

²⁵⁰ Vgl. *Stintzing/Landsberg*, (oben Fn. 193), III/2, S. 69 ff.; *Kleinheyer/Schröder*, (oben Fn. 121), S. 420 ff.

²⁵¹ Vgl. dazu die Kritik von *Kaltenborn*, (oben Fn. 214), I, S. V (im Vorwort): "Als ein Frevel erscheint es aber geradezu, die lebendigen Strömungen des modernen Seeverkehrs in die armseligen Bestimmungen des Römischen Rechts über Seerecht einzwängen zu wollen, obwohl gewisse Gerichtshöfe anderer Meinung zu sein scheinen".

7. Entwicklungen seit dem ADHGB (1861) und HGB (1897)

Mit dem Abschluß der Gesetzgebungsverfahren scheint die Herkunft des Schiffsgläubigerrechts aus den Römischen Quellen zunehmend in Vergessenheit geraten zu sein²⁵². Während in der Lehre zum ADHGB²⁵³ zumindest noch relativ klar zwischen den beiden Kategorien der Schiffsgläubiger unterschieden und auf die *versio in rem* Bezug genommen wird, tritt in der Lehre zum HGB²⁵⁴ der ursprüngliche Normzweck

²⁵² Vereinzelt Hinweise finden sich nur noch bei *Dernburg*, (oben Fn. 61), S. 705 und S. 690; *Lehmann*, Lehrbuch des Handelsrechts, 2. Aufl. 1912, S. 569 f. (unter Hinweis auf "die Konkursprivilegien des spätrömischen Rechts"); *Landwehr*, in: *Modéer*, (oben Fn. 151), S. 123; aus dem englischsprachigen Schrifttum vgl. noch *Lobingier*, *Maritime Law of Rome*, (1935) 47 *Juridical Review* 21, der in den Fragmenten D. 42, 5, 26/34 den Ursprung der Schiffsgläubigerrechte sieht. Im allgemeinen zur Bedeutung der Römischen Quellen für das deutsche Seerecht vgl. auch *Landwehr*, *Haverei* (oben Fn. 151), S. 123; *Scherner*, in: *HB II/1*, (oben Fn. 151), S. 848 ff.; *Frentz*, (oben Fn. 175), S. 127 f.; *Sotiropoulos*, *Die Beschränkung der Reederhaftung*, 1962, S. 4 ff.; *Goldschmidt*, (oben Fn. 153), *ZHR* 35, 38; *Kreller*, (oben Fn. 156), *ZHR* 85, 257 ff.

²⁵³ Vgl. etwa *Matthiass*, (oben Fn. 148), S. 44; *Lewis*, (oben Fn. 16), Art. 757 Anm. 1; *Schröder*, in: *Endemann* (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts*, IV/1: *Das Seerecht*, 1884, S. 303 f.; *Mittelstein*, *Deutsches Schiffspfandrecht und Schiffsgläubigerrecht*, 1889, S. 4 f.; *Gareis/Fuchsberger*, (oben Fn. 16), Art. 757 Anm. 5; *Goldschmidt*, *System des Handelsrechts*, 4. Aufl. 1892, S. 247 f.; *Makower*, (oben Fn. 16), Art. 757 Anm. 1; vgl. dagegen schon *Ehrenberg*, *Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht*, 1880, S. 202 f.; *Boyens*, *Das deutsche Seerecht I*, 1897, S. 188 ff.

²⁵⁴ Vgl. etwa (in chronologischer Reihenfolge) *Ehrenberg*, *Das Recht des Schiffsgläubigers*, in: *Festgabe Ferdinand Regelsberger*, 1901, S. 6 ff.; *Stockmann*, *Die rechtliche Stellung der Schiffsgläubiger nach See- und Binnenschiffahrtsrecht*, 1901, S. 68 (obwohl er mehrfach auf die *Protokolle*, [oben Fn. 25], verweist, S. 14 f., 66 f.); *Pappenheim*, *Handbuch des Seerechts I*, 1906, S. 207 ff. (für die Kategorie der Bergegelder wird die *versio in rem* genannt, S. 211); *Martin*, *Schiffsgläubigerschaft am eigenen Schiff?*, 1907, S. 1 ff. (obwohl er vornehmlich das Schiffsgläubigerrecht am eigenen Schiff für die Bergung untersucht); *Mathies*, *Das Schiffsgläubigerrecht, insbesondere am eigenen Schiff*, 1909, S. 1 ff.; *Hertz*, *Die rechtliche Natur des Schiffsgläubigerrechts*, 1910, S. 1 ff.; *Byk*, *Wesen des Schiffsgläubigerrechts, insbesondere am eigenen Schiffe*, 1910 (wie *Martin*); *Netheim*, *Das Wesen des Schiffsgläubigerrechts*, 1912, S. 5 ff.; *Lehmann*, (oben Fn. 252), S. 569 f.; *Wüstendörfer*, *Das Seeschiffahrtsrecht*, in: *Ehrenberg* (Hrsg.), *Handbuch des gesamten Handelsrechts VII/2* ["HB"], 1923, S. 352 ff., 377 ff.; *Pick*, *Die rechtliche Natur des Schiffsgläubigerrechts*, 1925, S. 1 ff.; *Paulekuhn*, *Die rechtliche Natur des Schiffsgläubigerrechts*, 1928, S. 1 ff.; *Locher*, *Handels-, Wechsel- und Seerecht*, in: *Stammler* (Hrsg.), *Das gesamte deutsche Recht I*, 1930, S. 1376; *Lissey*, *Die Schiffsgläubigerrechte im See- und Binnenschiffahrtsrecht*, 1934, S. 1 ff.; *Wüstendörfer*, *Neuzeitliches Seehandelsrecht* ["NSHR"], 2. Aufl. 1950, S. 134; *Gierke*, *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*, 8. Aufl. 1958, § 91 I; *Würdinger/Sotiropoulos*, *Schiffsgläubigerrechte und Schiffshypothek*, 1961, S. 12 ff.; *Schaps/Abraham*, *Das*

des Pfandvorzugs vollkommen in den Hintergrund; diese Bedeutung wird, wenn überhaupt, nur noch vollkommen beiläufig angeführt²⁵⁵. In den Brennpunkt gerät vornehmlich die Diskussion über die rechtliche Natur des Schiffsgläubigerrechts unmittelbar im Zusammenhang mit der dinglich-beschränkten Haftung²⁵⁶. Daran hat sich auch nach den beiden SRÄG nicht viel geändert; in der Lehre (sowohl zum materiellen Recht²⁵⁷ als auch zum Internationalen Privatrecht²⁵⁸) wird zwar auf die

Deutsche Seerecht II, 3. Aufl. 1962, § 754 Anm. 1 ff.; *Sotiropoulos*, (oben Fn. 252), S. 62 ff., 70; *Schlegelberger/Liesecke*, Seehandelsrecht, 2. Aufl. 1964, § 754 Rn. 1 ff.; *Hübner*, Die Durchsetzung von berechtigten und nicht berechtigten Forderungen an deutschen und ausländischen Handelsschiffen in deutschen Häfen, 1965, S. 59 ff. und passim; *Trappe*, Ökonomische Aspekte des Seerechts, Zeitschrift für Verkehrswissenschaft 38 (1967), S. 160 f.; *Prüßmann*, Seehandelsrecht, 1968, Vor § 754 B-D, § 754 B; *Sachse*, (oben Fn. 25), S. 128 ff. (siehe nächste Fn.); *Bahls*, Schiffsgläubigerrechte nach deutschem und amerikanischem Recht, 1971, S. 5 ff., 125 ff.

²⁵⁵ Die einzige Ausnahme ist die Dissertation von *Sachse*, (oben Fn. 25), S. 128 ff., der aber in seinem Bemühen, die Beibehaltung von § 754 Nr. 8 HGB a.F. zu rechtfertigen, seine zumeist richtigen Feststellungen bezüglich der Bedeutung von § 754 Nr. 6 HGB a.F. in unhaltbarer Weise auf Nr. 8 überträgt und deshalb zu unrichtigen Ergebnissen kommt. Neuerdings hat *Kreuzer* (in: Henrich, [oben Fn. 3], S. 116 Fn. 321) das Schiffsgläubigerrecht als eine *actio de in rem verso* eingeordnet. Doch, wie oben (III 3 f cc, bei Fn. 144) gezeigt wurde, war den Schiffsgläubigern im Römischen Recht diese *actio*, die sich gegen die älteren Pfandgläubiger (nicht gegen den Eigentümer) gerichtet hätte, gerade nicht gewährt. Der Anspruch der Schiffsgläubiger richtet sich gegen den Eigentümer; doch steht ihnen ein Konkurs- bzw. Pfandprivileg gegenüber den Drittgläubigern zu. Deshalb handelt es sich um ein Privileg wegen *versio in rem*, nicht aber um eine *actio de in rem verso*.

²⁵⁶ Vgl. etwa (in chronologischer Reihenfolge) *Ehrenberg*, (oben Fn. 253), S. 434 ff., 457 ff. (er muß wohl als Anstifter der Diskussion gelten); *Mittelstein*, (oben Fn. 253), S. 4 f.; *Gareis/Fuchsberger*, (oben Fn. 16), Art. 757 Anm. 5; *Cosack*, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Aufl. 1895, S. 161 f.; *Boyens*, (oben Fn. 253), S. 188 ff.; *Ehrenberg*, (oben Fn. 254), in: FG Regelsberger, S. 23 ff.; *Pappenheim*, (oben Fn. 254), S. 207 ff.; *Mathies*, (oben Fn. 254), S. 6 ff.; *Hertz*, (oben Fn. 254), S. 14 ff.; *Byk*, (oben Fn. 254), S. 10 ff.; *Netheim*, (oben Fn. 254), S. 5 ff.; *Fittbogen*, Die rechtliche Stellung der Schiffsgläubiger, 1912, S. 15 ff.; *Wüstendörfer*, HB (oben Fn. 254), S. 386 ff.; *Pick*, (oben Fn. 254), S. 2 ff.; *Paulekuhn*, (oben Fn. 254), S. 2 ff.; *Lissey*, (oben Fn. 254), S. 16 ff.; *Wüstendörfer*, NSHR (oben Fn. 254), S. 139 f.; *Schaps/Abraham*, (oben Fn. 254), Vor § 754 Anm. 4 ff.; *Sotiropoulos*, (oben Fn. 252), S. 62 ff., 70; *Prüßmann*, (oben Fn. 254), Vor § 754 B.

²⁵⁷ Vgl. etwa (in chronologischer Reihenfolge) *Abraham*, (oben Fn. 20), S. 55 ff.; *Schaps/Abraham*, (oben Fn. 9), Vor § 754 Rn. 7 ff., § 754 Rn. 1 ff.; *Rabe*, (oben Fn. 1), Vor § 754 Rn. 4 f., § 754 Rn. 2 ff.; *Puttfarcken*, Seehandelsrecht, 1997, Rn. 655 ff.; *Staudinger/Nöll*, (oben Fn. 1), § 8 SchiffsRG Rn. 71 ff.; *Herber*, (oben Fn. 4), § 13 V; vgl. auch *Knorr*, (oben Fn. 21), S. 56 ff.; *Czerwenka*, Internationales Übereinkommen von 1993, TranspR 1994, 213 ff.; *Wersel*, Das Übereinkommen über

neue Rechtslage hingewiesen; doch bezüglich der juristischen Konstruktion und der einzelnen Anwendungsfragen werden die Ausführungen zur Rechtslage vor den SRÄG wiederholt. Dabei wäre nunmehr zu berücksichtigen, daß die Lehre des 20. Jahrhunderts das Schiffsgläubigerrecht nach Maßgabe der Haftungsbeschränkung dogmatisch begründet hat. Mit dem Wegfall der dinglichen Beschränkung wäre nun umsomehr der ursprüngliche Normzweck in den Vordergrund zu rücken und die geltende Rechtslage neu zu überdenken, zumal die Reederhaftung ja nach wie vor beschränkt ist, während die Hamburger Kommission die uneigentlichen Schiffsgläubigerrechte ausschließlich für die Fälle der dinglichen (nicht persönlichen) beschränkten Haftung zugelassen hat. Im Recht der Schiffsgläubiger hat sich mit den beiden SRÄG eine bedeutsame Wende vollzogen, die bisher noch nicht gebührend herausgearbeitet ist.

V. Zusammenfassung

Die historische Grundlage der Schiffsgläubigerrechte bilden zwei Fragmente von *Ulpian* aus dem frühen 3. Jahrhundert, die in den Digesten zusammengeführt worden sind (D. 20, 4, 5/6). Nach der Systematik der Kompilation ergibt sich folgendes Prinzip: Ist eine Forderung für den Erhalt oder die Besserung eines verpfändeten Gegenstandes entstanden, so geht das für diese Forderung bestellte Pfandrecht sämtlichen früheren Pfandrechten im Rang vor (*versio in rem*), denn die früheren Pfandgläubiger verdanken es dieser Forderung, daß ihre Ansprüche überhaupt noch durchgesetzt werden können. Als Beispiel hat *Ulpian* das Darlehen zur Ausrüstung oder Ausbesserung eines verpfändeten Schiffes angeführt. Nach dem gegenwärtigen Stand

Schiffsgläubigerrechte und Schiffshypotheken vom 6. Mai 1993, 1996, S. 27. In seiner 2003 vorgelegten Hamburger Dissertation hat *Schmidt-Vollmer*, (oben Fn. 12), S. 5 ff., versucht, anhand eines geschichtlichen Abrisses der Materie näher zu kommen. Doch weist seine Bestandaufnahme große Lücken auf; die Unterschiede der Digestenfragmente 20, 4, 5/6 und 42, 5, 26/34 bleiben ihm verschlossen (S. 8) und letztendlich sieht er in dem Schiffsgläubigerrecht auch nur die Korrelatsfunktion (S. 36).

²⁵⁸ Die definitive Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten zum IPR der Schiffsgläubigerrechte findet sich bei *Mankowski*, (oben Fn. 4), *TranspR* 1990, 213; in dem hier interessierenden Zusammenhang vgl. etwa *Regel*, (oben Fn. 9), S. 5 ff.; *Koukakis*, (oben Fn. 9), S. 45 ff.; *Drobnig*, in: *Henrich*, (oben Fn. 3), S. 21 ff.; *Kreuzer*, in: *Henrich*, (oben Fn. 3), S. 114 ff.; *Staudinger/Stoll*, (oben Fn. 4), *IntSachenR* Rn. 386 ff.; *Soergel/Lüderitz*, (oben Fn. 4), *Anh II Art 38 EGBGB* Rn. 84; *Puttfarcken*, (oben Fn. 4), *RabelsZ* 62, 787 ff.; *MünchKomm/Kreuzer*, (oben Fn. 4), *Nach Art. 38 EGBGB Anh. I Rn.* 147 ff.

der Forschung ist in diesen Fragmenten kein gesetzliches Pfandrecht gewährt. Überhaupt werden im Römischen Recht gesetzliche Pfandrechte für Forderungen aus Schuldverhältnissen ausnahmsweise nur dann zugelassen, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß der Gläubiger ohne Pfandbestellung kein Darlehen gewährt hätte, praktisch aber außerstande gewesen ist, die Pfandbestellung durchzusetzen.

Der Grundsatz von *Ulpian* ist jedoch aufgrund von zwei weiteren Digestenfragmenten (D. 42, 5, 26/34) und einer Justinianischen Novelle (Nov. 97, 3) in zwei Richtungen verfälscht worden: einerseits wurde den Fragmenten ganz allgemein ein gesetzliches Pfandrecht entnommen, und andererseits wurde der Anwendungsbereich stark erweitert. In dieser mißverstandenen Deutung ist das Prinzip spätestens zu Beginn des 17. Jahrhunderts in die deutschen Seerechtsquellen übergegangen und hat selbst noch den Beratungen zum ADHGB (1861) zugrundegelegen. Zusätzlich wurde erstmals im Verlauf der Beratungen eine zweite Klasse von Schiffsgläubigern gebildet; es waren die Forderungen, für die nunmehr die beschränkt-dingliche Haftung eingeführt worden war. Das System der Haftungsbeschränkung ist aber mit den SRÄG von 1972 und 1986 erneuert worden, so daß hätte erwogen werden können, ob das Recht der Schiffsgläubiger nicht auf die ursprüngliche erste Klasse zurückzuführen wäre. Statt dessen sind die Bestimmungen des IÜS (1967) teilweise übernommen worden. Mithin beruht das geltende System der Schiffsgläubigerrechte auf vier unterschiedlichen Quellen: das (mißverstandene) Römische Recht, das gemeine deutsche Seerecht in der Fassung des ADHGB, das IÜS und die ersten beiden SRÄG. Es wäre zu erwägen, ob dieses System nach Maßgabe des geschichtlichen Hintergrunds und ursprünglichen Normzwecks sowohl für das materielle Recht als auch für das Kollisionsrecht zu überarbeiten wäre.

VI. Das Genfer Übereinkommen von 1993

Auf internationaler Ebene ist bereits frühzeitig der Versuch unternommen worden, das Recht der Schiffsgläubiger und ihre Auswirkungen auf die Schiffshypotheken zu vereinheitlichen. Am 10. April 1926 wurde das Internationale Übereinkommen über Vorzugsrechte und Schiffshypotheken²⁵⁹ angenommen ("VSÜ"). Es ist am 2. Juni 1931 in Kraft getreten. Die Türkei ist dem VSÜ am 4. Juli 1955 beigetreten.

²⁵⁹ Convention internationale pour l'unification de certaines règles relatives aux privilèges et hypothèques maritimes; abgedruckt etwa in: *Schaps/Abraham*, (oben Fn. 9), Vor § 754 Rn. 36.

Doch hat das VSÜ die erhoffte Vereinheitlichung nicht bewirkt. Hierauf sind erneut Vorbereitungen für ein internationales Übereinkommen eingeleitet worden. Das Ergebnis war das IÜS von 1967²⁶⁰, das jedoch vollkommen erfolglos blieb, da es nicht einmal völkerrechtliche Verbindlichkeit erhalten hat.

Deshalb setzten zu Beginn der achtziger Jahre zum dritten Mal die Bemühungen um eine akzeptable internationale Lösung ein. Im Anschluss an umfangreiche Vorberatungen wurde am 6. Mai 1993 auf einer Diplomatischen Konferenz in Genf das "Internationale Übereinkommen über Schiffsgläubigerrechte und Schiffshypothesen" ("GenfÜ") angenommen²⁶¹. Über den Verlauf der Vorbereitungen ist ausführlich berichtet worden von *Berlingieri*, dem damals Vorsitzenden der CMI²⁶², *Czerwenka*, der Leiterin der deutschen Delegation auf der Genfer Konferenz²⁶³ und *Wersel*, die sämtliche Materialien ausgewertet hat²⁶⁴. Erhebliche Beachtung muss eine Erklärung von *Berlingieri* finden²⁶⁵, wonach das Pfandrecht für Bergelöhne historisch dem Römischen Recht nachgebildet ist; hierzu beruft er sich ausdrücklich auf D. 20, 4, 5/6. Leider finden sich sonst keine Hinweise darauf, ob und in wie weit die geschichtlichen Grundlagen überhaupt Beachtung gefunden haben. Vielmehr verdeutlichen die Berichte, dass die Beratungen unter starkem Einfluss des IÜS von 1967 verlaufen sind und hauptsächlich eine Verbesserung dieses Übereinkommens angestrengt worden ist²⁶⁶. Der Katalog der Schiffsgläubiger ist noch weiter geschrumpft (Art. 4): sogar Forderungen aus großer Haverei und Wrackbeseitigung gehören nicht mehr dazu, können aber im nationalen Recht unter bestimmten Voraussetzungen wieder eingeführt werden (vgl. einerseits Art. 6 und andererseits Art. 12 Abs. 3). Im Ergebnis bringt das GenfÜ ein modernes und den Anforderungen der Finanzierungspraxis näherstehendes

²⁶⁰ Dazu bereits oben bei Fn. 21.

²⁶¹ International Convention on Maritime Liens and Mortgages, abgedruckt etwa in *TranspR* 1994, 253.

²⁶² *Berlingieri*, The 1993 Convention on Maritime Liens and Mortgages, [1995] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 57-76.

²⁶³ *Czerwenka*, (oben Fn. 257), 213-227 und ebenda Fn. 14.

²⁶⁴ *Wersel*, (oben Fn. 257), S. 51 ff.; vgl. auch *Schmidt-Vollmer*, (oben Fn. 12), S. 30 ff.

²⁶⁵ *Berlingieri*, (oben Fn. 262), [1995] *LMCLQ* 66 mit Fn. 9 und 10.

²⁶⁶ Ausser den in Fn. 262-264 genannten vgl. noch *Jackson*, International Convention on Maritime Liens and Mortgages 1993, [1994] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 12-15.

System. Es ist am 5. September 2004, also bereits 11 Jahre nach Zeichnung in Kraft getreten²⁶⁷.

VII. Das türkische Recht

1. Aktueller Stand

a) Anwendbares Recht

Das türkische Internationale Privatrecht ist im gleichnamigen Gesetz-Nr. 2675 vom 20. Mai 1982 ("tIPRG") geregelt. Doch enthält das tIPRG keine ausdrückliche Bestimmung zu den gesetzlichen Sicherungsrechten, insbesondere zu den Schiffsgläubigerrechten²⁶⁸. In Art. 23 ist nur allgemein die *lex rei sitae* für dingliche Rechte vorgeschrieben. Der türkische Kassationshof hat sich in einigen Entscheidungen bezüglich der Entstehung der Schiffsgläubigerrechte ausdrücklich auf die *lex rei sitae* berufen, meinte aber damit die *lex fori* als das Recht des angerufenen (in den konkreten Fällen: türkischen) Gerichts²⁶⁹. Bezüglich der Rangordnung und der gerichtlichen Geltendmachung wird einvernehmlich auf die *lex fori* zurückgegriffen²⁷⁰.

b) Materielles Recht

Das türkische materielle Recht der Schiffsgläubiger²⁷¹ beruht weit-

²⁶⁷ Am 12. Juli 2004 befand sich das GenfÜ für folgende Staaten in Kraft (vgl. *The Ratification of Maritime Conventions*, Loseblattsammlung, London, Stand März 2005, Band I, § I.4.21): Ekvator, Estonia, Monaco, Nigeria, Russland, Spanien, St. Vincent & Grenadines, Syrien, Tunesien, Ukraine, Vanuatu.

²⁶⁸ Vor dem tIPRG dazu grundlegend *Gülören Tekinalp*, Türk Devletler Hususi Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, İstanbul 1967; aktuelle Übersicht bei *Kerim Atamer*, Gemilerde Aynî Haklara ve Cebrî İcraya Uygulanacak Hukuk, Deniz Hukuku Dergisi yıl: 6-7 (2001-02), sayı: 1-4, S. 85 ff.

²⁶⁹ Nachweise bei *Kerim Atamer*, Gemi ve Yük Alacaklısı Haklarının Kullanılmasında Yargılama Usulü ve İcra, XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (4-5 Nisan 1997), Ankara 1997, S. 296; *Kerim Atamer*, MÖHUK Reformu Hakkında, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 23/1-2 (2003), Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, S. 101 Fn. 46.

²⁷⁰ Vgl. mit weiteren Nachweisen *Atamer*, (oben Fn. 268), DenizHD yıl: 6-7 (2001-02), sayı: 1-4, S. 87 ff.

²⁷¹ Ein knapper Überblick in englischer Sprache findet sich bei *Kerim Atamer*, National Summary: Turkey, in: *Tetley*, (oben Fn. 14), S. 1392 ff. Grundlegende Darstellung bei *Tahir Çağa / Rayegân Kender*, Deniz Ticareti Hukuku, cilt III, 4. bası, İstanbul 2005, S. 1 ff.

gehend auf einer Übersetzung der §§ 754-777 des deutschen HGB in der Fassung von 1950²⁷². Demnach sind zehn Klassen von Schiffsgläubigern gebildet, die dem Katalog des VSÜ von 1926 relativ nahe kommen. Es gehören hierher die Gläubiger, die oben (II 3) als solche aus *versio in rem* identifiziert worden sind, sowie die Gläubiger, gegen die die dingliche Haftungsbeschränkung galt, zusammen mit manchen Gläubigern der öffentlichen Hand. Hingegen sind die geschichtlichen Grundlagen dieses Instituts in der Lehre bisher nicht erörtert worden.

2. Reformvorbereitungen

a) Anwendbares Recht

Das Justizministerium hat einen Ausschuss gegründet, der mit der Revision des tIPRG beauftragt worden ist. Der erste Entwurf ist am 22.-23. November 2002 im Rahmen einer wissenschaftlichen Veranstaltung diskutiert worden²⁷³. Dieser Entwurf sah vor, daß sich die Entstehung der Schiffsgläubigerrechte nach der *lex causae* richten sollte; mithin wurde die eingangs erwähnte Lösung des Art. 43 Abs. 1 EGBGB für das türkische Recht empfohlen. Diese Lösung ist aufgrund der in diesem Aufsatz zusammengestellten Erkenntnisse kritisiert worden²⁷⁴. Im Verlauf der nachträglichen Diskussion²⁷⁵ konnte sich im Ausschuss zunächst das Recht des Registerortes durchsetzen. Doch hat der Ausschuss letztendlich beschlossen, diese Frage offen zu lassen; in Art. 21 des endgültigen Entwurfs²⁷⁶ fehlt jede Bestimmung zu den gesetzlichen Sicherungsrechten. Damit ist für das türkische Recht weiterhin Rechtsunsicherheit zu befürchten, es sei denn die Problematik wird im sogleich vorzustellenden Entwurf eines neuen Handelsgesetzbuchs aufgegriffen.

²⁷² Die damalige Rechtslage ist dargestellt etwa bei *Prüßmann*, Seehandelsrecht, München 1968, S. 1171 ff.; *Schaps/Abraham*, Das deutsche Seerecht - Band II, 3. Aufl., Berlin 1962, S. 1267 ff.; *Schlegelberger/Liesecke*, Seehandelsrecht, 2. Aufl., Berlin 1964, S. 528 ff.; *Wüstendörfer*, Neuzeitliches Seehandelsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1950, S. 134 ff.

²⁷³ Vgl. dazu etwa *Atamer*, (oben Fn. 269), MHB 23/1-2 (2003), S. 89.

²⁷⁴ *Atamer*, (oben Fn. 269), MHB 23/1-2 (2003), S. 99 ff. Damit bin ich von meiner früher vertretenen Meinung, daß die *lex causae* anzuwenden sei, abgerückt, vgl. *Atamer*, (oben Fn. 271), in: *Tetley*, (oben Fn. 14), S. 1394.

²⁷⁵ zu denen auch der Verfasser dieses Aufsatzes beigezogen worden ist.

²⁷⁶ der gegenwärtig auf Abschluss der Formalitäten im Kanzleramt wartet und dann ans Parlament weitergeleitet wird.

b) Materielles Recht

Am 8. Dezember 1999 hat das Justizministerium einen Ausschuss einberufen, dem die Ausarbeitung des Entwurfs eines neuen Handelsgesetzbuchs anvertraut worden ist²⁷⁷. In seiner ersten Versammlung hat der Ausschuss Herrn em. Prof. Dr. Ünal Tekinalp einvernehmlich zum Vorsitzenden gewählt. Nach fünf Jahren intensivster Vorbereitung hat dieser Ausschuss im Februar 2005 einen ersten Entwurf vorgelegt. Dieser Entwurf ist am 24. Februar 2005 der Öffentlichkeit vorgestellt worden²⁷⁸. Es begann eine gleichfalls sehr intensive Phase der Diskussion und Kritik. Im Verlauf dieser Vorbereitungen ist der Entwurf in manchen Teilen grundlegend verbessert und überarbeitet worden. Die endgültige Fassung wurde am 5. Oktober 2005 dem Kanzleramt vorgelegt. Nach Zeichnung im Kabinett ist der Entwurf schliesslich am 9. November 2005 an das türkische Parlament überreicht worden²⁷⁹. Dort ist der Entwurf dem Justizausschuss zugewiesen worden, der in seiner Sitzung vom 1. Dezember 2005 einen Unterausschuss eingesetzt hat. Dieser Unterausschuss ist beauftragt worden, bis zum 1. März 2006 den Entwurf mit den betreffenden Kreisen zu beraten. Mit der Abstimmung im Parlament ist im Herbst 2006 zu rechnen.

Die Ergebnisse dieses Aufsatzes sind dem Ausschuss bekannt gewesen²⁸⁰. Dennoch war es dem Ausschuss nicht möglich, das Recht der Schiffsgläubiger vollkommen losgelöst von den internationalen Vorbildern neu zu gestalten. Vielmehr gebot das dringende Kreditbedürfnis der türkischen Handelsflotte, daß sich der Entwurf möglichst eng an die Rechtsordnung der führenden Schiffsfinanzierungsmärkte schliesst. Deshalb ist nach ausführlicher Beratung beschlossen worden, das GenfÜ von 1993 zusammen mit dem Genfer Internationalen Übereinkommen von 1999 über den Arrest von Schiffen zu rezipieren. Dementsprechend besteht der Titel über die Schiffsgläubiger (Art. 1320-1327 des Entwurfs) weitgehend aus einer

²⁷⁷ Gesetzliche Grundlage dieses Verfahrens ist Art. 34 Abs. 1 des Justizministeriumsgesetzes-Nr. 2992 vom 29.3.1984.

²⁷⁸ Im Anschluss an eine Pressekonferenz vom selben Tag ist der Entwurf auf der web-Seite des Ministeriums (www.adalet.gov.tr) bekannt gegeben worden.

²⁷⁹ Die endgültige Fassung ist zugänglich auf der web-Seite des Kanzleramts (www.basbakanlik.gov.tr).

²⁸⁰ Der Verfasser dieses Aufsatzes ist Mitglied des Ausschusses und hat über die Ergebnisse berichtet.

Übersetzung der einschlägigen Bestimmungen des GenfÜ von 1993. Dabei wurde von dem Recht unter Art. 12 Abs. 3 bezüglich Wrackbehebungskosten Gebrauch gemacht (Art. 1323 Abs. 3 des Entwurfs). Zusätzlich wurde ein Titel über "Besondere Vorschriften zur Zwangsvollstreckung (im Seerecht)" gebildet (Art. 1350-1400 des Entwurfs). Die Bestimmungen der beiden Genfer Übereinkommen von 1993 und 1999, die sich unmittelbar mit Aspekten der Vollstreckung befassen, sind in diesem Titel untergebracht. Somit ist eine moderne Rechtsordnung geschaffen worden, die sich bezüglich der eingearbeiteten Internationalen Übereinkommen auf dem aktuellsten Stand befindet²⁸¹. Leider konnten dabei die rechtsgeschichtlichen Erwägungen nicht von Einfluss sein.

VIII. Ausblick

Mit dem Inkrafttreten des GenfÜ von 1993 ist ein bedeutender Schritt zur Vereinheitlichung dieser schwierigen Materie getan worden. Die kommende Reform im türkischen Recht erscheint ebenfalls geeignet, weitgehend für Rechtssicherheit zu sorgen. Damit wäre wohl mit weiteren rechtstheoretischen Diskussionen grundlegender Natur kurzfristig nicht mehr zu rechnen. Dennoch läßt sich nicht ausschliessen, dass auch zukünftig wissenschaftliche und praktische Problemfälle auftreten, die anhand des positiven Rechts nicht befriedigend gelöst werden können. In solchen Fällen, aber ebenso auch allgemein auf wissenschaftlicher Ebene würde eine Rückbesinnung auf die geschichtlichen Grundlagen des Schiffsgläubigerrechts für erhebliche Klarheit sorgen.

²⁸¹ Ausser den beiden im Text genannten sind noch folgende Übereinkommen eingearbeitet: Frachtverträge und Konnossemente: 1967 Visby, 1979 London SDR-Protokoll, 1978 Hamburg; Passagiere: 2002 Athen; Schiffskollisionen: 1910 Brüssel; Bergung: 1989 London, Haftungsbeschränkung: 1976 LLMC mit 1996 Protokoll; Ölverschmutzung: 1992 CLC und FUND.