

Riedel

1781



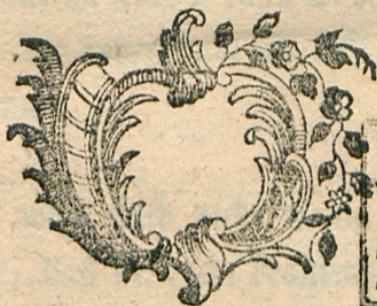
2158

7

Hat das
N ä h e r r e c h t
 bei
S u b h a s t a t i o n e n
 vor oder nach der
A d i u d i k a t i o n
 statt?

1798
P. 198

Von
 J. P. Kiedel.



KOENIGLICH
 UNIVERS.
 ZVHALIE

A n s p a c h,
 In des Commerciens-Commissaire Haukeisens priuats
 legitirten Hofbuchhandlung. 1781.

Ki 2245



Das
Herrn

der
Königlichen

Landesregierung
in Halle

von
Herrn

UNIVERSITÄT
HALLE



Herrn
in der
Landesregierung
Halle





V o r r e d e.

Die Frage: hat das Näherrecht bei Subhastationen vor oder nach der Adjudikation statt? kann wohl nicht weniger als die Lehre vom Retrakt selbst praktisch seyn.

Es wird auch nicht wenig davon abhängen, daß sie recht beantwortet werde, da Niemand verbunden ist, sich sein Recht aus Vorurtheil gegen diese oder jene Meinung entziehen lassen zu müssen.

V o r r e d e.

Ich weiß wohl, daß der Retrakt, weil er das Kommerz einschränken soll, unter dieienige Dinge gerechnet werde, die Haß und daher Restriktion verdienen. Ich für meine Person, glaube aber auch, daß ihm Unrecht geschehe, indem der Grund, worauf er sichtbar gebauet: *communio est mater discordiarum*, ienen Verdacht weit aufwiege, und es der Billigkeit gemäß sene, daß mir kein Nachbar oder Miteigenthümer aufgedrungen werde, der mir nicht anständig ist.

So wie ich die Frage hierinn beantwortet habe, bin ich lebendig überzeugt.

Kann ich das nicht bei einem andern bewirken; nun so — behält eben ieder, wie es leider! nur gar zu oft geschieht, seine Meinung.

Würde

V o r r e d e.

Würde mir dieses Recht abgesprochen werden wollen: so appellire ich an einen politischen Kannengieser, der — jedem Theil Recht gibt.

Die vielen Allegaten entschuldige ich damit, daß es mir, da man gemeiniglich für den nicht denkenden — oder zu denken noch nicht so gewöhnten Theil der Leser schreibt, sehr arrogant scheint, wenn man ohne alle Gewährschaft dahin schreibt.

Ausgeschrieben kann es nicht heißen, wenn ich die Stellen anführe, wo mein Vortrag bestärkt — oder iener Satz weiter ausgeführt werde, da ich gewohnt bin, meine Gedanken hinzuschreiben, und dann erst Beweis der Uebereinstimmung oder Abweichung aufzusuchen.

V o r r e d e .

Ueberdies mache ich einen großen Unterschied, zwischen einer Schul- und Proceßschrift, wo freilich die Seitenlange Allegaten der absurdeste Gedanke von der Welt ist.

Und so erwart' ich — die Geißel, oder das allmächtige Wort: es ist unter aller Kritik.

Geschrieben, Anspach, den 24. Aug.

1 7 8 1.

J. P. Niedel, Hochfürstlich Bran-
denburg. Osnobachischer Proceß-
Rath.

§. I.



§. I.

Ausgemacht ist es: daß — strittig,
wann — das Näherrecht bei Subhastationen üblich und erlaubt seye.

Darinnen sind nun endlich die Gelehrten
eing, daß das Näherrecht (ius re-
tractus) nicht blos bei Subhastationen, die
aus freier Hand, willkührlich, sondern auch
bei solchen, welche aus Noth, gezwungen 1)
geschehen seine Anwehre fände: desto streitiger
aber sind sie darüber: ob es bei letztern vor
oder erst nach der Adjudikation, die dem Kauf
bei Subhastationen das Siegel der Vollkom-
menheit und Gewisheit eines Kontrakts auf-
drückt, ausgeübt werden könne und müsse?

- 1) Nur Käufe lassen die Ausübung des Retrakts
zu. Auch diese sind wahre Käufe und Ver-
käufe, denn es sind deren Requisite a) Sache,
u 4 b) Werth,



b) Werth, und c) Einwilligung, Konsens, da. Reinkingk de retractu. qu. IV. de cl. et n. 1. et 58. Ueberdiz ist, da der nemliche Kaufschilling gegeben werden muß, und also in diesen Subhastationen so wenig, als in denen, durch Ausübung des Retracts etwas alterirt wird, kein Grund einzusehen, warum er nicht in einem, wie in dem andern Fall erlaubt seyn sollte.

§. 2.

Einige Rechtsgelehrte behaupten: er müsse vor der Adjudikation ausgeübt werden.

Viele und große Rechtslehrer, und unter diesen Herr Hofrath Walch, in seinem bei nahe klassischen Buch vom Nacherrecht 2) behaupten, daß das Nacherrecht, Zugrecht, bei Subhastationen nur vor schlechterdings aber nicht mehr, nach der Adjudikation seine in den Kauf tretende Wirkung habe.

2) Walch vom Nacherrecht B. 1. Hft. 3. Abschn. 2. §. 13. p. 126.

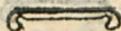


S. 3.

Hier wird hingegen dargethan werden: es müsse und könne erst nach der Adjudikation Umwehre finden.

Shnerachtet nun diese Männer alle Hochachtung und Vorzug verdienen: so kann ich mich, von der Wahrheit dieses Satzes doch nicht überzeugen: Vielmehr werde ich beim theoretischen Durchdenken der Lehre von dem Näherrecht, und vornemlich dieser Streitfrage determinirt, das Gegentheil anzunehmen und zu statuiren: daß eigentlich erst nach der Adjudikation das Näherrecht von denen, welchen es zukommt 3) in gesetzter Zeit 4) ausgeübt werden könne und müsse.

- 3) Das kann seyn: entweder aus einem Vertrag; oder aus einem Testament; oder aus einem geschriebenen — oder nicht geschriebenen Gesetz. Hellfeld. Jurisprud. for. lib. 18. tit. 1. §. 991. und ich setze hinzu: oder aus einem Privilegium, wie die unmittelbare Reichsritterschaft, denn wenn diese die kaiserlichen Privilegien nicht hätte, würde es um ihren Retrakt schief stehen; denn dadurch ist erst ein eigener Retrakt, zum Besten des gesammten Corporis eingeführt worden, der von dem — nicht so allgemeinen retractu gentilitio unter-



schieden ist. C. H. Geisler. Disputantur nonnulla de retractu Gentilitio inter Nobiles Imp immediatos ex privilegiis statutisque Equestribus non fundan 10 1779. Ob aber ius retractus ex pacto gedacht werden könne, wird unten not. penult. billig bezweifelt.

- 4) Nimirum facta notificatione, intra annum et diem Quod tempus currit, mox a tempore perfectionis contractus; mox scientiae; mox existentiae conditionis; mox litis finitae, sit inter venditorem et extraneum, vel emtorem et retrahentem; mox notificationis: Omissa autem notificatione intra XXX annos.

S. 4.

Einige nöthige Voraussetzungen.

Um aber nicht Gefahr zu laufen, mißverstanden zu werden, und um die Wahrheit meiner Meinung desto einleuchtender machen — und bestärken zu können, muß ich viererlei Anmerkungen voraus schicken.

Einmal ist sich hieher zu erinnern, daß Hr. Hofrath Walch, dessen angeführtes Buch vorausgesetzt wird, so wie ich, von dem eigentlichen Nählerrecht (iure retractus in specie sic dicto) nicht aber von dem — davon, wann man nicht in die nemliche Konfusion

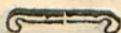
tion gerathen will, in die die meisten Gelehrte, die davon geschrieben, verfielen, wohl zu unterscheidenden Vorkaufs-Recht (iure pro-
timiseos) rede, und unter

ienem dasienige Vermögen 5) verstehe, kraft welchem Retrahent eine bereits inter viuos veräußerte und übergebene Sache 6) gegen Darlegung des Werths, Erfüllung der Bedingungen, und Erstattung aller Meliorations — und anderer Kosten inner der bestimmten Zeit, vom Käufer oder jedem andern Besitzer zurückfordern kann;

unter diesem 7) aber

dieienige Befugniß, vermög deren Retrahent eine veräußert werden sollende Sache, gegen Erstattung des Werths, und sämtlichen Interesse, dem Kaufslustigen wegnehmen, oder, wann der Kauf allbereit geschehen, den Verkäufer binnen gesetzter Zeit auf Schadloshaltung belangen kann.

Sodann: daß, wir einen Mangel geschriebener — oder ungeschriebener — deswegen disponirender Landesgesetze oder Statuten, so wie Drittens, das voraussehen, daß der Verkauf einer — dem Retrakt unterworfenen Sache, dem Retrahenten ad effectum retrahendi



hendi nicht gehörig angezeigt worden seye?
 Endlich

Viertens: daß, weil wie bekann die Subhastationes, ie nachdem die Rede von rebus fisci vel priuatorum ist, in fiscales et communes eingetheilt werden, und diese Lettere wieder willkührliche, (voluntariae) od nothwendige (necessariae) d. i. solche seyn können, welche (§. 1.) ihren Grund ent weder in den Willen oder der kontrahirten Schuldenlast des Schuldners haben, die Frage: hat das Näherrecht nach der Abiudikation b i Subhastationen statt? von selbst in diese zwei:

- a) hat es in Subhastationibus fiscalibus —
- b) hat es in communibus nach der Abiudikation noch statt?

zerfalle; mithin auch doppelt, und wie sich ergeben wird, iene **negativ**, diese aber **affirmativ** beantwortet werden muß.

5) Jus retractus est facultas, vi cuius retrahens rem alienatam, et iamiam traditam, oblato pretio, impletis conditionibus omnibus, ac refusis impensis meliorationum ab emptore vel quolibet possessore intra tempus determinatum reuocat, praeuiaque causae cognitione ac interueniente iudicis sententia facta, affert.

6) Hellfr.

6) Hellf. c. 1. lib. 18. tit. 1. §. 991. Walch
 c. 1. B. 1. H. 1. §. 2. und B. 1. H. 3.
 Abschn. 2. §. 28. ingl. Abschn. 3. §. 5 u. 8.
 Gemeinnützige iuristische Beobachtungen und
 Rechtsfälle. B. 1. St. 23. §. 162. p. 209.
 Eigentlich bornirt sich das ius retractus nur
 auf unbewegliche Güter. In den Br. Kulmb.
 barchischen Landen wird es aus einem ausdrück-
 lichen Gesamteigentum auch auf bewegliche
 Sachen ohne Unterscheid, (Br. Kulmb. Lan-
 deskonstit. tit. VI. §. 4. C. 14.) so wie in
 Br. Anspachischen Landen, auf die Gerste,
 (Ausschr. d. d. 16. Sept. 1711.) und Vieh,
 (Ausschr. d. d. 4. Jul. 1728. und 28. Jul.
 1735.) das an Fremde verkauft wird, zum
 Vortheil der einheimischen Bierbräuer und Mez-
 ger erstreckt.

7) Jus protimiseos, f. facultas. vi cuius retra-
 hens rem alienandam, oblato pretio et in-
 teresse, emaci intercipere; aut facta alie-
 natione eiusque omiffa notificatione legi-
 tima, contra venditorem, intra praescri-
 ptum tempus ad interesse agere potest.



S. 5.

Die erste Frage, nemlich in Rücksicht
fiskalischer Güter, ist negativ zu beant-
worten.

Die Frage also: hat das Näherrecht nach
der Abindikation bei fiskalischen Subhar-
stationen noch statt? ist negativ zu beantwor-
ten. Das ist deswegen leicht zu beweisen,
weil wir mehr als eine deutliche Vorschrift und
Sanktion in den Gesetzen für uns haben, die
allen Zweifel ausschließt.

Es sind solche:

l. 5. C. de fide et iure hastae fiscalis et
de adiectionibus 8)

l. 2. C. ne fiscus rem, quam vendidit,
reuincat.

l. 2. C. si propter publicas pensitatio-
nes.

nach welchen, und nach der

l. 1. et 2. C. de quadr. praeser.

derienige, welcher vom Fiskus oder Princeps
etwas kauft, sogleich sicher ist, und keiner
Präscription nöthig hat; dieienige hingegen,
welche die Sache in Anspruch nehmen wollen,
es binnen 4. Jahren in proceßualischer Bahn

mit

mit dem Fiskus aufnehmen und ausmachen müssen.

Fiskus, oder welches das nemliche ist, Princeps erscheint eben hier, wie öfters in dem Glanze des höchsten Privilegiums. Wer will ihn bei so unumwunden deutlicher Vorliegenheit der Geseze erprivilegiren? und somit diese Frage anders als negativ beantworten.

8) Dieser Lex ist von Heimburg. in diss de fisco res debitorum fiscali iure cre itorum distrahente. §. 16. sq sehr gelehrt beleuchtet worden.

§. 6.

Verschiedene Arten fiskalischer Güter.

Die Güter, die der Fiskus im Namen des Princeps verkauft, können entweder solche seyn, die dieser als Privatperson besitzt, (bona patrimonialia principis) oder solche die ihm oder dem Staat angefallen sind, welches geschehen kann, wann die Besizer die Güter verlassen (bona caduca); oder, wann Fiskus den Unwürdigen und Verbrechern die legare wegnimmt, oder deren Güter einzieht (bona ereptitia; 9) oder, wann zu den testamentlich verlassenen Gütern kein Testamentserbe vorhanden ist (bona vacantia).

Güter,



Güter, zum Unterhalt des Staats bestimmt, (bona domanialia) sollen der Regel nach nicht veräußert werden.

In Ansehung aller dieser Güter steht Fiskus bei ihrer Veräußerung in dem Verhältniß eines Kontrahenten, der den Princeps repräsentirt. Er muß folglich auch nach selbigem, mithin ganz anders beurtheilt werden, als bei gemeinen Subhastationen, wo er nur sein Amt interponirt, und die Güter, nomine debitoris obaerati vel creditorum — um mit den Worten Iensers 10) zu reden — quippe qui in eius locum subintrant, atque adeo cum illo, eadem quasi persona sunt, verkauft, und sein Privilegium selbigen nicht gemein macht.

Es will also im Vorbeigehn zu berichtigen seyn, wie aus diesem Grund und nicht sowohl ex l. 2. C. si propter publicas pensitationes &c. l. 8. C. de remissione pignoris &c. welche Herr Hofrath Walch im Näherrecht 11) angibt, der Sächsischen Rechtsgelehrten Meinung nicht zu vertheidigen seyn wird, wenn sie eine Fürstliche Rentkammer ausnehmen, und falls selbige das Näherrecht ausübt, ihr es auch nach der Abjudikation noch verstatten, weil hier das Requisite der dritten Person fehlt,

da

da der Retrakt drei voneinander verschiedene Personen: erstlich denjenigen, dem das Einstandrecht zukömmt, zweitens, den Verkäufer, und drittens, den Käufer voraussetzt, und der Verkäufer nicht zugleich Retrahent seyn kann, indem die Vereinigung dieser beiden Personen in einem Subjekt sich nicht gedenken läßt. 12)

9) Hellf. c. 1. §. 1565.

10) Leyser. Med. ad ff. Spec. 173. m. 4.

11) Walch c. 1. B. 1. H. 3. Abschn. 2 §. 13.

12) Sind Worte aus dem 161. §. des 23. St.

I. Bands der gemeinnützig — juristischen Beobachtungen und Rechtsfälle.

§. 7.

Die zwote Frage, die die Güter der Privatpersonen zum Gegenstand hat, ist hingegen affirmativ zu beantworten.

Hat das Näherrecht bei gemeinen Subhastationen nach der Adjudikation statt? ist die zwote Frage, die ich gleich beim Einganga, nicht blos in Ansehung der mit guten — sondern so zu sagen, auch mit gezwungenem Willen des Schuldners geschehende Vergantung der Güter beiahet, und nun zu beweisen habe.

B

Es



Es ist gewiß nicht Eigensinn, wann ich hier von der verneinenden Meinung des Herrn Hofrath Walchs und anderer gleich bewährten Rechtslehrer abgehe. Es geschieht vielmehr deswegen, weil die Gründe, die solche für sich hat, und davon ich einige hieher bringen, und beleuchten will, mir das nicht zu beweisen scheinen, was sie beweisen sollen, und weil ich glaube, daß die Gründe, womit ich meine Meinung unterstütze, so plan sie auch sind, selbige überwägen.

S. 8.

**Der verneinenden Gründe ohnerachtet.
Widerlegung des ersten verneinenden
Grundes.**

Ein Grund der verneinenden — entgegengesetzten Meinung soll in §. 2. J. de officio Judicis liegen. Die Worte sind diese: "Quod autem istis iudiciis alicui adiudicatum fuerit: statim eius fit, cui adiudicatum est."

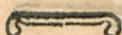
Wann dieser Satz auch nicht so viel Streit im Auslegen verursacht: so würde doch nimmermehr darinn stecken, was daraus zum Beweis der Wahrheit dieser Meinung gezogen werden will. Dieses will ich so darthun.

Im

Im vorhergehenden dieser Stelle ist die Rede von den drei iudiciis diuisoriis, in Ansehung welcher der Kaiser sancirt — daß durch die Abiudikation des Richters, das Dominum sogleich übergehen, d. i. transitus legalis statt haben solle. 13) Was hätte der Kaiser nöthig gehabt, diese drei iudicia auszuheben, und ihnen das Gepräge eines ausdrücklichen, so besondern Privilegiums aufzudrucken, 14) wann dasselbe bei allen gerichtlichen Klagen und Geschäften auch anschlagen sollte?

Würde das nicht eines der überflüssigsten Privilegium sein, welches den Privilegiatis eben das gestattetete, was ihnen unter Jedermann ohnehin erlaubt wäre?

Von diesen Theilungsklagen auf die gerichtliche Zuschlagung bei Subhastationen analogisch zu schließen, geht auch deswegen nicht an, weil selbige eine Vermischung der Grenzen, oder nicht mehr beliebende Gemeinschaft individueller — oder mehr in sich begreifender Dinge (individui, s. uniuersitatis) vorausgesetzt, deren Berichtigung oder Theilung per modum processus intendirt wird, mithin die dabei auftretende Personen, sich immer wie Kläger und Beklagter aufnehmen, und auf den Ausspruch des Richters gleichsam kompromittirt,



tirt, aus diesen Gesichtspunkten behandeln, somit keine dritte Person in der Beschaffenheit, wie sie zum Retrakt §. 6. erfordert wird, von der Seite her, unter Anstimmung jenes Waid- sprüchleins: *res inter alios acta, tertio non praeiudicat*, auftritt.

A simili, quod nimium saepe claudicat, autem ad simile tantum valet consequentia.

13) In sofern kann man mit Heinecc. in Inst. lib. 2. t. 1. §. 339. n. * et ** der ältern Edition sagen, daß *adiudicatio* ein *modus acquirendi dominium* seye.

14) Vinn. Comment. ad Inst. lib. 4. tit. 17. §. 7.

§. 9.

Widerlegung des zweiten verneinenden Grundes.

Ein anderer sey, auf welchen der Satz: daß das Näherrecht nach der Adjudikation keine Anwehre mehr fände, hauptsächlich gebaut werden will, ist

a) l. 2. C. si propter publicas pensitationes vendita fuerit; und

b) die *constitutio Zenoniana*, f. l. 2. C. de quadr. praeser. mit

c) §. 14. Inst. de usu cap.

Gener

Jener redet aber von solchen Gütern, die die Besitzer verlassen haben, und die, damit sie nicht dadurch, daß sie ungebaut liegen bleiben, bis zur Sterilität herabkommen, an Käufer überlassen werden; kurz! von herrnlosen und dem Staat heimgefallenen Gütern: diese hingegen können nicht anders als von solchen fremden — und vielleicht verpfändeten Sachen, die der Fiskus, iuste vel iniuste confiscirt, und als solcher 15) wieder verkauft; keine dieser Gesetze also anders, als von — oben §. 5. 6. bestimmten Sachen des Fiskus verstanden werden. Und ist noch die Frage: ob die constitutio Zenoniana, oder auch die Ausdehnung derselben, auf das, was man vom Augusto, vel Augusta, i. e. patrimonio principis bekommt, jemals in Uebung gewesen, oder noch seye? 16) In unserm Vorwurf aber ist die Rede nicht von dergleichen Gütern, vom Fiskus oder Eigenthum des Princeps; sondern von denjenigen, die verschuldeten Leuten gehören, und die deswegen obrigkeitlich verkauft werden, damit die Gläubiger zu ihrer Befriedigung, je nachdem es langt, ganz — welches ein seltner Fall ist — oder zum Theil unvertheilt gelangen mögen. Diese sind ienen ganz unähnlich, da sie nicht dem Fiskus, son-



bern den Gläubigern — unter welchen er obgleich privilegirter auch seyn kann — heimfallen.

Was von jenen gilt, wird also von diesen nicht angenommen werden können; denn Christus, Princeps, Juder verkauft hier die Güter des Gemeinschuldners nicht als solche, die ihm eigen, sondern als fremde, welche ihm in Kommission gegeben sind.

Diese Gesetzstellen können überdies, da die Gesetze so wenig auf das, woran bei Gebung derselben nicht gedacht, extendirt werden dürfen, als sie nicht das Vergangene, sondern das Zukünftige in ihre Disposition nehmen, gar nicht einmal auf den Retrakt gezogen werden, weil dieser ein Institut der Deutschen ist, und die Römer also, als sie selbige gemacht, nicht daran denken — vielweniger etwas in Ansehung dessen, verordnen können.

- 15) *Fiscus vocatur pecunia Imperatoris propria ac priuata; cuiusmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia, aliaque ἀδεσποτα, quae principi deferebantur.*
- 16) Hierüber sehe ich Vinn. Comm. ad §. 9. J. de usuc. zum Bürger ein.

S. 10.

Dritter verneinender Grund und dessen
Widerlegung.

Noch ein Grund der von uns abgehenden
Meinung ist der Satz: Fides publica
semel interposita conuelli non debet.

Die Noninfallibilität desselbigen ergibt sich
gleich, aus den Hilfsmitteln, wodurch die
Sentenzen angegriffen werden können. Wie
oft werden nicht nach befinden Sprüche der
Richter umgestossen, und dadurch fides pu-
blica erschüttert? ob es gleich — ich gestehe
es — mehr ein Beweis ist, daß rechtliche
Kenntniß, die erforderlich ist, Fleiß, mit wel-
chen die Akten zu lesen sind, und Unparthei-
lichkeit, mit welcher zu Werk zu gehen ist,
eben nicht die Vertrauten des Richters waren.

Ist nicht alles das, was zum Nachtheil ei-
nes Abwesenden, der uncitirt und unverthei-
digt geblieben, mithin auch die Subhastation
der Güter eines solchen, null und nichtig, so
groß auch *hastae fiscalis fides et auctoritas*
seyn mag? 17)

Der Satz wird dann auch in Rücksicht
solcher Handlungen, wodurch ein Dritter um
sein Recht gebracht werden würde, eine Aus-
nahm leiden müssen.



Man muß doch bei allen Gesetzen auf die Veranlassung und den Verstand derselben sehen.

liest man die angeführte Gesetzstellen durch: so wird man finden, daß ihr Absehen nur dahin gehe, die Käufer fiskalischer Güter vor Anprüchen des Verschuldeten — und von den Gütern weichen müßender Eigenthumsherrn, oder der — vom Fiskus Recht erwartet habenden Partheien zu sichern, dabei aber den Fiskus über die Verbindlichkeit der Privatpersonen zu erheben.

Es mag manchmal in Einforderung der Steuern und Abgaben eine so drängende Strenge, oder sonst was mit untergelaufen seyn, das den Schuldner, der sich nicht anders zu helfen gewußt, zu Verlassung der Güter, die sonach verkauft worden, determinirt.

Hätte man die hernach angebrachten Beschwörungsmittel des überschnellten Schuldners wider den Käufer richten lassen, so würde man Gefahr gelaufen seyn, jemals einen Käufer zu dergleichen Güter zu bekommen, weil sich Niemand sicher geglaubt haben würde, sie behalten zu dürfen.

17) Leyser. Spec. 63. m. 3.

§. II.

Uebergang auf die affirmirende Gründe
der zwoiten Frage §. 4. a) Bestimmung
der Adiudikation.

Mich dünkt, um auf die Gründe der affirmirenden Meinung zu kommen, es wird überhaupt der Adiudikation bei Subhastationen eine zu große Kraft, eine Wirkung beigelegt, die sie wohl in oben (§. 8.) gedachten iudiciis diuisoriis hat, in Ansehung des Nerrakts aber nicht haben kann. Denn ich mag sie, die Adiudikation bei Subhastationen aus einem Gesichtspunkt betrachten, aus welchen ich will, so kam ich nichts anders heraus bringen, als daß sie sey:

- a) consensus loco venditoris debitoris seu creditorum in venditionem; und
- b) confirmatio iudicialis emtionis venditionis sub hasta. 18)

Die Subhastation ist nichts anders als ein Verkauf (§. 1. n. 1.) das ist ein contractus consensualis.

Denjenigen, deren Güter subhastirt werden, ist die Veräußerung, mithin auch die Konsensgebung in die Veräußerung mit Aus-



bruch des formellen Konkurses 19) unter-
sagt; 20) bean nun wird sich angeschickt, ihm
das Dominium, darüber zu entziehen. 21)

Die Gläubiger also, welche interdicta
alienatione administrationeque vel facta
bonorum cessione, gleichsam Zwischenzeit-
herren (domini interimistici) von dem Ver-
mögen des Gemeinschuldners, oder besser zu
reden, ob consensum antecedentem, pro-
curatores in rem suam geworden sind, haben
ihr ius distractionis 22) dem Richter über-
tragen, oder stillschweigend überlassen.

In diesem Fall, und wann nicht ein be-
sonderer Curator bonorum, der den Gemein-
schuldner vertritt, aufgestellt worden 23) re-
präsentirt er, der Richter duplicem perso-
nam, nemlich des Gütercurators und des
Richters.

Als iener konsentirt er in den Verkauf der
Güter, als dieser bestätigt er, allen Verdacht
der Partheilichkeit und des untergelaufenen Un-
rechts auszuschließen, den Verkauf.

Die Bestätigung des Richters tritt weiter
an die Stelle der Tradition, und so wird der
Kontrakt perfekt, und Käufer bekommt, per
modum transitus legalis das Eigenthum über
die sub hasta erkaufte Sache.

Diese

Diese richterliche Bestätigung kann aber so wenig, als die Gebung des Konsenses von der Wirkung seyn, daß sie das — vorhin noch nicht wirken könnende Recht eines Dritten auszuschließen vermögend seyn sollte. Ist nicht der Richter verbunden, einem jeden sein *ius quaesitum* zu salviren?

Und würde man nicht ausserdem gestehen müssen, daß es in der Kontrahenten Willkühr und eignen Kräften stünde, allen Retrakt zu vereiteln, wann sie miteinander einverstanden, es zu verheimlichen, zum Richter liefen — sich das Alienationsgeschäft konfirmiren liesen — und wann es geschehen, dem sein Retraktrecht auszuüben gemeinten Retrahenten *exceptionem confirmationis iudicialis* entgegen setzen würden. Welche Absurdität! Welche Gelegenheit zum — Schleichhandel.

- 18) Hier, wie bei allen andern gerichtlichen Bestätigungen der Kontrakte nimmt der Richter nicht auf das *kaufpretium* — welches daraus zu ersehen, weil e. gr. ein gerichtlich konfirmirter Kauf ob *laesionem ultra dimidium conditione ex l. 2. C. de rescin. vendit. rescindit* werden kann, *Leyser Sp 205. m 9.* — sondern auf das *ius quaesitum non amplius quiescens, sed iamiam actuale tertii*, *J. B.* darauf Rücksicht, ob die Sache nicht



nicht schon verkauft oder verpfändet? damit wann ein dergleichen Recht vorhanden, es nicht entzogen, und nicht Jemand in Gefahr und Schaden gesetzt werde. — Käufer hat von Giltigmachung des Retrakts keinen Schaden, denn ihm muß alles auf das genaueste ersetzt werden. — Findet der Richter, daß Niemand einigen Anspruch darauf zu machen hat, so erkennt und bestätigt er den Kauf für giltig.

- 19) Hellf. c. I. §. 1813. IVtae edit. sagt: Leyser in diff. de creditor. concursui non immiscendis c. I. §. 4. Ludouici in der Einleitung zum Konkursproceß, c. I. §. 14. und mit diesen mehrere lassen den formellen Konkurs mit der Citation anfangen. Die Hochfürstl. Br. Dnolzbachische Wechselordnung de Ao. 1739. c. III. art. I. p. 25. seq. stimmt diesen bei.

Anderere rechnen den Anfang desselben von der Zeit an, da dem Schuldner die Administration der Güter unter sagt, und ein Güterkurator aufgestellt worden. Oecon. for. B. I. p. 256.

- 20) Mev. p. 3. D. 255. n. I.

21) Eigentlich begibt sich Debitor bei Cedirung der Güter des Eigenthums nicht, welches daraus zu ersehen, weil er

- a) seine Gläubiger doch noch auf eine andere Art, z. E. wenn er eine — ihm eben zugefallene

fallene Erbschaft darzu anwendet, befriedigen, und seine Güter ante vendicationem sine translatione dominii wieder übernehmen kann, l. 3. et 5. ff. de cess. bonorum, l. 2. C. qui bonis cedere possunt, l. 5. C. de distract. pignorum, mithin

- b) oblatio verbalis unter andern auch diese Wirkung hat, daß sie den Verkauf, die Zuschlagung und Ausrufung (venditionem, adiudicationem et proclamata) wegfallen macht, l. 8. C. de distr. pignorum, l. 2. C. quibus cedere possunt; indem sie ein Beweis ist, daß man von der cessione bonorum, die re adhuc integra erlaubt ist, abgehen wollte, l. 3. 5. ff. de cessione bonorum; ja sogar
- c) debitor in exequutione sententiae, creditori fundum tradens, postea tamen pecuniam offerre potest, et vindicare fundum fructibus in sortem computatis, quia praesumitur tradidisse iure pignoris et non in solutum.
- d) weil die Gläubiger die Güter ihres Schuldners nur in seinem Namen verkaufen können, und dabei bona fide zu Werke zu gehen, d. i. selbige iusto pretio zu verkaufen haben, l. 9. et 10. C. de distr. pignor. Hellf. c. 1. §. 1100. daher auch der Schuldner, wann wider Vermuthen mehr erldßt werden sollte, als er schuldig, den Ueberschuß, der Hype-rocha genennt wird, herausbekommen muß.
- e) Weill



e) Weil Debitor, wann er zu bessern Glück und Kräften kommt, die Eviction selbst leisten muß, tit. C. Creditores evictionem pignoris non debere. Hellf c l. §. 1118. — Die Gläubiger sind nur gehalten, die Instrumente, Dokumente, wenn es nöthig, vorzuweisen, l. 54. ff de act. emt. vend. die iura zu cediren, und den Besitz zu übergeben, l. pen. C. distract. pign. et l. 28. de evict.

Alsdann erst verliert Debitor das Dominium, wann seine Güter, die er cedirt, und worin die Gläubiger gesetzt worden, verkauft und adiudicirt werden, l. 2. C. de pactis, l. 13. C. de distract. pign. und iene Ursachen er mangeln, woraus Magon. in decis. Rot. Flor. dec. 132. dem Schuldner die Anbringung der Schuld ad effectum resolvendi adiudicationem erlaubt ohne daß sie von ihm evincirt werden können, l. 18. C. de distract. pignorum.

22) Ich behaupte, daß man den Gläubigern das Recht: sich in die Güter des Gemeinschuldners selbst zu theilen nicht indistincte nehmen könne, und es der Richter nur vi commissionis thue, welches ich daher ableite:

1) Weil er, wann er sich nicht einer Regreßklage ausgesetzt wissen will, die Gläubiger fragen muß, a) wen sie zum Gütercurator gesetzt haben wollen? indeme sie primato arbitrio einen wählen können, l. 5. ff. de curatore

tore bonis dando: b) ob die Güter um das
 Licium abzugeben seyen oder nicht? u. d.

- 2) Weil die Gläubiger eine Personalklage, die
 Kontraktklage, mandati oder negotiorum
 gestorum, je nachdem sie in Bestellung ei-
 nes Güterkurators einig oder nicht einig wer-
 den können, und letztern Falls der Richter
 durchgreifen und ihn ex officio bestellen müs-
 sen, wider den Güterkurator haben; eine sol-
 che Klage aber conventionem; diese consen-
 sum; und consensus personas, quae con-
 sentire possunt, voraus setzt.
- 3) Weil die Gläubiger des verschuldeten Sohns,
 oder uns in die römischen Zeiten zurück zu
 denken, Knechts, dem der Vater oder Herr
 ein besonders Gewerbe verstattete, den —
 die zur Bezahlung der Schulden nicht hinrei-
 chende Kaufmannswaaren (merx peculiaris)
 gar nicht oder partheisch austheilen wollenden
 Vater oder Herrn actione tributoria darauf
 haben belangen — und erstern, wann er dem
 Sohn ein eignes Gewerbe in Ansehung gewis-
 ser Kramwaare überlassen mit dieser Klage;
 in dem Fall aber, wann er ihm ein gesamm-
 tes Sonderguth, das nemlich mehr Indivi-
 duen unter sich begreift, (peculium profe-
 ditium) zur Handeltwaare gegeben, actione
 de peculio, heut zu Tag noch belangen kön-
 nen. Hellf. c. 1. §. 894. 895. Schmidts
 Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einre-
 den 2c. 1778. §. 1422 — 1432.

23) 1. 2. §. 1. ff. de curat. bonor.

§. 12.



§. 12.

b) Das Näherrecht klebt der Sache an,
mithin geht es mit dieser auf jeden Bes
siger über.

Die Rechte und Verbindlichkeiten, die auf
einem Gute haften sind entweder von
temporeller, oder perpetueller Beschaffenheit.
Jener Art sind die Hypotheken zc. dieser hinge
gen die Lasten (onera) die entweder zum Nutzen
der Herrschaft, wie z. B. die Steuern und
Abgaben zc. oder einer Privatperson darauf lie
gen, dahin zum Beispiel, das mir ungesucht
einfällt, die Dienstbarkeiten zc. gehören.

Jene, die temporellen Verbindlichkeiten be
sen sich *resoluto iure dantis, aut vi legis
reciproci, aut effluxo tempore praescrip
tionis*, wie z. E. die Rechte der Gläubiger
auf des Gantschuldners Vermögen von selbst
auf; 24) diese hingegen gehen unwandelbar
auf jeden Besitzer mitüber, denn sie sind auf
die Sache selbst radicirt. 25) Die sub hasta
aufgesteckte Güter, sie mögen nun erstanden
werden, von wem sie wollen, vom Fiskus oder
einer Privatperson, können also, wie alle an
dere Sachen nicht anders, als *una cum one
re, et conditione inhaerente* verkauft wer
den.

den. Nemo potest plus iuris in alium transferre, quam ipse habere dignoscatur. Cap. Nemo 79. de R. J. in 6.

Man höre nur was zum Beweis, um nicht diktatorisch zu scheinen, Leyser 26) und Ael. Indius sagt.

Ersterer: „ Per subhastationem onera
 „ ipsi rei perpetuo inhaerentia non ex-
 „ stinguuntur. Nam dominium cum caus-
 „ sa ad emptorem transit. l. 67. de contrah.
 „ empt. et quisque fundus cum sua con-
 „ ditione publicatur l. 23. §. 2. de seruit.
 „ praed. rust. „ Letzterer: „ Quaelibet ad-
 „ iudicatio tacite intelligitur facta, cum
 „ oneribus suis, nempe census, sump-
 „ tum subhastationum et iurium domi-
 „ nicalium feudaliū, et si in omnibus
 „ proclamatibus nihil dictum sit. 27)
 „ Item, ipsa res adiudicata transit cum
 „ onere seruitutum. „ 28)

Ist nun auf einem Gut das Näherrecht hergebracht: so muß es auch unter der Kondi- tion: wenn es nicht retrahirt wird, die offen- bar unter die Limitation die Philippi 29) und Berger 30) schon gesetzt, gehört, subhastirt und adiudicirt werden; denn dieses Recht hängt



hängt dem Gut so sehr an 31) daß es ohne selbiges nicht cedirt werden kann, 32) und ist, genau betrachtet, nichts anders als eine Servitut, und zwar iener deutschen Art, die in *faciendo* besteht, und welche den Römern unbekannt war, deswegen zu nennen, weil a) der Verkäufer die Obliegenheit auf sich hat, dem Retrahenten den Verkauf der dem Retrakt unterworfenen Sache anzuzeigen, und b) die — den Diensthbarkeiten gewidmete Klagen: *actio confessoria et negatoria* davon ausgehen. Man müßte außerdem das Absurdum: eine Nichtigkeit könne eine iuristische Wirkung hervorbringen, annehmen, das ist, man müßte annehmen, durch Schulden machen, das doch noch immer in Rücksicht auf muthwillige Schuldner, keine löbliche Handlung seyn wird, so wenig sich die sogenannte polite Welt daraus zu machen effectiren will, könne einem Dritten sein *ius quaesitum*, dem Retrahenten das *ius retractus* entführt werden.

24) Selbst die heutigen Gesetze und Statuten, und unter diesen besonders die Hochfürstl. Brandenb. Duobach Konkursordnung de Ao 1731. §. XXX. p. 30. seq. in den Worten: „Wer etwas von des Schuldners
 „ Gütern *sub hasta* erstanden, hat sich vor
 „ einigen Anspruch nicht zu fürchten, son-
 „ dern

// dern es erlöschet durch solche Abjudikation
 // alle darauf gehafte Verschreibungen
 // und Unterpfänder, soferne er nur den
 // Kaufs conditionibus ein Genüge gethan,
 // und praestanda praestirt hat, // schränken
 die Wirkung der Abjudikation, der Sicher-
 heit für allen Anspruch zu deutlich auf diese
 ablösbare Rechte und Verbindlichkeiten ein, als
 daß man sich bei weiterm Ausdehnen darauf
 solte beziehen können.

- 25) Hellf. c. 1. §. 730.
 26) Leyser. Med. ad ff. Sp. 236. m. 7.
 27) Aegid. in decis. diuers. c. 28. fol. 203.
 28) ibid. c. 29.
 29) Philippi in Subhastat. c. 4. comm. 18.
 n. 32. seq.
 30) Bergerus in Electis disc. for. p. 1199.
 31) lib. V. feud. tit. 14.
 32) Stryk de iuribus et actionibus non cessi-
 bilibus. c. 4. §. 5. c. 5. §. 8. 11.



§. 13.

c) Ohne Vollkommenheit des Kaufkontrakts, und ohne Besitz der Sache läßt sich der Retrakt nicht anwenden und gedenken.

Das Näherrecht setzt nach der Definition §. 4. eine alienationem perfectam, et per traditionem consummatam, possessionemque emtoris vel tertii rei retrahendae voraus, und eher läßt sich so wenig gedenken, als ausüben.

Die Vollkommenheit des Kaufs sub hasta hängt von der Zuschlagung des Richters ab, denn vorher weiß man nicht, ob consensus contrahentium de dominio rei pro certo pretio transferendo existire? 33) Der Licitant muß ja immer noch gegenwärtig seyn, daß sein Gebot eben so wohl nicht, als wirklich angenommen werde. Denn beedes ist möglich.

Vor der Adjudikation, d. i. vor Erklärung der Annahm des Gebots fehlen also zwei Bestandtheile des Kontrakts: der Konsens und die Bestimmung des Pretiums; es ist daher noch kein Kontrakt vorhanden, auf den doch das Näherrecht warten muß, bis es wirksam werden könne.

Selbst

Selbst die in den Ausrufungszetteln bei Subhastationen gebräuchliche Klausel: bis auf Herrschaftliche Ratifikation zeigt an, daß die Vollkommenheit des Kaufs bis dahin ausgeübt bleibe.

Es ist dieses das pactum additionis in diem, quod subhastationibus publicis iam per se tacite inesse dicitur. 34)

Ich kann auch zugeben, ohne zu risquieren, daß es der Behauptung meines Satzes etwas benehmen werde, daß das pactum additionis in diem den Licitanten verbindet.

Ich kann zugeben, daß dieser nicht mehr zurück könne, folglich auf dieser Seite der Kontrakt perfekt seye. 35)

Aber, da der Kauf ein contractus bilateralis ist, und es hier noch darauf ankommt, ob das licitum angenommen — und consentirt werden werde, oder nicht: so zeigt sich die Sache in solchem Lichte, wobei man deutlich erkennen kann, in diesem Betracht seye der Kontrakt noch imperfekt, denn die wechselseitige Verbindlichkeit, die doch erfordert wird, wann der Kauf Käufern und Verkäufern gleich binden — und perfekt seyn soll, 36) geht in dem Abmangel des wechselseitigen Consensus

E 3

noch



noch ab. Ehe er aber nicht auf beiden Seiten vollkommen, hat er keine Bestimmtheit und Wirkung; das ist: Retrahent kann sein Näherrecht noch nicht exerciren, indem er zur Zeit nicht weiß, was für ein Werth und Bedingungen, die er genau zu erfüllen hat, beliebt worden ist. Non valenti autem agere, siquæ actioni nondum natae nulla currit praescriptio. 37)

Mit einem Wort: die Bedingung in additione in diem ist, wie die Wirkung zeigen, nur aufschiebend, 38) nicht ganz auflösend, denn das Eigenthum bleibt unübertragen; die Gefahr geht mithin auch nicht auf den Käufer über; 39) die wechselseitige Verbindlichkeit zur Leistung der mittlern Schuld (culpa levis) hebt sich noch nicht an; 40) die Früchte und Accessionen lukrirt Käufer im Gegentheil auch nicht u. vielmehr bleibt alles in Suspensio, 41) innerhalb der Gränzen der Kontraktunvollkommenheit.

Bei einem — unter einer conditione suspensiva geschlossenen Kauf müsse der Retrakt völlig cessiren, sagt Herr Hofrath Walch 42) selbst, unter Berufung auf Gail und Berlich.

Es ist zwar an dem, daß ein bedingter Kauf, alsbald, auch ehe die Kondition existirt,

in die Reihe der vollkommenen Geschäfte herübergerechnet wird; es ist aber auch ausgemacht, daß a) Käufer pendente conditione aus dem Kauf nicht klagen kann, folglich noch vielweniger Retrahent, 43) weil eine Bedingung die Sache außer dem Kreise der Wirklichkeit hält; daß b) zu Ausübung des Retracts die Vollkommenheit des Kaufkontrakts allein nicht genügen, sondern auch die Vollziehung (consummatio) desselben, d. i. die Tradition erfordert werde, da selbiger den Besitz der Sache, die retrahirt werden soll, voraussetzt, der aber bei Käufern sub hasta von der Abjudikation abhängt.

Mit einem Wort, die Ausübung des Retracts herrechts und ein Kaufkontrakt, der noch an der Unvollkommenheit laborirt, ist eine contradictio in adiecto. 44)

Wir wollen überdies den Fall nur annehmen, nicht einmal behaupten, ohnerachtet er unserer Erfahrung entspricht, daß in einem Konkurs, der aus guten oder schlimmen Ursachen etliche Jahre herungezogen wird, Güter zu subhastiren seyen. Sie werden feil geboten. Es kommen Licitanten, die wenig bieten. Die Güter sind in Abschlag und Unwerth. Mehrbietende bleiben aus. Man will und kann

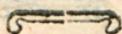


ſie aber doch nicht um den geringen Preis hin-
laſſen, denn in der Folge, wenn die Güter
wieder in etwas höhern Werth kommen, kön-
nen ſich Kaufsluſtige finden, die mehr, als ie-
ne, geben.

Inzwiſchen vergeht ein Jahr, und damit
annus retractus nicht auch mit zu Ende laufe,
ſieht ſich Retrahent, wann er anders von dem
Vorgang legale Nachricht bekommen, gene-
thigt, ſein Näherrecht geltend zu machen.

Was iſt nun zu thun? Nach der Hypotheſe,
daß die Zeit binnen welcher ſich der Retrakt
verährt, von dem gethanen Gebot, nicht aber
von der Adjudikation zu laufen anfange, d. i.
daß das Näherrecht noch vor — nicht aber
nach der Adjudikation ausgeführt werden müß-
te, könnte man ihn nicht abtreiben. Er hätte
dadurch, daß er in beſtimmter Zeit, Gebrauch
von ſeinem Recht gemacht, ein ius quaesitum
ſo ſehr erhalten, 45) daß ihm nicht zugema-
thet werden könnte, mit einem nachkommenden
Mehrbietenden den Tanz von neuem anzufan-
gen. *Lites earumque sumtus praeter ne-
cessitatem non sunt multiplicandae.* Wer
ſieht alſo nicht ein, daß es hier noch nicht an-
geht, den Retrakt in Ausübung zu bringen.

- 33) Hellf. c. 1. §. 974.
- 34) l. 4. C. de fide et iure hast. publ. Nov. 120. seq.
- 35) Praejudicium suppeditat Wernher vol. 6. part. 10. obseru. 33.
- 36) Hellf. c. 1. §. 989. 313.
- 37) l. 1. et 2. C. de ann. exc. l. 7. §. 4. C. de praeser. 30. vel 40. ann.
- 38) Juristische Litteratur St. XII. p. 68. des 1sten Bandes vom J. 1780.
- 39) Hellf. c. 1. §. 1035.
- 40) ibid. 984.
- 41) l. 3. pr l. 4. pr. ff. de primo apud hactam licitatores.
- 42) Walch. c. 1. B. I. S. 3. Abschn. 2. §. 28.
- 43) Reinkingk, c. 1. qu. IV. n. 62. et 64.
- 44) ibid. quaest. VII. n. 211.
- 45) Nam facta semel retrahentis declaratione de utendo suo iure contrahentes a contractu, qui iam adimpleri cepit, recedere, nec pretium augere, nec condiciones mutare queunt. Hellf. c. 1. §. 996.



§. 14.

d) Temporelle Ansprüche, und das Pactum additionis in diem löst die Abjudikation auf, aber nicht das Näherrecht ohne Begehung eines Spoliums.

Die Abjudikation gibt wohl natürlicher Weise dem pacto additionis in diem, so wie allen temporellen Ansprüchen des Gemeinschuldners und der Glaubiger (§. 12.) 46) auf die subhastirte Sache volle Abfertigung: sich aber ohne Hinterhalt geschriebener oder ungeschriebener Gesetze, (denn wäre es ein anders, und kein Streit mit uns, indem wir wohl wissen, quod in Subhastationibus, consuetudines et statuta locorum seruanda sunt, tam in tempore quam in forma), 47) auch an das Näherrecht zu wagen, würde wohl nicht wenig unbillig und ungerecht seyn, weil sie dadurch ein kleines Spolium an dem begienge, der das Näherrecht hat.

Wer den andern seines Rechts beraubt, begeht ein Spolium, er sey, wer er wolle, obrigkeitliche oder Privatperson.

46) Z. B. dem iuri pignoris; hypothecae pro
tiantos creditorum &c. Walch, c. 1. D. 1.
§. 1.

§. 1. §. 5. Dieses letztere, nemlich das Vorkaufsrecht der Gläubiger hat freilich nur vor der Abjudikation statt, und mag sich als eine Mitursache in die Meinung dertemigen Gelehrten eingeschlichen haben, die behaupten, nach selbiger falle der Retrakt bei Subhastationen weg.

47) Rebuff in Comment. suis, tract. praeco. licit. et Subhasta. fol. 597. num. 14.

§. 15.

e) Gemeine Wissenschaft von der Veräußerung der Sache ist nicht genug; es wird legale Kundmachung erfordert.

Man sage ja nicht, durch die öffentliche Ausrufung bekäme der, welcher das Näherrecht hat, von der Veräußerung der Sache Nachricht, und werde dadurch in mora gesetzt, die Niemand nutzen darf; denn a) weiß er immer noch nicht, ob das angekündigte Gebot unerhöht bleiben werde, oder nicht; (§. 13.) b) wird renunciatio iuris so wenig vermuthet, daß ein Sohn bei dem Verkauf sogar Zeug seyn, 48) und doch hernach noch sein ius retractus exerciren kann, indem ein Unterschied inter scientiam vulgarem et legalem, und nur diese, 49) nicht aber jene hinlänglich



länglich ist; hat Retrahent nicht renunciert: so kann er sich auch seines Rechts c) so lang noch bedienen, als ihn die Gesetze nicht davon ausschließen.

48) Daß Jemand einem Geschäft als Zeug beizuwohnen, und das Instrument sogar unterschreiben kann, ohne sich dadurch weiter als zur Zeugenschaft verbindlich zu machen sagt der l. 6. C. fideiuss. et mandat. lib. V. feud. tit. 15 deutlich.

49) Alle Landesordnungen und Stadtrechte, die von dem iure retractus, wiewohl, wie es scheint, Vorkauf und eigentliches Näherrecht miteinander vermengend, disponiren, erforsdern letztere Art der Wissendmachung der Veräußerung schlechterdings: 3. B.

a) Daß in vier Theile entworfene Mecklenburgische Landrecht, im 4. en Theil, und 7. n Titel: von der Abjudikation und Zuschlagen der Güter halber.

§. 3. Ein Lehn oder Erb. Stamm. Güter
 // daraus die Creditorn zu beiriedigen, sol-
 // len sie zuörderst den nächsten Wetzern,
 // und Verwandten, ob sie solche für die ge-
 // machte Taxa annehmen, oder sonst mit
 // den Creditoren darüber handeln wollen,
 // angeboten, zur Erklärung, und auf den
 // Fall, mit Ernst fürhabender Handlung zu
 // derselben zugleich ein gewisser Tag gefest
 // // wero

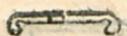
// werden, sie damit als einzukommen, und
 // der Handlung abzuwarten schuldig, oder
 // hernach von dem iure protimiseos oder
 // retractus, wann andere kaufen, ausge-
 // // schlossen seyn, und ihrer ohngehindert, wie
 // // hernach folget, verfahren werden.

- // §. 4. Wann der Nächste zu den Gütern sich
 // // dergestalt begeben, stehet den Creditoren
 // // frey, einen Käufer bezuschaffen, und
 // // wann sie deswegen einen Anschlag, oder
 // // Proclamata zu Verkündung des Kaufs,
 // // daß, wann Jemand kaufen will, sich an-
 // // geben sollte, bey den Gerichten suchen wür-
 // // den, ist ihnen solches zu erlauben, die
 // // Proclamata zu erkennen, denselben die
 // // Summa des gemachten Taxes zur Nach-
 // // richt einzuberleiben. //

Ern. Joch. de Westphalen, Monumenta in-
 edita rerum Germanicarum praecipue Cim-
 bri, carum et Megapolensium &c. Tom. I.
 p. 850.

b) Die Schwerinischen Rechte und Gewohnhei-
 ten:

- // 10. 10. Zum vierten sein allezeit die Hauskäu-
 // // fe von E. E. Rath bestätigt, und in Bey-
 // // seyn der Cammerherren von wegen E. E.
 // // Raths vollzogen worden, und nach einem
 // // Weinkauf, das ist, mit einer grossen Kan-
 // // nen voll Biers (so stets offen stehen muß,
 // // und umbher ausgetrunken wird, der es aber
 // // ver-



// versteht, und die Kanne zuthut, ist seine
 // Strafe, die halbe Kanne auszutrinken,
 // dabey dann auch gerufen wird, Weinkauf,
 // Weinkauf) also bestätigt, damit ange-
 // zeigt wird, daß es nicht ein heimlich, son-
 // dern öffentlicher Kauf sey, umb dertienigen
 // willen, so vermeinen, Zuspruch darin zu
 // haben, oder ob einer wäre von der Freunds-
 // schaft, der in den Kauf treten wolte,
 // als der nächste, damit es lautbar würde,
 // ehe es in das Stadtbuch geschrieben und
 // verlassen würde. Denn wann Willkühre,
 // Käufe und Verträge, Verändungen,
 // Geldauszahlung auf Häuser, Acker, Gar-
 // ten, auf bewegliche oder unbewegliche Gü-
 // ter oder sonsten Contract für E. E. Rath
 // in Beyseyn beyder Partheyen geschehen,
 // so darein willigen, und also in das Stadt-
 // buch in Gegenwart zweyer Zeugen geschrie-
 // ben wird, das ist unviederrustlich; darüber
 // wird festgehalten, und derselbige behält
 // sein verschriebenes Unterpand in seiner
 // Macht, tritt es auch nicht eher ab, es sey
 // ein Haus oder Garten, Silber, Gold, be-
 // weglich oder unbeglich, bis er sein Geld
 // wieder bekommt, oder was sonsten der
 // Vertrag mit sich bringt,, — die Unwi-
 // derrustlichkeit geht also nur auf den Verkauf,
 // nicht auch auf das Näherrecht! — // und die
 // // also versichert seyn, gehen für allen andern
 // // Creditorn für, kriegen ihre volle Bezah-
 // // lung,

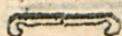
„lung, es komme um die andern, wie es
 „ kan, sie haben zuvor oder hernacher die
 „ Part untereinander heimliche Contract ohne
 „ E. C. Raths Versicherung ausgerichtet,
 „ ihnen geschieht kein Abbruch. Dann es
 „ wird dem Rath gemeiniglich gefragt, ob
 „ er es auch den Freunden angeboten, oder
 „ zuborn Jemanden verpfändet oder versetzt
 „ sey, oder Jemand anders auch Berechtig-
 „ keit, zu — und Ansprache beneben ihm
 „ daran habe, alles der Ursachen halber,
 „ daß Niemand betrogen werde, und wird
 „ hiedurch viel Unglück, Haders, Zank und
 „ Rathsgang gesteuert und gewehret, es
 „ werden auch die Leute ihres Dinges ge-
 „ misse und versichert, „ J. E. de West-
 „ phalen c. 1. Tom. 1. p. 2031.

§. 16.

f) Das Näherrecht vor der Adjudica-
 tion ausgeübt, würde das davon wohl-
 zuunterscheidende Verkaufrecht seyn.

Wollte man das Näherrecht intra tempus
 adjudicationis einschränken: so wäre
 es das Vorkaufrecht, welches von dem Ge-
 genstand dieser Abhandlung, dem Näherrecht
 (§. 4. et n. 5.) der großen Aehnlichkeit ohner-
 achtet ganz unterschieden ist. 50)

Es



Es sezt tenes

- a) eine erst vorgenommen — und dem, der es hat, re adhuc integra, angezeigt werden sollende Veräußerung voraus, die dadurch, daß idem pretium et interesse offerirt wird, verhindert werden kann und darf — woraus folgt, daß wann
- b) die Veräußerung bereits geschehen, solche nicht mehr rescindirt — sondern nur erlaubt werde, auf Negress zu klagen; 51) das heißt es wirkt nur
- c) ein ius personale: 52) Wohingegen das Näherrecht
- α) einen bereits geschlossenen — und durch Uebergab der Sache vollzogenen Kauf vorhergehen haben muß, (S. 4. n. 5. et 13) den es oblato pretio et interesse mit Losgebung auf jeden Besitzer der Sache, er sey, Käufer selbst oder ein Dritter
- β) rescindirt, 53) und somit
- γ) ein ius reale wirkt. 54)

Man sieht leicht ein, daß beide Rechte quoad maius et minus differiren, und der Retrakt das

das Vorkaufsrecht, nicht aber dieses, ienen in sich schliesse.

Die Vermengung dieser beiden Rechte, ist vermuthlich Ursach an der Meinung, und daß die Tyrannin, die Praxis den Satz angenommen, daß nach der Adjudikation kein Nächstherrecht mehr ausgeübt werden dürfe; deren Gegentheil ich aber hier ohne Spitzfindigkeit, aus der Theorie darzuthun, mich bemüht habe.

50) Just. Lud. Becht. Boehmeri Tr. de filio Vasalli, Successore in feudum, Cap. III. Sect II. §. 15

51) Struv. Iprd. R. G. F. lib. III. t. 9. §. 21.

52) Hellf. c. 1. §. 991 Walch, c. 1. B. I. §. 1. §. 6. et ibi allegati Doctores.

53) Rennem. Iprd. R. G. m. 2. D. 33. thes. 30. Hildelrand de varii retractus concurrentis praelatione C. I. §. 2.

54) Walch, ibid et B. I. §. 4. §. 4. Den retractum conventionalem angenommen, denn dieser wirkt nur ein ius personale, Hellf. ibid. so wie das ius protimif os. Beweist dieses aber nicht a) daß beide in ein — und die nemliche Klasse, mithin iener auch unter das Verkaufrecht gehöre: und b) daß mithin der Retrakt, nicht wie das Vorkaufsrecht in den gesetzlichen — testamentlichen — und bedingten eingetheilt werden; sondern

D

sondern



sondern nur entweder gesetzlich, oder testamentlich seyn könne.

Ist dieses, so steht der allgemeinen Ableitung des Retraktis ex dominio Herrn Hofrath Walchs, c. 1. B. 1. S. 2. p. 93 — 97. nichts mehr im Weg, denn nur des bedingten Retraktis wegen, haben einige Gelehrte einen Grund nicht allgemein auerkennen wollen.

Dabei fällt auch der Einwurf weg: daß unter den Speciebus iuris in re kein ius vorhanden seye, woraus die actio realis als seiner causa fliesen könne, weil der Retrakt, der in Rücksicht des iuris in re entspringt, und sich auf ein Miteigenthum gründet, ganz nach seinen Arten unter die Species iuris in re gebracht ist.

S. 17.

Wer die Existenz des Näherrechts beweisen müße?

Zum Schluß soll die Frage beantwortet stehen: findet das Näherrecht in ganz Deutschland statt, mithin wird es präsumirt, oder muß deren Existenz von den Retrahenten dargethan werden? Herr geheimer Regierungsrath Hellfeld 55) will zwar den retractum ex iure consanguinitatis in l. 16. ff. de

de rebus auctor. iud. poss. finden, folglich selbigen Vermuthen.

Ich gestehe aber, daß ich das zu thun, nicht im Stande bin, und daher glaube, wie nicht nur alle andere, bis auf den Ritterschaftlichen 56), sondern auch dieser Retrakt auf Verlangen bewiesen werden müsse, weil a) der Retrakt deutschen Ursprungs (§. 10.) und b) in dubio für das allgemein eingeführte Römische Recht zu präsumiren ist.

55) Einmal, weil der Adel das Römische Recht sich nicht, wie Bürger und Bauern, so ohne Ausnahm aufdringen lassen, mithin hier wie in andern, z. E. der Succession das alte deutsche Recht, nach dem der Retrakt zu präsumiren — folglich auch der Beweis desselben so unnöthig wäre, als die sogar eidliche Losfagung der fürstlich und adelichen Töchter auf die Erbschaft, wovon ihnen so kein Antheil gehört, beibehalten; und dann weil ihr Privilegium in der juristisch — politischen Welt mehr als zu bekannt, kurz! notorisch ist.

Deutlich zu reden: ie nachdem von personis illustribus, von principibus in sensu latissimo sumtis, oder von Bürgern und Bauern die Rede wäre, könnte der gesetzliche Retrakt präsumirt, oder nicht präsumirt werden.



Als Zusahe werden einige Unterschiede
des Retracts von der ihm in etwas ähne-
lichen Eviction nachgesetzt :

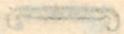
- 1) Wer das Näherrecht hat muß idem pre-
tium et interesse ersetzen, nicht aber bei
der Eviction.
- 2) Die Evictionsklage kann nicht wider einen
Dritten gebraucht werden, Hellf. Iprd.
for. §. 1127. Sie ist also eine persönliche
Klage, weswegen sie im Retract nicht an-
wendbar ist. Hellf. c. 1. §. 1120. denn die
Näherrechtsklage, ist dinglich, weil sie auch
wider einen Dritten statt findet, mithin stär-
ker als die persönliche, die Evictionsklage.
Diese, die Evictionsklage gehört re legi-
tima euicta, illi, qui per euictionem
damnum sentit, eiusque heredibus con-
tra auctorem immediatum, eiusque he-
redes, et omnes qui accessorie pro euic-
tione se obligarunt; Jene aber, contra
quemcunque possessorem.

Neben her ist zu bemerken, daß per rerum
naturam collisio actionis ex iure protim-
iteos et euictionis nicht gedacht werden
konne.

3) Da

- 3) Da der Regel nach nur unbewegliche Sachen retrahirt werden dürfen, ausgenommen im Bayreuthischen, wo auch die bewegliche mit eingeschlossen sind (§. 00.) so geht auch hierinn das Näherrecht von der Eviktion ab, denn nicht bloß jene, sondern auch diese können evincirt werden.
- 4) Das Näherrecht hat nur bei Veräußerungen inter vivos; die Eviktion aber auch bei denen die mortis causa geschehen, statt. Hellfeld. c. 1. §. 990.





Faint, illegible text in the upper section of the page, possibly bleed-through from the reverse side.

Second block of faint, illegible text in the middle section of the page.

Third block of faint, illegible text in the lower middle section of the page.



Fourth block of faint, illegible text in the lower section of the page.

Fifth block of faint, illegible text at the bottom of the page.



WC

ULB Halle
006 784 02X

3



vDn8



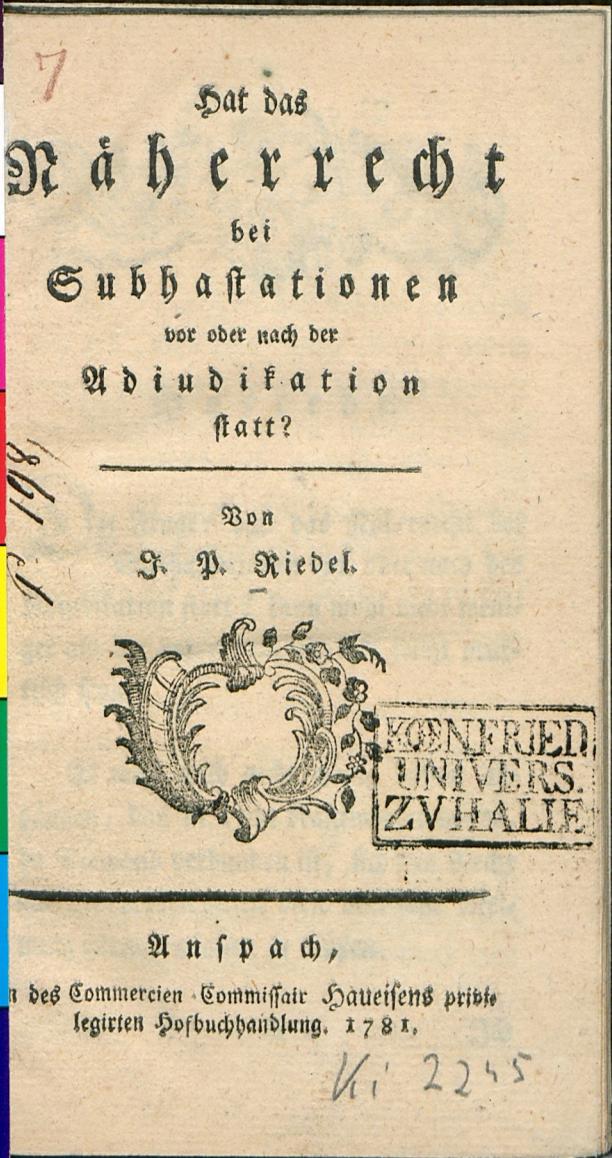
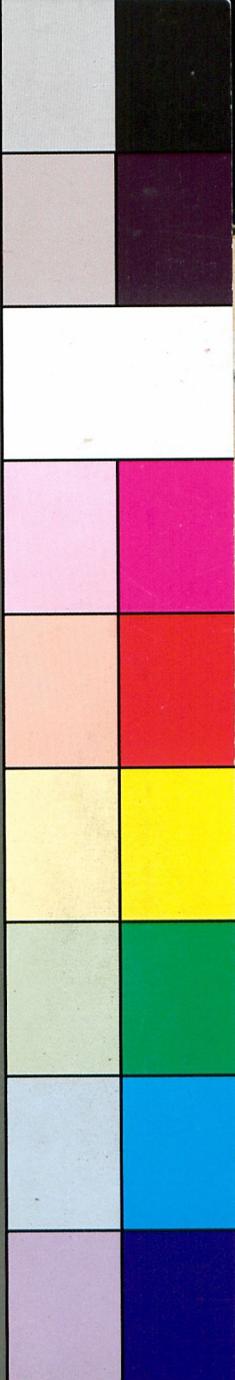
Inches
Centimetres

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

B.I.G.

Farbkarte #13

Black
3/Color
White
Magenta
Red
Yellow
Green
Cyan
Blue

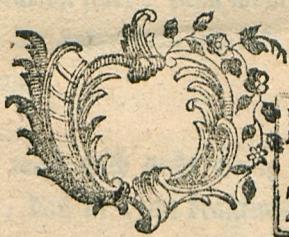


7

Hat das
M ä h e r r e c h t
bei
S u b h a s t a t i o n e n
vor oder nach der
A d i u d i f i k a t i o n
statt?

1861

Von
F. P. Kiedel.



KONFRIED
UNIVERS.
ZVHALIE

A n s p a c h,

an des Commerciens-Commissair Hauersens prißt
legirten Hofbuchhandlung. 1781.

Ki 2245

